

Über den Umgang mit Ermessensspielräumen

Das ist keine Zumutung!

Was im Rahmen sozialstaatlicher Leistungen in Form von Gegenleistungen oder Entgegenkommen zumutbar ist, wird nie abschliessend definiert werden können. Umso wichtiger ist der verantwortungsvolle Umgang mit den vorhandenen Ermessensspielräumen. Am Ende ist der Einzelne – ob Amtsinhaber oder Betroffener – auf seine eigene Urteilsfähigkeit angewiesen.

Aus dem griechischen Altertum kennen wir die Geschichte von Orpheus, dem Sänger und Dichter, der seine Gabe direkt von Apollon, dem Gott der Künste und der Musik, erhalten hatte. Er heiratet die schöne Nymphe Eurydike, doch ihr Glück währt nur kurz. Eurydike wird beim Spielen mit anderen Nymphen von einer giftigen Schlange gebissen und stirbt. Orpheus ist untröstlich. Er folgt seiner geliebten Gattin in die Unterwelt und versucht Hades mit seinem Gesang milde zu stimmen. Der Gott der Unterwelt ist zutiefst berührt von Orpheus' göttlichem Gesang und willigt ein. Sein Einverständnis ist jedoch an eine Bedingung geknüpft: Orpheus darf Eurydike zwar mit sich nehmen, sich aber nicht nach ihr umdrehen, wenn sie gemeinsam die Unterwelt verlassen. Das Ende ist bekannt. Orpheus dreht sich dennoch um. Eurydike, die hinter ihm ist, wird in die Unterwelt zurückgerufen und entschwindet ihm für immer. Orpheus hatte sich die Gunst des Hades verspielt, weil er sich nicht an dessen Regeln hielt.

Gesetz statt Götter

Heute wenden wir uns bei einem Schicksalsschlag, der unsere Existenz bedroht, nicht mehr an die Götter, sondern an die Allgemeinheit: an den Staat und seine sozialstaatlichen Einrichtungen. Wir tun das im Wissen darum, dass er Regeln hat, die wir einzuhalten haben. Die Frage, was an Gegenleistung für eine sozialstaatliche Hilfestellung zumutbar ist, ist damit auch nicht mehr der göttlichen Willkür überlassen, sondern gesetzlich festgehalten. Das macht die Sache zwar nachvoll-

In Kürze

- > Das Gesetz regelt Leistung und Gegenleistung
- > Dennoch bleibt Interpretationsspielraum bezüglich Zumutbarkeit
- > Wichtig ist die Grundhaltung der Betroffenen, nur soviel Leistung wie nötig zu beanspruchen

ziehbarer, aber keineswegs einfach oder klar. Denn mit den Begriffen «Zumutbarkeit» und «Verhältnismässigkeit» verhält es sich ähnlich wie mit dem Begriff der «Gerechtigkeit».

Es fällt uns schwer, objektiv und sachlich zu definieren, was Gerechtigkeit bedeutet. Hingegen meinen wir sehr genau zu wissen, was Ungerechtigkeit ist. Zumindest vertrauen wir unserem spontanen Urteil, wenn wir der Meinung sind, wir selbst oder auch jemand anders werde ungerecht behandelt. Möglicherweise sind wir sogar bereit, uns für unsere Vorstellung von Gerechtigkeit zu engagieren – und dürften mit Unverständnis reagieren, wiese uns jemand darauf hin, dass die Angelegenheit schon ihre Richtigkeit habe, denn sie entspreche dem Gesetz. Ist Zumutbarkeit also eine Frage der persönlichen Einschätzung?

Ein Ermessensspielraum bleibt

Nicht nur. Auch die schweizerische Sozialgesetzgebung umschreibt die zumutbaren Gegenleistungen und Bedingungen teilweise ziemlich genau. Beispielsweise werden im Bundesgesetz für die Invalidenversicherung Massnahmen der Frühintervention, Massnahmen beruflicher Art, Integrationsmassnahmen, aber auch medizinische Behandlungen explizit als zumutbar bezeichnet (Art. 7 Abs. 2 IVG). Das Arbeitslosenversicherungsgesetz seinerseits hält etwa Arbeiten für unzumutbar, wenn sie den berufs- und ortsüblichen, insbesondere den gesamt- oder normalarbeitsvertraglichen Bedingungen nicht entsprechen oder wenn sie einen Arbeitsweg von mehr als je zwei Stunden für den Hin- und Rückweg notwendig machen (Art. 16 Abs. 2 AVIG) – Umstände, die mehr oder minder klar feststellbar sind.

Dennoch enthält das Gesetz auch Bedingungen, die Ermessenssache bleiben, zum Beispiel, wenn davon die Rede ist, dass Arbeitsangebote dem Alter und den persönlichen Verhältnissen des Versicherten angemessen sein müssen. Was heisst das genau? Und wer bestimmt, ob dem so sei?

Aufschlussreich ist hier der Vergleich mit entsprechenden Grundsätzen in Deutschland. Dort kann, im Gegensatz zu der Schweiz, eine Arbeit zumutbar sein, auch wenn der Lohn dafür tarif- oder ortsunüblich ist. Um als unzumutbar eingestuft zu werden, muss der Lohn als «sittenwidrig» angesehen werden – was wiederum Ermessensspielräume eröffnet. Wohl des-

Autorin

Katja Gentinetta

Dr. phil.,
politische Philosophin,
Politik- und Unternehmensberaterin;
GENTINETTA*
SCHOLTEN
Wirtschaft Politik
Gesellschaft GmbH,
Lenzburg/Zürich



halb hat das Bundesarbeitsgericht genau diesen Spielraum rechtlich geklärt: Gemäss einer Rechtsprechung aus dem Jahr 2009 ist ein Gehalt dann sittenwidrig, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Und das ist dann der Fall, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht (BAG v. 22.04.2009, 5 AZR 436/08).

Dass selbst im Gesetz – auch im schweizerischen – die Begriffe «Sitte» (Art. 20 Abs. 1 OR) und «Sittenwidrigkeit» erscheinen, macht deutlich, wie sehr wir in solchen Momenten auf unsere eigene Verantwortung und Urteilskraft zurückgeworfen sind.

Wer soll wie ermessen?

Letztlich beruht der Sozialstaat auf dem Gedanken der Solidarität: auf der wechselseitigen Verpflichtung, als Mitglieder von Gruppen, Organisationen oder einer staatlich verfassten Gesellschaft füreinander einzustehen und sich gegenseitig zu helfen. Was nun als Gegenleistung für eine Unterstützung seitens der Allgemein-

heit als zumutbar definiert wird, ist wiederum Resultat der Übereinkunft zwischen diesen Mitgliedern.

In einer Demokratie geschieht dies über politische Debatten und schliesslich Gesetze. Weil nun aber «Zumutbarkeit» und «Verhältnismässigkeit» nicht abschliessend und umfassend definiert werden können, sind am Ende womöglich auch Amtspersonen auf sich gestellt – und somit als Bürgerinnen und Bürger gefragt. Sie müssen entscheiden, was einem Leistungsbezüger zugemutet werden kann – ob in Form von zu akzeptierenden Bedingungen oder zu erbringenden Gegenleistungen. Und dazu müssen sie zwischen der konkreten Situation des Einzelnen und den Interessen der Allgemeinheit abwägen.

Angesichts dieser nicht einfachen Aufgabe ist es nachvollziehbar, dass sowohl politische Verantwortungsträger wie Amtsinhaber und Sachbearbeiter alles Interesse daran haben, sich so weit wie möglich auf das Gesetz berufen zu können. Das gilt grundsätzlich auch für die Betroffenen selbst. Da sie jedoch primär in eigener Verantwortung handeln und nicht stellvertretend für die Gesellschaft und den Staat, ist ihre Grundhaltung umso wichti-

ger. Sie müsste lauten, dass sozialstaatliche Rechte nur dann in Anspruch genommen werden sollten, wenn es wirklich notwendig ist – weil unangemessene Inanspruchnahme (auch dies ist eine Ermessensfrage) das Fundament des Sozialstaats zerstört. Das ist ein moralischer Anspruch, mehr kann es nicht sein. Aber diesen nicht zu beherzigen, ist letztlich eine Zumutung – für die Allgemeinheit, die Solidargemeinschaft, die sozialstaatliche Einrichtungen überhaupt erst ermöglicht hat.

Zumutbarkeit bleibt eine Ermessenssache. Sich ihrer Ungenauigkeit zu stellen, ist also gerade keine Zumutung. Im Gegenteil. Eine aufgeklärte Gesellschaft, die nicht mehr – wie Orpheus, der seine Eurydike zurückhaben wollte – schicksalsergeben den Anweisungen der Götter folgt und dabei vielleicht scheitern kann, muss diese Ungenauigkeit aushalten, um sie immer wieder von Neuem zu klären. Empathisch und wohlüberlegt, das heisst mit der Bereitschaft zur Unterstützung, aber auch dem klaren Blick auf mögliche unerwünschte Nebenwirkungen. ■

De la gestion des marges d'appréciation

On n'en demande pas trop!

Jamais il ne sera possible d'établir définitivement ce qui peut être exigé d'un bénéficiaire de prestations sociales en contrepartie du soutien de l'Etat-providence. Il est d'autant plus important que les marges d'appréciation existantes soient appliquées de manière responsable. En fin de compte, chaque individu – titulaire d'une fonction ou requérant de prestations – doit juger par lui-même.

De la mythologie grecque nous vient l'histoire d'Orphée, le musicien et poète qui avait reçu ses dons d'Apollon, dieu des Arts et de la Musique. Il épousa la belle nymphe Eurydice, mais leur bonheur fut éphémère. Eurydice qui s'amusait avec ses amies fut mordue par un serpent et

mourut. Orphée, inconsolable, suivit son épouse bien-aimée au Royaume des morts et supplia Hadès de la lui rendre. Le dieu de l'Enfer, touché par son chant sublime y consentit, mais à une condition: il ne devait en aucun cas se retourner et regarder l'élue de son cœur avant d'avoir quitté le

En bref

- > La loi règle les prestations et les contreprestations
- > Et pourtant, il reste une marge d'interprétation de l'exigibilité
- > L'important, c'est l'attitude fondamentale des requérants qui doivent se faire un devoir de ne demander que les prestations strictement nécessaires

Royaume des morts. On connaît la suite. Orphée se retourna quand même et perdit Eurydice à jamais. Hadès resta implacable parce qu'Eurydice n'avait pas respecté ses règles.

La loi au lieu des dieux

De nos jours, nous ne faisons plus appel aux dieux quand le malheur frappe à notre porte et menace notre existence, mais à la société, incarnée par l'Etat et par ses institutions sociales. Et quand nous recourons à la protection sociale, nous savons qu'elle est régie par des règles que nous sommes tenus de respecter. Ce qui est exigible en contrepartie d'une prestation de l'Etat-providence n'est donc plus laissé à l'arbitraire divin, mais ancré dans la législation. Les choses en deviennent mieux reproductibles, mais pas plus simples, ni plus claires. Les termes «exigibilité» et «adéquation» sont en effet à peu près aussi vagues que la notion de «justice».

Nous avons du mal à définir de manière concrète et objective ce qui est juste. Par contre, nous croyons savoir ce qui est injuste. Nous nous fions à notre instinct quand nous pensons que nous-mêmes avons fait l'objet d'un traitement injuste ou qu'un tiers a été brimé. Il se peut même que nous montions sur les barricades pour défendre notre conception de la justice, auquel cas nous nous fermerons aux arguments de celui qui tenterait de nous convaincre que nous sommes dans le tort, que tout est parfaitement juste et en ordre parce que la loi est ainsi faite. L'exigibilité dépend-elle donc de notre responsabilité personnelle?

Il reste une marge d'appréciation

Oui et non. Certaines conditions et contreprestations jugées raisonnablement exigibles sont assez précisément définies dans la législation suisse relative à la protection sociale. La loi fédérale sur l'assurance-invalidité cite explicitement dans ce contexte les mesures d'intervention précoce, les mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle, les mesures d'ordre professionnel et les traitements médicaux (art. 7 al. 2 LAI). Quant à l'assurance-chômage, elle estime que n'est pas convenable et ne doit donc pas être accepté un travail qui n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux, et en particulier, ne satisfait pas aux conditions des conventions collectives ou des contrats-types de travail, ou nécessite un déplacement de plus de deux heures pour l'aller et plus de deux heures pour le retour (art. 16 al. LACI). Toutes ces conditions sont assez faciles à vérifier.

Mais la loi laisse d'autres conditions à l'appréciation du cas concret, par exemple lorsqu'elle dit que le travail proposé doit convenir à l'âge et à la situation personnelle de la personne concernée. Qu'est-ce que cela signifie exactement? Et qui décide si cette condition est remplie?

Dans ce contexte, il est intéressant de jeter un regard vers nos voisins allemands. Contrairement à la Suisse, on y juge en effet qu'un travail peut être acceptable, même si la rémunération n'est pas conforme aux tarifs usuels ou locaux. Pour être considéré comme intolérable, un salaire doit être «contraire aux mœurs», une définition qui ouvre une nouvelle marge d'appréciation. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour fédérale du travail a voulu délimiter l'étendue de cette marge d'appréciation: en vertu d'une jurisprudence de 2009, un salaire est contraire aux mœurs lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la prestation et la contreprestation. Et c'est le cas lorsque la rémunération n'atteint même pas les deux tiers d'un salaire tarifaire usuel dans le secteur et la région économique concernée (CFT du 22.04.2009, 5 AZR 436/08).

Le recours à des termes tels que «mœurs» (art. 20 al. 1 CO) et «contraire aux mœurs» dans le droit – y compris suisse – illustre à quel point il est fait appel à notre responsabilité personnelle et à notre propre jugement dans de pareils moments.

Qui doit apprécier et comment?

L'Etat social repose avant tout sur l'idée de solidarité: sur l'engagement que nous prenons de nous soutenir et nous porter secours mutuellement en notre qualité de membres d'un groupe, d'une organisation ou d'une société constituée par l'Etat. Et ce qui est jugé exigible en contrepartie du soutien accordé par la communauté est le résultat d'un consensus entre ses membres.

Dans une démocratie, ce consensus est obtenu à travers les débats politiques qui débouchent sur des lois. Mais parce que «l'exigibilité» et «l'adéquation» n'admettent pas de définition définitive et exhaustive, même les titulaires d'une fonction n'ont souvent pas de réponse à tout et sont amenés à faire des choix en tant que citoyennes et citoyens responsables. Ils doivent décider ce que l'on peut exiger d'un bénéficiaire de prestations, que ce

soit sous la forme de conditions à accepter ou de contreprestations à fournir. Et à cet effet, ils doivent mettre en parallèle les intérêts collectifs et ceux du particulier.

On comprendra que cette tâche n'est pas aisée et que les élus responsables, les titulaires d'un mandat ou les responsables administratifs ont intérêt à pouvoir s'appuyer sur la loi, tout comme les bénéficiaires de prestations d'ailleurs. Sauf que ces derniers agissent avant tout sous leur propre responsabilité, sans représenter ni la société, ni l'Etat. Leur attitude fondamentale est d'autant plus importante. Ils devraient se faire un devoir de ne solliciter l'aide de l'Etat social qu'en cas de réel besoin, car tout abus de prestations (encore une notion ouverte aux interprétations) détruit les fondements de l'Etat social. Leur devoir est d'ordre moral, ni plus, ni moins. L'enfreindre, c'est trop en demander – à la société, à cette communauté solidaire sans laquelle les institutions sociales n'existeraient pas.

L'exigibilité reste une affaire d'interprétation. Ce n'est pas trop demander que de devoir composer avec ses imprécisions, bien au contraire. Une société éclairée qui ne se contente plus de placer sa destinée entre les mains de dieux obscurs au risque d'échouer – comme Orphée qui voulait récupérer son Eurydice adorée – doit supporter l'imprécision afin de pouvoir mettre les choses au clair progressivement. Avec empathie et clairvoyance, avec la volonté d'offrir un soutien, mais sans jamais perdre de vue les éventuels effets secondaires indésirables. ■

Katja Gentinetta