Universität St.Gallen

Benjamin Schindler

Verwaltungsermessen:
Versuch einer Typologie aus juristischer Sicht

Interdisziplinärer Workshop an der Universität Potsdam vom 20. Februar 2015





Verwaltungsermessen (Übersicht)

1. Genese des Ermessensbegriffs im Verwaltungsrecht
2. »Klassische« juristische Ermessenslehre
3. Differenzierende Typologie des Ermessens
4. Konsequenzen einer Typologie

1. Genese des Ermessensbegriffs im Verwaltungsrecht

§. 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 Verwaltungsgerichtshofe 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:

c) 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)

1. Genese des Ermessensbegriffs im Verwaltungsrecht

»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

2. »Klassische« juristische Ermessenslehre

1. **Gerichtliche Kontrollperspektive:** Wie weit muss bzw. darf die gerichtliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeit gehen?
2. **Wenn Perspektive des Gesetzgebers, dann**
   a) normative Offenheit als Ausdruck gesetzgeberischen Versagens oder Unvermögens (Ermessen als Störfall);
   b) Fokussierung auf Eingrenzung der normativen Offenheit (Ermessen als Abweichung vom Legalitätsprinzip; Metapher vom trojanischen Pferd des Rechtsstaats);
   c) Ermessen als Mittel zur Ermöglichung von Einzelfallgerechtigkeit (wie im Straf- und Zivilrecht).
3. **Dichotomische Unterscheidung Recht/Ermessen** (präexistente Gegebenheit, Schwarzweissdenken)
4. **Anknüpfen an Normstrukturen** (Tatbestand/Rechtsfolge)
5. **Föderalismusblindheit**

3. Differenzierende Typologie des Ermessens

Massgebend ist, welchen *Zweck* der Gesetzgeber mit der Offenheit verfolgt und wer zur konkretisierenden Ausfüllung dieser Offenheit besser *geeignet* ist (Verwaltung oder Gerichte):

Einzelfallermessen: Bezweckt eine Individualisierung des gesetzgeberischen Normprogramms, d.h. eine Umsetzung, die dem Einzelfall angemessen ist.

Anpassungsermessen: Bezweckt eine Flexibilisierung des gesetzgeberischen Normprogramms, d.h. eine Umsetzung, die sich wandelnden Umständen situationsgerecht anpassen lässt.

Sachverständigenermessen: Bezweckt den Einbezug spezialisierten Sachverstands bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms.

Politisches Ermessen: Bezweckt die politisch gestaltende Fortsetzung und Ergänzung des gesetzgeberischen Normprogramms.

Managementermessen: Bezweckt die wirtschaftliche (effiziente und effektive) Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms.

3. Differenzierende Typologie des Ermessens

Beispiel 1 (Einzelfallermessen):

Art. 16 AVIG (Zumutbare Arbeit)*

[1] Der Versicherte muss zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen.
[2] Unzumutbar und somit von der Annahmepflicht ausgenommen ist eine Arbeit, die:

a. […];
b. nicht angemessen auf die Fähigkeiten oder auf die bisherige Tätigkeit des Versicherten Rücksicht nimmt;
c. dem Alter, den persönlichen Verhältnissen oder dem Gesundheitszustand des Versicherten nicht angemessen ist;
d. […]

* (schweizerisches) Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982 (SR 837.0)

3. Differenzierende Typologie des Ermessens

Beispiel 2 (Anpassungsermessen):

Art. 22 AVIG (Höhe des Taggeldes)

[1] Ein volles Taggeld beträgt 80 Prozent des versicherten Verdienstes. Der Versicherte erhält zudem einen Zuschlag, der den auf den Tag umgerechneten gesetzlichen Kinder- und Ausbildungszulagen entspricht, auf die er Anspruch hätte, wenn er in einem Arbeitsverhältnis stände. […].

[2] Ein Taggeld in der Höhe von 70 Prozent des versicherten Verdienstes erhalten Versicherte, die:

a. keine Unterhaltspflicht gegenüber Kindern unter 25 Jahren haben;

b. ein volles Taggeld erreichen, das mehr als 140 Franken beträgt; und

c. […].

[3] Der Bundesrat passt den Mindestansatz nach Absatz 2 Buchstabe b in der Regel alle zwei Jahre auf Beginn des Kalenderjahres nach den Grundsätzen der AHV an.

3. Differenzierende Typologie des Ermessens

Beispiel 3 (Anpassungsermessen):

Art. 16 AVIG (Zumutbare Arbeit)

[1] Der Versicherte muss zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen.
[2] Unzumutbar und somit von der Annahmepflicht ausgenommen ist eine Arbeit, die:

a. den berufs- und ortsüblichen, insbesondere den gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Bedingungen nicht entspricht;
b. […]

3. Differenzierende Typologie des Ermessens

Beispiel 4 (politisches Ermessen):

Art. 32 AVIG (Anrechenbarer Arbeitsausfall [sog. Kurzarbeitsentschädigung])

[1] Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er:
a. auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und
b. je Abrechnungsperiode mindestens 10 Prozent der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden. […]

Art. 33 AVIG (Nicht anrechenbarer Arbeitsausfall)

[1] Ein Arbeitsausfall ist nicht anrechenbar:
a. wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören; […]

3. Differenzierende Typologie des Ermessens



- 06.09.2011 bis 15.01.2015: SNB legt Mindestkurs von CHF 1.20/€ fest
- Seit 15.01.2015: keine Kursanbindung mehr (Kurs bei ca. CHF 1.06/€)

3. Differenzierende Typologie des Ermessens

Beispiel 5 (Managementermessen):

Art. 85b AVIG (Regionale Arbeitsvermittlungszentren)

[1] Die Kantone richten Regionale Arbeitsvermittlungszentren ein. Sie übertragen ihnen Aufgaben der kantonalen Amtsstelle. Sie können ihnen die Durchführung der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung nach Artikel 17 Absatz 2 übertragen.

[2] Die Arbeitsvermittlungszentren können zur Erfüllung ihrer Aufgaben Private beiziehen.

[3] Die Kantone melden der Ausgleichsstelle die dem regionalen Arbeitsvermittlungszentrum übertragenen Aufgaben und Kompetenzen.

[…]

4. Konsequenzen einer Typologie

Verwaltungsermessen ist kein Freipass für das Entscheiden nach Belieben, sondern die Übertragung einer Gestaltungskompetenz, die **verantwortungsvoll** wahrgenommen werden muss («pflichtgemässe» Ermessensausübung).

Die Ermessensausübung soll in einem **strukturierten Prozess** stattfinden:

a. Strukturierung durch Behördenorganisation und Personalauswahl

b. Strukturierung durch Verfahren

c. Strukturierung durch normative Verdichtung

⇨ **Je nach Ermessenstyp** kann eine andere Struktur richtig sein.

4. Konsequenzen einer Typologie

a. Strukturierung durch Behördenorganisation und Personalauswahl

- **Einzelfallermessen:** Ausgewogene Interessenabwägung und »Mehraugenprinzip« durch die Mitwirkung von tripartiten Kommissionen (paritätisch zusammengesetzt aus Vertretern von Arbeitgebern, Arbeitnehmern und Arbeitsmarktbehörden; vgl. Art. 85*d* AVIG): generelle Beratung der RAV und Zustimmung zu besonders einschneidenden Einzelentscheidungen der RAV.
- **Sachverständigenermessen:** Sicherstellung von besonderem Sachverstand durch Ausbildungsvorgaben des Bundes (vgl. Art. 85*b* Abs. 4 AVIG und Art. 119b AVIV).
- **Politisches Ermessen:** Wahrnehmung politischer Richtungsentscheidungen durch demokratisch legitimierte Organe: Bundesrat (Gesamtregierung) oder zuständigen Departementsvorsteher (Minister).

4. Konsequenzen einer Typologie

b. Strukturierung durch Verfahren

- **»Ermessens«spielräume der Kantone:**
  - Förderung der interkantonalen und interinstitutionellen Zusammenarbeit durch den Bund (Art. 85*e* und 85*f* AVIG).
  - Durch freiwillige Kooperation der Arbeitsmarktbehörden von Bund und Kantonen im Rahmen des seit 1903 bestehenden Verbands Schweizerischer Arbeitsmarktbehörden (VSAA): Arbeitsmarktbehörden als »Verwaltungsverbund« im kooperativen Föderalismus.

4. Konsequenzen einer Typologie

c. Strukturierung durch normative Verdichtung

- **generell-abstrakte Durchregulierung** des Ermessens mittels Verwaltungsverordnung, Merkblatt, Reglement, Weisung, Kreisschreiben etc. kann im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sein, so beim Sachverständigen- und Anpassungsermessen sowie beim polit. Ermessen (Bsp. Weisungen betr. Handhabung der Kurzarbeitsentschädigung)
- **ABER: Gefahr der Ermessensunterschreitung** dort, wo den Einzelumständen Rechnung getragen werden soll.





