

Professor René Rhinow, Basel

## Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken (2. Teil) \*

### Inhaltsübersicht des 2. Teils

3. Ermessen im Spannungsfeld von Freiheit und Bindung des Richters (das ex post-Problem)
  - 3.1 Die Stellung der Verwaltung zwischen Legislative und Judikative
    - 3.1.1 Die Entwicklung zur mehrfachen Anwendung des Verwaltungsrechts
    - 3.1.2 Zu den Funktionen von Verwaltung und Verwaltungsjustiz
  - 3.2 Ermessen als Schranke der richterlichen Überprüfungsbefugnis
    - 3.2.1 Die prozessuale Tragweite des Ermessensbegriffs
    - 3.2.2 Zur begrifflichen Abgrenzung des richterlich nicht überprüfbaren Ermessensbereichs
  - 3.3 Die Einheit des Ermessensbegriffs
  - 3.4 Kognitionsbeschränkungen innerhalb von Exekutive und Judikative
    - 3.4.1 Ermessenskontrolle durch Verwaltungsbehörden
    - 3.4.2 Kontrolle richterlicher Ermessensausübung
4. Der gescheiterte Versuch einer Verbannung des Ermessens aus dem Tatbestand
  - 4.1 Die Theorie der vollen Überprüfung des Tatbestandes
  - 4.2 Die wachsende Anerkennung von Beurteilungsspielräumen der Verwaltung
  - 4.3 Das Rechtsfolgenermessen – ein Tatbestandsproblem
  - 4.4 Positivrechtliche Determinierung der Unterscheidung von Ermessen und unbestimmten Tatbestandsbegriffen?
5. Offenheit und Tatbestandsermessen
  - 5.1 Zwischenbilanz
  - 5.2 Funktionen des Ermessens
    - 5.2.1 Derverfassungsrechtliche Ansatz
    - 5.2.2 Traditionelle Lehren
    - 5.2.3 Funktionelle Ansätze
6. Schlussbemerkungen

### 3. Ermessen im Spannungsfeld von Freiheit und Bindung des Richters (das ex post-Problem)

- 3.1 *Die Stellung der Verwaltung zwischen Legislative und Judikative*
  - 3.1.1 *Die Entwicklung zur mehrfachen Anwendung des Verwaltungsrechts*

Der angehende Jurist nimmt im ersten Semester seines Studiums zur Kenntnis, dass wir die Rechtsfunktionen – im Anschluss an *Walther*

*Burckhardt* – in Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung zu unterteilen pflegen.

Weil nun im Zivil- und Strafrecht die behördliche Rechtsanwendung in den Händen des Richters liegt<sup>21</sup>, werden Rechtsanwendungsprobleme ausschliesslich als Probleme der Judikative erfasst und behandelt. Der Richter steht direkt dem Gesetz gegenüber und hat dieses, sofern er «angerufen» wird, auszulegen und zu handhaben.

Das Verwaltungsrecht wird demgegenüber von der «zweiten Gewalt», insbesondere von der Verwaltung, angewendet. Sie hat die Verwaltungsgesetze von Amtes wegen zu vollziehen, einmal in Form ergänzender Rechtssätze (Verordnungen) im Rahmen ihrer Rechtsetzungsbefugnis, aber auch und vor allem durch Erlass von Verfügungen im Einzelfall. Was im Zivilrecht der (erstinstanzliche) Richter zu bewerkstelligen hat, nämlich die erstmalige Umsetzung abstrakter Rechtssätze in einen konkreten hoheitlichen Rechtsakt auf der Grundlage eines Sachverhaltes, obliegt im Verwaltungsrecht der Administrativbehörde.

Es ist erstaunlich, dass die rechtstheoretische Literatur die grosse Bedeutung der erstmaligen Rechtsanwendung durch die Verwaltung noch kaum richtig zur Kenntnis genommen hat. Vielfach wird der Blick weiterhin auf den Zivil- oder Strafrichter gerichtet, dessen Ansehen im Vergleich zum Verwaltungsjuristen oft überhöht erscheint. Die Aufgabe des verfügenden Verwaltungsjuristen erweist sich insofern als äusserst bedeutsam, als seine Anordnungen – im Gegensatz zu den erstinstanzlichen Urteilen – im Rechtsmittelverfahren oft nicht mehr voll überprüft werden können, jedenfalls nicht durch unabhängige Gerichtsstanzen.

Nun ist in den letzten Jahrzehnten im Verwaltungsrecht ein weiterer Rechtsanwender auf die Bühne getreten. Mit dem fortschreitenden Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde der Verwaltung das Anwendungsmonopol «ihrer» Rechtssätze in vielen Bereichen entrissen. Die Verwaltungsgesetze werden heute oft von zwei Rechtsanwendern ausgelegt und gehandhabt, so dass sich unwei-

\* Der 1. Teil ist in Heft 2/1983 abgedruckt worden.

<sup>21</sup> Nicht näher einzugehen ist in diesem Zusammenhang auf die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit.

gerlich die Frage nach dem gegenseitigen Verhältnis dieser beiden Anwender stellt.

Dabei lassen wir in der folgenden Darstellung die (wenigen und m.E. innerlich nicht mehr zu rechtfertigenden) Fälle der ausschliesslichen richterlichen Anwendung des Verwaltungsrechts auf (gerichtliche) Klage hin ausser Betracht.

### 3.1.2 *Zu den Funktionen von Verwaltung und Verwaltungsjustiz*

Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat an der wichtigen Aufgabe der Verwaltung grundsätzlich nichts zu ändern vermocht. Es obliegt weiterhin der Exekutive, die Verwaltungsgesetze auszulegen und anzuwenden. Sie wurde mit dem Ausbau der justizmässigen Kontrolle nicht aus ihrer Verantwortung der Gesetzesausführung und Gesetzesverwirklichung entlassen. Das mag selbstverständlich klingen, muss aber nachhaltig betont werden, weil sich daraus Konsequenzen für die Funktion des Verwaltungsrichters ergeben. Der Gesetzgeber hat mit der Einrichtung der Administrativjustiz nicht die Verwaltungsbefugnisse beschränkt (oder gar diese auf mehrere Schultern verteilt, sondern ein zusätzliches Kontrollinstrument geschaffen.

Der Richter soll nach schweizerischem Verständnis auf Begehren des Individuums hin vor allem die Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns überprüfen. Er soll den Bürger vor Übergriffen der Exekutivgewalt schützen und ihm «zu seinem Recht verhelfen». Der Richter kontrolliert also die Verwaltung daraufhin, ob sie sich an Verfassung und Gesetz hält. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit gewinnt in jüngerer Zeit immer mehr die Funktion einer «durchgängigen» Kontrolle der Rechtmässigkeit der administrativen Rechtsakte. Für diese Entwicklung sind zwei Gründe massgeblich: einmal wurde der Bereich derjenigen Verfügungen (und damit auch – vorfrageweise – derjenigen Verordnungen), die der Administrativjustiz unterstellt sind, zunehmend, wenn auch noch nicht ausreichend, ausgedehnt. Sodann ist die Beschwerdebefugnis im Verwaltungsprozess, nicht aber im Verfassungsprozess, beinahe vollständig vom «Ballast» der Verletzung in subjektiven Rechten befreit worden; es genügt heute eine faktische Betroffenheit und ein Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers, um ihn vom «quavis ex populo» abzuheben.

Diese Entwicklung darf aber nicht von der primären Verwaltungsverantwortung für die Normentwicklung und Normdurchführung ab-

lenken. Der Richter kommt nach wie vor nur zum Zuge, wenn er zuständig ist und angerufen wird. Vor allem ist er nicht ermächtigt, die der Verwaltung vom Gesetzgeber eingeräumte Entscheidungsfreiheit an sich zu ziehen und deren Handhabung voll zu überprüfen. Dieser Aspekt ist nachfolgend zu vertiefen.

## 3.2 *Ermessen als Schranke der richterlichen Überprüfungsbefugnis*

### 3.2.1 *Die prozessuale Tragweite des Ermessensbegriffs*

Der Ermessensbegriff, den wir bislang im Zusammenhang mit der Herausschälung und Abgrenzung von Entscheidungsanteilen der Exekutive gegenüber dem *Gesetzgeber* (und, in einer erweiterten Sicht, auch gegenüber der Verfassung) verwendet haben, erhält einen weiteren Bedeutungsgehalt: Lehre und Rechtsprechung stehen einhellig auf dem Standpunkt, der auf dem Rechtsmittelweg eingeschaltete Richter dürfe – vorbehaltlich anderslautender Prozessvorschriften – das Ermessen der Verwaltung nicht kontrollieren. Er sei nicht befugt, «sein» Ermessen an die Stelle des Verwaltungsermessens zu setzen. Der Ermessensbegriff dient auf diese Weise der Abgrenzung der Zuständigkeiten von Verwaltung und Justiz. Wo Ermessen vorliegt, hört die Kontrollbefugnis des Richters auf. Was vom Richter in concreto als Ermessen der Verwaltungsbehörde anerkannt und «akzeptiert» wird, wird von der Überprüfung ausgeklammert.

Hier liegt die praktische Tragweite der theoretisch unbestrittenen prozessualen Abgrenzungsfunktion des Ermessensbegriffs. Der Richter hat, sofern angerufen, immer «das letzte Wort». Er bestimmt durch wertkritische Auslegung, in welchem Ausmass der Verwaltung Ermessen zukommt; er befindet darüber, wie engmaschig die rechtlichen Grenzen des Ermessens gezogen sind. Er hat nach deutscher Terminologie das «Letztentscheidungsrecht».

Das Verbot des Richters, die Angemessenheit von Verwaltungsakten zu überprüfen, wird heute im allgemeinen auf die Gestaltung der Rechtspflegegesetze zurückgeführt. Es wäre indessen zu fragen, ob nicht die Verfassung diese richterliche Zurückhaltung in der Kognition vorschreibe. Kommt nicht die volle richterliche Überprüfung in Ermessensbereichen einer Ausübung von «Verwaltungsbefugnissen» gleich? Gestattet die Bundesverfassung richterliches Verwaltungshandeln ausserhalb

der Justizverwaltung? Die Ermessensproblematik ist auch in dieser Beziehung verfassungsrechtlich noch nicht ausgelotet.

### 3.2.2 Zur begrifflichen Abgrenzung des richterlich nicht überprüfbaren Ermessensbereichs

Im Verwaltungsprozessrecht pflegt man den Umfang der richterlichen Kognition im Ermessensbereich mit verschiedenen Begriffspaaren zu kennzeichnen. So lautete eine gängige Redeweise, die von den Prozessgesetzen übernommen wurde (vgl. etwa Art. 49 VwVG und Art. 104 OG), der Richter überprüfe nur die Rechtmässigkeit, nicht aber die Zweckmässigkeit (besser: Unzweckmässigkeit) oder Unangemessenheit der Ermessensausübung (vgl. 1. Teil, Beispiel 2).

Dieser eingebürgerte Sprachgebrauch ist nicht befriedigend, er weist vielmehr auf seinen «vorkonstitutionellen» Ursprung hin. Gestützt auf die Grundrechte und das Verhältnismässigkeitsprinzip allgemein kann die «Angemessenheit» einer Verwaltungsmassnahme sehr wohl Gegenstand der richterlichen Kognition sein (vgl. etwa im 1. Teil das Beispiel 18!). Bei der Prüfung von *Grundrechtsschranken* kontrolliert das Bundesgericht die Gesetzesauslegung frei, wenn schwere Eingriffe zu beurteilen sind<sup>22</sup>. Die Erfordernisse des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit werden, vorbehaltlich gewisser Einschränkungen, ebenfalls frei überprüft<sup>23</sup>. Eine völlig unzweckmässige Anordnung dürfte namentlich auch vor dem Willkürverbot nicht zu rechtfertigen sein.

Es wird auch versucht, mit dem Begriff des *Ermessensfehlers* die Grenze zwischen dem überprüfbaren und dem nicht überprüfbaren Anwendungsbereich der Verwaltung zu ziehen. In einem ersten Schritt werden zwei Kategorien von Ermessensfehlern gebildet: die unrichtige Ermessenshandhabung innerhalb des eingeräumten Ermessensspielraums einerseits («Unangemessenheit») und die fehlerhafte Ermessensausübung, die gleichzeitig eine Rechtsverletzung darstellt, andererseits («Rechtsfehler der Ermessensausübung» oder eigentlicher Ermessensfehler)<sup>24</sup>. Im Ergebnis

deckt sich diese Unterscheidung mit derjenigen zwischen rechtswidrigen und «bloss» unangemessenen Ermessensakten. In einem zweiten Schritt werden verschiedene Rechtsfehler des Ermessens auseinandergelassen, die mit den im 1. Teil (Ziff. 2.4) skizzierten Ermessensschränken zusammenfallen (Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung).

Diese gebräuchlichen Begriffspaare bergen die Gefahr in sich, die Einsicht in die rechtliche Bedeutung der Ermessenshandhabung zu verdunkeln. Jede rechtliche Ausübung von Ermessen ist ein Akt der Rechtsanwendung und selbst ein Rechtsakt. *Recht und Ermessen sind keine Gegensätze*; im Bereiche der Zweckmässigkeit wird dem Recht der Zutritt nicht etwa verwehrt, wie auch die Ermessensausübung nicht auf reine Zweckmässigkeit reduziert werden kann. Vielmehr ist innerhalb des Ermessensrahmens die Verwaltung befugt und verpflichtet («kompetent»), richtiges Recht zu schaffen, abstrakte oder konkrete Rechtsregelungen aufzustellen. Das Ermessen deutet keine Rechtsferne an, sondern enthält eine Aussage über die Zuständigkeit zur Konkretisierung offener Normen.

### 3.3 Die Einheit des Ermessensbegriffs

Es fragt sich somit, ob der Ermessensbegriff nicht konsequent auf den Anwendungsbereich des der Verwaltung – nach Feststellung der im Einzelfall zu ziehenden rechtlichen Schranken – verbleibenden Entscheidungsspielraums beschränkt werden soll. Wenn der Richter die Ermessenshandhabung «nur» auf die verfassungs- und gesetzmässigen Grenzen des Ermessens hin überprüfen darf, so doch deshalb, weil seine Funktion regelmässig in der Kontrolle der Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns besteht. Als rechtmässig erweist sich ein Verwaltungsakt nur dann, aber auch immer dann, wenn er sich in den von Verfassung und Gesetz gezogenen Grenzen hält. Ermessen kommt der Verwaltung ex ante zu, wo sie «nach Abzug» aller Formen rechtlicher Bindung noch «frei» entscheiden kann. Gerade in diesem Bereich aber ist ihre «Freiheit» auch ex post gegenüber dem Richter geschützt. Mit diesem gleichsam reduzierten Ermessensbegriff wird klargestellt, dass das Ermessen als Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Verwaltung das nämliche ist und sein muss wie das Ermessen im prozessualen Sinn: Der Richter anerkennt das Entscheidungsmonopol der

<sup>22</sup> Vgl. etwa Jörg P. Müller, *Elemente* (N. 5), S. 107.

<sup>23</sup> Jörg P. Müller, *Elemente* (N. 5), S. 119 ff., insb. S. 138. Ich teile die Auffassung Müllers, dass «jedenfalls dem Verfassungsrichter die Überprüfung der grundrechtskonformen Ausübung von Ermessen offenstehen» muss. Dasselbe muss m. E. aber auch für den Verwaltungsrichter zutreffen, wenn die Übereinstimmung eines Verwaltungsaktes mit Grundrechten zu untersuchen ist!

<sup>24</sup> Vgl. etwa Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Bern 1979, S. 227 ff.

Verwaltung innerhalb des Ermessens nicht aus Gründen der Selbstbeschränkung, sondern weil der Gesetzgeber die Verwaltung und nicht den Richter zur Ermessenshandhabung beauftragt hat. Aufgabe des Richters ist es, als «verlängerter Arm» des Gesetzgebers das Verwaltungshandeln daraufhin zu überprüfen, ob es sich innerhalb dieser Ermächtigungsgrenzen sowie anderer, von der Rechtsordnung aufgestellter Schranken hält.

Das Ermessen wird somit zum Scharnier, das alle drei Gewalten verbindet: der Gesetzgeber räumt Ermessen ein, die Verwaltung übt es aus und das Gericht kontrolliert es auf die Einhaltung der rechtlichen Grenzen hin. Ja der Ermessensbegriff enthält seine besondere Rechtfertigung gerade durch diese doppelte Abgrenzungsfunktion: wo der Gesetzgeber Entscheidungsbefugnisse an die Verwaltung delegiert, ermächtigt er sie zu deren Wahrnehmung (ex ante-Funktion); er schützt sie aber auch vor einer Usurpation durch den Richter (ex post-Funktion). Aufgabe von Verfassungsdogmatik und Gesetzgebungslehre ist es, Kriterien zur richtigen und zulässigen Verwendung von Ermessenstatbeständen im Gesetz zu entwickeln (Probleme der Normbestimmtheit, der Rechtsetzungsdelegation usw.), aber auch die drängenden, bisher eher vernachlässigten Fragen der Gesetzesausführung durch Normen oder Einzelakte im Bereich der Exekutivgewalt zu untersuchen<sup>25</sup>. Die Prozessrechtslehre hat dafür zu sorgen, dass der Rechtsschutz zwischen den Extrempolen der «Ermessenserdrückung» durch Vollkontrollen und der Kognitionsbeschränkung auf eine reine Willkürkontrolle auf die Funktion des Ermessens abgestimmt wird.

### 3.4 Kognitionsbeschränkungen innerhalb von Exekutive und Juraikative

#### 3.4.1 Ermessenskontrolle durch Verwaltungsbehörden

Während die richterliche Zurückhaltung bei der Überprüfung des administrativen Ermessens ihre rechtliche Grundlage in den schweizerischen Prozessgesetzen, ja letztlich wohl im Verfassungsrecht findet, werden die verwaltungsinternen Rechtsmittelinstanzen in aller Regel nicht ermächtigt, ihre Kognition im Be-

schwerdeverfahren einzuschränken. Im Gegenteil ordnet das Gesetz oft ausdrücklich an, es sei auch die Unangemessenheit des Verwaltungshandelns zu überprüfen (vgl. etwa Art. 49 Bst. c VwVG). Die Ausschöpfung dieser freien Kognition ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verfassungsrechtliches Gebot<sup>26</sup>.

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<sup>27</sup>:

- Die Vorinstanz ist nicht hierarchisch unterstellt, sondern besitzt einen rechtlich geschützten *Bereich autonomer Rechtsgestaltung*. So überprüft 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 in Rechtsmittelverfahren nur auf die Vertretbarkeit der Ergebnisse hin kontrolliert.

Beispiel 21:

Der Regierungsrat des Kantons Bern überprüft – ebenso wie die kantonale Baudirektion – Baureglemente und Zonenpläne der Gemeinden nicht voll, sondern nur auf Willkür hin, obwohl nach Gesetz auch die bloße Unangemessenheit zu kontrollieren wäre. Das Bundesgericht schützt diese Praxis (BGE 106 Ia 70 ff.):

«Es trifft zu, dass die Behörde, welche eine umfassende Kognition besitzt, eine formelle Rechtsverweigerung begeht, wenn sie sich mit einer blossen Willkürprüfung begnügt... Das Bundesgericht hat jedoch bereits wiederholt entschieden,

<sup>26</sup> Vgl. etwa *Imboden/Rhinow* (N.3), Nr.80 B I e f.; BGE 101 Ia 57 f.

<sup>27</sup> Zum Folgenden vgl. etwa *Gygi* (N.24), S.228, 231; *Imboden/Rhinow* (N.3), Nr.67 B III; BGE 106 Ia 2, 71; 105 Ia 190; VPB 46 Nr.5, 42 Nr.98/99.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu etwa Ansätze in meiner «Rechtsetzung» (N.6), passim.

dass sich die kantonale Baudirektion als Genehmigungsinstanz und der Regierungsrat als Rekursbehörde mit Recht eine gewisse Zurückhaltung bei der ihnen zustehenden umfassenden Prüfungsbefugnis auferlegen, soweit sie die Zweckmässigkeit der Gemeindebaureglemente und der Nutzungspläne der Gemeinden überprüfen. Die kantonalen Behörden haben die den Gemeinden beim Erlass der Gemeindevorschriften und bei der Ausübung der Ortsplanung zustehende Autonomie zu wahren. Das bernische Baugesetz spricht in Art. 13 ausdrücklich von der Gemeindeautonomie und meint damit die relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit, die den Gemeinden bei der Ausübung der ihnen zustehenden Befugnisse und Pflichten gemäss dem Baugesetz zuzubilligen ist... Die Respektierung dieser Autonomie setzt die Überprüfung der Zweckmässigkeit voraus. Der Regierungsrat als Rekursbehörde darf ebensowenig wie die Baudirektion als Genehmigungsinstanz das eigene Ermessen anstelle jenes der Gemeinde setzen... Der Regierungsrat hat daher im angefochtenen Entscheid zutreffend festgestellt, dass er nicht obere Planungsbehörde ist und daher seine Planung nicht an die Stelle jener der Gemeinde setzen kann. Es ist deren Sache, unter mehreren verfügbaren und zweckmässigen Lösungen zu wählen. Der Regierungsrat hat nur zu prüfen, ob die von der Gemeinde getroffene Lösung zweckmässig ist...»

(Der Begriff der Zweckmässigkeit wird hier in einem nach bisherigem Sprachgebrauch atypischen Sinn verwendet: Zweckmässigkeit im Sinne einer «möglichen», vernünftigen und deshalb vertretbaren Lösung. Damit dringt die Zweckmässigkeit in die Sphäre des Rechts hinein und verliert ihre unglückliche Frontstellung gegen die Rechtmässigkeit.)

### 3.4.2 Kontrolle richterlicher Ermessensausübung

Auch innerhalb der Judikative gibt es Fälle eingeschränkter Nachprüfung des Ermessens. Hinzuweisen ist hier bloss auf die Praxis kantonalen Verwaltungsgerichte, trotz freier Kognitionsbefugnis die Bemessung der Enteignungsentschädigung auch dann nicht voll zu kontrollieren, wenn als Vorinstanz speziell eingesetzte Schätzungskommissionen mit richterlicher Unabhängigkeit entschieden haben.

Auch im Bereich der Ziviljustiz gibt es Tendenzen der Kognitionsbeschränkung durch die Rechtsmittelinstanz<sup>28</sup>.

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 eingeräumten 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.

## 4. Der gescheiterte Versuch einer Verbannung des Ermessens aus dem Tatbestand

### 4.1 Die Theorie der vollen Überprüfung des Tatbestandes

In der älteren schweizerischen (und z.T. auch deutschen) Lehre bestand kein Zweifel darüber, dass der Verwaltung Ermessen auf der Tatbestandsseite wie auf der Rechtsfolgeseite der Norm eingeräumt werden kann (vgl. dazu I. Teil, Ziff. 2.2.2.2). Diese weite Fassung des Ermessensbegriffs stellt die zwangsläufige Konsequenz der ex ante-Sicht des Ermessens dar, also des Delegationscharakters des Ermessens. In der Folge wurde aber, vor allem im Anschluss an deutsche Lehrmeinungen der Nachkriegszeit, das Ermessen aus dem Tatbestand verbannt und nur als Rechtsfolgeermessen anerkannt. Diese neuere Theorie wurde ausschliesslich im Zusammenhang mit der Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte entwickelt und war demzufolge ex post orientiert. Sie besagt im wesentlichen, dass die Gerichte aus Rechtsschutzgründen die Auslegung und Anwendung gesetzlicher Tatbestände durch die Exekutive voll zu überprüfen haben. Auch wenn die semantische Unschärfe unbestimmter Tatbestandselemente nicht übersehen wird, soll doch die Verwaltung in der Lage sein, die auf Grund des Gesetzes «einzige richtige Entscheidung» zu treffen, die entsprechend vom Verwaltungsrichter auf ihre Gesetzeskonformität überprüft werden kann.

Bei Z. *Giacometti* heisst es etwa, Massstab einer absoluten und nicht nur relativen Unterscheidung zwischen gebundener und freier Verwaltung könne «nur der Umstand sein, ob im konstitutiven Stadium der Rechtsanwendung, nämlich bei der Rechtsfolge, eine bewertende Tätigkeit in Frage kommt oder nicht»<sup>29</sup>.

Nach F. *Gygi* hat die Auslegung unbestimmter Tatbestandsbegriffe nichts mit Ermessensausübung zu tun. Ein Freiraum des Verwaltungshand-

<sup>28</sup> Vgl. meine Hinweise in «Rechtsetzung» (N. 6), S. 65 ff.

<sup>29</sup> *Giacometti* (N. 8), S. 71.

delns soll mit ihnen «gerade nicht» begründet werden; im Gegenteil: es werde mit ihnen bezweckt, «zur Rechtsfrage zu stempeln, was zuvor als Ermessensfrage aufgefasst worden war». Auch wenn die unbestimmten Begriffe Regelungen umfassen, «deren Sinn sich mit den anerkannten Auslegungsmethoden allein nicht erschliesst», und die somit der Ergänzung bedürfen, stehen diese der vollen richterlichen Nachprüfung offen<sup>30</sup>.

Die hier skizzierte Theorie wird ebenfalls von der herrschenden deutschen Lehre und der deutschen Gerichtspraxis vertreten.

#### 4.2 Die wachsende Anerkennung von Beurteilungsspielräumen der Verwaltung

Die prozessuale Ausblendung von Ermessensbereichen im Normtatbestand ist in der Schweiz (bestrittene) Theorie geblieben. *Max Imboden* beispielsweise hat sich ihr nicht angeschlossen<sup>31</sup>; und in der jüngeren Lehre mehren sich die Zweifel zusehends. Die Praxis pflegt zwar oft den Grundsatz der vollen richterlichen Überprüfbarkeit aller Tatbestandselemente im Gegensatz zum (Rechtsfolge-)Ermessen herauszustreichen – aber in aller Regel in wohlformulierten Erwägungen, die der tatsächlich geübten Zurückhaltung in der Rechtsprüfung kaum entsprechen dürften, und erst noch mit einem «Rückzieher» garniert, der gleich auf dem Fusse folgt. So heisst es in den bundesgerichtlichen Entscheidungen etwa<sup>32</sup>, der Verwaltungsbehörde könne durchaus «bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall ein gewisser Beurteilungsspielraum (latitude de jugement) offen stehen». «Insbesondere wenn örtliche Verhältnisse zu würdigen sind, ein Grenzfall vorliegt und die Auslegung schwierig ist, lässt sich die Rechtsanwendung innerhalb des soeben erwähnten Beurteilungsspielraums nicht scharf von der Ermessenstätigkeit trennen.» Das Gericht übe deshalb «eine gewisse Zurückhaltung» bei der Überprüfung von Verwaltungsverfügungen. Es widerspreche «dem Wesen der Rechtskon-

<sup>30</sup> *Gygi* (N.23), S.222 f. Immerhin anerkennt *Gygi*, es sei «nicht auszuschliessen, dass eine Ermessenskompetenz sich ebenfalls aus der Art und Weise ergeben kann, wie die tatbeständlichen Voraussetzungen des Verwaltungshandelns geordnet sind, so für das *prospektive Ermessen* ... oder das *technische Ermessen* ...» (S.221 f.).

<sup>31</sup> *Max Imboden*, Grundsätze des administrativen Ermessens (1966), jetzt in: M. I., Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel und Stuttgart 1971, S.417 ff., 423: «Auch eine Rechtshandhabung im Rahmen (unbestimmter Rechtsbegriffe) ... kann Ermessen sein».

<sup>32</sup> Zum folgenden vgl. *Imboden/Rhinow* (N.3), Nr.66 B II c/d; *Peter Saladin*, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel und Stuttgart 1979, S.192 ff.; *Gygi* (N.24), S.224 f..

trolle», wenn in solchen Fällen «einer vertretbaren Auslegung» des fraglichen unbestimmten Rechtsbegriffes die Anerkennung versagt und in freier Überprüfung von der Rechtsauffassung der Behörde abgewichen würde. Eine ähnliche Zurückhaltung ist auch bei der Überprüfung der «Eignung» einer Person, bei der Würdigung technischer oder wirtschaftlicher Fragen, bei der Beurteilung eines «Bedürfnisses» anzutreffen. Andere Urteile des Bundesgerichts, vor allem aber die Entscheidungen der kantonalen Verwaltungsgerichte, scheuen sich nicht, auch die Anwendung gewisser unbestimmter Tatbestandsbegriffe *expressis verbis* oder doch dem Sinne nach dem Ermessen zuzurechnen. So heisst es etwa in Urteilen des Zürcher Verwaltungsgerichtes, innerhalb unbestimmter Rechtsbegriffe verbleibe der Verwaltungsbehörde ein Raum gerichtlich nicht nachprüfbarer *Ermessens*.

Beispiel 22:

Gemäss Art.10 Abs.1 des BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, SR 822.11) darf die Tagesarbeit nicht vor 5 Uhr (Sommer) bzw. 6 Uhr (Winter) beginnen und nicht länger als bis 20 Uhr dauern. In Art.10 Abs.2 wird die kantonale Behörde ermächtigt, eine Verschiebung der Grenzen der Tagesarbeit zu bewilligen, «sofern ein Bedürfnis nachgewiesen wird». Die Firma Möbel Pfister AG ersuchte um die Bewilligung, ihr neues Einkaufszentrum in Etoy (VD) bis 21.30 Uhr offenzuhalten. Die kantonale Behörde lehnte das Gesuch ab, ebenso der kantonale Staatsrat auf Beschwerde hin. Das Bundesgericht seinerseits wies die erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ebenfalls ab und äusserte sich wie folgt zum Begriff des «Bedürfnisses» (BGE 106 Ib 118 ff. = Praxis 69 Nr.268):

«Le «besoin» est une notion juridique imprécise [= unbestimmter Rechtsbegriff]; en cette matière, il est théoriquement et pratiquement difficile de fixer le limite entre le droit et l'appréciation [= Ermessen]. Cela n'a pas une importance pratique considérable, car, si le Tribunal fédéral ne revoit les questions d'appréciation qu'en cas d'excès ou d'abus de pouvoir (art.104 OJ [= OG]), il reconnaît aussi à l'administration une marge de décision [= Beurteilungsspielraum] pour l'application de droit au sein de ladite notion juridique imprécise... Or, en l'occurrence, il résulte précisément du texte de l'art.10 [...] que le législateur a voulu laisser à l'autorité une marge de décision importante.»

Beispiel 23:

In einem neuesten Entscheid (BGE 108 Ib 209 ff. = Praxis 1983 Nr.15) befasste sich das Bundesgericht mit der Zulässigkeit der Kündigung eines öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnisses durch die Verwaltung. Gemäss Art.8 Abs.2 der Verordnung über das Dienstverhältnis der Angestellten der allgemeinen Bundesverwaltung und der Post-, Telefon- und Telegrafbetriebe (AngO; SR 172.221.104) darf das Anstellungsverhältnis von

beiden Seiten nur unter Angabe der Gründe schriftlich gekündigt werden. Aus der Begründungspflicht schliesst die Praxis, dass jedenfalls die Verwaltung das öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnis nur kündigen darf, wenn triftige Gründe vorliegen. Zum Begriff der «triftigen Gründe» äusserte sich das Bundesgericht folgendermassen:

«Es stellt sich die Frage, was triftige Gründe sind, und wie weit die Beschwerdeinstanz und insbesondere das Bundesgericht das Vorliegen solcher Gründe im einzelnen prüfen kann. Die AngO enthält keine näheren Bestimmungen über die Gründe, aus denen die Verwaltung ein Anstellungsverhältnis kündigen darf. Der Entscheid darüber, ob eine Kündigung angezeigt ist, ist dem Ermessen der Behörde überlassen. Die Verwaltung ist in dieser Beziehung nicht weniger frei als beim Entscheid über die Erneuerung des Dienstverhältnisses des Beamten gemäss Art. 57 BtG, der ausdrücklich bestimmt, dass die Wahlbehörde hierüber nach freiem Ermessen befindet. Die Behörde hat aber ihr Ermessen beim Entscheid über die Kündigungsfrage wie in jedem anderen Bereich pflichtgemäss auszuüben. Ein wichtiger Grund i. S. von Art. 77 AngO, d. h. ein Umstand, der die fristlose Entlassung des Angestellten rechtfertigen würde, braucht nicht nachgewiesen zu sein. Es muss genügen, dass die Kündigung sich im Rahmen des der Verwaltung zustehenden Ermessens hält und angesichts der Leistungen und des Verhaltens des Bediensteten sowie der personellen und sonstigen betrieblichen Gegebenheiten als vertretbare Massnahme erscheint. Nur sachlich nicht haltbare, willkürliche Kündigungen seitens der Verwaltung sind im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren aufzuheben. Das Bg prüft, ob die Verwaltung das ihr von der AngO hinsichtlich der Kündigung eingeräumte Ermessen überschritten oder missbraucht habe. Zu einer eigentlichen Ermessenskontrolle ist es auf diesem Gebiete nicht befugt; denn hier liegt keiner der Fälle vor, in denen nach OG 104 lit. c die Rüge der Unangemessenheit zulässig ist;...»

Es ist auch nicht zutreffend, wenn das Bundesgericht seine Kognition zuweilen danach bemisst, ob es sich gleichermassen zur Begriffsauslegung *befähigt* erachtet wie die Verwaltung<sup>33</sup>. Denn ausschlaggebend für die richterliche Überprüfungsbefugnis im Bereich des Ermessens ist nicht ein vom Richter angestellter Fähigkeitsvergleich zwischen Exekutive und Judikative, sondern die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Verwaltung durch die Legislative.

Auch in der *deutschen Lehre* wird vereinzelt versucht, dem Ermessensanteil unbestimmter Tatbestandsbegriffe Rechnung zu tragen, sei es, indem für eine ausdrückliche Anerkennung des Ermessenscharakters plädiert wird, sei es durch eine Begrenzung der verwaltungsgerichtlichen Prüfungsbefugnisse (unüberprüfbarer «Beurteilungs-

spielraum» (*Bachof*), Nichtüberprüfung «vertretbarer» Verwaltungsentscheidungen (*Ule*) usw.). Die *deutschen Verwaltungsgerichte* akzeptieren solche «Freiräume» der Verwaltung indessen nur in Ausnahmefällen (Prüfungs- und prüfungsähnliche Entscheidungen, beamtenrechtliche Beurteilungen, Entscheidungen von Sachverständigenausschüssen, Planungsakte)<sup>34</sup>.

*Zusammenfassend* darf der theoretische Versuch, das Ermessen aus dem Tatbestand zu verbannen, als zumindest praktisch gescheitert angesehen werden. Er verträgt sich aber vor allem nicht mit der verfassungsrechtlichen Funktionenordnung, die dem Verwaltungsrichter nicht eine möglichst durchgreifende Kontrolle über die Exekutivgewalt zuschreibt, sondern ihm die Überprüfung der administrativen Rechtsakte auf deren Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht zur Pflicht macht. Überall, wo der Verwaltung vom Gesetzgeber (begrenzte) Entscheidungsbefugnisse übertragen werden, besitzt die Exekutive einen verfassungsrechtlichen «Anspruch» auf Achtung und Schutz dieser Entscheidungsgewalt. «Rechtskontrolle» heisst hier für den nachgeschalteten Rechtsanwender, dass er die im Rahmen dieser Ermessensbefugnis getroffenen Entscheidungen nur, aber vollständig auf ihre Verfassungs- und Gesetzeskonformität zu überprüfen hat. Da nun aber der Verwaltung Entscheidungsbefugnisse auch im Tatbestand übertragen werden können, geht es nicht an, diese durch Delegationsklauseln eingeräumten «Freiräume» voll nachzuprüfen.

#### 4.3 *Das Rechtsfolgeermessen – ein Tatbestandsproblem*

Nun gibt es aber bei näherem Zusehen gar kein eigentliches Rechtsfolgeermessen! Es sei hier die These aufgestellt, dass die von der Lehre als Auswahl- und Entschliessungsermessen gekennzeichnete «Wahlfreiheit» der Verwaltung logisch gesehen in einer Ergänzung des offenen Tatbestandes besteht<sup>35</sup>. Dies ist zu verdeutlichen.

Vorerst fällt auf, dass es ohne weiteres möglich ist, Fälle klassischen Rechtsfolgeermessens in unbestimmte Tatbestandsbegriffe

<sup>33</sup> Vgl. die Übersicht und Hinweise bei *Hans J. Wolff/Otto Bachof*, *Verwaltungsrecht* I, 9. Aufl., München 1974, S. 188 ff.; *Hans-Uwe Erichsen/Wolfgang Martens*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Berlin/New York 1981, S. 175 ff.; *Hans-Joachim Koch*, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt a. M. 1979.

<sup>35</sup> Vgl. zum folgenden auch die anspruchsvolle, aber sehr leistungswerte «Juristische Begründungslehre» von *Hans-Joachim Koch* und *Helmut Rüssmann*, München 1982.

<sup>33</sup> Vgl. etwa BGE 101 II 123, 99 Ib 67; ZBI 1977 513.

«umzuformulieren». Es hängt oft von Zufälligkeiten der Gesetzestchnik und Gesetzessprache ab, ob die Offenheit in der Rechtsfolge (z. B. bei einer Kann-Formulierung) oder im Tatbestand angesiedelt wird.

Beispiel 24:

*Ermessen mit Kann-Formulierung:*

Wenn die Volksgesundheit gefährdet ist [= Tatbestand], kann der Kantonsarzt in den Schulen Schutzimpfungen gegen Kinderlähmung anordnen [= Rechtsfolge].

*Unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand:*

Wenn die Volksgesundheit gefährdet ist und daher Schutzimpfungen gegen Kinderlähmung angezeigt erscheinen [= Tatbestand], hat der Kantonsarzt entsprechende Anordnungen zu treffen [= Rechtsfolge].

Beispiel 25:

In einem Beamtengesetz werden Nebenbeschäftigungen der Beamten bewilligungspflichtig erklärt. Anschliessend könnte es heissen:

*Ermessen mit Kann-Formulierung:*

Die Bewilligungsbehörde kann entgeltliche Nebenbeschäftigungen vertieten.

*Unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand:*

Die Bewilligungsbehörde hat entgeltliche Nebenbeschäftigungen zu verbieten, wenn diese die Amtstätigkeit nachteilig beeinflussen.

Mit der Präzisierung in der zweiten Variante (nachteilige Beeinflussung ...) ist nur scheinbar eine grössere Bestimmtheit erreicht, denn dieses Kriterium wäre gleichermaßen auch bei der Ermessenshandhabung gemäss erster Variante als Ermessensschränke zu berücksichtigen.

Das Rechtsfolgeermessen ist auch in all denjenigen Fällen in dem Tatbestand «verlegbar», wo das freie Verwaltungshandeln von keiner expliziten gesetzlichen Voraussetzung abhängig gemacht wird, wo also offenbar völlige Freiheit besteht. Denn jedes Verwaltungshandeln untersteht (mindestens) dem Gebot des öffentlichen Interesses, so dass diese Voraussetzung – als tatbestandliche Voraussetzung – unverzichtbar erscheint. Die Frage ist nur, ob sie auch sprachlich im Text zum Ausdruck gelangt. Letztlich lässt sich somit jedes Rechtsfolgeermessen sprachlich so umgestalten, dass die hohe Unbestimmtheit (Wahlfreiheit) als Tatbestandsunbestimmtheit erscheint. Denn eine absolute Freiheit der Exekutive im Sinne einer rechtlichen Ungebundenheit, der Willkür, gibt es im Rechtsstaat nicht<sup>36</sup>.

Beispiel 26:

*Art. 5 Abs. 3 AtG:*

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

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

Wenn dies im öffentlichen Interesse geboten ist, hat der Bundesrat die Erteilung der Bewilligung ... davon abhängig zu machen, dass ...

Was anhand praktischer Beispiele plausibel gemacht wurde, entspricht auch einer zwingenden theoretischen Einsicht. Im Tatbestand einer Norm finden wir definitionsgemäss alle rechtssatzmässigen Voraussetzungen vor, unter welchen eine bestimmte Rechtsfolge eintritt (oder eintreten soll). Somit kann in der Rechtsfolge selbst keine zusätzliche Freiheit darüber gegeben sein, ob diese Rechtsfolge einzutreten hat oder nicht. «Freiheit» in der Bestimmung der Rechtsfolgevoraussetzungen ist immer tatbestandliche «Freiheit». Wenn der Tatbestand noch nicht abschliessend sagt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine bezeichnete Rechtsfolge ausgelöst wird, so ist dieser Tatbestand lückenhaft. Es fehlt an einem für den Eintritt dieser Rechtsfolge notwendigen Tatbestandselement. Erst wenn der Tatbestand «komplettiert» worden ist, sind die Voraussetzungen für die Rechtsfolge gegeben.

Der bisherige Sprachgebrauch vom Rechtsfolgeermessen dürfte daher rühren, dass der Tatbestand auf Grund der sprachlichen Fassung des Rechtssatzes auf die im Gesetz explizit angeführten Rechtsfolgevoraussetzungen reduziert wird. Zum Tatbestand gehört aber nicht nur, was das Gesetz «sagt», sondern was notwendige Voraussetzung zum Eintritt der Rechtsfolge darstellt.

Mit dem «Rechtsfolgeermessen» wird die Verwaltung ermächtigt, den offenen, vom Gesetzgeber nicht geschlossenen Tatbestand zu ergänzen. Während das Gesetz einzelne Tatbestandselemente statuiert hat, steht es in der Befugnis der Exekutive, über ein weiteres Element selbst zu entscheiden, also den restlichen Teil des Tatbestandes nach eigenen (d. h. aber immer auch von der Verfassung und dem Gesetz vorgespurten) Wertungen zu kreieren. Die Verwaltung – so könnte man auch sagen – schafft im Bereich des Ermessens neues, tatbestandliches Recht.

Anhand der *polizeilichen Generalklausel* lässt sich diese Tatbestandsergänzungsfunktion leicht nachweisen. Die allgemeine Polizeiklausel bindet die Verwaltungsorgane bloss an relativ abstrakte Handlungsvoraussetzungen (schwere, unmittelbare, dringende Gefahr oder Störung der öffentlichen Ordnung). Grundrechte und Verhältnismässigkeitsprinzip stellen weitere Handlungslimiten auf. Je nach den konkreten Verhältnissen muss nun die Verwaltung selbst die Voraussetzungen

<sup>36</sup> Georg Mäler, *Reservate staatlicher Willkür-Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle*, in: *Recht als Prozess und Gefüge* (M. 16), S. 109 ff..



definieren, unter welchen der Einsatz bestimmter Mittel geboten erscheint. Obwohl Verwaltungsermessen vorliegt, weil Polizeieinsätze nicht a priori bis ins letzte rechtssatzmässig fassbar, «regulär», erscheinen, wird die konkrete polizeiliche Anordnung im Einzelfall aufgrund einer Tatbestandsergänzung oder Tatbestandskonkretisierung getroffen. Das Besondere besteht bloss darin, dass es die Verwaltung – hier im Extremfall der einzelne Polizist – ist, der die Voraussetzungen des Handelns festzusetzen befugt ist.

Es gibt also kein Rechtsfolgeermessen, sondern nur Tatbestandsermessen. Das Ermessen wird nicht aus dem Tatbestand verbannt, sondern aus der Rechtsfolge.

#### 4.4 *Positivrechtliche Determinierung der Unterscheidung von Ermessen und unbestimmten Tatbestandsbegriffen?*

Gemäss Art. 99 Bst. d und h OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unzulässig gegen Verfügungen, die Konzession, Beiträge, Kredite, Garantien, Entschädigungen und andere öffentlichrechtliche Zuwendungen zum Gegenstand haben, «auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt». Aus dieser Formulierung ist die These abgeleitet worden, die Unterscheidung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen sei positivrechtlich verankert und deshalb unverzichtbar. An einem Anspruch fehle es «dann und deshalb, weil die Entstehung des Rechtsverhältnisses im Verwaltungsermessen liegt»<sup>37</sup>.

Es ist hier nicht der Ort, die tiefgreifende Problematik des subjektiven (öffentlichen) Rechts zu beleuchten (vgl. dazu auch 1. Teil, Ziff. 2.3.1). Jedenfalls schiene mir die Auffassung unhaltbar zu sein, die Bestimmung der «Anspruchsnatur» rechtlicher Vorschriften sei allein von der Rechtsfolgeseite her vorzunehmen. Ob die vom Gesetzgeber vorgenommene Abgrenzung des Rechtsweges auf der irrigen Vorstellung beruhte, ein Anspruch sei nur, aber immer dann gegeben, wenn der Tatbestand, so offen er auch sei, die Exekutive zum Handeln zwingt, während Ermessen vorliege, wenn das «Ob» des Handelns (auch ein Tatbestandselement!) nicht determiniert sei, mag hier dahingestellt bleiben<sup>38</sup>. Eine vernünftige

<sup>37</sup> Vgl. *Zygi* (N. 23), S. 83f., 219, 226.

<sup>38</sup> In der bundesrechtlichen Botschaft vom 24. September 1965 zur Revision des OG ist diese Auffassung jedenfalls nicht vertreten worden; im Gegenteil wird etwa ausgeführt, bei überwiegend unbestimmten Tatbestandsvoraussetzungen finde die Verwaltungsbehörde «praktisch ebensowenig konkret fassbare Richtlinien für ihr Handeln wie dort, wo der Erlass in ihr Ermessen gestellt ist» (BBl 1965 II 1265ff., 1316).

Auslegung der entsprechenden Gesetzesbestimmungen, die auch die vorne erwähnten praktischen (Austauschbarkeit!) und rechtstheoretischen Einsichten berücksichtigt, führt zu einem anderen Ergebnis. An einem Anspruchscharakter fehlt es demnach dann, wenn das Bundesrecht die Voraussetzungen der Leistungszusicherung in eine so hohe Unbestimmtheit versetzt, dass es an der vom Gesetzeszweck verlangten Justiziabilität fehlt. Diese (notgedrungen auf der Tatbestandsseite anzutreffende) Offenheit signalisiert den hohen Entscheidungsanteil der Verwaltung, deren Rechtsakte den gerichtlichen Rechtsschutz nach den Intentionen des Gesetzgebers (leider!) nicht verdienen. Mit anderen Worten: Das Bundesrecht gewährt dann einen Anspruch im Sinne des OG, wenn der Gesetzgeber der Verwaltung kein Ermessen, zumindest bei der Bestimmung des «Ob» der Leistungszusage, eingeräumt hat. Diese Frage ist aber gerade in Ansehung des gesamten Tatbestandes zu prüfen. Sogar eine Kann-Formulierung kann eine anspruchsgewährende Tragweite besitzen.

Beispiel 27:

In einem Beschwerdeentscheid vom 29. April 1980 äussert sich der Bundesrat zu dieser Frage der Abgrenzung des Rechtsweges wie folgt (VPB 44 Nr. 84, S. 401):

«Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ist nach Artikel 99 Buchstabe h OG unzulässig und die Beschwerde an den Bundesrat nach Artikel 72ff. VwVG zulässig, wenn das Bundesrecht keinen Anspruch auf die streitigen Leistungen einräumt. Das Bundesrecht der Bodenverbesserungsverordnung stellt diese Leistungen weitgehend in das Ermessen der verfügenden Behörde. Es macht die Genehmigung eines Projektes und die Zusicherung von Bundesbeiträgen unter anderem davon abhängig, ob das Projekt unter den gegebenen Umständen die wirtschaftlichste Lösung darstellt, ob der Einsatz von Bundesmitteln im Rahmen der Zielsetzungen des Landwirtschaftsgesetzes sich rechtfertigt (Art. 6 Abs. 1 und 2 BoV) und ob der Zweck der Bodenverbesserung erreicht wird oder die Durchführung unrationell wäre (Art. 1 Abs. 6 BoV). Die Prüfung dieser Voraussetzungen nähert sich der Ausübung von Ermessen. Vollends trifft dies zu, nachdem Artikel 7 BoV eine Prioritätsordnung für die Beitragszusicherung im Rahmen der bewilligten Kredite je nach der Bedeutung der Projekte vorschreibt...»

Beispiel 28:

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG «kann» die Beschwerdeinstanz im Beschwerdeverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Das Bundesgericht legt diese Bestimmung wie folgt aus (BGE 98 Ib 506ff.):

«Mit dem Wort «kann» wird jedoch nicht in ihr Ermessen gestellt, jeglichen Entschädigungsan-

spruch auszuschliessen. Hätte der Gesetzgeber der Beschwerdeinstanz ein derart umfassendes Ermessen einräumen wollen, so hätte er die Zusprechung einer Parteientschädigung wohl nicht davon abhängig gemacht, ob der ganz oder teilweise obsiegende Partei (notwendige und verhältnismässig hohe Kosten) erwachsen sind. Überdies wird in Art. 101 lit. b OG, aus dem sich die bedingte Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen über Parteientschädigungen ergibt, offenbar angenommen, Art. 99 lit. h OG stehe gegebenenfalls der Anfechtung eines solchen Entscheides mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht im Wege. Das bedeutet, dass das Bundesrecht einen Anspruch auf Zusprechung einer Parteientschädigung anerkennt. Die Aufnahme einer Bestimmung über die Parteientschädigung in das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes zeigt schliesslich die Absicht des Bundesgesetzgebers, den nach Art. 159 Abs. 2 OG in allen Verfahren vor Bundesgericht, einschliesslich den Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, geltenden Grundsatz, wonach in der Regel die unterliegende Partei der obsiegenden Kostenersatz zu leisten hat, auf das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren auszudehnen; der Verpflichtung der unterliegenden Partei entspricht aber ein Anspruch der obsiegenden Partei. Art. 64 VwVG begründet deshalb trotz seinem Wortlaut einen eigentlichen Anspruch auf Parteientschädigung. Art. 99 lit. h OG ist somit auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ... ist zulässig.»

sammenschmelzen, wenn die vom Verfassungsrecht (Grundrechte!) auferlegten Grenzen mitberücksichtigt werden (vgl. auch vorne Beispiel 28).

Der Richter hat nicht in diesen Bereich des «Rest»-Ermessens einzugreifen. Hingegen obliegt ihm die Pflicht, die richtige Schrankenziehung durch die Exekutive auf Grund der gesetzgeberischen Vorgaben und des Verfassungsrechts zu überprüfen. Diese Aufgabe bezieht sich auf den gesamten Tatbestand des Gesetzes, das zur Ermessenshandhabung ermächtigt. Insbesondere geht es darum, zu kontrollieren, ob die Verwaltung die Tatbestandsergänzung «praeter legem» oder «intra legem» rechtmässig, d. h. im Rahmen der Rechtsordnung, vorgenommen hat.

Die Hauptschwierigkeit, die sich dem Verwaltungsgericht, aber auch schon der Verwaltung stellt, ist damit angedeutet: Wie ist dieser Rahmen zu bestimmen? Wo verläuft die Grenze zwischen der (nachprüfbaren) Auslegung des gesetzlichen Rahmens (Entscheidungsprogramms) und der Ermessensbetätigung innerhalb dieses Rahmens (Programmentwicklung)? Prozessual formuliert: Was fällt in concreto in den Anwendungsbereich der Rechtskontrolle und was gehört zum Ermessen?

## 5. Offenheit und Tatbestandsermessen

### 5.1 Zwischenbilanz

Die vorstehenden Ausführungen haben zu zeigen versucht, dass der Gesetzgeber mit der offenen Gestaltung seiner Rechtssätze Entscheidungen an die Exekutive delegieren kann, welche die Judikative nicht an sich zu reissen befugt ist. Diese Ermächtigung führt zum Ermessen der Verwaltung. Urter Ermessen ist allerdings nicht das verfassungsrechtlich unberührte, rein durch den Gesetzestext abgegrenzte Entscheidungsfeld zu verstehen, sondern der Beurteilungs- und Handlungsspielraum, der der Verwaltung nach Bestimmung aller durch die Rechtsordnung gezogenen Schranken verbleibt. In aller Regel erweist sich dieser bedeutend kleiner, als der blosse Gesetzestext vermuten liesse. So kann eine nach den Intentionen des Gesetzgebers recht weite Ermessenserächtigung (z. B. blosser Verweis auf das öffentliche Interesse als Handlungsvoraussetzung) in der konkreten Anwendung auf einen kleinen Restbestand an «Freiheit» zu-

### 5.2 Funktionen des Ermessens

#### 5.2.1 Der verfassungsrechtliche Ansatz

Unbestrittener Ausgangspunkt dieser Fragestellung ist die Anerkennung von Normbestandteilen, die der Verwaltung *kein Ermessen* einräumen. Jeder Rechtssatz bedarf (grundsätzlich) der Auslegung, kann sich in Teilen unklar, mehrdeutig oder unbestimmt erweisen. Diese Auslegungstätigkeit der anwendenden Behörde begründet jedoch nicht eo ipso eine Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Verwaltung. Unbestimmtheit kann, muss aber nicht einen Delegationscharakter aufweisen! Die tatbestandliche Offenheit ist folglich auf ihre Bedeutung, ihre Funktion hin zu befragen, damit die «Rahmendeutung» von der «Rahmenfüllung» geschieden werden kann.

Diese Aufgabe ist verfassungsrechtlich befriedigend nur zu bewältigen, wenn das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verwaltung (die ex ante-Sicht) wie auch die Verfassungsdurchdringung des Ermessens mit in die Prüfung einbezogen wird. Ob Ermessen gegeben

ist, bestimmt sich nach der Auslegung des Gesetzes (und der Verfassung), nicht anhand einer von der Justiz «freiwillig», aus weiser Einsicht sich selbst auferlegter Beschränkung oder Zurückhaltung<sup>39</sup>. Insofern ist der «judicial restraint» ein verfassungsrechtliches Gebot, kein «self-restraint» (vgl. vorne Ziff. 3.3). Es ist also ja konkret zu fragen, ob nach den Intentionen des Gesetzgebers der Verwaltung ein Entscheidungsspielraum eingeräumt werden sollte und wie die Grenzen dieses «Freiraumes» auf Grund des Gesetzes und der Verfassung zu ziehen sind. Die Kognitionsschranken des Richters ergeben sich auf Grund funktionellrechtlicher Kriterien. Die Entwicklung dieser Gesichtspunkte ist im Fluss und keineswegs abgeschlossen; sie ist im Grunde genommen noch nicht viel weiter gediehen, als sie bereits bei *Fritz Fleiner* angelangt war.

### 5.2.2 Traditionelle Lehren

Wenig ergiebig dürfte der Versuch sein, die Ermessensproblematik auf der Basis der heute schwer in Anfechtung geratenen «Lückentheorien», wie sie vor der konventionellen Methodenlehre entwickelt wurden, voranzutreiben. Wohl ist es richtig, dass eine Lücke das Fehlen normativer Determiniertheit signalisiert; allein damit ist ausser einer Umformulierung des Problems nichts gewonnen, weil gerade die «Annahme» einer Lücke auch das Ergebnis der Interpretation des Rechtsanwenders ist. So vermag auch die Unterscheidung in *praeter legem* und *intra legem* wenig konstruktives beizutragen, weil diese räumliche (und damit eo ipso problematische) Sicht zu stark auf die sprachliche Fassung des Rechtssatzes abstellt.

Entsprechend hilft auch die «klassische» Unterscheidung in Auslegung «*secundum legem*» und Rechtsfortbildung nicht weiter: zu fragen ist ja gerade, wie sich das eine vom anderen in concreto abgrenzt.

Auch die alte Differenzierung der Tatbestandsbegriffe in empirische oder deskriptive Begriffe, die sich auf wahrnehmbare Objekte der Wirklichkeit beziehen (z. B. Nacht) und normative, wertausfüllungsbedürftige Begriffe ohne Wirklichkeitsbezug (z. B. Zumutbarkeit) dürfte nicht viel hergeben, weil auch deskriptive Begriffe der wertenden Auslegung bedürfen, ja weil im Rahmen der Rechtsanwendung

letztlich nicht isolierte Begriffe zu interpretieren sind, sondern Rechtssätze im Hinblick auf ihre Anwendung konkretisiert werden müssen.

### 5.2.3 Funktionelle Ansätze

Als fruchtbarer dürften sich demgegenüber funktionelle Ansätze erweisen. Ermessenstatbestände enthalten Ermächtigungen zur Tatbestandsergänzung durch den Rechtsanwender. Zu fragen ist, welche Funktionen diese Delegationsklauseln wahrnehmen, welche Konkretisierungsaufgaben der Verwaltung vom Gesetzgeber übertragen wurden.

Bereits *Fritz Fleiner* hat verschiedene Motive des Ermessens hervorgehoben<sup>40</sup>.

- 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 und 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*<sup>41</sup> 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

<sup>39</sup> Anderer Ansicht ist offenbar *André Grisel* (N. 8), S. 169, der bei unbestimmten Rechtsbegriffen die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung nicht auf die gesetzliche Ermächtigung zurückführt, sondern «par suite de la retenue qu'observe le juge».

<sup>40</sup> *Fleiner* (N. 7), S. 142 ff.

<sup>41</sup> *Imboden* (N. 31), S. 417 ff., 424 ff.; vgl. auch *Imboden/Rhinow* (N. 3), Nr. 66 B II g–VII.

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 ermessenbetätigten 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<sup>42</sup>.

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.

Beispiel 29:

Nach dem solothurnischen Baurecht können die Gemeinden Beiträge an die Kosten öffentlicher Anlagen erheben, die grundsätzlich mit der Vollendung der Anlage fällig werden. Bei der Festsetzung der Fälligkeit ist indessen gemäss § 24 Abs. 2 des Baugesetzes «darau Rücksicht zu nehmen, dass berufstätige Landwirte ... nicht über Gebühr belastet werden».

Das Bundesgericht (BGE 103 Ia 501 ff.) bezeichnete den Passus «über Gebühr belastet» als unbestimmten Rechtsbegriff, «der nach Ansicht gewisser Autoren eine Lücke in *la legem* darstellt». Dem Richter stehe in einem solchen Falle ein gewisser Beurteilungsspielraum zu «Er hat die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und darf sich nicht nur auf eine generell abstrakte Regel stützen, zu deren Erlass er nicht zuständig ist...» (S. 503). Im konkreten Fall warf es der Vorinstanz vor, sich ausschliesslich auf die von ihr selbst erarbeiteten generellen Regeln abgestützt zu haben und die individuell-konkreten Umstände nicht gewürdigt zu haben.

Die bundesgerichtliche Begründung ist so nicht haltbar. Es gehört zur verfassungsrechtlichen Pflicht jeder rechtsanwendenden Instanz, Regeln zu bilden; der Vorwurf der mangelnden Zuständigkeit geht daneben, weil der Richter ja keine formellen Rechtssätze erlassen hat.

Indessen hätte in casu die Vorinstanz die Regelbildung im Hinblick auf den zu beurteilenden Einzelfall *weiterführen* müssen und sich nicht auf die «automatische» Anwendung selbst aufgestellter Regeln beschränken dürfen<sup>43</sup>. *Insofern* ist Ermessenshandhabung nie abgeschlossene Konkre-

tisierung, die über den «Umweg» des Einzelfalles nach einer individualisierten, immer aber auch generalisierenden Tatbestandsergänzung strebt.

Siehe auch oben Beispiel 18, wo das Bundesgericht zu Recht ausführt, bei der Anwendung von Härteklauseln (Dispensermessen) habe die Verwaltung das Gebot der Rechtsgleichheit zu beachten, «soweit die Härtefälle sich in ihren Voraussetzungen und Auswirkungen gleichen... Ein gewisser Schematismus ist dabei unvermeidlich» (BGE 104 Ib 114).

## 6. Schlussbemerkungen

Der Ermessensbegriff ist von *Hans Huber* einmal als trojanisches Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts bezeichnet worden<sup>44</sup>. Ist er nicht eher ein Zeichen der bedeutsamen, staats- und gesellschaftsnotwendigen Funktion einer Verwaltung, die in Verfassung und Gesetzen nicht nur Schranken sieht, sondern auch vielfältige Aufträge zur Erfüllung aufgebener Ziele und Zwecke? Das rechtlich eingebundene und auf seine Grenzen hin kontrollierbare Ermessen ist notwendiger Bestandteil der Rechtsstaatsidee, denn ohne eine in Raum und Zeit flexible Anwendung gesetzlicher Normen, ohne differenzierte Offenheit des Gesetzes, lässt sich «Recht und Gerechtigkeit» nicht verwirklichen. Zu fordern ist, dass das Ermessen in seinen *Verfassungsbezügen* erkannt und in den verfassungsrechtlichen Grenzen gehandhabt wird:

- vom *Gesetzgeber*, der Verwaltungsermessen nur beschränkt einräumen darf (aber unter Umständen auch einräumen muss!);
- von der *Verwaltung*, die nur Gestaltungsfreiheit innerhalb der rechtlichen Schranken besitzt und deshalb Ermessen nur verfassungskonform ausüben darf;
- vom *Verwaltungsgericht*, evtl. auch von anderen Rechtsmittelinstanzen, indem die funktionellrechtlich begründeten Freiräume der Exekutivgewalt bzw. Vorinstanz respektiert und nicht voll nachgeprüft werden.

Das Ermessen erweist sich als Schlüsselbegriff einer *gewaltenverbindenden Zuweisung von Konkretisierungskompetenzen im Rahmen des Rechtverwirklichungsvorgangs*<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> *Hans Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: H. H., *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970*, Bern 1971, S. 34.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu meine Überlegungen in «*Rechtsetzung*» (N. 6), S. 181 ff. sowie in «*Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel*», in: *Festschrift für Kurt Eichenberger* (N. 6), S. 657 ff., 667 ff.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu meine Hinweise in «*Rechtsetzung*» (N. 6), S. 229 ff.

<sup>43</sup> Vgl. auch *Jörg P. Müller*, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1977, ZBJV 115 (1979) 144 f.