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: 97 (1978)

Artikel: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht : Versuch einer Standortbestimmung

Autor: Zimmerli, Ulrich

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895820

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: 10.12.2025

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

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht

Versuch einer Standortbestimmung

Referat von Dr. iur. ULRICH ZIMMERLI

Fürsprecher
Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 5
Abkürzungen 7

Grundlagen
1.1. Herkunft und Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes . 9

1.2. Begriffliches 12
1.2.1. Ausgangslage 12
1.2.2. Das Gebot der Geeignetheit 13
1.2.3. Das Gebot der Erforderlichkeit 14
1.2.4. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn 16
1.2.5. Mehrdeutiges Übermassverbot 17
1.2.6. Schutzrichtung 18

1.3. Verfassungsrechtliche Einordnung 19

1.4. Erste Folgerungen, insbesondere für die Prüfungsmethode 24

2. Darstellung des Prinzips nach der Praxis zu ausgewählten Sachgebieten
2.1. Einleitung 29

2.2. Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht 28

2.3. Geltung im Bundesstaatsrecht und im kantonalen Staatsrecht . . . 29
2.3.1. Bundesaufsicht und Bundeszwang 29
2.3.2. Staatsschutz 29
2.3.3. Wahl- und Abstimmungsrecht 32
2.3.3.1. Ungültigerklärung von Wahlen 32
2.3.3.2. Wahl- und Abstimmungspropaganda auf öffentlichem Grund 33

2.4. Allgemeine Bedeutung im Polizeirecht 34
2.4.1. Polizeibegriff und Verhältnismäßigkeit 34
2.4.2. Generalklausel 36
2.4.3. Spezialpolizei 40
2.4.3.1. Rechtsetzung 40
2.4.3.2. Rechtsanwendung 48
2.4.4. Die Polizeibewilligung im besonderen 50
2.4.4.1. Einführung der Bewilligungspflicht 50
2.4.4.2. Nebenbestimmungen zu Polizeierlaubnissen 54
2.4.4.3. Ausnahmebewilligungen 55
2.4.5. Polizeimonopole 57

2.5. Beschränkungen der persönlichen Freiheit 60
2.5.1. Allgemeines 60
2.5.2. Freiheitsbeschränkungen für Straf- und Untersuchungsgefangene 63
2.5.3. Fürsorgerische (administrative) Freiheitsbeschränkungen . . 65
2.5.4. Beuge- und Sicherheitshaft 66
2.5.5. Medizinische Zwangsbehandlung 67

2.6. Beschränkungen der Meinungsäußerungs-, der Versammlungs- und der Pressefreiheit sowie der politischen Rechte 68
2.6.1. Politische Demonstrationen auf öffentlichem Grund 68
2.6.2. Verteilen von Flugblättern und Verkauf von Druckschriften auf öffentlichem Grund 71
2.6.3. Sammeln von Unterschriften auf öffentlichem Grund 74
2.6.4. Beschränkungen kraft besonderen Rechtsverhältnisses . . . 74
2.6.5. Würdigung 76

2.7. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Eigentumsgarantie 77
2.7.1. Formelle Enteignung 77
2.7.1.1. Allgemeines 77
2.7.1.2. Dienstbarkeit statt Abtretung 80
2.7.1.3. Vorsorgliche Enteignung 80
2.7.1.4. Ausdehnung der Enteignung und Heimschlag 81
2.7.2. Eigentumsbeschränkungen 84
2.7.2.1. Allgemeines 84
2.7.2.2. Raumplanerische Eigentumsbeschränkungen 87
2.7.2.3. Wirtschafts- und sozialpolitische Eigentumsbeschränkungen 90

2.8. Gemeindeautonomie 92

2.9. Wirtschaftsrecht; Handels- und Gewerbefreiheit (Hinweis) 95

2.10. Rechtsbeziehungen zwischen Anstalt und Benützer 97

2.11. Administrative Rechtsnachteile und Verwaltungszwang 100
2.11.1. Rücknahme und Widerruf einer Bewilligung 100
2.11.2. Bewilligungsentzug 102
2.11.3. Abbruch- und Schleifungsverfügung 105
2.11.4. Beschlagnahme 107
2.11.5. Ersatzvornahme 108

2.12. Disziplinarrecht (Hinweis) 109

2.13. Verwaltungsstrafrecht (Hinweis) 111

2.14. Verhältnismäßigkeit im Abgaberecht? 112

2.15. Verhältnismäßigkeit im Prozeßrecht 115

3. Probleme der Justiziabilität
3.1. Beweislast 118

3.2. Sachgerechte richterliche Kognition 121

4. Ergebnis 125

Sachregister 127

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten, hauptsächlich verwendeten Schriften werden in den Anmerkungen in abgekürzter Form zitiert. Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. Traité de droit constitutionnel suisse, 2 Bände, Neuchâtel 1967 (zit.: J.-F. AUBERT, Traité).

DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS. Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht des Bundes und der Länder). 8. Aufl. I. Band: Organisationsrecht, polizeiliches Handeln, Rechtsschutz und Ausgleichsansprüche, von KLAUS VOGEL, Berlin 1975 (zit. DREWS/WACKE/VOGEL).

ERICHSEN, HANS-UWE/MARTENS, WOLFGANG. Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, hrsg. von H.-U. ERICHSEN und W. MARTENS, Berlin 1975 (zit. ERICHSEN/MARTENS).

EYERMANN, ERICH/FRÖHLER, LUDWIG. Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 7. neubearb. Aufl., München 1977 (zit. EYERMANN/FRÖHLER).

FLEINER, THOMAS. Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977 (zit. TH. FLEINER, Grundzüge).

GENTZ, MANFRED. Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 21, 1968, S. 1600ff.

GIACOMETTI, ZACCARIA. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960 (zit. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren).

GRABITZ, EBERHARD. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 98, 1973, S. 568ff.

GRISEL, ANDRÉ. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970 (zit. A. GRISEL, Droit administratif).

– Juridiction constitutionnelle de demain, in: ZBl 72, 1971, S. 209ff. (zit. A. GRISEL, Juridiction constitutionnelle).

– Droit public non écrit, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 139ff. (zit. A. GRISEL, Droit public non écrit).

– La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire, in: Revue internationale de droit comparé, no. 3, 1975, S. 549ff. (zit. A. GRISEL, Liberté personnelle).

GYGI, FRITZ. Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Aufl., Bern 1974 (zit. GYGI, Verwaltungsrechtspflege).

– Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zu verwaltungsrechtlichen Grundfragen, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 102, 1966, S. 121ff. (zit. GYGI, Grundfragen).

– Mittelbare Verfassungsverletzung als Beschwerdegrund im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 159ff. (zit. GYGI, Mittelbare Verfassungsverletzung).

– Schweizerische Wirtschaftsverfassung, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Heft 3, 1970, S. 265ff. (zit. GYGI, Wirtschaftsverfassung).

– Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 112, 1976, S. 281ff. (zit. GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit).

– Grundrechtskonkurrenz? in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 61ff. (zit. GYGI, Grundrechtskonkurrenz).

HOTZ, WERNER FRIEDRICH. Zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1977, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 510, Zürich 1977.

HUBER, HANS. Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 96 I, 1977, S. 1 ff. (zit. HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit).

IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ A. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. neubearb. und erw. Aufl., Basel 1976 (zit. IMBODEN/RHINOW).

JOST, ANDREAS. Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 438, Bern 1975.

JUNOD, CHARLES-ANDRÉ. Problèmes actuels de la Constitution économique suisse, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Heft 4, 1970, S. 591 ff.

LERCHE, PETER. Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln/Berlin/München/Bonn 1961.

LÜCKE, JÖRG. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit, in: Die öffentliche Verwaltung (DöV) 27, 1974, S. 769 ff.

MARTI, HANS. Die Wirtschaftsfreiheit der Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976 (zit. HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit).

MÜLLER, HEINRICH ANDREAS. Der Verwaltungszwang, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 485, Zürich 1976.

OBERLE, MAX. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs, Diss. Zürich 1952.

SALADIN, PETER. Grundrechte im Wandel, Bern 1970, 2., unveränd. Aufl. Bern 1975 (zit.: SALADIN, Grundrechte).

– Das Verfassungsprinzip der Fairneß, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der Schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41 ff. (zit.: SALADIN, Fairneß).

SCHNEIDER, HANS. Zur Verhältnismäßigkeitskontrolle, insbesondere bei Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band II, Tübingen 1976, S. 390 ff.

STELKENS, PAUL/BONK, HEINZ J./LEONHARDT, KLAUS. Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1978 (zit.: STELKENS/BONK/LEONHARDT).

STERN, KLAUS. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, München 1977 (zit.: KLAUS STERN, Staatsrecht).

WALTHER, BEAT E. Die administrativen Rechtsnachteile im System der Verwaltungssanktionen des Bundes, Diss. Basel 1977.

WEBER-DÜRLER, BEATRICE. Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, H. 419, Bern 1973.

WITTIG, PETER. Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, in: Die öffentliche Verwaltung (DöV) 21, 1968, S. 817 ff.

WOLFF, HANS J./BACHOF, OTTO, Verwaltungsrecht, 3 Bände. Band I: 9. Aufl., München 1974; Band II: 4. Aufl. 1976; Band III: 4. Aufl. 1978 (zit.: WOLFF/BACHOF I, II, III).

WOLFFERS, ARTHUR. Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 113, 1977, S. 297 ff.

Abkürzungen

AFG	BG über die Anlagefonds, vom 1. Juli 1966, SR 951.31
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, vom 20. Dezember 1946, SR 831.10
a. M.	anderer Meinung
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, vom 26. März 1931, SR 142.20
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
BayVerfGH	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BStP	BG über die Bundesstrafrechtspflege, vom 15. Juni 1934, SR 312.0
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung, seit 1976
BVerfGE	Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des deutschen Bundesverwaltungsgerichts
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Stuttgart)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt, vormals Reichsverwaltungsblatt (Köln und Berlin)
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern) bis 1975
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, SR 173.110
PVV	Verordnung I vom 1. September 1967 zum Postverkehrsgesetz, SR 783.01
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal (Lausanne-Genève)
SGGVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVG	BG über den Straßenverkehr, vom 15. Dezember 1958, SR 741.01
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb, vom 30. September 1943, SR 241
VEBB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (bis 1963)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (seit 1964)
VwG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

1. Grundlagen

1.1. Herkunft und Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit betrifft das Problem der Begrenzung legitimer Macht und soll den Maßstab für zulässige Beschränkungen der individuellen Freiheit abgeben. Mit dieser Zweckbestimmung bildete er bereits im 18. Jahrhundert eine überpositive Maxime der Staatslehre[1]. Im 19. Jahrhundert kam er als maßgebendes Prinzip des allgemeinen Polizeirechts zum Tragen und fand damit Eingang ins Verwaltungsrecht[2]. Namentlich durch das preussische Oberverwaltungsgericht wurde er dahin konkretisiert, daß die polizeilichen Maßnahmen nicht über das zur Gefahrenabwehr erforderliche Maß hinausgehen dürfen.

In der Schweiz wurde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erst in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts vom Bundesrat in seinen Rekursentscheiden zur Ausübung von Handel und Gewerbe sinngemäß angewendet[3]. Das Bundesgericht nahm darauf erstmals im Urteil 52 I 222ff. Bezug und erwog, unter dem Gesichtswinkel der Handels- und Gewerbefreiheit seien jene einschränkenden Polizeimaßnahmen unzulässig, die an sich wohl im öffentlichen Interesse lägen, die aber durch eine weniger weitgehende Maßnahme mit gleicher Wirkung ersetzt werden könnten, denn insofern sei die weitergehende Einschränkung im Gemeinwohl nicht begründet[4]. Auch die spätere Rechtspre-

[1] Vgl. statt vieler HOTZ, S. 1ff., sowie HANS SCHNEIDER, S. 393ff., je mit weiteren Hinweisen.

[2] Vgl. DREWS/WACKE/VOGEL, S. 155; HOTZ, S. 2 und dort zitierte Literatur.

[3] Vgl. die Zusammenstellung bei HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 3ff.

[4] Das Urteil betraf das Verbot, eine Eutersalbe zu vertreiben; das Bundesgericht bezeichnete dieses Verbot als verfassungswidrig mit der Begründung, es genüge, wenn in der Gebrauchsanweisung darauf hingewiesen werde, daß dem Präparat keinerlei Heilwirkungen zukomme, sondern bloß das Ausmelken der Kühe erleichtere.

chung des Bundesgerichts bezog sich vorab auf die Handels- und Gewerbefreiheit[5].

Mit der Ausdehnung der staatlichen Regelungszuständigkeiten, namentlich im Hinblick auf die Daseinsvorsorge, begann sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vom klassischen Polizeirecht und von der – für die Schweiz – historischen Konzentration auf die Handels- und Gewerbefreiheit zu lösen[6]. Heute kommt ihm umfassende Bedeutung zu. Das Bundesgericht erblickt darin ein Grundprinzip, das «in allen Gebieten des öffentlichen Rechts» maßgebend sein soll[7], das also das gesamte Verwaltungsrecht beherrscht[8] und sowohl für die Rechtsanwendung als auch für die Rechtsetzung gilt[9]. Bei staatlichen Eingriffen in die Rechte der Bürger ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mithin auf allen Sachgebieten zu beachten, wobei es keine Rolle spielen soll, ob die betreffende staatliche Tätigkeit in der Form der Verwaltung, der Rechtsprechung oder der Gesetzgebung erfolgt[10]. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist damit zu einer Maxime für eine Reihe von Eingriffsvoraussetzungen geworden, denen – wie auszuführen ist – praktisch und dogmatisch durchaus unterschiedliches Gewicht zukommt, wobei auffällt, daß das Bundesgericht bisher darauf verzichtet hat, diese verschiedenen Bedeutungen untereinander in eine systematische Beziehung zu setzen oder gar eine Rangordnung aufzustellen[11]. Als Folge dieser Entwicklung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit weitgehend konturlos geworden. Seine Anwendung reicht von politischen Vorkehren im Interesse des Staatsschutzes[12] über die Bewilligungspflicht für Demonstrationen auf öffentlichem Grund[13]

[5] Vgl. z.B. BGE 65 I 72; 70 I 3; 73 I 10, 99, 219; 78 I 304; 79 I 134, 339; 80 I 16, 119, 127, 163, 353 u.a., sowie HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 6; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 292ff.

[6] Vgl. dazu v.a. HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 9ff.; SALADIN, Grundrechte, S. 355ff., sowie HOTZ, S. 3ff. und IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B, Ziff. III ff. mit weiteren Hinweisen.

[7] BGE 94 I 397.

[8] ZBl 72, 1971, S. 396f., 78, 1977, S. 321f.

[9] BGE 96 I 242.

[10] So WOLFFERS, S. 297f., der die skizzierte Entwicklung treffend als «horizontale Ausbreitung» der Verhältnismäßigkeit bezeichnet; vgl. auch IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B V, sowie HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 9ff.

[11] So bereits SALADIN, Grundrechte, S. 356.

[12] BGE 100 I b 13ff.; Anbringen von Abhörgeräten am Kongreß der Ligue marxiste révolutionnaire in Epalinges.

[13] BGE 96 I 219ff = ZBl 72, 1971, S. 69ff.

bis zum Hausverbot für den Geliebten der Ehefrau[14], von den Regelungen zur Beschränkung der Straßenprostitution[15] über die Schleifung von widerrechtlich erstellten Bauten[16] bis zur Nichtverlängerung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung[17], vom Verbot von Grabmälern aus Stein[18] bis zur Bemessung von Feuerwehrersatzabgaben[19]. Diese wahllos herausgegriffenen Beispiele aus der Fülle höchstrichterlicher Entscheidungen machen deutlich, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – einem tropischen Urwald gleich – zu wuchern begonnen hat und dringend der kritischen Prüfung bedarf, wenn er nicht zum Pseudokriterium für die Lösung jeglicher Wertungsprobleme werden soll[20].

Das Bundesgericht hat der stetig wachsenden Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dadurch Rechnung getragen, daß es ihm nunmehr Verfassungsrang zuerkennt, indem es darin ein Prinzip des ungeschriebenen Verfassungsrechts erblickt[21]. Diese verfassungsrechtliche Verankerung erscheint angesichts der historischen Zuordnung des Prinzips zur Handels- und Gewerbefreiheit und der nachträglichen Übertragung auf andere Freiheitsrechte als durchaus folgerichtig[22]. – In der Bundesrepublik Deutschland bereitete es der Rechtsprechung und der Lehre erheblich mehr Mühe, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf die Ebene des Verfassungsrechts zu heben[23]. Wie HANS HUBER festgestellt hat [24], verläuft die Entwicklung nunmehr in beiden Staaten insoweit parallel, als Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vom Verfassungsrecht und von der Verfassungsrechtsprechung her

[14] «Der Bund», Nr. 307 vom 31.12.1977, S. 4.
[15] BGE 101 I a 473ff. = ZBl 77, 1976, S. 217ff.
[16] Vgl. z.B. BGE 100 Ia 343ff.
[17] BGE 97 I 530ff.
[18] BGE 101 Ia 392ff.
[19] BGE 102 Ia 7ff.
[20] Vgl. zu den Gefahren einer allzu undifferenzierten Anwendung der Verhältnismäßigkeit namentlich HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 20ff.; HOTZ, S. 8f., sowie bereits GYGI, Grundfragen, S. 139f.
[21] BGE 94 I 496, 96 I 242; vgl. auch IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B III.
[22] Vgl. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 292f.; HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 16.
[23] Vgl. dazu HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 5 und 18 und die dort zitierten Autoren, namentlich GRABITZ, S. 581ff.; HANS SCHNEIDER, S. 390ff., sowie nunmehr KLAUS STERN, Staatsrecht, § 20 IV, S. 633ff.
[24] Verhältnismäßigkeit, S. 5.

vielfältige Anregungen empfangen. In beiden Staaten bildet das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ein schönes Beispiel zur Erkenntnis FRITZ WERNERS, daß das Verwaltungsrecht «konkretisiertes Verfassungsrecht» darstelle[25].

1.2. Begriffliches

1.2.1. Ausgangslage

Angesichts der weitgehend kasuistischen, vorzugsweise auf dem Polizeirecht gründenden Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland verwundert es nicht, daß das Prinzip auch in terminologischer Hinsicht Schwierigkeiten bereitet[26].

Ausgangspunkt für die Diskussion über den Begriff der Verhältnismäßigkeit bildet das Bestreben, die Eingriffsvoraussetzungen dergestalt in allgemein gültiger Weise zu umschreiben, daß eine Beziehung zwischen Zweck und Mittel hergestellt und durch Gegenüberstellung von Eingriffsgrund und Eingriffswirkungen eine Übermaßkontrolle ermöglicht wird[27]. Auf diesem Grundgedanken beruht denn auch die mit dem bereits erwähnten Urteil 52 I 222ff. eingeleitete bundesgerichtliche Rechtsprechung. Im Verlaufe der Zeit ergaben sich daraus wesentliche Teilaspekte, «die untereinander in einem eigenartigen Zusammenhang stehen»[28], und vom Bundesgericht im Grundsatzurteil 91 I 464 – die Handels- und Gewerbefreiheit betreffend – zu folgender Formel zusammengefaßt wurden:

«Nach dem Grundsatz der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Verwaltungsmaßnahmen dürfen Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe, die ein Kanton gestützt auf Art. 31 Abs. 2 BV erläßt, nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um den gewerbepolizeilichen Zweck zu erreichen, durch den sie gedeckt sind: Sie müssen das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels sein und es erlauben, dieses unter möglichster Schonung der Freiheiten des Einzelnen zu erreichen; das ge-

[25] DVBl 1959, S. 527ff.

[26] Vgl. dazu namentlich SALADIN, Grundrechte, S. 355ff.; HOTZ, S. 12ff.; IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B IV; GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 142f.; für die Bundesrepublik Deutschland: GRABITZ, S. 571ff.; LÜCKE, S. 769ff.; HANS SCHNEIDER, S. 392ff.; DREWS/WACKE/VOGEL, S. 154ff. und S. 185ff., sowie die bei HOTZ, S. 13ff., zitierten Autoren.

[27] So sinngemäß auch GENTZ, S. 1601.

[28] So WOLFFERS, S. 298.

steckte Ziel muß zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen.»

An dieser Begriffsbestimmung hat das Bundesgericht – über das Polizeirecht hinausgehend – im wesentlichen bis heute festgehalten[29]. Die Lehre hat daraus – in Anlehnung an die weitgehend parallele Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland[30] – gefolgert[31], daß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im wesentlichen drei Teilinhalte eigen sind, nämlich die Gebote der *Geeignetheit, Erforderlichkeit* und *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn.*

1.2.2. Das Gebot der Geeignetheit

Es ergibt sich aus der Anforderung, daß die fragliche Maßnahme «das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels» darstellen muß[32]. Demnach wird verlangt, daß mit der Maßnahme der gewünschte Erfolg überhaupt erzielt werden kann, daß sie also für den verfolgten Zweck geeignet ist [33]. Zu prüfen ist somit die *Zielkonformität* und *Zwecktauglichkeit* der Maßnahme[34]. Dabei handelt es sich um eine Zweckmäßigkeitsprüfung im weitesten Sinn, die sowohl bei der abstrakten und konkreten Normenkontrolle, als grundsätzlich auch bei der Würdigung der – gegebenenfalls auf die polizeiliche Generalklausel gestützten – Eingriffsverfügung als solchen zu erfolgen hat. Im Rahmen der Normenkontrolle üben die Gerichte freilich Zurückhaltung, indem sie dem Gesetzgeber eine gewisse Gestaltungsfreiheit zuerkennen[35]. Sie schreiten nur beim Vorliegen

[29] BGE 93 I 219, 706f.; 94 I 397; 97 I 508; 101 Ia 176; ZBl 78, 1977, S.36 u.a.m.; vgl. auch IMBODEN/RHINOW, Nr.58 B IV und HOTZ, S.18f.

[30] So z.B. BVerfGE 30, S.292ff. insbes.315ff., sowie die Hinweise bei DREWS/WACKE/VOGEL, S. 154ff., WOLFF/BACHOF I, § 30 II b und III, § 138 V und KLAUS STERN, Staatsrecht, S.671ff.

[31] IMBODEN/RHINOW, Nr.58 B IV; Hotz, S.18ff.; WOLFFERS, S.298; sinngemäß, wenn auch differenzierter, HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S.27f.

[32] BGE 91 I 464.

[33] Vgl. dazu namentlich GRABITZ, S.571ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; siehe auch HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S.28; HOTZ, S.12 und 18f.; WOLFFERS, S.298, sowie IMBODEN/RHINOW, Nr.58 B IV a.

[34] So nunmehr ausdrücklich KLAUS STERN, Staatsrecht, S.674.

[35] Vgl. z.B. BGE 103 Ia 84; VPB 41, 1977, Nr.28, S.99; 40, 1976, Nr.21; für die Bundesrepublik Deutschland beispielsweise BVerfGE 17, S.315ff. und 19, S.338, sowie GRABITZ, S.571ff. und KLAUS STERN, Staatsrecht, S.674.

einer qualifizierten gesetzgeberischen Fehlleistung ein[36]. Damit stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie das Gebot der Geeignetheit von dem in Art. 4 BV verankerten Willkürverbot abgegrenzt werden kann und soll[37].

1.2.3. Das Gebot der Erforderlichkeit

Es wird aus der Formel abgeleitet, daß der Eingriff nicht über das hinausgehen darf, was zur Erreichung des legitimen Zwecks notwendig ist[38]. In der Lehre erscheint es auch als Prinzip der «Notwendigkeit», «des geringstmöglichen Eingriffs» bzw. «der geringsten Beeinträchtigung», der «Zweckangemessenheit» und als «Übermaßverbot»[39]. Die Bedeutung ist jedoch allemal die gleiche: Eine Maßnahme hat zu unterbleiben, wenn sie zwar geeignet ist, aber eine gleich geeignete, mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht. Der Begriff der Erforderlichkeit ist mithin selber relativ, indem er Mittel und (vorgegebenen) Zweck zueinander in Beziehung setzt[40]. Gleich wie das Gebot der Geeignetheit mißt sich jenes der Erforderlichkeit an *objektiven* Kriterien, was notwendigerweise zu einem gewissen Schematismus führt und unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit bedeutungsvoll ist[41]. In der Praxis wurde das Gebot der Erforderlichkeit dahin konkretisiert, daß der Eingriff in *sachlicher, räumlicher, zeitlicher* und *personeller* Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen darf[42]. Sachliche Notwendigkeit bedeutet dabei, daß bei der Auswahl der geeigneten *Mittel* zur Erreichung des legitimen Zwecks darauf zu achten ist, daß die Freiheit des Einzelnen möglichst geschont wird (Beispiel: Bewilligung mit Auflagen und Bedingungen statt gänzliches Verbot). Das Gebot der *räumlichen* Begrenzung besagt, daß die Maß-

[36] Vgl. dazu namentlich HANS SCHNEIDER, S. 396ff., sowie DREWS/WACKE/VOGEL, S. 185ff.; kritisch: WOLFFERS, S. 302ff.

[37] Vgl. dazu hinten Ziff. 1.4.

[38] BGE 91 I 464; vgl. dazu IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B IV b; HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 27f.; HOTZ, S. 13ff. und 20; für die Bundesrepublik Deutschland: GRABITZ, S. 573ff. und KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 674.

[39] Vgl. die Hinweise bei HOTZ, S. 13 Anm. 13; IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B IV b; GYGI, Verwaltungsrechtsprechung, S. 142.

[40] So auch HOTZ, S. 14 mit weiteren Hinweisen.

[41] Vgl. dazu JOST, S. 91ff.; IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B IV b, S. 342.

[42] Vgl. dazu die Beispiele bei IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B IV b, Ziff. 1–4, sowie JOST, S. 88 mit weiteren Hinweisen.

nahme gegebenenfalls auf ein bestimmtes Gebiet zu beschränken ist (Beispiel: Reglementierung der Straßenprostitution). Eine *zeitliche* Beschränkung des Eingriffs ist in jenen Fällen geboten, wo die Dauer der Maßnahme mit dem Eingriffszweck in Konflikt zu geraten droht (Beispiel: Bausperre). Unter den hier maßgebenden objektiven Gesichtspunkten drängt sich eine Beachtung des Prinzips der *individualisierten* Zweckangemessenheit dort auf, wo allgemein gültige Freiheitsbeschränkungen entbehrlich sind, weil individuelle, d.h. auf bestimmte Personen oder Personenkreise beschränkte Maßnahmen ausreichen (oder umgekehrt: z.B. Schließung eines Bahnübergangs für den allgemeinen Verkehr, nicht jedoch für die mit den örtlichen Verhältnissen und Gefahren vertrauten Anwohner). Dagegen besteht kein Grund, das *Störerprinzip* hier anzusiedeln[43]. Dieser Grundsatz gehört als Kriterium der Gefahrenabwehr dem klassischen Polizeirecht an[44] und bedarf keines zusätzlichen dogmatischen Fundaments in einem verfassungsrechtlichen Leitgrundsatz.

Abzulehnen ist auch eine Gleichsetzung des Gebots der Erforderlichkeit mit dem *Grundsatz der Subsidiarität* staatlicher Eingriffe[45]. Die Beachtung dieses Prinzips bildet zwar ebenfalls unabdingbare Voraussetzung für zulässige Freiheitsbeschränkungen. Der Grundsatz der Subsidiarität reicht jedoch begrifflich weiter als das Gebot der Erforderlichkeit und besitzt einen selbständigen dogmatischen Stellenwert[46]. Er ist – anders als das Gebot der Erforderlichkeit – nicht in dem Sinne relativ, daß er die Notwendigkeit des Eingriffs an einem vorgegebenen Zweck mißt, sondern er wirkt *absolut,* indem er staatliche Freiheitsbeschränkungen zur Erreichung eines dem Gemeinwohl dienenden, noch zu definierenden Ziels nur zuläßt, wenn die Einzelnen nicht fähig oder willens sind, sich die zur Gewährleistung des Allgemeinwohls erforderlichen Beschränkungen selber aufzuerlegen[47]. Es ist – richtig verstanden – nicht nur Schranke für staatli-

[43] Vgl. z.B. BGE 78 I 306 vor lit.c, sowie IMBODEN/RHINOW Nr.58 B IV b, Ziff.4.

[44] Vgl. dazu JOST, S.70ff. mit weiteren Hinweisen, sowie IMBODEN/RHINOW Nr.135.

[45] Unrichtig CHARLES-ANDRÉ JUNOD, S.642, und wohl auch HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S.80.

[46] Wie namentlich LERCHE, S.201 nachgewiesen hat; vgl. dazu auch HOTZ, S.49ff. sowie JÜRG SCHÜTZ, Der Grundsatz der Subsidiarität im Grundgesetz, Diss. Würzburg 1965 und SALADIN, Grundrechte, S.357f.

[47] In diesem Sinne wohl auch HOTZ, S.14 lit. cc.

ches Handeln, sondern Triebfeder für verantwortungsbewußtes Verhalten des Bürgers, das die staatliche Intervention wenn immer möglich entbehrlich machen soll[48]. Er betrifft mithin das «ob» und nicht – wie das Gebot der Erforderlichkeit – das «wie».

Zum Erforderlichkeitsgebot gehört jedoch meines Erachtens die auf das sog. Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts[48a] zurückgehende «*Stufentheorie*», die besagt, daß Eingriffsmaßnahmen in einer bestimmten Reihenfolge, beginnend mit der geringstmöglichen, tauglichen Beschränkung, getroffen werden müssen. Diese Verpflichtung zu gleichsam progressiv wirkendem staatlichen Handeln ist als «Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes»[48b] im gesamten Anwendungsbereich des Proportionalitätsprinzips zu beachten[48c]; besondere Bedeutung kommt ihm im Polizeirecht und auf dem Gebiet der Vollstreckung und des Verwaltungszwangs zu[48d].

1.2.4. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn

Es wird aus der Formel abgeleitet, daß «das gesteckte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen» soll[49]. Es zwingt zur Prüfung, ob eine den Anforderungen der Erforderlichkeit entsprechende Maßnahme außer Verhältnis zu den mit ihr verbundenen Nachteilen stehe[50], ob also ein Mißverhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Wert des realisierbaren Erfolgs bestehe[51] und deswegen auf den Eingriff überhaupt zu verzichten sei. Diese Prüfung erfolgt nicht mehr vorab aus der (objektiven) Sicht des Verhältnisses Zweck-Mittel (wie bei den Geboten der Geeignetheit und Erforderlichkeit), sondern in erster Linie aus der (subjektiven) Sicht des Betroffenen und stellt im Rahmen einer Güterabwägung die Legitimität des Zwecks in Frage[52]. Ergibt diese Untersuchung ein qualifi-

[48] So GYGI, Grundfragen, S. 123.
[48a] BVerfGE 7, S. 377ff.
[48b] So BVerfGE 13, S. 104.
[48c] Vgl. statt vieler GRABITZ, S. 592 und S. 610.
[48d] Siehe hinten Ziff. 2.4.2. und Ziff. 2.11.
[49] BGE 91 I 464.
[50] So KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 674.
[51] WOLFFERS, S. 298.
[52] HOTZ, S. 17 lit. aa.

ziertes – und deshalb wiederum *objektiv* beachtliches – Mißverhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung zu Ungunsten des Betroffenen, so ist die Maßnahme unverhältnismäßig im engeren Sinn[53]. So verstanden liegt es nahe, das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn an der *Zumutbarkeit* zu messen[54]. Daß der Grundsatz der Zumutbarkeit «subjektbezogen» ist, wie namentlich LÜCKE nachgewiesen hat[55], steht seiner Anwendung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn jedenfalls nicht entgegen, denn diese erfordert nach dem Gesagten zunächst in der Tat eine (subjektbezogene) Würdigung der Eingriffswirkung beim Betroffenen und setzt das Ergebnis anschließend in Beziehung zum Eingriffszweck[56].

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn bietet sich im Grundrechtsbereich auch die sog. *Wesensgehaltsgarantie* als Eingriffsschranke an[57]. Sie ist indessen keineswegs identisch mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, wie man beispielsweise aus BGE 95 I 360 (ein Eingriff in die persönliche Freiheit ist zulässig, «wenn er auf gesetzlicher Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und die persönliche Freiheit weder völlig unterdrückt noch ihres Gehalts entleert») zu schließen versucht wäre, sondern stellt lediglich die in jedem Fall zu beachtende Grenzlinie dar, die im Zusammenhang mit der hier gebotenen Güterabwägung – bei institutionellem Grundrechtsverständnis[58] – nicht zu Ungunsten des Einzelnen überschritten werden darf[59].

1.2.5. Mehrdeutiges Übermaßverbot

Unerwähnt geblieben ist bisher der Begriff «Übermaßverbot», weil dieser sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in

[53] Oder «unproportional» in der Terminologie von GRABITZ, S. 575 ff.; GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 143, verwendet für das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne den Begriff «Zweckproportionalität der Mittel».

[54] So KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 674; vgl. dazu auch LÜCKE, S. 769 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis des Bundesverfassungsgerichts.

[55] S. 769 ff.

[56] Auch HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 28, ordnet die Zumutbarkeit der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu.

[57] Vgl. die Übersicht über Lehre und Rechtsprechung bei HOTZ, S. 54 ff., sowie WITTIG, S. 823.

[58] Vgl. dazu namentlich BGE 97 I 50 und 98 Ia 514.

[59] So offenbar auch HOTZ, S. 57.

der Schweiz uneinheitlich verwendet wird und deshalb von vorneherein nichts zur begrifflichen Klärung beiträgt[60]. GIACOMETTI[61] und OBERLE[62] verwenden ihn im Zusammenhang mit dem Gebot der Erforderlichkeit und kennzeichnen damit das «qualifiziert Unnötige». GYGI[63] erblickt darin das gleiche wie im Gebot der Erforderlichkeit schlechthin. HANS HUBER[64] möchte damit eine «willkürliche Norm oder Maßnahme» kennzeichnen. Wegen der mangelnden Aussagekraft des Begriffs «Übermaßverbot» vermag keine dieser Deutungen zu überzeugen. Soll der Ausdruck dennoch – vorab aus Rücksicht auf die in der Bundesrepublik geläufige Terminologie – auch bei uns verwendet werden, so erscheint es als gerechtfertigt, ihn als Oberbegriff für die Verhältnismäßigkeit (bestehend aus den drei skizzierten Teilinhalten) einzuführen, wie dies der nunmehr wohl herrschenden Lehre in der Bundesrepublik entspricht[65].

1.2.6. Schutzrichtung

Wegen des vorgegebenen, beschränkten Umfangs des Referats war es unvermeidlich, aber mit Rücksicht auf die kürzlich erschienenen schweizerischen Publikationen (von HANS HUBER, ARTHUR WOLFFERS und namentlich W.F. HOTZ) vertretbar, die Ausführungen zum Begrifflichen auf das Unerläßliche zu beschränken und die Teilinhalte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bloß summarisch zu definieren, zumal bei der nachfolgenden Behandlung von Fallgruppen regelmässig darauf zurückzukommen ist. Immerhin erscheint es zur Vermeidung von Mißverständnissen als tunlich, noch kurz auf die *Schutzrichtung* des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einzugehen. Wie das Bundesgericht vor kurzem klargestellt hat[66], «ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Schutze der Bürger gegen übermäßige

[60] Vgl. zur verwirrlichen Verwendung des Begriffs in der Bundesrepublik Deutschland die Zusammenstellungen bei HOTZ, S. 13 Anm. 13 und S. 16 Anm. 31, sowie HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 28.
[61] Allgemeine Lehren, S. 292ff.
[62] S. 21f.
[63] Verwaltungsrechtspflege, S. 142.
[64] Verhältnismäßigkeit S. 28.
[65] KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 674; WOLFF/BACHOF I, § 30 II b, S. 179; ERICHSEN/MARTENS, S. 154f.
[66] BGE 102 I a 249.

Eingriffe des Staates aufgestellt, und nicht zur Wahrung der finanziellen Interessen des Gemeinwesens» (im Sinne eines Gebots der sparsamen Verwendung staatlicher Mittel). Es hat damit einen mißverständlichen früheren Entscheid[67] präzisiert und stellt sich dergestalt – meines Erachtens zu Recht – gegen einen Teil der neuesten schweizerischen Doktrin[68], die – zumindest sinngemäß – auch das Postulat einer wirtschaftlichen Verwaltung beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ansiedeln will[69]. Ebensosehr dient es der Klarheit, wenn das Bundesgericht feststellt, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dürfe nicht als Vorwand für behördliche Untätigkeit dienen und entbinde die Behörden nicht von ihrer Verpflichtung, auf angemessene Weise für die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes zu sorgen[70].

1.3. Verfassungsrechtliche Einordnung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat Verfassungsrang. Diese Erkenntnis gründet auf der ständigen, neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, wurde von der schweizerischen Lehre nahezu kritiklos übernommen[71] und beherrscht auch das Denken des schweizerischen Gesetzgebers[72]. Kritisch hat sich bisher – soweit ersichtlich – nur HANS HUBER[73] geäussert, der mit Grund darauf hinweist, daß das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als allgemeiner Rechtsschutz, vorab bestimmt für das Verwaltungsrecht, auch ohne die förmliche Zuordnung zum Verfassungsrecht

[67] BGE 99 I a 480.

[68] HOTZ, S. 20; TH. FLEINER, Grundzüge, S. 290.

[69] Vgl. nunmehr auch BGE 103 Ib 97ff., wo das Bundesgericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Lichte von Art. 13 EntG (Ausdehnung der Enteignung) sachgerecht konkretisiert; auch HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 15, weist mit Recht darauf hin, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht im genannten Sinn umkehrbar ist; vgl. hinten Ziff. 2.7.1.4.

[70] ZBl 78, 1977, S. 511ff., 518 (Beseitigung widerrechtlich angebrachter Straßenreklamen).

[71] J.F. AUBERT, Traité, nos 1766ff., S. 635ff.; A. GRISEL, Droit administratif, S. 183ff.; DERSELBE, Juridiction constitutionnelle, S. 221; DERSELBE, Droit public non-écrit, S. 147; TH. FLEINER, Grundzüge, S. 34; HOTZ, S. 22ff., SALADIN, Fairness, S. 60f.

[72] Vgl. dazu beispielsweise die Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Zivilgesetzbuches (fürsorgerische Freiheitsentziehung) vom 17. August 1977, Ziff. 32, BBl 1977 III, S. 53ff.

[73] Verhältnismäßigkeit, S. 17ff.

notwendigerweise in dieses hineinragt und damit – materiell – verfassungsrechtliche Bedeutung erlangt. In der Tat kann in der gleichsam intuitiven Zuordnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zum Verfassungsrecht die Ursache für die erwähnte Ausweitung des Grundsatzes erblickt werden. Das Rad der Entwicklung wird sich freilich kaum zurückdrehen lassen, zumal auch der Verfassungsentwurf 1977 der Expertenkommission für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung in Art. 5 Abs. 1 den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz enthält[74] und in der Bundesrepublik Deutschland kaum mehr streitig ist, daß das Prinzip der Verfassungsstufe angehört[75].

Wesentlich umstrittener ist, wie die verfassungsrechtliche Einordnung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im einzelnen zu geschehen habe. Wie bereits P. SALADIN[76] und W. F. HOTZ[77] dargestellt haben, läßt die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine klare Linie vermissen, indem systematische Erwägungen zur Herleitung des Prinzips völlig fehlen. Gelegentlich erblickt das Bundesgericht im Verhältnismäßigkeitsprinzip einen Bestandteil des jeweils betroffenen Freiheitsrechts – in der Regel der Eigentumsgarantie oder der Handels- und Gewerbefreiheit[78]. Seltener leitet das Bundesgericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unmittelbar aus Art. 4 BV (Rechtsgleichheit) ab[79], offenbar um – wie P. SALADIN[80] mit Grund vermutet – zum Ausdruck zu bringen, daß das Prinzip seine verfassungsrechtlich relevante Wirkung auch auf Tatbestände entfaltet, die außerhalb des Schutzes eines spezifischen Freiheitsrechts stehen. Zahlreicher sind jedoch – und dies erscheint namentlich unter dem soeben erwähnten Gesichtspunkt als wesentlich einleuchtender – die Urteile, die von einem «allgemeinen» oder «ungeschriebenen» Grundsatz

[74] Es wird darauf noch zurückzukommen sein.

[75] Vgl. namentlich KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 671 ff. mit weiteren Hinweisen, sowie DREWS/WACKE/VOGEL, S. 155 mit Zitaten; kritisch: ERNST FORSTHOFF, Der Staat der Industriegesellschaft, München 1971, S. 137 f.; siehe dazu auch HANS SCHNEIDER, S. 395 f., sowie HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 18.

[76] Fairneß, S. 60 f.

[77] S. 24.

[78] z.B. BGE I 397 (Handels- und Gewerbefreiheit); 102 Ia 249, BGE vom 5. Oktober 1977 i.S. *Schweizer/Großer Rat des Kantons Schaffhausen,* Erw. 2 (Eigentumsgarantie; das zuletzt genannte Urteil betraf die Ungültigerklärung der Volksinitiative für ein Gesetz zur Erhaltung von Wohnraum).

[79] So auch ein Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 18.8.1968, abgedruckt in ZBl 70, 1969, S. 378 ff.

[80] Fairneß, S. 61.

des Verfassungsrechts sprechen[81]. – Ebenso bunt ist der Strauß der Lehrmeinungen, sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in der Schweiz[82]. Bei uns wurde und wird gelegentlich zumindest sinngemäß die Auffassung vertreten, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lasse sich beim Gleichheitssatz, d.h. bei Art. 4 BV ansiedeln, und zwar vorab wegen des darin mitenthaltenen Diskriminierungsverbots und der ihm innewohnenden Gerechtigkeitsidee[83]. Mit dieser These haben sich namentlich W. F. Hotz[84] und – mit Bezug auf die Rechtsetzung – Beatrice Weber-Dürler[85] teilweise kritisch auseinandergesetzt[86]. Ohne Widerhall geblieben ist die offenbar nur als Denkanstoß geäußerte Idee von Urs Gueng[87], das Verhältnismäßigkeitsprinzip könnte die öffentlich-rechtliche Parallele zu dem im Privatrecht beheimateten Gebot der schonenden Rechtsausübung sein[88]. Gemeinhin wird in der neueren schweizerischen Literatur die

[81] z.B. BGE 91 I 487, 99 Ia 373f.; ZBl 78, 1977, S. 321f.; aus der Praxis der Verwaltungsbehörden: VPB 37, 1973, Nr. 66 (Heft II S. 87).

[82] Vgl. dazu namentlich die umfassende Zusammenstellung bei Hotz, S. 27ff., insbes. S. 59ff. und S. 75ff.; für das deutsche Recht vorab Grabitz, S. 581ff., und Wittig, S. 817ff.

[83] In diesem Sinn wohl Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 292 unter Hinweis auf Oberle, S. 14ff.; neuerdings auch Th. Fleiner, Grundzüge, S. 34, allerdings ohne nähere dogmatische Begründung.

[84] S. 59ff.

[85] S. 120ff. mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf die Lehre.

[86] Ablehnend auch Saladin, Fairneß, S. 61; aus Platzgründen, aber auch mit Rücksicht auf den beschränkten praktischen Wert einer dogmatischen Grundsatzdiskussion muß darauf verzichtet werden, an dieser Stelle auf diese differenzierten, rechtstheoretischen Würdigungen näher einzugehen.

[87] Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen ZBl 71, 1970, S. 488f.

[88] Vgl. dazu immerhin (sinngemäß) Th. Fleiner, Grundzüge, S. 34, der – wohl zu Recht – eine Anknüpfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips an Art. 2 ZGB ablehnt; vgl. zum Prinzip der schonenden Rechtsausübung, das – abolut gesehen – unbestreitbar Parallelen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufweist, Henri Deschenaux, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht II, S. 182, sowie Hans Merz, Berner Kommentar, NN. 393ff. zu Art. 2 ZGB. Zu beachten ist jedoch, daß die Leitidee des Privatrechts eben darin besteht, daß eine Rechtsordnung notwendigerweise Raum lassen muß für die individuelle Selbstgestaltung der Lebensverhältnisse, während das öffentliche Recht und ganz besonders das Verfassungsrecht jenen von hoheitlichen Eingriffen verschonten Raum gewährleistet, der die Privatautonomie überhaupt zum Tragen bringt. Vgl. dazu Hans Merz, Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Ordnungen – Spiegelungen eines einzigen Leitgedankens, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe für Hugo Sieber, Bern 1976, S. 31ff.

Meinung verfochten, bei der Verhältnismäßigkeit handle es sich – ähnlich wie beim Prinzip der Gesetzmäßigkeit und beim Gebot des Handelns nach Treu und Glauben – um einen (überpositiven) allgemeinen Rechtsgrundsatz[89]. In diesem Sinne hat er auch Eingang gefunden in den bereits erwähnten Verfassungsentwurf 1977 (Art. 5 Abs. 1)[90]. – Auch in der Bundesrepublik Deutschland ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein *allgemeiner Grundsatz des Verfassungsrechts* – was HANS-UWE ERICHSEN als «gesicherte Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum» bezeichnet[91] –, der von der wohl herrschenden Lehre unter Billigung der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem rechtsstaatlichen Prinzip zugeordnet wird[92].

Als allgemeiner Rechtsgrundsatz mit Verfassungsrang ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip «sous-jacent aux droits constitutionnels»[93], schlummert also gleichsam in jedem verfassungsmäßigen Recht oder ist ihm immanent. Oder mit HANS HUBER[94] ausgedrückt: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt «von Haus aus», seine Geltung ist der Rechtsordnung eigentümlich und geht auf seine geistige Überzeugungskraft zurück. Von daher betrachtet bestünde in der Tat kein Grund, ihn noch ausdrücklich in der Verfassung zu verankern, denn er begründet weder ein Grundrecht noch stellt er eine Norm (im rechtstechnischen Sinn) dar[95], sondern gilt eben nach dem Gesagten ohnehin als Maxime für die Begrenzung legitimer hoheitlicher Macht. Diesem dogmatischen Stellenwert trägt die Expertenkommission für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung immerhin derweise Rechnung, daß sie das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Art. 5 Abs. 1 des Verfassungsentwurfs 1977 bewußt nicht bei den Grundrechten, sondern bei den «Grundsätzen staatlichen Handelns» einordnet, woraus erhellt, daß seiner vorgesehenen ver-

[89] A. GRISEL, Droit administratif, S. 40, 161, 183 ff.; DERSELBE, Juridiction constitutionnelle, S. 221; DERSELBE, Droit public non écrit, S. 146 ff.; IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B III; WOLFFERS, S. 297; HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 17 ff.; HOTZ, S. 75 ff.

[90] Vgl. dazu die entsprechenden Erläuterungen im Kapitel «Grundsätze staatlichen Handelns», S. 26 f.

[91] In: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht 1974 (hrsg. von MENGER/ERICHSEN/VON MUTIUS), 1974, C 1/3.

[92] Vgl. statt vieler KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 671 ff. mit zahlreichen Verweisungen.

[93] So A. GRISEL, Droit public non écrit, S. 147.

[94] Verhältnismäßigkeit, S. 19.

[95] Wie HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 19, mit Recht hervorhebt.

fassungsrechtlichen Verankerung von vorneherein nur gleichsam deklaratorische Bedeutung zukommen soll. Damit ist nach dem Gesagten noch nichts vergeben. Fragen kann sich aber, ob die Formulierung «die Handlungen staatlicher Organe müssen ihren Zielen angemessen sein» glücklich sei, denn sie erscheint in zweifacher Hinsicht als diskutabel: Zunächst ist durchaus nicht gesagt, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur staatliches Handeln deckt[96]; sodann gibt die Wendung «ihren Zielen angemessen» die Teilinhalte des Prinzips[97] wohl nur unpräzis bzw. unvollständig wieder. Unter diesem Gesichtswinkel wäre demnach zu begrüßen, wenn die Frage der ausdrücklichen Nennung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der neuen Bundesverfassung nochmals überdacht würde[98].

Man mag darüber streiten, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein sog. «normatives» oder aber ein «offenes» Prinzip sei[99]. Unbestreitbar ist jedenfalls, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip – zumindest in seiner Erscheinungsform als Gebot der Erforderlichkeit und als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn – nicht ohne zusätzliche Wertung auskommt, da seine Konturen naturgemäß nicht so gefügt sein können, daß sein Anwendungsbereich und seine Tragweite von vorneherein mit hinreichender Sicherheit deutlich wären[100]. Hinter dem Prinzip stehen die Postulate der Gerechtigkeit, der Güterabwägung, der Ausgewogenheit oder schlicht des individualisiert Vernünftigen[101] bzw. das zu konkretisierende Spannungsfeld zwischen wohlverstandener Freiheit und rechtsstaatlichem Eingriff[102]. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erheischt eine bewußte, pragmatische Handhabung auf der Suche nach einer vernünftigen Relation zwischen der Eingriffsintensität (in qualitativer und quantitativer Hinsicht) und dem Gewicht des verfolgten öffentlichen Interesses[103]. Da-

[96] Vgl. z.B. BGE 99 II 235 zum Kartellrecht; siehe dazu auch GYGI, Grundfragen, S. 139 mit weiteren Hinweisen.
[97] Siehe vorne Ziff. 1.2.
[98] So auch HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 19 Anm. 78.
[99] Für die Qualifikation als «offenes» Prinzip plädiert KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 673; differenzierter HOTZ, S. 75f.; vgl. im übrigen zu den Begriffen HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 19, mit weiteren Hinweisen.
[100] Vgl. KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 673; siehe auch HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 20f., sowie HOTZ, S. 75f.
[101] Vgl. KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 673f.; GYGI, Grundfragen, S. 140.
[102] Dazu HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 21.
[103] SALADIN, Grundrechte, S. 154 und S. 358.

her erscheint es als pleonastisch und als der begrifflichen Verwirrung Vorschub leistend, das Verhältnismäßigkeitsprinzip als «unbestimmten Rechtsbegriff mit Verfassungsrang» zu bezeichnen[104]. Im übrigen hält es der Referent mit HANS SCHNEIDER[105], der dem Praktiker aus dem Herzen spricht, wenn er feststellt, dies seien keine Sorgen des Richters, dem es mehr auf Plausibilität denn auf normative Ableitung und noch weniger auf Dogmatik ankommen müsse.

1.4. Erste Folgerungen, insbesondere für die Prüfungsmethode

Nach den begrifflichen Abklärungen, insbesondere nach dem Stand der in der Schweiz freilich noch in den Anfängen steckenden wissenschaftlichen Diskussion, darf davon ausgegangen werden, daß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Tat drei Teilinhalte eigen sind (die Gebote der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn), die mit Rücksicht auf ihr unterschiedliches rechtsdogmatisches Fundament[106] auch in der Anwendung im Einzelfall möglichst sauber auseinanderzuhalten sind. Wie für die Schweiz namentlich A. WOLFFERS[107] hervorgehoben hat, stehen die drei Teilaspekte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jedoch keineswegs beziehungslos nebeneinander, sondern es besteht unter ihnen ein eigentümlicher sachlicher Zusammenhang. Im Vordergrund jeder Verhältnismäßigkeitsprüfung steht zunächst die Frage, ob das Gebot der Geeignetheit beachtet worden sei, d.h. ob der Eingriff überhaupt zwecktauglich bzw. im Hinblick auf das verfolgte Ziel – objektiv betrachtet – sinnvoll sei[108]. Dem Gebot der Geeignetheit ist mithin auch das Schikaneverbot zuzuordnen[109].

[104] So HOTZ, S. 83.
[105] S. 392.
[106] Vorne Ziff. 1.2.
[107] S. 298.
[108] Daß die Prüfung hiermit zu beginnen hat, scheint auch die Auffassung des Bundesgerichts zu sein: vgl. z.B. BGE 94 I 397–401 über die Rechtfertigung von Art. 6 Abs. 2 AFV betreffend die Voraussetzungen für die öffentliche Werbung für ausländische Anlagefonds; vgl. nunmehr auch BGE 103 Ib 130 (Geeignetheit eines vorübergehenden Ausschlusses von der Einfuhrberechtigung gemäß Schlachtviehverordnung).
[109] Vgl. dazu beispielsweise BGE 102 Ia 283 Erw. 2 a mit weiteren Hinweisen (Prüfung von freiheitsbeschränkenden Normen einer Gefängnisordnung).

Damit liegt der Schluß nahe, daß sich das Gebot der Geeignetheit sinngemäß mit dem in Art. 4 BV verankerten Willkürverbot deckt, das bekanntlich sowohl den Gesetzgeber bindet als auch im Bereich der Rechtsanwendung gilt. Dieses aus der Rechtsgleichheit fließende Verbot[110] ist – als Maxime für den Gesetzgeber – verletzt, wenn sich eine Norm nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen läßt und deshalb als sinn- und zwecklos erscheint[111]. Es soll mithin – allgemein gedeutet – Eingriffe ausschließen, die – am Kriterium der Zielkonformität gemessen – als kraß fehlerhaft erscheinen. Nicht zuletzt mit Rücksicht auf die begrifflich und dogmatisch geforderte Zurückhaltung, die sich der Richter insoweit bei der Prüfung aufzuerlegen hat[112], stellt sich deshalb ernsthaft die Frage, ob das Kriterium der Geeignetheit unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismäßigkeit nicht entbehrlich sei. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bildet die Geeignetheit jedenfalls Vorfrage[113] in dem Sinne, daß jede weitere Untersuchung zu unterbleiben hat, wenn die Geeignetheit verneint werden muß. Es verhält sich somit ähnlich wie beim Legalitätsprinzip, bei dessen Nichtbeachtung sich jede weitere Diskussion über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erübrigt, es sei denn, daß der Eingriff – etwa weil er auf die allgemeine Polizeiklausel gestützt werden kann – keiner gesetzlichen Grundlage bedarf[114]. Damit soll aber keineswegs gesagt sein, daß in der ersten Phase der Verhältnismäßigkeitsprüfung – jener unter dem Gesichtswinkel der Geeignetheit bzw. von Art. 4 BV im soeben skizzierten Sinn – eine oberflächliche Untersuchung genüge. Ob eine Maßnahme geradezu sinn- und zwecklos und damit willkürlich sei, ist gegenteils eine höchst schwierige Frage, die ein besonders feines Unterscheidungsvermögen voraussetzt und sorgfältiger Abklärungen bedarf[115], namentlich wenn Maßnahmekombinationen zu würdigen sind[116] oder wenn zum Entscheid

[110] Vgl. statt vieler WEBER-DÜRLER, namentlich S. 66ff., 122ff. und S. 137ff.

[111] Aus der vielfältigen Rechtsprechung: 100 Ia 212 b, 101 Ib 151 Erw. 4, 103 Ia 84 c.

[112] Siehe hinten Ziff. 3.2.

[113] So wohl auch J.F. AUBERT, Traité, no 1765, S. 635.

[114] Vgl. dazu beispielsweise BGE 90 I 29ff. (betreffend die Anordnung, sich für eine ärztliche Begutachtung in den Zustand derTrunkenheit zu versetzen), wo das Bundesgericht sich darauf beschränkte, das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage festzustellen, und auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verzichtete.

[115] Vgl. dazu GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 293.

[116] Vgl. z.B. VPB 40, 1976, Nr. 21, S. 91ff. sowie WOLFFERS, S. 301ff.

ein besonderes technisches Fachwissen vonnöten ist[117]. Es erstaunt deshalb nicht, daß nur eine spärliche Praxis zum Gebot der Geeignetheit besteht. Dieses muß jedoch wegen seiner in Art. 4 BV hinübergreifenden Tragweite den Ausgangspunkt jeder Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden. Die Gebote der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne kommen erst dann zum Tragen, wenn die Geeignetheit der Maßnahme bejaht werden kann, und sind demzufolge insoweit subsidiär. Unter ihnen besteht wiederum in dem Sinne eine Rangordnung, daß im Regelfall zunächst die – objektive – Erforderlichkeit zu untersuchen ist, bevor auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn eingegangen werden muß. Zwischen diesen Teilinhalten des Verhältnismäßigkeitsprinzips sind die Grenzen jedoch oft fließend, und es rechtfertigt sich gelegentlich auch eine umgekehrte Prüfung, namentlich im Schutzbereich der ideellen Freiheitsrechte.

Im folgenden wird aufgrund einer Sichtung der allgemein zugänglichen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zu ausgewählten Sachgebieten zu prüfen sein, welche Bedeutung den genannten, rechtstheoretisch begründeten drei Begriffselementen bzw. Teilinhalten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zukommt.

[117] Etwa bei Maßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitspolizei.

2. Darstellung des Prinzips nach der Praxis zu ausgewählten Sachgebieten

2.1. Einleitung

Angesichts der weitgehend kasuistischen, vielschichtigen Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Gerichts- und Verwaltungspraxis ergeben sich zwangsläufig Schwierigkeiten bei der systematischen Darstellung. Als von vorneherein unpraktikabel erscheint eine Aufgliederung der Praxis zu den Wirkungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Normenkontrolle einerseits und bei der Prüfung der rechtsanwendenden Hoheitsakte (Verfügungen) anderseits, weil eine solche, dogmatisch zwar interessante Bestandesaufnahme notwendigerweise unübersichtlich würde und zu vielfältigen Wiederholungen zwänge. Problematisch ist auch eine Gesamtschau, beruhend auf einer Unterteilung der Praxis «im Grundrechtsbereich» und zum «reinen Verwaltungsrecht» sowie zu den übrigen Rechtsgebieten. Verwaltungsrecht ist – wie bereits ausgeführt[118] – konkretisiertes Verfassungsrecht. Das bedeutet, daß jede Verwaltungsrechtsnorm verfassungskonform ausgelegt und angewendet werden muß[119]. Damit reicht der Grundrechtsschutz notwendigerweise ins Verwaltungsrecht hinein, was sich u.a. auch verfahrensrechtlich auswirkt, da mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäß Art. 97 ff. OG insbesondere auch die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte gerügt werden kann[120]. Wenig aussagekräftig ist sodann auch eine Unterteilung nach dem Begriffspaar Leistungsverwaltung/Eingriffsverwaltung, weil diese Begriffe keineswegs mehr gegensätzlich zu verwenden sind[121].

[118] Vgl. vorne Ziff. 1.1. a.E. und Anm. 25.

[119] Vgl. dazu namentlich Gygi, Mittelbare Verfassungsverletzung, insbes. S. 164 ff.; zur verfassungskonformen Auslegung nunmehr auch Klaus Stern, Staatsrecht, S. 111 ff.

[120] Vgl. statt vieler BGE 102 Ib 67, 103 Ib 146.

[121] Vgl. dazu Hans Huber, Verhältnismäßigkeit, S. 14 ff. mit weiteren Hinweisen.

Die Wahl eines rechtstheoretisch überzeugenden Darstellungskonzepts gleicht mithin der Quadratur des Zirkels. Unter diesen Umständen erscheint es als tunlich, vorab den Bedürfnissen des Praktikers Rechnung zu tragen und die Praxis zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach ausgewählten Sachgebieten darzustellen.

2.2. Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht

Wie das Bundesgericht in einem Auslieferungsfall[122] festgestellt hat, kommt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auch im Völkerrecht – vorab im Konfliktsrecht – die Bedeutung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu. So sind sog. *Repressalien* zwar grundsätzlich erlaubt. Sie dürfen jedoch in keinem auffälligen Mißverhältnis zu dem vom Gegner zugefügten Unrecht stehen, ansonst sie ihrerseits als sog. Repressalienexzesse völkerrechtswidrig werden[123]. – Im erwähnten Auslieferungsfall mußte das Vorliegen einer kraß unverhältnismäßigen, unmenschlichen Vergeltungsmaßnahme bejaht werden; diese bestand darin, daß der Auszuliefernde als Repressalie für ein vorgängig unter Geistlichen und deutschen Kriegsgefangenen in Rußland angerichtetes Blutbad während mehrerer Monate weit über 2000 Menschen, vorab gefangene kommunistische Funktionäre, wehrlose Frauen und Kinder umbringen ließ. – Im übrigen scheint der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch außerhalb des eigentlichen völkerrechtlichen Konfliktsrechts vermehrt aktuell zu werden. Man denke in diesem Zusammenhang etwa an die umstrittene Ausdehnung der Fischereizonen, deren Legitimität sehr wohl an den – völkerrechtlich zu konkretisierenden – Geboten der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn gemessen werden könnte[124]. Immerhin darf nicht übersehen werden, daß sich im Völkerrecht vorab Kollektivinteressen gegenüberstehen, weshalb die für die Beschränkungen der individuellen Freiheiten gel-

[122] BGE 92 I 108ff., insbes. 119f.: Auslieferung eines deutschen Kriegsverbrechers an die bundesdeutschen Justizorgane.

[123] BGE 92 I 119 und das dort erwähnte Schrifttum; vgl. auch ALFRED VERDROSS, Völkerrecht, 5. Aufl., Wien 1964, S. 426; ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, Universelles Völkerrecht, Berlin 1976, S. 653, sowie ANTOINE FAVRE, Principes du droit des gens, Fribourg 1974, S. 744.

[124] Vgl. dazu etwa den Hinweis bei VERDROSS/SIMMA, a.a.O. (Anm. 123), S. 654 Anm. 33.

tenden Kriterien nicht unbesehen aufs Völkerrecht übertragen werden dürfen.

2.3 Geltung im Bundesstaatsrecht und im kantonalen Staatsrecht

2.3.1. Bundesaufsicht und Bundeszwang

Steht die Nichteinhaltung zwingender bundesrechtlicher Vorschriften durch einen Kanton fest, so ist dessen Regierung zu ersuchen, Abhilfe zu schaffen. Kommt der Kanton dieser Aufforderung nicht nach, so hat der Bundesrat die erforderlichen Verfügungen zu treffen (Art. 102 Ziff. 2 und 13 BV). Im Rahmen dieser sog. Bundesexekution hat der Bundesrat nach der Praxis den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – hier in seiner Erscheinungsform als Gebot der Erforderlichkeit – zu beachten, d.h. er hat die zum Vollzug und zur Beachtung des Bundesrechts *nötigen* Anordnungen zu treffen[125]. Der Bundesrat wird sich namentlich dann größte Zurückhaltung auferlegen und das Gebot der Zweckangemessenheit besonders sorgfältig prüfen müssen, wenn der Einsatz von Truppen zu erwägen ist[126]. Geht es darum, durch Bundesaufsicht und Bundeszwang Ruhe und verfassungsmäßige Ordnung aufrechtzuerhalten, so wird sich die Erforderlichkeit der Maßnahmen (in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht) sinngemäß nach den gleichen Kriterien beurteilen, wie bei der Handhabung der allgemeinen Polizeiklausel[127].

2.3.2. Staatsschutz

Unser Staatswesen ist eine wertgebundene und abwehrbereite Demokratie, eine «streitbare» Demokratie[128] also, die nicht zu-

[125] Wie die Eidg. Justizabteilung beispielsweise bei der Überprüfung kantonaler Ausführungserlasse auf dem Gebiete der Forstpolizei erkannt hat: VEBB 1955 (Heft 25), Nr. 6, S. 28ff.; kritisch HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 22, der solche Fälle eher dem Gebot des bundesstaatlichen Maßhaltens und der Courtoisie zuordnen will; vgl. auch WALTHER BURCKHARDT, Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931, S. 684ff., sowie J.F. AUBERT, Traité, Nr. 804ff., S. 303ff, mit weiteren Hinweisen.

[126] So auch J.F. AUBERT, Traité, no 812, S. 305f.

[127] Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2.

[128] So die bundesdeutsche Terminologie; vgl. statt vieler KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 175ff. mit weiteren Hinweisen.

läßt, daß Verfassungsfeinde unter Berufung auf verfassungsmäßige Rechte die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen[129]. Ist die freiheitlich-demokratische Grundordnung in Gefahr, so erscheinen einschneidende Eingriffe in verfassungsmäßige Rechte als unumgänglich. Sie sind jedoch ganz besonders sorgfältig im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu überprüfen, zumal die Verwirkung von Grundrechten auf dem Spiele steht[130]. Das Bundesgericht hatte kürzlich Gelegenheit, sich unter dem Gesichtswinkel des strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes des Artikels 32 StGB mit diesem Problemkreis zu befassen, als die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bundesanwalts in Frage stand, der die Bewilligung zum Anbringen von Abhörgeräten – bestimmt zur Überwachung des Kongresses der Ligue marxiste révolutionnaire vom 4.–6. Mai 1973 in Epalinges – erteilte[131]. Das Bundesgericht erwog, der Bundesanwalt und der Chef der Bundespolizei hätten sich auf entsprechende Richtlinien des EJPD vom 30. April 1969 berufen können und verhältnismäßig gehandelt, weil sich kein weniger einschneidendes Mittel zur legitimen Informationsbeschaffung angeboten habe und die Abhörung – als Präventivmaßnahme zur Vermeidung strafbarer Handlungen – nach den gesamten Umständen geboten gewesen sei[132]. Diesem Urteil ist im Ergebnis und – über weite Strecken – auch in der Begründung zuzustimmen. Beizupflichten ist namentlich der Erkenntnis, daß sich Staatsschutzmaßnahmen der hier in Frage stehenden Art auf das sachlich und zeitlich *absolut Unumgängliche* zu beschränken haben und von der höchsten Stelle (Bundesanwalt) verfügt werden müssen, um vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz standzuhalten[133]. Beschränkung auf das unbedingt Notwendige bedeutet freilich nicht, daß durch Staatsschutzmaßnahmen (namentlich Überwachungsanordnungen) nur

[129] So BVerfGE 30, 1 insbes. 19ff.

[130] Vgl. dazu KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 166ff. sowie WALTER SCHMITT GLAESER, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 179, und DÜRIG in: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, Kommentar zum Grundgesetz, N. 44 zu Art. 18 GG.

[131] BGE 100 Ib 13ff.

[132] Vgl. zur Problematik von Eingriffen in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 2 GG) auch das viel kritisierte «Abhörurteil» des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 30, 1ff.; dazu namentlich DÜRIG, in: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, Kommentar zum Grundgesetz, N. 35ff. zu Art. 10 GG.

[133] BGE 100 Ib 17ff.

jener Personenkreis betroffen sein darf, der als dringend verdächtig erscheint; das Erforderlichkeitsgebot ist in personeller Hinsicht nicht verletzt, wenn Dritte in die Maßnahme einbezogen werden, sofern angenommen werden muß, daß sie von den Verdächtigen für ihre Zwecke eingesetzt werden[134]. Wo die Grenze zu ziehen sei, ist – wie das Bundesgericht mit Recht ganz allgemein festhält[135] – eine Frage des vernünftigen Maßes, das nicht ein für allemal definiert werden kann, sondern von Fall zu Fall nach den gesamten Begleitumständen zu umschreiben ist. So wird man den Organen des Staatsschutzes eine grössere Handlungsfreiheit einräumen müssen, wenn die äußere oder innere Sicherheit des Staates als besonders aktuell und schwer gefährdet erscheint, namentlich wenn es gilt, terroristischen Gewaltakten zuvorzukommen. Dabei liegt es in der Natur der Sache, daß die Gebote der (objektiven) Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn in einen schier unlösbaren Konflikt geraten können. Im Grundrechtsbereich dürfte in diesem Zusammenhang wohl die Kerngehaltsgarantie als praktisch einzige Schranke für staatliche Eingriffe wirken. Wie es sich damit verhält, wäre freilich noch näher zu prüfen – vorab im Lichte eines realistischen, institutionellen Grundrechtsverständnisses. Jedenfalls muß von den zuständigen Behörden verlangt werden, daß sie ungeachtet der sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit von Staatsschutzmaßnahmen versuchen, die zum Handeln zwingende rechtliche und tatsächliche Gesamtsituation umfassend zu würdigen und dabei eine besonders sorgfältige Güterabwägung vorzunehmen, weil Staatsschutzmaßnahmen notwendigerweise diskret und präventiv wirken müssen und nur eine beschränkte nachträgliche Rechtskontrolle möglich ist. Wohl ist richtig, wenn das Bundesgericht ausführt[136], den im Rahmen ihrer Amtspflicht und innerhalb der für sie verbindlichen, vernünftigen Verwaltungsinstruktionen handelnden Behörden müsse ein der Rechtskontrolle entzogener Ermessensspielraum zugestanden werden. Der dabei verwendete Satz, wonach man von den Polizeiorganen nicht verlangen könne, daß ihre Tätigkeit «toujours exactement proportionnée aux circonstances» sei, erscheint – für sich allein betrachtet – jedoch als mißverständlich und gefährlich[137]. Daß Behör-

[134] BVerfGE 30, 1ff.
[135] BGE 100 Ib 18.
[136] BGE 100 Ib 18.
[137] Vgl. dazu die Kritik von Jacques Meylan in RDAF 32/1976, S. 9 Ziff. 37.

den in Erfüllung ihrer Amtspflicht handeln, ist kein Kriterium für die Verhältnismäßigkeit. Unter dem Gesichtswinkel der strafrechtlichen Verantwortlichkeit beurteilt sich diese im übrigen nicht notwendigerweise gleich wie beim Entscheid darüber, ob der Staat schadenersatzpflichtig geworden sei. Die erwähnte, doch eher beiläufige Bemerkung des Bundesgerichts darf deshalb nicht überbewertet werden[138].

2.3.3. Wahl- und Abstimmungsrecht

2.3.3.1. Ungültigerklärung von Wahlen

War ein Wahlverfahren mangelhaft, etwa weil einem einzelnen Wähler gegenüber der Grundsatz der geheimen Stimmabgabe mißachtet wurde, so kassiert das Bundesgericht die Volkswahl nach ständiger Rechtsprechung nur dann, wenn die festgestellten Unregelmäßigkeiten das Wahlergebnis beeinflußt haben könnten[139]. Insoweit legt das Bundesgericht seinem Entscheid eine vernünftige, retrospektive Prognose zugrunde. Liegt eine unzulässige Beeinflussung der Wähler vor und war diese geeignet, das Wahlergebnis zu verfälschen, so bedeutet dies jedoch nicht notwendigerweise, daß die Wahl vollumfänglich kassiert werden muß. Läßt sich die unzulässige Einflußnahme auf einen bestimmten Wahlkreis und innerhalb desselben auf einzelne Kandidatenlisten lokalisieren – wie dies bei den Gemeinderatswahlen 1970 für den Wahlkreis Zürich 8 der Fall war –, so verstieße es nach Auffassung des Bundesgerichts «gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Verwaltungseingriffen», die Ergebnisse im betroffenen Wahlkreis generell ungültig zu erklären; vielmehr genüge es, die Wahlresultate der Kandidaten jener Liste zu kassieren, die unerlaubten Machenschaften ausgesetzt war[140]. Dabei wendet das Bundesgericht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

[138] Vgl. dazu im übrigen auch die Praxis zu Art. 9 Abs. 2 GG (Auflösung von Vereinigungen, die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten), z.B. BVerwGE 37, Nr. 63, wo erkannt wurde, daß eine ihrem Wesen nach unbedenkliche Vereinigung nicht schon deshalb aufgelöst werden darf, wenn sie teilweise eine verfassungsfeindliche Tätigkeit entfaltet, sofern diese mit einem milderen Verwaltungsmittel wirksam verhindert werden kann. Vgl. dazu auch MAUNZ in: MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, Kommentar zum Grundgesetz, N. 59ff. zu Art. 9 GG.

[139] BGE 102 Ia 268f.; 98 Ia 78, 614; 97 I 662ff. mit weiteren Hinweisen.

[140] BGE 97 I 659ff., insbes. S. 667f. = ZBl 73, 1972, S. 121ff.

offenbar in seiner Erscheinungsform als Gebot der Erforderlichkeit an, und zwar sinngemäß als Kriterium für die Abwägung *öffentlicher* Interessen. Damit erhält der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine durchaus atypische Tragweite. Die sehr differenzierten Überlegungen des Bundesgerichts lassen jedenfalls erkennen, daß das Prinzip namentlich im Verhältniswahlverfahren nicht leicht zu handhaben ist und im Einzelfall sorgfältig geprüft werden muß, ob und gegebenenfalls wie eine Wiederholung der fehlerhaften Wahl auf einzelne Wahlkreise beschränkt werden kann, ohne das Wahlergebnis neuerdings zu verfälschen[141]. Im Zweifel dürfte es sich jedenfalls rechtfertigen, auf eine allzu feine Erforderlichkeitsprüfung zu verzichten und sich bei den Anweisungen für die Nachwahl vorab vom Prinzip leiten zu lassen, daß der Bürger von Verfassungs wegen Anspruch darauf hat, daß kein Wahl- und Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen des Stimmbürgers zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt[142]. Der Gewährleistung der freien, demokratischen Meinungsäußerung an der Urne kommt m.E. größeres Gewicht zu, als der «Verhältnismäßigkeit» von organisatorischen Anordnungen für eine Wahlwiederholung. Daß solche Nachwahlen allemal unbefriedigend sind, läßt sich auch durch eine dogmatisch fragwürdige Anrufung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht beschönigen. In solchen Fällen geht es immer darum, von mehreren Übeln das geringste zu wählen und in Würdigung aller Begleitumstände schlicht vernünftig zu entscheiden.

2.3.3.2. Wahl- und Abstimmungspropaganda auf öffentlichem Grund

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es zulässig, jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung des öffentlichen Grundes zu politischen Zwecken der Bewilligungspflicht zu unterstellen[143]. Die Bewilligungsvoraussetzungen sind jedoch am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen, wobei auf den ideellen Gehalt des in Frage stehenden Freiheitsrechts

[141] BGE 97 I 667f.

[142] Vgl. z.B. BGE 102 Ia 268 Erw.3, 98 Ia 78 Erw.3, 621 Erw.4 mit Verweisungen.

[143] Vgl. statt vieler BGE 102 Ia 53 mit weiteren Hinweisen; vgl. im übrigen die Ausführungen zu den politischen Rechten, zur Meinungsäußerungsfreiheit und zur Versammlungsfreiheit, hinten Ziff. 2.6.

Rücksicht zu nehmen ist[144]. Nach diesen Grundsätzen haben sich auch Vorschriften und Verfügungen über die Plakatwerbung im Vorfeld von Abstimmungen und Wahlen zu richten. Diese Werbung bildet zwar Bestandteil der Wahl- und Abstimmungsvorbereitung in der Demokratie. Sie darf jedoch aus polizeilichen (vorab verkehrspolizeilichen) Gründen, aber auch zur Gewährleistung anderer öffentlicher Interessen[145] beschränkt werden, etwa dadurch, daß dafür bestimmte, die gewünschte Publikumswirksamkeit berücksichtigende Anschlagstellen und Standplätze vorgeschrieben oder geeignete Vorkehren zum Schutze von kunsthistorischen Stätten vor zeitweiliger Verschandelung getroffen werden, ohne die Interessen der Werbenden übermäßig zu beschränken[146]. Das Maß der zulässigen Beschränkung hängt wesentlich von den örtlichen Verhältnissen ab. Brauchbare Anhaltspunkte ergeben sich aus der Praxis zur Meinungsäußerungsfreiheit[147].

2.4. Allgemeine Bedeutung im Polizeirecht

2.4.1. Polizeibegriff und Verhältnismäßigkeit

Traditionsgemäß kommt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vor allem im Polizeirecht Bedeutung zu. Doktrin und Praxis verstehen unter Polizei vorab die staatliche Gefahrenabwehr zwecks Herstellung oder Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit[148]. Wesentliches Merkmal dieses klassischen Polizeibegriffs ist mithin die Gefahrenabwehr zum Schutze der Polizeigüter, womit – formelhaft – die öffentliche Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit und Treu und Glauben im Geschäftsverkehr bezeichnet werden[149]. Wie namentlich ANDREAS JOST[150] und ETIENNE GRISEL[151] nachgewiesen haben[152],

[144] BGE 102 Ia 53.
[145] Dazu allgemein BGE 102 Ia 53 mit Hinweisen.
[146] Vgl. dazu auch die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in BVerwGE 47, Nr. 42f.
[147] Vgl. hinten Ziff. 2.6.
[148] Vgl. dazu statt vieler JOST, S. 15 und dortige Zitate.
[149] JOST, S. 25 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch TH. FLEINER, Grundzüge, S. 128f.
[150] S. 20ff., 67ff.
[151] La définition de la police, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der

wurde dieser Polizeibegriff durch die neuere Gerichtspraxis wesentlich erweitert, indem ihm auch sozialgestaltende Elemente zugeschrieben wurden. Damit wurde er als Kriterium für die Umschreibung zulässiger Eingriffe in verfassungsmässig gewährleistete Freiheitsrechte vollends untauglich, wie das Bundesgericht im Grundsatzentscheid *Griessen* (BGE 97 I 504ff.) unter dem Gesichtswinkel der Handels- und Gewerbefreiheit feststellen mußte. Jedenfalls läßt sich gestützt auf die neuere Gerichtspraxis, aber auch in Würdigung der modernen spezialpolizeilichen Gesetzgebung mit Grund die Auffassung vertreten, es sei weitgehend unmöglich geworden, den Polizeibegriff mit Hilfe des Kriteriums der negativen Gefahrenabwehr abzugrenzen[153]. Es ist hier nicht der Ort, um die Diskussion über einen brauchbaren Polizeibegriff weiterzuführen. Wesentlich ist jedoch,

- daß der klassische Polizeibegriff nichts Wesentliches darüber auszusagen vermag, ob und gegebenenfalls wie weit in grundrechtliche Freiheiten eingegriffen werden darf,
- daß das moderne Polizeirecht ausgesprochen dynamische Lebensbereiche erfaßt und den sich vermehrt verändernden Bedürfnissen der Allgemeinheit (Rechtsgemeinschaft) Rechnung zu tragen hat, weshalb es sich von vorneherein nicht an einem scheinklaren Polizeibegriff auszurichten vermag.

Dem Polizeirecht obliegt die Bewältigung eines der Hauptprobleme des freiheitlichen Rechtsstaates, jenes der Ordnungsbildung zum Wohle der Rechtsgemeinschaft[154]. Soll es dabei nicht scheitern, so ist die Zulässigkeit freiheitsbeschränkender Regelungen und Anordnungen an offenen, wandelbaren Kriterien zu messen, die sowohl vom Gesetzgeber, als auch von der Verwaltung und vom Richter eine von dogmatischen Vorurteilen befreite Betrachtungsweise erheischen und die Gewähr dafür zu bieten vermögen, daß das Polizeirecht den Anforderungen eines institutionellen Grundrechtsverständnisses entspricht[155].

Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der Schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 91ff.

[152] Vgl. auch SALADIN, Grundrechte, S. 343ff.

[153] Vgl. dazu namentlich JOST, S. 110ff.

[154] So GYGI, Grundfragen, S. 142f.

[155] Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964, S. 92ff.; SALADIN, Grundrechte,

Damit tritt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ins Zentrum der Überprüfung von polizeirechtlichen Regelungen und Anordnungen[156]. In seiner Erscheinungsform als Gebot der Erforderlichkeit verbürgt er bei sorgfältiger Anwendung recht eigentlich die freiheitliche Rechtsetzung[157] und macht die starre begriffliche Abgrenzung zwischen Gefahrenabwehr und Sozialgestaltung entbehrlich[158]. Gerade auf dem Gebiete des Polizeirechts bedarf der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einer vertieften Analyse, zumal uns das Prinzip in der Praxis in höchst vielfältiger Ausprägung begegnet.

2.4.2. Generalklausel

Das Bundesgericht umschreibt die polizeirechtliche Generalklausel als Befugnis der Exekutive, ohne spezielle gesetzliche Grundlage die erforderlichen Maßnahmen – Notverfügungen oder Notverordnungen – zu treffen, um die unmittelbar, schwer und direkt bedrohte öffentliche Ordnung und Sicherheit aufrechtzuerhalten oder – im Falle der bereits erfolgten Störung – wiederherzustellen[159]. Diese generelle Kompetenz zur Abwehr dringender Gefahr ergibt sich aus dem ungeschriebenen Verfassungsrecht[160] und schränkt die Ausübung der verfassungsmäßigen Rechte in legitimer Weise ein[161]. In diesem Sinne ist die Generalklausel denn auch von der herrschenden Lehre als verfassungsrechtlich unbedenklich anerkannt[162]. Allerdings läßt sich nicht bestreiten, daß die Generalklausel insoweit einen Einbruch

S. 346ff., sowie JOST GROSS, Die persönliche Freiheit des Patienten, Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 446, Bern 1977, S. 57ff.

[156] Das hat namentlich JOST, S. 86ff., nachgewiesen; gleicher Meinung auch JOST GROSS, a.a.O. (Anm. 155), S. 57; siehe auch BGE 96 I 226 mit Verweisungen.

[157] So GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 370f.; gleicher Meinung JOST, S.92.

[158] JOST, S. 100.

[159] BGE 83 I 118; 88 I 176; 91 I 327; 92 I 31ff.; 94 I 142; 95 I 347; 98 Ia 211; 100 Ia 146; 103 I a 310ff.

[160] BGE 98 I a 211 mit Hinweisen; 103 I a 310ff.

[161] So nunmehr ausdrücklich BGE 103 I a 310ff.

[162] Vgl. die bei JOST, S. 119 Anm. 699, und TH. FLEINER, Grundzüge, S. 128 zitierten Autoren, sowie namentlich SALADIN, Grundrechte, S. 348f.; für das deutsche Recht statt vieler: DREWS/WACKE/VOGEL, S. 269ff.

in die Rechtsstaatlichkeit darstellt, als sie von der strikten Beachtung des Legalitätsgrundsatzes entbindet. Daraus ergibt sich zwingend die Verpflichtung, von der Generalklausel nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch zu machen. Als Notbehelf ist sie somit in dem Sinne *subsidiär* als

- sie nur dann zur notrechtlichen *Rechtsetzung* durch die Verwaltung ermächtigt, wenn dringende und unerläßliche Ordnungsaufgaben im Bereich einer traditionellen Bewertung der Rechtsgüter, namentlich der Polizeigüter anstehen[163], und
- sie notrechtliches polizeiliches *Einschreiten im Einzelfall* von vorneherein nur dann zuläßt, wenn die vorhandenen spezialgesetzlichen Grundlagen zur Abwendung der konkreten, direkten und unmittelbaren Gefahr nicht ausreichen[164].

Diese *Subsidiarität* ergibt sich unmittelbar aus dem *rechtsstaatlichen Prinzip* und knüpft an am Erfordernis einer schweren, unmittelbaren, konkreten, aktuellen Gefährdung der Polizeigüter, die nicht anders als durch sofortiges notrechtliches Eingreifen der Behörden abgewendet werden kann. Es besteht deshalb kein Grund, sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuzuschreiben.

Sind die Voraussetzungen für ein notrechtliches, auf die Generalklausel gestütztes behördliches Einschreiten mittels Notverordnung oder Notverfügung gegeben, so kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch überragende Bedeutung zu. Weil das Störerprinzip, das nach dem Gesagten vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu unterscheiden ist[165], in solchen Fällen durchbrochen werden darf[166], bildet das Erfordernis der Proportionalität – neben dem Willkürverbot – allein Gewähr für verfassungsmäßiges staatliches Handeln. Mit Recht haben Praxis und Lehre deshalb seit jeher gefordert, daß im Anwendungsbereich der po-

[163] Jost, S. 120f. mit weiteren Hinweisen auf das Schrifttum.

[164] In diesem Sinne ausdrücklich BGE 100 Ia 144ff, wo das Bundesgericht die aus verkehrspolizeilichen Gründen gestützt auf die Generalklausel angeordnete Verlegung einer Benzintankstelle innert Monatsfrist als verfassungswidrig aufhob und die kantonalen Behörden anwies, die Maßnahme im Lichte von Art. 3 Abs. 4 SVG zu überprüfen (vgl. dazu Hans Huber in ZBJV 111, 1975, S. 379f.); siehe auch BGE 94 I 138ff.

[165] Siehe vorne Ziff. 1.2.3.

[166] Jost, S. 70 mit zahlreichen Hinweisen, sowie Hans Mathys, Zum Begriff des Störers im Polizeirecht, Diss. Zürich 1974, S. 11ff., und BGE 103 I a 313ff.

lizeilichen Generalklausel *strenge* Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen seien. Im Vordergrund steht das Gebot der Erforderlichkeit im Sinne der *Unerläßlichkeit* staatlichen Eingreifens, und zwar sowohl im Rahmen der Rechtsetzung (Erlaß von Notverordnungen) als auch beim direkten Eingriff durch notrechtliche Verfügungen[167]. Besonders sorgfältig ist dabei jeweils das *Mindestmaß in sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht* zu konkretisieren, was um so größere Schwierigkeiten bereitet, je kurzfristiger die Exekutive zum Handeln gezwungen ist, zumal Wesentliches auf die einfache Durchführung und die rasche Wirksamkeit ankommt und im Rahmen der Güterabwägung regelmäßig auch innert kürzester Frist dem inneren Gehalt der jeweils betroffenen Freiheitsrechte differenziert Rechnung getragen werden muß. Gefordert wird damit nichts weniger, als daß gleichsam gestützt auf eine Momentaufnahme der konkreten Gefahrensituation sofort die *richtige* Maßnahme getroffen wird, die einerseits einschneidend genug ist, um den Polizeizweck wirksam zu gewährleisten, und anderseits im Lichte des vielschichtigen Erforderlichkeitsgebots den mildesten Eingriff bewirkt und erst noch das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wahrt. Wie schwierig es ist, diese Aufgabe im konkreten Notfall rechtsstaatlich befriedigend zu lösen, zeigt eindrücklich eine Würdigung des Verhaltens der Berner Regierung, die in jüngster Zeit mehrmals von Verfassungs wegen dazu berufen war, durch verhältnismäßige Notstandsanordnungen die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Südjura zu gewährleisten, und zwar u.a. durch ein notrechtliches, zeitlich und örtlich beschränktes Versammlungsverbot[168]. Bei aller Ehrfurcht vor der Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Notrechtsbereich ist in diesem Zusammenhang vor einer allzu perfektionistischen Betrachtungsweise zu warnen. Wohl muß von der Exekutive verlangt werden, daß sie unter allen Gesichtspunkten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes größtmögliche Sorgfalt walten läßt. Ebenso ist der Verfassungsrichter gehalten, notrechtliches Verhalten im Anfechtungsfall rückhaltlos zu prüfen[169]. Wie das Bundesgericht mit Recht erkannt hat[170], darf diese freie und umfas-

[167] JOST, S. 90, 92 und 119ff.; BGE 103 I a 310ff.
[168] Vgl. dazu den bereits mehrfach zitierten BGE 103 I a 310ff.
[169] Vgl. zur Justiziabilität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinten Ziff. 3.
[170] BGE 103 I a 315ff.

sende Prüfung durch den Verfassungsrichter jedoch nicht dergestalt in Besserwisserei ausarten, daß dieser seine – von der konkreten Gefahrensituation losgelöste und demnach auf veränderten tatsächlichen Grundlagen beruhende – Würdigung der Notlage bedenkenlos der Einschätzung durch die verfügende Behörde substituiert. Gerade im Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel erscheint es als unerläßlich, der zur Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes berufenen Instanz ein gewisses Auswahlermessen einzuräumen. Davon kann und muß sie Gebrauch machen, wenn sie ihrer vorrangigen Verpflichtung zum notrechtlichen Schutz der Polizeigüter genügen will. Sie handelt nur dann unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig, wenn sie dieses Ermessen rechtsfehlerhaft ausübt, wofür das Bundesgericht den Ausdruck «Ermessensmißbrauch» verwendet[171]. Das bedeutet indessen keineswegs, daß sie dabei geradezu in Willkür verfallen muß; ein Ermessensfehler liegt vielmehr schon dann vor, wenn sie die Gefahrensituation – aus der damaligen Optik – erkennbar überschätzt und demzufolge, verständlich zwar, aber eben doch in objektiver Verkennung der Gegebenheiten, zweckunangemessene Mittel einsetzt, nicht aber wenn sie aufgrund einer realistischen, vernünftigen Würdigung der Begleitumstände in guten Treuen Maßnahmen trifft, die – in der Rückschau – möglicherweise entbehrlich gewesen wären. Wer einer solchen Relativierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips opponiert, verkennt meines Erachtens das Wesen der Generalklausel als Garant einer verfassungsmäßigen Minimalordnung und damit einer wohlverstandenen Rechtsstaatlichkeit und leistet letztlich dem Grundrechtsmißbrauch Vorschub.

Diese Überlegungen machen deutlich, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel – trotz seiner überragenden Bedeutung – keinen absoluten Schutz vor Ritzung der Grundrechte – namentlich der ideellen – bietet, daß er den sich laufend verändernden Verhältnissen entsprechend notwendigerweise vielschichtig und wandelbar ist und daß seine Konkretisierung allemal ausgesprochen kasuistisch geprägt sein wird. Sind gestützt auf die polizeiliche Generalklausel *repressive* Maßnahmen zur *Wiederherstellung* der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu treffen, wie beispielsweise bei Tumulten im Gefolge von provokativen Demonstratio-

[171] Zur Terminologie insbes. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 152ff.; DERSELBE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 292f.; siehe auch hinten Ziff. 3.2.

nen, so beurteilt sich die Erforderlichkeit der Eingriffsmittel vorab nach der sog. *Stufentheorie*[172], die eine bestimmte Reihenfolge der ins Auge gefaßten Vorkehren vorschreibt: So hat dem Schußwaffengebrauch, der seinerseits im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur sehr differenziert praktiziert werden darf[173], regelmäßig der Einsatz eines Wasserwerfers oder von Tränengas vorauszugehen, welche Mittel ihrerseits erst zulässig sind, wenn die vorgängige, entsprechende Warnung und der Befehl, sich zu zerstreuen, erfolglos geblieben sind[174]. *Nicht* dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuzurechnen ist jedoch m.E. die Verpflichtung, von *generellen,* d.h. jedermann betreffenden polizeilichen Freiheitsbeschränkungen abzusehen, wenn zur Wahrung und Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung *individuelle* Polizeimaßnahmen genügen[175]: diese Maxime ist dem spezifisch polizeilichen Störerprinzip zuzuordnen[176].

2.4.3. Spezialpolizei

2.4.3.1. Rechtsetzung

Es ist ein Merkmal unserer Gesellschaftsordnung, daß sie in hohem Maße regelungsbedürftig geworden ist, d.h. daß das geordnete Zusammenleben in der Industriegesellschaft vermehrt durch den Erlaß generell abstrakter Polizeinormen gewährleistet werden muß[177]. Ein Blick in die Polizeigesetzgebung von Bund

[172] Vgl. vorne Ziff. 1.2.3.

[173] Vgl. dazu ALFRED DIETEL/KURT GINTZEL, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24. Juli 1953, 5., überarb. Aufl., Köln 1977, N. 36ff. zu § 15, S. 122f., sowie etwa BayVerfGH 21, 1968, Nr. 6, wonach Polizeibeamte auf fliehende Anstaltsinsassen nur schießen dürfen, um sie angriffs- und fluchtunfähig zu machen, mit der wohl nicht leicht zu beachtenden Einschränkung, daß auf Häftlinge, die bloß eine Arreststrafe verbüßen, überhaupt nicht geschossen werden darf... Im gleichen Urteil wird verlangt, daß dem gezielten Schuß ein Warnschuß und diesem ein Warnruf vorauszugehen hat; vgl. auch H. A. MÜLLER, S. 27ff.

[174] Vgl. dazu H. R. SCHWARZENBACH, Haftet das Gemeinwesen für Schäden aus Tumulten und Terrorakten?, ZBl 77, 1976, S. 225ff., insbes. S. 240.

[175] So z.B. BGE 78 I 306; siehe dazu auch URS GUENG, Zur Haftungskonkurrenz im Polizeirecht, ZBl 74, 1973, S. 257ff., insbes. S. 268ff.

[176] Vgl. dazu vorne 1.2.3. sowie insbes. JOST, S. 70ff.; BGE 102 Ib 206ff., sowie BGE 103 I a 313ff.

[177] JOST, S. 78ff.

und Kantonen zeigt, daß sich der Gesetzgeber stets aufs neue der anspruchsvollen Aufgabe zuzuwenden hat, bestimmte Handlungen und Zustände als gefährlich zu erkennen und zum Wohle der Rechtsgemeinschaft bestimmten, verbindlichen Regelungen zu unterstellen, um auf diese Weise die verfassungsmäßigen Freiheitsrechte in einer sich ändernden Umwelt zu sichern. Man denke beispielsweise an die äußerst vielschichtige Rechtsetzung auf den Gebieten des Gewässerschutzes, der Gesundheitspolizei und des Straßenverkehrs. Es liegt in der Natur der Sache, daß sich der Gesetzgeber dabei nicht auf die bloße klassische Gefahrenabwehr beschränken kann, sondern notwendigerweise sozialgestaltend wirken muß[178]. Dabei kommt der Präventivpolizei zunehmende Bedeutung zu[179]. Die dynamische Entwicklung der Gesellschaft und ihrer Bedürfnisse, aber insbesondere der technische und wissenschaftliche Fortschritt gestatten es dem Gesetzgeber jedoch nur in den seltensten Fällen, spezialpolizeiliche Materien in einem Gesetz im formellen Sinne umfassend, sachlich überzeugend und praktikabel zu ordnen. Im Regelfall hat sich der Gesetzgeber vielmehr darauf zu beschränken, spezialpolizeiliche Rahmengesetze zu erlassen und die Ausgestaltung im einzelnen dem Verordnungsrecht vorzubehalten. Dabei kommt der sachgerechten und klaren Umschreibung des Verordnungsinhalts größte Bedeutung zu. Zu fordern ist insbesondere, daß der Rechtsetzungsauftrag für gesetzesergänzende und gesetzesvertretende Verordnungen[180] nach Inhalt, Ziel und Umfang möglichst klar definiert wird[181]. Erscheint eine sozialpolitische, im Sinne der abstrakten Gefahrenabwehr erlassene Norm jedoch unter allen maßgebenden Gesichtspunkten als verfassungs- und gesetzmäßig, so schließt sie im Anwendungsfall den Nachweis mangelnder konkreter Gefährdung aus[182].

Im Lichte dieser soeben skizzierten Besonderheiten spezialpolizeilicher Rechtsetzung ergibt sich für die Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der abstrakten und konkreten *Normenkontrolle* kein einheitliches Bild: Auszugehen ist zwar von der nunmehr unbestrittenen Maxime, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch und gerade im speziellen Polizei-

[178] Dies hat namentlich Jost, S. 78ff., nachgewiesen.
[179] Vgl. Jost, S. 73ff. mit weiteren Hinweisen.
[180] Vgl. z.B. die Lebensmittelverordnung SR 817.02.
[181] Vgl. dazu Jost, S. 82 und dort zitierte Autoren.
[182] Vgl. hinten Ziff. 2.4.3.2.

recht, zumal im Bereich der Präventivpolizei, vorab den Gesetzgeber (im materiellen Sinn) bindet, der dem Gehalt des allfällig betroffenen, verfassungsmäßigen Freiheitsrechts besondere Beachtung schenken soll. So bedarf es namentlich für präventivpolizeiliche, generell-abstrakte Beschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit des Nachweises einer besonders aktuellen und schwerwiegenden Gefährdung der Polizeigüter[183], wogegen für entsprechende Eingriffe in die «wirtschaftlichen» Freiheitsrechte, namentlich in die Handels- und Gewerbefreiheit, weniger hohe Anforderungen zu stellen sind[184]. Ebenso erscheint es als theoretisch unanfechtbar, die Verhältnismäßigkeit jener spezialpolizeilichen Verordnungsbestimmungen besonders streng zu prüfen, die auf weitgefaßten Delegationsnormen beruhen[185]. Es besteht indessen keine Gewähr dafür, daß jede spezialpolizeiliche Rechtsetzung dergestalt den Geboten der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn genügt. Einer – theoretisch – umfassenden gerichtlichen Normenkontrolle unterliegen lediglich *kantonale* Polizeierlasse[186], während die entsprechende Überprüfung von bundesrechtlichen Bestimmungen durch die Art. 113 Abs. 3 und 114bis Abs. 3 BV begrenzt wird, sich demzufolge nur auf Rechtsverordnungen erstreckt[187] und davon abhängt, ob die Delegationsnorm nicht selber unverhältnismäßig sei[188]. Hinzu kommt, daß es der Kassationshof des

[183] Vgl. z.B. BGE 96 I 586ff., ZBl 77, 1976, S. 36ff., insbes. S. 40ff.; siehe auch ZBl 78, 1977, S. 357ff. zur Pressefreiheit (generelle Bewilligungspflicht für den Straßenverkauf von Zeitungen); zum ganzen Problemkreis: CHRISTOPH STALDER, Preferred Freedoms – das Verhältnis der Meinungsäußerungsfreiheit zu den anderen Grundrechten, Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 447, Bern 1977, insbes. S. 122ff.; siehe auch hinten Ziff. 2.6.2.

[184] Vgl. z.B. die Rechtsprechung zur Einführung der Bewilligungspflicht für bestimmte gewerbliche Tätigkeiten; siehe hinten Ziff. 2.4.4.1.

[185] So ausdrücklich BGE 97 I 642f.

[186] Vgl. z.B. BGE 96 I 699ff. (unzulässiges Verbot durchgestrichener Preise für angepriesene Waren – sog. prix barrés – in einem kantonalen Gesetz; vgl. dazu aber neuestens die Botschaft zur Teilrevision des UWG vom 16. November 1977, BBl 1978 I, S. 161ff. insbes. S. 170 und S. 174, die insoweit eine differenzierte bundesrechtliche Lösung vorschlägt); BGE 101 Ia 481ff. und 99 Ia 504ff. (Erlasse über die Ausübung der Straßenprostitution); BGE 101 Ia 484ff. (Ladenschlußvorschriften); BGE 103 Ia 169ff. (Verordnung über die generelle Bewilligungspflicht für das Waffentragen).

[187] Vgl. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 139f.

[188] Vgl. statt vieler BGE 103 Ib 139 Erw. 4 a zu Art. 21 der Tierseuchenverordnung (SR 916.401); BGE 101 Ib 143ff. zu Art. 9 der Ausverkaufsordnung (SR 241.1) und BGE 94 I 392ff., insbes. 397 zu Art. 6 Abs. 2 der Vollzie-

Schweizerischen Bundesgerichts vor kurzem erneut abgelehnt hat, die Verfassungsmäßigkeit – und damit die Verhältnismäßigkeit – einer Verordnungsbestimmung (Art. 3a VRV über die Verpflichtung, Sicherheitsgurten zu tragen) im Rahmen einer eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde gemäß Art. 268ff. BStP zu überprüfen[189]. Anderseits ist heute anerkannt, daß jede Rechtsetzungsermächtigung verfassungskonform auszulegen ist[190]. Für die hier interessierende Normenkontrolle bedeutet dies folgendes: Im Rahmen der anerkannten Auslegungsgrundsätze – ausgehend vom Wortlaut und Sinn – ist zunächst zu prüfen, ob die für den Verfassungsrichter verbindliche bundesrechtliche Delegationsnorm es überhaupt gestattet, verhältnismäßige Verordnungsbestimmungen zu erlassen. Ist dies der Fall, so ist die entsprechende, in einer Rechtsverordnung enthaltene spezialpolizeiliche Norm voll überprüfbar, d.h. der Verordnungsgeber hat das Verhältnismäßigkeitsprinzip streng zu beachten, widrigenfalls die Bestimmung entweder im reinen Normenkontrollverfahren (soweit ein solches überhaupt zulässig ist)[191] aufgehoben wird oder im Einzelfall keine Rechtswirkungen zu entfalten vermag[192]. Der Prüfung von (unselbständigen) Rechtsverordnungen des Bundesrats unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismäßigkeit geht jedoch stets die Gesetzmäßigkeitsprüfung voraus, d.h. das Bundesgericht untersucht zunächst, ob sich die Verordnung in den Grenzen der dem Bundesrat im Gesetz eingeräumten Befugnisse halte[193]. In prozessualer Hinsicht ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz daher subsidiär. Ist seine Beachtung jedoch zu überprüfen (weil die Gesetzmäßigkeit der Verordnung bejaht werden kann) und überprüfbar (weil das Bundesgesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen), so muß verlangt werden, daß das Bundesge-

hungsverordnung zum BG über die Anlagefonds (SR 951.311); weitere Praxisbelege bei HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 25 Anm. 96.

189 Urteil vom 2. September 1977 i.S. *Favre* sinngemäß wiedergegeben in NZZ Nr. 284 vom 3./4. Dezember 1977, S. 35.

190 Vgl GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 140; IMBODEN/RHINOW, Nr. 24 B, S. 153ff.; HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 25 (mit weiteren Hinweisen) sowe KLAUS STERN, Staatsrecht, S. 111ff.; aus der Judikatur statt vieler BGE 97 I 299 mit Verweisungen.

191 Vgl dazu GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 68.

192 z.B. BGE 97 I 334 Erw. 3 a.E.; vgl. zum Verhältnis zwischen abstrakter und konkreter Normenkontrolle im übrigen GYGI, Mittelbare Verfassungsverletzung, S. 168ff.

193 Vgl statt vieler BGE 101 Ib 73 Erw. 2, 144; 103 Ib 139 Erw. 4a.

richt dem verfassungsmäßigen Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rahmen einer vernünftigen Kognition[194] rigoros Nachachtung verschafft, indem es all seine Erscheinungsformen (Gebot der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn) würdigt und die fragliche Verordnungsbestimmung daran mißt. Die aus dem Bedürfnis nach eingehender Detaillierung und leichter Abänderbarkeit sich ergebende Zunahme von spezialpolizeilichem Verordnungsrecht erfordert ein Gegengewicht. Dieses kann nur durch eine besonders sorgfältige Prüfung der Verfassungsmäßigkeit solcher Verordnungsbestimmungen gebildet werden, wenn kein rechtsstaatliches Defizit entstehen soll[195]. Im Vordergrund steht dabei naturgemäß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, namentlich das Gebot der Erforderlichkeit, das nach dem Gesagten recht eigentlich eine freiheitliche Rechtsetzung gewährleisten soll[196]. Das Bundesgericht macht es sich deshalb wohl zu leicht, wenn es bei der Überprüfung von unselbständigen Rechtsverordnungen, vorab aus dem Landwirtschaftsrecht, gleichsam stereotyp feststellt, der Bundesrat trage die Verantwortung für die Zweckmäßigkeit – gemeint ist offenbar in erster Linie die Opportunität – einer Verordnungsbestimmung, weshalb es darüber nicht zu befinden habe, sondern nur zum Eingreifen verpflichtet sei, wenn sich die verordnete Regelung nicht auf ernsthafte Gründe stützen lasse, sinn- und zwecklos sei oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen treffe, für die sich ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht finden lasse[197]. Ebenso fragwürdig ist es, wenn sich das Bundesgericht in diesem Zusammenhang hinter dem «Ermessen» des Verordnungsgebers verschanzt, das man ohnehin besser mit «Gestaltungsfreiheit» bezeichnen sollte. Wie der Bundesrat als Rechtsetzer hat sich das Bundesgericht vielmehr mit allen drei Erscheinungsformen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu befassen. Unter dem Gesichtswinkel der *Geeignetheit* ist zunächst die Zwecktauglichkeit der fraglichen Regelung zu prüfen, und zwar ist diese – wie das Bundesgericht sinngemäß richtig erkannt hat – zu verneinen, wenn der Richter nach dem Ergebnis der Prozeßinstruktion feststellen muß, daß die angefochtene Ordnung in der Tat sinn- und zwecklos ist und mithin ein Akt gesetzgeberischer

[194] Vgl. hinten Ziff. 3.2.
[195] Vgl. JOST, S. 92ff. insbes. 99; GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 298.
[196] Siehe vorne Ziff. 2.4.1.
[197] Vgl. z.B. BGE 103 Ib 140; 99 Ib 169.

Willkür vorliegt. Wie A. WOLFFERS[198] mit Recht bemerkt, kann diese Untersuchung sehr anspruchsvoll sein, vorab wenn die Zwecktauglichkeit von Fragen abhängt, deren Beantwortung technisches Fachwissen voraussetzt. Insoweit bedeutet es indessen m.E. keine Kapitulation vor den Experten, wenn das Gericht sich darauf beschränkt, nur beim Vorliegen solcher Fehlleistungen einzuschreiten, die im Rahmen einer justizmäßigen Überprüfung klar erkennbar sind, denn der Sinn des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes besteht gerade nicht darin, den Richterstaat zu fördern[199]. Als überzeugend erscheint demnach die folgende, einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts[200] entnommene Umschreibung der Eignungsprüfung im Rahmen der *Normenkontrolle:*

«Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Tauglichkeit einer Maßnahme ist entscheidend, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, daß mit der ergriffenen Maßnahme seine Vorstellungen verwirklicht werden könnten. Daß seine Prognose bei der Beurteilung wirtschaftspolitischer Zusammenhänge sachgerecht und vertretbar war, darf vom Bundesverfassungsgericht nur dann verneint werden, wenn die Maßnahme bei Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes eindeutig als zweckuntauglich festgestellt werden könnte...»

Da das Kriterium der Geeignetheit für sich allein ohnehin nicht ausreicht, um über die Verhältnismäßigkeit einer Regelung zu befinden[201], besteht jedenfalls kein Grund, strenger zu sein. – Ähnliche Überlegungen, allerdings unter dem Gesichtswinkel der Zweck*angemessenheit,* sind beim Gebot der *Erforderlichkeit* am Platz. Obwohl diesem gerade im Spezialpolizeirecht größte Bedeutung zukommt, wäre es verfehlt, dem zur Normenkontrolle berufenen Richter zuzumuten, die sich stellenden Fragen, die sehr weitgehend reine Ermessensfragen sind, genausogut oder gar besser beantworten zu sollen, als beispielsweise der Bundesrat, der ja nicht zuletzt wegen der besonderen Fachkenntnisse seiner Departemente zum Erlaß einer vollziehenden, gesetzesergänzenden oder gesetzesvertretenden Verordnung berufen ist. Daher erscheint es als geboten, das Maß der richterlichen Normenkontrolle auch hier vom Justiziabilitätsgrad der zu regelnden Materie abhangen zu lassen. Entscheidend ist demnach,

[198] S. 303.
[199] Siehe dazu namentlich HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 26, sowie HANS SCHNEIDER, S. 397 ff.
[200] BVerfGE 39, 230 f.
[201] Siehe vorne Ziff. 1.4.

ob der Richter – aufgrund intensiver und umfassender Beschäftigung mit der Problematik – gleichermaßen wie der Bundesrat in der Lage ist, nach dem Willen des Gesetzgebers über die Notwendigkeit des fraglichen Eingriffs zu entscheiden, analog zur neueren Rechtsprechung über die Anwendung und Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe[202]. Bei sachgerechter Handhabung dieses Kriteriums besteht auch kein Grund zur Befürchtung, daß damit dem unerwünschten Richterstaat Vorschub geleistet wird. Es versteht sich, daß die Erforderlichkeit von vorab sozialgestaltenden Regelungen in erster Linie vom Verordnungsgeber zu beurteilen ist und der Richter keine gleichermaßen umfassende Regelungszuständigkeiten beanspruchen darf. Damit besteht hinreichend Gewähr für eine angemessene gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit, ohne daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Bereich der Normenkontrolle zur bloßen Leerformel werden muß. – Was schließlich die Überprüfung der *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn* anbelangt, so ist zu beachten, daß der Polizeigesetzgeber im Interesse der Praktikabilität auf feine Differenzierungen oft verzichten muß, weshalb Polizeivorschriften, die im Hinblick auf ihren Schutzzweck rechtsgleich und verhältnismäßig ausgestaltet sind, die Normadressaten unterschiedlich hart treffen[203]. Diese Besonderheit spezialpolizeilicher Normen läßt es als angezeigt erscheinen, dem Gesetz- und Verordnungsgeber auch im Bereich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, d.h. der Zumutbarkeit für den Rechtsunterworfenen, einen Gestaltungsspielraum einzuräumen, welcher der Normenkontrolle durch den Richter Grenzen setzt. Auch hier bedeutet richterliche Zurückhaltung freilich nicht bloß summarische Prüfung, sondern sachgerechte, auf sorgfältige Güterabwägung gründende Selbstbeschränkung im Interesse der Rechtsstaatlichkeit.

Prüft man, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verfassungsmäßigkeit von Verordnungen diesen Anforderungen genüge, so findet man in den Erwägungen zahlreicher Urteile zwar Wendungen, die den Schluß nahe legen könnten, das Bundesgericht werde seiner Aufgabe nicht gerecht. Würdigt man aber, was im konkreten Fall tatsächlich untersucht wurde, und bemüht man sich, den dabei angestellten Überlegungen vorurteilslos zu folgen, so fällt das Urteil bereits milder aus. So überprüfte das

[202] z.B. BGE 101 Ib 181 f. zur Auslegung des Begriffs «abonnierte Zeitungen und Zeitschriften» gemäß Art. 58 PVV (SR 783.01).
[203] Vgl. dazu JOST, S. 93 ff.

Bundesgericht beispielsweise durchaus überzeugend und umfassend, ob die in Art. 6 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung zum AFG vorgesehene Bewilligungspflicht für die öffentliche Werbung ausländischer Anlagefonds gesetz- und verfassungsmäßig sei[204], oder ob die in Art. 9 der Ausverkaufsordnung vorgesehene Beschränkung auf zwei jährliche Sonderverkäufe vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz standhalte[205]. Wünschbar ist freilich, daß die Rechtsprechung zur Überprüfung der Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit von Verordnungen des Bundesrats mit jener zur entsprechenden Kontrolle von kantonalen Erlassen sinngemäß koordiniert wird, denn wird der Bundesrat in der Delegationsnorm nicht zum Abweichen von der Verfassung ermächtigt, so besteht kein sachlicher Grund für unterschiedliches richterliches Eingreifen im Rahmen der Normenkontrolle. Insbesondere ginge es nicht an, den kantonalen Gesetzgeber – bei analoger Gestaltungsfreiheit – strenger auf die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verpflichten als den Bundesrat oder gar die ihm untergeordneten Departemente.

In seiner *Geltung dem Gesetzgeber gegenüber* erweist sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz somit als äußerst anspruchsvoll. Die Problematik reicht weit über das Polizeirecht hinaus und beschlägt sämtliche legitimen Anwendungsbereiche des Prinzips. Für den *Gesetzgeber* (im weitesten Sinn) ist die Verhältnismäßigkeit Richtmaß für freiheitsbeschränkende Anordnungen und damit gleichsam Exponent der betroffenen Privatinteressen. Sie verpflichtet den Gesetzgeber zur sorgfältigen, sachgerechten, vernünftigen, konkreten Güterabwägung bei der Erfüllung seiner Aufgabe, zum Wohl der Rechtsgemeinschaft jene Normen aufzustellen, die für eine geordnete, moderne Gesellschaft notwendig sind. In diesem – und nur in diesem Sinn – kann die Verhältnismäßigkeit *Rechts*grundsatz sein, der auch den Gesetzgeber zu binden vermag. Insbesondere ginge es fehl, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Maxime für *staatliches Maßhalten schlechthin* zu deklarieren, denn damit würde er – wie bereits Hans Huber mit Recht festgestellt hat[206] – absolut kontur- und schrankenlos und letztlich überhaupt nicht mehr richterlich überprüfbar. Justiziabilität ist jedoch Grundvoraussetzung für jedes ver-

[204] BGE 94 I 392ff.
[205] BGE 101 Ib 143ff; vgl. auch BGE 100 Ib 485 (Verfassungsmäßigkeit von Art. 25 und 28 der Forstpolizeiverordnung, SR 921.01).
[206] Verhältnismäßigkeit, S. 25f.

fassungsmäßige Prinzip, das diesen Namen verdienen soll. Ebenso unerläßlich ist es, die *Grenzen der richterlichen Normenkontrolle* zu erkennen, wenn eine unerträgliche Gewichtsverschiebung vom Gesetzgeber auf den Richter vermieden werden soll. Wie das Bundesgericht in seiner pragmatischen Rechtsprechung zur Normenkontrolle sinngemäß zu Recht erkannt hat, muß dem Gesetzgeber grundsätzlich ein bestimmtes Mindestmaß an Gestaltungsfreiheit zuerkannt werden. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, diese Gestaltungsfreiheit in eigener Verantwortung wahrzunehmen; der Richter hat sie zu respektieren, ist jedoch gehalten, ihre Grenzen jeweilen aufgrund einer sorgfältigen und im Grundrechtsbereich umfassenden Güterabwägung festzulegen. Die Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Bereich der Normenkontrolle gehört daher unzweifelhaft zu den schwierigsten Aufgaben des Verfassungsrichters.

2.4.3.2. Rechtsanwendung

Spezialpolizeierlasse enthalten notwendigerweise generell-abstrakt wirkende Normen und sind – ihrer Zweckbestimmung (abstrakte Gefahrenabwehr) entsprechend – bis zu einem gewissen Grad schematisch. Genügen sie den verfassungsmäßigen Anforderungen, d.h. sind sie ihrerseits verhältnismäßig, so folgt aus dem Legalitätsprinzip, daß sie auch dann anzuwenden sind, wenn im Einzelfall keine konkrete Gefährdung der geschützten Polizeigüter besteht[207]. Erscheint es beispielsweise als legitim, eine bestimmte Tätigkeit der Bewilligungspflicht zu unterstellen, weil es erforderlich und verhältnismäßig ist, auf diese Weise eine präventive polizeiliche Überwachung zu gewährleisten, so ist die Vorschrift über die Bewilligungspflicht auf jeden anzuwenden, auf den sie nach ihrem Wortlaut und Sinn zutrifft, unbekümmert darum, ob im konkreten Fall eine Gefährdung des öffentlichen Wohls nachgewiesen ist[208]. Beim Vollzug spezialpolizeilicher Erlasse wirkt sich dieser Grundsatz insbesondere auch auf die Tragweite des Verhältnismäßigkeitsprinzips aus. Ist die anzuwendende Norm als solche nicht zu beanstanden, so fordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bloß, daß sie im konkreten Fall *rich-*

[207] Vgl. JOST, S. 81 mit weiteren Hinweisen.

[208] So z.B. ein Urteil des zürcherischen Verwaltungsgerichts betreffend die Bewilligungspflicht für das Aufstellen und den Betrieb von Getränkeautomaten, ZBl 69, 1968, S. 217ff.

tig, ihrem Sinn und Zweck entsprechend angewendet wird[209]. Das heißt, daß die mit dem verbindlichen Sinn übereinstimmende Auslegung und Rechtsanwendung nicht im Einzelfall aus Rücksicht auf die Verhältnismäßigkeit unterbleiben darf, wenn der Gesetzgeber zum Zwecke der abstrakten Gefahrenabwehr eine Regelung getroffen hat, die auch den fraglichen, konkreten Sachverhalt erfaßt und den verfügenden Behörden bei der Anordnung der gesetzlich gebotenen Polizeimaßnahme keinerlei Spielraum für ein Auswahlermessen zuerkennt. Zwei Beispiele aus der jüngsten Gerichtspraxis mögen dies illustrieren:

- im ersten Fall war umstritten, ob ein Süßstoff den Anforderungen von Art. 80 Abs. 3 lit. d der Lebensmittelverordnung[210] genüge, um als diätetisches Lebensmittel zum Vertrieb zugelassen zu werden. Das Bundesgericht verneinte dies in Bestätigung des angefochtenen Beschwerdeentscheids des Departements des Innern, indem es den generell-abstrakt normierten Schutzzweck der erwähnten Bestimmung konkretisierte. Gestützt darauf verwarf es den Einwand der Beschwerdeführerin, die Nichtzulassung des Produkts verstoße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, weil mit erläuternden Hinweisen jede konkrete Täuschungs- oder Verwirrungsgefahr vermieden werden könne. Das Bundesgericht stellte dabei klar, daß allein wesentlich sei, ob ein Lebensmittel den richtig ausgelegten Vorschriften der Lebensmittelverordnung entspreche und daß diese Vorschriften selber geeignet und erforderlich seien, um dem Gesetzeszweck zu dienen[211];
- im zweiten Fall war zu entscheiden, ob einer Großverteilerorganisation zugemutet werden dürfe, für eine Verkaufsstelle, die Pflanzen- und Schädlingsbekämpfungsmittel der Giftklassen 3 und 4 führt, eine Bewilligung zum Verkehr mit Giften (Bewilligung C) gemäß Art. 7/8 des Giftgesetzes[212] einzuholen. Das Bundesgericht bejahte dies unter tunlicher Berücksichtigung der Vollzugsvorschriften zum Giftgesetz. Damit war dem Einwand, die Verpflichtung sei im konkreten Fall unverhältnismäßig, weil nach den besonderen Gegebenheiten nicht unbedingt erforderlich, der Boden entzogen[213].

[209] Jost, S. 91; Hotz, S. 141f; Hans Schneider, S. 403.
[210] SR 817.02.
[211] BGE 103 Ib 237 Erw. 5; zum Grundsätzlichen auch BGE 100 Ib 98f.
[212] SR 814.80.
[213] BGE 103 Ib 231 Erw. 6.

Diese Beispiele machen deutlich, daß das Legalitätsprinzip dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorgeht, wenn die Anwendung von verfassungsmäßigen, freiheitsbeschränkenden Normen im Einzelfall umstritten ist. Dieser Maxime kommt eine über das klassische Polizeirecht weit hinausreichende Bedeutung zu und muß insbesondere auch im Grundrechtsbereich gelten, wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht überdehnt werden soll. Es geht nicht an, die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs gleichsam doppelt (zunächst im Rahmen der Normenkontrolle und anschließend bei der Anwendung der als verfassungs- und gesetzmäßig bezeichneten Vorschrift im Einzelfall) zu überprüfen[214], wenn der Gesetzgeber die Eingriffsvoraussetzungen *abschließend* umschrieben hat. Anderseits muß gefordert werden, daß der Gesetzgeber eine hinreichend differenzierte Ordnung aufstellt und unbeabsichtigten Härten bei der Anwendung im Einzelfall durch Sondernormen tunlichst vorbeugt, beispielsweise dadurch, daß er die Erteilung von Ausnahmebewilligungen (Dispensen) vorsieht[215]. Das Korrektiv zum Vorrang des Legalitätsprinzips beim Vollzug besteht somit darin, daß dem Betroffenen unbenommen bleiben muß, die angewandte Norm selber als zu starr und damit als unverhältnismäßig, d.h. verfassungswidrig zu rügen.

2.4.4. Die Polizeibewilligung im besonderen

2.4.4.1. Einführung der Bewilligungspflicht

Nach dem Gesagten ist es vorab Sache des Gesetzgebers, die zur Gefahrenabwehr bestimmten Vorkehren zu bezeichnen. Dabei stehen ihm verschiedene Möglichkeiten offen. Geht es um die Normierung einer bestimmten, als gefährlich erachteten Tätigkeit, so stehen vier Kategorien von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen zur Debatte:

- der Gesetzgeber kann sich darauf beschränken, bestimmte Vorschriften über die Art und Weise der Ausübung einer Tätigkeit zu erlassen, für eine entsprechende behördliche Kontrolle zu sorgen und für den Fall auftretender Polizeiwidrigkeiten Sanktionen vorzusehen (Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt in Verbindung mit repressiven Maßnahmen);

[214] So auch HANS SCHNEIDER, S. 402ff.

[215] Vgl. dazu JOST, S. 81 und das dort erwähnte Schrifttum, sowie GRABITZ, S. 613 und die dort zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

- er kann die fragliche Tätigkeit der generellen Bewilligungspflicht unterstellen (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) und der latenten Gefahr auf diese Weise vorbeugend (präventiv) begegnen;
- er kann besonders gefährliche Tätigkeiten dem Gemeinwesen vorbehalten, wenn dieses allein Gewähr für einen hinreichenden Schutz der Polizeigüter zu bieten vermag (Schaffung eines sog. Polizeimonopols) oder
- er kann die Tätigkeit mit Rücksicht auf die ihr innewohnende, unerträgliche Gefährdung überhaupt verbieten[216].

Richtschnur für die Handhabung dieses Instrumentariums ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in allen drei Erscheinungsformen (Gebot der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn). Es versteht sich, daß die Einführung der Bewilligungspflicht – als klassisches Mittel der präventiven Gefahrenabwehr – die Freiheit des einzelnen im Regelfall stärker beschränkt als Vorschriften, die für den Fall polizeiwidrigen Verhaltens Sanktionen vorsehen[217]. Die Bewilligungspflicht darf mithin nur dann eingeführt werden, wenn sich der damit verfolgte polizeiliche Schutzzweck nicht durch eine weniger einschneidende Freiheitsbeschränkung erreichen läßt. Was gewerbliche Tätigkeiten anbelangt, so besteht dazu eine reiche höchstrichterliche Praxis, wobei das Bundesgericht regelmäßig die Handels- und Gewerbefreiheit zu konkretisieren hat[218]. Es kann nicht der Sinn des vorliegenden Referats sein, an dieser Stelle einen vollständigen Überblick über die schweizerische Rechtsprechung zu geben. Allgemein darf jedoch festgestellt werden, daß das Bundesgericht regelmäßig eine sorgfältige Güterabwägung vornimmt, indem es namentlich das dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz innewohnende Prinzip der Stufenfolge berücksichtigt, dem Polizeigüterschutz einen hohen Stellenwert zuerkennt und die Einführung der Bewilligungspflicht recht großzügig zuläßt[219]. Dies wohl zu Recht, denn die stürmische

[216] Vgl. zum Instrumentarium für polizeiliche Beschränkungen statt vieler HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 98ff.

[217] GRABITZ, S. 612f.; JOST, S. 76ff.

[218] Vgl. dazu namentlich HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 103ff. mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; SALADIN, Grundrechte, S. 243ff., sowie das französischsprachige Referat von P. A. MÜLLER.

[219] Vgl. z.B. BGE 100 Ia 169ff. mit weiteren Hinweisen sowie BGE 103 Ia 259ff. (Bewilligungspflicht für die Ausübung des Berufs einer Kosmetikerin); vgl. in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung zur Frage des Verkaufs von

Entwicklung der letzten Jahre – eigentliche Ursache für eine differenzierte Normierung des Polizeirechts – läßt es als durchaus vernünftig erscheinen, in diesem Bereich vermehrt zum Mittel der präventiven Gefahrenabwehr zu greifen. Dabei sind freilich zwei Vorbehalte am Platz: Daß die Einführung der Bewilligungspflicht eine besonders bequeme Kontrolle des aus polizeilichen Gründen zu beaufsichtigenden Gewerbes erlaubt, genügt nicht, um sie ohne weiteres als verfassungsmäßig erscheinen zu lassen; zu prüfen ist vielmehr, ob das gleiche Ziel – eine angemessene Kontrolle der gewerblichen Tätigkeit – nicht auch durch repressive Vorkehren erreicht werden könnte[220]. Unabdingbar ist ferner, daß das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt *im einzelnen* dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht, d.h. daß die *Voraussetzungen* für die Bewilligungserteilung den Geboten der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn Rechnung tragen[221].

Wird – gemessen am Subsidiaritätsprinzip – die Zulässigkeit des polizeilichen Handelns bejaht, so kommt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip eine doppelte Bedeutung zu: Es ist, wie soeben ausgeführt, zunächst Maßstab für die Einführung der polizeilichen *Bewilligungspflicht als solcher,* bestimmt jedoch darüber hinaus – und dies ist besonders wichtig – die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der *Bewilligungserteilung.* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist Garant dafür, daß das Instrument des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt zu keinem andern Zweck eingesetzt wird als zu jenem der präventiven Gefahrenabwehr. Das bedeutet, daß jede einzelne, normierte Voraussetzung für die Bewilligungspflicht verhältnismäßig sein muß, wobei umso strengere Anforderungen an den Bewerber gestellt werden dürfen, je wichtiger das zu schützende Rechtsgut ist[222]. So geht es beispiels-

Vitamintabletten durch Großverteilerorganisationen: BGE 99 Ia 370ff. und ZBl 75, 1974, S. 177ff; gegenteilig: Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich, abgedruckt in ZBl 74, 1973, S. 361ff.; zur Praxis in der Bundesrepublik BVerfGE 39 Nr. 45.

[220] So auch HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 99; vgl. auch BGE 99 Ia 393, wo sich das Bundesgericht auf die Feststellung beschränkte, die Bewilligungspflicht sei ein angemessenes Mittel, um eine gewerbepolizeiliche Aufsicht durchführen zu können, und verstoße deshalb als notwendige Maßnahme nicht gegen die Handels- und Gewerbefreiheit; im Ergebnis ist dieses Urteil (Bewilligungspflicht für den Betrieb von B-Taxis) jedoch nicht zu beanstanden.

[221] So auch GRABITZ, S. 612.

[222] HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 100.

weise nicht an, die Erteilung einer Polizeibewilligung generell von der Leistung einer Kaution für die Deckung von Schäden (als Folge allfälliger Güterverletzungen) abhängig zu machen[223]. Ebenso unzulässig dürfte es sein, als Voraussetzung für die Erteilung einer Taxihalterbewilligung zu verlangen, daß sich der Sitz des Unternehmens in einem bestimmten Kanton befinde, wenn sich dieses Erfordernis gewerbepolizeilich nicht begründen läßt[224]. – Unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismäßigkeit muß sodann gefordert werden, daß dem Bewilligungsbewerber gestattet wird, den gegebenenfalls geforderten Nachweis ausreichender Fachkenntnisse auf andere Weise zu erbringen, als es die zuständige Fachinstanz gemeinhin verlangt, sofern an der Gleichwertigkeit des Befähigungsausweises kein Zweifel bestehen kann. So entschied das Bundesgericht beispielsweise zu Recht, daß der Bewerber für die Weinhandelsbewilligung den Nachweis genügender Kenntnisse im Sinne des BRB vom 12. Mai 1959 über den Handel mit Wein auch durch andere Ausweise erbringen könne als durch das Abschlußzeugnis eines Monatskurses einer Weinfachschule[225]. Diese «Austauschmöglichkeit» besteht freilich dann nicht, wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Fähigkeitsausweis ausdrücklich vorschreibt und diese Vorschrift im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als zulässig erscheint[226]. – Kritisch zu prüfen sind endlich Bestimmungen, die *befristete* Polizeibewilligungen vorsehen. Ist eine periodische Überprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen nicht erforderlich, so verstößt eine Befristung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Verletzung des Gebots der Erforderlichkeit)[227].

[223] BGE 70 I 234 Erw. 6 mit weiteren Hinweisen; siehe auch Hans Marti, Wirtschaftsfreiheit, S. 100. Im übrigen müssen auch Kautionen, sofern sie grundsätzlich zulässig sind, verhältnismäßig sein, d.h. sie dürfen «nicht weitergehen, als auf die Sicherstellung solcher Schädigungen, für die nach der maßgebenden objektiven Rechtsordnung grundsätzlich Schadenersatz geleistet werden muß» (BGE 98 Ia 372); vgl. dazu auch Imboden/Rhinow, Nr. 114 B III.

[224] Unrichtig deshalb wohl BGE 99 Ia 393 ff.; vgl. dazu die begründete Kritik von Hans Huber in ZBJV 110, 1974, S. 439 f.

[225] BGE 103 Ib 43.

[226] Vgl. über Sinn und Grenzen der aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sich ergebenden Austauschbefugnis Jost, S. 89 f.

[227] So auch Hans Marti, Wirtschaftsfreiheit, S. 100 f.

2.4.4.2. Nebenbestimmungen zu Polizeierlaubnissen

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, Polizeierlaubnisse unter bestimmten Umständen mit Nebenbestimmungen (Bedingungen und Auflagen) zu verbinden[228]. Durch die *Auflage* wird dem Bewilligungsempfänger ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben. Eine *Bedingung* liegt vor, wenn das Wirksamwerden oder Erlöschen der Bewilligung von einem Ereignis abhängig gemacht wird, dessen künftiges Eintreten ungewiß ist. Bei der Suspensivbedingung bleibt der bewilligte Zustand oder die bewilligte Tätigkeit solange verboten, bis die Bedingung erfüllt ist; bei der Resolutivbedingung ist die bewilligte Tätigkeit oder der bewilligte Zustand von dem Zeitpunkt an widerrechtlich, in dem der Bedingungsfall eintritt. Als Beispiele für Resolutivbedingungen können der *Widerrufsvorbehalt* und der *Beseitigungssrevers* gelten.

Solche Nebenbestimmungen, die – wie die Polizeierlaubnis selber – dem Legalitätsprinzip entsprechen müssen[229], sind unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deshalb geboten, weil keine Bewilligung verweigert und kein Verbot ausgesprochen werden darf, wenn die Gefährdung mittels Auflage oder Bedingung ausgeschlossen werden kann. So darf eine Kiesausbeutungsbewilligung beispielsweise nicht verwehrt werden, wenn die Nutzung keine wesentlichen Interessen des Landschaftsschutzes verletzt und einer «Verkraterung» des Geländes durch geeignete Auflagen entgegengewirkt[230] oder einem gefährlichen Zustand durch die Auflage, die entstehenden Grundwasserteiche einzuzäunen, begegnet werden kann[231]. Von erheblicher praktischer Bedeutung sind Auflagen sodann auf dem Gebiete des öffentlich-rechtlichen Immissionsschutzes[232] und der Gewerbepolizei[233].

[228] IMBODEN/RHINOW, Nr. 39, Nr. 37 B V; A. GRISEL, Droit administratif, S. 197f.; JOST, S. 89; DREWS/WACKE/VOGEL, S. 238ff.

[229] Vgl. IMBODEN/RHINOW, Nr. 39 B III a; A. GRISEL, Droit administratif, S. 198.

[230] Vgl. z.B. ZBl 75, 1974, S. 299ff. (Verwaltungsgericht Aargau).

[231] BGE 91 I 148ff.

[232] Vgl. z.B. ZBl 70, 1969, S. 121ff. (bauliche Auflagen für Pferdestallungen), ZBl 72, 1971, S. 536ff. und BVR 1977, S. 181 (Immissionsschutz bei Dancing-Betrieben), BayVGH 22, 1969, Nr. 13 (Betrieb von Autowaschanlagen), BVerfGE 31, Nr. 3 (Kegelbahnen).

[233] z.B. BGE vom 14. November 1975 i.S. *Carl Geisser & Co* (n. publ.), wo die Verpflichtung, importiertes Material zur Herstellung von Starkstromanlagen durch die Firma des Importeurs zu kennzeichnen, für zulässig erklärt wurde.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbietet jedoch Nebenbestimmungen, die entbehrlich oder sachfremd sind. So dürfte es beispielsweise sachwidrig sein, eine Kiesausbeutungsbewilligung mit der Auflage zu verknüpfen, das Material nur mit betriebseigenen Camions und Chauffeuren abzuführen[234]. Als unverhältnismäßig kann unter bestimmten Umständen auch die Verpflichtung zum Erstellen von Parkplätzen erscheinen[235]. Ebenso darf mit einer Baubewilligung eine Auflage zur Abwendung künftiger Störungen nur verknüpft werden, wenn diese mit der Benützung des Gebäudes sehr wahrscheinlich verbunden sind[236]. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schützt sodann insbesondere auch vor sachwidrigen *Reversen*. Gegenüber der Verweigerung einer Baubewilligung stellen diese zwar den milderen Eingriff dar und sind deshalb ohne weiteres verhältnismäßig. Der Beseitigungsrevers darf aber keinem anderen Zweck dienen als demjenigen, der mit der Verweigerung der Baubewilligung verfolgt würde[237].

2.4.4.3. Ausnahmebewilligungen

Ausnahmebewilligungen bezwecken, Härten, Unbilligkeiten und Unzulänglichkeiten zu vermeiden, die sich aus der strikten Rechtsanwendung ergeben können[238]. Besonders im Spezialpolizeirecht kommt dem Institut der Ausnahmebewilligung erhebliche Bedeutung zu. Auch die Erteilung von Ausnahmebewilligungen ist jedoch vom Legalitätsprinzip beherrscht, was bedeutet, daß damit zwar die allgemeine Regel, nicht aber der Sinn des Gesetzes durchbrochen werden darf und daß die Ausnahmebe-

[234] Vgl. BGE 100 Ia 294ff., wo die Frage jedoch nicht geprüft werden mußte (Vollzugsmaßnahme).

[235] Vgl. BGE 99 Ia 75ff.; siehe auch BGE 97 I 799ff., sowie ZBl 74, 1973, S. 159ff. (Pflicht zur Leistung einer angemessenen Ersatzabgabe statt Verpflichtung, Parkplätze selber zu erstellen).

[236] Rechenschaftsbericht Verwaltungsgericht Zürich 1969, Nr. 62, S. 75; vgl. auch ZBl 77, 1976, S. 164ff. (unzulässige Auflagen für den Alkoholausschank in einer Snackbar, die einem Hallenbad angegliedert ist).

[237] BGE 99 Ia 482ff., insbes. 488f., sowie 101 Ia 188ff., insbes. 192; siehe aber auch ZBl 70, 1969, S. 399 (Beispiel für einen unzulässigen Revers: sachwidrige Begünstigung des Gemeinwesens im Enteignungsfall); zur Problematik allgemein: IMBODEN/RHINOW, Nr. 39 B VI, sowie Nr. 37 B V mit weiteren Hinweisen.

[238] Vgl. statt vieler IMBODEN/RHINOW, Nr. 37, sowie für das Baupolizeirecht insbesondere ERICH ZIMMERLIN, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 1977, N 6ff. zu § 155.

willigung im fraglichen Erlaß ausdrücklich vorgesehen werden muß, vorzugsweise durch eine Verbindung von unbestimmten Gesetzesbegriffen und Ermessensermächtigungen. Aus dem Legalitätsprinzip folgt, daß bei der *Rechtsanwendung* nicht unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Ausnahme vom Gesetz begehrt werden kann, wenn der Gesetzgeber diese «Wohltat» nicht vorgesehen hat[239]. Das bedeutet freilich nicht, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip in diesem Zusammenhang keinerlei Wirkungen zu entfalten vermag. Wie bereits ausgeführt[240], wird es auch dadurch konkretisiert, daß der Gesetzgeber gegebenenfalls verpflichtet ist, Ausnahmen von einer generalisierenden Regelung vorzuschreiben, insbesondere, wenn der Einbezug eines Sonderfalls in eine allgemeine Norm, beispielsweise über die Bewilligungsvoraussetzungen, für den Betroffenen eine unzumutbare Härte bedeuten würde und damit gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verstoßen würde[241]. In diesem Fall richtet sich die Kritik jedoch nicht gegen die Rechtsanwendung, sondern gegen die angeblich zu starre *Rechtsetzung als solche,* wobei der Richter auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers Rücksicht zu nehmen hat[242].

Sieht der Gesetzgeber ausdrücklich vor, daß beim Vorliegen besonderer Verhältnisse eine Ausnahmebewilligung erteilt werden kann, so ist es bekanntlich eine Rechtsfrage, ob die Voraussetzungen des Dispenses im konkreten Fall gegeben sind (Auslegung und Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe). Ich halte es jedoch für überflüssig, im Zusammenhang mit der dabei gebotenen Güterabwägung das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu bemühen, denn es geht nicht vorab darum, den geringstmöglichen, noch gerade zumutbaren Eingriff zu definieren, sondern im Vordergrund steht – wie bereits erwähnt – die fallbezogene Konkretisierung, d.h. *richtige* Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen, die bereits begrifflich eine den Sinn des Gesetzes wahrende umfassende Interessenabwägung erfordert und durchaus nicht nur auf die privaten Interessen des Bewerbers, sondern allenfalls auch auf solche eines Dritten Rücksicht zu nehmen hat[243]. Die Interessenabwägung bei der Erteilung von Ausnah-

[239] Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.3.2.
[240] Vgl. vorne Ziff. 2.4.3.1.
[241] GRABITZ, S. 613.
[242] Vgl. vorne Ziff. 2.4.3.1.
[243] Namentlich bei Nachbarbeschwerden im Baupolizeirecht, vgl. z.B. BGE 99 Ia 140ff.

mebewilligungen generell dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuzuordnen, würde meines Erachtens zu einer fragwürdigen Ausweitung dieses Prinzips führen, indem es bei einer solchen Betrachtungsweise gleichsam auch «Drittwirkungen» zu entfalten vermöchte und als Kriterium für die Abwägung von gegenläufigen Privatinteressen herhalten müßte. Ebenso unnötig ist es meines Erachtens, das Verhältnismäßigkeitsprinzip dafür verantwortlich zu erklären, daß gegebenenfalls ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Ausnahmebewilligung besteht, auch wenn sie der Gesetzgeber in einer bloßen «Kann-»Vorschrift vorgesehen hat[244]. Daß die Erteilung von Ausnahmebewilligungen nicht im Belieben der Bewilligungsbehörde steht, ergibt sich aus dem wohlverstandenen Sinn des gesetzlich normierten Dispenses selber und bedarf keiner zusätzlichen Rechtfertigung durch einen verfassungsmässigen Leitgrundsatz[245].

Inwieweit Ausnahmebewilligungen mit Nebenbestimmungen verknüpft werden dürfen, beurteilt sich nach den gleichen Kriterien wie bei den gewöhnlichen Polizeibewilligungen[246].

2.4.5. Polizeimonopole

Reicht die Einführung der Bewilligungspflicht nicht aus, um wirksame präventive Gefahrenabwehr zu betreiben, so ist die fragliche Tätigkeit entweder zu verbieten oder – als mildere Maßnahme – dem Gemeinwesen vorzubehalten. Wählt der Gesetzgeber diese letztere Methode der Gefahrenabwehr, so schafft er ein sog. Polizeimonopol, das vor der Verfassung – im Lichte der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 Abs. 2 BV) – grundsätzlich standhält[247]. Ein solches Polizeimonopol kann sowohl durch die Gesetzgebung des Bundes als auch durch jene eines Kantons vorgesehen werden[248]. Ob es – die gesetzliche Grundlage vorausgesetzt – zulässig sei, beurteilt sich praktisch aus-

[244] In diesem Sinne wohl GRABITZ, S. 613.
[245] Vgl. IMBODEN/RHINOW, Nr. 37 B IV mit weiteren Hinweisen.
[246] Siehe vorne Ziff. 2.4.4.3.
[247] Vgl. zur Zulässigkeit von Monopolen allgemein SALADIN, Grundrechte, S. 252ff.; J.F. AUBERT, Traité, S. 694ff., nos 1949ff.; HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 167ff.; IMBODEN/RHINOW, Nr. 138; A. GRISEL, Droit administratif, S. 122ff.; BGE 100 Ia 449ff.; Zbl 78, 1977, S. 36.
[248] HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 170ff. mit weiteren Hinweisen.

schließlich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[249]. Dabei kommt den drei Erscheinungsformen des Prinzips unterschiedliche Bedeutung zu. Daß Polizeimonopole dem Gebot der Geeignetheit entsprechen, wird niemand bestreiten wollen. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist bedeutungslos: Rechtliche Monopole sind schlechthin *Ausnahmen* von der Handels- und Gewerbefreiheit und als solche, sofern sie notwendig sind, niemals unverhältnismäßig im engeren Sinn, d.h. unzumutbar, denn für eine «Wesensgehaltsgarantie» bleibt in diesem Zusammenhang von vorneherein kein Raum[250]. Entscheidend ist demnach das Gebot der Erforderlichkeit, das hier besagt, daß das zu schützende Rechtsgut wichtig genug ist, um die private (Erwerbs)tätigkeit auszuschließen, wenn weniger weitgehende polizeiliche Beschränkungen (namentlich die Einführung der Bewilligungspflicht) nicht ausreichen. In diesem Sinn hat die Rechtsprechung etwa ein Monopol zur Einfuhr bestimmter Rebensorten[251], die Verstaatlichung des Kaminfegergewerbes[252] und das Monopol zum Betrieb von Sammelplätzen für Abbruchautos[253] als zulässig erklärt[254], ein ausschließlich sicherheitspolizeilich motiviertes Installationsmonopol jedoch verworfen[255]. Große Bedeutung mißt das Bundesgericht dabei dem Bestehen hinreichender verwaltungsökonomischer Kontrollmöglichkeiten zu[256]. Mit Rücksicht auf die Schutzrichtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes[257] darf das Streben nach einer möglichst bequemen behördlichen Kontrolle jedoch nicht entscheidend sein. Jedenfalls darf dieses Kriterium nicht dazu verwendet werden, um ein wegen seiner Zweckbestimmung fragwürdiges Wohlfahrtsmonopol kurzerhand zu einem Polizeimonopol zu stempeln[258]. Der vom Bundesgericht verwendete Satz,

[249] Vgl. z.B. 95 I 144ff., 96 I 204ff., 100 Ia 445ff.; ZBl 78, 1977, S.30ff., je mit weiteren Hinweisen.
[250] So wohl auch HANS HUBER in seiner Kritik zu BGE 100 Ia 445ff., ZBJV 113, 1977, S.36f.
[251] BGE 91 186ff.
[252] BGE 96 I 204ff.
[253] ZBl 78, 1977, S.30ff.
[254] Weitere Beispiele bei SALADIN, Grundrechte, S.254, und HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S.102.
[255] BGE 95 I 149f.
[256] z.B. BGE 91 I 187 Erw.2.
[257] Siehe vorne Ziff.1.2.6.
[258] Wohlfahrtsmonopole sind bekanntlich zulässig, wenn die monopolisierte wirtschaftliche Tätigkeit und die daraus fließenden Leistungen in besonderem

wonach es sich bei der hier gebotenen Güterabwägung Zurückhaltung aufzuerlegen und nicht sein Ermessen an die Stelle der mit den lokalen und wirtschaftlichen Verhältnissen besser vertrauten kantonalen Instanz zu setzen habe[259], ist deshalb nicht unbedenklich. So ist beispielsweise nicht einzusehen, weshalb das Bundesgericht – gestützt auf eine umfassende Dokumentation und aufgrund der eigenen Rechtsprechung auf dem Gebiete des Gewässerschutzes – nicht in der Lage sein soll, ebenso kompetent über die Erforderlichkeit eines Monopols für den Betrieb von Altautosammelplätzen zu entscheiden wie die kantonalen Behörden[260].

Ob eine Tätigkeit, für die nach dem soeben definierten Kriterium der Erforderlichkeit ein Polizeimonopol geschaffen werden darf, durch Konzession dennoch einem Privaten überlassen werden kann, ist umstritten[261], muß aber meines Erachtens logischerweise verneint werden. Jedenfalls hat es mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nichts zu tun, wenn das Gemeinwesen eine aus Gründen der Gefahrenabwehr monopolisierte Tätigkeit gleichsam durch «Milderung» des Monopols gleichwohl durch ausgewählte Private ausüben läßt. Ein solches Vorgehen stellt höchstens die Zulässigkeit des Polizeimonopols selber und damit das Ergebnis der vorausgegangenen Verhältnismäßigkeitsprüfung (Gebot der Erforderlichkeit) in Frage. Erscheint die Erteilung einer Konzession nach den gesamten Umständen als tunlich, so würde man deshalb wohl besser von einem Wohlfahrtsmonopol sprechen, dessen Zulässigkeit ja ebenfalls von einer sachgerechten Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abhängt[262].

Maße dem öffentlichen Wohl zu dienen bestimmt sind (Beispiele: Versorgung mit billigen, existenzwichtigen Gütern, wie Elektrizität; Gewährleistung einer allgemein erforderlichen, wohlfeilen Sachversicherung [Brandversicherung] oder Personenversicherung [z.B. Schüler-Unfallversicherung]; BGE 101 Ia 124ff.). Beispiel für ein fragwürdiges Wohlfahrtsmonopol: BGE 100 Ia 445ff. (Plakatmonopol; vgl. die begründete Kritik bei HANS HUBER, ZBJV 113, 1977, S. 36ff.).

[259] Vgl. z.B. BGE 101 Ia 128; ZBl 78, 1977, S. 36 u.a.m.

[260] Vgl. ZBl 78, 1977, S. 30ff.

[261] ZBl 78, 1977, S. 33, sowie IMBODEN/RHINOW, Nr. 133 B II.

[262] Siehe z.B. BGE 101 Ia 124ff. (Monopolisierung der obligatorischen Schüler-Unfallversicherung im Kanton Freiburg; vgl. dazu im übrigen auch das französischsprachige Referat von P. A. MÜLLER).

2.5. Beschränkungen der persönlichen Freiheit

2.5.1. Allgemeines

Das Grundrecht der persönlichen Freiheit hat in den letzten Jahren stark an Bedeutung gewonnen[263]. Nach der neueren Rechtsprechung gewährleistet die Garantie der persönlichen Freiheit als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung vorab die Bewegungsfreiheit und die körperliche Integrität des Menschen. Sie schützt darüber hinaus aber auch alle elementaren Erscheinungen menschlicher Persönlichkeit, die nicht durch andere Grundrechte der Bundesverfassung gewährleistet sind[264]. Die persönliche Freiheit gehört zu den sog. unverzichtbaren und unverjährbaren Rechten[265], was u.a. bedeutet, daß der Bürger dem Staate gegenüber nicht zum voraus und endgültig darauf verzichten kann. Das heißt indessen nicht, daß die persönliche Freiheit keinen Einschränkungen unterliegt. Eingriffe in die geschützten Tätigkeiten und Fähigkeiten sind jedoch nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismäßig sind. Zudem darf die persönliche Freiheit weder völlig unterdrückt noch ihres Gehalts als fundamentale Institution der Rechtsordnung entleert werden[266]. Endlich müssen Freiheitsbeschränkungen mit den Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vereinbar sein[267]. Selbst wenn mit der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre anerkannt wird, daß die persönliche Freiheit den Bürger vor Maßnahmen schützt, die geeignet sind, die Menschenwürde oder elementaren Möglichkeiten und Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung zu gefährden, und wenn der Kreis der auf diese Weise geschützten Formen menschlicher Betäti-

[263] Vgl. statt vieler SALADIN, Grundrechte, S. 92ff.; A. GRISEL, Liberté personnelle, S. 549ff., sowie insbes. die Darstellung der Entwicklung bei JOST GROSS, a.a.O. (Anm. 155), S. 26ff.

[264] BGE 103 Ia 171; 102 Ia 282f mit weiteren Hinweisen.

[265] BGE 97 I 50 mit Verweisungen; siehe auch CHRISTOPH LEUENBERGER, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 441, Bern 1976.

[266] Vgl. statt vieler BGE 102 Ia 283 mit Verweisungen.

[267] BGE 101 Ia 69 Erw. 2 c; 102 Ia 283, 381; grundlegend auch STEFAN TRECHSEL, Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozeßrechte, Bern 1974, S. 169ff. und S. 277ff.

gung weit gezogen wird[268], so umfaßt der Schutzbereich des Grundrechts der persönlichen Freiheit nicht jede noch so nebensächliche Betätigungsmöglichkeit des Menschen[269]. So entschied das Bundesgericht beispielsweise zu Recht, daß die Verweigerung eines Leumundszeugnisses[270], die zeitlich beschränkte Nichtzulassung zum Studium an einer bestimmten Universität[271], das Verbot, mit Spielautomaten um Geld zu spielen[272] oder die Beschränkung des Rechts zur Tierhaltung[273] keine «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltungen» betreffen und demnach nicht unter dem Schutzbereich des Grundrechts der persönlichen Freiheit stehen[274].

Die Bestrebungen des Bundesgerichts, den Schutzbereich des Grundrechts der persönlichen Freiheit vernünftig abzugrenzen, verdienen nicht zuletzt deshalb Anerkennung, weil davon insbesondere auch die sachgerechte Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abhängt. Die anerkannten Kriterien zur Umschreibung zulässiger Freiheitsbeschränkungen (gesetzliche Grundlage, Bestehen eines hinreichenden öffentlichen Interesses, Verhältnismäßigkeit, Kerngehaltsgarantie) lassen erkennen, daß der Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – entsprechend seiner Zweckbestimmung – größte Bedeutung zukommt. In der Rechtsprechung wird er zwar durchwegs nur formelhaft angerufen, indem stereotyp gefordert wird, daß der Eingriff nicht weitergehen dürfe, als es der Eingriffszweck erfordere, ohne daß jeweilen bei der fallbezogenen Güterabwägung auf die Teilinhalte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im einzelnen eingegangen wird. Obwohl die Gerichtspraxis notwendigerweise kasuistisch geprägt bleiben muß[275], erscheint es als unerläßlich, Stellenwert und Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch hier überzeugend zu definieren. Die Rechtfertigung für eine Freiheitsbeschränkung besteht zunächst in einem entsprechen-

[268] Zu weit wohl BGE 97 I 842; vgl. A. Grisel, Liberté personnelle, S. 556.
[269] Vgl. BGE 101 Ia 345f.; 102 Ia 324f.; ZBl 79, 1978, S. 35; vgl. dazu auch A. Grisel, Liberté personnelle, S. 556f.
[270] BGE 100 Ia 193f.
[271] BGE 102 Ia 324f.
[272] BGE 101 Ia 347.
[273] ZBl 79, 1978, S. 35.
[274] Gleiches dürfte wohl auch für die Befugnis zum Waffentragen gelten (Frage offengelassen in BGE 103 Ia 171), ebensogut wie für die Verpflichtung zum Tragen von Sicherheitsgurten (vgl. das in NZZ Nr. 284 vom 3./4. Dezember 1977, S. 35 wiedergegebene Urteil des Kassationshofs).
[275] BGE 97 I 50.

den öffentlichen Interesse, d.h. in einem objektiv ausreichenden Bedürfnis der Allgemeinheit, bestimmte elementare und deshalb verfassungsrechtlich geschützte Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung zum Wohl der Rechtsgemeinschaft gewissen Beschränkungen zu unterwerfen[276]. Dieses öffentliche Interesse an einer konkreten Freiheitsbeschränkung bedarf indessen von Verfassungs wegen einer zusätzlichen Prüfung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Hier geht es im wesentlichen darum, die eingesetzten Mittel auf ihre Zweckangemessenheit hin zu untersuchen (Gebot der Erforderlichkeit) und nach dem Wesensgehalt des Grundrechts der persönlichen Freiheit die Grenzen des vernünftigerweise Zumutbaren abzustecken (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn). Diese letztere Prüfung bezweckt, die Legitimität des angeblich bestehenden öffentlichen Interesses aus der Optik des Betroffenen, d.h. aufgrund einer Abwägung mit dessen privaten Interessen an einer möglichst freiheitlichen Ordnung in Frage zu stellen. In diesem Sinne lassen sich die erwähnten materiellen Eingriffsvoraussetzungen (öffentliches Interesse, Verhältnismäßigkeit, Kerngehaltsgarantie) überhaupt nicht voneinander trennen oder anders gesagt: der richtig verstandene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit all seinen Teilaspekten bildet recht eigentlich *das* Kriterium für Maß und Umfang zulässiger Eingriffe in die persönliche Freiheit. Seine Handhabung wird jedoch umso schwieriger und seine Abgrenzungsfunktion umso fragwürdiger, je weiter der Schutzbereich dieses Grundrechts definiert wird. Fällt jedes noch so nebensächliche menschliche Bedürfnis unter die Garantie der persönlichen Freiheit, so wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz letztlich selber zum Grundrecht, das dem behutsam entwickelten Willkürverbot in letzter Konsequenz den Rang abläuft und den Richter nötigt, dem Gesetzgeber und der Exekutive die Verantwortung für maßvolles staatliches Verhalten schlechthin abzunehmen. Einer solchen grenzenlosen Verrechtlichung der rechtspolitischen Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers gilt es wirksam zu begegnen. Die sachgerechte Beschränkung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit durch die jüngste bun-

[276] Vgl. zum Begriff des öffentlichen Interesses insbes. BLAISE KNAPP, Intérêt, utilité et ordre publics, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts. Basel 1975, S. 156ff.

desgerichtliche Rechtsprechung bedeutet eine erste, entscheidende Kurskorrektur auf der Fahrt zurück zum sicheren Ufer.

2.5.2. Freiheitsbeschränkungen für Straf- und Untersuchungsgefangene

Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, daß Freiheitsbeschränkungen der Straf- und Untersuchungsgefangenen nicht weitergehen dürfen, als es der Zweck des Anstaltsaufenthalts und die Aufrechterhaltung einer vernünftigen Gefängnisordnung erfordern. Eine Gefängnisordnung ist mit dem Grundrecht der persönlichen Freiheit demnach nicht vereinbar, wenn dem Gefangenen Freiheitsbeschränkungen auferlegt werden, die dem Gebot eines menschenwürdigen, von schikanösen und sachlich nicht begründeten Eingriffen freien Vollzugs widersprechen[277]. Diesen Grundsatz hatte das Bundesgericht in den letzten Jahren wiederholt zu konkretisieren, und zwar im Rahmen sowohl der abstrakten als auch der konkreten Normenkontrolle. Im Vordergrund standen dabei die Überprüfung von Gefängnisordnungen[278] und deren Anwendung im Einzelfall[279]. Diese Rechtsprechung, die hier nicht im einzelnen dargestellt werden kann, zeichnet sich durch eine sehr sorgfältige Güterabwägung aus. Mit Recht prüft das Bundesgericht zunächst, ob eine im Interesse der Gefängnisordnung verfügte Freiheitsbeschränkung überhaupt sinnvoll sei (Gebot der Geeignetheit)[280], bevor es sich mit deren Erforderlichkeit auseinandersetzt. Für richtig halte ich auch, daß der Untersuchungsgefangene mit Rücksicht auf den Haftzweck weitergehende Beschränkungen (beispielsweise hinsichtlich der Überwachung seiner Korrespondenz)[281] hinzunehmen hat als der Strafgefangene. Weniger überzeugend ist es jedoch, wenn die Anklagekammer des Bundesgerichts einem auch für den Haftvollzug unmittelbar dem Bundesrecht unterstehenden Un-

[277] BGE 97 I 842ff.; 99 Ia 266ff., 102 Ia 282ff.; vgl. zur Rechtsstellung der Untersuchungsgefangenen insbes. auch MARTIN SCHUBARTH, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, insbesondere bei Untersuchungshaft, Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 417, Bern 1973.

[278] BGE 99 Ia 266ff.; 102 Ia 282ff.; 100 Ia 454ff.

[279] BGE 97 I 45ff., 839ff.; 101 Ia 46ff.; 103 Ia 165ff.

[280] Vgl. z.B. BGE 102 Ia 288 Erw. 4, wo das Bundesgericht das Gebot, die Betten tagsüber hochzuklappen, als schlechterdings unhaltbar bezeichnete.

[281] BGE 100 Ia 454ff., insbes. 457.

tersuchungsgefangenen hinsichtlich Gebrauch eines Transistorradios und Korrespondenzbeschränkungen größere Freiheiten zubilligt als dem nach kantonalem Recht Verhafteten[282]. Anderseits leuchtet es durchaus ein, wenn das Bundesgericht unmittelbar aus dem Wesensgehalt der persönlichen Freiheit ableitet, daß den Strafgefangenen, die nicht im Freien arbeiten, nach mehr als einer Woche Haftdauer Gelegenheit gegeben werden muß, unter Aufsicht täglich eine halbe Stunde an der frischen Luft zu spazieren[283]. – Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Gewährleistung einer hinreichenden medizinischen und psychologischen Betreuung von Untersuchungsgefangenen, die mit einer praktikablen Gefängnisordnung in Konflikt geraten kann. So erkannte das Bundesgericht, es sei in der Regel nicht unverhältnismäßig, dem Untersuchungsgefangenen die freie Arztwahl zu verweigern, sofern die Betreuung durch den Anstaltsarzt ausreichend und zumutbar ist[284]. Ebensowenig verstößt es gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, die Zahl der Besuche durch eine anstaltsfremde Psychologin zu beschränken[285]. – Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (vorab nach dem Gebot der Erforderlichkeit) beurteilt sich ferner, ob und gegebenenfalls wann der Untersuchungsgefangene Anspruch darauf hat, freigelassen zu werden. So ist im konkreten Fall namentlich der Grad der Fluchtgefahr sorgfältig zu prüfen und abzuklären, ob die Auferlegung einer angemessenen Kaution (als mildere Maßname) genüge[286].

Aus dieser summarischen Übersicht erhellt, daß Freiheitsbeschränkungen der Straf- und Untersuchunsgefangenen – wie alle aus einem besonderen Rechtsverhältnis sich ergebenden Freiheitsbeschränkungen – stets unter allen Teilaspekten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu würdigen sind. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn und der Kerngehaltsgarantie zu, die zuweilen auch Freiheitsbeschränkungen als verfassungswidrig erscheinen lassen, die dem Gebot der Erforderlichkeit zwar entsprechen, aber

[282] BGE 96 IV 45ff./97 I 847/99 Ia 283ff./102 Ia 296ff. (Radio); BGE 97 IV 71/99 Ia 286ff./100 Ia 459ff./102 Ia 297 (Korrespondenz).

[283] BGE 102 Ia 292.

[284] BGE 102 Ia 302ff. Daß die europäischen Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen weitergehende Rechte vorsehen, ändert daran nichts.

[285] BGE 102 Ia 299ff.

[286] BGE 95 I 241f., 102 Ia 381ff. (in Berücksichtigung von Art. 5 Ziff. 3 EMRK).

in unerträglicher Weise die Menschenwürde antasten. Allerdings ginge es fehl, der Rechtsprechung bereits allgemein verbindliche Wertungen entnehmen zu wollen. Die Praxis wird gegenteils noch verfeinert werden müssen, wenn es darum gehen soll, sowohl gemeingefährliche Anarchisten und Terroristen – man denke an die Ereignisse in der Haftanstalt Stuttgart-Stammheim – als auch den gegebenenfalls sogar zu Unrecht Verhafteten menschenwürdig zu behandeln.

2.5.3. Fürsorgerische (administrative) Freiheitsbeschränkungen

Die fürsorgerische Freiheitsentziehung – nach kantonalem öffentlichem Recht bisher als administrative Versorgung bezeichnet – ist zulässig, wenn sich der Betroffene in qualifizierter Weise asozial verhält, namentlich wenn er durch Süchtigkeit oder Arbeitsscheu und Liederlichkeit sich selber, Dritte oder die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet oder der öffentlichen Fürsorge zur Last fällt. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung richtete sich bisher nach kantonalem Recht, soll aber nunmehr bundesrechtlich (durch Revision und Ergänzung des Zivilgesetzbuches) geregelt werden[287]. Sie stellt einen massiven Eingriff in die persönliche Freiheit dar und ist nur zulässig, wenn sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht[288]. Auch hier stehen die Gebote der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne im Vordergrund. Diese Kriterien beeinflussen sich gegenseitig und äußern sich in der sog. *Stufentheorie:* Die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten der fürsorgerischen Freiheitsentziehung stehen untereinander in einer bestimmten Rangfolge. Das bedeutet, daß die Einweisungsbehörde im konkreten Fall besonders sorgfältig zu prüfen hat, ob vor der Anstaltseinweisung nicht zunächst ein milderes, erfolgversprechendes Mittel zur sachgerechten fürsorgerischen Betreuung angewendet werden kann[289]. So ist die Einweisung in eine Trinkerheilanstalt unverhältnismä-

[287] Vgl. dazu die entsprechende Botschaft des Bundesrats vom 17. August 1977, BBl 1977 III, S. 1ff., die einen umfassenden Überblick über die kantonalen Regelungen gibt und insbesondere auch zahlreiche Literaturhinweise enthält.

[288] BBl 1977 III, S. 53ff. Ziff. 32; BGE 97 I 850.

[289] Vgl. zum Prinzip der Stufenfolge namentlich IMBODEN/RHINOW, Nr. 56 mit weiteren Hinweisen, sowie BBl 1977 III, S. 54.

ßig, wenn nicht vorgängig versucht wurde, den Betroffenen durch Ermahnungen oder durch Auferlegung eines Alkohol- oder Wirtshausverbots zu einer verträglichen Lebensweise zu verhalten[290]. Entsprechendes gilt für die Einweisung in eine Arbeitsanstalt wegen Müßiggangs und Arbeitsscheu[291].

2.5.4. Beuge- und Sicherheitshaft

Als Zwangsmittel gegen widerspenstige Zeugen ist die *Beugehaft* nicht von vorneherein ein unverhältnismäßiger und daher verfassungswidriger Eingriff in die persönliche Freiheit[292]. Ob das öffentliche Interesse an der Aussage jedoch so erheblich ist, daß es einen zeitlich beschränkten Freiheitsentzug zu rechtfertigen vermag, ist stets aufgrund einer konkreten Güterabwägung zu entscheiden. Maßgebende Kriterien dafür sind die Art und Schwere des abzuklärenden Delikts und die Erfolgsaussichten der Freiheitsbeschränkung; insbesondere muß die begründete Erwartung bestehen, daß der Zeuge Aussagen machen kann, die für die Strafverfolgung von erheblicher Bedeutung sind[293].

Ob es mit dem Grundrecht der persönlichen Freiheit vereinbar sei, eine Person vorübergehend in Gewahrsam zu nehmen, um sie an der unmittelbar bevorstehenden Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung zu hindern *(Sicherheitshaft),* bestimmt sich ebenfalls nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser verlangt, daß ein *schwerer* Verstoß gegen die Rechtsordnung *unmittelbar* bevorsteht und daß der Begehung der Tat nicht anderswie durch ein milderes Mittel, beispielsweise durch Auferlegung

[290] IMBODEN/RHINOW, Nr. 56 B II d; siehe auch Art. 21 des bernischen Gesetzes über die Erziehungs- und Versorgungsmaßnahmen vom 3. Oktober 1965, wo das Prinzip der Stufenfolge ausdrücklich gesetzlich verankert ist. Vgl. auch den instruktiven Fall der Versorgung eines verwahrlosten, jugendlichen Alkoholikers, wiedergegeben im Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts Zürich 1966, Nr. 69, S. 81. Zur Zulässigkeit einer sog. Antabus-Kur: St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1976, Nr. 48, S. 112.

[291] z.B. ZBl 73, 1972, S. 143ff.

[292] Vgl. zur Beugehaft insbesondere STEFAN TRECHSEL, a.a.O. (Anm. 267), S. 334f. mit weiteren Hinweisen.

[293] So BGE 98 Ia 418ff, wo es um die Zeugnisverweigerung eines Fernsehjournalisten ging. Das Bundesgericht ließ dabei offen, ob einem Journalisten in diesem Zusammenhang eine besondere Stellung zukomme; vgl. dazu CHRISTOPH STALDER, a.a.O. (Anm. 183), S. 150f., sowie HANS HUBER in ZBJV 109, 1973, S. 473ff.

einer Kaution (Friedensbürgschaft) begegnet werden kann[294]. Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergibt sich ferner die Verpflichtung, die gegebenenfalls zulässige Sicherheitshaft angemessen zu beschränken; sie ist abzubrechen, sobald ihr Zweck erreicht ist[295].

2.5.5. Medizinische Zwangsbehandlung

Die Verpflichtung, sich einer bestimmten medizinischen Zwangsbehandlung zu unterziehen, bedarf als Beschränkung der persönlichen Freiheit einer gesetzlichen Grundlage[296] und muß darüber hinaus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Das bedeutet, daß das öffentliche Interesse – vorab das Interesse an der Gewährleistung der öffentlichen Gesundheit – gegenüber dem privaten Interesse an der uneingeschränkten körperlichen und geistigen Integrität eindeutig überwiegen muß und daß diese nicht schwerwiegend beeinträchtigt wird[297]. So ließ das Bundesgericht namentlich Blutentnahmen zur Beweisführung in Statusprozessen[298], aber auch die Verpflichtung, sich der Diphterieimpfung zu unterziehen[299], als verhältnismäßige Freiheitsbeschränkungen zu. Dagegen dürfte es gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn verstoßen, einer Person zwangsweise Alkohol zu verabreichen, um im Rahmen eines Strafverfahrens dergestalt Beweis über angeblich abnorme Reaktionen zu führen[300]. Die Güterabwägung hat naturgemäß in erster Linie unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Zumutbarkeit) zu erfolgen und erfordert ethische Wertungen, die an den Richter höchste Anforderungen stellen[301].

[294] Vgl. Art. 57 StGB sowie BGE 71 IV 72ff.; für das deutsche Recht BVerfGE 45 Nr. 6.

[295] BGE 71 IV 78 Erw. 6.

[296] BGE 90 I 36ff.

[297] Vgl. dazu statt vieler Jost Gross, a.a.O. (Anm. 155), S. 168ff.

[298] BGE 82 I 234ff.; 89 I 92ff.; vgl. auch BGE 99 Ia 412f. (Zulässigkeit der anthropologisch-erbbiologischen Begutachtung).

[299] BGE 99 Ia 747ff.

[300] Diese Frage wurde in BGE 90 I 36ff. offengelassen, weil für die Maßnahme keine gesetzliche Grundlage bestand; siehe aber auch BGE 91 I 34 (Verpflichtung des Fahrzeugführers, sich einer Blutprobe zu unterziehen).

[301] Vgl. dazu auch BGE 98 Ia 508ff. (Todesfeststellung; Organtransplantation), sowie VPB 39, 1975, Nr. 69 (zulässige Weigerung eines Arztes, sich der Überwachung nach den Vorschriften der Strahlenschutzverordnung zu unterziehen; siehe auch Werner Zuppinger, Der Schutz gegen sich selbst im Polizeirecht, Diss. Zürich 1956).

2.6. Beschränkungen der Meinungsäußerungs-, der Versammlungs- und der Pressefreiheit sowie der politischen Rechte

2.6.1. Politische Demonstrationen auf öffentlichem Grund

Politische Demonstrationen stehen nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann unter dem Schutz der Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit, wenn sie auf öffentlichem Grund stattfinden[302]. Solche Veranstaltungen dürfen jedoch weitergehenden Beschränkungen unterworfen werden als Versammmlungen auf privatem Boden oder anderweitige Formen der Meinungsäußerung. Wiewohl Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit Eckpfeiler unseres Staatswesens darstellen, indem sie als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung gelten[303], verstößt es nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, politische Demonstrationen auf öffentlichem Grund als Erscheinungsform des gesteigerten Gemeingebrauchs der Bewilligungspflicht zu unterstellen[304]. Mit der Zulassung der Bewilligungspflicht wollte das Bundesgericht offenbar den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisieren[305]. Seine Erwägungen im Grundsatzentscheid *Nöthiger* (BGE 96 1 219ff., insbesondere 228ff.) lassen erkennen, daß den ideellen Freiheitsrechten ein hoher Rang zukommt und daß an den Nachweis der Erforderlichkeit präventiv wirkender Einschränkungen strenge Anforderungen zu stellen sind. Das Bundesgericht hat sinngemäß unter dem Gesichtswinkel der Erforderlichkeit und in Würdigung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, d.h. des Sinngehalts der Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit, sehr sorgfältig geprüft, ob die Bewilligungspflicht eine übermäßige Beschränkung bewirke. Bereits die Erwägungen im Fall *Nöthiger,* aber vor allem jene in jüngeren Urteilen[306], zeigen, daß das Bundesgericht gewillt ist, den ideellen

[302] BGE 96 I 223ff.; 99 Ia 692ff.; 100 Ia 401ff.; 102 Ia 53ff.; siehe auch RENÉ A. RHINOW, Die bundesgerichtliche Praxis zur Demonstrationsfreiheit, ZBl 72, 1971, S.57ff.

[303] BGE 96 I 224 oben; 98 Ia 79.

[304] BGE 96 I 225ff.; 100 Ia 402; zum Begriff des gesteigerten Gemeingebrauchs: IMBODEN/RHINOW, Nr.118.

[305] Vgl. zur Einführung der polizeilichen Bewilligungspflicht vorne Ziff.2.4.4.1.; siehe aber auch hinten Ziff.2.6.2. zur Bewilligungspflicht für andere Tätigkeiten auf öffentlichem Grund.

[306] z.B. BGE 96 I 586ff.; 100 Ia 392ff.; 102 Ia 50ff.

Grundrechten nicht nur die Funktion negativer Statusrechte zuzuerkennen, sondern ihnen darüber hinaus eine aktive Wirkung zuzuschreiben, indem es sie gleichsam als Garantie und Impuls für die Verwirklichung einer freiheitlichen Demokratie versteht[307]. Bei dieser an sich richtigen Betrachtungsweise reicht die Legitimität der klassischen polizeilichen Gefahrenabwehr in der Tat nicht aus, um die generelle Bewilligungspflicht für politische Demonstrationen auf öffentlichem Grund einzuführen. Wie noch darzutun ist, rechtfertigt sich diese vielmehr darin, daß in einer derartigen Ausübung der Versammlungs- und Meinungsäußerungsfreiheit ein gesteigerter *Gemeingebrauch* erblickt werden muß, weil sie eine widmungsgemäße Nutzung der dabei beanspruchten öffentlichen Plätze und Straßen weitgehend beschränkt und zeitweise sogar ausschließt. Die Einführung der Bewilligungspflicht ist demnach das Ergebnis einer spezifischen, d.h. nicht primär grundrechtsbezogenen Güterabwägung, die nicht nur auf polizeiliche Interessen Rücksicht zu nehmen hat[308].

Anderseits folgt aus dem Gehalt der Meinungsäußerungs- und versammlungsfreiheit ohne weiteres, daß es unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig wäre, politische Veranstaltungen auf *privatem* Boden der generellen Bewilligungspflicht zu unterstellen[309] und daß die Erteilung von Bewilligungen für politische Veranstaltungen auf *öffentlichem* Grund nicht im Belieben der zuständigen Behörde steht. Diese hat die sich widersprechenden Interessen vielmehr sorgfältig nach objektiven Gesichtspunkten gegeneinander abzuwägen und dabei das legitime Bedürfnis, «Veranstaltungen mit Appellwirkung an eine breitere Öffentlichkeit durchführen zu können», angemessen zu berücksichtigen[310]. Die bisher unantastbare Maxime, wonach verfassungsmäßig gewährleistete Freiheitsrechte dem Bürger keinen Anspruch auf besondere staatliche Leistungen oder Nutzungen zu verschaffen vermögen, wird damit für den Schutzbereich der ideellen Grundrechte auf den ersten Blick wesentlich relativiert: Unter bestimmten Umständen besteht ein *Rechtsanspruch* auf Erteilung einer Bewilligung für politische Demonstrationen auf

[307] Vgl. dazu STALDER, a.a.O. (Anm. 183), S. 124ff.; DIETEL/GINTZEL, a.a.O. (Anm. 173), N. 91 zu § 1, sowie die redaktionelle Bemerkung von HANS PETER MOSER in ZBl 76, 1975, S. 270f.

[308] BGE 100 Ia 402, 102 Ia 53; siehe auch hinten Ziff. 2.6.2.

[309] Offengelassen in BGE 96 I 230.

[310] BGE 100 Ia 402; vgl. auch BGE 102 Ia 53.

öffentlichem Grund[311]. Der Entscheid darüber hängt von einer sachgerechten, d.h. dem Sinngehalt der ideellen Freiheitsrechte entsprechenden Konkretisierung des Gebots der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn ab und geht davon aus, daß die Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit nur dann zum Tragen kommen kann, wenn sie sich bis zu einem gewissen Grad auf öffentlichem Grunde manifestieren darf, d.h. daß eine angemessene staatliche Förderung untrennbar mit ihrem Sinn und Zweck verbunden ist[312]. Richtig gedeutet, verpflichtet diese Rechtsprechung das Gemeinwesen keineswegs zu einer besonderen Leistung, wenn sie dem Bürger unter bestimmten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Benützung öffentlicher Straßen und Plätze zu politischen Zwecken einräumt[313]. Sie ist vielmehr Paradebeispiel dafür, daß die nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gebotene Güterabwägung stets vom Sinngehalt des in Frage stehenden Grundrechts abhängt.

Nach dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit im soeben umschriebenen Sinn beurteilt sich demnach, ob die Bewilligung im konkreten Fall verweigert[314], mit Auflagen versehen[315] oder bestimmten Beschränkungen[316] unterworfen werden darf. Dabei wird von der zuständigen Behörde eine höchst differenzierte Güterabwägung verlangt, die sich in kein festes Schema pressen läßt und durch die jeweiligen politischen Verhältnisse erheblich beeinflußt wird[317]. Schwierig zu entscheiden ist insbesondere, ob statt einer Verweigerung der Bewilligung eine Ergänzung durch sachgerechte Auflagen – als mildernde Maßnahme – erwogen werden kann, denn solche Auflagen (beispielsweise hinsichtlich Bestimmung einer Umzugsroute oder Zuweisung eines bestimmten Versammlungsplatzes) dürfen nicht darauf hinauslaufen, die Bewilligung dergestalt zu beschränken, daß sie praktisch nutzlos wird. – Der Vollständigkeit halber sei sodann erwähnt, daß im Falle schwerer und unmittelbarer Gefährdung von Polizeigütern

[311] Vgl. dazu HANS PETER MOSER in ZBl 76, 1975, S. 270f.
[312] STALDER, a.a.O. (Anm. 183), S. 131.
[313] Vgl. dazu auch GYGI, Grundrechtskonkurrenz?, S. 72ff.
[314] Beispiele: BGE 99 Ia 689ff.; 100 Ia 392ff.
[315] Vgl. vorne Ziff. 2.4.2.
[316] Vgl. BGE 102 Ia 50ff.
[317] Vgl. zur Problematik der hier gebotenen Güterabwägung insbes. DIETEL/GINTZEL, a.a.O. (Anm. 173), NN. 40ff. zu § 15, S. 123ff. mit zahlreichen Literatur- und Praxishinweisen.

gestützt auf die Generalklausel ein generelles Versammlungsverbot verfügt werden darf[318].

2.6.2. Verteilen von Flugblättern und Verkauf von Druckschriften auf öffentlichem Grund

Soweit sich der Bürger der Presse bedient, steht seine Meinungsäußerung unter dem Schutz der in Art. 55 BV gewährleisteten Pressefreiheit, die eine Erscheinungsform der dem ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörenden Meinungsäußerungsfreiheit ist[319]. Die Pressefreiheit schließt es aus, Herstellung und Vertrieb von Presseerzeugnissen von einer Bewilligung abhängig zu machen oder einer Vorzensur zu unterstellen[320]. In Ergänzung dazu erkannte das Bundesgericht – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Gebote der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn) –, das *unentgeltliche Verteilen* eines Flugblattes mit ideellem Gehalt auf einer öffentlichen Straße durch eine einzelne Person dürfe nicht der Bewilligungspflicht unterstellt werden, weil mit dieser Tätigkeit keine wesentliche Gefährdung der Polizeigüter verbunden sei und mildere Vorkehren, namentlich die Überwachung durch Polizeiorgane, genügten[321]. Dabei ließ das Bundesgericht offen, ob ein gesteigerter Gemeingebrauch vorliege, und stützte sein Urteil in erster Linie auf den Gehalt der Meinungsäußerungsfreiheit. – Wie das Bundesgericht vor kurzem erkannt hat[322], darf der *Verkauf* von Zeitungen auf öffentlichem Grund jedoch der Bewilligungspflicht unterstellt werden, und zwar auch dann, wenn damit vorwiegend ideelle – und nicht wirtschaftliche – Zwecke verfolgt werden, die Auflage gering ist und der Verkauf nur sporadisch erfolgt. Das Bundesgericht bezeichnete diese Bewilligungspflicht – im konkreten Fall ergab sie sich aus dem baselstädtischen Gesetz über das Hausierwesen – als «gewerbepolizeiliche» Maßnahme, die «faktisch» auch die Pressefreiheit einschränke, weshalb an ihre Angemessenheit ein strenger Maßstab zu legen sei. Dennoch hielt es dafür, es sei «nicht geradezu

[318] Vgl. vorne Ziff. 2.4.2.
[319] BGE 98 Ia 79f.; vgl. auch 101 Ia 150, 100 Ia 399; ZBl 78, 1977, S. 358.
[320] BGE 96 I 229, 589f., je mit weiteren Hinweisen, sowie ZBl 78, 1977, S. 359.
[321] BGE 96 I 596ff., insbes. 590f., ebenso ein Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 11. August 1975, ZBl 77, 1976, S. 36ff.
[322] ZBl 78, 1977, S. 357ff.

willkürlich» – warum eigentlich nur Willkürkognition, wenn nach Meinung des Bundesgerichts doch die Pressefreiheit und die Handels- und Gewerbefreiheit zu konkretisieren waren? –, die Tätigkeit der Beschwerdeführerin (diese hatte vor dem Werkgelände der Ciba-Geigy einigen Passanten die Zeitung «Oktober» zum Preis von 50 Rappen angeboten) gemäß den Bestimmungen des Hausiergesetzes der Bewilligungspflicht zu unterstellen.

Diese Rechtsprechung vermag in verschiedener Hinsicht nicht zu befriedigen. Namentlich das zuletzt erwähnte Urteil macht deutlich, daß es dem Bundesgericht noch nicht gelungen ist, den Schutzbereich der ideellen Freiheitsrechte überzeugend zu definieren, wenn zu ihrer Ausübung öffentlicher Grund in Anspruch genommen wird. Wenn es richtig ist, daß jeder gesteigerte Gemeingebrauch, d.h. jede nicht gemeinverträgliche und nicht widmungskonforme Nutzung des öffentlichen Grundes ohne weiteres der Bewilligungspflicht unterstellt werden darf, so schützt *kein* Grundrecht vor Einführung dieser Bewilligungspflicht. Diese ist vielmehr notwendige Folge einer besonderen Nutzung öffentlicher Sachen und hängt demzufolge auch nicht von einer Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ab. Daraus folgt, daß vernünftigerweise nichts darauf ankommen kann, ob eine einzelne Person auf öffentlichem Grund Druckschriften unentgeltlich verteilt oder aber verkauft und ob sie damit ideelle oder wirtschaftliche Zwecke verfolgt, denn in allen diesen Fällen liegt gesteigerter Gemeingebrauch vor, der nach dem Gesagten von der Erteilung einer Bewilligung abhängig gemacht werden darf. Glaubt man jedoch – mit dem Bundesgericht – eine differenzierte Lösung suchen zu müssen, so gibt es dafür meines Erachtens nur zwei mögliche Konstruktionen: entweder gibt man die traditionelle Unterscheidung zwischen gemeinverträglicher Nutzung und gesteigertem Gemeingebrauch auf und schafft ein neues Kriterium für die Legitimität der Bewilligungspflicht[323], oder aber man räumt den ideellen Freiheitsrechten in dem Sinn eine Vorrangstellung ein, daß zu ihrer Verwirklichung generell auch die Beanspruchung des öffentlichen Grundes gehört, die nicht präventiv – durch Einführung der Bewilligungspflicht – beschränkt werden darf[323a]. Bei näherer Prüfung wird das Problem

[323] Was das Bundesgericht bei der Erörterung des in ZBl 78, 1977, S. 36ff. wiedergegebenen Basler Falls offenbar erwogen hat; vgl. die Berichterstattung in NZZ Nr. 126 vom 1. Juni 1977, S. 31.

[323a] In der Bundesrepublik Deutschland wird gegenwärtig darüber diskutiert, ob

damit jedoch nicht gelöst, sondern bloß auf eine andere Ebene gehoben. Auf der Suche nach einem neuen Kriterium für die Bewilligungspflicht für Tätigkeiten auf öffentlichem Grund müßte man wohl vermehrt auf die *Intensität* der beanspruchten Nutzung abstellen, wenn die Gemeinverträglichkeit der Nutzung zwar relativiert, aber nicht völlig unberücksichtigt bleiben soll. Gerade das Kriterium der Intensität der Nutzung öffentlichen Grundes gestattet es aber nicht, die Ausübung der ideellen Freiheitsrechte sachgerecht zu privilegieren, wie das Beispiel der politischen Demonstrationen auf öffentlichem Grund eindrücklich zeigt (Ausschluß der gemeinverträglichen Nutzung). Die zweite Theorie (Verbot der Bewilligungspflicht für ideell geprägte Betätigungen auf öffentlichem Grund) führt unausweichlich zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung gegenüber den Tätigkeiten mit wirtschaftlicher Zielsetzung, wie das Bundesgericht selber festgestellt hat[324]. Deshalb drängt sich m.E. die – auf den ersten Blick zugegebenermaßen ketzerische – Frage auf, ob es alles in allem nicht doch das kleinere Übel wäre, jegliches Verteilen von Druckschriften auf öffentlichem Grund der Bewilligungspflicht zu unterstellen. Die Beantwortung dieser Frage sprengt den Rahmen des vorliegenden Referats. Festgestellt sei bloß, daß die Meinungsäußerungsfreiheit und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – ähnlich wie bei den Demonstrationen auf öffentlichem Grund – auch hier durchaus Gewähr für eine liberale Bewilligungspraxis bieten könnten. Möglicherweise würde dadurch in diesem Bereich auch das nach wie vor unbewältigte Problem der Grundrechtskonkurrenz weitgehend entschärft, zumal es unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn wohl unerläßlich wäre, ein konkretes Bewilligungsgesuch stets nach dem Sinngehalt jenes Grundrechts zu beurteilen, dem der Sachverhalt nach den gesamten Umständen zuzuordnen ist. Steht der gewerbliche Zweck, d.h. die wirtschaftliche Betätigung im Vordergrund, so wäre die begehrte Beanspruchung des öffentlichen Bodens ausschließlich nach den zur Handels- und Gewerbe-

das Verteilen von politischen Druckschriften auf öffentlichem Grund mit Rücksicht auf die in Art. 5 des Grundgesetzes garantierte Pressefreiheit zum sog. kommunikativen Verkehr und damit zum Gemeingebrauch gehöre, weil die Straße den Charakter eines erweiterten Lebensraumes für die Allgemeinheit besitze; vgl. dazu KLAUS STERN, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichen Arbeit, 4. neubearb. und erw. Aufl., München 1978, S. 24f. mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

[324] ZBl 78, 1977, S. 359f.

freiheit entwickelten Kriterien auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen[325], ohne daß sich der Bewerber auf eine gegebenenfalls liberalere, auf einer sachgerechten Konkretisierung der Meinungsäußerungsfreiheit fußende Bewilligungspraxis zu berufen vermöchte.

2.6.3. Sammeln von Unterschriften auf öffentlichem Grund

Jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benützung des öffentlichen Grundes zu politischen Zwecken darf – wie ausgeführt – grundsätzlich der Bewilligungspflicht unterstellt werden. Zu diesen bewilligungspflichtigen Betätigungen gehört namentlich auch das Sammeln von Unterschriften für Initiativen und Referenden[326]. Dabei ist es zulässig, die Bewilligungsvoraussetzungen generell-abstrakt in einem Erlaß zu reglementieren und in gleicher Weise auch die von allen Bewilligungsinhabern zu beachtenden Auflagen und Beschränkungen zu normieren. Die Verfassungsmäßigkeit solcher Bestimmungen beurteilt sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wobei der Sinngehalt der verfassungsmäßig verankerten politischen Rechte besonders zu würdigen ist. So ist es beispielsweise unverhältnismäßig, Veranstaltungen zu Wahlen und Abstimmungen auf öffentlichem Grund generell erst in den letzten beiden Wochen vor dem Urnengang zuzulassen[327] oder das Sammeln von Unterschriften in einem Umkreis von 100 m von einem Wahllokal überhaupt zu verbieten[328]. Gelegentlich sind solche Bestimmungen auch schlicht unvernünftig, weshalb sie auch unter dem Gesichtswinkel von Art. 4 BV hätten aufgehoben werden können: So ist beispielsweise nicht einzusehen, welche Gründe dagegen sprechen, an Vortagen vor hohen Feiertagen Unterschriftensammlungen zuzulassen[329].

2.6.4. Beschränkungen kraft besonderen Rechtsverhältnisses

Steht der Bürger in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat – beispielsweise als Beamter oder Untersuchungsgefange-

[325] Vgl. BGE 101 Ia 481.
[326] BGE 102 Ia 53 mit Verweisungen.
[327] BGE 102 Ia 59 Erw. 6.
[328] ZBl 75, 1974, S. 78ff. (Entscheid des Regierungsrats des Kantons Zug).
[329] BGE 102 Ia 56f.

ner –, so hat er bestimmte Freiheitsbeschränkungen, mithin auch solche der Meinungsäußerungsfreiheit, in Kauf zu nehmen, die – im Gegensatz zur Begründung des besonderen Rechtsverhältnisses als solchen – keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen. Daraus erhellt, daß sich das Maß der zulässigen Freiheitsbeschränkungen auch hier vorab nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt. Entscheidend sind die Gesichtspunkte der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, wobei – wie bei allen ideellen Freiheitsrechten – dem besondern Gehalt der Meinungsäußerungsfreiheit größte Beachtung zu schenken ist. So ist es zulässig, Meinungsäußerungen[330] der Untersuchungsgefangenen unter tunlicher Berücksichtigung des Haftzwecks und im Interesse einer vernünftigen Gefängnisordnung zu beschränken. Im Vordergrund stehen dabei Kontrolle und Beschränkung des Briefverkehrs[331]. Mitteilungen, die der Vorbereitung von Fluchtplänen oder Verdunkelungshandlungen dienen könnten oder geeignet sind, eine vernünftige Gefängnisordnung zu beeinträchtigen, dürfen zurückbehalten werden. Andere Äußerungen aber, die weder den Internierungszweck noch die Anstaltsordnung gefährden, müssen von der Kontrollbehörde grundsätzlich weitergeleitet werden, gleichgültig ob sie den Inhalt dieser Mitteilung billigt oder nicht[332]. Enthalten Briefe von Untersuchungs- oder Strafgefangenen eine unsachliche Kritik am Verhalten und Vorgehen der Justiz- oder Vollzugsbehörden, so erweist sich die Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als besonders schwierig, weil nach der differenzierten Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere auch auf die Stellung des Empfängers Rücksicht zu nehmen ist. So hat das Bundesgericht anerkannt, daß sich ein Häftling seiner Ehefrau oder seinem Anwalt gegenüber freier soll äußern dürfen, als beispielsweise in einem Schreiben an die Redaktion einer Zeitung oder an andere Massenmedien[333]. Ein generelles Verbot, sich an bestimmte Kategorien von Empfängern und namentlich an die Massenmedien zu wenden, ist jedoch verfassungswidrig[334]. Jüngste höchstrichterliche Entscheidungen befassen sich

[330] Vgl. zum Begriff der verfassungsrechtlich geschützten Meinung BGE 101 Ia 150 Erw. 2.

[331] BGE 99 Ia 286ff.; 100 Ia 454ff.; 101 Ia 148ff.; 102 Ia 297ff.

[332] BGE 101 Ia 152.

[333] BGE 101 Ia 153; vgl. auch BGE 100 Ia 460f.

[334] BGE 100 Ia 460f.; ähnliches gilt für das Recht des Strafgefangenen, im Rahmen der Anstaltsordnung vom Petitionsrecht Gebrauch zu machen: BGE 100 Ia 80f.

mit dem Recht des Gefangenen auf möglichst freien mündlichen und schriftlichen Verkehr mit dem Verteidiger[335] sowie mit dem Problem der verfassungsmäßigen Kontrolle fremdsprachiger Korrespondenzen und Schriften[336].

2.6.5. Würdigung

Der vorstehende, notwendigerweise summarische Überblick über die Gerichtspraxis zur Meinungsäußerungsfreiheit und zu verwandten Grundrechten läßt erkennen, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den verschiedensten Ausprägungen zum Tragen gelangt[337] und teilweise sogar als einziges Kriterium für verfassungsmäßige Freiheitsbeschränkungen zu dienen bestimmt ist. Dennoch wäre es meines Erachtens verfehlt, ihn im Anwendungsbereich der ideellen Grundrechte zum Maß aller Güterabwägung zu machen. Als allgemeiner verfassungsrechtlicher Grundsatz ist er beispielsweise nicht geeignet, die gemeinverträgliche Nutzung des öffentlichen Grundes vom gesteigerten Gemeingebrauch abzugrenzen. Ebensowenig vermag er das Problem der Grundrechtskonkurrenz einer Lösung näher zu bringen. Im Gegenteil: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz setzt geradezu eine vorgängige Konkretisierung jener Interessen voraus, die Gegenstand der Güterabwägung bilden sollen; er kann seine Schutzwirkung mit anderen Worten nur dann entfalten, wenn der zu prüfende Sachverhalt vorab überzeugend jenem Grundrecht zugeordnet wird, das den wesentlichen Gehalt der fraglichen Tätigkeit und Verhaltensweise zu schützen bestimmt ist. Wie soll der Verfassungsrichter über die Verhältnismäßigkeit einer Freiheitsbeschränkung urteilen können, wenn er sich nicht vorerst darüber klar wird, ob beispielsweise die Meinungsäußerungsfreiheit oder aber die Handels- und Gewerbefreiheit in Frage steht?[338] Unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismäßigkeits-

[335] BGE 102 Ia 299.

[336] BGE 103 Ia 165ff.; 102 Ia 298f.

[337] Auf die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit bei Beschränkungen der *Sprachenfreiheit* kann aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden; vgl. dazu BGE 91 I 480ff, ZBl 74, 1973, S.380, 77, 1976, S.504ff., sowie VPB 40, 1976, Nr.37. Siehe auch ARTHUR HAEFLIGER, Die Sprachenfreiheit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S.77ff.

[338] Vgl. z.B. BGE 101 Ia 252ff. (Würdigung eines Reklameverbots für einen Film, der eine neue Abtreibungsmethode behandelt).

grundsatzes darf die Zuordnung des Sachverhalts zu einem bestimmten Grundrecht – soweit ein solches überhaupt in Betracht fällt – nur dann unterbleiben, wenn die Zulässigkeit der Beschränkung nach dem Sinngehalt eines jeden der allenfalls miteinander konkurrierenden Grundrechte außer Frage steht. Verhält es sich anders, so verliert das Verhältnismäßgkeitsprinzip jede Kontur und wird zum bloßen Pseudokriterium, wenn auf die Zuordnung verzichtet wird. Erst wenn sich der Verfassungsrichter der zugegebenermaßen anspruchsvollen Aufgabe unterzieht, vor Inangriffnahme der nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gebotenen individualisierenden Güterabwägung eine grundrechtliche Flurbereinigung vorzunehmen, kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Maßstab für eine Rechtskontrolle werden, die diesen Namen verdient und einem modernen institutionellen Grundrechtsverständnis entspricht.

2.7. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Eigentumsgarantie

2.7.1. Formelle Enteignung

2.7.1.1. Allgemeines

Nach Art. 22ter Abs. 2 BV können Bund und Kantone «im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung vorsehen». Dabei genügt indessen nicht jedes öffentliche Interesse, um den förmlichen Entzug dinglicher Rechte (formelle Enteignung) als verfassungsmäßig erscheinen zu lassen. Wie das Bundesgericht unmittelbar aus der Eigentumsgarantie abgeleitet hat, darf eine Enteignung «nur so weit gehen, als dies zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks notwendig ist»[339]. Das Bundesgericht ordnet diese Maxime mit Grund dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu[340]. Bei näherer Prüfung bedeutet dies zweierlei:

[339] Statt vieler BGE 99 Ia 475 Erw. 4; 99 Ib 91 Erw. 3a; 103 Ib 97 Erw. 3a.

[340] Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Enteignungsrecht: Oskar Bosshardt, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Enteignungsrecht, ZBl 65, 1964, S. 393ff.; Th. Fleiner, Grundzüge, S. 289ff.; Saladin, Grundrechte, S. 152ff.; A. Grisel, Droit administratif, S. 369; Imboden/Rhinow, Nr. 58 B V b und Nr. 126 B III; Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 1977, N. 5ff. zu § 181, S. 519ff.; derselbe,

- nach dem Gebot der Erforderlichkeit ist darauf zu achten, daß die privaten Rechte möglichst geschont und die Enteignung auf das zur Erreichung des im öffentlichen Interesse Notwendigen sachlich beschränkt wird;
- nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn darf das vom Privaten zu erbringende Opfer in keinem Mißverhältnis zum Nutzen stehen, den die Allgemeinheit mit der Enteignung erzielt; das öffentliche Interesse an einer auf das sachlich Notwendige beschränkten Enteignung muß schwerer wiegen, als das private Interesse an einem Verzicht auf den Eingriff[341].

In diesem Sinn ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Maßstab für die in jedem Fall vorzunehmende Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den betroffenen Individualinteressen, wie dies auch in Art. 2 des BG über die Enteignung (SR 711) zum Ausdruck kommt («Das Enteignungsrecht kann nur geltend gemacht werden, wenn und soweit es zur Erreichung des Zwecks notwendig ist»)[342].

Da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die zuständigen Behörden nach dem Gesagten verpflichtet, das geltend gemachte öffentliche Interesse an der Enteignung im Vergleich mit dem entgegenstehenden *Privat*interesse auf seine Legitimität hin zu überprüfen, wäre es meines Erachtens verfehlt, das Verhältnismäßigkeitsprinzip zum Kriterium für die Gewichtung von allenfalls konkurrierenden *öffentlichen* Interessen zu machen. Ob beispielsweise aufgrund des Naturschutzes oder im Hinblick auf die Erhaltung von Kulturland[343] auf die Enteignung für ein öffentliches Werk verzichtet werden muß, ist keine Frage der wohlverstandenen Verhältnismäßigkeit, sondern aufgrund einer Rangordnung unter gegenläufigen öffentlichen Interessen zu entscheiden, die außerhalb des Einflußbereichs der Eigentumsgarantie steht[344]. Daß der von einer solchen Enteignung betroffene Private gegebenenfalls auch eine unrichtige Würdigung konkurrie-

Das Enteignungs- und Entschädigungsrecht im aargauischen Baugesetz, ZBl 73, 1972, S. 219; HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 11. Für die Bundesrepublik Deutschland statt vieler: GRABITZ, S. 597ff.

[341] Vgl. O. BOSSHARDT, a.a.O. (Anm. 340), S. 399f.

[342] Ähnlich die meisten kantonalrechtlichen Enteignungserlasse, z.B. Art. 3 Abs. 2 des bernischen Enteignungsgesetzes vom 3. Oktober 1965, § 181 Abs. 2 des Baugesetzes des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971.

[343] Art. 8f. des BG über die Enteignung, SR 711.

[344] a.M. offenbar TH. FLEINER, Grundzüge, S. 289f. und O. BOSSHARDT, a.a.O. (Anm. 340), S. 400.

render öffentlicher Interessen rügen kann[345], ändert daran nichts. Im Recht der formellen Enteignung vermag der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zudem bloß die Rechtmäßigkeit des Eingriffs als solchen zu gewährleisten, nicht aber den Entscheid über die daraus sich ergebenden *Folgen* zu beeinflussen. Die *Art* und das *Maß* der zu leistenden Enteignungsentschädigung hangen demnach nicht von einer Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzip im Einzelfall ab, denn die verfassungsmäßig verankerte Entschädigungspflicht des Gemeinwesens für Enteignungen ist heute anerkanntermaßen nicht Voraussetzung, sondern *Folge* des Eingriffs[346]. Nebenbei gesagt bedeutet dies, daß vom Verhältnismäßigkeitsprinzip auch bei der Prüfung einer behaupteten *materiellen* Enteignung keine Entscheidungshilfe erwartet werden darf. Ob der *formell* Enteignete Anspruch auf Realersatz habe oder – im Falle der Teilenteignung – eine Minderwertsentschädigung beanpruchen könne, ist demnach ebenfalls keine Frage der Verhältnismäßigkeit, sondern ergibt sich aus dem – vom Gesetzgeber allenfalls noch konkretisierten – verfassungsmäßigen Anspruch auf «volle» Entschädigung gemäß Art. 22ter Abs. 3 BV[347]. Wird das enteignete Grundstück nicht dem Enteignungszweck entsprechend verwendet, so ergibt sich das Rückforderungsrecht des Enteigneten[348] unmittelbar aus dem damit dokumentierten Dahinfallen des öffentlichen Interesses am Eingriff, nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der nach dem Gesagten das Bestehen eines solchen öffentlichen Interesses ja voraussetzt[349]. Dagegen entspricht es durchaus dem Sinn des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Enteignungsrecht, wenn daraus abgeleitet wird, eine formelle Enteignung dürfe als ultima ratio erst erfolgen, wenn kein freihändiger Erwerb des beanspruchten dinglichen Rechts möglich gewesen sei[350].

[345] Vgl. z.B. BGE 99 Ib 200ff. (Einsprache gegen ein Ausführungsprojekt für eine Nationalstraße).

[346] Vgl. statt vieler BGE 97 I 814.

[347] a.M. Th. Fleiner, Grundzüge, S. 290, und Hans Huber, Verhältnismäßigkeit, S. 11 Anm. 40.

[348] Vgl. Art. 102ff. des BG über die Enteignung, siehe auch BGE 99 Ib 274ff.

[349] a.M. offenbar Th. Fleiner, Grundzüge, S. 289.

[350] So ausdrücklich Art. 3 Abs. 2 des bernischen Enteignungsgesetzes vom 3. Oktober 1965; ähnlich auch Art. 30 Abs. 2 des BG über die Nationalstraßen (SR 725.11), wonach vorgängig auch noch die Möglichkeit einer Landumlegung zu prüfen ist; vgl. dazu BGE 100 Ib 82 Erw. 2 mit weiteren Hinweisen. Neuere Beispiele für zulässige Enteignungen: ZBl 72, 1971, S. 377ff. (Enteignung

2.7.1.2. Dienstbarkeit statt Abtretung

Vom Entzug des Eigentums (Vollenteignung) ist abzusehen, wenn die Belastung mit einem beschränkten dinglichen Recht zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks genügt[351]. Die Anwendung dieses aus dem Gebot der Erforderlichkeit sich ergebenden Grundsatzes bereitet in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Geht es um die Enteignung für ein öffentliches Werk, so scheint die Rechtsprechung im Zweifel zugunsten der Vollenteignung zu entscheiden, wenn damit die Erstellung des Werks in technischer, rechtlicher und finanzieller Hinsicht überzeugender konzipiert werden kann. So entschied das Bundesgericht beispielsweise aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung, daß sich das Gemeinwesen für einen Schulhausbau nicht mit einer Baurechtsdienstbarkeit begnügen muß, sondern die Totalenteignung des beanspruchten Bodens verlangen kann[352]. Ebenso bezeichnete das Bundesgericht die Totalenteignung für zulässig, als es über den Landerwerb für ein Nationalstraßenstück zu befinden hatte, das unterirdisch gebaut wurde (Stadtautobahn Zürich)[353]. Anderseits genügt ein Bauverbot, um eine Freifläche im Bereich eines Schulhauses zu schaffen[354]. – Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip beurteilt sich sodann auch die zulässige Dauer von Durchleitungsrechten für Hochspannungsleitungen[355].

2.7.1.3. Vorsorgliche Enteignung

Einzelne Enteignungsgesetze[356] sehen vor, daß auch eine später voraussichtlich notwendige Erweiterung eines öffentlichen

einer Überfahrungsservitut für eine Luftseilbahn in St. Moritz), ZBl 73, 1972, S. 65ff. (Erteilung des Enteignungsrechts an die Société de développement de Verbier für eine Parkanlage und einen Sammelplatz für die Skischule).

[351] BGE 99 Ia 475f. mit weiteren Hinweisen.

[352] BGE 99 Ia 473ff.; vgl. auch VPB 38, 1974, Nr. 59, S. 61ff. (Zulässigkeit der Totalenteignung für ein PTT-Gebäude).

[353] ZBl 73, 1972, S. 17ff. Zu Recht behaftete das Bundesgericht den Enteigner jedoch bei der Erklärung, daß dem Abtreter ein Vorrecht auf die Nutzung der Grundstückfläche zustehe, falls diese nach den Umständen zur Überbauung durch Private freigegeben werden könnte.

[354] Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts Zürich 1965, Nr. 108, S. 114.

[355] BGE 99 Ib 87ff., wo das Bundesgericht ein Durchleitungsrecht auf 50 Jahre gestützt auf eine umfassende Abwägung der sich gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen für angemessen erklärte.

[356] So z.B. Art. 4 lit. a des BG über die Enteignung, SR 711.

Werks durch (vorsorgliche) Enteignung des dafür erforderlichen Bodens gesichert werden kann. Ob ein solches Vorgehen zulässig sei, beurteilt sich vorab nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn[357]. Wie das Bundesgericht zu Recht erkannt hat[358], vermag die bloße *Möglichkeit* einer Erweiterung des Werks eine vorsorgliche Enteignung für sich allein nocht nicht zu rechtfertigen; es müssen vielmehr schlüssige Anhaltspunkte dafür vorhanden sein, daß eine Erweiterung mit erheblicher Wahrscheinlichkeit notwendig werden wird[359]. Ist diese Voraussetzung erfüllt und erscheint das öffentliche Interesse an der zwangsweisen Beanspruchung des Bodens somit als grundsätzlich legitim, so ist unter dem Gesichtswinkel des Gebots der Erforderlichkeit zu prüfen, ob nicht allenfalls weniger weitreichende Eingriffe ins Eigentum, beispielsweise die Errichtung geeigneter Dienstbarkeiten, genügen. Ferner ist zu klären, ob und in welchem Maß Instrumente des modernen Planungsrechts die vorgesehene Erweiterung des Werks gewährleisten könnten[360]. Reichen dafür öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen – beispielsweise die Zuweisung des fraglichen Grundstücks zu einer Freifläche – aus, so dürfte dieses Vorgehen grundsätzlich das mildere Mittel (im Vergleich mit der vorsorglichen, formellen Enteignung) darstellen. Entschädigungsansprüche aus materieller Enteignung bleiben in solchen Fällen freilich stets vorbehalten.

2.7.1.4. Ausdehnung der Enteignung und Heimschlag

Erheischt das öffentliche Interesse bloß eine *Teilenteignung* (in räumlicher, rechtlicher oder zeitlicher Hinsicht)[361], so können der Enteignete und der Enteigner dennoch unter bestimmten, regelmäßig im Gesetz umschriebenen Voraussetzungen die Totalenteignung verlangen, indem sie ein entsprechendes *Ausdehnungsbegehren* stellen[362].

[357] Siehe vorne Ziff. 2.7.1.1.

[358] BGE 98 Ib 417ff. (Erweiterung des Flugplatzes Etagnières), insbes. 423f.

[359] Vgl. dazu auch IMBODEN/RHINOW, NR. 126 B III, SOWIE E. ZIMMERLIN, a.a.O. (Anm. 340), N 6 zu § 181 mit weiteren Hinweisen.

[360] U. ZIMMERLI, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Enteignungsrechts, ZBl 74, 1973, S. 181.

[361] Vgl. zum Begriff E. ZIMMERLIN, a.a.O. (Anm. 340), N. 1 zu §§ 185/86 mit weiteren Hinweisen sowie neuestens BGE 103 Ib 91ff.

[362] Vgl. z.B. Art. 6 Abs. 2, 12 und 13 des BG über die Enteignung, SR 711 und Art. 6/7 des bernischen Enteignungsgesetzes vom 3. Oktober 1965.

Der *Enteignete* vermag die Ausdehnung zu erwirken, wenn die Teilenteignung ihn unverhältnismäßig hart trifft, sei es, daß dadurch der Wert des verbleibenden Rechts weitgehend zerstört, sei es, daß die bestimmungsgemäße Nutzung des verbleibenden Grundstückteils (bei der räumlichen Teilenteignung) praktisch verunmöglicht wird. Darin könnte auf den ersten Blick ein besonderer Anwendungsfall des Gebots der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit) erblickt werden, der hier eigenartigerweise dem Gebot der Erforderlichkeit vorginge, indem er im wohlverstandenen Interesse des Privaten eine Totalenteignung geböte, obwohl diese durch den Enteignungszweck an sich nicht gedeckt ist. Bereits wegen dieser Besonderheit würde ich die Ausdehnung der Enteignung auf Antrag des Enteigneten nicht als «Vervollkommnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips» [363] bezeichnen. Wollte man dieses Recht dennoch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuordnen, so wäre dessen Wirkungsweise jedenfalls abartig, würde der Sinn des Prinzips doch hier genau ins Gegenteil des üblichen verkehrt: Es wäre gegebenenfalls verletzt, weil der Eingriff *nicht weit genug* ginge! Man muß erkennen, daß ein so verstandener Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum vorneherein nur als Kriterium für die Handhabung des im *Enteignungsgesetz selber* normierten Ausdehnungsrechts des Enteigneten dienen könnte, denn ein solches Ausdehnungsrecht kann niemals – auch nicht durch die Hintertüre des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – unmittelbar aus der Eigentumsgarantie abgeleitet werden. Diese schützt bloß vor *zu weit gehenden* formellen Enteignungen und gewährleistet das Recht auf volle Entschädigung.

Daß der *Enteigner* – wie in Art. 13 des BG über die Enteignung vorgesehen – die Enteignung des Ganzen bereits dann verlangen kann, wenn «bei Teilenteignung die Entschädigung für die Wertverminderung des Restes mehr als einen Drittel seines Werts beträgt», folgt keineswegs aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz [364], sondern schließt dessen Anwendung im Enteignungsrecht vielmehr aus [365]. Gerade die regelmäßig fiskalisch begründeten Ausdehnungsbegehren des Enteigners würden eigentlich eine besonders sorgfältige Prüfung im Lichte der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn erfordern, zumal sie meines Erach-

[363] So HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 11 Anm. 40.
[364] Wie TH. FLEINER, Grundzüge, S. 290, meint.
[365] BGE 103 Ib 97 unten.

tens mit der Eigentumsgarantie nur dann vereinbar sind, wenn der Enteignete kein schutzwürdiges privates Interesse am Fortbestand der bloßen Teilenteignung darzutun vermag[366]. Da der Bundesgesetzgeber eine solche Güterabwägung in Art. 13 des Enteignungsgesetzes ausgeschlossen hat und die Zulässigkeit der Ausdehnung auf Begehren des Enteigners bloß von einem bestimmten Entschädigungsquotienten abhangen läßt, erscheint diese Vorschrift als verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Mit Recht hat das Bundesgericht, das daran nichts zu ändern vermag (Art. 113 Abs. 3 und Art. 114bis Abs. 3 BV), ihren Anwendungsbereich auf die räumliche, d.h. flächenmäßige Teilenteignung beschränkt[367].

Das Gegenstück zur Ausdehnung der formellen Enteignung bildet – bei der materiellen Enteignung – der sog. *Heimschlag,* d.h. das regelmäßig gesetzlich verankerte Recht des Gemeinwesens oder des Eigentümers des von einer enteignungsähnlich wirkenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung betroffenen Grundstücks, unter besonderen Voraussetzungen die Übernahme desselben zu beanspruchen bzw. zu verlangen. Dieses Heimschlagsrecht läßt sich indessen ebensowenig unmittelbar aus der Eigentumsgarantie ableiten wie die Ausdehnung der Enteignung[368]. Auch hier ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in erster Linie dazu bestimmt, den Eigentümer vor einer Übernahme des Grundstücks durch das Gemeinwesen zu schützen, wenn er – trotz materieller Enteignung – ein überwiegendes privates Interesse an der Beibehaltung des Eigentums darzutun vermag[369].

[366] Richtig deshalb Art. 7 des bernischen Enteignungsgesetzes vom 3. Oktober 1965, wo die Zulässigkeit solcher Ausdehnungsbegehren ausdrücklich vom Ergebnis einer sachgerechten Interessenabwägung abhängig gemacht wird; ebenso Art. 100 des bernischen Baugesetzes vom 7. Juni 1970 über den Anspruch des Gemeinwesens auf Übernahme eines Grundstücks, das Gegenstand einer materiellen Enteignung bildet.

[367] BGE 103 Ib 97ff.

[368] BGE 93 I 153; Imboden/Rhinow, Nr. 130 B IV a.

[369] Vgl. Art. 100 Abs. 2 des bernischen Baugesetzes vom 7. Juni 1970, wo – sinngemäß gestützt auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – ausgeführt wird, daß sich der Grundeigentümer einer Übernahme widersetzen kann, die nicht durch überwiegende öffentliche Interessen begründet ist. Siehe auch BGE 102 Ia 243ff.: Nach Auffassung des Bundesgerichts verstößt eine Regelung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn sie den Eigentümer eines unter Denkmalschutz stehenden Gebäudes vor die Wahl stellt, entweder die Übernahme des Grundstücks gegen Ersatz des Bodenwerts zu verlangen oder aber auf eine Entschädigung schlechthin zu verzichten. Das Bundesgericht

2.7.2. Eigentumsbeschränkungen

2.7.2.1. Allgemeines

Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen halten vor der in Art. 22ter BV verankerten Eigentumsgarantie – hier in ihrer Erscheinungsform als Bestandesgarantie[370] – nur stand, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen und im öffentlichen Interesse liegen[371]. Das öffentliche Interesse kann verschiedener Art sein; die Eigentumsfreiheit darf mit anderen Worten vielfältigen Beschränkungen unterworfen werden, die verschiedenartige Zwecke verfolgen und dem Wohl der Rechtsgemeinschaft in einer modernen Gesellschaftsordnung zu dienen bestimmt sind[372]. Aus dem Erfordernis eines hinreichenden öffentlichen Interesses an einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung hat das Bundesgericht unmittelbar den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet, den es in diesem Zusammenhang während Jahren wie folgt formelhaft definiert hat:

«Damit eine Eigentumsbeschränkung das durch die Eigentumsgarantie geforderte öffentliche Interesse für sich hat, muß indessen nicht nur der damit angestrebte *Zweck* dem öffentlichen Nutzen dienen; im Sinne des Grundsatzes der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit muß der betreffende Eingriff vielmehr auch das richtige *Mittel* zur Erreichung dieses Zieles sein und darf nicht weitergehen, als es zu dessen Verwirklichung erforderlich ist. Der Grundsatz der Ver-

leitet aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab, daß dem Enteigneten in einem solchen Fall gestattet werden müsse, eine Minderwertsentschädigung zu verlangen, sofern eine materielle Enteignung vorliege. Diese Argumentation überzeugt nicht, denn die Entschädigungspflicht ist – wie in Ziff. 2.7.1.1. ausgeführt – *Folge* des Eingriffs als solchem (hier: der Unterstellung unter Denkmalschutz) und läßt sich nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableiten. Zum gleichen – richtigen – Resultat wäre das Bundesgericht gekommen, wenn es die beanstandete Regelung als sachwidrig und demzufolge als gegen Art. 4 BV verstoßend bezeichnet hätte, was sich angesichts der offensichtlichen Unhaltbarkeit der vom Gesetzgeber getroffenen Unterscheidung wohl eher gerechtfertigt hätte.

[370] Vgl. zum Verhältnis zwischen Instituts- und Bestandesgarantie insbes. BGE 99 Ia 37 Erw. 3.

[371] Statt vieler BGE 103 Ia 41 mit weiteren Hinweisen.

[372] Vgl. dazu die Aufzählung relevanter öffentlicher Interessen bei IMBODEN/RHINOW, Nr. 123 B IV; siehe auch BLAISE KNAPP, a.a.O. (Anm. 276), S. 137ff., sowie SALADIN, Grundrechte, S. 146ff. Zu weitgehend wohl ZBl 78, 1977, S. 68ff., wo das Bundesgericht jedes «politische», d.h. vom Stimmbürger sanktionierte öffentliche Interesse an einer Planungsmaßnahme für verfassungsmäßig zu halten scheint; siehe dazu die berechtigte Kritik von HANS PETER MOSER, ebendort, S. 71.

hältnismäßigkeit verlangt ferner, daß das verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Verwirklichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehe.»[373]

Damit erblickte das Bundesgericht in der Verhältnismäßigkeit der fraglichen Eigentumsbeschränkung gleichsam ein notwendiges Begriffselement des zu ihrer Rechtfertigung vorgebrachten öffentlichen Interesses. Neuere Urteile lassen indessen erkennen, daß es diese Konzeption offenbar aufgegeben hat und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip – seinem Wesen als verfassungsmäßigem Leitgrundsatz entsprechend – nunmehr eine selbständige Bedeutung und Funktion zuerkennt. So erwog es im Basler Abbruchentscheid (BGE 99 I a 37), eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende Eigentumsbeschränkung sei mit der Eigentumsgarantie «nur vereinbar, wenn dafür ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und der Eingriff nicht weitergeht, als es dieses öffentliche Interesse gebietet (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)».

Diese Entwicklung der Rechtsprechung ist zu begrüßen. Wie bereits ausgeführt[374], gewährleistet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Anwendungsbereich der Eigentumsgarantie den Schutz der *privaten* Interessen, die dem öffentlichen Interesse am Eingriff entgegenstehen. Im Gegensatz zur Prüfung des öffentlichen Interesses selber erheischt er demnach eine Güterabwägung, wobei das nach den gesamten Umständen zunächst – gleichsam abstrakt – bejahte öffentliche Interesse am Eingriff nach Maßgabe der Zweckangemessenheit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit) – in quantitativer und qualitativer Hinsicht also – *nachträglich* auf seine Legitimität im Einzelfall hin untersucht werden muß. Im Rahmen der von der Eigentumsgarantie her geforderten Interessenabwägung läßt sich diese Prüfung nicht nur «kaum umgehen», wie sich das Bundesgericht vor kurzem etwas unglücklich ausgedrückt hat[375], sondern sie ist unerläßlich, wenn dem nach dem Gesagten sehr weit definierbaren öffentlichen Interesse an Eigentumsbeschränkungen kein sachwidriges Übergewicht zukommen soll. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die Garantie dafür, daß trotz des stetig zunehmenden Bedürfnisses der Allgemeinheit an Beschränkungen der Eigentumsfreiheit ein dem Sinngehalt der Bestandesga-

[373] So z.B. BGE 93 I 706f. mit Zitaten; siehe auch VPB 37, 1973, Nr. 66.
[374] Vorne Ziff. 2.7.1.1. zur formellen Enteignung.
[375] ZBl 78, 1977, S. 70 Erw. 5.

rantie entsprechendes, möglichst ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Gewicht des verfolgten öffentlichen Interesses und den Auswirkungen des Eingriffs im Einzelfall, d.h. für den Privaten, bestehen bleibt. Daraus erhellt, daß an die maßgebenden Bedürfnisse der Allgemeinheit umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je stärker in die Eigentumsfreiheit eingegriffen werden soll. Von einer vernünftigen Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips hängt es letztlich ab, ob es auch weiterhin gelingt, bei der Umschreibung des Eigentumsinhalts sowohl den Bedürfnissen der Allgemeinheit («Sozialpflichtigkeit des Eigentums») als auch den Anforderungen eines freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats zu genügen.

Im Rahmen des vorliegenden Referats muß darauf verzichtet werden, die Gerichts- und Verwaltungspraxis zur Verhältnismäßigkeit von Eigentumsbeschränkungen im einzelnen darzustellen. Die notwendigerweise kasuistisch geprägte Praxis zu den *polizeilichen,* namentlich baupolizeilichen Eigentumsbeschränkungen konkretisiert das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach den bereits erwähnten, allgemeinen Grundsätzen des Polizeirechts[376]. In Betracht fallen baupolizeiliche Eigentumsbeschränkungen zum Schutz des Eigentümers selber[377], des Nachbarn[378] und der Allgemeinheit[379]. Das öffentliche Interesse an solchen Maßnahmen steht regelmäßig außer Frage, weshalb die Verhältnismäßigkeitsprüfung vorab nach dem Gebot der *Erforderlichkeit* zu erfolgen hat, d.h. es ist zu prüfen, ob keine weniger einschneidende Maßnahme dem Eingriffszweck zu genügen vermag. So darf ein Bauvorhaben nur abgelehnt werden, wenn keine zweckentsprechende Projektänderung – gegebenenfalls mit Bedingungen und Auflagen[380] – möglich ist; insbesondere ist dem Gesuchsteller zu gestatten, von seiner «Austauschbefugnis» Gebrauch zu machen, die ihm erlaubt, den Behörden ein anderes

[376] Vorne Ziff. 2.4.

[377] Vgl. z.B. BVR 1978, S. 62ff. (Beschränkungen für Bauten in der Lawinenzone).

[378] Namentlich Maßvorschriften und Bestimmungen über Abstände, vgl. z.B. BGE 99 Ia 126ff., insbes. 140f. und BGE 100 Ia 334ff. (Beschattung), sowie ZBl 68, 1967, S. 154ff. (Grenzabstand).

[379] Namentlich forst- und feuerpolizeiliche Bestimmungen (z.B. BGE 96 I 129ff., ZBl 70, 1969, S. 43ff. zum Waldabstand, BVerwGE 17, Nr. 65 betreffend Verbot von Feuerstellen in Waldesnähe; vgl. auch die Hinweise bei IMBODEN/RHINOW, Nr. 123 B IV a 1 und Vorschriften über den Gewässerschutz: grundlegend VPB 40, 1976, Nr. 21; vgl. auch BGE 94 I 492ff., 98 Ia 27ff., sowie VPB 38, 1974, Nr. 105 = ZBl 75, 1974, S. 435ff.

[380] Vgl. vorne Ziff. 2.4.4.2.

taugliches Mittel zur Vermeidung eines polizeiwidrigen Zustands vorzuschlagen[381]. Endlich ist zu prüfen, ob ein Dispens bzw. eine Ausnahmebewilligung erteilt werden kann, sofern der maßgebende Erlaß diese Möglichkeit vorsieht[382]. – Ähnliches gilt für Eigentumsbeschränkungen, die eine ästhetisch befriedigende Überbauung gewährleisten sollen oder den Schutz des Ortsbildes, der Landschaft oder von Denkmälern und Kulturgütern bezwecken[383]. Solche Eigentumsbeschränkungen verfolgen nicht bloß polizeiliche Zwecke; sie sind vielmehr auch Mittel der eigentlichen Raumplanung und erheischen deshalb eine besonders differenzierte Verhältnismäßigkeitsprüfung.

2.7.2.2. Raumplanerische Eigentumsbeschränkungen

Raumplanung ist die Gesamtheit der Planungsaufgaben, die der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedelung des Landes dienen[384]. Raumplanungsrechtliche Vorschriften[385] stehen zwar in engem sachlichem Zusammenhang mit dem Baupolizeirecht, reichen aber – der Zweckbestimmung des Raumplanungsrechts entsprechend – weiter als baupolizeiliche Normen, indem sie im Interesse der Allgemeinheit eine rationale Raumordnung gewährleisten sollen und in diesem Sinne wohlfahrtspolitische Ziele verfolgen[386]. Danach richten sich auch Funktion und Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes:

[381] Vgl. dazu JOST, S. 89 mit weiteren Hinweisen.

[382] Vgl. vorne Ziff. 2.4.4.3.

[383] Zur *Aesthetik:* ZBl 72, 1971, S. 358ff., sowie HANS SIEGENTHALER, in MBVR 71, 1973, S. 166ff. und 72, 1974, S. 125 je mit weiteren Hinweisen. Zum *Ortsbildschutz:* BGE 101 Ia 213ff.; 99 Ia 581ff. – Zum *Natur- und Heimatschutz:* E. SOMMER, Natur- und Landschaftsschutz in der neuen Praxis des Bundesgerichts und in der Rechtsprechung des zürcherischen Verwaltungsgerichts, ZBl 73, 1972, S. 5; YVO HANGARTNER, Rechtsgrundlagen des Naturschutzes, ZBl 72, 1971, S. 261; aus der reichen Gerichtspraxis: BGE 97 I 639ff., 643ff.; 94 I 52ff.; 91 I 329ff.; ZBl 75, 1974, S. 299; 73, 1972, S. 397ff.; 72, 1971, S. 481ff.; 67, 1966, S. 386ff.; Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts Zürich 1973, Nr. 75, S. 85, 1966, Nr. 102, S. 116ff. – Zum *Kulturgüterschutz:* BGE 100 Ib 162ff. – Zum *Denkmalschutz:* BGE 102 Ia 250ff.; ZBl 74, 1973, S. 33ff., S. 198ff.

[384] Vgl. statt vieler MARTIN LENDI, Planungsrecht und Eigentum, Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 1, 1976, S. 68ff.

[385] Vgl. zum Begriff des Raumplanungsrechts, LENDI, a.a.O. (Anm. 384), S. 81ff., sowie IMBODEN/RHINOW, Nr. 124 B I.

[386] Vgl. zum Verhältnis zwischen Baupolizeirecht und Raumplanungsrecht LENDI, a.a.O. (Anm. 384), S. 92ff.

Er soll hier ein abgestimmtes Verhältnis zwischen den Maßnahmen der Eigentumsbindung resp. der Eigentumsbeeinträchtigung und den verfolgten Zielen und Zwecken der Raumplanung gewährleisten[387] und stellt das wesentliche materielle Kriterium für eine sachgerechte Konkretisierung der Eigentumsfreiheit dar[388]. Daraus erhellt, daß nicht nur das Gebot der Erforderlichkeit (Zweckangemessenheit), sondern insbesondere auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit) zum Tragen kommen muß.

Besondere Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang die im Interesse des Gemeinwohls gebotene sachgerechte Umschreibung der aus dem Eigentum sich ergebenden Nutzungsmöglichkeiten, namentlich der Befugnis zum Bauen[389]. Ob ein Grundstück dem Baugebiet oder dem sog. übrigen Gemeindegebiet zuzuweisen sei, ist zwar aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden, die nach dem Gesagten insbesondere auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erheischt. Dabei darf die Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jedoch nicht überschätzt werden. Es liegt im Wesen der raumplanerisch gebotenen Ausscheidung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet, daß für eine individualisierende Interessenabwägung nur beschränkt Raum bleibt, daß also dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz insoweit nur eine ähnlich beschränkte Schutzwirkung zukommen kann wie dem Gebot der Gleichbehandlung[390], denn sollen die Planungsinstanzen ihrer Aufgabe gerecht werden können, so müssen gewisse Zufälligkeiten in Kauf genommen werden, zumal hier das Gebot der Erforderlichkeit des Eingriffs als kaum justiziabel erscheint. Insoweit dürfte dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz demnach im Regelfall keine weitergehende Funktion eignen, als dem verfassungsmäßigen Willkürverbot, ja es läßt sich sogar die Frage stellen, ob hier nicht besser von einer Konkretisierung der Eigentumsbefugnisse denn von einem «Eingriff» in die Eigentumsfreiheit gesprochen werden sollte. Wird ein

[387] So LENDI, a.a.O. (Anm. 384), S. 137.

[388] Siehe vorne Ziff. 2.7.2.1., sowie ALFRED KUTTLER, Der Beitrag des Bundesgerichts an die Entwicklung des Raumplanungsrechts in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 180ff.; PIERRE MOOR, Aménagement du territoire et propriété privée, Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 3, 1976, S. 401ff.

[389] Vgl. dazu statt vieler LENDI, a.a.O. (Anm. 384), S. 142ff.

[390] BGE 95 I 550ff.

Grundstück dem übrigen Gemeindegebiet statt dem Baugebiet zugewiesen, so bleibt der Eigentümer im übrigen nicht schutzlos: Die Eigentumsgarantie verschafft ihm einen Entschädigungsanspruch, wenn die Maßnahme enteignungsähnlich wirkt. Die Entschädigungspflicht des planenden Gemeinwesens ist indessen nicht Voraussetzung, sondern *Folge* des Eingriffs und ergibt sich deshalb *nicht* aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dieser erheischt jedoch insoweit eine flexible Ausgestaltung des Raumplanungsrechts, als eine mit dem Planungszweck vereinbare Überbauung auch im übrigen Gemeindegebiet zugelassen werden muß[391]. Die Ausnahmebestimmungen zum Bauen im übrigen Gemeindegebiet[392] sind demnach Ausfluß des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Gebot der Erforderlichkeit). Ob die Ausnahmebewilligung im konkreten Fall erteilt werden kann, ist jedoch *keine* Frage der Verhältnismäßigkeit, sondern eine Frage der richtigen Anwendung und Auslegung der vom Gesetzgeber verwendeten unbestimmten Gesetzesbegriffe («sachlich begründetes Bedürfnis», «wichtiger Grund»). – Ähnliches wie für die Ausscheidung von Baugebiet im Rahmen einer Ortsplanung gilt bei der Rückzonung von Baugebiet ins übrige Gemeindegebiet[393].

Im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – vorab nach dem Gebot der (planerischen) Erforderlichkeit – ist ferner zu prüfen,

[391] Vgl. z.B. Art. 23 Abs. 2 des bernischen Baugesetzes vom 7. Juni 1970 über die Zulässigkeit von Neubauten im übrigen Gemeindegebiet, die der land-, forst- oder rebwirtschaftlichen Nutzung des Bodens dienen; vgl. dazu ALDO ZAUGG, Kommentar zum bernischen Baugesetz, Bern 1971, N. 2 zu Art. 23 BauG, sowie FRITZ KILCHENMANN, Die planungs-, bau- und gewässerschutzrechtliche Ordnung des übrigen Gebiets und der Landwirtschaftszone unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechts, Diss. Bern 1975, insbes. S. 224ff.; vgl. auch VPB 41, 1977, Nr. 43: Es ist unverhältnismäßig, eine Fischzucht einer Schutzzone gemäß Bundesbeschluß über dringliche Maßnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung (SR 700) zuzuweisen, die keine standortgebundenen Bauten zuläßt; der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, hier eine Schutzzone auszuscheiden, die landwirtschaftliche und standortgebundene Bauten zuläßt.

[392] Vgl. z.B. Art. 20 des BG über den Gewässerschutz, SR 814.20, i.V. mit Art. 27 der Allgemeinen Gewässerschutzverordnung, SR 814.201 (Ausnahmebewilligung für Bauten außerhalb des Generellen Kanalisationsprojekts, für die ein sachlich begründetes Bedürfnis nachgewiesen werden kann); Art. 24 des bernischen Baugesetzes vom 7. Juni 1970 (Nachweis eines wichtigen Grundes für Bauten im übrigen Gemeindegebiet).

[393] Vgl. z.B. BGE 98 Ia 374ff.

- ob ein Grundstück einer Zone mit bestimmter baulicher Nutzung innerhalb des Baugebiets[394], einer Grünzone oder Grünfläche[395] oder dem Perimetergebiet eines Gestaltungsplans[396] zugewiesen werden darf,
- ob und gegebenenfalls inwieweit Eigentumsbeschränkungen im Hinblick auf den bevorstehenden Bau oder die vorgeschriebene Erweiterung von öffentlichen Werken verfügt werden dürfen[397],
- ob und in welchem Maß die Erschließung des ausgeschiedenen Baugebiets etappiert und der Eigentümer verpflichtet werden darf, diese Erschließung gegebenenfalls selber in die Wege zu leiten[398],
- ob dem Eigentümer von Grundstücken, die einer bestimmten Bauzone zugewiesen worden sind, Nutzungspflichten auferlegt werden dürfen[399] und
- inwieweit Baugrundstücke im Hinblick auf eine Neugestaltung der Nutzungsordnung mit einem befristeten Bauverbot (Baubann, Bausperre) belegt werden dürfen[400].

2.7.2.3. Wirtschafts- und sozialpolitische Eigentumsbeschränkungen

In jüngster Zeit hat sich der Gesetzgeber veranlaßt gesehen,

[394] z.B. Zone für öffentliche Werke oder Anlagen (BGE 94 I 127ff., insbes. 137f.); vgl. auch BVR 1976, S. 79ff. (Industriezone mit unverhältnismäßigen Zulassungsvoraussetzungen).

[395] Vgl. z.B. BGE 93 I 702ff.

[396] BGE 100 Ia 223ff.; vgl. dazu die Kritik von HANS HUBER in ZBJV 111, 1975, S. 376ff.

[397] BGE 103 Ia 40ff. (Baulinienplan zur Freihaltung des für einen künftigen Straßenbau benötigten Landes), VPB 38, 1974, Nr. 22 (Ausdehnung von Projektierungszonen für Nationalstraßen); vgl. auch BGE 103 Ia 187 (Grundsätzliches zur Prüfung von Eigentumsbeschränkungen im Hinblick auf künftige Bedürfnisse des Gemeinwesens).

[398] Vgl. z.B. BGE 96 I 375; siehe auch IMBODEN/RHINOW, Nr. 124 B III.

[399] Vgl. dazu P. SALADIN/CHR. LANZ, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit Einkaufszentren, ZBl 77, 1976, S. 122 sowie VPB 41, 1977, Nr. 45 (unzulässige Bewilligungspflicht für Einkaufszentren in kantonalen Ausführungsbestimmungen zum Bundesbeschluß über dringliche Maßnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung, SR 700); zum Problem allgemein: MARKUS HOFMANN, Die Pflicht zur Nutzung des Bodens, Diss. Zürich 1974.

[400] Vgl. z.B. BGE 93 I 338ff. und SGGVP 1970, Nr. 46, S. 100ff.; siehe auch ZBl 73, 1972, S. 320 (befristetes Bauverbot im Hinblick auf die rechtliche Verankerung eines Umgebungsschutzes im Sinne von Art. 15f. des BG über den Natur- und Heimatschutz, SR 451).

das Eigentum auch aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen zu beschränken. So stellte er namentlich Vorschriften auf über die Erhaltung von Wohnraum, indem er die Bewilligungspflicht für den Abbruch von Wohnbauten einführte[401]. Ferner traf er Maßnahmen zum Schutze der Mieter[402] und erließ Vorschriften über Zahl, Typen und Preis von Mietwohnungen[403] sowie über die Energieversorgung in Miethäusern[404]. Solche Eigentumsbeschränkungen sind zwar grundsätzlich zulässig. An den Nachweis eines entsprechenden Bedürfnisses sind indessen hohe Anforderungen zu stellen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere die Gebote derErforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn erheischen, daß solche Beschränkungen sorgfältig nach Maßgabe der jeweiligen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse überprüft werden[405] und daß an die Bedürfnisse der Allgemeinheit umso höhere Anforderungen gestellt werden, je stärker in die Eigentumsfreiheit eingegriffen wird. Sodann ist erheblich, ob eine dauernde oder bloß eine vorübergehende Eigentumsbeschränkung in Frage stehe[406]. Für eine besonders zurückhaltende Prüfung besteht – entgegen der Auffassung des Bundesgerichts – weder im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle noch bei der Rechtsanwendung Anlaß. Im Gegenteil: Wirtschafts- und sozialpolitische Eigentumsbeschränkungen sind in ganz besonderem Maß der Gefahr ausgesetzt, ihrer legitimen Zweckbestimmung entfremdet, d.h. zu gesellschaftspolitischen Zwecken mißbraucht zu werden, die – trotz anerkannter «Sozialpflichtigkeit» des Eigentums – mit einer Rechtsordnung, die ein Mindestmaß an verfassungsmäßig verankerter wirtschaftlicher Freiheit gewährleisten soll, schlechterdings nicht vereinbar sind. So verstößt es gegen den wohlverstandenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dem Gemeinwesen in je-

[401] BGE 99 Ia 35ff., 101 Ia 502ff.

[402] Vgl. BGE 102 Ia 376 Erw. 4 mit weiteren Hinweisen.

[403] BGE 99 Ia 604ff.

[404] BGE 98 Ia 584ff: Verpflichtung des Bauherrn, Leitungen sowohl für die elektrische Stromversorgung als auch für Gas einzubauen; vgl. auch BVR 1977, S. 3.

[405] So läßt das jüngste Urteil: BGE 103 Ia 417ff. i.S. *Schweizer* gegen den *Großen Rat des Kantons Schaffhausen* erkennen, daß die Prüfung eines Gesetzes über die Erhaltung von Wohnraum im Jahre 1977 nicht mehr nach den gleichen Maßstäben erfolgen darf wie in den Jahren 1973 (BGE 99 Ia 35ff.) und 1975 (BGE 101 Ia 502ff.).

[406] BGE 99 Ia 39; vgl. dazu Hans Huber in ZBJV 110, 1974, S. 440ff.

dem Fall einer angestrebten Zweckänderung einer Baute das Recht zur Übernahme derselben zuzubilligen[407], oder eine Abbruchbewilligung selbst dann zu verweigern, wenn nachgewiesenermaßen mehr marktkonformer Wohnraum bereitgestellt werden soll[408]. Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von wirtschafts- und sozialpolitischen Eigentumsbeschränkungen erscheint noch als wenig gefestigt und bedarf meines Erachtens einer grundsätzlichen Überprüfung, vorab unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der gerade hier als Kriterium für eine sachgerechte Umschreibung des Eigentumsinhalts größte Bedeutung erlangt[409].

2.8. Gemeindeautonomie

Die meisten kantonalen Verfassungen räumen den Gemeinden bei der Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben innerhalb der Schranken von Verfassung und Gesetz eine gewisse Selbständigkeit ein. Dieses Selbstbestimmungsrecht bezeichnet man als Gemeindeautonomie[410]. Dieses Recht zur Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung («Gemeindefreiheit») ist – ähnlich wie die Freiheitsrechte der Bürger – ein verfassungsmäßiges Recht im Sinne von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV[411], das – wie jene – gesetzlichen Beschränkungen unterworfen werden kann[412]. Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, dessen Verletzung nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen einer Autonomiebeschwerde gerügt werden kann[413].

Wie bereits mehrfach ausgeführt, ergeben sich Funktion und Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus dem Sinngehalt des betroffenen verfassungsmäßigen Rechts. Im Anwen-

[407] BGE 103 Ia 425 Erw. 4 cc.
[408] BVR 1977, S. 370ff.; siehe auch ZBl 78, 1977, S. 186ff.
[409] Vgl. vorne Ziff. 2.7.2.1.
[410] Vgl. dazu JACQUES MEYLAN, Problèmes actuels de l'autonomie communale, Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 1, 1972; RICCARDO JAGMETTI, Die Stellung der Gemeinden, Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 2, 1972, sowie ULRICH ZIMMERLI, Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie, ZBl 73, 1972, S. 257ff.
[411] U. ZIMMERLI, a.a.O. (Anm. 410), S. 257 mit weiteren Hinweisen.
[412] Vgl. dazu J. MEYLAN, a.a.O. (Anm. 410), S. 97ff.
[413] BGE 103 Ia 197; 96 I 242 Erw. 5; 94 I 550 c sowie ZBl 72, 1971, S. 427ff.

dungsbereich der Gemeindeautonomie bedeutet dies, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip von vorneherein nur zum Schutz der kommunalen *Selbstgesetzgebung* und *Selbstverwaltung* angerufen werden kann, d.h. *ausnahmsweise* als Kriterium für die Abwägung von konkurrierenden *öffentlichen* Interessen zum Tragen kommt[414]. Mit Autonomiebeschwerde kann demnach niemals geltend gemacht werden, ein kantonaler Hoheitsakt bewirke eine unverhältnismäßige Beschränkung eines Freiheitsrechts des Bürgers – wie beispielsweise der Eigentumsgarantie oder der Handels- und Gewerbefreiheit[415] –, sondern eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips kann hier nur damit begründet werden, daß der Kanton zu weitgehend in die autonomen Befugnisse der Gemeinde selber eingegriffen habe. Bedeutungsvoll ist diese Erkenntnis namentlich bei der Prüfung von kantonalen Hoheitsakten aus Rechtsgebieten, wo konkurrierende Regelungszuständigkeiten zwischen Kanton und Gemeinden bestehen, wie beispielsweise im Raumplanungsrecht[416] oder für Ladenschlußordnungen[417]. Verfügt der Kanton in Ausschöpfung seiner gesetzlichen Kompetenz raumplanerische Nutzungsbeschränkungen zum Zwecke des Landschaftsschutzes und greift er damit in die ebenfalls gesetzlich gewährleistete Autonomie der Gemeinden auf dem Gebiete der Zonenplanung ein, so verletzt er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn die Gemeinde dartun kann, daß ein hinreichender Landschaftsschutz auch mit milderen Mitteln hätte erreicht werden können, welche die planerischen Befugnisse der Gemeinde weniger weitgehend beschränkt hätten[418]. Ob der Kanton dabei allenfalls in unverhältnismäßiger Weise in die Eigentumsgarantie des Grundeigentümers eingreift, ist in diesem Zusammenhang jedoch unerheblich. Schützt er dagegen Teile der Landschaft, die gar nicht schützenswert sind, so verstößt er meines Erachtens nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern es fehlt diesfalls an einer gesetzlichen Grundlage für den Eingriff in die Gemeindeautonomie auf dem

[414] Das war im Urteil BGE 94 I 448ff. noch recht unklar, wurde jedoch in BGE 96 I 242 Erw. 5 und insbes. in BGE 103 Ia 196ff. richtiggestellt; vgl. dazu auch JACQUES MEYLAN, La jurisprudence récente en matière de plans d'aménagement, ZBl 72, 1971, S. 357.

[415] So nunmehr ausdrücklich BGE 103 Ia 196.

[416] BGE 94 I 541 (vgl. dazu J. MEYLAN, a.a.O. [Anm. 410], S. 99) und BGE 96 I 234ff.

[417] BGE 103 Ia 191ff. = ZBl 78, 1977, S. 547ff. = BVR 1978, S. 1ff.

[418] So sinngemäß BGE 96 I 242 Erw. 5 unten.

Gebiete der Raumplanung[419], zumal ein öffentliches, vom Kanton wahrzunehmendes Interesse an der Autonomiebeschränkung in einem solchen Fall überhaupt nicht besteht und für eine nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmende Abwägung mit dem von der Gemeinde zu verfolgenden öffentlichen Interesse an einer sachgerechten Zonenplanung deshalb gar kein Raum bleibt.

Werden die Bereiche, in denen die Gemeinden zur autonomen Rechtsetzung befugt sind, nicht in der Verfassung, sondern bloß in der kantonalen Gesetzgebung umschrieben[420], so vermag der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Gemeindeautonomie nur sehr beschränkt zu schützen. Nimmt der Kanton eine Regelungszuständigkeit nachträglich durch Gesetzesänderung selber in Anspruch, so liegt darin grundsätzlich von vorneherein keine Autonomieverletzung[421]. Insoweit verlangt das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach der Praxis bloß, daß der Gemeinde für den Erlaß der Ausführungsbestimmungen eine angemessene Frist eingeräumt wird[422]. Ob für die Überprüfung solcher Übergangsbestimmungen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bemüht werden muß, läßt sich freilich bezweifeln, denn die Verpflichtung des Kantons, in solchen Fällen eine *vernünftige* Übergangsordnung zu schaffen, ließe sich wohl ebensogut aus Art. 4 BV ableiten. Prüfenswert wäre freilich, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kriterum zum Entscheid darüber dienen könnte, wie weit der kantonale Gesetzgeber die Gemeindeautonomie einschränken darf, wenn diese dem Grundsatze nach durch die Kantonsverfassung gewährleistet wird[423]. Das Bundesgericht brauchte diese Frage bisher nicht zu beantworten. Meines Erachtens ist es indessen nicht abwegig, das Vorgehen des kantonalen Gesetzgebers in diesem Zusammenhang am Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn zu messen und eine Verfassungsverletzung zu bejahen, wenn die in der Verfassung institutionell gewährleistete Gemeindeautonomie («Gemeindefreiheit») durch die kantonale Gesetzgebung ihres Sinnes entleert wird. Auf diese Weise vermöchte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch der Gemeindeautonomie – ähnlich wie den ideellen Grundrechten der Bürger –

[419] Unklar BGE 96 I 242 Erw. 5 Mitte.
[420] Wie beispielsweise im Kanton Bern: BGE 103 Ia 194 Erw. 3, 99 Ia 65.
[421] BGE 103 Ia 195 Erw. 3 mit weiteren Hinweisen.
[422] BGE 103 Ia 198: Neue Ladenschlußordnung im Anschluß an eine neue kantonale Regelung über die Zahl der Abendverkäufe.
[423] Vgl. BGE 103 Ia 194f. Erw. 3, sowie U. ZIMMERLI, a.a.O. (Anm. 410), S. 263f.

einen unantastbaren Kerngehalt zu gewährleisten. Wie weit die vom kantonalen Gesetzgeber verfügte Beschränkung der Gemeindeautonomie reichen müßte, damit von einer Verletzung ihres Wesenskerns gesprochen werden könnte, ist freilich schwer zu sagen.

Nach der neueren Rechtsprechung kann sich die Gemeinde auch gegen eine *willkürliche Anwendung* ihres autonomen kommunalen Rechts zur Wehr setzen[424]; d.h., daß sie im Rahmen der Willkürrüge auch eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geltend machen kann[425]. Praktisch bedeutsame Konsequenzen ergeben sich daraus jedoch kaum. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt hier als Element des Willkürverbots zum Tragen und besagt, daß kein kantonaler Hoheitsakt Bestand haben darf, der auf einer sachlich unhaltbaren und damit unvernünftigen Güterabwägung gründet, wenn diese in Anwendung des autonomen kommunalen Rechts erfolgt[426].

2.9. Wirtschaftsrecht; Handels- und Gewerbefreiheit

Im Wirtschaftsrecht, namentlich im Anwendungsbereich der Handels- und Gewerbefreiheit, wirkt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit recht eigentlich als Garantie für eine freiheitliche Rechtsordnung[427]. Mit Rücksicht auf die unter den Referenten abgesprochene teilweise Aufteilung der zu behandelnden Materien muß darauf verzichtet werden, die äußerst vielschichtige Problematik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Wirtschaftsrecht an dieser Stelle eingehend zu behandeln[428], zumal einzelne, wichtige Teilaspekte bereits geprüft wurden[429] oder in anderem Zusammenhang noch erörtert werden[430]. Immerhin soll

[424] BGE 95 I 37ff.; vgl. dazu U. ZIMMERLI, a.a.O. (Anm. 410), S. 266ff.

[425] Vgl. BGE 96 I 382ff. Erw. 3.

[426] Vgl. z.B. ZBl 72, 1971, S. 473ff. betreffend den Widerruf einer Baubewilligung für ein lawinengefährdetes Grundstück.

[427] Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4. (Allgemeine Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Polizeirecht).

[428] Vgl. dazu das französischsprachige Referat von P. A. MÜLLER, sowie HOTZ, S. 87ff.; HANS MARTI, Wirtschaftsfreiheit, insbes. S. 80ff.; J.-F. AUBERT, Traité, S. 672ff., nos. 1881ff.; SALADIN, Grundrechte, S. 211ff., insbes. S. 239ff.; GYGI, Wirtschaftsverfassung, insbes. S. 360ff.; HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 6ff.

[429] Siehe vor allem vorne Ziff. 2.4. (Allgemeine Bedeutung der Verhältnismäßigkeit im Polizeirecht).

[430] Ziff. 2.11. (Administrative Rechtsnachteile und Verwaltungszwang).

zuhanden des Praktikers dennoch kurz im Sinne einer Übersicht gesagt werden, in welchen Bereichen des Wirtschaftsrechts der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in den letzten Jahren besonders aktuell geworden ist.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beurteilten sich namentlich

- Normen über die Zulassung zu einem bestimmten Beruf oder Gewerbe[431],
- Maßnahmen der gewerbepolizeilichen Aufsicht[432], insbesondere für das Gastgewerbe[433],
- der zuläßige Umfang von Monopolen[434],
- die Verfassungsmäßigkeit von Ladenschlußbestimmungen[435],

[431] z.B. Rechtsanwalt (BGE 73 I 1: unverhältnismäßiges Erfordernis der philosophischen Ausbildung); Chiropraktoren (BGE 96 I 138ff.: Prüfung für bereits praktizierende Chiropraktoren); Architekten (BGE 93 I 513ff.: unzulässige kantonale Fähigkeitsprüfung für diplomierte Architekt-Techniker HTL); Apotheker (BGE 91 I 306ff.: der Leiter einer Apotheke braucht nicht gleichzeitig ihr Eigentümer zu sein; vgl. auch BGE 91 I 457ff.); Skilehrer und Skischulleiter (BGE 100 Ia 169ff.: Anforderungen an die Ausbildung); Bergführer (BGE vom 13. Dezember 1977, wiedergegeben in NZZ Nr. 294 vom 15. Dezember 1977: Ausschluß aus der Armee bedeutet nicht notwendigerweise Ausschluß vom Bergführerberuf); Installateur (BGE 96 I 383ff.; 94 I 18ff., ZBl 70, 1969, S. 22ff.; BGE vom 14. Dezember 1977 i.S. Jacquemin betreffend sanitäre Installationen; BGE 93 I 406ff. betreffend elektrische Hausinstallationen); siehe auch vorne Ziff. 2.4.4.1. zur Einführung der polizeilichen Bewilligungspflicht.

[432] z.B. Regelungen des Taxigewerbes (BGE 92 I 100; 97 I 653ff.; 99 Ia 381ff., 389ff., 394ff.; ZBl 71, 1970, S. 145ff.; BVR 1977, S. 46f.); zum Kinogewerbe (BGE 93 I 305ff., Vorzensur; BGE 96 I 199ff., unzulässige Verpflichtung zur Alterskontrolle); der Straßenprostitution (BGE 101 Ia 481ff.; 99 Ia 504ff.; ZBl 78, 1977, S. 346ff.); des Verkaufs und der Herstellung von Arzneimitteln (BGE 99 Ia 370ff. und ZBl 75, 1974, S. 177; siehe auch die entgegengesetzte Praxis des Verwaltungsgerichts Zürich in ZBl 74, 1973, S. 361ff., Vitamintabletten; BG 93 I 215ff., unzulässiges Fabrikationsverbot für Weckamine), sowie zur Selbstdispensation von Ärzten (ZBl 74, 1973, S. 504ff.).

[433] Gastwirtschaftspatent: BGE 93 I 221ff., ZBl 70, 1969, S. 192ff., Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich 1971, Nr. 44, S. 58, und 1963, Nr. 77, S. 100ff.; Bedürfnisklausel: ZBl 75, 1974, S. 227ff.; Verkauf von Lebensmitteln in Gastwirtschaftsbetrieben: ZBl 74, 1973, S. 117ff.; Getränkeautomaten: Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts Zürich 1963, Nr. 78, S. 102ff.; Spielapparate: BGE 101 Ia 336ff., 95 I 347, 90 I 321ff.; Schließungszeiten: BGE 94 I 597ff., ZBl 76, 1975, S. 162ff., 75, 1974, S. 474ff.

[434] Anwaltsmonopol: BGE 100 Ia 163ff.; siehe auch BGE 95 I 330ff.: Es ist unverhältnismäßig, die Gläubigervertretung den Anwälten vorzubehalten.

[435] BGE 103 Ia 191ff. (zum Sachverhalt); 102 Ia 452ff.; 101 Ia 484ff.; 100 Ia

- die Ausgestaltung und Beschränkung von Einfuhrkontingenten[436],
- sowie Vorkehren zur wirtschaftlichen Kriegsvorsorge[437].

2.10. Rechtsbeziehungen zwischen Anstalt und Benützer

Nach der neueren Lehre wirkt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch auf dem Gebiete der *Leistungsverwaltung*[438]. Namentlich die Rechtsbeziehungen zwischen Anstalt und Benützer sind durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geprägt[439], denn wie auch das Bundesgericht anerkennt, ist «der Träger der Anstalt bei der Ausgestaltung der Beziehungen zwischen ihr und ihren Benützern an die für alle Verwaltungstätigkeit geltenden Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, Rechtsgleichheit und Verhältnismäßigkeit gebunden»[440]. Auch dieser Problemkreis wird im französischsprachigen Referat von PIERRE A. MÜLLER eingehend erörtert, weshalb die nachfolgenden Ausführungen auf das Grundsätzliche beschränkt werden sollen.

Die Benützung einer Anstalt setzt regelmäßig eine Zulassung voraus, deren Modalitäten vom Anstaltsträger unter tunlicher Berücksichtigung des Anstaltszwecks zu umschreiben sind[441]. Anderseits hat der Benützer ein Recht darauf, die Ein-

47ff.; 98 Ia 395ff.; 97 I 499ff.; 96 I 364ff.; 91 I 98ff. (mit Hinweisen auf die frühere Praxis).

[436] Fleisch: BGE 100 Ib 318ff., 99 Ib 159ff.; Futtermittel: BGE 98 Ib 442ff., 97 I 293ff.; Wein: BGE 100 Ib 429ff.; Filme: BGE 99 Ib 452ff., 98 Ib 110ff., 96 I 170ff.

[437] VPB 39, 1975, Nr. 63: Verhältnismäßigkeit hängt von der sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit ab.

[438] ERICH DAHLINGER, Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung? DöV 19, 1966, S. 818ff.; WOLFF/BACHOF III, § 138, insbes. V; HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 14ff. mit weiteren Hinweisen; vgl. dazu insbes. auch das französischsprachige Referat von P. A. MÜLLER.

[439] IMBODEN/RHINOW, Nr. 65 B III mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung; A. GRISEL, Droit administratif, S. 120f.; TH. FLEINER, Grundzüge, S. 266f.

[440] BGE 98 Ia 366 Erw. 3 mit Verweisungen; hinsichtlich Freiheitsbeschränkungen im besonderen Rechtsverhältnis war davon bereits die Rede, siehe vorne Ziff. 2.5.2. und Ziff. 2.6.4.

[441] Vgl. BGE 100 Ia 291ff. Erw. 3 (Zulassung zur Benützung eines Kleinhallenbads), BGE 98 Ia 365ff. (Normen über die Benützung von Räumen einer Universität).

richtungen der Anstalt so beanspruchen zu können, wie ihr Zweck es vorsieht[442]. Die Konkretisierung dieses Anspruchs geschieht durch sachgerechte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips[443], das gleichzeitig als Maßstab für die aus der Anstaltsnutzung, d.h. aus dem besonderen Rechtsverhältnis sich ergebenden Freiheitsbeschränkungen zu gelten hat. Diese Doppelfunktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips erscheint namentlich dort als problematisch, wo die Verwirklichung von Grundrechten im modernen Leistungsstaat in Frage steht, insbesondere, wenn sog. soziale Grundrechte verankert werden sollten[444]. Als Beispiel dafür mag die Einführung des numerus clausus für das Studium an einer Hochschule in der Bundesrepublik Deutschland genannt werden[445], die nur dann als verhältnismäßig gelten kann, wenn die Mittel zur Gewährleistung einer vernünftigen Ausbildungskapazität ausgeschöpft sind und hinsichtlich der verschiedenen Studienrichtungen sachgerecht differenziert wird[446]; ferner muß die Verteilung der Studienplätze nach Kriterien erfolgen, die jedem an sich hochschulreifen Bewerber unter möglichster Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes eine reale Zulassungschance gewährleisten[447]. Daraus erhellt, daß insbesondere auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung eine eigenartige Beziehung zwischen Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gleichheitssatz besteht: der vorab dem Gemeinwohl verpflichtete Anstaltszweck erheischt Zulassungs- und Benutzungsbeschränkungen, die nicht in erster Linie an den (privaten) Interessen des einzelnen Benützers, d.h. an den gegebenenfalls betroffenen Individualinteressen, sondern vielmehr an jenen der mutmaßlichen Benützer insgesamt zu messen sind. Damit sind der Schutzwirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Bereich

[442] So ausdrücklich BGE 98 Ia 365 Erw. 3.

[443] Auf die Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im *Sozialversicherungsrecht* kann im Rahmen des vorliegenden Referats nicht eingegangen werden; vgl. dazu CHARLES LOUIS WICK, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sozialversicherungsrecht, Diss. Bern 1976.

[444] Vgl. dazu ETIENNE GRISEL, Les droits sociaux, Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 1, 1973; JÖRG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 4, 1973, und LUZIUS WILDHABER, Soziale Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 371 ff.

[445] Vgl. dazu J. P. MÜLLER, a.a.O. (Anm. 444), S. 864 ff.

[446] Vgl. auch BayVGH 22, 1969, Nr. 39.

[447] Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Grenzen eines numerus clausus namentlich J. P. MÜLLER, a.a.O. (Anm. 444), S. 870.

der Leistungsverwaltung recht enge Grenzen gesetzt. Diese skizzenhafte Darstellung der Problematik zeigt jedenfalls, daß staatliches Handeln zur Daseinsvorsorge im weitesten Sinn nicht durchwegs nach den gleichen Kriterien auf seine Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden kann wie die hoheitliche Tätigkeit im Bereich der klassischen Eingriffsverwaltung und deshalb dringend der wissenschaftlichen Diskussion bedarf, wenn das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch hier als praktikabler, hinreichend konturierter allgemeiner Rechtsgrundsatz zum Tragen kommen soll.

Was die Zulassung zu Ausbildungsanstalten anbelangt, so vermochten die schweizerischen Administrativjustizbehörden dieser Problematik bisher zu entgehen, zumal für die umstrittenen Beschränkungen polizeiliche Gründe ins Feld geführt wurden, die ohne weiteres im Lichte der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne überprüfbar waren[448]. Im übrigen betrifft die schweizerische Praxis vor allem Beschränkungen, die den Benützern von Versorgungsbetrieben auferlegt werden, wie namentlich Belieferungssperren im Falle des Zahlungsverzugs oder der Zahlungsverweigerung. Ob solche Maßnahmen zulässig sind, beurteilt sich vorab nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit), wobei insbesondere auf das Interesse des Bezügers an der Anstaltsnutzung abzustellen ist[449].

Von grundsätzlicher Bedeutung ist ferner, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch im Bereich der Leistungsverwaltung in

[448] Vgl. zum Beispiel BGE 102 Ia 321 ff. (unzulässige Verweigerung der Immatrikulation an einer Hochschule wegen vorgängiger militärgerichtlicher Verurteilung: Die Möglichkeit der nachträglichen Wegweisung von der Universität genügt; grundsätzlich darf die Immatrikulation jedoch von einem «guten Leumund» abhängig gemacht werden, sofern die entsprechende Reglementsvorschrift verfassungskonform angewendet wird); ZBl 78, 1977, S. 372 ff. (Nichtzulassung zum Ausbildungskurs für Primarlehrer wegen mangelnder charakterlicher Eignung zum Lehrerberuf. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann aber unter bestimmten Voraussetzungen erfordern, daß die Nichtzulassung nach Ablauf einer bestimmten Zeit in Würdigung der allenfalls veränderten Verhältnisse erneut überprüft wird, siehe ZBl 78, 1977, S. 375 Erw. 5); VPB 37, 1973, Nr. 69 (Zulassung zum Medizinstudium, Prüfung der Vorbildung nach dem Gebot der Erforderlichkeit); vgl. auch hinten Ziff. 2.12. zur Verhältnismäßigkeit von Disziplinarmaßnahmen.

[449] Vgl. dazu A. Grisel, Droit administratif, S. 121; Th. Fleiner, Grundzüge, S. 266 f. und insbes. Imboden/Rhinow, Nr. 56 B III; siehe zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Bereiche der administrativen Rechtsnachteile hinten Ziff. 2.11.

erster Linie dem Schutz des Privaten dient; das Gemeinwesen vermag daraus nichts zu seinen Gunsten abzuleiten, wenn es den Einsatz der Mittel zur Daseinsvorsorge auf ein vernünftiges Maß beschränken will: der Grundsatz der rationellen Verwaltung ist dem durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit konkretisierten rechtsstaatlichen Prinzip nicht wesensverwandt[450].

2.11. Administrative Rechtsnachteile und Verwaltungszwang

2.11.1. Rücknahme und Widerruf einer Bewilligung

Nicht selten beschäftigt die Verwaltungsjustizbehörden die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen eine formell rechtskräftige Verfügung widerrufen werden könne oder ob sie auch materiell in Rechtskraft erwachsen sei[451]. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Verfügungen, die an einem ursprünglichen Mangel leiden[452], und solchen, die rechtmäßig ergangen sind, d.h. ursprünglich fehlerfrei waren und mit Rücksicht auf die nachträglich veränderten tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen angepaßt werden sollen[453]. Besondere Probleme ergeben sich naturgemäß bei der Rücknahme und beim Widerruf von begünstigenden Verwaltungsakten, namentlich von Bewilligungen[454]. In Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, daß die Zulässigkeit solcher Eingriffe in die Rechtsstellung des Bewilligungsinhabers vom Ergebnis einer *Wertabwägung* abhängt: dem

[450] HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 15f.; siehe auch vorne Ziff. 1.2.6.

[451] IMBODEN/RHINOW, Nr. 41 und 45; A. GRISEL, Droit administratif, S. 208ff.; TH. FLEINER, Grundzüge, S. 233ff.; für das deutsche Recht statt vieler WOLFF/BACHOF I, § 53, S. 449ff.; EYERMANN/FRÖHLER, N. 33ff. zu Anh. § 42; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Kommentar zu §§ 48 und 49; DREWS/WACKE/VOGEL, S. 244ff., sowie HARTMUT MAURER, Das Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten, in: Verwaltungsverfahren, Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags, 1977, S. 223ff.

[452] Nach der deutschen Terminologie bilden solche Verfügungen Gegenstand einer sog. «Rücknahme»; vgl. dazu IMBODEN/RHINOW, Nr. 41.

[453] Solche Verfügungen werden «widerrufen»; vgl. IMBODEN/RHINOW, Nr. 45.

[454] Aus der reichhaltigen Gerichtspraxis z.B. BGE 100 Ib 299ff. (Lebensmittelpolizei); 100 Ib 94ff. (Gewässerschutzbewilligung); 102 Ib 97ff. (Fremdenpolizei); 103 Ib 204ff., SGGVP 1976, Nr. 26, S. 65ff., ZBl 72, 1971, S. 473ff. (Baubewilligung).

Interesse «an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts» wird das Interesse an der «Rechtssicherheit» gegenübergestellt. Überwiegt das Rechtssicherheitsinteresse, so ist eine Verfügung unabänderlich, d.h. rechtsbeständig («materiell rechtskräftig») geworden, auch wenn sie im Widerspruch zum objektiven Recht steht. Auf die maßgebenden Kriterien für diese Wertabwägung kann im vorliegenden Referat nicht näher eingegangen werden; es genügt die Feststellung, daß das Bundesgericht seine Rechtsprechung vor kurzem zusammengefaßt und verdeutlicht hat[455].

Gelegentlich wird die Auffassung vertreten, als maßgebendes Kriterium für die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten habe der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu gelten[456]. Zu Unrecht. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewährleistet – seiner Zweckbestimmung entsprechend – das Recht des einzelnen, *gesetzeskonform* behandelt zu werden, daß im Bereich der Eingriffsverwaltung also eine *gesetzmäßige,* dem objektiven Recht entsprechende Verfügung getroffen werde, die seinem rechtsstaatlichen Anspruch auf möglichst freiheitliche Betätigung optimal Rechnung trägt. Bei der Rücknahme und beim Widerruf von Bewilligungen geht es dagegen um die Frage, ob der Bewilligungsinhaber nach den Umständen Anspruch darauf habe, *anders* behandelt zu werden, als es die objektive Rechtsordnung vorschreibt. Auch dafür kann zwar gegebenenfalls der Schutz der Verfassung angerufen werden. Dieser ergibt sich jedoch nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern ausnahmsweise aus dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 4 BV; sog. Rechtsgleichheit im Unrecht)[457], in erster Linie aber aus dem Grundsatz von Treu und Glauben[458]. Mit der herrschenden Lehre[459] und der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung[460] ist demnach festzuhalten, daß sich die grundsätzliche Zulässigkeit einer Rücknahme bzw. eines Widerrufs von begün-

[455] Grundlegend BGE 100 Ib 96ff., 302ff.; siehe auch BGE 103 Ib 206 Erw. 3, 244.

[456] So zum Beispiel B. E. WALTHER, S. 214ff.; vgl. auch BGE 97 I 886 unten.

[457] Vgl. zum Beispiel BGE 98 Ia 161f., 657ff.

[458] Vgl. dazu statt vieler KATHARINA SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 4, 1977, S. 348f. und S. 378f.

[459] Vgl. die in Anm. 451 zitierten Autoren sowie K. SAMELI, a.a.O. (Anm. 458), S. 374.

[460] Vgl. die in Anm. 454 erwähnten Urteile sowie nunmehr ausdrücklich BGE 102 Ib 100.

stigenden Verwaltungsakten, namentlich Bewilligungen, vorab unter dem Gesichtswinkel des *Vertrauensschutzes* beurteilt. In der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung ist vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in diesem Zusammenhang denn auch nicht mehr die Rede.

Das bedeutet freilich nicht, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keinerlei Rechtswirkungen zu entfalten vermag, wenn sich die fragliche Bewilligung nach dem Ergebnis der skizzierten Wertabwägung als nicht rechtsbeständig erweist. Das Gebot der Erforderlichkeit verlangt, daß auf die Rücknahme bzw. auf den Widerruf verzichtet wird, wenn die Übereinstimmung mit dem objektiven Recht durch nachträgliche Auflagen[461] oder durch eine sachliche Beschränkung der Erlaubnis erreicht werden kann, sofern diese Maßnahmen für den Bewilligungsinhaber zumutbar sind. Darf die Bewilligung zurückgenommen bzw. widerrufen werden, so ist dem Betroffenen gegebenenfalls nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit) eine angemessene Frist zur Aufgabe der nunmehr verbotenen Tätigkeit einzuräumen[462].

2.11.2. Bewilligungsentzug

Als schwerer administrativer Rechtsnachteil rechtfertigt sich der Entzug einer Bewilligung, wenn sich der Bewilligungsinhaber – anders als bei der Rücknahme oder beim Widerruf – *selber* rechtsfehlerhaft verhält, indem er der Erlaubnis zuwiderhandelt oder indem *er* es zu vertreten hat, daß die Bewilligungsvoraussetzungen nachträglich dahingefallen sind. Vor dem Entzug ist jedoch zu prüfen, ob eine weniger einschneidende Maßnahme genügt, um das angestrebte Ziel – Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes – zu erreichen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit äußert sich hier in einer verfassungsmäßig gebotenen *Rangordnung* der möglichen Sanktionen[463]. Diese Rangordnung steht freilich nicht ein für allemal fest, sondern ist nach Maßgabe

[461] Vgl. vorne Ziff. 2.4.4.2.

[462] BGE 97 I 761f., 101 Ia 347 Erw. 8, 101 Ib 327f.: Frist für die Liquidation eines nicht mehr zulässigen Glückspielbetriebs; siehe auch ZBl 79, 1978, S. 80ff. (Würdigung einer gesetzlich normierten Übergangsfrist im Zusammenhang mit einer Gesetzesänderung).

[463] Vgl. dazu IMBODEN/RHINOW, Nr. 56 B III; H. A. MÜLLER, S. 60f. i.V. mit S. 125ff.; B. E. WALTHER, S. 193ff.

der *Erforderlichkeit* und der *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn* im Einzelfall zu ermitteln, wobei die Güterabwägung je nach dem betroffenen Rechtsgebiet und dem gegebenenfalls auf dem Spiele stehenden Grundrecht zu anderen Ergebnissen führen kann. Als Faustregel mag gelten, daß dem Bewilligungsentzug eine förmliche Mahnung, verbunden mit der Androhung der Maßnahme, vorauszugehen hat[464], so namentlich wenn der Entzug einer gewerbepolizeilichen Bewilligung in Frage steht[465]. Die durch das Fehlverhalten des Bewilligungsinhabers betroffenen öffentlichen Interessen können jedoch gelegentlich einen sofortigen Bewilligungsentzug rechtfertigen, ohne daß vorgängig eine mildere Maßnahme ergriffen werden müßte. So erkannte das Bundesgericht, daß dem Entzug der Bewilligung zur Leitung eines Anlagefonds nicht notwendigerweise weniger einschneidende Maßnahmen vorauszugehen brauchten[466]. Im allgemeinen

[464] Vgl. dazu Art. 41f. VwG über die Rangordnung der administrativen Zwangsmittel im bundesrechtlichen Verwaltungsverfahren.

[465] Vgl. z.B. BGE 94 I 224ff. (Entzug des Rechts, eine Apotheke zu führen), 95 I 12ff. (unzulässiges Berufsverbot für einen Heilpraktiker).

[466] BGE 99 Ib 512ff.; auf dem Gebiet der Bankenaufsicht ist die Praxis offenbar schwankend: Nach Art. 23 quinquies Abs. 1 des BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0) entzieht die Bankenkommission einer Bank, welche die Voraussetzungen der Bewilligung nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt, die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit. Wie sich aus dem Sachverhalt des Urteils BGE 98 Ib 269ff. ergibt, gingen dem angefochtenen Bewilligungsentzug mehrmalige fruchtlose Aufforderungen voraus, die Mißstände zu beheben. Demgegenüber ergibt sich aus dem unveröffentlichten Entscheid vom 17. Mai 1974 i.S. *Verwaltungsgesellschaft X.*, dass die Mißachtung der Meldepflicht über eine ausländische Beherrschung offenbar als so schwerwiegend zu gelten hat, daß die Bewilligung sofort entzogen werden darf. Ähnlich entschied das Bundesgericht am 17. Februar 1978 i.S. *Overseas Development Bank* (vgl. Tagespresse): es bestätigte offenbar den Bewilligungsentzug für eine ausländisch beherrschte Bank, ohne dieser Gelegenheit zu geben, durch Erwirkung der erforderlichen Zusatzbewilligung gemäß Art. 3 ter des Bankengesetzes den gesetzmäßigen Zustand wieder herzustellen. Daß diese einschneidende Sofortmaßnahme (Bewilligungsentzug mit nachfolgender Liquidation der Bank) durch ein hinreichendes öffentliches Interesse (Gläubigerschutz) gedeckt war, leuchtet dem Außenstehenden nicht ohne weiteres ein, zumal das Bankengesetz in Art. 23 bis bis 23 quinquies eine abgestufte Maßnahmeordnung enthält, bei deren Handhabung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Prinzip der Rangordnung der Sanktionen) zu beachten ist (vgl. BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Bankengesetz, N. 7 zu Art. 3–3 ter sowie BBl 1970 I, S. 1178f.). Es ist zu hoffen, daß das Bundesgericht bei Gelegenheit sachgerechte Kriterien für eine verfassungskonforme Auslegung und Anwendung von Art. 23 quinquies des Bankengesetzes aufstellt.

wacht das Bundesgericht jedoch streng darüber, daß dem Gebot der Rangfolge und damit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von administrativen Rechtsnachteilen nachgelebt wird[467]. Dieser erheischt insbesondere, daß von einem Bewilligungsentzug abgesehen wird, wenn es zur Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes genügt, die Bewilligung nachträglich mit zumutbaren Auflagen und Bedingungen zu verknüpfen[468]. Als besonders heikel erweist sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung sodann bei der Würdigung von administrativen Rechtsnachteilen auf dem Gebiet der Fremdenpolizei[469], wo vorab das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit) zu konkretisieren ist[470]. Größte Bedeutung kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ferner bei der Beurteilung des Führerausweisentzugs zu; hier wirken alle drei Teilinhalte[471].

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beurteilt sich nicht nur die Zulässigkeit des Bewilligungsentzugs als solche, sondern auch die *Dauer* der Maßnahme[472]. Dabei fällt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip die Aufgabe zu, die rechtsfehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens zu garantieren[473].

[467] So entschied es beispielsweise zu Recht, daß ein Gastwirtschaftsbetrieb nicht ohne weiteres geschlossen werden darf, wenn dem Pächter zufolge Verlustes des guten Leumunds das Wirtschaftspatent entzogen werden muß: Dem Eigentümer muß vielmehr Gelegenheit zur Neuverpachtung gegeben werden, wenn die Wirtschaft nicht ohnehin schon einen schlechten Ruf hat; BGE 94 I 649ff.

[468] Vgl. z.B. BGE 93 I 90: unverhältnismäßiger Entzug der Bewilligung zum Vertrieb landwirtschaftlicher Hilfsstoffe (Art. 14 Abs. 1 lit. b der Hilfsstoff – VO, SR 916.051).

[469] Vgl. z.B. BGE 98 Ib85ff., 94 I 102ff., 93 I 1ff. («Widerruf» der Aufenthaltsbewilligung gemäß Art. 9 Abs. 2 ANAG, SR 142.20); BGE 101 Ib 98ff. («Widerruf» der Toleranzbewilligung gemäß Art. 7 Abs. 1 ANAG); BGE 96 I 278 (Ausweisung gemäß Art. 10 ANAG); 97 I 530ff. und ZBl 73, 1972, S. 370ff. (Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung).

[470] Vgl. dazu das französischsprachige Referat von PIERRE A. MÜLLER.

[471] Vgl. z.B. VPB 39, 1975, Nr. 27 (Führerausweisentzug wegen wiederholten Falschparkierens?); BGE 102 Ib 187ff. (unzulässige Verknüpfung des Führerausweisentzugs mit einem Radfahrverbot); BGE 103 Ib 29ff. (Entzug eines Taxiausweises aus medizinischen Gründen); vgl. zum Führerausweisentzug insbesondere RÉMY RIAT, La saisie du permis de conduire, RDAF 33, 1977, S. 289ff. mit zahlreichen Praxis- und Literaturhinweisen sowie das französischsprachige Referat von PIERRE A. MÜLLER.

[472] Vgl. z.B. 102 Ib 59ff., 64 (Führerausweisentzug).

[473] Vgl. dazu auch BGE 103 Ib 130ff. (Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen für die zeitliche Beschränkung eines vorübergehenden Ausschlusses von einer Einfuhrberechtigung).

2.11.3. Abbruch- und Schleifungsverfügung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbietet, widerrechtlich erstellte Bauten sogleich abbrechen (schleifen) zu lassen. Bevor eine Abbruchverfügung getroffen werden darf, ist zu prüfen, ob der rechtmäßige Zustand nicht durch eine nachträgliche (Ausnahme)Bewilligung wiederhergestellt werden kann[474]. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet demnach, daß ungeachtet des eigenmächtigen Vorgehens des Bauherrn geprüft wird, ob die fragliche Baute überhaupt «materiell baurechtswidrig»[475] sei. Dabei ist grundsätzlich auf den Rechtszustand abzustellen, der im Zeitpunkt der Errichtung der Baute galt, d.h. es ist zu untersuchen, ob die Baute bei rechtzeitiger Einreichung des Baugesuchs hätte bewilligt werden können[476]. Daß die Baute bereits steht, darf die Prüfung nicht beeinflussen[477].

Kann eine nachträgliche (Ausnahme)Bewilligung nicht erteilt werden und bleibt die widerrechtlich erstellte Baute somit polizeiwidrig – etwa weil ein sachlich begründetes Bedürfnis zum Bauen im übrigen Gemeindegebiet nicht nachgewiesen werden kann oder ein wichtiger Grund für die Erteilung einer andersartigen Ausnahme nicht besteht –, so ist die Baute grundsätzlich abzubrechen[478], nach dem Gebot der Erforderlichkeit allerdings nur in dem Umfang, als damit ein polizeiwidriger Zustand geschaffen wurde[479]. Sodann erheischt das Gebot der Verhältnis-

[474] BGE 102 Ib 69ff., 98 Ia 280 Erw. 5; IMBODEN/RHINOW, Nr. 56 B VI a mit weiteren Hinweisen; siehe auch Art. 61 Abs. 2 des bernischen Baugesetzes vom 7. Juni 1970, wonach die Beseitigung oder Abänderung von widerrechtlich erstellten Bauten oder Bauteilen erst angeordnet werden darf, «wenn der Mangel nicht durch nachträgliche Bewilligung behoben werden kann».

[475] So BGE 102 Ib 69.

[476] BGE 102 Ib 69; vgl. dazu die redaktionelle Bemerkung von HANS PETER MOSER in ZBl 76, 1975, S. 520.

[477] Vgl. BGE 101 Ib 315.

[478] Statt vieler Imboden/Rhinow, Nr. 56 B VI c mit Hinweisen; aus der reichhaltigen Gerichtspraxis: ZBl 75, 1974, S. 257ff. (Abbruch einer widerrechtlich erstellten Fabrikationshalle im übrigen Gemeindegebiet); ZBl 76, 1975, S. 116ff. (Beseitigung widerrechtlich erstellter Parkplätze an einer städtischen Ausfallstraße).

[479] Vgl. BGE 99 Ia 113ff.: Muß ein widerrechtlich aufgestellter Wohnwagen entfernt werden, so braucht die zugehörige Abwassergrube nicht beseitigt zu werden, wenn sie noch als Wasserspeicher für die Pflege des Gartens verwendet werden kann; siehe auch ZBl 69, 1968, S. 364ff.: Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes im Falle einer widerrechtlichen Ablagerung von Aushub.

mäßigkeit im engeren Sinn, daß dem Betroffenen eine angemessene Frist zum Abbruch gesetzt wird[480]. Das Bundesgericht schreibt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in diesem Zusammenhang jedoch noch weitergehende Schutzwirkungen zu, indem es die Beseitigung oder die Abänderung einer widerrechtlich erstellten Baute für unzulässig erklärt, wenn die Abweichung gegenüber der Baubewilligung oder gegenüber dem Gesetz minim oder ohne Bedeutung für das allgemeine Interesse ist[481]. Diese Ausweitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist sachwidrig. Wie bereits ausgeführt[482], kann es nicht Aufgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sein, rechtswidriges Verhalten zu sanktionieren. Es kann demnach nicht angerufen werden, wenn es darum geht, einen objektiv rechtswidrigen Zustand bestehen zu lassen, weil die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes im konkreten Fall als schikanös erschiene. Vielmehr ist in solchen Fällen das aus Art. 4 BV sich ergebende Schikaneverbot zu konkretisieren, indem den besonderen Gegebenheiten *im nachträglichen Bewilligungsverfahren* Rechnung getragen werden soll. Im Interesse der Rechtssicherheit und mit Rücksicht auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit muß gefordert werden, daß grundsätzlich keine nicht bewilligten Bauten oder Bauteile bestehen bleiben. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes läßt sich meines Erachtens niemals mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern höchstens mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (Vertrauensschutz) rechtfertigen, etwa weil die Behörde gegen die eigenmächtige Erstellung der Baute in pflichtwidriger Weise nicht rechtzeitig eingeschritten ist[483].

Unhaltbar ist die bereits von anderer Seite[484] kritisierte bundesgerichtliche These, daß sich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht berufen könne, wer bei der Erstellung der widerrechtlichen Baute bösgläubig gewesen sei[485]. Ist über das Schicksal einer rechtswidrig erstellten Baute zu entscheiden, so hat im Sinne der vorstehenden Ausführungen allemal eine Güterabwägung stattzufinden, unbekümmert darum, ob der Bauherr gut-

[480] Vgl. ZBl 73, 1972, S. 482ff.: Festsetzung der Anpassungsfrist für zonenwidrige Industriebaracken.

[481] BGE 91 I 97; ZBl 79, 1978, S. 70; vgl. dazu auch IMBODEN/RHINOW, Nr. 56 B VI d und E. ZIMMERLIN, a.a.O. (Anm. 340), N. 4 zu § 218.

[482] Vgl. vorne Zif. 2.11.1.

[483] Vgl. dazu IMBODEN/RHINOW, Nr. 76 B II sowie RDAF 33, 1977, S. 336.

[484] K. SAMELI, a.a.O. (Anm. 458), S. 382f.; B. E. WALTHER, S. 191f.

[485] BGE 100 Ia 347 Erw. 4a; 98 Ia 281; ZBl 76, 1975, S. 520.

oder bösgläubig gehandelt hat. Insbesondere hat auch der Bösgläubige Anspruch darauf, daß ein nachträgliches Bewilligungsverfahren durchgeführt werde. Sein Verhalten kompromittiert jedoch sein privates Interesse an der nachträglichen Sanktionierung der rechtswidrigen Baute und ist insoweit durchaus rechtlich relevant[486]. Ist umstritten, ob die Abbruchverfügung sachlich zu weit gehe, so muß vernünftigerweise auch der Bösgläubige den Schutz des Verhältnismäßigkeitsprinzips beanspruchen können[487].

2.11.4. Beschlagnahme

Zu den Zwangs- und Vollstreckungsmaßnahmen, deren Ausgestaltung vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beherrscht wird, gehört auch die Beschlagnahme. Das Bundesgericht hatte vor kurzem Gelegenheit, Art. 34 Abs. 4 des Zollgesetzes[488] (Beschlagnahme von Veröffentlichungen unsittlicher Natur) im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips verfassungskonform auszulegen und anzuwenden[489], indem es eine endgültige Verfügung über das Schicksal einer mittels provisorischer Maßnahme – zollrechtliche Beschlagnahme – eingezogenen Veröffentlichung zu treffen hatte. Es wog die verschiedenen denkbaren Möglichkeiten[490] gegeneinander ab und erkannte, daß die von der Bundesanwaltschaft angeordnete definitive Einziehung nach den gesamten Umständen unverhältnismäßig sei, und wies den Bundesanwalt an, darüber zu entscheiden, unter welchen Auflagen die Publikation freigegeben werden könne. Das Urteil enthält höchst beachtliche Erwägungen zum Gebot der Erforderlichkeit, die sich auch auf andere Rechtsgebiete sinngemäß übertragen lassen[491].

[486] Vgl. dazu die differenzierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich in ZBl 77, 1976, S. 200f. sowie B. E. WALTHER, S. 192.

[487] So auch K. SAMELI, a.a.O. (Anm. 458), S. 383.

[488] SR 631.0.

[489] BGE 100 Ib 383ff.

[490] BGE 100 Ib 389 Erw. 5.

[491] Vgl. dazu nunmehr BGE 103 Ib 122ff. zur Beschlagnahme eines Werbeprospektes für kosmetische Mittel gemäß Art. 21ff. des Lebensmittelgesetzes (SR 817.0); vgl. auch Art. 41 Abs. 1 lit. b i.V. mit Art. 42 VwG, sowie Art. 45 des BG über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0).

2.11.5. Ersatzvornahme

Die Ersatzvornahme ist ein Mittel des Verwaltungszwangs. Sie besteht darin, daß die Behörde die vom Pflichtigen vorzunehmende vertretbare Handlung auf dessen Kosten durch eine amtliche Stelle oder durch Drittpersonen verrichten läßt[492]. Sie greift somit als Mittel der Realexekution dann Platz, wenn der Pflichtige die ihm obliegende, rechtskräftig festgelegte Leistung rechtswidrig verweigert[493].

Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, daß die Ersatzvornahme in der Regel erst zulässig ist, wenn ihr eine angemessen befristete Erfüllungsaufforderung unter Androhung des Zwangsmittels für den Säumnisfall vorausgegangen ist[494]. Das Gebot der Erforderlichkeit verlangt ferner, daß die Ersatzvornahme auf das sachlich Notwendige beschränkt wird, daß also beispielsweise nicht weitergehend in das Eigentum des Betroffenen eingegriffen wird, als es zur Erreichung des Maßnahmezwecks nötig ist[495].

Droht Gefahr[496] oder ist der Pflichtige wegen besonderer Sachumstände von vorneherein nicht in der Lage, dem fraglichen Verwaltungsbefehl nachzukommen[497], so erübrigt sich eine vorgängige Erfüllungsaufforderung. Das Bundesgericht bezeichnet ein solches direktes behördliches Vorgehen als «antizipierte Ersatzvornahme»[498]. Diese Terminologie ist insbesondere auch unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

[492] Art. 41 Abs. 1 lit. a VwG; BGE 91 I 300 Erw. 3a; BVR 1977, S. 29; E. FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 10. Aufl. 1973, S. 298; DREWS/WACKE/VOGEL, S. 313ff.; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 567; IMBODEN/RHINOW, Nr. 52; TH. FLEINER, Grundzüge, S. 253; H. A. MÜLLER, S. 4ff.

[493] Vgl. A. ZAUGG, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, N. 1 zu Art. 63 BauG; F. BENDEL, Der Verwaltungszwang nach Bundesrecht, ZBJV 104, 1968, S. 289ff.

[494] BGE 91 I 301 oben; IMBODEN/RHINOW, Nr. 52 B III; URS GUENG, Zur Haftungskonkurrenz im Polizeirecht, ZBl 74, 1973, S. 272; vgl. auch Art. 42 VwG.

[495] Vgl. BGE 100 Ia 352: Im Falle des Abbruchs eines nicht bewilligten Gebäudes darf im Rahmen der Ersatzvornahme auch das gewachsene Terrain auf Kosten des Pflichtigen instandgestellt werden; vgl. auch BVR 1977, S. 135f.

[496] Art. 41 Abs. 3 VwG.

[497] BGE 94 I 408 Erw. 3.

[498] BGE 94 I 408f., 101 Ib 410ff. = ZBl 77, 1976, S. 399ff., 102 Ib 206 Erw. 2, je zu Art. 8 des BG über den Gewässerschutz, SR 814.20; siehe auch IMBODEN/RHINOW, Nr. 52 B IV und Nr. 135 sowie H.A. MÜLLER, S. 18ff.

verwirrlich und widersprüchlich[499]. Bei der Ersatzvornahme handelt das Gemeinwesen anstelle des Pflichtigen. Sie setzt als Vollstreckungsmittel voraus, daß ein Rechtssubjekt es unterläßt, einen ungesetzlichen Zustand zu beseitigen. Dabei wird unterstellt, dies geschehe pflichtwidrig, d.h. der Pflichtige wäre tatsächlich in der Lage, den gesetzmäßigen Zustand herzustellen, wenn er nur wollte. «Antizipiert» läßt sich die Ersatzvornahme mithin nicht durchführen, weil ansonst auf das begriffsbestimmende Untätigbleiben des Pflichtigen nichts ankäme. Maßnahmen gemäß Art. 8 des BG über den Gewässerschutz, auf den die Rechtsprechung die sog. «antizipierte Ersatzvornahme» angewendet wissen will, sind Vorkehren zum Schutze unmittelbar bedrohter, wichtiger Rechtsgüter und qualifizieren sich daher als *polizeiliche Vorkehren,* die sich auf die *Generalklausel* stützen[500], die eine vorgängige Erfüllungsaufforderung an einen bestimmten «Störer» also begrifflich ausschließen[501]. Die Frage, wer als sog. «Zustandsstörer» polizeiliche Maßnahmen zur Behebung oder Verhütung von Ölunfällen zu dulden habe, ist ohnehin zu unterscheiden von derjenigen, wer letztlich für den Schaden aufzukommen habe. Die nachträgliche Kostenbelastung beurteilt sich gemäß Art. 8 des BG über den Gewässerschutz nach dem Verursacherprinzip und unabhängig von der Frage, wer alles zur Behebung des gefährlichen Zustandes polizeipflichtig sein könnte[502]. Soll der Begriff der «antizipierten Ersatzvornahme» dennoch weiter verwendet werden, so ist jedenfalls festzuhalten, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip dem Betroffenen keinen weitergehenden Schutz zu gewähren vermag als bei den übrigen polizeilichen Eingriffen, die sich auf die Generalklausel stützen[503].

2.12. Disziplinarrecht

Funktion und Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im besonderen Rechtsverhältnis, namentlich auf dem Gebiet des

[499] Kritisch auch H. A. Müller, S. 19f.
[500] Siehe vorne Ziff. 2.4.2.
[501] Vgl. BGE 102 Ib 206f.; daß das Störerprinzip nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zugeordnet werden kann, wurde bereits ausgeführt, siehe vorne Ziff. 1.2.3.
[502] Wie dies F. Gygi in der Besprechung von BGE 102 Ib 203ff. in ZBJV 114, 1978, S. 107 mit Recht betont.
[503] Siehe vorne Ziff. 2.4.2.

Disziplinarrechts, werden im französischsprachigen Referat von PIERRE A. MÜLLER eingehend behandelt. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf das Grundsätzliche.

Disziplinarmaßnahmen sind administrative Sanktionen, Maßnahmen des Verwaltungszwangs also, welche die Aufrechterhaltung von «Zucht und Ordnung» innerhalb des besonderen Personenkreises bezwecken, für den das Disziplinarrecht gilt[504]. Sie müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Gebot der Erforderlichkeit, Prinzip der Rangordnung der Sanktionen) entsprechen[505]. Ob auf eine Disziplinarmaßnahme allenfalls überhaupt verzichtet werden soll, obwohl pflichtwidriges Verhalten vorliegt, ist indessen nicht eine Frage der Verhältnismäßigkeit, sondern in vernünftiger Anwendung des *Opportunitätsprinzips* zu entscheiden, das das Disziplinarrecht beherrscht[506]. Daraus erhellt, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorab dazu bestimmt ist, als Kriterium für die richtige Wahl unter den im Gesetz regelmäßig abschließend aufgezählten Maßnahmen (Maßnahmekatalog) zu dienen[507]. Er ist mit andern Worten Maßstab für das Auswahlermessen der Disziplinarbehörde[508].

[504] BGE 98 Ib 306; 97 I 835; zum Disziplinarrecht allgemein: IMBODEN/RHINOW, Nr. 54; A. GRISEL, Droit administratif, S. 267ff., TH. FLEINER, Grundzüge, S. 263ff.; zum Disziplinarrecht der freien Berufe: WERNER DUBACH, Das Disziplinarrecht der freien Berufe, ZSR 1951, S. 1aff., EDMOND MARTIN-ACHARD, La discipline des profession libérales, ZSR 1951, S. 137aff.; vgl. auch OSKAR BOSSHARDT, Administratives Berufsverbot, ZBl 67, 1966, S. 242ff.

[505] BGE 102 Ia 29; 101 Ia 176 Erw. 3, 308; 100 Ia 360 Erw. 3b; ZBl 78, 1977, S. 319; SGGVP 1974, Nr. 37, S. 94 u.a.m.; siehe auch HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 12.

[506] BGE 73 I 291 Erw. 4 mit weiteren Hinweisen; IMBODEN/RHINOW, Nr. 54 B II b; W. DUBACH, a.a.O. (Anm. 504), S. 107a f.; WOLFF/BACHOFF II, § 115 II c, S. 540f.

[507] Vgl. z.B. den in Art. 31 des BG über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (SR 172.221.10) enthaltenen Maßnahmekatalog.

[508] Aus der neuen Gerichtspraxis: BGE 101 Ia 172ff. (Entzug der Wahlfähigkeit als Primarlehrer); 101 Ia 298ff. (disziplinarische Entlassung eines Beamten des schulpsychologischen Dienstes trotz Freispruchs im Strafverfahren, das wegen Verdachts von Sittlichkeitsdelikten durchgeführt wurde); 98 Ib 301ff. (Disziplinarmaßnahmen gegen Studierende der ETH); 98 Ia 467ff. (sofortige Amtsenthebung eines Lehrers ohne vorausgegangene Mahnung); VPB 41, 1977, Nr. 80 (Ausschluß eines Angehörigen der Heerespolizei aus der Armee zufolge strafrechtlicher Verurteilung wegen Diebstahls); disziplinarische Maßnahmen gegen Anwälte: BGE 102 Ia 29 (Abgrenzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vom strafprozessualen Grundsatz ne bis in idem), 100 Ia 357ff. (dauernder Patententzug wegen erwiesener und strafrechtlich geahndeter Urkundenfälschung), 98 Ia 56ff. (Buße wegen standeswidriger Veröffentlichung).

Außerhalb des Disziplinarrechts ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch bei administrativer Aufhebung oder Umgestaltung des Dienstverhältnisses zu beachten[509].

2.13. Verwaltungsstrafrecht

Was die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Verwaltungsstrafrecht – und im bürgerlichen Strafrecht überhaupt – anbelangt, so ist auf die grundsätzliche Würdigung im französischsprachigen Referat von PIERRE A. MÜLLER zu verweisen[510].

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehört das Verhältnismäßigkeitsprinzip zum festen Bestand des Verwaltungsstrafrechts. Es soll Gewähr dafür bieten, daß die Verwaltungsstrafe der Schwere der Ordnungsverletzung angemessen bleibt und dient damit als Kriterium für die Handhabung des Ermessens[511]. Im Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) wurde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in diesem Sinne mehrfach konkretisiert[512]. Man wäre deshalb versucht, den

[509] Vgl. z.B. BGE 100 Ib 21ff. (Umgestaltung des Dienstverhältnisses eines Lokomotivführers mit Rücksicht auf dessen aufbrausenden Charakter: Einsatz als Rangierlokomotivführer); 99 Ib 129ff. (Aufhebung des Dienstverhältnisses einer PTT-Telefonistin zufolge Verlustes der Vertrauenswürdigkeit); unveröffentlichte BGE vom 1. Oktober 1976 i.S. K. (Entlassung eines Beamten des Eidg. Politischen Departements, der zum Sicherheitsrisiko geworden war) und vom 11. Oktober 1976 i.S. Sch. (Versetzung im Amt zufolge interner Spannungen).

[510] Vgl. zum Verwaltungsstrafrecht des Bundes v.a. W. ROBERT PFUND, Verwaltungsrecht-Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht), Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 2, 1971, S. 111ff.; DERSELBE, Der Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht, ZBl 74, 1973, S. 58ff., insbes. S. 64; JEAN GAUTHIER, Droit administratif et droit pénal, Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 4, 1971, S. 331ff., insbes. S. 348f.; TH. FLEINER, Grundzüge S. 258ff.

[511] BGE 94 I 94 Erw. 3c, ZBl 71, 1970, S. 294 (Buße gemäß Art. 146 AHVG, aufgehoben durch Art. 46 lit. a des BG vom 21. März 1969 über die Tabakbesteuerung, SR 641.31, siehe nunmehr Art. 35ff. dieses Gesetzes); BGE 100 Ia 39, Erw. 1 (Buße wegen Übertretung eines Baupolizeigesetzes).

[512] Vgl. z.B. Art. 8f. (Strafzumessung) und Art. 10 VStrR (Umwandlung der Buße); dagegen ist in Art. 7 VStrR (Sonderordnung bei Bußen bis zu Fr. 5000.–: Verzicht auf «unverhältnismäßige» Untersuchungshandlungen und direkte Bestrafung der Unternehmung) keine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erblicken. Daß der Gesetzgeber die Behörde von der Pflicht zu beschwerlichen Untersuchungsmaßnahmen ausnahmsweise entbindet, liegt außerhalb des Schutzbereiches des Verhältnismäßigkeitsprinzips; vgl. vorne Ziff. 1.2.6.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Strafrecht als besondere Erscheinungsform des Schuldprinzips zu verstehen («Verhältnismäßigkeit» von Schuld und Strafe)[513]. Darüber läßt sich diskutieren. Klar ist jedoch, daß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip damit im Strafrecht eine durchaus singuläre Bedeutung beigemessen wird. Deshalb ist HANS HUBER[514] zuzustimmen, der den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Strafrecht als einen dem verwaltungsrechtlichen verwandten, als einen parallelen also, verstanden wissen will.

2.14. Verhältnismäßigkeit im Abgaberecht?

Nach der neueren Rechtsprechung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch heranzuziehen, wenn es darum geht, abgaberechtliche Vorschriften auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen[515]. So sollen namentlich Gebühren dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen[516]. Dieses wird teils als selbständiges Bemessungskriterium – neben dem sog. Äquivalenzprinzip – genannt[517], teils synonym mit diesem verwendet, indem das Äquivalenzprinzip als «Erscheinungsform» des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezeichnet wird[518]. Eine solche Ausweitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes leuchtet nicht ohne weiteres ein. Die Gebühr stellt die Entschädigung dar, welche der Private für eine bestimmte staatliche Leistung zu erbringen hat. Sie unterscheidet sich dadurch von der Steuer, die voraussetzungslos, also ohne Rücksicht auf Gegenleistungen des Staates zu erbringen ist. Es liegt somit im Wesen der Gebühr, daß sie in einem

[513] Vgl. dazu ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1976, S. 27ff., insbes. S. 32f.

[514] Verhältnismäßigkeit, S. 23.

[515] Vgl. HANS HUBER, Verhältnismäßigkeit, S. 12; IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B Vf.

[516] Vgl. ALDO ZAUGG, Steuer, Gebühr und Vorzugslast, ZBl 74, 1973, S. 217ff.

[517] So offenbar BGE 97 I 205 oben, 334f. (Vermessungsgebühren), BVR 1976, S. 413 (Benutzungsgebühr), ZBl 75, 1974, S. 393 (Wasserversorgungsgebühr).

[518] BGE 101 Ib 73 Erw. 2 (Gebührentarif zum Giftgesetz vom 22. März 1972, nunmehr aufgehoben durch den Tarif vom 30. Juni 1976, SR 814.861); 101 Ib 467f. (Konzessionsgebühr für den Empfang des Börsenfernsehens); 99 Ia 700ff. (Fleischschaugebühr); BVR 1977, S. 36 (Kehrrichtgebühr); unveröffentlichter BGE vom 19. Dezember 1975 i.S. *Paul Uhlmann und Co. AG* (Gebühr für Radiosendekonzessionen).

vernünftigen Verhältnis zum objektiven Wert der Leistung des Gemeinwesens stehen muss. Dieses Wesensmerkmal der Gebühr äußert sich umfassend im sog. *Äquivalenzprinzip*[519]. Wird es mißachtet, so wird die Gebühr zur Gemengsteuer. Ein angemessenes Verhältnis zwischen Abgabehöhe und Wert der staatlichen Gegenleistung ist mit anderen Worten von vorneherein untrennbar mit dem Begriff der Gebühr verbunden, weshalb meines Erachtens keine Notwendigkeit besteht, das Äquivalenzprinzip als gebührenrechtliche Ausgestaltung des «Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes» zu bezeichnen[520]. Noch weniger ist einzusehen, welche Bedeutung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *neben* dem Äquivalenzprinzip zukommen soll[521]. Für das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung könnte deshalb auf eine Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips verzichtet werden. Für den Praktiker ist jedenfalls festzuhalten, daß mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gebührenrecht allemal das gleiche gemeint ist wie mit dem Äquivalenzprinzip[522].

Ähnlich verhält es sich bei den *Vorzugslasten* (Beiträgen): daß diese vorteilsgerecht sein müssen, ergibt sich aus dem Begriff und bedarf keiner dogmatischen Rechtfertigung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[523].

Für die *Ersatzabgaben* verlangt das Bundesgericht ebenfalls, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werde, und zwar in einem durchaus singulären Sinn: «Die Ersatzabgabe muß in einem vernünftigen Verhältnis stehen zu dem, was ein einzelner Pflichtiger überhaupt leisten könnte»[524]. Damit wird der

[519] Vgl. dazu statt vieler BGE 103 Ia 89f. (Notariatsgebühren), 102 Ia 403, 101 Ib 467, sowie JÜRGEN SALZWEDEL, in: ERICHSEN/MARTENS, S. 313.

[520] a.M. WOLFF/BACHOF I, S. 309 (Herleitung des Äquivalenzprinzips aus dem «verfassungsmäßigen Übermaßverbot», siehe dazu vorne Ziff. 1.2.5.).

[521] So ist jedenfalls der Zwang zur Benützung einer kommunalen Kehrichtabfuhr keine Frage der Verhältnismäßigkeit der Kericht*gebühr*, sondern der Freiheitsbeschränkungen, die im Zusammenhang mit der staatlichen Organisation des Abfuhrwesens angeordnet werden dürfen; vgl. BVR 1977, S. 36f. mit weiteren Hinweisen.

[522] Für die Regalgebühren ergibt sich das verfassungsmäßige Quantitativ allein aus dem Äquivalenzprinzip, weil das Kostendeckungsprinzip hier nicht zum Tragen kommt: BGE 101 Ib 468 Erw. 3, 95 I 502 Erw. 3.

[523] Aus der Praxis, die sich in diesem Zusammenhang mit Recht entweder überhaupt nicht oder nur am Rande auf die Verhältnismäßigkeit beruft: BGE 99 Ia 594ff., 98 Ia 169ff., 94 I 276ff.

[524] BGE 102 Ia 15 (Feuerwehrpflichtersatz); vgl. auch BGE 97 I 806 Erw. 8 (Ersatzabgabe für die Befreiung von der Pflicht, private Parkplätze zu erstellen).

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vollends zum atypischen Äquivalenzprinzip, wie das Bundesgericht selber sinngemäß einräumt[525]. Man kann sich füglich fragen, ob das gleiche Ergebnis – Schutz vor Unvernunft des Gesetzgebers – nicht überzeugender mit einer Konkretisierung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit und des Willkürverbots (Art. 4 BV) hätte erzielt werden können. Gerade die Anrufung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei den Ersatzabgaben läßt meines Erachtens erkennen, daß der Grundsatz konturlos und wenig aussagekräftig wird, wenn er bedenkenlos auf das Abgaberecht übertragen wird. Sollte ihm auch noch das Verursacherprinzip zugeordnet werden, was angesichts der Entwicklung der Praxis durchaus im Bereich des möglichen zu liegen scheint, so wäre es um die dogmatisch wünschbare Eigenständigkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wohl endgültig geschehen, denn er könnte diesfalls kaum mehr überzeugend von der Gerechtigkeitsidee abgegrenzt werden.

Die Gefahr einer Überdehnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergibt sich auch aus dem berühmt-berüchtigten Basler Reichtumssteuer-Entscheid (BGE 99 Ia 638ff.), wo das Bundesgericht – für die *direkten* Steuern – den «Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Besteuerung» aus dem in Art. 4 BV verankerten Gebot der Gleichbehandlung der Bürger ableitet: In dieser Erscheinungsform besagt das Verhältnismäßigkeitsprinzip, daß sich die Steuerbelastung nach den einem Steuerpflichtigen zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Wirtschaftsgütern und nach seinen persönlichen Verhältnissen richtet, d.h. daß von Verfassungs wegen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen Rücksicht zu nehmen ist und die Besteuerung deshalb progressiv ausgestaltet werden darf[526]. Mit Recht ist darauf hingewiesen worden[527], daß «Verhältnismäßigkeit» hier adäquate Berücksichtigung wirtschaftlicher Gleichheit und Ungleichheit unter den Steuerpflichtigen bedeutet und deshalb schlecht zum Begriffsinhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips als eines allgemeinen verfassungsmäßigen Leitgrundsatzes paßt, wie er dem vorliegenden Referat zugrunde liegt. Der vom Bundesgericht aufgestellte Grundsatz soll letztlich

[525] BGE 102 Ia 15 unten.

[526] BGE 99 Ia 652f.; vgl. die Kritik des Urteils bei HANS HUBER, ZBJV 110, 1974, S. 426f.

[527] SALADIN, Fairneß, S. 64f; vgl. auch JOHANNES HENSEL, Die Verfassung als Schranke des Steuerrechts, Heft 11 der Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Bern 1973, S. 45ff. und S. 53.

nichts weniger als eine *gerechte* Besteuerung gewährleisten. Dieses im konkreten Fall leider wirkungslos gebliebene Postulat[528] ist ausschließlich im Lichte der bewunderungswürdigen bundesgerichtlichen Konkretisierung von Art. 4 BV zu sehen und hat mit dem hier erörterten allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nichts zu tun. Ebensowenig könnte im übrigen das Verhältnismäßigkeitsprinzip angerufen werden, wenn über eine angebliche, gegen die Eigentumsgarantie verstoßende konfiskatorische Besteuerung zu befinden wäre[529]. Wie das Bundesgericht zu Recht erkannt hat, stünde dabei höchstens die Institutsgarantie in Frage[530]. Als Rechtsinstitut, d.h. als fundamentale Einrichtung unserer Rechtsordnung, ist das Privateigentum jedoch überhaupt keinen Beschränkungen zugänglich, wenn es nicht beseitigt werden soll.

2.15. Verhältnismäßigkeit im Prozeßrecht

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat auch im Verfahrensrecht Eingang gefunden[531]. Auch hier besteht jedoch die Gefahr, daß er überdehnt wird. Soweit es darum geht, durch vernünftige Handhabung von sachgerechten prozeßrechtlichen Vorschriften ein ordnungsgemäßes Justizverfahren zu gewährleisten, gilt das Verbot des überspitzten Formalismus, das sich aus Art. 4 BV ergibt und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vermengt werden darf[532]. Das gleiche gilt für die Frage, auf welche Art und Weise der Beweis für eine rechtserhebliche Tatsache zu erbringen sei[533]. Wer zur Parteivertretung zugelassen werden

[528] Vgl. Rhinow in Imboden/Rhinow, Nr. 24 B IV, der mit Recht betont, daß der angefochtene Erlaß mindestens teilweise wegen Verletzung dieses Prinzips hätte aufgehoben werden müssen, weil das Bundesgericht eine verfassungswidrige Ausgestaltung des Progressionstarifs für einzelne Steuerpflichtige feststellte.

[529] Ob insoweit der Schutz der Eigentumsgarantie beansprucht werden könne, ist bekanntlich immer noch offen: BGE 99 Ia 648 Erw. 7, 102 Ia 9.

[530] BGE 99 Ia 648 Erw. 7 mit weiteren Hinweisen.

[531] Imboden/Rhinow, Nr. 58 B V e mit Praxisbeispielen.

[532] Unrichtig ZBl 64, 1963, S. 178, wo das Verbot der Rückweisung fehlerhafter Eingaben ohne vorausgegangene Nachfrist zur Behebung des Mangels dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zugeordnet wurde.

[533] Richtig BGE 99 Ib 462ff. (Nachweis der Verwendung einer Ware zu einem die Zollermäßigung rechtfertigenden Zweck), wo das Bundesgericht mit Recht nicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezug nimmt, sondern sinngemäß das Verbot des überspitzten Formalismus konkretisiert.

kann, bestimmt sich nach den Regeln über die Verhältnismäßigkeit gewerbepolizeilicher Beschränkungen[534] und braucht nicht aus der Geltung des Prinzips im Verfahrensrecht abgeleitet zu werden. Ebensowenig sollte meines Erachtens der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bemüht werden, wenn zu entscheiden ist, ob der Beschuldigte Anspruch darauf habe, daß ein von ihm bezeichneter Anwalt seines Vertrauens zum amtlichen Verteidiger bestimmt werde[535].

Im Verfahrensrecht ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in erster Linie Kriterium für eine sachgerechte Güterabwägung bei Verfügungen, welche die prozessuale Rechtsstellung der Parteien beeinflussen und geeignet sind, den Verfahrensausgang materiell zu präjudizieren, oder die bezwecken, die durch den Prozeß bedrohten Interessen der Beteiligten einstweilen zu schützen. So kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Praxis namentlich beim Entscheid über Gesuche um *Entzug der aufschiebenden Wirkung* eines Rechtsmittels und um Anordnung *vorsorglicher Maßnahmen*[536] zum Tragen. Bei letzteren bestimmt es nicht nur das «ob», sondern auch das «wie» der Maßnahme; es gebietet gegebenenfalls eine Verknüpfung mit sachgerechten Auflagen und Bedingungen[537]. Sodann mögen auch jene Bestimmungen dem verfahrensmäßigen Verhältnismäßigkeitsprinzip zugeschrieben werden, die eine Anfechtung von Zwischenentscheiden mit nicht wiedergutzumachendem Nachteil vorsehen[538]. Solche Vorschriften rechtfertigen sich meines Erachtens nicht nur im Hinblick auf den Grundsatz der Prozeßökonomie[539], sondern entsprechen dem Gebot einer spezifisch verfahrensrechtlichen Güterabwägung.

Ganz allgemein sollte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch nur mit Zurückhaltung auf das Prozeßrecht ausgedehnt

[534] Vgl. vorne Ziff. 2.9.; so z.B. ZBl 70, 1969, S. 378ff. (Vertretung in Steuerprozessen).

[535] Das Bundesgericht ist offenbar anderer Meinung; vgl. BGE vom 30. März 1977 i.S. *Sägesser*, wiedergegeben in NZZ Nr. 3 vom 5. Januar 1978, S. 25; vgl. zum Recht auf einen Offizialverteidiger auch BGE 100 Ia 180ff.

[536] Vgl. dazu F. GYGI, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Maßnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 77, 1976, S. 1ff. (französischer Text in RDAF 32, 1976, S. 217ff.).

[537] Vgl. Art. 56 VwG und Art. 94 OG.

[538] z.B. Art. 87 OG, Art. 45 VwG; vgl. dazu PETER LUDWIG, Endentscheid, Zwischenentscheid und Letztinstanzlichkeit im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, ZBJV 110, 1974, S. 161ff.

[539] Wie P. LUDWIG, a.a.O. (Anm. 538), S. 167 anzunehmen scheint.

werden, zumal das Bundesgericht den Schutz der prozessualen Rechtsstellung der an einem Justizverfahren Beteiligten mit Recht bereits sehr weitgehend aus Art. 4 BV (Rechtsgleichheit) abgeleitet hat und angesichts dieser ausgesprochen schweizerischen Rechtstradition kein Grund für eine mehr oder weniger gesuchte dogmatische Umsiedlung desselben besteht. Als Illustration mögen Beschränkungen des Rechts auf Akteneinsicht dienen: Soweit die minimalen und damit verfassungsmäßig gewährleisteten Verteidigungsrechte der betroffenen Prozeßpartei in Frage stehen, ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ein hinreichender Schutz[540]; soweit ein Geheimhaltungsinteresse des Prozeßgegners besteht, kommt vorab der Persönlichkeitsschutz zum Tragen[541]. Was den Umfang der Auskunftspflicht der Parteien anbelangt, so geht es um eine sachgemäße Umschreibung der Pflicht, bei der Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts mitzuwirken, die sich aus dem Spannungsfeld zwischen Untersuchungsgrundsatz und Beweislast im Verwaltungsjustizverfahren ergibt[542]. Unnötig ist es meines Erachtens auch, das sog. Verbot der Beweisausforschung (Unzulässigkeit von Beweisaufnahmen aufs Geratewohl) bei der Gewährung der Rechtshilfe aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abzuleiten; dieses Verbot ist unabdingbares Wesensmerkmal jeder wohlverstandenen Rechtshilfe[543]. – Ganz allgemein dürfte sich rechtfertigen, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur dort auf das Verfahrensrecht zu übertragen, wo über prozessuale Maßnahmen zu befinden ist, die sich – wie bereits erwähnt – unmittelbar auf die prozeß- und materiellrechtlichen Interessen der Prozeßparteien auswirken und bei denen diese vernünftigerweise einen über die formellrechtlichen Garantien des Art. 4 BV hinausgehenden Schutz durch die Verfassung beanspruchen können müssen.

[540] Vgl. statt vieler BGE 101 Ia 17f., 98 Ia 10ff. sowie VPB 38, 1974, Nr. 51 (zu Art. 27f VwG); siehe auch Rolf Tinner, Das rechtliche Gehör, Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, Heft 3, 1964, S. 346ff.

[541] Vgl. Art. 27 Abs. 1 lit. b VwG; BVerfGE 19, Nr. 35.

[542] Siehe unten Ziff. 3.1.; fragwürdig daher Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts Zürich 1969, Nr. 33, S. 46ff., richtig dagegen 1964, Nr. 5, S. 20f.

[543] Anders BGE 103 Ia 211, wo indessen keine nähere Begründung für die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegeben wird; vgl. auch BGE 102 Ia 529ff. über eine «unverhältnismäßige» Beweisausforschung im Zusammenhang mit einer Durchsuchung.

3. Probleme der Justiziabilität

3.1. Beweislast

Im Verwaltungsrechtspflegeverfahren kommt der Beweislast eine ähnliche Bedeutung zu wie im Zivilprozeß: sie bestimmt, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat[544]. Gegenstand dieser materiellen Beweislast ist nicht eine bloße Parteibehauptung, sondern ein rechtliches Beweisthema, nämlich das, ob die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtssatzes erfüllt seien. Wer die Rechtsnachteile zu tragen hat, wenn entsprechende Vorbringen beweislos bleiben, ist mithin nicht eine Frage des Verfahrensrechts, sondern ausschließlich eine solche des materiellen Rechts. Daß das Verwaltungsrechtspflegeverfahren vom sog. Untersuchungsgrundsatz[545] beherrscht wird, ist für die so verstandene Beweislast somit belanglos. Ebenso unerheblich ist die Parteirolle, zumal im verwaltungsprozessualen Anfechtungsverfahren, weil sonst stets der Beschwerdeführer die Beweislast zu tragen hätte, was nicht richtig sein kann[546]. Als Grundregel – wovon der Gesetzgeber freilich abweichen kann – gilt vielmehr, daß die Verwaltung die Sachumstände einer belastenden Anordnung, der Bürger die Voraussetzungen einer begünstigenden Verfügung nachzuweisen hat[547]. Bleibt nach Abschluß des Be-

[544] GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 61, 157ff.; IMBODEN/RHINOW, Nr. 88 B I; A. KÖLZ, Prozeßmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozeß, Heft 4 der Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, 1973, S. 93; C. H. ULE, Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl. 1975, § 50, S. 212ff.; EYERMANN/FRÖHLER, N 5ff. zu § 86; STELKENS/BONK/LEONHARDT, N. 16 zu § 24 sowie NN. 6, 9, 34 und 50 zu § 48; mit besonderem Bezug auf die Verhältnismäßigkeit: WOLFFERS, S. 304ff. sowie GRABITZ, S. 616.

[545] Vgl. dazu statt vieler GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 61, KÖLZ, a.a.O. (Anm. 544), S. 7 und 93ff., sowie nunmehr auch CHRISTIAN GRAF VON PESTALOZZA, Der Untersuchungsgrundsatz, in: Verwaltungsverfahren, Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags, 1977, S. 185ff.

[546] Siehe dazu auch MAX KUMMER, Berner Kommentar, Bd. 1, Bern 1966, N. 214ff. zu Art. 8 ZGB.

[547] Vgl. STELKENS/BONK/LEONHARDT, N. 16 zu § 24; EYERMANN/FRÖHLER, N. 5f. zu § 86.

weisverfahrens Ungewißheit übrig, d.h. kann weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit einer Sachbehauptung überzeugend nachgewiesen werden, so ist zu Ungunsten der beweisbelasteten Partei zu entscheiden. Zu beachten ist freilich, daß der Beweisgegner unter Umständen verpflichtet ist, zur Sachaufklärung beizutragen[548]. Scheitert der Beweis trotz Erfüllung zumutbarer Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, so ist nach der Beweislastverteilung zu entscheiden. Verweigert der Mitwirkungspflichtige dagegen die Beweishilfe, so ändert sich an der Beweislastverteilung zwar nichts; wohl aber ist dieses Verhalten bei der Beweis*würdigung* zu veranschlagen[549]. Die Frage der Beweislast wird mit anderen Worten gegenstandslos, wenn eine unvoreingenommene, aber das allfällige Fehlverhalten des Beweisgegners angemessen berücksichtigende Beweiswürdigung[550] ergibt, daß der erforderliche Beweis als erbracht zu gelten hat[551].

Wie weit auf diese Grundsätze abgestellt werden kann, wenn die Verhältnismäßigkeit einer Verwaltungsmaßnahme oder eines Eingriffs in verfassungsmäßige Freiheitsrechte des Bürgers umstritten ist, bildete bisher kaum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen[552]. Die Frage ist auf den ersten Blick schwierig zu beantworten und scheint aktuell. Geht man davon aus, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Umfang der Freiheitsrechte entscheidend mitbestimmt und daß die allgemeinen Regeln über die Beweislastverteilung auch hier gelten, so bedeutet dies letztlich nichts weniger, als daß der Schutzbereich der verfassungsmäßigen Freiheitsrechte und damit unserer freiheitlichen Rechtsordnung von den Folgen eines beweismäßigen Patts bei der Güterabwägung abhängt!

Dieses unbefriedigende Ergebnis läßt sich jedoch vermeiden. Zunächst ist zu fordern, daß der Richter – und zwar auch der

[548] Vgl. dazu GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 160; Art. 13 VwG; BGE 100 Ia 15f. mit weiteren Hinweisen auf die Judikatur; siehe auch KUMMER, a.a.O. (Anm. 546), N. 186f. zu Art. 8 ZGB; zur Auskunftspflicht gegenüber den Steuerbehörden BGE 103 Ib 192ff.

[549] Vgl. dazu Art. 40 des BG über den Bundeszivilprozeß, SR 273, sowie KUMMER, a.a.O. (Anm. 546), N. 186ff. zu Art. 8 ZGB, EYERMANN/FRÖHLER, N. 5 a.E. zu § 86.

[550] Vgl. zur Bedeutung der Verletzung der hier erörterten Mitwirkungspflicht des Beweisgegners bei der Beweiswürdigung namentlich BGE 52 II 379 sowie KUMMER, a.a.O. (Anm. 546), N. 188 i.V. mit N. 64ff. zu Art. 8 ZGB.

[551] BGE 98 II 86 mit weiteren Hinweisen.

[552] Vgl. immerhin GRABITZ, S. 616, sowie WOLFFERS, S. 304ff.

Verfassungsrichter[553] – gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz den rechtserheblichen Sachverhalt im Rahmen der Sachbehauptungen von Amtes wegen abklärt. Sodann darf der am Ausgang des Verfahrens interessierten Partei zugemutet werden, bei der Beschaffung der tatbeständlichen Urteilsgrundlagen mitzuwirken. Damit wird das Problem der Beweislast zwar nicht gelöst, aber bereits wesentlich entschärft: in den weitaus meisten Fällen dürften die dergestalt beschafften Urteilsgrundlagen sogleich eine sachgerechte Beweis*würdigung* erlauben. Diesfalls braucht auf die Verteilung der Beweislast bei der Verhältnismäßigkeit nach dem Gesagten nicht eingegangen zu werden. Verhält es sich ausnahmsweise anders, so ist zu bedenken, daß sich die «Verhältnismäßigkeit an sich» gar nicht *beweisen* läßt. Vielmehr wäre zu untersuchen, ob die drei Teilinhalte des Grundsatzes (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) Beweisobjekt bilden können. Diese Frage kann meines Erachtens nicht durchwegs bejaht werden. Gegenstand des Beweises bilden in erster Linie *Tatsachen* und *Erkenntnisse der allgemeinen Lebenserfahrung*[554], nicht aber rechtliche Schlüsse, die aus den rechtserheblichen Tatsachen zu ziehen sind. Ob eine Maßnahme oder ein Eingriff gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verstoße und unzumutbar sei, läßt sich daher meines Erachtens überhaupt *nicht beweisen,* denn es handelt sich dabei um eine *Rechtsfrage,* die nach dem Gesagten von vorneherein nicht Gegenstand eines Beweises sein kann. Insoweit ist keine Beweislosigkeit denkbar[555]; der Richter kommt mit anderen Worten um eine Stellungnahme nicht herum – er hat die Frage positiv oder negativ zu beantworten. Anders verhält es sich jedoch bei der Geeignetheit und – mindestens teilweise – bei der Erforderlichkeit des Eingriffs. Ob damit der gewünschte Erfolg überhaupt erzielt werden kann (Geeignetheit), ist eine Tatfrage, die nicht selten erst aufgrund umfangreicher technischer und naturwissenschaftlicher Abklärungen beantwortet werden kann[556]. Insoweit kann der Beweis – mindestens theoretisch – in der Tat scheitern, so daß über die Folgen der Beweislosigkeit zu befinden

[553] Vgl. Art. 95 OG sowie W. BIRCHMEIER, Handbuch der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, S. 406.

[554] KUMMER, a.a.O. (Anm. 546), N. 86ff. zu Art. 8 ZGB; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, S. 338; GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 158; ULE, a.a.O. (Anm. 544), § 49 II, S. 209f.

[555] a.M. WOLFFERS, S. 308f.

[556] Vgl. dazu WOLFFERS, S. 306.

ist. Ähnliches mag für das Gebot der Erforderlichkeit anerkannt werden, wenn die Beurteilung von der Antwort auf eine Tatfrage abhängt. Soll der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht seines Sinnes als Richtmaß für freiheitsbeschränkende Maßnahmen und Eingriffe beraubt werden, so muß sich die Beweislosigkeit stets zulasten des Staates auswirken, indem auf den Eingriff von Verfassungs wegen zu verzichten ist[557]. In diesem Sinn gilt der Grundsatz «in dubio pro libertate». Bei näherer Prüfung erweist sich die Frage der materiellen Beweislast somit als nicht derart problematisch, wie man zunächst annehmen möchte.

3.2. Sachgerechte richterliche Kognition

Die Analyse hat ergeben, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit weder ein Grundrecht noch ein allgemeines verfassungsmäßiges Gebot zu staatlichem Maßhalten schlechthin darstellt, sondern daß darin vielmehr ein Grundprinzip mit Verfassungsrang zu erblicken ist, dessen Zweck vorab darin besteht, das zulässige Maß hoheitlicher Eingriffe in verfassungsmäßig gewährleistete Freiheitsrechte zu umschreiben. Außerhalb des Schutzbereichs dieser Grundrechte konkretisiert es das in Art. 4 BV enthaltene Willkürverbot. Daraus folgt *einerseits*, daß bei der Anfechtung eines kantonalen Hoheitsakts (d.h. im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren) niemals ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als solchen gerügt werden kann, sondern daß gleichzeitig eine Verletzung eines verfassungsmäßigen Rechts – wozu auch die in Art. 4 BV verankerten Garantien gehören – geltend gemacht werden muß, *anderseits*, daß die höchstrichterliche Kognition sich auch hinsichtlich des gerügten Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip danach richtet, ob das betroffene verfassungsmäßige Recht seinerseits eine freie oder auf Willkür beschränkte Prüfung erheischt[558]. Kann der

[557] Daß die Antwort auf die Frage, ob eine rechtserhebliche Tatsache als erwiesen gelten könne oder nicht, gegebenenfalls von einem Ermessensentscheid der Behörde abhängt, ändert daran – entgegen Ule, a.a.O. (Anm. 544), S. 215 II/4 – nichts; die Frage ist vielmehr die, inwieweit der Richter solche Ermessensentscheide überhaupt zu überprüfen vermag: vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.

[558] So die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung: BGE 102 Ia 71 sowie ZBl 79, 1978, S. 82 Erw. 3 zur Gemeindeautonomie; BGE 102 Ia 114ff., 101 Ia 481 Erw. 5 c, 99 Ia 511 Erw. 4a mit Verweisungen, zur Handels- und Gewerbefreiheit; BGE 102 Ia 114ff., 100 Ia 347 Erw. 4, 99 Ia 485 Erw. 3, mit Verweisungen, zur Eigentumsgarantie; BGE 98 Ia 308 zur persönlichen Frei-

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur im Zusammenhang mit Art. 4 BV angerufen werden, so prüft das Bundesgericht somit bloß, ob insoweit ein Verstoß gegen das Willkürverbot vorliege, d.h. ob das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung unhaltbar sei[559]. Wie bereits ausgeführt[560], heißt dies jedoch keineswegs, daß die bundesgerichtliche Prüfung in solchen Fällen eine bloß summarische ist; ob eine Maßnahme oder ein Eingriff schlechterdings unhaltbar und damit willkürlich sei, ist gegenteils eine höchst schwierige Frage, die ein besonders feines Unterscheidungsvermögen voraussetzt und sorgfältiger Abklärungen bedarf. – Für die höchstrichterliche Kognition im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 97 ff. OG) ist die Ausgangslage klar: Als Bestandteil des ungeschriebenen Verfassungsrechts gehört der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dem Bundesrecht an, dessen Anwendung das Bundesgericht im Zusammenhang mit der ihm obliegenden Rechtskontrolle frei zu prüfen hat[561].

Das Problem einer sachgerechten richterlichen Kognition ist damit jedoch noch nicht gelöst. Aus den bisherigen Erörterungen erhellt, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Entscheidregel für jene Fälle gilt, die im Spannungsfeld zwischen der Gewährleistung des Gemeinwohls und dem Schutz wohlverstandener Privatinteressen liegen und demzufolge eine Güter- und Interessenabwägung erfordern, die deshalb besonders heikel ist, weil die in der Waagschale liegenden Gewichte selber variabel sind, d.h. ihnen nicht allemal die gleiche verfassungsrechtliche Relevanz zukommt. Bevor gewogen werden kann, muß der Hintergrund des öffentlichen Interesses ausgeleuchtet werden, der dem privaten Interesse der Bürgers am Verzicht auf hoheitliches Handeln gegenübergestellt werden soll. Gerade diese Abklärung sprengt jedoch nicht selten den Rahmen der richterlichen Rechtskontrolle. Es liegt im Wesen jedes freiheitlich-demokratischen

heit, u.a.m.; vgl. dazu auch HANS PETER MOSER, Die Kognition des Bundesgerichts bei der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden, ZBl 72, 1971, S. 187; A. GRISEL, Juridiction constitutionnelle, S. 221; DERSELBE, L'application du droit public dans le temps, ZBl 75, 74, S. 245 f.

559 Unrichtig HANS MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde, 3. Aufl., Basel 1977, S. 157, Ziff. 293, der annimmt, das Bundesgericht prüfe die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stets frei.

560 Vgl. vorne Ziff. 1.4.

561 Art. 104 lit. a OG; daß unter den Begriff des Bundesrechts auch die verfassungsmäßigen Rechte der Bundesverfassung fallen, ist unbestritten: BGE 103 Ib 137 Erw. 2a, 100 Ib 147 mit Verweisungen.

Rechtsstaats, daß dem Gesetzgeber ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit eingeräumt wird, das der richterlichen Kontrolle selbst bei umfassender Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit entzogen bleiben muß. Die Legitimität des umstrittenen öffentlichen Interesses an freiheitsbeschränkenden Maßnahmen ist zwar notwendigerweise überprüfbar. Der Richter soll sich aber davor hüten, jede gesetzgeberische Entscheidung selber aus der Optik des Gesetzgebers nachvollziehen zu wollen. Stehen verfassungsmäßige Rechte des Bürgers auf dem Spiel, so ist er anderseits auch dem Gesetzgeber gegenüber zu deren Konkretisierung und Durchsetzung verpflichtet, und er darf sich nicht damit begnügen, nur bei krassem Fehlverhalten des Gesetzgebers einzuschreiten, wenn mit einem wirksamen Grundrechtsschutz Ernst gemacht werden soll. Bei der abstrakten und konkreten Normenkontrolle hat die staatsrechtliche Kammer des Bundesgerichts diese Grundsätze – von wenigen problematischen Entscheidungen abgesehen[562] – hochgehalten, indem es die dem Erlaß zugrundeliegende Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen und damit die Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den Gesetzgeber grundsätzlich frei prüft und die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit in sachgerechter Weise auf Opportunitätsfragen (Würdigung besonderer örtlicher Verhältnisse bei Eigentumsbeschränkungen, Probleme der Gewährleistung einer vernünftigen Anstaltsordnung bei Beschränkungen der persönlichen Freiheit usw.) beschränkt, soweit der Bürger den Schutz eines besonderen Freiheitsrechts beanspruchen kann und sich nicht mit der Anrufung von Art. 4 BV begnügen muß. Als weniger überzeugend erscheint dagegen – wie bereits erwähnt[563] – die Praxis der verwaltungsgerichtlichen Kammer zur Überprüfung bundesrätlicher Rechtsverordnungen. Da die Verwaltungsgerichtsbeschwerde insoweit den gleichen Schutz vor Mißachtung verfassungsmäßiger Rechte bieten soll wie die staatsrechtliche Beschwerde, ist eine identische höchstrichterliche Kognition unerläßlich.

Ob ein Hoheitsakt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht, ist – wie ausgeführt – im Rahmen einer *Rechtskontrolle* überprüfbar. Dabei ist zu untersuchen, ob im konkreten Fall das *Richtige* angeordnet worden sei, denn jede Rechtskontrolle ist

[562] Vgl. vorne Ziff. 2.7.2.3. zu den wirtschafts- und sozialpolitischen Eigentumsbeschränkungen, sowie Ziff. 2.4.3.1. zur Rechtsetzung auf dem Gebiet der Spezialpolizei.

[563] Vgl. vorne Ziff. 2.4.3.1.

notwendigerweise Richtigkeitskontrolle[564]. Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, daß stets nur eine einzige Anordnung richtig sein könne und damit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen vermöge. Nicht nur die soeben skizzierte Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, sondern insbesondere auch das der rechtsanwendenden Behörde allenfalls eingeräumte Ermessen können im konkreten Fall mehrere, voneinander verschiedene Maßnahmen und Eingriffe als gleichwertig und daher im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als gleichermaßen richtig erscheinen lassen. Dies zeigt sich namentlich bei der Handhabung eines gesetzlich normierten Maßnahmekatalogs. Das den Geboten der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zuzuordnende Prinzip der Stufenfolge verlangt bekanntlich, daß sich die Behörde zunächst des mildesten, den Eingriffszweck gewährleistenden Zwangsmittels bediene. Welches dieses Mittel sei, ist jedoch unbestreitbar *Ermessensfrage*. Daraus erhellt, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip – als Rechtsgrundsatz – diesfalls auch die Betätigung des pflichtgemäßen Ermessens beherrscht und daß solche Ermessensentscheide daher durchaus einer sachgerechten *Rechtskontrolle* zugänglich sind[565]. Demnach ist es beispielsweise eine vom Bundesgericht auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin frei zu überprüfende Rechtsfrage, *welche* Disziplinarmaßnahme gegen einen fehlbaren Bundesbeamten zu ergreifen ist. Kommt das Gericht zum Schluß, daß die angefochtene Maßnahme zu streng ist, d.h. daß nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine andere, mildere Maßnahme genügt, so liegt ein *Rechtsfehler* bei der Ermessensbetätigung seitens der verfügenden Disziplinarbehörde vor, was die Praxis als Ermessens*mißbrauch* bezeichnet. Gerade dieses Beispiel zeigt aber, daß ein solcher Fehlgebrauch des Ermessens keineswegs mit einem Willkürakt identisch sein muß[566]. Diese Betrachtungsweise liegt erfreulicherweise auch der jüngsten Praxis zugrunde[567].

[564] PIERRE A. MÜLLER, Ermessen als Schranke verwaltungsgerichtlicher Überprüfungsbefugnis, Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung 1976, S. 241.

[565] So auch PIERRE A. MÜLLER, a.a.O. (Anm. 564), S. 245.

[566] Vgl. zur Abgrenzung zwischen Willkür und Ermessensmißbrauch bzw. Fehlgebrauch des Ermessens namentlich GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 291 ff., sowie PIUS MEYER, Ermessensprobleme, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 411 f.; s. auch vorne Ziff. 2.4.2.

[567] BGE 103 Ib 126 ff.: Vor kurzem prüfte das Bundesgericht sinngemäß frei, ob ein auf zwei Jahre befristeter Ausschluß von der Einfuhrberechtigung für Schlachtvieh gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoße.

4. Ergebnis

1. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist kein verfassungsmäßiges Gebot zu staatlichem Maßhalten schlechthin. Ob überhaupt ein Grund für hoheitliches, freiheitsbeschränkendes Handeln besteht, beurteilt sich nach dem Subsidaritätsprinzip, das vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu unterscheiden ist.

2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein verfassungsmäßiger Leitgrundsatz, aber kein Grundrecht. Seine Mißachtung kann nur im Zusammenhang mit der Verletzung eines bestimmten verfassungsmäßigen Freiheitsrechts oder der in Art. 4 BV verankerten Garantien gerügt werden.

3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewährleistet vorab den Schutz des Bürgers vor übermäßigen hoheitlichen Eingriffen. Er ist nicht umkehrbar. Das Gebot der rationellen Verwaltung und des sparsamen Einsatzes öffentlicher Mittel kann ihm nicht zugeordnet werden.

4. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt, in welchem Maß verfassungsmäßig gewährleistete Freiheitsrechte zum Wohle der Rechtsgemeinschaft beschränkt werden dürfen, und setzt daher eine befriedigende Lösung des Problems der Grundrechtskonkurrenz voraus. Er ist nach dem Wesensgehalt des jeweilen in Frage stehenden Grundrechts zu konkretisieren und wirkt dergestalt als maßgebendes Kriterium für die verfassungskonforme Auslegung. Dabei kommt den Teilinhalten der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn unterschiedliches Gewicht zu.

5. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist in erster Linie Richtschnur für die abstrakte und konkrete Normenkontrolle. Ist die Vorschrift als solche verfassungsmäßig, so kann deren richtige Anwendung auf den konkreten Fall nicht unter Berufung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verhindert werden.

6. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht insbesondere das Polizeirecht, die administrativen Rechtsnachteile und die Vollstreckung. Im Vordergrund steht dabei die Rangordnung behördlicher Eingriffe und Sanktionen.

7. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit soll außerhalb seines traditionellen Anwendungsbereichs nur angerufen werden, wenn dafür ein rechtstheoretisches Bedürfnis besteht. Insbesondere muß davor gewarnt werden, die in Art. 4 BV gewährleisteten verfassungsmäßigen Garantien durch eine undifferenzierte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips weitgehend ihres Sinnes zu berauben.

Sachregister

Abbruchverbot 91
Abbruchverfügung s. Schleifung
Abgaben 112ff.
Abhörung 30
Abstimmungspropaganda auf öffentlichem Grund 33f.
Abtreibung 76 Anm. 338
Administrative Rechtsnachteile 100ff.
Administrative Versorgung s. fürsorgerische Freiheitsbeschränkungen
Äquivalenzprinzip 113
Ästhetik 87 Anm. 383
Akteneinsicht 117
Alkoholiker 66 Anm. 290
Alkoholverbot 66
Amtspflicht 32
Anlagefonds 24 Anm. 108, 43 Anm. 188, 47, 103
Anstaltseinweisung 65
Anstaltsnutzung 97f.
Antizipierte Ersatzvornahme 108
Anwalt 75, 96 Anm. 431, 110 Anm. 508, 115, 116
Apotheker 96 Anm. 431
Arbeitsanstalt, Einweisung in 66
Arbeitsscheu 65
Architekt 96 Anm. 431
Arzneimittel s. Vitamintabletten
Auflagen 14, 54, 70, 104, 116
Aufschiebende Wirkung, Entzug 116
Auslieferung 28 Anm. 122
Ausnahmebewilligungen 55, 87, 89, 105
Austauschbefugnis 53, 86
Ausverkäufe 47
Auswahlermessen s. Ermessen

Bahnübergang 15
Bankenaufsicht 103
Baugebiet 89, 90
Bausperre 15, 90
Beamte 74, 111 Anm. 509
Bedingungen 14, 54, 104, 116
Bedürfnisklausel 96 Anm. 433
Beiträge s. Vorzugslast
Bergführer 96 Anm. 431
Beschlagnahme 107
Besonderes Rechtsverhältnis 74f.
Beugehaft 66
Beweisausforschung 117
Beweishilfe s. Mitwirkungspflicht des Beweisgegners
Beweislast 117, 118
Beweiswürdigung 119f.
Bewilligungspflicht s. Polizei
Blutentnahme 67
Bundesaufsicht 29
Bundesexekution 29
Bundeszwang 29

Chiropraktoren 96 Anm. 431

Delegation s. spezialpolizeiliche Rechtsetzung
Demonstrationen auf öffentlichem Grund 10, 39, 68ff.
Denkmalschutz 87
Dienstbarkeiten s. Teilenteignung
Disziplinarrecht 109ff.
Druckschriften, Verkauf von 71ff.
Durchleitungsrechte s. Teilenteignung

Eigentumsbeschränkungen, öffentlich-rechtliche
– allgemeines 81, 84f.
– baupolizeiliche 86
– raumplanerische 87f.
– wirtschafts- und sozialpolitische 90f.

Eigentumsgarantie 20, 77ff., 93, 115
Einfuhrberechtigung 24 Anm. 108, 97
Eingriffsverwaltung 27
Einkaufszentren 90 Anm. 399
Energieversorgung in Miethäusern 91
Enteignung
– formelle
– – allgemeines 77ff.
– – Ausdehnung 81f.
– – Teilenteignung 79
– – vorsorgliche 80f.
– materielle 79
Entzug einer Bewilligung 102ff.
Erforderlichkeit, Gebot der *14*ff., 26, 28, 29, 31, 33, 36, 38, 42, 44, 45, 51, 58, 62, 64, 65, 75, 78, 80, 86, 88, 91, 99, 102, 105, 107ff., 110
Ermessen
– Auswahlermessen 39, 104, 111f.
– «Ermessen» des Gesetzgebers s. Gestaltungsfreiheit
– Ermessensmißbrauch 39, 124
– Rechtsfehler bei der Ermessensbetätigung 124
Ersatzabgaben
– allgemeines 113f.
– Feuerwehrersatzabgaben 11, 113 Anm. 524
– statt Verpflichtung, Parkplätze zu erstellen 55 Anm. 235, 113 Anm. 524; s. auch unter Abgaben
Ersatzvornahme 108f.

Fähigkeitsausweis 53
Fischereizone 28
Flugblätter, Verteilen von 71ff.
Formalismus, überspitzter 115
Forstpolizei 29 Anm. 125, 47, 86 Anm. 379
Fremdenpolizei 11, 104
Friedensbürgschaft 67
Führerausweisentzug 104
Fürsorgerische Freiheitsbeschränkungen 65

Gastgewerbe 96
Gastwirtschaftspatent 96 Anm. 433, 104 Anm. 467
Gebühren 112
Geeignetheit, Gebot der *13*f., 24, 42, 44, 51, 58, 63, 120
Gefahrenabwehr s. Polizei
Gefängnisordnung 24 Anm. 109, 63, 75
Gemeindeautonomie 92ff.
Gemeingebrauch, gesteigerter 33, 68, 71
Gemeinverträglichkeit der Nutzung öffentlichen Grundes 73
Generalklausel, polizeiliche 13, 29, 36ff., 109
Gesetzesbegriffe, unbestimmte 46, 56, 89
Gesetzmäßigkeit, Prinzip der 22, 37, 43, 48, 50, 55, 75
Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers 13, 44, 46, 47, 56, 123
Gestaltungsplan 90
Gesundheitspolizei 26 Anm. 117, 41
Getränkeautomaten 48 Anm. 208, 96 Anm. 433
Gewässerschutz 41, 86 Anm. 379
Gewerbepolizei 54, 71, 96, 103, 116
Gifte 49
Grabmal 11
Grundrechtskonkurrenz 76
Grundrechtsverständnis, institutionelles 17, 31, 35, 77
Grünzone/Grünfläche 90

Haftdauer 64
Handels- und Gewerbefreiheit 9, 11f., 20, 35, 42, 51, 76, 95f.
Heimschlag s. Ausdehnung der Enteignung

Ideelle Freiheitsrechte 26, 39, 68, 72, 76
Immatrikulationsbeschränkungen 99 Anm. 448
Immissionsschutz 54
Impfzwang 67
In dubio pro libertate 121
Informationsbeschaffung 30
Initiative 74
Installateur 96 Anm. 431
Integrität, körperliche und geistige 67

Journalist 66 Anm. 293

Kaution 67
Kerngehaltsgarantie s. Wesensgehaltsgarantie

Kiesausbeutungsbewilligung 55
Kinogewerbe 96 Anm. 432
Kognition 72, 121f.; s. auch Normenkontrolle, Rechtskontrolle, Willkürverbot
Kollusionsgefahr s. Verdunkelungshandlungen
Kontingente 97
Konzession 59
Korrespondenzbeschränkungen 63f., 75
Kulturgüterschutz 87

Ladenschlußvorschriften 42 Anm. 186, 93
Landschaftsschutz 54, 87, 93
Landwirtschaftsrecht 44
Lebensmittelpolizei 49
Legalitätsprinzip s. Gesetzmäßigkeit
Lehrer 110 Anm. 508
Leistungsverwaltung 27, 97
Leumundszeugnis 61
Liederlichkeit 65
Lokomotivführer 111 Anm. 509

Massenmedien 75
Maßnahmedauer 104
Maßnahmekombination 25
Medizinische Betreuung von Untersuchungsgefangenen 64
Meinungsäußerungsfreiheit 34, 42, 68ff., 75, 76
Menschenrechtskonvention, europäische 60
Menschenwürde 60
Mieterschutz 91
Minderwertsentschädigung 79
Mißbrauch von Grundrechten 39
Mitwirkungspflicht des Beweisgegners 119
Monopole
– Polizeimonopole s. Polizei
– Wohlfahrtsmonopole 58

Nationalstraßen 79 Anm. 345, 80, 90 Anm. 397
Natur- und Heimatschutz 87 Anm. 383
Normenkontrolle 13, 27, 41ff., 63, 91
Notstand s. Generalklausel, polizeiliche
Notverfügung s. Generalklausel, polizeiliche
Notverordnung s. Generalklausel, polizeiliche
Notwendigkeit s. Erforderlichkeit
Numerus clausus 98

Öffentliche Fürsorge 65
Öffentliche Gesundheit 67
Öffentliches Interesse 33, 34, 60, 62, 66, 67, 78, 84
Opportunität, Grundsatz der 44, 110
Ortsbildschutz 87

Parkplätze, Pflicht zur Erstellung 55; s. auch Ersatzabgaben
Parteivertretung s. Anwalt
Persönliche Freiheit 60ff.
Plakatwerbung 34
Politische Rechte 68ff., 74
Polizei
– Begriff 34ff.
– Polizeibewilligung
– – Einführung der Bewilligungspflicht 48, 50ff., 68
– – Befristung 53
– – Nebenbestimmungen 54f.
– – Ausnahmebewilligungen 55, 89, 105
– Generalklausel 13, 29, 36ff., 109
– Polizeimonopol 51, 57f., 96
– Präventivpolizei 41f., 48, 52
– Spezialpolizei
– – Rechtssetzung 40ff.
– – Rechtsanwendung 48ff.
Preisanschreibepflicht 42 Anm. 186
Pressefreiheit 42 Anm. 183, 68ff., 71
Prozeßökonomie 116
Prozeßrecht 115
Psychologische Betreuung von Untersuchungsgefangenen 64

Rangordnung der Sanktionen 102, 103 Anm. 466, 110
Realersatz 79
Rechtliches Gehör 117 Anm. 540
Rechtsbegriff, unbestimmter 24; s. auch Gesetzesbegriff, unbestimmter
Rechtsgleichheit 20, 88, 98, 101, 114, 117
Rechtshilfe 117
Rechtskontrolle 31, 77, 123

Rechtssicherheit 101
Referendum 74
Regalgebühr 113 Anm. 522
Reklameverbot 76 Anm. 338
Repressalien 28
Revers 54f.
Richterstaat 45
Rücknahme einer Bewilligung 100

Schikaneverbot 63
Schleifung 11, 105ff., 108 Anm. 495
Schließungszeiten für Gastwirtschaftsbetriebe 96 Anm. 433
Schuldprinzip 112
Schulhausbau 80
Schußwaffengebrauch 40
Schutzrichtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 18f., 58
Selbstdispensation 96 Anm. 432
Sicherheitsgurten 61 Anm. 274
Sicherheitshaft 66
Skilehrer 96 Anm. 431
Sozialgestaltende Eingriffe und Maßnahmen 36, 41, 46
Sozialversicherungsrecht 98 Anm. 433
Spaziergang 64
Spielautomaten 61, 96 Anm. 433, 102 Anm. 462
Sprachenfreiheit 76 Anm. 337
Staatsschutz 10, 29f.
Steuern
– direkte 114
– Gemengsteuer 113
Störerprinzip 15, 37, 40
Straßenprostitution 11, 15, 42 Anm. 186, 96 Anm. 432
Straßenverkehr 41
Stufentheorie 16, 40, 51, 65; s. auch Rangordnung der Sanktionen
Subsidiarität, Grundsatz der 15

Tatfrage 120
Taxiwesen 52 Anm. 220, 53, 96 Anm. 432
Telefonistin 111 Anm. 509
Tierhaltung, Recht auf 61
Transistorradio 64
Treu und Glauben 22, 101, 106
Trinkerheilanstalt, Einweisung in 65

Übermaßverbot 17f.; s. auch Erforderlichkeit
Überprüfungsbefugnis s. Kognition
Überwachung 30; s. auch Staatsschutz
Übriges Gemeindegebiet 88f., 105
Unterschriftensammlung auf öffentlichem Grund 74
Untersuchungsgrundsatz 117, 118
Untersuchungshaft, Untersuchungshäftling 63, 74f.

Verantwortlichkeit, strafrechtliche 30
Verdunkelungshandlungen 75
Verfassungskonforme Auslegung 27, 43ff.
Verfügung 27
Vergeltungsmaßnahmen s. Repressalien
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn *16*ff., 26, 28, 31, 38, 42, 46, 51, 56, 58, 62, 65, 67, 75, 78, 82, 88, 91, 99, 102, 104
Verkehrspolizeiliche Anordnungen 37 Anm. 164
Versammlungsfreiheit 68ff.
Versammlungsverbot 38, 71
Verteidiger 76; s. auch Anwalt
Vertrauensschutz s. Treu und Glauben
Verwaltungsstrafrecht 111f.
Verwaltungszwang 100ff.
Verwirkung von Grundrechten 30
Vitamintabletten, Verkauf von 52 Anm. 219, 96 Anm. 432
Völkerrecht 28
Vollstreckungsmaßnahmen 107
Vorsorgliche Maßnahmen 116
Vorzensur 71
Vorzugslasten 113

Waffentragen, Befugnis zum 61 Anm. 274
Wahlen, Ungültigerklärung 32f.
Wahlpropaganda auf öffentlichem Grund 33f.
Waldabstand 86 Anm. 379
Wesensgehaltsgarantie 17, 31, 58, 61, 64, 95; s. auch Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn
Widerruf einer Bewilligung 100
Widerrufsvorbehalt 54
Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes 19, 104f.; s. auch administrative Rechtsnachteile, Verwaltungszwang
Willkürverbot 25, 88, 95, 114, 121

Wirtschaftliche Kriegsvorsorge 97
Wirtshausverbot 66
Wohlfahrtsmonopol s. Monopole

Zeuge, widerspenstiger 66; s. auch Journalist
Zielkonformität 13; s. auch Geeignetheit
Zumutbarkeit 17, 46, 67, 88, 102, 104; s. auch Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn
Zwangsbehandlung, medizinische 67
Zweckangemessenheit s. Erforderlichkeit
Zwecktauglichkeit 13; s. auch Geeignetheit
Zwischenentscheid 116