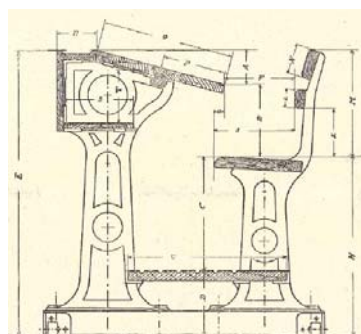
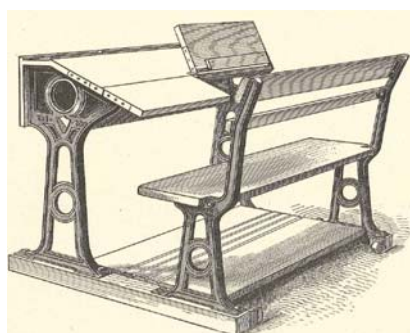




Benjamin Schindler

Verwaltungsermessen – Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung

Referat für das «Juristische Netzwerk Stadt Zürich», 30. Oktober 2013



Übersicht

1. Ermessen – zur Problematik
2. «Traditioneller» Zugang zur Ermessensproblematik
3. Ermessen als Gestaltungsmittel des Gesetzgebers
4. Ermessen als Gestaltungskompetenz der Verwaltung

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

1. Ermessen – zur Problematik



Rechtsetzung



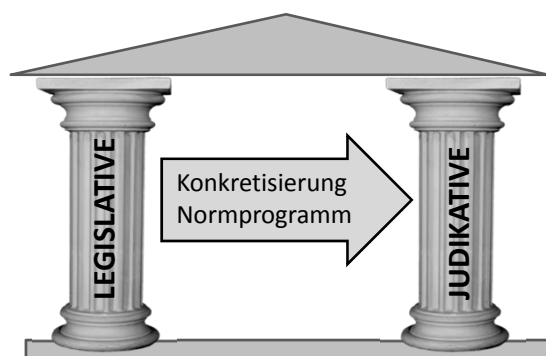
Rechtsanwendung



Rechtsprechung

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

1. Ermessen – zur Problematik



Rechtsetzung

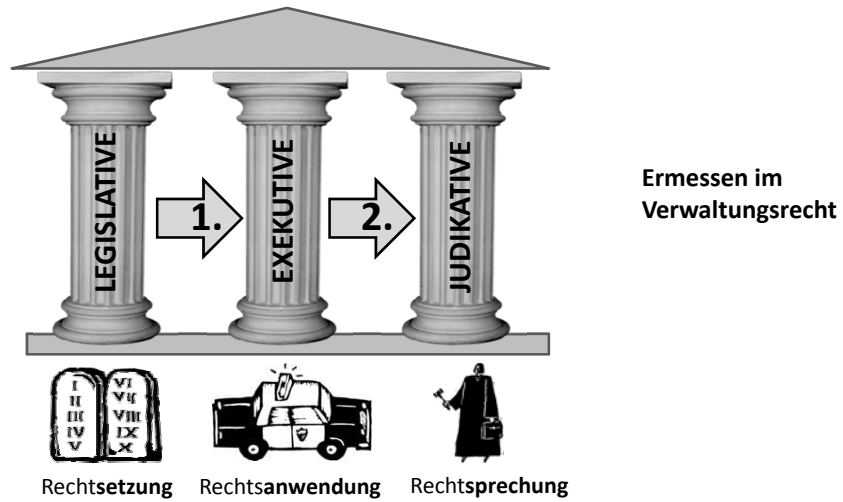


Rechtsanwendung und Rechtsprechung

Ermessen im Zivil- und Strafrecht

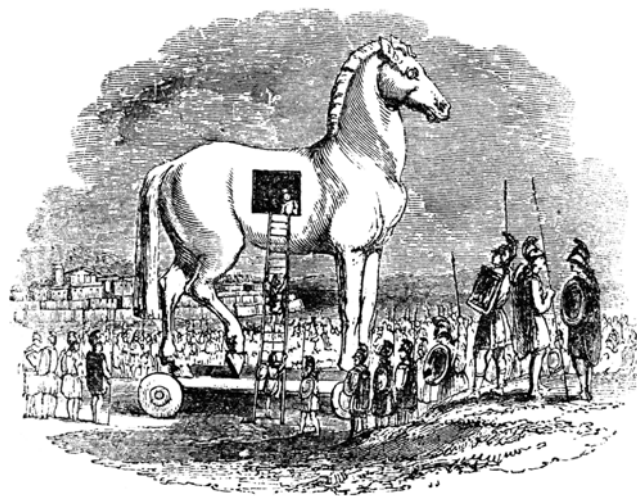
Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

1. Ermessen – zur Problematik



Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

2. «Traditioneller» Zugang zur Ermessensproblematik



Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

2. «Traditioneller» Zugang zur Ermessensproblematik

1. Gerichtliche Kontrollperspektive: Wie weit muss bzw. darf die gerichtliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeit gehen?
2. Anknüpfen an Normstrukturen (Tatbestand/Rechtsfolge)
3. Wenn Perspektive des Gesetzgebers, dann
 - a) normative Offenheit als Ausdruck gesetzgeberischen Unvermögens;
 - 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 Zivil- und Strafrecht)
4. Wenn Perspektive der Verwaltung, dann
 - a) Reduktion der Rolle der Verwaltung auf blosse Gesetzesvollziehung;
 - b) unter der Grundannahme, dass die Verwaltung dazu tendiert, ihr Ermessen zu überschreiten oder zu missbrauchen.

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

2. «Traditioneller» Zugang zur Ermessensproblematik

«Ja, es bleibt zu überdenken, ob die Lehre von der Verwaltung als «Gesetzesvollziehung» [...] nicht sogar gefährlich werden könnte. [...] Verwaltung ist ja «nur» Gesetzesvollziehung. Sie hat selber für nichts einzutreten, kann sich «hinter» das Gesetz zurückziehen. Der der Verwaltung aufgetragene Rechtskonkretisierungsauftrag, von dessen Verwirklichung im modernen Staate Entscheidendes abhängt (auch bei der bestausgestalteten Verwaltungsgerichtsbarkeit), kann nicht ins Bewusstsein treten. Gerade der verantwortungswillige Verwaltungspraktiker muss seinen Auftrag von der Verwaltungsrechtslehre unverstanden sehen [...].»

Richard Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

3. Ermessen als Gestaltungsmittel des Gesetzgebers

«Indem daher der Gesetzgeber bei der Begründung und Ausgestaltung öffentlicher Rechtsverhältnisse das freie Ermessen der Behörde mitwirken lässt, fügt er den unverbrüchlichen Rechtsätzen ein bewegliches Element bei, das die Behörde in den Stand setzt, ihre Verfügungen den wechselnden Bedürfnissen des Lebens anzupassen.»

Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1911

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

3. Ermessen als Gestaltungsmittel des Gesetzgebers

Zunehmende Ausdifferenzierung der gesetzgeberischen Motive:

- Möglichkeit, «den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen» (Einzelfallermessen)
- Einsicht, dass in gewissen Bereichen «die Verwaltungsbehörden allein sachverständig sind» (Sachverständigenermessen)
- Einsicht, dass die rechtsanwendende Verwaltung «unter den wandelbaren Anschauungen ihrer Zeit und ihres Ortes stehen wird» (Anpassungsermessen)
- Absicht, «Raum zu schaffen für die Erzielung eines möglichst grossen Ertrags», wo der Staat öffentliche Unternehmen nach wirtschaftlichen Kriterien betreibt (Anstaltsermessen)

Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

4. Ermessen als Gestaltungskompetenz der Verwaltung

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
- b. Strukturierung durch Personalauswahl und Ausbildung
- c. Strukturierung durch Verfahren
- d. Strukturierung durch normative Verdichtung

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

4. Ermessen als Gestaltungskompetenz der Verwaltung

a. Strukturierung durch **Behördenorganisation**:

- Interdisziplinarität durch Behördenorganisation (z.B. Beschaffungskommission für neues Schulmobiliar, Bewilligung von Forschungsgesuchen durch eine Ethikkommission)
- Interessenausgleich durch Behördenorganisation (z.B. Beurteilung von Härtefällen im Asylbereich durch eine Härtefallkommission mit Vertretern von Kirchen und Flüchtlingsorganisationen)
- Stärkung bestimmter Interessen durch Schaffung eigenständiger, aus der Zentralverwaltung ausgegliederter Behörden (z.B. Datenschutz oder Gleichstellung durch entsprechende Beauftragte, nukleare Sicherheit durch ENSI)

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

4. Ermessen als Gestaltungskompetenz der Verwaltung

b. Strukturierung durch **Personalauswahl und Ausbildung**:

- Sicherstellung der Eignung durch Selektion mit Blick auf fachliche Kompetenzen und persönliche Eigenschaften
- Sicherstellung von Diversität und interkulturellen Kompetenzen: Geschlechterverteilung, Sprachgemeinschaften (vgl. Art. 4 BPG)



- Gezielte und permanente Ausbildung (vgl. EGMR-Entscheidung *Makaratzis v. Greece*, 2004 betr. mangelhafte Polizeiausbildung)

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

4. Ermessen als Gestaltungskompetenz der Verwaltung

c. Strukturierung durch **Verfahren**:

- Strikte Beachtung der rechtsstaatlichen Minimalgarantien (Art. 29 BV): rechtliches Gehör, Akteneinsicht, Begründungspflicht, Ausstandspflicht etc. (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.5 S. 266 f.)
- Sicherstellung interdisziplinärer Richtigkeit durch fallweisen Beizug von Amtsberichten, Sachverständigengutachten etc. (vgl. § 7 Abs. 1 VRG ZH; Art. 7 NHG; Art. 10a-d USG)
- Erhöhung der Akzeptanz durch adressatengerechte Kommunikation: Höflichkeit, Verständlichkeit und (soweit angemessen) Empathie als Kommunikationsmaximen der öffentlichen Verwaltung – auch wenn Private sich nicht daran halten!

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

4. Ermessen als Gestaltungskompetenz der Verwaltung

d. Strukturierung durch **normative Verdichtung**:

- generell-abstrakte Durchregulierung des Ermessens mittels Verwaltungsverordnung, Merkblatt, Weisung, Kreisschreiben etc. kann im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sein, so beim Sachverständigen- und Anpassungsermessen (Bsp. Weisungen BAG betr. Lebensmittelsicherheit)

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

4. Ermessen als Gestaltungskompetenz der Verwaltung

d. Strukturierung durch **normative Verdichtung**:

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



4. Ermessen als Gestaltungskompetenz der Verwaltung

Beispiele von Ermessensunterschreitung:

- Führerausweisenzug darf nicht aufgrund schematischer Kriterien erfolgen, sondern nur nach Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls (BGE 118 Ib 518)
- Die Dauer der Einstellung der Anspruchsberechtigung für Arbeitslosengeld muss aufgrund des individuellen Verschuldens bemessen werden und darf nicht generell auf die Höchstdauer festgelegt werden (BGE 123 V 150)
- Ein Dozent darf bei einer Prüfung an der Universität nicht nur die Noten 3 und 5 erteilen, wenn die Notenskala 1 bis 6 beträgt (unpubl. Entscheid der Rekurskommission der Universität SG, 2011)
- Eine Fürsorgekommission darf die Übernahme der Kosten für ein Ferienlager nicht alleine deshalb ablehnen, weil das Gesuch nicht im Voraus, sondern erst im Nachhinein gestellt wurde (Urteil VB.2006.00146 des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 16.08.2006)

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)

4. Ermessen als Gestaltungskompetenz der Verwaltung

«6.3. Antrag

Der Antrag um Härtefallprüfung muss spätestens 7 Tage nach Abschluss der 5. Wartelisten-Runde des aktuellen Semesters schriftlich per Briefpost beim Studiensekretär eingereicht werden (es gilt das Datum des Poststempels; Beweis der Zustellung obliegt dem/der Studierenden). Nicht form- und fristgerecht eintreffende Anträge werden nicht berücksichtigt. Das Gesuch muss einen ausformulierten Antrag enthalten und es müssen sämtliche Beweismittel beigelegt werden. Es muss glaubhaft darlegt werden, weshalb alle in Punkt 6.2 genannten Prämissen erfüllt sind. [...]

Wer die Prämissen offensichtlich nicht erfüllt und trotzdem Antrag stellt, hat eine Umtriebsentschädigung von CHF 30 zu entrichten. Der Studiensekretär entscheidet abschliessend und in freier Kognition.»

Merkblatt Bidding Bachelor- und Master-Stufe der Universität St. Gallen, Herbstsemester 2013, Version Juli 2013 Seite 8/11

Referat Stadtverwaltung Zürich (30.10.2013)