# DIE BINDUNG DES GESETZGEBERS

Sachverhalt:
In der Stadt Zürich mehren sich an den Wochenenden die Ruhestörungen. Das Gemeindeparlament überarbeitet deshalb die kommunale Gesetzgebung in drei Punkten. Die Polizeistunde wird auf Mitternacht vorverlegt. Der Konsum alkoholischer Getränken auf öffentlichem Grund wird verboten. Das Rauchen in sämtlichen Gaststätten wird erlaubt. Mit der letzten Massnahme kommt das Parlament dem einflussreichen kommunalen Wirteverband entgegen.

*Ist die neue Regelung verhältnismässig?*

# VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT VON PAKETLÖSUNGEN

*Annahme*

- Nur Zusammenwirken der einzelnen Massnahmen führt zum beabsichtigten Erfolg
- Einzelne Massnahmen allein sind keine tauglichen Mittel

*Folge*

- Eignung ist in Bezug auf das Zusammenwirken der Massnahmen zu prüfen
- Eignung fehlt, wenn eine einzelne Massnahme gar nichts zum angestrebten Erfolg beizutragen vermag

*Problem*

- Politische Kompromisse

# FUNKTIONSBEDINGUNGEN DER POLITIK

Politik dient der Durchsetzung von Herrschaftsansprüchen, sie bedeutet das Eingehen von Kompromissen. Mit der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips auf den Gesetzgeber sieht sich die Politik mit einer rechtlichen Logik konfrontiert.

- Durchsetzung von Machtansprüchen
- Kompromisse
- Absprachen
- Paketlösungen
- Unterschiedliche Zweckvorstellungen

# ANWENDUNGSBEREICH DES VERHÄLTNISMÄSSIGKEITSPRINZIPS

Sachverhalt:
Wegen diverser Vorkommnisse sorgt sich das Kantonsparlament um den Ruf der Verwaltung. Das Parlament beschliesst daher folgende Neuerung des (kantonalen) Personalgesetzes:

> [1] Angestellte, die wegen eines Delikts zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten und mehr verurteilt werden, sind unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zu entlassen.
> [2] Vorbehalten bleiben besondere Konstellationen.

Der Angestellte A, Vater von vier minderjährigen Kindern, verursacht nach Inkrafttreten der Novelle einen Verkehrsunfall und wird hierfür zu einer bedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt. In der Folge wird ihm gekündigt.

- Bindung des Gesetzgebers im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle?
- Anwendung des Prinzips ausserhalb von Eingriffen in Freiheitsrechte?
- Anwendung des Prinzips im konkreten Fall?

# BINDUNG DES GESETZGEBERS AN DAS VERHÄLTNISMÄSSIGKEITSPRINZIP?

- Gericht setzt eine juristische Rationalität auf Kosten der Funktionsbedingungen der Politik durch
- Politik muss auch der rechtlichen Logik des Gerichts entsprechen (Lepsius)
- Die Arbeit des Gesetzgebers nimmt die Form verfassungsrechtlicher Überprüfung an (Huber)
- Jede politische Kontroverse kann als Problem des Verhältnismässigkeitsprinzips und damit als rechtliches Problem erörtert werden (Schlink)
- Begnügt man sich damit, dass ein Gesetz möglicherweise geeignet ist, bedeutet dies, dass mittels Gesetzgebung experimentiert werden darf (Wolffers)

# BESCHRÄNKUNG DES ANWENDUNGSBEREICHS AUF EINGRIFFE IN FREIHEITSRECHTE?

- Zum Schutz der Freiheit dürfen die Rechte des Einzelnen nicht stärker beschnitten werden als es erforderlich und angemessen ist (von Arnauld)

- Werden allgemeine Rechtsgrundsätze zu umfassend begriffen, begünstigen sie Machtverschiebungen zwischen den staatlichen Organen (Huber)

- Der Gesetzgeber ist an die Grundrechte gebunden. Geichzeitig kommt ihm die Kompetenz zu, diese einzuschränken. Aus dem daraus entstehenden Spannungsverhältnis bietet das Verhältnismässigkeitsprinzip einen Ausweg an (Saurer)

- Das Prinzip gebietet eine Einzelfallbeurteilung. Schematisierende Regelungen sind aber nicht per se ausgeschlossen. Geht es indes um Grundrechtsansprüche, ist stets eine individuelle Beurteilung erforderlich (Hangartner)

## ANWENDUNG DES PRINZIPS IM KONKRETEN FALL?

- Eigentümliche Struktur der Einzelfallentscheidung: Die sich entlang der Spezialerlasse immer stärker dem Einzelfall nähernde Betrachtung wird am Ende wieder zurückgeschaltet zu einer allgemeinen Norm: dem Prinzip der Verhältnismässigkeit. Dies bedeutet eine Aufweichung der Rechtsstaatlichkeit (Leisner)

- Das Prinzip ist ein allgemeines Korrektiv. Es stellt einen General-Vorbehalt dar, an dem alle zuvor entwickelten Lösungen zu messen sind (Leisner)

- Bei einem weit verstandenen Verhältnismässigkeitsprinzip wird die Gesetzmässigkeit der Verwaltung aufgelöst wird (Huber)

- Das Prinzip verlang die Berücksichtigung sämtlicher Umstände; die angewandten Mittel dürfen nicht einer abstrakten Logik gehorchen (Moor)

# DIE VIELFALT DER RECHTERZEUGUNGSAKTEURE UND IHRE BINDUNGSGRADE

Der primär politischen Bindung des Parlaments steht die primär rechtliche Bindung des Rechtsanwenders im Einzelfall gegenüber.

- Schwache rechtliche Bindung des *Gesetzgebers*
- Verfassung gibt dem Parlament bloss letzte Grenzen vor
- Bindungen des Parlaments gehen primär vom Verfahrensrecht und von politischen Zwängen aus und weniger vom materiellen Verfassungsrecht.

- Vielfältige rechtliche Bindungen des *Rechtsanwenders*
- Bindung an den Sachverhalt
- Keine Subsumtion ohne Konkretisierungsleistung
- Keine exakte Determinierung der Ergebnisse durch den Gesetzgeber
- Normsubsumtion öffnet Handlungsspielräume, über die andere Akteure nicht verfügen

*Folgen für das Verständnis des Prinzips?*

- Bindung des Gesetzgebers?
- Aufweichung des Legalitätsprinzips?
- Notwendigkeit bei der Rechtsanwendung?

# PRÜFUNGSDICHTE DES BUNDESGERICHTS (BGE 134 I 153)

- 4.1 Verhältnismässigkeitsprinzip kann als Grundsatz des Bundesverfassungsrechts unabhängig von einem Grundrecht angerufen werden (Art. 95 lit. a BGG)

- 4.2 Auf **Bundesverwaltungsrecht** gestützte **Anwendungsakte**: Prüfung des Prinzips mit freier Kognition
  Keine abstrakte Normenkontrolle bei Bundesgesetzen

- 4.2.1 **Kantonale Erlasse** *ausserhalb des Schutzbereichs* eines Grundrechts: Grosser Handlungsspielraum des kantonalen Gesetzgebers. Bundesgericht schreitet nur ein, wenn das Prinzip ganz offensichtlich missachtet worden ist und damit zugleich ein Verstoss gegen das Willkürverbot vorliegt

- 4.2.2 **Auf kantonales Recht** gestützter **Anwendungsakt** *ausserhalb des Schutzbereichs* eines Grundrechts: Bundesgericht schreitet nur ein, wenn ein Verstoss gegen das Willkürverbot vorliegt
  - Besonderheit der Grundrechte und der Voraussetzungen für ihre Einschränkung (Art. 36 BV)
  - Rücksicht auf die föderalistische Staatsstruktur

- 4.3 Fazit: Das Prinzp kann bei der Anwendung kantonalen Rechts ausserhalb des Schutzbereichs spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots angerufen werden kann