

9

Schindler Benjamin, Prof. Dr. iur.: *Verwaltungs-
ermessen. Gestaltungskompetenzen der öffent-
lichen Verwaltung in der Schweiz*, Habilitati-
onsschrift. LXXXV und 429 Seiten. CHF 158.–.
Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen und Nomos,
Baden-Baden 2010.
ISBN 978-3-03751-266-1 (Dike).
ISBN 978-3-8325-6025-2 (Nomos).

Es kommt in einem Professorenleben nicht oft vor, dass man als Emeritierter eine Habilitati-
onsschrift rezensieren darf, die eigene Gedan-
ken aufnimmt, die vor rund 30 Jahren entwik-
kelt worden sind, diese wissenschaftlich auf
höchstem Niveau kritisch beleuchtet, entfaltet,
historisch, rechtstheoretisch wie pragmatisch
in ein grösseres Umfeld einbettet sowie kreativ
mit neuen Lösungsansätzen anreichert. *Ben-
jamin Schindler*, Professor an der Universität
St. Gallen, gliedert seine Arbeit in drei Teile,
in einen *Rückblick*, in welchem er den «Ermes-
senslehren im Wandel der Zeit» nachgeht, in
eine *Standortbestimmung*, die der Kritik und
Notwendigkeit einer Neuorientierung gewid-
met ist, und in einen *Ausblick*, in dem er einen –
wie er es bescheiden nennt – «möglichen Bei-
trag» zur Neuorientierung entwickelt.

Dem Autor kommt einmal das Verdienst zu, den Wurzeln und dem Werdegang der
Ermessenslehre nachzuspüren und in den
Kontext der geschichtlichen Entwicklung von
Recht und Staat zu stellen. So beleuchtet er
den Ursprung der Ermessensproblematik an-
lässlich der Gründung des österreichischen
Verwaltungsgerichtshofes 1875 anhand der
neu auftretenden Frage, in welchem Umfang
das neu geschaffene unabhängige Kontrollor-
gan berechtigt sei, Entscheide der unter dem
Einfluss der Monarchie stehenden öffentlichen
Verwaltung auf ihre Rechtmässigkeit hin zu
überprüfen. Dies war nicht zulässig, sofern
und soweit die Verwaltungsbehörden «nach
freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind».
Von da an entwickelte sich in Österreich und
anschliessend in Deutschland eine vielfältige
Dogmatik, die ihre Spuren in der Schweiz hin-
terlassen hat und immer noch nachwirkt. Es
ging vor allem darum, eine möglichst umfas-
sende gerichtliche Kontrolle der Verwaltungs-
aktivitäten sicherzustellen. Interessanterweise
wurde nach dem Ende der Monarchie 1918
der rein justizorientierte Ansatz der Ermes-
senslehre vorerst kaum verlassen. Nach dem

2. Weltkrieg entkoppelte sich nach *Schindler*
die Dogmatik von ihren geschichtlichen Wur-
zeln und wurde zunehmend formalisiert und
entpolitisiert. Grundlage bildete die verein-
fachende normstrukturelle Dichotomie von
unbestimmtem Rechtsbegriff, der auf der
Tatbestandsseite der Norm angesiedelt und
grundsätzlich vom Gericht frei überprüfbar
war, und Ermessen auf der Rechtsfolgeseite,
das der justizmässigen Kontrolle nur unter
bestimmten Voraussetzungen unterlag und so
als «trojanisches Pferd des Rechtsstaates» apo-
strophiert wurde.

Schindler beleuchtet die Rezeption der
österreichisch-deutschen Ermessenslehre in
der schweizerischen Verwaltungsrechtswis-
senschaft vor dem Hintergrund der damali-
gen «Abhängigkeit» der schweizerischen The-
orie des Verwaltungsrechts von der deutschen
Verwaltungsrechtswissenschaft. Massgebliche
Gründe für diese Übernahme erblickt er in
der personellen Verbundenheit mit deutschen
Gelehrten in der ersten Hälfte des 20. Jahr-
hunderts, im wissenschaftlichen Austausch
im Rahmen der Vereinigung der Deutschen
Staatsrechtslehrer und vor allem in der von
Otto Mayer und *Fritz Fleiner* geprägten «juri-
stischen Methode», die sich dank ihrer Abstrak-
theit und Distanz vom raum-zeitlichen Kontext
hervorragend für diesen Wissenschaftstran-
sfer eignete. Der Rezensent mag sich noch gut
erinnern, wie während seines Studiums *Max
Imboden* diese Abhängigkeit von der deutschen
Lehre in markigen Worten kritisiert hatte.
Einem Hinweis von *Schindler* zufolge soll er in
seinem Tagebuch sogar den Ausdruck «Ger-
manozentritis» verwendet haben. Für jeden im
Verwaltungsrecht tätigen Juristen wurde bald
einmal klar, dass die in der Lehre vermittel-
ten Institutionen und Kategorien des Verwal-
tungsrechts nur bedingt Hilfeleistungen in der
alltäglichen kantonalen Verwaltungspraxis zu
bieten vermochten.

Dies gilt in besonderem Ausmass für die
überwiegende schweizerische Ermessenslehre,
die von der deutschen Doktrin massgeblich
beeinflusst wurde und immer noch ist, ohne
dass man sich dieses historischen Werdegangs
heute noch bewusst wäre. Der Autor weist je-
doch mit Recht darauf hin, dass in der schwei-
zerischen Lehre die kategoriale Unterscheid-
ung von unbestimmtem Rechtsbegriff und
Ermessen induktiv-pragmatisch relativiert

worden ist, ohne diese jedoch grundsätzlich in Frage zu stellen. Die späte und weitgehend unreflektierte Übernahme der deutschen Ermessenslehre überdeckte zudem die bereits bestehende verfassungsrechtlich ausgerichtete Rechtsprechung, vor allem im Rahmen der Willkürrechtsprechung des Bundesgerichts. Die «Ausschöpfung» der Rechtsgleichheit von Art. 4 BV 1874 spielte bei der Ermessensüberprüfung in kantonalen Angelegenheiten eine wichtige Rolle, ohne dass sich das Bundesgericht je zu einer bestimmten Ermessenslehre bekannt hätte. Dabei bildete nach *Schindler* die Kategorie des Ermessensmissbrauchs das «Eti-kett, welches wahlweise dem Willkürverbot oder einem Sammelbecken verfassungsrechtlicher Normen aufgeklebt wurde» (S. 207).

So hat Bundesgericht während langer Zeit die Funktion eines «Ersatz-Verwaltungsgerichts» im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde und seiner Rechtsprechung zur Verletzung verfassungsmässiger Rechte wahrgenommen, was mit ein Grund für die im europäischen Vergleich späte und schleppende Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bildete. Der Autor zeichnet 4 Entwicklungslinien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Frage nach, ob offene Tatbestandsnormen Ermessen einräumen oder nicht, belegt aber mit Beispielen aus der Praxis die «Austauschbarkeit der bundesgerichtlichen Begründungskulissen» (S. 171). Die verfassungsrechtlich orientierte Rechtsprechung sei von der verwaltungsrechtlichen Terminologie überlagert worden bzw. mit dieser verschmolzen. Es habe aber solchermassen verfassungsrechtliche Erwägungen in seine Argumentation einbezogen und Ermessenspielräume nicht nur gesetzbezogen definiert.

Die schweizerische Lehre kannte freilich auch «Abweichter». Vor allem *Max Imboden* und nach ihm auch der Rezensent haben sich von dieser «Trinität» von Ermessen, unbestimmtem Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum gelöst und einen funktionalen Ansatz vertreten, der auf die vom Gesetzgeber zugewiesene Funktion der Ermessens-tatbestände abstellt. *Imboden* hat in seiner Schweizerischen Verwaltungsrechtsprechung 5 typische Ermessens-Situationen herauskristallisiert, die für längere Zeit die Verwaltungspraxis massgeblich beeinflusst haben. Mein Anliegen war es, das Ermessen im Rahmen

einer durchgängigen gewaltenverbindenden Rechtskonkretisierung als Thematik des Ermessens einräumenden Gesetzgebers, der Ermessen handhabenden Verwaltung und der Ermessen in unterschiedlicher Dichte kontrollierenden Justiz zu erfassen.

Dem Autor ist zuzustimmen, dass die «klassische» normstrukturelle Aufteilung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen zu einer «Überdogmatisierung» geführt hat: Erstens musste eine «Ermessensfehlerlehre» entwickelt werden, um den Gestaltungsspielraum der Verwaltung wieder einzuengen. Eingebürgert hat sich so die Trias von Ermessensunterschreitung, Ermessensüberschreitung und Ermessensmissbrauch. Zweitens wurde dem Bedürfnis nach richterlicher Zurückhaltung auf der Tatbestandsseite dadurch Rechnung getragen, dass eine (der Ermessenslehre verwandte) «Beurteilungsfehlerlehre» geschaffen wurde, um den Wertungsvorrang der Verwaltung bei unbestimmten Rechts- oder Gesetzesbegriffen sicherzustellen. Und drittens schliesslich stellte sich das Problem, dass sich der Gesetzgeber zunehmend dem konditionalen Normprogramm, welches die Grundlage der Ermessensdogmatik bildet, entzog, sodass die zusätzliche Kategorie des Planungsermessens mit einer eigenen Fehlerlehre gebildet wurde. Der angelsächsische und französisch geprägte Rechtsraum kennt im Übrigen die Unterscheidung zwischen Rechtsfolgeermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen nicht; es wird einheitlich der Begriff *discretionary power*, *pouvoir discrétionnaire* und *discrezionalità* verwendet. Auch der Ermessensbegriff des Zivilrechts in Art. 4 ZGB unterscheidet nicht nach Tatbestand und Rechtsfolge.

Der Autor weist auch nach, dass der Umschreibung der Kognitionsvorschriften in den Verfahrensgesetzen eine beschränkte Bedeutung zukommt. Auch wo an sich volle Rechtskontrolle gegeben ist, schränken Gerichte unter Umständen ihre Prüfung ein und weichen «nicht ohne Not» oder triftigen Grund von der Haltung der Vorinstanz ab, dies vor allem infolge fehlender Sachkenntnisse (wie etwa bei Examenleistungen) oder wegen einer (berechtigten) Zurückhaltung bei politischen Wertungen. Der Autor kritisiert diese «Subkultur» (*Georg Müller*) nicht, sondern macht auf die Grenzen und Ergänzungsbedürftigkeit von Kognitionsvorschriften auf-

merksam. Zuständigkeitsvorschriften, die eine umfassende und flächendeckende richterliche Überprüfung vorschreiben, müssen nach ihm zwangsläufig zu einer richterlichen Überforderung führen. Der Autor illustriert diese Überforderung mit einem originellen Bild: «Solche Bestimmungen gleichen dem untauglichen Versuch, eine einseitig erblindete Person mittels einer besonders starken Brille auf beiden Augen sehend zu machen» (S. 181). Er betont mit Recht, dass die prozessuale Frage der richterlichen Kontrolldichte nicht an eine rechtstheoretische Frage anknüpft, sondern im Einzelfall mit Blick auf die unterschiedlichen Verantwortungskreise von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Rechtsschutzbedürfnis des Individuums zu beantworten ist. Dass dies so lange nicht erfolgt ist, hat mit der erwähnten Justizzentriertheit der Ermessensdogmatik zu tun. **Die Steuerungs- und Handlungsperspektive wurde ausgeblendet.** Doch Ermessen wird zuallererst vom Gesetzgeber eingeräumt und zwar in aller Regel gegenüber der vollziehenden Verwaltung. Der Autor stellt die richtige Frage, dass damit noch nicht entschieden sei, von wem und in welchem Verfahren nach einem «umfassend verstandenen Kontrollkonzept» die Verwaltung kontrolliert werde. Dort, wo diese über schwer kontrollierbare Gestaltungskompetenzen verfügt oder sich ihr Handeln nicht in anfechtbaren Verfügungen verdichtet, kann es sich aufdrängen, andere, nicht gerichtliche Kontrollorgane und -verfahren einzurichten. Die Ermessenslehre muss deshalb auch die Steuerungs- («Ermessenseinräumung») und Handlungsebene («Ermessensausübung») mit einbeziehen und diese mit der Kontrollebene verknüpfen. Alle drei müssen zudem stärker als bisher differenziert werden.

Der Rezensent teilt und vertritt seit langem auch die These von *Schindler*, dass sich de lege ferenda Ausnahmen von der Rechtsweggarantie kaum rechtfertigen lassen. Ziel muss vielmehr eine flächendeckende Verwaltungsgerichtsbarkeit mit bereichsspezifisch differenzierter Kontrollintensität sein. Besonders bedeutungsvoll ist der Hinweis des Autors, dass die traditionelle schweizerische Ermessensdogmatik «föderalismusblind» ist, denn die Frage der Überprüfungsbefugnis und der entsprechenden Praxis hängt auch damit zusammen, ob ein Gericht des Bundes seine Ko-

gnition aus Rücksicht auf die kantonale oder kommunale Autonomie nicht ausschöpft oder umgekehrt, vom Anliegen der Rechtsvereinheitlichung geleitet, eine volle Überprüfung vornimmt. Neben dem Verwaltungsermessen steht so das von ihm treffend so genannte «Subsidiaritätsermessen». Oft beruhen Gestaltungsspielräume der kantonalen oder kommunalen Verwaltung im sog. Vollzugföderalismus – der nach Ansicht des Rezensenten gerade wegen dieser Gestaltungsspielräume besser als «Umsetzungsföderalismus» gekennzeichnet werden sollte – auch oder vor allem auf der geschützten Autonomie von Kantonen und Gemeinden. Deshalb muss beim Verwaltungsermessen das Sensorium für dieses Mehrebenen-Problem gestärkt werden.

Schindler vertritt trotz der durchschlagenden Kritik an der herkömmlichen Ermessenslehre die überzeugende und einleuchtende These, dass eine Ermessenskonzeption auch in Zukunft unverzichtbar ist. Ermessen ist insofern ein soziales Phänomen, als die Verwaltung weder durch den Gesetzgeber flächendeckend gesteuert noch vom Gericht durchgängig kontrolliert werden kann. Zudem ist die Unterscheidung von Recht und Ermessen im geltenden (Verwaltungsprozess-)Recht verankert. Deshalb muss die Wissenschaft einen Beitrag zur Bewältigung des Verwaltungsermessens leisten. Er untersucht einlässlich den verfassungsrechtlichen Rahmen des Verwaltungshandelns anhand von Demokratie, Föderalismus, Gewaltenteilung, Gesetzmässigkeit, Verhältnismässigkeit und Grundrechten. Er kommt zum Schluss, dass im Rechtsalltag vor allem die Anforderungen an ein gesetzmässiges und verhältnismässiges administratives Handeln sowie die Wahrung der Grundrechte von grosser Bedeutung sind.

In seinem für die Praxis wohl bedeutungsvollsten Abschnitt filtert *Schindler* 5 Fallkonstellationen heraus, die sich an dem mit der Ermessenseinräumung verfolgten Zweck ausrichten, und bildet so 5 Ermessentypen, um den in der Praxis zu beobachtenden Verhaltensmustern nachzuspüren, sie transparent zu machen und zu systematisieren. Seine Typen sind dementsprechend als Fallgruppen primär deskriptiv konzipiert, sollen als Argumentationsspeicher die Rechtspraxis entlasten, aber zusätzlich als Anknüpfungspunkt für normative Überlegungen dienen. *Schindler* versteht

diese Vorgehensweise als «Weiterführung einer Ermessenslehre, wie sie in Ansätzen bei Fleiner, Imboden und Rhinow anzutreffen ist» (S. 316 f.). Jeder Ermessenstyp wird aus dem Blickwinkel der Steuerungs-, Handlungs- und Kontroll-sicht beleuchtet. Auf «überflüssige Begriffskategorien» oder Begriffe wie Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen, unbestimmte Rechtsbegriffe, Auswahl-, Entschliessungs-, Planungs-, Rahmenausfüllungsermessen oder die Unterscheidung verschiedener Ermessensfehler wird verzichtet.

Er unterscheidet so Einzelfall-, Anpassungs-, Sachverständigen-, politisches und Management-Ermessen. Diese können im Rahmen dieser Rezension nicht im Detail beleuchtet werden. Deshalb nur soviel: Das *Einzelfallermessen* soll individualisierende Fallgerechtigkeit ermöglichen, was u.a. besondere Anforderungen an die Eignung des Rechtsanwendungsorgans stellt. Das *Anpassungsermessen* «bezweckt eine Flexibilisierung des gesetzlichen Normprogramms, d.h. eine Umsetzung, die sich den wandelnden Umständen situationsgerecht anpassen lässt». Musterbeispiel ist die Polizeiklausel, selbst dann, wenn sie sich als polizeiliche Generalklausel nicht auf eine besondere Rechtsgrundlage abstützen lässt. Dieser Ermessenstyp tritt oft in Gestalt eines die gesetzliche Offenheit konkretisierenden sog. Rechtsetzungsermessens in Erscheinung. Beim *Sachverständigenermessen* geht es um «die Fruchtbarmachung spezialisierten Sachverständs bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms», was einerseits an die Eignung, die Organisation und das Verfahren des sachverständigen Organs besondere Anforderungen stellt, andererseits aber die justizmässige Kontrolle durch nicht fachkompetente Organe stark einschränkt oder gar verunmöglicht. *Schindler* postuliert deshalb die Einrichtung anderer, kompensatorischer Kontrollverfahren.

Das *politische Ermessen* ist durch ein vorausschauendes und planendes Handeln gekennzeichnet, das zwischen verschiedenen Alternativen eine begründete Auswahl trifft. Hier wird nach der zweckmässigen Lösung gesucht, was nach dem Autor typischerweise bei Planungen, Wahlen, Prioritätensetzung bei der Verteilung knapper Ressourcen, Aussenbeziehungen und Begnadigungen anzutreffen sei. Bei diesem Ermessenstyp sollen Aus-

übung und Kontrolle durch Organe erfolgen, welche eine hohe demokratische Legitimation sicherstellen. Eine gerichtliche Nachprüfung ist hier nur begrenzt sinnvoll und wirksam. Das *Managementermessen* schliesslich ist vom Anliegen getragen, eine effiziente Umsetzung des Normprogramms sicherzustellen, was oft durch finale Normen zu steuern versucht wird und auf der Handlungsebene nach einer normativen Verdichtung ruft, etwa durch Verwaltungsverordnungen und organisatorische Massnahmen, wie sie das NPM oder im Bund die FLAG-Ämter darstellen. Auch hier findet oft eine reduzierte richterliche Kontrolltätigkeit statt.

Die Arbeit von *Schindler* überzeugt durchgängig, nicht nur in der Stoffbewältigung und seinen weiter führenden Darlegungen. Besonders erwähnenswert sind etwa seine schnörkellose und bildliche Sprache («Die Ermessenslehre gleicht einem Ast, der sich nicht ohne den Baum, an dem er gewachsen ist, umpflanzen lässt»; die entwickelten Ermessenstypen vergeleicht er mit Hügeln einer Landschaft, die je einen höchsten Punkt aufweisen, welcher dem Normalfall des Typus entspricht, während in den Talsenken die Hügel ineinander fliessen). Dank seiner überzeugenden Gliederung sowie den immer eingeflochtenen Zwischenbilanzen und Zusammenfassungen fällt auch die selektive oder zielgerichtete Lektüre leicht. Er breitet ein grosses Sachwissen aus, das die *eigentliche Thematik umrankt, fundiert, in die grösseren Zusammenhänge der Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft, der Rechtslehre und der Rechtsvergleichung einbettet*, und dies in einer gelungenen Mischung und Kombination von «Weitsicht» und «Nahsicht», von Darlegungen grosser Entwicklungslinien wie auch differenzierter Problembehandlungen. Es ist dem Werk zu wünschen, dass es Lehre und Praxis nachhaltig zu beeinflussen vermag. Unter Praxis verstehe ich dabei den Gesetzgeber, vor allem auch bei der Auswahl der geeigneten Kontrollverfahren, die Verwaltung, die sich ihrer «Ermessensverantwortung» bewusst sein muss, und die Justiz, die ihre Kontroll-dichte in differenzierter und konsistenter Weise auf die unterschiedlichen Ermessenstypen abstimmen sollte.

Prof. Dr. iur. René Rhinow, Seltisberg