

Matthias Oesch\*

## Das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Einheitsbeschwerde Zu einem wegweisenden Bundesgerichtsurteil vom 1. April 2008 und zum Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips

**Stichworte:** Öffentliches Prozessrecht, Verhältnismässigkeitsprinzip, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, Art. 95 BGG, Art. 5 BV, Art. 36 BV

### I. Einleitung

Das neue Bundesgerichtsgesetz (BGG) hat mit der Einheitsbeschwerde im Jahre 2007 ein neues Rechtsmittelsystem geschaffen. Erste Erfahrungen fallen durchwegs positiv aus. Vereinzelt fällt der Blick aber auch auf problematische Neuerungen. Dazu gehört eine bis heute kaum beachtete Änderung im System der Rügegründe, die mit der Einheitsbeschwerde vorgebracht werden können. Während die Rüge fehlender Verhältnismässigkeit von kantonalen Hoheitsakten bis anhin nur im Rahmen eines Grundrechtseingriffs zulässig war, erlaubt die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten neu, ganz allgemein die Unverhältnismässigkeit kantonalen Entscheide und Erlasse zu rügen und sie auf ihre Eignung, Notwendigkeit und Zumutbarkeit überprüfen zu lassen.<sup>1</sup> Dies ergibt sich mit Blick auf Art. 95 BGG, der die Rügegründe für alle Unterarten der Einheitsbeschwerde einheitlich umschreibt. Es ist nicht mehr notwendig, die Verletzung eines Grundrechts – quasi als prozessualen Steigbügelhalter – zu behaupten, damit ein kantonaler Hoheitsakt auf seine Verhältnismässigkeit gemäss Art. 36 Abs. 3 BV überprüft werden kann. Auch kantonale Entscheide und Erlasse, die nicht in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreifen, müssen sich vor

Bundesgericht am Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV messen lassen.

Dieses Ergebnis erstaunt und verwirrt auch den geübten Prozessanwalt. Hat der Gesetzgeber dies wirklich so gewollt oder belegt es – wie in der Literatur gerätselt wird – vielmehr sein Ungeschick?<sup>2</sup> In der Tat ist gerade mit Blick auf die abstrakte Normenkontrolle kantonalen Erlasse fraglich, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip ein angemessenes Instrumentarium darstellt, um die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers umfassend zu steuern und ihm auch in sensiblen politischen Bereichen scheinbar unnötige Schranken zu setzen.

Das Bundesgericht hat diese Bedenken in einem wegweisenden Urteil vom 1. April 2008 zumindest teilweise zerstreut und einen wichtigen Grundsatzentscheid zur Kognition bei der Beurteilung eines kantonalen Hoheitsaktes unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismässigkeitsprinzips gefällt.<sup>3</sup> Dieser Entscheid bietet eine willkommene Gelegenheit, den praktisch sinnvollen Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips im Allgemeinen abzustecken.

### II. Bundesgerichtsurteil vom 1. April 2008

Zur Beurteilung stand der Schulausschluss eines Mittelschülers im Kanton St. Gallen. Dieser hatte bereits vor dem Ausschluss wiederholt gegen die Schulordnung verstossen. Die Schule hatte ihn deswegen mehrfach verwarnet und befristete Ultimaten erlassen, die unangefochten blieben. Eine Beschwerde, die der Mittelschüler gegen den schliesslich verfügten definitiven Schulausschluss erhoben hatte, wies das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen ab. Auch das Bundesgericht (II. öffentlich-rechtliche Abteilung) bestätigt nun die Rechtmässigkeit des Schulausschlusses. Es entscheidet, dass diese Massnahme nicht gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV verstösst:

«Wenn die kantonalen Schulbehörden die ihnen zur Sicherung eines geordneten und effizienten Lehrbetriebes zustehende Disziplinargewalt konsequent handhaben und einen Schüler, der trotz wiederholter Androhungen immer wieder

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Assistenzprofessor für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Bern, Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität Luzern. Herzlicher Dank gebührt Dr. iur. Lucy Keller für ihre kritischen Anregungen.

1 Siehe etwa HEINZ AEMISEGGER/KARIN SCHERRER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 82 Rz. 50; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform: Supplement zur 6. Auflage des «Schweizerischen Bundesstaatsrechts», Zürich 2006, Rz. 1973; REGINA KIENER, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege: Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, S. 219, 272; REGINA KIENER/MATTHIAS KUHN, Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung, in: ZBl 2006, S. 141, 156; MARKUS SCHOTT, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 95 Rz. 47; HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz (BGG): Handkommentar, Bern 2007, Art. 95 Rz. 20. – Zum Verhältnismässigkeitsprinzip im Allgemeinen etwa BEATRICE WEBER-DÜRLER, Zur neusten Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips, in: Benoît Bovay/Minh Son Nguyen (eds.), *Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire, Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Berne 2005, S. 593 ff.; ULRICH ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, in: Schweizerischer Juristenverein: Referate und Mitteilungen, Basel 1978 (Heft 1), S. 1 ff.

2 KIENER (Fn. 1), S. 273, mit Blick auf die abstrakte Normenkontrolle; ähnlich kritisch WEBER-DÜRLER (Fn. 1), S. 608, bez. der zu erwartenden Mehrbelastung des Bundesgerichts.

3 Urteil 2C\_704/2007 vom 1. April 2008, zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen.

den Lehrbetrieb stört, von der Schule weisen, ist dies nicht offensichtlich unhaltbar und willkürlich.»<sup>4</sup>

Auf die zusätzliche Rüge der fehlenden Verhältnismässigkeit gestützt auf Art. 5 Abs. 2 BV tritt das Bundesgericht nicht ein. Es stellt zwar fest, dass die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erlaube, das Verhältnismässigkeitsprinzip direkt und unabhängig von einem Grundrecht anzurufen. Dies gelte grundsätzlich auch im vorliegenden Fall; die Rüge der Unverhältnismässigkeit sei eigentlich zulässig. Bezüglich der Kognition führt das Bundesgericht hingegen aus, dass der Kontrolle kantonaler Hoheitsakte unter dem Gesichtswinkel des in Art. 5 Abs. 2 BV verankerten Verhältnismässigkeitsprinzips – also ausserhalb des Schutzbereichs eines Grundrechts – Grenzen gesetzt seien. Während die Anwendung von Bundesverwaltungsrecht auch im Licht des Verhältnismässigkeitsprinzips frei überprüft werde, könne im Fall von kantonalen Hoheitsakten eine Intervention des Bundesgerichts nur gerechtfertigt sein, wenn das Verhältnismässigkeitsprinzip «ganz offensichtlich missachtet worden ist und damit zugleich ein Verstoss gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV vorliegt.»<sup>5</sup> Dies gilt gemäss Bundesgericht für die verfassungsrechtliche Überprüfung sowohl eines kantonalen Erlasses als auch eines Anwendungsaktes von kantonalem Recht. Die Einschränkung der Kognition in der abstrakten Normenkontrolle begründet das Bundesgericht mit dem «Gestaltungsspielraum, den der Verfassungsrichter zu respektieren hat.»<sup>6</sup> Mit Blick auf die eingeschränkte Prüfung von konkreten Anwendungsakten verweist das Bundesgericht auf «die föderalistische Staatsstruktur» und führt weiter aus: «Die speziellen Grundrechtsgarantien und die in Art. 36 BV für Einschränkungen derselben aufgestellten Voraussetzungen (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) würden verwässert und verlören letztlich den ihnen zugeordneten Sinn, wenn eine gleichartige Kontrolle gegenüber sämtlichen staatlichen Anordnungen schon gestützt auf die entsprechenden allgemeinen Grundsätze in Art. 5 Abs. 1 und 2 BV erwirkt werden könnte.»<sup>7</sup> Das Bundesgericht betont schliesslich, dass sich dieses Ergebnis mit dem gesetzgeberischen Willen decke, wonach mit der Integration der bisherigen staatsrechtlichen Beschwerde in die Einheitsbeschwerde keine Erweiterung der bundesgerichtlichen Prüfungsbefugnis gegenüber kantonalechtlichen Anordnungen beabsichtigt war.<sup>8</sup>

Das Bundesgericht fasst seine Erwägungen, die auf einem Entscheid der Vereinigung sämtlicher Abteilungen gestützt auf Art. 23 Abs. 2 BGG basieren, wie folgt zusammen:

«[D]as in Art. 5 Abs. 2 BV als allgemeiner Verfassungsgrundsatz verankerte Verhältnismässigkeitsgebot [kann] im Rah-

men einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bei der Anwendung kantonalen Rechts ausserhalb des Schutzbereichs spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots angerufen werden (. . .). Dem Einwand des Beschwerdeführers, der verfügte Schulausschluss verletze das Verhältnismässigkeitsprinzip, kommt demzufolge gegenüber der gerügten Verletzung des Willkürverbots, in dessen Rahmen dieser Aspekt bereits geprüft wurde (. . .), keine selbständige Bedeutung zu.»<sup>9</sup>

Damit bleibt – in den Augen der Neuen Zürcher Zeitung – «alles beim Alten trotz neuem Recht».<sup>10</sup> Diese Beobachtung stimmt. Im Ergebnis ist dem Bundesgericht durchaus zuzustimmen. Es lenkt die prozessrechtliche Handhabung des Verhältnismässigkeitsprinzips in geordnete Bahnen (zurück) und betont die spezielle Bedeutung dieses Prinzips für den Grundrechtsbereich. Gleichwohl bleibt auch in diesem Urteil ein zentraler Punkt ausgeklammert, der wohl noch mehr als die Frage nach der angemessenen Kognition einer Klärung bedarf: die Bestimmung derjenigen Konstellationen, in denen das Verhältnismässigkeitsprinzip tatsächlich seine Relevanz entfaltet und einschlägig ist. Darum geht es im Folgenden.

### III. Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips

In der Praxis zeigen sich drei (unterschiedlich kontroverse) Fälle, in denen das Verhältnismässigkeitsprinzip angewendet wird.

#### 1. Schutz individueller Rechte

Die hauptsächliche – und unbestrittene – Funktion des Verhältnismässigkeitsprinzips betrifft den *Schutz individueller Rechte*. Dies ergibt sich mit Blick auf seine Entwicklung und Struktur.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip wurde in der Schweiz im Zusammenhang mit polizeilichen Massnahmen entwickelt und konzentrierte sich anfänglich vornehmlich auf den Grundrechtsschutz im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts. Bereits im Jahre 1875 hielt der Bundesrat in zwei Beschwerdeentscheiden fest, polizeiliche Massnahmen dürften «nicht über das nötige Mass hinausgehen» bzw. für die Art und Weise des Eingriffs müsse «eine zwingende Notwendigkeit» bestehen.<sup>11</sup> Mit der Ausdehnung der staatlichen Regelungszuständigkeiten begann sich das Verhältnismässigkeitsprinzip ungefähr in der Mitte des letzten Jahrhunderts vom klassischen Polizeirecht und von der in der Schweiz beobachteten Konzentration auf die Handels- und Gewerbefreiheit zu lösen, und sein Geltungsbereich wurde suk-

4 Ibid., E. 3.4.

5 Ibid., E. 4.2.1.

6 Ibid., E. 4.2.1.

7 Ibid., E. 4.2.2; das Bundesgericht stützt sich dabei auf JÖRG PAUL MÜLLER, Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Heidelberg 2004, S. 25 Fn. 62, und MATTHIAS SUTER, Der neue Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht, St. Gallen 2007, S. 255 f.

8 Ibid., E. 4.2.2.

9 Ibid., E. 4.3. Das Bundesgericht hat diesen Grundsatzentscheid bez. Kognition im Urteil 2C\_444/2007 vom 4. April 2008, E. 2.2, wenige Tage später ausdrücklich bestätigt.

10 Neue Zürcher Zeitung vom 15. Mai 2008, S. 16.

11 Siehe dazu LUDWIG RUDOLF VON SALIS, Schweizerisches Bundesrecht: staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit dem 29. Mai 1874, Band II, Bern 1903/04, Rz. 780, 876. In BGE 52 I 222, 226 f. E. 5, setzte sich das Bundesgericht soweit ersichtlich zum ersten Mal ausdrücklich mit dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit im Rahmen der Handels- und Gewerbefreiheit auseinander.

zessive auf andere grundrechtlich relevante Sachbereiche ausgeweitet. Nach bald ständiger Praxis mussten Eingriffe in *Freiheitsrechte* – kumulativ zur gesetzlichen Grundlage, zum öffentlichen Interesse und zur Unantastbarkeit des Kerngehalts – die Verhältnismässigkeit wahren. Diese Eingriffsvoraussetzungen wurden im Zug der BV-Reform von 1999 in Art. 36 BV ausdrücklich verankert. Das Verhältnismässigkeitsprinzip übernimmt dabei die Funktion, den Rechtsgüterkonflikt zwischen der individuellen Freiheit und dem öffentlichen Interesse aufzulösen. Es folgt sinnlogisch aus der Struktur und aus dem Inhalt klassischer Freiheitsrechte. Diese sollen gegenüber staatlichen Anordnungen nicht völlig leer laufen und vor jedem gesetzlich stipulierten Eingriff leichthin kapitulieren. Sie müssen vor demokratischen Fehlentscheidungen geschützt werden. So wurde das Verhältnismässigkeitsprinzip im Verlauf der Begründung einer liberalen Grundrechtstheorie in der Schweiz gleichsam mitentwickelt.

Die Entwicklung und Struktur des Verhältnismässigkeitsprinzips implizieren, dass es – in der Regel im Verbund mit weiteren rechtsstaatlichen Prinzipien – ganz allgemein die Frage nach der Zulässigkeit staatlicher Eingriffe in die geschützte Rechtssphäre eines Einzelnen beantwortet. Dies gilt unbestritten für Eingriffe in Freiheitsrechte. Darüber hinaus sind auf Verfassungsebene mannigfaltige weitere individuelle Rechte denkbar, die landläufig zwar nicht als Freiheitsrechte definiert werden, gleichwohl aber Prinzipiencharakter aufweisen und unter Umständen zulässigerweise eingeschränkt werden können. Damit ist der vertraute Begriff der *verfassungsmässigen Rechte* angesprochen.<sup>12</sup> Auch in ihrem Fall gewährt die Verfassung dem Träger des Rechts einen individuellen Anspruch darauf, dass dieses Recht durch staatliche Massnahmen nicht leichthin ausgehöhlt wird. Sofern dieser Anspruch nicht vollumfänglich verwirklicht werden kann, weil der Verfolgung eines kollidierenden öffentlichen Interesses eine grössere Bedeutung beigemessen wird, muss die Verfassung auch hier eine qualifizierte Rechtfertigungsprüfung verlangen, damit das individuelle Recht nicht völlig leer läuft. Diese Funktion übernimmt – analog zur Eingriffsdogmatik im Rahmen von Freiheitsrechten – das Verhältnismässigkeitsprinzip.<sup>13</sup> Es reagiert auf den Konflikt der individuellen Freiheit und anderer individueller Rechte mit gegenläufigen, im öffentlichen Interesse gelegenen Rechtsgütern, setzt diese zueinander in Relation und bringt das Spannungsverhältnis zu einem optimalen Ausgleich. Das Verhältnismässigkeitsprinzip garantiert dabei eine individualisierende und situationsbezogene Betrachtungsweise.

Dasselbe gilt für individuelle Rechte auf Gesetzes- und Verordnungsstufe. Auch die Zulässigkeit von Beeinträchtigungen individueller Rechtsgüter, die durch Gesetzes- oder Verordnungsrecht geschützt werden, beurteilt sich anhand des Verhältnismässigkeitsprinzips. Seine Fundierung findet es diesfalls in

Art. 5 Abs. 2 BV. Unbestritten ist die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips dabei für staatliche Massnahmen mit Eingriffscharakter.<sup>14</sup> Ebenso gilt es grundsätzlich auch für individuelle Leistungsansprüche.<sup>15</sup> Gemäss bisheriger Praxis und Bundesgerichtsurteil vom 1. April 2008 findet dabei eine freie Prüfung statt, soweit die Anwendung von Bundesverwaltungsrecht in Frage steht, während die Kognition eingeschränkt ist und mit dem Willkürverbot zusammenfällt, soweit die Verhältnismässigkeit kantonaler Hoheitsakte zu beurteilen ist.

## 2. Schutz anderer «günstiger tatsächlicher Zustände»

Problematischer wird die Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips in denjenigen Konstellationen, in denen kein Eingriff in ein individuelles Recht zur Debatte steht, sondern «*bloss anderweitige Nachteile für einen Privaten* zu gewärtigen sind.

Die Praxis offenbart eine Vielzahl von Fällen, in denen das Bundesgericht umstrittene staatliche Massnahmen auch in solchen Fällen im Licht des Verhältnismässigkeitsprinzips prüft. Dabei geht es nicht um die Beeinträchtigung geschützter Rechte, sondern um die Schmälerung «günstiger tatsächlicher Zustände» bzw. «tatsächlicher Interessen».<sup>16</sup> So verneinte das Bundesgericht im Jahre 1970 ein ungeschriebenes Grundrecht auf Grabmalgestaltung, prüfte im konkreten Fall aber trotzdem anhand des Verhältnismässigkeitsprinzips, ob die baselstädtische Behörde die Interessen der Beschwerdeführer zu stark tangierte, als sie eine Reihplastik aus Bronze ablehnte, weil es sich um eine «banale Gartenplastik» handelte.<sup>17</sup> Ende der 1970er Jahre stellte das Bundesgericht fest, dass der Fortbestand des Seeanstosses eines Grundstücks an ein öffentliches Gewässer nicht unter dem Schutz der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) stehe, prüfte sodann aber gleichwohl umfassend, ob ein konkretes Strandwegprojekt am westlichen Thunerseeufer (Stegbauten auf künstlich aufgeschütteten Inseln) verhältnismässig war.<sup>18</sup> Die Eigentumsgarantie ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis ebenso wenig einschlägig, wenn es um die Rechtmässigkeit einer Rückbauverfügung einer widerrechtlich erstellten Baute geht. Auch in solchen Fällen kann selbst der bösgläubige Bauherr das Verhältnismässigkeitsprinzip anrufen, ohne dass ein rechtlich geschützter Anspruch betroffen wäre.<sup>19</sup> Weitere Beispiele finden sich im Dunstkreis der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV). Das Bundesgericht beurteilt staatliche Anordnungen, die eine menschliche Tätigkeit oder Vorliebe zwar einschränken, nicht aber in den Schutzbereich der persönlichen

12 Siehe zum Begriff der verfassungsmässigen Rechte etwa BGE 131 I 366, 368 E. 2.2; GIOVANNI BIAGGINI, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 116 Rz. 5 ff.

13 Vgl. ZIMMERLI (Fn. 1), S. 22: «Als allgemeiner Rechtsgrundsatz mit Verfassungsrang ist das Verhältnismässigkeitsprinzip «sous-jacent aux droits constitutionnels», schlummert also gleichsam in jedem verfassungsmässigen Recht oder ist ihm immanent.»

14 Dies gilt beispielsweise für das Äquivalenzprinzip als «gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes» (BGE 121 II 183, 188 E. 4a) bei der Bemessung von Kausalabgaben.

15 Dies gilt beispielsweise für den Ausschluss von einer Krankenkasse. – Siehe dazu im Allgemeinen ULRICH MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht (am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahmen der IV), Bern 1985, S. 55 ff.

16 BGE 105 Ia 219, 222 E. 2.

17 BGE 96 I 104; den Hinweis auf dieses und die nachfolgenden Beispiele verdanke ich WEBER-DÜRLER (Fn. 1), S. 602 f.

18 BGE 105 Ia 219.

19 BGE 111 Ib 213, 225 E. 6c; Urteil 1P.708/2006 und 1P.710/2006 vom 13. April 2007, teilweise abgedruckt in: ZBl 2008, S. 100 ff.

Freiheit eingreifen, häufig unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit. So prüfte das Bundesgericht ein Verbot der privaten Schifffahrt auf gewissen Teilen des Zürichsees im Licht des Verhältnismässigkeitprinzips, auch wenn dieses Verbot die persönliche Freiheit nicht tangierte.<sup>20</sup> Ebenso überprüfte es eine allgemeine Maulkorbtragspflicht für Hunde in Genfer Parks umfassend auf ihre Verhältnismässigkeit, obwohl auch diese Auflage nicht in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit eingriff.<sup>21</sup> All diesen Beispielen ist gemeinsam, dass Art. 36 Abs. 3 BV aufgrund der Verneinung einer Grundrechtsbeeinträchtigung nicht einschlägig war. Der Rekurs auf Art. 5 Abs. 2 BV bleibt aber auch in solchen Konstellationen möglich (wobei ein kantonaler Hoheitsakt gemäss bisheriger Praxis und Bundesgerichtsurteil vom 1. April 2008 nur mit eingeschränkter Kognition überprüft wird).

Dieses Vorgehen leuchtet *prima vista* zwar durchaus ein. Eine liberale Staatsordnung impliziert, dass das Gemeinwesen rechtfertigungspflichtig wird, wenn eine staatliche Massnahme mit einem «Nachteil» für Private verbunden ist. Gleichwohl bestehen ernsthafte Zweifel, ob die Verhältnismässigkeit in all ihren Teilgehalten auch in denjenigen Konstellationen als taugliche Handlungsanweisung fruchtbar zu machen ist, in denen keine rechtlich geschützten Interessen von Privaten auf dem Spiel stehen, sondern «bloss» anderweitige günstige Zustände. Drei Kritikpunkte unterlegen diese Bedenken. Erstens erhellt die bundesgerichtliche Praxis nicht, welche Art eines persönlichen Nachteils darzulegen ist, damit das Verhältnismässigkeitprinzip anwendbar ist. Es scheint, dass irgendein privates Interesse tatsächlicher Natur genügt. Während sich beim Schutz individueller Rechte klar definieren lässt, in welcher Konstellation das Verhältnismässigkeitprinzip dogmatisch sinnvoll zur Anwendung gelangt, fehlt beim Schutz anderer «günstiger tatsächlicher Zustände» eine entsprechende Handhabe.

Zweitens wird der Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitprinzips durch die Möglichkeit, staatliche Massnahmen umfassend auf ihre Eignung, Notwendigkeit und Zumutbarkeit überprüfen zu lassen, sobald einem Privaten dadurch irgendein Nachteil droht, beinahe ins Uferlose ausgedehnt. Wenig überraschend finden sich in der Lehre kritische Stimmen. So hat ULRICH ZIMMERLI bereits vor 30 Jahren festgestellt, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit aufgrund seiner Relevanz für alle Sachgebiete «weitgehend konturlos» geworden ist. Er warnt vor einer unbesehenen Übernahme ausserhalb seines traditionellen Anwendungsbereichs; dies soll nur geschehen, «wenn dafür ein rechtstheoretisches Bedürfnis besteht.»<sup>22</sup> Ähnlich hat JÖRG PAUL MÜLLER die Ansicht vertreten, der Begriff der Verhältnismässigkeit sei überlastet und nicht weiter strapazierfähig.<sup>23</sup> YVO HANGARTNER befürchtet mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 BV schliesslich, dass die Ausdehnung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auf alles staatliche Handeln eine «nicht unproblematische überschie-

sende Verrechtlichung» darstellt.<sup>24</sup> Diese Stimmen widerspiegeln das Unbehagen, wonach das Verhältnismässigkeitprinzip durch eine allzu ausufernde Anwendung «zum Pseudokriterium für die Lösung jeglicher Wertungsprobleme»<sup>25</sup> mutiert. Das Bundesgericht wird nicht darum herumkommen, sich auch nach dem Urteil vom 1. April 2008 mit diesen Warnrufen auseinanderzusetzen. Soweit ersichtlich zielen sie letztlich auf den allzu grosszügig gezogenen Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitprinzips und nicht auf eine allzu freie Prüfung seiner Teilgelte durch die Judikative.

Drittens führt eine ausschweifende Fruchtbarmachung des Verhältnismässigkeitprinzips zu einer schleichenden Erosion des Grundrechtsschutzes. Wie obige Beispiele illustrieren, erübrigt es sich bei einer umfassenden Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitprinzips letztlich, den genauen Schutzbereich eines Grundrechts zu bestimmen. Auch wenn eine umstrittene staatliche Massnahme nicht in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreift, wird sie gleichwohl auf ihre Verhältnismässigkeit überprüft. Während sich das Verhältnismässigkeitprinzip im Grundrechtskontext auf Art. 36 Abs. 3 BV stützt, findet es seine verfassungsrechtliche Fundierung in allen anderen Fällen in Art. 5 Abs. 2 BV. Der einzige Unterschied zwischen diesen beiden Bestimmungen besteht im besonderen Gewicht, das einem grundrechtlich geschützten Interesse in der Abwägung mit kollidierenden öffentlichen Interessen zukommt.<sup>26</sup> In der Praxis findet dieses Argument aber kaum Beachtung. BEATRICE WEBER-DÜRLER hat eindrücklich darauf hingewiesen, dass sich das bundesgerichtliche Vorgehen in der Interessenabwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen häufig nicht grundlegend darin unterscheidet, ob das private Interesse grundrechtlich geschützt ist oder nicht.<sup>27</sup> Zeitweise überprüft das Bundesgericht Grundrechtseingriffe zurückhaltend, während es die Verhältnismässigkeit kantonaler Anordnungen auch ausserhalb des Schutzbereichs frei beurteilt. Diese Beobachtungen betreffen das bundesgerichtliche Vorgehen noch unter dem altrechtlichen Prozessregime. Es bleibt zu hoffen, dass die Grundrechtssensibilität mit dem bundesgerichtlichen Urteil vom 1. April 2008 – in dem ausdrücklich auf die spezielle Bedeutung des Verhältnismässigkeitprinzips für den Grundrechtsbereich hingewiesen wird – gestärkt wird.

### 3. Schutz öffentlicher Interessen

Schliesslich ist bis heute nicht geklärt, ob das Verhältnismässigkeitprinzip ausschliesslich zum Schutz individueller Interessen wirkt oder ob es auch *in weiteren Konstellationen* Anwendung findet. Vereinzelt wird gefordert, das Verhältnismässigkeitprin-

20 BGE 108 Ia 59.

21 BGE 133 I 145.

22 ZIMMERLI (Fn. 1), S. 10, 126.

23 JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 122.

24 YVO HANGARTNER, Art. 5, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich/Lachen 2002, Rz. 32.

25 ZIMMERLI (Fn. 1), S. 11.

26 Art. 36 Abs. 3 BV geht materiell über Art. 5 Abs. 2 BV hinaus und gilt als *lex specialis*, siehe dazu MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten: Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006, S. 4 ff.

27 BEATRICE WEBER-DÜRLER, Ablösung der Freiheitsrechte durch rechtsstaatliche Verfassungsprinzipien?, in: Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (eds.), De la Constitution: Etudes en l'Honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, S. 437, 441 ff.

zip auch zum Schutz öffentlicher Interessen fruchtbar zu machen. Die folgenden Erwägungen zeigen, dass eine solche Ausdehnung abzulehnen ist.

Das Bundesgericht hat die Funktion des Verhältnismässigkeitsprinzips im Jahre 1976 wie folgt umschrieben: «Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist zum Schutz der Bürger gegen übermässige Eingriffe des Staates aufgestellt, nicht zur Wahrung der finanziellen Interessen des Gemeinwesens.»<sup>28</sup> Damit hat das höchste Gericht grundlegend festgestellt, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip staatliche Macht zum Schutz des Individuums beschränkt – und nicht umgekehrt. Daran hat sich auch mit der ausdrücklichen Verankerung des Verhältnismässigkeitsprinzips in Art. 5 Abs. 2 BV nichts geändert. Zwar trifft durchaus zu, dass eine ganze Reihe verfassungsrechtlich ausgewiesener, legitimer Anliegen der Rechtsgemeinschaft (wie etwa Interessen des Umweltschutzes, der öffentlichen Sicherheit oder der Rechtssicherheit) Prinzipiencharakter aufweisen und einer möglichst weitgehenden Verwirklichung zugänglich sind, gedanklich zumindest durchaus auch unter Rekurs auf das Verhältnismässigkeitsprinzip. Auch diese öffentlichen Interessen drängen auf Optimierung in dem Sinne, als dass «es von ihnen nie genug geben kann.»<sup>29</sup> Gleichwohl bedürfen sie – im Gegensatz zu individuellen Rechten – keines besonderen Schutzes: «dass die Mehrheit ihre vorrangigen Ziele verfolgt, kann unterstellt werden.»<sup>30</sup> Mit anderen Worten: Der Eingriff in ein individuelles Recht ist rechtfertigungsbedürftiger als der Verzicht auf die Förderung eines bestimmten kollektiven Ziels. Das Verhältnismässigkeitsprinzip bezieht sich folglich auf den Schutz individueller Rechte und wirkt *einseitig vertikal zugunsten des Individuums*.<sup>31</sup>

In der Lehre wird sodann vorgeschlagen, das Verhältnismässigkeitsprinzip auch horizontal zur Ausbalancierung divergierender öffentlicher Interessen fruchtbar zu machen.<sup>32</sup> YVO HANGARTNER nennt als Beispiel den Fall, in dem die Erstellung einer technischen Anlage mit den Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes kollidiert.<sup>33</sup> In der Tat hat der Gesetzgeber auch in dieser Konstellation eine sorgfältige Abwägung der involvierten Interessen vorzunehmen. Gleichwohl bietet das Verhältnismässigkeitsprinzip dafür keine Handhabe; diese Abwägung folgt anderen Prämissen.<sup>34</sup> Dies zeigt sich etwa daran, dass für die Heranziehung des Verhältnismässigkeitsprinzips notwendigerweise Klarheit darüber bestehen müsste, welchem der involvierten Interessen ein erhöhter Schutz zukommt. Nur in denjenigen

Fällen, in denen eine qualifizierte Schutzwürdigkeit des einen öffentlichen Interesses im Vergleich zum anderen vorliegt, ist es möglich, das Verhältnismässigkeitsprinzip anzuwenden. Sind die Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes in der Tat schutzwürdiger als die Erstellung einer technischen Baute? Zur Beantwortung dieser Frage müssten die verschiedenen öffentlichen Interessen in abstracto hierarchisiert werden, was dem schweizerischen Verfassungsrecht fremd ist.

#### IV. Fazit

Verschiedene Arten von Interessenkollisionen und -abwägungen verlangen für eine sachgerechte Wertung verschiedene Verfahren und Gesichtspunkte, unter denen sie adäquat aufgelöst werden. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist dabei grundlegend von anderen Formen der Güterabwägung zu unterscheiden. Es bezeichnet einen *spezifischen Anwendungsfall* des allgemeinen Prinzips der Güterabwägung. Der Gesetzgeber bezweckt die im öffentlichen Interesse liegende Verwirklichung eines rechtlich geschützten Gutes und nimmt reflexartig in Kauf, dass dadurch ein anderes, individuelles Rechtsgut eingeschränkt wird. Dabei vermag nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Politikziel eine Beeinträchtigung eines individuellen Rechtsgutes zu legitimieren. Vielmehr muss der Gesetzgeber die Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit des Eingriffs im Einzelfall dartun. Darüber hinaus erscheint die schleichende Ausdehnung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch auf Konstellationen, in denen nicht ein individuelles Rechtsgut, sondern «bloss» persönliche Interessen tatsächlicher Natur zur Debatte stehen, problematisch. Es wird am Bundesgericht liegen, den Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips auch in dieser Konstellation eindeutig zu umreissen und vor einer allzu ausufernden Fruchtbarmachung zu bewahren. Zum Schutz öffentlicher Interessen eignet sich das Verhältnismässigkeitsprinzip hingegen klarerweise nicht.

Diese Erwägungen gelten auch für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Verhältnismässigkeitsprüfung in der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Das Bundesgericht ist gut beraten, die Rüge der Unverhältnismässigkeit staatlicher Massnahmen nur dann zuzulassen, wenn das Verhältnismässigkeitsprinzip mit Blick auf seine Funktion und Struktur tatsächlich passt. Dies gilt zusätzlich zum bundesgerichtlichen Entscheid vom 1. April 2008, wonach die Kognition bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit eines kantonalen Hoheitsaktes ausserhalb des Schutzbereichs eines Grundrechts mit dem Willkürverbot zusammenfällt. Sofern das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht auf diejenigen Konstellationen beschränkt wird, in denen es tatsächlich anwendbar ist, verliert dieses rechtsstaatlich fundamentale Grundprinzip weiter an Schärfe und Durchschlagskraft – unter Umständen auch in denjenigen Konstellationen, in denen es unzweifelhaft einschlägig ist. Eine solche Entwicklung ist aus individualrechtlicher Perspektive kaum erstrebenswert. ■

28 BGE 102 Ia 243, 249 E. 5c.

29 STEFAN HUSTER, *Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, Berlin 1993, S. 120.

30 HUSTER (Fn. 29), S. 125.

31 Ähnlich KIENER (Fn. 1), S. 273; WEBER-DÜRLER (Fn. 1), S. 605 f., ZIMMERLI (Fn. 1), S. 18 f., 125.

32 HANGARTNER (Fn. 24), Rz. 32; AXEL TSCHENTSCHER, *Grundprinzipien des Rechts: Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht*, Bern 2003, S. 175.

33 HANGARTNER (Fn. 24), Rz. 36.

34 Ebenso WEBER-DÜRLER (Fn. 1), S. 606.