

Bernhard Schloer

Das Ermessen im ukrainischen Verwaltungsrecht

I. Einleitung

Das Ermessen spielt in der rechtswissenschaftlichen Literatur zum ukrainischen Verwaltungsrecht noch eine marginale Rolle. Doch sind Veränderungen zu beobachten: Wenn gleich in der Lehrbuchliteratur und in Monographien das Ermessen nur knapp, oft gar nicht angesprochen wird, war es in der Fachpresse in den letzten Jahren ein häufigeres Thema.

Diese Entwicklung ist konsequent, denn das Ermessen steht im engen Zusammenhang mit der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle und der Gewaltenteilung; das kann man schon in den vorrevolutionären Darstellungen zur Verwaltungsgerichtsbarkeit nachlesen.¹ Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der heutigen Ukraine wurde Mitte 2005 eingeführt, die Wissenschaft hat dieses Thema aufgegriffen und es ist zu erwarten, dass interessante Entwicklungen zu beobachten sein werden. Mit diesem Beitrag soll die Praxis der Gesetzgebung und der Stand der Diskussion in der Fachliteratur dargelegt werden.

Zur Terminologie im ukrainischen Recht ist die Erklärung nötig, dass im Zusammenhang mit diesem Thema diese Begriffe verwendet werden: „розсуд“, was mit „Ermessen“ übersetzt wird und die Begriffe, in denen das Wort „дискреційний“ verwendet wird. Hierbei handelt es sich um einen Latinismus, der in den meisten europäischen Rechtsordnungen für die Bezeichnung von Ermessen verwendet wird, z. B. im französischen Verwaltungsrecht, das für die Entwicklung des ukrainischen Verwaltungsrechts häufig als Vorbild diente und dient, die Begriffe „pouvoir discrétionnaire“ oder „compétence discrétionnaire“. Entsprechende Wortverbindungen werden im Zusammenhang mit dem Ermessen im ukrainischen Recht verwendet, die „дискреційний повноваження“ womit die gesetzliche Ermessensermächtigung bezeichnet wird. Diese wird auch ausgedrückt durch „право на розсуд“, das „Recht auf Ermessen“, „дискреційне право“, „Ermessensrecht“ und „дискреційна влада“, die „Ermessensmacht“.

Angesichts der Regelungen der Art. 6 Abs. 2 und 19 Abs. 2 der ukrainischen Verfassung, wo für die gesetzliche Ermächtigung das Wort „повноваження“ (Ermächtigung) verwendet wird und den Formulierungen im Grundrechtsteil, wo vom „Recht“ des Bürgers die Rede ist, ist die gesetzliche Ermächtigung für die Verwaltung zwar als „Ermächtigung“ zu bezeichnen, aber im Gesetzesrecht und in der Literatur und Praxis werden dafür Begriffe wie „Recht“ oder „Macht“ verwendet.

¹ Z. B. *C.A. Корф*, Адміністративна юстиція въ России (Korff, Verwaltungsjustiz in Russland), St. Petersburg, 1910, Band 3, S. 490 ff. Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine: *A. Komziuk/R. Melnyk/V. Berzenko/Th. Mann*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine: Entstehung, Entwicklung und Struktur, Osteuropa-Recht 2010, S. 249 ff. m. w. N.

II. Die Regelung im Kodex der Verwaltungsjustiz² – KVJ

Die Einräumung von Ermessen der Verwaltung ist im gewaltenteiligen Rechtsstaat von der Begrenzung der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte abhängig; nach Art. 6 der Verfassung ist die Ukraine ein gewaltenteiliger Rechtsstaat. Um die Rolle der Verwaltungsgerichte bestimmen zu können, muss man den KVJ aber genauer betrachten. Denn auf den ersten Blick ist keine Regelung für die Nachprüfung von Ermessen ersichtlich und auch der Kommentar geht nicht darauf ein; nur der rechtsvergleichende Hinweis auf entsprechende Regelungen einiger europäischer Länder³ lässt aufmerksam werden.

Die Entstehungsgeschichte des KVJ zeigt, dass eine Regelung zum Ermessen getroffen wurde. Der erste Entwurf von 2002⁴ enthält diesen Vorschlag in Art. 3 Abs. 2:

Die Verwaltungsgerichte überprüfen nicht Entscheidungen (Handlungen und Unterlassen) der Organe der vollziehenden Gewalt und der örtlichen Selbstverwaltung, von Amtspersonen und Beamten, anderen Subjekten, die Funktionen der hoheitlichen Verwaltung ausüben, auf ihre Zweckmäßigkeit hin, wenn sie nach eigenem Ermessen getroffen (begangen) wurden im Rahmen der Ermächtigungen, die durch die Verfassung und Gesetze der Ukraine eingeräumt wurden.

In der Fassung für die Ausschussberatungen⁵ wurde der Begriff „Ermessen“ gestrichen und weitere Änderungen vorgenommen; Art. 2 Abs. 2 dieser Fassung lautete folgendermaßen:

Bei der Klage gegen Entscheidungen (Handlungen und Unterlassen) der Organe der vollziehenden Gewalt und der örtlichen Selbstverwaltung, von Amtspersonen und Beamten, anderen Subjekten, die Funktionen der hoheitlichen Verwaltung auf der Grundlage der Gesetzgebung ausüben, überprüfen die Verwaltungsgerichte, ob sie auf der Grundlage, im Rahmen der Ermächtigung und in der Art und Weise, wie das durch die Verfassung und Gesetze der Ukraine vorgesehen ist, getroffen (begangen) wurden, entsprechend der Ziele dieser Ermächtigungen, aber beurteilen nicht die Zweckmäßigkeit dieser Entscheidungen, Handlungen und Unterlassen.

Auf Vorschlag des Abgeordneten und früheren Justizministers *S. Holovaty* wurde die Fassung für die dritte Lesung⁶ durch die folgende Fassung ersetzt:

In Sachen von Klagen gegen Entscheidungen, Handlungen und Unterlassen der Organe der vollziehenden Gewalt überprüfen die Verwaltungsgerichte, ob sie getroffen (begangen) wurden:

Auf der Grundlage, im Rahmen der Ermächtigung und der Art und Weise, wie das in der Verfassung und den Gesetzen der Ukraine vorgesehen ist;

Unter Ausübung der Ermächtigung mit dem Ziel, das von dieser Ermächtigung vorgegeben wird;

² Кодекс Адміністративного Судочинства України, Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 2005, Nr. 35-36, Nr. 37, S. 446 i. d. F. vom 15.4.2014, <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

³ Кодекс Адміністративного Судочинства України, науково-практичний коментар, 3-еє вид., за заг. ред. *Кубіди, Р. О.* (Kodex der Verwaltungsjustiz der Ukraine, wissenschaftlich-praktischer Kommentar, Hrsg. *Kubid, R. O.*, 3. Aufl.), Kiew 2009, Art. 2 Nr. 25.

⁴ Проект, Вноситься народними депутатами України *B. Мусіякою, B. Онопенком, T. Стецьківим, B. Стремовичем*, Адміністративний процесуальний кодекс України (Gesetzentwurf, vorgelegt von den Abgeordneten der Ukraine *V. Musijka, V. Onopenko, T. Ctezkiv, V. Stretovič*, der Kodex des Verwaltungsprozesses), Link zu den Drucksachen: http://wlcl.rada.gov.ua.pls/zsweb2/webproc4_1?pf3511=12720; zur Entstehungsgeschichte: *St. Hülshörster*, Recht im Umbruch. Die Transformation des Rechtssystems in der Ukraine unter ausländischer Beratung, Frankfurt/M., 2008, S. 173 ff.

⁵ Таблиця поправок до проекту Адміністративного процесуального кодексу України (Tabelle mit den Änderungen für den Entwurf des Kodex der Verwaltungsjustiz), Nr. 1331, Друге читання (zweite Lesung). Link zu den Drucksachen Fn. 4.

⁶ Таблиця поправок до проекту Адміністративного процесуального кодексу України (Tabelle mit den Änderungen für den Entwurf des Kodex der Verwaltungsjustiz), Nr. 1331; 3. читання (dritte Lesung). Link zu den Drucksachen Fn. 4.

Abgewogen, also unter Einbeziehung aller Umstände, die für die Entscheidung (Unterlassen) Bedeutung haben;

Unparteiisch (unvoreingenommen);

Gewissenhaft;

Vernünftig;

Unter Beachtung des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetz, ungerechtfertigte Diskriminierung vermeidend;

Verhältnismäßig, besonders unter Einhaltung der notwendigen Balance zwischen jeglichen unvertretbaren Folgen für die Rechte, Freiheiten und Interessen von Personen und den Zielen, für deren Erreichung diese Entscheidung (Unterlassen) getroffen wurde;

Unter Beachtung der Rechte von Personen auf Beteiligung an dem Prozess der Entscheidungsfindung;

Rechtzeitig, also innerhalb einer angemessenen Frist.

So lautet auch die Fassung im geltenden KVJ.

Während die erste Fassung deutlich eine Beschränkung der gerichtlichen Überprüfung ausdrückte, ist das bei der geltenden Fassung nicht sofort zu erkennen.

In diesem Absatz des Art. 2 KVJ werden die Kriterien aufgezählt, die das Gericht zu prüfen hat. Darunter sind einige, die besonders bei der Überprüfung von Ermessensentscheidungen bedeutsam sind, so die Einhaltung des Zwecks der Ermächtigung und die Berücksichtigung aller in Frage kommenden Umstände.

Die Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfung ist aber in dem Kriterium „gewissenhaft“ und „vernünftig“ (позуслево) sichtbar; diese Anforderung wird negativ definiert, dass dies keine Entscheidung mehr ist, die ein normaler Beamter treffen würde.⁷ Das bedeutet, dass Entscheidungen, die vor dieser Grenze liegen, vom Verwaltungsgericht nicht weiter auf deren vernünftigen Charakter hin überprüft werden können. Bei der Frage, ob gewissenhaft entschieden wurde, lassen sich auch nur die extremen Grenzen als Rechtsverstoß ermitteln. Zum Umgang der Verwaltungsgerichte mit Art. 2 Abs. 3 KVJ unten III.

III. Die Formulierungen des Ermessens im ukrainischen Gesetzesrecht

In der Literatur werden bestimmte Formulierungen genannt, die für eine Ermessenseinräumung typisch sein sollen. Das sind vor allem die Worte „kann“, „hat das Recht“ und Worte, die eine Leistungserbringung ausdrücken.⁸ Die Benennung des Wortes „kann“ als Ermessensermächtigung ist wohl durch das deutsche Recht beeinflusst worden, denn zum einen spielt es in der Gesetzgebung kaum eine Rolle, zum anderen ist dieses Wort mehrdeutig: eine Bedeutung entspricht dem deutschen „können“, mit ihm wird aber auch eine Erlaubnis bzw. ein Verbot ausgedrückt, „darf“ bzw. „darf nicht“.⁹

⁷ Kommentar KVJ (Fn. 3), Art. 2, Nr. 19.

⁸ Т. Коломоєць, Адміністративне право України. Академічний курс (*Kolomojec*'), Verwaltungsrecht der Ukraine. Akademischer Kurs) Kiew 2011, S. 41; Г.І. Ткач, Дискреційні повноваження та адміністративний розсуд у діяльності органів виконавчої влади, у: Виконавча Влада і адміністративне право, за заг. ред. Авер'янова, В. Б. (*Tkač*, Die Ermessensermächtigung und das Verwaltungsermessen in der Tätigkeit der Organe der vollziehenden Gewalt, in: Die vollziehende Gewalt und Verwaltungsrecht, Hrsg. Aver'janov), Kiew 2002, S. 275, 282.

⁹ „дозвільні норми“ (gestattende Normen), „заборонні норми“ (verbietende Normen), О.Ф. Скакун, Теорія права і держави, 2-ге видання (*Skakun*, Theorie von Recht und Staat, 2. Aufl.), Kiew, 2011, S. 279 f.

In zahlreichen Kodices und Gesetzen wird das Wort „Ermessen“ (позсуд) verwendet. Dieses Ermessen bezieht sich auf private natürliche und juristische Personen, wenn ihnen die Freiheit eingeräumt wird, ein bestimmtes, ihnen zustehendes Recht wahrzunehmen, z. B. Art. 6 und 12 des Zivilkodexes. Ferner beschreibt der Begriff diese Freiheit von Organen der (kommunalen) Selbstverwaltung hinsichtlich der Eigentumsrechte der Selbstverwaltungseinheit; sie ist dabei in einer Position wie eine private juristische Person, sodass es sich hier nicht um eine Ermessensermächtigung im Verhältnis öffentliche Verwaltung – Bürger handelt. Im Sinne einer Ermessensermächtigung wird der Begriff kaum verwendet, z. B. in Art. 60 des Gesetzes über Banken und Banktätigkeit,¹⁰ wonach die Nationalbank den Umfang der zu veröffentlichten Information nach ihrem Ermessen festlegt.

Für die Verwendung des Wortes „können“ (може) gibt es Beispiele aus dem Notstandsrecht. So ist in Art. 30 des Gesetzes über die Versorgung des sanitären und epidemiologischen Wohlergehens der Bevölkerung¹¹ bei epidemiologischen Notständen den zuständige Behörden die Befugnis eingeräumt, zusätzliche und außerordentliche Maßnahmen anzuordnen; das Gesetz legt in diesem Artikel aber nicht die Maßnahmen konkret fest. Hier werden im Tatbestand der Ermächtigung die Voraussetzungen und Ziele festgelegt und mit dem Wort „kann“ (може) wird die Wahlmöglichkeit ausgedrückt, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die nach dem fachmedizinischen Sachverstand sinnvoll sind.

In den anderen Gesetzen, die dem Rechtsgebiet „Verwaltungsrecht“ zugeordnet werden können, ist diese Formulierung aber nicht als die Regel oder überwiegende Formulierung für die Ermessensermächtigung feststellbar. Die Normen formulieren mit diesem Wort stabil nur das politische Ermessen¹² und das Ermessen, behördeninterne Organisationsmaßnahmen¹³ zu treffen. Generell ist festzustellen, dass bei Normen, die zu Eingriffen in Rechte der Bürger ermächtigen, solche Ermächtigungen selten sind. Dagegen wird „може“ im Sinne einer Ermessensermächtigung bei den Entscheidungen über Leistungen des Staates und der Verwaltung verwendet, also dort, wo i. d. R. keine Eingriffe in die Rechte der Bürger verursacht werden können.¹⁴

Im Gesetz über den Notstand¹⁵ wird das Handeln der Behörden im Notfall streng reglementiert. In den Artikeln, in denen „може“ verwendet wird (z. B. Art. 4, 5, 7, 8, 11, 16-18, 20, 28), wird das Wort verwendet um eine Erlaubnis „darf“ (може) oder ein Verbot, „darf nicht“ (не може), zu formulieren.

Vom Sprachgebrauch her stehen dem Wort „können“ die Formulierungen „hat das Recht“ (має право) und „aus eigener Initiative“ (за власної ініціативи) nahe. „Hat das Recht“ wird z. B. im Art. 35 des schon erwähnten Gesetzes über Banken und Banktätigkeit verwendet, worin die Nationalbank ermächtigt wird, bestimmte Vorgaben für den

¹⁰ Закон України про банки і банківську діяльність, Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 2001, Nr. 5-6, S. 30 i. d. F. vom 04.07.2013, <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>.

¹¹ Закон України про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення, Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 1994, Nr. 27, S. 218 i. d. F. vom 16.10.2012, <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4004-12>.

¹² Z. B. Art. 2 Закон України про прокуратуру (Gesetz über die Staatsanwaltschaft), Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 1991, Nr. 53, S. 793 i. d. F. vom 23.02.2014, <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1789-12>.

¹³ Z. B. Art. 13, 51 Gesetz über die Staatsanwaltschaft (Fn. 12).

¹⁴ Z. B. Art. 8 Закон України про судовий збір (Gesetz über die Gerichtsgebühren), Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 2012, Nr. 14, S. 87 19.9.2013, <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3674-17>.

¹⁵ Закон України про правовий режим надзвичайного стану, Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 2000, N 23, S. 176 i. d. F. vom 16.05.2013 <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1550-14>.

Bankensektor zu machen. Art. 35 räumt dieses Recht bei Vorliegen von bestimmten bankspezifischen Kriterien ein. Innerhalb dieser Kriterien entscheidet die Nationalbank über das genaue Vorgehen; sie ist nur verpflichtet, diese Kriterien zu berücksichtigen. Angesichts der Anforderungen an Spezialwissen in diesem Sachgebiet verbleibt der Bank in gewissem Rahmen ein Letztentscheidungsrecht, somit eine dem Ermessen ähnliche Situation.

„Aus eigener Initiative“ wird in Art. 12 Nr. 7 des Gesetzes über die zentrale Wahlkommission verwendet und wurde vom Obersten Verwaltungsgericht der Ukraine als Ermessensermächtigung angewendet.¹⁶

Das Wort „sorgt“ (дбає) wird selten verwendet und drückt den Fall aus, dass eine nicht bestimmte Leistung ohne im Gesetz genau beschriebene Pflichten erbracht wird, z. B. stellt das Gesetz über kollektive Landwirtschaftsunternehmen die Pflicht des Unternehmers fest, für die „Verbesserung der Arbeitsbedingungen“ zu sorgen.¹⁷ Die Pflicht ist angesichts dieses Ziels sehr vage und angesichts der Anforderungen des Verfassungsgerichts an die Bestimmtheit müsste man diese Formulierung als einen Fall von zu weitem Ermessen einstufen. Da hier aber keine Eingriffe in Rechte und Freiheiten denkbar sind, wird diese Weite toleriert. Im Gesetz über die ausländischen Ukrainer¹⁸ wird das Wort nur in der Präambel verwendet, stellt daher keine Handlungsermächtigung dar. In Art. 12 und 49 der Verfassung wird das Wort ebenfalls in sehr unbestimmten Aussagen verwendet, die das weite politische Ermessen ausdrücken. Im Gesetz über den Gerichtsaufbau und die Richter¹⁹ wird das Wort in Art. 24 Nr. 1, 7, Art. 29 Nr. 1, 7 und in Art. 34 Nr. 1, 10 im Zusammenhang mit der Pflicht der Leiter der Gerichte verwendet, für die Versorgung der Richter mit Information zum Zweck der Verbesserung der Rechtsprechung zu sorgen. Es handelt sich hier um den Fall des Organisationsermessens, das in der Fachliteratur als eigener Fall des Ermessens bezeichnet wird, siehe unten IV. 4. Das Wort „versorgt“ (забезпечує) steht im Zusammenhang mit einer Leistung. Im Gesetz über die Grundlagen der Verhütung und Bekämpfung der Korruption²⁰ handelt es sich in Art. 7 Nr. 2 eindeutig nicht um eine Ermessensermächtigung; in Art. 20 Abs. 1 handelt es sich um Entscheidungen über die behördene interne Versorgung, also um das Organisationsermessen oder eine Zuständigkeitsregelung.

Die Ermächtigung durch das Wort „versorgen“ kann als eine Ermessensermächtigung verstanden werden, wenn auf der Rechtsfolgenseite (ukr. die Disposition) der Norm Varianten stehen oder sie unkonkret ist, die Verwaltung daher selber entscheidet, wie sie im Sinne des jeweiligen Gesetzes diese Leistung(en) gestaltet.

In der ukrainischen Fachliteratur und Punkt 2.4 der „Methodologie zur Durchführung antikorruptionsbezogener Analysen normativ-rechtlicher Akte“ wird als eine weitere Art

¹⁶ Закон України про Центральну виборчу комісію (Gesetz über die zentrale Wahlkommission), Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 2004, Nr. 36, S. 448, i. d. F. vom 21. 7. 2013, <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1932-15>; Beschluss des Obersten Verwaltungsgerichts der Ukraine vom 20. 3. 2012, A/9991/145/12 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26084620>.

¹⁷ Закон України про колективне сільськогосподарське підприємство Art. 21, Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 1992, Nr. 20 <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2114-12>.

¹⁸ Закон України про правовий статус закордонних українців, Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 2004, Nr. 25, S. 343 i. d. F. vom 09.02.2012 <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1582-15>.

¹⁹ Закон України про судоустрій і статус суддів, Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 2010, № 41-42, № 43, № 44-45, S. 529 i. d. F. vom 27.3.2014 <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>.

²⁰ Закон України про засади запобігання і протидії корупції, Anzeiger der Verchovna Rada der Ukraine, 7.10. 2011, № 40, Art. 404 i. d. F. vom 1.1.2014 <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3206-17>.

der Formulierung einer Ermessensermächtigung die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen in der Ermächtigungsnorm genannt.²¹

IV. Das Ermessen in der Rechtsprechung

Die Durchsicht der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts der Ukraine zeigt, dass das Gericht verschiedene Formen des Ermessens nennt, diese aber nicht inhaltlich konkretisiert: So gibt es das politische Ermessen,²² das gesetzgeberische Ermessen²³ und das richterliche Ermessen,²⁴ nicht aber das Verwaltungsermessen. Ferner ist von willkürlich (свавільно)²⁵ und dem Ermessensmissbrauch (свавільля)²⁶ die Rede; dabei kritisiert das Gericht dies als einen Fall der Unbestimmtheit, ein „zu weites Ermessen“ im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgrundsatz.²⁷ Eine Auslegung einer Norm als Ermessensermächtigung ist vom Verfassungsgericht – soweit ersichtlich – nicht ausdrücklich vorgenommen worden.

In der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte verwendet man das Wort „Ermessen“ (розсуд) im Zusammenhang mit den Rechten von Parteien im Verfahren, soweit

²¹ Т. Коломоєць/П. Лютиков, Тлумачення оцінних понять в адміністративному судочинстві як складова вітчизняної правозастосовної практики (*Kolomojec/Ljumikov* Die Auslegung von wertenden Begriffen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Bestandteil der ausländischen Praxis der Rechtsanwendung), Recht der Ukraine, Heft 4, 2011, S. 49; Г.І. Ткач, Правова природа дискреційних повноважень органу виконавчої влади; за заг. ред. В.Б. Авер'янова, Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики (*Tkač*, Die rechtliche Natur von Ermessensermächtigungen der Organe der vollziehenden Gewalt, in: Die Staatsverwaltung: Probleme der verwaltungsrechtlichen Theorie und Praxis, Hrsg. V. B. Aver'janov), Kiew 2003, S. 126; С. Резанов, Оцінчні поняття як нормативне закріплення адміністративного розсуду (*Rezanov*, Wertende Begriffe als gesetzlicher Ausdruck des Verwaltungsermessens), Anzeiger der nationalen Universität des Inneren Charkiw, 2004, Ausgabe 28, S. 163; ders., Межі застосування адміністративного розсуду в діяльності органів внутрішніх справ (Die Grenzen der Anwendung des Verwaltungsermessens in der Tätigkeit der Organe des Inneren), Recht und Sicherheit 2009, Nr. 5, S. 48, 51; Justizministerium der Ukraine, Anordnung vom 23.06.2010 N 1380/5 Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів (Über die Bestätigung der Methode zur Durchführung antikorruptionsbezogener Analysen normativ-rechtlicher Akte); zur vorangegangenen Fassung: Н. Армаш, Принципи реалізації дискреційних повноважень державними політичними діячами (*Armaš*, Die Prinzipien der Realisierung von Ermessensermächtigungen durch staatliche politische Akteure), Rechtswissenschaft 2010, Nr. 5, S. 36.

²² Z. B. die Entscheidung vom 21. 6. 2011 N 7-rp/2011 Anzeiger des Verfassungsgerichts der Ukraine 2011, Nr. 6, S. 80, 84. О. Пасенюк, Повнота суддівського самоврядування – запорука його послідовного розвитку (*Pasenjuk*, Der Umfang der richterlichen Selbstverwaltung – die Garantie ihrer konsequenten Weiterentwicklung), Anzeiger des Verfassungsgerichts der Ukraine 2011 Nr. 1, S. 53, 58.

²³ Z. B. die Entscheidung vom 16.05.2007 Nr. 1-6/2007, Anzeiger des Verfassungsgerichts der Ukraine, 2007, Nr. 3, S. 5, 10; vom 19.10.2009, Anzeiger des Verfassungsgerichts der Ukraine, 2009, Nr. 6, S. 56, 78.

²⁴ Beschluss des Verfassungsgerichts der Ukraine vom 12.10.2005 Nr. 33-y/2005, <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9971>.

²⁵ Z. B. die Entscheidungen vom 29.12.1999 Nr. 11-pr/09, Amtlicher Anzeiger der Ukraine 2000 Nr. 4, S. 114; vom 11.10.2011, Anzeiger des Verfassungsgerichts der Ukraine, 2011, Nr. 6, S. 121, 124.

²⁶ Z. B. die Entscheidung vom 11.10.2011, Anzeiger des Verfassungsgerichts der Ukraine, 2011, Nr. 6 S. 121, 129.

²⁷ Entscheidung vom 11.10.2011, in der sich das Gericht auf die Entscheidung vom 23. Oktober 2008 „Soldatenko gegen die Ukraine“ des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bezieht, Вісник Конституційного Суду України, 2011, Nr. 6 S. 121, 129; С. Прогребняк, Основоположні принципи права (*Progrebnjak*, Grundlegende Prinzipien des Rechts) Charkiw, 2008, S. 186.

ersichtlich aber nicht, wenn ein Gericht auf das Verwaltungsermessen eingeht. Dieses wird mit dem Begriff Ermessensermächtigung („дискреційний повноваження“) bezeichnet. Die Verwaltungsgerichte folgen der Definition des Ermessens, wie sie der Europarat in seiner Empfehlung R (80) veröffentlicht hat.²⁸ Ferner stellen die Verwaltungsgerichte fest, dass sie bei der Prüfung nach Art. 2 Abs. 3 KVJ das Ermessen der Verwaltung nur innerhalb dieser Grenzen auf seine Gesetzmäßigkeit hin überprüfen; die Gewaltenteilung verbietet die Prüfung der Effektivität und Zweckmäßigkeit.²⁹ Soweit ersichtlich, spielt das oben unter I. angesprochene Kriterium der „vernünftigen“ Entscheidung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Rolle. Im Zusammenhang mit der Ermessensermächtigung wird dann auch vom eigenen oder freien „Ermessen“ (розсуд) der Verwaltung gesprochen.

V. Die ukrainische Fachliteratur

Die geringe Bedeutung, die das Verwaltungsermessen im Gesetzesrecht der Ukraine und in den knappen Ausführungen in der Rechtsprechung hat, spiegelt auch die Behandlung dieses Themas in der ukrainischen Rechtswissenschaft wider: Das Verwaltungsermessen ist kein „Standardthema“ in der ukrainischen verwaltungsrechtlichen Literatur und wird in der Verwaltungsrechtswissenschaft erst in den letzten Jahren als eigenes Thema behandelt;³⁰ hier nochmals den Hinweis, dass der Kodex der Verwaltungsjustiz Mitte 2005 in Kraft trat, also das Thema erst dann für die Praxis aktuell wurde.

²⁸ Z. B. der Beschluss des Obersten Verwaltungsgerichts der Ukraine vom 20. 3. 2012, A/9991/145/12, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26084620>.

²⁹ Z. B. der Beschluss des Obersten Verwaltungsgerichts der Ukraine vom 11. 6. 2013, K/9991/41486/12, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31952843>; Beschluss des Kreisverwaltungsgerichts Kiew vom 6. 8. 2012, Nr. 2a-4829/12/2670, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25686283>.

³⁰ Коломоєць, Fn. 8, S. 38 ff.; Ткач, Fn. 8, S. 275: „gewisse Beachtung“; А. Селіванов, Адміністративний процес в Україні: реальність і перспективи розвитку правових доктрин (Selivanov, Verwaltungsprozess in der Ukraine: Realität und Perspektiven für die Entwicklung von Rechtsdoktrinen), Kiew 2000, S. 49: „... noch ohne das gebührende Verständnis“; Резанов, Wertende Begriffe, Fn. 21, S. 163; ders., Grenzen, Fn 21, S. 48: „unzureichende Beachtung“; bedenklich angesichts des Standes der rechtswissenschaftlichen Diskussionen vor 1918 ist die Bewertung von Є. Додін (Dodin), Rezension des Lehrbuchs von Т. О. Коломоєць „Адміністративне право України. Академічний курс“ (Verwaltungsrecht der Ukraine. Akademischer Kurs), Der Zollfall (Митна справа) Nr. 1 (79) 2012, S. 114: „neues Institut des Verwaltungsrechts“ und von Прогребняк, Fn. 27, S. 185: „maßgebliches Problem der Gegenwart“; І. Городецька, Адміністративне право України (Gorodecka, Verwaltungsrecht der Ukraine), Nischen 2011, S. 27; Kurs Адміністративного Права України (Kurs des Verwaltungsrechts der Ukraine), Hrsg. В. Коваленко, Kiew 2011, S. 40; М. Бойчук, Дискреційні повноваження органів внутрішніх справ: правова природа та умови ефективного застосування (Bojčuk, Die Ermessensermächtigung der Organe des Inneren: Rechtsnatur und Voraussetzungen der effektiven Anwendung), Wissenschaftlicher Anzeiger der Universität des Inneren Lemberg, 2010 Nr.1, S. 100, 101: „liegt praktisch außerhalb theoretischer Untersuchungen“; З. Кісіль/Р. Кісіль, Адміністративне право (Verwaltungsrecht), Kiew 2011, S. 26, 27; Основи адміністративного судочинства та адміністративного права, (Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit), Hrsg. Р.О. Куйбіди/ В.І. Шишкіна, Kiew, 2006, S. 165; В. Бабич, Принципи функціонування державної виконавчої служби (Babič, Die Prinzipien des Funktionierens des staatlichen Vollzugsdienstes), Advokat Nr. 11 (134) 2011, S. 34, 35; Л. Шестак, Адміністративне Право (Šestak, Verwaltungsrecht), Tschemnigiw, 2011, S. 27; ein Beispiel aus der universitären Ausbildung: Lemberger nationale Universität Iwan Franko, juristische Fakultät, Lehrstuhl für Verwaltungs- und Finanzrecht, Verwaltungsrecht der Ukraine, Plan für Seminarveranstaltungen für die Studenten der juristischen Fakultät, Lemberg 2011: Тема 5. Органи публічної адміністрації ..., Адміністративний розсуд – як спосіб реалізації дискреційних повноважень (Thema 5. Organe der öffentlichen Verwaltung ..., Das Verwaltungsermessen als Art, die Ermessensermächtigungen anzuwenden).

Die juristische Enzyklopädie und andere Rechtswörterbücher enthalten nicht den Begriff des Ermessens „розсуд“, einige aber den Begriff „Ермессенсмacht“ (дискреційна влада) und „Ермессенсмächtigung“ (дискреційний повноваження),³¹ die als Synonyme verwendet werden.

In der ukrainischen Fachliteratur gibt es einige tiefere Darstellungen des Verwaltungsermessens. In zahlreichen Aufsätzen werden einzelne Aspekte des Ermessens behandelt. Dabei sind die folgenden Darstellungsweisen zu beobachten: In der Lehrbuchliteratur wird das Ermessen im Zusammenhang mit der Darstellung der Arten der verwaltungsrechtlichen Normen angesprochen oder wenn es um die Anforderung an die Bestimmtheit des Gesetzes geht. In Arbeiten zum Verwaltungsrecht mit monographischem Charakter wird das Verwaltungsermessen in einem eigenen Kapitel behandelt, so allem voran die Arbeiten von *Tkač*³² und von *Selivanov*³³.

Im Folgenden werden die in der Literatur dargestellten Aspekte des Ermessens zusammengefasst.

Die Ermessensmächtigung hat die Form eines Gesetzes; dies bedarf angesichts Art. 6 Abs. 2, 19 Abs. 2 und 92 der ukrainischen Verfassung keiner Vertiefung. Bei den Ermächtigungen wird zwischen derjenigen, die die Verwaltung zu einem bestimmten Handeln ermächtigt und derjenigen, die ihr eine gewisse Flexibilität gibt, unterschieden.

Diese Flexibilität wird in der Literatur unterschiedlich beschrieben:

Nach *Tkač*

gibt es die Freiheit, nach seinem Ermessen zu handeln, also die Situation zu beurteilen, eine von mehreren Varianten von Handlungen zu wählen (oder von Handlungen Abstand zu nehmen) oder eine von möglichen Varianten einer Entscheidung zu wählen.³⁴

³¹ Юридична енциклопедія (Juristische Enzyklopädie), in 6 Bänden, Hrsg.: Ю.С. Шемшученко und andere, Kiew, 1998, Autor: В. Авер’янов; В. Малиновський, Словник термінів і понять з державного управління, Вид. 2-ге (*Malinovskij*, Wörterbuch der Termini und Begriffe der Staatsverwaltung), 2. Aufl., Kiew 2005; Словник законодавчих і нормативних термінів (Wörterbuch gesetzlicher und normativer Begriffe), Kiew 2008; Т.А. Цитвиненко/В.І. Плахтєєва, Словник-довідник юридичних термінів (*Citvinenko/Plachtěěva*, Wörterbuch-Nachschatlagewerk juristischer Begriffe), Kiew 2008; enthalten keinen der Begriffe: Великий єнциклопедичний юридичний словник (Großes enzyklopädisches juristisches Wörterbuch), Hrsg. Ю. Шемшученка, Kiew 2007; Словник термінів, що вживаються в законах України (Wörterbuch der Begriffe, die in den ukrainischen Gesetzen verwendet werden), (Stand 1.10.2009); Т.А. Цитвиненко/В.І. Плахтєєва, Словник-довідник юридичних термінів (*Citvinenko/Plachtěěva*, Wörterbuch-Nachschatlagewerk juristischer Begriffe), Charkiw, 2010

³² *Tkač*, Fn. 21, S. 124; *dies.*, Fn. 8, S. 281.

³³ *Селіванов*, Fn. 30.

³⁴ *Tkač*, Fn. 21, S. 124; *M. Цвік (Cvik)* stellt in der Kommentierung zu Art. 6 der Verfassung lapidar fest: „Im Rahmen der Gesetze haben sie [die Verwaltungsorgane, d. Verf.] das Recht auf Ermessen (die sog. Ermessensmächtigung)“, in: Конституція України, науково-практичний коментар (Die Verfassung der Ukraine, wissenschaftlicher- praktischer Kommentar), Kiew 2011, S. 40; *В.П. Чабан/О.К. Волох*, Адміністративний розсуд у діяльності органів публічної адміністрації (*Čaban/Voloch*, Das Verwaltungsermessen in der Tätigkeit der Organe der öffentlichen Verwaltung), wissenschaftlicher Anzeiger der Kiewer nationalen Universität des Inneren, Kiew, 2009 Nr. 3, S. 30; *Н. Хлібороб*, Особливості структури публічно-правових відносин (*Chliborob*, Die Besonderheiten der Struktur öffentlich-rechtlicher Beziehungen), Anzeiger der Universität Lemberg, Serie Recht 2010, Ausgabe 51, S. 159.

Nach *Kolomojec* ist

das eine durch die Grenzen einer Rechtsnorm bestimmte Stufe von Freiheit eines Subjekts der öffentlichen Verwaltung, die eingeräumt wird mit dem Ziel, eine rationale und optimale Entscheidung in der Sache zu treffen.³⁵

Nach *Koliuško*

wenn eine Rechtsvorschrift, die keine konkrete Variante einer Handlung festlegt, einem Organ eine bestimmte Stufe von Freiheit bei der Entscheidung über eine konkrete Sache und beim Treffen der entsprechenden Entscheidung einräumt, das bedeutet also die Möglichkeit einer Auswahl innerhalb der Grenzen, die durch eine Rechtsnorm aufgestellt werden.³⁶

Nach *Selivanov* bedeutet das

die Möglichkeit, in einer konkreten Situation eine bestimmte Stufe von autonomem Willen bei seiner Handlung zu realisieren, wenn dies nicht durch das Gesetz verboten ist.³⁷

Und *Bojčuk* formuliert prägnant so: „determinierte Handlungsfreiheit“.³⁸

Es werden diese vier Arten des Verwaltungsermessens aufgeführt: 1) Die erste Art liegt vor, wenn eine Norm des materiellen Rechts der Verwaltung die Möglichkeit gibt, eine von mehreren Varianten auszuwählen.³⁹ *Koliuško* unterscheidet verschiedene Arten des Verwaltungsermessens entsprechend dem Grad der Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm und spricht bei dieser ersten Art von „Verwaltungsermessen imperativen Charakters“ (Адміністративний розсуд імперативного виду).⁴⁰ 2) Die zweite Form liegt vor, wenn die Rechtsnorm ein Verwaltungsorgan ermächtigt, nach eigenem Ermessen zu handeln. Das sind Ermächtigungen für Leistungen an Bürger, z. B. Vergünstigungen. Hier sind die Folgen der Norm nicht an konkrete Voraussetzungen geknüpft. Nach *Tkač* sei das beispielsweise der Fall in Art. 32 Punkt 9 b des Gesetzes über die örtliche Selbstverwaltung,⁴¹ wo es um kommunale Leistungen für bestimmte Gruppen Bedürftiger geht.⁴² Diese Form bezeichnet *Koliuško* als „Verwaltungsermessen dispositiven Charakters“ (Адміністративний розсуд диспозитивного виду).⁴³ 3) Die dritte Form steht im Zusammenhang mit der Bewertung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie „öffentliches Interesse“, „Zweckmäßigkeit“ oder „Notwendigkeit“⁴⁴, was *Koliuško* als Verwaltungsermessen interpretativen Charakters“ (Адміністративний розсуд

³⁵ *Коломоєць*, Fn. 8, S. 40 f.

³⁶ In: Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Fn. 30, S. 166 f.

³⁷ *Селіванов*, Fn. 30, S. 46.

³⁸ *Бойчук*, Fn. 30, S. 100 f.

³⁹ *Ткач*, Fn. 8, S. 281, so auch: *О. Лагода*, Дискретційні повноваження як спосіб зменшення регулятивного впливу в системі адміністративно-пройедурних відносин, Recht der Ukraine (*Lagoda*, Die Ermessensermächtigung als Mittel zur Verringerung des regulatorischen Drucks im System der Beziehungen im Verwaltungsverfahren), Recht der Ukraine, 2008, Nr. 9, S. 40, 42; *Чабан/Волох*, Fn. 34, S. 30.

⁴⁰ In: Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Fn. 30, S. 167; *Коломоєць*, Fn. 8, S. 41.

⁴¹ Закон України про місцеве самоврядування в Україні i. d. F. 10.4.2014, Stimme der Ukraine 12.6.1997, <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0% B2%D1%80>.

⁴² *Коломоєць*, Fn. 8, S. 41; *Ткач*, Fn. 8, S. 281; *Чабан/Волох*, Fn. 34, S. 30.

⁴³ In: Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Fn. 30, S. 167; *Коломоєць*, Fn. 8, S. 41 unter Verweis auf *С.О. Мосіондз*, Адміністративне право України (у визначеннях та схемах) (*Mosiondz*, Verwaltungsrecht der Ukraine (in Definitionen und Schemata)), Kiew 2006.

⁴⁴ *Ткач*, Fn. 8, S. 282; so auch: *Коломоєць*, Fn. 8, S. 41; *Селіванов*, Fn. 30, S. 58; *Резанов*, Wertende Begriffe, Fn. 22, S. 163; *Лагода*, Fn. 39, S. 42 f.; *Чабан/Волох*, Fn. 34, S. 30.

интерпретаційного виду) bezeichnet.⁴⁵ *Kolomojec'* verweist hierzu auf Art. 11 Nr. 21 des Gesetzes über die Miliz,⁴⁶ wo der Miliz die Beurteilung der Notwendigkeit aufgegeben ist.⁴⁷ 4) Die vierte Form betrifft die Fälle, in denen die Verwaltung Ermessen bei nicht nach außen wirkenden Maßnahmen wahrnimmt, sondern in der Form von Organisationsmaßnahmen in der eigenen Organisation.⁴⁸ 5) *Tkač* bezieht sich in dem Zusammenhang auf den französischen Autor *Braibant*,⁴⁹ der diese beiden Kategorien der Ermessensentscheidung nennt: Ermessen, ob und Ermessen, wie zu handeln. Diese Unterscheidung findet man im Recht vieler europäischer Länder,⁵⁰ die für die Entwicklung des ukrainischen Verwaltungsrechts bedeutsam und schon bei *S. Korf*⁵¹ nachzulesen sind.

Als gesetzliche Formulierungen im Gesetz, die der sprachliche Ausdruck für eine Ermessensermächtigung sein können, werden genannt: „орган може“, „дбає“, „забезпечує“, „запобігає“ oder „за необхідності“.⁵²

Ein zentrales Problem des Verwaltungsermessens ist die Frage, wie der sprachliche Ausdruck in der Ermächtigungs norm mit den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes in Einklang gebracht werden kann. Der Bestimmtheitsgrundsatz wird vom ukrainischen Verfassungsgericht sehr eng gesehen und könnte ein wichtiges Kriterium für die (Un-) Zulässigkeit von Ermessensermächtigungen sein. Diesen Aspekt behandelt aber soweit ersichtlich nur *Progrebnjak* ausführlich und zwar bei seiner Darstellung der Anforderungen an den Inhalt einer Rechtsnorm.⁵³ *Progrebnjak* versteht Ermessen als „Freiheit des Handelns“. Nach seiner Auffassung ist „dieses Ermessen – eine offene Tür“ (така дискреція – це ширіна), durch die die Freiheiten des Bürgers bedroht werde und die staatliche Willkür gefördert und schließlich der Bestimmtheitsgrundsatz verletzt werde.⁵⁴ Als eine Anforderung an die Formulierung einer Rechtsnorm nennt er, dass diese einem staatlichen Organ keine weite Ermessensermächtigung einräumen dürfe.⁵⁵ Er verweist auf die Entscheidungspraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der zur Vermeidung eines weiten Ermessens verlange, dass das Gesetz „Voraussetzung, Grenzen und die Art“ für die Ermächtigung festlege; hierbei wiederholt *Progrebnjak* nur Art. 19 Abs. 2 der Verfassung und – neben weiteren Anforderungen – dass das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt werde, der wiederum präzise im Gesetz formuliert werden müsse.

⁴⁵ In: Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Fn. 30, Art. 167; Коломоєць, Fn. 8, S. 41.

⁴⁰ Закон України про міліцію і. д. F. vom 27.3.2014, <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/565-12>.

⁴⁷ Коломоєць, Fn. 8, S. 41.

⁴⁸ Ткач, Fn. 8, S. 282; Чабан/Волох, Fn. 34, S. 31.

⁴⁹ Г. Бребан, Французское административное право (*Braibant, Französisches Verwaltungsrecht, Übersetzung aus dem Französischen*) Moskau, 1988, цитировано в *Ткач*, Fn. 8, S. 276.

⁵⁰ Z. B. Deutschland: Entschließungsermessens und Auswahlermessens.

⁵¹ *Korf*, Fn. 1, S. 490.

⁵² Ткач, Fn. 8, S. 282; Лагода, Fn. 39, S. 43; Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Fn. 30, S. 168; Чабан/Волох, Fn. 34, S. 31; Л. С. Кисіль, Зарубіжний досвід правового регулювання адміністративних процедур (*Kysil*), Ausländische Erfahrungen der rechtlichen Regelung von Verwaltungsverfahren, in: Der Rechtsstaat, 13. Band, Institut für Staat und Recht W. M. Koretzko der nationalen Akademie der Wissenschaften der Ukraine, Kiev 2002, S. 269, 274; Т.М. Фуфалько, Обмеження дискреційних повноважень як складова принципу пропорційності (Die Begrenzung der Ermessensmächtigungen als Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsprinzips), Anzeiger der nationalen Universität des Inneren Charkiw Nr. 1 (56) 2012, S. 52.

⁵⁵ Прогребняк, Fn. 27, S. 181 ff.

⁵⁴ Прогребняк, Fn. 27, S. 186.

⁵⁵ Прогребняк, Fn. 27, S. 185.

Als Anforderungen an die rechtsstaatlich korrekte Ermessensausübung werden in der Literatur genannt: Die Verwaltung muss zunächst den Sachverhalt richtig ermitteln, um die Voraussetzungen der Ermächtigung dahingehend prüfen zu können, ob diese vorliegen oder nicht. Dadurch soll der Missbrauch verhindert werden, der u. a. im Verfolgen von Zielen liegen kann, die nicht im Gesetz vorgesehen sind.⁵⁶ Ferner muss die Verwaltung alle relevanten Werte richtig berücksichtigen, vor allem, wenn sie in verfassungsrechtliche Rechte und Freiheiten der Bürger eingreift;⁵⁷ diese verfassungsrechtlichen Rechte und Freiheiten können dazu führen, dass das Verwaltungsermessen (im konkreten Fall) verengt wird.⁵⁸

Tkač zählt in ihrem Aufsatz von 2010 diese Anforderungen an die richtige Ermessensbetätigung auf:

- 1) Sich von den Zielen leiten lassen, zu deren Erreichung die Ermessensermächtigung eingeräumt wurde;
- 2) Die Handlungen der öffentlichen Verwaltung müssen objektiv und unparteiisch sein;
- 3) Einhaltung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz zur Vermeidung jedweder Diskriminierung;
- 4) Einhaltung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit, besonders bei der Entscheidung muss die notwendige Balance zwischen den privaten und öffentlichen Interessen beachtet werden;
- 5) Die Entscheidung in einer der Sache angemessenen Frist treffen;
- 6) Die Bürger umfassend über die Gründe und Motive informieren, aufgrund deren die Entscheidung getroffen wurde.⁵⁹

Diese Kriterien entsprechen teilweise denen des Art. 2 Abs. 3 KVJ, doch werden Details dieser Regelung nicht näher behandelt.

Hinsichtlich der Anwendung von Verwaltungsermessens verweisen einige Autoren auf die Empfehlung des Europarates von 1980 zum Verwaltungsermessens,⁶⁰ die für die Ukraine von wachsender Bedeutung sei.⁶¹ *Fufal'ko*⁶² betont die Bedeutung der Begrenzung des Verwaltungsermessens durch das materielle Recht und die Verfahrensvorschriften, da die Ermessensentscheidung auf einer Reihe von Schritten beruht, ohne deren Befolgung eine solche Entscheidung oft fehlerhaft ist. An dieser Stelle ist zu betonen, dass ein ukrainisches Verwaltungsverfahrensgesetz seit mindestens 16 Jahren im Entwurfsstadium gehalten wird.

⁵⁶ *Tkač*, Fn. 21, S. 125; *Бойцук*, Fn. 30, S. 103.

⁵⁷ *Tkač*, Fn. 21, S. 127 f.

⁵⁸ *Tkač*, Fn. 21, S. 128.

⁵⁹ Wörtlich übersetzt aus: Г. Ткач, Забезпечення прав громадян в процесі реалізації дискреційних повноважень публічної адміністрації (*Tkač*, Der Schutz der Menschenrechte im Prozess der Verwirklichung von Ermessensermächtigungen der öffentlichen Verwaltung), Anzeiger der Universität Lemberg, juristische Serie 2010, Ausgabe 51., S. 149, 153; s. a.: С. Резанов, Застусування адміністративного розсуду в діяльності органів внутрішніх справ (*Rezanov*, Die Anwendung des Verwaltungsermessens bei der Tätigkeit der Organe des Inneren), Recht und Sicherheit 2011, Nr. 2, S. 169 f.

⁶⁰ *Коломоєць*, Fn. 8, S. 42; Empfehlung Nr. R (80) 2, 11.03.1980, ukrainische Übersetzung in: В.П. Тимошук, Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України (*Timoščuk*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsdienstleistungen. Ausländische Erfahrung und Vorschläge für die Ukraine), Kiew 2003, S. 469.

⁶¹ *Коломоєць*, Fn. 8, S. 42; *Фуфалько*, Fn. 52, S. 56.

⁶² *Фуфалько*, Fn. 52, S. 54, 60.

Die Frage der Begründung der Ermessensentscheidung wird von *Tkač* und *Rezanov* nur aufgeworfen, aber nicht vertieft.⁶³ *Timoščuk*, ein guter Kenner des Europarates und des Verwaltungsrechts einiger Mitgliedsstaaten der EU, behandelt die Pflicht der Verwaltung, ihre Maßnahmen zu begründen als allgemeine Pflicht, die vor allem bei belastenden Maßnahmen im Zusammenhang mit dem effektiven Rechtsschutz steht und verweist auf das deutsche Recht.⁶⁴

Nur *Tkač* beschäftigt sich mit der Frage, ob die Verwaltung bei den ihr eingeräumten Entscheidungsmöglichkeiten das „Recht“ hat, bei der Beurteilung der richtigen Auswahl Fehler zu machen,⁶⁵ der Hintergrund ist die Rechtslage im französischen Verwaltungsrecht, das ihre Darstellung beeinflusst. Es geht dabei um die Frage, wie man mit Fehlern umgehen kann, die bei der Anwendung von Ermessen entstehen und oft nicht vorwerfbar sind. Denn – wie *Tkač* darlegt – steht zu Beginn der Ermessensbetätigung die korrekte Ermittlung des Sachverhalts. Das ist aber nicht immer möglich; Ermessensentscheidungen und Bewertungen werden oft unter Zeitdruck getroffen. Die Folge ist dann möglicherweise eine falsche Bewertung des Sachverhalts und konsequenterweise eine ermessensfehlerhafte Entscheidung. *Tkač* räumt der Verwaltung das Recht ein, sich irren zu dürfen, verneint aber das Recht, aburde oder offensichtliche Fehler durchzusetzen,⁶⁶ das ist im französischen Verwaltungsrecht der „erreur manifeste“. Hier ist die Parallele zur Funktion des Begriffs „vernünftig“ (розсудливо) in Art. 2 Abs. 3 Nr. 6 KVJ ersichtlich.⁶⁷

In den Veröffentlichungen vor 2005 wurde vereinzelt die Frage aufgeworfen, wie der Schutz der Rechte und Freiheiten der Bürger bewerkstelligt wird, da die Ermessensentscheidung kompliziert sei⁶⁸ und es wurde dabei die Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hervorgehoben.⁶⁹

Ferner wird vereinzelt die Frage diskutiert, wer das „Subjekt“ der Ermessensermächtigung sei – nur die Verwaltung oder auch die Gerichte?⁷⁰

Das Ermessen der Verwaltung begegnet generell und traditionell großer Vorsicht in der Praxis und der Wissenschaft. Daher werden die Argumente, die für und gegen seine Gewährung sprechen gesondert dargestellt:

Da nicht alles vom Gesetzgeber in jeder Einzelheit vorhergesehen und folglich geregelt werden kann, wird der Verwaltung durch die Ermessensermächtigung ein gewisser Spielraum gegeben;⁷¹ damit kann auch die Gesetzgebung weniger detailfreudig sein und

⁶³ *Tkač*, Fn. 59, S. 149, 153; *Резанов*, Fn. 59, S. 169 f.

⁶⁴ В.П. Тимошук, Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії (*Timoščuk*, Verwaltungsakte: Das Verfahren ihrer Entscheidung und Beendigung ihrer Wirkung), Kiew 2010, S. 126 f.; *Тимошук*, Fn. 60, S. 65.

⁶⁵ *Tkač*, Fn. 21, S. 128.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ Siehe hierzu oben I.

⁶⁸ *Tkač*, Fn. 8, S. 283.

⁶⁹ *Tkač*, Fn. 21, S. 129; I. В. Коліушко, Виконавча влада та проблеми адміністративної реформи в Україні (*Koliuško*, Die vollziehende Gewalt und die Probleme der Verwaltungsreform in der Ukraine), Kiew 2002, S. 122.

⁷⁰ Nachweise bei: *Фуфалько*, Fn. 52, S. 53.

⁷¹ *Tkač*, Fn. 8, S. 277; *Селіванов*, Fn. 30, S. 42; О.М. Шемякін/М.В. Михальченко, Роль та місце адміністративного розсуду в діяльності органів управління (*Šemjakin/Michal'čenko*, Die Rolle und der Ort des Verwaltungsermessens in der Tätigkeit der Verwaltungsorgane), Juristischer Anzeiger Pretschornomoria, Nr. 2 (2) 2011, S. 104, 109; *Коломоєць*, Fn. 8, S. 40; Nationale Universität für Staatsverwaltung beim Präsidenten der Ukraine, Європейсько принципи державного управління (Europäische Prinzipien für die Staatsverwaltung), Übersetzung der „European principles for public

so wird die Normenflut etwas geringer.⁷² Der andere Grund ist, dass durch die Ermessensermächtigung die Verwaltung in die Lage versetzt wird, konkrete Fälle „richtiger“ oder „gerechter“ zu entscheiden, da sie keinem alternativlosen Gesetzesbefehl folgen muss. Sie kann so die individuellen Besonderheiten von betroffenen Personen und Situationen in ihre Erwägungen einbeziehen und deren rechtliches, besonders verfassungsrechtliches Gewicht richtig berücksichtigen.⁷³ *Remn'ov* sieht in der richtigen Ermessensausübung eine Stärkung der Autorität des Gesetzes.⁷⁴ Schließlich sei eine Verwaltung, die nach Ermessen entscheiden kann, in der Lage, effektiver zu arbeiten, so *Tkač*⁷⁵ unter Verweis auf *Lazarjev*.⁷⁶

Andererseits ist eine Flexibilität die Einfallstüre für Korruption. Nicht ohne Grund behandelt die Methodik der Antikorruptionsexpertise diese Flexibilität der Verwaltung so ausführlich.⁷⁷ Einige Autoren sehen den Sinn des Ermessens auch darin, Gesetzeslücken zu füllen oder Normenkollisionen zu lösen.⁷⁸

Die Möglichkeit, sein Ermessen einzusetzen zu dürfen, beeinflusst die Arbeitsmotivation der Verwaltungsbeamten: Wer etwas gestalten oder (mit-)entscheiden kann, ist i. d. R. besser motiviert für seine Arbeit und für Weiterbildung als derjenige, der nur Tatbestandsmerkmale abhakt.⁷⁹ Das bedeutet aber, dass an die handelnden Beamten höhere Anforderung gestellt werden: Ihnen wird nicht bis ins Detail vorgeschrieben, wie sie zu handeln haben. Daher müssen sie bisweilen komplizierte tatsächliche und rechtliche Abwägungen vornehmen und Verantwortung für ihre Entscheidung übernehmen. Das erfordert eine entsprechende Ausbildung und Berufsethik der Beamten. Da der Rechts- und Verfassungsstaat wesentlich durch seine Beamten (und Richter) verwirklicht wird, ist die entsprechende Aus- und Weiterbildung daher im gewissen Sinn eine Verfassungspflicht.⁸⁰

Die beiden letzten Aspekte sind aber auch der Grund, weshalb der Gesetzgeber bei der Zulassung von Verwaltungsermessens restriktiv sein kann oder muss: Fehlt es der Verwaltung an der Kapazität und dem Personal an den ethischen Standards, um den mit der Ausübung des Verwaltungsermessens verbundenen Anforderungen zu genügen, führt

administration“. SIGMA Papers: No. 27; OECD, 1996, Kiew 2000, S. 17; *Чабан/Волох*, Fn. 34, S. 30; *Фуфалько*, Fn. 52, S. 54 f.

⁷² Z. B. *Шемякін/Михальченко*, Fn. 71, S. 104, 113.

⁷³ P. *Циппеліус*, Юридична Методологія (*Zippelius, Juristische Methodenlehre*), Kiew 2003, S. 149; *Ткач*, Fn. 59, S. 149 ff.; *Резанов*, Fn. 59, S. 169 f.; *Бабич*, Fn. 30, S. 34 f.; *Фуфалько*, Fn. 52, S. 55.

⁷⁴ Zitiert bei *Ткач*, Fn. 8, S. 276.

⁷⁵ *Ткач*, Fn. 21, S. 126; *Фуфалько*, Fn. 52, S. 54 m. w. N.

⁷⁶ Б.М. *Лазарев*, Компетенция органов управления (*Lazarev*, Die Kompetenz der Verwaltungsorgane), Moskau, 1972, S. 94.

⁷⁷ Fn. 21.

⁷⁸ *Шемякін/Михальченко*, Fn. 71, S. 104, 105, 112; *Селіванов*, Fn. 30, S. 47; *Фуфалько*, Fn. 52, S. 52, 55 f. m. w. N.

⁷⁹ In diese Richtung: *Лазарев*, Fn. 76, S. 94, übernommen von *Ткач*, Fn. 21, S. 126; *Лагода*, Fn. 39, S. 44.

⁸⁰ Art. 29 des Gesetzes über den staatlichen Dienst (закон України про державну службу); In diese Richtung argumentiert: *Лагода*, Fn. 39, S. 44; *ders.*, Основні помилки у застосуванні дискреційних повноважень посадовими особами адміністративних органів (*Lagoda*, Die grundlegenden Fehler bei der Anwendung von diskretionären Ermächtigungen durch Amtsinhaber der Verwaltungsorgane), Recht der Ukraine, 2009, Nr. 3, S. 86, 89.

das zu negativen Folgen in den konkreten Fällen und zum Vertrauensverlust der Bürger in die staatliche Verwaltung insgesamt.⁸¹

VI. Zusammenfassung

Ermessen bedeutet im ukrainischen Verwaltungsrecht die Einräumung einer gewissen Flexibilität bei der Entscheidung über eine Maßnahme. Diese Flexibilität kann durch die Möglichkeit, unter Handlungsvarianten auszuwählen eingeräumt werden oder durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Man kann das Ermessen im ukrainischen Verwaltungsrecht so definieren: Verwaltungsermessen besteht, wenn ein (hinreichend bestimmtes) Gesetz ein Organ der öffentlichen Verwaltung ermächtigt, in den Grenzen und auf die Art, die diese gesetzliche Ermächtigung und das gesamte ukrainischen Recht festlegen, über eine konkrete Maßnahme selber zu entscheiden und dabei vom Verwaltungsgericht nur hinsichtlich der Einhaltung der rechtlichen Grenzen überprüft zu werden.

Damit entspricht das Verständnis des ukrainischen Ermessens dem französischen Recht⁸² und dem im Recht der EU;⁸³ in beiden wird nicht zwischen Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff unterschieden. Auf diese Vorbilder weisen auch die eingangs aufgezeigten sprachlichen Parallelen hin, „pouvoir discrétionnaire“ und „дискреційний повноваження“.

An dieser Stelle soll auf die Bedeutung von Übersetzungen hingewiesen werden, da man deren praktischen Effekt deutlich sieht: Das Lehrbuch von *Braibant* war bereits zur Zeit der Unabhängigkeit bekannt und sein Einfluss ist sichtbar. Die einschlägigen Empfehlungen des Europarates liegen spätestens seit 2003 auf Ukrainisch vor und prägen die Rechtsprechung. Für die Arbeiten am Entwurf des KVJ waren mindestens die entsprechenden Gesetze aus Deutschland, Frankreich, Österreich, den Niederlanden, Polen und Estland in übersetzter Form⁸⁴ verfügbar. In vielen Publikationen wird aber durch die Fokussierung auf die Ermessensermächtigung durch das Wort „kann“ der Eindruck erweckt, dass das deutsche Recht als Vorbild für den Rechtszustand gewirkt habe und wohl weiterwirke; es ist jedoch neben dem französischen Recht bei der wissenschaftlichen Diskussion zum Ermessen einflussreich – wenn es in übersetzter Form vorliegt.⁸⁵

⁸¹ Селиванов, Fn. 30, S. 55; Фуфалько, Fn. 52, S. 56; I. Ю Чуприна, Державні служби України на шляху адаптації до стандартів європейського союзу: стан, проблеми та перспективи, в: Актуальні проблеми державного управління, педагогіки та психології (Čuprina, Der Staatsdienst der Ukraine auf dem Weg der Annäherung an die Standards der Europäischen Union: Stand, Probleme und Perspektiven, in: Aktuelle Probleme der Staatsverwaltung, der Pädagogik und Psychologie), Sammlung der wissenschaftlichen Arbeiten, Nationale technische Universität Cherson, Nr. 1(2), 2010, S. 123, 128; A. Пухтецька, Європейські принципи адміністративного права (Puchtez'ka, Europäische Prinzipien des Verwaltungsrechts), Kiew 2012, S. 141 f., spricht von der „Leistungsfähigkeit der Verwaltung“ (адміністративний здатність).

⁸² Zum französischen Recht: J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 246 ff.

⁸³ Zum europäischen Recht: T. von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 361 ff.

⁸⁴ Oberstes Gericht der Ukraine, Ausschuss für Rechtspolitik der Verchovna Rada der Ukraine, Justizministerium der Ukraine, Zentrum für politisch-rechtliche Reformen, Stiftung für die Unterstützung rechtlicher und politischer Reformen, Internationale Renaissance-Foundation, Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, Parliamentary Development Project Ukraine Hrsg., Unterlagen zur internationalen Konferenz „Адміністративна юстиція: проблеми та перспективи запровадження в Україні (Verwaltungsjustiz: Probleme und Perspektiven der Einführung in der Ukraine), Kiew 29.-30. November 2002. Zur Entstehungsgeschichte des KVJ: Hülshörster, Fn. 4, S. 168 ff.; zur Beratung durch internationale Projekte seit 1991, ebd. S. 69 ff.

⁸⁵ Z. B. die ukrainische Übersetzung der Thesen zum Vortrag von H. Schmitt, zitiert in: die Grundlagen, Fn. 30, S. 529 oder des Lehrbuchs von Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als

Das bedeutet, dass hier (mindestens) zwei ausländische Einflüsse einwirken, die beim Ermessen nicht ganz deckungsgleich sind. Die parallele Vorbildwirkung verschiedener Rechtsordnungen ist aber ein altes und immer noch bestehendes Phänomen des Rechts auf dem Territorium der Ukraine.⁸⁶ Das zeigt ein Blick in die Arbeiten von *Korf'* und seiner Zeitgenossen und in die heutigen Arbeiten von *Koliuško*, *Tkač*, *Mel'nyk* oder *Timoščuk*, um nur einige zu nennen.

Hinsichtlich der praktischen Bedeutung muss man sich in Erinnerung rufen, dass im ukrainischen Verwaltungsrecht die Praxis vorherrscht, gesetzliche Ermächtigungen mit maximaler Bestimmtheit zu formulieren, um jedwede Flexibilität des Verwaltungshandelns auszuschließen; sei es, um den Bürger zu schützen, sei es, die Machtvertikale störungsfrei funktionieren zu lassen, sei es aus der Erkenntnis, dass der Beamtenapparat nicht überall reif für diese Anforderungen ist. So betreffen diejenigen Gesetze, die eindeutig Ermessensermächtigungen enthalten, spezielle Verwaltungsbereiche. Das führt zu der geringen praktischen Bedeutung des Verwaltungsermessens, folglich zu der wenig intensiven Behandlung in der Wissenschaft und der Darstellung des Verwaltungsermessens in der Fachliteratur. Auffallend ist, dass die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in der Literatur fast keine Beachtung findet. Daher kann man noch nicht von einer anerkannten Ermessenslehre und Fehlerlehre sprechen. Für die Rechtsanwender bedeutet diese Charakteristik des ukrainischen Verwaltungsrechts, dass sie gegenüber Ermessensermächtigungen vorsichtig sein müssen und im Zweifel deren Vorliegen lieber ablehnen. Doch sind, wie hier aufgezeigt, Entwicklungen sichtbar.

Schließlich ist zu bedenken, ob die Art, wie die Überprüfung von Ermessensmaßnahmen erfolgt, überhaupt zu einer Wahrnehmung der Anforderungen an die Ausübung von Ermessen führen kann. Denn die Flexibilität wird direkt nur bei der Prüfung des Art. 2 Abs. 3 KVJ angesprochen, wobei sich die Verwaltungsgerichte aber i. d. R. auf den Hinweis auf die Begrenzung der Justiz durch die Gewaltenteilung beschränken. Dazu kommt die Praxis des obersten Verwaltungsgerichts, seine Urteile nur mit den wesentlichen Argumenten zu begründen und keine umfangreichen Erwägungen anzustellen. Auch hier ist eine Nähe zum französischen Recht bei dem Stil der Urteile des französischen Conseil d'État sichtbar.

Ordnungsseite, Berlin/Heidelberg 2004 = *Шмідт-Асслманн Е.*, Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: Основні засади та завдання систематики адміністративного права, Übersetzung aus dem Deutschen: *G. Rischkov/I. Soiko/A. Bakanov*, Kiew 2009.

⁸⁶ Siehe hierzu das – leider nicht fortgeführte – Projekt der Hanns-Seidel-Stiftung „Recht und Buch“, freie Bibliographie über Rechtsprobleme in russischer Sprache (Übersetzungen aus der deutschen Sprache, Werke russischer und ausländischer Autoren), 2 Bände, Moskau 1996; s. a. *Hülshörster*, Fn. 4, S. 47 ff.