

Professor René Rhinow, Basel

Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken (1. Teil*)

Inhaltsübersicht des 1. Teils

1. Einleitung
 - 1.1 Von der Komplexität der Ermessensthematik
 - 1.2 Zur Praxisrelevanz des Ermessensproblems
 - 1.3 Zur nachfolgenden Darstellung
2. Ermessen im Spannungsfeld von Freiheit und Bindung der Verwaltung (das ex ante-Problem)
 - 2.1 Die rechtliche Determinierung des Verwaltungshandelns
 - 2.2 Formen der gesetzlichen Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Verwaltung
 - 2.2.1 Die Ermächtigung zur Rechtsetzung
 - 2.2.2 Die Ermächtigung zur Rechtsanwendung
 - 2.2.2.1 Rechtsfolgeermessen
 - 2.2.2.2 Tatbestandsermessen
 - 2.3 Die Verwaltungstätigkeit als rechtlich gebundene Tätigkeit
 - 2.3.1 Vom überholten Gegensatz zwischen Freiheit und Bindung der Verwaltung
 - 2.3.2 Ermessen als Antitopos zur Auslegung (ein rechtstheoretischer Exkurs)
 - 2.4 Ermessensschränken
 - 2.4.1 Ermessensmissbrauch
 - 2.4.2 Ermessensüberschreitung
 - 2.4.3 Ermessensunterschreitung
 - 2.4.4 Verfassungs- und Gesetzesschränken

1. Einleitung¹

1.1 Von der Komplexität der Ermessensthematik

Es gibt kaum ein «Thema» des Verwaltungsrechts, das dem lernbegierigen Studenten wie dem gewiegten Praktiker ähnlich schwierige Probleme stellt wie das weite Feld des Verwaltungsermessens. Warum?

Einmal ist die *Verwaltungsrechtswissenschaft* in diesem Bereich immer noch – oder vielleicht besser: mehr denn je – *im Fluss*. Die

Praxis kann kaum auf einen einigermaßen gesicherten Erkenntnisstand der Lehre zurückgreifen, sondern ist für ein gutes Stück auf ihr eigenes «Vorantasten» angewiesen. Diese Unsicherheit kommt vor allem in den recht unterschiedlichen Begründungsmustern zum Ausdruck, mit denen die Ermessensprobleme in den Erwägungen der Gerichts- und Verwaltungsentscheide behandelt werden.

Die Ermessensthematik ragt sodann in unterschiedliche wissenschaftliche und praktische Problemkreise hinein; sie lässt sich aus einem einzigen Blickwinkel gar nicht begreifen. So müssen Fragen der Rechtstheorie und Methodik, der Staatstheorie und der Rechtsetzung (Gesetzgebungslehre), aber auch Probleme des positiven Verfassungsrechts (Gewaltenteilung, Organkompetenzen, Grundrechte) und des Rechtsschutzsystems (Kognition) miteinbezogen werden, um zu brauchbaren Lösungsvorschlägen zu gelangen. Damit sprengt die Ermessensproblematik – wie manches andere «klassische» Thema des Verwaltungsrechts auch – den herkömmlichen Kreis des «reinen» Verwaltungsrechts. Hier zeigt sich die Interdependenz der Fragestellungen in der Rechtswissenschaft in besonders eindrücklicher Weise. Diese Zusammenhänge, namentlich die in ihrer Tragweite noch nicht voll erfasste *Verfassungsabhängigkeit* und *Verfassungsdurchwirkung* des Ermessens, werden aber erst in jüngerer Zeit wahrgenommen. Vielfach stand – und steht z. T. heute noch, nicht zuletzt unter dem Einfluss deutscher Lehrmeinungen – eine abstrakte Ermessenslehre im Zentrum von Forschung und Lehre. Das Verwaltungsermessen ist aber gleichsam das Fenster, durch welches das Licht des Verfassungsrechts in die tägliche Verwaltungspraxis eindringt und diese erhellt.

1.2 Zur Praxisrelevanz des Ermessensproblems: erste Hinweise

Nun stellt das wissenschaftliche Bemühen um die Bewältigung der Ermessensproblematik keine praxisferne Spielerei im Elfenbeinturm dar, sondern sie entspricht grundlegenden und bedeutsamen Fragestellungen des positiven

* Der 2. Teil (Ziff. 3ff.) erscheint in Heft 4.

¹ Der vorliegende Aufsatz knüpft einerseits an Gedanken an, die in meiner Habilitationsschrift «Rechtsetzung und Methodik», Basel und Stuttgart 1979, näher ausgebreitet wurden. Er führt andererseits Ideen weiter, die im Rahmen eines Seminars diskutiert wurden, das im Wintersemester 82/83 teilweise fakultätsintern, teilweise gemeinsam mit Prof. Martin Bullinger und Studenten der Universität Freiburg i. Breisgau abgehalten worden ist. – Für aktive Mitarbeit bei der Abfassung dieses Aufsatzes danke ich Frau lic. iur. Annagret Dürig, Basel, herzlich.

Rechts. So werden etwa vier Problemkreise mit der Ermessensnatur einer Verwaltungszuständigkeit oder eines Verwaltungsaktes in Beziehung gebracht²: das Legalitätsprinzip, die richterliche Kognition, der Anspruch auf eine staatliche Leistung und die Bestimmung des zulässigen Rechtsweges.

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung beinhaltet das Gebot der *Bestimmtheit* des Gesetzes. Ein Gesetz muss einen minimalen Grad an inhaltlicher Bestimmtheit aufweisen, damit die rechtsanwendenden Organe und die betroffenen Bürger den Regelungsgehalt des Gesetzes erkennen können. Wie hochgradig «bestimmt» muss nun das Gesetz sein? Unter welchen Voraussetzungen ist es dem Gesetzgeber gestattet, durch unbestimmte Formulierungen der Verwaltung zur Erreichung bestimmter Zwecke Handlungsspielräume und damit Ermessen einzuräumen?

Beispiel 1:

§ 34a Abs.1 des baselstädtischen Universitätsgesetzes (UG; SG 440.110) lautet: «Der Regierungsrat kann, soweit und solange dies mit Rücksicht auf ein ordnungsgemässes Studium oder auf die durch die Möglichkeiten des Kantons bedingte Aufnahmefähigkeit der Universität erforderlich ist, für bestimmte Fakultäten oder Lehrgebiete die Zulassung zur Immatrikulation sowie die Dauer derselben beschränken.»

Gemäss § 34a Abs.3 ist der Regierungsrat befugt, Ausführungsbestimmungen für eine Zulassungsbeschränkung zu erlassen.

Das Bundesgericht hatte im grundlegenden Fall *Wäffler* (BGE 103 Ia 369ff.) die Frage zu beurteilen, «wie weit der Gesetzgeber die Regelung der Materie in der Delegationsnorm noch selbst vorzubestimmen hat, das heisst, wie konkret und detailliert von Verfassungs wegen der Inhalt der Delegationsnorm umschrieben sein muss» (S.381). Es bezeichnete die pauschale Ermächtigung des § 34a Abs.1 UG ohne Angabe von Kriterien für die Auswahl der Studienanwärter zwar als «in verfassungsrechtlicher Hinsicht bedenklich» (S.388). Im Resultat schützte es jedoch diese Bestimmung, weil die weitgehende Gestaltungsfreiheit der Exekutive am besten geeignet erscheine, «die Voraussetzungen zu schaffen, um dem Numerus clausus weiterhin auszuweichen oder wenigstens seine Einführung zeitlich hinauszuschieben und auf Extremsituationen zu beschränken» (S.392).

In den schweizerischen Prozessgesetzen findet sich regelmässig der Satz, das Verwaltungsgericht überprüfe auf Beschwerde hin die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfü-

gung, unter Einschluss der Überschreitung oder des Missbrauchs des Verwaltungsermessens; die blosser Unangemessenheit einer Verwaltungsmassnahme darf es aber nicht oder nur in wenigen Ausnahmefällen kontrollieren. Hier dient der Ermessensbegriff dazu, die *Kognition* (Überprüfungsbefugnis) der Rechtsmittelinstanz zu bestimmen, m.a.W.: die «Letztentscheidungsbefugnis» des Gerichts festzustellen und gegenüber derjenigen der Verwaltung abzugrenzen.

Beispiel 2:

Art. 104 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; SR 173.110) lautet:

«Der Beschwerdeführer kann mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde rügen:

a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens;

b. ...

c. Unangemessenheit:

1. von erstinstanzlichen Verfügungen ...;

2. von Disziplinarstrafen gegen Bundespersonal;

3. von anderen Verfügungen, soweit das Bundesrecht die Rüge der Unangemessenheit vorsieht.»

Der Bürger besitzt gegenüber der Verwaltung u. U. einen *Rechtsanspruch* auf eine öffentliche Leistung (z. B. auf eine Bewilligungserteilung, auf eine Subvention, auf ein Stipendium). Legt der Gesetzgeber indessen die Erstattung einer staatlichen Leistung in das Ermessen der vollziehenden Behörde, so fehlt es an einem «subjektiven Recht». Wann liegt nun in concreto ein anspruchsausschliessendes Ermessen vor? Wie muss ein Gesetz ausgestaltet sein, damit – umgekehrt – von einem ermessensausschliessenden Anspruch gesprochen werden kann?

Beispiel 3:

Nach Art.12 Abs.2 des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport (SR 415.0) kann der Bund «im Rahmen der bewilligten Kredite den Bau von nationalen oder regionalen Anlagen für sportliche Ausbildung unterstützen. Der Bundesrat bestimmt den Umfang der Bundesleistungen.»

Die Praxis erblickt in dieser Vorschrift keine Anspruchsgewährung, sondern eine Ermessenseinräumung. Selbst die frühere Fassung desselben Absatzes, der keine Kann-Formulierung enthielt, sondern gelautet hatte: «Der Bund unterstützt...», vermittelte wegen des Verweises auf den Kreditrahmen kein subjektives Recht auf einen Bundesbeitrag (VPB 42 1978 Nr.91; 39 1975 Nr.44).

Im Rechtsmittelsystem des Bundes wird der *zulässige Rechtsweg* bei gewissen Rechtsakten der Verwaltung nach dem Kriterium bestimmt, ob das Bundesrecht dem Privaten einen Anspruch auf die staatliche Leistung ein-

² Die folgende Darstellung hat nicht abschliessenden Charakter. So kann sich z. B. auch der *Autonomiebereich* einer Körperschaft oder Anstalt in dem von der Aufsichtsbehörde nicht überprüfbaren Ermessensbereich ausdrücken. Ein weiterer Anwendungsfall findet sich in Art. 62 Abs. 2 VwVG.

räumt oder nicht. Nach Art. 99 Bst. d und h OG in Verbindung mit Art. 74 Bst. a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) ist bei Konzessionen und öffentlichrechtlichen Zuwendungen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegeben, wenn ein subjektiver Anspruch auf Erteilung gegeben ist; andernfalls steht die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat gemäss Art. 72 ff. VwVG offen. Die Ermessensnatur entscheidet also über das zulässige Rechtsmittel; sie ist bereits bei der Frage des Eintretens zu prüfen.

Von der Existenz eines Verwaltungsermessens kann auch die *Amtshaftung* abhängig sein. Der Staat hat nur dann für eine hoheitliche Schadenszufügung Schadenersatz zu leisten, wenn sich das Verwaltungshandeln als rechtswidrig erweist. An dieser Voraussetzung fehlt es nach der Praxis, wenn das Ermessen bloss unrichtig gehandhabt wurde, ohne dass Ermessensüberschreitung oder Ermessensmissbrauch vorliegt³.

1.3 Zur nachfolgenden Darstellung

Der vorliegende Aufsatz will einerseits eine Einführung in die Probleme des Verwaltungsermessens unter Einschluss der sog. unbestimmten Rechtsbegriffe vermitteln. Grundlage dazu bildet die herrschende Lehre und Praxis, wenn auch nicht die herkömmlichen Denkmuster verwendet werden. Andererseits wird versucht, in Umrissen und thesenartig einen Weg aufzuzeigen, wie das Phänomen Ermessen sachgerechter als bisher gedeutet und wie die mit ihm verbundenen Fragestellungen in einen rechtstheoretischen Kontext und den von der Verfassung geforderten Rahmen eingebettet werden können.

Ein zentrales methodisches Anliegen dieser Darlegungen besteht darin, die doppelte Betrachtungsweise des administrativen Ermessens aufzuzeigen: Ermessen wird vom Gesetzgeber *eingeräumt* (ex ante-Sicht) und vom Richter in gewissen Grenzen *überprüft* (ex post-Sicht). Wie nachzuweisen sein wird, handelt es sich aber um ein- und denselben Ermessensbegriff, der aus unterschiedlichem Blickwinkel ins Visier genommen wird. Im hier vorliegenden 1. Teil des Aufsatzes geht es um die ex ante-Sicht, während im 2. Teil das Verhältnis von Exekutive und Judikative behandelt wird.

³ Praxishinweise bei Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976, Nr. 105 B VI c.

2. Ermessen im Spannungsfeld von Freiheit und Bindung der Verwaltung (das ex ante-Problem)

2.1 Die rechtliche Determinierung des Verwaltungshandelns

Es gehört zu einem unbestrittenen Axiom des rechtsstaatlichen und demokratischen Verwaltungsrechts, dass das Verwaltungshandeln an Verfassung und Gesetz gebunden ist. Das sog. Prinzip des *Vorrangs des Gesetzes* besagt, dass die Verwaltungsaktivität in ihrer Gesamtheit nicht gegen Rechtssätze verstossen dürfe, während der vielschichtige Grundsatz des *Gesetzesvorbehaltes* nach heute wohl herrschender Auffassung jegliches Verwaltungshandeln von der Existenz einer gesetzlichen Grundlage abhängig macht. Dies ist hier nicht weiter zu vertiefen. Das Erfordernis der Gesetzmässigkeit der Verwaltung verlangt indessen nicht, dass diese Rechtsgebundenheit der Verwaltung in allen Bereichen der Administrativfunktionen mit gleichmässiger Intensität und Dichte ausgestaltet sein müsse. Der Verwaltung steht m. a. W. ein abgestufter Spielraum eigenverantwortlicher Zwecksetzung und Zweckverfolgung offen, der im Rahmen von Verfassung und Gesetzgebung auszufüllen ist.

Es sind vor allem zwei Gründe, die zu dieser beschränkten gesetzlichen Programmierung der Verwaltungstätigkeiten geführt haben:

Einmal *kann* der Gesetzgeber gar nicht alles Verwaltungshandeln «steuern»; sein Programmierungsvermögen⁴ ist auf Grund der Komplexität der Lebenswirklichkeit, der beschränkten Prognosefähigkeit, aber auch der organisatorisch-funktionellen Restriktionen der Legislative begrenzt: *Der Gesetzgeber kann nicht alles*.

Sodann *soll* der Gesetzgeber nicht alle Entscheidungen selbst treffen. Auf Grund der ihm von der Bundesverfassung zugewiesenen Kompetenzen hat er im Rahmen der Staatsführung und Politikgestaltung die primären, wesentlichen, grundlegenden Regelungen und Anordnungen vorzunehmen. Seine Hauptaufgabe im Bereich der Rechtsetzung ist normative Schwergewichtsbildung und Grobsteue-

⁴ Der Begriff der Programmierung wird hier nicht im Sinne des älteren Sprachgebrauchs verwendet, der «programmatische» Bestimmungen in einen Gegensatz zu verbindlichen Normen setzte (vgl. etwa BGE 102 Ia 138). Auch Programmbestimmungen nehmen an der normativen Kraft des Rechtssatzes teil, richten sich jedoch in der Regel nicht unmittelbar an den Bürger.

rung, um den Exekutivorganen die «Ausführung» oder Weiterentwicklung innerhalb dieser Vorgaben bis zur konkreten Rechtsanwendung im Einzelfall zu ermöglichen (und zu gebieten!); *Der Gesetzgeber soll auch nicht alles.*

Das Verwaltungshandeln, spiele es sich in Formen der generell-abstrakten Rechtsetzung (Erlass von Verordnungen), der individuell-konkreten Anordnung (Erlass von Verfügungen) oder in Zwischen- und Sonderformen (z. B. Erlass von Plänen) ab, ist somit zwangsläufig und richtigerweise nur in Grenzen determinierbar und determiniert. Dabei kann das Mass der Determinierung je nach Rechtsgebiet, Betroffenheit der berührten Individuen (Grundrechte!), Möglichkeiten der Regelbildung, Wandelbarkeit der zu steuernden faktischen Verhältnisse usw. variieren.

Wir pflegen diese Programmierungsfunktion des Gesetzes als Problem der Normbestimmtheit oder der Regelungsdichte zu thematisieren und müssen die Frage prüfen, welcher Grad der Programmierungsbestimmtheit von der Verfassung verlangt wird; m. a. W.: wie bestimmt eine gesetzliche Regelung in den verschiedenen Bereichen der Verwaltung sein muss, um dem Gebot der Legalität Genüge zu tun. So werden vor allem für Grundrechtseinschränkungen⁵, aber auch für unmittelbar anwendbare («self executing») Normen höhere Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Ausgestaltung gestellt als etwa für die Ausrichtung staatlicher Leistungen.

Beispiel 4:

In BGE 102 Ia 138 wurde im Zusammenhang mit der Prüfung der Zulässigkeit einer Volksinitiative folgender Grundsatz statuiert: «Rechtssätze, d. h. allgemeine Normen, die verbindlich und auf Verwirklichung ausgerichtet sind, müssen in ihrem Inhalt zumindest *minimal bestimmt* sein. Andernfalls halten sie ... vor dem Gebot der Rechtssicherheit nicht stand».

Beispiel 5:

In BGE 106 Ia 136 ff. hatte das Bundesgericht im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ein Gefängnisreglement auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen. Dabei verlangte es mit Recht, ein Gefängnisreglement über die Untersuchungshaft müsse wegen der besonderen Vollzugsumstände (Gefängnisbeamte sind in der Regel nicht juristisch geschult) und der beschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten «durch eine ausreichende Regelungs-

⁵ Die bundesgerichtliche Praxis verlangt für schwere Grundrechtseingriffe eine besonders klare Grundlage im formellen Gesetz; auch prüft das Gericht die Frage der gesetzlichen Grundlage in diesem Fall frei; vgl. etwa BGE 106 Ia 366, 104 Ia 196 ff., 103 Ia 431 und die Ausführungen bei Jörg P. Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982, S. 106 ff.

dichte und eine klare Fassung selber eine erhöhte Gewähr für die Vermeidung verfassungswidriger Anordnungen bieten» (S. 139).

Beispiel 6:

Verbotssignale im Strassenverkehr richten sich wie eigentliche Rechtssätze an einen unbestimmten Adressatenkreis. Sie verpflichten nur, «wenn sie klar und ohne weiteres in ihrer Bedeutung erkennbar sind...» (BGE 106 IV 140 mit Hinweisen).

Die Entwicklung verfassungsrechtlicher Kriterien und Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtsnormen allgemein, insbesondere aber von verwaltungssteuernden und das Verhalten der Individuen betreffenden Gesetzen ist nicht abgeschlossen, ja von der jüngeren (Gesetzgebungs-)Lehre erst aufgenommen worden. Dabei geht es darum, die «richtige» und verfassungsrechtlich geforderte Verteilung der Regelungslast zwischen Legislative, Regierung und Verwaltung, aber auch im Verhältnis zur Judikative, zu untersuchen. In dieser erweiterten Optik steht nicht nur das Anliegen des Legalitätsprinzips voran, den Kreis der dem (formellen) Gesetz vorbehaltenen «wesentlichen» Regelungen zu bestimmen. Es soll auch die Strukturierung und Differenzierung rechtlich geformter Entscheidungsprozesse und Entscheidungsakte allgemein thematisiert werden⁶.

2.2 Formen der gesetzlichen Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Verwaltung

Der Gesetzgeber – so lautet die bisherige Aussage – darf und soll in einem verfassungsrechtlich abgesteckten Rahmen Entscheidungsbefugnisse an die Verwaltung delegieren; er hat das «Wesentliche» zu regeln, soll sich aber auch darauf beschränken. Dabei stehen ihm zwei unterschiedliche Delegationstechniken zur Verfügung: er kann die Exekutive ausdrücklich zur ausführenden *Rechtsetzung* ermächtigen oder ihr Entscheidungsspielräume bei der unmittelbaren *Rechtsanwendung* einräumen.

⁶ Zu dieser Fragestellung und auch zum folgenden vgl. aus der schweizerischen Literatur etwa: Hans Dubs, *Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen*, in: *Probleme der Rechtssetzung*, Basel 1974, S. 223 ff.; Kurt Eichenberger, *Rechtsetzungsverfahren und Rechtsetzungsformen in der Schweiz* (1954), *Von der Rechtsetzungsfunktion im heutigen Staat* (1974), *Zur Lage der Rechtsetzung* (1978), alle abgedruckt in: *Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften* von K. E., Basel und Frankfurt a. M. 1980, S. 251 ff., 332 ff., 349 ff.; ferner vom gleichen Autor: *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, in: *VVDStRL 40*, Berlin/New York 1982, S. 7 ff.; Thomas Fleiner, *Die Delegation als*

2.2.1 Die Ermächtigung zur Rechtsetzung

Die Zulässigkeit der sog. Gesetzesdelegation wird im allgemeinen nicht im Zusammenhang mit der Ermessensthematik behandelt. Im Gegenteil pflegt die Lehre zwischen der Gestaltungsfreiheit des Rechtsetzers und dem Ermessen des Rechtsanwenders zu unterscheiden. Die Rechtsetzungsermächtigung gehört aber in diesen Kontext, weil die Stellung der Exekutive gegenüber dem förmlichen Gesetz (und der Verfassung!) bei der ausführenden Rechtsetzung grundsätzlich eine ähnliche ist wie bei der Rechtsanwendung. In beiden Fällen geht es darum, das vom Gesetzgeber Angelegte, aber noch nicht Festgelegte, «näher zu bestimmen», zu konkretisieren⁷. Bei der Gesetzesdelegation wird diese Konkretisierungsaufgabe mittels förmlicher generell-abstrakter Regeln, also durch *Verordnungen* wahrgenommen.

Die traditionelle Lehre unterscheidet zwischen der allgemeinen, verfassungsrechtlich begründeten Kompetenz der Exekutive, *Vollziehungsverordnungen* intra legem zu erlassen, und der in der Regel spezialgesetzlichen Ermächtigung, primäre (gesetzesvertretende) *Verordnungen praeter legem* aufzustellen. Die Grenzen zwischen Normen primärer und sekundärer (vollziehender) Natur im Bereich der Verordnungen und damit zwischen Ausführung und Ergänzung sind jedoch fließend und vor allem auch vom Gehalt des (formellen) Gesetzes abhängig. Je unbestimmter das delegierende Gesetz, desto «primärer» die konkretisierende Verordnung⁸. In der Praxis stellt sich

Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, Freiburg i. Ü. 1972; Georg Müller, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel und Stuttgart 1979; Jörg P. Müller, Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 169 ff.; Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973, Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht, in: Probleme der Rechtssetzung, Basel 1974, S. 249 ff.; René A. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, Basel und Stuttgart 1979; Roger Zäch, Postulate zur Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen und der Entwurf des neuen Eherechts, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift für Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 475 ff., Bestimmtere und unbestimmtere Formulierungen von Tatbestand und Rechtsfolge: Konsequenzen für die Rechtsanwendung, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern und Stuttgart 1981, S. 271 ff.

⁷ So schon Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 145: «Wenn der Gesetzgeber der Verwaltungsbehörde in einer Materie Ordnungsgewalt überträgt..., so räumt er ihr auch ein freies Ermessen ein.»

⁸ Vgl. zur Problematik etwa Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 153 f.; André Grisel, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, S. 82 f.

das Problem der Zuständigkeit der Verwaltung zum Erlass gesetzesvertretender Normen vor allem im Zusammenhang mit den Anforderungen, die an die gesetzliche Grundlage des Verwaltungshandelns, insbesondere an die Delegationsklausel, gestellt werden⁹. Die Unterscheidung ist m. E. entbehrlich; sie ist zugunsten einer *durchgängigen Normkonkretisierungsbefugnis* der Exekutive im Anschluss an und im Rahmen von Verfassung und Gesetz aufzugeben – ein Postulat, das hier nicht weiter vertieft werden kann¹⁰.

Beispiel 7:

Art. 11 Abs. 1 des BG über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz (AtG; SR 732.0):

«Der Bundesrat erlässt Vorschriften zum Schutze gegen ionisierende Strahlen.»

Gestützt auf diese globale Ermächtigung hat der Bundesrat die Strahlenschutzverordnung (114 Artikel, total 112 Seiten!; SR 814.50) erlassen.

Beispiel 8:

Art. 13 des BG über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20):

«¹ Minderjährige Versicherte haben Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen.

² Der Bundesrat bezeichnet die Gebrechen, für welche diese Massnahmen gewährt werden. Er kann die Leistung ausschliessen, wenn das Gebrechen von geringfügiger Bedeutung ist.»

Gestützt auf diesen Artikel hat der Bundesrat die Verordnung über die Geburtsgebrechen (SR 831.232.21) erlassen.

Beispiel 9:

Art. 29 Abs. 1 Bst. f des BG über die Arbeitslosenversicherung (SR 837.1):

«Die Kasse hat einen Versicherten in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie feststellt:

...
f. dass er sich persönlich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht.»

In Art. 9 und 10 der Verordnung über die Arbeitslosenversicherung (SR 837.11) wird – gestützt auf die allgemeine Vollzugsverordnungskompetenz – ausführlich geregelt, was als zumutbar zu gelten hat und wer in welchem Verfahren über die Zumutbarkeit entscheidet.

⁹ Dabei verlangt die bundesgerichtliche Praxis seit dem grundlegenden Entscheid Wäffler (BGE 103 Ia 369 ff.) eine unterschiedliche Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm, die sich nach der Natur der Verwaltungsmaterie, der Eignung der rechtssatzmässigen Regelung, dem Gewicht der verfassungsmässigen Grundsätze der Gewaltenteilung, der demokratischen Staatsform und der Rechtsstaatlichkeit und nach «praktischen» Bedürfnissen bemesse (vgl. etwa die Darstellung bei Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 2. Aufl., Basel und Frankfurt 1982, S. 47 ff.).

¹⁰ Vgl. hierzu vor allem G. Müller (N. 6), S. 175 ff., und Rhinow (N. 6), S. 278 ff.

2.2.2 Die Ermächtigung zur Rechtsanwendung

Bei der Rechtsanwendung kommt die Konkretisierungstätigkeit der Exekutive im Erlass von Einzelanordnungen zum Ausdruck. Nun benötigt die Verwaltung keine besondere Ermächtigung, die Verwaltungsgesetze anzuwenden und zu vollziehen; dies ist ihr von der Verfassung aufgetragen (Art. 102 Ziff. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]). Von einer Ermächtigung durch den Gesetzgeber kann aber dort gesprochen werden, wo die Verwaltung bei der Rechtsanwendung die Kompetenz besitzt, die unbestimmte Regelung des Gesetzgebers nach eigenen Wertungen zu konkretisieren. Die Verfügung ergeht hier innerhalb des gesetzlich übertragenen Entscheidungsspielraums, in Ausfüllung des rechtlich vorgegebenen Rahmens. Auch hier muss die Verwaltung freilich bestrebt sein, «Regeln» zu bilden, um dem Gebot der Rechtsgleichheit zu entsprechen (dazu hinten Ziff. 5.2). Diese Regeln werden aber in der verfügbarmässigen Verwaltungspraxis ausgebildet und nicht in formellen Rechtssätzen erlassen.

Innerhalb dieser begrenzten «Rechtsanwendungsfreiheit» werden verschiedene Formen der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auseinandergehalten. Dabei empfiehlt es sich, von der Struktur des Rechtssatzes (im Bereiche des Verhaltensrechts) auszugehen. Der Rechtssatz gliedert sich herkömmlicherweise in zwei Teile: in den Tatbestand und die Rechtsfolge. Der *Tatbestand* umschreibt «abstrakt» die Voraussetzungen, unter welchen eine bestimmte *Rechtsfolge* eintritt bzw. einzutreten hat. Der Tatbestand der Norm greift aus der Vielzahl von Erscheinungen des Soziallebens diejenigen heraus, die rechtlich bewertet werden und zu einer rechtlichen Konsequenz (= Rechtsfolge) führen sollen. Wenn der Jurist im Rahmen der Rechtsanwendung (oder der Bürger bei der Rechtsbefolgung) das geltende Recht daraufhin befragt, was nun in concreto «recht» (rechtmässig) sei, welche Rechtsfolge an ein bestimmtes Ereignis oder an einen Umstand geknüpft wird, so besteht seine Aufgabe darin, für den zu beurteilenden *Sachverhalt* «passende» gesetzliche Tatbestände zu suchen. Verläuft dieser Prozess positiv, d. h. entspricht der Sachverhalt einem gesetzlich geregelten Tatbestand, so lässt sich die konkrete Rechtsfolge der mit diesem Tatbestand verbundenen Rechtsfolgebestimmung entnehmen. Diesen Vorgang nennt man

Subsumtion eines Sachverhaltes unter einen Tatbestand. Wegen der konditionalen Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge (wenn – dann) wird dieser Rechtssatztyp auch *Konditionalprogramm* genannt¹¹.

Beispiel 10:

Art. 29 Abs. 1 AtG:

«Wer vorsätzlich Atomenergie freisetzt oder freizusetzen versucht oder den Betrieb einer Atomanlage böswillig stört, in der Absicht, das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder fremden Sachen von erheblichem Wert zu gefährden [= Tatbestand], wird mit Zuchthaus bestraft [= Rechtsfolge].»

Beispiel 11:

Art. 5 Abs. 1 AtG:

«Die Bewilligung ist zu verweigern oder von der Erfüllung geeigneter Bedingungen oder Auflagen abhängig zu machen [= Rechtsfolge], wenn dies notwendig ist zur Wahrung der äusseren Sicherheit der Schweiz, zur Einhaltung der von ihr übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen oder zum Schutz von Menschen, fremden Sachen oder wichtigen Rechtsgütern [= Tatbestand].»

2.2.2.1 Rechtsfolgeermessen

Der Gesetzgeber kann nun der Verwaltung im Rahmen der Rechtsanwendung dergestalt Entscheidungsbefugnisse übertragen, dass diese bei Erfüllung eines gesetzlich festgelegten Tatbestandes «frei» darüber befinden kann:

- *ob* sie überhaupt eine bestimmte Massnahme treffen will, oder, falls dies geschieht,
- *welche* von mehreren zulässigen Anordnungen sie auswählt.

Die Entscheidungsbefugnis der Verwaltung betrifft hier nach herrschender Meinung die Rechtsfolgeseite des Rechtssatzes, weil nur das «Ob» oder «Wie» des Rechtsfolgeintritts, nicht aber die Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen in das Ermessen der Verwaltung gelegt ist.

Im ersten Fall spricht man vom *Entschliessungsermessen*, im zweiten Fall vom *Auswahlermessen* der Verwaltung.

Beispiel 12

(Entschliessungsermessen):

Art. 5 Abs. 3 AtG:

«Der Bundesrat kann die Erteilung der Bewilligung zur Erstellung oder zum Betrieb einer Atom-

¹¹ *Zweckprogramme* sind demgegenüber dadurch gekennzeichnet, dass der Tatbestand der Norm bloss in der Angabe eines Zweckes oder mehrerer Zwecke besteht, die von den ausführenden Organen zu erreichen oder anzustreben sind. Eine nähere Auseinandersetzung mit der Unterscheidung von Konditional- und Zweckprogrammen muss hier unterbleiben.

anlage davon abhängig machen, dass der Gesuchsteller Schweizer Bürger ist und in der Schweiz wohnt...»

Beispiel 13
(Auswahlermessen):
Art. 8 Abs. 2 AtG:

«Der Bundesrat und die von ihm bezeichneten Stellen sind befugt, in Ausübung ihrer Aufsicht jederzeit alle Anordnungen zu treffen, die zum Schutz von Menschen, fremden Sachen und wichtigen Rechtsgütern ... notwendig werden...»

Dieses Rechtsfolgeermessen kommt in den Erlassen durch Formulierungen wie «kann», «darf», «ist befugt» zum Ausdruck. Indessen ist auf diese Formulierungen kein Verlass; eine Kann-Vorschrift führt noch nicht zwingend zu Ermessensfreiheit (vgl. etwa hinten Beispiel 28), während auch eine bestimmt wirkende sprachliche Fassung Ermessen einräumen kann.

Beispiel 14
(Kann-Formulierung ohne Ermessen):
Art. 5 Abs. 4 AtG:

«Für radioaktive Kernbrennstoffe, für Ausgangsstoffe und Stoffe, die in der Atomtechnik benötigt werden, kann die Ausfuhrbewilligung auch verweigert werden, wenn dies zur Deckung des Landesbedarfs notwendig ist.»

Wenn es die Deckung des Landesbedarfs erfordert, *muss* die Bewilligung verweigert werden.

Das Rechtsfolgeermessen stellt nach der wohl überwiegenden neueren Lehre Ermessen schlechthin dar, während die nun folgenden Anwendungsfälle nicht mehr dem Ermessen zugerechnet werden.

2.2.2.2 Tatbestandsermessen

Die Verwaltung kann im Rechtsanwendungsvorgang auch auf der Tatbestandsseite der Norm auf eigene «Entschlussfreiheit» verwiesen sein. Das Gesetz verwendet in verschiedenen Ausprägungen unbestimmte Begriffe, mit welchen der Verwaltungsbehörde die Verantwortung übertragen wird, das in concreto geltende Recht innerhalb des eröffneten Rahmens selbst zu bestimmen.

Ähnlich wie bei der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen soll die Exekutive – hier allerdings im Einzelfall – die abstrakten Rechtsgrundlagen konkretisieren und näher bestimmen. Aus der Sicht des Gesetzgebers stellen die unbestimmten Begriffe Öffnungen (offene Normbestandteile) dar, mit deren Hilfe die von ihm verlangten Ziele vor dem Hintergrund einer komplexen und sich wandelnden Sozialwirklichkeit durch die Verwaltung in die Realität umgesetzt werden können.

In der Gesetzgebung treten offene Regelungen in unterschiedlichen Formen auf; auch bestehen graduelle Abstufungen der Unbestimmtheit¹². Es ist versucht worden, diese Formen in Fallgruppen oder Typen aufzuteilen (dazu hinten Ziff. 5.2). Hier interessiert vor allem, dass durch diese «geplante» Unbestimmtheit des Gesetzes der Verwaltung ebenfalls eine selbstverantwortliche, wenn auch begrenzte Entscheidungsbefugnis übertragen wird.

Unbestimmte Begriffe sind etwa: Öffentliches Interesse, Gemeinwohl, wichtige Gründe, ausnahmsweise, Eignung (einer Person), Bedürfnis, Zuverlässigkeit, Härtefall, Sicherheit usw.

Beispiel 15:
Art. 5 Abs. 1 AtG
(Text vgl. Beispiel 11.)

Beispiel 16:
Art. 3 Abs. 1 Bst. b des Bundesbeschlusses zum Atomgesetz (SR 732.01):

«Die Rahmenbewilligung ist zu verweigern oder von der Erfüllung geeigneter Bedingungen oder Auflagen abhängig zu machen, wenn

...
b. an der Anlage oder an der Energie, die in der Anlage erzeugt werden soll, im Inland voraussichtlich kein hinreichender Bedarf bestehen wird; bei der Ermittlung des Bedarfs ist möglichen Energie-sparmassnahmen, dem Ersatz von Erdöl und der Entwicklung anderer Energieformen Rechnung zu tragen.»

Die Verwendung des Terminus «unbestimmter Begriff» ist insofern unglücklich, als eine Abgrenzung zu «bestimmten» Begriffen letztlich nicht möglich erscheint. Auch die Redeweise vom unbestimmten «Rechtsbegriff» oder «Gesetzesbegriff» vermag nicht zu befriedigen. Besser würde man von «*Delegationsbegriffen*» sprechen, um damit anzudeuten, dass es nicht um eine Klassifikation von isolierten Begriffen geht, sondern um eine Technik der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen an die vollziehende Verwaltung. Damit würde auch eine begriffliche Abgrenzung gegenüber den anderen Fällen offener Normtexte erzielt, die zwar ebenfalls zu Auslegungsschwierigkeiten führen können, jedoch keine gesetzgeberische Delegation beinhalten. Unter dem Gesichtspunkt der Entscheidungsbefugnis der Verwaltung erweist sich diese Ermächtigung als Tatbestandsermessen, weil die Delegationsbegriffe im Tatbestand der Norm anzutreffen sind.

¹² Vgl. etwa *Rhinow* (N. 6), S. 53ff.

In der *älteren schweizerischen Lehre* und Praxis wurde diese Ermächtigungsfunktion des Tatbestandsermessens klar erkannt und anerkannt, während in jüngerer Zeit diese Einsicht, namentlich unter dem Einfluss der deutschen Verwaltungsrechtslehre, eher wieder verschüttet worden ist.

Bei *Fritz Fleiner* etwa erscheint «freies Ermessen» als Inbegriff fehlender Bindung an das Gesetz. Es liege vor, wenn der Gesetzgeber «z. B. die Behörde anweist, bei Gefahr für die öffentliche Sicherheit (die erforderlichen Massnahmen) zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu treffen, oder wenn er sie zur Zwangsenteignung zugunsten eines (im öffentlichen Interesse) zu errichtenden Unternehmens ermächtigt, oder wenn er sie beauftragt, die Erteilung einer Schankkonzession von dem Nachweis eines vorhandenen (Bedürfnisses) abhängig zu machen». Der Gesetzgeber rechne damit, «dass in aller 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 Gesetzesvorschrift so zu vollziehen, wie es den wechselnden Anforderungen des Lebens und des öffentlichen Interesses entspricht»¹³.

Auch *Walther Burckhardt* nimmt keine Eingrenzung des Ermessens auf ein Rechtsfolgeermessen vor. So bezeichnet er beispielsweise die Annahme eines Bedürfnisses nach einer Alkoholwirtschaft gemäss Art. 32^{quater} BV ebenfalls als Ermessensfrage¹⁴.

Nach *Erwin Ruck* soll die Verwaltung dank des freien Ermessens «den wechselnden Verhältnissen und Bedürfnissen und eigenartigen Umständen Rechnung tragen können, ohne durch enge, (spezialisierte) Rechtssätze gehindert zu sein». Sie soll die Möglichkeit haben, «ihre Geschäfte in Anpassung an die jeweiligen Verhältnisse und Bedürfnisse, auf eigene Initiative und nach eigenem Erwägen zu führen und die verwaltungsmässigen und verwaltungspolitischen Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen»¹⁵.

Die bundesgerichtliche *Praxis* zählte die unbestimmten Begriffe bis ins Jahre 1965 zum Ermessen. Erst im Entscheid 91 I 69 ff. wird die Theorie *Hans J. Wolffs* übernommen, wonach unbestimmte Tatbestandsbegriffe kein Ermessen einräumen. Das Gericht hat der Verwaltung aber einen (grossen) Beurteilungsspielraum zuerkannt: «... le juge ne s'écartera de l'interprétation donnée par ces organes [administratives] qu'en présence d'une erreur manifeste de leur part» (S. 75).

¹³ *Fleiner* (N. 7), S. 142 ff.

¹⁴ *Walther Burckhardt*, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 270; vgl. auch hinten Ziff. 2.3.2.

¹⁵ *Erwin Ruck*, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 1. Bd., Zürich 1951, S. 3, 238. Vgl. auch *Emil Kirchhofer*, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, Basel 1930, S. 51 ff.

Eine Einschränkung des Ermessensbegriffs auf das Rechtsfolgeermessen wird somit nicht vorgenommen, weil als selbstverständlich vorausgesetzt wird, dass der Verwaltung Entscheidungsbefugnisse auch mit Delegationsbegriffen (unbestimmten Begriffen im Tatbestand) eingeräumt werden können.

Dieser weite Ermessensbegriff deckt sich mit dem *zivilrechtlichen Ermessen*, das unbestrittenermassen auch als Tatbestandsermessen zu verstehen ist, wenn etwa das Gesetz den Richter oder die Verwaltungsbehörde auf «wichtige Gründe» verweist (Art. 4 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]; vgl. etwa Art. 30 Abs. 1, 90 ZGB). Wird eine Rechtsfolge vom Vorliegen wichtiger Gründe abhängig gemacht, so besteht die Unbestimmtheit der Regelung auf der Tatbestandsseite der Norm.

Beispiel 17:

Gemäss Art. 30 ZGB kann die Regierung des Wohnsitzkantons «einer Person die Änderung des Namens bewilligen, wenn wichtige Gründe vorliegen».

Ob diese tatbeständliche Voraussetzung erfüllt ist, sagt das Bundesgericht, «ist eine Ermessensfrage, die von der Regierung (nach Recht und Billigkeit) zu beantworten ist (Art. 4 ZGB)» (BGE 99 Ia 563).

2.3 Die Verwaltungstätigkeit als rechtlich gebundene Tätigkeit

2.3.1 Vom überholten Gegensatz zwischen Freiheit und Bindung der Verwaltung

Die ältere Verwaltungsrechtslehre pflegte die Verwaltungsaktivitäten in zwei Kategorien zu gliedern: in die «freie» und die «gebundene» Verwaltung. Freiheit habe die Verwaltung im Bereiche des Ermessens, das gerade durch «Freiheit vom Recht» im Sinne einer Freiheit des «Ob» und des «Wie» des Verwaltungshandelns gekennzeichnet sei. Man spricht heute etwa noch von freier oder gebundener Erlaubnis und sieht das Unterscheidungskriterium darin, ob die Verwaltung eine Bewilligung bei Vorliegen gesetzlicher Voraussetzungen erteilen muss oder ob diese ins Ermessen der Verwaltung gestellt ist. Aus dem Blickwinkel des Bürgers beurteilt, kommt es demnach darauf an, ob dieser einen Rechtsanspruch auf eine staatliche Leistung besitzt, was bei gebundener Verwaltungstätigkeit der Fall ist, oder ob die Verwaltung über die Leistungsgewährung frei entscheiden kann. Diese Theorie einer möglichen «Verwaltungsfreiheit» erblickt

das Wesen des Ermessens in einer grundsätzlichen rechtlichen Ungebundenheit, in einer vom Gesetz erlaubten Freistellung. Ermessen wird so zum Inbegriff einer sich in Freiräumen bewegendem Verwaltung, die solchermassen nicht mehr als Rechtsanwendung begriffen werden kann.

Zwischen Freiheit und Bindung der Verwaltungsgewalt lässt sich indessen kein Gegensatz konstruieren. Im Rechts- und Verfassungsstaat des ausgehenden 20. Jahrhunderts gibt es (vom Sonderfall der Regierungsfunktion einmal abgesehen) *nur eine gebundene Verwaltung*; eine rechtsfreie Verwaltung findet hier keine Legitimation. Jegliche administrative Tätigkeit muss rechtlich verfasst und begrenzt sein, findet innerhalb, nicht ausserhalb der Rechtsordnung statt. Die Verwaltung besitzt nie absolute Freiheit in der Bestimmung ihrer Zwecke, Mittel und Formen.

Indessen ist die Verwaltung durchaus in unterschiedlichem Ausmass an das Recht angekettet; die Bindung erweist sich als graduell abgestuft. Sie pendelt zwischen Extrempositionen: sie kann sehr eng sein, etwa bei der Anwendung stark durchnormierter Gesetze mit hoher Regelungsdichte (z. B. Steuergesetz); sie kann aber auch äusserst locker ausgestaltet sein, ja sogar nur in der Beachtung von Zuständigkeitsnormen und Verfassungsbestimmungen bestehen. Insofern gibt es auch keine «freien Bewilligungen» im Gegensatz zu gebundenen, sondern nur mehr oder weniger gebundene. Die Auswirkungen dieser Erkenntnis auf die Problematik des individuellen Rechtsanspruchs sind noch wenig reflektiert, bedürfen aber einer dringlichen Betrachtung¹⁶. Die Grenzen zwischen dem ermessensausschliessenden subjektiven Anspruch und dem Anspruch auf «richtige», insbesondere auch willkürfreie Gesetzesanwendung sind heute in Auflösung begriffen.

Die Vorstellung einer «freien» Verwaltungstätigkeit ist also endgültig zu verabschieden zugunsten einer unterschiedlich stark rechtlich eingebundenen Verwaltung. «Freiheit» kommt dieser insofern zu, als sie innerhalb des rechtlich vorgegebenen Rahmens eigene Entscheidungen treffen kann und muss, sei es durch Erlass von Verordnungen oder durch Verfügungen im Einzelfall.

¹⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.4 für einen prozessualen Aspekt und die Überlegungen in meinem Aufsatz: Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 427 ff., insb. S. 436 ff.

2.3.2 *Ermessen als Antitopos zur Auslegung* (ein rechtstheoretischer Exkurs)

Nach einer – zuweilen bis in die heutige Zeit nachklingenden – Anschauung, die als sog. «Subsumtionspositivismus» in die Geschichte der Rechtstheorie eingegangen ist, besteht die Anwendung des Gesetzes in der Umsetzung des zu «erkennenden» abstrakten Gesetzesinhalts in eine konkrete Schlussfolgerung und Anordnung in der Form eines Verwaltungsakts oder Urteils. Das anzuwendende Gesetzesrecht wurde als existent erachtet; es galt bloss, in «Zweifelsfällen» dessen Inhalt zu erkennen, gleichsam aus dem Dunkeln ans Licht zu heben. Diesen intellektuellen Vorgang der Erkenntnis nannte man – und nennt man auch heute noch – Auslegung. Der Rechtsanwender muss sich redlich bemühen, nach den anerkannten Regeln der Auslegungsmethodik «herauszufinden», was das Gesetz und die in ihm enthaltenen Begriffe bedeuten, was ihrem Anspruch und Gehalt nach «Recht» ist. Auslegung wurde in dieser Sicht als eine rein kognitive Leistung des Interpreten aufgefasst, die keinen Entscheidungsanteil, keinen Spielraum eigenverantwortlicher Rechtsgestaltung durch den Rechtsanwender beinhaltet. Auslegung ist Sinnermittlung «secundum legem».

Nun wurde schon früh erkannt, dass die Verwaltungstätigkeit nicht auf diese rein «nachvollziehende» Aufgabe reduziert werden kann. Diese Theorie ist methodisch schon deshalb unhaltbar, weil jede Auslegung auch einer wertenden («volitiven») Leistung des Rechtsanwenders bedarf. In unserem Zusammenhang ist nun aber interessant, dass in der älteren schweizerischen Rechtslehre der Begriff des Ermessens dafür verwendet wurde, eine – ihrer Meinung nach methodisch atypische – Freiheit in der Gesetzesanwendung zu kennzeichnen, ja diese sogar gegenüber der Rechtsanwendung abzugrenzen.

Nach *Fritz Fleiner* etwa liegt Ermessen dann vor, «wenn vom objektiven Recht das Handeln eines Staatsorganes dessen eigener Bestimmung überlassen ist. Hier offenbart sich der Gegensatz von gesetzlicher Bindung und Freiheit ...» Wo das Gesetz davon ausgeht, dass es selbst eine Lösung enthält, ist diese jedoch durch richtige Auslegung zu erkennen; hier liegt kein Ermessen vor¹⁷.

Nach *Walther Burckhardt* liegt Ermessen ebenfalls dort vor, wo das Verwaltungshandeln nicht in der «gebundene(n) Ausführung gesetzlicher Befehle» besteht, sondern in der «Verfolgung aufgebener Ziele»¹⁸. Ermessen «bedeutet eine ge-

¹⁷ *Fleiner* (N. 7), S. 142.

¹⁸ *Burckhardt*, Kommentar (N. 14), S. 736.

wisse Freiheit der Entscheidung, frei nämlich von positiven gesetzlichen Normen». *Burckhardt* erkannte aber bereits klar, dass «die Auslegung, wie das Entscheiden nach Ermessen, in einer Ergänzung des gesetzgeberischen Gedankens besteht»¹⁹.

Auch im *Zivilrecht* wurde (und wird) mit dem Begriff des Ermessens zum Ausdruck gebracht, dass der Richter nicht an eine vorgegebene Norm gebunden ist, sondern in einer ungewöhnlichen Freiheit und Selbständigkeit zu entscheiden hat. Nach dem «System» der Art. 1 und 4 ZGB hat der Richter diese Aufgabe der sog. freien Rechtsfindung bei der Existenz von Lücken zu erfüllen. Lücken liegen aber dort vor, wo eine gesetzliche Anordnung fehlt, m. a. W. wo nach der vorne dargestellten Methode der Auslegung *secundum legem* dem Gesetz keine Regelung entnommen werden kann. Dies kann nach traditioneller Sicht sowohl «ausserhalb» (Lücken *praeter legem*) oder «innerhalb» (Lücken *intra legem*) des Gesetzes, d. h. auch bei unbestimmten Begriffen, der Fall sein.

Der Ermessensbegriff signalisierte somit im Zivilrecht wie im öffentlichen Recht die Bereiche des nicht auf den herkömmlichen Gesetzesvollzug reduzierten Rechtsanwenders, der nicht mit bloss «kognitiver» Auslegung zu bewerkstelligender Rechtsanwendung. Beim Ermessen bestand insofern «Freiheit» (deshalb auch die frühere Redeweise vom «freien Ermessen»), als der Richter (Zivilrecht) und die Verwaltung (öffentliches Recht) zur schöpferischen Entwicklung des im Gesetz niedergelegten Rechtsinhaltes angewiesen wird.

Diese Herkunft des Ermessensbegriffs ist für uns insofern auch heute noch von Bedeutung, als mit ihm die Entscheidungsanteile des Rechtsanwenders erfasst werden sollten. Indessen wissen wir heute, dass jede Rechtsanwendung der Auslegung bedarf – auch wenn sie in vielen Fällen «problemlos» vor sich geht – und dass jede Auslegung schöpferische Elemente enthält, also nie im mechanischen Nachvollzug eines bereits Gedachten besteht. Ferner verstehen wir den Begriff der «Freiheit» in einem anderen Sinn, nämlich der gebundenen Konkretisierung rechtlicher Erlasse mit grösseren oder kleineren Entscheidungsanteilen der Verwaltung. Von Ermessen sollte nach der hier vertretenen Anschauung dort gesprochen werden, wo der Verwaltung durch den Gesetzgeber Entscheidungsspielräume eingeräumt worden sind, die «modo legislatoris» und einzelfallweise auszufüllen sind.

2.4 Ermessensschränken

Jede Verwaltungstätigkeit ist rechtlich gebundene Tätigkeit. Wie pflegt nun die herrschende Lehre (und Praxis) diese Schranken bei der Er-

messensausübung durch die Verwaltung zu definieren? Vorerst fällt auf, dass der «Gürtel» der Ermessensgrenzen zunehmend enger geschnallt wird. Während früher etwa der allgemeine Satz zu lesen war, dass Ermessen sei «pflichtgemäss», «nach Grundsätzen» zu handhaben und es sei auch hier jegliche Willkür verboten, unterscheidet man heute – aus prozessualer Sicht – drei Kategorien, um die Grenzen des (zulässigen) Ermessensgebrauchs auszumessen: der Ermessensmissbrauch, die Ermessensüberschreitung und die Ermessensunterschreitung.

2.4.1 Ermessensmissbrauch

Ein solcher liegt vor, wenn das Ermessen nicht im Lichte des Erlasses gehandhabt wird, der Ermessen einräumt. Die Behörde verfehlt den Gesetzeszweck. So handelt die Verwaltung missbräuchlich, wenn sie aus sachfremden Erwägungen entscheidet, also aus Motiven, die das zugrundeliegende Gesetz, ja die Rechtsordnung allgemein, bei der Ermessensausübung gerade *nicht* berücksichtigt haben will (z. B. das Handeln nach Laune oder nach dem persönlichen Vorteil des Beamten).

Zu dieser Kategorie von Ermessensschränken werden aber in letzter Zeit auch alle allgemeinen Rechtsprinzipien und Grundsätze des Verwaltungsrechts, ja letztlich alle Verfassungsschranken (Gleichheitsgebot, Freiheitsrechte, Verhältnismässigkeitsprinzip, Treu und Glauben) gezählt.

Beispiel 18:

Gemäss Art. 23 Abs. 1 Bst. b des BG über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (LwG; SR 910.1) ist der Bundesrat befugt, «für die Einfuhr gleichartiger Erzeugnisse, die eine bestimmte Menge überschreiten, Zollzuschläge zu erheben». Die darauf gestützte Verordnung über einen Zollzuschlag auf Einfuhren von Rotwein in Flaschen (VO; AS 1976 2035; heute aufgehoben) enthielt die näheren Regelungen über den Zollzuschlag und sah die Bildung eines Reservecfonds «zur Milderung von individuellen Härtefällen» vor. In einem konkreten Fall wies die Verwaltung ein Gesuch um Zuteilung einer zollzuschlagsfreien Importquote teilweise ab.

Das auf Beschwerde hin befasste Bundesgericht stellte zunächst fest, die Schaffung dieser Reserve für Härtefälle bleibe «im Rahmen des weiten Ermessens», das der Gesetzgeber dem Bundesrat eingeräumt hat. Danach führte es u. a. aus (BGE 104 Ib 108 ff., 112 ff.):

«Der Begriff des Härtefalles ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff, dessen Anwendung das Bundesgericht als Rechtsfrage frei überprüft; bei dieser Überprüfung übt das Bundesgericht Zurückhaltung, da der Verwaltung ein gewisser Beurtei-

¹⁹ *Walther Burckhardt*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944 (Nachdruck 1971), S. 55, 58, 248.

lungsspielraum zuzuerkennen ist, soweit vorwiegend technische Fragen der Zweckmässigkeit zu lösen sind... In welcher Weise dem Härtefall zu begegnen ist, liegt dagegen vorwiegend im Ermessen der Verwaltung, welches das Bundesgericht nur daraufhin untersucht, ob die Behörde sich im Rahmen des Ermessensspielraumes gehalten hat. Es kann nur wegen Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens einschreiten, insbesondere wenn sich die Verwaltung von unsachlichen Erwägungen leiten lässt oder wenn sie unverhältnismässig oder rechtsungleich handelt...

Ermessensfrage ist demzufolge die Festsetzung der Gesamtreserve. Für deren Bemessung kann als Richtlinie der Satz gelten, dass sie so hoch angesetzt werden muss, dass es möglich ist, aus ihr die voraussichtlich entstehenden Härtefälle zwar nicht zu beseitigen, aber doch zu mildern... Über die absolute Grösse der Reserve ist daraus nichts abzuleiten. Die Verwaltung hat in solchen Fällen eine Lösung zu treffen, die den praktischen Möglichkeiten auch in der Zukunft gerecht wird. In einen solchen, durch Zukunftsprognosen mitbedingten Entscheid, kann das Bundesgericht nicht eingreifen, solange er nicht schlechterdings unhaltbar ist... Das trifft im vorliegenden Fall nicht zu...

Die VO enthält keine nähere Regelung über die Festsetzung der zollzuschlagsfreien Einfuhrmengen in einzelnen Härtefällen. Sie besagt einzig, dass vor allem die Härten, die aus der Wahl der Berechnungsperiode resultieren, gemildert, also nicht völlig beseitigt werden sollen. Dass hier ein Härtefall vorliegt, ist nicht bestritten. Somit stellt sich die Frage der richtigen Anwendung der vom Bundesrat erlassenen Ordnung (Art. 3 Abs. 2 VO) durch das EVD auf den vorliegenden Fall. Wie zuvor erwähnt, liegt es im Ermessen der Verwaltung, den Härtefällen in angemessener Weise zu begegnen. Dabei geniesst sie mangels detaillierter Richtlinien einen weiten Spielraum. Das Bundesgericht überprüft das Vorgehen der Verwaltung nur auf Rechtsfehler bei der Ermessensausübung.

Soweit die Härtefälle sich in ihren Voraussetzungen und Auswirkungen gleichen, hat die Verwaltung das Gebot der Rechtsgleichheit zu beachten, wenn sie die zuschlagsfreien Mengen festsetzt. Ein gewisser Schematismus ist dabei unvermeidlich...

Die Überprüfung der Rechtmässigkeit der vorliegenden zuschlagsfreien Zuteilung muss nach ähnlichen Richtlinien erfolgen wie die Überprüfung von Massnahmen bei der absoluten mengenmässigen Kontingentierung. In beiden Fällen, bei der Erhebung von Zollzuschlägen und bei der mengenmässigen Kontingentierung, lassen die Bestimmungen von Art. 23 LwG die Grundzüge der zu treffenden Ordnung offen. Wie bei der Überprüfung von Kontingentsordnungen sind auch hier die wirtschaftlichen Auswirkungen der einzelnen Massnahmen für das Bundesgericht in der Regel weniger leicht abschätzbar als für die Verwaltung. Die Verwaltung muss sich fortdauernd mit den Auswirkungen solcher Ordnungen auseinandersetzen, während das Bundesgericht sich jeweils nur mit beschränkten Ausschnitten des wirtschaftlichen Geschehens befassen kann. Daher kann das Bundesgericht nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen... Aus

diesen Gründen muss sich das Bundesgericht auch bei der Überprüfung von Preiszuschlagssystemen, die in der Regel auf vielfältigen Überlegungen und Erfahrungen der Verwaltung beruhen, Zurückhaltung auferlegen.

Im vorliegenden Fall hat die Verwaltung im Prinzip auf Neuimporteure den gleichen Schlüssel angewendet wie auf Altimporteure, ohne dass dafür eine zwingende Notwendigkeit bestände. Damit hat sie dem Umstand, dass Neuimporteure zuerst eine gewisse Anlaufzeit brauchen und somit ihre Importe in den ersten Monaten unter den in Zukunft normal zu erwartenden Mengen liegen, zuwenig Rechnung getragen. Zudem hat die Erfahrung gezeigt, dass die Härtefallreserve bei weitem nicht ausgeschöpft wurde. Eine Lösung, welche die Einfuhren der neu auftretenden Importeure in den Bemessungsmonaten z. B. doppelt gewichtet, wäre angemessen gewesen. Dadurch wäre weder die ganze Ordnung gefährdet noch der Verwaltungsaufwand übermässig geworden. In der Folge wurde der Beschwerdeführer als Neuimporteur unverhältnismässig benachteiligt. Das Bundesgericht kann aber die Neufestsetzung der zuschlagsfreien Mengen nicht selber vornehmen. Aus diesem Grund ist die Sache an die Handelsabteilung zurückzuweisen. Diese hat das zuschlagsfreie Härtefallkontingent des Beschwerdeführers neu festzusetzen, und zwar unter Anwendung eines Schlüssels, welcher dessen Lage als Neuimporteur angemessen berücksichtigt.»

2.4.2 Ermessensüberschreitung

In einer stark räumlich geprägten Denkweise wird das Ermessen zudem insofern begrenzt, als es dort nicht ausgeübt werden darf, wo das Gesetz gar kein Ermessen eingeräumt hat. So wäre etwa das Ermessen überschritten, wenn die Behörden anstelle einer Auswahl aus zwei vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen eine dritte wählt.

Beispiel 19:

Nach dem bündnerischen Recht richtet der Kanton an die Spitäler Bau- und Betriebsbeiträge aus. So übernimmt er u. a. «als Betriebsbeitrag das Defizit des engeren Betriebsergebnisses (Differenz zwischen Betriebsertrag und Betriebsaufwand) der anerkannten Regionalspitäler zu 90%». Nach der vom Grossen Rat erlassenen Vollziehungsverordnung gehören zum engeren Betriebsaufwand u. a. auch die Personalkosten.

Der Betriebsbeitrag an das Krankenhaus Thusis für das Jahr 1967 wurde vom Kleinen Rat nicht nach dem buchhalterisch ausgewiesenen «engeren Betriebsergebnis» berechnet, sondern um rund 24000 Franken gekürzt, weil der Kanton «nicht gerechtfertigte» Ausgaben (hier: unangemessene Arzthonorare) nicht zu entschädigen habe.

Das Bundesgericht stellte fest (BGE 96 I 341 ff., 348 ff.), dass weder Gesetz noch Verordnung «Anhaltspunkte dafür enthalten, dass der Kleine Rat einzelne Posten der Betriebsrechnung der Spitäler auf ihre Angemessenheit prüfen und sie im Falle

der Unangemessenheit für die Bemessung des gesetzlichen Betriebsbeitrags kürzen darf. Im Gegenteil ergibt sich aus dem Zusammenhang, insbesondere aus der abweichenden Ordnung für die Bewilligung der Baubeiträge, dass ihm eine entsprechende Entscheidungsfreiheit in bezug auf die Betriebsbeiträge nicht eingeräumt werden wollte. Diese Entscheidung des Gesetzgebers hat der Kleine Rat hinzunehmen. Er darf nicht ein Ermessen in Anspruch nehmen, dass ihm der Gesetzgeber zwar hätte einräumen können und nach der Sachlage wohl auch hätte einräumen sollen, das er ihm aber ganz offensichtlich nicht hat einräumen wollen. Wenn er gleichwohl für sich in Anspruch nahm, was er nach den Gesetzesmaterialien nicht einmal verlangt hat, so ist dies mit Sinn und Zweck des Gesetzes unvereinbar und stellt Willkür dar.»

Obwohl die Redeweise von der Ermessensüberschreitung Eingang in die Prozessgesetze gefunden hat, erscheint sie alles andere als klar. Denn immer dann, wenn die Behörde im Rahmen ihres Entscheidungsprozesses gegen geltendes Recht verstösst, sei es bei Verletzungen von Verfassungsnormen oder Rechtsgrundsätzen, sei es auch «nur» durch Missachtung des dem Ermessen zugrundeliegenden Gesetzes (wozu auch dessen Zwecksetzung gehört!), wird der Rahmen des Ermessens überstiegen. Worin sich dann aber eine sinnvolle Abgrenzung zum Ermessensmissbrauch ergeben würde, ist nicht unmittelbar ersichtlich. Die Herausbildung dieser beiden Kategorien von Ermessensgrenzen dürfte historisch zu erklären sein. Die mit dem Ermessensmissbrauch angesprochenen «inneren Schranken» des Ermessens wurden früher nicht als positivrechtlich vorgeordnete Schranken begriffen. Bei der Ermessensüberschreitung wird (sichtbar!) gegen eine Gesetzesvorschrift i. S. eines Verbotes verstossen, weil der Gesetzgeber keine Handlungsfreiheit eingeräumt hat. Beim Ermessensmissbrauch liegt jedoch eine Rechtsverletzung vor, die weniger leicht messbar erscheint, den einfachen Bereich der Auslegung des Gesetzes übersteigt und auf dessen Zielsetzung zurückgreift oder gar – nach heutiger Anschauung – als Verfassungsverstoss zu qualifizieren ist.

2.4.3 Ermessensunterschreitung

Unterlässt es eine Behörde, Ermessen walten zu lassen, erachtet sie sich als «gebunden», obwohl ihr vom Gesetz Ermessen eingeräumt wird, so begeht sie den Fehler der Ermessensunterschreitung. Indessen erweist sich die Unterschreitung bei näherem Zusehen gar nicht als Ermessensschranke. Verneint eine Behörde fälschlicherweise das Vorliegen eines

Ermessensspielraumes, so legt sie das Gesetz, ja das Recht allgemein falsch aus, indem sie dem Gesetz eine nicht vorhandene Verpflichtung entnimmt. Abgesehen davon, dass ein solcher Irrtum noch nicht automatisch zu einem im *Ergebnis* rechtlich fehlerhaften Schluss führen muss, so kann im Nichtgebrauch des Ermessens logischerweise keine *Grenze* des Ermessens erblickt werden! Die Kategorie der Ermessensunterschreitung ist denn auch nicht ex ante, als Problem der Begrenzung des Verwaltungsermessens, sondern ex post, als Problem der gerichtlich überprüfbaren Ermessensfehler, entwickelt worden.

Beispiel 20:

Das st. gallische Jagdrecht enthält folgende Regelung: Wenn sich mehrere Jägergruppen um das gleiche Revier bewerben, so beschliesst der Gemeinderat, ob die Zuteilung durch seinen Entscheid oder durch das Los erfolgen soll.

In einem Streitfall bestimmte das kantonale Verwaltungsgericht, bei Gleichwertigkeit zweier sich bewerbenden Gruppen sei nur das Los zulässig. Das Bundesgericht (BGE 96 I 550 ff.) erachtete diese Rechtsauffassung als willkürlich, da das Jagdgesetz unmissverständlich festlege, der Vergabungsbehörde stehe die Wahl der Zuteilungsart zu. «Es verstösst gegen Wortlaut und Sinn dieser Bestimmung, wenn das Verwaltungsgericht die Behörde dieser klaren Wahlmöglichkeit beraubt und ihr die Losziehung vorschreibt» (S. 551 f.).

2.4.4 Verfassungs- und Gesetzesschranken

Halten wir fest: Mit dem Ermessen wird der Verwaltung die Befugnis übertragen, rechtliche Entscheidungen auf Grund und im Rahmen des Gesetzes zu treffen. Dieses Ermessen zeichnet sich im Rechtsstaat aber durch eine – bisweilen recht enge – Bindung an Verfassung und Gesetz aus. Von einer echten «Zweck- oder Mittelwahlfreiheit» der Verwaltung ist im Zeitalter des durchgängig wirksamen Gleichbehandlungsgebotes und Willkürverbotes, unter der «Fuchtel» des die Verwaltung immer mehr einengenden Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. etwa das Beispiel 18!), und vor allem auch infolge der durchgängigen Bindung an die Freiheitsrechte und aller anderen Verfassungsnormen ernstlich und in praxi kaum mehr die Rede. Die Rechtswirklichkeit hat (auch?) hier die heile Welt der Lehrbücher längst überholt. Was in der weitmaschigen Formulierung eines Gesetzes noch als grosszügige Ermessensermächtigung erscheinen mag, erweist sich in concreto oft als «Ermessensschumpfung», die der Verwaltung bei der Beurteilung des Einzelfalles gar keine Entscheidungsfreiheit mehr

belässt. Mit anderen Worten: die Schranken des Ermessens lassen sich nicht nur dem Gesetz entnehmen, sondern sind in der Rechtsordnung insgesamt enthalten. Sie ergeben sich – auch hier zeigt sich die Parallele zur Delegation rechtsetzender Gewalt – aus einer doppelten Prüfung: aus Zweck, Inhalt und Umfang der «innergesetzlich» eingeräumten Ermessensermächtigung und aus den bei der Ermessenshandhabung zu beachtenden «übergesetzlichen» Normen und Grundsätzen, also

vor allem aus geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsnormen, die um die Ermessensermächtigung zusätzliche unübersteigbare Zäune errichten. Ermessensschränken sind Verfassungs- und Gesetzesschränken. Ermessen ist administrative Freiheit innerhalb dieser doppelten Grenzziehung²⁰.

²⁰ Zu den Ermessensschränken vgl. auch die illustrative Darstellung bei *Thomas Fleiner-Gerster*, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, S. 127 ff.