Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 83 (1964)

Artikel: Das rechtliche Gehör

Autor: Tinner, Rolf

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896175

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

DAS RECHTLICHE GEHÖR

Referat von

Dr. ROLF TINNER

Direktionssekretär der Justizdirektion des Kantons Zürich

INHALTSÜBERSICHT

1. Kapitel

Die Stellung des rechtlichen Gehörs im Rechtssystem

I. Die vorrechtliche Begründung des Gehöranspruchs . . . 305
1. Das Spannungsverhältnis zwischen Staat und Bürger als Grundproblem 305
2. Die Möglichkeit einer Milderung des Spannungsverhältnisses zwischen Staat und Bürger 306
a) Mitwirkung des Einzelnen 306
b) Rechtsgleichheit 308
c) Zweiparteiensystem 309
3. Die rechtsethische Grundlage des Gehöranspruchs. . 310
a) Die Wahrung menschlicher Würde im Verfahren . 310
b) Rechtsschutzfunktionen des rechtlichen Gehörs? 311
c) Der Verpflichtungscharakter des Gehöranspruchs 313

II. Der Gehöranspruch und die schweizerische Bundesverfassung 314
1. Das Bedürfnis nach verfassungsmäßiger Verankerung 314
2. Die Stellung des Gehöranspruchs zur Verfassung . . 315
a) in historischer Sicht 315
b) in zeitgemäßer Sicht 316
3. Die Rechtsgrundlage des Gehöranspruchs 318
a) als der Verfassung immanentes Recht 318
b) im Petitionsrecht 319
c) in Artikel 4 der Verfassung 320

III. Die Flexibilität des Gehöranspruchs 321
1. aus seiner Stellung als Individualrecht 322
2. aus seiner Eigenart 322

2. Kapitel

Begriff und Inhalt des rechtlichen Gehörs

I. Der Begriff des rechtlichen Gehörs 325
1. Der kantonalrechtliche Begriff rechtlichen Gehörs . 325
2. Die bundesgerichtliche Praxis 326
3. Prüfungspflicht und Äußerungsrecht 327
4. Die Grenzen des Gehörsbegriffs, insbesondere sein Verhältnis zur formellen Rechtsverweigerung . . . 328

II. Das Äußerungsrecht 330
A. Die Berechtigung, sich zu äußern 331
1. Die Gefahr einer Beschwer als Voraussetzung . . 331
a) Begriffsumschreibung und Verhältnis zur Parteistellung 331
b) Das Äußerungsrecht bei unbegründeten Begehren der Gegenseite 332
c) Das Äußerungsrecht bei sogenanntem eindeutigem Sachverhalt 333
2. Das Äußerungsrecht der iuristischen Personen . . 334
3. Das Äußerungsrecht der Behörden 335
4. Der Verzicht auf Äußerung 337
B. Form der Äußerung 338
1. Wiederholte Äußerung 338
2. Mündliche und schriftliche Äußerung 340
3. Äußerung in der Amtssprache 341
4. Äußerungsrecht und Anhörung zur Abklärung des Sachverhaltes 342
C. Inhalt der Äußerung 343
1. Äußerung zum Sachverhalt und zum Recht . . . 343
2. Beschränkung auf erhebliche Vorbringen 344
3. Verbot der Weitschweifigkeit 344
D. Adressat der Äußerung 345

III. Das Recht auf Orientierung 346
A. Akteneinsicht 346
1. Die Fixierung des Prozeßstoffes 346
2. Das Ungenügen der Protokollierung im Verwaltungsverfahren 347
3. Interne Aktenstücke 348
4. Rechtliches Interesse an der Akteneinsicht . . . 349
B. Teilnahme an den Verhandlungen 351

C. Aufklärungspflicht der staatlichen Organe 353
1. Formelle Mitteilungen zur Wahrung des Äußerungsrechtes 353
a) Unterschiedliches Bedürfnis bei den verschiedenen Verfahrensarten 353
b) Mitteilungen über den Verlauf des Verfahrens 355
c) Mitteilungen über den Abschluß des Verfahrens 355
2. Materielle Aufklärung 356
a) Begründung des Entscheides 356
b) Orientierung vorgängig des Entscheides . . . 357

IV. Die Prüfungspflicht der staatlichen Organe 358
1. Formelle Natur der Prüfungspflicht 359
2. Nichtanhandnahme und Verzögerung 359
a) Befristung der amtlichen Tätigkeit 359
b) bei fehlender Prozeßvoraussetzung 360
c) bei mißbräuchlicher Anrufung der Behörden . . . 360
d) Sistierung 361
3. Umfang der Prüfungspflicht 362
a) im Rahmen des Kognitionsbereiches 362
b) bei ungenügender Substantiierung und Unerheblichkeit 362
c) hinsichtlich der Beweisanträge, insbesondere bei Anträgen auf Expertise 363

3. Kapitel

Der Anwendungsbereich des rechtlichen Gehörs

I. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes 365
1. Unterscheidung zwischen Gerichts- und Verwaltungsverfahren 365
2. Teilweise Anerkennung des Gehöranspruchs im Verwaltungsverfahren 366
3. Begründung des Gehöranspruchs im Verwaltungsverfahren 369

II. Die Ungereimtheiten der bundesgerichtlichen Praxis . . 370
1. Gehöranspruch im Zivil- und Strafprozeß 370
a) Summarisches Verfahren 370
b) Widerruf des bedingten Strafaufschubes 371
c) Änderung eines Entscheides in oberer Instanz zuungunsten eines Beteiligten 371

2. Gehöranspruch im Verwaltungsverfahren 371
a) vorgängig eines endgültigen Entscheides 371
b) im Disziplinarverfahren 373

III. Der Anwendungsbereich des Gehöranspruchs; Grundsatz und Schranken 373
1. Neuere Umschreibungen des Anwendungsbereiches auf dem Gebiete des Verwaltungsverfahrens 373
2. Bejahung des Gehöranspruchs für das Verwaltungsverfahren 375
a) Praktisches Bedürfnis und Voraussetzungen . . . 376
b) Begründung 376
3. Interessenabwägung als Schranke 377
a) Grundsatz 377
b) Beschränkung des Gehöranspruchs nach Umfang und Zeit 378
c) Bedürfnis nach Normierung des Anwendungsbereiches 378

IV. Dem Gehöranspruch entgegenstehende Interessen 379
1. Unbestimmt große Zahl von Betroffenen 379
2. Zeitliche Dringlichkeit der behördlichen Anordnung 380
3. Abwehrmaßnahmen des Betroffenen 382
4. Schutz dritter und eigener Interessen, insbesondere mit Bezug auf die Akteneinsicht 383
5. Beförderliche Erledigung 385
6. Verwaltungsökonomie 387

V. Die unterschiedliche Intensität des Gehöranspruchs, insbesondere hinsichtlich der Anhörung vor erster Instanz . 389
1. Möglichkeit der Neuüberprüfung des Entscheides . . 389
a) Wiedererwägung und Rechtsanspruch auf Überprüfung 390
b) Formelle Erfordernisse des Rechtsmittels 392
c) Prüfungsbereich der Rechtsmittelinstanz 393
d) Kürzung des Instanzenzuges? 394
2. Vorzeitiger Vollzug eines Entscheides 394
3. Gewichtige Eingriffe in die Rechtssphäre des Einzelnen 395

VI. Die Beschränkung des Gehöranspruchs im einzelnen . . 396
1. bei endgültigen Entscheiden 396
2. im Bereiche der Rechtsprechung 397
a) Begriff der Rechtsprechung 397
b) Das Verwaltungsstreitverfahren 397
c) Die Bedeutung der dem rechtlichen Gehör entgegenstehenden Interessen 399

3. im Bereiche der materiellen Verwaltung 400
a) Begriff der materiellen Verwaltung 400
b) Die Bedeutung der dem rechtlichen Gehör entgegenstehenden Interessen 400
c) Die Wertung des Postulates der Verwaltungsökonomie im besondern 401

4. Kapitel

Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs

I. Die behördliche Feststellung der Gehörsverweigerung . . 403
1. Prozessuale Parteirechte und der verfassungsmäßige Gehöranspruch. 403
2. Absehen von einem materiellen Feststellungsinteresse des Betroffenen (formelle Natur des Gehöranspruchs) 404
3. Die Wege zur Feststellung der Gehörsverweigerung . 405
a) Feststellung anläßlich der materiellen Prüfung einer Angelegenheit 405
b) Beschwerde wegen Gehörsverweigerung, insbedere die staatsrechtliche Beschwerde 406
c) Feststellung im Vollzugsverfahren 408

II. Die Folgen der Gehörsverweigerung 409
1. Die Relativität der nachträglichen Durchsetzung des rechtlichen Gehörs 409
2. Die Anfechtbarkeit der das rechtliche Gehör verletzenden Anordnungen 410
3. «Heilung» der Gehörsverweigerung in oberer Instanz 411
a) Zulässigkeit der «Heilung» 411
b) Vorbehalt hinsichtlich des Prüfungsbereiches der oberen Instanz 412
c) Der prozessuale Weg der «Heilung» 413
4. Verfahrensrechtliche Ordnung der Folgen einer Gehörsverweigerung 413
a) Prozessuale Vorschriften, insbesondere die bundesrechtlichen Rechtsmittel 414
b) Allgemeine verfahrensrechtliche Grundsätze . . . 415
c) Vorläufige Wahrung wichtiger Interessen bei Aufhebung gehörsverletzender Entscheide 417

ABKÜRZUNGEN

1. Literatur

BURCKHARDT, W.	Kom. BV.	Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage 1931
FORSTHOFF, E.	Verw. R.	Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 1956
GIACOMETTI, Z.	Verw. R.	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes, 1. Band, 1960
GULDENER, M.	N.beschw.	Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, 1942
GULDENER, M.	Ziv. Proz.	Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 1958
HELLBLING, E.	Kom. österr. Verw.verf.	Kommentar zu den (österreichischen) Verwaltungsverfahrensgesetzen, I. Band, 1953
IMBODEN, M.	V.rechtspr.	Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 1960
IMBODEN, M.	V.rechtspr. E.	Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, 1962
IMBODEN, M.	Staatsbg.	Die Verwaltungsrechtsprechung in der Schweiz, in «Staatsbürger und Staatsgewalt», Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1963, S. 307 ff.
KEIDEL, TH.	Kom. FGG	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Handausgabe des (deutschen) Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 8. Auflage 1964

MAUNZ-DÜRIG	Kom. GG	Kommentar zum (deutschen) Grundgesetz, 2. Auflage 1963

2. Zeitschriften

BBl	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide
B Verf GE	Entscheide des (deutschen) Bundesverfassungsgerichtes
NJW	(Deutsche) Neue juristische Wochenschrift
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

3. Gesetze

BE VRG	Bern: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 22. Oktober 1961
BL OG	Basel-Land: Gesetz über die Organisation der Staats- und Bezirksverwaltung und das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden des Kantons und der Bezirke (Organisationsgesetz) vom 28. April 1958
BL VRG	Basel-Land: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 22. Juni 1959
BS VRG	Basel-Stadt: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1928
Bund OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
Bund StPO	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934
Bund ZPO	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947
Bund Entw. Imboden	Vorentwurf Imboden zu einem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 29. Mai 1958

BV	Schweizerische Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
GR VVV	Graubünden: Verordnung über das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen vor dem Kleinen Rat vom 1. Dezember 1942
Österr. AVG	Österreich: Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1950
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SG OG	St. Gallen: Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke und das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden vom 29. Dezember 1947
SG Entw. VRG	St. Gallen: Entwurf eines Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, Botschaft des Regierungsrates an den Großen Rat vom 26. April 1963
SO VVO Gem.Ges.	Solothurn: Vollziehungsverordnung vom 13. September 1949 zum Gemeindegesetz
SO VO VGr	Solothurn: Verordnung über Organisation und Verfahren vor dem kantonalen Verwaltungsgericht vom 29. November 1961
SZ VRG	Schwyz: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Schwyz vom 18. Juli 1951
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZH GVG	Zürich: Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. Januar 1911
ZH VRG	Zürich: Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959

4. Verschiedene Abkürzungen

Bezeichnung der Kantone gemäß Vollziehungsverordnung 1932 zum Bundesgesetz über den Motorfahrzeugverkehr, Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, Bd. 7, S. 673 (ZH, BE usw.).

BG	Bundesgesetz
BGr.	Bundesgericht
BR	Bundesrat
GB	Geschäftsbericht/Rechenschaftsbericht
RR	Regierungsrat
StPO	Strafprozeßordnung
VGr.	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung
ZPO	Zivilprozeßordnung

Diese Arbeit ist Ende Februar 1964 abgeschlossen worden.
Die Fußnoten verweisen ausschließlich auf
allgemein zugängliche Entscheide.

1. Kapitel

DIE STELLUNG DES RECHTLICHEN GEHÖRS IM RECHTSSYSTEM

I. Die vorrechtliche Begründung des Gehöranspruchs

1. Der Einzelne lebt unvermeidbar in einem Spannungsverhältnis mit jenem Staat, in dessen Machtbereich er sich aufhält.

Er muß ihn zwar als soziologische Notwendigkeit anerkennen. Der Staat ist die Organisationsform, welche das Zusammenleben zahlreicher Menschen auf verhältnismäßig engem Raum ermöglicht. Wegen der ständigen Gefährdung des Ganzen durch die persönlichen Interessen seiner Mitbürger wird der Einzelne auch die Befehlsgewalt des Staates grundsätzlich bejahen[1]. Dagegen bringt er diese positive Einstellung häufig dann nicht mehr auf, wenn sich die Staatsgewalt konkret gegen ihn richtet und ihm etwas gebietet oder verbietet, auf das sich sein persönliches Streben richtet[2]. Als Betroffener pflegt er die Staatsmacht zu personifizieren. Vor sich sieht er deren Vertreter, denen er die Überlegenheit, die im staatlichen Befehl zum Ausdruck gebracht wird, nicht zugestehen mag. Im modernen Massenstaat mit seiner umfassenden und dementsprechend stark differenzierten Verwaltung fehlt das persönliche Verhältnis des Gewaltunterworfenen zum Vertreter der Staatsmacht. Ihm geht die Autorität ab, welche in früheren Jahrhunderten in der Persönlichkeit des Regenten begründet oder im allgemeinen Bewußtsein verankert war[3]. Der von einer Anordnung Be-

---

[1] Platon, Kriton, 50f.

[2] J. J. Rousseau, Du contract social, Livre I, chap. 6f. et Livre III, chap. 10.

[3] M. Imboden, Die politischen Systeme 1962, S. 116ff.; A. C. Tocqueville, Der alte Staat und die Revolution, Bremen 1959, S. 151.

troffene ist unter solchen Umständen gern geneigt, dem staatlichen Vorgehen die innere Berechtigung abzusprechen.

Diese Erscheinung stellt die Tauglichkeit eines Staates, der seine Existenz nicht allein auf die Macht abstützen will, in Frage. In der Staatstheorie findet diese Spannung im Verhältnis zwischen dem Staat und dem Einzelnen beredten Ausdruck bei FICHTE. Er hat jeden staatlichen Eingriff als unzulässig erklärt, dem der Betroffene nicht zustimmt[4]. Im übrigen bemüht sich die Theorie, die aufgezeigte Kluft durch den Gedanken des Gesellschafts- oder des Unterwerfungsvertrages zu überbrücken. Sie versucht nachzuweisen, daß eine generelle Einwilligung zu künftigen staatlichen Eingriffen vorausgesetzt werden müsse[5].

2. Die rechtliche Begründung des staatlichen Autoritätsanspruches ändert jedoch an der soziologischen Tatsache eines Spannungsverhältnisses zwischen dem Staat und dem Einzelnen nichts. Dagegen vermögen verschiedene Institutionen des modernen Staatsrechtes es zu entschärfen. Die Freiheitsrechte gewährleisten dem Einzelnen einen vor staatlichem Eingriff freien Bereich. Weitere, in dem etwas unbestimmten Begriff des Rechtsstaates zusammengefaßte Grundsätze sichern die ordnungsgemäße Anwendung staatlicher Macht dort, wo ein Eingreifen notwendig ist. Aus dem letzteren Bereich sollen jene Einrichtungen Erwähnung finden, die mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör Berührungspunkte aufweisen.

a) Es liegt nahe, dem Einzelnen zu ermöglichen, den Inhalt der ihn betreffenden staatlichen Anordnung mitzubestimmen. Damit ist auch ein Äußerungsrecht seinerseits naturgemäß verbunden.

In der Demokratie ist diese Mitwirkung auf dem Gebiete der Rechtssetzung verwirklicht. Sie berücksichtigt im Rahmen des Mehrheitsprinzips direkt oder – über die Volksver-

---

[4] J. G. FICHTE, Staatslehre, Leipzig 1912, S. 68 ff.

[5] J. KANT, Metaphysik der Sitten, Leipzig 1925, S. 134; J. J. ROUSSEAU, Du contract social, Livre I, chap. 5 ff.

tretung – indirekt den Willen der Gewaltunterworfenen[6]. In anderer Ausgestaltung findet sie sich auf dem Gebiet des Zivilprozeßes[7]. Der Richter hat nach dem Dispositionsprinzip Anträge und Vorbringen der Parteien zu respektieren und darf nichts berücksichtigen, was nicht von der einen oder andern Seite als Grundlage seiner Entscheidung anerkannt wird[8]. Beschränkter sind die Möglichkeiten einer Mitwirkung des Einzelnen im Strafprozeß[9]. Selbst das formelle Zweiparteiensystem mit dem Staatsanwalt als Ankläger gibt dem Angeschuldigten keine Möglichkeit, an der Gestaltung des Prozeßergebnisses als Verfahrenssubjekt teilzunehmen. Nur dem Geschädigten stehen, etwa bei Antragsdelikten, in dieser Hinsicht spärliche Rechte zu. Auch die Verwaltung ist der inhaltlichen Mitwirkung des Einzelnen grundsätzlich entzogen. Wohl spricht er im Bereich der nichthoheitlichen Verwaltung, bei der Erteilung von Bewilligungen und Konzessionen, bei der Ausrichtung von Unterstützungen und Subventionen und beim Abschluß öffentlicher Verträge mit[10]. Sowie aber ein qualifiziertes öffentliches Interesse im Spiele steht, entfällt für ihn die Möglichkeit, die Anordnung der Verwaltung inhaltlich mitzubestimmen.

Ein derartiges Mitwirkungsrecht läßt sich dem rechtlichen Gehör nicht gleichsetzen. Letzteres verlangt nur, daß der von einer behördlichen Anordnung Betroffene seine Auffassung vortragen kann und daß die Behörde ihren Entscheid nicht trifft, ohne das Vorgetragene zu erwägen (2 I 3). Demgegenüber schließt das hier umschriebene Mitwirkungs-

---

[6] E. His, Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts 1920–38, Bd. I S. 213 ff., Bd. II S. 230 ff., 258 ff., Bd. III S. 291 ff., 323 ff.

[7] Zur Geschichte siehe L. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 8. Aufl. 1960, S. 11 ff.

[8] M. Guldener, Ziv. proz. S. 125 ff.

[9] Zur Geschichte: H. Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953, S. 10 ff.; H. Fritzsche, Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich, S. 9 ff.

[10] M. Imboden in ZSR 1958 (77) S. 121 a ff.

recht die Bindung der Behörde an das vom Einzelnen Vorgetragene bzw. den Konsens zwischen ihm und dem Staatsorgan ein.

b) Ein weiterer Behelf zur Milderung des Spannungsverhältnisses zwischen dem Staat und dem Einzelnen ist das Prinzip der Rechtsgleichheit. Es ist historisch von größter Bedeutung und hat seinen Niederschlag in Art. 4 BV und in zahlreichen kantonalen Verfassungen[11] gefunden.

Die Rechtsgleichheit ist von der schweizerischen Praxis zu einem allgemeinen, die gesamte Rechtsordnung und die staatliche Tätigkeit beherrschenden Grundsatz gestaltet worden. Sieht man von dieser Ausweitung ab, so verlangt sie die gleichmäßige Rechtsanwendung gegenüber jedermann[12]. Damit bedingt sie eine Bindung der rechtsanwendenden Behörden in formeller und materieller Hinsicht an jene Gesetze, bei deren Erlaß die Betroffenen nach den Spielregeln der Demokratie ein Mitspracherecht hatten[13]. So betrachtet schafft der Grundsatz der Rechtsgleichheit eine konkrete Beziehung zwischen dem Bürger in seiner Funktion als Teil der rechtsetzenden Instanz und als Gewaltunterworfenem. Ihr kommt für die innere Bereitschaft des Einzelnen, eine ihn treffende staatliche Anordnung als richtig anzuerkennen, größte Bedeutung zu.

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit, als gleichmäßige Rechtsanwendung verstanden, und derjenige der Gewährung rechtlichen Gehörs decken sich indessen nicht. Die erstere erfordert keine Wahrung des Gehöranspruchs. Wird in bestimmten Verfahren keiner der Betroffenen angehört, so ist auch das Gebot der Gleichbehandlung aller nicht verletzt; es verlangt nur die gleichmäßige Anhörung beider Par-

---

[11] Z. Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone 1941, S. 51; E. His, Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts Bd. I S. 321, Bd. II S. 341 ff., Bd. III S. 497 ff.

[12] H. Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit 1941, S. 69 ff.; Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. Bundesgerichts 1933, S. 54.

[13] F. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht 1923, S. 760.

teien, gebietet aber die Wahrung rechtlichen Gehörs an sich nicht. Gleichermaßen verpflichtet auch die aus der Rechtsgleichheit zu folgernde Bindung an die Gesetze die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht[14].

c) Dem Ziele, die innere Bereitschaft des Betroffenen für staatliche Eingriffe zu schaffen, dient auch die Gestaltung des Verfahrens nach dem Zweiparteiensystem.

Dort, wo der Einzelne über seine Rechte frei verfügen kann, ergibt sich das Zweiparteiensystem als technische Folge des Verfahrens. Die entscheidende staatliche Behörde bedarf für ihren Entscheid der Darlegungen des «Klägers» und der Stellungnahme eines «Beklagten». Das Zweiparteienverfahren ist aber über diesen Bereich hinaus für zahlreiche öffentlichrechtliche Angelegenheiten vorgesehen, sei es, daß die Zivilgerichte zum Entscheid berufen sind, sei es, daß die Verwaltungsgerichte über verwaltungsrechtliche Klagen zu befinden haben. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß sich auch der Strafprozeß weitgehend nach dem Akkusationsprinzip, einem formellen Zweiparteienverfahren mit dem staatlichen Ankläger auf der einen und dem Angeschuldigten auf der andern Seite abspielt. Schließlich wird selbst in Verwaltungssachen das Bedürfnis je länger je mehr erkannt, eine an die höhere Instanz weitergezogene Anordnung in einem Zweiparteienverfahren behandeln zu lassen[15]. Formell am besten ausgestaltet ist dieses System bei der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde.

Der Streit zweier Parteien vor einem Dritten entspricht dem Gedanken der gleichlangen Spieße. Steht der Einzelne einer Behörde als Gegenpartei gegenüber, so kommt dem Zweiparteienverfahren diese Wirkung dann zu, wenn das Anliegen des Bürgers vor einer «neutralen» Instanz beurteilt wird. Diese Stellung wird den Gerichten weitgehend, den

---

[14] Wo das Gesetz die Anhörung ausschließt oder wenigstens nicht vorschreibt, verletzt die Nichtanhörung das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Rechtsanwendung bzw. der Verwaltung nicht.

[15] Vgl. H. Nef in ZSR 1950 (69), S. 306a.

verwaltungsinternen Rechtsprechungsorganen dagegen nur mit Bedenken zugebilligt[16]. In letzterer Hinsicht erfüllt das Zweiparteiensystem wenigstens in psychologischer Hinsicht seinen Zweck als Mittel zur Milderung der Spannung zwischen dem Staat und dem Einzelnen nur beschränkt.

Beim Zivilprozeß führt die technisch notwendige Orientierung der entscheidenden Instanz durch die Parteien über ihre rechtlichen und tatsächlichen Dispositionen praktisch zu einer vollumfänglichen Anhörung. Im übrigen und grundsätzlich ist jedoch der Anspruch auf rechtliches Gehör mit dem Zweiparteienverfahren nicht verbunden. Das Streitverfahren zwischen zwei Parteien setzt zwar gleiche formelle Rechte voraus. In diesem Sinne steht ihnen auch gleiche Anhörung zu. Dagegen sagt das Streitverfahren nichts darüber aus, ob und in welchem Ausmaße die beiden Parteien angehört werden müssen.

3. a) Gleich den genannten Institutionen kommt auch dem rechtlichen Gehör im Rahmen der Versuche, das Spannungsverhältnis zwischen dem Staat und dem Einzelnen zu mildern, Bedeutung zu. Es knüpft ebenfalls an die Tatsache an, daß der Einzelne Eingriffe des Staates in seine Sphäre dulden muß. Auch der Gehöranspruch geht anderseits davon aus, daß den Staatsorganen jene echte Autorität fehlt, die im Betroffenen die innere Bereitschaft schaffen würde, den Eingriff als richtig hinzunehmen. Seine Bestimmung ist es, der Ungleichheit zwischen dem Einzelnen und dem Staat, die bei einer Auseinandersetzung vor oder mit staatlichen Instanzen im Verfahren zum Ausdruck kommt, ihre Spitze zu nehmen. Diese Aufgabe kommt dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs bei allen Verfahrensarten und bezüglich aller Arten von Streitgegenständen zu.

Einen falschen Entscheid mag der Betroffene allenfalls als ungerecht ertragen. Als Kränkung, als eine Verletzung seines Anspruches auf persönliche Geltung empfindet er

---

[16] F. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1939, S. 248.

aber ein zu seinen Ungunsten endigendes Verfahren, das ihn zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht hat. Er sieht sich bestimmten staatlichen Funktionären gegenübergestellt, denen er die in der hoheitlichen Tätigkeit liegende Überlegenheit als persönliche Überheblichkeit anrechnet. Dieser Eindruck läßt sich dadurch korrigieren, daß im Verfahren die allgemeinen Formen des Verkehrs zwischen Menschen gewahrt, daß der Betroffene – prozessual gesprochen – als Verfahrenssubjekt behandelt wird.

Das Wesen menschlichen Zusammenseins liegt aber in der Kommunikation, d.h. darin, daß der eine die Meinung des andern anhört und ernstlich erwägt[17]. Darin unterscheidet sich der Umgang mit Menschen von demjenigen mit einer Sache. Das Verlangen, dergestalt auch im Verfahren als Mensch zu gelten, bildet den Kern des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Seine Bedeutung liegt in der Wahrung der menschlichen Würde im Verfahren[18]. Der Gehöranspruch hat damit für die Lösung der Spannung zwischen Staat und Individuum bei weitem nicht jene Tragweite, die den vorher genannten Institutionen, vor allem dem Recht des Einzelnen auf inhaltliche Mitbestimmung der staatlichen Anordnung zukommt. Er vermag lediglich das Gefühl der Entwürdigung, welches der Einzelne bei einer Kollision mit der Staatsmacht zu empfinden geneigt ist, zu bannen.

b) In Lehre und Praxis finden sich immer wieder Hinweise darauf, daß die Wahrung des rechtlichen Gehörs die Sachgemäßheit und damit die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns garantiere. Nach dieser Ansicht bietet das rechtliche Gehör neben der Offizialmaxime Gewähr für eine richtige Abklärung des Sachverhaltes und dient dazu, ungerechtfertigte staatliche Eingriffe zu verhindern[19]. Damit wird indessen dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs eine

---

[17] K. Jaspers, Vernunft und Freiheit, Zürich, S. 142, 222.

[18] Maunz-Dürig, Kom. G.G. Art. 1 N. 36 und Art. 103, N. 92; O. Bosshardt in ZBl. 1963 (64) S. 254.

[19] Z. Giacometti, Verw.R. S. 379 und 383; BGE 83 I 241.

Rechtsschutzfunktion zugeschrieben, die ihm nicht zukommt[20].

Die Aufgabe des Rechtsschutzes des Einzelnen übernehmen andere Institutionen des modernen Rechtsstaates. Die Prinzipien der Rechtsgleichheit und der Rechtsatzmäßigkeit staatlichen Handelns wurden schon erwähnt. Als Garant eines rechtmäßigen Entscheides wirkt auf dem Gebiete des Verfahrensrechtes im besondern der Grundsatz, daß die Anwendung der zutreffenden Rechtsnormen von amteswegen zu erfolgen hat. Abgesehen von jenen Rechten, die der freien Verfügung des Einzelnen anheim gestellt sind und wo der Staat sich im Streitfall bewußt mit der Feststellung der formellen Wahrheit begnügt, wird ein sachgemäßer Entscheid durch die Offizialmaxime gewährleistet, welche eine Abklärung des Sachverhaltes behördlicherseits verlangt. Damit ist die richtige Anwendung des Rechtes im Interesse des Einzelnen von verschiedenen Seiten her gewährleistet. Einer zusätzlichen Garantie hiefür bedarf es nicht.

Vor allem aber ist das rechtliche Gehör hiefür seinem Wesen nach nicht geschaffen. Es stellt sich als Recht des Betroffenen gegenüber der Behörde dar und nicht – wie die Anhörung zur Ermittlung des Sachverhaltes – als Anspruch der Behörde gegenüber dem Betroffenen. Das aus dem Gehöranspruch sich ergebende Äußerungsrecht dient der Stellungnahme des Einzelnen in einem behördlichen Verfahren. Sie soll ihm ermöglichen, der Behörde die ihm zweckmäßig scheinende Darstellung zum Sachverhalt und seine Rechtsauffassung zur Kenntnis zu bringen. Dabei hat er sich thematisch nicht an jene Punkte zu halten, an denen die Behörde interessiert ist; seine Äußerungen dienen nicht der Beantwortung von Fragen, sondern haben die Form eines selbständigen, in sich geschlossenen Parteivorbringens. Im Unterschied zu gewissen Formen der Anhörung im Ermittlungsverfahren ist deshalb mit dem rechtlichen Gehör weder eine Pflicht zur Äußerung noch eine Pflicht zur Wahrheit verbunden.

---

[20] Maunz-Dürig, Kom. G.G. Art. 103, N. 32.

Daß auch die Parteiäußerungen und die Prüfung seitens der Behörden im Rahmen des rechtlichen Gehörs (2 I 3) das ihre zu einem richtigen Entscheid beitragen, sei nicht bestritten. Das Verfahren an sich, das Ansehen der Behörde oder vor allem ein bevorstehendes Ermittlungsverfahren sind dazu angetan, den Wahrheitsgehalt der Äußerungen zu heben und den Einzelnen zu veranlassen, im Rahmen seiner Parteidarstellung Zugeständnisse zu machen, die seinen persönlichen Interessen zuwiderlaufen. Desgleichen wirkt die behördliche Prüfungspflicht im Sinne eines sachgemäßen und rechtmäßigen Entscheides. Dabei handelt es sich jedoch um eine Nebenwirkung des rechtlichen Gehörs, die mit seinem Zwecke nicht identisch ist.

c) Dem Anspruch des Einzelnen auf rechtliches Gehör entspricht die Verpflichtung der Staatsorgane zur Wahrung dieses Anspruchs.

Diese Pflicht wird durch die Anhörung zur Abklärung des Sachverhaltes nicht erfüllt (2 II B 4). Auch die Gewährung rechtlichen Gehörs nach Billigkeit und Ermessen, wie es von altersher im Verwaltungsverfahren geübt wurde[21], hat ein völlig anderes Gesicht als der Gehöranspruch. Solange das Staatsorgan frei darüber befinden kann, ob es rechtliches Gehör zubilligen will, negiert es den Anspruch des Betroffenen, um seiner Persönlichkeit willen angehört zu werden.

Der staatliche Funktionär kann indessen einen Gehöranspruch des Bürgers vor seinem Gewissen nur so lange verneinen, als er von diesem dank seiner Persönlichkeit Anerkennung seiner Autorität, seiner Überordnung fordern darf. Mit der Abschaffung eines privilegierten Beamtenstandes steht ihm diese Anerkennung als bloße Folge seiner amtlichen Stellung nicht mehr zu[22]. Angesichts der heute meist

[21] A. C. Tocqueville, Der alte Staat und die Revolution S. 148 f.; A. Lagiadèr, Geschichte von Stadt und Landschaft Zürich 1945, Bd. II S. 18.

[22] F. Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat in «Ausgewählte Reden und Schriften» 1941, S. 138 ff.

fehlenden näheren Beziehungen zwischen dem nach außen in Erscheinung tretenden staatlichen Funktionär und dem Bürger kann der erstere, selbst wenn er über entsprechende Qualitäten verfügt, regelmäßig auch nicht kraft seiner Persönlichkeit Autorität beanspruchen. Auf der Basis menschlich-persönlicher Gleichheit würde aber der staatliche Funktionär eine Grundregel im Verhalten zum Mitmenschen verletzen, wenn er diesem im Verfahren das Recht absprechen wollte, mitzureden.

So wie der staatliche Funktionär deshalb dem von einem Verfahren Betroffenen persönlich den Anspruch auf rechtliches Gehör zuerkennen muß, können auch die Kollektivorgane sich diesem Anspruch nicht entziehen. Dies gilt gleichfalls für die Organe der höchsten Stufe, welche im demokratischen Staate mit dem Bürger identisch sind, und somit für den Staat selbst.

II. Der Gehöranspruch und die schweizerische Bundesverfassung

1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird zu den wichtigsten Grundsätzen des Rechtsstaates gerechnet[23] und gilt als unverzichtbarer Bestandteil eines rechtlich geordneten Verfahrens[24]. Die Anforderungen, die an einen Rechtsstaat oder an ein geordnetes Verfahren gestellt werden müssen, sind aber nicht rechtsatzmäßig umschrieben. Der Umstand, daß ein Staatswesen dafür hält, rechtsstaatlich organisiert zu sein und dem Bürger ein wohlgeordnetes Verfahren zur Verfügung zu stellen, kann daher nicht als Rechtsgrundlage für den Anspruch auf rechtliches Gehör dienen.

---

[23] M. Imboden in ZSR 1959 (78) S. 70 und in V.rechtspr. E. Nr. 66 I.

[24] E. Forsthoff, Verw.R. S. 209; M. Imdoben in SJZ 1957 (53) S. 53.

Da der Gehöranspruch sich auf das Verfahren bezieht, liegt es nahe, ihn in den prozeßrechtlichen Erlassen festzuhalten[25]. Seiner Bedeutung entspricht jedoch eine Bestätigung auf Verfassungsebene[26]. Da er Geltung für den gesamten Bereich der in dieser Arbeit allein interessierenden Rechtsanwendung beansprucht, liegt es nahe, auch den Gesetzgeber, im Bundesstaat insbesondere auch den einzelstaatlichen Gesetzgeber zu binden. Vor allem aber beruht der Anspruch auf der Anerkennung des Einzelnen als eines menschlich gleichwertigen Partners durch den Staat und berührt damit wichtigste Fragen des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger. Zur Ausmittlung dieses Verhältnisses ist grundsätzlich die Verfassung berufen.

2. In der schweizerischen Bundesverfassung ist der Gehöranspruch unerwähnt geblieben.

a) Er läßt sich auch, historisch gesehen, nicht ohne weiteres aus der Bundesverfassung von 1874 ermitteln.

Vom Vorrang des Einzelnen gegenüber dem Staat ausgehend, war es ein wesentliches Anliegen des damaligen Verfassungsgesetzgebers, dem Bürger auf dem Wege über bestimmte Freiheitsrechte eine von staatlichen Eingriffen freie Sphäre zu gewährleisten[27]. Die übrigen, in der Verfassung enthaltenen Individualrechte[28] gingen in ihrer ursprünglichen Bedeutung ebenfalls darauf aus, den Einzelnen

---

[25] Österr. AVG § 37.

[26] So deutsches Grundgesetz § 103 für das gerichtliche Verfahren. Auf übernationaler Ebene vgl. die von der Allgemeinen Versammlung der Vereinigten Nationen am 10. Dezember 1948 verkündete Erklärung der Menschenrechte, Art. 11; die Konvention des Europarates vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Art. 6; M. Imboden, Die Verfassung einer europäischen Gemeinschaft, Festgabe zum schweiz. Juristentag 1963 S. 13 (Art. 19 Abs. 3).

[27] U. P. Ramser, Das Bild des Menschen im neueren Staatsrecht, ZH Diss. 1958, S. 69; W. Rappard, Die Bundesverfassung der schweiz. Eidgenossenschaft 1848–1948, S. 190 ff. und 325.

[28] Vgl. H. Huber in ZSR 1936 (55) S. 115 a.

vor dem Staate zu schützen und seine Selbstentfaltung zu ermöglichen. Dabei bilden diese Rechte nicht ein in sich geschlossenes System. Zur Lösung gebracht wurden vielmehr die damals politisch besonders aktuellen und bedeutsamen Probleme. Gegenüber der Glaubens-, der Niederlassungs-, der Handels- und Gewerbefreiheit mußte sich aber ein Anspruch auf rechtliches Gehör eher bescheiden ausnehmen. Im Zivil- und Strafprozeß konnten diese Belange als durch das Verfahrensrecht bereits weitgehend berücksichtigt gelten. Dem Verwaltungsverfahren kam indessen keine große Bedeutung zu. In diesem Bereiche galt im übrigen die Erfüllung behördlicher Anordnungen im wesentlichen noch als schlichte Bürgerpflicht, die ohne Anspruch auf weitere «Formalitäten» zu erfolgen hatte[29]. Es erscheint daher verständlich, daß das rechtliche Gehör im Jahre 1874 keine ausdrückliche Aufnahme in die Verfassung gefunden hat.

Die gleichen Überlegungen stehen auch der Annahme entgegen, eines der verfassungsmäßigen Individualrechte schließe nach der Ansicht des damaligen Gesetzgebers den Gehöranspruch ein. Während diese Rechte zur Zeit ihrer Aufnahme in die Verfassung den Einzelnen gegen die Staatsmacht hin abschirmen wollten, zielt der Gehöranspruch darauf ab, die Formen zwischenmenschlichen Verkehrs auch im Verhältnis zwischen dem Staat und dem Einzelnen zu wahren. Dieser grundlegende Unterschied verhindert den Schluß, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei 1874 einem der verfassungsmäßig garantierten Individualrechte zugerechnet worden.

b) Der Standpunkt der Bundesverfassung bei ihrer Entstehung ist jedoch mit einer zeitgemäßen Auslegung nicht mehr vereinbar.

Die Entwicklung in der Richtung auf den Wohlfahrtsstaat hin ruft der Tendenz, neben den Freiheitsrechten einen

---

[29] Das Bundesgericht sprach demgemäß bis in die jüngste Zeit von einem Unterwerfungsverhältnis zwischen Staat und Betroffenem, BGE 70 I 68.

weiteren Bereich von Ansprüchen an den Staat auf ein Tätigwerden zur Sicherung der materiellen und geistigen Existenz des Einzelnen als Grundrechte aufzufassen[30]; Dinge, deren politisches und materielles Gewicht zur Zeit demjenigen der Freiheitsrechte für einen Großteil der Bevölkerung gleichkommt. Dieser Entwicklung gegenüber zeigt sich jedoch der Verfassungsgesetzgeber bewußt zurückhaltend. Auch wenn Postulate dieser Art in der Gesetzgebung von Bund und Kantonen weitgehend erfüllt sind, so lehnt er doch ihre Aufnahme unter die verfassungsmäßigen Individualrechte ab[31].

Der Einzelne ist aber durch die, immer weitere Lebensbereiche erfassende Verwaltung in eine gewisse Defensive gedrängt worden und kann sich, ungeachtet der ihm zustehenden Individualrechte, mit guten Gründen als Objekt der Staatstätigkeit fühlen. Dagegen ist mit der den Freiheitsrechten zugrundeliegenden Überzeugung vom Vorrang des Einzelnen gegenüber dem Staat nicht mehr aufzukommen. Die Sicherung seines Selbstgefühls als Persönlichkeit ist aktuell geworden und ruft danach, einen Bereich von Grundrechten abzustecken, welche die unverletzliche menschliche Würde zum Gegenstand haben[32]. Dazu gehört der Anspruch auf rechtliches Gehör. Indessen reicht der Kreis der zu erfassenden Rechte viel weiter. Zu denken wäre etwa an ein Verbot jener politischen Beeinflussung der Bürgerschaft in gewissen Staaten, welche den Einzelnen zum Massenmenschen degradiert und entwürdigt, sowie an ein Recht auf sachliche Information seitens des Staates oder – allgemein – an einen Anspruch auf Wahrung des menschlichen Anstandes durch die Staatsorgane im Verkehr mit den Bürgern[33].

---

[30] H. Huber, Soziale Verfassungsrechte in «Die Freiheit des Bürgers im schweiz. Recht» 1948, S. 149 ff.

[31] Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Volksbegehren «Recht auf Arbeit», BBl 1946 II 781 ff.

[32] Vgl. Votum Oftinger in ZSR 1960 (79) S. 657a, Resolution S. 660a; U. P. Ramser, Das Bild des Menschen im neueren Staatsrecht S. 148 ff.; Deutsches Grundgesetz Art. 1.

[33] Z. B. anständige Behandlung im militärischen Instruktionsdienst («Schinderprozesse»).

Dieser neuen Situation wird die Verfassung nur stückweise gerecht. Einzelrechte, die zu dem besagten Kreis gehören, sind das Petitionsrecht (Art. 57 BV), soweit es die Behörden wenigstens zur Kenntnisnahme von Äußerungen des Bürgers zwingt, das Verbot der Körperstrafen (Art. 65 Abs. 2 BV), welches eine entwürdigende Behandlung durch die Staatsorgane auf einem Teilgebiet vermeiden hilft, die Gewährleistung des Postgeheimnisses (Art. 36 Abs. 4 BV), das die Geheimsphäre teilweise sicherstellt, und endlich die Sprachenfreiheit (Art. 116 BV), welche die Bundesbehörden zum Eingehen auf die sprachlichen Eigenarten des Einzelnen anhält. Im Zusammenhang gesehen gewinnen diese Bruchstücke an Sinn und Bedeutung. Sie lassen den Schluß zu, daß die Verfassung den ihnen übergeordneten Grundsatz der Wahrung der menschlichen Würde des Einzelnen durch den Staat erkennt und anerkennt.

3. a) Auf der Grundlage der vorstehenden allgemeinen Erwägungen ließe sich daran denken, den Anspruch auf rechtliches Gehör als der Bundesverfassung immanent zu bezeichnen. In Lehre und Praxis wird die Ansicht vertreten, daß nicht nur die ausdrücklich aufgezählten, sondern auch alle jene verfassungsmäßig nicht speziell ausgeschlossenen Freiheitsrechte garantiert seien, welche aktuell werden[34]. Entsprechend ließe sich die grundsätzliche Gewährleistung der menschlichen Würde des Einzelnen, wie sie in der Anerkennung von Teilrechten zum Ausdruck kommt, dahin auslegen, sie verschaffe auch dem dazugehörigen, bedeutsam gewordenen Gehöranspruch die verfassungsmäßige Grundlage.

Eine solche Begründung wäre indessen noch gewagter als sie es für den Bereich der Freiheitsrechte ist. Letztere bilden immerhin einen einigermaßen konkretisierbaren Kreis möglicher Individualrechte. Demgegenüber hat der Schutz

---

[34] Fleiner/Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 241 ff.; Z. Giacometti in ZSR 1955 (74) S. 149 ff.; H. Huber in ZSR 1936 (55) S. 143 a und 153 a; BGE 89 I 97 ff. So schon BGE 3, 429 hins. der Rechtsverweigerung.

der Menschenwürde einen mehr programmatischen, weitgehend unbestimmten Charakter[35]. Außerdem müßte eine derartige, den historischen Gehalt der Verfassung sprengende Auslegung die in der Verfassung sorgsam ausgewogene Verteilung zwischen den Befugnissen des Bundes und der Kantone stören. Es ginge kaum an, auf diese Weise die Wahrung der Menschenwürde im kantonalen Verfahren zur Bundessache zu machen.

b) Wird eine positivrechtliche Grundlage für notwendig erachtet, so steht das Petitionsrecht (Art. 57 BV) dem Anspruch auf rechtliches Gehör am nächsten. Es unterscheidet sich vom Gehöranspruch dadurch, daß der letztere die Behörden grundsätzlich verpflichtet, den Berechtigten über die Möglichkeit einer Stellungnahme zu orientieren, was beim Petitionsrecht entfällt. Desgleichen fehlt beim Petitionsrecht jede Pflicht zur Mitteilung des Prüfungsergebnisses[36]. Anderseits sind jedoch die Behörden unter beiden Gesichtspunkten verpflichtet, dem Bürger, der sich vernehmlich machen will, Gehör zu schenken.

Angesichts dieser Übereinstimmung im wesentlichen ließe sich der Gehöranspruch auf das verfassungsmäßig verankerte Petitionsrecht zurückführen. Die aus dem Gehöranspruch sich ergebenden, weitergehenden Rechte stehen dem nicht entgegen. Die intensivere und qualifizierte Pflicht der Behörden zur Anhörung, zur Orientierung und zur Prüfung ergibt sich daraus, daß der zum Gehör Berechtigte mit einem Verfahren befaßt ist, sei es, daß die Behörde in seine Rechtssphäre eingreifen will oder daß sie sich mit einem von ihm geltend gemachten Rechtsanspruch auseinanderzusetzen hat.

Auch historisch gesehen ließe sich eine solche Auslegung rechtfertigen. Das Petitionsrecht deckt sich sinngemäß mit

---

[35] Umschreibungsversuche bei MAUNZ-DÜRIG, Kom. G.G. Art. 1 N. 17; C. NIPPERDEY, Die Würde des Menschen, in NEUMANN, NIPPERDEY und SCHEUNER, «Die Grundrechte», Berlin 1954, Bd. II S. 2.

[36] W. BURCKHARDT, Kom. BV S. 528 ff.

den Rechtsbehelfen der Gegenvorstellung und der Aufsichtsbeschwerde[37]. Diese wiederum waren aber dazu angetan, das rechtliche Gehör einigermaßen zu verwirklichen, solange weder ein entsprechender Anspruch anerkannt noch ein geordneter Instanzenzug gegeben war.

c) Das Bundesgericht hat die Frage nach der Rechtsgrundlage des Gehöranspruchs in ständiger Praxis mit dem Hinweis auf Art. 4 BV beantwortet, der die Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz gewährleistet. Aus dem Gebot der Rechtsgleichheit wird gefolgert, daß die Behörden gegenüber allen Bürgern Recht sprechen müssen. «Hat aber das Gericht Recht zu sprechen, so hat es die Anträge des Klägers anzunehmen und zu prüfen, so kann es nicht ohne Verletzung der Rechtsgleichheit verweigern, den Beklagten mit seinen Verteidigungsmitteln zu hören; die Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist daher ebenfalls eine Verletzung des Art. 4»[38]. Kraft bundesgerichtlicher Praxis gilt in der Schweiz der Anspruch auf rechtliches Gehör unbestrittenermaßen als verfassungsmäßig gewährleistetes Individualrecht[39].

Es ist schon früher (I 2 b) ausgeführt worden, daß – logisch gesehen – das Gleichheitspostulat das rechtliche Gehör nicht bedingt. Solange auf einem Sektor der Rechtsanwendung allgemein kein rechtliches Gehör gewährt wird, entsteht keine Rechtsungleichheit. Auch die aus der Rechtsgleichheit hervorgehende Bindung der Behörden an die Gesetze verlangt keineswegs die Anhörung. Wenn die oben angeführte Begründung von der Notwendigkeit spricht, den Kläger anzuhören, so geht sie von einem der Verhandlungsmaxime unterstehenden Verfahren aus, wo der Kläger das Prozeßthema bestimmt und dem Richter den Prozeßstoff darbietet. Diese Anhörung des Klägers – welche ihrerseits

---

[37] Z. Giacometti, Verw.R. S. 474; O. Fehr, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich S. 256 f.

[38] W. Burckhardt, Kom. BV S. 27.

[39] Fleiner/Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 419; Z. Giacometti, Verw.R. S. 382.

einer gleichen Anhörung des Beklagten ruft – ist aber nur verfahrenstechnisch bedingt und darf nicht als logische Folge einer gesetzmäßigen Rechtsanwendung verstanden werden. Richtiges Recht kann an sich auch ohne Anhörung der Betroffenen gefunden werden.

Das Bundesgericht ist indessen dieser, vom Wortsinn ausgehenden und historisch begründeten Auslegung nicht gefolgt. In seiner Funktion als Verfassungsgericht hat es rechtsschöpferische Arbeit geleistet und das Prinzip der Rechtsgleichheit zu einem allgemeinen, die gesamte Rechtsordnung und staatliche Tätigkeit beherrschenden Grundsatz mit umfassendem Inhalt gestaltet. So gesehen schützt Art. 4 BV den Einzelnen in allen seinen Belangen, wenn er durch die öffentliche Gewalt in seiner privaten Sphäre betroffen wird[40]. Auf das Verfahren bezogen erklärt das Bundesgericht all das als ungerecht und damit als verfassungswidrig, was den anerkannten Vorstellungen über ein geordnetes, rechtsstaatliches Verfahren zuwiderläuft[41]. In diesen Bereich gehört aber zweifellos das rechtliche Gehör, dessen Anerkennung zu den Forderungen des Rechtsstaates gezählt wird. Der Anspruch auf rechtliches Gehör kann damit als verfassungsmäßig gewährleistetes Individualrecht gelten.

III. Die Flexibilität des Gehöranspruchs

Während eine verfassungsmäßig anerkannte staatsrechtliche Maxime grundsätzlich lückenlos durchgesetzt werden muß, trägt der Anspruch auf rechtliches Gehör seine Schranken in sich. Sie ergeben sich teils aus seiner Stellung als Individualrecht, teils aus seiner Eigenart.

---

[40] Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. Bundesgerichtes 1933 S. 54; C. Bonnard in ZSR 1959 (78) S. 316; H. Huber in ZSR 1936 (55) S. 188a.

[41] M. Imboden in ZSR 1959 (78) S. 70f.

1. Gleich allen andern Individualrechten ist der Anspruch auf rechtliches Gehör nur innerhalb jener Grenzen gewährleistet, die durch die öffentliche Ordnung im allgemeinen und durch die übrigen Individualrechte im besondern gezogen werden.

Wo öffentliches Interesse und der Anspruch auf rechtliches Gehör kollidieren, bedarf es eines wertenden Entscheides[42]. Er führt zum Ergebnis, ob und in welchem Umfange der Gehöranspruch vor einem gewichtigeren öffentlichen Interesse zurückzutreten hat. Eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs unter diesem Gesichtspunkt ist beispielsweise nötig bei akuter Seuchengefahr, wo eine Verzögerung der staatlichen Maßnahmen durch vorgängige Anhörung der davon Betroffenen u.U. nicht angängig ist. Auch die militärischen Belange, Feuersbrünste und Naturkatastrophen können im Interesse der öffentlichen Sicherheit die Gewährung des rechtlichen Gehörs ausschließen oder beschränken. Mit Bezug auf die Rechtsanwendung läßt sich verallgemeinernd sagen, daß die Gewährung des rechtlichen Gehörs die Verwirklichung des Rechtes nicht verunmöglichen oder übermäßig erschweren darf[43].

Der Gehöranspruch oder einzelne der daraus sich ergebenden Rechte können auch mit einem andern Individualrecht kollidieren. So steht etwa dem Recht auf Akteneinsicht der Anspruch eines Dritten auf Wahrung seiner Geheimsphäre entgegen. Auch derartige Konfliktssituationen bedingen eine flexible, auf dem Abwägen der beidseitigen Interessen beruhende Lösung.

2. Die Flexibilität des Gehöranspruch liegt aber auch in der Besonderheit dieses Individualrechtes begründet. Es bezweckt, die menschliche Würde im Verfahren zu wahren. Der Begriff der menschlichen Würde ist indessen komplex. In ihm vereinigen sich verschiedene Komponenten, die un-

---

[42] J.A. Bumbacher, Die öffentliche Ordnung, eine Schranke der Freiheitsrechte, ZH Diss. 1956, S. 52ff.

[43] M. Guldener, Ziv.proz. S. 388.

tereinander in einem Spannungsverhältnis stehen. Auch diese «interne» Gegensätzlichkeit bedingt ein Abstimmen der Interessen.

a) Solche Konfliktsituationen ergeben sich beispielsweise bei menschenunwürdiger Verwahrlosung. Die Behörden müssen dringende fürsorgerische Maßnahmen, einschließlich der Hospitalisierung oder Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt, ergreifen können, bevor ein zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs vorübergehend Unfähiger angehört wurde.

b) Insbesondere begründet die menschliche Würde nicht nur einen Anspruch gegenüber dem Staat und den Mitmenschen. Sie verlangt anderseits vom Einzelnen die Fähigkeit und den Willen, Verantwortung zu tragen, Opfer zu bringen und sich dort klaglos unterzuordnen, wo es notwendig ist. Fehlt es daran, so bleibt der Mensch ein Triebwesen, dem die Würde abgeht und der damit auch keinen Anspruch hat, gewürdigt zu werden[44]. Der Ausgleich dieser beiden Momente erfolgt je nach Situation und Zeit in sehr wechselvoller Weise. Allgemein ist festzuhalten, daß der zur Wahrung der Menschenwürde aufgestellte Anspruch auf rechtliches Gehör nicht absolute Geltung beanspruchen kann. Er findet dort keinen Raum mehr, wo das Moment der Opferbereitschaft und der Unterwerfung unter höhere Interessen im Begriffe der Menschenwürde in den Vordergrund tritt, sei es daß das anderweitige Interesse besonders qualifiziert erscheint, sei es daß der Anspruch auf Respektierung der Persönlichkeit nicht wesentlich tangiert wird.

Zu erinnern ist an den Militärdienst, insbesondere an die mit dem Kriegsdienst für den Einzelnen verbundene Notwendigkeit, ohne jede Anhörung Befehle zu befolgen, die zu seinem Tod führen können. Auf der andern Seite bringt das technisierte Leben eine Unzahl von behördlichen Bagatell-

---

[44] Vgl. die klassischen Darlegungen bei SCHILLER «Über Anmut und Würde».

anordnungen mit sich, die ihrer Art nach nicht geeignet sind, das Gefühl der Würde eines normal empfindenden Bürgers zu verletzen. Wo dies dennoch geschieht, liegt eine Überempfindlichkeit und ein Mangel an Gemeinsinn vor, der weder Förderung noch Schutz verdient.

2. Kapitel

BEGRIFF UND INHALT DES RECHTLICHEN GEHÖRS

I. Der Begriff des rechtlichen Gehörs

1. Der Umstand, daß die Bundesverfassung das rechtliche Gehör als Individualrecht anerkennt, würde die Kantone nicht hindern, ihrerseits einem inhaltlich davon abweichenden rechtlichen Gehör in Verfassung oder Gesetz Schutz zu gewähren.

Tatsächlich wird denn auch das rechtliche Gehör in zahlreichen Zivilprozeßordnungen anerkannt[1]. Keiner der betreffenden Erlasse umschreibt jedoch den Gehöranspruch. Zwar legen sie zahlreiche Parteirechte, die sich dem rechtlichen Gehör zurechnen lassen, einzeln fest. Solche Vorschriften stehen indessen mit der kantonalrechtlichen Garantie des Gehöranspruchs in keinem Zusammenhang und vermögen sie deshalb nicht zu definieren. Lediglich dort, wo das kantonale Recht neben der Gehörsverweigerung noch andere Beschwerden wegen Verletzung von Parteirechten oder Prozeßformen zuläßt, erscheint der Platz abgesteckt, der für eine Rüge wegen Gehörsverweigerung verbleibt[2].

Abgesehen von dieser Ausnahme, die hier vernachlässigt werden soll, fehlt es somit an einem kantonalrechtlichen Begriff des rechtlichen Gehörs. Dementsprechend folgt die kantonale Rechtsprechung der vom Bundesgericht entwickelten Umschreibung des verfassungsmäßigen Gehörbegriffes selbst dort, wo es das kantonalrechtliche Gehör auszulegen gilt[3]. Dieses braucht daher nachstehend nicht besonders erwähnt zu werden.

---

[1] Zusammenstellung bei M. Guldener, Ziv.proz. S. 149, Anm. 1; Die übliche Gewährleistung des Gehöranspruchs lautet: Die Parteien haben nach Maßgabe des Gesetzes gleichmäßig Anspruch auf volles rechtliches Gehör (VS ZPO Art. 80, ZH ZPO § 97).

[2] Vgl. M. Guldener, N.beschw. S. 127.

[3] M. Guldener, N.beschw. S. 106 ff.

2. Die dermaßen richtungweisende Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist aber ihrerseits nicht frei von Unsicherheit. Bei der Verletzung desselben Rechtes auf Mitwirkung der Parteien am Verfahren ist bald von einer Verweigerung rechtlichen Gehörs die Rede, bald aber auch von einer (formellen) Rechtsverweigerung, von Willkür oder – ohne weitere Präzisierung – von einem Verstoß gegen Art. 4 BV[4]. Gesamthaft läßt sich eine Tendenz auf Ausweitung des Begriffes des rechtlichen Gehörs feststellen, und zwar vor allem zum Nachteil der formellen Rechtsverweigerung. Das Bundesgericht neigt dazu, die Mißachtung aller wesentlichen Verfahrensvorschriften unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu betrachten[5]. Nach seiner Ansicht liegt es beim rechtlichen Gehör, dem Bürger «wenigstens das Minimum der formellen Garantien eines unparteiischen und gerechten Entscheides nicht zu versagen»[6].

Mit einer derartigen Ausweitung des Begriffes des rechtlichen Gehörs wird jedoch die Grenze insbesondere gegenüber dem Oberbegriff der formellen Rechtsverweigerung, dem auch das rechtliche Gehör zuzuzählen ist, verwischt. Der dadurch verursachte Schaden ist freilich nur theoretischer Natur, da eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dieselben Rechtsfolgen nach sich zieht wie eine formelle Rechtsverweigerung. Der Umstand, daß Rechtsprechung und Lehre innerhalb des Begriffes der formellen Rechtsverweigerung den besondern Tatbestand der Gehörsverweigerung entwickelt haben, läßt indessen die erwähnte Praxis als unnötig und verwirrend erscheinen. Die Umschreibung eines Begriffes des rechtlichen Gehörs, der gleichzeitig der Abgrenzung gegenüber der formellen Rechtsverweigerung dient, soll daher versucht werden.

---

[4] Z.B. wird die Verweigerung der Akteneinsicht in BGE 83 I 155 als Verweigerung des rechtlichen Gehörs bezeichnet. Im zitierten Präjudiz 53 I 113 ist indessen die Rede von Rechtsverweigerung.

[5] M. Imboden, V.rechtspr. E Nr. 62 III.

[6] BGE 43 I 166.

3. a) Gehör genießt derjenige, dessen Äußerungen von einem andern beachtet werden. Nur er wird angehört. Die vom Ohr zwar aufgenommenen, aber von uns nicht realisierten Gespräche Dritter genießen unser Gehör nicht. Wir pflegen sie, wie die übrige, ungeheure Geräuschkulisse, die das Dasein des heutigen Menschen umgibt, nicht bewußt wahrzunehmen. Wir schenken aber auch dann kein Gehör, wenn wir die Tatsache einer Äußerung zwar wahrnehmen, ihren Inhalt aber verstandesmäßig nicht verarbeiten. Entscheidend ist die über den Verstand gehende Verwertung der vom Ohr vermittelten äußeren Wahrnehmungen. Im übertragenen Sinne bedient sich das Gehörschenken oder Anhören aber nicht nur des Ohres, sondern auch der Wahrnehmungen anderer Sinnesorgane. Insbesondere im Sichbefassen mit dem Inhalt eines Schriftstückes, dessen Schriftzeichen die Augen uns vermitteln, liegt ebenfalls eine Gewährung des Gehörs.

Damit das Gehörschenken zum «rechtlichen» Gehör wird, bedarf es indessen mehr als der Erörterung einer Angelegenheit mit oder vor irgendeinem gehörgewährenden Mitmenschen. Er oder eine Mehrzahl von Personen muß vielmehr mit staatlicher Autorität bekleidet sein und sich in dieser Eigenschaft mit der Stellungnahme eines Einzelnen befassen. Es bedarf eines hoheitlichen Tätigwerdens des staatlichen Organs; seinem Entscheid muß Verfügungscharakter zukommen. Das bloß rechtsgeschäftliche Handeln einer Behörde wird vom Anspruch auf rechtliches Gehör schon begrifflich nicht erfaßt[7].

Das Sichbefassen eines staatlichen Organs im Rahmen seiner hoheitlichen Tätigkeit mit den Äußerungen eines Einzelnen kann als Prüfungspflicht bezeichnet werden. Sie

---

[7] Dies gilt auch für die Anstellung und Beförderung von Beamten. Für die Anstellung steht nach neuerer Lehre die übereinstimmende Willenserklärung des Beamten und der Wahlbehörde im Vordergrund, M. Imboden, Der verw.rechtl. Vertrag, Ziff. 126 ff. Das so begründete Rechtsverhältnis behält diesen Charakter auch – vorbehältlich des Disziplinarverfahrens – in der Folge, BS VGr. in ZBl 1961 (62) S. 299.

stellt, vom Wortsinn ausgehend wie ihrer Bedeutung nach, den zentralen Gehalt des rechtlichen Gehörs dar[8].

b) Wer indessen verpflichtet ist, Gehör zu schenken, muß dem Berechtigten auch ermöglichen, dieses Gehör zu beanspruchen, sich zu äußern. Die Stellungnahme oder Äußerung ist die Form, in der die Berechtigten sich am Verfahren beteiligen können.

Das Äußerungsrecht, das Recht angehört zu werden, kann jedoch praktische Bedeutung nur dann erlangen, wenn derjenige, dem es zusteht, sich sachgemäß orientieren, d.h. seine Äußerungen auf das im Verfahren Wesentliche ausrichten kann. Diese materielle Voraussetzung des Äußerungsrechtes gehört daher mit in den Kreis der Erörterungen um den Begriff des rechtlichen Gehörs[9].

4. Was über den Kreis der Prüfungspflicht und des Äußerungsrechts mit den ihm zugeordneten Nebenrechten hinausreicht, sprengt einen, vom Wortsinn her umschriebenen Begriff des rechtlichen Gehörs und findet daher im Rahmen dieser Arbeit keine Behandlung. Hieher gehört die Fülle jener Verfahrensverletzungen, die nur einen mittelbaren, verhältnismäßig losen Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör – dem Äußerungsrecht und der Prüfungspflicht – aufweisen. Sie können großenteils dem Oberbegriff der formellen Rechtsverweigerung zugerechnet werden und sind unter diesem Gesichtpunkt von Art. 4 BV erfaßt[10].

Im Vordergrund steht der Nichteintretensentscheid eines staatlichen Organes hinsichtlich eines bei ihm anhängig ge-

---

[8] Üblicherweise wird die Prüfungspflicht – wenn sie überhaupt Erwähnung findet – als bloße Konsequenz des Äußerungsrechtes hintangestellt: Z. Giacometti, Verw. R. S. 378; M. Imboden, Staatsbg. S. 331 (Ziff. 34); M. Guldener, Ziv.proz. S. 153 (Ziff. 7); E. Forsthoff, Verw.R. S. 209.

[9] Vgl. M. Imboden in SJZ 1957 (53) S. 52, BGE 83 I 155 E. 5.

[10] Die Stellung der Rechtsverweigerung als Oberbegriff kommt zum Ausdruck z.B. in BGE 5, 487, 27 I 414 E. 1, 28 I 10; vgl. auch M. Guldener, N.beschw. S. 120 ff.

machten Begehrens. Verneint das Organ z.B. seine Zuständigkeit oder bezeichnet es ein Begehren als verspätet, so kann nicht geltend gemacht werden, es habe die Beteiligten zur Sache selbst zu Unrecht nicht angehört und die Angelegenheit fälschlicherweise nicht geprüft. Die Nichtanhörung zur Sache ist nur die mittelbare Folge des Nichteintretensentscheides[11]. Dagegen steht die Nichtanhörung zu den Prozeßvoraussetzungen mit dem Nichteintretensentscheid in direktem Zusammenhang. Insofern ist das rechtliche Gehör tangiert.

Das rechtliche Gehör im umschriebenen Sinne wird auch durch den Entscheid darüber nicht unmittelbar berührt, wem in einem Verfahren Parteistellung zukommt. Wird einer Person die Zulassung als Partei widerrechtlich verweigert oder erhält sie unrichtigerweise keine Gelegenheit, sich am Verfahren als Partei zu beteiligen, so kann sie die hiefür gegebenen Rechtsmittel, allenfalls eine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung erheben. Dagegen besteht kein Anlaß, die Nichtanhörung zur Sache, welche lediglich als Folge aus der zu Unrecht verneinten oder nichtbeachteten Parteistellung resultiert, als Gehörsverletzung zu qualifizieren.

Entsprechende Überlegungen gelten für die Frage, wer für eine Partei im Verfahren handeln darf oder muß. Ob sie berechtigt ist, einen Rechtsbeistand beizuziehen und zu instruieren, berührt den Gehöranspruch nur mittelbar. Desgleichen wird zwar einer Partei mit der Verneinung ihrer Prozeßfähigkeit verunmöglicht, sich im Verfahren persönlich zu äußern und zu informieren; an ihrer Stelle wird der gesetzliche Vertreter tätig, der regelmäßig aus eigenem Entschluß und ohne Instruktion des Vertretenen handelt. Wird eine Partei in dieser Hinsicht benachteiligt, so steht die Frage der Prozeßunfähigkeit zur Diskussion und nicht der daraus folgende Ausschluß von der persönlichen Anhörung[12].

---

[11] W. Burckhardt, Kom. BV S. 49 ff.; BGE 18, 3.

[12] Zur Frage der Prozeßfähigkeit im allgemeinen siehe M. Guldener, Ziv.proz. S. 115 ff. Das Verwaltungsverfahren pflegt sich mangels eigener Vorschriften über die Prozeßfähigkeit an die zivil-

Verfassungsrechtlich ist dieser Tatbestand wiederum unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverweigerung beachtlich.

Auch eine ungerechtfertigte Kautionsauflage kann es dem Betroffenen im Ergebnis verunmöglichen, im Verfahren seinen Standpunkt zur Geltung zu bringen. Derartige Fehler korrigiert die Rechtsprechung des Bundesgerichtes jedoch über einen besondern, ebenfalls aus Art. 4 BV hergeleiteten bundesrechtlichen Anspruch auf ein prozessuales Armenrecht[13].

II. Das Äußerungsrecht

Soll der Entscheid eines staatlichen Organes die Stellungnahme der am Verfahren Beteiligten berücksichtigen, so muß die Anhörung logischerweise vorgehen. Das Äußerungsrecht wird daher, einschließlich der damit verbundenen Nebenrechte, vor der Prüfungspflicht erläutert.

Die verfahrensrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Kantone umschreiben im einzelnen die Mitwirkung der Beteiligten am Verfahren. Insbesondere die Zivil- und Strafprozeßordnungen legen für jedes prozessuale Stadium fest, ob und in welcher Form eine Partei sich äußern darf und welche Folgen eine Weigerung oder Säumnis nach sich zieht. Es kann jedoch nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, solche Vorschriften zusammenzustellen. Sie sind für den Umfang des Äußerungsrechtes, als einer Auswirkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, nicht schlüssig. Die Äußerung eines Beteiligten im Verfahren ist regelmäßig nicht nur Ausdruck seines Mitwirkungsrechtes; sie kann ebenso sehr der Abklärung des Sachverhaltes dienen. Die nachstehenden Erwägungen beschränken sich deshalb darauf, das Äußerungs-

---

prozessuale Ordnung anzulehnen, so ausdrücklich BE VRG Art. 27. M. Waiblinger, Das Strafverfahren des Kt. Bern 1942 S. 88, spricht von der Verhandlungsfähigkeit des Angeschuldigten.

[13] Z.B. BGE 69 I 159, 78 I 195. ZH VGr. in GB 1962 Nr. 17 zählt die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes noch zur Wahrung des rechtlichen Gehörs.

recht unter dem Gesichtspunkte des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs zu umschreiben.

A. Die Berechtigung, sich zu äußern

1. a) Das rechtliche Gehör dient dazu, im Verhältnis zwischen dem Staat und dem Einzelnen die Formen zwischenmenschlicher Kommunikation zu wahren (1 I 3a). Daraus abzuleiten, daß der Einzelne in jedem ihn interessierenden Verfahren sich äußern dürfe, geht indessen zu weit. Ein echtes Bedürfnis, als Subjekt am Verfahren beteiligt zu sein, besteht für den Einzelnen nur dort, wo er einem aktuellen Machtanspruch des Staates gegenübersteht. Ihn um seiner Persönlichkeit willen zu schützen, gilt es dann, wenn der Einzelne Gefahr läuft, durch eine hoheitliche Anordnung rechtlich beschwert zu werden[14]. Eine solche Beschwer ist zu bejahen, wenn der Einzelne zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet wird, wenn die Behörde auf sein Begehren nicht eintritt oder es abweist, wenn sie ihm eine Berechtigung entzieht oder ihm gegenüber Zwangsmaßnahmen androht oder angeordnet hat, sowie wenn behördlicherseits seine Befugnisse und Verpflichtungen festgesetzt werden. Dagegen ist unwesentlich, ob die Stellungnahme des Einzelnen geeignet ist, zu einem für ihn günstigeren Entscheid zu führen (hiezu 4 I 2). Muß die Gefahr einer Beschwer an sich bejaht werden, so besteht – von der Wahrung der mensclichen Würde aus gesehen – das Bedürfnis, dem Einzelnen im Verfahren das Wort zu gönnen. Die Beschwer selbst tritt mit der den Einzelnen betreffenden Anordnung ein. Das rechtliche Gehör fordert daher grundsätzlich die Anhörung, bevor die erste Instanz ihren Entscheid trifft.[15].

Für das Vorliegen einer Beschwer kann nicht maßgeblich sein, ob das Verfahrensrecht jemandem Parteistellung zubilligt oder nicht[16]. Die Umschreibung des Parteibegriffes ist

---

[14] E. Forsthoff, Verw.R. S. 209.

[15] BGE 74 I 247 E. 3; Maunz-Dürig, Kom. GG Art. 103, N. 94; (Deutsches) Bundesverwaltungsgericht in NJW 1961, 1549.

[16] Unrichtig ZVW 1950 (5) S. 142.

im Gerichtsverfahren und – noch mehr – im Verwaltungsverfahren uneinheitlich[17]. Sie vermag diejenigen, die das Äußerungsrecht zu beanspruchen berechtigt sind, nicht zu bestimmen[18]. Teils muß der Kreis der nach dem verfassungsmäßigen Gehöranspruch zur Äußerung Berechtigten enger, teils weiter gezogen werden. Die Gefahr einer Beschwer ist nicht ohne weiteres mit der Parteistellung verbunden (vgl. unten b). Anderseits kann eine behördliche Anordnung im gerichtlichen[19] wie im Verwaltungsverfahren[20] auch die rechtlichen, nicht nur die tatsächlichen Interessen eines nicht am Verfahren Beteiligten tangieren. Insbesondere erstreckt sich im Bereich der materiellen Verwaltung das Äußerungsrecht auch auf alle jene, die – ohne Adressat des Verwaltungsaktes zu sein – in ihren rechtlichen Interessen betroffen werden.

b) Die Gefahr einer Beschwer entfällt, wenn sich die Begehren der Gegenseite aus prozessualen oder materiellen Gründen von vornherein als unzulässig oder unbegründet erweisen[21]. Die Praxis hat diesen Gedanken am Tatbestand

---

[17] Für das Verwaltungsverfahren vgl. M. Imboden, V.rechtspr. Nr. 73 IV und die Praxis des zürcherischen VGr. zu § 21 VRG: ZR 60 Nr. 112, 61 Nr. 121/23.

[18] Das österr. Verwaltungsrecht unterscheidet demgegenüber zwischen Parteien im engeren Sinne und weiteren Beteiligten ohne Parteistellung, denen nur ein beschränktes rechtliches Gehör zusteht (in der mündlichen Verhandlung), vgl. Österr. AVG §§ 8, 37 und 43 Abs. 2.

[19] Vgl. ZH ZPO § 335: Legitimation Dritter zum Rekurs, die sich «in ihrem Rechte verletzt glauben».

[20] SG OG Art. 188. Rechtliche Interessen Dritter werden z.B. bejaht bei Namensänderung eines Scheidungskindes hinsichtlich des Vaters ohne elterliche Gewalt, BGE 89 I 155 mit Verweisungen, ZBl 1960 (61) S. 16 sowie bei Adoption hinsichtlich der Eltern ohne elterliche Gewalt, ZVW 1963 (18) S. 17. Vgl. auch BGE 89 I 240.

[21] SG Entw. VRG Art. 14 Abs. 1: «Personen und Behörden, gegen die sich eine Eingabe richtet, ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, sofern die Eingabe nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist.» Für das deutsche Gerichtsverfahren ebenso:

der Änderung eines Entscheides in oberer Instanz entwickelt: Der Rechtsmittelbeklagte muß nur dann angehört werden, wenn seine, durch den vorinstanzlichen Entscheid bestimmte Rechtsstellung zu seinen Ungunsten geändert werden soll[22]. Richtigerweise bejaht die Praxis eine Beschwer und verpflichtet daher zur Anhörung, wenn der vorinstanzliche Entscheid aus neuen, von der Gegenseite vor erster Instanz nicht angeführten Tatsachen bestätigt wird[23].

c) Unter dem Gesichtspunkt der Beschwer soll auch geprüft werden, ob bei «objektiv eindeutigem Sachverhalt» oder bei Beurteilung einer «rein juristischen Frage» das Äußerungsrecht des Betroffenen entfalle[24]. Die Frage ist in BGE 75 I 227 E 4 beiläufig verneint worden. Anderseits hat sie die schweizerische Praxis gelegentlich dann bejaht, wenn es die Rechtsfolgen aus einem anderweitig verfahrensmäßig ermittelten Sachverhalt, so etwa in Anlehnung an ein Strafurteil festzusetzen galt. Eine Anhörungspflicht wird beispielsweise verneint beim Ausschluß aus der Militärdienstpflicht[25], beim Widerruf des bedingten Strafaufschubes nach erneutem vorsätzlichem Vergehen[26] und bei Entmündigung wegen

---

Th. Keidel, Kom. FGG § 12 N. 73. Weitergehend bejaht M. Guldener, Ziv.proz. S. 149 den Gehöranspruch des Beklagten bei einer von vorneherein aussichtslosen Klage. Von einer Anhörung will er nur absehen bei Fehlen einer Prozeßvoraussetzung und bei nicht ordnungsgemäß erhobener Klage.

[22] Für das Verwaltungsverfahren: BGE 75 I 227 E. 4, vgl. aber BGE 65 I 3; für das Gerichtsverfahren: BGE 85 I 76 und 202 E. 2 mit Verweisungen. Als Änderung zuungunsten einer Partei gilt auch die Rückweisung an die Vorinstanz zu neuem Entscheid: BGE 23, 1331; BGE 64 I 148 läßt diese Frage offen. Desgleichen liegt eine Änderung, die zur Anhörung verpflichtet, in der reformatio in peius, vgl. M. Imboden, V.rechtspr. Nr. 62 Ia.

[23] BGE 74 I 10.

[24] Im österr. Verwaltungsverfahren wird bei einem von vornherein klaren Sachverhalt allgemein eine Pflicht der Behörden zur Anhörung verneint, E. Hellbling, Kom. österr. Verw.verf. S. 280.

[25] VEB 1948/50 Nr. 120.

[26] BS StPO § 287 Abs. 3 (zu Strafgesetzbuch Art. 41); BGE 85 I

überjähriger Freiheitsstrafe[27]. Mit dem Verzicht auf Anhörung findet sich das Bundesgericht bei der disziplinarischen Entlassung eines Beamten auch dann ab, wenn der Beamte seine Verfehlungen schon vor Einleitung des Disziplinarverfahrens anerkannt hat oder wenn sie durch rechtskräftiges Strafurteil festgestellt worden sind[28].

Derartige Verfahren enden jedoch – gerade des «eindeutigen» Sachverhaltes wegen – mit einer Beschwer für den in das Verfahren Einbezogenen. Damit ist er grundsätzlich berechtigt, sich zu äußern. Wenn es sich wirklich um eine «automatisch» eintretende Rechtsfolge handelt, geht zwar der Anhörung im Hinblick auf den Rechtsschutz des Betroffenen der praktische Wert ab. Es bleibt aber die zur Wahrung der menschlichen Würde mit dem Äußerungsrecht dem Einzelnen gewährte Stellung als Verfahrenssubjekt. Sie darf ihm nur aus besondern Gründen entzogen werden.

2. Die Frage, wer zur Äußerung berechtigt ist, stellt sich nicht nur für den einzelnen Menschen, sondern auch für die juristische Person. Sie wird lediglich dann nicht aktuell, wenn das Verfahren den daran Beteiligten Parteirechte zuerkennt, welche die Anforderungen des Gehöranspruchs erfüllen. Fehlen jedoch entsprechende prozessuale Vorschriften, so bleibt zu entscheiden, ob der verfassungsmässige Gehöranspruch auch der juristischen Person zusteht.

Die juristische Peron genießt jene Individualrechte, die nicht an die physische Beschaffenheit oder die geistig-sittliche Persönlichkeit des Menschen anknüpfen. So wird ihr u.a. der Anspruch auf Rechtsgleichheit zugestanden[29]. Ein

---

203 läßt die Frage offen. Anders ZR 1955 (54) Nr. 39 und «Rechtsprechung in Strafsachen» 1964 Nr. 13 (SO Obergericht).

[27] A. Egger, Kom. zu ZGB Art. 373 N. 10, Art. 371 N. 17, Art. 374 N. 9. So anscheinend auch BGE 87 II 131.

[28] BGE 76 I 180/1. Vgl. für den Ausschluß aus einer Genossenschaft und einem Verein: BGE 44 II 82 und 85 II 543.

[29] A. Egger, Kom. zu ZGB Art. 53 N. 15; Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. BGr. 1933, S. 165.

Gehöranspruch, der auf dem Rechtsgleichheitsprinzip beruht, muß daher auch für die juristische Person gelten.

Weniger eindeutig ist ein Anspruch, wenn das rechtliche Gehör als eigenes, aus der Wahrung menschlicher Würde entwickeltes Individualrecht verstanden wird. An sich ist die Menschenwürde Teil der geistig-sittlichen Existenz und damit an den Einzelnen gebunden. Das rechtliche Gehör bezieht sich indessen auf die äußere Stellung des Menschen; das Recht auf Äußerung im besondern soll verhindern, daß ein Privater im Verfahren vom Staat und seinen Organen zum bloßen Objekt herabgewürdigt wird (1 I 3a). In diesen Belangen ist jedoch die juristische Person dem Einzelnen gleich. Sie steht, wie er, im Rechtsverkehr, weshalb ihr die sog. äußeren persönlichen Güter, wie Ehre und soziale Geltung, in gewissem Maße zugebilligt werden[30]. Es läßt sich daher vertreten, der juristischen Person auch ein auf die Wahrung der Menschenwürde abgestütztes rechtliches Gehör zuzuerkennen.

3. Durch ein Verfahren beschwert wird aber nicht nur der Einzelne oder eine juristische Person. In die gleiche Lage kann auch eine Behörde kommen, die ihren Standpunkt vor einer andern Behörde zu verfechten hat.

Im Verwaltungsverfahren finden sich selten Vorschriften, welche einer Behörde Parteistellung[31] oder das Äußerungsrecht[32] zugestehen. Nur ausnahmsweise wagt es die Praxis, einem Gemeinwesen oder seinen Organen direkt oder durch dessen Anerkennung als Partei ein Äußerungsrecht zuzuerkennen[33]. Es frägt sich daher, ob der an einem Verwal-

---

[30] A. Egger, Kom. zu ZGB Art. 53 N. 9 ff.

[31] Z.B. BE VRG Art. 27 Abs. 2; Bund Entw. Imboden, Art. 5, anerkennt die Behörde, welche gegen die Verfügung einer anderen Behörde Beschwerde erhoben hat, als Partei.

[32] Z.B. SG Entw. VRG Art. 14 Abs. 1.

[33] BGr. in ZBl 1947 (48) S. 109: Anspruch der armenrechtlich zuständigen, außerkantonalen Behörde auf Anhörung im Verwaltungsstreit um die Verwandtenunterstützung; BGE 30 I 77: Subventionsanspruch der Gemeinde gegen den Kanton; ZH Oberre-

tungsverfahren beteiligten Behörde in solchen Fällen ein verfassungsmäßiger Anspruch auf rechtliches Gehör und damit auf das Äußerungsrecht zustehe.

Die schweizerische Lehre und die Praxis des Bundesgerichtes verneinen im allgemeinen einen aus Art. 4 BV hergeleiteten Gehöranspruch zugunsten einer Behörde. Bei der Umschreibung der Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde wird grundsätzlich und damit auch für den Bereich des rechtlichen Gehörs gültig festgestellt, daß verfassungsmäßige Rechte nur den Bürger, den Privaten, nicht aber das Gemeinwesen schützen; sie könnten daher ihrem Sinne nach einer öffentlichrechtlichen Korporation nicht zukommen[34]. Damit steht die Auffassung im Einklang, wonach der Gehöranspruch dazu dienen soll, die Würde des Menschen in Verfahren mit oder vor dem hoheitlich auftretenden Staate zu wahren (1 I 3 a). Der Staat selbst kann daher ein entsprechendes Recht nicht beanspruchen; die für ihn handelnden Personen vertreten aber keine eigenen Rechte und sind deshalb durch ein Verfahren, das ihnen keine Stellungnahme ermöglicht, in ihrer menschlichen Würde nicht beeinträchtigt. Ein verfassungsmäßiges Äußerungsrecht können daher die Behörden nicht geltend machen.

---

kurskommission in ZR 1950 (49) Nr. 125: Parteistellung des Steuerkommissärs; ZH VGr. in GB 1962 Nr. 11: Legitimation der zürcherischen Gemeinden zum Rekurs, wenn sie wie eine Privatperson in ihren Rechten betroffen werden. Hinsichtlich der ausnahmsweisen Legitimation einer Behörde zum staatsrechtlichen Rekurs vgl. BGE 89 I 206.

[34] W. Burckhardt, Kom. BV S. 35; Hs. Marti ZSR 1962, Bd. II S. 72 und C. Bonnard, S. 433; BGE 89 I 206. Die schweiz. Auffassung kann freilich keine allgemeine Geltung beanspruchen: Am Juristentag 1962 wurde von kompetenter Seite darauf hingewiesen, daß in Westdeutschland keine Bedenken bestehen, auch einem Gemeinwesen, das hoheitlich auftritt, staatliche Grundrechte wie das rechtliche Gehör zu gewähren und ihm die Durchsetzung dieses Anspruches auf dem Wege der Verfassungsbeschwerde zu ermöglichen, ZSR 1962 (81) Bd. II S. 584. Vgl. auch E. Forsthoff, Verw.R. S. 209.

Gegen diesen Ausschluß ist von vorneherein dort nichts einzuwenden, wo die Behörde als Vorinstanz am Verfahren beteiligt ist. Als solche ist sie nicht beschwert. Sie hilft lediglich mit, das objektive Recht in ihrem Zuständigkeitsbereich zu verwirklichen[35]. Dagegen besteht ein berechtigtes Bedürfnis der Behörden, dann Stellung nehmen zu können, wenn sie vor einer ihr nicht übergeordneten Instanz eine Sache zu vertreten haben. Ihnen steht das öffentliche Interesse zur Seite, in ihrem Kompetenzbereich das Recht zu verwirklichen, notfalls auf dem Wege eines Verfahrens vor andern Instanzen. Ob diesem Bedürfnis, für das der Gehöranspruch nicht herangezogen werden kann, ein anderer, allgemeiner Grundsatz des Verfassungs- oder Verfahrensrechtes Rechnung zu tragen vermag, soll hier nicht untersucht werden.

4. Als Subjekt des Verfahrens hat der Beteiligte nicht nur die Möglichkeit, den Inhalt seiner Vorbringen zu bestimmen. Es steht ihm auch frei, auf eine Äußerung im Verfahren und die damit zusammenhängenden Rechte – Akteneinsicht und Orientierung – überhaupt zu verzichten[36]. Ein Zwang zur Stellungnahme ist dem Gehöranspruch fremd[37].

Den Verzicht auf Äußerung kann der Beteiligte ausdrücklich oder in der Weise stillschweigend erklären, daß er die ihm angesetzte Eingabefrist oder eine Vorladung zu der für die Anhörung bestimmten Verhandlung nicht befolgt[38]. Damit die Säumnis aber als Verzicht gelten kann, bedarf es

---

[35] Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweiz. Bundesgerichtes, S. 183.

[36] Ein Verzicht zum voraus dürfte unbeachtlich sein, Maunz-Dürig, Kom. GG Art. 103 N. 49.

[37] Ob dem Einzelnen aus dem Umstand, daß die Menschenwürde ein verantwortungsbewußtes Handeln des Menschen verlangt (1 III 2), unter Umständen eine Pflicht zur Stellungnahme erwachsen könne, mag unentschieden bleiben.

[38] ZH Obergericht in ZVW 1959 (14) S. 20; VEB 1956 Nr. 5 bei fehlendem schweiz. Zustellungsdomizil; Th. Keidel, Kom. FGG § 12 N. 71 für das deutsche Gerichtsverfahren.

einer entsprechenden Androhung seitens der Behörde[39]. Nur so rechtfertigt sich der Schluß, die Partei lege der Wahrung ihres Gehöranspruchs kein Gewicht bei.

Wird androhungsgemäß Verzicht auf Anhörung angenommen, so wirkt dieser lediglich für die betreffende Prozeßhandlung, falls das Verfahrensrecht keine weitergehenden Folgen festsetzt[40]. In einem späteren Stadium des Verfahrens oder vor einer Rechtsmittelinstanz steht der betreffenden Partei der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich wieder zu. Er bezieht sich aber nur auf neue Tatsachen und Rechtsfragen. Könnte die Partei später auch zu jenem Sachverhalt Stellung nehmen, zu dem sie sich früher ausgeschwiegen hat, so wäre die früher angedrohte Verwirkung der Anhörung, welche vor Art. 4 BV berechtigt ist, illusorisch[41].

B. Form der Äußerung

1. Das Äußerungsrecht ist nicht auf eine einmalige Stellungnahme beschränkt. Der behördliche Entscheid reift sowohl im erstinstanzlichen wie im Rechtsmittelverfahren in verschiedenen Stufen, deren Zahl und Reihenfolge sich nach der Art des Prozesses richtet. Beim erstinstanzlichen

---

[39] Weitere Voraussetzung ist die ordungsgemäße Zustellung der Fristansetzung oder der Vorladung.

[40] Ist die Verhandlungsmaxime maßgeblich, so darf angedroht werden, ein Begehren, das nicht begründet werde, gelte als zurückgezogen bzw. Stillschweigen auf die gegnerischen Ausführungen werde als Anerkennung gewertet. Bei Verfahren, die sich nach der Offizialmaxime richten, kann die Säumnis nur zur Verwirkung des Äußerungsrechtes führen. Sie entbindet die Behörde grundsätzlich nicht von eigenen Erhebungen. Hiezu: M. Guldener, Ziv.proz. S. 217 ff.; Z. Giacometti, Verw.R. S. 378; ZH VGr. in ZBl 1962 (63) S. 446; ZH Obergericht in ZVW 1959 (14) S. 21. – In der Verwirklichung einer zu weit gehenden Säumnisdrohung liegt keine Gehörsverweigerung, sondern eine formelle Rechtsverweigerung, BGE 45 I 266; Anders ZH VGr. GB 1960 Nr. 65.

[41] BGE 42 I 116, 74 I 10.

Zweiparteienverfahren, insbesondere im Zivilprozeß, geht der Weg meistens über die Begründung des Parteistandpunktes zum Beweisverfahren. Ähnlich, jedoch unter Auslassung der Klagebeantwortung, läuft das durch ein Gesuch des Bürgers anhängig gemachte Verwaltungsverfahren ab. Anders entwickeln sich jene Verfahren, welche von staatlichen Organen eingeleitet werden: Im Strafverfahren und im Bereiche der Eingriffsverwaltung umschreibt das staatliche Organ das Verfahrensthema; der Betroffene hat seine Gegenargumente vorzubringen, worauf die Beweiserhebungen erfolgen. Vor den Rechtsmittelinstanzen sind alle Prozeßarten dem Zweiparteienverfahren angeglichen.

Soll das Äußerungsrecht tatsächlich der Mitwirkung eines Beteiligten am Verfahren dienen, so bedarf es seiner Stellungnahme im Rahmen jeder dieser Stufen. Ein auf den Entscheid ausgerichteter Beweisantrag läßt sich erst stellen, wenn die Behauptungen und Bestreitungen der Gegenseite bekannt sind. Die Beweiswürdigung durch die Beteiligten wiederum kann erst an die Beweiserhebungen anschließen[42]. Vorsorgliche Ausführungen zu diesen späteren Prozeßstadien müßten zu einer Weitschweifigkeit führen, welche jeder Verfahrensökonomie zuwiderlaufen würde. Das Äußerungsrecht muß demnach im Verlaufe der verschiedenen Verfahrensstufen vor jeder Instanz ausgeübt werden können[43]. Eine Konzentration des Äußerungsrechtes resultiert lediglich bei jenen Verwaltungsverfahren, die erst nach einläßlichen internen Beweiserhebungen gegenüber dem Betroffenen eröffnet werden; dieser ist alsdann in der Lage, seine Stellungnahme mit einer Würdigung der vorliegenden Akten zu verbinden. Auf eine einmalige Äußerung ist auch jener Gesuchsteller beschränkt, dessen eigene Ausführungen ohne Erhebungen seitens der Behörde zu einem negativen Bescheid formeller oder materieller Natur führen. Er hat

---

[42] BGE 34 I 14, 29 I 466 E. 1; SO VVO Gem.Ges. § 67 Abs. 2.

[43] Für das Verw.streitverfahren: GR VVV Art. 18, ZH VGr. in GB 1960 Nr. 67.

seinen Anspruch auf Anhörung mit der Einreichung des Gesuches konsumiert.

Wiederholte Äußerungen verlangen aber ordentlicherweise nicht nur die verschiedenen Prozeßstadien. Ein prozeßökonomisches Vorgehen spricht auch innerhalb derselben Verfahrensstufe gegen die Beschränkung auf eine einzige Stellungnahme. Der Kläger oder Gesuchsteller kann erst nach Kenntnis der gegnerischen Ausführungen seine Bestreitungen anbringen; neue Behauptungen und Anträge in einer Replik oder Duplik rufen der Erwiderung; ergänzende Beweiserhebungen können weitere Abklärungen und damit neue Beweisanträge der Parteien nötig machen[44]. Desgleichen bedingt eine veränderte Sachlage, welche das staatliche Organ zu berücksichtigen hat, die neue Stellungnahme der Beteiligten und allenfalls ein ergänzendes Beweisverfahren[45].

2. Das verfassungsmäßige Äußerungsrecht kann mündlich oder schriftlich ausgeübt werden[46]. Während das Strafverfahren weitgehend mündlich ist, weisen die schweizerischen Zivilprozeßordnungen eine Vorliebe für das schriftliche Verfahren auf. Schon erstinstanzlich werden in der Regel nur bei kleinen Streitwerten oder «einfachen Verhältnissen» mündliche Parteivorträge zugelassen. Häufig ist auch für die Vernehmlassung zum Beweisverfahren Schriftform vorgeschrieben. Im Verwaltungsverfahren dürfte die mündliche Äußerung vor allem im Bewilligungsverfahren (Gesuche; Schalterdienst) vorherrschen. Dagegen dominiert im Verwaltungsstreitverfahren offensichtlich ebenfalls die schriftliche Parteieingabe.

---

[44] M. Imboden, V.rechtspr. Nr. 62 I; vgl. ZH StPO § 246.

[45] BGE 20, 712 bezeichnet die Nichtanhörung im Zivilprozeß bei veränderter Sachlage noch nicht als Gehörsverweigerung.

[46] E. Kirchhofer, ZSR 1907 (26) S. 567; Das zürch. VGr. verlangt die mündliche Anhörung bei administrativen Versorgungen gemäß § 16 Versorgungsgesetz nur im Hinblick auf deren Funktion als Untersuchungsmittel, nicht aber unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs.

Die Lehre scheint – zumindest für das Verwaltungsverfahren – einer mündlichen Ausübung des Äußerungsrechtes den Vorzug zu geben. Die Mündlichkeit soll dem einfachen Mann angemessener sein; die Schriftlichkeit erschwere die Verteidigung seiner Interessen[47]. Diese Verallgemeinerung läßt sich füglich bezweifeln. Der einfache Mann ist ein ebenso schlechter Redner wie er ein unbeholfener Schreiber ist. Die Mühe der Niederschrift dient indessen der Klärung der Gedanken; die Gefahr, der Gegenpartei oder Behörde durch impulsive, ungeschickte Äußerungen die Gegenargumente in die Hand zu spielen, ist bei schriftlichen Eingaben kleiner. Hinzu kommt, daß die zahlreichen amtlichen oder von Verbänden und andern Institutionen unterhaltenen Rechtsberatungsstellen dem Schreibungewohnten beistehen. Die Wahl zwischen mündlicher oder schriftlicher Stellungnahme darf daher wie bis anhin nach der Materie, nach der Organisation des Amtes oder nach der Dringlichkeit des Verfahrens erfolgen. Für die Frage, ob dem Recht auf Äußerung bzw. dem Anspruch auf rechtliches Gehör Genüge getan sei, bleibt sie ohne Bedeutung.

Erschweren im Einzelfall besondere Umstände die vorgeschriebene Form der Äußerung[48], so ist weder das Äußerungsrecht noch das rechtliche Gehör verletzt. Solche Verhältnisse können vielmehr unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverweigerung Beachtung finden.

3. Dem Äußerungsberechtigten steht es auch nicht frei, in welcher Sprache er sich an die staatlichen Organe wenden will. Damit wären die Behörden überfordert. Unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs steht nichts entgegen,

---

[47] M. Imboden und H. Zwahlen in ZSR 1947 (66) S. 89a und 155a; Z. Giacometti, Verw.R. S. 483; Kreisschreiben des BGr. zur Anhörung im Bevormundungsverfahren (Art. 374 ZGB), BGE 40 II 182 Ziff. 2.

[48] Z.B. die Verpflichtung zur mündlichen Stellungnahme eines im Ausland Wohnenden oder bei einer Häufung von Tatbeständen (Abrechnungsprozesse).

mündliche oder schriftliche Stellungnahmen eines Beteiligten in einer andern als der betreffenden Amtssprache auszuschließen[49]. Ob und in welcher Weise ihm die Behörden behilflich sein müssen, fremdsprachige Äußerungen durch einen Übersetzer in die Amtssprache übertragen zu lassen, ist zunächst eine Frage des Prozeßrechtes und kann allenfalls unter dem Gesichtspunkt der formellen Rechtsverweigerung beachtlich sein.

4. Wird eine Partei zur Abklärung des Sachverhaltes beigezogen, so ist sie nicht mehr Subjekt des Verfahrens, sondern Verfahrensobjekt. In diesem Bereiche obliegt ihr eine Mitwirkungspflicht. Diese ist besonders im Offizialverfahren von Bedeutung. Auch das von der Verhandlungsmaxime beherrschte Verfahren kennt als pflichtige Parteiäußerung das Parteiverhör oder die persönliche Befragung.

Es ist selbstverständlich, daß die Anhörung zur Tatbestandsabklärung ihres völlig anderen Zweckes wegen das Recht auf Stellungnahme niemals ersetzen kann[50]. Dagegen lassen sich Verhör und Stellungnahme verfahrensmäßig zusammenlegen[51]. Eine Verbindung dieser Art bietet im schriftlichen Verfahren wenig Schwierigkeiten. Anders dort, wo die Parteien ihr Äußerungsrecht mündlich ausüben. Die Befragung eines Beteiligten hat Ermittlungsfunktionen. Ein-

---

[49] BGE 26 I 505 und 506, 39 I 133; C. Hegnauer, Das Sprachenrecht der Schweiz, ZH Diss. 1947 S. 278 ff.; BGr. in ZBl 1936 (37) S. 258, Nichtbeachten einer deutsch geschriebenen Urkunde durch das Obergericht des Kt. Waadt: das BGr. verlangt die Rückweisung der Urkunde anstelle der Nichtbeachtung und läßt durchblicken, daß die Annahme von Urkunden, die in einer andern Nationalsprache verfaßt sind, einer obersten kantonalen Behörde zumutbar wäre.

[50] BGE 85 I 76, anders noch BGE 28 I 233 E. 1; Z. Giacometti, Verw.R. S. 378. Für das deutsche Recht: Th. Keidel, Kom. FGG § 12 N. 70.

[51] H. Nägeli in ZBl 1954 S. 147; BGE 35 I 403 hinsichtlich des luzernischen Vormundschaftsverfahrens; BGE 38 II 766 E. 5 zu ZGB Art. 374; ZH VGr. zu § 16 des zürcherischen Versorgungsgesetzes in ZBl 1962 (63) S. 445.

vernahme, Verhör oder Befragung sind in erster Linie auf die Feststellung des Sachverhaltes ausgerichtet. Der Befragte hat die an ihn gerichteten Fragen zu beantworten. Soll er bei solchem Anlasse gleichzeitig sein Äußerungsrecht wahrnehmen, so bedarf es des selbständigen Vorbringens seiner möglichst folgerichtig zusammengefaßten Argumente. Hiezu muß ihm eine angemessene Zeit zur Überlegung eingeräumt werden. Wer unter dem Druck pausenlos sich folgender Fragen steht, findet keine Gelegenheit, seinen Parteistandpunkt zu konzipieren. Dieser Gesichtspunkt ist bei der Gestaltung einer Einvernahme, die gleichzeitig dem Recht auf Äußerung entsprechen soll, zu beachten, wenn der Vorwurf der Gehörsverweigerung vermieden werden will[52].

C. Inhalt der Äußerung

1. Die Darlegungen der Beteiligten beziehen sich vorab auf den Sachverhalt. Das Äußerungsrecht umfaßt aber auch rechtliche Erörterungen[53]. Zwar führt das Fehlen einer rechtlichen Qualifikation des Sachverhaltes durch die Beteiligten dort, wo die Behörde das Recht von amteswegen anzuwenden hat, nicht zu prozessualen Nachteilen. Beim Gehöranspruch, dem das Äußerungsrecht zuzurechnen ist, geht es indessen nicht um den richtigen Entscheid, sondern um eine die menschliche Würde wahrende Gestaltung des Verfahrens. Der Einzelne, der sich einer staatlichen Anordnung

---

[52] BE RR in ZBl 1957 (58) S. 373; A. C. Winterfeld in NJW 1961 S. 849; Straßburger Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4. Nov. 1950, Art. 6 Ziff. 3b.

[53] BGE 28 I 341, Anhörung zur Rechtsfrage «neues Vermögen» nach SchKG Art. 265 Abs. 3. So offenbar auch BGE 75 I 227 E. 4. BGE 30 I 350 E. 2 weist dagegen den Vorwurf der Nichtanhörung zum Rechtsgutachten der Gegenpartei in einem Exequaturverfahren zurück. In Deutschland ist der Gehöranspruch bez. rechtlicher Erörterungen umstritten: Th. Keidel, Kom. FGG § 12 N. 72; Maunz-Dürig, Kom. GG Art. 103 N. 33, und A. C. Winterfeld in NJW 1961 (14) S. 851 bejahen ihn. Für das österreichische Verwaltungsrecht wird er verneint, E. Hellbling, Kom. österr. Verw. verf. S. 247.

zu unterziehen hat, soll seinen Standpunkt darlegen können und die Gewißheit haben, daß seine Ausführungen erwogen werden. Dieses Bedürfnis beschränkt sich nicht auf Ausführungen zum Sachverhalt. Steht seine Geltung als Persönlichkeit im Spiele, so muß dem Einzelnen auch Gelegenheit geboten werden, der Behörde seine Auffassung zur rechtlichen Beurteilung des Tatbestandes darzulegen.

2. Ihrem Inhalt nach kann sich die Äußerung nur auf die für den Entscheid erheblichen Vorbringen beziehen. Dazu gehören nicht nur Ausführungen zum Sachentscheid. Das Äußerungsrecht bezieht sich auch auf die mit dem Eintreten zusammenhängenden Fragen. Darüber hinausgehende unerhebliche, unsachliche, abwegige oder ihren beschränkten Prüfungsbereich mißachtende Vorbringen kann dagegen die Behörde zurückweisen oder unbeachtet lassen. Das Bedürfnis vieler Rechtsuchender, ihr «Herz auszuschütten», ist durch den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht gedeckt[54].

Was erheblich ist, steht jedoch nicht von vornherein fest. Erst der Entscheid scheidet die erheblichen Vorbringen von den andern. Ist er weiterziehbar, so muß zudem der Möglichkeit einer andern Beurteilung durch die obere Instanz Rechnung getragen werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet daher die staatlichen Organe, jene Äußerungen entgegenzunehmen, welche für die Erledigung der Angelegenheit erheblich werden könnten[55].

3. Anderseits schließt ein geordneter Amtsbetrieb jede übermäßige Weitschweifigkeit aus. Unendliche Wiederholungen derselben tatbeständlichen und rechtlichen Vor-

---

[54] Ist ein am Verfahren Beteiligter überhaupt nicht befähigt, sich sachgemäß zu äußern (Urteilsunfähigkeit ZGB Art. 18), so ist er prozeßunfähig und es muß ihm ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden. Ob die Voraussetzungen hiefür gegeben sind, ist nicht unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs zu beurteilen. Vgl. oben I 4.

[55] ZH Kassationsgericht in ZR 1942 (41) Nr. 12, bez. der Beweisofferten; Maunz-Dürig, Kom. GG Art. 103 N. 42.

bringen in umfangreichen Eingaben, wie sie jeder mit der Rechtsanwendung Beschäftigte kennt, haben keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie können, weitgehend auf Grund ausdrücklicher Verfahrensnormen, zur Umarbeitung zurückgewiesen werden. In mündlicher Verhandlung kann der Verhandlungsleiter dem sich in Wiederholung ergehenden Redseligen das Wort entziehen, ohne eine Gehörsverweigerung zu begehen.

D. Adressat der Äußerung

Das Äußerungsrecht bezieht sich auf eine Stellungnahme gegenüber dem für die Leitung des Verfahrens zuständigen staatlichen Organ. Durch Äußerungen gegenüber andern Beteiligten oder Dritten wird der Anspruch auf Anhörung nicht konsumiert[56]. Ebensowenig genügt die Anhörung durch einen von der Behörde bestellten Experten[57].

Anderseits läßt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör kein Recht auf Äußerung vor der entscheidenden Instanz oder einer antragstellenden Behörde[58] ableiten. Die Durchführung des Verfahrens nach dem Instruktionssystem, insbesondere die Stellungnahme vor dem Instruktionsrichter, vor einer Delegation von Behördemitgliedern oder vor dem Sachbearbeiter einer nach dem Direktionssystem organisierten Verwaltungsbehörde, schränkt das Äußerungsrecht des Beteiligten nicht in unzulässiger Weise ein[59]. Not-

---

[56] BGE 24 I 677: Private Äußerungen gegenüber Frau und Tochter vor Dritten ersetzen die Pflicht zur Einvernahme des Ehemannes im kantonalrechtlichen Entmündigungsverfahren nicht.

[57] Vgl. BGE 41 II 654: Ungenügend ist die Anhörung durch den Amtsarzt im Entmündigungsverfahren nach Art. 374 ZGB.

[58] BGE 57 II 6 für die Anhörung nach ZGB Art. 374.

[59] BGr. in ZBl 1954 (55) S. 432 und in ZVW 1964 (19) S. 26 zu Art. 374 ZGB. Das Verfahrensrecht bezeichnet die zur Entgegennahme der Äußerung verpflichteten Organe. Das Fehlen solcher Vorschriften schließt indessen die Anhörung durch die Abordnung einer Behörde oder durch einen Sachbearbeiter nicht aus, ZH VGr. in ZBl 1962 (63) S. 443. Ob die Behörde richtig besetzt war, ist

wendig ist indessen, daß das Ergebnis des Instruktionsverfahrens zuhanden der entscheidenden Instanz aktenmäßig festgehalten wird und daß die Beteiligten zuhanden des entscheidenden Organes hiezu Stellung nehmen können. Wird sofort nach einer mündlichen Verhandlung entschieden, so fordert daher der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, daß die Tagfahrt vor der entscheidenden Behörde durchgeführt wird. Andernfalls wäre den Beteiligten die Gelegenheit genommen, ausreichend Stellung zu nehmen.

III. Das Recht auf Orientierung

Damit der an einem Verfahren Beteiligte in der Lage ist, sein Äußerungsrecht wahrzunehmen, muß er seine Stellungnahme auf das für den Entscheid Wesentliche ausrichten können. Ihm diese notwendige Aufklärung zu ermöglichen, ist Pflicht des staatlichen Organs, welches das Verfahren leitet.

Diese Pflicht besteht einerseits in einem Gewährenlassen der Beteiligten seitens der staatlichen Organe, wenn eine Partei von ihrem Akteneinsichtsrecht Gebrauch machen will. Anderseits sind die Behörden gehalten, die Beteiligten von sich aus zu orientieren.

A. Akteneinsicht

1. Eine sachgemäße Äußerung im Verfahren setzt in erster Linie die Kenntnis dessen voraus, was der entscheidenden Behörde an Prozeßstoff zur Verfügung steht.

Um den Beteiligten diese Kenntnisse zu vermitteln, muß der Prozeßstoff in einem geordneten Verfahren aktenmäßig festgehalten werden. Dies kann hinsichtlich des Sachverhaltes auch in Form von photographischen Aufnahmen, von Plänen oder – neuestens – von Tonbandaufnahmen geschehen. Soweit es sich nicht um Schriftstücke handelt, die der

---

unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverweigerung zu prüfen, BGE 48 I 254.

Behörde eingereicht worden sind (Parteischriften, Beweisurkunden), bedarf es der Fixierung durch die staatlichen Organe. Sie erfolgt je nach der Ordnung des Verfahrens durch das Erstellen eines öffentlichen Glauben genießenden Protokolles oder aber als Aktenvermerk. Auf diese Unterlagen bezieht sich das Akteneinsichtsrecht. Es vermittelt die Befugnis, die zu den Akten gehörenden Dokumente im Original oder in Abschrift zu lesen, anzuhören (Tonband) oder anzusehen und sie kopieren zu können[60].

2. Während Lehre und Praxis der Frage der «Geheimakten» volle Aufmerksamkeit schenken (3 IV 4), wird die Bedeutung, welche der aktenmäßigen Fixierung behördlicher Kenntnisse für die Gewährung des rechtlichen Gehörs zukommt, kaum genügend beachtet[61].

Sie bietet dort keine Probleme, wo die Anlage der Akten und der Protokollierung eingehend geordnet ist, das Verbot des Berichtens gilt und ein Beweisverfahren mit abschließend aufgezählten Beweismitteln Platz greift. Solche Vorschriften verhindern in der Regel Einvernahmen ohne oder mit ungenügenden Protokollen, eine ungeregelte Ermittlungstätigkeit und das formlose Entgegennehmen von Mitteilungen.

Anders liegen die Dinge aber regelmäßig im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren. Die Erhebungen bestehen häufig aus zahlreichen persönlichen Besprechungen, telefonischen Erkundigungen oder einem Augenschein des Sach-

---

[60] Originalakten werden regelmäßig nur Rechtsanwälten herausgegeben. Im übrigen hat die Akteneinsicht auf dem Amte zu erfolgen, das – gegen Gebühr – auch Abschriften erstellt.

[61] Nach BGE 74 I 10 bedarf es von bundesrechtswegen keiner eigentlichen Protokollierung der Parteivorbringen und der Aussagen von Zeugen. BGE 25 I 400 E. 3 verlangt aber im Nachlaßverfahren nach SchKG Art. 304 die Anhörung der Gläubiger in zweiter Instanz, wenn deren Vorbringen in erster Instanz nicht protokolliert wurden. Nach BGE 35 I 404 E. 3 und BGE 89 I 240 genügt ein Amtsbericht im Beschwerdeverfahren. Daß anderseits die Anforderungen an die Protokollierung auch überspannt werden können, zeigt ZBl 1962 (63) S. 446.

bearbeiters. Da er die Angelegenheit als Einzelfunktionär bearbeitet, besteht für ihn mangels entsprechender Dienstanweisungen[62] kein äußerer Anlaß, die erhaltenen Mitteilungen zu protokollieren oder wenigstens seine persönlichen Eindrücke zuhanden der Akten schriftlich festzuhalten. Er stützt sich auf seine Erinnerung oder bedient sich flüchtiger Notizen als Gedächtnisstütze. Auf diese Weise werden die Akten farblos. Sie enthalten neben den Eingaben der Parteien lediglich den Entscheid und einige Zustellungsbescheinigungen. In solchen Fällen wird aber das Recht auf Akteneinsicht weitgehend illusorisch.

3. Anderseits bezieht sich die Akteneinsicht nicht auf alle Papiere, die in einem Aktenheft liegen. Interne Notizen etwa aus einer Aktenzirkulation, Beratungsprotokolle und Entwürfe sind in diesem Sinne nicht als Akten anzusprechen und unterliegen daher von vornherein keiner Akteneinsicht[63]. Die Rechtsprechung geht vereinzelt weiter, indem sie auch verwaltungsinterne gutachtliche Berichte sowohl über Rechts- wie über Sachfragen ausnimmt[64]. Damit wird jedoch die Einflußnahme Dritter auf den Entscheid unkontrollierbar. Das ist nicht unbedenklich. Auf alle Fälle kann sich der

---

[62] Vgl. BGE 40 II 182 Kreisschreiben des BGr. betr. Anhörung nach Art. 374 ZGB, Ziff. 3 und 4. Eingehende Vorschriften für die Verwaltungsinstanzen enthält das österr. AVG in den §§ 14 (Protokollpflicht) und 16 (Pflicht, Aktenvermerke mit Unterschrift und Datum zu erstellen, die über telephonische Wahrnehmungen und Mitteilungen, mündliche Belehrungen, Aufforderungen und Anordnungen, sowie interne Angelegenheiten Auskunft geben).

[63] BGE 83 I 155 E. 5; E. Bosshart, Kom. zum zürch. VRG § 8 N. 3; VEB 1959/60 Nr. 25. Vgl. österr. AVG § 17.

[64] So VEB 1939 Nr. 18 bez. eines Gutachtens des Ausschusses zur Überwachung der med. Prüfungen z. h. des eidg. Dep. des Innern; BGE 89 I 15 hins. der gutachtlichen Berichte der kant. Verkehrskommission, der städt. Polizeikommission und der städt. Baukommission z. h. des RR. Noch weitergehend VEB 1937 Nr. 20 mit Bezug auf das Gutachten eines außerhalb der Verwaltung stehenden Fachmannes.

Ausschluß der Akteneinsicht nicht auf die Vernehmlassung der Vorinstanz beziehen. Die Vorinstanz hat im Verwaltungsstreitverfahren zwar nicht Parteistellung. Sie wird aber der Sache nach gleich einer Partei darauf ausgehen, ihren Standpunkt so gut als möglich zu vertreten. Ihre Stellungnahme kann nicht als Internum der Verwaltung gelten und muß daher den Beteiligten zur Einsicht offenstehen.

4. Überdies setzt das Einsichtsrecht ein rechtliches Interesse desjenigen voraus, der das Recht geltend macht[65].

a) Da das Einsichtsrecht der richtigen Ausübung des Äußerungsrechtes dient, ist diese Voraussetzung dann zu bejahen, wenn der Betreffende berechtigt ist, sich der Behörde gegenüber zu äußern. Fehlt es am rechtlichen Interesse, so begeht eine Amtsstelle, welche die Einsicht in die Akten eines pendenten oder erledigten Verfahrens verwehrt, keine Gehörsverweigerung.

Der Beteiligte hat in erster Linie während laufendem Verfahren Anspruch auf Akteneinsicht. Sein Äußerungsrecht übt er vorab mit der Einreichung eines Rechtsmittels aus. Er soll sich daher auch in solchen Fällen vorher anhand der Akten informieren können[66]. Die Praxis gewährt das Einsichtsrecht überdies dann, wenn ein gerichtlich oder administrativ Versorgter die Abänderung der rechtskräftigen, aber noch im Vollzuge befindlichen Maßnahme anstrebt[67].

Im übrigen verneint die Rechtsprechung jedoch das Einsichtsrecht, wenn damit die Sammlung von Prozeßmaterial für die Einleitung eines neuen Verfahrens[68], einschließlich

---

[65] So ausdrücklich BL OG § 53 Abs. 3.

[66] In BGE 30 I 630 erklärt das BGr., zur bloßen Anmeldung des Rechtsmittels (ohne Begründung) gegen ein Strafurteil bedürfe es keiner Akteneinsicht. Bezweckt aber das Einsichtsrecht eine sachgemäße Stellungnahme der Parteien, so bedingt dies auch die Kenntnis der Akten vor Einreichung einer Rechtsmittelerklärung.

[67] BGE 53 I 111.

[68] ZVW Bd. 11 S. 152; ZH RR in GB 1949 Nr. 7.

einer Klage auf Abänderung eines früheren Entscheides[69] bezweckt wird. Allgemein kann gesagt werden, daß nach formell rechtskräftiger Erledigung eines Verfahrens ein daran Beteiligter nicht mehr zur Einsicht legitimiert ist[70]. Dies gilt auch für die Akten eines nicht rechtskräftig erledigten, aber doch abgeschlossenen Verfahrens, aus dem der Beteiligte nicht beschwert ist, so etwa bei vorläufig eingestellter Strafuntersuchung[71] oder internen verwaltungspolizeilichen Erhebungen[72].

b) Mangels eines rechtlichen Interesses nicht legitimiert ist ein Beteiligter schließlich zur Einsichtnahme in Aktenstücke, deren Inhalt für die zu erlassende Anordnung unerheblich sind und die auch von der Vorinstanz nicht berücksichtigt wurden. In solchen Belangen besteht kein Recht auf Äußerung.

Noch weiter zu gehen und das Einsichtsrecht auch hinsichtlich solcher Aktenstücke zu verneinen, die inhaltlich von den Vorbringen der betreffenden Partei nicht wesentlich abweichen[73], ist kaum angängig. Ob die Behauptungen der Gegenpartei, die Aussagen von Zeugen, die Gutachten, die Augenscheinberichte usw. vom Standpunkt der betreffenden Partei wesentlich oder unwesentlich abweichen, bedingt ein wertendes Urteil. Hiezu muß eine Partei, welcher der

---

[69] BGE 83 I 155 E. 5 hins. der Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils nach ZGB Art. 157.

[70] BGE 83 I 155 E. 5, 30 I 630, ZVW 1950 (5) S. 142. Vorbehalten bleibt ein weitergehendes Akteneinsichts- und -herausgaberecht auf Grund bes. Bestimmungen, so nach Beendigung des vormundschaftlichen Amtes mit Bezug auf die Vermögensverwaltung, ZVW 1956 (11) S. 157.

[71] BGE 53 I 23 E. 3a. Dagegen bejaht der Entscheid das rechtl. Interesse mit Bezug auf eine Entschädigungsforderung für ungerechtfertigte Untersuchungshaft.

[72] BS RR in ZBl 1929 S. 163; R. Levi, in «Rechtsprobleme von Stadtgemeinden», Festgabe für den Schweiz. Juristenverein 1961, S. 231.

[73] SG Kreisschreiben RR vom 5. Mai 1948 zu Art. 193 OG.

Anspruch auf rechtliches Gehör zusteht, Stellung nehmen und demnach das betreffende Aktenstück einsehen können.

Insbesondere soll im Rechtsmittelverfahren das Einsichtsrecht in die Vernehmlassung der Vorinstanzen nicht mit der Begründung verweigert werden können, es bestünden keine wesentlichen Abweichungen gegenüber den Erwägungen des angefochtenen Entscheides. Eine Orientierung, welche dem Einzelnen ermöglicht, sich sachgemäß zu äußern, bedingt auch die Einsicht in eine Vernehmlassung, die – ohne neue Tatsachen oder Argumente anzuführen – möglicherweise verständlicher und überzeugender formuliert ist als der Entscheid[74].

B. Teilnahme an den Verhandlungen

Die Orientierung der Beteiligten, als der weiteren materiellen Voraussetzung für eine sachgemäße Äußerung im Verfahren, erfordert die Zulassung zu den Verhandlungen immer dann, wenn die Akteneinsicht hiefür nicht ausreicht. Ist die entscheidende Behörde ausschließlich auf die ihr durch die Akten vermittelten Kenntnisse beschränkt, so bedürfen die Beteiligten unter dem Gesichtpunkt des rechtlichen Gehörs keiner Mitwirkung am Verfahren, welche über die Akteneinsicht hinausgeht.

Anders liegen die Dinge, wenn der Gehöranspruch sich auf ein Verfahren bezieht, bei dem die Beteiligten ihren Standpunkt vor der entscheidenden Behörde oder ihrem Referenten mündlich darlegen oder wo eine Beweisverhandlung durchgeführt wird. Sind weder Protokoll noch Aktenvermerke vorgeschrieben (oben A 2), oder genügt nach den einschlägigen Bestimmungen der protokollarische Hinweis auf die Durchführung der Verhandlung (Angabe von Zeit und Ort der Verhandlung oder des Augenscheins, sowie der daran Beteiligten), so kann die Orientierung ausschließlich durch die Teilnahme der Beteiligten an den Verhandlungen

---

[74] M. Imboden in ZSR 1947 (66) S. 89a. Weniger weit geht H. Nägeli in ZBl 1954 S. 151.

erfolgen. Nur so erhalten sie zuverlässige Kenntnis von den Erklärungen anderer Beteiligter, der Zeugen oder Auskunftspersonen, sowie über den Verlauf eines Augenscheines.

Ein schützenswertes Interesse, den Verhandlungen beizuwohnen, besteht aber auch dort, wo ein Protokoll geführt wird. Meist beschränkt sich die Protokollierung auf den «wesentlichen Inhalt» der Parteivorbringen oder der Auskünfte von Dritten. Der Inhalt des Protokolls entspricht daher der subjektiven Wertung des Verfassers – der regelmäßig mit der entscheidenden Instanz nicht identisch ist – über das für den Entscheid Wesentliche. Von einer subjektiven Färbung kaum zu befreien und von der Befähigung des Protokollführers in besonderem Maße abhängig ist auch die Schilderung eines Augenscheins. Schließlich vermag die Protokollierung an sich all das, was in Sprechweise und Gebärde zum Ausdruck kommt, niemals ausreichend wiederzugeben. Eine Behörde, vor der sich das Verfahren ganz oder teilweise mündlich abgewickelt hat, wird daher – bewußt oder unbewußt – auch das Nichtprotokollierte, wie etwa die schriftlich nicht festgehaltenen Nuancen einer Erklärung, beim Entscheid berücksichtigen. Gleiches gilt beim Instruktionssystem. Der Richter oder Verwaltungsbeamte, vor dem sich das mündliche Verfahren abgespielt hat, kann in seinem mündlichen oder schriftlichen Referat oder Antrag ebenfalls Nichtprotokolliertes verwerten und wird seitens seiner Kollegen oder der vorgesetzten Behörde kaum je dem Vorwurf begegnen, diese oder jene Einzelheit ergebe sich nicht aus den Akten. Der Anspruch auf rechtliches Gehör erfordert daher auch in diesen Fällen, daß den Beteiligten ermöglicht wird, an den Verhandlungen und am Augenschein teilzunehmen[75].

---

[75] M. Imboden, V.rechtspr. E. Nr. 62 I; BGr. in ZBl 1960 (61) S. 591 betr. Vornahme eines Augenscheins ohne Parteien. Weniger weit geht das österr. Verwaltungsverfahren; es berechtigt die Parteien nicht dazu, an einer Beweisaufnahme vor der entscheidenden Behörde teilzunehmen; sie haben lediglich Anspruch auf nachträg-

C. Aufklärungspflicht der staatlichen Organe

Soll das Äußerungsrecht durch wiederholte Stellungnahme im geeigneten Moment verwirklicht werden (2 II B 1), so genügen das Recht auf Akteneinsicht und auf Teilnahme an den Verhandlungen nicht. Damit eine Partei mit ihrer Stellungnahme auf das Verfahren und den Entscheid Einfluß nehmen kann, muß es ihr möglich sein, sich rechtzeitig zu Verfahrensfragen oder in der Sache selbst zu äußern. Ihre Äußerung ist zudem nur dann sachgemäß, wenn sie sich auf dieselbe rechtliche und tatsächliche Grundlage bezieht, auf welche das staatliche Organ für seinen Entscheid abstellt.

1. a) Die Rechtzeitigkeit der Äußerung kann unmittelbar durch gesetzliche Fristen – etwa zur Einreichung einer Rechtsschrift oder einer Rechtsmitteleingabe – gewährleistet sein. In solchen Fällen bedarf es seitens der staatlichen Behörden keiner besondern Orientierung über die Frist[76]. Die bloße Mitteilung des Entscheides, der die Weiterzugsfrist auslöst, genügt. Insbesondere kann aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör keine Pflicht der Behörden zur Belehrung der Parteien über die gesetzlichen Rechtsmittel im Entscheid abgeleitet werden[77]. Die Vorschriften über die Akteneinsicht zeigen den Parteien überdies, wann und wo die für ihre Stellungnahme nötigen Unterlagen zur Einsicht aufliegen.

Als ausreichend erscheint auch die vor allem im Zivilprozeß entwickelte Bekanntgabe der prozeßleitenden Anord-

---

liche Orientierung (Aktenöffnung oder mündliche Bekanntgabe), E. Hellbling, Kom. österr. Verw.verf. S. 279.

[76] ZH VGr. in GB 1962 Nr. 44.

[77] M. Imboden, V.rechtspr. E. Nr. 65 II. Ob die Rechtsmittelbelehrung im Verwaltungsverfahren als Akt der «loyauté» selbstverständlich ist, wie H. Zwahlen in ZSR 1947 (66) S. 152 a annimmt, kann dahingestellt bleiben. Es sei immerhin erwähnt, daß auch in Zivilsachen eine Rechtsmittelbelehrung für den Weiterzug an das BGr. bundesrechtlich nicht vorgeschrieben ist und von den kantonalen Gerichten häufig nicht erteilt wird.

nungen. Auf diese Weise werden die Parteien über den Zeitpunkt der Verhandlungen und Besprechungen, die Aufforderung zur schriftlichen Stellungnahme – auch gegenüber anderen Beteiligten –, den Beizug von Urkunden und Berichten, die Bestellung von Experten usw. in Kenntnis gesetzt. Diese Mitteilungen geben einerseits den Beteiligten genügende Hinweise, wann ein sie interessierendes Dokument dem staatlichen Organ eingereicht wird und dort eingesehen werden kann; anderseits ermöglichen sie ihnen eine rechtzeitige Äußerung[78].

Weniger leicht zu wahren ist das Akteneinsichts- und damit das Äußerungsrecht im Strafuntersuchungs- und im Verwaltungsverfahren. Die Offizialmaxime verhindert eine verfahrensrechtliche Beschränkung der Zahl der Parteieingaben und die Konzentration der amtlichen Erhebungen durch einen Beweisabnahmebeschluß, wie ihn der Zivilprozeß kennt. Das Verfahren entwickelt sich vielmehr anhand der jeweiligen Ergebnisse von Stufe zu Stufe; amtliche Erhebungen und Rückfragen bei den Beteiligten wechseln in bunter Reihenfolge. Das staatliche Organ bricht das Verfahren ab und trifft seinen Entscheid, wenn es den Sachverhalt für abgeklärt erachtet. Für die Beteiligten ist dieser Zeitpunkt nicht voraussehbar. Bei einem solchen Vorgehen müßten sie des Rechtes, ihre Stellungnahme der Behörde vorgängig des Entscheides zur Kenntnis zu bringen, verlustig gehen, wenn sie sich nicht laufend über den Stand des Verfahrens und der Akten bei der zuständigen Behörde informieren würden. Eine derart weitgehende prozessuale Sorgfaltspflicht ist aber weder den Beteiligten zumutbar noch wären die stetigen Anfragen dem Geschäftsbetrieb einer Amtsstelle zuträglich. Es bedarf daher einer Umschreibung der mit dem Gehöranspruch verbundenen Mitteilungspflichten der staatlichen Organe.

---

[78] Werden richterliche Fristen nicht erstreckt, obwohl hiefür zureichende Gründe vorgebracht werden, so nimmt die Praxis eine Verletzung des Äußerungsrechtes an, ZR 1934 (33) Nr. 15, M. Guldener, N.beschw. S. 118.

b) Zu den Mindestpflichten gehört die Bekanntgabe all jener Verhandlungen und Besprechungen, auf welche sich das Teilnahmerecht bezieht. Unterbleibt die Mitteilung, gibt sie über Ort, Zeit und Gegenstand[79] der Verhandlung sowie über die prozessuale Stellung des Beteiligten[80] ungenügend Auskunft, oder erfolgt sie zu spät[81], so liegt nach der Rechtsprechung Gehörsverweigerung vor. Dabei hat sich das staatliche Organ zu vergewissern, ob eine Vorladung tatsächlich zugestellt werden konnte oder aus Gründen, die beim Vorgeladenen liegen, als zugestellt zu gelten hat[82].

c) Im weiteren müssen die Beteiligten bei einem prozeßrechtlich nicht gegliederten Verfahren vom bevorstehenden Abschluß des Verfahrens in Kenntnis gesetzt werden[83]. Eine Orientierung dieser Art genügt indessen nur dann, wenn die Anträge der Beteiligten – etwa zur Erhebung weiterer Beweise – noch Beachtung finden können. Trifft dies nicht

---

[79] Im Zivilprozeß darf aber über ein Begehren um vorsorgliche Maßnahmen verhandelt werden, auch wenn dieses Verhandlungsthema in der Vorladung nicht erwähnt wurde. Für das Verwaltungsverfahren: ZH RR in ZBl 1963 (64) S. 562.

[80] BGE 22, 919: Eine strafrechtliche Verurteilung ist unzulässig, wenn der Verurteilte nur als Zeuge, nicht aber als Angeschuldigter einvernommen worden war.

[81] BGE 86 I 3: Zu kurzfristig ist die Vorladung eines im Ausland wohnenden Beklagten auf vier Tage; BGE 36 I 485.

[82] Zur Frage, wann eine Vorladung als zugestellt gelten kann, vgl. BGE 70 I 66 und 85 IV 116 (Wirkung der postamtlichen Aufforderung zur Abholung eingeschriebener Postsendungen), BGE 33 I 44 E. 5 A (Zustellung an einen nach Prozeßrecht falschen Ort), BGE 27 I 414 (Ediktalladung); M. Imboden, V.rechtspr. Nr. 64 III (Zustellung an den Vertretenen ohne Orientierung des bevollmächtigten Vertreters), W. Burckhardt, Kom. BV S. 54.

[83] Im Strafverfahren: Schlußverhör des Angeschuldigten im Untersuchungsverfahren (ZH StPO § 160), letztes Wort im Gerichtsverfahren (ZH StPO § 250). Im Verwaltungsverfahren gilt als Verweigerung rechtlichen Gehörs, wenn das Rekursverfahren abgeschlossen und im Entscheid auf die Rekursantwort abgestellt wird, ohne daß der Rekurrent hiezu Stellung nehmen konnte, ZH VGr. in ZBl 1962 (63) S. 281 (Aufsatz E. Sommer). Zur Informationspflicht ähnlich: Maunz-Dürig, Kom. GG Art. 103 N. 64.

zu oder will das staatliche Organ Weiterungen eines spruchreifen Verfahrens aus prozeßökonomischen Gründen vermeiden, so muß es die Beteiligten vorher laufend über wesentliche Neuigkeiten (Akten, mündliche Vorbringen anderer Beteiligter usw.) informieren und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gewähren (unten 2b).

Diese Mitteilungspflicht gilt auch im Rechtsmittelverfahren. Im Verwaltungsrekursverfahren hat sie insbesondere für die von der Vorinstanz eingehende Vernehmlassung, die oft erst die für den Entscheid maßgeblichen Erwägungen anführt, erhebliche Bedeutung[84].

2. Die Pflicht zu formellen Mitteilungen wird in bescheidenem Umfang durch eine solche zur materiellen Aufklärung ergänzt.

a) Sowohl im Zivil- und Strafprozeß wie auch im Verwaltungsverfahren wird den Parteien nicht nur schriftlich oder mündlich mitgeteilt, daß der Entscheid gefällt wurde, sondern überdies, wie er lautet[85]. Eine entsprechende Pflicht der staatlichen Organe zur Begründung ergibt sich insoweit aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, als der Entscheid weitergezogen oder bei veränderten Verhältnissen abgeändert werden kann. Ohne Kenntnis der für die entscheidende Behörde maßgeblichen Tatsachen und Rechtsnormen ver-

---

[84] Vgl. Bund OG Art. 93 Abs. 2; SO VO VGr. § 26 Abs. 3, BL OG § 54 Abs. 2; H. Zwahlen ZSR 1947 (66) S. 158a; M. Imboden ZSR 1947 (66) S. 89a. Weiterzugehen und die Behörden zur Zustellung der Vernehmlassung der Vorinstanz zu verpflichten, besteht kein Anlaß; anderer Ansicht Hs. Hartmann in SJZ 1951 S. 55.

[85] Die Zivil- und Strafprozeßrechte schreiben regelmäßig die Mitteilung eines begründeten Entscheides vor, so Bund OG Art. 37, 51c und d, ZPO Art. 70, StPO Art. 179 und Art. 251 Abs. 3 (vgl. BGE 78 IV 138).

Für das Verwaltungsverfahren: SG OG Art. 196 Abs. 2 Ziff. 1 mit Kreisschreiben des RR vom 5. Mai 48, SZ VRG § 29, BE VRG Art. 84 und 85 für die Verwaltungsjustizbehörden, ZH VRG § 28 für das Verwaltungsrekursverfahren; vgl. österr. AVG § 58 Abs. 2.

mögen die Parteien einen Entscheid, der ihre Begehren abweist, nicht sachgemäß anzufechten. Sie könnten deshalb das ihnen zustehende Äußerungsrecht nicht richtig wahrnehmen[86]. Dabei werden freilich unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs keine allzugroßen Ansprüche an die Begründung gestellt werden dürfen[87].

b) Weniger eindeutig läßt sich die Frage beantworten, ob eine Behörde vorgängig ihres Entscheides den Beteiligten die erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Punkte, auf die sie abstellen will, bekanntgeben muß.

Zwar bezieht sich das Äußerungsrecht auch auf die Darlegung des Rechtsstandpunktes (oben II C 1). Es würde aber zu weit führen, damit eine Pflicht der Behörde zu verbinden, einen in der Auslegung des Rechtes fehlgehenden Beteiligten auf die richtige Spur zu bringen und ihn alsdann anzuhören[88]. Desgleichen bedarf es unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs keiner Rechtsbelehrung jener Beteiligten, deren Begehren an einem, wenn auch behebbaren formellen Mangel leidet.

Ebensowenig kann ein Beteiligter unter Berufung auf seinen Gehöranspruch verlangen, vorgängig auf den für den Entscheid wesentlichen Sachverhalt hingewiesen zu werden. Ein Beteiligter, der den entscheidenden Punkt des Tatbe-

---

[86] BGE 43 I 28, 53 I 111 E. 2; BGr. in ZBl 1947 (48) S. 142; VEB 1951 Nr. 35; Z. Giacometti, Verw.R. S. 385; O. Bosshardt in ZBl 1937 (38) S. 39 (Motivierung prozeßleitender Entscheide). Eine allgemeine Begründungspflicht verneinen BGE 28 I 11 E. 3, VEB 1932 Nr. 29. Maunz-Dürig Kom. GG zu Art. 103 N. 81 leitet die Begründungspflicht nicht aus dem rechtlichen Gehör, sondern aus dem Rechtsstaatsprinzip ab.

[87] BGE 43 I 28 begnügt sich für einen Entscheid im Übertretungsstrafrecht mit einer allgemeinen Umschreibung des Tatbestandes (ohne Angabe von Ort, Datum und Umständen der Übertretung) sowie mit einem ziffernmäßigen Hinweis auf die Rechtsgrundlage.

[88] BGE 77 I 46 E. 3: Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides aus andern rechtlichen Erwägungen ohne vorgängige Orientierung des Rechtsmittelklägers.

standes übersieht, war in seinem Äußerungsrecht nicht beschränkt[89]. Eine Ausnahme dürfte dann zu machen sein, wenn das staatliche Organ auf sein amtliches Wissen abzustellen wünscht; auf Tatsachen somit, die bisher nicht Gegenstand des Verfahrens bildeten. In solchen Fällen kann das Äußerungsrecht der Beteiligten nur zum Zuge kommen, wenn sie über den der Behörde bekannten Sachverhalt orientiert werden.

Dagegen bedarf es einer Aufklärung jenes Beteiligten, der zu einem gegnerischen Standpunkt Stellung nehmen muß. Im Zivilprozeß geschieht die Orientierung durch das Zustellen von Rechtsschriften der Gegenseite und durch Akteneinsicht. Demjenigen, der von einem Strafverfahren oder einem gegen ihn gerichteten Verwaltungsverfahren betroffen wird, muß jedoch vorgängig seiner Äußerung das Thema des Verfahrens umschrieben werden. Alsdann sind ihm alle belastenden Umstände einzeln vorzuhalten[90].

IV. Die Prüfungspflicht der staatlichen Organe

Das Kernstück der unter dem Anspruch auf rechtliches Gehör zusammengefaßten Einzelrechte ist das Beachten der Anträge und Erwägungen der Beteiligten durch das zum Entscheid berufene staatliche Organ (2 I 3).

---

[89] Weiter geht anscheinend SG OG Art. 193, wonach den Beteiligten die zur Wahrung ihrer Rechte wesentlichen Tatsachen bekanntzugeben sind. Ebenso M. Imboden in SJZ 1957 (53) S. 52. Karrer in SJZ 1944 (40) S. 373 verlangt unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs sowohl den Vorhalt der behördlichen Gegenargumente vor Abschluß des Verfahrens wie überdies die amtliche Anleitung des Bürgers zur sachlichen Formulierung eines Gesuches (Formulare). Enger dagegen BGE 89 I 15: Für Bauten an Straßen bedarf es einer regierungsrätlichen Ausnahmebewilligung für Ausfahrten; im Baugesuch an die Gemeinde hatte der Gesuchsteller unterlassen, die Gründe für eine Ausnahmebewilligung darzutun; daß ihm hiezu später keine Gelegenheit geboten wurde, betrachtet das BGr. nicht als Gehörsverweigerung.

[90] Z.B. ZH StPO §§ 151, 152; BGE 76 I 180; 53 II 31; Straßburger Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheit vom 4. Nov. 1950, Art. 5, Ziff. 2 und Art. 6 Ziff. 3a.

1. Die Prüfungspflicht hat freilich nur zur Folge, daß die Behörden sich mit den Vorbringen der Beteiligten zu befassen haben. Dagegen gewährleistet der Anspruch auf rechtliches Gehör keinen materiell richtigen Entscheid. Hat das staatliche Organ den Tatbestand oder die Beweismittel falsch gewürdigt oder sich in der Rechtsanwendung geirrt, so liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Vielmehr kann – bei qualifizierten Tatbeständen – eine materielle Rechtsverweigerung gegeben sein, gegen die ebenfalls Art. 4 der Bundesverfassung angerufen werden kann.

2. Die Prüfung selbst beinhaltet die verstandesmäßige Verwertung des Gesehenen, Gehörten oder Gelesenen. Sie führt zwangsläufig zum Entscheid über die Richtigkeit und die rechtliche Bedeutung des Vorgebrachten. Beim Einzelorgan handelt es sich dabei um einen inneren Vorgang. Auch bei der Kollegialbehörde, deren Beratung geheim ist, wird die erfolgte Prüfung erst bekannt, wenn der Entscheid feststeht. Vorher dürfen die Beteiligten davon ausgehen, ihr Standpunkt sei bisher nicht geprüft worden. Läßt der Entscheid zu lange auf sich warten, so sind sie deshalb zum Vorwurf berechtigt, die Behörde verletze ihre Prüfungspflicht und damit das rechtliche Gehör[91].

a) Wann gesagt werden kann, ein staatliches Organ verweigere die Anhandnahme oder verzögere die Prüfung einer Angelegenheit, ist Ermessensfrage. Es fehlt nicht an Versuchen, die bis zur Anhandnahme oder bis zur Erledigung höchstzulässige Zeit allgemein festzulegen[92]. Sie vermögen

---

[91] Die bundesgerichtliche Praxis beginnend mit BGE 4, 194 (neuestens 87 I 246 mit Verweisungen) erfaßt die Rechtsverzögerung freilich als formelle Rechtsverweigerung. – In der Nichtbehandlung eines Gesuches kann gleichzeitig auch eine materielle Rechtsverweigerung liegen, z.B. Nichtentscheiden über ein Wirtschaftsgesuch als Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit, vgl. W. Burckhardt, Kom. BV S. 52.

[92] Österr. AVG § 73: «Wird über einen Antrag nicht innert sechs Monaten von der Einreichung an entschieden, so geht auf Gesuch

jedoch nicht zu befriedigen. Die Verhältnisse sind allzu verschieden. Wenige Tage amtlicher Säumnis können bei einer vorsorglichen Beweissicherung oder in einem Rechtsmittelverfahren über eine in Vollzug gesetzte Anstaltsversorgung übermäßig, Monate dagegen bei einer finanziellen Auseinandersetzung im Zivil- oder Verwaltungsverfahren als normal erscheinen[93]. Es ist Sache der mit der Beurteilung einer Beschwerde befaßten Instanz, im Einzelfall die Angemessenheit des amtlichen Zeitbedarfes festzulegen.

b) Wie aber, wenn es dem Begehren an einer Prozeßvoraussetzung gebricht, wenn insbesondere die angegangene Behörde nicht zuständig ist, eine prozessuale Frist versäumt oder über die Angelegenheit bereits entschieden wurde? Gewährt der Anspruch auf rechtliches Gehör auch das Recht auf einen Nichteintretensentscheid? Die Frage ist zu bejahen. Die Prüfungspflicht der staatlichen Organe erstreckt sich auf die Prozeßvoraussetzungen. In diesem Bereich hat die Einreichung des Begehrens sie zuständig gemacht[94]. Führt daher die Prüfung eine Behörde zum Ergebnis, daß sie nicht zuständig ist, so muß auch dieser Entscheid dem Gesuchsteller mitgeteilt werden. Ebenso hat die entscheidende Instanz Stellung zu nehmen, wenn sie ein Vorbringen als verspätet nicht berücksichtigen will.

c) Die Prüfungspflicht wird problematisch bei mißbräuchlicher Anrufung der Behörden. Gerichte und vor allem die Verwaltung kennen jene zahlenmäßig kleine, jedoch einen erheblichen Teil der Amtstätigkeit beanspruchende Gruppe

---

der Partei die Zuständigkeit an die Oberbehörde über, sofern die untere Behörde ein ausschließliches Verschulden trifft»; Franz. Gesetz von 1900 mit der Pflicht, Verwaltungssachen innert vier Monaten anhand zu nehmen, zit. bei H. Zwahlen in ZSR 1947 (66) S. 159a.

[93] BGE 31 I 383: Die Nichtbeantwortung des Gesuches um Erteilung der Betriebsbewilligung für ein Hotel innert eines Jahres wurde als Rechtsverweigerung bezeichnet.

[94] So M. Guldener, Ziv.proz. S. 115 Anmerkung 14 betr. Prozeßfähigkeit.

von Bürgern, die aus einer querulatorischen, oft krankhaften Neigung heraus in größeren oder kleineren Zeitabständen bei der zuständigen Behörde ihre längst erledigten Begehren erneuern oder immer wieder an die gleiche unzuständige Instanz gelangen. In solchen Fällen kann die Prüfungspflicht nicht in ihrer vollen Strenge gelten. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist keine Magna Charta für notorische Querulanten[95].

Die Erfahrung zeigt jedoch, daß nach mehreren belanglosen Zuschriften eine weitere Eingabe Begehren oder Vorbringen enthält, welche ein neues Verfahren nötig machen, die Zuständigkeit begründen oder eine materielle Prüfung des früheren Entscheides erfordern, so insbesondere die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren oder das Eintreten im Rahmen eines außerordentlichen Rechtsmittels. Diese Möglichkeit rechtserheblicher Vorbringen bedingt eine interne Überprüfung sämtlicher Eingaben sogenannter Tröler. Erweist sich die Eingabe tatsächlich als unerheblich, so mag sie nach vorgängiger Belehrung des Gesuchstellers über die Nutzlosigkeit seiner Bemühungen ohne formellen Entscheid und damit ohne Mitteilung an ihn zu den Akten gelegt werden. Beschwert sich der Gesuchsteller wegen Rechtsverweigerung, so ist es Sache der Behörde, die Berechtigung ihres Nichteintretens in jenem Verfahren darzutun[96].

d) Eine behördliche Inaktivität besonderer Art stellt die vorläufige Einstellung des Verfahrens dar. Sie erfolgt häufig im Hinblick auf ein andernorts anhängiges Verfahren, das für den eigenen Entscheid präjudizielle Bedeutung hat. Wird der praejudizielle Charakter zu Unrecht angenommen, so liegt eine Rechtsverzögerung vor. Sie als Verweigerung des rechtlichen Gehörs zu bezeichnen, geht jedoch nicht an.

---

[95] MAUNZ-DÜRIG, Kom. GG Art. 103 N. 43.

[96] Auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde muß dagegen zum Schutze des Bürgers vor Mißbrauch in jedem Falle eingetreten werden.

Mit der Feststellung eines prozeßhindernden Umstandes ist das staatliche Organ seiner Prüfungspflicht nachgekommen. Ob sein Entscheid zutreffend ist, kann nicht unter dem Gesichtspunkt des Gehörsanspruchs geprüft werden[97].

3. Wo es einen Sachentscheid zu fällen gilt, ist indessen die Prüfungspflicht mit dem Erlaß eines Entscheides nicht ohne weiteres erfüllt. Das staatliche Organ muß zu den für den Entscheid wesentlichen Anträgen sowie zu den Vorbringen der Beteiligten Stellung nehmen. Tut es dies nicht, so hat es die Beteiligten nicht gehört[98].

a) Wesentlich und damit zu erwägen sind jedoch nur jene Vorbringen, welche den vorschriftsgemäßen Überprüfungsbereich der entscheidenden Behörde nicht sprengen. Die Prüfungspflicht ist, gleich wie das Äußerungsrecht, nur innerhalb der Kognitionsbefugnis der betreffenden Instanz gewährleistet.

Unbeachtet bleiben kann daher die Kritik der Beteiligten an der Handhabung des Ermessens durch die Vorinstanz dort, wo im Rechtsmittelverfahren nur die Rechtsrüge zulässig ist. Nicht zu erwägen sind ferner im Revisions- und Kassationsverfahren Parteiäußerungen, welche sich auf keinen der abschließend aufgezählten Weiterzugsgründe beziehen.

b) Unbegründet ist der Vorwurf der Gehörsverweigerung auch dann, wenn das staatliche Organ eine für den Entscheid zwar erhebliche, von den Beteiligten aber nicht vorgebrachte Tatsache oder Rechtsfrage übergeht[99]. Darin liegt allenfalls eine Verletzung der Untersuchungspflicht. Ebensowenig kann es nach Ansicht des Bundesgerichtes Aufgabe der Behörden sein, auf jede «bloß beiläufige Bemerkung» eines Be-

---

[97] Das zürcherische Recht sieht in der unberechtigten Sistierung einen Verstoß gegen ZPO § 96, der den Richter zu rascher Streiterledigung verpflichtet, W. und R. Hauser, Kom. zum Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Auflage, zu § 132, Anm. 2 IV Ziff. 4.

[98] BGE 45 I 408 E. 2.

[99] Vgl. BGE 84 I 164 E. 1; Hs. Marti in ZSR 1962 II 108 ff.

teiligten einzugehen[100]. Gefordert wird damit anscheinend ein durch Stellung oder Ausführlichkeit betonter Hinweis. Auch zu dem in dieser Weise qualifizierten Vorbringen oder dem Beweisantrag einer Partei bedarf es jedoch seitens der entscheidenden Instanz keiner ausdrücklichen Stellungnahme, wenn dessen Unerheblichkeit klar zutage tritt oder wenn sich aus den übrigen Erwägungen die Unerheblichkeit oder Unrichtigkeit der Vorbringen mittelbar ergibt[101].

Im übrigen hat die prüfungspflichtige Instanz sich aber mit allen Anträgen und Begehren, tatsächlichen und rechtlichen Behauptungen der Beteiligten zu befassen[102].

c) Insbesondere liegt im Nichtbeachten eines für den Entscheid an sich bedeutsamen Beweisanerbietens eine Verweigerung rechtlichen Gehörs[103].

Das Übergehen eines Antrages auf Begutachtung verdient diese Qualifikation nur dann, wenn der entscheidenden Instanz oder den ihr beigeordneten Amtsstellen die erforderliche Sachkenntnis abgeht[104]. Urteilt die Behörde auf Grund eigener Sachkunde, so verlieren die Beteiligten freilich die Möglichkeit, sich vor dem Entscheid zu diesen Erwägungen auszusprechen. Grundsatz ist jedoch, daß die entscheidende Instanz Tatbestand und Rechtsfragen zu beurteilen hat; nur wo sie hiezu nicht in der Lage ist, soll ein Sachverständiger beigezogen werden. Er ist, anders als ein Zeuge, kein

---

[100] BGr. in ZBl 1963 (64) S. 236 E. 2, BGE 43 I 27.

[101] So Praxis des zürch. Kassationsgerichtes zit. bei M. Guldener, N.beschw. S. 107; BGr. in ZBl 1963 (64) S. 365 E. 2; BGE 73 I 199 E. 1.

[102] BGE 38 I 18 E. 4.

[103] BGE 23, 455; M. Imboden, V.rechtspr. Nr. 62 II. Dagegen kann weder die unrichtige noch die antizipierte Beweiswürdigung als Gehörsverweigerung gelten. Sie stellen vielmehr einen Mangel des materiellen Entscheides dar, BGE 73 I 199 E. 1; 15, 145 E. 4. Desgleichen ist rechtliches Gehör bei offenbar bloß vorgeschobenen Gründen (BGE 4, 510 E. 2) nicht verletzt. Man mag bei diesem Sachverhalt von materieller Rechtsverweigerung sprechen.

[104] BGr. in ZBl 1963 (64) S. 203; M. Guldener, Ziv.proz. S. 366.

Beweismittel, sondern ein Gehilfe des Richters[105]. Verfügt das staatliche Organ selbst über die nötige Sachkunde, so bedarf es dieser Hilfe nicht. Es hat seine Kenntnisse bei der Beurteilung in gleicher Weise zu berücksichtigen wie sein übriges Wissen. So wenig aber der Anspruch auf rechtliches Gehör die Parteien berechtigt, bei der Beratung des Entscheides mitzuwirken, so wenig steht ihnen die vorgängige Kontrolle der fachkundlichen Kenntnisse der entscheidenden Instanz zu[106].

---

[105] Dementsprechend verneint ZR 1933 (32) Nr. 73 ein Recht der Parteien, an den Besprechungen zwischen Gericht und Experten teilzunehmen.

[106] Bedient sich jedoch die entscheidende Instanz der Fachkenntnisse einer unter- oder beigeordneten Stelle, so steht deren Bericht den Parteien wohl zur Stellungnahme zur Verfügung, vgl. Anm. 64. Anders offenbar BGr. in ZBl 1963 (64) S. 203 Ziff. 3a. Für die Frage, ob die Sachkunde eines Mitgliedes der entscheidenden Behörde eine Expertise auszuschließen vermag: A. Heusler in ZSR 1915 (34) S. 112, ZH Kassationsgericht in SJZ 1937/38 (34) S. 188 und in ZR 1940 (39) Nr. 108.

3. Kapitel

DER ANWENDUNGSBEREICH DES RECHTLICHEN GEHÖRS

I. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes

1. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und, ihr folgend, die Rechtslehre pflegen für den Anwendungsbereich des rechtlichen Gehörs zwischen Zivil- und Strafsachen einerseits und Verwaltungssachen anderseits zu unterscheiden. Es gilt als feststehend, daß für den ersteren Bereich der Anspruch auf rechtliches Gehör «ganz allgemein» zu gewähren, für Verwaltungssachen jedoch zu beschränken sei[1].

Dabei wird offengelassen, ob die Zuweisung zur einen oder andern Kategorie nach dem materiellen Gehalt des zu behandelnden Geschäftes, nach der Organisationsform der entscheidenden Behörde oder aber nach den anwendbaren Verfahrensnormen zu erfolgen hat. Häufig werden die verschiedenen Möglichkeiten einer Abgrenzung sogar gleichzeitig verwendet. Der «Zivil- und Strafprozeß», d.h. die Verfahrensart, findet sich dem «Verfahren vor den Verwaltungsbehörden» gegenübergestellt. Der für die neueste Entwicklung des rechtlichen Gehörs in Verwaltungssachen maßgebliche bundesgerichtliche Entscheid BGE 74 I 241 spricht zunächst ebenfalls vom Anspruch auf rechtliches Gehör im Zivil- und Strafprozeß, zieht anschließend die Grenze zwischen dem Verfahren vor den Gerichtsbehörden und den Verwaltungssachen, um schließlich den Gehöranspruch im Hinblick auf die von den Verwaltungsbehörden getroffenen Maßnahmen zu umschreiben.

Lassen die Erwägungen des erwähnten Entscheides die gestellte Frage offen, so gewinnt man aus der Aufzählung jener Verwaltungssachen, welche mit dem Gehöranspruch

---

[1] BGE 30 I 279, 43 I 5 und 165, 74 I 247, 75 I 226, 76 I 180, 87 I 339; Burckhardt, Kom. BV S. 53; Fleiner/Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 419.

verbunden sein sollen, bessere Anhaltspunkte für die bundesgerichtliche Auffassung. Zum rechtlichen Gehör berechtigen danach Geschäfte verschiedenster Art, welche von den Verwaltungsbehörden behandelt werden. Dazu gehören einerseits Verwaltungssachen mit besonderer Bedeutung für den Einzelnen. Anderseits gilt das rechtliche Gehör seit langem auch dann als gewährleistet, wenn die Verwaltungsbehörden über eine Zivilstreitigkeit entscheiden[2]. Damit wird deutlich, daß weder die Prozeßart noch der materielle Gehalt der Angelegenheit (Verwaltungssache, im Gegensatz zur Zivil- und Strafsache) maßgeblich sein kann. Entscheidend ist vielmehr, ob das Verfahren vor einem Gericht oder vor einer Verwaltungsbehörde durchgeführt wird.

Dabei kann als Verwaltungsbehörde eine in der hierarchisch geordneten Behördenorganisation stehende Instanz gelten, während die Gerichtsorganisation durch ihre Unabhängigkeit innerhalb der Stufenordnung gekennzeichnet ist[3].

2. Im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden hat das Bundesgericht den Anspruch auf rechtliches Gehör vorerst grundsätzlich verneint und ihn nur ausnahmsweise in einzelnen, nach und nach vermehrten Sachgebieten zuerkannt[4]. Erst mit BGE 74 I 248, Erwägung 4, wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verallgemeinert, jedoch unter Vorbehalt der dringlichen und auf dem Wege der Wiedererwägung abänderbaren Fälle[5]. Selbst in diesem Entscheid aus dem Jahre 1948 erklärte aber das Bundesgericht, es halte am prinzipiellen Ausschluß des Gehöranspruchs vor den Verwaltungsbehörden fest. Das schließe jedoch nicht aus, daß er noch auf

---

[2] BGE 70 I 70 mit Verweisungen, 74 I 247.

[3] Z. Giacometti, Verw.R. S. 50 ff.

[4] Z.B. BGE 27 I 430, 28 I 232, 30 I 280, 34 I 212 E. 2, 67 I 78, 70 I 68.

[5] Für die Entwicklung des rechtlichen Gehörs in Verwaltungssachen sei verwiesen auf BGE 74 I 247 E. 3, VEB 1953 Nr. 19, H. Nägeli in ZBl 1954 S. 118, K. Hartmann in SJZ 1951 S. 50, Pfenninger in ZBl. 1950 S. 478.

weitere Fälle ausgedehnt werden könne. Seither ist zweifelhaft geworden, ob das Bundesgericht das rechtliche Gehör vor den Verwaltungsbehörden an sich gewähren oder ausschließen will. Ausführungen des Inhalts, Art. 4 BV verleihe dem Bürger wenigstens dem Grundsatz nach auch vor den Verwaltungsbehörden das rechtliche Gehör[6], wechseln mit dem herkömmlichen Hinweis, im Verwaltungsverfahren gelte der Gehöranspruch nicht allgemein, sondern nur in bestimmten Fällen[7].

Im einzelnen ist heute für die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor den Verwaltungsbehörden anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zwischen den nachstehenden zwei Gruppen zu unterscheiden:

a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird der Sache nach zugestanden. Das Recht steht den Beteiligten deshalb zu, weil der materielle Gehalt der zu entscheidenden Angelegenheit es erheischt. Dabei sind zwei Untergruppen erkennbar:

aa) Die Angelegenheit ist zivil- oder strafrechtlicher Natur, weshalb das vor den Gerichten gewährleistete rechtliche Gehör auch vor den Verwaltungsbehörden beachtet werden soll. Die Beziehung zu einer Zivilsache wird dann bejaht, wenn eine Verwaltungsbehörde über die Gültigkeit eines zivilrechtlichen Vertrages bestimmt (behördliche Zustimmung) oder wenn sie in die Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse eingreift. Die Praxis erwähnt beispielsweise:

- die vormundschaftliche Zustimmung zu einem während der Ehe abgeschlossenen Ehevertrag[8] und die Genehmigung einer Adoption[9],
- den Kündigungs- und Pächterschutz nach den aus dem

---

[6] BGE 87 I 155, vgl. 85 I 76.
[7] BGE 87 I 339.
[8] BGE 50 I 267, 85 I 76.
[9] BGE 50 I 277.

Kriegsnotrecht hervorgegangenen bundesrechtlichen Bestimmungen[10],
- Streitigkeiten über die verwandtschaftliche Unterstützungspflicht nach Art. 328 und 329 ZGB[11],
- Notwegstreitigkeiten[11].

Als den Strafsachen entsprechend wurden bezeichnet:

- das Übertretungsstrafverfahren[12],
- das Disziplinarverfahren gegen öffentliche Angestellte und gegen Dritte, die einer Anstaltsordnung unterstehen[13];

bb) Es geht um einen bedeutsamen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre. Hiezu zählen:

- die Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit, insbesondere bei Anstaltsversorgung[14],
- die Bevormundung[15],
- der Entzug des Bürgerrechtes[16].

b) Bei der zweiten Gruppe wird das rechtliche Gehör auf Grund verfahrensrechtlicher Kriterien gewährt. Diese Kategorie geht auf BGE 74 I 241 zurück. Danach ist rechtliches Gehör nicht nur bei den bisher genannten Verfahren, sondern darüber hinaus dann zu gewähren, wenn das öffentliche Interesse keine sofortige Entscheidung (décision immédiate) verlangt und wenn die Behörde auf Gegenvorstellung hin den Entscheid überdies nicht mehr uneingeschränkt in Wiedererwägung (nouvel examen) ziehen kann[17]. Ist der Entscheid dringlich – wobei nur die zeitliche Dringlichkeit

---

[10] BGE 70 I 69, 74 I 12.
[11] In BGE 70 I 70 erwähnt.
[12] BGE 46 I 327.
[13] BGE 76 I 180, 87 I 339.
[14] BGE 30 I 279, 53 I 107, 65 I 268, 83 I 241.
[15] BGE 23 I 568, vgl. 35 I 97 und 402 E. 2. Jetzt verpflichtet ZGB Art. 374 zur Anhörung bei Bevormundung nach Art. 370 und – unter Vorbehalten – auch nach Art. 369.
[16] BGE 43 I 165.
[17] BGE 74 I 249 E. 4, 75 I 226, 85 I 76, 87 I 156, 89 I 16.

beachtlich ist – so entfällt der Anspruch auf vorherige Anhörung. Gleiches gilt bei nichtdringlichen Entscheiden, die von der erlassenden Behörde frei überprüft werden können.

3. Die beschränkte Gewährung eines Gehöranspruches vor den Verwaltungsbehörden hat das Bundesgericht in BGE 74 I 248 E 4 wie folgt begründet:

Bisher sei für die Verweigerung des rechtlichen Gehörs vor den Verwaltungsbehörden wesentlich darauf abgestellt worden, daß der Bürger als Gewaltunterworfener dem Staate gegenüberstehe. Vom Bürger aus gesehen könnte dies freilich einen Grund dafür abgeben, ihm die größtmöglichen Verfahrensgarantien zuzugestehen, ihm vor allem aber das Recht einzuräumen, angehört zu werden. Doch sei zuzugeben, daß das öffentliche Interesse diesem Bedürfnis entgegenstehe. Es gehöre zum Wesen der Verwaltung, von sich aus (spontanément) tätig zu werden und von amteswegen in der ihr gutscheinenden Weise die nötigen Erhebungen zu machen. Ihre Tätigkeit könnte in unerträglicher Weise behindert oder verzögert werden, wenn sie vor jedem Entscheid die dadurch unmittelbar oder mittelbar Betroffenen anhören müßte. Dieses Bedenken gelte vor allem bei Anordnungen von allgemeiner Bedeutung, wie etwa vorbeugenden Maßnahmen zum Schutze der Gesundheit. Um wirksam zu sein, müsse eine Maßnahme häufig rasch und ohne Wissen Dritter erlassen werden; damit würde sich eine vorgehende Befragung der Beteiligten, verbunden mit der Kundgabe der behördlichen Absichten, mit Erläuterungen und – eventuell – mit Akteneinsicht, nicht vertragen.

Als weiteres Argument gegen einen allgemeinen Gehöranspruch vor den Verwaltungsbehörden führt das Bundesgericht die meist fehlende Rechtskraft der Verwaltungsentscheide an. Die Rechte des Bürgers, der vor dem Entscheid nicht angehört wurde, seien nicht endgültig beeinträchtigt; er könne seine Einwendungen nachher noch geltend machen und verlangen, daß die Behörde den Fall nochmals prüfe und entscheide.

II. Die Ungereimtheiten der bundesgerichtlichen Praxis

Die dargelegte, unterschiedliche Gewährung des Gehöranspruchs weist alle Nachteile einer Praxis auf, die auf den Einzelfall ausgerichtet ist, den Entscheid jedoch in allgemeiner Weise begründet. Dies führt zum Ergebnis, daß die als grundsätzlich gedachten Erwägungen sich mit den andernorts entwickelten Grundsätzen nicht in Einklang bringen lassen oder in späteren Fällen Einschränkungen oder Erweiterungen bedingen.

1. So hält die fast apodiktische Feststellung zahlreicher Präjudizien, im Zivil- und Strafprozeß gelte der Anspruch auf rechtliches Gehör allgemein, d.h. ohne Vorbehalte, einer näheren Prüfung nicht stand.

a) Der Grundsatz, daß in einem Zivilverfahren kein Entscheid auf Begehren der einen Partei zum Nachteil der andern ergehen darf, bevor diese sich nicht hiezu vernehmen lassen konnte (2 II A 1 b), wird in einem neuesten Entscheid für das summarische Verfahren außer Kraft gesetzt. In einem Eheschutzverfahren hatte der zweitinstanzliche kantonale Richter gestützt auf zwei von der Ehefrau eingereichte Arztzeugnisse das Getrenntleben angeordnet, ohne dem Ehemann vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Bundesgericht schützte dieses Vorgehen; der Richter brauche im summarischen Verfahren, wo bloße Glaubhaftmachung genüge, die Parteien nicht zur Feststellung des Sachverhaltes beizuziehen, wenn dies aus irgendeinem Grunde nicht tunlich sei, so etwa in dringenden Fällen, wenn sich der Richter rasch über den Sachverhalt orientieren könne; das Vorliegen zweier übereinstimmender ärztlicher Zeugnisse mache aber den schlechten Gesundheitszustand der Ehefrau glaubhaft, weshalb dem Ehemann von den Beweismitteln keine Kenntnis habe gegeben werden müssen[18].

---

[18] BGE 88 I 201; für den Tatbestand siehe «Die Praxis des Bundesgerichts» 1963 (52) S. 73.

b) Im Strafrecht führt das vorsätzliche Verbrechen oder Vergehen eines bedingt Verurteilten während der Probezeit zu einem neuen Verfahren auf Widerruf des bedingten Strafvollzuges. Der Widerruf ist, sofern es sich nicht um einen besonders leichten Fall handelt, gesetzlich vorgeschrieben[19]. Deshalb erlauben einzelne kantonale Strafprozeßordnungen dem Richter, in solchen Fällen von der Anhörung des Verurteilten abzusehen[20]. Es handelt sich jedoch auch in diesem Falle um ein strafprozessuales Verfahren. Sein Ergebnis hat sogar Urteilscharakter. Nach den vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätzen müßte daher ein Anspruch auf rechtliches Gehör bejaht werden. Dennoch steht das Bundesgericht, unter der Voraussetzung, daß kein besonders leichter Rückfall vorliegt, dem Gedanken an einen Verzicht auf Anhörung mit offensichtlichem Wohlwollen gegenüber[21].

c) Das Recht der Beteiligten, sich auch vor oberer Instanz vernehmen zu lassen, bevor diese einen Entscheid zu ihren Ungunsten abändert (2 II A 1b), wird noch in anderer Hinsicht eingeschränkt. In BGE 65 I 3 nimmt das Bundesgericht unter Hinweis auf zahlreiche nichtveröffentlichte Urteile jene Entscheide von besagtem Grundsatz aus, die nicht rechtskräftig werden. Die richterliche Einstellung einer Strafuntersuchung könne daher in oberer Instanz ohne Anhörung des Angeschuldigten zu dessen Ungunsten geändert werden, wenn auch die Wiederaufnahme der Strafverfolgung möglich gewesen wäre.

2. Auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden sind Entscheide feststellbar, die von den anderweitig entwickelten allgemeinen Gedanken abweichen.

a) Wo die bundesgerichtliche Rechtsprechung das rechtliche Gehör der Sache nach zugesteht (oben I 2a), gewährt sie

---

[19] Art. 41 Ziff. 3 StGB.
[20] Z.B. BS StPO § 287 Abs. 3.
[21] BGE 85 I 203 und BGr. in SJZ 1963 (59) S. 87.

den Anspruch in gleichem Maße wie im gerichtlichen Verfahren. Das rechtliche Gehör gilt in diesen Fällen absolut oder unbedingt[22]. Dies hat zur Folge, daß in keinem Falle, also auch nicht unter dem Vorbehalt nachträglicher Wiedererwägung, ein Entscheid ergehen darf, ohne daß die dadurch beschwerte Partei vorher angehört worden wäre[23].

Demgegenüber stellen verschiedene Entscheide des Bundesgerichtes fest, Art. 4 BV garantiere nur die Möglichkeit einer Äußerung, bevor ein endgültiger Entscheid ergehe, der durch kein, die vollumfängliche Überprüfung gewährendes Rechtsmittel mehr angefochten werden könne[24]. Diese Einschränkung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs wird in einem Übertretungsstrafverfahren sowie bei Behandlung zweier Disziplinarverfahren (gegen Beamte und Schüler) vertreten; in einem Bereiche also, der gleichzeitig als der Strafrechtspflege zugehörig bezeichnet wird und für den somit grundsätzlich auch vor den Verwaltungsbehörden ein unbedingter Anspruch auf rechtliches Gehör besteht.

Diese Einschränkung des rechtlichen Gehörs im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden führt überdies zu einem Konflikt mit der in BGE 74 I 249 begründeten und seither bestätigten[25] Kategorie eines «relativen» Gehöranspruchs. Er soll dort ergänzend Platz greifen, wo nicht schon im Hinblick auf die zum Entscheid stehende Sache ein absoluter Anspruch besteht. Relativ ist er deshalb, weil nicht vor jedem beschwerenden Entscheid ein Recht auf Anhörung gewährt wird, sondern nur dann, wenn der Entscheid nicht dringlich ist und überdies auch von der entscheidenden Behörde nicht uneingeschränkt in Wiedererwägung gezogen

---

[22] BGE 46 I 327.

[23] BGE 74 I 247 E. 3; M. Imboden in Staatsbg. Ziff. 32a. Die in BGE 39 I 107 geäußerte, gegenteilige Ansicht wurde in BGE 64 I 149 ausdrücklich widerrufen.

[24] BGE 46 I 327, 76 I 180, 87 I 340, BGr. in ZBl 1963 (64) S. 490 Ziff. 5.

[25] Vgl. oben Anm. 17.

werden kann. Dieser letztere Vorbehalt steht indessen völlig kontaktlos neben der soeben erwähnten Beschränkung des rechtlichen Gehörs auf die nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel weiterziehbaren Entscheide. Es ist schwer zu verstehen, weshalb der Gehöranspruch das einemal vom Weiterzug an eine obere Instanz, das anderemal jedoch von der Wiedererwägung durch die entscheidende Behörde abhängen soll.

b) So wenig konsequent im Strafprozeß ein einschränkender Vorbehalt beim Widerruf des bedingten Strafvollzuges erscheint (vorne 1 b), so unberechtigt sind Ausnahmen vom rechtlichen Gehör im administrativen Disziplinarverfahren, das in der Praxis dem Strafverfahren gleichgestellt wird. BGE 76 I 180 gestattet jedoch unter Bezugnahme auf zwei nicht veröffentlichte bundesgerichtliche Entscheide, bei besondern Verhältnissen von der Anhörung eines Beamten abzusehen, dem die disziplinarische Entlassung droht. Als besondere Verhältnisse werden die Anerkennung der Verfehlungen vor Einleitung des Disziplinarverfahrens oder deren rechtskräftige Feststellung in einem Strafurteil erwähnt. Auf diese Weise geht der Betroffene seines Rechtes verlustig, zu seinen Verfehlungen unter der konkreten Drohung der Entlassung Stellung zu nehmen.

III. Der Anwendungsbereich des Gehöranspruchs; Grundsatz und Schranken

1. Die Ungereimtheiten einer weitgehend auf den Einzelfall ausgerichteten Praxis ruft einer grundsätzlichen Orientierung. Diese kann sich mit Blick auf das gerichtliche Verfahren damit begnügen, den Anspruch – dem Bundesgericht folgend – als solchen zu bejahen. Für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden sind Versuche, den Anwendungsbereich des Gehöranspruchs allgemein zu umschreiben, vor allem nach dem Entscheid BGE 74 I 247 verschiedentlich unternommen worden.

So spricht sich A. PFENNINGER[26] grundsätzlich für vollumfängliche Anwendung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auch in Verwaltungssachen aus. Vorbehalte macht er hinsichtlich der Notwendigkeit, dringlich oder diskret zu handeln. Auch lasse die Möglichkeit der Wiedererwägung und die Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse von amteswegen eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren erträglich erscheinen. Maßgeblich sei schließlich eine Interessenabwägung, die sich nach der Verantwortbarkeit und dem Rechtsbewußtsein zu richten habe.

Eine klarere Umschreibung des Anwendungsbereiches des rechtlichen Gehörs versucht, wiederum mit Bezug auf das Verwaltungsverfahren, K. HARTMANN[27]. Mit den Grundsätzen der Rationalisierung des Verwaltungsbetriebes und der Rechtsstaatlichkeit gleichermaßen vereinbar betrachtet er eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs im erstinstanzlichen Verfahren auf jene Fälle, die nicht in einem ordentlichen Rekursverfahren oder Verwaltungsgerichtsverfahren überprüft werden können. Dagegen lehnt er einen Verzicht auf Anhörung im Hinblick auf die Möglichkeit einer Wiedererwägung angesichts der Unbestimmtheit dieses Rechtsmittels ab. Darüber hinaus soll seiner Ansicht nach die erstinstanzliche Anhörung gewährleistet werden, wenn einschneidende Eingriffe in die persönliche Freiheit oder in die höchstpersönliche Rechtssphäre zu prüfen sind. Dieser Lösung stimmt H. NÄGELI[28] zu, ebenfalls in der Meinung, daß die Möglichkeit der Wiedererwägung eines Verwaltungsentscheides mindestens in zivil- und strafrechtlichen An-

---

[26] A. PFENNINGER, Zum Anspruch auf rechtliches Gehör in Verwaltungssachen, in ZBl 1950 (51) S. 473 ff.

[27] K. HARTMANN, Der verfassungsmäßige Anspruch auf rechtliches Gehör als Mindestgarantie des Bürgers im kantonalen Verwaltungsverfahren, in SJZ 1951 (47) S. 50 ff.; ähnlich P. REICHLIN in ZBl 1952 (53) S. 512.

[28] H. NÄGELI, Das rechtliche Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren, in ZBl 1954 (55) S. 113 ff. und 145 ff.

gelegenheiten, sowie bei schwerwiegenden Eingriffen in die persönliche Rechtssphäre die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht ausschließen solle. Weitergehend postuliert H. R. SCHWARZENBACH[29] das rechtliche Gehör für alle Verwaltungsverfahren, sofern nicht Gefahr im Anzug sei.

O. BOSSHARDT[30] hält dafür, daß das rechtliche Gehör sowohl hinsichtlich seines Inhaltes wie auch bezüglich der Anwendung auf die verschiedenen Stufen des Verfahrens sich nach der Eigenart des Verwaltungsverfahrens bzw. des betreffenden Verwaltungszweiges richten müsse. Dabei seien menschliche Rücksichtnahme und die Pflicht, die Verwaltungsaufgaben rasch und gut zu lösen, miteinander in Einklang zu bringen.

GIACOMETTI[31] betont die Bedeutung des rechtlichen Gehörs als wichtige Garantie der Sachgemäßheit und damit der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte, ohne die die Möglichkeit fehlerhafter Verwaltungsakte größer werde. Die entscheidende Behörde habe daher die Beteiligten vor Erlaß eines Verwaltungsaktes anzuhören, wenn dieser es seinem Wesen nach zulasse und kein Notstand vorliege. Das Legalitätsprinzip könne sich nur dann ganz auswirken, wenn das Gebot des rechtlichen Gehörs nicht erst bei der Wiedererwägung und im Rechtsmittelverfahren, sondern schon beim Erlaß des erstinstanzlichen Verwaltungsaktes zur Anwendung komme. Das Gegenteil lasse sich rechtsstaatlich nicht begründen und widerspreche daher dem Willkürverbot. Das öffentliche Interesse an der Nichtverzögerung der Verwaltungstätigkeit könne im Rechtsstaate prinzipiell nicht schutzwürdiger sein als die Sicherstellung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung.

2. Die genannten Stimmen begründen und umschreiben zwar den Anwendungsbereich des rechtlichen Gehörs vor den

---

[29] H. R. SCHWARZENBACH, Grundriß des allgemeinen Verwaltungsrechts S. 36.

[30] O. BOSSHARDT, Erste Ergebnisse der zürcherischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in ZBl 1963 (64) S. 254/5.

[31] Z. GIACOMETTI, Verw.R. S. 378 und 383.

Verwaltungsbehörden unterschiedlich. Übereinstimmung besteht indessen darin, daß der von der bundesgerichtlichen Praxis während Jahrzehnten hochgehaltene Grundsatz, den Gehöranspruch im Verwaltungsverfahren zu verneinen und ihn nur in einzelnen, besondern Fällen analog dem gerichtlichen Verfahren zu gewähren, überholt ist.

a) Im Hintergrund dieser Erkenntnis steht offenbar die in den letzten Jahrzehnten eingetretene Verschiebung der praktischen Bedeutung zwischen gerichtlichem und administrativem Verfahren. Früher war der Bereich verwaltungsbehördlichen Handelns gering und seine Bedeutung bescheiden. Das Fehlen eines Gehöranspruchs im Verwaltungsverfahren wurde deshalb nicht als Mangel empfunden. Die sog. klassische Verwaltungstätigkeit, verstanden als Begründung von Rechtsverhältnissen zwischen Staat und Bürger durch das Erteilen von Befehlen, Erlaubnissen und Konzessionen, ist jedoch seither stark ausgeweitet worden. Hinzugekommen sind die Funktionen der Verwaltung im Rahmen des Wohlfahrtstaates und der öffentlichen Dienste, so etwa wirtschaftliche Leistungen der öffentlichen Hand, das Unterrichtswesen und die Gesundheitspflege.

Mit dieser Entwicklung nach der materiellen Seite hin verbunden war der Ausbau des Verwaltungsapparates. Wenn auch zögernd und wenig grundsätzlich ist gleichzeitig ein Rechtszug innerhalb der Verwaltung entwickelt und das Verfahren geordnet worden. Das Verwaltungsverfahren erweist sich freilich, verglichen mit dem Gerichtsverfahren, immer noch als in den Einzelheiten wenig geregelt. Es leidet zudem unter einer, durch die relativ selbständige Entwicklung der Sachgebiete verursachten starken Zersplitterung. Dennoch präsentiert es sich heute als ein Instrument, das als Objekt für eine Orientierung des Gehöranspruchs nach der grundsätzlichen Seite hin tauglich erscheint.

b) Die Frage, ob der Gehöranspruch im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden zu bejahen sei, vermögen indessen die genannten Faktoren nicht zu entscheiden. Maßgeb-

lich ist hiefür allein, daß die Grundlage des Gehöranspruchs, die Wahrung menschlicher Würde, auch die Gewährleistung des Anspruchs im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden erheischt. Die Subjekteigenschaft gebührt dem Einzelnen hier wie im gerichtlichen Verfahren. Ob ihm eine Beschwer durch ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde droht, ändert nichts.

Unter dem Gesichtspunkt der Wahrung menschlicher Würde belanglos ist auch das vom Bundesgericht früher gegen die Anhörung verwendete Argument der Gewaltunterworfenheit des Einzelnen im Verwaltungsverfahren. Abgesehen davon, daß die Lehre vom Gewaltverhältnis überholt erscheint[32], vermöchte das Unterworfensein des Einzelnen sein Recht auf Wahrung der menschlichen Würde nicht zu schmälern; es müßte, worauf auch BGE 74 I 248 E 4 hinweist, eher zu einer Betonung der Verfahrensgarantien führen.

Damit verliert die mit Bezug auf das rechtliche Gehör lange gehegte Unterscheidung zwischen dem Verfahren vor den Gerichten und demjenigen vor den Verwaltungsbehörden ihre Berechtigung. Beide werden grundsätzlich vom Gehöranspruch erfaßt.

3. a) Die Bejahung des Gehöranspruchs darf jedoch sowohl für das Verfahren vor den Gerichten wie vor den Verwaltungsbehörden nicht absolut verstanden werden. Öffentliche Interessen und solche Dritter können der Durchsetzung des Rechtes auf Äußerung und Orientierung, wie sie im zweiten Kapitel umschrieben worden sind, entgegenstehen. Diese Schranken liegen in der Stellung des Gehöranspruchs als Individualrecht begründet. Sie bedingen ein Abwägen der gegensätzlichen Interessen (1 III).

Vorauszuschicken ist, daß eine Beschränkung des Gehöranspruchs sich lediglich auf das Äußerungsrecht und das damit verbundene Recht auf Orientierung beziehen kann,

---

[32] Z. GIACOMETTI, Verw.R. S. 270.

nicht aber auf die Prüfungspflicht. Diese richtet sich umfänglich nach den Äußerungen des Berechtigten; eine Prüfungspflicht, welche das zuständigerweise Vorgetragene nicht berücksichtigen würde, ist undenkbar.

b) Die Interessenabwägung kann nur ausnahmsweise zu einem völligen Ausschluß des rechtlichen Gehörs führen. Stehen andere Interessen seiner Durchsetzung entgegen, so soll es wenigstens im Rahmen des Möglichen verwirklicht werden. Es geht nicht an, den Gehöranspruch auch insoweit auszuschließen, als ihn nicht höhere Interessen verdrängen.

Die Möglichkeit einer derartigen, beschränkten Zulassung sind vor allem im Hinblick auf das Äußerungsrecht zahlreich. So kann das Recht auf wenige oder eine einzige Gelegenheit zur Stellungnahme reduziert sein. War die Anhörung vor erster Instanz ausgeschlossen, so erweist sich doch regelmäßig eine Äußerung im Rechtsmittelverfahren als angängig. Allenfalls ist die Darlegung des Parteistandpunktes wenigstens vor dem Vollzug einer behördlichen Anordnung noch statthaft. In gleicher Weise wie das Äußerungsrecht kann auch das Akteneinsichtsrecht seinem Umfange nach und hinsichtlich des Zeitpunktes der Ausübung beschränkt werden (unten IV 4).

c) Das im Einzelfall richtige Maß zu ermitteln, erfordert das Bewerten zahlreicher Faktoren rechtsethischer Natur. Einerseits ist die Bedeutung der Interessen zu ermitteln, die dem Gehöranspruch entgegenstehen. Anderseits stellt sich auch das Bedürfnis nach Anhörung in durchaus unterschiedlicher Intensität. Diese Interessenabwägung läßt sich wohl programmatisch festlegen [33], entzieht sich jedoch einer ins einzelne gehenden Normierung. Es liegt daher bei den oberen rechtsanwendenden Behörden und besonders beim

---

[33] Z.B. BL OG § 54 Abs. 1: «Wenn es erforderlich ist und wo das öffentliche Interesse es zuläßt, sind vor Erlaß eines Verwaltungsaktes die Beteiligten anzuhören, oder es ist ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.»

Bundesgericht, den Anwendungsbereich des rechtlichen Gehörs zu umschreiben.

Dieser Umstand leistet freilich der Rechtsunsicherheit Vorschub. Weder dem rechtsuchenden Einzelnen noch den zahlreichen unteren Instanzen ist mit dem Hinweis geholfen, Differenzen über die Anwendung rechtlichen Gehörs müßten auf dem Rechtsmittelwege, letztlich im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren ausgetragen werden. Im gerichtlichen Verfahren sind zwar die Hindernisse, welche sich der vollumfänglichen Gewährung des dort im Rahmen der Parteirechte gesetzlich geordneten rechtlichen Gehörs entgegenstellen, weniger zahlreich. Die notwendigen Ausnahmen stoßen überdies bei den betroffenen Parteien auch regelmäßig auf einiges Verständnis. Dagegen sind im Verwaltungsverfahren Meinungsverschiedenheiten über die Gewichtung der verschiedenen Interessen verhältnismäßig häufig, und zwar nicht nur zwischen dem Einzelnen und den Behörden, sondern auch innerhalb der verschiedenen Stufen der Verwaltungsorgane.

Es sei daher versucht, einige allgemeine Gesichtspunkte für die Interessenabwägung herauszuarbeiten. Dazu soll eine Darstellung jener Faktoren dienen, welche dem rechtlichen Gehör zuwiderlaufen (IV). Alsdann gilt es, jenen Umständen nachzugehen, welche die Intensität des Gehöranspruchs bestimmen (V). Schließlich soll das Ergebnis dieser Erwägungen für verschiedene Stufen der Rechtsanwendung verwertet werden (VI).

IV. Dem Gehöranspruch entgegenstehende Interessen

1. Das Postulat der Verwirklichung des objektiven Rechtes fordert eine sachgemäße Erledigung. Es macht insbesondere dort eine Ausnahme vom Grundsatz rechtlichen Gehörs nötig, wo eine Äußerung der Betroffenen dem «Wesen des Verwaltungsaktes» nach ausgeschlossen ist[34]. Zu

[34] Z. GIACOMETTI, Verw.R. S. 378.

denken ist vorab an polizeiliche Gebote und Verbote oder an allgemeine richterliche Verbote, die sich an eine bestimmbare große Zahl oder an eine unbestimmte Vielzahl von Personen wenden[35]. In solchen Fällen läßt sich eine Stellungnahme der Betroffenen praktisch kaum verwirklichen.

2. Der Verwirklichung des Äußerungsrechtes im Wege stehen kann die zeitliche Dringlichkeit eines Entscheides.

Diesen Vorbehalt bringt auch BGE 74 I 248 E 4 hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens an. Er kann sich rechtfertigen, wenn ein mit stark ansteckender Krankheit Behafteter sich der Spitalbehandlung entzieht; die Umstände können dazu zwingen, ihn ohne vorgängige Anhörung in eine Krankenanstalt einzuweisen, wenn der Zweck der Maßnahme, die Ansteckung Dritter zu verhüten, erfüllt werden soll[36]. Zeitliche Dringlichkeit kann auch dazu berechtigen, bei Feuerausbrüchen, Wassernot und dergleichen in die Besitzes- oder Eigentumsrechte Einzelner einzugreifen, ohne sie vorher zu hören[37].

Der Vorbehalt der Dringlichkeit hat seine Berechtigung jedoch auch im Verfahren vor den Gerichten. In Einzelfällen muß, soll die Anordnung nicht ihren Sinn verlieren, eine vorsorgliche Maßnahme oder ein richterlicher Befehl zur Handhabung klaren Rechtes oder zum Schutze des Besitzes erlassen werden, bevor der dadurch Belastete Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten hat[38]. Eine dringliche Maßnahme

---

[35] Polizeiliche Befehle zur Auflösung einer Versammlung, Regelung des Straßenverkehrs durch die Polizeiorgane oder Signalanlagen; allgemeine polizeiliche oder richterliche Verbote, ein Grundstück zu betreten, an einem bestimmten Ort Schutt abzulagern usw.

[36] Vgl. R. Levi, Bemerkungen zum Rechtsschutz des Privaten im Verwaltungsverfahren, in «Rechtsprobleme der Stadtgemeinden», Festgabe für den Schweiz. Juristenverein 1961, S. 229.

[37] Vgl. ZH Abtretungsgesetz § 4; ZH Einführungsgesetz zum ZGB § 227.

[38] M. Guldener, Ziv.proz. S. 150 und 388. Vgl. ZH ZPO § 296, Urheberrechtsgesetz Art. 53 Ziff. 2, BG über den unlauteren Wettbewerb Art. 9 Abs. 3. Für das deutsche Gerichtsverfahren: Maunz-

besonderer Art, die ebenfalls auf einseitiges Begehren hin erlassen wird, ist die Verarrestierung von Vermögensgegenständen[39].

Eine, das Äußerungsrecht völlig ausschließende, zeitliche Dringlichkeit darf indessen nicht leichthin angenommen werden[40]. Erträgt der Entscheid eine geringfügige zeitliche Verzögerung, so ist den Berechtigten Gelegenheit zu geben, innert kurzer Frist oder unter Beschränkung auf eine einzige Eingabe Stellung zu nehmen. Erweist sich eine vorsorgliche oder einstweilige Maßnahme als unaufschiebbar, dann steht wenigstens der nachherigen ordentlichen Anhörung vor dem Entscheid nichts entgegen[41].

Mißbräuchlich ist es, wenn sich die Bequemlichkeit der Behörde oder die Scheu vor den Kosten hinter der geltend gemachten Dringlichkeit versteckt. Die Mühe, welche es bereitet, eine nebenamtliche Behörde oder einzelne ihrer Mitglieder (2 II D) zur Anhörung einer Partei kurzfristig zusammenzurufen, darf nicht dazu führen, von der Anhörung abzusehen. Desgleichen berechtigt ein erheblicher Aufwand der Behörde an Zeit und Kosten, wie er für die Anhörung eines Berechtigten außerhalb des Amtssitzes erforderlich werden kann, nicht dazu, dessen Äußerungsrecht zu beschneiden.

So verstanden erscheinen die vormundschaftlichen und versorgungsgesetzlichen Einweisungen in Anstalten regelmäßig nicht als dringlich. Sie müssen zwar sofort vollzogen werden, wenn ein liederlicher Arbeitsscheuer ohne Unterkunft ist oder wenn ein Trinker akut an den Folgen seines Alkoholmißbrauchs leidet. In diesen Fällen ist aber der Betroffene meist für eine Anhörung durch die Behörde oder

---

Dürig, Kom. GG Art. 103 N. 44 und 46, und Th. Keidel, Kom. FGG § 12 N. 75.

[39] SchKG Art. 272.

[40] BGE 74 I 249 E. 5 und 87 I 155 für das Expropriationsverfahren. Nicht ausgewiesen erscheint die zeitliche Dringlichkeit in «Die Praxis des Bundesgerichts» 1963 (52) S. 73.

[41] BGE 88 I 13.

deren Abordnung verfügbar, sei es, daß er als Störer der öffentlichen Ordnung inhaftiert ist oder im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zugeführt und gleichzeitig angehört werden kann.

3. Auch dann, wenn Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Rechts vom Äußerungsberechtigten durchkreuzt würde, muß davon abgesehen werden, ihm vorgängig des Entscheides eine Stellungnahme zu ermöglichen.

Unter diesem Gesichtspunkt erhalten die gesetzlichen Bestimmungen des Bundes und der Kantone über die strafrechtliche Verhaftung, die keine vorherige Stellungnahme vorsehen, vor Art. 4 BV ihre Berechtigung. Eine vorherige Äußerung des Beschuldigten würde seine Orientierung darüber nötig machen, daß gegen ihn ein Strafverfahren anhängig ist. Diese Mitteilung könnte ihn zur Flucht oder zur Verdunkelung des Tatbestandes veranlassen. Damit wäre die Ermittlung der objektiven Wahrheit in der Strafuntersuchung erschwert oder gar verunmöglicht[42]. Gleiches gilt mit Bezug auf das Akteneinsichtsrecht dort, wo der Angeschuldigte die Kenntnis des Akteninhaltes während der Untersuchung zum Beseitigen von Verbrechensspuren oder zur Beeinflussung von Zeugen benützen könnte. Um dies zu verhindern, beschränkt das Prozeßrecht die Akteneinsicht während laufendem Untersuchungsverfahren sowohl im strafrechtlichen[43] wie im verwaltungsrechtlichen Sektor[44].

Auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens geht beispielsweise das Enteignungsrecht darauf aus, durch überraschende Anordnung des Enteignungsbannes bzw. einer Verfügungsbeschränkung rechtliche und tatsächliche Verfügungen des Eigentümers, welche die Expropriation er-

---

[42] Regelmäßig muß der Verhaftete jedoch nach gesetzlicher Vorschrift unverzüglich (am nächstfolgenden Werktag, innert 24 Stunden usw.) zur Frage der Verhaftung angehört werden.

[43] Bund StPO Art. 116, BE StPO Art. 95 und 96, ZH StPO § 17, SG StPO Art. 60 Abs. 1; BGE 53 I 23 E. 3a.

[44] ZH VRG § 9 Abs. 1, BE VRG Art. 37 Abs. 2; BGE 53 I 113 bez. administrative Versorgungen.

schweren könnten, zu verhindern[45]. Während sonst die Gefahr, daß der Betroffene Abwehrmaßnahmen treffe, regelmäßig anhand der konkreten Umstände behördlich zu erwägen ist, wird in diesem Falle vorausgesetzt, daß sie generell mit der Bekanntmachung des Enteignungsverfahrens verbunden sei.

4. Der Verwirklichung des objektiven Rechts in einem weitern Sinne dient auch eine über die Sicherung des Untersuchungszweckes (oben 3) hinausgehende Geheimhaltung der Akten. Die Rechtsprechung und, ihr folgend, die Gesetzgebung haben vereinzelt im Zivilprozeß[46], vor allem aber im Verwaltungsverfahren[47] ein qualifiziertes öffentliches und das besonders schutzwürdige private Interesse als Schranke des Akteneinsichtsrechts anerkannt[48].

Das private Interesse kann das Einsichtsrecht ausschließen, wenn die persönliche oder wirtschaftliche Geheimsphäre eines Dritten tangiert wird[49]. Gleiches gilt für das Vorenthalten vormundschaftlicher Akten gegenüber Dritten im Interesse des Mündels oder des Schutzbefohlenen, in deren

---

[45] BG über die Enteignung, Art. 42, 43.

[46] Bund ZPO Art. 38, BG betr. Erfindungspatente Art. 68. Für die kantonalen Rechte: M. GULDENER, Ziv.proz. S. 152 Anm. 13. Für das deutsche Gerichtsverfahren: TH. KEIDEL, Kom. FGG § 12 N. 72.

[47] ZH VRG § 9, BE VRG § 37, SG OG Art. 193 und Entw. VRG Art. 15, SZ VRG § 51, BL VRG § 15 und OG § 54, SO VVO Gem. Ges. § 71 und VO VGr. § 10 Ziff. 3; BGE 53 I 113, 83 I 155 E. 5; VEB 1959/60 Nr. 25 mit Verweisungen; ZH Justizdirektion in ZVW 1950 (5) S. 142; vgl. BL RR in ZBl 1959 (60) S. 58; Österr. AVG § 17.

[48] Nach IMBODEN, ZSR 1947 (66) S. 87a, wird in der Verwaltungspraxis das Geheimhaltungsinteresse allzusehr vorangestellt. Er postuliert die Nichtberücksichtigung von Geheimakten im Verwaltungsverfahren in SJZ 1957 S. 52 und in Staatsbg. Ziff. 33. Ähnlich H. ZWAHLEN in ZSR 1947 (66) S. 156a. Über die daraus entstehenden Schwierigkeiten für die Ermittlung der materiellen Wahrheit: R. KEHL in ZBl. 1963 (64) S. 520ff.

[49] VEB 1946/7 Nr. 22; ZH Obergericht in SJZ 1964 (60) S. 88.

Geheimsphäre einzudringen die vormundschaftlichen Organe genötigt sind[50]. Von einem überwiegenden privaten Interesse ist auch dann die Rede, wenn der Name einer Person, die Anzeige erstattet hat, geheimgehalten wird. Ihr sollen so Ehrverletzungsklagen und andere wirtschaftliche oder persönliche Nachteile (Belästigungen) erspart bleiben[51]. Zu ihrem eigenen Schutze, zur Vermeidung seelischen Schadens kann schließlich einer Person die Einsichtnahme in ein sie selbst betreffendes ärztliches Gutachten verweigert werden[52].

In den drei letztgenannten Fällen treffen sich private und öffentliche Interessen. Die Verwaltung, welche einem von ihr zu Betreuenden eine schlechte ärztliche Prognose zu seinem Schaden bekanntgibt, würde ihrer öffentlichen – fürsorgerischen oder vormundschaftlichen – Aufgabe nur schlecht gerecht. Sie könnte ihren Pflichten aber auch kaum genügen, wenn der von ihr vormundschaftlich zu Betreuende mit der Bekanntgabe seiner privaten Angelegenheiten an Dritte rechnen müßte. Gleiches gilt für das Verschweigen des Anzeigeerstatters. Die staatlichen Organe sind, vor allem auf dem weiten Gebiete der Fürsorge und der Verwaltungspolizei, auf die Hinweise Dritter über Mißstände angewiesen. Diese wenig sympathische, aber notwendige Informationsquelle würde versiegen, wenn die Anzeigeerstatter mit der Bekanntgabe ihrer Namen rechnen müßten[53].

Spricht die Interessenabwägung im Einzelfalle gegen eine Akteneinsicht, so schließt sie diese doch nur insoweit aus, als zur Wahrung der Geheimhaltungsinteressen notwendig ist. Nur das Aktenstück, welches den von der Einsicht ausgeschlossenen Inhalt aufweist, darf einem an sich Einsichts-

---

[50] BGE 80 I 5 (mit Verweisungen), 83 I 158.

[51] ZH RR GB 1938 Nr. 15; BS RR in ZBl. 1929 (30) S. 163; Imboden, V.rechtspr. Bem. zu Nr. 63. Vgl. VD, Loi 5. Febr. 1941 sur l'internement des alcooliques, Art. 13 Abs. 3.

[52] LU Gemeindedep. in ZVW 1959 (14) S. 148; SG StPO Art. 60 Abs. 2.

[53] BS RR in ZBl. 1952 (53) S. 366, AG RR in ZBl 1958 (59) S. 201; vgl. R. Kehl, ZBl 1963 (64) S. 520 ff.

berechtigten entzogen werden. Soweit es sich nur um einzelne Stellen eines Aktenstückes handelt, die der Einsicht entzogen werden müssen, ist der übrige Inhalt dem Berechtigten in geeigneter Form zugänglich zu machen[54]. Dies kann beispielsweise durch Verdecken der geheimzuhaltenden Stellen eines Schriftstückes, einer Aufnahme oder eines Plans geschehen. Der wesentliche Inhalt eines Aktenstückes läßt sich auch in einer Form wiedergeben, die dem Geheimhaltungsinteresse genügt[55].

Eigenartig ist die vereinzelt bestehende Ordnung, Anwälten Einsicht in die geheimzuhaltenden Akten zu gestatten und sie zu verpflichten, ihre Klienten nicht zu orientieren und allfällige Anzeigeerstatter ungeschoren zu lassen[56]. Ob diese Lösung mit der Treuepflicht des Anwaltes aus dem Mandatsverhältnis zwischen ihm und seinem Klienten vereinbar ist, braucht hier nicht erörtert zu werden.

5. Neben diesen weitgehend anerkannten Grenzen des rechtlichen Gehörs steht dessen Beschränkung zugunsten einer beförderlichen Erledigung des betreffenden Verfahrens. Sie entspricht einem verfassungsmäßigen Recht des Einzelnen, dasjede Rechtsverzögerung verbietet (2 IV 2). Daneben liegt es im öffentlichen Interesse, daß vorab die Straf- und Verwaltungsverfahren nicht allzulange dauern. Es bedarf deshalb auch zwischen dem Postulat der beförderlichen Behandlung und dem Gehöranspruch einer Interessenabwägung. Dabei entspricht es der «relativen» Natur des besagten Postulates, daß es das Äußerungsrecht nicht auszuschließen, sondern lediglich umfänglich zu beschränken vermag.

---

[54] ZH VRG § 9 Abs. 2, BE VRG Art. 37 Abs. 4, SO VVO Gem. Ges. § 71; ZH Oberrekurskommission GB 1949 Nr. 55; M. Imboden, in ZSR 1947 (66) S. 89a.

[55] ZH VRG § 9 Abs. 2 u. BE VRG Art. 37 Abs. 4 sehen die Erstellung eines Protokolls über das Vorgehen bei der Einsichtnahme vor.

[56] BS Gesetz über die Vormundschaftsbehörde und den behördlichen Jugendschutz vom 13. April 1944, § 38 Abs. 2 (Versorgungsverfahren vor dem Jugendrat), dazu BS RR in ZBl 1952 (53) S. 366 und in ZBl 1950 (51) S. 143; SG StPO Art. 60 Abs. 2.

Das grundsätzliche Recht einer Partei, zu jeder Ergänzung des aktenmäßigen Sachverhaltes in sämtlichen Instanzen Stellung zu nehmen (2 II B 1), schafft die Gefahr unabsehbarer Weiterungen des Verfahrens. Ihnen begegnet der Zivilprozeß mit der Eventualmaxime und der zeitlichen Beschränkung des Novenrechtes im Rechtsmittelverfahren. Das Vorbringen neuer Behauptungen und die Bezeichnung neuer Beweismittel wird auf das erstinstanzliche und auf bestimmte Rechtsmittelverfahren verwiesen. Auch vor derselben Instanz sind Noven häufig nur im ersten Stadium des Prozesses, dem Hauptverfahren oder sogar lediglich im Rahmen der ersten Parteiäußerung zulässig. Muß sich aber die eine Partei von einem bestimmten Zeitpunkt an mit Bestreitungen begnügen, so erlischt das Bedürfnis der andern Seite an weiteren Ausführungen von selbst. Diese, der Ausübung des Äußerungsrechtes im Interesse einer beförderlichen Erledigung des Verfahrens gesetzte formelle Schranke erscheint vor Art. 4 BV unbedenklich. Den Beteiligten bleibt die Möglichkeit gewahrt, alle ihre Behauptungen, Bestreitungen und Beweisanerbieten im Verfahren anzubringen. Daß sie von einem bestimmten Zeitpunkt an damit ausgeschlossen sind, mag der Richtigkeit des Entscheides Abbruch tun, berührt aber das Äußerungsrecht als solches nicht[57].

Einer formellen Schranke bei der Ausübung des Äußerungsrechtes entbehren jene Verfahren, bei denen der Sachverhalt von amteswegen abzuklären ist, für welche mit andern Worten die Offizialmaxime gilt. Bis zum Erlaß des Entscheides ist grundsätzlich auf jedes Argument einzutreten, das für die Beurteilung wesentlich erscheint, gleichgültig ob

---

[57] BGE 87 I 506 steht dem nicht entgegen: Das Appellationsgericht BS hatte in einem Verfahren auf Anfechtung der Ehelichkeit einen Beweisantrag auf Durchführung einer neu anerkannten Blutgruppenuntersuchung als verspätet zurückgewiesen. Das BGr. hob diesen Entscheid auf, aber offenbar nicht deshalb, weil es die kant. Verfahrensnormen als gehörsverweigernd betrachtete, sondern weil die betr. Partei schon vor erster Instanz allgemein die Untersuchung des Blutes nach allen bekannten Methoden beantragt hatte.

es von einer Partei vorgebracht wird oder von dritter Seite stammt. Dies führt zu einer nicht beschränkbaren Zahl von Äußerungen der Beteiligten, welche im Streitverfahren ihrerseits wieder der Anhörung der Gegenseite rufen. Auch die Offizialmaxime darf jedoch der beförderlichen Erledigung des Verfahrens nicht entgegenstehen. Die Pflicht, die materielle Wahrheit zu suchen, ist nicht absolut zu verstehen[58]. Es bleibt eine Frage des Maßes, in welchem Zeitpunkt das staatliche Organ den Sachverhalt als ausreichend abgeklärt erachtet und den Entscheid fällt. Im Verwaltungsstreitverfahren setzen in der Regel Vorschriften über die Zahl der Rechtsschriften dem Äußerungsrecht eine Grenze.

6. Wenig beliebt, ja fast anrüchig ist die Forderung, den Anspruch auf rechtliches Gehör im Interesse einer allgemein speditiv und ökonomisch arbeitenden Verwaltung zu beschränken.

a) Giacometti stellt in diesem Sinne fest, daß das öffentliche Interesse an der Nichtverzögerung der Verwaltungstätigkeit im Rechtsstaate prinzipiell nicht schutzwürdiger sein könne als die Sicherstellung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung durch das Mittel des rechtlichen Gehörs[59]. Es wurde jedoch schon andernorts ausgeführt, daß es nicht Ziel des Gehöranspruchs ist, die Sachgemäßheit und die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns zu garantieren (1 I 3b). Die Gegenüberstellung von Legalitätsprinzip und Verwaltungsökonomie geht darum hier fehl.

b) Aber auch ein auf der Wahrung menschlicher Würde beruhender Gehöranspruch schließt die Rücksichtnahme auf die Belange der Verwaltungsökonomie nicht von vorneherein aus. Die grundsätzlich mögliche Interessenabwägung (oben

---

[58] ZH VGr. in ZR 1961 (60) Nr. 117; GR VVV Art. 24 Abs. 2 ermöglicht es, von amtlichen Erhebungen abzusehen, wenn die Parteien die ihnen obliegende und zumutbare Beweispflicht nicht erfüllen, ebenso Bund Entw. Imboden Art. 29.

[59] Z. Giacometti, Verw.R. S. 383/4.

III 3 a) spielt in diesem Bereiche ebenfalls. Freilich wiegt das Interesse an einer allgemein speditiv und ökonomisch arbeitenden Verwaltung im Hinblick auf den Gehöranspruch wenig. Es gewinnt aber im Zeichen der Ausdehnung der Verwaltungstätigkeit an Bedeutung.

Die von den Behörden zu erledigenden Gesuche und die von ihnen zu treffenden, den Einzelnen belastenden Maßnahmen häufen sich in beängstigender Weise. Einen wesentlichen Teil machen dabei die Massenverfügungen aus. Man denke etwa an Bewilligungen der Fremdenpolizei und im Ausverkaufswesen, sowie an die Erteilung von Führerausweisen oder auch an das Übertretungsstrafrecht auf dem Gebiete des Straßenverkehrs. Alle diese Geschäfte setzen eine behördliche Prüfung unter Gesichtspunkten voraus, welche mehr oder weniger schematisiert sind. Müßten die Einzelnen vorgängig eines Entscheides, der sie belastet oder doch ihrem Gesuch nicht voll entspricht, angehört werden, so würde dies wenigstens eine schriftliche Mitteilung über den Abschluß des Ermittlungsverfahrens mit Gelegenheit zur Akteneinsicht und zur Stellungnahme bedingen. Alsdann hätte die Behörde den Vorbringen nachzugehen und dem Einzelnen nötigenfalls eine Frist zur Äußerung anzusetzen.

Ein derartiges Verfahren, wie es die lückenlose Gewährung des rechtlichen Gehörs vor erster Instanz erfordern würde, läßt sich auch bei Massenverfügungen zweifellos bewältigen. Sollen die Entscheide und Anordnungen aber innert nützlicher Frist ergehen, so bedürfte es hiefür eines massiven Ausbaues des Verwaltungsapparates[60]; eines Apparates zudem, der bei saisonbedingtem Arbeitsanfall nur zeitweise vollbeschäftigt wäre. Die Ausweitung der Verwaltung in diesem Maße ist jedoch in einem Gemeinwesen, dem

---

[60] Der Mehrbelastung der ersten Instanzen stünde – entgegen der von KARRER in SJZ 1944 (40) S. 369 vertretenen Ansicht – keine wesentliche Entlastung der oberen Behörden gegenüber. Die Massenverfügungen mit ihren verhältnismäßig einfachen Tatbeständen bieten dem Betroffenen auch ohne Anhörung vor erster Instanz wenig Anlaß zum Weiterzug.

eine freiheitliche Staatsidee zugrunde liegt, unerwünscht. Ein überdimensionierter Verwaltungsapparat läuft Gefahr, die gewaltfreie Sphäre des Einzelnen ohne Not zu beschränken. Er wirkt sich auch deshalb als Belastung aus, weil das normale Größenverhältnis der nichtproduktiven Verwaltung zum volkswirtschaftlichen Ganzen gestört wird. Derartigen Nachteilen kommt aber für Existenz und Funktion eines Gemeinwesens ein so erhebliches Gewicht zu, daß sie selbst neben tragenden Prinzipien des Rechtsstaates, zu denen der Gehöranspruch zählt, Beachtung verdienen[61].

V. Die unterschiedliche Intensität des Gehöranspruchs, insbesondere hinsichtlich der Anhörung vor erster Instanz

Ob andere Interessen den Gehöranspruch zu beschränken vermögen, hängt neben ihrem eigenen Gewicht wesentlich von der Intensität des Bedürfnisses nach Anhörung ab. Es kann, wie bei sog. Bagatellanordnungen, ganz entfallen (1 III 2b). Unter andern Umständen erweist es sich zwar als aktuell, aber wenig bedeutsam.

1. In dieser Weise qualifiziert sich der Gehöranspruch, wenn die behördliche Anordnung neu überprüft werden kann. Der Einzelne hat zwar grundsätzlich Anspruch darauf, vorgängig jeglichen Entscheides, der ihn beschwert, angehört zu werden (2 II A 1a). Solange jedoch der Entscheid neu überprüft werden kann, ist die Beschwer in materieller Hinsicht keine endgültige. Sie wirkt sich lediglich in der Weise aus, daß der von einem ungünstigen Entscheid Betroffene sich um die Neuüberprüfung bemühen muß, wenn er sich rechtliches Gehör verschaffen will.

---

[61] So ist wohl auch die Bemerkung in BGE 74 I 248 E. 4 zu verstehen, die Verwaltungstätigkeit dürfe durch das rechtliche Gehör nicht in unerträglicher Weise gehindert oder verzögert werden. Ähnlich O. Bosshardt in ZBl 1963 (64) S. 254/5, der gegenüber dem Gehöranspruch auf das Bedürfnis hinweist, die Verwaltungsaufgaben rasch und gut zu lösen.

a) Der Gedanke, daß die Möglichkeit einer Neuüberprüfung das Bedürfnis vermindere, vorgängig des Entscheides angehört zu werden, kommt in der bundesgerichtlichen Praxis zum rechtlichen Gehör im Verwaltungsverfahren zum Ausdruck. Nach dem grundlegenden Entscheid BGE 74 I 249 bedarf es keiner Anhörung, wenn eine Wiedererwägung möglich ist.

Im Verwaltungsrecht werden zwei Arten der Neuüberprüfung als Wiedererwägung bezeichnet. Ihnen ist gemeinsam, daß sie eine an sich definitive Anordnung zum Gegenstand haben, die durch jene Instanz überprüft wird, welche sie erlassen hat. Die Revision oder das «neue Recht», die eine Form der Wiedererwägung, ist jedoch im Verwaltungsverfahren, gleich wie im gerichtlichen Verfahren, nur bei qualifizierten Mängeln des Entscheides oder bei besondern Vorbringen im Revisionsgesuch zulässig[62]. Demgegenüber ermöglicht im Verwaltungsverfahren die Wiedererwägung von amteswegen, auch als Gegenvorstellung bezeichnet, die uneingeschränkte Neuüberprüfung aller Entscheide, soweit die Rechtssicherheit nicht höher zu werten ist. Auch ohne entsprechende Vorschriften[63] ist sie allgemein zulässig, sofern nicht – ausnahmsweise – einem Verwaltungsentscheid materielle Rechtskraft beigemessen wird[64].

Die bundesgerichtliche Praxis bezieht sich auf die Wiedererwägung von amteswegen. In BGE 74 I 249 nimmt sie zwar auf BGE 70 I 68 Bezug. Dort ist von einem Gesuch die Rede, in dem der Betroffene «neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel anführt», somit von einem Revisionstatbestand. Schon BGE 75 I 226 stellt jedoch das «nouvel examen» dem «Gesuch um neues Recht» gegenüber. Deutlich spricht sodann BGE 87 I 155 unter Verweis auf die genannten Entscheide von Verfügungen, welche die Behörde, auf Gegenvor-

---

[62] BGE 70 I 68.

[63] SG OG Art. 210, Entw. VRG Art. 25; Bund Entw. Imboden Art. 63.

[64] M. Imboden, V.rechtspr. und E., Bem. zu Nr. 30; VEB 1955 Nr. 38 und Nr. 39, 1958 Nr. 76; BGE 63 I 38 E. 2.

stellung des Betroffenen hin, «uneingeschränkt» in Wiedererwägung zieht.

Es geht nun aber kaum an, mit dem Bundesgericht den Gehöranspruch im Hinblick auf eine mögliche Wiedererwägung von amteswegen entfallen zu lassen. Während die Revision dem Gesuchsteller einen Anspruch darauf verleiht, daß sein Gesuch anhand genommen wird, hat er kein prozessuales Recht auf Behandlung seiner Gegenvorstellung. Diese ist daher kein Rechtsmittel, sondern ein bloßer Rechtsbehelf[65]. Sie soll die Behörden an ihre Pflicht erinnern, die öffentlichen Interessen von amteswegen zu wahren. Tun sie dies nach der Ansicht des Betroffenen nicht, so bleibt ihm die Aufsichtsbeschwerde, die wiederum die Aufsichtsbehörde nicht verpflichtet, dem Beschwerdeführer gegenüber tätig zu werden. Vermag aber der Betroffene die Anhandnahme seines Wiedererwägungsgesuches rechtlich nicht durchzusetzen, so läuft er Gefahr, vom rechtlichen Gehör endgültig ausgeschlossen zu sein. Die bloße Möglichkeit einer Wiedererwägung kann daher das Bedürfnis des Betroffenen nach einer Anhörung vorgängig des Entscheides nicht vermindern[66]. Der ratio der bundesgerichtlichen Praxis ist vielmehr erst dann Genüge getan, wenn dem Einzelnen ein Rechtsanspruch auf Neuprüfung zusteht.

Diesen zu verleihen, ist Sache des Verfahrensrechtes; für das Verfahren vor den kantonalen Behörden regelmäßig diejenige des kantonalen Gesetzgebers[67]. Im gerichtlichen wie

---

[65] VEB 1955 Nr. 38, BR in SJZ 1956 (52) S. 26; SG Entw. VRG Art. 25; O. Fehr, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, S. 251; E. Forsthoff, Verw.R. S. 232. BGE 67 I 73 und 77 I 241 E. 2, welche von einer behördlichen Pflicht zur Wiedererwägung sprechen, sind nicht schlüssig, da sie Revisionsgründe anführen.

[66] J.d.S. rügt BGE 87 I 155 die Nichtanhörung eines Enteigneten vorgängig der Besitzeinweisung u.a. deshalb, weil die kant. Behörde nur die Möglichkeit eines Wiedererwägungsgesuches erwähne, einen Rechtsanspruch auf Behandlung dagegen nicht ausdrücklich anerkenne.

[67] Die Bundeskompetenzen würden offensichtlich überspannt, wenn der Verfassungsgerichtshof aus der Nichtanhörung des Be-

im Verwaltungsverfahren richtet sich dieser Anspruch meist an die obere Behörde; indessen kann auch die Neuüberprüfung durch jene Behörde, welche entschieden hat, als Rechtsmittel gestaltet sein[68].

b) Für die Frage, ob die Anhörung vorgängig eines weiterziehbaren Entscheides entfallen kann, ist überdies von Bedeutung, in welchem Maße der Rechtsmittelweg den Betroffenen verfahrensmäßig belastet. Die Belastung kann in den formellen, mit Säumnisfolgen verbundenen Anforderungen oder in den Kosten liegen.

Muß der Betroffene zahlreiche Formerfordernisse erfüllen, damit die Behörde auf die Sache eintritt, so liegt darin eine Erschwerung, welche sein Bedürfnis steigert, vor einem ersten Entscheid angehört zu werden. Daß die Rechtsmittel durchwegs befristet sind, fällt dabei freilich nicht in Betracht. Abgesehen von der in dringlichen Fällen möglichen Verkürzung auf Stunden oder einen bis zwei Tage, geben die Fristen dem Betroffenen genügend Zeit zum Entscheid darüber, ob er die Angelegenheit weiterziehen will. Erschwerend sind dagegen Anforderungen an den Inhalt eines schriftlich einzureichenden Rechtsmittels. Vorgeschrieben werden häufig die Formulierung eines Antrages und die Bezeichnung der Gründe, welche für diesen Antrag oder gegen den angefochtenen Entscheid sprechen. Derartige Erfordernisse fallen dann nicht ins Gewicht, wenn eine ungenügende Eingabe mit einer Anleitung zur Verbesserung der Mängel an den Verfasser zurückgeht[69]. Sie wachsen sich jedoch zu einer ins Ge-

---

troffenen eine Pflicht zur Wiedererwägung ableiten wollte. Er muß sich auf die Aufhebung des in Verletzung von Art. 4 BV ergangenen Entscheides beschränken. Vgl. aber BGE 70 I 68. – Österr. Verwaltungsverfahren: Ergeht der Entscheid ohne Anhörung des Betroffenen, so ist das Rechtsmittel der Vorstellung oder Einsprache zulässig, AVG § 57 und Verwaltungsstrafgesetz § 49. Ähnlich für das deutsche Recht: BVerf. GE 9, S. 89 ff.

[68] ZH ZPO § 358, Wiedererwägung summarischer Verfügungen; ZH StPO § 347, Überprüfung von Strafverfügungen.

[69] ZH VRG § 23, BE VRG Art. 54, BL OG § 66 und VRG § 15,

wicht fallenden formellen Beschwer aus, wenn das Ungenügen der Rechtsmittelerklärung zu einem Nichteintretensentscheid führt[70]. Gleich ist das Nichtbeachten eines Rechtsmittels zu werten, das bei einer unzuständigen Behörde eingereicht wird[71].

Ein Weiterzug, der mit Kosten verbunden ist, erschwert dem Betroffenen ebenfalls die Verwirklichung seines Gehöranspruchs. Dies gilt vorab für die Kautionspflicht bei Einreichung des Rechtsmittels[72]. Ins Gewicht fällt aber vor allem auch die Auflage der Kosten des Rechtsmittelverfahrens. Muß die untere Instanz dem Betroffenen das rechtliche Gehör nicht gewähren, so sollten ihm, wenn er in oberer Instanz von seinem Gehöranspruch Gebrauch macht und abgewiesen wird, nur die Kosten einer Instanz überbunden werden.

c) Der Umstand allein, daß dem Betroffenen ein formell anspruchloses Rechtsmittel zur Verfügung steht, läßt aber die vorgängige Anhörung nicht als vermeidbar erscheinen. Das Bundesgericht hat – wenn auch im Zusammenhang mit der Wiedererwägung – zu Recht die Möglichkeit «uneingeschränkter» Überprüfung gefordert[73]. Gleich zu verstehen sind wohl jene höchstrichterlichen Urteile, welche dann keine Anhörung verlangen, wenn gegen den Entscheid ein «ordentliches» Rechtsmittel, d.h. ein Weiterzug gegeben ist, der eine umfassende Beurteilung gewährleistet[74].

GR VVV Art. 11 und 12, SG Entw. VRG Art. 43, SO VO VGr. § 25, Bund Entw. Imboden Art. 48.

[70] VEB 1959/60 Nr. 39 für Beschwerden an den BR nach Art. 130 OG.

[71] Regel ist jedoch die Zustellung von amteswegen, vgl. ZH VRG § 5, GVG § 214; BE VRG Art. 11, SG Entw. VRG Art. 10, BL VRG § 14, Bund Entw. Imboden Art. 7.

[72] Vgl. ZH VRG §§ 15 und 16, ZPO §§ 59 ff., BE VRG Art. 88, GR VVV Art. 9, SG Entw. VRG Art. 79 und 80.

[73] BGE 87 I 155.

[74] BGE 46 I 327, 76 I 180, 87 I 340, BGr. in ZBl 1963 (64) S. 490 Ziff. 5.

Diese Anforderung an das Rechtsmittel erscheint begründet. Rechtliches Gehör genießt der Betroffene nur, wenn alle seine erheblichen Vorbringen, beziehen sich diese auf den Tatbestand oder das Recht, an sich beachtet werden können (2 IV 3a). Insbesondere muß es ihm möglich sein, die dem Entscheid zugrundeliegenden tatbeständlichen Annahmen, einschließlich der Beweiswürdigung, als unrichtig oder unvollständig zu beanstanden und ihre Unterstellung unter eine bestimmte Rechtsnorm zu rügen. Zur vollumfänglichen Neuüberprüfung gehört aber auch die Ermessenskontrolle, nämlich die Beurteilung, ob im ergangenen Entscheid das Ermessen sachgemäß und zweckmäßig gehandhabt wurde. In diesem umfassenden Bereich wirken regelmäßig die ordentlichen Rechtsmittel des Gerichtsverfahrens. Es besteht kein Anlaß, die Grenzen für die Verwaltung enger zu ziehen. Eine Beschränkung der Ermessenskontrolle auf Willkür im Verwaltungsverfahren gilt daher richtigerweise als ungenügend[75].

d) Entspricht das Rechtsmittel den genannten Erfordernissen, so ist anderseits gegen einen Verzicht auf Anhörung vor unterer Instanz nicht mit dem Argument aufzukommen, er verletze den ordnungsgemäßen Instanzenzug. Dieser wird durch den Wegfall der Anhörung vor einer oder mehreren unteren Instanzen nicht gekürzt. Zudem gewährt die Bundesverfassung keinen Anspruch des Einzelnen auf mehrere Instanzen[76]. Setzt ein Kanton mehrere Instanzen ein, so kann er daher im Rahmen von Art. 4 BV auch darüber befinden, ob vor den unteren Behörden die Anhörung notwendig ist.

2. Das Bedürfnis des Betroffenen nach Anhörung ändert

---

[75] BGE 87 I 340.

[76] In der Spezialgesetzgebung greift der Bund vielmehr regelmäßig in der Weise ein, daß er eine einzige kant. Instanz vorschreibt: Urheberrechtsgesetz Art. 45, Patentgesetz Art. 76, Muster- und Modellgesetz Art. 33, Markengesetz Art. 29, Kartellgesetz Art. 7.

sich wesentlich, wenn eine gegen ihn gerichtete Maßnahme vorzeitig vollzogen wird. Der Vollzug kann entweder als vorsorgliche Maßnahme vorgängig eines erstinstanzlichen Entscheides angeordnet werden oder mit dem das Verfahren erledigenden aber weiterziehbaren Entscheid verbunden sein. Im letzteren Falle entfällt die aufschiebende Wirkung entweder von gesetzeswegen oder im Einzelfalle.

Der vorzeitige Vollzug nimmt in seiner Wirkung häufig den endgültigen Entscheid vorweg, indem seine Folgen bei einer späteren Änderung der Anordnung nicht mehr beseitigt werden können. Das Bedürfnis des Einzelnen, vorgängig einer solchen Maßnahme rechtliches Gehör zu genießen und damit als Persönlichkeit gewürdigt zu werden, ist einleuchtend[77].

3. Gegenüber der Feststellung, daß das Recht auf Neuüberprüfung im umschriebenen Sinne (oben 1) die Intensität des Gehöranspruchs beeinträchtigt, ist ein weiterer, allgemeiner Vorbehalt am Platze. Er betrifft die schwersten Eingriffe in die persönliche und wirtschaftliche Rechtssphäre des Einzelnen. Zwar gilt auch für sie, daß der Gehöranspruch – was in seiner Natur liegt – nicht absolut verstanden werden darf (1 III und 3 III 3a). Anderseits nimmt das rechtliche Gehör im Rahmen der Interessenabwägung an Gewicht zu, wenn derartige Anordnungen zu treffen sind.

Entsprechend der Aufgabe des rechtlichen Gehörs, die menschliche Würde im Verfahren zu wahren, stehen dabei jene Eingriffe im Vordergrund, welche die persönliche Integrität und die Ehre betreffen. Hieher gehören etwa die strafrechtliche Verfolgung, die Bevormundung, Ehescheidung und Kinderschutzmaßnahmen, sowie Status-, Namensänderungs- und Bürgerrechtssachen. Zu dieser Kategorie zählt auch die Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit,

---

[77] J.d.S. Bund Entw. Imboden, Art. 30 Abs. 1: «Können nachteilige Folgen einer Verfügung durch deren nachträgliche Aufhebung nicht wieder beseitigt werden, so ist der Betroffene vor dem Erlaß anzuhören.»

insbesondere bei Anstaltsversorgungen. In gleich intensiver Weise fordern auch jene Angelegenheiten das rechtliche Gehör, die das Gefühl in besonderem Maße ansprechen, wie etwa die bei einer Beerdigung zu treffenden Anordnungen.

In zweiter Linie stehen jene behördlichen Anordnungen, welche die wirtschaftliche Sphäre des Einzelnen in erheblichem Maße tangieren. Es sind dies Eingriffe in das Grundeigentum, so die Enteignung oder die Begründung öffentlichrechtlicher Dienstbarkeiten und behördliche Maßnahmen, welche die Grundlagen der Berufsausübung betreffen, wie Berufsverbote oder -patente. Gleicherweise erscheinen öffentliche Abgaben von größerem Ausmaße, vor allem die Steuern, geeignet, das Bedürfnis nach Anhörung zu erhöhen. Derselben Kategorie können auch die Fürsorgemaßnahmen des modernen Wohlfahrtsstaates zugerechnet werden.

Dagegen bestehen Bedenken, die besondere Betonung des Gehöranspruchs generell auf alle übrigen Geschäfte auszudehnen, für die das Bundesgericht nach der älteren Methode grundsätzlich einen Anspruch auf rechtliches Gehör bejaht. Es sind dies die im gerichtlichen Verfahren auszutragenden Streitigkeiten und jene Angelegenheiten des Verwaltungsverfahrens, die einen zivil- oder strafrechtsähnlichen Gehalt aufweisen (3 I 2a). Sie tangieren zwar in der einen oder andern Weise die persönlichen oder wirtschaftlichen Interessen des Einzelnen, haben aber, am Maßstab der menschlichen Würde gemessen, kein besonderes Gewicht. Eine Ausnahme wäre wohl am ehesten noch für die Disziplinarstrafsachen am Platze, nicht dagegen für die nach allgemeiner Auffassung weniger die persönliche Integrität als den Geldbeutel betreffenden Entscheide des Übertretungsstrafrechtes.

VI. Die Beschränkung des Gehöranspruchs im einzelnen

1. Endgültige Entscheide und solche, die nicht vollumfänglich überprüft werden können, erheischen, gleichgültig ob sie erstinstanzlich oder im Rechtsmittelverfahren erlassen werden, weitestgehende Wahrung des rechtlichen Ge-

hörs. Dieses kann ja nicht mehr in einem späteren Verfahren zum Zuge kommen. Auch bei verhältnismäßig wenig gewichtigem Eingriff in die Sphäre des Einzelnen gilt es, das rechtliche Gehör vorgängig eines endgültigen Entscheides zu gewähren. Nur dort, wo die Verwirklichung des objektiven Rechtes geradezu verunmöglicht würde, ließe sich ein Ausschluß rechtfertigen. Insbesondere vermag der Schutz Dritter (oben IV 4) regelmäßig die Orientierung des Betroffenen, vor allem die Akteneinsicht nicht auszuschließen.

Für die praktische Anwendung dieses Grundsatzes bleibt freilich wenig Raum. Die Vorschriften über das gerichtliche Verfahren erfüllen fast durchwegs die Anforderungen des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs. Das Verwaltungsverfahren seinerseits weist die Tendenz auf, den Instanzenzug auszubauen. Die Aufsichtsbehörden werden meistens auch als Rekursinstanzen eingesetzt. Damit sind endgültige oder nicht voll überprüfbare erstinstanzliche Entscheide selten geworden. Das mehrinstanzliche Verfahren bietet aber dem Einzelnen Gelegenheit, sein Äußerungsrecht mit der Rechtsmitteleingabe wahrzunehmen.

2. a) In weitem Maße ist das rechtliche Gehör jedoch schon von den unteren, nicht endgültig entscheidenden Instanzen dann zu gewähren, wenn sie Rechtsprechung ausüben. Als solche soll die Entscheidung konkreter Streitfälle zwischen zwei Parteien vor einer bisher mit der Angelegenheit nicht befaßten Behörde verstanden werden, wobei Private oder Behörden Partei sein können. Zur Rechtsprechung zählen damit der Zivilprozeß, die auf das Akkusationsprinzip ausgerichtete Strafrechtspflege, sowie das Streitverfahren vor den erst- oder oberinstanzlichen Verwaltungsbehörden und dem Verwaltungsgericht[78].

b) Angesichts der im gerichtlichen Verfahren einzeln geordneten Rechte auf Äußerung und Orientierung beschränkt sich die praktische Bedeutung der Interessenabwägung auf

---

[78] Vgl. Z. Giacometti, Verw.R. S. 40 ff. und 456 ff.

das Verwaltungsstreitverfahren. Dessen besondere Stellung hinsichtlich des Gehöranspruchs[79] hat das Bundesgericht bisher freilich nicht vollumfänglich anerkannt. Es hielt es für ausreichend, das rechtliche Gehör mit einem an sich bescheidenen Teil der Verwaltungsrechtsprechung zu verbinden, namentlich mit den sogenannten Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechtes[80]. Seine Entscheide lassen die Frage offen, ob der Gehöranspruch im Verwaltungsstreitverfahren allgemein zu gewähren sei[81]. Lediglich beiläufig wird dem Einzelnen in neuesten Entscheidungen das rechtliche Gehör in «allen Streitsachen» zugesichert[82]. Die für das verwaltungsbehördliche Streitverfahren bestehenden kantonalen und eidgenössischen Bestimmungen gewährleisten das rechtliche Gehör, so wie es diese Arbeit umschreibt, ebenfalls nicht vollumfänglich. Auch die Verwaltungspraxis zögert, den Gehöranspruch im Bereiche der Rechtsprechung anzuerkennen[83].

Indessen besteht kein Grund, den Gehöranspruch im Verwaltungsstreitverfahren grundsätzlich stärker einzuschränken als vor Gericht. Wenn das Verwaltungsstreitverfahren seinem Wesen gerecht werden soll, so setzt es einen Parteibetrieb voraus. Dem entspricht eine, dem gerichtlichen Ver-

---

[79] W. Burckhardt, Kom. zur BV S. 53.

[80] Darunter versteht BGE 70 I 70 das Eingreifen der Verwaltungsbehörden zum Schutze öffentlicher Interessen in die Gestaltung eines Privatrechtsverhältnisses zwischen Parteien, die sich gleichberechtigt gegenüberstehen. Siehe M. Imboden, V.rechtspr. Nr. 61 II und BGE 75 I 226.

[81] BGE 75 I 226.

[82] BGE 85 I 207, 87 I 339.

[83] So der erstaunliche Entscheid VEB 1940 Nr. 47: Inanspruchnahme eines Gebäudes für einen Divisionsstab durch die Gemeinde nach Art. 31 der Militärorganisation zum Zweck, das bisher militärisch belegte Schulhaus für den Schulbetrieb frei zu machen. Dem Eigentümer wurde nicht nur vor Gem.rat, sondern auch für das Beschwerdeverfahren vor Reg.rat die Anhörung verweigert, mit dem Hinweis darauf, es liege kein Parteienverfahren vor. Der Bundesrat hat den Eigentümer mit seiner Beschwerde wegen Gehörsverweigerung abgewiesen.

fahren angeglichene Beachtung des rechtlichen Gehörs. Da indessen Einzelvorschriften fehlen, muß die Verwaltungsbehörde dessen Anwendungsbereich weitgehend selbst festlegen. Damit ist sie gezwungen, den Gehöranspruch und entgegenstehende Interessen im konkreten Fall gegeneinander abzuwägen (oben III 3).

c) Unter den Interessen, welche im Verwaltungsstreitverfahren der Gehörsgewährung entgegenstehen können, ist der Schutz Dritter (oben IV 4) praktisch am wichtigsten. Er führt dort, wo der Entscheid nicht endgültig ist, öfters zu einer Beschränkung der Akteneinsicht. Geringe Bedeutung hat dagegen in diesem Zusammenhang die Gefahr einer Verdunkelung des Tatbestandes durch den Betroffenen (oben IV 3). Erstinstanzliche Streitverfahren, die mit dieser Gefahr behaftet sind, dürften selten sein. Im Rechtsmittelverfahren kann sie aber ohnehin kaum je geltend gemacht werden, da die Beteiligten regelmäßig aus dem erstinstanzlichen Entscheid den wesentlichen Sachverhalt erkennen. Vorzubehalten sind jene Rechtsmittelverfahren, in denen eine Partei wesentliche neue Tatsachen vorbringt, die der Gegenpartei für beschränkte Zeit vorenthalten werden müssen[84].

Im übrigen ließe die Möglichkeit einer Neuüberprüfung der nicht endgültigen Streitentscheide es zu, den Interessen, welche dem rechtlichen Gehör entgegenstehen, vermehrten Raum zu geben. Sie sind jedoch ihrerseits regelmäßig wenig gewichtig. Eine die Anhörung ausschließende zeitliche Dringlichkeit des Entscheides ist im Streitverfahren seltener begründet, als die Praxis anzunehmen beliebt. Sie dürfte vor allem im Rechtsmittelverfahren kaum je angerufen werden können, da die Notwendigkeit raschen Vollzuges schon in erster Instanz zum Entzug der aufschiebenden Wirkung führt.

---

[84] Z.B. Vorbringen neuer Anhaltspunkte für die Täterschaft eines Angeschuldigten im Rekursverfahren des Geschädigten gegen die Einstellungsverfügung der Strafuntersuchungsbehörde. Die Orientierung des Angeschuldigten muß u.U. bis nach Durchführung der Beweiserhebungen durch die Rekursinstanz oder die Vorinstanz zurückgestellt werden.

Unter dem Gesichtspunkt beförderlicher Erledigung mag im Verwaltungsstreitverfahren, gleich wie im Zivilprozeß[85], der Erlaß prozeßleitender Anordnungen ohne vorgängige Anhörung in Betracht fallen. Besteht ein Anspruch des Betroffenen, derartige Entscheide während laufendem Verfahren neu überprüfen zu lassen (Einsprache), so kann selbst das verhältnismäßig wenig gewichtige Interesse einer beförderlichen Erledigung gegenüber der Anhörung dominieren.

3. a) Der Rechtsprechung im Sinne von Ziffer 2 ist die materielle Verwaltung gegenüberzustellen. Sie umfaßt jene verwaltungsbehördliche Rechtsanwendung, die nicht auf dem Wege der Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten erfolgt[86]. Ihr zuzurechnen ist somit die Tätigkeit jener großen Zahl erstinstanzlich handelnder unterer Verwaltungsstellen, welche mithelfen, das komplizierte Getriebe eines Gemeinwesens in Gang zu halten. Sie besteht in einem nach außen wirksamen Handeln sowie in prozeßleitenden oder erledigenden Verfügungen.

b) Im Bereich der materiellen Verwaltung beanspruchen die dem rechtlichen Gehör entgegenstehenden Interessen breiten Raum.

Der Schutz dritter und eigener Interessen und das Postulat beförderlicher Erledigung haben für das Gebiet der materiellen Verwaltung gleichermaßen praktische Bedeutung wie für die Rechtsprechung.

Vermehrt kommt bei erstinstanzlichen Anordnungen die Dringlichkeit zur Geltung. Soweit sie zum sofortigen Vollzug nötigt, steht ihr auf der andern Seite ein dadurch gesteigertes Bedürfnis nach vorheriger Anhörung gegenüber.

---

[85] M. Guldener, Ziv.proz. S. 150.

[86] Z. Giacometti, Verw.R. S. 45. Die nicht der Rechtsprechung zugehörige freiwillige oder nichtstreitige Gerichtsbarkeit (M. Guldener, Ziv.proz. S. 41), sowie das Strafuntersuchungs- und Strafmandatverfahren sollen hier nicht weiter verfolgt werden.

Bei einschneidenden Vollzugsmaßnahmen (oben V 2) wird aus diesem Grunde die Dringlichkeit vor dem Gehöranspruch zurücktreten müssen, wenn damit die sachgemäße Erledigung zwar erschwert, aber doch nicht verunmöglicht wird (vgl. IV 2).

Großes Gewicht hat weiter die Frage, ob Gefahr bestehe, daß der Betroffene die mit dem rechtlichen Gehör verbundene Orientierung dazu benütze, den Sachverhalt durch Gegenmaßnahmen zu verdunkeln. Trifft dies zu, so wird eine sachgemäße Erledigung oft nur durch den vollständigen Ausschluß des Betroffenen vom Verfahren erkauft werden können. Die Korrektur muß in solchen Fällen auf dem Wege der Neuüberprüfung erfolgen. Hiezu bedarf es eines Verfahrens, das den Betroffenen weder formell noch kostenmäßig wesentlich belastet (oben V 1 c).

c) Im Rahmen der materiellen Verwaltung ist auch die Bedeutung des Postulates eines ökonomisch gestalteten Staatsapparates zu erwägen.

Ihm kann zwar, gegen den Gehöranspruch aufgewogen, in einer rechtsstaatlichen Ordnung an sich wenig Gewicht beigemessen werden. Der Gedanke vermag sich vor allem dann kaum durchzusetzen, wenn die staatspolitischen Gründe, welche einen ökonomisch arbeitenden Staatsapparat fordern (oben IV 6), sich nicht als zwingend erweisen. Für das Gebiet der Rechtsprechung rechtfertigt er daher keine Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs. Die Streiterledigung sowohl im gerichtlichen wie auch im Verwaltungsverfahren geht, anders als die materielle Verwaltung, nicht in die Masse. Sie läßt sich von einer normal proportionierten staatlichen Organisation bewältigen.

Für die materielle Verwaltung kann sich indessen bei einer Interessenabwägung die Waagschale auf die Seite des Postulates der Verwaltungsökonomie senken. Dieses gewinnt in einer Zeit zunehmender Verwaltungstätigkeit an Gewicht. Gleichzeitig erscheint hier das Bedürfnis nach rechtlichem Gehör in weiten Bereichen als gering. Dies trifft zu-

nächst für die Masse jener Verwaltungsanordnungen zu, die – ungeachtet ihres sofortigen Vollzuges – unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs als Bagatellen zu werten sind (1 III 2b). Hiezu zählen etwa die Regelung des Straßenverkehrs und die täglichen Dienstleistungen der technischen Dienste von Staat und Gemeinden.

Vor allem aber fällt das Postulat der Verwaltungsökonomie gegenüber dem Gehöranspruch dort entscheidend ins Gewicht, wo der Betroffene ohne Kostenfolge und wesentliche Formstrenge die Neuüberprüfung eines Entscheides erreichen kann. Angesichts der im Bereiche der materiellen Verwaltung gesteigerten Gefahr einer ungesunden Ausweitung des Verwaltungsapparates darf unter solchen Verhältnissen in der Regel von einer vorgängigen Anhörung, wie sie das rechtliche Gehör grundsätzlich verlangt (2 II A 1a), abgesehen werden[87]. Generell vorzubehalten sind jedoch die Fälle eines vorzeitigen Vollzuges. Desgleichen bedarf es der Gewährung rechtlichen Gehörs vorgängig eines erstinstanzlichen Entscheides immer dort, wo besonders gewichtige Eingriffe in die Rechtssphäre des Einzelnen bevorstehen (oben V 2 und 3)[88].

---

[87] So schon E. Kirchhofer in ZSR 1907 (26) S. 567 für das Steuerveranlagungsverfahren; vgl. Bund Entw. Imboden Art. 30 Abs. 2. Für das Übertretungsstrafverfahren: ZH StPO § 347. Für das deutsche Recht: BVerf GE 9, S. 89ff., A.C. Winterfeld in NJW 1961 (14) S. 852.

[88] So Praxis BGr. bez. Anstaltsversorgungen, BGE 83 I 241 mit Verweisungen; übernommen durch ZH VGr., ZBl 1962 (63) S. 84, ZR 1962 (61) Nr. 126.

4. Kapitel

DIE VERWEIGERUNG DES RECHTLICHEN GEHÖRS

Mit der Feststellung, daß das im zweiten Kapitel allgemein umschriebene rechtliche Gehör seinem Umfange nach oder hinsichtlich des Zeitpunktes der Äußerung beschränkt sein kann (3. Kapitel), ist die Grenze gegenüber der Verweigerung des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs abgesteckt: Das rechtliche Gehör ist dann verletzt, wenn der aufgezeigte Anwendungsbereich mißachtet wird. Insbesondere stellt jene Nichtanhörung vor erster Instanz eine Gehörsverweigerung dar, welche nicht durch die entgegenstehenden Interessen gerechtfertigt ist[1].

I. Die behördliche Feststellung der Gehörsverweigerung

1. Der verfassungsmäßige Anspruch auf rechtliches Gehör ist in weiten Bereichen durch die Verfahrensnormen der Kantone und des Bundes gesichert. Neben den Vorschriften, welche das rechtliche Gehör als solches gewährleisten oder seine Verletzung als Beschwerdegrund bezeichnen, sind öfters im Gerichts- und im Verwaltungsverfahren einzelne, aus dem Gehöranspruch sich ergebende Parteirechte nomiert. Dabei werden gelegentlich weitergehende Rechte zugestanden, als sie der verfassungsmäßige Gehöranspruch einschließt. Voran steht die Umschreibung von Zahl und Inhalt der Parteivorträge, die Beteiligung der Parteien am Beweisverfahren oder die Verpflichtung zur persönlichen Anhörung und zur Gewährung von Akteneinsicht. Steht die Einhaltung dieser verfahrensrechtlichen Normen zur Diskussion, so ist stets auch die Frage der Gehörsverweigerung gestellt.

---

[1] Die Fragen des Anwendungsbereichs und der Heilung bei Gehörsverweigerung vermengt das BGr. in ZBl 1963 (64) S. 490 Ziff. 5.

Daneben kommt aber dem verfassungsmäßigen Gehörsbegriff selbständige Bedeutung zu. Die daraus sich ergebenden Parteirechte sind von allen rechtsanwendenden Instanzen unmittelbar anzuwenden. Gehen sie weiter als die Vorschriften des Prozeßrechtes, so gebührt ihnen der Vorrang[2]. Die Bestimmungen des Verfahrensrechtes kommen, anders ausgedrückt, lediglich insoweit zum Zuge, als sie den Anforderungen des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs mindestens gleichkommen.

2. Die Verletzung eines Verfahrensrechtes ist grundsätzlich nur dann beachtlich, wenn die Korrektur des Mangels für die verletzte Partei ein günstigeres Ergebnis erwarten läßt. Im Rechtsmittelverfahren wird deshalb vom Rechtsmittelkläger der Nachweis eines materiellen Interesses verlangt.

Auf diese Voraussetzung hat das Bundesgericht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren schon früh verzichtet, sobald eine formelle Rechtsverweigerung oder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs behauptet wurde[3]. In der Folge fand das Absehen von einem materiellen Interesse des Beschwerdeführers unter der Bezeichnung der «formellen Natur» des verfassungsrechtlich garantierten rechtlichen Gehörs Eingang in die bundesgerichtliche Praxis[4]. Unter diesem Titel wird es heute auch von den kantonalen Rechtspflegeinstanzen für die vor ihnen geltend gemachten Verletzungen des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs verwendet. Auch sie pflegen die von unteren Instanzen begangenen Gehörsver-

---

[2] Vgl. BGE 85 I 207 E. 1, 87 I 106 E. 4. So Th. Keidel, Kom. FGG § 12 Nr. 74 und 83 für das deutsche Gerichtsverfahren im Hinblick auf Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes.

[3] BGE 24 I 562, 32 I 37, 48 I 255, 53 I 111 E. 2, 41 II 654 bez. ZGB Art. 374. Gegenteilige Entscheide: BGE 30 I 350 E. 2, 46 II 342 E. 3 bez. ZGB Art. 374.

[4] BGE 64 I 148 E. 2, 75 I 227 E. 4, 83 I 240, 87 I 112 E. 8, 89 I 158 und 251 E. 2b; zur Frage der formellen Natur kantonaler Vorschriften über das rechtliche Gehör: BGE 89 I 357.

weigerungen selbst dann zu beachten, wenn die Gutheißung der Beschwerde den Ausgang des Verfahrens nicht zugunsten des Beschwerdeführers zu beeinflussen vermag[5].

Diese Praxis stützt die Auffassung, daß dem rechtlichen Gehör keine Rechtsschutzfunktion zukomme, sondern daß es der Wahrung menschlicher Würde im Verfahren diene (1 I 3). Fehlt ein materielles Interesse an der Gutheißung einer wegen Gehörsverweigerung erhobenen Beschwerde, so entfällt auch das Rechtsschutzbedürfnis. Dagegen behält die Überlegung ihren Sinn, daß es mit der menschlichen Würde nicht vereinbar ist, jemanden in seiner Rechtsstellung zu beeinträchtigen, ohne ihm Gelegenheit zu geben, seine Argumente in Kenntnis der Sachlage vortragen zu können. Die Stellung des Einzelnen als Subjekt des Verfahrens fordert die Gewährung rechtlichen Gehörs auch dann, wenn davon für ihn kein besseres Prozeßergebnis zu erwarten ist[6].

3. Die Feststellung, daß der verfassungsmäßige Gehöranspruch verletzt ist, kann auf verschiedene Weise erfolgen.

a) In erster Linie gibt die materielle Prüfung einer Angelegenheit Anlaß, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs festzustellen.

Die Erkenntnis, die dem Gehöranspruch zugehörigen Parteirechte mißachtet zu haben, kann sich bei jener Behörde einstellen, welche den Fehler begangen hat. Ist das Verfahren noch nicht beendet, so mag sie ihn korrigieren; die Orientierung der Parteien und deren Anhörung läßt sich nachholen; eine prozeßleitende Anordnung, welche wesentliche Parteibehauptungen übergeht, ist der Verbesserung zugänglich. Nach ergangenem Entscheid steht eine Korrek-

---

[5] BE RR in ZBl 1957 S. 375; ZH VGr. in ZBl 1962 (63) S. 83 sowie GB 1960 Nr. 66 und 1962 Nr. 14.

[6] Anders für den nur verfahrensrechtlich geordneten Gehöranspruch des österr. Verwaltungsverfahrens: E. Hellbling, Kom. österr. Verw.verf. S. 248.

tur regelmäßig nur den Verwaltungbehörden zu [7]. Sie dürfen ihren Entscheid in Wiedererwägung ziehen; nach Ablauf einer allfälligen Rechtsmittelfrist freilich nur dann, wenn ihm keine materielle Rechtskraft zukommt.

Die Gehörsverweigerung wird jedoch vor allem anläßlich der Überprüfung des Entscheides einer andern Instanz ermittelt werden. Diese Prüfung erfolgt, mit Ausnahme der aufsichtsbehördlichen Kontrolle innerhalb der Verwaltung [8], im Rechtsmittelverfahren auf Antrag einer Partei. Hiezu sind zunächst die übergeordneten Instanzen berufen. Für die Überprüfung von Verwaltungsentscheiden fällt aber auch die zivil- oder die verwaltungsgerichtliche Verwaltungskontrolle in Betracht. Dabei verdient Erwähnung, daß die der Materie nach beschränkte Verwaltungsrechtspflege des Bundesgerichtes sich nicht auf die Entscheide des Bundesrates erstreckt, sondern nur Verfügungen und Beschlüsse anderer eidgenössischer Amtsstellen und der kantonalen Behörden erfaßt [9]. In diesem Bereiche kann indessen mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch die Mißachtung des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs als Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht werden [10].

b) Vielfach wird die Frage der Verweigerung rechtlichen Gehörs einer Rechtsmittelinstanz gesondert zur Prüfung vorgelegt.

Dazu sind vorab jene Rechtsmittel geeignet, mit denen sich jeder Mangel des Verfahrens oder des Entscheides rügen läßt [11]. Die gleiche Aufgabe übernehmen jene Weiterzugsmöglichkeiten, welche speziell zur Überprüfung prozessualer

---

[7] Den Gerichtsbehörden allenfalls im summarischen Verfahren, so ZH ZPO § 358.

[8] BE VRG Art. 35 kennt auch die Kassation eines Verwaltungsentscheides von amteswegen durch das Verwaltungsgericht.

[9] Bund OG Art. 102.

[10] Bund OG Art. 104; H. Huber in ZSR 1936 (55) S. 190a Anm. 477.

[11] Im gerichtlichen Verfahren insbes. die als Berufung oder Appellation bezeichneten Rechtsmittel, z.B. ZH ZPO § 315; im Ver-

Fragen offenstehen. Häufig sind sie darauf beschränkt, die Mißachtung wesentlicher Parteirechte oder gesetzlicher Prozeßformen zu korrigieren[12]. Soweit sich die Überprüfung im Rahmen dieser Rechtsmittel nur auf kantonale Verfahrensvorschriften beziehen, können die zum verfassungsmäßigen Gehöranspruch zählenden Parteirechte, als Bundesrecht, freilich nicht geltend gemacht werden. Fehlt es aber an dieser Beschränkung, so vermögen auch die genannten Prozeßrügen die Verwirklichung des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs zu sichern.

Im Vordergrund des Interesses steht in diesem Zusammenhang die als subsidiäres Rechtsmittel gegen letzinstanzliche kantonale Entscheide gestaltete staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht. Es würde zu weit führen, ihre Voraussetzungen, den Umfang der Überprüfung und ihr Verhältnis zu andern Rechtsmitteln im Hinblick auf die Gehörsverweigerung zu umschreiben. Hiefür kann auf die einschlägige Literatur verwiesen werden[13]. Es sei lediglich festgehalten, daß der Prüfungsbereich des Bundesgerichtes unterschiedlich ist. Die Frage, ob die Vorinstanz gegen ein prozessual normiertes rechtliches Gehör verstoßen hat, beurteilt es lediglich unter dem Gesichtspunkt der Willkür. Dagegen prüft das Bundesgericht die richtige Anwendung des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs ohne eine solche Schranke[14]. Seine Zuständigkeit ist jedoch auf kantonale

waltungsverfahren der Rekurs oder die Beschwerde, z.B. ZH VRG § 20; BL OG § 64, SZ VRG § 36, GR VVV Art. 4.

[12] Für das Gerichtsverfahren insbes. die Kassationsbeschwerde, gelegentlich auch der Rekurs, z.B. ZH ZPO § 344 und § 334 Ziff. 3. So auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in ZH VRG § 50 lit. d und in BS VRG § 8.

[13] Vor allem: Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde) 1933; H. Marti, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde in ZSR 1962 (81) Bd. II S. 1 ff.; C. Bonnard, Problèmes relatifs au recours de droit public in ZSR 1962 (81) S. 381 ff. sowie ZSR 1959 (78) S. 289.

[14] Vgl. BGE 89 I 356 E. 2 mit Verweisungen; H. Marti in ZSR 1962 (81) Bd. II S. 13/4; Kritik dieser Unterscheidung bei Fleiner/Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 418.

Entscheide beschränkt. Soweit die Anordnungen der Bundesbehörden nicht mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden können (oben lit. a), fehlt es daher an einer Gewährleistung des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs durch das Bundesgericht.

c) Schließlich kommen die mit der Anwendung oder dem Vollzug einer Anordnung befaßten Instanzen in die Lage, eine im Hauptverfahren erfolgte Gehörsverweigerung festzustellen[15].

In dieser Lage befindet sich der Richter, der über die strafrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen ein von der Verwaltung erlassenes Verbot oder Gebot zu entscheiden hat. Besondere praktische Bedeutung hat die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen nach Art. 292 StGB. Dabei steht offen, ob es dem Strafrichter zukommt, eine Gehörsverweigerung zu berücksichtigen, welche die Behörde bei Erlaß der amtlichen Verfügung begangen hat. Die bundesgerichtliche Praxis versucht den Strafrichter in der Überprüfung des Entscheides, welcher der Bestrafung zugrunde gelegt werden soll, zu beschränken[16]. Demgegenüber neigen verschiedene kantonale Gerichte dazu, eine Bestrafung auszuschließen, wenn der Verwaltungsentscheid materiell unrichtig ist oder gegen allgemeine Rechtsätze verstößt, zu denen wohl auch der Gehöranspruch gezählt werden darf[17].

---

[15] Zur Frage der Anfechtung von Vollzugsakten mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Gehörsverweigerung im Hauptverfahren vgl. H. Marti in ZSR 1962 (81) Bd. II S. 18 und 97, BGE 88 I 266. Eine aufsichtsbehördliche Vollzugsverweigerung besonderer Art wegen Gehörsverweigerung kennt LU VO über den Vollzug vormundschaftlicher und elterlicher Verfügungen vom 16. Mai 1957, § 5 Abs. 2 lit. a.

[16] BGE 73 IV 256.

[17] ZH Obergericht in ZR 1954 (53) Nr. 118: Überprüfung durch den Strafrichter, anders noch in SJZ 1947 (43) S. 9; vgl. auch AG Obergericht in SJZ 1947 (43) S. 383 und SO Obergericht in SJZ 1954 (50) S. 226/7; M. Imboden in Zeitschrift für Strafrecht 1959

Anerkannt ist, daß die Gehörsverweigerung im betreibungsrechtlichen Vollstreckungsverfahren nach Art. 81 Abs. 2 SchKG berücksichtigt werden darf. Der Rechtsöffnungsrichter macht seinen Entscheid davon abhängig, daß das Urteil, welches dem Rechtsöffnungsbegehren zugrunde liegt, nicht unter Verweigerung des rechtlichen Gehörs zustande gekommen ist[18].

Desgleichen pflegen schweizerische Behörden, die über den Vollzug ausländischer Entscheide zu befinden haben, eine im Ausland begangene Gehörsverweigerung zu beachten und dem darauf beruhenden Entscheid Anerkennung und Vollstreckbarkeit zu verweigern oder eine entsprechende Amtshandlung nicht vorzunehmen[19]. Wo indessen die Gewährung rechtlichen Gehörs unter dem Gesichtspunkt des ordre public nachgeprüft wird, kann wohl nicht jede geringfügige Gehörsverweigerung zur Verweigerung des Vollzuges berechtigen.

II. Die Folgen der Gehörsverweigerung

1. Die mit der Gehörsverweigerung verbundenen rechtlichen Sanktionen müssen – vorbehältlich des Vollstreckungsverfahrens (hiezu oben I 3c) – auf das Ziel ausgerichtet sein, den Gehöranspruch nachträglich durchzusetzen. Der in seinem Anspruch Verletzte soll in die Lage versetzt werden, sich die ihm zu Unrecht vorenthaltenen Informationen zu verschaffen und seine Anträge und Argumente vorzutragen.

---

(75) S. 151; O. Fehr, Die Verwaltungsrechtspflege im Kt. Zürich, S. 190.

[18] BGE 67 I 9; E. Kirchhofer in ZSR 1907 (26) S. 566 für die Steuervollstreckung.

[19] So ausdrücklich BS ZPO § 258. Allgemein wird die Berücksichtigung einer Gehörsverweigerung als Verstoß gegen den *ordre public* behandelt: M. Guldener, Das interkant. und internat. Zivilprozeßrecht der Schweiz 1951, S. 102; A. Schnitzer, Internat. Privatrecht, 4. Aufl. 1957/8, S. 905 ff. Hins. der Eintragung ausländischer Scheidungsurteile in den schweiz. Zivilstandsregistern: BGE 74 II 56, BS Justizdep. in ZBl 1948 (49) S. 459.

Die Behörden ihrerseits haben ihrer Pflicht nachzukommen, die Vorbringen des Betroffenen zu prüfen.

Es wird indessen zu zeigen sein, daß auch die nachträgliche Durchsetzung des Gehöranspruchs nicht absolut zu verstehen ist. Sie hat Grenzen, die teils in der Natur des rechtlichen Gehörs liegen, teils sich aus dem Konflikt mit andern rechtlich anerkannten Interessen ergeben (1 III und 3 III 3).

2. In neuester Zeit wird der Anspruch auf rechtliches Gehör gelegentlich als «unbedingt» bezeichnet[20]. An einer inhaltlichen Umschreibung dieses Begriffes fehlt es indessen. In diesem Zusammenhang genügt es festzustellen, daß auch ein «unbedingter» Gehöranspruch offenbar nicht so gemeint ist, daß seine Verletzung zur (absoluten) Nichtigkeit eines fehlerhaften Verwaltungsentscheides führen würde. Diese Folge verbietet sich sowohl angesichts der Schwierigkeiten, einen derartigen Mangel nachträglich festzustellen, als auch im Hinblick auf die Verzichtbarkeit des Anspruchs[21].

Die Verletzung des nach Art. 4 BV gewährleisteten rechtlichen Gehörs schafft daher lediglich einen Anfechtungsgrund. Damit stimmt die zivil- und strafprozessuale Sanktion überein, die allgemein mit der Verletzung von Verfahrensvorschriften verbunden ist. In diesen Fällen gilt der fehlerhafte Entscheid durchwegs nicht als unbeachtlich, sondern – im Interesse der Rechtssicherheit – nur als anfechtbar[22]. Es liegt daher beim Verletzten, seinem nichtbeachteten Gehöranspruch durch Anrufen der oberen Instanz selbst Nachachtung zu verschaffen.

---

[20] M. Imboden, V.rechtspr. und E Nr. 66 I, III; O. Odermatt, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, Festgabe für Max Obrecht 1961, S. 186.

[21] M. Imboden, Der nichtige Staatsakt S. 132; so für das deutsche Recht: E. Forsthoff, Verw.R. S. 209, A.C. Winterfeld in NJW 1961 (14) S. 853.

[22] M. Guldener, Ziv.proz. S. 227 ff.; Bund StPO Art. 220 Abs. 1 Ziff. 4; ZH StPO § 430 Ziff. 4.

3. a) Das Bundesgericht und – ihm folgend – die kantonale Rechtsprechung stehen auf dem Standpunkt, die Verletzung des verfassungsmäßigen Gehöranpruchs erfordere keine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung; die Gewährung des rechtlichen Gehörs in der oberen kantonalen Instanz heile vielmehr einen durch die untere Instanz begangenen Fehler[23]. Die Richtigkeit dieser Praxis bezweifelt IMBODEN. Er bezeichnet den Gehöranspruch als «unbedingt» und hält die Heilung eines durch Gehörsverweigerung begangenen Fehlers in oberer Instanz für fragwürdig, weil dadurch dem Einzelnen die Möglichkeit genommen werde, seinen Standpunkt vor allen ihm gesetzlich garantierten Behörden darzulegen[24].

Vor dem Grundsatz der Wahrung menschlicher Würde im Verfahren ist die besagte Rechtsprechung jedoch nicht zu beanstanden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann in ihren Wirkungen ohnehin nicht mehr ungeschehen gemacht werden. Ob ein Entscheid aufgehoben und die untere Instanz verpflichtet wird, den Mangel zu beheben, oder ob dies die obere Instanz selbst tut, ändert nichts an der Tatsache, daß die Stellung des Einzelnen als Subjekt des Verfahrens mißachtet worden ist. Verhindern läßt sich nur, daß der Eingriff in seine Rechtsstellung definitiv wird, bevor er seinen Gehöranspruch zur Geltung bringen konnte. Die Genugtuung, die der Verletzte möglicherweise empfindet, wenn die untere Instanz ihren Verfahrensfehler selbst berichtigen muß, verdient unter dem Gesichtspunkt der Wahrung menschlicher Würde keinen Schutz. Der Gehöranspruch

---

[23] BGE 25 I 168 E. 2, 30 I 77, 35 I 349 E. 3 und 404 E. 3, 43 I 23, 76 I 47 E. 1; BGr. in ZBl 1961 (62) S. 388 und in ZBl 1963 (64) S. 490 Ziff. 5. Ebenso hins. der Anhörung nach ZGB Art. 374: BGE 44 II 230 E. 2, 84 II 148 = ZVW 1959 (14) S. 58.

So auch für das deutsche Recht: MAUNZ-DÜRIG, Kom. GG Art. 103 N. 96; A.C. WINTERFELD in NJW 1961 (14) S. 852; E. FORSTHOFF, Verw.R. S. 210; desgleichen für das österr. Verw.recht: E. HELLBLING, Kom. österr. Verw.verf. S. 280.

[24] M. IMBODEN, V.rechtspr. und E Nr. 66 III.

leidet mithin, was die Korrektur seiner Verletzung anbetrifft, an einer institutionellen Schwäche.

Eine Berichtigung der Gehörsverweigerung in oberer Instanz verunmöglicht es zwar dem Verletzten, seinen Standpunkt vor allen ihm hiefür zur Verfügung stehenden Behörden darzulegen. Indessen wurde schon an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß das Postulat der Einhaltung des Instanzenzuges in dieser Hinsicht nicht durchzudringen vermag (vgl. 3 V 1 d). Es gewährleistet zwar das Eintreten aller vorgesehenen Instanzen auf eine Angelegenheit. Dagegen will das Postulat nicht den fehlerlosen Entscheid jeder Instanz garantieren. Die Einsetzung oberer Instanzen bezweckt ja gerade die Korrektur mangelhafter Entscheide unterer Behörden. Regelmäßig sind denn auch vor einer oberen Instanz mit reformatorischen Funktionen Noven zulässig, so daß ihr Entscheid von einem andern Sachverhalt ausgeht, als er der Vorinstanz vorgelegen hat. Desgleichen stellt sie möglicherweise auf Tatsachen ab, die von der Vorinstanz nicht beachtet worden sind oder sie stützt sich auf neue rechtliche Erwägungen. Von einer Verkürzung des Instanzenzuges wird in solchen Fällen niemand sprechen. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb die Gewährung des vor erster Instanz verweigerten rechtlichen Gehörs durch die obere Behörde grundsätzlich (Ausnahmen siehe Ziff. 4b unten) anders behandelt werden sollte. Auch sie stellt die Korrektur eines Fehlers dar, der dem vorinstanzlichen Entscheid anhaftet.

b) Ein allgemeiner Vorbehalt ist jedoch anzubringen. Die obere Instanz kann die Vorbringen des Verletzten nur insoweit beachten und damit rechtliches Gehör gewähren, als ihre Überprüfungsbefugnis reicht (2 IV 3a). Eine «Heilung» ist deshalb dort ausgeschlossen, wo beispielsweise der Verletzte zur Angemessenheit einer behördlichen Anordnung Stellung nehmen will, während die Oberbehörde die vorinstanzlichen Entscheide nur auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft. Anderseits bedarf es unter dem Gesichtspunkt der

Heilung nicht einer gleichen Prüfungsbefugnis beider Instanzen. Spricht sich der in seinem rechtlichen Gehör Verletzte vor oberer Instanz lediglich zur Frage der Rechtmäßigkeit einer behördlichen Anordnung aus, so genügt ein entsprechend beschränkter Kognitionsbereich der Oberbehörde, um die begangene Gehörsverweigerung zu heilen[25].

Dagegen ist unwesentlich, ob der Weiterzug innerhalb derselben Behördenorganisation erfolgt oder ob der mangelhafte Entscheid durch eine andere Stelle überprüft wird. Insbesondere trägt die Korrektur einer im Verwaltungsverfahren begangenen Gehörsverweigerung durch ein Gericht dem Verletzten in gleicher Weise Rechnung, wie die Behebung des Mangels auf dem administrativen Rechtsmittelweg[26].

c) Praktisch erfolgt die «Heilung» einer Gehörsverweigerung in der Weise, daß die obere Behörde dem vor unterer Instanz in seinem Anspruch Verletzten die nötige Orientierung gewährt, ihm insbesondere die Einsicht in die Akten ermöglicht und ihm Gelegenheit zur Äußerung gibt.

Steht die Verletzung des Äußerungsrechtes allein zur Diskussion, so wird der Mangel regelmäßig durch die Rechtsmitteleingabe des Verletzten oder spätestens durch die Parteivorträge im Rechtsmittelverfahren behoben. Sie ermöglichten es dem Verletzten, der Behörde das zur Kenntnis zu bringen, was er der unteren Instanz nicht darlegen konnte.

4. Die Feststellung, daß der verfassungsmäßige Gehöranspruch unter bestimmten Voraussetzungen die Korrektur vorinstanzlicher Fehler vor einer oberen Behörde zuläßt,

---

[25] Th. Keidel, Kom. FGG § 12 N. 73; so wohl auch BE RR in ZBl 1957 (58) S. 373. Gleiche Überprüfungsbereiche beider Instanzen scheint nach E. Sommer (ZBl. 1962, Bd. 63, S. 281) das zürch. V Gr. vorauszusetzen.

[26] Anders BGE 39 II 517 zu ZGB Art. 374, wo die Möglichkeit einer Korrektur der durch die Verwaltungsbehörde begangenen Gehörsverweigerung im anschließenden gerichtlichen Entmündigungsverfahren verneint wird.

besagt noch nichts darüber, ob im Einzelfall von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird. Maßgeblich sind hiefür vorab die Vorschriften des Prozeßrechtes und in zweiter Linie allgemeine Überlegungen prozessualer Natur.

a) Eine kassatorisch gestaltete Überprüfung schließt die Heilung in oberer Instanz aus. Sie führt zur Aufhebung des mangelhaften Entscheides, der seinerseits durch die untere Instanz zu verbessern ist.

Daß dabei nicht alle als Kassations- oder Nichtigkeitsbeschwerde bezeichneten Rechtsmittel in diesem Sinne kassatorisch wirken, zeigt das Beispiel des Kantons Zürich. Sowohl im Straf- wie im Zivilprozeß ist das Kassationsgericht angewiesen, bei Vorliegen bestimmter Kassationsgründe den Entscheid selbst zu fällen; insbesondere trifft dies für die Gehörsverweigerung im Zivilprozeß zu [27].

Regelmäßig ist das Bundesgericht als Verfassungsgericht kassatorisch tätig [28]. So verfährt es insbesondere auch, wenn es eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Gehörsverweigerung zu entscheiden hat. Das Gericht begnügt sich damit, den fehlerhaften Entscheid aufzuheben. Nur vereinzelt verbindet es die Aufhebung in den Erwägungen oder im Dispositiv mit der Auflage, den Mangel in bestimmter Weise zu beheben [29]. Diese prozessual beschränkte Funktion, welche das Bundesgericht der staatsrechtlichen Beschwerde beimißt [30], hängt damit zusammen, daß die Beschwerde ein neues, selbständiges Verfahren eröffnet, das lediglich der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des angefochtenen Entscheides dient [31]. Eine Folge dieser besondern Stellung der Beschwerde liegt darin, daß die Vorbringen des Beschwerdeführers vor

---

[27] ZH StPO § 437, ZPO § 349; anders BS VRG, § 20 Abs. 3 lit. b, wonach die Mißachtung wesentlicher Form- oder Verfahrensvorschriften das Verwaltungsgericht zur Rückweisung zwingt.

[28] Ausnahmen siehe W. Birchmeier, Handbuch des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege 1950, S. 388.

[29] Z.B. BGE 53 I 20, 87 II 131/2.

[30] Kritik bei H. Marti in ZSR 1962 (81) Bd. II S. 38.

[31] So BGE 83 I 272 E. 2.

Bundesgericht sein von den kantonalen Instanzen verletztes Recht auf Anhörung nicht konsumieren. Er kann im zweiten kantonalen Verfahren ohne Rücksicht auf seine Ausführungen vor Bundesgericht Stellung nehmen.

Die übrigen Rechtsmittel an das Bundesgericht und die Beschwerde an den Bundesrat führen ebenfalls nur in beschränktem Maße zu einer «Heilung» der Gehörsverweigerung. So kann die Verletzung des verfassungsmäßigen Gehöranspruchs mit der Berufung in Zivilsachen und mit der Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen von gesetzeswegen nicht geltend gemacht werden[32]. Dagegen läßt sich auch mit den genannten Rechtsmitteln die Verweigerung des rechtlichen Gehörs insoweit rügen, als damit eine bundesrechtliche Verfahrensvorschrift verletzt worden ist. Während die Feststellung einer solchen Rechtsverletzung bei der Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen zur Rückweisung an die Vorinstanz führt, entscheidet das Bundesgericht als Berufungsinstanz in Zivilsachen immer dann selbst, wenn weder eine Ergänzung des Tatbestandes noch die Anwendung kantonalen Rechtes nötig wird[33]. Mit diesem Vorbehalt kann daher die Verletzung einer bundesgesetzlichen Vorschrift über das rechtliche Gehör mit der Berufung geheilt werden, falls auch die Sachfrage Gegenstand des Berufungsverfahrens ist[34].

b) Vielfach stellt es das Prozeßrecht in das Ermessen der oberen Instanz, ob sie reformatorisch oder kassatorisch tätig werden will[35]. In solchen Fällen kann die prozessuale Bedeutung der Nichtanhörung oder auch allein schon die Zweckmäßigkeit für eine Aufhebung und Neubeurteilung durch die Vorinstanz sprechen.

---

[32] Bund OG Art. 43 Abs. 1, Satz 2, und StPO Art. 269 Abs. 2.

[33] Bund StPO Art. 277ter und OG Art. 64, 65.

[34] Unklar BGE 87 II 129ff. = ZVW 1962 (17) S. 149 zur Anhörung des Entmündigten nach Art. 374 ZGB. Die Erwägungen gehen zu weit, falls sie die Rückweisung als allgemeine Folge einer Verletzung von ZGB Art. 374 bezeichnen wollen.

[35] So ausdrücklich: Bund OG Art. 109 Abs. 2 (Verwaltungsgerichtsbeschwerde). BL OG § 74 Abs. 1.

Wurde in einem nach dem Zweiparteiensystem mit Dispositionsprinzip durchgeführten Hauptverfahren der Partei ein Vortrag verweigert, so gebricht es dem Entscheid gewissermaßen an seinem Fundament. Die Verfahrensabwicklung setzt in solchen Fällen, technisch gesehen, die Parteiäußerung voraus (1 I 2c). Ein Mangel in dieser Hinsicht nähert sich dem Tatbestand des materiellen Nichteintretens, der regelmäßig einen Sachentscheid der Oberbehörde hindert[36]. Er rechtfertigt daher die Rückweisung an die Vorinstanz.

Ähnlich zu werten ist die Nichtanhörung des Angeklagten durch die Untersuchungsbehörde in einem nach dem Akkusationsprinzip geordneten Strafverfahren. Die «Einvernahme» des Angeklagten ist primäres Mittel zur Tatbestandsabklärung und als solches Grundlage der Anklage. Fehlt sie, so scheint die Rückweisung zur Verbesserung des Mangels an die Untersuchungsbehörde auch dann gegeben, wenn das Gericht prozessual berechtigt wäre, seinerseits die Einvernahme durchzuführen.

Zweckmäßig erscheint die Rückweisung etwa dann, wenn die nachträglichen Vorbringen des in seinem rechtlichen Gehör Verletzten von der Vorinstanz besser beurteilt werden können, sei es daß diese über die nötige Sachkunde oder über besondere Lokalkenntnis verfügt. Auch die Notwendigkeit weiterer, umfangreicher Beweiserhebungen kann für ein neues Verfahren vor unterer Instanz sprechen, wenn entweder das Rechtsmittelverfahren sich für solche Beweisabnahmen nicht eignet oder die Beweismittel der unteren Instanz besser zugänglich sind.

Schließlich mag die Rückweisung gelegentlich auch als vorbeugende Maßnahme zweckmäßig sein. Das normale rechtliche Empfinden einer unteren Instanz, einen von der Oberbehörde korrigierten Fehler sich zur Lehre gereichen zu

---

[36] Z.B. ZH GVG § 124, ZH VRG S. 64 Abs. 1; Fehr, Die Verwaltungsrechtspflege im Kt. Zürich S. 209; W. Birchmeier, Handbuch des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege S. 236 zu OG Art. 64.

lassen, ist nicht überall genügend entwickelt. Bequemlichkeit und Nachlässigkeit machen für eine Gehörsverweigerung besonders anfällig; der Wunsch, eine umständliche oder mühsame Anhörung des hiezu Berechtigten als angeblich nutzlos beiseitezulassen, kann alsdann übermächtig werden. Zeigen sich derartige Eigenschaften, so tut eine Oberbehörde gut daran, die Vorinstanz selbst zur Behebung des von ihr gesetzten Mangels anzuhalten.

c) Die Aufhebung eines gehörsverweigernden Entscheides und die Neubeurteilung durch die untere Instanz verletzt indessen unter Umständen wichtige öffentliche oder private Interessen; Interessen, die höher zu werten sind, als die Durchsetzung des Gehöranspruchs. Zwar kann die Vorinstanz nach Behebung des Mangels eine frühere, materiell richtige Anordnung im zweiten Entscheid bestätigen. Die Wirkung ihres Entscheides entfällt aber für die Zwischenzeit. Es sei vor allem an die strafrechtliche, administrative oder vormundschaftliche Einweisung in eine Anstalt erinnert. Die Aufhebung des Einweisungsentscheides muß zur sofortigen Entlassung führen. Oft wird sie von der aufhebenden Instanz im Entscheid sogar ausdrücklich angeordnet. Der in seinem Gehöranspruch verletzte Freigelassene kann aber Leib und Leben Dritter oder – bei geistigen Störungen oder Depressionen – sich selbst gefährden. Solche Situationen müssen wenn immer möglich durch geeignete prozessuale Maßnahmen verhindert werden.

Steht es der Oberbehörde frei, reformatorisch oder kassatorisch tätig zu sein, so wird sie in derartigen Fällen den verbessernden Sachentscheid selbst fällen. Bedarf sie hiezu einer weiteren Abklärung des Sachverhaltes, die sie nicht vornehmen will oder kann, dann bleibt der Auftrag an die Vorinstanz, das Verfahren zuhanden der Oberbehörde zu ergänzen[37].

---

[37] Vgl. ZH ZPO §§ 332 Abs. 2 und 343 Abs. 1, StPO §§ 183 Abs. 2 und 421 Abs. 3.

Prozessuale Mittel reichen dagegen nicht mehr aus, wenn die Oberbehörde nur kassatorisch wirken darf. Ob die Vorinstanz die mit dem Kassationsentscheid dahinfallende Anordnung durch eine vorläufige Maßnahme[38] so rasch ersetzen kann, daß diese praktisch an die erstere anschließt, hängt von ihrer unverzüglichen Orientierung über die erfolgte Kassation, sowie von ihrer Organisation und Beweglichkeit ab. Indessen sind die dadurch entstehenden Gefahren nicht zu überschätzen. Die Notwendigkeit, die Anordnung zur Vermeidung eines nicht mehr behebbaren Schadens oder einer aktuellen Gefahr für Leib und Leben ohne jeden Unterbruch aufrecht zu erhalten, ist selten. Hinzu kommt, daß dem Kassationsentscheid regelmäßig ein mehrinstanzliches Verfahren vorausgeht, in welchem eine durch die untere Behörde begangene Gehörsverweigerung in zweiter Instanz geheilt wird.

---

[38] Für den Fall der Anstaltsentlassung z.B. die Anordnung einer strafrechtlichen, sicherheits- oder gesundheitspolizeilichen Internierung.