Benjamin Schindler
Dr. iur., Professor an der Universität St. Gallen

Verwaltungsermessen

Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz

DIKE Nomos

ISBN 978-3-03751-266-1 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)
ISBN 978-3-8329-6029-2 (Nomos Verlag, Baden-Baden)

Bibliografische Information der ‹Deutschen Bibliothek›.
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über ‹http://dnb.ddb.de› abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2010

Vorwort

Mein Dank gilt zunächst denjenigen, die mich auf meinem akademischen Werdegang begleitet und gefördert haben. Allen voran meinem Doktorvater Georg Müller, der mein Interesse für das Verwaltungsrecht weckte und mich ermutigte, diese Schrift zu verfassen. Alfred Kölz (1944–2003), der mir aufzeigte, welche Bedeutung die Vergangenheit für das Verständnis der Gegenwart hat. Heinrich Koller, der mir Gelegenheit gab, Erfahrungen in der Bundesverwaltung zu sammeln und mich auch sonst in vielfacher Hinsicht unterstützte. Und nicht zuletzt Eberhard Schmidt-Aßmann, der mir in einer fachlich wie menschlich bereichernden Zeit am Heidelberger Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht deutlich machte, dass sich die Wissenschaft nicht darauf beschränken darf, den raschen Wandel des Verwaltungsrechts beschreibend zu kommentieren, sondern vielmehr die tradierte Dogmatik immer wieder kritisch hinterfragen und zeitgemäßen Ordnungsmustern nachspüren muss.

Gedankt sei zudem all jenen, die mich mit kritischer Lektüre von Textentwürfen oder im anregenden Dialog bei der Abfassung dieser Arbeit unterstützten. Es sind dies Martin Bertschi, Michel Besson, Giovanni Biaggini, Reto Feller, Mark Freedland, Martin Kayser, Regina Kiener, Markus Müller, Masahiko Ohta, José María Rodriguez de Santiago, Anita Samyn, Stephan G. Schmid, Bettina Schöndorf Haubold, Karl Stoeger, Stefan Vogel und Beatrice Weber-Dürler.

Die vorliegende Arbeit wurde als Habilitationsschrift an der Universität Zürich eingereicht. Ich danke den Gutachtern Alain Griffel und Tobias Jaag für ihre wertvollen kritischen Hinweise. Ein besonderer Dank gebührt schließlich dem Schweizerischen Nationalfonds, der die Arbeit durch ein Stipendium finanziell ermöglichte. Und nicht zuletzt gilt mein Dank Bénon Eugster und Werner Stocker, die meine Publikationen seit Jahren kompetent verlegerisch betreuen.

Mein größter Dank aber gilt meiner Familie. Meiner Frau, die mich immer wieder motiviert und von familiären Verpflichtungen entlastet hat. Und Seraphine, Josette und Fridolin, die mich mit ihrem Lachen stets aufs Neue daran erinnern, dass es Wichtigeres gibt als die Wissenschaft. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

St. Gallen, im Juni 2010
Benjamin Schindler

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung 1
I. Zur Methode 1
II. Zum Forschungsgegenstand 4
III. Zum Aufbau 5

Rückblick:
Ermessenslehren im Wandel der Zeit 9

§ 2 Ermessensdogmatik in Österreich und Deutschland 11
I. Österreichische Wurzeln 11
II. Überfeinerung und Erstarrung in Deutschland 26
III. Außenseiterposition des Rechtspositivismus 74
IV. Zwischenfazit und Überleitung 84

§ 3 Bruchstückhafter Transfer in die Schweiz 87
I. Transfer in der Rechtslehre 87
II. Niederschlag in der Rechtsetzung 124
III. Niederschlag in der Rechtsprechung 161
IV. Zwischenfazit und Überleitung 185

Standortbestimmung:
Kritik und Notwendigkeit einer Neuorientierung 187

§ 4 Kritik an der herrschenden Dogmatik 189
I. Überdogmatisierung durch die Fokussierung auf Normstrukturen 189
II. Überdogmatisierung durch eine für die Schweiz verzichtbare Ermessensfehlerlehre 207
III. Fehlende Ausdifferenzierung durch kategoriale Alternativen statt gradueller Zuordnungen 209
IV. Fehlende Ausdifferenzierung durch Überbetonung der gerichtlichen Kontrollperspektive 214
V. Rechtstransfer als missglückter *legal transplant*? 220
VI. Zwischenfazit und Überleitung 224

§ 5 Notwendigkeit einer Ermessenskonzeption im Verwaltungsrecht 227
I. Verzicht auf den Ermessensbegriff als Radikallösung? 227
II. Ermessen als soziales Phänomen 228
III. Verankerung im positiven Recht 237
IV. Zwischenfazit und Überleitung 238

Ausblick:
Ein möglicher Beitrag zur Neuorientierung 239

Vorbemerkung 241

§ 6 **Verfassungsrechtlicher Rahmen** 243
I. Demokratie 243
II. Föderalismus 272
III. Gewaltenteilung 276
IV. Gesetzmäßigkeit 295
V. Verhältnismäßigkeit 298
VI. Grundrechte 305
VII. Zwischenfazit und Überleitung 312

§ 7 **Verwaltungsermessen: Eine Typologie** 315
I. Vorbemerkungen 315
II. Einzelfallermessen 321
III. Anpassungsermessen 330
IV. Sachverständigenermessen 341
V. Politisches Ermessen 363
VI. Managementermessen 388
VII. Zwischenfazit 404

Zusammenfassende Kernthesen 407

Résumé (en français) 412

Inhaltsverzeichnis

Literatur XV

Abkürzungen und Materialien LXXIII

§ 1 **Einleitung** 1
I. Zur Methode 1
II. Zum Forschungsgegenstand 4
III. Zum Aufbau 5

Rückblick:
Ermessenslehren im Wandel der Zeit 9

§ 2 **Ermessensdogmatik in Österreich und Deutschland** 11
I. Österreichische Wurzeln 11
1. Errichtung des k. k. Verwaltungsgerichtshofs (1875) 11
2. Ermessen als Nichtnachvollziehbarkeit durch Dritte (*Bernatzik* 1886) 14
3. Ermessen als freie Wahl von Rechtsfolgen (*Tezner* 1888/1924) 16
4. Ermessen als eigenverantwortliches *arbitrium* der Verwaltung (*Lemayer* 1895) 18
5. Ermessen als freie Zweckwahl (*Laun* 1910) 20
6. Würdigung im historischen Kontext 23
II. Überfeinerung und Erstarrung im Deutschland des 20. Jahrhunderts 26
1. Grundzüge der Entwicklung 26
2. Ermessen als bewegliches Gestaltungselement des Gesetzgebers (*Fleiner* 1911/28) 30
3. Ermessen als vom Gesetz gewollte Mehrdeutigkeit (*Walter Jellinek* 1913/28) 33
4. Ermessen als Ungewissheit über den Gesetzesinhalt (*Scheuner* 1928) 36
5. Ermessen als überflüssiges Relikt des liberalen Rechtsstaats (*Maunz* 1937) 39
6. Vollständige Verdrängung des Ermessens aus dem Tatbestand (*Reuß* 1953) 41
7. Beurteilungsspielräume (*Bachof* 1955), Vertretbarkeitslehre (*Ule* 1955) und Begriffshöfe (*Jesch* 1957) 43
8. Konsolidierung unter dem Grundgesetz 48
9. Würdigung im historischen Kontext 55
III. Außenseiterposition des Rechtspositivismus: *Kelsen* (1911) und *Merkl* (1927) 74
1. Ermessen als autonome Determinante der Rechtskonkretisierung 74
2. Würdigung im historischen Kontext 78
IV. Zwischenfazit und Überleitung 84

§ 3 Bruchstückhafter Transfer in die Schweiz ... 87
I. Transfer in der Rechtslehre ... 87
1. Zum Wissenschaftstransfer im Verwaltungsrecht ... 87
2. Vom Wissenschaftstransfer geprägte Literatur ... 95
3. Funktionaler Ansatz: *Imboden* (1966) und *Rhinow* (1979) ... 108
4. Zwei Außenseiterpositionen: *Burckhardt* (1931/39) und *Giacometti* (1960) ... 116
II. Niederschlag in der Rechtsetzung ... 124
1. Gründe für den späten Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit ... 124
2. Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ... 147
III. Niederschlag in der Rechtsprechung ... 161
1. Verfassungsmäßige Rechte als traditioneller bundesgerichtlicher Kontrollmaßstab ... 162
2. Kein Bekenntnis zu einer bestimmten Ermessenslehre ... 167
3. Bereichsspezifisch differenzierte Prüfungsdichte ... 178
4. Beschränkte Bedeutung von Kognitionsvorschriften ... 179
5. Föderalismus als überlagernde Problematik ... 182
IV. Zwischenfazit und Überleitung ... 185

Standortbestimmung:
Kritik und Notwendigkeit einer Neuorientierung ... 187

§ 4 Kritik an der herrschenden Dogmatik ... 189
I. Überdogmatisierung durch die Fokussierung auf Normstrukturen ... 189
1. Normstrukturen aus Sicht der Rechtsetzung ... 189
2. Normstrukturen aus Sicht der Rechtsanwendung ... 195
3. Ein erster Seitenblick aus rechtsvergleichender Perspektive ... 199
4. Ein zweiter Seitenblick aus zivilrechtlicher Perspektive ... 203
II. Überdogmatisierung durch eine für die Schweiz verzichtbare Ermessensfehlerlehre ... 207
III. Fehlende Ausdifferenzierung durch kategoriale Alternativen statt gradueller Zuordnungen ... 209
1. Ewige Suche nach einer scharfen Trennlinie ... 209
2. Fragwürdiges Ideal der einzig richtigen Lösung ... 210
3. Von der schwarzweißen Binärcodierung zur farbigen Typologie ... 212
IV. Fehlende Ausdifferenzierung durch Überbetonung der gerichtlichen Kontrollperspektive ... 214
1. Justizzentriertheit ... 215
2. Ausblenden der Steuerungs- und Handlungsperspektive ... 217
V. Rechtstransfer als missglückter *legal transplant*? ... 220
VI. Zwischenfazit und Überleitung ... 224

§ 5 Notwendigkeit einer Ermessenskonzeption im Verwaltungsrecht ... 227
I. Verzicht auf den Ermessensbegriff als Radikallösung? ... 227
II. Ermessen als soziales Phänomen ... 228
1. Aus Sicht der Verwaltungssteuerung ... 230
2. Aus Sicht des Verwaltungshandelns ... 232
3. Aus Sicht der Verwaltungskontrolle ... 233
4. Gefahren verzerrter Wahrnehmung ... 234
III. Verankerung im positiven Recht ... 237
IV. Zwischenfazit und Überleitung ... 238

Ausblick:
Ein möglicher Beitrag zur Neuorientierung ... 239

Vorbemerkung ... 241

§ 6 Verfassungsrechtlicher Rahmen ... 243
I. Demokratie ... 243
1. Zur Gefahr von Verkürzungen durch ein Legitimationsmonopol des Gesetzes ... 245
2. Vielfalt demokratischer Legitimationsquellen als Ausgangspunkt ... 248
3. Bedeutung und Grenzen der Legitimation durch gesetzliche Steuerung ... 250
4. Legitimation durch Betroffenenpartizipation ... 257
5. Personale Legitimation ... 262
6. Legitimation durch Repräsentativität ... 265
7. Weitere Elemente demokratischer Legitimation ... 270
II. Föderalismus ... 272
1. Delegierter Vollzug von Bundesrecht als Grundtypus ... 273
2. Das Bundesgericht zwischen Wahrung der Rechtseinheit und Anerkennung eines «Subsidiaritätsermessens» ... 274
III. Gewaltenteilung ... 276
1. Korsett der «klassischen» Gewaltenteilungslehre ... 277
2. Machtgliederung zur Machtbegrenzung ... 284
3. Machtgliederung zur Machteffektuierung ... 289
IV. Gesetzmäßigkeit ... 295
V. Verhältnismäßigkeit ... 298
VI. Grundrechte ... 305
1. Allgemeine Bedeutung der Grundrechte für das Verwaltungsermessen ... 305
2. Rechtsweggarantie (Art. 29*a* BV) ... 307
VII. Zwischenfazit und Überleitung ... 312

§ 7 Verwaltungsermessen: Eine Typologie ... 315
I. Vorbemerkungen ... 315
1. Warum eine *Typologie* ... 315

2. Warum eine Typologie nach dem *Ermessenszweck* 316
3. Denken in verschiedenen Ebenen 318
4. Verzicht auf überflüssige Begriffskategorien 318

II. Einzelfallermessen 321
1. Steuerungsebene 321
2. Handlungsebene 322
3. Kontrollebene 327

III. Anpassungsermessen 330
1. Steuerungsebene 330
2. Handlungsebene 333
3. Kontrollebene 337

IV. Sachverständigenermessen 341
1. Steuerungsebene 341
2. Handlungsebene 343
3. Kontrollebene 350

V. Politisches Ermessen 363
1. Vorbemerkung: Zur Verwaltungstätigkeit als politischer Gestaltungsaufgabe 363
2. Steuerungsebene 368
3. Handlungsebene 370
4. Kontrollebene 377

VI. Managementermessen 388
1. Vorbemerkung: Zur Verwaltungstätigkeit als Managementaufgabe 388
2. Steuerungsebene 394
3. Handlungsebene 397
4. Kontrollebene 399

VII. Zwischenfazit 404

Zusammenfassende Kernthesen 407
These 1: Zurück zu einem einheitlichen Ermessensbegriff 407
These 2: Hin zu einer differenzierenden Typologie 408
These 3: Weg von überflüssigen Ermessensfehlern 409

Résumé 412
Thèse 1: Retour à une notion univoque de la liberté d'appréciation 412
Thèse 2: Vers une typologie différenciée 413
Thèse 3: Dépasser la doctrine des vices de l'exercice du discrétionnaire 414

Tabellarische Übersicht der Ermessenstypen 417

Sach-, Personen- und Ortsregister 419

Literatur

(Zitierweise *kursiv*)

ACHTERBERG NORBERT, Die Reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Wien 1978, S. 7–54

ACKERMAN BRUCE, The New Separation of Powers, in: Harvard Law Review 113 (2000), S. 633–729

ADAMOVICH LUDWIG K./FUNK BERND-CHRISTIAN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Wien/New York 1987

ALEXY ROBERT, *Ermessensfehler*, in: JZ 41 (1986), S. 701–716

— Theorie der juristischen *Argumentation*: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1991

ALLISON JOHN W. F., A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law, Oxford 2004

AMSTUTZ MARC, Der Text des Gesetzes: Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB, in: ZSR NF 126 (2007) II, S. 237–286

AMSTUTZ MARC/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Recht und Wittgenstein III: Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der Methodenlehre, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: FS für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 9–36

ANDERSEN POUL, Dansk Forwaltningsret: Almindelige Emner, Kjøbenhavn 1936

ANDERSON JILL, Merits Review in the States and Territories: Developments and Dilemmas, in: McMillan John, The AAT – Twenty Years Forward, Canberra 1998, S. 262–295

ANTONIOLLI WALTER/KOJA FRIEDRICH, Allgemeines Verwaltungsrecht: Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 3. Aufl. Wien 1996

ARNOLD KARL, Verwaltungs- und Regierungstätigkeit durch eidgenössische Kommissionen, Diss. Freiburg i. Ü. 1969

ASCHMANN DAVID, Die Funktion des Bundesverwaltungsgerichts im Immaterialgüterrecht, in: sic ! 2007, S. 94–102

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité* de droit constitutionnel suisse, 2 Bde., Paris/Neuchâtel 1967; *Supplément* 1967–1982, Neuchâtel 1982

— *Bundesstaatsrecht* der Schweiz, Fassung von 1967 und neubearbeiteter *Nachtrag* bis 1990/1994, Bd. I, Basel/Frankfurt a.M. 1991; Bd. II, Basel/Frankfurt a.M. 1995

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ A./SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (zitiert: *Kommentar BV 1874*)