

Sonderdruck aus:

Akteure der Gerichtsbarkeit

Herausgegeben von Benjamin Schindler und Patrick Sutter

Benjamin Schindler

Zum richterlichen Ermessen



DIKE

Zürich / St. Gallen 2007

Zum richterlichen Ermessen

Benjamin Schindler*

Inhaltsübersicht

I.	„Richterliches“ Ermessen – ein einheitliches Phänomen?	133
A.	Ermessen der Zivilgerichte	134
B.	Ermessen der Strafgerichte	140
C.	Ermessen der Verwaltungsgerichte	145
II.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede	147
A.	Fliessende Übergänge zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung	147
B.	Verfassungsrechtliche Dimension	149
C.	Unterschiedliche Ermessentypen	151
III.	Skizze für ein differenziertes Orientierungsraster	153
A.	Steuerung des Ermessens	153
B.	Strukturierung des Ermessens	154
C.	Kontrolle des Ermessens	155

I. „Richterliches“ Ermessen – ein einheitliches Phänomen?

Der vorliegende Sammelband trägt den Titel „Die Akteure der Gerichtsbarkeit“ und rückt damit die Personen ins Zentrum, welche auf der „Bühne der Gerichtsbarkeit“¹ die Handlung bestreiten. Umso drängender scheint es, den Part der Hauptdarstellerin bzw. des Hauptdarstellers² näher zu beleuchten und das „richterliche Ermessen“ zu fokussieren. Doch ist dies überhaupt möglich? Sind es nicht mehrere Hauptdarstellerinnen, die auf verschiedenen Bühnen auftreten? Die *eine* Bühne gibt es nicht, vielmehr ist die Justiz traditionellerweise aufgeteilt in drei Sparten: die Zivilgerichte, die Strafgerichte und die Verwaltungsgerichte mit jeweils eigener personeller Besetzung. Und selbst dort, wo aufgrund kleinräumiger Verhältnisse dieselben Schauspielerinnen auf

* Staatsanwältin Dr. iur. REGULA SCHLAURI und Dr. iur. MARTIN KAYSER, LL.M. danke ich herzlich für die kritische Durchsicht des Vorentwurfs und ihre wertvollen Anregungen.

¹ In Umkehrung von FRIEDRICH SCHILLERS geflügeltem Wort von der „Gerichtsbarkeit der Bühne“ (Die Schaubühne als eine moralische Anstalt betrachtet, Mannheim 1784).

² Wenn nachfolgend meist die weibliche Form verwendet wird, schliesst dies die männliche Form mit ein.

derselben Bühne auftreten, spielen sie doch in unterschiedlichen Stücken, je nachdem ob es sich um ein Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren handelt. Es drängt sich also auf, die drei Sparten der Justiz vorerst getrennt zu betrachten (Abschnitt I). Dabei wird sich zeigen, dass zwischen den drei Bereichen nicht nur verblüffende Parallelen, sondern auch markante Unterschiede bestehen (Abschnitt II). Dennoch soll versucht werden, ein Raster zu skizzieren, welches ausreichend differenziert ist, um eine Orientierungshilfe in allen drei Rechtsgebieten zu bieten (Abschnitt III).

A. Ermessen der Zivilgerichte

Die Diskussion um das Ermessen der Zivilgerichte dreht sich in der Schweiz seit über hundert Jahren um den Gesetzestext von Artikel 4 ZGB. Während im ZGB-Vorentwurf von 1900 eine entsprechende Bestimmung noch fehlte, fand in die Fassung von 1904 eine Bestimmung mit dem Randtitel „Richterliches Ermessen“ Eingang (Art. 5):³

„Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach der Regel zu treffen, die den vorliegenden Verhältnissen nach Recht und Billigkeit am besten entspricht.“

Der Text war in der parlamentarischen Debatte unbestritten, wurde aber noch vor der Schlussabstimmung in den Räten durch die Redaktionskommission sprachlich gestrafft, in dem der Richter nur noch angewiesen wurde, „seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen“.⁴ Eine nochmalige redaktionelle Umarbeitung im Interesse einer „geschlechtergerechten Sprache“ erfuhr der Text im Jahr 1998, indem „der Richter“ durch „das Gericht“ und das „Richterliche Ermessen“ im Randtitel durch „Gerichtliches Ermessen“ ersetzt wurden.⁵ So lautet der heute geltende Text:

„Wo das Gesetz das Gericht auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat es seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.“

³ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, BBl 1904 IV 1, 101. Für die Vorversionen vgl. DOMINIQUE MANAI, *Le juge entre la loi et l'équité*, Lausanne 1985, S. 50 f.

⁴ MANAI (Fn. 3), S. 54 f.

⁵ Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995, BBl 1996 I 1, 48.

Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber dem französischsprachigen Text nicht dieselbe redaktionelle Aufmerksamkeit widerfahren liess, weshalb der Entwurf von 1904 in der heutigen Fassung noch deutlicher erkennbar ist:

„Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.“

Die Rolle der Richterin im Rahmen der Rechtsverwirklichung und die Frage nach ihrer Bindung und Freiheit sind spätestens seit dem 19. Jahrhundert zu einem „Generalthema“ der Rechtstheorie und Methodenlehre avanciert.⁶ Die Extrempositionen dieser Diskussion lassen sich metaphorisch am besten mit zwei Richterbildern beschreiben. Dem „Subsumtionsautomaten“ steht der „Richterkönig“ gegenüber.⁷ Im einen Fall hat sich die Richterin darauf zu beschränken den Sachverhalt festzustellen, ihn unter den mittels logischer Operation gewonnenen Rechtssatz zu subsumieren und so eine Rechtsfolge zu bestimmen (sog. Justizsyllogismus). Dem steht eine „Richterrechtsbewegung“ oder „Freirechtsschule“ gegenüber, welche darauf hinweist, dass das Gesetz „nicht weniger Lücken als Worte“⁸ enthalte, weshalb die Richterin über weite Strecken dazu aufgerufen sei, selber Recht zu schaffen. Die Beschreibung dieser Extrempositionen gibt freilich nur einen winzigen Ausschnitt aus einer wesentlich breiter und vielschichtiger geführten Diskussion wieder, die sich nicht auf das 19. Jahrhundert beschränkt.⁹ Die Justiztheorie des 19. Jahrhunderts wird hier nur deshalb gestreift, weil sie die Kulisse ist, vor deren Hintergrund Artikel 4 ZGB entstanden ist.¹⁰

Auf den ersten Blick könnte Artikel 4 ZGB als Bekenntnis zur Freirechtsschule verstanden werden, anerkennt er doch Ermessensspielräume der Gerichte und schlägt damit eine Bresche in ein allzu legalistisches Denken, welches die Aufgabe der Richterin im sklavischen Gesetzesvollzug erblickt.¹¹ Bei genaue-

⁶ Vgl. statt vieler GIOVANNI BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, Basel 1991, S. 24.

⁷ REGINA OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat*, Frankfurt a. M. 1986.

⁸ GNAEUS FLAVIUS (= HERMANN KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, S. 15.

⁹ Vgl. exemplarisch CLAUDIETTER SCHOTT, *Billigkeit und Subjektivismus – ein historisches Problem*, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, S. 745–756.

¹⁰ Zum historischen und theoretischen Kontext von Art. 1 und 4 ZGB vgl. DAVID DÜRR, *Zürcher Kommentar 1998, Vorbemerkungen zu Art. 1 und 4 ZGB*, N. 127–158 und MANAI (Fn. 3), *passim*.

¹¹ So etwa W[ALTER] EGGENSCHWYLER, der von einem „ersten entscheidenden Erfolg einer in den letzten Jahren zu hohem Ansehen gelangten rechtsphilosophischen Bewegung, der Bewe-

rem Hinsehen zeigt sich aber, dass die Entstehungsgeschichte von Artikel 4 ZGB mindestens ebenso stark vom Bemühen getragen war, die richterliche Entscheidungsfindung in feste Bahnen zu lenken. Es sollte hervorgehoben werden, „dass die Anrufung des richterlichen Ermessens und ähnliches niemals eine Gutheissung richterlicher Willkür bedeuten darf“¹². Denn „namentlich die Juristen der romanischen Kantone“ scheinen sich an dem bereits durch das Obligationenrecht übertragenen richterlichen Ermessen gestört zu haben.¹³ Mit Artikel 4 ZGB sollte daher betont werden, dass das richterliche Ermessen kein „freies“, sondern „gebundenes“ Ermessen sei.¹⁴ Dem zwar grundsätzlich bejahten richterlichen Ermessen sollte unverkennbar die Spitze gebrochen werden.¹⁵ Artikel 4 ZGB oszilliert damit nicht nur zwischen zwei theoretischen Strömungen, sondern bringt darüber hinaus einen „gut helvetischen Kompromiss“ zum Ausdruck. Die von der französischen Zivilistik geprägte Rechtskultur der Romandie schien richterlichen Ermessensspielräumen eher skeptisch zu begegnen, während in der deutschsprachigen Schweiz mit ihren teilweise sehr fragmentarischen Zivilrechtskodifikationen die Gerichte eine traditionell stärkere Stellung einnahmen.¹⁶ Dass der französische Text die Richterin daher an die „*règles de droit et de l'équité*“ bindet, während der deutsche Text lediglich von „Recht und Billigkeit“ spricht, ist möglicherweise kein Zufall. Die sprachliche Ungleichheit trägt Bedenken Rechnung, welche besonders in der „Suisse francophone“ ausgeprägt waren.¹⁷ Auch im Jahr 1998 diente die „redaktionelle“ Überarbeitung des deutschen Texts von Artikel 4 ZGB dazu, die politischen Sensibilitäten einer einzelnen Sprachregion zu berücksichtigen.¹⁸

Auch in der *Dogmatik* wird das durch Artikel 4 ZGB nicht gelöste, sondern vielmehr zum Ausdruck gebrachte Spannungsfeld zwischen Freiheit und Bin-

dung der Richterin deutlich. Als gemeinhin anerkannt gilt, dass mit „Recht und Billigkeit“ nicht zwei gegensätzliche Handlungsmassstäbe bezeichnet werden, sondern dasselbe: „Die Entscheidung nach billigem Recht – oder kurz: nach Billigkeit“¹⁹. In der älteren Literatur kommt freilich noch zum Ausdruck, dass auch in diesem Wortpaar die Bipolarität der Bestimmung deutlich wird, indem mit „Recht“ eher die abstrakt-ordnende Regelmäßigkeit betont werde, während die „Billigkeit“ diesem Recht im konkreten Fall die „Geschmeidigkeit verleihen [solle], sich den verschiedensten Lebensverhältnissen anzupassen“²⁰. Auch wenn die beiden Begriffe inzwischen zu einem Hendiadyoin verschmolzen sind, ist dessen Sinngehalt weiterhin umstritten. Was bedeutet der Handlungsmassstab von „Recht und Billigkeit“? Stark vereinfachend lassen sich in der Lehre zwei Grundströmungen ausmachen.

Eine eher „objektivistische“ Richtung betont die Bindung des Richters. Eine Bindung, die sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, aber aus einer „zwar ungeschriebene[n], aber methodisch ermittelbare[n], objektive[n] Norm“²¹. Zu diesem Normgefüge gehören etwa „Erfahrungssätze“, welche aus den „gesellschaftlichen und sittlichen Anschauungen zu schöpfen sind“²², aber auch „Zielsetzungen und Wertungen“ des Gesetzes selber sowie Rechtsschranken übergeordneter Normstufe, ja die „Rechtsordnung insgesamt“²³. „Auch die Entscheidung nach freiem Ermessen ist Entscheidung nach Recht, nach Grundsätzen“²⁴. Bei der Auslegung, bei der Lückenfüllung wie beim Ermessen bestehe die richterliche Aufgabe daher „in einer Ergänzung des gesetzgeberischen Gedankens“²⁵. Ermessensausübung sei damit nichts anderes als ein „Spezialfall der Gesetzesauslegung“²⁶ oder eine „Unterart der Rechtsanwendung“²⁷. Das richterliche Ermessen sei (im Gegen-

gung für *Freie Rechtsfindung*“ spricht (Das freie Ermessen des Richters, ein Schritt zur Ungleichheit vor dem Gesetz?, SJZ 8 [1911/12] S. 264; Hervorhebung im Original). Ähnlich RUDOLF VON LAUN, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig/Wien 1910, S. 7–9.

¹² Botschaft (Fn. 3), S. 14. Sehr ähnlich das Votum von EUGEN HUBER im Nationalrat (Sten Bull NR Bd. XVI/1906, S. 1037) sowie das Votum von ARTHUR HOFFMANN im Ständerat (Sten Bull StR Bd. XVII/1907, S. 114).

¹³ So EUGEN HUBER in einem Brief an den französischen Juristen FRANÇOIS GÉNY vom 27. Dezember 1899, zitiert nach MANAI (Fn. 3), S. 42.

¹⁴ Eingehend hierzu MANAI (Fn. 3), insb. S. 50 f., 55. Vgl. auch THEO MAYER-MALY, Basler Kommentar 1996, Art. 4 N. 5.

¹⁵ PIO CARONI, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel/Frankfurt a. M. 1996, S. 180.

¹⁶ Vgl. CARONI (Fn. 15), S. 180. Vgl. auch MANAI (Fn. 3), S. 36, 42–44, 246, 251.

¹⁷ Die Beweggründe der Redaktionskommission von 1907 für die unterschiedliche Fassung des deutschen und des französischen Texts sind nicht mehr zu eruieren. Vgl. MANAI (Fn. 3), S. 55.

¹⁸ Dass nur dem deutschen Gesetzestext Geschlechtergerechtigkeit widerfuhr, wurde vom Bundesrat mit der „sensibilité des citoyens“ für die Gleichberechtigung der Geschlechter in der „Suisse alémanique“ begründet (so der französische Botschaftstext: FF 1996 I 1, 489).

¹⁹ ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar 1962, Art. 4 N. 12.

²⁰ ALEX[ANDER] REICHEL, Zürcher Kommentar 1911, Art. 4 N. 3. Noch deutlicher zwischen droit und équité unterscheidend VIRGILE ROSSEL/FRITZ-HENRI MENTHA, Manuel du droit civil suisse, 1. Band, 2. Aufl., Lausanne/Genève 1923, S. 69. Hierzu (m. w. Hw.) MANAI (Fn. 3), S. 70–73. Neuerdings diese Differenzierung wieder aufgreifend DÜRR (Fn. 10), Art. 4 N. 73 f.

²¹ HANS REICHEL, Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Edgar Tatarin-Tarnheyden (Hrsg.), Festgabe für Rudolf Stammeler zum 70. Geburtstag, Berlin/Leipzig 1926, S. 281, 312.

²² MAX GMÜR, Berner Kommentar 1919, Art. 4 N. 12a.

²³ HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 4 N. 19–23. Ähnlich HEINRICH HONSELL, Basler Kommentar 2006, Art. 4 N. 14.

²⁴ WALTHER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944, S. 57.

²⁵ BURCKHARDT (Fn. 24), S. 58 (dort Fussnote 82); DERS., Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 103, 279 f.

²⁶ GMÜR (Fn. 22), Art. 4 N. 12; vgl. auch N. 13.

²⁷ EMIL DIENER, Das Ermessen (Art. 4 ZGB): Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre, Zürich 1920, S. 85.

satz zum Verwaltungsermessen) kein freies, sondern derart gebundenes Ermessen, dass jeweils nur eine „einzig gerechte“ Lösung möglich sei – zumindest theoretisch.²⁸ In diesem Zusammenhang weist etwa HENRI DESCHENAUX auf den französischsprachigen Text (*règles de droit et de l'équité*) als besonders zutreffend hin.²⁹ Die Richterin müsse ausserdem bei der Ermessensausübung selber einen Beitrag zur berechenbaren Rechtsfindung leisten, indem sie „fallgruppenbezogene Richtlinien“ bilde.³⁰ Damit rückt die „Wesensverwandtschaft“³¹ zwischen der richterlichen Entscheidung, welche nach Artikel 1 Absatz 2 ZGB und damit „modo legislatoris“ zu erfolgen hat, und der Ermessensentscheidung (Art. 4 ZGB) in den Vordergrund.³² Diese Annäherung gipfelt bei ERNST KRAMER in der Aussage, wonach „keinerlei Unterschied in der methodischen Grundausrichtung anzuerkennen [sei], je nachdem ob die richterrechtliche Entscheidung auf Art. 1 Abs. 2 oder Art. 4 ZGB gestützt wird“³³.

Von dieser „objektivistischen“ Grundhaltung unterscheidet sich eine Richtung, welche eher das „kasuistisch-subjektivistische“ Element hervorhebt. Die Ermessensentscheidung sei eine „Entscheidung mit höchster Konkretisierung und Differenzierung“³⁴, sie verfolge eine „maximale Spezialisierung“³⁵ mit Blick auf die Umstände des Einzelfalls. Artikel 4 ZGB sei der „Befehl zu einer kasuistischen Entscheidung“³⁶. Damit sei zwangsläufig eine „Entfernung von der Regelbildung“³⁷ verbunden, ja dieses methodische Vorgehen bedinge „letzten Endes einen Verzicht auf Regelbildung“³⁸. Für ARTHUR MEIER-HAYOZ ist daher der Ausdruck „règles“ im französischsprachigen Text gerade nicht zutreffend.³⁹ Die Entscheidungsfindung nach Artikel 4 ZGB erfolge – anders als diejenige gemäss Artikel 1 Absatz 2 – nicht „modo legislatoris“.⁴⁰ Autoren,

welche das kasuistische Element bei der richterlichen Ermessensausübung betonen, rücken meist auch die Richterpersönlichkeit stärker ins Zentrum, was zu einer „Subjektivierung“ der Entscheidungsfindung führt. Nach der sprachlichen Überarbeitung des deutschen Texts („Gericht“ statt „Richter“) findet diese Lesart von Artikel 4 ZGB eher in der französisch- und italienischsprachigen Fassung („le juge“, „il giudice“) Ausdruck. Die Würdigung der unterschiedlichen Interessen, die es beim Ermessensentscheid gegeneinander abzuwägen gelte, beruhe „auf einer eigenen, persönlichen Wertung des Richters, er trage dafür die Verantwortung“⁴¹. Hinter jedem Entscheid stünden die „unterschiedlichen Geschichten der verschiedenen Richter“, weshalb auch bei gleichmässiger Berücksichtigung objektiver Kriterien unterschiedliche Urteile in derselben Angelegenheit theoretisch möglich seien.⁴² Dennoch dürfe man sich nicht wundern, wenn „Schweizer Richter gelegentlich gehemmt wirken“⁴³. Denn die Lehre werde nicht müde, den Ausnahmecharakter von Ermessensentscheiden zu betonen und versuche, die Entscheidungsfindung möglichst zu kanalisieren.⁴⁴ Die kritische Distanz und Offenheit für eine dem Einzelfall gerecht werdende Ermessensentscheidung gehe damit verloren.⁴⁵

Wenn hier zwei Grundströmungen in der Zivilrechtsdogmatik beleuchtet wurden, dann nicht um auf einen unüberwindlichen Lehrstreit hinzuweisen. Auch Autoren, welche die „kasuistisch-subjektiven“ Eigenarten der Ermessensentscheidung gegenüber der Auslegung und Lückenfüllung hervorheben, anerkennen, dass es „Tendenzen gegenseitiger Angleichung“⁴⁶ gibt. Umgekehrt wird auch von Seiten einer „objektivistischen Richtung“ deutlich gemacht, dass dem richterlichen Ermessensentscheid zumindest typologisch eine Eigenständigkeit zukommt. Im Sinne einer Synthese könnte damit gesagt werden, dass bei der Rechtsfindung nach Artikel 4 ZGB das Element des Gesetzes – im Gegensatz zur „Auslegung“ (Art. 1 Abs. 1 ZGB) – in den Hintergrund tritt. Dieses Element fehlt aber nicht wegen einer planwidrigen Lücke oder einer Unsorgfältigkeit bei der Formulierung (wie bei Art. 1 Abs. 2 ZGB), sondern weil das Gesetz selbst dies so will.⁴⁷ „Art. 1 umfasst im Prinzip vorausgesehene, jedoch ungewollte, Art. 4 in ihrer Art vorausgesehene, in gewissem Sinn gewollte Lücken“⁴⁸. Die vom Gesetz freigegebene Ermessensentscheidung ist

²⁸ DESCHENAUX (Fn. 29), S. 136, 154 (dort Fussnote 54).

²⁹ HENRI DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Basel/Stuttgart 1967, S. 1, 132.

³⁰ HAUSHEER/JAUN (Fn. 23), Art. 4 N. 24.

³¹ AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar 1930, Art. 4 N. 4.

³² Vgl. OSCAR ADOLF GERMANN, Zur Problematik der Ermessensentscheide, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Erwin Ruck, Basel 1952, S. 173, 186: „So wird auch dieser Unterschied weitgehend ausgeglichen. Es bleibt ein Unterschied des Ausgangspunktes und des Schwergewichts“.

³³ ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern/München/Wien 2005, S. 243. Ähnlich DÜRR (Fn. 10), Art. 1 N. 295 und Art. 4 N. 12, 52, 93; HONSELL (Fn. 23), Art. 4 N. 10.

³⁴ MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 4 N. 12.

³⁵ MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 4 N. 46.

³⁶ CARONI (Fn. 15), S. 178.

³⁷ CARONI (Fn. 15), S. 181.

³⁸ MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 4 N. 33.

³⁹ MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 4 N. 16.

⁴⁰ CARONI (Fn. 15), S. 181. Vgl. auch HANS MICHAEL RIEMER, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB): Eine Einführung, 2. Aufl., Bern/Zürich 2003, § 4 N. 150.

⁴¹ MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 4 N. 48.

⁴² CARONI (Fn. 15), S. 184.

⁴³ CARONI (Fn. 15), S. 188; vgl. auch MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 4 N. 39.

⁴⁴ CARONI (Fn. 15), S. 186, spricht daher von der „sozialintegrierenden Funktion“ des Art. 4 ZGB.

⁴⁵ Vgl. RIEMER (Fn. 40), § 4 N. 151 f.

⁴⁶ MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 4 N. 19–21, 49 f.

⁴⁷ DÜRR (Fn. 10), Art. 4 N. 8.

⁴⁸ DIENER (Fn. 27), S. 76.

damit eine „eigenständige Grundkompetenz“, keine „Notlösung“ wie bei der Lückenfüllung nach Artikel 1 Absatz 2 ZGB.⁴⁹ Oder wie es DAVID DÜRR in einem treffenden Bild ausdrückt: „Bei der Gesetzeslücke handelt es sich um einen Defekt im Gesetzesnetz, den der Richter flicken kann, indem er das gegebene Muster vervollständigt und weiterführt. [Beim Ermessen] besteht kein Defekt, sondern eine bewusst angelegte, besonders grosse ‚Masche‘“.⁵⁰

B. Ermessen der Strafgerichte

Wer sich als Aussenstehender (als den ich mich betrachte) der Ermessensdiskussion im Strafrecht nähert, dem fällt zunächst auf, dass das Wort „Ermessen“ in der jüngeren Vergangenheit weitgehend aus dem strafrechtlichen Vokabular verschwunden ist. So erfolgt mit der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (in Kraft seit dem 1. Januar 2007) die Strafmilderung – zumindest sprachlich – nicht mehr „nach freiem Ermessen“ (Art. 66 aStGB). Auch in der Dogmatik taucht der Begriff nur noch sporadisch auf⁵¹ oder das „individualisierende freie Ermessen“⁵² wird im Sinne eines Kuriosums aus vergangenen Tagen erwähnt. Der Grund für diese sprachliche Zurückhaltung dürfte darin liegen, dass das Legalitätsprinzip im Strafrecht ein besonders hohes Mass an gesetzlicher Normdichte verlangt, was in der lateinischen Formel *nullum crimen, nulla poena sine lege* Ausdruck findet.⁵³ Der Gesetzgeber ist zu einer kasuistischen Regelung verpflichtet;⁵⁴ das von ihm gewobene Netz muss engmaschig sein. Mehr noch als in anderen Rechtsgebieten erscheint die richterliche Tätigkeit hier als „blosser Gesetzesvollzug“. Dies gilt vor allem dort, wo der Sachverhalt unter einen bestimmten Tatbestand in den Besonderen Bestimmungen des StGB zu „subsumieren“ ist. Im Gegensatz dazu – und mit dem Bild des Gesetzesvollzugs kaum mehr in Einklang – steht die Straf-

zumessung.⁵⁵ Bereits der ordentliche Strafrahmen kann im Extremfall von einer geringfügigen Geldstrafe bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe reichen.⁵⁶ Die Strafzumessung gilt daher zu Recht als „Kernbestand originär tatrichterlicher Entscheidungsmacht“⁵⁷. Dennoch: Die Richterin ist innerhalb des Strafrahmens nicht völlig frei, sie hat sich vielmehr an die in Artikel 47 StGB niedergelegten Grundsätze zu halten:

„Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters.“

„Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.“

Diese Bestimmung erhebt das Verschulden des Täters zum zentralen Massstab bei der Strafzumessung. Daneben erwähnt sie weitere Kriterien, die das Gericht bei der Strafzumessung zu „berücksichtigen“ hat. In Absatz 2, der mit der Revision des AT StGB neu eingefügt wurde, wird zudem näher erläutert, was unter dem „Verschulden“ zu verstehen ist. Dennoch bleibt vieles offen. In welchem Verhältnis stehen die verschiedenen Kriterien zueinander? Wie sind sie zu gewichten? Bedeutet der Umstand, dass neu auch die Wirkung auf den Täter berücksichtigt werden soll, ein Verbot generalpräventiver Motive?⁵⁸ Und

⁴⁹ DÜRR (Fn. 10), Art. 4 N. 40.

⁵⁰ DÜRR (Fn. 10), Art. 4 N. 85.

⁵¹ Im Sinne einer Ausnahme vgl. RAPHAËL MAHAİM, La fixation de la peine, in: André Kuhn/Laurent Moreillon/Baptiste Viredaz/Aude Bichovsky (éd.), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Berne 2006, S. 233–253, der gelegentlich von einem „certain pouvoir d’appréciation“ des Richters spricht.

⁵² So etwa bei GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., 2006, § 6 N. 4, ERNST HAFTER (1946) zitierend.

⁵³ Art. 7 EMRK und Art. 1 StGB.

⁵⁴ PETER NOLL, Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht, in: Johannes Georg Fuchs et al. (Hrsg.), Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht: Mélanges Oscar Adolf Germann, Bern 1959, S. 294, 301 f.

⁵⁵ Noch allgemeiner liesse sich von der Anordnung strafrechtlicher Sanktionen sprechen, bestehen doch gerade auch im Bereich der Massnahmen erhebliche Entscheidungsspielräume der Rechtsanwender. Hierzu ANDRÉ-FRANÇOIS MOOSBRUGGER, Sinngemässer Gebrauch der Ermessensbefugnis des Strafrichters bei der Anordnung sichernder Massnahmen, Basel 1963.

⁵⁶ Vgl. Art. 182 Ziff. 1, Art. 238 Abs. 1, Art. 269, Art. 271 Ziff. 3, Art. 276 Ziff. 2, Art. 277 Ziff. 1, Art. 300, Art. 303 Ziff. 1 StGB.

⁵⁷ KARL-LUDWIG KUNZ, Überlegungen zur Strafbemessung auf erfahrungswissenschaftlicher Grundlage, in: Ders., Bürgerfreiheit und Sicherheit, Bern/Berlin/Bruxelles 2000, S. 223, 226. Vgl. auch PETER ALBRECHT, Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, ZStrR 108 (1991), S. 45 f.; DERS., Probleme der Strafgerechtigkeit aus Sicht des Richters, ZStrR 124 (2006), S. 68, 73 f.; MARTIN KILLIAS, Eine unlösbare Aufgabe: die korrekte Bemessung der Geldstrafe im Gerichtssaal, in: Brigitte Tag/Max Hauri (Hrsg.), Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Zürich/St. Gallen 2006, S. 105 f.; STRATENWERTH (Fn. 52), § 6 N. 3 f.

⁵⁸ Zu dieser nach wie vor umstrittenen Frage CÉDRIC PIGNAT/ANDRÉ KUHN, Les nouvelles règles de la fixation de la peine: une révolution de velours, ZStrR 122 (2004), S. 251, 255–257; STRATENWERTH (Fn. 52), § 6 N. 74–76.

inwiefern darf der soziokulturelle Hintergrund des Täters bei der Bewertung des Verschuldens mit berücksichtigt werden?⁵⁹

Artikel 47 StGB bleibt damit trotz der Nennung einer Vielzahl von zu berücksichtigenden Kriterien eine „in hohem Grade interpretationsbedürftige Bestimmung“⁶⁰. Ähnlich dem Artikel 4 ZGB kommt darin das Dilemma des Gesetzgebers zum Ausdruck: Einerseits zielt das Normprogramm durch seine Offenheit auf eine Individualisierung ab. So soll den realen Ungleichheiten im Einzelfall bestmöglich Rechnung getragen werden, insbesondere den Umständen der Tat und der Persönlichkeit des Täters. Zugleich soll der Entscheid der Strafzumessung in nachvollziehbare Bahnen gelenkt werden, um jeden Anschein richterlicher Willkür zu vermeiden.⁶¹ In engem Zusammenhang mit Artikel 47 steht daher auch Artikel 50 StGB, der neu gesetzlich vorschreibt, was zuvor schon das Bundesgericht in seiner Praxis anerkannte: nämlich, dass das Gericht in der Urteilsbegründung auch die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festhalten muss.

In der *Dogmatik* führte die Strafzumessung für viele Jahrzehnte ein „kümmerliches Schattendasein“, während die Tatbestandsfrage zur eigentlichen „Doktorfrage“ avancierte.⁶² Seit den 1980er-Jahren hat sich dies geändert und die Strafrechtslehre widmet sich vermehrt auch der Festlegung des Strafmasses.⁶³ Der rote Faden, der sich seither durch die wissenschaftliche Diskussion zieht, ist die Klage über die Ungleichheit der Strafmasse und deren Unberechenbarkeit bzw. Nichtvorhersehbarkeit. Die Ursache für dieses Lamento ist zweifach: Erstens greift der Staat in kaum einem Rechtsgebiet so drastisch in die Rechte des Einzelnen ein wie im Strafrecht. Nicht nur ein Schuldspruch, auch die Art und Dauer der Strafe und der Entscheid darüber, ob die Strafe unbedingt, bedingt oder teilbedingt ausgesprochen wird, kann für das Individuum gravieren-

de Folgen haben.⁶⁴ Zweitens wird die „ungleiche“ Behandlung nirgends so deutlich wie im Strafrecht, denn die Strafzumessung wird im Urteil immer ziffernmässig ausgedrückt. Der Vergleich zwischen verschiedenen Urteilen und damit Kritik wird – zumindest auf den ersten Blick – leichter möglich als anderswo.⁶⁵ Das Bestreben der Dogmatik, den grossen Ermessensspielraum der Gerichte durch eine möglichst präzise „Technik der Strafzumessung“⁶⁶ auszufüllen, dient damit nicht nur dem Schutz der Bürger, sondern möglicherweise auch der Entlastung der einzelnen Richter:in. Wer lediglich eine „Technik“ anwendet, setzt sich nicht gleichermassen der Kritik aus, wie jemand, der nach „freiem Ermessen“ entscheidet. Wesentlich stärker noch als im Zivilrecht hat sich daher die Dogmatik um die Entwicklung von Modellen bemüht, mit denen sich das Strafmass mit nahezu mathematischer Präzision berechnen lässt.⁶⁷ Dass die Lehre damit auch einem Bedürfnis der Praxis folgt, zeigt sich vor allem im Bereich der Massendelinquenz.⁶⁸ Hier kennen viele Kantone Tarife der Strafzumessung („Straftaxen“), die zumindest für die Erledigung durch Strafbefehl eigentlichen Weisungscharakter annehmen können. Regelmässig sind es die Strafverfolgungsbehörden, welche solche Weisungen oder Empfehlungen erlassen,⁶⁹ unter Umständen gehen sie aber auch auf die Initiative von Richter:innen und Richtern zurück⁷⁰. Diese Bemühungen, die Strafzumessung in vorhersehbare Bahnen zu lenken, sind nicht von Kritik ver-

⁵⁹ Hierzu eingehend ISTOK EGETER, Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt, Zürich 2002; SVEN ZIMMERLIN, Strafzumessung im Kulturkonflikt, in: Beatrice Luginbühl/Juana Schmidt (Hrsg.), Diskriminierung und Integration, Zürich/St. Gallen 2006, S. 261–291. Vgl. auch STRATENWERTH (Fn. 52), § 6 N. 35.

⁶⁰ STRATENWERTH (Fn. 52), § 6 N. 3. Ähnlich CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/MARKUS HUG/DANIEL JOSITSCH, Strafrecht II: Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 91 f.

⁶¹ MOOSBRUGGER (Fn. 55), S. 8 f. Vgl. ALBRECHT, Strafgerechtigkeit (Fn. 57), S. 76, 78; GUNTHER ARZT, Dynamisierter Gleichheitssatz und elementare Ungleichheiten im Strafrecht, in: Wilfried Küper/Jürgen Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Heidelberg 1993, S. 55, 67.

⁶² PETER ALBRECHT, Ein Strafzumessungsmodell für die Drogenjustiz?, AJP 1996, S. 369; STRATENWERTH (Fn. 52), § 6 N. 4.

⁶³ ALBRECHT, Strafzumessung (Fn. 57), S. 47 (m. w. Hw.).

⁶⁴ STRATENWERTH (Fn. 52), § 6 N. 5. Vgl. auch DERS., Die Wahl der Sanktion, insbesondere nach revidiertem AT StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Nicolas Queloz (Hrsg.), Strajustiz und Rechtsstaat, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 9–18.

⁶⁵ ALBRECHT, Strafgerechtigkeit (Fn. 57), S. 75; MARTIN KILLIAS, La difficulté de quantifier la fixation de la peine, in: Niklaus Schmid/Martin Killias (Hrsg.), Le droit pénal et ses liens avec autres branches du droit: Mélanges Jean Gauthier, Berne 1996, S. 33, 42.

⁶⁶ Vgl. HANS MATHYS, Zur Technik der Strafzumessung, SJZ 100 (2004), S. 173–182.

⁶⁷ Als einer der ersten HANS DUBS, Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung, in: Juristische Fakultät der Universität Basel/Basler Juristenverein (Hrsg.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963, S. 9, 20–23. Für Betäubungsmitteldelikte: PETER FREI/CARLO RANZONI, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 1995, S. 1439–1444. Für Strassenverkehrsdelikte: STEFAN TRECHSEL, Strafzumessung bei Verkehrsstrafsachen, insbesondere bei SVG Art. 91 Abs. 1, in: Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern (Hrsg.), Rechtsprobleme des Strassenverkehrs (BTJP), Bern 1975, S. 70–99. Eingehend zum Thema GABI HAUSER, Die Verknüpfungsproblematik in der Strafzumessung, Fribourg 1985, S. 36–40, 158–169. Vgl. auch KILLIAS, difficulté (Fn. 65), S. 43, 50–52.

⁶⁸ D. h. Diebstahl, Sachbeschädigung, einfache Körperverletzung, Pornographie, Verstösse gegen die Waffengesetzgebung, Betäubungsmittel-, Strassenverkehrs- und Steuerdelikte.

⁶⁹ So die Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 8. November 2006. Vgl. auch die verschiedenen Empfehlungen zur Strafzumessung der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS): <www.ksbs-caps.ch> (zuletzt besucht am 12. Juni 2007). Vgl. auch die Beispiele bei THOMAS HANSJAKOB, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen – eine Umfrage der KSBS, ZStrR 115 (1997), S. 233–236.

⁷⁰ So die Richtlinien für die Strafzumessung des Verbands Bernischer Richter und Richterinnen (VBR) vom 1. Januar 2007.

schont geblieben – eine Kritik, die auch hier das Dilemma zwischen Freiheit und Bindung zum Ausdruck bringt. Straftaxen sind nur möglich, indem der zu beurteilende Sachverhalt seinerseits auf ein in Zahlen quantifizierbares Mass reduziert wird. Das geschieht etwa im Bereich der Betäubungsmitteldelikte dadurch, dass Art und Gewicht der sichergestellten Drogen zum primären Massstab der Strafe erhoben werden, was zur sog. „Grämmli-Justiz“ führt. Beim Fahren in fahruntüchtigem Zustand ist der Promillegehalt im Blut entscheidend und bei Diebstahl oder Sachbeschädigung die Deliktssumme. Aus den in Artikel 47 StGB genannten Kriterien erhält daher ein einzelnes überragendes Gewicht, in der Regel ist es die „Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts“, wobei dieses Kriterium seinerseits auf ein rein mengenmässig bezifferbares Unterkriterium verkürzt wird. Der Preis für die „Gleichbehandlung“ bei der Strafzumessung ist daher ein hohes Mass an Schematisierung.⁷¹

Dort, wo Straftaxen aufgrund der ungewöhnlichen Schwere der Tat oder des unüblichen Straftatbestands versagen, zeigen sich in der Dogmatik ähnliche Differenzen wie im Zivilrecht, welche unterschiedliche Grundauffassungen von richterlicher Freiheit und Bindung durchschimmern lassen. So dreht sich ein Streit in der Strafrechtslehre um die Frage, ob nach Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nur eine bestimmte Strafe „richtig“ sei („Punktstrafe“), oder ob innerhalb eines bestimmten Spielraums mehrere Strafen vertretbar und rechtmässig seien („Spielraum- oder Rahmentheorie“). Für die erste Lehrmeinung wird ins Feld geführt, dass bei Fällen mit identischem Verschulden – wenn sich dies (theoretisch) feststellen liesse – aus Gründen der Rechtsgleichheit die gleiche Strafe ausgefällt werden müsse.⁷² Auf der anderen Seite wird argumentiert, die Individualität der Richterinnen dürfe in bestimmten Grenzen einen legitimen Einfluss auf die Strafzumessung haben, weshalb selbst in einer theoretisch identischen Idealsituation verschiedene Lösungen denkbar seien.⁷³ Die ganze Diskussion mag nutzlos erscheinen. Denn es ist wenig fruchtbringend, über ein theoretisch eindeutig bestimmbares Strafmass zu streiten, wenn sich dieses in der Praxis nie feststellen lässt.⁷⁴ Dennoch: Eine

Vertreterin der Spielraumtheorie ist vielleicht eher geneigt, ihr eigenes „Vorverständnis“⁷⁵ kritisch zu hinterfragen, als eine Anhängerin der Punktstrafe.

C. Ermessen der Verwaltungsgerichte

Das Thema Ermessen gilt seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert als eine der umstrittensten Fragen des Verwaltungsrechts, ja als die *quaestio diabolica*⁷⁶ schlechthin. Der Grund hierfür ist aber nicht die Frage nach der Bindung und Freiheit der Gerichte, sondern die Frage nach der gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns. Seit 1875 wurde das „freie Ermessen“ der Verwaltung zum entscheidenden Abgrenzungskriterium zwischen Verwaltung und Verwaltungsjustiz.⁷⁷ Gerichte sollten auf die Rechtskontrolle des Verwaltungshandelns beschränkt bleiben, „Ermessensfragen sind der Überprüfung der Verwaltungsgerichte entzogen“⁷⁸. Neben dem Gesetzgeber und den Gerichten betritt somit ein dritter Akteur die Bühne: die Verwaltung. Und dieser Akteur beansprucht ein bestimmtes Element der Rechtsfindung als exklusive Domäne für sich: die Ermessensausübung. Die Verwaltungsrechtsdogmatik konzentrierte sich daher in den letzten 130 Jahren auf die Frage, wo die Grenzlinie zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung zu ziehen sei. Im Bemühen, den Gerichtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung auszudehnen, wurde dabei der Grenzverlauf immer weiter zu Gunsten der Gerichte verschoben. Das Verwaltungsermessen galt als anachronistisches Überbleibsel des autoritären Polizeistaats, es wurde aus bürgerlich-liberaler Sicht zum „trojanischen Pferd des Rechtsstaats“⁷⁹. Ins Zentrum rückte die gerichtliche Kontrollperspektive, welche im Nachhinein danach fragt, ob die Verwaltung ihr Ermessen rechtmässig ausgeübt hat. Sie fällt zusammen mit der Frage, ob Ermessen besteht oder nicht. Die Verwaltungsrichterin ist eben nur „juge de la légalité“⁸⁰. Die Frage hingegen, an welchem Handlungsmassstab sich die Verwaltung orientie-

⁷¹ Vgl. ALBRECHT, Strafgerechtigkeit (Fn. 57), S. 78; DERS., Strafzumessung (Fn. 57), S. 54 f.; DERS., Drogenjustiz (Fn. 61), S. 369 f.; ARZT (Fn. 61), S. 142 f.; HANSJAKOB (Fn. 69), S. 236 f.; KUNZ (Fn. 57), S. 230 f. Vgl. auch STRATENWERTH (Fn. 52), § 6 N. 79.

⁷² STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 63 N. 4.

⁷³ ARZT (Fn. 61), S. 144.

⁷⁴ STRATENWERTH (Fn. 52), § 6 N. 66 f., der dem Theorienstreit nur insofern Bedeutung beimisst, als es um die Frage geht, ob bei der Strafzumessung zu präventiven Zwecken vom Schuldmassstab abgewichen werden dürfe.

⁷⁵ Begriffsprägend JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1972. Hierzu BIAGGINI (Fn. 6), S. 41, 297; KRAMER (Fn. 33), S. 265–276.

⁷⁶ KARL FREIHERR VON LEMAYER, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Grünhuts Zeitschrift 22 (1895), S. 353, 446.

⁷⁷ Vorbild war die Kompetenzumschreibung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs von 1875, wonach „Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind“ von der gerichtlichen Kontrolle ausgenommen waren.

⁷⁸ FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 259.

⁷⁹ So zeitgleich HANS HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat: Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 59, 66; HERMANN REUSS, Das Ermessen: Versuch einer Begriffsklärung, DVBl 68 (1953), S. 585, 589.

⁸⁰ PIERRE MOOR, Le juge administratif et l'application de la loi, in: Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 667, 668.

ren soll, d. h. wie sie ihr Ermessen von Beginn weg richtig auszuüben hat, stand und steht nicht im Zentrum des richterlichen und dogmatischen Interesses. Da das Ermessen im Verwaltungsrecht quasi *per definitionem* der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist, droht es aus dem juristischen Blickwinkel zu verschwinden. Selbst eine Verwaltungsrechtswissenschaft, welche Wert auf „Praxisnähe“ legt, setzt Praxis meist mit Gerichtspraxis gleich.⁸¹ Spätestens seit dem 1. Januar 2007 hat sich das neu geschaffene Bundesverwaltungsgericht aber auch mit der Frage der richtigen (und nicht bloss rechtmässigen) Ermessensausübung zu befassen. Zwar bleibt das Bundesverwaltungsgericht eine nachprüfende Kontrollinstanz. Entgegen der üblichen Kompetenzzuweisung verfügt das Gericht aber über eine umfassende Prüfungsbefugnis.⁸² Welches ist nun der gerichtliche Kontrollmassstab zur Beurteilung der Frage, ob ein Entscheid nicht nur rechtmässig, sondern auch richtig, d. h. „angemessen“ ist? Aus den genannten Gründen lässt die Dogmatik die Bundesverwaltungsrichterinnen bei dieser Frage weitgehend im Stich. Allgemeine Bestimmungen zur Ermessensausübung, wie sie im Zivil- und Strafrecht anzutreffen sind, fehlen im Verwaltungsrecht – zumindest auf Bundesebene.⁸³ Denkbar wäre, Artikel 4 ZGB auch im öffentlichen Recht anzuwenden. Gerade in der jüngeren Privatrechtsdogmatik wird betont, diese Bestimmung bringe einen „allgemeinen Rechtsgrundsatz“ zum Ausdruck.⁸⁴ Ein solches Vorgehen drängt sich dort auf, wo die Aufgabe der Verwaltungsrichterin derjenigen einer Zivilrichterin gleicht, etwa bei der Festsetzung einer „angemessenen“ Geldsumme als Genugtuung in Staatshaftungsfällen.⁸⁵ Ebenso ist denkbar, dass das Gericht bei der Überprüfung von verwaltungsrechtlichen Sanktionen ähnliche Gesichts-

punkte in Betracht zieht wie ein Strafgericht bei der Anordnung einer Strafe oder Massnahme. Doch an welchem Kontrollmassstab soll sich das Bundesverwaltungsgericht orientieren, wenn es etwa einen Heilmittelzulassungsentscheid der Swissmedic nachprüfen muss? In diesem Fall helfen weder die Kodifikationen des Zivil- und Strafrechts noch die entsprechende Dogmatik weiter. Vielmehr zeigt das Beispiel, dass das Ermessen im Verwaltungsrecht nicht alleine dazu dient, eine dem Einzelfall gerecht werdende Lösung zu finden. Die Verwaltung als dritte Akteurin auf der Bühne spielt nämlich eine spezifische Rolle, indem sie Fachwissen einbringt, das sowohl dem Gesetzgeber als auch den Gerichten fehlt. Die Handlung des Schauspiels wird damit um einen weiteren Aspekt bereichert, aber auch verwickelter. Damit ist der Punkt gekommen, an dem Unterschiede und Gemeinsamkeiten in den drei Rechtsgebieten beleuchtet werden sollen.

II. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

A. Fließende Übergänge zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung

Die Überlegungen zum Strafrecht, zum Verwaltungsrecht und insbesondere zum Zivilrecht sollten eines deutlich gezeigt haben: Die Grenze zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung ist fließend, im besten Fall handelt es sich um einen Grenzstreifen. Zwar hat sich gerade die Verwaltungsrechtsdogmatik immer wieder darum bemüht, eine trennscharfe Linie zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung zu ziehen, etwa indem das Ermessen aus dem Tatbestand der Norm in die Rechtsfolge verbannt wurde. Die Konkretisierung einer offenen Tatbestandsumschreibung wurde zum gerichtlich voll überprüfaren „unbestimmten Rechtsbegriff“, die Anordnung der Rechtsfolge dagegen zur grundsätzlich nicht überprüfaren Ermessensfrage.⁸⁶ Dieser Versuch muss inzwischen als gescheitert gelten.⁸⁷ Ähnlich dem Senf, der bei hohem Druck auch aus einer fest zugeschraubten Tube durch feine Ritzen quillt, hat sich das Ermessen auf der Tatbestandsseite längst wieder seinen Weg gebahnt, diesmal unter der Bezeichnung „Beurteilungsspielraum“.

⁸¹ OTTO BACHOF, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1971), S. 193, 215 f. Im Sinne einer positiven Ausnahme sei die von MAX IMBODEN begründete und von RENÉ RHINOW und BEAT KRÄHENMANN weiter geführte „Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung“ erwähnt.

⁸² Art. 33 VGG i. V. m. Art. 49 lit. c VwVG.

⁸³ Vgl. immerhin § 8 der Nidwaldner Verwaltungspflegeverordnung vom 8. Februar 1985; Art. 9 des Freiburger Gesetz über die Verwaltungspflege vom 23. Mai 1991 und Art. 21 du Code de procédure administrative jurassienne du 30 novembre 1978.

⁸⁴ Neuerdings HAUSHEER/JAUN (Fn. 23), Art. 4 N. 27; für eine „sinngemässe“ Beachtung auch MAYER-MALY (Fn. 14), Art. 4 N. 1. Der letztgenannte Autor verweist auf den dem ZGB nachgebildeten Art. 4 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts vom 20. Januar 1926 (LR 216.0), welcher um einen Abs. 2 ergänzt wurde. Diese Bestimmung sieht eine „entsprechende“ Anwendung indes nicht allgemein vor, sondern nur für Fälle, in denen die Verwaltungsbehörden gestützt auf das genannte Gesetz tätig werden. So auch die ältere Literatur zum ZGB: DIENER (Fn. 27), S. 78.

⁸⁵ Grundlegend zu privatrechtlichen Normen als Ausdruck allgemeiner (und damit auch im öffentlichen Recht zu beachtender) Rechtsgrundsätze MARTIN BERTSCH, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht: Das Heranziehen ergänzend anwendbarer Normen, besonders des Obligationenrechts, ZBl 105 (2004), S. 617, 626 f.

⁸⁶ Begriffsprägend REUSS (Fn. 79), S. 585–589; DERS., Der unbestimmte Rechtsbegriff: Seine Bedeutung und seine Problematik, DVBl 68 (1953), S. 649–655.

⁸⁷ HORST EHMKE, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960; RENÉ RHINOW, Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken, recht 1 (1983), S. 41–53, 83–94.

Der Grund, weshalb der Versuch einer kategorischen Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung scheitern muss, lässt sich am besten mit dem von ADOLF MERKL gezeichneten Bild vom *Stufenbau der Rechtsordnung* erklären. Danach ist die ganze Rechtsordnung ein hierarchisch und logisch gestuftes System bedingender und bedingter Rechtssätze.⁸⁸ Ein relativ abstrakter Akt (z.B. die Verfassung oder auf tieferer Stufe das Gesetz) erzeugt dabei einen relativ konkreten Akt (z.B. ein Gesetz oder auf tieferer Stufe ein Urteil). Jedes Fortschreiten von einem bedingenden zu einem bedingten Akt ist ein Fall der Rechtsanwendung. MERKL verglich dies mit einem „Fluss, der in Katarakten abfällt“ bis er „im Meer der Einzelheiten“ mündet.⁸⁹ Parallel zu dieser Rechtsanwendung laufe aber auch ein Akt kreativer Rechtserzeugung, indem „von Etappe zu Etappe fremde Gewässer“⁹⁰ in den Strom mündeten, was zu einem „arbeitsteiligen Rechtserzeugungsverfahren“⁹¹ führe. Diesen schrittweisen Prozess von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung könne man als Rechtskonkretisierung oder -individualisierung bezeichnen.⁹² Die Bedingtheit des Konkretisierungsprozesses durch die übergeordnete Norm (also den Hauptfluss) bezeichnete MERKL als „heteronome Determinante“. Komplementär hierzu sei die „autonome Determinante“ der Konkretisierung (die einflussenden Nebenflüsse), nämlich das Ermessen.⁹³

Selbst wenn man berechnete Zweifel daran haben kann, ob eine *Rechtsordnung* im Sinne eines hierarchisch und logisch gestuften Systems existiert, trägt das Bild vom Stufenbau doch viel zum Verständnis der Rechtsfindung bei. Die starre Dichotomie von schöpferischem Rechtsetzungsakt und bloss nachvollziehender Rechtsanwendung wird gelöst. Fast alle Akte der Rechtskonkretisierung – von der Gesetzgebung bis zum Vollstreckungsakt – sind strukturell gleichartig, weil sie Elemente von Bindung und Freiheit in sich tragen.⁹⁴ Das Bild der auf jeder Stufe neu einströmenden Gewässer macht zudem deutlich, dass Bindung und Freiheit auf jeder Stufe ineinander fließen: Das Ermessen ist untrennbarer Bestandteil der Rechtskonkretisierung.

⁸⁸ ADOLF JULIUS MERKL, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus* (1931), in: Ders., *Gesammelte Schriften*, 1. Band, 1. Teilband, Berlin 1993, S. 437, 443 f., 467 f. Vgl. auch DERS., *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (1916), in: a. a. O., S. 85, 115; DERS., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien/Berlin 1927, S. 172 f.

⁸⁹ MERKL, *Anwendung* (Fn. 88), S. 115.

⁹⁰ MERKL, *Anwendung* (Fn. 88), S. 115.

⁹¹ MERKL, *Prolegomena* (Fn. 88), S. 438.

⁹² MERKL, *Prolegomena* (Fn. 88), S. 477.

⁹³ MERKL, *Verwaltungsrecht* (Fn. 88), S. 142.

⁹⁴ RENÉ RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel/Stuttgart 1979, S. 225.

Die Frage ist berechnete, was rechtstheoretische Zweifel an der Unterscheidung zwischen Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Ermessensausübung bringen, wenn die positive Rechtsordnung hierauf abstellt. So unterscheidet das ZGB zwischen „Anwendung des Rechts“ (Art. 1) und dem „gerichtlichen Ermessen“ (Art. 4). Und gerade im Verwaltungsrecht ist die Unterscheidung immer noch zentrales Kriterium der Kompetenzabgrenzung – zumindest in allen 26 Kantonen. Dennoch ist das rechtstheoretische Hinterfragen der Unterscheidung auch für den pragmatisch Denkenden wertvoll. Denn solche Zweifel machen die Sinnlosigkeit deutlich, mit der jede Ermessenstheorie konfrontiert ist, die für alle Fälle ein eindeutiges, qualitativ bestimmbares Abgrenzungskriterium zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung festlegen will. Entscheidend ist vielmehr, wem die *Zuständigkeit zur Rechtskonkretisierung* zukommen soll.⁹⁵ Die Antwort auf diese Frage ist aber nicht in messerscharfen klassifikatorischen Unterscheidungen zu suchen. Sie lässt sich auch nur bedingt mittels systematisch-deduktiver Überlegungen aus der Verfassung oder aus Gesetzestexten ableiten. Zwar gilt es einen verfassungsrechtlichen Rahmen zu beachten, der sogleich näher dargestellt werden soll. Innerhalb dieses weiten Rahmens scheint mir aber eine induktiv beschreibende Typisierung im Sinne der Abbildung von Fallgruppen sinnvoller. Insofern könnte man eben „hinzufügen, dass es in weitem Umfange Ermessenssache ist, ob ein Rechts- oder Ermessensakt vorliegt“⁹⁶. Der Nachteil einer Typologisierung im Gegensatz zur Begriffsbildung ist ein Verlust an Präzision. Dieser Verlust wird aber aufgewogen durch Darstellungskraft und Realitätsnähe. Die Wissenschaft wird gleichsam der Realität angepasst und nicht die Realität in Denkschemen gepresst, welche eine Scheinpräzision erzeugen.

B. Verfassungsrechtliche Dimension

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass dem Ermessen des Rechtsanwenders im Strafrecht und im Verwaltungsrecht mit besonderer Skepsis begegnet wird. Ursache hierfür sind die hohen Anforderungen, welche das *Legalitätsprinzip* (Art. 5 Abs. 1 BV) an staatliches Handeln in diesen Bereichen stellt. Der Gesetzgeber ist hier in besonderem Mass verpflichtet, durch eine hohe Normierungsdichte für Rechtssicherheit und rechtsgleiche Behandlung zu sorgen. Auf der anderen Seite verlangt die *Rechtsgleichheit* (Art. 8

⁹⁵ In diesem Sinne schon LEMAYER (Fn. 76), insb. S. 455. Vgl. auch S. 450, 454, 463.

⁹⁶ ADOLF JULIUS MERKL, Rezension von F. Tezner, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden* (1924), in: Ders., *Gesammelte Schriften*, 3. Band, 1. Teilband, Berlin 2006, S. 233 f.

Abs. 1 BV) nicht nur die gleiche Behandlung gleich gelagerter Fälle. Ebenso fordert sie, dass dem Einzelfall in optimaler Weise Rechnung getragen und dass Ungleiches ungleich behandelt wird. Dies zeigt sich mit besonderer Schärfe im Strafrecht. Gerade bei hohen Strafen ist es stossend, wenn das Gericht einem schematischen Tarif folgt. Einzelfallgerechtigkeit lässt sich nur erreichen, wenn das Gesetz die nötige „Geschmeidigkeit“ besitzt, um es den verschiedenen Lebensumständen anzupassen.⁹⁷ Das Ermessen erscheint vor diesem Hintergrund nicht nur als trojanisches Pferd des Rechtsstaats.⁹⁸ Ebenso könnte man Hektors Schwert, die wichtigste Waffe zum Schutz Trojas, als Metapher bemühen. Das Spannungsfeld zwischen Freiheit und Bindung, welchem Gesetzgeber, Gerichte und Verwaltung ausgesetzt sind, ist daher schon auf Stufe der Verfassung angelegt. Dieses Spannungsfeld wird mit unterschiedlicher Akzentuierung in allen genannten Rechtsgebieten deutlich.

Die Frage, inwiefern der Gesetzgeber den Gerichten Entscheidungskompetenzen übertragen kann und darf, berührt daneben aber auch ganz zentral den *Gewaltenteilungsgrundsatz*.⁹⁹ Daraus darf freilich nicht geschlossen werden, diesem sehr offen gehaltenen Verfassungsprinzip lasse sich eine „scharf profilierte Topographie“¹⁰⁰ der Zuständigkeiten entnehmen. Dieses Unterfangen scheitert schon am Umstand, dass die „klassische“ Gewaltenteilungslehre die Dreiteilung der Staatsgewalt mit einer dualen Funktionenlehre verbinden will, welche primär zwischen generell-abstrakter Rechtsetzung und individuell-konkreter Rechtsanwendung unterscheidet. Die Frage, wo die Grenze zwischen „Exekutive“ und „Judikative“ verläuft, wird damit nicht beantwortet.¹⁰¹ Im vorliegenden Zusammenhang scheint es aussichtsreicher, im Gewaltenteilungsprinzip einen Appell an die Kongruenz von Form und Funktion, d. h. von Organ und Aufgabe zu erblicken.¹⁰² Übertragen auf unser Bild des Theaters würde dies heissen, dass die Regisseurin bei der Rollenverteilung die Stärken und Schwächen der einzelnen Schauspielerinnen berücksichtigen muss. Wie im Theater muss auch bei der Aufgabenverteilung im Staat die *Organeignung* berücksichtigt werden.¹⁰³ Wer ist nun am besten geeignet, welche Normen zu konkretisie-

ren? Wer soll Ermessen ausüben? Diese Frage lässt sich nicht einheitlich beantworten. Vielmehr muss aufgrund der verschiedenen Ermessenstypen differenziert werden.

C. Unterschiedliche Ermessenstypen

In der Zivilrechtsdogmatik wurde das richterliche Ermessen mit absichtlich gross gewobenen Maschen im Netz des Gesetzgebers beschrieben. Doch wozu wurden diese Maschen grösser als andere gewoben? Unterschiebt man dem Gesetzgeber nicht bloss Ratlosigkeit, so verfolgen diese Maschen einen bestimmten Zweck. Wenn das geeignete oder „zweckmässige“ Organ zur Ermessensausübung gefunden werden soll, drängt es sich auf, diese mit der Ermessenseinräumung verfolgten Motive genauer unter die Lupe zu nehmen.

Die Forderung nach Einzelfallgerechtigkeit verlangt dort eine offene gesetzgeberische Programmierung, wo aufgrund der zu berücksichtigenden Einzelumstände eine Schematisierung nicht möglich ist. Das gesetzgeberische Programm muss daher von einer Behörde mit Blick auf die konkrete Situation differenziert und vervollständigt werden. Sinnvollerweise kann diese Behörde den rechtlich relevanten Sachverhalt im Rahmen eines Beweisverfahrens feststellen. Nennen wir diesen Typus *Einzelfallermessen*.

Die gesetzliche Programmierung muss aber nicht nur mit Blick auf die zu regelnden Einzelfälle flexibel sein, sie muss auch in zeitlicher Hinsicht eine gewisse Elastizität aufweisen um eine Verknöcherung der Rechtsordnung zu vermeiden. Gerade in der Schweiz führen direktdemokratische Elemente dazu, dass der Gesetzgeber sein Programm nicht kurzfristig anpassen kann. Für FRITZ FLEINER war das Ermessen daher „ein bewegliches Element“, das der Gesetzgeber seinen Rechtssätzen einfügt, damit schneller agierende Organe „die Gesetzesvorschrift so [...] vollziehen, wie es den wechselnden Anforderungen des Lebens und des öffentlichen Interesses entspricht“¹⁰⁴. Man kann dieses *Anpassungsermessen* auch als „Instrument zur Herstellung einer Konkordanz von Wertbewusstsein und Wertverwirklichung“¹⁰⁵ beschreiben.

Einzelfall- und Anpassungsermessen sind Typen, welche in allen drei Rechtsgebieten, im Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht, anzutreffen sind. Bereits

⁹⁷ GERMANN (Fn. 32), S. 183; MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 4 N. 51.

⁹⁸ Vgl. GERMANN (Fn. 32), S. 193.

⁹⁹ RHINOW, Ermessen (Fn. 87), S. 86. Vgl. auch den Beitrag von HANGARTNER im vorliegenden Band.

¹⁰⁰ RICHARD BÄUMLIN, Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, ZSR NF 85 (1966) II, S. 165, 291.

¹⁰¹ NOLL (Fn. 54), S. 295 f. Vgl. auch HANSJÖRG SEILER, Gewaltenteilung, Bern 1994, S. 66 f.

¹⁰² NICK W. BARBER, Prelude to the Separation of Powers, Cambridge Law Journal 2001, S. 59.

¹⁰³ Statt vieler THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, S. 412 f.; GEORG MÜLLER, Rechtspflege, in: Stephan Breitenmoser et al. (Hrsg.), Human

Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/Baden-Baden 2007, S. 1437, 1441–1445.

¹⁰⁴ FLEINER (Fn. 78), S. 143 f.

¹⁰⁵ HONSELL (Fn. 23), Art. 4 N. 8.

FLEINER hat aber darauf hingewiesen, dass das Ermessen im Verwaltungsrecht darüber hinausgehende Zwecke erfüllt.¹⁰⁶ Denn mit der Verwaltung betritt eine zusätzliche Akteurin die Bühne, die sich durch besondere Eigenschaften kennzeichnet. Die Verwaltung verfügt im Gegensatz zu Gesetzgeber und Gerichten in Fragen der Naturwissenschaften, der Ökonomie oder neuer Technologien über enormes Fachwissen. Um dieses Wissen fruchtbar zu machen und ins Normprogramm des Gesetzgebers einfließen zu lassen, muss das Programm Raum lassen für *Sachverständigenermessen*. Daneben ist die „Exekutive“ aber nicht nur technisches Hilfsorgan des Gesetzgebers, sondern auch eine Staatsgewalt, welche in bestimmten Grenzen politisch geprägte Aufgaben wahrnimmt und eine „responsabilité politico-administrative“¹⁰⁷ trägt. Hierfür muss sie über eine „marge de manœuvre“¹⁰⁸, ein *politisches Ermessen*, verfügen. Korrelat dazu sind spezifisch politische Verantwortlichkeitsmechanismen, wie sie etwa bei Gerichten fehlen. So ist die Wahl und Wiederwahl von Regierungsmitgliedern stärker politisch gefährdet als die von Richtern. Und anders als die Gerichte unterstehen Regierung und Verwaltung auch inhaltlich einer parlamentarischen Aufsicht. Nicht zuletzt ist die Verwaltung aber auch ein „Unternehmen“, das im Bereich der Leistungsverwaltung Dienstleistungen von grosser Vielfalt und Menge erbringt. Dort, wo sich das Handeln der Verwaltung zunehmend demjenigen eines Privatunternehmens angleicht, bedarf sie eines Freiraums zur flexiblen Optimierung ihrer Leistungen. Faktoren wie Effizienz und Effektivität sollen an die Stelle normativer Steuerung treten; verlangt wird *Managementermessen*.¹⁰⁹

Die hier dargestellte Typologisierung – sie ist zwangsläufig stark vereinfachend – macht deutlich, dass Ermessen nicht einfach die Abwesenheit gesetzlicher Programmierung bedeutet. Gerade aus Sicht des Gesetzgebers ist das Ermessen ein *unverzichtbares Instrument der Arbeitsteilung* im modernen Hochleistungsstaat. „Ermessen“ ist zudem kein einheitliches Phänomen und die mit der Ermessenseinräumung verfolgten Zwecke können sehr unterschiedlich sein. Diese Variabilität ist es, die eine differenzierte Behandlung des Themas erfordert. Um diese Vielfältigkeit noch deutlicher herauszuarbeiten, sollen die Ermessenstypen unter drei Blickwinkeln beleuchtet werden: aus Sicht der Steuerung, der Strukturierung und der Kontrolle des Ermessens.

¹⁰⁶ FLEINER (Fn. 78), S. 143.

¹⁰⁷ PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Volume I, 2^e éd. Berne 1994, S. 384 f.

¹⁰⁸ THIERRY TANQUEREL, *De l'opportunité de l'opportunité*, in: Andreas Auer et al. (Hrsg.), *Au confins du droit: Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich 2001, S. 447, 454 f.

¹⁰⁹ Vgl. MARTIN BULLINGER, *Landesbericht Bundesrepublik Deutschland*, in: Ders. (Hrsg.), *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Baden-Baden 1986, S. 131, 154–156.

III. Skizze für ein differenziertes Orientierungsraster

A. Steuerung des Ermessens

Steuerung oder Kanalisierung der Ermessensausübung wird im Zivil- und Strafrecht gemeinhin gleichgesetzt mit Steuerung durch Normen des Gesetzgebers, durch richterliches Fallrecht oder durch eine von der Lehre entwickelte Methoden- oder Strafzumessungslehre. Es besteht gleichsam ein „direkter Weg vom Gesetz zur Rechtsprechung“¹¹⁰, allenfalls mit einem Umweg über die Dogmatik. Demgegenüber besteht im Verwaltungsrecht eine feinere Abstufung unterschiedlicher Steuerungsebenen, indem Regierung und Verwaltung Verordnungen oder verwaltungsinterne Richtlinien erlassen können. Die Frage scheint etwas ungewöhnlich: aber warum gibt es im Zivil- und Strafrecht diese Feinabstufungen nicht? Würde sich damit nicht eine differenziertere Konkretisierung des gesetzgeberischen Programms erreichen lassen? So wurde bei Erlass des ZGB erwogen, „ob nicht in diesem Zusammenhange dem Bundesrat oder dem Bundesgericht [...] ausdrücklich und allgemein die Befugnis zum Erlasse von Weisungen und Verordnungen zur Erläuterung und Ergänzung des Gesetzes zuerkannt werden sollte“¹¹¹. Der Grund für das Fehlen einer generell-abstrakten Steuerung unterhalb der Gesetzesstufe in den traditionellen „Kerngebieten“¹¹² des Zivil- und Strafrechts, ist der Zweck der Ermessenseinräumung. Dort, wo der Einzelfall im Zentrum der Konkretisierungskompetenz steht, widerspricht eine generell-abstrakte Schematisierung dem Ermessenszweck. Der Gesetzgeber hat daher Ermessensentscheidungen im Zivilrecht nicht den Regeln von Artikel 1 unterworfen, sondern mit Artikel 4 ZGB eine eigene Bestimmung erlassen, welche den Verhältnissen im Einzelfall ein besonderes Gewicht beimisst. Auch im Strafrecht steht die Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund, weshalb die in der Praxis üblichen „Straftaxen“ den Ermessenszweck zu vereiteln drohen. Werden hier die Entscheidungsträger nicht in unzulässiger Weise gebunden, oder sind sie es sogar selber, die sich freiwillig Fesseln anlegen? Was beim Einzelfallermessen problematisch ist, kann demgegenüber beim Sachverständigenermessen durchaus erwünscht sein. Etwa dann, wenn sich die Verwaltung an ihr eigenes Programm bindet, indem sie eine konstante Praxis bei der Heilmittelzulassung zu generell-abstrakten Weisungen verfestigt oder zum Gegenstand einer Rechtsverordnung macht.

¹¹⁰ NOLL (Fn. 54), S. 299.

¹¹¹ Botschaft (Fn. 3), S. 14.

¹¹² Vgl. immerhin die Verordnungen in den Bereichen Registerrecht und Strafvollzug.

B. Strukturierung des Ermessens

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass sich die Zivil- und Strafrechtswissenschaften auf die Frage konzentrieren, wie sich Ermessen durch gesetzliche, richterrechtliche und dogmatisch-methodische Programmierung besser steuern lässt. Das Verwaltungsrecht seinerseits ist von der Frage geprägt, wie sich die Ermessensausübung gerichtlich kontrollieren lässt. Quasi in der Mitte zwischen Steuerung und Kontrolle steht die Strukturierung der Ermessensentscheidung selber: Welche Behörde soll das Ermessen ausüben? Welchem Verfahren soll sie dabei folgen? Welche Parteien und allenfalls Verbände oder (anderen) Behörden sollen an diesem Verfahren beteiligt werden? Ist der Ermessensentscheid zu begründen und wie weit geht diese Begründungspflicht? Und über welche personellen, sachlichen und finanziellen Mittel muss die Behörde bei ihrem Entscheid verfügen? Gerade dort, wo der Steuerung oder Kontrolle Grenzen gesetzt sind, sollten diese Aspekte vermehrt ins Blickfeld der Wissenschaft rücken. Im Verwaltungsrecht fehlt die Verknüpfung dieser Fragen mit der Ermessenslehre weitestgehend. Und im Privat- und Strafrecht wird Methodik meist mit „Normtextarbeit“¹¹³ gleichgesetzt – obwohl die Zusammensetzung des Gerichts und das gerichtliche Verfahren auch hier grossen Einfluss auf die Rechtskonkretisierung haben können.¹¹⁴ Das gerichtliche Verfahren ist im Zivil- und Strafprozessrecht gekennzeichnet durch eine hohe Formalisierung, eine schon früh erfolgte gesetzliche Normierung und durch einen hohen Stellenwert in der Dogmatik. Auch die Richterauswahl und die Frage nach der idealen Richterpersönlichkeit sind seit längerem Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen.¹¹⁵ Dies ist richtig, muss das Verfahren doch gerade im Bereich des Einzelfallermessens kompensieren, was die Steuerung nicht zu leisten vermag. Eine solche Feinstrukturierung der Entscheidungsfindung ist jedoch zwangsläufig mit grossem personellem, finanziellem und zeitlichem Aufwand verbunden. Sie stösst dort an Grenzen, wo es „Massengeschäfte“ zu bewältigen gilt, welche täglich in grosser Zahl und kurzer Zeit zu bewältigen sind. Ein aufwändiges Beweisverfahren, eine kontradiktorische Verhandlung vor einem Kollegialgericht und eine individuelle Entscheidungsbegründung müssen hier aus Gründen der Verfahrenseffizienz entfallen oder kommen (etwa bei Strafbefehlen) erst im Rahmen einer Nachkontrolle zum Zug. Die Steuerung mittels Richtlinien wie „Straftaxen“ – so problematisch sie mit Blick auf die Einzelfallgerechtigkeit sein mag – versucht daher auszuglei-

chen, was die Entscheidungsstruktur nicht zu leisten vermag. Dennoch stellt sich die grundsätzliche Frage, die hier nur aufgeworfen werden kann: Wer ist geeignet, solche Richtlinien zu erlassen? Die Strafverfolgungsbehörden, bei denen vielfach die Strafbefehlskompetenz in Bagatellsachen liegt und die das ganze Spektrum von Fällen besser überblicken können? Oder die Gerichte, welche durch ihre Unabhängigkeit dazu legitimiert erscheinen? Oder wäre es gar sinnvoll, dem Bundesrat in dieser Sache eine Kompetenz einzuräumen, da er auch in anderen Bereichen für die generell-abstrakte Konkretisierung von Bundesgesetzen die politische Verantwortung trägt?

C. Kontrolle des Ermessens

Im Verwaltungsrecht hat die Kontrolle des Ermessens eine überragende Rolle eingenommen. Dies lässt sich historisch auch damit erklären, dass der Gesetzgeber der Steuerung und Strukturierung des Verwaltungsermessens wenig Aufmerksamkeit schenkte. Die Gerichte sahen sich gezwungen, diesen Missstand durch eine intensive Kontrolltätigkeit zu kompensieren. Da gesetzliche Kontrollmassstäbe fehlten, mussten die Gerichte diese selber entwickeln. Ausgehend vom Rechtsgleichheitsartikel der alten Bundesverfassung hat das Bundesgericht sehr früh begonnen, der Verwaltung eine verfahrensrechtliche Minimalstruktur bei der Ermessensausübung aufzuzwingen, noch bevor das Verwaltungsverfahren in den meisten Kantonen und im Bund kodifiziert worden war.¹¹⁶ Hier wird besonders deutlich, dass die Steuerungs-, Struktur- und Kontrollebene des Ermessensproblems ineinander greifen. Auch lassen sich Defizite auf einer Ebene durch entsprechende Massnahmen auf anderer Ebene ausgleichen. Gerade das Verwaltungsrecht ist aber ein Paradebeispiel dafür, dass solcher Kompensation Grenzen gesetzt sind. Die Kontrollebene hat im Verwaltungsrecht ein derartiges Übergewicht erlangt, dass von einer eigentlichen Schieflage gesprochen werden muss. So blieb die richterliche Kontrolle des Verwaltungsermessens nicht auf Verfahrensaspekte beschränkt, sondern entwickelte sich zu einer immer umfassenderen *Ergebniskontrolle*, welche sich ihrerseits auf von den Gerichten entwickelte Prinzipien wie die Verhältnismässigkeit oder das Willkürverbot abstützte. Der letzte und konsequente Schritt in dieser Entwicklung scheint die uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis („Kognition“) des Bundesverwaltungsgerichts: Das Verwaltungsermessen wird zum richterlichen Ermessen. Richterliche Ermessensausübung ist nichts

¹¹³ KRAMER (Fn. 33), S. 31.

¹¹⁴ Vgl. MOOSBRUGGER (Fn. 55), S. 9 f.; RIEMER (Fn. 40), § 4 N. 185.

¹¹⁵ Vgl. hierzu die Beiträge von ALBRECHT und KAYSER im vorliegenden Band.

¹¹⁶ Vgl. MAX IMBODEN, Der Schutz vor staatlicher Willkür, in: Ders., Staat und Recht, ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, S. 145, 160; LAUN (Fn. 11), S. 195–197.

Neues, wie das Zivil- und Strafrecht deutlich machen. Von berufener Seite wird denn auch mit Blick auf das Bundesverwaltungsgericht gefragt: „Was ist denn nun so falsch an der Regelung der Kognitionsfrage?“¹¹⁷ Handelt es sich nicht um den lang ersehnten Sieg über das trojanische Pferd des Rechtsstaats?

Der erste Schwachpunkt jeder gerichtlichen Ermessenskontrolle liegt darin, dass Gerichte nicht von sich aus tätig werden können. Dies bedingt, dass konkret betroffene Individuen den Kontrollvorgang erzwingen müssen. Kontrolle erfolgt zudem immer im Nachhinein und der Argumentationsaufwand, einen einmal gefällten Entscheid korrigieren zu lassen, ist hoch. Ein Lösungsansatz, der einseitig die gerichtliche Kontrollebene betont, trägt auch sozialen Anliegen nur ungenügend Rechnung. Er setzt den selbstbewussten („mündigen“) Bürger voraus, der „seine Rechte“ kennt und sich deren Durchsetzung finanziell leisten kann. Der zweite Schwachpunkt jeder Ermessenskontrolle ist eng mit der Frage der Struktur der Ermessensausübung verknüpft. Eine Kontrollinstanz, welche eine Ermessensentscheidung in all ihren Facetten nachvollziehen soll, muss dieselben Entscheidungsstrukturen aufweisen wie die erstentscheidende Behörde. Dies zeigt sich bereits bei der höchstichterlichen Überprüfung von Ermessensentscheiden im Zivilrecht. So geht die herrschende Lehre zwar davon aus, das Bundesgericht könne Ermessensentscheide voll überprüfen.¹¹⁸ Dennoch ist das Gericht bei der Überprüfung „sehr zurückhaltend“¹¹⁹. Die Ursache dafür liegt offensichtlich weder in der Gewaltenteilung, noch im fehlenden Sachverstand des Bundesgerichts. Es handelt sich auch nicht um einen „Paradefall von *judicial self restraint*“¹²⁰. Vielmehr muss von *institutional restraint* oder *structural restraint* gesprochen werden. So kann das Bundesgericht im Gegensatz zum kantonalen Sachgericht grundsätzlich kein Beweisverfahren mehr durchführen, es muss aufgrund der Akten entscheiden.¹²¹ Schon bei der stärker am Gesetzestext orientierten Rechtsanwendung (Art. 1 ZGB) ist das „Hin- und Herwandern des Blickes“¹²² zwischen Sachverhalt und Rechtsnorm ein wichtiges Element der Rechtsfindung. Bei der Ermessensausübung (Art. 4 ZGB) ist die Ermittlung des Sachverhalts aber geradezu zentral. Das Bundesgericht übt daher nicht aus freien Stücken Zurückhaltung, sondern ist

wegen der fehlenden Möglichkeit zur Sachverhaltsüberprüfung hierzu gezwungen.¹²³ Ein ähnliches Bild bundesgerichtlicher Zurückhaltung zeigt sich auch im Strafrecht.¹²⁴

Volle Kontrolle der Ermessensausübung verlangt daher weitgehende Identität der Strukturen auf der Erstentscheidungs- und auf der Kontrollebene. Das Bundesverwaltungsgericht kann im Gegensatz zum Bundesgericht den Sachverhalt umfassend nachprüfen. Sofern es die Wiederholung des Beweisverfahrens nicht scheut, wird es damit wesentlich besser in der Lage sein, die Ermessensausübung vollumfänglich nachzuvollziehen. Zumindest dort, wo Ermessen zwecks Einzelfallgerechtigkeit eingeräumt wurde. Wie ist es aber, wenn die Ermessenseinräumung anderen Zwecken dient? Erklärtes Ziel der Totalrevision der Bundesrechtspflege war es, mit der Zusammenfassung der bisherigen Rekurskommissionen zum Bundesverwaltungsgericht mehr „Professionalität“ sicherzustellen.¹²⁵ Verstanden wird darunter der Verzicht auf teileamtliche Fachrichter, welche nicht-juristisches, aber verwaltungsspezifisches Know-how in die bisherigen Rekurskommissionen eingebracht haben. Was aus Sicht eines traditionellen Gerichtsbetriebs als „Professionalisierung“ erscheint, ist aus der Perspektive der fachkundigen Verwaltung eine „Laisierung“ der Kontrollbehörde. Zwar kann das fehlende Fachwissen punktuell durch Gutachten von Experten ausgeglichen werden. Dies entspricht dem Vorgehen in Zivil- und Strafverfahren, wobei die Sachverständigen in diesen Fällen die Gerichte bei der erstmaligen Entscheidungsfindung unterstützen. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geht es aber um die Nachkontrolle von Entscheiden der wegen ihrer Sachkunde eingesetzten Verwaltung. Im Gegensatz zu Fachrichtern gehören Experten zudem nicht dem Gericht an und tragen damit – zumindest formell – nicht dieselbe Entscheidungsverantwortung. Ausserdem werden Experten *ad hoc* ernannt, womit ein Einfallstor für Manipulations- und Verzögerungsversuche geöffnet wird.¹²⁶ Nicht zuletzt vermögen weder Fachrichter noch Experten die politische Legitimation zu bewirken, die ein Gericht benötigt, wenn es Entscheide der Verwaltung mit stark politischem Einschlag umfassend prüfen soll. Was das Ermessen im Verwaltungsrecht vom Ermessen im

¹¹⁷ CHRISTOPH BANDLI, Die Rolle des Bundesverwaltungsgerichts, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege (BTJP), Bern 2007, S. 195, 216.

¹¹⁸ DESCHENAUX (Fn. 29), S. 142; DÜRR (Fn. 10), N. 48; EGGER (Fn. 31), Art. 4 N. 15; HAUSHEER/JAUN (Fn. 23), Art. 4 N. 25; HONSELL (Fn. 23), Art. 4 N. 16; MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 4 N. 76.

¹¹⁹ DÜRR (Fn. 10), N. 49. Vgl. auch den Beitrag von HANGARTNER im vorliegenden Band.

¹²⁰ So MAYER-MALY (Fn. 14), Art. 4 N. 29. Vgl. auch HAUSHEER/JAUN (Fn. 23), Art. 4 N. 25.

¹²¹ Art. 105 Abs. 1 BGG (vorher Art. 63 Abs. 2 OG).

¹²² Erstmals KARL ENGISCH, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943, S. 15.

¹²³ Vgl. DÜRR (Fn. 10), Art. 4 N. 49; LEO ENGLER, Die Überprüfung von Ermessensentscheiden gemäss Art. 4 ZGB in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Zürich 1974, S. 92–94. Vgl. auch den Beitrag von HANGARTNER im vorliegenden Band.

¹²⁴ Wobei die Wortwahl in der Lehre hier (und ähnlich wie im Verwaltungsrecht) noch stärker auf einen kategorialen Ausschluss der Überprüfung von Ermessensfragen hindeutet. Vgl. ALBRECHT, Strafzumessung (Fn. 57), S. 49, 61; STRATENWERTH (Fn. 52), § 6 N. 87.

¹²⁵ Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, 4202, 4381.

¹²⁶ Vgl. auch die kritischen Bemerkungen von DAVID ASCHMANN, Die Funktion des Bundesverwaltungsgerichts im Immaterialgüterrecht, sic! 2007, S. 94, 96, 101.

Zivil- und Strafrecht eben unterscheidet, ist nicht, dass es mit Bezug auf das Programm des Gesetzgebers „freier“ wäre. Vielmehr sind es die teilweise anderen Ermessenszwecke, welche ein unabhängiges Gericht mit juristischem Sachverstand als Überprüfungsinstanz ungeeignet erscheinen lassen. Schon früh wurde daher erkannt, dass eine volle Ermessenskontrolle im Verwaltungsrecht nur zum Preis einer eigentlichen „Doppelverwaltung“ erkaufte werden könnte.¹²⁷ Das Bundesverwaltungsgericht wird trotz seiner umfassenden Überprüfungsbefugnis gezwungen sein, diesem Umstand Rechnung zu tragen. Dass sich das Gericht dieser Problematik bewusst ist, machen erste Äusserungen seines Präsidenten und Vizepräsidenten deutlich.¹²⁸ Die schwierige Aufgabe der Bundesverwaltungsrichterinnen wird es sein, die gerichtliche Kontroll-dichte bereichsspezifisch – z. B. nach Ermessensstypen – zu differenzieren und zu rechtfertigen. Das pauschale Vorschieben einer „Ohne-Not-Praxis“ vermag hingegen ebenso wenig zu befriedigen wie vornehme „Selbstbeschränkung“. Beides sind Theaterkulissen, welche die wahren Gründe einer zurückhaltenden Ermessenskontrolle verbergen.

In diesem Beitrag war es nur möglich, einen sehr kleinen Ausschnitt aus dem Thema „richterliches Ermessen“ zu beleuchten. Die Überlegungen mögen zudem für die von einem Ermessensentscheid konkret betroffene Richterin nur bedingt von Nutzen sein. Dies auch deshalb, weil ich schwergewichtig die Dogmatik und nicht die bundesgerichtliche Rechtsprechung analysiert habe. Es war mir indes ein Anliegen aufzuzeigen, dass sich die Ermessensproblematik für die Gerichte nur dann befriedigend lösen lässt, wenn Steuerungs-, Struktur- und Kontrollebene mit Blick auf die sehr vielfältigen Ermessenszwecke *bereits vom Gesetzgeber* aufeinander abgestimmt werden. Erst das Zusammenspiel dieser drei Ebenen ermöglicht es den Akteuren, ihre Rollen auf der Bühne zu einem sinnvollen Ganzen zu verbinden. Dass es dabei zu Ungleichgewichten und Spannungen kommen kann, ist nicht zu vermeiden und bis zu einem gewissen Grad sogar erwünscht. Geraten die drei Ebenen aber aus dem Gleichgewicht, so ist spätestens die Kontrollbehörde – und damit regelmässig ein Gericht – zur Improvisation gezwungen. Dies sollte im Interesse der Justiz vermieden werden.

¹²⁷ EDMUND BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886, S. 46.

¹²⁸ Vgl. BANDLI (Fn. 117), S. 214–217; PHILIPPE WEISSENBGER, *Das Bundesverwaltungsgericht*, AJP 2006, S. 1491, 1512 f.