



# **Symposium** **René Rhinow**

**Publikation**

**Rechtsverwirklichung**

**Schweiz in Europa**

**Freiheit und Demokratie**

# Symposium René Rhinow

Begleitpublikation zum Symposium René Rhinow  
vom 16. Juni 2023 in Münchenstein bei Basel.

Auf der Internetseite des Verlags Baselland können  
die Vorträge, Bilder sowie die Videoaufzeichnung des  
Symposiums eingesehen werden.



[www.verlagbaselland.ch/symposiumrenerhinow](http://www.verlagbaselland.ch/symposiumrenerhinow)

Verlag Baselland

## Rechtsverwirklichung

- 10 Impuls: Prof. Dr. Daniela Thurnherr  
*Ermessen als «Schlüsselbegriff einer gewaltenverbindenden Zuweisung von Konkretisierungskompetenzen im Rahmen des Rechtsverwirklichungsvorgangs»*
- 16 Lokaloptik: Dr. Noah Birkhäuser Schucan  
*Gedanken zur Rechtsdurchsetzung im Kanton Basel-Landschaft*
- 20 Gedanken zur Rechtsverwirklichung:  
Prof. em. Dr. René Rhinow

## Schweiz in Europa

- 28 Impuls: Dr. Paul R. Seger  
*Die Schweiz in Europa – von aussen gesehen*
- 32 Lokaloptik: Nationalrat Eric Nussbaumer  
*Stillstand in der Europapolitik überwinden.  
Der Beitrag der Nordwestschweiz*
- 40 Bemerkungen zu Schweiz und Europa:  
Prof. em. Dr. René Rhinow

## Freiheit und Demokratie

- 48 Impuls: Prof. em. Dr. Roger Blum  
*Demokratie (und Freiheit) in Bedrängnis*
- 54 Lokaloptik: Nationalrätin Florence Brenzikofer  
*Interessenausgleich – wie sich Dilemmas lösen lassen*
- 60 Bemerkungen zu Freiheit und Demokratie:  
Prof. em. Dr. René Rhinow
- 66 Dankeswort René Rhinow
- 68 Personenverzeichnis
- 73 Dank
- 74 Abbildungs- und Literaturverzeichnis

# Symposium

# René Rhinow





# Rechtsver- wirklichung

# Impuls

**Ermessen als «Schlüsselbegriff einer  
gewaltenverbindenden Zuweisung von  
Konkretisierungskompetenzen im  
Rahmen des Rechtsverwirklichungsvorgangs»<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> René Rhinow, Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken, recht 1 (1983), S. 41-53, 83-94, 94.

Lieber René  
Sehr geehrte Damen und Herren

Es ist mir eine grosse Freude, am heutigen Symposium zu Ehren von René Rhinow einen Beitrag leisten zu können.

Der erste Block des heutigen Nachmittags befasst sich mit der «Rechtsverwirklichung» als Kernthema des Staats- und Verwaltungsrechts. René Rhinow hat sich in seiner wissenschaftlichen und praktischen Tätigkeit eingehend mit der Rolle der verschiedenen Gewalten auseinandergesetzt und die Funktionen von Recht und Politik im Kontext der Rechtsverwirklichung beleuchtet. Sein – wie er es selber bezeichnet – «lange[r] Marsch durch alle drei Gewalten»<sup>1</sup> hat es ihm ermöglicht, das Verhältnis zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung nicht nur wissenschaftlich zu reflektieren, sondern auch praktisch mitzugestalten.

In meinem Beitrag möchte ich einige Schlaglichter auf die Rollen der drei Staatsgewalten bei der Rechtsverwirklichung werfen. Bei der Klärung der Frage, «wer im Rechtsstaat was, gegenüber wem, in welchen Formen, in welchem Verfahren und mit welcher Wirkung «regelt», d. h. auch regeln kann und auch regeln soll»<sup>2</sup>, kommt dem Begriff des Ermessens zentrale Bedeutung zu. René Rhinow hat das Ermessen in einem Aufsatz aus dem Jahr 1983 treffend als «Schlüsselbegriff einer gewaltenverbindenden Zuweisung von Konkretisierungskompetenzen im Rahmen des Rechtsverwirklichungsvorgangs» bezeichnet.

Betrachten wir zunächst die Rolle des Gesetzgebers:

Die Aufgabenteilung zwischen dem Gesetzgeber und der Regierung bzw. der Verwaltung ist im Grundsatz klar: Der Gesetzgeber regelt die fundamentalen Fragen, während deren Konkretisierung und Vollzug Regierung und Verwaltung obliegt. Ergänzt wird dieses Bild durch verschiedene Erscheinungen, die teilweise eher neueren Datums sind. Ich verweise auf deren drei:

Erstens: Covid-19 und die Stromkrise haben bekanntlich die exekutive Rechtsetzung befeuert. Inwieweit die Exekutive in Krisenzeiten effektiv zur Normsetzung legitimiert ist, wird mitunter kontrovers diskutiert.

Zweitens: Was die Art und Weise der Rechtsetzung betrifft, hat der Bundesgesetzgeber insbesondere im Asylrecht, aber auch in der Invalidenversicherung in jüngerer Zeit ab und an zum Mittel der experimentellen Rechtsetzung gegriffen. Der Verwaltung oblag dabei die Evaluation der Gesetzesfolgen im Hinblick auf die Klärung, ob der eingeschlagene Weg weitergeführt werden soll.

Und drittens ist zu erwähnen, dass der Gesetzgeber nicht nur über die Arbeitsteilung gegenüber Regierung und Verwaltung befindet, sondern mitunter auch gegenüber den Privaten. Dies ist dann der Fall, wenn er – wie etwa im Umweltrecht, in der Finanzmarktregulierung oder beim Konsumentenschutz – der gesteuerten Selbstregulierung Raum lässt.

1 René Rhinow, *Recht im politischen Prozess, Beiträge zu Institutionen und Reformen im demokratischen Verfassungsstaat*, Basel 2017, S. 3.

2 René Rhinow, *Rechtsetzung und Methodik: Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Habil. Basel, Basel/Stuttgart, S. 244.

Diese Phänomene sollen vorliegend nicht vertieft werden. Im Fokus stehen vielmehr die Spielräume, die der Gesetzgeber Regierung und Verwaltung einräumt. Bei deren Formulierung ist er an die Verfassung gebunden, insbesondere an das Legalitäts- und das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV). Zudem hat er den spezifischen Funktionen der Gewalten Rechnung zu tragen.

Ich möchte anhand von zwei Beispielen die unterschiedlichen Hintergründe exekutiver Gestaltungsspielräume veranschaulichen.

Zunächst ein Beispiel aus dem Migrationsrecht: Das Ausländer- und Integrationsgesetz des Bundes erlaubt es den Migrationsbehörden, im Einzelfall von den Zulassungsvoraussetzungen abzuweichen, um schwerwiegenden persönlichen Härtefällen Rechnung zu tragen (Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG). Damit soll Einzelfallgerechtigkeit ermöglicht werden.

Demgegenüber sind die Spielräume, die der Verwaltung etwa im Umweltrecht eingeräumt werden, regelmässig in der Technizität der Regelungsmaterie begründet.

Veranschaulichen lässt sich dies anhand von Art. 11 Abs. 2 USG zum vorsorglichen Immissionschutz. Demnach sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Der Verordnungsgeber hat diese Bestimmung in der Luftreinhalte- und der Lärmschutzverordnung zwar weiter konkretisiert, auch jene Normen belassen den Verwaltungsbehörden indes einen Konkretisierungsspielraum.

Aufgrund des in Art. 190 BV verankerten Anwendungsgebots für Bundesgesetze ist das Bundesgericht primär bezüglich kantonaler Gesetze mit der Frage adäquater Entscheidungsspielräume befasst. Im Zentrum steht dabei regelmässig die genügende Bestimmtheit freiheitsbeschränkender Erlasse – so etwa in einem Fall betreffend das Zürcher Polizeigesetz, welches die Polizei ohne nähere Spezifizierung an öffentlich zugänglichen Orten generell zur Erstellung von Bild- und Tonaufnahmen ermächtigte.<sup>3</sup>

Bei Bundesgesetzen ist es primär Aufgabe der Wissenschaft, sich kritisch mit Spielräumen auseinanderzusetzen. Dass diese nicht durchwegs überzeugen, lässt sich am Beispiel der 2. Etappe der Revision des Raumplanungsgesetzes veranschaulichen, die derzeit in Beratung ist. Dieses Beispiel zeigt, dass bisweilen Spielräume offengelassen werden, die sich nicht mit der Eignung der Gewalten begründen lassen, sondern der politischen Kompromissfindung geschuldet und letztlich der Rechtssicherheit abträglich sind.

Zu geringe Spielräume sind demgegenüber seltener. Solche liegen primär dann vor, wenn eine Regelung nicht genügend Raum für Verhältnismässigkeitsüberlegungen belässt. Spezifische Fragen stellen sich bei der Umsetzung von Volksinitiativen, deren Urheber bestrebt sind, sowohl den nachgelagerten politischen Prozess als auch die Rechtsanwendung mittels möglichst detailliert formulierter Initiativtexte in enge Bahnen zu lenken. Hier obliegt es bisweilen dem Gesetzgeber, den rechtsanwendenden Behörden mittels entsprechender Umsetzungsbestimmungen die gebotenen Spielräume zu eröffnen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht unterschiedliche Gesichtspunkte massgeblich dafür sind, welche Spielräume der Regierung und der Verwaltung einzuräumen sind. Der Gesetzgeber ist gehalten, den Bestimmtheitsgrad von Normen reflektiert und unter Berücksichtigung auch der Eignung der verschiedenen Gewalten festzulegen.

---

<sup>3</sup> BGE 136 I 87.

## Ermessen

Ich komme nun zum Verhältnis zwischen der Exekutive und der Judikative. Angesprochen ist die Frage, ob die Verwaltung bei der Ausfüllung von Spielräumen ein Letztentscheidungsrecht beansprucht bzw. inwiefern eine gerichtliche Überprüfung möglich ist.

Die Schranken der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheiden geniessen seit jeher grosse Aufmerksamkeit in der Verwaltungsrechtswissenschaft. Als herrschende Lehre gilt nach wie vor die vom deutschen Recht beeinflusste Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen. Diese ist bedeutsam für die Reichweite des Rechtsschutzes durch Verwaltungsgerichte: Während die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe als Rechtsfragen von Verwaltungsgerichten überprüft werden kann, sind lediglich qualifizierte Ermessensfehler als Rechtsfehler anerkannt und gerichtlich überprüfbar. Eine Angemessenheitskontrolle steht den Gerichten demgegenüber nur zu, soweit sie explizit damit betraut sind. Letzteres ist auf Bundesebene bekanntlich beim Bundesverwaltungsgericht der Fall.<sup>4</sup>

René Rhinow hat in seinem eingangs erwähnten Beitrag die Unterscheidung zwischen Auslegung und Ermessensausübung in Frage gestellt. Recht und Ermessen werden nicht als Gegensatz verstanden; vielmehr beinhaltet der Ermessensbegriff eine Aussage über die Zuständigkeit zur Konkretisierung offener Normen. Dieser Ansatz wurde in der Literatur rezipiert und weiterentwickelt, am prominentesten von Benjamin Schindler in seiner 2010 erschienenen Habilitationsschrift zum Verwaltungsermessen.<sup>5</sup>

Die neuere Lehre verzichtet auf die Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen ebenso wie auf die Typologie der Ermessensfehler und stützt sich auf einen einheitlichen Ermessensbegriff. Für die Frage der Überprüfbarkeit von Ermessensentscheiden setzt sie beim Zweck der offenen Normierung und bei den Funktionen der Behörden an. Eine zentrale Rolle spielt dabei die Eignung der Verwaltungsgerichte und der Verwaltungsbehörden zur Beurteilung der sich stellenden Ermessensfrage.

Unterschieden wird zwischen verschiedenen Ermessenstypen: Dient das Ermessen dazu, Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen, besteht kein Grund für eine beschränkte richterliche Überprüfung, weil sich hier keine Fragen stellen, die die Verwaltungsgerichte weniger gut beurteilen können als die Verwaltungsbehörden. Anders verhält es sich, wenn das Ermessen bezweckt, die Anpassung von Entscheidungen an veränderte Verhältnisse zu erleichtern, Fachwissen für die Rechtsanwendung fruchtbar zu machen oder politischen bzw. wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen. In diesen Konstellationen sind die Verwaltungsgerichte nicht zu einer umfassenden Prüfung geeignet, weil sie die notwendigen politischen Interessenbeurteilungen nicht vornehmen können oder nicht über den erforderlichen Sachverstand verfügen.

In der Gerichtspraxis wird grundsätzlich nach wie vor an der Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen festgehalten. Es ist im Ergebnis allerdings eine Annäherung der beiden Kategorien feststellbar. So üben das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht auch bei der Überprüfung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe Zurückhaltung, wenn die Verwaltungsbehörden zur Beurteilung der konkreten Umstände besser geeignet sind. Gegen eine volle richterliche Überprüfung sprechen etwa der Zusammenhang mit den örtlichen Verhältnissen oder die Technizität der sich stellenden Fragen. Insofern werden also die fachliche Kompetenz bzw. die Organeignung von Verwaltung und Justiz durchaus berücksichtigt.

<sup>4</sup> Siehe Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 lit. c VwVG.

<sup>5</sup> Benjamin Schindler, *Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2010.

Dieser Ansatz lässt allerdings verschiedene praktische Schwierigkeiten ungelöst. Solche stellen sich insbesondere, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Streit steht. Die Angemessenheit als Ermessensfrage und die Zumutbarkeit als Aspekt der Verhältnismässigkeit, die einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt, lassen sich nämlich nur schwer voneinander unterscheiden.

Anzeichen einer eigentlichen Rezeption der neueren Ermessenslehre sind in der Judikatur noch kaum auszumachen. Grund dafür mag sein, dass die Gerichte nur ungern etablierte dogmatische Bahnen verlassen. Immerhin setzt sich das Bundesverwaltungsgericht punktuell mit der neueren Literatur auseinander, wenn auch ohne konkrete Schlüsse daraus zu ziehen.<sup>6</sup>

Bei der Zuweisung der Konkretisierungskompetenzen an Verwaltung und Verwaltungsjustiz kommt auch dem Gesetzgeber eine bedeutende Rolle zu:

Diese zeigt sich am deutlichsten bei der Festlegung der zulässigen Beschwerdegründe.

Angesichts der Forderung, Entscheidungsspielräume funktional zuzuweisen, verdient die volle Kognition des Bundesverwaltungsgerichts, die auch eine Prüfung der Angemessenheit beinhaltet, Kritik. Dasselbe gilt für die später vorgenommene Kognitionsbeschränkung im Bereich des Asylrechts.<sup>7</sup> Die Begründung der Verfahrensbeschleunigung ist etwas fadenscheinig, wenn man bedenkt, dass es damit häufiger zu Rückweisungen an die Vorinstanz kommt, die das Verfahren letztlich verlängern dürften.

Abschliessend möchte ich drei Fragen in den Raum stellen:

**1. Soll der Gesetzgeber deutlicher zu erkennen geben, ob nur die Verwaltung oder auch die Justiz geeignet und ermächtigt ist, die nicht abschliessend geregelten Fragen im Einzelfall zu beurteilen?**

Diese Forderung wird etwa von Ulrich Häfelin, Georg Müller und Felix Uhlmann in deren Werk zum Allgemeinen Verwaltungsrecht formuliert.<sup>8</sup> Bei einem überlegten Umgang mit einzelfallweisen Spielräumen sollten meines Erachtens jedenfalls die Gesetzesmaterialien Aufschluss über die Begründung offener Normen erteilen. Ob die Gesetzgebung darüber hinaus ein Mehr an Klarheit schaffen könnte, bleibt zu diskutieren.

**2. Wäre ein Verzicht auf die Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen ohne Anpassung der Prozessgesetze möglich?**

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage in einem Urteil aus dem Jahr 2015 offengelassen.<sup>9</sup> Mit Bezug auf die qualifizierten Ermessensfehler müssten die Prozessgesetze zumindest umgedeutet werden. Dieser Weg wäre nicht gänzlich neu: Eine gewisse Umdeutung findet nämlich über die Rückzugsformeln zumindest implizit bereits heute statt.

<sup>6</sup> Siehe insbesondere BVGE 2015/2 E. 4.3.

<sup>7</sup> Siehe Art. 106 AsylG.

<sup>8</sup> Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen, N. 427.

<sup>9</sup> BVGE 2015/2 E. 4.3.4.

## **Ermessen**

3. *Wäre ein einheitlicher Ermessensbegriff für die Praxis effektiv vorteilhaft? Oder anders gewendet: Basiert der herkömmliche Ansatz tatsächlich auf überflüssigen Begriffskategorien?*<sup>10</sup>

Aus einer dogmatischen Warte beantworte ich diese Frage klar zustimmend. Allerdings scheint die Praxis mit der Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen gut leben zu können. Handelt es sich also primär um eine akademische Debatte? Ich hege Zweifel, ist doch bekanntlich nichts praktischer als eine gute Theorie.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

---

<sup>10</sup> Eher ablehnend Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, N. 611.

Noah Birkhäuser Schucan

**Lokaloptik**

**Gedanken zur Rechtsdurchsetzung  
im Kanton Basel-Landschaft**

Eugen Huber hat vor gut 100 Jahren geschrieben, dass von Rechtsverwirklichung nur dann gesprochen werden könne, wenn das tatsächliche und tätige Leben in der Rechtsgemeinschaft mit der Rechtsidee in Übereinstimmung gebracht sei.<sup>1</sup> Die perfekte Rechtsverwirklichung kommt demnach dann zustande, wenn in der Rechtsanwendung die Ideen bzw. der Wille des Gesetzgebers eins zu eins umgesetzt werden. Dass dies in der Realität nicht möglich ist, liegt auf der Hand. Zu komplex sind die Lebensumstände und Sachverhalte, welche durch die Gesetzgebung abstrakt geregelt werden. Es ist aber Aufgabe aller Beteiligten, dem Ideal von Eugen Huber möglichst nahe zu kommen.

Rechtsverwirklichung ist ein dauernder Prozess. René Rhinow hat die gegenseitigen Abhängigkeiten der verschiedenen Akteure im Prozess der Rechtsverwirklichung aufgezeigt. Der Gesetzgeber gibt nicht einfach vor, was umgesetzt werden soll, sondern er reagiert ständig auf Entwicklungen, die sich im Rahmen der Rechtsdurchsetzung ergeben. Das Recht ist nie starr, sondern unterliegt einem ständigen Prozess der Veränderung. Trial and error – Ideen der Gesetzgebung sind zum Teil gut, zum Teil aber auch weniger gut und vor allem auch nicht immer praktikabel. Wenn sich dies im Rahmen der Rechtsanwendung zeigt, muss im Rahmen der Gesetzgebung reagiert werden. Und manchmal muss etwas auch einfach ausprobiert werden, bevor man merkt, dass es nicht passt.

Es kann aber nicht immer reagiert werden. Der Prozess der Gesetzgebung ist langsam und aufwändig und von vielen Faktoren beeinflusst. Die Möglichkeiten des Gesetzgebers sind begrenzt, oder in den Worten von René Rhinow: Der Gesetzgeber kann nicht alles. Und er soll auch nicht alle Entscheidungen selbst treffen.<sup>2</sup>

Ein gesetzgeberisches Instrument, das der Rechtsanwenderin zur Verfügung gestellt werden kann, ist das Ermessen. Mit Ermessen sollen Spielräume genutzt und auf manchmal unvorhergesehene Situationen reagiert werden können, ohne dass es gleich einer Gesetzesrevision bedarf. Mit dem Einzelfallermessen soll das Gesetz auf individuell-konkrete Sachverhalte in angemessener Weise angewendet werden. Dies setzt eine gewisse Biegsamkeit der gesetzlichen Formulierungen voraus.

Aber auch das Instrument des Ermessens ist nicht ein Allheilmittel. René Rhinow hat aufgezeigt, dass es im Einzelfall schwierig sein kann, zu unterscheiden, ob die Bürgerin oder der Bürger einen Rechtsanspruch auf eine staatliche Leistung hat oder ob den Behörden durch das Gesetz ein anspruchsausschliessendes Ermessen eingeräumt worden ist.<sup>3</sup>

---

1 Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, Basel, 1921, S. IX.

2 René Rhinow, *Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken*, recht 1983, S. 41 ff., Ziff. 2.1

3 Vgl. René Rhinow, *Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken*, recht 1983, S. 41 ff., Ziff. 1.2.

Einen Teilaspekt des Ermessens bildet die Kognition der Gerichte. So ist in Bezug auf das Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, im Zusammenhang mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde folgende Norm zu finden, mit welcher der Umfang der Beurteilung und damit die Kognition des Gerichts umschrieben ist:

§ 45 VPO<sup>4</sup>

- 1 Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde können gerügt werden:
  - a. Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens;

(...)

Nicht generell überprüft werden kann die Unangemessenheit eines Entscheides (vgl. § 45 Abs. 1 lit. c VPO e contrario).

Es stellt sich im Zusammenhang mit der Kognition von Gerichten die Frage, wie diese erkennen können, wo eine Vorinstanz Ermessen ausgeübt hat und wo nicht. Dies ist entscheidend, denn reine Ermessensentscheide lassen sich durch die Gerichte nur eingeschränkt überprüfen, während Rechtsfragen wie etwa jene nach der Verhältnismässigkeit einer Massnahme der freien richterlichen Überprüfung zugänglich sind.

Nicht immer ist klar, ob und inwiefern den Behörden durch den Gesetzgeber Ermessen eingeräumt worden ist. Hierzu ein Beispiel aus dem Ausländerrecht:

Art. 96 des AIG trägt den Titel «Ermessensausübung».

Die Bestimmung lautet wie folgt:

- 1 Die zuständigen Behörden berücksichtigen bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie die Integration der Ausländerinnen und Ausländer.
- 2 Ist eine Massnahme begründet, aber den Umständen nicht angemessen, so kann die betroffene Person unter Androhung dieser Massnahme verwarnet werden.

Die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie die Integration sind indessen Punkte, welche die Behörden auch im Rahmen der Überprüfung der Verhältnismässigkeit berücksichtigen müssen. Es ist deshalb nicht überraschend, dass es für ein Gericht schwierig ist nachzuvollziehen, ob eine Behörde die genannten Kriterien unter dem Titel «Ermessen» oder unter dem Titel «Verhältnismässigkeit» überprüft hat. Je nachdem ist die Kognition des Gerichts begrenzt oder nicht.

Im Ausländerrecht hat deshalb das Kantonsgericht Basel-Landschaft seinen Vorinstanzen Vorgaben gemacht, wie Verfügungen und Entscheide aufzubauen sind, damit überprüft werden kann, ob das Ermessen korrekt ausgeübt worden ist. Wir haben diese Vorgaben immer als «Kochrezept» für den Prüfungsaufbau eines ausländerrechtlichen Falles bezeichnet. Das Gericht verlangte dabei, dass aus den Verfügungen des Migrationsamtes und aus den Entscheiden des Regierungsrates klar hervorgehen müsse, ob ein Aspekt unter dem Gesichtspunkt des Ermessens oder unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit geprüft werde.<sup>5</sup> Dies hat dann in der Praxis zu sehr langen Verfügungen und Entscheiden

<sup>4</sup> Gesetz vom 16. Dezember 1993 über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung, SGS 271.

<sup>5</sup> Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht Nr. 19 vom 4. Februar 2009, Erw. 5.4.

geführt, weil die gleichen Kriterien unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten geprüft werden mussten. Wenig überraschend ist mir kein einziger Fall bekannt, in welchem das Migrationsamt oder der Regierungsrat einen Aspekt unter dem Begriff des Ermessens anders beurteilt hat als unter dem Begriff der Verhältnismässigkeit. Das Kantonsgericht ist nach einigen Jahren denn von dieser Haltung auch wieder abgerückt.<sup>6</sup> Die Verwaltungsbehörden beschränken sich deshalb wieder auf eine Prüfung der Verhältnismässigkeit. Um zu signalisieren, dass auch der Aspekt des Ermessens nicht vergessen gegangen ist, findet sich in Verfügungen und Entscheiden jedoch häufig der folgende Satz: «Die Behörde kommt auch unter dem Aspekt des Ermessens zu keinem anderen Schluss als im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit.»

Benjamin Schindler hat festgestellt, dass die Gerichte auch dort zu einer intensiven Prüfungsdichte neigen, wo ihnen grundsätzlich nur die Überprüfung von Rechtsfragen gestattet ist. Er sieht darin indessen kein Problem, da die Prüfung der Verhältnismässigkeit und die Prüfung der Angemessenheit beim Einzelfallermessen meist deckungsgleich seien.<sup>7</sup>

Art. 96 AIG wird denn auch vom Bundesgericht in aller Regel unter dem Titel der Verhältnismässigkeit diskutiert, auch wenn die Bestimmung eigentlich den Titel «Ermessensausübung» trägt.

Das Beispiel soll zeigen, dass der Gesetzgeber Verwaltung und Justiz ganz schön auf Trab halten kann mit der Wahl seiner Worte.

---

6 Vgl. etwa Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht i.S. E.E.G. vom 30. April 2014 (810 13 317), Erw. 7.

7 Vgl. dazu Benjamin Schindler, *Verwaltungsermessen*, 2010, Randnote 437.

# Bemerkungen zur Rechtsverwirklichung

## René Rhinow

Verehrte Würdenträgerinnen und Würdenträger  
Liebe Kolleginnen und Kollegen  
Meine Damen und Herren

I

Zuerst einmal bin ich «sprachlos», wenn ich in die Runde blicke und feststellen darf, wie zahlreich Sie erschienen sind, welch' geballte Ladung an kompetenten Moderatorinnen und Referierenden für diesen Anlass gewonnen werden konnte – und welche Kompetenz im Saale anwesend ist. Zur einer Dankeshymne werde ich später ansetzen. Ich bin heute überaus glücklich, dass dieser Anlass stattfinden kann – nachdem ich zuerst der skeptischen Ansicht war, das sei nun wirklich nicht nötig. Und ich bin auch glücklich, weil es mir endlich vergönnt ist, das letzte Wort zu haben, und dies gleich dreifach, nach jedem Podium. Darauf habe ich lange warten müssen ...

II

Die mit Rechtsverwirklichung angesprochen Thematik hat mich seit Beginn meiner wissenschaftlichen Laufbahn fasziniert, theoretisch und praktisch. Rechtstheoretische Gehversuche habe ich mit meiner Habilitationsschrift 1979 über «Rechtsetzung und Methodik» unternommen; diese widmete sich dem gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Von da an hat mich die Thematik nicht mehr losgelassen. So mag es Sie nicht erstaunen, dass meine Abschiedsvorlesung 2006 den Titel «Die politischen Funktionen des Rechts» trug. Das Verhältnis von Recht und Politik ist auch Leitmotiv des Sammelbandes einiger meiner Publikationen, der mit «Recht im politischen Prozess» überschrieben ist.

III

Die juristische Methodik steht bekanntlich im Spannungsfeld von Erkenntnis und Entscheidung. Davon ausgehend vertrat und vertrete ich die These, dass Rechtsanwendung immer auch ein Stück «Rechtspolitik» einschliesst, und zwar im Sinne einer rechtlich eingebundenen, d. h. die Grenzen der Entscheidungsfreiheit beachtenden Konkretisierung. Mit dieser Konkretisierung ist eine Wertung verbunden, die umso politischer erscheint, je grösser der vorhandene Entscheidungsspielraum ist.

Es war gewiss nicht meine Absicht, das böse Lied des «politischen Richters» zu singen, sondern es ging mir vor allem darum, auf die Wertungsanteile des Rechtsanwenders und damit auf die Funktionen von Rechtsetzung und Rechtsanwendung hinzuweisen. Ich stellte die kategoriale Gegenüberstellung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung in Frage und wandte mich den Kriterien einer funktionell-rechtlichen Normkonkretisierung zu.

Zu fragen ist, wie es Daniela Thurnherr vorhin formuliert hat, wer im Rechtsstaat was, gegenüber wem, in welchem Verfahren der Setzung von Recht, in welchen Formen, d. h. auf welcher Normstufe, mit welchem Bestimmtheitsgrad (also mit welcher Normdichte) und mit welcher Wirkung «regelt», d. h. regeln kann und soll.

#### IV

Methodenfragen sind bekanntlich auch Machtfragen, weil mit dem Entscheid über die anzuwendende Methode letztlich auch der Entscheid über den Rechtsinhalt vorgespurt wird. Machtfragen sind aber Verfassungsfragen, etwa Fragen der Gewaltengliederung, des Gesetzmässigkeitsprinzips, der Organkompetenzen, der Zuständigkeiten von Verwaltung und Justiz, der föderativen Auffächerung, aber auch der Eignung eines Organs zur Regelbildung oder Einzelfallentscheidung. Insofern ist es auch das geltende Verfassungsrecht, das über die Methode der Rechtsgewinnung im Verfassungsstaat bestimmt, nicht eine allgemeine, vom positiven Recht losgelöste und unabhängige Lehre oder Theorie.

Entsprechend habe ich dafür plädiert, die juristischen Methodik «nach vorne und nach hinten» zu erstrecken. Angesichts der Verwobenheit von Rechtsetzung und Rechtsanwendung hat die Methodik auch die Lehre der Rechtsetzung mit einzuschliessen, die heute in aller Regel unverbunden neben der Methodik steht. Andererseits soll die Lehre der Rechtsetzung und der Verteilung der Regelungslast auf verschiedene Organe der Rechtsetzung in Richtung konkreter Rechtsentscheidungen erweitert werden. So können klassische Methodenlehre und Rechtsetzungslehre zu einer Regelungstheorie verbunden werden, die alle Funktionen und Formen juristischer Entscheidungen thematisiert.

#### V

Ich danke den Referierenden und Votierenden sehr für ihre Darlegungen zum Ermessen. Denn bei der Untersuchung des Ermessens, das ich wie viele von uns Älteren als rein verwaltungsrechtliches Institut kennengelernt hatte, sind mir die gewaltenverbindenden und gewaltenüberwindenden Zusammenhänge zunehmend bewusst geworden. Dasselbe gilt auch für die Problematik der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Exekutive.

Ähnlich wie beim Ermessen, das noch von Hans Huber als trojanisches Pferd des Rechtsstaates qualifiziert wurde, haftete der Gesetzesdelegation etwas Anrühiges an. Sie erschien als grundsätzlich verpönte, weil gewaltenteilungswidrige Ermächtigung der Verwaltung, Rechtssätze zu erlassen (so etwa Zaccharia Giacometti). Erst die Erkenntnis, dass auch ohne förmliche Übertragung von rechtsetzender Gewalt, nämlich durch Normunbestimmtheit, Entscheidungsbefugnisse delegiert werden, vermochte die Diskussion zu öffnen. Aber, wie aus der Diskussion hervorging, beschränkt sich Rechtsverwirklichung selbstverständlich nicht auf das Ermessen – denken wir nur an die Verfassungsverwirklichung, welche sich auf die ganze Rechtsordnung erstreckt. Für mich bildete das Ermessen ein Einfallstor in einen Ausschnitt der Verwirklichungsthematik.

VI

Nun ein Wort zur Praxis: Dank meiner beruflichen Laufbahn war es mir vergönnt, die Bedeutung der Rechtstheorie nicht nur in der Lehre zu vertiefen, sondern auch in der Praxis zu erfahren. Und wichtige Impulse aus der Praxis für die Theorie zu gewinnen. Daniela Thurnherr hat auf meinen langen Marsch durch die drei Gewalten hingewiesen. (Später kam noch eine vierte hinzu, die Ombudstätigkeit im Mediensektor.) Dieser Marsch begann als Rechtsberater der Baselbieter Regierung, setzte sich fort als Präsident des Baselbieter Verwaltungsgerichts und gipfelte im Verfassungsrat und dann vor allem im Ständerat. Markanter Zwischenschritt bildete die prägende Mitgestaltung der neuen Baselbieter Verfassung von 1984, deren Entwurf ich im Auftrag des Regierungsrates ausarbeiten konnte und der dem Verfassungsrat als Beratungsbasis diente. Höhepunkt bildete die leitende Mitwirkung an der Reform der Bundesverfassung 1999, als Präsident der ständerätlichen Verfassungskommission. Dass es mir vergönnt war, sowohl den Baselbieter Verfassungsrat wie auch den Ständerat im Jahr der Verabschiedung der neuen Verfassung zu präsidieren, ist dem gütigen Zufall zu verdanken.

In all diesen Funktionen ging es um Politik und um Recht. Politik führt zum Recht, und Recht führt (auch) wieder zur Politik. Recht und Politik sind keine absoluten Gegensätze, sondern bilden verschiedene Aggregatzustände: Recht kann als «Sonderform von Politik», als «eingefrorene» Politik verstanden werden, als Politik, die der aktuellen politischen Diskussion (vorläufig) enthoben ist und ausser Streit steht.

VII

Als Verwaltungsjurist konnte ich auf der Handlungsebene Ermessen ausüben und Gestaltungsfreiheit wahrnehmen. Als Gerichtspräsident wurde ich später mit der Kontrollfunktion vertraut – auch mit den vielfältigen Instrumentarien, mit denen Kognitionsfragen in den Händen des Gerichts «flexibel» gehandhabt werden können. Die Beispiele, die Noah Birkhäuser Schucan vorgestellt hat, zeigen die Komplexität der Ermessenshandhabung plastisch auf.

In meinen parlamentarischen Funktionen lernte ich in aller Schonungslosigkeit die Realität einer laiengeprägten Gesetzgebung kennen. Denn diese ist sich der funktionenverschränkenden Ermessensthematik oft gar nicht bewusst - und damit auch nicht, wie auf der Steuerungsebene zwangsläufig vorgespurt wird, welche Rollen der Verwaltung und dem Gericht bei der anschliessenden Rechtskonkretisierung zukommen. Daniela Thurnherr hat dies deutlich hervorgehoben - ich kann das nur unterstreichen und einen Appell an die anwesenden Parlamentsmitglieder richten, beim Gesetzeserlass zu bedenken, wem sie in der Rechtsanwendung Gestaltungsfreiheit und Rechtskontrolle einräumen wollen.





### **Abbildungen**

Abb. 1: Karte Europa Heute © EDA

Abb. 2-12: Gesamtpräsentation Symposium René Rhinow

### **Fotografien**

Joel Sames: S. 24/25, 44/45, 64–70, 71 links, S. 72.

toby-st.com: S.71 rechts.

**Impressum**



© 2023, Verlag Baselland

Korrekturat: Rahel Hänggi – Textbüro, Laufen  
Grafik: Anex & Roth Visuelle Gestaltung, Basel

