BASLER JURISTISCHE MITTEILUNGEN

Organ
für Gesetzgebung und Rechtspflege der Kantone Basel-Stadt
und Basel-Landschaft

6

Dezember 2011

Mitarbeiter, dass es dieser offensichtlich auch aus bei ihr liegenden Gründen schwer gefallen ist, sich in eine neue Arbeitsorganisation zu integrieren. So kann zum Beispiel nicht beanstandet werden, dass von einer IC-Beraterin erwartet wird, dass sie selber eine neue Tastatur im Keller holt, wenn ihre eigene als schmutzig erscheint. Auch die unterbliebene Ausstattung mit einem Farbdrucker, über den auch der Vorgesetzte nicht verfügt hat, bildet keine Zurücksetzung, zumal die Rekurrentin nicht substantiiert erläutert, weshalb sie über einen solchen hätte verfügen müssen. Das Gleiche gilt für das verlangte Geschäftsmobiltelefon, mit dem auch die anderen Mitarbeitenden nicht ausgestattet gewesen sind, und dessen Bedarf die Rekurrentin folglich hat erläutern müssen, bevor es ihr bewilligt worden ist.

3.4. Zusammenfassend liegt damit kein Fall von Mobbing vor, sodass daraus auch nicht die Missbräuchlichkeit der Kündigung abgeleitet werden kann.

4.1. Schliesslich rügt die Rekurrentin, die Suche nach einer Ersatzstelle sei in Würdigung der Gesamtumstände in sachlicher und personeller Hinsicht völlig unzureichend gewesen. Selbst wenn keine Pflicht zur Stellensuche bestanden habe, so verlange der Grundsatz von Treu und Glauben nach einem deutlich grösseren Engagement. Durch die Erklärung der Bereitschaft zur Suche sei ein Vertrauensverhältnis entstanden, auf dessen Grundlage wie auch aufgrund des Prinzips der Verhältnismässigkeit die Rekurrentin habe erwarten dürfen, dass die Verantwortlichen des Departements alles unternehmen und nichts unterlassen, um die Stellensuche optimal zu gestalten.

4.2. Wie die Rekurrentin selber einräumt, bestand im vorliegenden Fall keine gesetzliche Pflicht, für die Rekurrentin eine neue Stelle zu suchen. Eine solche ist nur bei der Aufhebung einer Stelle im Sinne von §30 Abs. 2 lit. b PG Kündigungsvoraussetzung. Eine entsprechende Verpflichtung kann über die ausdrückliche Regelung im Gesetz hinaus auch nicht allgemein aus der personalrechtlichen Fürsorgepflicht abgeleitet werden. Auch greift die Berufung der Rekurrentin auf den Vertrauensgrundsatz nicht: Selbst wenn die Behörden bei ihr Vertrauen erweckt haben sollten, ist nicht ersichtlich, welche Dispositionen sie gestützt darauf getroffen hat, in denen sie nun zu schützen wäre (Urteil des Verwaltungsgerichts [Ausschuss] vom 24.11.2010 [VD 2010.6]).

LITERATURANZEIGEN

Benjamin Schindler, Verwaltungsermessen. Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2010, 514 S., geb., € 110.–, CHF 158.–, ISBN 978-3-03751-266-1 (Nomos Verlag, Baden-Baden 2010, ISBN 978-3-8329-6029-2).

Die öffentliche Verwaltung ist keine blosse Gesetzesvollzugsmaschinerie. Sie besitzt vielmehr Gestaltungsspielräume, die sich vor allem auch bei der Rechtsauslegung – namentlich bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe – und bei der Ausübung von Ermessen bemerkbar machen. Dabei zeigt sich, dass es der Sache nach häufig auf das Gleiche hinausläuft, ob Recht mit entsprechenden Auslegungsspielräumen angewendet oder Ermessen pflichtgemäss, d.h. rechtsgebunden und vor allem willkürfrei, ausgeübt wird. Die in der traditionellen Verwaltungsrechtsdogmatik vertretene Dichotomie von Rechtsanwendung mit Tatbestandsermessen einerseits und Ermessensausübung mit Rechtsfolgeermessen anderseits wirkt somit künstlich. Sie ist zudem nicht selten Folge zufälliger, nicht bewusst gewählter Gesetzesformulierungen. Die Unterscheidung hat aber erhebliche Auswirkungen, ob eine Nachkontrolle durch ein Verwaltungsgericht stattfindet oder nicht, für die Frage also, wem die abschliessende Zuständigkeit zur Normkonkretisierung zukommt, der Judikative oder der Exekutive. Jedenfalls sehen die meisten Verwaltungsprozessrechte in der Schweiz vor, dass nur die Rechtsanwendung und allfällige unbestimmte Rechtsbegriffe einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen, Ermessensentscheide jedoch nicht. Das Prozessrecht des Bundesverwaltungsgerichts, das grundsätzlich auch eine Angemessenheitsprüfung zulässt, bildet dabei eine Ausnahme, die sich aber dadurch erklären lässt, dass mit dem Bundesverwaltungsgericht ein Ersatz für die frühere verwaltungsinterne Rechtspflege geschaffen wurde.

Benjamin Schindler geht in seiner Habilitationsschrift dieser im 19. Jahrhundert auch schon als «quaestio diabolica» bezeichneten Ermessensfrage nach. In einem breit angelegten, spannend und flüssig geschriebenen historischen Teil zeigt er auf, wie diese ursprünglich auf österreichisches Recht zurückgehende, von ihm als «Überdogmatisierung» bezeichnete Ermessensdogmatik, vom Deutschen Nachkriegsverwaltungsrecht als wenig geglückter «legal transplant» ins schweizerische Recht gelangte. Kritik erfährt dabei vor allem auch die zwar nicht vollständig rezipierte, aber in der Schweizer Literatur gleichwohl immer wieder vorkommende Ermessensfehlertrias von Ermessensüberschreitung, Ermessensmissbrauch und Ermessensunterschreitung. Der Autor weist zu Recht darauf hin, dass in der schweizerischen Verwaltungsrechtsdogmatik auf diese Kategorisierung durchaus verzichtet werden könnte, lassen sich doch alle damit erfassten Ermessensfehler entweder als Rechtsverletzungen, als Verstösse gegen allgemeine Verwaltungsrechtsprinzipien oder als Willkür qualifizieren.

Schindler will daher «weg von (diesen) überflüssigen Ermessensfehlern» (These 3 seiner drei Schlussthesen). Er plädiert für einen «einheitlichen Ermessensbegriff» (These 1), der sich nicht im Sinne einer Schwarz-weiss-Codierung vom Rechtsbegriff unterscheidet, sondern «hin zu einer differenzierenden Typologie» (These 2) führen soll. Aufgrund der Beobachtung von Verhaltensmustern in der Praxis be-

zeichnet Schindler das Anpassungsermessen, das Sachverständigenermessen, das politische Ermessen und das Managementermessen als solche, die Binärcodierung Recht/Ermessen relativierende Ermessenstypen. Diese Typologie orientiert sich an den Ermessenzwecken, an der finalité des Gestaltungsspielraums, welcher der Verwaltung vom Gesetzgeber eingeräumt wird. Ziel ist es nicht, damit neue Begriffskategorien zu schaffen und die herkömmliche Unterscheidung von Recht und Ermessen aufzugeben. Schindler schlägt vielmehr eine beschreibende, orientierende und ordnende Typisierung von Fallgruppen vor, die – wie eine kartographisch erfasste Hügellandschaft – Transparenz und Übersicht schaffen soll. Dadurch sollen Defizite aufgedeckt werden können, die sich allenfalls de lege ferenda beseitigen lassen.

Anhand eines Beurteilungsrasters, das sich an der Steuerungssicht des Gesetzgebers, der Handlungsperspektive der Verwaltung und der Optik kontrollierender Behörden, namentlich der Gerichte, ausrichtet, unterzieht der Autor die fünf Ermessenstypen einer vertieften, praxisorientierten Analyse. Um nur ein Ergebnis daraus herauszugreifen, gelangt etwa Schindler beim Typus des Einzelfallermessens zum Schluss, dass sich dieses auf der Handlungsebene der Verwaltung einer normativen Verdichtung durch Verordnungsgebung entzieht, weil dadurch dem Ermessenszweck der Einzelfallabwägung widersprochen würde. Nach herkömmlicher Diktion käme dies einer Ermessensunterschreitung gleich. Im Unterschied dazu sind, wie Schindler feststellt, in den Fällen des Anpassungs- und der Sachverständigenermessens jedoch normative Verdichtungen auf Verordnungsebene durchaus sinnvoll und üblich.

Mit seiner ausgezeichneten und überdies leicht lesbaren Arbeit hat Benjamin Schindler einen bemerkenswerten Beitrag zum besseren Verständnis der verwaltungsrechtlichen Ermessenslehre verfasst. Die Stärken der Arbeit liegen vor allem in der kritischen Analyse und differenzierenden Systematisierung der Ermessenspraxis. Sie liefert ihr damit wichtige und weiterführende Impulse.

Felix Hafner

NEUERSCHEINUNGEN

Christopher Boog, Die Durchsetzung einstweiliger Massnahmen im internationalen Schiedsverfahren, Aus schweizerischer Sicht, mit rechtsvergleichenden Aspekten, Zürcher Dissertation 2010, Schulthess Juristische Medien, 2011, 440 S., br., sFr. 84.–.

Christoph Bürki, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Eine Untersuchung zum Verhältnis gerichtsorganisation- und verfahrensbezogener Gesetzmässigkeit und Prozesswirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Bund und im Kanton Bern, Berner Dissertation, Stämpfli Verlag AG, 2011, 423 S., br., sFr. 94.–.

Sabrina Carlin, Etude de l'article 473 CC, Spécialement les problèmes liés à la quotité disponible, Lausanner Dissertation, Schulthess Juristische Medien, 2011, 534 S., br., sFr. 100.–.

Vitus Derungs, Ausbildungsentschädigung im Fussball und Eishockey, Eine Betrachtung der Bestimmungen über die Ausbildungsentschädigung im organisierten internationalen und schweizerischen Fussball- und Eishockeysport, Zürcher Dissertation, Stämpfli Verlag AG, 2011, 314 S., br. sFr. 92.–.

Kaspar Fierz, Immobilienökonomie und Bewertung von Liegenschaften, Schulthess Juristische Medien, 2011, 870 S., geb., sFr. 258.–.

Peter Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Schulthess Juristische Medien, 2011, 530 S., geb., sFr. 124.–.

Stephan Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Schulthess Juristische Medien, 2011, 718 S., geb. sFr. 98.–.

Philipp Geertsen, Das Komplementärrentensystem der Unfallversicherung zur Koordination von UVG-Invalidenrenten mit Rentenleistungen der I. Säule (Art. 20 Abs. 2 UVG), St. Galler Dissertation, Dike Verlag AG, 2011, 394 S., br., sFr. 78.–.

Roger Groner, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Stämpfli Verlag AG, 2011, 356 S., br., sFr. 86.–.

José Hutardo Pozo/Olivier Thormann (Hrsg.), Droit pénal économique, Schulthess Juristische Medien, 2011, 646 S., br., sFr. 105.–.

Rita Jedelhauser, Das Tier unter dem Schutz des Rechts, Die tierethischen Grundlagen eines rechtlichen Schutzmodells für das tierschutzrechtliche Verwaltungshandeln, Basler Dissertation, 2008, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, 302 S., br., sFr. 68.–.

Martin Kaiser, Sportrecht – Berücksichtigung der Interessen des Sports in der Rechtsordnung, Basler Dissertation, Editions Weblaw Bern, 2011, 271 S., br., sFr. 98.–.