

Benjamin Schindler

Dr. iur., Professor an der Universität St. Gallen

Verwaltungsermessen

Gestaltungskompetenzen
der öffentlichen Verwaltung
in der Schweiz



DIKE



Nomos

Inhaltsverzeichnis

Literatur	XV
Abkürzungen und Materialien	LXXIII
§ 1 Einleitung	1
I. Zur Methode	1
II. Zum Forschungsgegenstand	4
III. Zum Aufbau	5
Rückblick:	
Ermessenslehren im Wandel der Zeit	9
§ 2 Ermessensdogmatik in Österreich und Deutschland	11
I. Österreichische Wurzeln	11
1. Errichtung des k. k. Verwaltungsgerichtshofs (1875)	11
2. Ermessen als Nichtnachvollziehbarkeit durch Dritte (Bernatzik 1886)	14
3. Ermessen als freie Wahl von Rechtsfolgen (Tezner 1888/1924)	16
4. Ermessen als eigenverantwortliches <i>arbitrium</i> der Verwaltung (Lemayer 1895)	18
5. Ermessen als freie Zweckwahl (Laun 1910)	20
6. Würdigung im historischen Kontext	23
II. Überfeinerung und Erstarrung im Deutschland des 20. Jahrhunderts	26
1. Grundzüge der Entwicklung	26
2. Ermessen als bewegliches Gestaltungselement des Gesetzgebers (Fleiner 1911/28)	30
3. Ermessen als vom Gesetz gewollte Mehrdeutigkeit (Walter Jellinek 1913/28)	33
4. Ermessen als Ungewissheit über den Gesetzesinhalt (Scheuner 1928)	36
5. Ermessen als überflüssiges Relikt des liberalen Rechtsstaats (Maunz 1937)	39
6. Vollständige Verdrängung des Ermessens aus dem Tatbestand (Reuß 1953)	41
7. Beurteilungsspielräume (Bachof 1955), Vertretbarkeitslehre (Ule 1955) und Begriffshöfe (Jesch 1957)	43
8. Konsolidierung unter dem Grundgesetz	48
9. Würdigung im historischen Kontext	55
III. Außenseiterposition des Rechtspositivismus: <i>Kelsen</i> (1911) und <i>Merkel</i> (1927)	74
1. Ermessen als autonome Determinante der Rechtskonkretisierung	74
2. Würdigung im historischen Kontext	78
IV. Zwischenfazit und Überleitung	84

§ 3	Bruchstückhafter Transfer in die Schweiz	87
I.	Transfer in der Rechtslehre	87
	1. Zum Wissenschaftstransfer im Verwaltungsrecht	87
	2. Vom Wissenschaftstransfer geprägte Literatur	95
	3. Funktionaler Ansatz: <i>Imboden</i> (1966) und <i>Rhinow</i> (1979)	108
	4. Zwei Außenseiterpositionen: <i>Burckhardt</i> (1931/39) und <i>Giacometti</i> (1960)	116
II.	Niederschlag in der Rechtsetzung	124
	1. Gründe für den späten Ausbau der Verwaltungsgerichts- barkeit	124
	2. Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	147
III.	Niederschlag in der Rechtsprechung	161
	1. Verfassungsmäßige Rechte als traditioneller bundes- gerichtlicher Kontrollmaßstab	162
	2. Kein Bekenntnis zu einer bestimmten Ermessenslehre	167
	3. Bereichsspezifisch differenzierte Prüfungsdichte	178
	4. Beschränkte Bedeutung von Kognitionsvorschriften	179
	5. Föderalismus als überlagernde Problematik	182
IV.	Zwischenfazit und Überleitung	185
	Standortbestimmung:	
	Kritik und Notwendigkeit einer Neuorientierung	187
§ 4	Kritik an der herrschenden Dogmatik	189
I.	Überdogmatisierung durch die Fokussierung auf Normstrukturen	189
	1. Normstrukturen aus Sicht der Rechtsetzung	189
	2. Normstrukturen aus Sicht der Rechtsanwendung	195
	3. Ein erster Seitenblick aus rechtsvergleichender Perspektive	199
	4. Ein zweiter Seitenblick aus zivilrechtlicher Perspektive	203
II.	Überdogmatisierung durch eine für die Schweiz verzichtbare Ermessensfehlerlehre	207
III.	Fehlende Ausdifferenzierung durch kategoriale Alternativen statt gradueller Zuordnungen	209
	1. Ewige Suche nach einer scharfen Trennlinie	209
	2. Fragwürdiges Ideal der einzig richtigen Lösung	210
	3. Von der schwarzweißen Binärcodierung zur farbigen Typologie	212
IV.	Fehlende Ausdifferenzierung durch Überbetonung der gerichtlichen Kontrollperspektive	214
	1. Justizzentriertheit	215
	2. Ausblenden der Steuerungs- und Handlungsperspektive	217
V.	Rechtstransfer als missglückter <i>legal transplant</i> ?	220
VI.	Zwischenfazit und Überleitung	224

§ 5	Notwendigkeit einer Ermessenskonzeption im Verwaltungsrecht	227
I.	Verzicht auf den Ermessensbegriff als Radikallösung?	227
II.	Ermessen als soziales Phänomen	228
	1. Aus Sicht der Verwaltungssteuerung	230
	2. Aus Sicht des Verwaltungshandelns	232
	3. Aus Sicht der Verwaltungskontrolle	233
	4. Gefahren verzerrter Wahrnehmung	234
III.	Verankerung im positiven Recht	237
IV.	Zwischenfazit und Überleitung	238
Ausblick:		
	Ein möglicher Beitrag zur Neuorientierung	239
	Vorbemerkung	241
§ 6	Verfassungsrechtlicher Rahmen	243
I.	Demokratie	243
	1. Zur Gefahr von Verkürzungen durch ein Legitimationsmonopol des Gesetzes	245
	2. Vielfalt demokratischer Legitimationsquellen als Ausgangspunkt	248
	3. Bedeutung und Grenzen der Legitimation durch gesetzliche Steuerung	250
	4. Legitimation durch Betroffenenpartizipation	257
	5. Personale Legitimation	262
	6. Legitimation durch Repräsentativität	265
	7. Weitere Elemente demokratischer Legitimation	270
II.	Föderalismus	272
	1. Delegierter Vollzug von Bundesrecht als Grundtypus	273
	2. Das Bundesgericht zwischen Wahrung der Rechtseinheit und Anerkennung eines «Subsidiaritätsermessens»	274
III.	Gewaltenteilung	276
	1. Korsett der «klassischen» Gewaltenteilungslehre	277
	2. Machtgliederung zur Machtbegrenzung	284
	3. Machtgliederung zur Machteffektuiierung	289
IV.	Gesetzmäßigkeit	295
V.	Verhältnismäßigkeit	298
VI.	Grundrechte	305
	1. Allgemeine Bedeutung der Grundrechte für das Verwaltungsermessen	305
	2. Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)	307
VII.	Zwischenfazit und Überleitung	312
§ 7	Verwaltungsermessen: Eine Typologie	315
I.	Vorbemerkungen	315
	1. Warum eine <i>Typologie</i>	315

2.	Warum eine Typologie nach dem <i>Ermessenszweck</i>	316
3.	Denken in verschiedenen Ebenen	318
4.	Verzicht auf überflüssige Begriffskategorien	318
II.	Einzelfallermessen	321
1.	Steuerungsebene	321
2.	Handlungsebene	322
3.	Kontrollebene	327
III.	Anpassungsermessen	330
1.	Steuerungsebene	330
2.	Handlungsebene	333
3.	Kontrollebene	337
IV.	Sachverständigenermessen	341
1.	Steuerungsebene	341
2.	Handlungsebene	343
3.	Kontrollebene	350
V.	Politisches Ermessen	363
1.	Vorbemerkung: Zur Verwaltungstätigkeit als politischer Gestaltungsaufgabe	363
2.	Steuerungsebene	368
3.	Handlungsebene	370
4.	Kontrollebene	377
VI.	Managementermessen	388
1.	Vorbemerkung: Zur Verwaltungstätigkeit als Management- aufgabe	388
2.	Steuerungsebene	394
3.	Handlungsebene	397
4.	Kontrollebene	399
VII.	Zwischenfazit	404
	Zusammenfassende Kernthesen	407
	These 1: Zurück zu einem einheitlichen Ermessensbegriff	407
	These 2: Hin zu einer differenzierenden Typologie	408
	These 3: Weg von überflüssigen Ermessensfehlern	409
	Résumé	412
	Thèse 1: Retour à une notion univoque de la liberté d'appréciation	412
	Thèse 2: Vers une typologie différenciée	413
	Thèse 3: Dépassez la doctrine des vices de l'exercice du discrétionnaire	414
	Tabellarische Übersicht der Ermessenstypen	417
	Sach-, Personen- und Ortsregister	419