

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 47

**Das Ermessen
der Verwaltungsbehörden
in Frankreich**

Von

Reinhard Hoffmann



Duncker & Humblot · Berlin

REINHARD HOFFMANN

Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in Frankreich

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 47

Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in Frankreich

Von

Dr. Reinhard Hoffmann



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1967 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	9
A. Ermessen als allgemeines Problem aller drei Staatsfunktionen	11
1. Gesetzgeberisches und Verwaltungsermessen	11
2. Richterliches und Verwaltungsermessen	13
3. Theorie vom Stufenbau der Rechtsordnung	15
B. Definition des Verwaltungsermessens	17
1. Handlungsfreiheit gegenüber Gesetzgebung und Rechtsprechung ...	17
2. Autonome Initiative der Verwaltung	18
3. Verfassungsrechtliche Betrachtung	18
C. Verfassungsrechtliche Grundlagen	20
I. Ermessen und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	20
1. Abgrenzung von Verwaltung und Gesetzgebung (materiell oder formell?)	20
2. Zuordnung von Verwaltung und Gesetzgebung	21
a) Verwaltung als autonome Institution	21
b) Verwaltung aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung	23
c) Verwaltung insgesamt eigenständig, im einzelnen gesetz-	
unterworfen	25
d) Verfassung von 1958	26
3. „Principe de légalité“	27
a) Gesetzesvorrang als Minimum	27
b) „Conformité“ als Maximum	28
(1) Geltung des Vorbehalts des Gesetzes	29
(2) „Conformité“ auch für den materiellen Inhalt der Ver-	
waltungsmaßnahme?	32
4. Unbestimmtheit gesetzlicher Regelung als Grenze der Bindung	34
5. Begriff der „légalité“	35
II. Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung	37
1. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit	37
a) Geschichtliche Entwicklung	37
b) Bestandteil der Exekutive — aber echte Rechtsprechung	39
c) Bedeutung der Stellung des Conseil d'Etat innerhalb der	
Verwaltung	41

d) Die Haltung der Lehre	43
2. Bindung der Verwaltungsrechtsprechung an das Gesetz	44
3. Richterrecht	44
a) Seine Bedeutung	44
b) Konkretisierung der Gesetze schafft neue Tatbestandsvoraussetzungen	45
c) Geltungsgrund und Rang des Richterrechts	48
D. Der Bereich des Ermessens	51
I. Abgrenzung nach der Zulässigkeit der Anfechtungsklage	51
1. Vorbemerkung: „acte“, „ouvertures“	52
2. Die Entwicklung des „recours pour excès de pouvoir“ im 19. Jahrhundert	53
3. Die „actes discrétionnaires“	55
a) Begriff	55
b) Beschränkte Anfechtbarkeit	56
c) Abgrenzung des Ermessensbereichs	58
4. Überwindung der „actes discrétionnaires“	59
5. „Mesures d'ordre intérieur“	61
a) Behandlung in der Rechtsprechung	62
(1) Generelle Instruktionen	63
(2) Individuelle Maßnahmen	64
b) Dogmatische Erklärung	65
6. „Actes de gouvernement“	68
a) Entwicklung der Rechtsprechung	68
b) Erklärung ihrer Unanfechtbarkeit	69
c) Die einzelnen Fälle	71
d) „Pouvoirs spéciaux de crise“ sind keine „actes de gouvernement“	73
(1) Vom Richter sanktionierte Kompetenzerweiterung	73
(2) Abgrenzung zu Fällen eines (relativ) unbestimmten Inhalts der normalen Befugnis	75
7. Ermessen als materielles Problem bezogen auf die einzelnen Elemente einer Maßnahme	76
II. Abgrenzung nach materiellen Kriterien	78
1. Unterscheidung zwischen „actes d'autorité“ und „actes de gestion“	78
2. Ermessen und Unbestimmtheit der rechtlichen Regelung	79
3. Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen	80
4. Ermessen bezogen auf die einzelnen Elemente der Verwaltungshandlung	81

a) Die Elemente des „acte“	82
b) Koexistenz von Ermessen und Bindung in der einzelnen Maßnahme	85
III. Ermessen und „opportunité“	87
1. Gerichtliche Tatsachenkontrolle	87
a) Geschichtliche Entwicklung	87
b) „Motifs légaux“	90
c) „Motifs invoqués“	90
(1) Beispiele für Einschränkung eines Ermessensbereichs durch Richterrecht	90
(2) Dogmatische Einordnung	94
d) Gegenwärtiger Stand	98
2. Gegensatz Tatfrage — Rechtsfrage als Abgrenzung	102
3. „Opportunité“ und Ermessensbereich	103
a) Gegensatz „opportunité“ — „légalité“	103
b) Theorie von der „moralité administrative“	104
c) Kritik	106
IV. Unbestimmte Rechtsbegriffe	109
1. Als Ermessensbegriffe (?)	110
2. Theoretisch nur eine richtige Lösung in der Subsumtion	112
3. Die Rechtsprechung	114
a) Tatsachenkontrolle und Beurteilungsspielraum	114
b) Kontrolle unbestimmter Rechtsbegriffe	120
c) Keine Kontrolle unbestimmter Rechtsbegriffe	122
d) Ergebnis	124
V. Sitz des Ermessens im „acte“	125
1. Zuständigkeit	125
2. Form und Verfahren	126
3. Handlungszweck	128
a) Zusammenhang zwischen subjektiven und objektiven Elementen	129
b) Verobjektivierung des Zwecks	131
c) Zurücktreten des „détournement de pouvoir“	133
4. Objektive Tatbestandsvoraussetzungen	133
a) Grundsätzlich kein Ermessen	133
b) Fälle des Ermessens	135
5. Inhalt der Maßnahme	137
a) Gebundene Befugnis	137
b) Wahl unter mehreren Rechtsfolgen	138

c) Ermessen bezüglich des Zeitpunkts	138
d) Entschließungsermessen	139
e) Verknüpfung von Rechtsfolge und Sachverhalt	140
E. Gerichtliche Kontrolle der Ermessensgrenzen	142
I. Gerichtliche Ermessenskontrolle	142
1. Kontrolle der Grenzen, nicht des Ermessens selbst	143
2. Die Rolle der richtlichen Rechtsfortbildung	144
3. Die Verfahren der gerichtlichen Ermessenskontrolle	146
a) Verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit	146
b) Zuständigkeit der Justizgerichte	147
4. „Recours pour excès de pouvoir“	149
a) „Violation de la règle de droit de fond“	150
b) „Détournement de pouvoir“	153
II. Grenzen des Ermessens	154
1. Allgemeine Rechtsgrundsätze	154
2. Verhältnismäßigkeit	155
3. Verfahrensregeln	158
a) Verpflichtung zur Ausübung des Ermessens	158
b) Prüfung des Einzelfalls	159
c) Andere Verfahrensregeln	161
4. Keine Kontrolle der Ermessenswahl	161
5. Beschränkung auf einzige rechtmäßige Lösung	162
6. Selbstbindung der Verwaltung	164
Literaturverzeichnis	167

Vorbemerkung

Den größeren Zusammenhang, in dem die hier vorgelegte Arbeit über die französische Ermessenslehre ihre Rechtfertigung zu finden hofft, bildet die Begegnung der einzelnen nationalen Rechtsordnungen, insbesondere des französischen und des deutschen Rechts, die durch die europäischen Verträge und das europäische Gemeinschaftsrecht vermittelt wird. Gerade die Probleme des Ermessens der Exekutive und seiner gerichtlichen Überprüfung hat der Europäische Gerichtshof bereits mehrfach erörtert und dabei in erheblichem Umfang die Ermessenslehre des französischen Verwaltungsrechts herangezogen. Soll die darin begonnene Verbindung des deutschen und des französischen Verwaltungsrechts vertieft und für die Rechtsentwicklung fruchtbar gemacht werden, bedarf es (unter anderem) in Deutschland einer intimen Kenntnis des französischen Rechts. Als eine Grundlage dafür versucht diese Arbeit, die französische Ermessenslehre darzustellen.

Das praktische Ausmaß des freien Ermessens der Verwaltungsbehörden war nicht immer gleich in Frankreich. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde eine gerichtliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeit nur sehr zögernd begonnen und infolge dieses Mangels einer Kontrolle in sehr vielen Bereichen eine Bindungsfreiheit des Verwaltungshandelns im Sinne von „Ermessen“ angenommen, die praktisch noch den Regelfall bildete. Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts wurde jedoch in einem allmählichen Prozeß die gerichtliche Überprüfung auf die gesamte Verwaltungstätigkeit erstreckt, bis hin zu einer Kontrolle auch der Ermessensausübung. Diese Entwicklung ließ den Gesichtspunkt der Vorherrschaft des Gesetzes in den Vordergrund treten. Andererseits führten die sozialen und politischen Umwälzungen seit dem Ersten Weltkrieg zu einer erheblichen Verstärkung der Machtbefugnisse der Exekutive und damit auch ihres Ermessens: „Die Ermessensbefugnis hat von der politischen Entwicklung profitiert. Lange vor 1958 hatten die verschiedenen Ermächtigungsgesetze (lois de délégation) den Ermessensbereich erheblich ausgeweitet, indem die Vorherrschaft des Gesetzes zurückgedrängt wurde. Viel bedeutendere Fortschritte hat das Ermessen mit einem Schlag infolge der politischen und Verwaltungsordnung der Fünften Republik gemacht. Nach dem System der Artikel 34 und 37 (der Verfassung vom 4. 10. 1958), in dem die Kompetenzen des Gesetzgebers eng umgrenzt sind, hat das Ermessen zur Grundlage die

Ermächtigung aus der Verfassung an die Exekutive, die Verwaltung zu leiten. Das Ermessen wird der allgemeine Grundsatz des staatlichen Handelns, während die Vorstellung von der Ausführung der Gesetze nur noch eine zweitrangige Rolle spielt¹.“ Immerhin bleibt die Ausübung dieses so sehr ausgedehnten Ermessens auch weiterhin der intensiven Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterworfen.

Die französische Ermessenslehre hat keine allgemeine positivrechtliche Grundlage, sondern ist in erster Linie anhand der Rechtsprechung des Conseil d'Etat entwickelt worden und drückt daher noch die Uneinheitlichkeit und Ungleichmäßigkeit jener Entwicklung aus. Es wird in dieser Arbeit versucht, lediglich die französische Ermessenslehre nach dem Stand in Rechtsprechung und Schrifttum darzustellen, d. h. aber auch sie in systematischer Aufbereitung zu erklären. Das hier entwickelte System ist in seiner Anlage (nicht hinsichtlich des materiellen Inhalts im einzelnen!) wesentlich bestimmt von den Kategorien und der Fragestellung der deutschen Ermessensdiskussion, wodurch vielleicht in manchen Einzelfragen auch neue Aspekte für die französische Ermessenslehre sichtbar gemacht werden können.

¹ So Petot S. 388.

A. Ermessen als allgemeines Problem aller drei Staatsfunktionen

Michoud, der 1913 als erster das Problem des Ermessens im französischen Recht ausführlich in einer Monographie behandelte, betrachtete schon das Ermessen — nämlich eine (wie auch immer geartete) Entscheidungsfreiheit — als ein allen drei Staatsfunktionen gemeinsames Phänomen: ebenso wie die Verwaltungsbehörden können der Gesetzgeber oder der Richter eine Ermessensbefugnis (*pouvoir discrétionnaire*) haben¹. Denn alle Staatsorgane haben als „*autorités constituées*“ eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen und sind daher an ihren aufgegebenen Zweck gebunden, d. h. an entsprechende Rechtssätze, an das Recht gebunden. Im Rahmen dieser Rechtsbindung besteht bei allen Staatsfunktionen eine jeweils verschieden große Entscheidungsfreiheit. Insofern ist Ermessen nicht eine auf die Verwaltung beschränkte Ausnahmeerscheinung².

Jedoch beschränkte sich die französische Diskussion weitgehend auf das Ermessen der Exekutive — verstanden als Gegengewicht zum „*principe de légalité*“ des französischen Verwaltungsrechts³. Diese auch im Rahmen unserer Darstellung vollzogene Verengung der Problemerkörterung ist insofern sachgerecht, als zumindest hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle das Verwaltungsermessen wesentlich von einem gesetzgeberischen oder richterlichen Ermessen unterschieden ist.

1. Gesetzgeberisches und Verwaltungsermessen

Die Frage nach den Kriterien zur Unterscheidung zwischen dem Verwaltungsermessen einerseits und dem Ermessen des Richters oder des Gesetzgebers andererseits ist allerdings nicht immer übereinstimmend beantwortet worden (soweit die Frage überhaupt aufgeworfen wurde). So unterscheiden sich gesetzgeberisches und Verwaltungsermessen nach der Ansicht von *Welter*⁴ nicht qualitativ, sondern nur quantitativ, wobei er allerdings ausdrücklich von der Differenz hinsichtlich der gericht-

¹ *Michoud* S. 10.

² Vgl. *Giraud* S. 194, 197 f.; auch *Stassinopoulos* S. 139.

³ So *de Laubadère* S. 212; s. u. S. 17 f., 27 ff., 79 f.

⁴ S. 35 Anm.

lichen Kontrolle absieht. Demgegenüber sehen andere⁵ die Unterscheidung darin begründet, daß einerseits das Ermessen des Gesetzgebers nicht von einer übergeordneten Autorität abgeleitet werde, sondern sich aus der Natur der Sache ergebe: das Gesetz entspringe einer autonomen Befugnis; diese müsse sich zwar im Rahmen der Verfassung halten, aber materieller Inhalt und Grenzen der Gesetzgebung seien nicht von der Verfassung definiert, so daß Gesetzgebung nicht ein im Vorwege festgelegter Vollzug der Verfassung sei. Andererseits sei das Ermessen nicht charakteristisches Wesensmerkmal der Verwaltung, die aufgrund von besonderen und begrenzten Ermächtigungen tätig werde, und brauche für die Verwaltung nicht unbedingt zu bestehen.

Nun ist der Gesetzgeber gewiß im allgemeinen sehr viel freier in der Würdigung der sozialen Verhältnisse und bei der Gestaltung der Gesetze, während die Verwaltung grundsätzlich stets im Hinblick auf das Gesetz handeln muß. Jedoch ist selbst diese Unterscheidung infolge der neuen französischen Verfassung vom 4. 10. 1958, die die Kompetenz zur Rechtsetzung materiell zwischen Legislative (Parlament) und Regierung aufteilt (Art. 34, 37), wenigstens fragwürdig geworden. Außerdem ist auch die Legislative nur eine „*autorité constituée*“, für deren Handeln rechtliche Grenzen von der Verfassung gesetzt werden, die (zumindest theoretisch) rechtlich kontrolliert werden könnten⁶. Von daher würde das Ermessen — verstanden als Freiheit der Entscheidung, die nicht von den jeweils übergeordneten Rechtssätzen vorherbestimmt ist — im Fall der Gesetzgebung höchstens einen größeren Spielraum bedeuten als bei der Verwaltung, es bestünde also lediglich ein quantitativer Unterschied.

Aber die von der Verfassung gezogenen Grenzen der Gesetzgebung entbehren (größtenteils) der Sanktion, weil ihre Einhaltung in Frankreich nicht gerichtlich überprüft wird. Die gewöhnlichen (Zivil-, Straf- oder Verwaltungs-) Gerichte lehnen eine Prüfung der (materiellen) Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen ab, und eine Verfassungsgerichtsbarkeit besteht nicht, trotz der in Art. 61 der Verfassung von 1958 vorgesehenen Möglichkeit einer Kontrolle von Gesetzen durch den Conseil Constitutionnel, die höchstens präventiv, vor der Verkündung, erfolgen kann und nur eine Vorstufe einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt⁷. Insoweit die gerichtliche Kontrolle der rechtlichen Bindung für die Gesetzgebung fehlt, unterliegt diese keiner (rechtlichen) Verantwortung. Die Bindung kann nicht realisiert, Bindung und ansonsten bestehende Entscheidungsfreiheit können nicht rechtsverbindlich und rechtswirksam abgegrenzt werden: Das Problem der Grenzen des Ermessens entsteht (als praktisches Problem) erst mit der gerichtlichen

⁵ Vgl. *Carré de Malberg III* S. 61, 60 Anm. 2; *Giraud* S. 198.

⁶ Vgl. *Stassinopoulos* S. 139 f.

Kontrolle überhaupt⁸ und besteht daher für die Gesetzgebung nicht. Darin liegt der Wesensunterschied zwischen gesetzgeberischem und Verwaltungsermessen, wie er im französischen Recht zumindest stillschweigend vorausgesetzt wird.

2. Richterliches und Verwaltungsermessen

Die Versuche, Verwaltungsermessen und richterliches Ermessen abzugrenzen, müssen vor dem Hintergrund der erst allmählichen Entwicklung zu einer vollkommenen Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen durch den Conseil d'Etat gesehen werden. Als die verwaltungsgerichtliche Kontrolle gerade hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen einer Verwaltungsentscheidung noch stark eingeschränkt war, wurde die Ansicht vertreten⁹, daß das Ermessen — das als die freie Beurteilung der „opportunité“ (Zweckmäßigkeit), im Gegensatz zur „légalité“, definiert und weitgehend mit der Auslegung bzw. Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verknüpft wurde¹⁰ — in gleicher Weise sowohl von den Verwaltungsbehörden als auch vom Conseil d'Etat ausgeübt werde (bzw. ausgeübt werden könne) und für beide Organe die gleiche Rechtsnatur habe. Lediglich in formeller Hinsicht (Behördenaufbau, persönliche Stellung der Richter) sei diese im übrigen wesensgleiche „Ermessensausübung“ unterschieden. Daher müsse zwischen der Verwaltung und der Rechtsprechung die Ermessenskompetenz aufgeteilt werden, wobei der Richter aufgrund seiner übergeordneten Stellung nach seinem Belieben über diese Aufteilung entscheide¹¹.

Von einer solchen „Kompetenzverteilung“ zwischen aktiver Verwaltung und Verwaltungsgericht konnte und kann jedoch nur insoweit gesprochen werden, als in der historischen Entwicklung der Conseil d'Etat dadurch, daß er rechtsschöpferisch mittels Konkretisierung von Rechtsvorschriften und Grundsätzen das französische Verwaltungsrecht erst herausbildete, den ursprünglich gesetzefreien Raum des Verwaltungshandelns und damit den Bereich freier Zweckmäßigkeitserwägungen und freier Ermessenswahl für die Verwaltung immer mehr einschränkte — und auch in Zukunft noch einschränken kann¹². Diese rechtsschöpferische Tätigkeit der Verwaltungsgerichte, vorwiegend des Conseil d'Etat, beschneidet allerdings die quantitative Ausdehnung von Ermessensbefugnissen im materiellen Verwaltungsrecht, kann selbst jedoch nicht als

⁷ Vgl. *Braibant II* S. 71.

⁸ Vgl. *di Qual* S. 21, 426 f.; *Venezia* S. 7; *Fournier-Braibant* Nr. 576.

⁹ Vgl. *Le Fur* Bd. II S. 15; *Goldenberg* S. 39, 45.

¹⁰ s. dazu unten S. 103 ff., 109 ff.

¹¹ Vgl. auch *Eisenmann II* S. 454.

¹² s. u. S. 44 ff., 90 ff., 144 ff.