

Katia Favre • Robert Baumann

ZBl 116/2015 S. 3

Sorgfalt als Massstab behördlichen Ermessens

Basel

burckhardt AG
Steinentorstrasse 23,
Postfach 258,
CH-4010 Basel

Zürich

burckhardt AG
Usterstrasse 12,
Postfach 1172,
CH-8021 Zürich

Dokument	ZBI 116/2015 S. 3
Autor	Katia Favre, Robert Baumann
Titel	Sorgfalt als Massstab behördlichen Ermessens
Publikation	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Herausgeber	Giovanni Biaggini, Arnold Marti, Lukas Widmer, Peter Karlen, Christoph Auer
Frühere Herausgeber	
ISSN	1422-0709
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

ZBI 116/2015 S. 3

Sorgfalt als Massstab behördlichen Ermessens

Dr. iur. Katia Favre, Rechtsanwältin / Dr. iur. Robert Baumann, Rechtsanwalt*

I. Überblick

«Ein Staat, in dem es mehr Gesetze gibt, als ein Bürger im Gedächtnis behalten kann, ist ein schlecht organisierter Staat, und ein Bürger, der nicht alle Gesetze seines Landes auswendig kennt, ist ein schlechter Bürger», schrieb Jean-Jacques Rousseau¹. Wahrscheinlich war diese Aussage schon im 18. Jahrhundert übertrieben. Heute jedenfalls trifft sie sicher nicht mehr zu. Der Staat hat sich vom Nachwächter- zum Leistungs- und Gewährleistungsstaat gewandelt. Er sorgt nicht bloss für Sicherheit und Ordnung, er erbringt auch Leistungen und ist lenkend, planend und ausgleichend tätig. Deshalb gibt es mehr Gesetze, als ein Bürger im Gedächtnis behalten kann². Die Gesetze müssen zudem so offen formuliert sein, dass sie den Behörden einen Ermessensspielraum lassen, damit sie eine dem Einzelfall angemessene, optimale Entscheidung treffen können. Leitplanken für die Leistungsverwaltung setzte das Bundesgericht im Jahre 1977 mit dem Entscheid

ZBI 116/2015 S. 3, 4

«Wäffler». Es hielt fest, dass nicht nur die Eingriffs-, sondern auch die Leistungsverwaltung einer gesetzlichen Grundlage bedarf³. Wie steht es aber mit der Ausübung des Ermessens? Welche Leitplanken gelten hier?

* Wir danken Dr. iur. *Esther Tophinke* für die Durchsicht dieses Aufsatzes und ihre Hinweise.

¹ Zitiert nach *Georg Müller/Felix Uhlmann*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 8.

² *Müller/Uhlmann* (Anm. 1), Rz. 10.

³ BGE 103 Ia 369, S. 380 E. 5.

Das Verwaltungsermessen steht in einem Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip und zur Rechtssicherheit, der Vorhersehbarkeit des Rechts. Das Gesetz muss deshalb eine gewisse Bestimmtheit aufweisen. Es kann aber nicht alle Aspekte abschliessend regeln. *Pierre Moor* folgert daraus zu Recht, dass zur Kompensation dieser unvermeidbaren Lückenhaftigkeit des Gesetzes in der Phase der Rechtsanwendung gehandelt werden muss: Den Betroffenen ist im Verfahren mehr Raum zu geben und der Gewährung des *rechtlichen Gehörs* grösseres Gewicht beizumessen; die Verwaltung ist verpflichtet, ihre Entscheide besonders *sorgfältig* zu begründen⁴.

Die *Pflicht zur Sorgfalt* gilt nicht nur für die Begründung, sondern auch für die Erarbeitung des Entscheids. Was bedeutet dies konkret? Genügt es beispielsweise, wenn sich die Behörde für die Beurteilung, ob eine projektierte Hochspannungsleitung zu bewilligen ist, auf eine einzige Studie stützt, oder muss sie verschiedene Varianten evaluieren? Darf sie ein Projekt bewilligen, sobald es die gesetzlichen Vorgaben einhält, oder muss sie vielmehr berücksichtigen, ob das Projekt optimal allen betroffenen Interessen Rechnung trägt?

Der vorliegende Aufsatz zeigt auf, dass die Sorgfalt den Massstab darstellt, nach dem der Staat sein Ermessen ausüben muss. Dies kann das Studium verschiedener Varianten vor der Bewilligung eines Projekts bedingen. Die Behörden müssen den Einsatz der bestmöglichen Mittel und optimale öffentliche Dienstleistungen gewährleisten. Die Gesetzgebung berücksichtigt diese Erwartungen z.B. im Umweltschutzgesetz mit dem Vorsorgeprinzip (Art. 1 Abs. 2 u. Art. 11 Abs. 2 USG; s. auch Art. 74 Abs. 2 BV; Grundsatz 15 der Erklärung von Rio über Umwelt und Entwicklung). Sie hat dort den Ansatz gewählt, dass Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen sind, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist, gemäss dem Kriterium BATNEEC («best available technology not entailing excessive cost»)⁵. Das Vorsorgeprinzip ist Ausdruck einer allgemeinen im Umweltschutzrecht geltenden Sorgfaltspflicht: Auch wenn keine Gefahr besteht, dass Grenzwerte nicht erfüllt werden können, muss das Zumut-

ZBI 116/2015 S. 3, 5

bare vorgekehrt werden, um Beeinträchtigungen der Umwelt zu vermeiden bzw. möglichst gering zu halten⁶. Das Vorsorgeprinzip ist aber auch Ausdruck einer für das gesamte Verwaltungshandeln geltenden Pflicht zur Sorgfalt⁷. Aufgrund der Bedeutung des staatlichen Handelns ist es nötig, einen Massstab zu haben, an dem behördliches Handeln gemessen und kontrolliert werden kann. Durch die Festlegung des Sorgfaltsmassstabs *vor* dem behördlichen Handeln können die materiellen *Lücken im Legalitätsprinzip kompensiert* werden.

Wo der Gesetzgeber keine oder keine genügende Präzisierung vorgenommen hat, muss die Behörde die Sorgfaltspflichten, die ihr obliegen, selbst erarbeiten. Sorgfaltspflichten geben ihr einen objektiven Massstab in die Hand zur Beurteilung der Frage, wie staatliches Handeln erfolgen soll. Sorgfaltspflichten präzisieren somit die gesetzlichen Vorgaben. Sie machen das Handeln der Behörde vorhersehbar, nachvollziehbar und damit auch überprüfbar. Sie dienen dem *Vertrauensschutz*, der

⁴ *Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet*, Droit administratif, Vol. I, 3. Aufl., Bern 2012, S. 739, m.H. auf die Rechtsprechung.

⁵ Vgl. etwa auch Art. 21 des Code de procédure administrative des Kantons Jura und Art. 9 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Freiburg: Die Behörden müssen ihr Ermessen nach objektiven und vernünftigen Kriterien ausüben, und sie müssen die Massnahme wählen, die den Umständen am angemessensten ist. – *Fabia Jungo*, Le principe de pré caution en droit de l'environnement suisse, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 173; vgl. *Anne-Christine Favre*, 100 ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux, ZSR 130 (2011) II, S. 292 – 294; *dies.*, Le droit de la responsabilité de l'Etat: les enjeux, in: *Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier* (Hrsg.), La responsabilité de l'Etat, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 18.

⁶ BGE 140 II 214 S. 223 ff. E. 4 (Lichtemissionen Bahnhof Oberrieden); BGE 134 II 142, nicht amtlich publizierte E. 2.2; *Jungo* (Anm. 5), S. 166.

⁷ Vgl. etwa für das Finanzmarktrecht *Franca Contratto*, Hochfrequenzhandel und systemische Risiken, GesKR 2/2014, S. 154 f.

Rechtssicherheit und der *Rechtsgleichheit*. Der Sorgfaltsmassstab kann in verwaltungsinternen Richtlinien festgehalten werden⁸.

II. Ermessen

1. Begriff

Mit «*Ermessen*» wird ein gesetzlich eingeräumter *Handlungsspielraum* der Behörden bezeichnet. Nach Art. 51 Abs. 2 BGG beispielsweise legt das Bundesgericht den Streitwert «nach Ermessen» fest, wenn ein Begehren nicht auf Bezahlung einer bestimmten Streitsumme lautet. Ein behördlicher Handlungsspielraum wird indes nur selten mit der ausdrücklichen Einräumung von Ermessen signalisiert. Der Handlungsspielraum und damit Ermessen besteht vielmehr immer dann, wenn eine Norm nicht eindeutig ist, was den Tatbestand oder die Rechtsfolge betrifft⁹. Die Offenheit der Norm ist dabei geplant, im Gegensatz zu einer Gesetzeslücke, die eine planwidrige Unvollständigkeit darstellt. Ein Beispiel für eine solche offene Norm ist Art. 11 Abs. 2 USG, wonach Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen sind, als dies «technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar» ist.

ZBI 116/2015 S. 3, 6

2. Funktion des Ermessens

Das Gesetz kann nicht alle konkreten Fragen abschliessend regeln und voraussehen, was die Zukunft bringt. Es kann die Verwaltungstätigkeit somit nicht vollständig und bis ins Detail regeln. Dies würde zu hohe Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes stellen und zu Regelungen führen, die im Einzelfall ungerechte Ergebnisse zur Folge haben könnten. Offene Normen räumen deshalb den Behörden ein Ermessen ein. Das Ermessen soll sicherstellen, dass die Behörden eine dem *Einzelfall* angemessene Entscheidung treffen können. Die Offenheit der Norm bzw. die Einräumung von Ermessen dient also der Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls, der sachlichen Richtigkeit der Entscheidung, der Einzelfallgerechtigkeit, oder dazu, rasch ändernden Entwicklungen Rechnung tragen zu können¹⁰.

3. Normierung des Ermessens durch Sorgfaltspflichten

Die Behörde soll bei der Ausübung des Ermessens die im konkreten Fall bestmögliche Lösung finden. Ihr Verhalten muss dabei aber vorhersehbar bleiben, damit die Rechtssicherheit gewahrt bleibt. Die Ausübung des Ermessens ist denn auch nicht frei, sondern wird durch die Rechtsordnung normiert, denn Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht¹¹. Zentral sind dabei die Sorgfaltspflichten.

Die Pflicht zur Sorgfalt wird vom Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet. Dieser gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten, was sich insbesondere in Sorgfaltspflichten – der Pflicht zu sorgfältigem Verhalten – äussert¹². Der Grundsatz von Treu und Glauben ist in Art. 5 Abs. 3 BV ausdrücklich verankert: «Staatliche

⁸ Vgl. *Etienne Poltier*, La responsabilité de l'Etat pour acte illicite: l'exigence de l'illicéité, in: Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (Hrsg.), La responsabilité de l'Etat, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 80.

⁹ *René Wiederkehr/Paul Richli*, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2012, Rz. 1454; *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 449; *Benjamin Schindler*, Verwaltungsermessen, Zürich/St. Gallen 2010, Nr. 6 u. 244 m.H.

¹⁰ *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Anm. 9), Rz. 428, 428b u. 474d.

¹¹ Art. 5 Abs. 1 BV; vgl. auch Art. 4 ZGB: «Wo das Gesetz das Gericht auf sein Ermessen verweist, hat es seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.»

¹² *Katia Favre*, Sorgfaltspflichten bei der Datenübertragung, Zürich 2006, S. 12 f., m.w.H.

Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.» Art. 5 Abs. 3 BV bringt zum Ausdruck, dass die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben einen für die gesamte Rechtsordnung geltenden Verfassungsgrundsatz darstellt. Er knüpft an Art. 2 ZGB an, der schon unter der Bundesverfassung von 1874 den Grundsatz von Treu und Glauben als grundlegendes Prinzip der gesamten Privatrechtsordnung festgehalten hat und in allen Bereichen des Rechts, also auch im öffentlichen Recht, als eine Fundamentalnorm gegolten hat¹³. Grundgedanke ist, dass alle Teilnehmer im Rechtsverkehr sich gegeneinander in fairer Rücksichtnahme üben sollen¹⁴. Die *Ableitung von Sorgfaltspflichten* aus dem Grundsatz von Treu und Glauben stammt ursprünglich aus dem Privatrecht, doch können Sorg-

ZBI 116/2015 S. 3, 7

faltspflichten ohne weiteres auch im öffentlichen Recht angewendet werden¹⁵. Sie verdeutlichen nämlich, welches Verhalten von staatlichen Organen erwartet werden kann. Da sich die Pflicht zur Sorgfalt aus dem allgemeinen Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben ableitet, stellt auch sie einen *allgemeinen Grundsatz von Verfassungsrang* dar¹⁶.

Für Private wird die verfassungsrechtliche Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben in Art. 2 ZGB konkretisiert, für den Staat in Art. 9 BV. Art. 2 ZGB bestimmt, dass jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat; Art. 9 BV verleiht jeder natürlichen und juristischen Person einen grundrechtlichen, einklagbaren Anspruch, von staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden¹⁷. Unsorgfältiges staatliches Handeln ist rechtswidrig, da es Art. 5 Abs. 3 BV verletzt. Staatliches Handeln sollte deshalb von den Gerichten auch unter dem Aspekt der Einhaltung der Sorgfaltspflichten geprüft werden. Dies ergibt sich aus Art. 5 Abs. 3 BV in Verbindung mit Art. 9 BV, der einen *eigenständigen Rechtsanspruch* verleiht, die Einhaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben und damit auch der aus diesem Grundsatz abgeleiteten Sorgfaltspflichten gerichtlich durchzusetzen¹⁸.

Sorgfaltspflichten stellen damit für alle Rechtsbereiche den Massstab für das geforderte Verhalten dar. Der Staat ist aufgrund von Art. 5 Abs. 3 BV generell zu sorgfältigem Handeln verpflichtet. Sorgfaltspflichten begrenzen also nicht nur das Ermessen des Staates dahingehen, dass er nicht treuwidrig handeln darf, sondern *verpflichten* ihn auch *positiv* zu sorgfältigem Handeln, unabhängig von den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Sorgfaltspflichten, und überall dort, wo ihm das Gesetz Handlungsspielraum zur Ausübung seines Ermessens einräumt¹⁹.

III. Sorgfalt

1. Begriff

Der Begriff «*Sorgfalt*» erscheint in allen Rechtsgebieten, sei es im Privatrecht, im öffentlichen Recht oder im Strafrecht:

¹³ Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 25; Elisabeth Chiariello, Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2004, S. 14.

¹⁴ Chiariello (Anm. 13), S. 14.

¹⁵ Favre (Anm. 12), S. 13; in diesem Sinne auch Christoph Rohner, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 9 BV, Rz. 45.

¹⁶ Vgl. Giovanni Biaggini, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 5 Rz. 22.

¹⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 145; Yvo Hangartner, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 5 BV, Rz. 41; Rohner (Anm. 15), Art. 9 BV, Rz. 42; Chiariello (Anm. 13), S. 22 ff.

¹⁸ Vgl. Chiariello (Anm. 13), S. 23 u. 104.

¹⁹ Rohner (Anm. 15), Art. 9 BV, Rz. 42 u. 45; Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 154 ff.; vgl. zur Konkretisierung von Verfassungsgrundsätzen *ders.*, S. 126 ff.; Jungo (Anm. 5), S. 160 f.

ZBI 116/2015 S. 3, 8

Der Beistand oder die Beiständin verwaltet die Vermögenswerte sorgfältig und nimmt alle Rechtsgeschäfte vor, die mit der Verwaltung zusammenhängen (Art. 408 Abs. 1 ZGB).

Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre (Art. 55 Abs. 1 OR).

Die Anwältinnen und Anwälte üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus (Art. 12 Bst. a BGFA).

Wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft (Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB)²⁰.

Was «Sorgfalt» indes bedeutet, wird weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung definiert. In den gängigen Wörterbüchern wird «Sorgfalt» mit Genauigkeit, Gewissenhaftigkeit, grosser Behutsamkeit (beim Arbeiten, Hantieren), grosser Achtsamkeit und Genauigkeit umschrieben²¹. «Sorgfalt» bezeichnet mithin ein *Verhalten, das gewisse Erwartungen erfüllen muss*. Diese Erwartungen ergeben sich aus Gesetz oder Vertrag.

2. Funktion der Sorgfalt

Aus der Definition der Sorgfalt ergibt sich, dass die Sorgfalt immer dann von Bedeutung ist, wenn ein bestimmtes *Verhalten* gesetzlich oder vertraglich geschuldet ist. Wenn hingegen einzig ein Erfolg geschuldet ist, ist nur dessen Erzielung massgebend: Das Verhalten wird diesfalls einzig am Eintritt des Erfolgs gemessen und nicht am Mass der aufgewendeten Sorgfalt²².

Meistens wird ein Verhalten im Hinblick auf einen ungewissen Erfolg geschuldet, beispielsweise die Behandlung durch den Arzt mit dem Ziel, den Patienten zu heilen. Wird der Patient nicht gesund, so bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass der Arzt bei seiner Behandlung Sorgfaltspflichten verletzt hat. Auch das Umgekehrte gilt, denn nicht der Erfolg, sondern die angewandte Sorgfalt ist massgebend bei der Beurteilung, ob die Sorgfaltspflichten eingehalten worden sind. Wird ein Patient trotz einer liederlichen Behandlung gesund, so hat der Arzt trotzdem seine Sorgfaltspflichten verletzt.

ZBI 116/2015 S. 3, 9

Die Funktion der Sorgfalt besteht darin, eine gewisse Vorhersehbarkeit des geschuldeten Verhaltens zu gewährleisten und so *berechtigtes Vertrauen* zu schützen sowie *Rechtssicherheit* und *Rechtsgleichheit* zu schaffen.

Die geschuldete Sorgfalt kann nicht einem bestimmten Rechtsgebiet zugeordnet werden, denn sie setzt einen Massstab für verschiedenste Verhaltensweisen, unabhängig von deren juristischer Qualifikation. Rechtsgebiete übergreifend kommt die Sorgfalt in zwei unterschiedlichen Zusammenhängen vor: bei der Erfüllung der vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten (Verhaltenspflicht) und bei der Bestimmung

²⁰ Vgl. Favre (Anm. 12), S. 11 – 12.

²¹ S. die Nachweise bei Favre (Anm. 12), S. 4 f.

²² Georg Gautschi, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394 – 406 OR, 3. Aufl., Bern 1971, Art. 398 und 404 OR, N 4 a.



des Verschuldens (Verhaltensmaxime)²³. Beim Verschulden kommt die Sorgfalt dann zum Tragen, wenn fahrlässig gehandelt wurde, d.h. wenn die gebotene Sorgfalt nicht beachtet wurde²⁴. Die Sorgfalt als Verhaltensmaxime ist *im öffentlichen Recht* kaum von Bedeutung, weil der Bund und die Mehrheit der Kantone die Staatshaftung verschuldensunabhängig ausgestaltet haben²⁵. Nachfolgend wird deshalb auf die Sorgfalt als Verhaltensmaxime nicht näher eingegangen²⁶.

3. Mass der Sorgfalt

Die bei einem bestimmten Verhalten geschuldete Sorgfalt wird nach zwei unterschiedlichen Massstäben beurteilt: Einem *objektiven Massstab*, der am hypothetischen Verhalten einer Drittperson anknüpft, und einem *subjektiven Massstab*, der am hypothetischen Verhalten der handelnden Person selbst anknüpft²⁷. Der objektive Massstab gewährleistet eine gewisse Vorhersehbarkeit des Verhaltens und dient somit dem Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit. Er berücksichtigt aber nicht, ob die zu einer bestimmten Sorgfalt verpflichtete Person auch in der Lage ist, ihn zu beachten. Der subjektive Massstab nimmt deshalb auf die persönlichen Umstände der verpflichteten Person Rücksicht; er dient der Einzelfallgerechtigkeit.

Der objektive Massstab richtet sich danach, was *üblicherweise* von einer Person oder Behörde erreicht und erwartet werden kann. Zur Bestimmung des objektiven Sorgfaltsmassstabs wird eine Referenz-Person oder -Behörde bestimmt. Für jede Referenz-Person oder -Behörde gilt somit ihr eigenes zu erwartendes Verhalten als

ZBI 116/2015 S. 3, 10

Massstab²⁸. Die Referenz-Person oder -Behörde wird nach *objektiven Kriterien* bestimmt, auf Grund derer bestimmte Kenntnisse oder Fähigkeiten (oder deren Fehlen) zu erwarten sind oder welche diese beeinflussen. Dazu gehören unter anderem:

das *Alter* oder die *Etabliertheit*, denn diese haben einen Einfluss auf die Erfahrung;

die *Ausbildung* und die *Spezialisierung*, von denen auf die Kenntnisse in einem bestimmten Gebiet geschlossen werden kann;

der *Beruf* und der *Tätigkeitsbereich*, die Auswirkungen auf die Kenntnisse und Fähigkeiten haben²⁹.

Nicht zu den Kriterien, die Rückschlüsse auf Kenntnisse, Fähigkeiten oder Mängel zulassen, gehören subjektive Faktoren wie *Übermüdung*, *Angst* oder *Konzentrationsmangel*, weil sie nicht vorhersehbar sind, meist nur vorübergehend auftreten und situationsbedingt sind³⁰. Bei juristischen Personen oder Behörden fällt der subjektive Massstab naturgemäss weg.

²³ BGer, Urteil 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000, E. 1b; BGE 113 II 429 f.; *Rolf H. Weber*, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung*, Art. 97 – 109 OR, Bern 2000, Art. 97 OR, N 103; *Christoph Oswald*, *Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie im ausservertraglichen Bereich*, Zürich 1988, S. 71 ff.

²⁴ *Karl Oftinger/Emil W. Stark*, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Zürich 1995, § 5, N 48 ff.; *Weber* (Anm. 23), Art. 99 OR, N 64; *Oswald* (Anm. 23), S. 39.

²⁵ *Pierre Moor/Etienne Poltier*, *Droit administratif*, Vol. II, 3. Aufl., Bern 2011, S. 855. Für den Bund s. Art. 3 Abs. 1 VG; für die Kantone vgl. die Hinweise bei *Moor/Poltier*, a.a.O., S. 852 ff.

²⁶ S. dazu *Favre* (Anm. 12), S. 16 – 21.

²⁷ *Favre* (Anm. 12), S. 6.

²⁸ *Adil Izveren*, *Sorgfaltshaftung und Schadenersatzpflicht im Dienstleistungsrecht*, Zürich 1952, S. 33 ff.; *Oswald* (Anm. 23), S. 64.

²⁹ *Oftinger/Stark* (Anm. 24), § 5, N 68 ff., 207 ff.; *Oswald* (Anm. 23), S. 67 ff.; *Heinz Rey*, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich 2003, N 847 f., 193 f.

³⁰ *Roland Brehm*, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41 – 61 OR, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 41 OR, N 190; *Weber* (Anm. 23), Art. 99 OR, N 100; *Oswald* (Anm. 23), S. 67 f.



Lässt sich anhand von objektiven Kriterien eine Referenz-Person oder Behörde bestimmen, gilt ihr *typisiertes, hypothetisches Verhalten als Massstab* für alle Personen oder Behörden, die solche Kenntnisse oder Fähigkeiten besitzen. Es wird z.B. von ihnen erwartet, dass sie keine vermeidbaren Fehler begehen und sich sorgfältig verhalten, unter anderem, indem sie:

sich an die *Gesetze* und an die im Verkehrs- und Berufskreis üblichen *Regeln* und *Usanzen* halten;

sich dem Fachgebiet entsprechend *weiterbilden*;

der *Bedeutung, Gefährlichkeit und Schwierigkeit* einer Situation Rechnung tragen, indem sie ein erhöhtes Mass an Sorgfalt aufwenden;

auf *äussere Einflüsse* situationsgerecht reagieren³¹.

Die oben genannten Kriterien zur Bestimmung eines sorgfältigen Verhaltens gelten nicht automatisch, sie müssen stets anhand der konkreten Situation gewichtet werden: Beispielsweise wäre ein nothilfemässiger Eingriff einer Ärztin, die unvermittelt auf einen verunfallten Motorradfahrer trifft, anders zu beurteilen als eine geplante Operation im Spital.

ZBI 116/2015 S. 3, 11

4. Sorgfalt als gefordertes Verhalten

Die Sorgfalt als Verhaltenspflicht legt für alle Rechtsgebiete das *abstrakt geforderte Verhalten* fest³². Im Privatrecht und im öffentlichen Recht verlangen verschiedenste gesetzliche Bestimmungen ausdrücklich ein «sorgfältiges» Verhalten. Nachfolgend seien ergänzend zu den eingangs genannten Bestimmungen einige weitere Beispiele aufgeführt, die private Akteure betreffen:

Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen (Art. 20 Abs. 1 BPG, Art. 321a Abs. 1 OR).

Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR).

Die Prüfungen (von der Finanzmarktaufsicht unterstellten Personen und Kapitalanlagen) sind mit der Sorgfalt einer ordentlichen und sachkundigen Prüferin oder eines ordentlichen und sachkundigen Prüfers durchzuführen (Art. 26 Abs. 3 FINMAG).

Gewerbeorientierte Bürgschaftsorganisationen üben ihre Tätigkeit mit der nötigen Sorgfalt aus. (Es folgt eine exemplative Liste von Sorgfaltspflichten) (Art. 4 Verordnung über die Finanzhilfen an gewerbeorientierte Bürgschaftsorganisationen).

Wer mit Heilmitteln umgeht, muss dabei alle Massnahmen treffen, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlich sind, damit die Gesundheit von Mensch und Tier nicht gefährdet wird (Art. 3 HMG, Artikelüberschrift: «Sorgfaltspflicht»).

Ob eine Verhaltenspflicht verletzt wurde, wird nach dem *objektiven Massstab* beurteilt. Dies fordern die Grundsätze der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit.

Der objektive Massstab kann durch gesetzliche Bestimmungen *geändert oder präzisiert* werden. Eine Änderung des objektiven Massstabs im öffentlich-rechtlichen Bereich nimmt etwa Art. 19 Abs. 2 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vor, der bestimmt, dass die FINMA und die von ihr Beauftragten nur haften, wenn sie *wesentliche* Amtspflichten verletzt haben. Als Beispiel für Präzisierungen im öffentlichen Recht ist auf Verfassungsebene zunächst Art. 5 BV zu erwähnen, wonach staatliches Handeln auf einer *rechtlichen Grundlage* beruhen, *verhältnismässig* und *im öffentlichen Interesse* sein muss, des weiteren das *Rechtsgleichheitsgebot* (Art. 8 BV) sowie Art.

³¹ Peter Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, Fribourg 1988, N 267 ff., 117 ff.; Brehm (Anm. 30), N 184a f.

³² Oswald (Anm. 23), S. 67.

43a Abs. 5 BV, wonach staatliche Aufgaben *bedarfsgerecht* und *wirtschaftlich* erfüllt werden müssen³³. Auf Gesetzesstufe können die zitierten Bestimmungen der Verordnung über die Finanzhilfen an gewerbeorientierte Bürgschaftsorganisationen erwähnt werden. Verschiedentlich wird die Ausübung des Ermessens präzisiert: Z.B. müssen die Behörden bei der Ausübung des Ermessens im Rahmen von ausländerrechtlichen Entscheiden den *Grad der Integration* berück-

ZBI 116/2015 S. 3, 12

sichtigen (Art. 54 Abs. 2 AuG); die Kantone Jura, Freiburg und Nidwalden haben in ihren Verwaltungsverfahrensgesetzen allgemeine Vorschriften zum Verwaltungsermessen aufgestellt: Die Behörden müssen ihr Ermessen nach *objektiven und vernünftigen Kriterien* ausüben, sie müssen die Massnahme wählen, die den Umständen am *angemessensten* ist (Art. 21 des Code de procédure administrative des Kantons Jura, Art. 9 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Freiburg), die Behörde soll nach *sachlichen* Gesichtspunkten unter *Abwägung* der öffentlichen und privaten Interessen handeln (§ 8 der Verwaltungsrechtspflegeverordnung des Kantons Nidwalden)³⁴.

Im Privatrechtsbereich sei als Beispiel Art. 321e Abs. 2 OR genannt (Hervorhebungen hinzugefügt): «Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen *Arbeitsverhältnis*, unter Berücksichtigung des *Berufsriskos*, des *Bildungsgrades* oder der *Fachkenntnisse*, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der *Fähigkeiten* und *Eigenschaften* des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.» Das Vertragsrecht weist die Besonderheit auf, dass die Vertragsparteien die zwischen ihnen geltenden Verhaltenspflichten in den Schranken des Gesetzes weitgehend abändern oder näher konkretisieren können. Dies kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Parteiabrede geschehen. Eine stillschweigende Parteiabrede wird angenommen, wenn eine Vertragspartei die Fähigkeiten der anderen kannte oder hätte kennen sollen.

Erwähnenswert ist schliesslich das Datenschutzgesetz (DSG), das in seinem 2. Abschnitt Sorgfaltspflichten aufführt, die für den privatrechtlichen wie für den öffentlich-rechtlichen Bereich gleichermaßen gelten. Bemerkenswert ist dabei insbesondere Art. 4 Abs. 2 DSG, wonach die Bearbeitung von Personendaten durch Private wie durch den Staat nach *Treu und Glauben* erfolgen und *verhältnismässig* sein muss. Der aus dem öffentlichen Recht stammende Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) kommt im Bereich des Datenschutzes also auch auf die Beziehungen zwischen Privaten zur Anwendung³⁵.

Eine Besonderheit besteht im *Strafrecht*, wo die Verhaltenspflicht aufgrund des Legalitätsprinzips im Gesetz detailliert umschrieben werden muss³⁶. Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB wird deshalb vom Geldwäschereigesetz konkretisiert.

IV. Bedeutung der Sorgfalt bei Ermessensentscheiden

1. Untergeordnete Bedeutung in der aktuellen Behördenpraxis

Im Privatrecht und im Strafrecht ist die Bestimmung der geschuldeten Sorgfalt nach der dargestellten Methode etabliert, wenn nicht ein Ergebnis, sondern ein bestimmtes Verhalten geschuldet ist. Die Sorgfalt kann dort ihre Funktion erfül-

ZBI 116/2015 S. 3, 13

³³ Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 9), Rz. 441.

³⁴ Schindler (Anm. 9), Nr. 203 – 204.

³⁵ Urs Maurer-Lambrou/Andrea Steiner, Basler Kommentar zum DSG, 3. Aufl. 2014, Art. 4 Rz. 10.

³⁶ S. etwa BGE 136 IV 127, S. 129 E. 3.1.3.



len, eine gewisse Vorhersehbarkeit des geschuldeten Verhaltens zu gewährleisten und so berechtigtes Vertrauen zu schützen sowie Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu schaffen.

Nicht so im öffentlichen Recht. Statt das geschuldete Verhalten vorab zu definieren, werden die im Verfahren von den Parteien und involvierten Behörden geltend gemachten Interessen gegeneinander abgewogen und Überlegungen zur Verhältnismässigkeit angestellt. Dadurch berücksichtigt die verfügende Behörde unter Umständen nicht alle relevanten Tatsachen, und es besteht die Gefahr, dass eine Behörde nicht erkennt, dass ein anderes Verhalten geboten wäre, um die verfassungsrechtliche Pflicht zu sorgfältigem Handeln zu erfüllen, mit anderen Worten: dass ein *besseres* Handeln möglich wäre.

2. Beispiel: Der Entscheid des Bundesgerichts in Sachen «Gemeinde Riniken»

Illustrativ hierfür ist der Bundesgerichtsentscheid in Sachen «*Gemeinde Riniken*» vom 5. April 2011³⁷: Die Axpo AG beabsichtigte, eine bestehende 220-kV-Freileitung zwischen Beznau und Birr durch eine 380/220-kV-Freileitung mit teilweise geänderter Linienführung zu ersetzen. Das Bundesamt für Energie verlangte eine Studie für eine Teilverkabelung, d.h. eine teilweise unterirdische Verlegung der Leitung. Die Axpo (damals NOK) erstellte im Mai 2004 eine solche Studie; sie kam zum Schluss, dass eine Teilverkabelung rund 12 bis 15 Mal teurer wäre und technische, betriebliche und umweltmässige Nachteile gegenüber einer reinen Freileitung aufweise. Mit Verfügung vom 31. Oktober 2006 erteilte das Bundesamt für Energie daraufhin die Teilplangenehmigung für eine Teilstrecke der geplanten 380/220-kV-Freileitung Beznau-Birr.

Die Gemeinde Riniken und zahlreiche Private erhoben Beschwerde. Sie verlangten eine Teilverkabelung der Hochspannungsleitung im Gebiet Gäbihübel. Die Beschwerdeführer reichten im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht zwei Gutachten von Prof. Heinrich Brakelmann vom Juli 2009 und vom Januar 2010 ein, wonach das NOK-Gutachten inzwischen überholt sei und eine Verkabelung bedeutend geringere Investitionskosten verursache. Zudem seien bei einer Gesamtkostenrechnung die geringeren Energieverluste einer Kabelleitung einzubeziehen. Deshalb sei eine Teilverkabelung nur rund 1,7 bis 1,8 Mal teurer als eine Freileitung. Das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte die Gutachten als blosse Parteibehauptungen und wies die Beschwerden ab.

Mit Beschwerde an das Bundesgericht machten die Gemeinde Riniken und Mitbeteiligte daraufhin geltend, die wirtschaftliche Tragbarkeit und die Wirtschaftlichkeit einer Teilverkabelung seien nachgewiesen. Ausserdem sei eine Teilverkabelung wegen der überwiegenden Interessen des Landschaftsschutzes und des Schutzes gegen Strahlen- und Lärmimmissionen geboten. Das Bundesamt für

ZBI 116/2015 S. 3, 14

Energie beantragte die Abweisung der Beschwerde, weil eine Freileitung *den Anforderungen des Bundesrechts genüge* und deshalb zu bewilligen sei, unabhängig davon, ob es andere, über den gesetzlich garantierten Rahmen hinausgehende Lösungen gebe. Auch das Bundesamt für Umwelt hielt in seiner Stellungnahme dafür, das Freileitungsprojekt halte die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen nach der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) ein und sei deshalb bundesrechtskonform; es bestehe deshalb kein Anlass, eine unterirdische Kabelleitung zu erstellen³⁸.

³⁷ BGE 137 II 266.

³⁸ BGer, 1C_398/2010, Sachverhalt, F. (in BGE 137 II 266 nicht publizierter Sachverhalt). Vgl. zu diesem Entscheid auch *Rolf H. Weber*, Abschätzung von Risiken und Kosten durch Gerichte, Jusletter vom 9. Juli 2011; *Michael Merker*, Freileitung oder Verkabelung im Höchstspannungsnetz, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, publiziert am 29. September 2011.

Das Bundesgericht erinnerte in seinem Urteil vom 5. April 2011 daran, dass die Bundesbehörden für die Schonung des heimatlichen Landschafts- und Ortsbilds, der geschichtlichen Stätten sowie der Natur- und Kulturdenkmäler und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, für deren ungeschmälerte Erhaltung zu sorgen haben (Art. 3 Abs. 1 NHG). Ein Eingriff ist nur gestattet, wo ein überwiegendes öffentliches Interesse dies erfordert. Es ist deshalb gemäss ständiger Rechtsprechung *eine möglichst umfassende Abwägung aller für und gegen das Vorhaben sprechenden öffentlichen und privaten Interessen* vorzunehmen³⁹. Auch die von den Parteien beigebrachten Expertisen müssen dabei objektiv geprüft werden⁴⁰.

Das Bundesgericht berücksichtigte bei der Interessenabwägung zahlreiche *Kriterien*⁴¹: Das Kabel habe gegenüber der Freileitung den Vorteil, dass es unempfindlich gegen Stürme, herabfallende Bäume, Schnee- und Eisbehang sei. Die Investitionskosten seien höher, aber die Gesamtkosten ähnlich; die Verkabelung könne sogar günstiger sein, wenn die Energiekosten anstiegen. Für die Verkabelung spreche das gewichtige energiepolitische Interesse an der Vermeidung unnötiger Stromverluste. Aus Sicht des Landschaftsschutzes sei sie die beste Lösung. Die Gefahr der Austrocknung der Vegetation durch Bodenerwärmung scheine vernachlässigbar. Auch der Gewässerschutz spreche nicht gegen eine Verkabelung. Die Freileitung sei nicht günstiger für den Wald, weil dieser durch Mastfundamente und Niederhaltungsservitute beeinträchtigt werde, während das Kabeltrasse im Wesentlichen durch Wiesengelände und am Waldrand verlaufe. Unter diesen Umständen, so das Bundesgericht, überwiege das Interesse an der ungeschmälerten Erhaltung des Gäbihüfels durch eine Teilverkabelung der Hochspannungsleitung⁴².

ZBI 116/2015 S. 3, 15

3. Würdigung

Das Bundesgericht hat im Entscheid «Riniken» im Gegensatz zur Vorinstanz und den Bundesämtern auch Privatgutachten der Parteien geprüft und nicht bloss auf die behördlichen Stellungnahmen abgestellt. Es erinnerte daran, dass die Behörden verpflichtet sind, alle ihnen angebotenen Beweismittel anzunehmen, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich scheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG)⁴³.

Dem ist zuzustimmen, doch hätte das Bundesgericht noch einen Schritt weiter gehen können. Denn ob ihm mit der zusätzlichen Berücksichtigung der Privatgutachten alle technisch relevanten Fakten vorlagen, ist fraglich: Bei einer Beschränkung der Faktenklärung auf die Aussagen der Behörden und Parteien besteht keine Gewissheit, dass alle relevanten Fakten tatsächlich in sachgerechter Weise in Betracht gezogen wurden. Damit besteht die Gefahr, dass dem Gericht ein entscheidendes Element entgeht. Den bei der Interessenabwägung herangezogenen Kriterien haftet etwas *Zufälliges* an, denn das Gericht hat nicht zuvor das Mass der *Sorgfalt* definiert, das bei der Planung, der Erstellung und dem Betrieb von Starkstromleitungen zu erfüllen ist.

Die Behörden sind aufgrund der Pflicht zur Sorgfalt gehalten, vorgängig das Mass der Sorgfalt festzulegen, das sie bei einem bestimmten Handeln zu beachten haben; die kontrollierende Behörde bzw. die Gerichte müssen prüfen, ob dieser Sorgfaltsmassstab korrekt erstellt und eingehalten wurde. Dieses Vorgehen vermindert das Risiko, dass wesentliche Aspekte einer Angelegenheit nicht berücksichtigt werden. Ein solches Vorgehen ist aufgrund der in Art. 5 Abs. 3 BV verankerten Pflicht zur Sorgfalt zwingend: Deren Einhaltung bedingt, dass die Behörden vor der Entscheidungsfindung in einem Projekt alle möglichen technischen Lösungen und die damit verbundenen Folgen für die öffentlichen und privaten Interessen sorgfältig abklären; die kontrollierende Behörde muss prüfen, ob dies geschah. Die Klärung der Beweislage ist ein zentrales

³⁹ BGE 137 II 266 (Riniken), S. 275, E. 4.

⁴⁰ A.a.O., S. 270 E. 3.2.

⁴¹ A.a.O., S. 282 E. 7.

⁴² A.a.O., S. 283 E. 7.2.

⁴³ A.a.O., S. 270 E. 3.2.

verfahrensmässiges Postulat; die Gerichte müssen sich deshalb auch mit vermeintlich rein technischen oder ökonomischen Fragestellungen auseinandersetzen⁴⁴.

Ein Weiteres kommt hinzu: Wenn die Behörden Handlungsspielraum haben, ist das *Legalitätsprinzip* und die Rechtssicherheit nicht voll verwirklicht. Dies ist zu kompensieren. Einerseits durch Mittel des Verfahrens: Den Betroffenen ist mehr Raum zu geben, um ihre Sichtweise einzubringen, der Gewährung des rechtlichen Gehörs ist grösseres Gewicht beizumessen. Andererseits durch das Vorgehen der Behörden: Diese sind verpflichtet, ihre Entscheide besonders sorgfältig zu erarbeiten und zu begründen⁴⁵. Die Behörden und Gerichte sollten die Fakten deshalb aktiv im Dialog mit den Experten erarbeiten und so eine solide Grundlage für ihre Entscheide schaffen. Sie sollten aus eigener Initiative Experten beiziehen,

ZBI 116/2015 S. 3, 16

wenn dies zur Schaffung einer klaren Faktenlage nötig ist. Dies ist eine übliche Praxis bei Streiterledigungsverfahren vor den WTO-Panels und dem Appellate Body. Die Würdigung der technischen und ökonomischen Faktoren im Entscheid «Riniken» erreicht den international angewandten Tatsachenerhebungsstandard nicht⁴⁶.

Wenn ein Entscheid nicht-juristisches Fachwissen voraussetzt, kann sich ein Gericht der umfassenden Überprüfung des Vorentscheids nicht entziehen mit dem Hinweis, es verfüge nicht über den erforderlichen Sachverstand, wie dies heute noch Praxis ist⁴⁷. Gleiches gilt für die Überprüfung von sogenannten Ermessensentscheidungen. Im Privatrecht und im Strafrecht werden Ermessensentscheidungen schon jetzt ohne Einschränkung auf ihre Angemessenheit hin überprüft⁴⁸. Auch im öffentlichen Recht sollte die heute noch teilweise unvollständige Überprüfung der Angemessenheit behördlichen Handelns (beispielsweise bei sogenannten «technischen Sachverhalten») aufgegeben werden zugunsten einer *umfassenden Kognition*⁴⁹. Die Sorgfalt stellt dabei einen verlässlichen Massstab dar.

V. Fazit

Sorgfaltspflichten sind eine im Privatrecht und im Strafrecht fest etablierte Rechtsfigur. Auch im öffentlichen Recht sollten sie zum Tragen kommen, wenn Behörden über einen Ermessensspielraum verfügen. Eine konsequente Beachtung der gebotenen Sorgfalt steigert einerseits die Qualität der Leistungen des Staates; sie begrenzt andererseits den Ermessensspielraum der Verwaltung und kompensiert damit die Lücken des Legalitätsprinzips, verbessert die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns und stärkt die Rechtssicherheit sowie die Rechtsgleichheit.

Die Bindung des Staates an Sorgfaltspflichten liegt auf einer Linie mit der Entwicklung, die mit dem Bundesgerichtsentscheid «Wäffler» im Jahre 1977 begonnen hat. Damals hat das Bundesgericht den Gesetzesvorbehalt von der Eingriffs- auf die Leistungsverwaltung ausgedehnt⁵⁰. Die Leistungsverwaltung soll effizient und kontrollierbar sein⁵¹. Hierzu ist die Festlegung des geschuldeten Masses an Sorgfalt nötig. Die Festlegung von Sorgfaltspflichten ist deshalb eine *notwendige Ergänzung des Legalitätsprinzips*.

⁴⁴ Moor/Flückiger/Martenet (Anm. 4), S. 744.

⁴⁵ Moor/Flückiger/Martenet (Anm. 4), S. 739, m.H. auf die Rechtsprechung.

⁴⁶ Weber (Anm. 38).

⁴⁷ Moor/Poltier (Anm. 25), S. 600 f.; Benjamin Schindler, Zur Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung, ZBI 114/2013, S. 367, m.w.H.; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 9), Rz. 474a u. 474d.

⁴⁸ Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 9), Rz. 430.

⁴⁹ Vgl. Moor/Poltier (Anm. 25), S. 601 f. u. 797 f.

⁵⁰ BGE 103 Ia 369, S. 380 E. 5.

⁵¹ Moor/Flückiger/Martenet (Anm. 4), S. 31.