

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

114. Jahrgang Nr. 7

Juli 2013

<i>Inhalt</i>	<i>Seite</i>
Verwaltungsverfahren vor mannigfaltigen Herausforderungen. Von <i>Arnold Marti</i>	357
Zur Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung. Von <i>Benjamin Schindler</i>	359
Zur Bedeutung der Verfahrensleitung für die Beschleunigung von Bewilligungsverfahren. Von <i>Rolf Lüthi</i>	374
Planungs- und Baurecht. Bern. Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht; Baubewilligungsverfahren zu Schutz und Erhaltung von Baudenkmälern und Duldung baurechtswidriger Zustände; Art. 8 Abs. 1 BV, Art. 10 ff. BauG/BE. <i>Mit Bemerkungen</i>	379
Planungs- und Baurecht. Bern. Bauzonen: weitgehend überbautes Gebiet und Baulandbedarf; Art. 15 lit. a und b RPG. <i>Mit Bemerkungen</i>	389
Presseförderung. Bund. Anspruch von Zeitungen und Zeitschriften auf Beförderung durch die Schweizerische Post zu ermässigten Tarifen (indirekte Presseförderung); Art. 15 Abs. 2 aPG. <i>Mit Bemerkungen</i>	395
<i>ZBI-Online auf www.swisslex.ch</i>	
Landwirtschaft – Gesundheitswesen – Rechtspflege. Waadt. Westschweizer Hanfkonkordat (Anfechtbarkeit); derogatorische Kraft des Bundesrechts; Art. 3, 49, 104, 118 BV; Art. 82 Bst. b, Art. 87, 89 und 101 BGG. <i>Mit Bemerkungen</i>	404
Wasserrecht. Bund. Ablauf einer Wasserrechtskonzession (Etzelwerk). Verneinung des Heimfallrechts. <i>Mit Bemerkungen</i>	408
<i>Besprechung</i>	
<i>Baeriswil Bruno/Rudin Beat</i> (Hrsg.): Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich (<i>Robert Baumann</i>)	410

Zur Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung

Von Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler, MJur, Universität St. Gallen¹

Inhaltsverzeichnis

I. Rollenverteilung durch Gewaltenteilung	359
II. Rollenverteilung durch Zuständigkeitsvorschriften	363
III. Rollenverteilung durch Sprache und Normstruktur	365
IV. Rollenverteilung durch Kognitionsvorschriften	368
V. Rollenverteilung durch tägliche, pragmatische Abgrenzungsarbeit	369
VI. Schluss	372

Die Verwaltungsgerichte sind dazu berufen, über die Verwaltung zu richten. Dieser Beitrag untersucht, welche Rolle den Gerichten bei dieser Kontrolltätigkeit gegenüber der Verwaltung zukommt. Er diskutiert dazu unterschiedliche Modelle einer möglichen Rollenverteilung, und zwar (I.) anhand des Gewaltenteilungsgrundsatzes, (II.) anhand der gesetzlichen Umschreibung verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeiten, (III.) anhand der deutschen Ermessenslehre, (IV.) anhand der Funktion von Kognitionsvorschriften und (V.) schliesslich anhand der verwaltungsgerichtlichen Praxis.

I. Rollenverteilung durch Gewaltenteilung

Nach der Lehre der Gewaltenteilung sind Justiz und Verwaltung zwei voneinander getrennte Gewalten.² Das klassische Gewaltenteilungsschema, wie es sich in den meisten Juristenköpfen eingegraben hat, unterscheidet drei Staatsorgane, denen je eine spezifische Funktion zugewiesen ist: Die Legislative ist

¹ Der Beitrag beruht auf einem Vortrag anlässlich der Schweizerischen Verwaltungsrichtertagung vom 6. September 2012 in St. Gallen. Der Stil des mündlichen Referats wurde weitgehend beibehalten. Die Thematik deckt sich teilweise mit meiner Habilitationsschrift (Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2012), wobei mit Blick auf das Publikum bewusst die Perspektive der Richterinnen und Richter eingenommen wurde. Verwaltungsrichter Dr. iur. Martin Kayser, LL.M., danke ich herzlich für die kritische Durchsicht und zahlreiche wertvolle Hinweise.

² Es ist bezeichnend, dass *Fleiner* und *Giacometti* ihren Lehrbüchern Überlegungen zur Trennung der Gewalten voranstellten: *Fritz Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 9–28; *Zaccaria Giacometti*, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 9–23. Zur Gewaltenteilung aus der neueren Literatur: *Christoph Möllers*, Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Habil. Heidelberg 2004, Tübingen 2005; *Alois Riklin*, Machtteilung: Geschichte der Mischverfassung, Darmstadt 2006; *Hansjörg Seiler*, Gewaltenteilung: Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Habil. Bern 1994.

rechtsetzendes Organ, die Exekutive wirkt als rechtsanwendendes Organ und die Judikative als rechtsprechendes Organ.³ Die Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung scheint noch vergleichsweise einfach. Rechtsetzung ist die Formulierung generell-abstrakter Normen, Rechtsanwendung dagegen die Anwendung dieser Normen auf den individuell-konkreten Einzelfall. Was mit Blick auf die Rollenverteilung zwischen Verwaltung und Justiz aber mehr interessiert, ist die Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung und Rechtsprechung: Denn auch die Rechtsprechung ist Rechtsanwendung im individuell-konkreten Einzelfall. Was sie hingegen von der Rechtsanwendung unterscheidet, ist, dass Rechtsprechung Rechtsanwendung im streitigen Einzelfall ist.⁴ Allerdings ist die Rechtsprechung eine Funktion, welche keineswegs nur eine Aufgabe des Staatsorgans Justiz ist. Auch die Exekutive leistet – zumindest in den Kantonen – einen wesentlichen Beitrag zur Rechtsprechung im Rahmen von verwaltungsinternen Beschwerde- und Rekursverfahren.

Das klassische Schema der Gewaltenteilung liefert somit keine befriedigende Antwort mit Blick auf die Frage, wie die Rollenverteilung zwischen Verwaltung und Justiz vorzunehmen sei.⁵ Wollen wir der Gewaltenteilungslehre konkretere Aussagen entlocken, müssen wir uns von diesem Schema lösen und eine differenziertere Betrachtung vornehmen. Sinnvoll scheint mir, drei Aspekte der Gewaltenteilung zu unterscheiden: Erstens die Gewaltenteilung als staats-theoretisches Konzept – als Grundidee, wie der Staat organisiert sein sollte. Zweitens die Gewaltenteilung als staatspolitisches Argument – die Gewaltenteilungslehre als ein Steinbruch von Argumenten, aus dem man sich mit Blick auf die politische Diskussion trefflich bedienen kann. Und drittens die Gewaltenteilung als staatsrechtliche Realität – als Strukturprinzip, das im positiven Verfassungsrecht konkreten Niederschlag gefunden hat.

Als *staats-theoretisches Konzept* steht meist *eine* Grundidee im Vordergrund: Die theoretisch allmächtige Staatsgewalt soll geteilt werden, um so Machtkonzentrationen und Machtmissbrauch zu verhindern. Dies kann grundsätzlich auf zwei Arten geschehen: Durch Trennung der Gewalten und ein gegenseitiges Einmischungsverbot: Ein Konzept, das vor allem das Denken in Frankreich stark beeinflusst hat.⁶ Machtbegrenzung kann aber auch durch gegenseitige Machthemmung erfolgen: Durch ein System von «Checks and Balances», wie es in den USA idealtypisch verwirklicht wurde.⁷ Oft vergessen geht, dass die Gewaltenteilung aber nicht nur der Machtbegrenzung dient. Vor allem in den Schriften von *John Locke* (1632–1704) wird deutlich, dass die Staatsorgane auch sinnvoll zusammenwirken sollen. Der Staat ist nicht nur eine Machtmaschine,

³ Zu diesem theoretischen «Idealfall» *Giacometti* (Anm. 2), S. 9 f., 35.

⁴ *Giacometti* (Anm. 2), S. 40.

⁵ *Schindler* (Anm. 1), Rz. 365–375; *Seiler* (Anm. 2), insb. S. 89–93.

⁶ *Riklin* (Anm. 2), S. 338; *Seiler* (Anm. 2), S. 35 f.

⁷ *Möllers* (Anm. 2), S. 76–78; *Riklin* (Anm. 2), S. 303–307; *Seiler* (Anm. 2), S. 30 f.

die es zu bremsen gilt. Die Maschine Staat ist auch sinnvoll zu konstruieren; so dass sie ihre Ziele erreicht und nicht still steht, weil sich ihre verschiedenen Teile blockieren.⁸

Die unterschiedlichen staatsrechtlichen Konzepte haben nun durchaus Auswirkungen darauf, wie das *Gewaltenteilungsargument in der politischen Diskussion* verwendet wird. Die starke Orientierung an einer klaren Gewaltentrennung hat in Frankreich zum Postulat geführt, dass sich die ordentliche Gerichtsbarkeit nicht in die Verwaltungstätigkeit einmischen darf. Dementsprechend wird der oberste Verwaltungsgerichtshof, der Conseil d'Etat, bis heute nicht der Judikative, sondern der Exekutive zugerechnet.⁹ Vollkommen anders in Deutschland: Die Justiz übt hier eine flächendeckende und intensive Kontrolle über die gesamte Verwaltungstätigkeit aus;¹⁰ dies freilich als Ausfluss eines Gewaltenteilungsdenkens, das eher der amerikanischen Idee von «Checks and Balances» verpflichtet ist.

Wie sieht nun die *staatsrechtliche Realität* in der Schweiz aus und was lässt sich daraus für die Tätigkeit von Justiz und Verwaltung konkret ableiten? Rasch fündig werden wir, wenn es etwa um personelle Unvereinbarkeiten geht; da geben die Verfassungstexte eine eindeutige Antwort. Doch personelle Unvereinbarkeiten sagen nichts aus über die Rolle, welche die verschiedenen Amtsträger wahrzunehmen haben. Welchem staatsrechtlichen Konzept ist das schweizerische Verfassungsrecht verpflichtet: Der strikten Gewaltentrennung, der Gewaltenhemmung oder der Gewaltenkooperation? Die Bundesverfassung äussert sich nicht ausdrücklich zur Gewaltenteilung;¹¹ interessanter ist da ein Blick in die Kantonsverfassungen. Dabei lassen sich drei Modelle ausmachen. Das erste folgt dem französischen Vorbild: So bestimmt Artikel 61 der ausserrhodischen Kantonsverfassung¹², dass Kantonsrat, Regierungsrat und Gerichte ihre Aufgaben getrennt erfüllen. Keine dieser Behörden darf in den Kompetenzbereich der anderen eingreifen. In kaum einer anderen Kantonsverfassung wird der Gedanke der Gewaltentrennung und des gegenseitigen Einmischungsverbots so deutlich betont.¹³ Eine zweite Gruppe von Kantonsverfassungen folgt dem angelsächsischen Vorbild der Gewaltenhemmung. So

⁸ Mit weiteren Nachweisen *Schindler* (Anm. 1), Rz. 383–391.

⁹ *Michel Fromont*, *Droit administratif des États européens*, Paris 2006, S. 121.

¹⁰ Immer noch grundlegend *Fritz Scharpf*, *Die politischen Kosten des Rechtsstaates: eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen*, Tübingen 1970.

¹¹ *Giovanni Biaggini*, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2007, Vorbemerkungen Art. 143–191c, N 3–9; *Pascal Mahon*, *Le principe de la séparation des pouvoirs*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 65, Rz. 19.

¹² Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (SR 131.224.1).

¹³ Die Bestimmung darf freilich nicht völlig isoliert betrachtet werden, sondern muss im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen gelesen werden, wodurch sich ein differenzierteres Bild ergibt: *Jörg Schoch*, *Leitfaden durch die Ausserrhodische Kantonsverfassung*, Herisau 1996, S. 112.

bestimmt Artikel 3 der Zürcher Kantonsverfassung¹⁴, dass der Aufbau des Staates und die Ausübung staatlicher Macht auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung beruhen. Niemand darf staatliche Macht unkontrolliert oder unbegrenzt ausüben.¹⁵ Eine dritte Gruppe von Kantonsverfassungen kombiniert schliesslich das französische mit dem angelsächsischen Modell. Geradezu exemplarisch ist Artikel 4 der Bündner Kantonsverfassung¹⁶ mit «Gewaltenteilung und Gewaltenhemmung» übertitelt. Diese Grundsätze bilden nach Absatz 1 nicht nur die Grundlage für den Aufbau des Staates, sondern auch für die Ausübung staatlicher Macht, mithin für Verwaltungs- und rechtsprechende Tätigkeit. Der zweite Absatz der Vorschrift beinhaltet den Grundsatz der Gewaltenkooperation, indem er die Behörden zwecks Erfüllung der Staatsziele «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten» zum Zusammenwirken anhält.¹⁷ Allerdings sagen diese programmatischen Bekenntnisse im Verfassungstext nur wenig über die staatsrechtliche Realität aus. So kennt auch der Kanton Appenzell Ausserrhoden eine unabhängige Verwaltungsjustiz in Gestalt des Obergerichts und keinen Staatsrat nach französischem Vorbild.¹⁸

So offensichtlich die Rollenverteilung zwischen Verwaltung und Justiz einen Kern der Gewaltenteilungsproblematik berührt, so wenig Konkretes lässt sich dem Gewaltenteilungsgrundsatz zur Bewältigung praktischer Problemstellungen entlocken.¹⁹ Die unterschiedlichen staatsrechtlichen Konzepte dienen vielmehr als Steinbruch für zahlreiche Argumente, mit denen sowohl dem Ausbau wie dem Abbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit das Wort geredet werden kann. Und sieht man einmal von konkreten Bestimmungen zu Unvereinbarkeiten oder Organzuständigkeiten ab, ist auch den Verfassungstexten von Bund und Kantonen wenig zu entnehmen, was bei der Rollenverteilung und -abgrenzung zwischen Verwaltung und Justiz weiterhelfen würde. Dennoch ist die Auseinandersetzung mit den Ideen gewaltenteiliger Staatsorganisation für die tägliche richterliche Arbeit nicht unnütz. Sie verstärkt einerseits die Skepsis gegenüber leichtfertig ins Feld geführten Argumenten. Und sie erinnert daran, dass die Gewaltenteilung nicht nur der Machtbegrenzung dient, sondern auch dazu, staatliche Aufgaben auf unterschiedliche Organe mit spezifischen Eigenschaften und Fähigkeiten zu übertragen. Jedes Staatsorgan soll die Aufgaben erfüllen, für die es am besten geeignet ist. Es ist auch ein Gedanke, der in der

¹⁴ Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211).

¹⁵ Hierzu *Giovanni Biaggini*, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 3, N 5.

¹⁶ Verfassung des Kantons Graubünden vom 14. September 2003 (SR 131.226).

¹⁷ Der Aspekt der kooperativen Gewaltenteilung erscheint nicht im Randtitel, weil Absatz 2 erst im Verlaufe des Verfahrens der Verfassungsgebung eingefügt wurde: *Christian Rathgeb*, in: Bänziger/Mengiardi/Troller & Partner (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden, Art. 4, N 2.

¹⁸ Art. 94 Abs. 1 Bst. d Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (SR 131.224.1).

¹⁹ Möllers (Anm. 2), S. 1.

Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt. So wurde das Gericht zu Beginn der 1980er-Jahre von der Fraktion «Die Grünen» angerufen. Diese argumentierte, dass die Bundesregierung für die Stationierung von nuklear bestückten Mittelstreckenraketen die Zustimmung des Bundestages hätte einholen müssen. Das Gericht wies den Antrag unter anderem mit der Begründung ab, dass der Grundsatz der parlamentarischen Verantwortung der Regierung einen «Kernbereich exekutivischer Eigenverantwortung» voraussetze. Dies untermauerte das Bundesverfassungsgericht mit der Theorie der Organeignung bzw. Funktionsgerechtigkeit:

«[Die Gewaltenteilung], zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heisst von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.»²⁰

II. Rollenverteilung durch Zuständigkeitsvorschriften

Bei der Kompetenzumschreibung der Verwaltungsgerichte standen seit Ende des 19. Jahrhunderts zwei Modelle zueinander in Konkurrenz: Die Enumerationsmethode und die Generalklausel. Fast ein Jahrhundert dominierte in der Schweiz das System der Enumerationsmethode. In den Verwaltungsrechtspflegegesetzen wurden Sachgebiete einzeln aufgelistet. Je nachdem, ob die Verwaltungsgerichte zuständig sein sollten oder nicht, sprach man von einer positiven oder negativen Enumeration.²¹ Dieses Modell, das ursprünglich aus Preussen stammte, hatte den Nachteil, dass die Gesetze seitenlange Auflistungen enthielten. Der Vorteil war aber, dass der Gesetzgeber gezwungen war, sich präzise dazu zu äussern, welche Fragen er einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich machen wollte und welche nicht. Das andere Modell, welches erstmals 1876 für den österreichischen Verwaltungsgerichtshof verwendet wurde, sollte sich letztlich durchsetzen. Es erklärt grundsätzlich alle Verwaltungsentscheidungen für anfechtbar, beschränkt die richterliche Prüfung aber generell auf Rechtsfragen und nimmt das Verwaltungsermessen von der gerichtlichen Überprüfung aus. In der Schweiz konnte sich das Modell der Generalklausel erstmals 1928 im Kanton Basel-Stadt etablieren.²² Mit der zunehmenden Ausdehnung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit gingen auch andere Kantone und der Bund gegen Ende des 20. Jahrhunderts zu diesem

²⁰ BVerfGE 68, 1 (86) – Pershing-2.

²¹ Hierzu mit weiterführenden Hinweisen *Schindler* (Anm. 1), Rz. 188–194, 197–205.

²² Vgl. den in den Grundzügen bis heute beibehaltenen § 8 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1928 (SG 270.100). Hierzu *Schindler* (Anm. 1), Rz. 197 f. Der erste Kanton, der eine umfassende Generalklausel (ohne einschränkende Enumeration von Ausnahmen) einführte, war 1971 Schaffhausen: *Arnold Marti*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen, insbesondere die allgemeine Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Diss. Zürich 1986, S. 46 f., 67.

Modell über. Beschleunigt wurde diese Entwicklung durch den grösser werdenden Geltungsbereich der Rechtsweggarantie in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Seit dem Inkrafttreten der Rechtsweggarantie in der Bundesverfassung ist nun ein anderes System als jenes der Generalklausel nicht mehr denkbar, da Ausnahmen vom Gerichtsschutz – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nicht mehr zulässig sind.²³

Mit dem Siegeszug der Generalklausel rückte die Frage ins Zentrum, wo die Grenze zwischen Rechts- und Ermessensfragen verläuft. Die Antwort auf die Frage ist zugleich ein wesentlicher Beitrag mit Blick auf die Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung.²⁴ Die Frage hat naheliegender Weise zuerst die österreichische Rechtswissenschaft beschäftigt. Aus dieser Anfangszeit der Diskussion stammen die folgenden zwei Zitate:

«Die Abgrenzung dieses der Verwaltungsgerichtsbarkeit entzogenen Gebiets ist nun freilich eine schwierige Sache. Eine überall zutreffende allgemeine Bestimmung des Ermessensbegriffs ist [...] ausgeschlossen, [...] so dass die Feststellung, inwieweit die Behörde nach ihrem Ermessen handeln kann, stets nur im Wege der Rechtsprechung des im einzelnen Falle angerufenen Verwaltungsrichters erfolgen kann.»²⁵

«Freilich ergab sich hieraus [= aus der Kompetenzabgrenzung] die schwierigste Aufgabe auch für die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, insofern es im einzelnen Falle voraussichtlich nicht immer leicht sein konnte, die in der Verwaltungsaction ineinander fliessenden Linien einer Anwendung rechtserzeugender Vorschriften und freier Verwaltungsthätigkeit auseinander zu halten.»²⁶

Beide Zitate sind über hundert Jahre alt, doch ihre Kernaussage scheint mir von ungebrochener Aktualität: Für ihren Urheber, *Karl Freiherr von Lemayer* (1841–1906), gab es keine eindeutige und generelle Antwort auf die Frage, wo die Grenze zwischen Recht und Ermessen verläuft. Denn die vom Verwaltungsprozessrecht geforderte Abgrenzung konnte auf keine vorbestehende Unterscheidung zurückgreifen. Die Grenze zwischen Recht und Ermessen ist vielmehr fließend, und es ist Aufgabe der Gerichte, im Einzelfall zu bestimmen, wie weit der Arm richterlicher Kontrolle reichen soll. Den Worten von *Lemayer* kommt aus zwei Gründen besonderes Gewicht zu: Einerseits war *Lemayer* im Auftrag von Minister Joseph Unger derjenige, welcher die Idee der Generalklausel aufbrachte und den Gesetzesentwurf verfasste. *Lemayer* wird daher auch als «geistiger Vater der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit» bezeichnet.²⁷ Andererseits war *Lemayer* später während vieler Jahre im Verwaltungsgerichtshof als Richter und zuletzt als «Zweiter Präsident» (Vizepräsi-

²³ Yvo Hangartner, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, S. 131–155, 136.

²⁴ Statt vieler René A. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, Basel/Stuttgart 1979, S. 70.

²⁵ Karl Freiherr von Lemayer, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Grünhuts Zeitschrift 22/1895, S. 353–488, 450.

²⁶ Karl Freiherr von Lemayer, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht (Verwaltungsgerichtsbarkeit) im Zusammenhange der Wandlung der Staatsaufgaben betrachtet, Grünhuts Zeitschrift 29/1902, S. 195–228, 211.

²⁷ Thomas Olechowski, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof, Wien 2001, S. 28.

dent) tätig und kannte die Anwendung der Generalklausel aus eigener praktischer Erfahrung.²⁸ Leider sind die Schriften von *Lemayer* heute weitgehend in Vergessenheit geraten. Sie wurden verdrängt von einer Ermessenslehre, welche vor allem auf die Sprache und Normstruktur abstellt.

III. Rollenverteilung durch Sprache und Normstruktur

Prägend für die bis heute vorherrschende Vorstellung, wonach sich die Grenze zwischen Recht und Ermessen aus der sprachlichen Gestaltung einer Rechtsnorm ergebe, sind zwei Aufsätze, welche der deutsche Rechtsanwalt *Hermann Reuss* (1903–1982)²⁹ im Jahr 1953 veröffentlichte. Die Beiträge trugen die programmatischen Titel «Das Ermessen» und «Der unbestimmte Rechtsbegriff».³⁰ *Reuss* ging darin von der Prämisse aus, dass praktisch alle Rechtsnormen gleich strukturiert seien: Sie wiesen einen Tatbestand und eine Rechtsfolge auf. Sei nun der Tatbestand einer Norm offen formuliert, so liege ein unbestimmter Rechtsbegriff vor; sei hingegen die Rechtsfolge offen formuliert, liege Ermessen vor. Rechtsbegriffe, auch offen formulierte, seien auszulegen. Dies sei ein Erkenntnisprozess, in dem es den vom Gesetzgeber vorgegebenen Willen zu finden oder zu erkennen gelte. Hierauf gebe es nur eine einzig richtige Antwort. Solche Rechtsfragen seien von den Gerichten umfassend zu prüfen. Ermessensausübung sei demgegenüber etwas grundlegend, ja kategorisch anderes: Hier gehe es nicht um Erkenntnis, sondern um einen Willensakt. Um die Auswahl aus einer von mehreren möglichen Entscheidungsvarianten. Diese volitive Entscheidung der Verwaltung müssten die Gerichte respektieren.³¹

Das Unterscheidungsmerkmal von Tatbestand und Rechtsfolge, wie es *Reuss* propagierte, ignorierte zwar die bisherige wissenschaftliche Diskussion und Rechtspraxis weitgehend,³² doch war es bestechend einfach. So einfach, dass es noch heute in vielen Köpfen und Lehrbüchern als scheinbar naturgegebene

²⁸ Vgl. *Werner Ogris*, Karl Freiherr von Lemayer – Leben und Wirken, in: Friedrich Lehne/Edwin Loebenstein/Bruno Schimetschek (Hrsg.), *Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit: FS zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes*, Wien/New York 1976, S. 17–37.

²⁹ Zu Leben und Werk von Hermann Reuss vgl. *Carl-Hermann Ule*, Nachruf, *VerwArch* 83/1982, S. 381–383 sowie kritisch *Peter von Feldmann*, «Angelegenheiten der Gestapo sind der Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte entzogen...»: Zu einem Nachruf auf einen deutschen Verwaltungsjuristen, *Kritische Justiz* 16/1983, S. 57–63.

³⁰ *Hermann Reuss*, Das Ermessen: Versuch einer Begriffsklärung, *DVBf* 68/1953, S. 585–589; *ders.*, Der unbestimmte Rechtsbegriff: Seine Bedeutung und seine Problematik, *DVBf* 68/1953, S. 649–655.

³¹ *Reuss*, Das Ermessen (Anm. 30), S. 586 f.

³² *Reuss* nimmt zwar in seinen Aufsätzen auf frühere Literatur Bezug, tut dies aber in stark verkürzender Art und Weise. Hierzu *Schindler* (Anm. 1), Rz. 91.

Unterscheidung verankert ist.³³ Die Umsetzung der *Reuss*schen Abgrenzungsmethode stiess in der Praxis allerdings sehr rasch auf grundlegende Schwierigkeiten. In der Theorie konnte man das Verwaltungsermessen aus dem Tatbestand einer Norm zwar verdrängen, in der Realität war dies nicht möglich. Bereits 1955 vertrat *Otto Bachof* (1914–2006)³⁴ die Ansicht, die Gerichte sollten der Verwaltung bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe einen sogenannten Beurteilungsspielraum belassen:

«Soweit es sich um Wertbegriffe handelt, ist schon die geläufige Behauptung, der Gesetzgeber habe mit der Verwendung eines derartigen Begriffs zu erkennen gegeben, dass er im konkreten Falle stets nur eine einzige ›richtige‹ Lösung für möglich erachte, in dieser Verallgemeinerung nicht haltbar. [Innerhalb eines] möglichen Beurteilungsspielraums wird man kaum von einer richtigen oder falschen Beurteilung, sondern nur von verschiedenen möglichen ›Ansichten‹ sprechen können. [...] Eine volle gerichtliche Überprüfung der ›richtigen‹ Beurteilung könnte hier nur zu dem Erfolg führen, dass das überprüfende Gericht, ja sogar jede Gerichtsstanz, ihre nicht weniger subjektiven Wertvorstellungen an die Stelle derjenigen der Behörde bzw. der Vorinstanzen setzen müsste [...]»³⁵

Otto Bachof war – im Gegensatz zu *Reuss* – in Baden-Württemberg und Bayern als Verwaltungsrichter tätig und erkannte sofort, dass die Umsetzung der *Reuss*schen These in der verwaltungsgerichtlichen Praxis unmöglich war. Die sich an der sprachlichen Struktur von Rechtsnormen orientierende Abgrenzung von Recht und Ermessen litt aber noch an einem weiteren Mangel: Ein Spielraum auf der Rechtsfolgenseite bedeutet keinen *Persilschein* zum Handeln nach freiem Belieben. Auch hier bestehen Rechtsbindungen. Wenn etwa einem Kantonsarzt mittels einer offenen Rechtsfolge (üblicherweise eine «Kann»-Formulierung) die Kompetenz eingeräumt wird, eine Schutzimpfung anzuordnen, so hat er hierbei trotz aller Freiheiten, die ihm das Gesetz lässt, das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Die zahlreichen Möglichkeiten, das sogenannte Rechtsfolgeermessen fehlerhaft auszuüben, haben in Deutschland zu einer kaum mehr überblickbaren Ermessensfehlerlehre geführt. Ermessensfehler, die sich je nach Zählweise in bis zu 14 Untergruppen zergliedern lassen.³⁶

³³ Aus der neuesten Schweizer Lehrbuchliteratur vgl. *Regina Kiener/Bernhard Rütsche/Mathias Kuhn*, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 1496; *Hans-Jakob Mosimann/Marion Völger Winsky*, Öffentliches Recht: Ein Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 14.7 f.; *Axel Tschentscher/Andreas Lienhard*, Öffentliches Recht: Ein Grundriss, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 11.

³⁴ Zu Leben und Werk von *Otto Bachof* vgl. *Hermann Weber*, *Otto Bachof*, in: *Juristen im Portrait*, Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten: FS zum 225jährigen Bestehen des Verlages C.H. Beck, München 1988, S. 109–125.

³⁵ *Otto Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 10/1955, S. 97–102, 99.

³⁶ Exemplarisch *Robert Alexy*, Ermessensfehler, JZ 41/1986, S. 701–716.

Die deutsche Ermessenslehre hat sich seit den 1950er-Jahren im Sinne einer «Nischenarchitektur»³⁷ immer weiterentwickelt. Dieses komplizierte Gebäude zu verstehen, ist nicht ganz einfach. Doch selbst wenn man glaubt, es verstanden zu haben: Liegt hierin der Schlüssel für die Rollenverteilung zwischen Verwaltung und Justiz? In der deutschen Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, die weltweit einzigartig ausdifferenzierte Dogmatik erlaube es, eine präzise Linie zwischen Justiz und Verwaltung zu ziehen. Dies im Gegensatz zu einer unsystematischen Kasuistik in anderen Ländern oder einem diffusen Konzept von «judicial self restraint».³⁸ *Horst Sendler* (1925–2006), der von 1980 bis 1991 das deutsche Bundesverwaltungsgericht präsidierte,³⁹ war skeptischer:

«[So ist] etwa bemerkt worden, das deutsche Rechtsschutzsystem sichere in relativ hohem Masse Berechenbarkeit und erlaube es, den Entscheidungsausspruch mit grösserer Zuverlässigkeit zu prognostizieren, als dies in manch anderen Rechtsordnungen der Fall sei. Ja, wenn dem so wäre! Wer mit der Praxis vertraut ist, berichtet leider von gegenteiligen Erfahrungen.»⁴⁰

Betrachtet man die Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung im Rechtsalltag, so können zwei gegenläufige Tendenzen festgestellt werden. Zum einen haben die Verwaltungsgerichte zahlreiche «Rückzugsformeln» entwickelt, die es ihnen ermöglichen, ihren gesetzlichen Kontrollauftrag im Einzelfall nicht oder sehr oberflächlich wahrzunehmen. *Georg Müller* hat in diesem Zusammenhang von einer «Subkultur der Kognitionsbeschränkungen»⁴¹ gesprochen und *Pierre Tschannen* weniger zurückhaltend von einem «Zurückhaltungs-Geschwurbel»⁴². Auf der anderen Seite besteht aber ebenso die Gefahr, dass Gerichte jede Frage an sich ziehen können, wenn sie dies nur wollen. Entscheidend ist bloss, wie extensiv das Willkürverbot oder die Verhältnismässigkeitsprüfung angewandt werden. *Sendler* hat diese doppelte Gefahr treffend mit einem Bild aus der griechischen Sagenwelt umschrieben, nämlich, dass «die Verwaltungsgerichte zwischen ihrer Scylla in Gestalt der Besserwisserei und

³⁷ *Everhardt Franssen*, (Un)bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff, in: *Walther Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach*, FS für Wolfgang Zeidler, Band I, Berlin/New York 1987, S. 429–454, 443.

³⁸ Exemplarisch das Votum von *Matthias Herdegen*, in: *Jochen Abr. Frowein* (Hrsg.), *Die Kontroll-dichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Berlin/New York 1993, S. 303.

³⁹ Zu Leben und Werk von *Horst Sendler* vgl. die Beiträge in *Marion Eckertz-Höfer/Dieter Sellner* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Sendler*, Köln 2011. Vgl. darin insbesondere den Beitrag von *Dieter Kley*, *Das Richterbild Horst Sendlers*, S. 7–18.

⁴⁰ *Horst Sendler*, Über richterliche Kontroll-dichte in Deutschland und anderswo, *NJW* 1994, S. 1518–1520, 1519.

⁴¹ *Georg Müller*, Legitimation und Kognition in der Verwaltungsrechtspflege, *ZBl* 83/1982, S. 281–297, 290.

⁴² *Pierre Tschannen*, «Gute Verwaltungsgerichtsbarkeit»: Drei Wünsche aus dem Elfenbeinturm, in: *Ruth Herzog/Reto Feller* (Hrsg.), *Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart: 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Bern 2010, S. 545–559, 553–555.

der Charybdis der allzu vornehmen Zurückhaltung durchsteuern und die schwierige Gratwanderung zwischen Kontrollauftrag und Respektierung der Verwaltung bewältigen müssen»⁴³.

IV. Rollenverteilung durch Kognitionsvorschriften

Eine Analyse der verwaltungsgerichtlichen Praxis könnte daher leicht zur Annahme verleiten, Kognitionsvorschriften seien ohnehin wertlos, da sie die Kontrolltätigkeit der Gerichte kaum beeinflussten und es letztlich den Gerichten überlassen sei, ob sie Scylla oder Charybdis ansteuerten.⁴⁴ Meiner Ansicht nach brauchen die Gerichte aber einen Kompass oder Lotsen, wenn sie nicht in die Fänge des einen oder anderen Seeungeheuers geraten sollen. In diesem Sinne sind denn auch die Kognitionsvorschriften zu verstehen: Bildlich gesprochen geben sie dem Seemann die Richtung vor, doch entbinden sie ihn nicht davon, Strömungen und Untiefen genau zu beobachten und zu umschiffen. Umschreiben lässt sich die Funktion der Kognitionsvorschriften auch mit der bekannten Metapher von *Jean-François Aubert*, welcher die volle oder umfassende Kognition mit einer Brille aus Klarglas verglich, welche ein genaues Hinsehen ermöglicht. Die eingeschränkte Kognition verglich er dagegen mit einer getönten Brille, welche es nur erlaube, grobe Konturen und Farbakzente zu erkennen.⁴⁵ Obwohl *Aubert* sein Sprachbild auf die Willkürkognition des Bundesgerichts bei der staatsrechtlichen Beschwerde bezog, lässt sich die Metapher auch auf die Kognition der Verwaltungsgerichte anwenden: Die Klarglasbrille stünde dann für eine umfassende Kognition, welche die Kontrolle der Zweckmässigkeit oder Angemessenheit einschliesst, so wie sie etwa in vielen Bereichen das Bundesverwaltungsgericht kennt.⁴⁶ Die getönte Brille wäre demgegenüber eine Brille, welche die Sicht trübt und nur die Verletzung von Rechtsnormen bzw. die rechtswidrige Ermessensausübung erkennen lässt, so wie es die Verfahrensgesetze bei den meisten kantonalen Verwaltungsgerichten und beim Bundesgericht vorsehen. Das Bild der zwei Brillen lässt sich weiterentwickeln. Denn für die Frage, ob wir etwas sehen oder nicht, ist nicht nur

⁴³ *Horst Sandler*, Die öffentliche Verwaltung zwischen Scylla und Charybdis, NJW 1986, 1084–1087, 1085.

⁴⁴ Vgl. *Thierry Tanquerel*, De l'opportunité de l'opportunité, in: *Andreas Auer/Jean-Daniel Delley/Michel Hottelier/Giorgio Malinverni* (Hrsg.), *Aux confins du droit, Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich 2001, S. 447–464.

⁴⁵ *Jean-François Aubert*, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Volume II, Neuchâtel 1967, Rz. 1717. Zur Brillenmetapher *Andreas Auer*, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel/Frankfurt a.M. 1984, S. 265; *Otto K. Kaufmann*, Die beiden Brillen des Bundesgerichts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, S. 165–182.

⁴⁶ Art. 37 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; SR 173.32) i.V.m. Art. 49 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021).

entscheidend, welche Brille wir tragen. Massgebend ist auch unsere Sehkraft, eine allfällige (Farben-)Blindheit, die Nähe zum Betrachtungsgegenstand, die Konzentration des Betrachters, das Wissen um den Betrachtungsgegenstand, die Lichtverhältnisse und vieles mehr. Dasselbe gilt für die Kognitionsvorschriften: Sie geben den Verwaltungsrichterinnen und -richtern vor, welche Brille sie verwenden sollen. Was die Gerichte dann aber im Einzelfall sehen, ist noch von anderen Faktoren abhängig, die der Gesetzgeber nicht ohne weiteres beeinflussen kann und die von Einzelfall zu Einzelfall verschieden sein können. Es ist das Zusammenspiel all dieser Faktoren, welches es nur im Einzelfall zulässt, das genaue Ausmass der richterlichen Kontrolltätigkeit zu bestimmen. Dieser täglichen und auf den Einzelfall bezogenen Arbeit bei der Abgrenzung zwischen Justiz und Verwaltung möchte ich mich nun zuwenden.

V. Rollenverteilung durch tägliche, pragmatische Abgrenzungsarbeit

Wenige können aus dem Berufsalltag eines Richters besser berichten als *André Grisel* (1911–1990). *Grisel* war nicht nur Universitätsprofessor und Verfasser eines Standardwerks zum Verwaltungsrecht, sondern vor allem und in erster Linie Richter: Er durchlief alle Stufen der Justiz (Bezirksgericht, Kantonsgericht, Bundesgericht) und präsidierte von 1977 bis 1978 das Bundesgericht.⁴⁷ Für *Grisel* war die Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung nicht das Ergebnis einer ganz bestimmten Gewaltenteilungskonzeption. Für ihn musste die Justiz mit Blick auf die Abwägung der Interessen im konkreten Einzelfall ihre Rolle gegenüber der Verwaltung vielmehr jeden Tag neu suchen. Dabei sollten sich die Richterinnen und Richter auch der Grenzen ihrer Fähigkeiten bewusst sein:

«Contrairement à l'opinion d'une partie de la doctrine, l'intervention des tribunaux administratifs ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. En réalité, l'application de ce principe dépend de la comparaison des intérêts en jeu. Or, ici, de deux choses l'une: ou bien le juge administratif confirme les décisions attaquées, et il accroît l'autorité de l'administration; ou bien il les modifie ou les annule, et les administrés se rendent compte qu'ils sont protégés efficacement contre l'administration. Ainsi, dans tous les cas, l'institution d'un tribunal administratif répond à un intérêt qui la justifie. Il faut cependant reconnaître que le juge administratif n'est guère qualifié pour statuer sur les questions de nature politique ou technique.»⁴⁸

Man kann die Vorgehensweise von *Grisel* auch als pragmatisch bezeichnen. Pragmatisch heisst nun nicht, dass der Richter oder die Richterin sich irgendwie

⁴⁷ Zu Leben und Werk von André Grisel vgl. *Jean-François Aubert*, André Grisel, in: ders./Philippe Bois (Hrsg.), *Mélanges André Grisel, Recueil de travaux offert à M. André Grisel*, Neuchâtel, 1983, S. 13–16; *Eduard Schneider*, 150 und 125 Jahre Bundesgericht, Bern 1998, S. 154; *N.N.*, Hommage à M. André Grisel, ZBl 82/1981, S. 289.

⁴⁸ *André Grisel*, *Traité de droit administratif*, Volume II, Neuchâtel 1984, S. 957.

durchwursteln oder nach Bauchgefühl agieren soll; pragmatisch bedeutet nach der hier vertretenen Meinung ein durchaus rationales Vorgehen und eine Orientierung an dem, was sich in der Praxis bewährt hat. Diese pragmatische Vorgehensweise steht damit im Gegensatz zu einer Methode, welche aus staats-theoretischen Dogmen oder vermeintlich prä-existenten Unterscheidungen die Einzelentscheidung deduktiv ableiten will.

Diese tägliche, pragmatische Abgrenzung kann dadurch erfolgen, dass sich die Richterinnen und Richter in angelsächsischer Tradition «reasoning from case to case» voranarbeiten. Sie kann darüber hinaus aber auch versuchen, bestimmten Mustern oder Typen nachzuspüren.⁴⁹ Solche Muster der richterlichen Zurückhaltung einerseits und Intervention andererseits klingen auch im Zitat von *André Grisel* an: Etwa, dass die Justiz nicht das geeignete Organ ist, um politische oder technische Fragen zu entscheiden. Ich möchte einige dieser Muster kurz erörtern, ohne dass dies eine abschliessende Darstellung wäre:⁵⁰

- So trägt die Verwaltung im Verwaltungsrecht in der Regel die Primärverantwortung für die Rechtsanwendung; die Verwaltungsgerichte tragen eine *Kontrollverantwortung*. Die Verwaltung initiiert und agiert; die Gerichte reagieren und können nur auf Beschwerde hin tätig werden. Die Verwaltung behandelt eine Vielzahl von Fällen; die Gerichte kontrollieren in der Regel den Einzelfall. Die hier genannten Aspekte hängen eng zusammen. Dass sie durchaus praktische Auswirkungen haben, zeigt sich etwa in der Rechtsprechung im Prüfungswesen einerseits, im Asylwesen andererseits. In Fällen, bei denen es schulische oder universitäre Examensleistungen zu beurteilen gibt, lässt sich nur sehr begrenzt nachkontrollieren, ob eine Note angemessen, sachlich gerechtfertigt oder willkürlich ist. Denn wenn von mehreren Kandidaten nur einer die Prüfung anfechtet, fehlt es am Vergleichsmassstab. Würde ein Gericht zu rasch intervenieren, könnte dies zu stossenden Ungleichheiten gegenüber den anderen Prüfungskandidaten führen.⁵¹ Das Gegenbeispiel ist das Asylwesen: Bei bestimmten Entscheidungskategorien im Zuständigkeitsbereich des Bundesamtes für Migration erfolgt in mehr als der Hälfte aller Fälle ein Weiterzug ans Bundesverwaltungsgericht.⁵² Das Bundesverwaltungsgericht hat damit einen vertieften Einblick in die Praxis der Vorinstanz und zahlreiche Vergleichsmöglichkeiten. Das Bedürfnis nach richterlicher Zurückhaltung ist daher wesentlich geringer.⁵³

⁴⁹ Eingehend zur Typenbildung im Recht *Philippe Mastronardi*, Juristisches Denken: Eine Einführung, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2003, Rz. 793–817, 901–912.

⁵⁰ Weiterführend insb. *Eberhard Schmidt-Assmann*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34/1976, S. 222–268.

⁵¹ Exemplarisch BVGE 2010/10, E. 4.1.

⁵² Bei ablehnenden Asylentscheiden mit Wegweisung betrug die Anfechtungsquote in den Jahren 2008–2010 67%. Vgl. EJPd, Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom März 2011, S. 17.

⁵³ Eingehend zur vertieften Prüfung des Bundesverwaltungsgerichts im Asylbereich BVGE 2010/54 E. 7. Bedauerlich ist daher die Entscheidung der Bundesversammlung, die Kognition

- Die Verwaltung sucht den Ausgleich unter zahlreichen Beteiligten; die *Gerichte beurteilen in der Regel die Argumente eines Einzelnen*. Diese Konstellation tritt typischerweise dann ein, wenn ein Planungsentscheid – sei es in der Raumplanung oder Spitalplanung – angefochten wird. Im Verwaltungsprozess besteht die Gefahr, dass die Argumente eines einzelnen Beschwerdeführers, etwa eines Eigentümers oder Leistungserbringers, in den Vordergrund rücken. Werden diese zu stark gewichtet, besteht die Gefahr, dass ein insgesamt ausgewogener Planungsentscheid in Schieflage gerät. Entsprechende Entscheide sollten daher nur mit Zurückhaltung korrigiert werden.⁵⁴
- Die Verwaltung besitzt technisches Know-How; die Gerichte besitzen in der Regel *juristische Fachkompetenz*. Dieser Umstand setzt der gerichtlichen Nachkontrolle in zahlreichen Bereichen Grenzen und findet in der Rechtsprechung deutlichen Niederschlag.⁵⁵ Hier wird der Aspekt der Organeignung, den das deutsche Bundesverfassungsgericht hervorhob,⁵⁶ besonders deutlich: Die Justiz ist nicht gleichermassen geeignet, technische Fragen zu beurteilen, wie die fachkundige Verwaltung. Sie muss der Vorinstanz ein «technisches Ermessen»⁵⁷, ein Sachverständigenermessen oder einen Beurteilungsspielraum belassen.
- Die Verwaltung trägt politische Verantwortung; die Gerichte sind *unabhängig und nur dem Recht verpflichtet*. Von Relevanz ist dieser Aspekt vor allem dort, wo bei einer Entscheidung legitimerweise politische Argumente zu berücksichtigen sind.⁵⁸ Nicht zu verwechseln sind solche Fälle mit den Entscheidungen, in denen rechtliche Argumente im Vordergrund stehen, der Entscheid von seinen Auswirkungen her aber eine politische Dimension hat. Die Gerichte kommen in solchen Fällen um eine juristische Beurteilung nicht herum.

des Bundesverwaltungsgerichts ausgerechnet im Asylrecht einzuschränken: Hierzu *Benjamin Schindler*, Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespolitischer Launen, ZBl 113/2012, S. 565 f.

⁵⁴ Entscheide im Bereich der Spitalplanung sind daher vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Rechtswidrigkeit – und nicht auf Unangemessenheit – zu prüfen: Art. 53 Abs. 2 Bst. e Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10). Vgl. auch BVGE 2009/48 E. 12.7.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2112/2009 vom 31. Juli 2012, E. 4.3.4. Im Bereich der Raumplanung wird diesem Aspekt durch eine abgeschwächte Wirkung des Rechtsgleichheitsgebots Rechnung getragen (vgl. *Walter Haller/Peter Karlen/Daniela Thurnherr*, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Aufl., Zürich 1999, Rz. 121–128).

⁵⁵ Vgl. mit Praxisnachweisen für das Bundesverwaltungsgericht: *Benjamin Schindler*, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 49, N 9.

⁵⁶ Vgl. Hinweis bei Anm. 20.

⁵⁷ BGE 135 II 384 E. 2.2.2 S. 390.

⁵⁸ Vgl. etwa BGE 129 II 193 E. 5.1 S. 208 (vom Bundesrat verhängtes Einreiseverbot zur Wahrung der Landesinteressen: zurückhaltende Verhältnismässigkeitsprüfung des Bundesgerichts bei Entscheiden mit aussen- und sicherheitspolitischen Implikationen). Vgl. auch *Martin Kayser*, Verwaltungsgerichte und Politik, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen: Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 443–473, 452–454; *René Rhinow*, Politische Funktionen des Rechts, ZSR 127/2008 I, S. 181–206, 201.

- *Nicht jeder Fall ist gleich!* Das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführenden kann erheblich variieren und die Intensität der gerichtlichen Nachkontrolle beeinflussen. Das Bundesgericht anerkennt in konstanter Rechtsprechung, dass seine Kognition variiert, je nachdem, wie stark in ein Grundrecht eingegriffen wird.⁵⁹ Dieser Grundsatz lässt sich auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen. Dass das Bundesverwaltungsgericht ausgerechnet im Asylwesen besonders genau hinschaut, wo es oft um Fragen der menschlichen Existenz geht, dürfte auch unter diesem Aspekt kein Zufall sein. Wenn es hingegen darum geht, ob sich nur Holzfensterläden oder auch solche aus Metall mit den Gestaltungsvorschriften vereinbaren lassen, ist eine Zurückhaltung der Gerichte gegenüber dem Ermessensspielraum der zuständigen Baubehörde durchaus nachvollziehbar.⁶⁰
- Aber nicht nur jeder Fall ist anders, *auch die Verwaltungsgerichte sind nicht alle gleich!* Es ist ein Unterschied, ob die Kontrollverantwortung bei einem erstinstanzlichen Verwaltungsgericht mit Fachrichterinnen und Fachrichtern liegt, welches unter Umständen über grosses Wissen und lange Erfahrung verfügt: etwa das Baurekursgericht im Kanton Zürich oder die Verwaltungsrekurskommission im Kanton St. Gallen. Sie werden wohl genauer hinsehen als ein Verwaltungsgericht mit allgemeiner Zuständigkeit, welches als zweite oder dritte Rechtsmittelinstanz entscheidet.⁶¹

VI. Schluss

Die Findung der richterlichen Rolle gegenüber der Verwaltung ist tägliche Kleinarbeit: Ein einfaches Patentrezept, das hierbei zur Anwendung gelangen könnte, gibt es nicht. Das hat sich seit den Zeiten von *Karl von Lemayer* nicht geändert! Pragmatische Abgrenzungsarbeit heisst nicht Sich-Durchwursteln oder Urteilen nach Bauchgefühl, sondern Abstützen auf das, was sich in der Praxis bewährt hat. Ziel muss das Entwickeln einer konsistenten, nachvollziehbar begründeten und transparenten Rechtsprechung sein. Wenn ich dieses Ziel hier formuliere, heisst das nicht, dass dies nicht schon in vielen Bereichen bereits heute der Fall wäre. Ich habe das Examenswesen und das Asylwesen als Beispiele genannt. In beiden Fällen besteht eine konsistente, nachvollziehbare und transparente Rechtsprechung, welche im einen Fall auf eine sehr zurück-

⁵⁹ BGE 131 I 272 E. 3.1 S. 274.

⁶⁰ Vgl. Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2010.00628 vom 12. Januar 2011. Eine Prüfung, ob die Verwaltung ihr Ermessen verfassungskonform (insb. rechtsgleich) ausübt, ist freilich auch in solchen Konstellationen denkbar: vgl. das Urteil des Bundesgerichts 1C_398/2011 vom 7. März 2012, in diesem Heft S. 379 ff. E. 3.6 ff.

⁶¹ Unter Umständen ist es sogar gerechtfertigt, bei der Prüfungstätigkeit zwischen verschiedenen Abteilungen desselben Gerichts zu differenzieren: BVGE 2010/54 E. 7.4.2 (vertiefte Kenntnisse der Abteilungen IV und V des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich Asyl).

haltende, im anderen Fall auf eine sehr intensive gerichtliche Kontrolle hindeutet.⁶² Die Richterinnen und Richter sollten sich dieses Ziel aber immer wieder vor Augen halten und sich auch dort um eine kohärente Praxis bemühen, wo dies heute noch nicht der Fall ist.

Die Hauptverantwortung für die Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung liegt bei der Verwaltungsjustiz, denn sie hat immer «das letzte Wort». Dieses Tragen von Verantwortung kann man als Last empfinden. Das Wahrnehmen von Verantwortung kann aber auch lustvoll sein, denn es ermöglicht eine aktive Mitgestaltung in unserem Staatswesen.

⁶² Zur differenzierten Kontrolldichte des Bundesverwaltungsgerichts vgl. *Benjamin Schindler*, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 49, N 9–17 (mit Praxisnachweisen).