



Universität St.Gallen

Prof. Benjamin Schindler

Verwaltungsermessen – ein österreichischer Begriff im schweizerischen Verwaltungsrecht

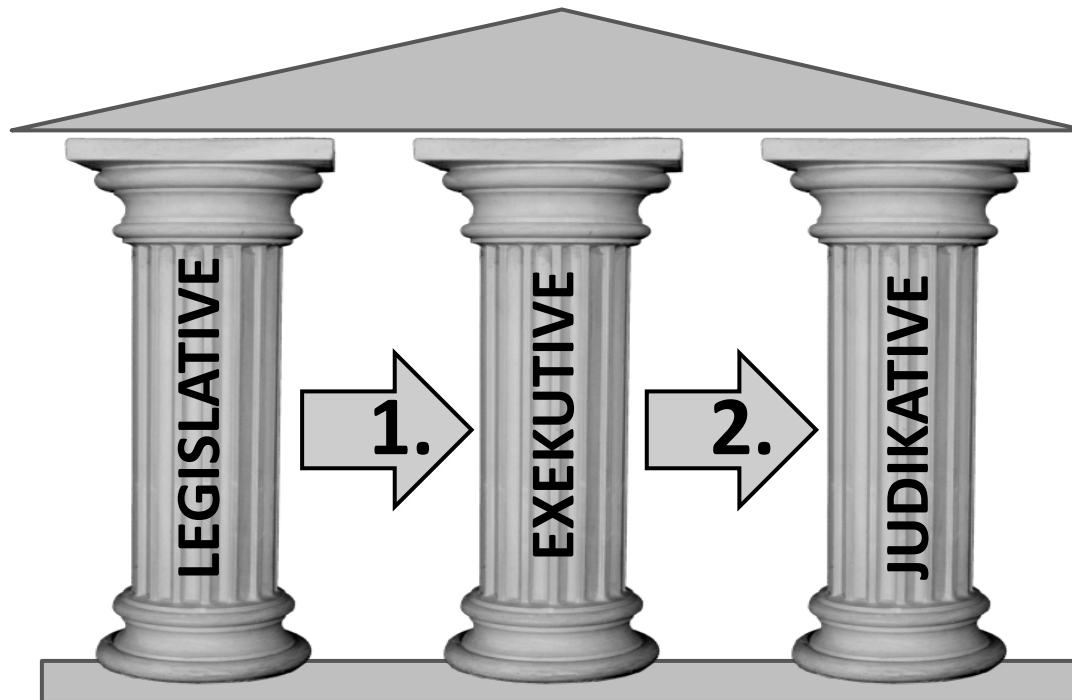
Referat für die Vorarlberger Juristische Gesellschaft vom 7. November 2013



Verwaltungsermessen (Übersicht)

1. Zur Ermessensproblematik
2. Über die österreichischen Ursprünge der Ermessensdiskussion
3. Einfluss auf die schweizerische Gesetzgebung
4. Einfluss auf die schweizerische Lehre und Rechtsprechung
5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?

1. Zur Ermessensproblematik



**Ermessen im
Verwaltungsrecht**



Rechtsetzung



Rechtsanwendung



Rechtsprechung

2. Über die österreichischen Ursprünge der Ermessensdiskussion

§. 2.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in allen Fällen zu erkennen, in denen Jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Zuständigkeit.

Die Verwaltungsbehörden, gegen deren Entscheidungen oder Verfügungen bei dem Verwaltungsgerichtshof Beschwerde erhoben werden kann, sind sowohl die Organe der Staatsverwaltung, als die Organe der Landes-, Bezirks- und Gemeindeverwaltung.

§. 3.

Von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes sind ausgeschlossen :

- e) Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind;

Gesetz vom 22. October 1875 betr. die Errichtung eines
Verwaltungsgerichtshofes (Reichsgesetzblatt 36/1876)

2. Über die österreichischen Ursprünge der Ermessensdiskussion



KARL FREIHERR VON LEMAYER (1841-1906),
«Vater» der österreichischen
Verwaltungsgerichtsbarkeit,
Hofrat, Senatspräsident und Zweiter
Präsident des Österreichischen
Verwaltungsgerichtshofs

2. Rollenverteilung durch Kognitionsvorschriften

«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.»

KARL FREIHERR VON LEMAYER, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht (Verwaltungsgerichtsbarkeit) im Zusammenhange der Wandlung der Staatsaufgaben betrachtet, Grünhuts Zeitschrift 29/1902, S. 211

3. Einfluss auf die schweizerische Gesetzgebung

Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung – Systeme im Überblick

Administrativjustiz

Rechtsschutz durch
Verwaltung selber



Frankreich

Verwaltungsgericht

Rechtsschutz durch
besondere Gerichte



Baden, 1863



Preußen, 1875



Österreich, 1876

Justizstaat

Rechtsschutz durch
ordentliche Gerichte



Großbritannien



traditionell



seit ca. 1830



seit 1903; v.a. seit 1959

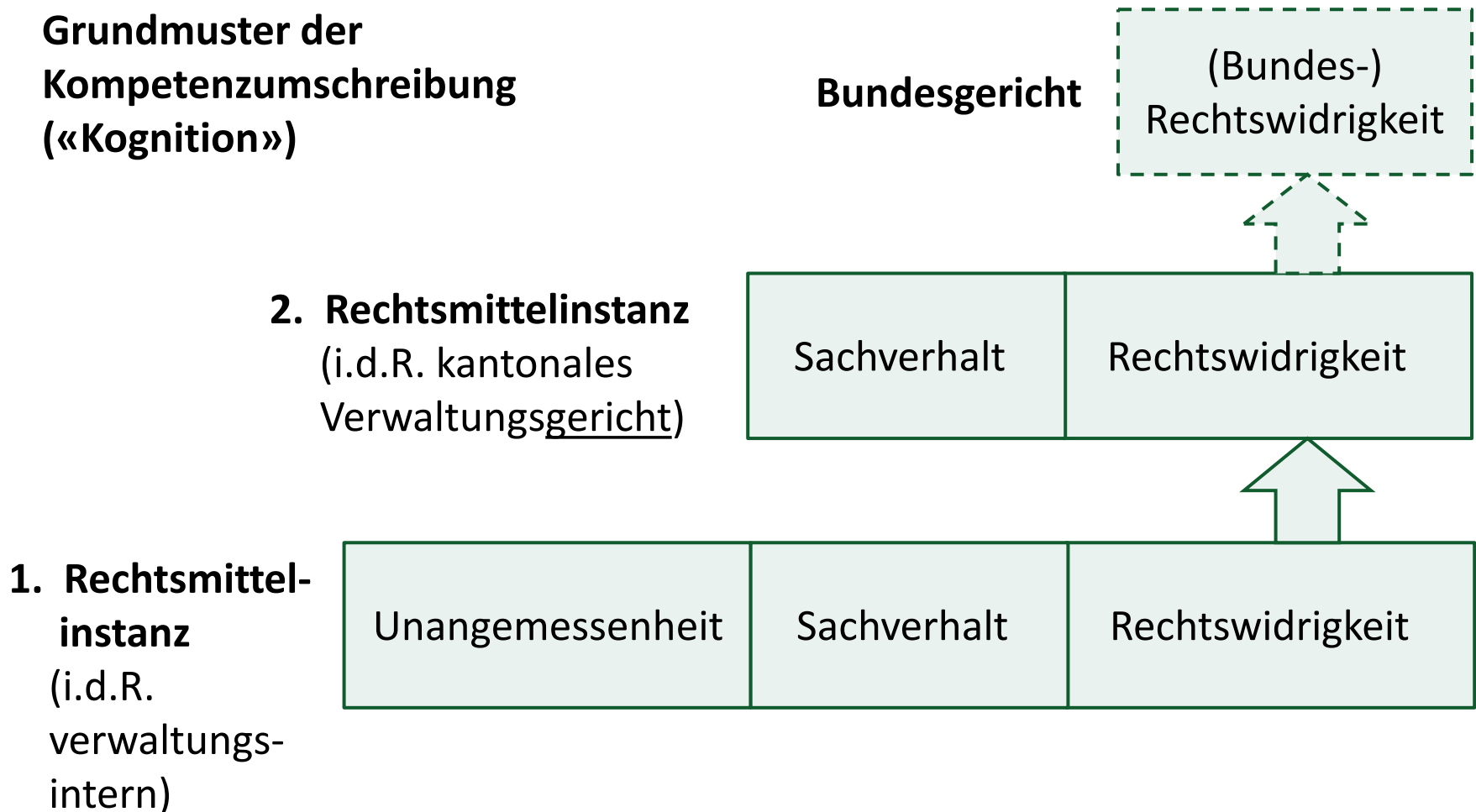
3. Einfluss auf die schweizerische Gesetzgebung

Kompetenzumschreibung («Kognition») der Verwaltungsgerichte in der Schweiz

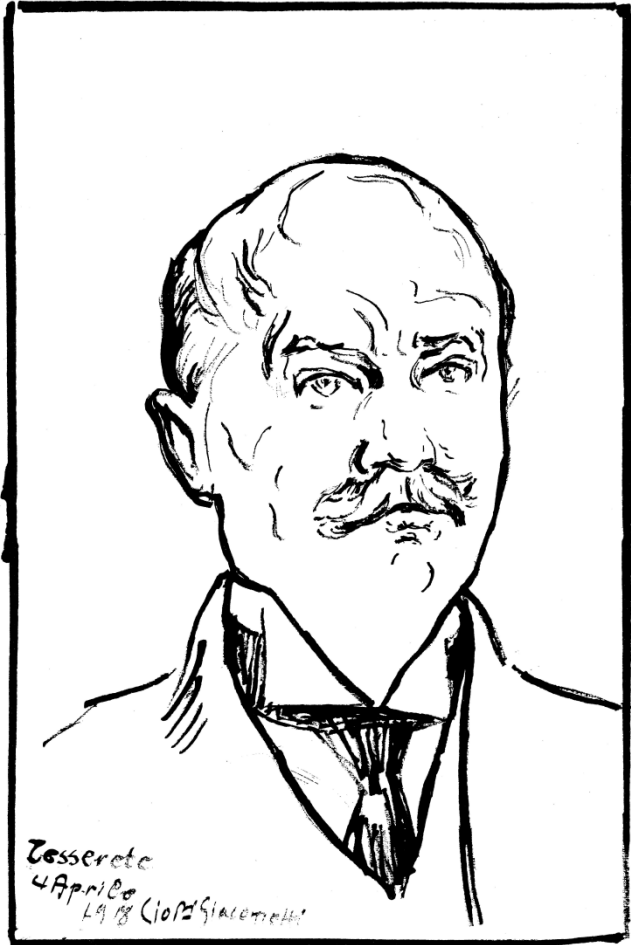
- **bis Ende 20. Jahrhundert:** Dominanz der Enumerationskataloge
 - preussisches Modell (Preussisches Oberverwaltungsgericht 1875)
 - ⇒ Kompetenzausscheidung nach einzelnen Sachgebieten
- **heute:** Dominanz der Generalklausel
 - österreichisches Modell (k.k. Verwaltungsgerichtshof 1876)
 - erstmals in der Schweiz in Basel-Stadt (1928)
 - setzt sich vollständig durch mit Rechtsweggarantie (2007)
 - ⇒ Kompetenzausscheidung nach Rechts- und Ermessensfragen

3. Einfluss auf die schweizerische Gesetzgebung

Grundmuster der Kompetenzumschreibung («Kognition»)



4. Einfluss auf die schweizerische Lehre und Rechtsprechung



FRITZ FLEINER (1867-1937), nach
Habilitation in Zürich seit 1897 Professor
in Basel, seit 1906 in Tübingen, seit 1908
in Heidelberg und seit 1915 in Zürich,
1932-1934 Rektor der Universität Zürich

4. Einfluss auf die schweizerische Lehre und Rechtsprechung

«Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bricht an dem Punkte ab, an dem das *freie Ermessen* der Verwaltungsbehörden beginnt. [...] Denn das Verwaltungsgericht ist seinem historischen Ursprung und seiner ganzen Anlage nach nicht Oberverwaltungsbehörde, sondern Rechtsschutzorgan. [...] Unüberprüfbar für das Verwaltungsgericht ist demgemäß die Verfügung einer Verwaltungsbehörde insoweit, als für sie Einsichten, Erfahrungen und Verantwortlichkeiten wirksam werden, die das Gesetz innerhalb des freigelassenen Rahmens bei den *Verwaltungsbehörden* voraussetzt und deren Betätigung es deshalb *diesen* und keinen anderen Instanzen zugewiesen hat.»

FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8.A. Tübingen 1928, S. 257-259

4. Einfluss auf die schweizerische Lehre und Rechtsprechung

HERMANN REUSS, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, 1953

(unbestimmter) Rechtsbegriff

= *(offener) Tatbestand*
(«Bei Gefährdung der Volksgesundheit...»)

- ➔ Rechtsbegriffe (auch unbestimmte!) sind auszulegen.
- ➔ Das ist ein (kognitiver) Erkenntnisakt, der zur einen richtigen Lösung führt.
- ➔ Volle gerichtliche Überprüfung.

Ausnahme: keine gerichtliche Kontrolle bei administrativem Beurteilungsspielraum.

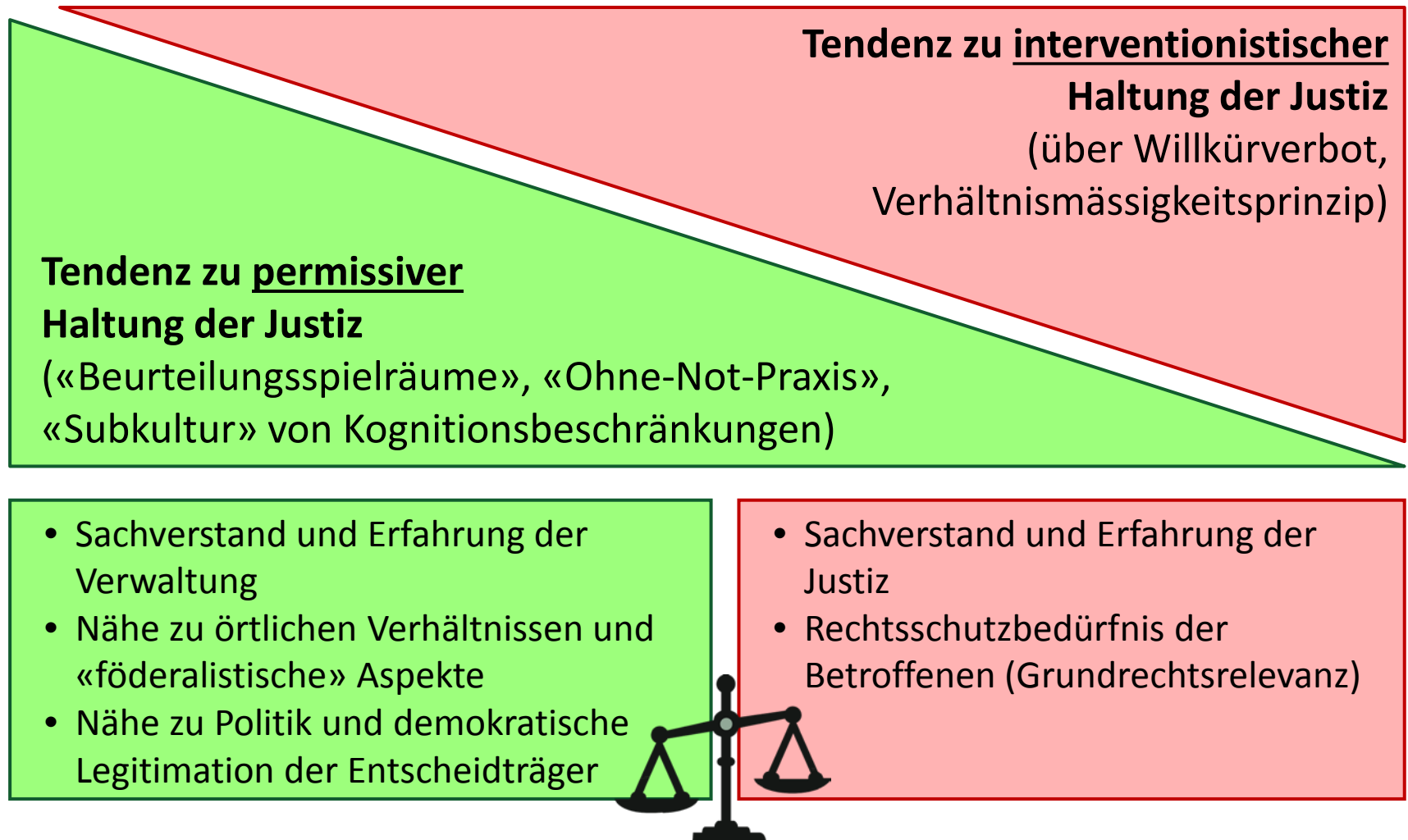
Ermessen

= *offene Rechtsfolge*
(«... kann der Kantonsarzt Schutzimpfungen anordnen.»)

- ➔ Ermessensausübung ist nicht Auslegung.
- ➔ Ermessensausübung ist ein (volitiver) Willensakt, bei dem es mehrere Lösungen gibt.
- ➔ Keine gerichtliche Kontrolle.

Ausnahme: gerichtliche Kontrolle bei Ermessensfehlern, Willkür, Unverhältnismässigkeit etc.

4. Einfluss auf die schweizerische Lehre und Rechtsprechung



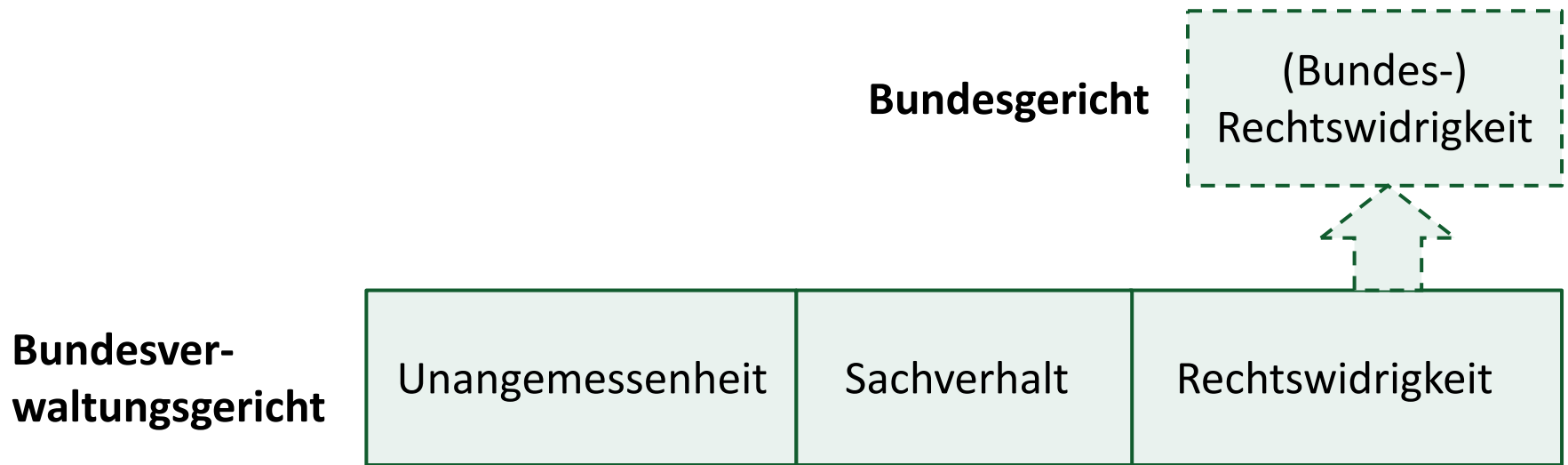
5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?

Zur Rolle des Bundesverwaltungsgerichts

- es ersetzte 2007 die 36 Rekurskommissionen und Beschwerdedienste des Bundes;
- es hat seinen Sitz seit 2012 in St. Gallen;
- es überprüft Einzelentscheidungen («Verfügungen») der Bundesverwaltung;
- es überprüft i.d.R. nicht Entscheidungen kantonaler und kommunaler Verwaltungen;
- es ist in vielen Fällen erste und einzige Rechtsmittelinstanz, teilweise ist aber der Weiterzug ans Bundesgericht (mit Sitz in Lausanne) möglich;
- es entscheidet i.d.R. reformatorisch, d.h. fällt einen neuen Entscheid in der Sache selber;
- es beurteilt ca. 7000 Fälle/Jahr, wovon über 50% aus dem Bereich Asyl;
- es beschäftigt 75 Richterinnen und Richter sowie ca. 200 Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber.



5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?



Das Bundesverwaltungsgericht urteilt in vielen Fällen als **erste und einzige** Rechtsmittelinstanz und verfügt deshalb über «umfassende» Kognition (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG).

5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?

«Eine wichtige Folge davon ist, dass das Bundesverwaltungsgericht über *volle Kognition* verfügt, also neben der Rechts- und Sachverhaltskontrolle grundsätzlich auch die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung überprüfen kann. Die Angemessenheit einer Verfügung sollte wenigstens einmal überprüft werden können. Sonst wird der Rechtsschutz verkürzt. Dieses Anliegen überwiegt dogmatische Bedenken, wonach Gerichte von ihrer Funktion her darauf beschränkt sein sollten, die *rechtlichen* Grenzen der Ermessensausübung zu kontrollieren (Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung, Ermessensmissbrauch).»

(Auszug aus der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, S. 4256)

5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?

Bereichsspezifisch differenzierte Prüfungsdichte

des Bundesverwaltungsgerichts

- intensive Prüfung im Bereich des Asylrechts (vgl. BVGE 2008/12; BVGE 2011/51)
- zurückhaltende Prüfung im Bereich des Wettbewerbsrechts (BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009)
- zurückhaltende Prüfung bei der Vergabe finanzieller Beiträge (BVGer B-86/2007 vom 11. Juli 2007)
- zurückhaltende Prüfung bei komplexen Interessenabwägungen und Planungsentscheidungen (BVGer A-1985/2006 vom 14. Februar 2008)
- äusserst zurückhaltende Prüfung im Bereich von Examensleistungen, insb. Berufsprüfungen und Hochschulexamen (vgl. BVGE 2010/10)

5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?

«Causa Mühleberg» (Chronologie der Ereignisse)

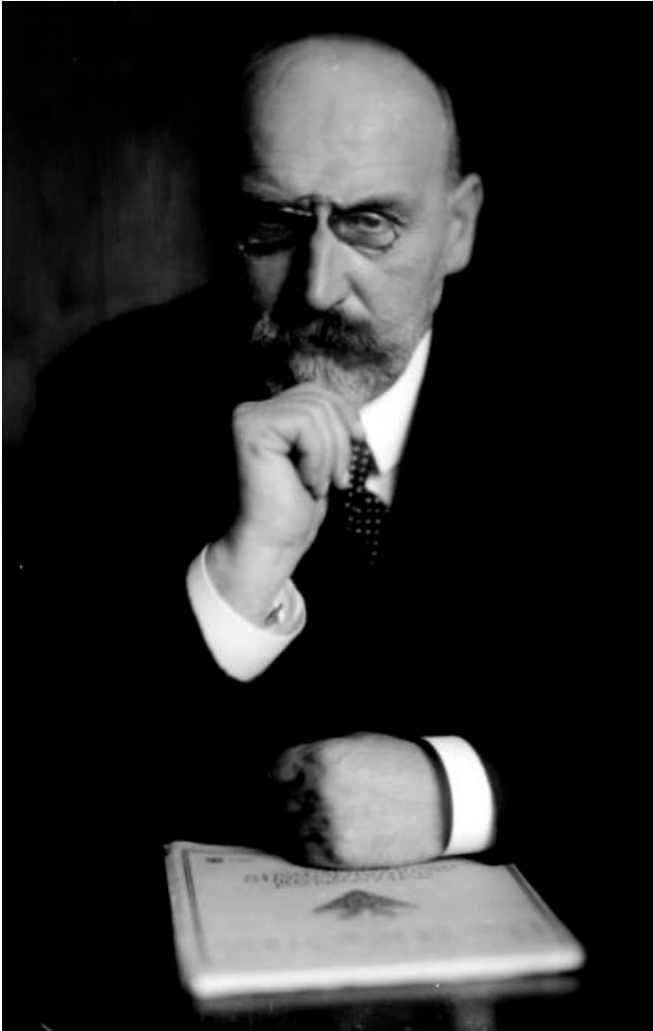
- Bernische Kraftwerke (BKW, Betreiberin des KKW Mühleberg) reichen Gesuch um Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung ein;
- Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) erklärt sich in einem Gutachten mit der Aufhebung der Befristung unter bestimmten Auflagen einverstanden;
- Das Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hebt die Befristung auf und erteilt dem KKW Mühleberg eine unbefristete Betriebsbewilligung;
→ Anwohner erheben dagegen Beschwerde;
- 1. März 2012: Bundesverwaltungsgericht heisst Beschwerde gut und befristet die Bewilligung fürs KKW Mühleberg bis zum 28. Juni 2013;
→ BKW und UVEK erheben dagegen Beschwerde beim Bundesgericht;
- 28. März 2013: Bundesgericht hebt Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auf und erteilt dem KKW eine unbefristete Betriebsbewilligung.

5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?

«Die genannten Grundsätze in Bezug auf die Berücksichtigung von Fachwissen gelten auch für das Bundesverwaltungsgericht: Zwar steht ihm eine uneingeschränkte Rechts-, Sachverhalts- und Ermessenskontrolle zu (Art. 49 VwVG [SR 172.021]). Hat jedoch die Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts oder ein besonderes unabhängiges Fachgremium eine besondere Fachkompetenz, die dem Gericht selber abgeht, so kann und soll das Gericht dieses technische Ermessen respektieren (...), jedenfalls soweit die Fachinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (...). Das Gericht soll nicht aus eigenem Gutdünken, sondern nur aus triftigen Gründen von der Beurteilung durch die zuständige Fachbehörde abweichen. Insbesondere ist es nicht Sache der Gerichte, Energiepolitik zu betreiben oder die Rolle von Aufsichtsbehörden zu übernehmen (...).»

(BGE [Bundesgerichtsentscheid] 139 II 185 E. 9.3 S. 199)

5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?



EDMUND BERNATZIK (1854-1919),
Nachfolger Georg Jellineks an der Universität
Basel (1891-1893), danach Professor in Graz
und Wien, 1910/11 Rektor der Universität
Wien

5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?

«Je mehr sich ein Urteil über tatsächliche Momente der allgemeinen Controle [sic] entzieht, desto mehr geht es in das Gebiet des technischen Ermessens über. Es gibt eben auf allen Gebieten geistiger Tätigkeit eine Grenze, über welche hinaus Dritte die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der gezogenen Schlüsse nicht mehr constatieren können. Es können dann Dritte anderer Ansicht sein, sie können aber nicht behaupten, sie allein hätten die richtige Ansicht, die des Andern sei falsch; [...].»

«Wo darüber hinaus scheinbar ein Gericht in Ermessenssachen judiziert, unterscheidet es sich in Nichts von einer gewöhnlichen Verwaltungsbehörde. Es entsteht eine sogenannte Doppelverwaltung [...]. Ob ein solcher Zustand wünschenswert ist, bleibe hier ausser Betracht.»

EDMUND BERNATZIK, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 43, 46

5. Das Bundesverwaltungsgericht als Sonderfall?

«Nicht zu Unrecht wird immer wieder geltend gemacht, das Gesetz verspreche mit der Angemessenheitskontrolle etwas, was das Bundesverwaltungsgericht nicht in vollem Umfang leisten könne. Ausserdem zeichnet sich das klassische Ermessen im allgemeinen Verwaltungsrecht gerade dadurch aus, dass es der Verwaltung einen Spielraum öffnet, in den sich die Justiz nicht einmischen soll, solange keine Rechtsvorschriften verletzt werden. [...]. Das seinerzeitige Argument betreffend die Vermeidung einer Verkürzung des Rechtsschutzes ist daher eher auf einer symbolischen Ebene anzusiedeln. [...] Der Bundesrat möchte die gesetzlichen Bestimmungen über die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts dahingehend ändern, dass die Rechts- und Sachverhaltskontrolle (ohne Angemessenheitskontrolle) zur Regel wird.»

(Auszug aus einem Entwurf zu einem Bericht des Bundesrates zur Reform der Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, S. 28)