

René A. Rhinow

Verwaltungsermessen im modernen Staat

- Landesbericht Schweiz -

Übersicht

I.	Das Verwaltungsermessen im Spannungsfeld von nationalem Recht und internationalen Theorieeinflüssen	53
	1. Die Verfassungsrelevanz des Ermessens	53
	2. Übernationale Anliegen von Theorie und Dogmatik	54
II.	Das Verwaltungsermessen im Lichte der Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung – ein historischer Überblick	55
	1. Allgemeines	55
	2. Das Ermessen vor der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	56
	3. Das Ermessen als Problem der richterlichen Verwaltungskontrolle	57
	4. Die partielle Rezeption der deutschen Lehre vom »unbestimmten Rechtsbegriff«	58
	5. Rückbesinnung und methodische Erkenntnisse	60
III.	Formen des Verwaltungsermessens	61
	1. Ermessen als eingeräumte Gestaltungsfreiheit	61
	2. Rechtsetzungsermessen	62
	3. Tatbestandsermessen	63
	4. Rechtsfolgeermessen	65
	5. Tatbestandsloses Ermessen	66
IV.	Verwaltungsermessen und Verwaltungsrechtspflege	67
	1. Zur Organisation der Verwaltungspflege	67
	2. Ermessen als Kognitionsproblem	67

3. Ermessen als Schranke der richterlichen Zuständigkeit	69
4. Kognitionsbeschränkungen innerhalb von Exekutive und Judikative	70
V. Funktionen des Verwaltungsermessens	71
1. Grundsatz	71
2. Zwei Ansätze in der schweizerischen Lehre	72
3. Die Ermessenszwecke in der Staatspraxis	73
VI. Schlußbemerkungen	76

I. *Das Verwaltungsermessen im Spannungsfeld von nationalem Recht und internationalen Theorieeinflüssen*

1. *Die Verfassungsrelevanz des Ermessens*

Eine nähere Betrachtung des Verwaltungsermessens muß von der heute in der Schweiz vorherrschenden Erkenntnis ausgehen, daß Begründung, Ausübung, Grenzen und Kontrolle rechtlicher Gestaltungsspielräume der Administration in hohem Maße verfassungsrechtlich determiniert oder doch in wichtigen Eckpunkten konstitutionell »aufgehängt« erscheinen. Das Ermessen ist demzufolge nicht bloß theoretischer Untersuchungsgegenstand einer »allgemeinen Lehre«, einer Verwaltungsrechtswissenschaft jenseits von positivem Recht und Rechtskultur, nicht auf eine abstrakte Kategorie des Verwaltungshandelns reduzierbar. Im Ermessen spiegeln sich vielmehr die Grundfragen des modernen öffentlichen Rechts wie auch der Rechtstheorie wider. Stichworte müssen genügen: Eine a-priori-Handlungsfreiheit der Exekutive kann und darf im modernen sozialen Rechtsstaat keine Rechtfertigung finden. Wo sich die Verwaltung auf Spielräume eigenverantwortlicher Rechtsgestaltung stützt, bedarf sie der Ermächtigung durch die Legislative. Die Ausübung eingeräumten Ermessens bedeutet nie völlige Ungebundenheit, sondern Freiheit in (rechtlichen) Grenzen, die sich aus Verfassung und Gesetz ergeben. Die Kontrolle der administrativen Ermessenshandhabung durch richterliche Organe ist ebenfalls legitimationsbedürftig, vor allem weil (und soweit) sie korrigierend in die Rechtsanwendung durch die Verwaltungsbehörden »einzugreifen« vermag. Das Ermessen bildet demnach ein Scharnier, das Gesetzgebung, Normvollzug und richterliche Tätigkeit zusammenführt. Das Verhältnis dieser Funktionen zueinander ist aber stark nationalstaatlich geprägt, auch wenn übergreifende ideengeschichtliche und verfassungsstaatliche Entwicklungslinien zu gemeinsamen Berührungspunkten führen (Gewaltenteilung, Rechts-, Verfassungs- und Gesetzesbegriff, Institutionen der Rechtspflege etc.). Es ist aber vor allem das (materielle) Verfassungsrecht, das auf weite Strecken auch die Ermessens-thematik bestimmen muß. Mit diesem Einstieg soll davor gewarnt werden, eine allgemeine »Ermessenslehre« auszubilden oder fortzuführen, die sich vom nationalstaatlichen und verfassungsrechtlichen Hintergrund abhebt.

So wäre etwa – im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland – auf folgende, auch für die wissenschaftliche Erfassung des Ermessens bedeutsamen Eigenheiten des schweizerischen Rechts hinzuweisen:

- Das Fehlen einer »monarchischen Vergangenheit«, mit der Folge, daß der Exekutive nie ein »Hausgut« zuerkannt wurde, das es zu beschneiden galt.
- Die spezifisch demokratische Verankerung des Gesetzes (Volksrechte!), welche die (dem deutschen Recht entlehnte) »Freiheits- und Eigentumsformel« letztlich immer als Fremdkörper erscheinen ließ, auch wenn sie in der früheren Lehre zuweilen rezipiert wurde.
- Die Volkswahl – und damit in kleinräumigen Verhältnissen noch relative Bürgernähe – von Exekutivspitzen und von wichtigen Verwaltungsorganen in Kantonen und Gemeinden.
- Die (teilweise parastaatliche) Verwaltungstätigkeit durch Milizorgane (Räte, Kommissionen etc.), welche aus nebenamtlich tätigen Bürgerinnen und Bürgern, z. T. als Experten, zusammengesetzt sind und die größtenteils ebenfalls vom Volk gewählt werden.
- Damit verbunden die späte Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit [die zudem nicht flächendeckend ausgestaltet ist] (Bund: 1928; Kantone größtenteils erst ab 1960, doch besitzen noch heute rund ein Drittel der Kantone kein umfassend zuständiges Verwaltungsgericht!).
- Das Fehlen einer eigentlichen Rechtsschutzgarantie, wie sie das deutsche Recht kennt, usw.

2. *Übernationale Anliegen von Theorie und Dogmatik*

Trotzdem ist nicht zu verkennen, daß sowohl die grundsätzlichen Gemeinsamkeiten oder doch Ähnlichkeit vieler Institutionen der westlichen Verfassungsstaaten als auch allgemeine, vom nationalen positiven Recht mehr oder weniger unabhängige theoretische und methodische Probleme der Rechtsverwirklichung auch vergleichbare *Fragestellungen* hervorgehoben haben. Dies läßt auch *rechtsvergleichende* Untersuchungen zur Ermessensthematik zweifellos zu einem Desiderat werden.

So weisen Probleme der juristischen »Grundlagenforschung« oft länder- und rechtskreisübergreifende Aspekte auf: Begriffe der Norm und des Rechtssatzes, Normstrukturen und Normsprache, das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Normenkonkretisierung und Normenauslegung, Bestimmtheit/Unbestimmtheit von Normen etc.

Gerade für das gegenseitige Verhältnis von deutscher und schweizerischer Lehre darf gesagt werden, daß zumindest die schweizerische Verwal-

tungsrechtswissenschaft manche fruchtbare Impulse vom Nachbarland erhalten hat. Freilich ist wohl beizufügen, daß sie zuweilen auch – in Ermangelung einer eigenen, ausgebildeten Lehre – zu gebannt nach Norden blickte und sich von den Sirenenklängen kunstvoll entwickelter Lehrgebäude etwas verführen ließ. Doch erst die Auseinandersetzung mit den Leistungen der deutschen Wissenschaft führte zu einer (Rück-) Besinnung auf das leider zu wenig beachtete eigene »Ermessensfeld« und schuf die Voraussetzungen dafür, daß der Blick auf die gemeinsamen wie trennenden Aspekte des Verwaltungsermessens freigelegt werden konnte.

Der nachfolgende Beitrag versucht, einige Entwicklungsetappen und Ausschnitte aus der mit dem Ermessen verknüpften schweizerischen Rechtslage aufzuzeigen. Dabei wird weitgehend an Ausführungen angeknüpft, die von mir bereits 1983 in der schweizerischen Zeitschrift »recht« publiziert worden sind.¹

II. *Das Verwaltungsermessen im Lichte der Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung – ein historischer Überblick*

1. *Allgemeines*

Unter Ermessen wird hier – im Sinne einer vorläufigen »Ausgangsdefinition« und in Übereinstimmung mit *Martin Bullinger*² – der Freiraum verstanden, »der sich für die öffentliche Verwaltung ergibt, wenn ihr Verhalten weder durch ein Gesetz voll vorausbestimmt ist noch durch ein Gericht voll überprüft werden kann. Verwaltungsermessen ist also stets durch eine doppelte Unabhängigkeit gekennzeichnet, durch die Unabhängigkeit von den beiden anderen staatlichen Gewalten, der Legislative und der Justiz«. Dabei ergibt sich die mangelnde Determinierung des Verwaltungshandelns nicht nur aus dem förmlichen Gesetz, sondern aus dem Recht überhaupt, wie es in der Verfassung und in der Gesetzgebung seinen Niederschlag gefunden hat.

Die folgende Übersicht versucht, die Entwicklung des Ermessensbegriffs in der Schweiz anhand von vier historischen Phasen nachzuzeichnen. Dabei ist anzumerken, daß für die Zeit vor 1950 das Quellenmaterial sehr

¹ Vgl. *René A. Rhinow*, Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken, in: *recht* 1983, 41 ff., 83 ff.

² *Martin Bullinger*, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung. Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle, in: *JZ* 1984, 1001 ff., 1001.

dürftig erscheint und eine eigentliche, gar gefestigte Lehre zum Ermessen kaum auszumachen ist. Hinzu kommt, daß die Rechtsprechung bis auf den heutigen Tag – zumindest in den publizierten Urteilsbegründungen – ein uneinheitliches Bild der Verwendung des Ermessensbegriffs vermittelt.

2. Das Ermessen vor der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Im letzten und zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde der Begriff des Ermessens in der Schweiz als gelockerte Gesetzesbindung verstanden. Das Ermessen stellte – unbelastet jeglicher Probleme richterlicher Rechtskontrolle – einen Tatbestand dar, der eine besondere Freiheit der Verwaltung gegenüber dem Gesetzgeber signalisierte. Ermessen wird ex ante *eingräumt*, weil der Gesetzgeber die vollständige Vorausbestimmung des Verwaltungshandelns nicht selbst vornehmen kann oder will. Die »Technik« dieser Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Exekutive wurde freilich nicht näher untersucht; jedenfalls war das Ermessen nicht auf die Rechtsfolgeseite der Norm beschränkt, sondern konnte sich auch aus der Verwendung unbestimmter Begriffe im Tatbestand (z. B. öffentliches Interesse, Nachweis eines Bedürfnisses, etc.) ergeben. Letztlich deckte sich der Ermessensbegriff insofern mit dem *zivilrechtlichen* Ermessen, als es auch dort um eine gesetzliche Ermächtigung zur eigenverantwortlichen Entscheidung – i. d. R. allerdings des *Richters* – geht.

Als Beispiel sei auf *Fritz Fleiner* verwiesen, bei dem »freies Ermessen« als Inbegriff einer fehlenden Bindung der Verwaltung an das Gesetz erscheint. Wo der Gesetzgeber Ermessen einräumt, rechne er damit, »daß in allen diesen Fällen die zur Betätigung des freien Ermessens berufene Behörde unter den wandelbaren Anschauungen ihrer Zeit und ihres Ortes stehen wird. Indem daher der Gesetzgeber bei der Begründung und Auslegung öffentlicher Rechtsverhältnisse das freie Ermessen des vollziehenden Organs mitwirken läßt, fügt er in den Rahmen seiner Rechtssätze ein bewegliches Element ein, das dieses Organ in den Stand setzt, die Gesetzesvorschriften so zu vollziehen, wie es den wechselnden Anforderungen des Lebens und des öffentlichen Interesses entspricht«.³

3 *Fritz Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, 142 ff. In die »Institutionen« *Fleiners* haben viele schweizerische Rechtentwicklungen Eingang gefunden. Es ist auch bemerkenswert, daß deren 1. Auflage 1911 wenige Jahre nach dem Wegzug *Fleiners* aus Basel (1906) erschienen ist. Vgl. ferner die näheren Hinweise bei *Rhinow* (N. 1), 48.

3. Das Ermessen als Problem der richterlichen Verwaltungskontrolle

Auf Bundesebene wurde erst 1928 – nach langem Zögern – die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt. Dabei spielte die Frage der Überprüfung des Verwaltungsermessens eine große Rolle, weil man unter allen Umständen vermeiden wollte, daß ein Gericht das vom Gesetzgeber der Verwaltung eingeräumte Ermessen zu kontrollieren hätte. Dieses Anliegen wurde – und wird heute noch – auf doppelte Weise erreicht. Einmal werden die Verwaltungsmaterien, die durch ein besonders großes Ermessen der Administrativbehörden gekennzeichnet sind, ausdrücklich von der Überprüfung durch das Bundesgericht als Verwaltungsgericht ausgenommen. Derartige Gegenstände werden vom Bundesrat als (verwaltungsin-
terner) Beschwerdeinstanz erledigt. Zum anderen kann mit der Beschwerde an das Gericht (nur) geltend gemacht werden, daß der Verwaltungsentcheid auf einer Verletzung von (Bundes-) Recht beruhe. Damit sollte die Überprüfung der Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns von der richterlichen Kognition ausgeschlossen werden.

In der *Botschaft des Bundesrates* zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege⁴ heißt es, das Verwaltungsgericht solle als Rechtsschutzorgan eine Garantie für die richtige Anwendung des Rechts bilden. »Nur soweit die Verwaltung durch bestimmte bundesrechtliche Normen gebunden ist, können ihre Entscheide einer gerichtlichen Überprüfung unterstellt werden . . . Das Verwaltungsgericht soll nicht selbst Verwaltung treiben und kann daher nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen«.⁵

Der erste, scharfsinnige Kommentator der neuen Regelung, *Emil Kirchhofer*, schrieb 1930, die verwaltungsgerichtliche Kontrolle werde abgegrenzt durch den Gegensatz von gesetzlicher Gebundenheit und freiem Ermessen. Mit wirklichem Ermessen habe man es »da zu tun, wo das Gesetz für eine Maßnahme auf eine Wertung abstellt, welche die Behörde im einzelnen Fall nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen vorzunehmen hat . . . Zum Wesen des Ermessens gehört daher, daß eine Mehrzahl von Lösungen als rechtlich möglich und gleichwertig erscheint. Diese vom Gesetz gewollte Mehrdeutigkeit ist das Kriterium des Ermessens«.⁶ Rechtmäßig erscheine jede Lösung, die sich inner-

4 Dieses Bundesgesetz wurde anlässlich der Revision des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. 12. 1943 wieder aufgehoben. Heute ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit in diesem Gesetz (Art. 97 ff.) geregelt.

5 Botschaft vom 27. 3. 1925, BBl. 1925 II 181 ff., 229.

6 *Emil Kirchhofer*, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, Basel 1930, 47 ff., 48 f.

halb des gesetzlichen Ermessensvolumens halte, wobei diese Grenzziehung eine Rechtsfrage darstelle. *Kirchhofer* gelangt zum Schluß, daß im Einzelfall geprüft werden müsse, ob ein unbestimmter gesetzlicher Begriff »im Sinn der Mehrdeutigkeit« zu verstehen sei und nach der subjektiven Wertung der Behörde rufe. Dies treffe überall dort nicht zu, wo von der Auslegung und Anwendung des unbestimmten Begriffs der Bestand subjektiver Rechte abhängt.⁷

Die bundesgerichtliche (wie auch die kantonale) Praxis verfuhr nach dieser Konzeption des Ermessens. Sie untersuchte aufgrund der gesetzlichen Situation, ob der Verwaltung ein Spielraum eigenständiger Wertung offen stehe. Traf dies zu, so erachtete sie als Rechtsfrage, ob die Grenzen dieses Spielraums eingehalten worden sind und »ob nicht rechtserhebliche Umstände außer acht gelassen, oder unerhebliche mitberücksichtigt worden sind«. ⁸ Lehre und Rechtspraxis verdichteten diese Praxis zur griffig-plakativen Formel, der Richter habe bloß Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch, nicht aber die Angemessenheit resp. Zweckmäßigkeit der Ermessenshandhabung durch die Verwaltung zu kontrollieren.

4. Die partielle Rezeption der deutschen Lehre vom »unbestimmten Rechtsbegriff«

Mit dem laufenden Ausbau der schweizerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit auf eidgenössischer wie kantonaler Ebene, vor allem seit 1959, wurden die Gerichte auch zunehmend vor ähnliche Probleme gestellt wie in Deutschland. Angesichts einer bis in die sechziger Jahre hinein wenig entwickelten schweizerischen Verwaltungsrechtswissenschaft war es naheliegend, sich die Erkenntnisse der Lehre und höchstrichterlichen Praxis in Deutschland fruchtbar zu machen. So ist es nicht weiter verwunderlich, daß das Konzept des »unbestimmten Rechtsbegriffes« auch in der Schweiz Einzug hielt – und mit ihm die Verbannung des Ermessens aus dem Tatbestand, allerdings von Anfang an kombiniert mit der Anerkennung von Beurteilungsspielräumen der Verwaltung bei der Auslegung sog. unbestimmter Rechtsbegriffe. Doch diese neue, in der Schweiz vor 1950 unbekannte Anschauung vermochte nur in beschränktem Umfang Fuß zu fassen. Sie fand in *Fritz Gygi* wohl ihren vehementesten Verfech-

⁷ *Kirchhofer* (N. 6), 51 ff.

⁸ Vgl. etwa die Hinweise bei *Wilhelm Birchmeier*, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, N. 4 zu Art. 104 OG.

ter,⁹ während auf der anderen Seite etwa *Max Imboden* 1968 feststellte, es sei »bezeichnend für die schweizerische Rechtsentwicklung, daß sie mit dieser vorab quantitativen . . . Konzeption wenig anzufangen wußte«, weil die Unterscheidung zwischen »bestimmten« und »unbestimmten« Rechtsbegriffen letztlich nicht vollziehbar erscheine.¹⁰

Die *Praxis* schwankte (und schwankt) zwischen diesen beiden Theorien hin und her. Das Bundesgericht hatte in einem (wirtschaftsverwaltungsrechtlichen) Entscheid aus dem Jahre 1965 erstmals erklärt, unbestimmte Rechtsbegriffe räumten der Verwaltung kein Ermessen ein. Der Begriff des unbestimmten Rechtsbegriffs findet sich zwar erstmals bereits vier Jahre vorher, doch wird er noch nicht in einen scharfen Gegensatz zum Ermessen gebracht.¹¹ Dabei zitierte es ausdrücklich den deutschen Rechtslehrer *Hans J. Wolff*. Doch das Gericht erkannte der Verwaltung trotzdem einen großen Beurteilungsspielraum zu, denn es erklärte: »En réalité, une seule interprétation sera correcte. Mais, vue son caractère particulier et notamment les connaissances spéciales qu'elle exige, les organes d'exécution sont mieux en mesure que les tribunaux de la déterminer. Dès lors, le juge ne s'écartera de l'interprétation donnée par ces organes qu'en présence d'une erreur manifeste de leur part . . .«.¹²

Seither werden die unbestimmten Rechtsbegriffe im Tatbestand bald als Anwendungsfälle des Ermessens qualifiziert, bald mit einem recht beträchtlichen Beurteilungsspielraum der Exekutive »garniert«, namentlich wo besondere Kenntnisse der Verwaltung in örtlicher, personeller oder technischer Hinsicht anzunehmen sind, wo ein Grenzfall vorliegt oder sich die Auslegung überhaupt als »schwierig« erweist! Die Unsicherheit gipfelt etwa im wiederkehrenden Satz, daß »auch innerhalb unbestimmter Rechtsbegriffe wesentlicher Raum für die Betätigung des verwaltungsgerichtlich nicht nachprüfbaren Ermessens bleibe«.¹³

Trotz aller theoretischer Bemühungen erscheint in dieser Situation als offen, inwiefern sich die Handlungsgrenzen der Verwaltung bei beiden Konzeptionen *effektiv* unterscheiden. Denn die Tendenz einer zunehmenden

⁹ Vgl. vor allem *Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, 299 ff.; vgl. auch *Martin Lendi*, Legalität und Ermessensfreiheit, Diss. Zürich 1958, und aus jüngster Zeit *Francesco D. A. Bertossa*, Der Beurteilungsspielraum, Bern 1984.

¹⁰ *Max Imboden*, Schweizerische Verwaltungsrechtspflege, 3. Aufl., Basel und Stuttgart 1968, Fall Nr. 221, S. 73.

¹¹ BGE 87 I 438, 80 I 100, 79 I 383 sowie die Hinweise bei *Lendi* (N. 9), S. 122 ff.

¹² BGE 91 I 69 ff., 75.

¹³ Vgl. zur Praxis etwa *Max Imboden/René A. Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtspflege, 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976, Fall Nr. 66, S. 405 ff.

rechtlichen Einbindung des Ermessens, namentlich durch Grundrechte und andere Verfassungsgrundsätze, ist ebenso unverkennbar wie die wachsende Anerkennung von Handlungsspielräumen der Verwaltung bei sog. unbestimmten Rechtsbegriffen, die im Tatbestand einer Norm zu finden sind.

Das Bundesgericht bringt diese Verwobenheit der Gesichtspunkte treffend zum Ausdruck, wenn es in einem neueren Entscheid erklärt: »Le ›besoin‹ est une notion juridique imprécise; en cette matière, il est théoriquement et pratiquement difficile de fixer la limite entre le droit et l'appréciation . . . Cela n'a pas une importance pratique considérable, car, si le Tribunal fédéral ne revoit que les questions d'appréciation qu'en cas d'excès ou d'abus de pouvoir (art. 104 OJ), il reconnaît aussi à l'administration une marge de décision pour l'application du droit au sein de ladite notion juridique imprécise, du moins lorsqu'il s'agit de questions techniques ou de questions dépendant de circonstances locales . . . Or, en l'occurrence, il résulte précisément du texte de (la loi) que le législateur a voulu laisser à l'autorité une marge de décision importante.«¹⁴

5. Rückbesinnung und methodische Erkenntnisse

Die gegenwärtige Entwicklung ist dadurch gekennzeichnet, daß die Brückenfunktion des Ermessens zwischen Legislative und Justiz wieder zunehmend erkannt wird und die Theorie der unbestimmten Rechtsbegriffe im Abklingen begriffen ist. Bereits *Max Imboden* hatte in den sechziger Jahren mit Nachdruck auf die Funktionalität des Ermessens hingewiesen und damit (indirekt) wieder an die Auffassung *Fritz Fleiners* angeknüpft.¹⁵ Heute gewinnt die Einsicht an Boden, daß das Ermessen nicht nur ein Problem der Rechtsanwendung darstellt, sondern auch und in erster Linie ein Thema der *Gesetzgebung*. Ermessen wird ja nicht erst ex post vorgefunden – diese richterliche Sicht stellt eine untragbare Verkürzung der Problematik dar –, sondern vorerst einmal vom Gesetzgeber *ingeräumt*. Also hat sich erstens die Wissenschaft damit zu befassen, in welchen Formen vom Gesetzgeber Entscheidungsbefugnisse der Verwaltung übertragen oder überlassen werden sollen und dürfen. Dabei spielen der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz, mit Einschluß des Bestimmtheitsgebotes, und die

¹⁴ BGE 106 Ib 120.

¹⁵ *Max Imboden*, Grundsätze des administrativen Ermessens (1966), jetzt in: M. I., Staat und Recht. Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel und Stuttgart 1971, 417 ff.

Regeln der Delegation rechtsetzender Gewalt – beide im Lichte der Verfassung – eine vorrangige Rolle. Zweitens stellt sich das Problem, wie die Verwaltung ihr Ermessen zu betätigen hat, welchen materiellen Schranken des Rechts sie unterworfen ist (Stichwort: »Verrechtlichung des Ermessens«) und in welchen Formen sie von ihrer Gestaltungsfreiheit Gebrauch macht (Verordnungen, Verfügungen, Verträge etc.). Drittens erst dient das Ermessen, materiellrechtlich umschrieben, auch der Justiz zur Markierung der Grenzen ihrer Kognition – Grenzen, die im gewaltenteiligen Rechtsstaat wohl von der *Verfassung* gefordert sind, denn diese legt die primäre Verantwortung für den Vollzug der Verwaltungsgesetze in die Hand der Exekutive.¹⁶

Das die schweizerische Lehre heute bedrängende Problem besteht demnach darin, Grundlagen und Entscheidungskriterien zu entwickeln, wie die *Regelungslast* im modernen demokratischen wie sozialen Rechtsstaat auf die drei Gewalten zu *verteilen* sei, welche Entscheidungen in welcher Form, Dichte und Bestimmtheit von welchen Organen getroffen werden sollen. In dieser Fragestellung kommt dem Ermessen die Bedeutung zu, den hauptverantwortlichen Entscheidungsanteil der Verwaltung de lege ferenda und de lege lata zu bestimmen.

III. Formen des Verwaltungsermessens

1. Ermessen als eingeräumte Gestaltungsfreiheit

Wie bereits ausgeführt wurde, erstreckt sich der traditionelle Ermessensbegriff in der Schweiz nicht bloß auf das Handeln der Verwaltung im Einzelfall, sondern auf den Normvollzug allgemein. Er bezieht sich folglich auf vier Bereiche: auf die Fälle der sog. Gesetzesdelegation, auf die konkrete Anwendung qualifiziert unbestimmter gesetzlicher Tatbestände, auf das sog. »Rechtsfolgeermessen« und auf Gebiete fehlender gesetzlicher Handlungsermächtigung.

¹⁶ Vgl. die näheren Hinweise auf die schweizerische Literatur bei *Rhinow* (N. 1), 44 Fn. 6. ergänzend beizufügen wären etwa die Arbeiten von *Gerold Steinmann*, Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung, Bern 1982, und *Thomas Cottier*, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Diessenhofen 1983.

2. Rechtsetzungsermessen

Verwaltungsermessen liegt vor, wenn die Exekutivbehörde vom Gesetzgeber ermächtigt wird, »ausführende« Vorschriften zu erlassen. Obwohl auch in der schweizerischen Lehre zuweilen zwischen der Gestaltungsfreiheit des Rechtsetzers und dem eigentlichen Ermessen des Rechtsanwenders unterschieden wird, hat sich diese Auffassung nicht durchgesetzt. Die Konkretisierung offener gesetzlicher Anordnungen auf dem Wege generell-abstrakter Regelungen wird ebenfalls als Ermessen qualifiziert: »Wenn der Gesetzgeber der Verwaltungsbehörde in einer Materie Verordnungsgewalt überträgt . . ., so räumt er ihr auch ein freies Ermessen ein«. ¹⁷ Freilich ist auch dieses Ermessen durch Verfassung und Gesetz begrenzt; aber in der Aufgabe der Konkretisierung ist es mit dem Rechtsanwendungsermessen im Einzelfall vergleichbar. Das Verwaltungsorgan ist hier ebenfalls auf eine dem konkreten Entscheid vorangehende Bildung von Regeln und Grundsätzen angewiesen, auch wenn diese nicht in Form eines Rechtssatzes, sondern in der Entscheidungsbegründung, allenfalls auch »nur« in Verwaltungsrichtlinien oder gar nicht zum Ausdruck kommen. Die *bundesgerichtliche Praxis* anerkennt das Rechtsetzungsermessen ausdrücklich. Im Rahmen der abstrakten¹⁸ oder konkreten Normkontrolle kommt es immer wieder dazu, den Rechtsetzungsspielraum der Exekutive auf seine vom Gesetzgeber (und der Verfassung)¹⁹ abgesteckten – inneren und äußeren²⁰ – Grenzen hin zu überprüfen. Dabei knüpft es – in gleicher Weise wie beim Rechtsanwendungsermessen – an der gesetzlichen Grundlage an, aus der sich eine Gestaltungsfreiheit für die Verwaltung ergibt. Und es betont, es habe im Rahmen der Rechtskontrolle nur die Übereinstimmung der vom Exekutivorgan gewählten Lösung mit dem Gesetz zu überprüfen, nicht sein »eigenes Ermessen« walten zu lassen.²¹

17 *Fleiner* (N. 3), 145.

18 Auf Bundesebene existiert keine abstrakte Normkontrolle. Hingegen können kantonale und kommunale Erlasse hauptfrageweise beim Bundesgericht, ausnahmsweise beim Bundesrat, angefochten werden (Art. 84 Abs. 1 OG; Art. 73 Abs. 1 VwVG).

19 Nach Art. 113 Abs. 3 BV sind Bundesgesetze, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse und die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht verbindlich. Dieses kann deshalb Verordnungen des Bundesrates nicht auf Verfassungswidrigkeit hin überprüfen, wenn diese in einem der angeführten Erlasse verankert ist.

20 Zu den Begriffen vgl. hinten Ziff. III./4.

21 Vgl. etwa *Blaise Knapp*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel und Frankfurt a. M. 1983, N. 189, 104, 106. – BGE 106 Ib 134, 105 Ib 570, 104 Ib 425 ff., 103 Ib 140 etc.

Im BGE 107 Ib 246 f. heißt es etwa: »Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, ist dieser Spielraum für das Bundesgericht nach Art. 113 Abs. 3/Art. 114 bis Abs. 3 BV verbindlich. Das Bundesgericht darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen. Das dem Bundesrat eingeräumte Ermessen verbietet dem Bundesgericht insbesondere, über die Zweckmäßigkeit der bundesrätlichen Verordnung zu befinden. Die Prüfung des Bundesgerichts beschränkt sich dann vielmehr auf die Frage, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei ist zu untersuchen, ob mit der bundesrätlichen Verordnung der im Gesetz genannte Zweck erfüllt werden kann und ob der Bundesrat sein Ermessen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeübt hat. Dies kann bejaht werden, wenn die in der Verordnung vorgesehenen Mittel in einem vernünftigen Verhältnis zu dem im Gesetz vorgesehenen Zweck stehen . . . Eine strengere Kontrolle über die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes übt das Gericht indessen bei Eingriffen in die Rechtsstellung der Bürger aus, bei denen den Behörden kein oder nur ein geringer Ermessensspielraum zusteht . . .«.

3. Tatbestandsermessen

Daß in der früheren schweizerischen Doktrin das Ermessen nicht auf die Rechtsfolgeseite der Norm beschränkt wurde, ist bereits erwähnt worden. Auch heute vertritt ein Teil der Lehre die Auffassung, der Gesetzgeber könne der Verwaltung durch eine besondere Unbestimmtheit im Tatbestand die Befugnis eigenverantwortlicher Normkonkretisierung im Einzelfall übertragen.²² Dabei konzentriert sich die wissenschaftliche Forschung auf die Eigenschaften der Unbestimmtheit, welchen eine derartige Delegation zu entnehmen ist. Unbestritten ist dabei, daß nicht jede Offenheit oder gar Unklarheit Spielräume der freien administrativen Gestaltung eröffnet. Auch der Verwaltung bleibt – unter Vorbehalt der richterlichen Kontrolle – aufgetragen, das Gesetz auf seine Zielsetzungen, Aufträge und Grenzen der Ermessenshandhabung hin interpretierend zu befra-

22 Vgl. *Rhinow* (N. 1) 47 f., 87 ff., *derselbe*, Rechtsetzung und Methodik, Basel 1979, 58 ff.; *Imboden/Rhinow* (N. 13), Fall Nr. 66; *Klaus A. Vallender*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, 819 ff., 831 ff.; *Claudia Schoch*, Methode und Kriterien der Konkretisierung offener Normen durch die Verwaltung, Zürich 1984.

gen. Es geht mit anderen Worten darum, den Delegationscharakter einer Norm, oder besser: deren Delegationsbestandteile herauszuschälen.

Insofern ist bereits die sprachliche Anknüpfung des Konzepts der »unbestimmten Begriffe« als falsch zu taxieren. Denn Normauslegung wie Normkretisierung ist immer mehr als »Begriffsauslegung«. Wesentlich erscheint nicht die mehr oder weniger große Bestimmtheit eines isoliert gedachten Begriffs eines Rechtssatzes, sondern die der Verwaltung eine (beschränkte) Handlungsfreiheit einräumende *Rechtslage*, wie sie in der Gesetzgebung insgesamt und in der Verfassung zum Ausdruck kommt. Die »Unbestimmtheit« von Begriffen ist bloß ein vordergründiges Indiz für das Vorliegen von Ermessen, wie umgekehrt auch die angebliche Bestimmtheit von Begriffen allein noch keine »Gewähr« für die Bestimmtheit der Rechtslage insgesamt bildet!

Auch diejenigen Autoren, die kein Tatbestandsermessen im eigentlichen Sinne anerkennen, sprechen der Verwaltung bei unbestimmtem Normtatbestand einen recht großen – vom Richter nicht voll nachprüfaren – *Beurteilungsspielraum*²³ zu. Dieser sei dadurch gekennzeichnet, daß eine Wahlfreiheit zwischen mehreren Auslegungsmöglichkeiten bestehe – eine »Freiheit«, die auch von Rechtsmittelinstanzen geschützt wird, wenn die rechtsanwendende Verwaltungsbehörde zur Begriffsauslegung »besser geeignet« sei als die kontrollierende Instanz. Dies treffe etwa zu, wenn das Verhalten einer Person zu beurteilen sei, das Verwaltungsorgan über ein besonderes technisches Wissen verfüge, wenn wirtschaftspolitische oder raumplanerische Maßnahmen getroffen oder Subventionen ausgeschüttet würden, etc.²⁴

Die Kombination »unbestimmter Rechtsbegriff – Beurteilungsspielraum« wird damit gerechtfertigt, daß sich die dem Verwaltungsrichter zustehende Rechtskontrolle auf den gesamten Tatbestand beziehe und deshalb nicht durch die Justiz selbst – zulasten des Rechtsschutzes – eingeschränkt werden dürfe. Nur in den erwähnten besonderen Situationen, wo sich der Richter selbst – pointiert ausgedrückt – sachlich-fachlich überfordert fühlt, soll er sich auf eine »Vertretbarkeitskontrolle« zurückziehen und die Entscheidungsprärogative der Verwaltung anerkennen.

23 Die französischsprachige Lehre spricht von »latitude de jugement«, das Bundesgericht aber neuerdings auch von »marge d'appréciation«, was auch begrifflich auf die Nähe zum Ermessen (»liberté d'appréciation«) hinweist! Vgl. hierzu etwa *André Grisel*, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, 328 ff.; insb. 334, sowie *Gygi* (N. 9), 304 ff., je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

24 Vgl. neben den zit. Autoren *Grisel* und *Gygi* neuerdings auch *Francesco D. A. Bertossa* (N. 9).

Diese Auffassung verkennt m. E. den Verfassungs- und Gesetzesbezug des Ermessens, denn es steht nicht in der selbsternannten Kompetenz des Richters, Beurteilungsspielräume (ex post) »zuzuerkennen«. Dieser hat vielmehr die verfassungsrechtlich vorgegebene und vom Gesetzgeber intendierte Verteilung der Regelungslast ex ante, wie sie sich u. a. auch in der Normdichte äußert, *anzuerkennen*. Ausgangspunkt der Kognitionsbeschränkungen bildet in jedem Fall die gesetzliche Einräumung von Gestaltungsspielräumen.

Die Trennung von Tatbestandsunbestimmtheit und (Rechtsfolge-) Ermessen basiert auf der rechtstheoretischen Unterscheidung von *Normtatbestand* und *Rechtsfolge*. Doch in jüngster Zeit gewinnt die Einsicht an Boden, daß jegliches Ermessen zwangsläufig Tatbestandsermessen bilden müsse.²⁵ Es ist ja immer der Tatbestand einer Norm, der die Voraussetzungen des Eintritts einer Rechtsfolge umschreibt. Ist die Behörde ermächtigt und verpflichtet, eine oder mehrere Voraussetzungen einer Rechtsfolge selbständig zu bestimmen, weil ein sprachlich vermittelter Normtatbestand dafür Raum läßt, so *ergänzt* sie diesen Tatbestand. »Freiheit« in der Bestimmung der Rechtsfolge erweist sich somit als »tatbestandliche Freiheit«, Ermessensausübung als Vervollständigung des vorgegebenen Rechtssatzes durch Erlaß (generell-abstrakter und) konkreter Rechtsakte.

4. *Rechtsfolgeermessen*

Trotz dieser neueren Erkenntnis stehen herrschende Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz (noch?) auf dem Standpunkt, Ermessen könne ausschließlich oder zumindest *auch* Rechtsfolgeermessen sein. Die Rechtsauffassungen entsprechen hier – wenn ich recht sehe – ungefähr den in Deutschland vertretenen Meinungen. Das Rechtsfolgeermessen wird in ein *Entschließungs-* und *Auswahlermessen* gegliedert, je nachdem, ob der Verwaltung die Bestimmung des »Ob« oder (auch) des »Wie« des Rechtsfolgeintritts übertragen wird. Als Ermessensschränken erscheinen:

- die *Ermessensüberschreitung* als Fall einer Ermessensbetätigung, wo das (konkret zu vollziehende) Gesetz kein »Raum« für freie Gestaltung durch die Verwaltung läßt (»äußere« Schranken);

25 Vgl. etwa *Rhinow* (N. 1), 87 ff.; *Vallender* (N. 22). Maßgebliche Erkenntnisse sind auch aus dem Werk von *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüssmann*, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, gewonnen worden.

- der *Ermessensmißbrauch*, der durch die rechtsfehlerhafte Handhabung des Ermessens gekennzeichnet ist, wobei hierzu nicht nur der eigentliche Mißbrauch im engeren Sinne, sondern jeder Verstoß gegen Verfassungsschranken, insbesondere gegen Grundrechte, sowie gegen allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts (z. B. Treu und Glauben, Verhältnismäßigkeitsprinzip) gezählt werden (»innere« Schranken);
- zuweilen auch die *Ermessensunterschreitung*, die eine Behörde vornimmt, wenn sie sich fälschlicherweise als gebunden erachtet und deshalb kein Ermessen walten läßt, obwohl sie hiezu verpflichtet wäre. Logischerweise kann jedoch die Ermessensunterschreitung keine Schranke des Ermessens bilden, wird doch hier die Gestaltungsfreiheit der Verwaltung nicht rechtlich begrenzt, sondern überhaupt nicht wahrgenommen.

Ermessensschränken umgrenzen und durchziehen das »Feld« freier administrativer Entscheidungsbefugnis. Sie ergeben sich aus dem der Verwaltung vorgelagerten *Rechtsganzen*, namentlich aus Verfassung und Gesetzgebung. Das im jeweiligen Anwendungsfall primär Ermessen einräumende Gesetz (und erst recht der »unbestimmte Begriff«) steckt das Entscheidungsfeld der Exekutive nur teilweise ab. Wichtige und maßgebliche Grenzpfähle, Leitplanken und Sperrbezirke lassen sich oft erst im Normvollzug hier et nunc, unter Einbezug des zu regelnden Sachverhaltes und aller aus der Rechtsordnung insgesamt zu entnehmenden Vorgaben bestimmen.

5. Tatbestandsloses Ermessen

Ermessen kann auch gegeben sein, wenn überhaupt kein spezialgesetzlicher Tatbestand vorliegt (z. B. Befugnis zum Erlaß von Notverordnungen oder Notverfügungen auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel). Die Eigenheit dieses Ermessens besteht allerdings nur darin, daß es an einem materiellrechtlichen Delegationstatbestand auf der Stufe des Gesetzes fehlt. Handlungsermächtigung wie Handlungsgrenzen ergeben sich hier oft unmittelbar aufgrund des (geschriebenen und ungeschriebenen) Verfassungsrechts. Das sog. tatbestandslose Ermessen unterscheidet sich folglich *nicht grundsätzlich* vom Tatbestandsermessen, denn wie jenes vermittelt es keine Befugnis zur schrankenlosen Freiheit der Rechtsetzung oder Rechtsanwendung.

IV. Verwaltungsermessen und Verwaltungsrechtspflege

1. Zur Organisation der Verwaltungsrechtspflege

Das schweizerische »System« der Verwaltungsrechtspflege ist infolge seiner historischen wie föderalistischen Entwicklung und seiner vielfältigen Verflochtenheit in den Staats- und Gesellschaftsstrukturen nicht in wenigen Sätzen erklärbar. Für die Ermessensthematik erscheint der – von allen Sonderheiten und Ausnahmen absehende – Hinweis wichtig, daß die Rechtspflege auf drei, allenfalls vier Stufen beruht:

- auf einem heute (im Bund und vielen Kantonen) ausgebauten *erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren*, das viele Ähnlichkeiten mit dem deutschen Recht aufweist;
- auf einem *verwaltungsinternen* Rechtsmittelweg (»Verwaltungsbeschwerde«), der an den Verwaltungsakt anknüpft, ein- oder mehrphasig ausgestaltet sein kann und in der Regel bei der Exekutivspitze (Kolegium) oder Departement (so in der Regel im Bund) endet;
- auf einer *verwaltungsgerichtlichen* Überprüfung, die jedoch nicht gegen alle Verwaltungsakte und nicht in allen Kantonen gewährleistet ist; und
- auf einem *Verfassungsbeschwerdeverfahren* (Staatsrechtliche Beschwerde), das (nur) gegen letztinstanzliche kantonale Rechtsakte zulässig ist und für die Kantone ohne Verwaltungsgericht teilweise auch die Funktion des Verwaltungsrechtsschutzes übernimmt.

2. Ermessen als Kognitionsproblem

Bezüglich der Ermessenshandhabung und Ermessenskontrolle gelten folgende allgemeine, in vielen Verfahrens- und Prozeßgesetzen in gleichen oder ähnlichen Formulierungen anzutreffende Regeln:

- a. Die *erstinstanzlich* verfügende Verwaltungsbehörde ist ex lege verpflichtet, ihren Ermessensspielraum auszuschöpfen (Verbot der sog. Ermessensunterschreitung). Die bundesgerichtliche Praxis hat den wichtigen, auf das in Art. 4 BV verankerte (formelle) Rechtsverweigerungsverbot abgestützten Grundsatz entwickelt, daß die Anforderungen an die *Be-gründung* von Ermessensakten steigen, »je größer der der Behörde eingeräumte Ermessensspielraum ist und je vielfältiger die tatsächlichen Vor-

aussetzungen sind, die bei der Betätigung des Ermessens zu berücksichtigen sind«.²⁶

b. Die *verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz* (in der Regel die hierarchisch vorgesetzte Aufsichtsbehörde) hat das von der Vorinstanz ausgeübte Ermessen auf alle Fehler hin *voll nachzuprüfen*, wenn ein entsprechendes Begehren gestellt wird. Sie ist in der Regel befugt, reformatorisch neu und direkt auch im Ermessensbereich zu entscheiden. In der Gesetzesprache heißt es, der Beschwerdeführer könne nicht nur Rechtsverletzungen, sondern auch »Unangemessenheit« des Verwaltungsaktes rügen.²⁷ Der Verzicht auf die Ausschöpfung der vollen Kognition wird als Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Verbot formeller Rechtsverweigerung qualifiziert.²⁸

c. Vor den *Verwaltungsgerichten* und dem Bundesgericht kann jedoch nur noch geltend gemacht werden, der angefochtene Akt beinhalte eine Rechtsverletzung. Dabei gelten Überschreitung und Mißbrauch des Ermessens ausdrücklich auch als Rechtsverstöße.²⁹ Der »einfache Ermessensfehler«, die bloße »Unangemessenheit« stellt (in der Regel) keinen Beschwerdegrund dar.

Ermessensmißbrauch wird jedoch (auch) angenommen, wenn gegen ein Grundrecht verstoßen wird, »wenn sich die Verwaltung von unsachlichen Erwägungen leiten läßt oder wenn sie unverhältnismäßig oder rechtsungleich handelt«.³⁰ Mit dem Etikett des Ermessensmißbrauchs besitzt der Richter das Instrumentarium, trotz gesetzlichem Verbot einer Kontrolle der »Unangemessenheit« Ermessensentscheide recht intensiv zu überprüfen; ja im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips kann er letztlich in die bedrohliche Nähe einer Unangemessenheitskontrolle gelangen.³¹ In der täglichen Gerichtspraxis hängt vieles vom Maß richterlichen »Kontrollleifers« und von der geübten Zurückhaltung in concreto ab; die oft wohlformulierten Urteilsbegründungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, daß zwischen nichtüberprüfbaren einfachen Ermessensfehlern und kontrollierbaren Rechtsverletzungen fließende Übergänge bestehen.

26 Praxis des Bundesgerichts, 1978, Nr. 192, 503.

27 Z. B. Art. 49 lit. c VwVG.

28 *Imboden/Rhinow* (N. 13), Nr. 80 B I.

29 Z. B. Art. 104 lit. a OG.

30 BGE 104 Ib 108 ff.

31 Vgl. den diesbezüglich illustrativen Fall BGE 104 Ib 108 ff.

Meines Erachtens liegt der tiefere Grund dieser Unsicherheit einmal im Umstand, daß die Gerichte oft davon absehen, den Delegationsanteilen der gesetzlichen Grundlage nachzuspüren und bloß das Verhältnis von Exekutive und Justiz im Auge behalten. Das Ermessen im prozessualen Sinn ist aber identisch mit der gesetzlichen Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Verwaltung. Zum anderen erscheint es nicht unproblematisch, ein von den Grundrechten losgelöstes Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeine Ermessensschranke aufzufassen, da damit letztlich doch wieder der Richter und nicht die Verwaltung über die »Unangemessenheit« einer Anordnung entscheidet! Bei der Überprüfung des Rechtsetzungsermessens des Bundesrates übt das Bundesgericht mit Recht eine zurückhaltende Kontrolle über die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus.³²

3. *Ermessen als Schranke der richterlichen Zuständigkeit*

Wie bei der historischen Betrachtung bereits erwähnt wurde, schließen die schweizerischen Prozeßgesetze in typischen Ermessenssituationen den Rechtsweg an ein Verwaltungsgericht oft aus. In diesen Fällen entscheiden die Exekutivspitzen, allenfalls besondere Rekurskommissionen, als Beschwerdeinstanzen endgültig. Dabei verwenden die Prozeßgesetze unterschiedliche Techniken. Einerseits zählen sie Materien auf, in welchen die Ergreifung eines Rechtsmittels an das Gericht unzulässig erklärt wird.³³ Andererseits knüpfen sie den gerichtlichen Rechtsschutz an das Vorhandensein eines (gesetzlichen) Rechtsanspruches auf eine staatliche Bewilligung oder Leistung³⁴ an. Wo kein Anspruch auf Begründung eines Rechtsverhältnisses besteht, liegt diese im Ermessen der Behörde. Privater Anspruch und behördliches Ermessen erscheinen so als Gegensatz, der über den einzuschlagenden Rechtsweg in concreto entscheidet (Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder verwaltungsinterne Beschwerde).

32 Vgl. etwa BGE 107 Ib 247, vorne zit. unter Ziff. III./2.

33 So etwa Art. 100 OG, der u. a. die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen alle oder ausgewählte Verfügungen auf folgenden »Sachgebieten« als unzulässig erklärt: Innere und äußere Sicherheit des Landes, Neutralität, diplomatischer Schutz und übrige auswärtige Angelegenheiten; Fremdenpolizei, Schweizerbürgerrecht; militärische oder zivile Landesverteidigung; Dienstverhältnis von Bundespersonal; Strafverfolgung und Auslieferung, Aufsicht über die Vormundschaftsbehörden, Zölle, Erfindungspatente, Schule, Straßenverkehr, Landwirtschaft, Schutz von Pflanzenzüchtungen, Seeschifffahrt, politische Rechte.

34 Nach Art. 99 OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde u. a. unzulässig gegen »die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen« (Bst. d) sowie gegen »die Bewilligung oder Verweigerung von Beiträgen, Krediten, Garantien, Entschädigungen und anderen öffentlichrechtlichen Zuwendungen« (Bst. h), auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt.

Dieser Gegensatz ist aber bloß ein scheinbarer, jedenfalls kein durchgängiger. Das gerichtliche Rechtsmittel ist zweifellos gegeben, wenn die Verwaltung zur Leistungsgewährung im Grundsatz verpflichtet ist (»Anspruch«). Aber einzelne Anspruchsvoraussetzungen können trotzdem so unbestimmt ausgestaltet sein, daß der Behörde Ermessensspielräume offen stehen. Ihre Handlungspflicht ist zwar nicht ins Ermessen gestellt, wohl aber u. U. das »Wie« ihres Handelns.³⁵ Der Satz, wonach ein fehlender Anspruch Ermessen einräumt, ist folglich nicht umkehrbar: Auch wo ein privater Anspruch gegenüber der Behörde (z. B. auf die grundsätzliche Ausrichtung einer Subvention) besteht, kann dieser von gerichtlich nicht nachprüfbarem Ermessen begleitet sein (z. B. bezüglich Subventionshöhe). Der Anspruch bezieht sich dann nur auf die Begründung des Rechtsverhältnisses an sich, nicht auf dessen nähere Ausgestaltung.³⁶ Die Problematik dieser Ordnung liegt darin, daß das materielle Recht bereits in die Eintretensfrage, die Prüfung der Sachurteils Voraussetzungen, hineinwirkt, und daß offen bleibt, ob ein Anspruch nicht auch zu bejahen wäre, wenn sich dieser – trotz gesetzlicher Ermessenseinräumung auch im Grundsatz – erst im Einzelfall, etwa infolge Selbstbindung der Verwaltung und aufgrund des Rechtsgleichheitsgebotes, ergibt!³⁷

4. Kognitionsbeschränkungen innerhalb von Exekutive und Judikative

Während die richterliche Zurückhaltung bei der Überprüfung des administrativen Ermessens ihre rechtliche Grundlage in den schweizerischen Prozeßgesetzen, ja letztlich im Verfassungsrecht findet, werden die verwaltungsinternen Rechtsmittelinstanzen – wie erwähnt – in aller Regel nicht ermächtigt, ihre Kognition im Beschwerdeverfahren einzuschränken.

Trotzdem hat es sich in der schweizerischen Verwaltungspraxis eingebürgert, daß verwaltungsinterne Rekursinstanzen in gewissen Fällen auch ohne gesetzliche Erlaubnis ihre Kognition auf eine reine Rechtskontrolle beschränken. Das Ermessen der administrativen Vorinstanz wird nicht durchgehend frei nachgeprüft.

Dies trifft namentlich in folgenden Fällen zu:³⁸

- Die Vorinstanz ist *nicht hierarchisch unterstellt*, sondern besitzt einen rechtlich geschützten Bereich autonomer Rechtsgestaltung. So über-

35 Vgl. etwa BGE 110 Ib 148 ff.

36 René A. Rhinow, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, Basel und Stuttgart 1971, 169 ff.

37 Vgl. überzeugend neuerdings Joachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, München 1985, 17 ff.

38 Imboden/Rhinow (N. 13), Fall Nr. 67 B III.

prüft der Bundesrat Ermessensakte letzter kantonaler Instanzen ebensowenig auf Unangemessenheit (vgl. Art. 49 Bst. c VwVG) wie viele kantonale Regierungen Ermessensakte der Gemeinden. Analoges gilt für Rechtsakte autonomer Verwaltungseinheiten.

- Die Vorinstanz ist mit *besonderer Sachkunde* ausgestattet oder nach einem besonderen Schlüssel *demokratisch zusammengesetzt*. So werden beispielsweise Prüfungsbewertungen, Maßnahmen der örtlichen Verkehrsregelung, ja allgemein Planungsakte nur beschränkt überprüft.
- Die Vorinstanz hat sich auf eine *amtliche Expertise* abgestützt. Auch hier wird im Rechtsmittelverfahren nur auf die Vertretbarkeit der Ergebnisse hin kontrolliert.

Auch innerhalb der *Judikative* gibt es Fälle eingeschränkter Nachprüfung des Ermessens. So pflegen kantonale Verwaltungsgerichte die Bemessung der Enteignungsentschädigung trotz freier Kognitionsbefugnis auch dann nicht voll zu kontrollieren, wenn als Vorinstanz speziell eingesetzte Schätzungskommissionen mit richterlicher Unabhängigkeit entschieden haben. Das Ermessen hat also nicht nur eine Abgrenzungsfunktion zwischen den Gewalten (Legislative, Exekutive, Judikative), sondern unter Umständen auch innerhalb von Verwaltung und Justiz. Die Begründung für die Zurückhaltung in der Kontrollausübung ist in beiden Fällen eine ähnliche. Sie ergibt sich aus der spezifischen Funktion der Vorinstanz, aus ihrer Stellung gegenüber dem Rechtsmittelorgan. Beschränkte Nachprüfung des Ermessens bedeutet immer Schutz des rechtlich *ingeräumten* Entscheidungsspielraums. Auch innerhalb der Verwaltung legt sich letztlich die Beschwerdeinstanz nicht freiwillige Zurückhaltung auf, sondern respektiert einen vom Gesetz (also ex ante) geforderten, begrenzten Bereich »freier« Rechtshandhabung.

V. Funktionen des Verwaltungsermessens

1. Grundsatz

Ausgehend von der Vorstellung einer vom Gesetzgeber *ingeräumten* und nicht vom Richter durch »Zurückhaltung« akzeptierten Gestaltungsfreiheit der Verwaltung gewinnt die Frage an Bedeutung, wie die Verwaltung und allenfalls der Verwaltungsrichter die Ermessenstatbestände und deren Grenzen zu erkennen vermöge. Die Handlungsschranken der Verwaltung und die Kognitionsschranken des Richters lassen sich dabei vor al-

lem aufgrund der vom Gesetzgeber im Lichte der Verfassung verfolgten »Rechtsverwirklichungsstrategie« ermitteln. Ermessen wird aus bestimmten Gründen und zu bestimmten Zwecken eingeräumt, wobei allen gemeinsam zugrunde liegt, daß der Gesetzgeber Entscheidungen im sozialen Rechtsstaat weder monopolisieren soll noch kann und daß die Verwaltung als befähigt und geeignet erachtet wird, die delegierte Entscheidungsbefugnis wahrzunehmen. Zu fragen ist folglich nach den *Funktionen* des Verwaltungsermessens im Rechtsverwirklichungsprozeß. Die funktionellrechtliche Sicht verbindet das ex ante-Problem des Gesetzgebers (Formen und Technik der gesetzlichen Delegation von Entscheidungsbefugnissen) mit dem ex post-Problem des Richters (Grenzen des Ermessens und deren Einhaltung durch die Verwaltung).

2. Zwei Ansätze in der schweizerischen Lehre

Bereits *Fritz Fleiner* hat verschiedene Zwecke des Ermessens hervorgehoben:³⁹

- Das Ermessen als *Einzelfallermessen*, analog dem zivilrechtlichen Ermessen: Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles;
- Das Ermessen als *Sachverständigenermessen*: Die Verwaltungsbehörde steht den konkreten Lebensverhältnissen näher und besitzt wissenschaftliches und technisches Wissen sowie Erfahrung;
- Das Ermessen als *Anpassungsermessen*: Die Behörde soll »den wandelbaren Anschauungen ihrer Zeit und ihres Ortes« Rechnung tragen, um damit eine Gesetzesvollziehung zu gewährleisten, die »den wechselnden Anforderungen des Lebens und des öffentlichen Interesses entspricht«.

*Max Imboden*⁴⁰ hat das Administrativermessen ganz der Funktion zugeordnet, eine individualisierende Auswahl und Abstufung von Rechtsfolgen zu ermöglichen, um damit »individualisierende Fallgerechtigkeit« anstelle »generalisierender Normgerechtigkeit« zu gewährleisten. Diese typische Ermessenssituation erfülle sich vor allem in fünf Fällen:

- beim *Gesetzesdispens* (Abweichung vom Gesetz in besonderen Fällen);
- beim *Rechtssatz*, der bloß als *Schranke* oder Rahmen, nicht als »umfassende Determinante« wirkt;

- bei Begriffen, denen ein auf den Einzelfall bezogenes *Wertmaß* zugrunde liegt;
- beim *prospektiven* Verwaltungshandeln;
- beim Handeln auf Grund von *Fachwissen*.

Der Ansatz *Imbodens* übernimmt die Lehre *Fleiners* und entwickelt sie in differenzierter Form und vor allem auf dem (realistischen) Boden der schweizerischen Praxis weiter.

Allerdings bleibt die Gegenüberstellung von Normgerechtigkeit und Einzelfallgerechtigkeit einer verengten und m. E. überholten Sicht verhaftet. Es ist unter der Herrschaft des Gleichbehandlungsgebotes Aufgabe auch der Ermessensbetätigenden Verwaltung, die vom Gesetzgeber »unvollendete« Regelbildung verfeinernd, konkretisierend fortzusetzen. Jeder Ermessensakt beruht auf von der Verwaltung aufgestellten, explizit gemachten oder impliziten Annahmen und Vorgaben (ergänzenden Tatbestandselementen), die verallgemeinerungsfähig sind und sein müssen, auch wenn dieselbe Regel vielleicht später nicht mehr zur Anwendung gelangen kann oder wird.⁴¹ Es ist somit nicht die Verwaltung, die den Bereich der Normgerechtigkeit verläßt, sondern der Gesetzgeber, der angesichts der oben skizzierten Motive die Regelbildung delegiert hat.

3. Die Ermessenszwecke in der Staatspraxis

Von *Martin Bullinger*⁴² stammt der verdienstvolle Versuch, die Ermessenszwecke wie folgt zu gliedern:

- Freiraum für *taktische Überlegungen* (taktisches Ermessen);
- Freiraum für die *Anpassung* des Gesetzes an besondere Gegebenheiten des Einzelfalles (Dispensermessen);
- Freiraum für *Sachverstand* (z. B. wissenschaftlich-technisches Ermessen, pädagogisches Ermessen, Prüfungsermessen);
- Freiraum für gesetzeskonkretisierende *Pläne* und planungsähnliche Gestaltungsakte (Planungsermessen);
- Freiraum für flexible *Optimierung* staatlicher Leistungen (Managementermessen).

In der schweizerischen Praxis lassen sich alle der hier angeführten Ermessenszwecke nachweisen. Im Bereiche des *taktischen* Ermessens wird der Rechtsweg ans Gericht oft gar nicht eröffnet. Polizeiliche Verfügungen

³⁹ *Fleiner* (N. 3), 142 ff.

⁴⁰ *Imboden* (N. 15), 424 ff.

⁴¹ Vgl. hierzu *Rhinow* (N. 22), 229 ff.

⁴² *Bullinger* (N. 2), 1007 ff.

zur Aufrechterhalten von Ruhe und Ordnung in den Kantonen etwa können in der Regel von den Verwaltungsgerichten nicht überprüft werden, ebensowenig – auf Bundesebene – »Verfügungen auf dem Gebiete der inneren oder äußeren Sicherheit des Landes . . . , über das Asylrecht . . . , in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Militärdienstes und des Zivilschutzdienstes . . . , auf dem Gebiete der Strafverfolgung«.⁴³

Das *Dispensermessen* wird ebenfalls ausdrücklich anerkannt. Die frühere Rechtsprechung qualifizierte die Erteilung von Ausnahmebewilligungen auf gesetzlicher Grundlage als (eine) Ermessensangelegenheit, während die jüngere Gerichtspraxis die Voraussetzungen des Dispenses als – von den Gerichten überprüfbar – Rechtsfrage bezeichnet.⁴⁴

Freiraum für *Sachverstand* wird den Exekutivorganen von der schweizerischen Gesetzgebung den Exekutivorganen in vielen Bereichen eingeräumt. Als Beispiele seien erwähnt: Eignungsprüfungen (z. B. Beamtenernennungen, Beförderungen, Examenleistungen), Bedarfsfestlegungen (z. B. Bedürfnisklauseln im Gastwirtschaftsgewerbe und der Atomenergiewirtschaft), Maßnahmen mit Schutz- und Erhaltungszweck (z. B. im Rahmen des Kulturgüterschutzes und der Landschaftspflege), Schätzungen (etwa bei Enteignungsentschädigungen), Aufsichtsbefugnisse im Bereiche der Wirtschaftskontrolle (z. B. Bankenaufsicht, Versicherungsaufsicht). In diesem letzten Bereich ist in der Schweiz oft von einem sog. *technischen* Ermessen die Rede.⁴⁵ Auch hier kann die Ermessenssituation zum Ausschluß gerichtlicher Überprüfung überhaupt führen.

43 Vgl. vorne N. 33.

44 *Imboden/Rhinow* (N. 13), Fall Nr. 37 B IV; *Knapp* (N. 21), No 658.

45 Vgl. etwa das illustrative Urteil des Bundesgerichtes i. S. *Bankinvest AG* (BGE 108 Ib 186). Nach Art. 23bis Abs. 2 des Bankengesetzes (SR 952.0) kann die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) »von den Revisionsstellen und von den Banken alle Auskünfte und Unterlagen verlangen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt. Die Frage, welche Auskünfte und Unterlagen zur Erfüllung der Aufgaben der Bankenkommision erforderlich sind, muß durch Auslegung des Gesetzes ermittelt werden. Welche Auskünfte und Unterlagen dies im einzelnen sind, ist jedoch weitgehend dem technischen Ermessen der Bankenkommision anheimgestellt, weshalb das Bundesgericht nur bei eigentlichen Ermessensfehlern in ihren Entscheid eingreift« (S. 189).

Das Ineingreifen von Beurteilungsspielraum und Ermessen kommt noch deutlicher in einem anderen gleichentags gefällten Urteil (BGE 108 Ib 270 ff.) zum Ausdruck: »Ob die Voraussetzungen für ein Einschreiten der Eidgenössischen Bankenkommision gegen ein ihrer Aufsicht unterstelltes Bankinstitut gegeben sind, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht an sich frei überprüft. Dabei muß es sich aber Zurückhaltung auferlegen bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen, zu deren Beantwortung die Eidgenössischen Bankenkommision zufolge ihrer Zusammensetzung aus Sachverständigen besser imstande ist als das Bundesgericht (technisches Ermessen der Eidgenössischen Bankenkommision). Insofern ist der Eidgenössischen Bankenkommision ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Prüfung des Einzelfalls zuzugestehen (. . .).

Schon mit Beginn planender Aktivitäten des Staates hat das *Planungsermessen* der Behörden dazu geführt, von einer richterlichen Kontrolle abzusehen oder diese stark einzuschränken. Planungsermessen erscheint besonders »politikanfällig« und nur in geringerem Ausmaß rechtssatzmäßig steuerbar, so daß die Entscheidungsanteile der Exekutivbehörden deutlich und unbestreitbar zum Vorschein treten.⁴⁶

Schließlich dürfte sich die Rechtslage bezüglich des *Managementermessens* mit derjenigen der Bundesrepublik vergleichen lassen. Auch in der Schweiz »verdecken« organisatorische Ausgliederungen (sog. Regiebetriebe) und privatrechtliche Handlungsformen zuweilen den Ermessenscharakter des Verwaltungshandelns. Der Begriff der (»Privat«-)Autonomie bezeichnet hier den gewährten Gestaltungsspielraum und tritt anstelle des Ermessensbegriffs; er ist aber tendenziell geeignet, die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Handlungsgrenzen zu verdunkeln.⁴⁷

Eine besondere Bedeutung hat in den letzten Jahrzehnten das Ermessen im Bereiche der Wirtschaftsverwaltung und der Raumplanung erhalten – Bereiche, die geradezu exemplarisch durch unbestimmte und unabgeschlossene Normtatbestände hervorstechen und nach einer Gestaltungsfreiheit der Exekutive rufen.

Welche konkreten Maßnahmen bei Bejahung der Pflicht für ein Einschreiten der Kommission im Einzelfalle angezeigt sind, stellt eine Ermessensfrage dar. Außer im Falle des Bewilligungsentzuges nach Art. 23quinquies BankG, wo dieser bei gegebenen Voraussetzungen zwingend zu erfolgen hat, kommt der Bankenkommision als fachkundiger Behörde bei der Maßnahmeauswahl ein weiter Spielraum des Ermessens zu (. . .). Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Bankenkommision aber an die allgemeinen Grundsätze verwaltungsmäßigen Handelns gebunden: Es ist dies das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; bei der Auswahl der Maßnahme ist stets vom Hauptzweck der Bankengesetzgebung, dem Gläubigerschutz auszugehen.«

46 Nach dem Bundesgesetz über die Raumplanung (vom 22. Juni 1979, SR 700) können Entscheide letzter Instanzen der Kantone, denen die Raumplanung vor allem obliegt, nur in zwei besonderen Fällen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden (Entschädigungen wegen materieller Enteignung, Bewilligung von Bauten außerhalb der Bauzonen; Art. 34). Es ist aber zu beachten, daß die Verfassungsbeschwerde gegeben ist.

47 *René A. Rhinow*, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: *Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht*. Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Basel zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, 295 ff.

VI. *Schlußbemerkungen*

Das Verwaltungsermessen erweist sich zweifellos als Schlüsselkategorie der modernen Staats- und Verwaltungsrechtslehre. Es transzendiert den Exekutivbereich in Richtung beider anderen Staatsgewalten hin, beschlägt Rechts- und Normstrukturprobleme, signalisiert den ex ante gewährten und ex post geschützten Entscheidungsbereich von Verwaltungsbehörden. Es läßt sich vor allem nicht mehr ausschließlich mit räumlichen Denkansätzen erfassen, weil die Ermessensgrenzen nicht nur durch gesetzliche Zäune (von außen her) abgesteckt werden, sondern vom Rechtsganzen her (auch von »innen«) definiert werden. Ermessen ist »Restkategorie«, Entscheidungsfreiheit nach Bestimmen der rechtlichen Vorgaben. Es ist deshalb immer *gebunden und frei*, weil die Verwaltung auf die Beachtung der Rechtsschranken verpflichtet ist. Diese können auch bei genereller gesetzlicher Ermessenseinräumung nur in concreto, etwa auf dem Wege grundrechtskonformer Rechtsanwendung, ausgemacht werden. Im Extremfall können sie sogar dazu führen, daß kein Handlungsspielraum übrigbleibt (Ermessensschrumpfung).

Ermessen resultiert aus *Tatbestandsoffenheit* und kann in unterschiedlichen Formen eingeräumt werden. Nicht jede Unbestimmtheit oder gar Unklarheit von Begriffen weist jedoch einen Delegationscharakter auf; dieser ist deshalb vom *ersten* Rechtsanwender zu ermitteln, vom *zweiten*, gerichtlichen Anwender jedoch zu kontrollieren und zu respektieren. Während die schweizerische Lehre in den letzten Jahrzehnten z. T. eine Neigung aufwies, das deutsche Konzept der sog. »unbestimmten Rechtsbegriffe« zu übernehmen, verfuhr (und verfährt) die Praxis, oft unausgesprochen, weitgehend nach den früheren schweizerischen Ermessensvorstellungen.

Notwendigkeit und Grenzen exekutiver Gestaltungsfreiheit berühren einerseits das Gesetzmäßigkeitsprinzip in seiner rechtsstaatlichen wie demokratischen Fundierung, andererseits Zuständigkeit und Kognition der Gerichtsbarkeit. Ermessen kann Anlaß geben, justiziellen Rechtsschutz überhaupt auszuschließen; regelmäßig begrenzt es die richterliche Überprüfungsbefugnis auf die rechtlich vergebenen Ermessensschranken (»Rechtskontrolle«). Die vollständige Überprüfung der Ermessenshandhabung (»Ermessenskontrolle«) bedeutet im Prinzip geteilte Vollzugsverantwortung; sie kommt hauptsächlich beim verwaltungsinternen, nur ausnahmsweise im verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz vor.

Gesetzliche Einräumung von Ermessen, und damit auch Ausschluß und Begrenzung des Ermessensrechtsschutzes, stehen in einem besonderen

Verhältnis zu Organisation und Verfahren der Ermessenshandhabung. Der Ermessensbedarf bedingt oft auch eine qualifizierte Ausgestaltung der vollziehenden Behörde(n) sowie des Verwaltungsverfahrens, welche auf die Handlungsfreiheit der Verwaltung abgestimmt werden und den eingeschränkten Rechtsschutz ex post (zumindest teilweise) kompensieren.