Benjamin Schindler: Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habilitationsschrift, Verlag Dike (Zürich/St.Gallen) und Nomos (Baden-Baden), 2010 LXXXV + 429 Seiten, Fr. 158

Mutig, wer sich in einer Monografie der *quaestio diabolica* des Verwaltungsrechts annimmt. Dieses schillernde Etikett wird der Ermessensfrage seit dem Ende des 19. Jahrhunderts umgehängt, weil der Entscheid, ob ein Rechts- oder Ermessensakt vorliegt, im Wesentlichen selbst eine Ermessensfrage ist. Das Werk Schindlers ist zwar nicht von Schwefelgeruch umhüllt, aber in ein verführerisch schönes Layout gekleidet. Der Autor gliedert seine Arbeit in sieben Paragraphen; drei Kernthesen, die auch in französischer Übersetzung vorliegen, und eine Tabelle fassen die Erkenntnisse zusammen.

Nach der Einleitung (§ 1) mit Erörterungen zu Forschungsgegenstand und -methode zeichnet Schindler in § 2 die *Entwicklung der deutschen und österreichischen Ermessensdogmatik* nach. Ausgangspunkt ist die im Jahr 1875 erfolgte Schaffung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs (VwGH). Ausgeschlossen von der Zuständigkeit des VwGH waren «Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind» (zit. Rz. 14). Der Ermessensbegriff erfüllte damit von Beginn weg eine wichtige, nämlich kompetenzscheidende Funktion zwischen der Verwaltung und der Justiz. Fortan beschäftigte die Frage, wo die Grenze zwischen dem «freien Ermessen» der Verwaltung und der gerichtlichen Kontrolle verläuft, die Lehre und Rechtsprechung zuerst in Österreich, später auch in Deutschland intensiv. Es etablierte sich die heute auch in der Schweiz vorherrschende Auffassung, Ermessen bezeichne nur den Handlungsspielraum der Verwaltungsbehörde bei der Anordnung von *Rechtsfolgen*, hingegen unterliege die behördliche Konkretisierung eines offenen *Tatbestands* in einer Rechtsnorm, der sogenannte unbestimmte Rechtsbegriff, der vollen gerichtlichen Nachprüfung.

Auf welchen Wegen und in welchen Formen diese Ermessensdogmatik Eingang in Lehre, Gesetzgebung und Rechtsprechung der Schweiz gefunden hat, behandelt § 3. Die Schweizer *Verwaltungsrechtswissenschaft* stand in ihren Anfängen generell unter prägendem Einfluss der deutschen Doktrin und besonders der dortigen Lehre vom Verwaltungsermessen – allerdings ohne ebenfalls der Neigung zur Überdifferenzierung und -dogmatisierung zu verfallen. Personelle Verflechtungen im Lehrkörper haben den Transfer der Ermessensdogmatik begünstigt. Schindler betont die wichtige Rolle Fritz Fleiners als «personifizierte Verschmelzung des ‹germano-helvetischen› Verwaltungsrechts» (Rz. 124). In der *Rechtsetzung*, beim Aufbau und bei der Ausgestaltung der Verwaltungsgerichts-

barkeit auf Bundes- und Kantonsebene im Laufe des 20. Jahrhunderts, funktionierte das Ermessen als Hilfsgrösse bei der Formulierung der Kognitionsvorschriften und der Bestimmung der anfechtbaren Rechtsakte. Häufig nahmen die Rechtspflegeerlasse diejenigen Verwaltungssachen von der gerichtlichen Zuständigkeit aus, die ganz oder vorwiegend nach Ermessen zu entscheiden waren. Schindlers Analyse der *Rechtsprechung* führt zum Schluss, das Bundesgericht habe sich weder in seiner früheren noch in seiner bis heute andauernden Praxis zu einer bestimmten Ermessenslehre bekannt, geschweige denn eine eigene Ermessenslehre entwickelt.

Aus der Fülle von *Kritikpunkten an der herrschenden Ermessensdogmatik,* die Schindler in § 4 benennt, ist speziell die folgende Überlegung aufschlussreich: Bei konditionalen Rechtsnormen («wenn X, dann Y») kann entweder der Tatbestand offen formuliert werden (unbestimmter Rechtsbegriff) oder aber die Rechtsfolge (Rechtsfolgeermessen). Tatbestand und Rechtsfolge sind aber einzig sprachliche Hülsen, deren Inhalt sich weitgehend austauschen lässt. Illustrativ dazu ist der Vergleich von Artikel 3 Absatz 1 mit Artikel 19 des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer (AuG; AS 2007 5437). Die an der Rechtsetzung mitwirkenden Akteure, welche eine Norm entweder auf der Tatbestands- oder auf der Rechtsfolgeseite «öffnen», dürften dieser Wahl – wenn sie denn eine bewusste ist – nicht immer die nötige Bedeutung beimessen (vgl. auch Gesetzgebungsleitfaden des Bundes, 3. Aufl., Ziff. 936). Die herrschende Ermessensdogmatik, welche wesentlich auf die Konditionalstruktur der Rechtsnormen und auf Zufälligkeiten der Gesetzesredaktion abstellt, setzt sich berechtigter Kritik aus.

Im § 5 wendet sich Schindler kurz und überzeugend gegen die vereinzelt postulierte Radikallösung des vollständigen Verzichts auf den Ermessensbegriff. Der breit angelegte § 6 steckt den *verfassungsrechtlichen Rahmen* ab, den die Ermessensdogmatik einhalten muss. Aus den die Bundesverfassung zwar prägenden, aber sehr offen gehaltenen Strukturprinzipien Demokratie, Föderalismus und Gewaltenteilung lassen sich als Grundlage für eine Ermessensdogmatik kaum mehr als vereinzelte Orientierungspunkte gewinnen. Bedeutsamer sind die verfassungsrechtlichen Forderungen nach gesetzmässigem, verhältnismässigem und grundrechtskonformem Verwaltungshandeln. Sie ergeben konkrete(re) Gebote und Verbote für die Einräumung, Ausübung und Kontrolle von Ermessen. Der verfassungsrechtliche Rahmen bleibt jedoch elastisch; insbesondere bildet die Verfassung keinen komprimierten «Superkodex», aus dem sich eine differenzierte Ermessenslehre ableiten liesse.

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund unterscheidet Schindler in kreativer Kleinarbeit *fünf Ermessenstypen* (§ 7), indem er im Rechtsalltag wiederkehrende behördliche Gestaltungskompetenzen beschreibt und sie verallgemeinert (induktive Schlussweise). Er sieht den Vorzug dieses Vorgehens in der Offenheit der Typen, wendet sich damit gegen die kategoriale Schärfe des «Entweder-Oder» eines abstrakt definierten Ermessensbegriffs und befreit die Ermessenslehre aus ihrer problematischen Verschränkung mit der Normstruktur. So unterscheidet Schindler Einzelfallermessen, Anpassungsermessen, Sachverständigenermessen, politisches Ermessen und Managementermessen. In der Folge – und darin liegt ein besonderer Gewinn seiner Arbeit – beleuchtet Schindler die Ermessenstypen aus drei Blickwinkeln: aus der Steuerungssicht, der Handlungssicht und der Kontrollsicht. Für die Rechtsetzungsmethodik ist die Steuerungssicht besonders fruchtbar. Sie macht deutlich, warum und wie der Gesetzgeber der Regierung und Verwaltung Ermessen «einräumt». Dem Leser wird nach der Lektüre des § 7 ein weiterer Mangel der herrschenden Ermessensdogmatik bewusst, nämlich ihre Fixierung auf die Perspektive der gerichtlichen Nachkontrolle behördlicher Ermessensentscheide (Kontrollsicht).

Die formelle Gesamtwürdigung der Arbeit lässt sich in einen Satz fassen: Sie ist bestechend klar und stringent in Aufbau und Sprache. Schindlers feines Gespür für die historische Bedingtheit des (öffentlichen) Rechts und der Rechtswissenschaft und die akribische Verwertung der Literatur und Rechtsprechung sind eindrücklich. Das Buch ist damit wesentlich auch ein Beitrag zur Geschichte des Verwaltungsrechts. Ein weiterer Grund, weshalb die Leserin oder der Leser den Ausführungen interessiert und geradezu vergnügt folgt, ist die elegante und oft bildhafte Sprache. So zeichnet Schindler beispielsweise ein einprägsames Bild zum häufig (und zu Recht) kritisierten Entscheid des Gesetzgebers, dem Bundesverwaltungsgericht über die Rechtskontrolle hinaus generell die (fachtechnisch vielfach überfordernde) Angemessenheitskontrolle des angefochtenen Verwaltungsakts aufzubürden (Art. 37 VGG i.V.m. 49 Bst. c VwVG): «Solche Bestimmungen gleichen dem untauglichen Versuch, eine einseitig erblindete Person mittels einer besonders starken Brille auf beiden Augen sehend zu machen.» (Rz. 232).

Nach der von Schindler entworfenen Ermessenslehre sind die Begriffskategorien Tatbestandsermessen, Rechtsfolgeermessen und unbestimmter Rechtsbegriff überflüssig. Unnötig ist ferner die herkömmliche Unterteilung der Ermessensfehler in Ermessensmissbrauch, -unterschreitung und -überschreitung. Die fehlerhafte Ermessensausübung lasse sich entweder als Willkür, als Verstoss gegen allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts oder als «gewöhnliche» Rechtsverletzung qualifizieren. Ergebnis ist eine von Ballast befreite Ermessensdogmatik, die allerdings Eingriffe am geltenden Gesetzesrecht bedingt, wenn sie vollständig in die Rechtswirklichkeit überführt werden will. Gewähr für die Praxistauglichkeit der Vorschläge bietet die von Schindler praktizierte Methode: Nach seiner Überzeugung darf sich die Verwaltungsrechtsdogmatik nicht in de-

duktiv-verfassungsbezogenen Überlegungen erschöpfen. Eine anwendungsorientierte Verwaltungsrechtswissenschaft kann auf ein induktives Vorgehen und pragmatische Denkansätze nicht verzichten. Sie muss sich darum bemühen, «den im Rechtsalltag unterschwellig praktizierten Verhaltensmustern nachzuspüren, diese zu beschreiben und sie typologisch zu ordnen.» (Rz. 319). Weiteren «etablierten» Instituten des Verwaltungsrechts mit dieser Methode nachzuspüren, lohnte sich allemal.

Mit seiner Habilitationsschrift – das ist keine gewagte Prophezeiung – hat Schindler das Referenzwerk über die Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz vorgelegt. Wer sich mit solchen Fragen auseinandersetzt, sei es in der Rechtswissenschaft, in der Rechtsanwendung oder in der Rechtsetzung, wird dieses Werk mit grossem Gewinn lesen.

Reto Feller, Bundesamt für Justiz, Bern

Amtsdeutsch a.D.? Europäische Wege zu einer modernen Verwaltungssprache, Hans-R. Fluck / Michaela Blaha (Hrsg.), Tübingen, Stauffenburg Verlag 2010, 166 Seiten, Fr. 39.90

Bei alt Bundesrat Adolf Ogi würde Freude herrschen: In Schweden vergibt ein *«Språkrådet»* jedes Jahr einen *«Klarspråkskristallen»* als Auszeichnung für eine vorbildliche Amtssprache. Denn eine moderne Verwaltungssprache soll adressatengerecht, verständlich und respektvoll sein. Die traditionelle Verwaltungssprache ist hingegen oft unpersönlich, umständlich und einschüchternd. Über Befund und Ziel herrschte Einigkeit unter den Vertreterinnen und Vertretern aus Politik, Verwaltung und Sprachwissenschaften, die am 13. und 14. August 2008 in Bochum an der Tagung «Amtsdeutsch a.D.?» über die Verwaltungssprache in Europa referierten und diskutierten.

Organisiert wurde die Tagung von der Trägerschaft des Bochumer Projekts IDEMA (Internet-Dienst für eine moderne Amtssprache). Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer kamen aus ganz Europa, von Spanien bis Polen, von Italien bis Schweden. Angesichts der vielen Gemeinsamkeiten, die sich wie ein roter Faden durch die 19 Beiträge des anzuzeigenden Sammelbandes ziehen, soll hier – anstelle von Einzelbesprechungen – eine Synthese gewagt werden. Wo eine Autorin oder ein Autor besonders eindringlich auf einen Punkt hinweist, ist der Name in Klammern beigefügt.

Zu den gemeinsamen Erfahrungen gehört, dass oft ein *Leidensdruck* die Beschäftigung mit der Verwaltungssprache in Gang bringt. Werden Behördenschreiben nicht richtig verstanden, so führen sie zu Rückfragen und Beschwerden. Sind Formulare unklar gefasst und unübersichtlich gestaltet, so werden sie fehlerhaft ausgefüllt. Beides beschert der Verwaltung einen Mehraufwand, beides löst allseits Ärger und Misstrauen aus.

Arbeit an der Verständlichkeit hat weitreichende Folgen. Nur Anordnungen, die der Bürger nachvollziehen kann, wird er auch befolgen. Nur Rechte, die der Bürgerin verständlich gemacht werden, kann sie auch ausüben. Arbeit an der Verständlichkeit ist somit auch Arbeit an der Rechtssicherheit (Nurşen Şahin) und am Vertrauensverhältnis zwischen Bürger, Bürgerin und Staat (Helmut Ebert). Verständliche Texte stützen die rechtsstaatliche Ordnung und fördern die demokratische Teilhabe. An der Tagung wurde daran erinnert, dass der EU-Verfassungsvertrag von 2004 nicht zuletzt wegen seiner Komplexität in Frankreich und den Niederlanden abgelehnt wurde und dass – weniger bekannt – missverständliche Wahlunterlagen 2007 in Schottland zu vielen ungültigen Stimmen führten und womöglich das Wahlergebnis verfälschten (Sarah Carr).

Verständlichkeit ist eine relative Grösse, Verstehen ist ein kommunikativer Akt. Die Verständlichkeit steht in Beziehung zu den Personen, die den Text lesen. Das Verstehen hängt vom eigenen Vorwissen und vom Aufwand ab, den man betreibt, um einen Text zu verstehen. Anzustreben sind deshalb *dem Adressatenkreis angemessene Texte.* Ob ein Text sich an alle Bürgerinnen und Bürger oder an eine bestimmte Person wendet, ob er nur von Fachleuten oder auch von Laien verstanden werden soll, ist für die Textherstellung entscheidend. Dennoch gibt es allgemeine Kriterien, denen eine moderne Verwaltungssprache genügen sollte. Stichworte sind etwa Einfachheit, Klarheit und Höflichkeit.

Produziert werden gute Texte idealerweise in einer *interdisziplinären Zusammenarbeit.* Solche Texte entstehen, wenn Leute mit fachlichem, juristischem und linguistischem Sachverstand möglichst von Anfang an bei der Textproduktion zusammenarbeiten. Wichtig ist, dass letztlich geprüft wird, wie gut die Texte «ankommen» (Michaela Blaha).

Von Bedeutung sind auch die *Zusammenhänge zwischen den Textsorten.* Natürlich müssen Erlasse, Amtsbriefe und Urteile unterschiedlichen Anforderungen genügen. Ungeachtet dessen herrschte an der Tagung aber weitgehende Einigkeit darüber, dass bei der Gesetzessprache ansetzen muss, wer die Verwaltungssprache verständlicher machen will (Ole Schröder, Reinhard Timmer). Es wurde auch Klage geführt über eine immer komplexere Gesetzessprache, die selbst Fachleute immer weniger verstünden. Beliebte Zielscheiben solcher Kritik sind – kaum überraschend – EU-Rechtsakte und das Steuerrecht. Klare Normen sind aber nur

LeGes 2011/1

LeGes – Gesetzgebung & Evaluation
22. Jahrgang
Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG)
und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL)

LeGes – Législation & Evaluation
22e année
Bulletin de la Société suisse de législation (SSL)
et de la Société suisse d'évaluation (SEVAL)

LeGes – Legislazione & Valutazione
anno XXII
Bollettino della Società svizzera di legislazione (SSL)
e della Società svizzera di valutazione (SEVAL)

LeGes – Legislaziun & Evaluaziun
22. annada
Bulletin de la Societad svizra da legislaziun (SSL)
e de la Societad svizra d'evaluaziun (SEVAL)