

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich von A. Auer, G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter,  
A. Griffel, T. Jaag, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley,  
M. Simonek, F. Uhlmann

David Hofstetter

# Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV)

Ausgewählte Aspekte

# Inhaltsverzeichnis

Dank	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXXI
Materialienverzeichnis	LIII
<b>Einleitung</b>	1
<b>§ 1: Grundlagen des Verhältnismässigkeitsprinzips</b>	3
I. Geschichtlicher Hintergrund	3
1. Erste Ansätze	3
2. Neuzeit	4
A. Erlass des ALR	4
B. Konkretisierung durch das Preussische Oberverwaltungsgericht	6
C. Weiterentwicklung durch die Lehre	7
II. Entwicklung in der Schweiz	8
1. Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Handels- und Gewerbefreiheit	8
2. Ausdehnung auf andere Rechtsgebiete	10
3. Reaktionen der Lehre	11
A. Kritik	12
B. Zustimmung	13
III. Verfassungsrechtliche Verankerung und Abgrenzungen	14
1. Bundesverfassung	14
A. Verankerung in der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV)	14
B. Verankerung in der Bundesverfassung vom 18. April 1999	15
2. Abgrenzung zur Rechtsgleichheit	15
3. Abgrenzung zum Willkürverbot	20
4. Abgrenzung zur Gerechtigkeit	22
IV. Zusammenfassung § 1	25

<b>§ 2: Verfassungsrevision BV 1999</b>	27
I. Vorbemerkung	27
II. Grundlagen und Wegmarken	27
1. Auslöser der Revisionsbewegung	27
2. Erarbeitung der Verfassungsentwürfe	28
3. Das Nachführungskonzept	29
III. Das Verhältnismässigkeitsprinzip in den Materialien	31
1. Materialien 1973	31
2. Materialien 1977	33
3. Materialien 1995	35
4. Materialien 1996	36
5. Beratung in den eidgenössischen Räten	37
A. Ständerat	37
B. Nationalrat	38
IV. Zusammenfassung § 2	39
<b>§ 3: Prinzip, Grundsatz, Norm</b>	43
I. Einleitende Vorbemerkungen	43
II. Herkunft, Art und Normativität der Grundsätze	45
1. Ableitungen und Verständnis der Grundsätze	45
A. Das ethische Rechtsgesetz	45
B. Verfassungsstaatlicher Ansatz	47
2. Kritik an den Verfassungsgrundsätzen	47
3. Art der Grundsätze und Prinzipien	49
A. Eingrenzung des Prinzips	49
B. Strukturprinzipien	49
C. Ableitungen aus den Strukturprinzipien	50
a) Offene – rechtssatzförmige Prinzipien	50
b) Normative – informative Prinzipien	51
c) Zuordnung	51
4. Geltungsbereich	53
A. Uneinheitlicher Geltungsbereich der Prinzipien	53
B. Geltungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips	54
III. Normkonflikte innerhalb der Verfassung	55
1. Die Verfassung als Einheit?	55
2. Diskussionsbeitrag	57
IV. Zusammenfassung § 3	61
<b>§ 4: Geltungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV)</b>	63
I. Einleitung	63

II.	Grundlagen und Abgrenzungen	64
1.	Grundlagen	64
A.	Die Teilelemente	64
B.	Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse	65
2.	Handeln – Unterlassen	68
A.	Handlungsbegriff	68
B.	Unterlassen – Untermassverbot	71
a)	Grundrechtsdogmatischer Ansatz	71
b)	Staatliches Handeln im Allgemeinen	72
3.	Abgrenzung zu Art. 36 Abs. 3 BV	75
A.	Lehre	75
B.	Bundesgericht	78
a)	Urteil	78
b)	Analyse	80
4.	Ermessen – Verhältnismässigkeit	82
A.	Ist eine Abgrenzung möglich?	82
B.	Typologische Abstufungen	84
C.	Exkurs: Ermessensbegriff im Zivil- und Strafrecht	86
III.	Art staatlicher Tätigkeit: Hoheitliches Handeln	87
1.	Definition	87
2.	Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 2 BV	88
A.	Schutz des Individuums	88
B.	Schutz auch staatlicher Organe?	89
IV.	Art staatlicher Tätigkeit: Nicht hoheitliches Handeln	90
1.	Definition	90
2.	Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 2 BV	92
A.	Problemstellung	92
B.	Stellungnahmen der Lehre	92
C.	Diskussionsbeitrag	94
a)	Lösungsansatz: Schutzbedürfnis	94
b)	Herleitung	94
c)	Verallgemeinerung	96
V.	Inhalt staatlicher Tätigkeit: Eingriffsverwaltung	97
1.	Grundlagen	97
2.	Abgrenzungen	98
3.	Veränderung des Eingriffsbegriffs	99
VI.	Inhalt staatlicher Tätigkeit: Leistungsverwaltung	100
1.	Einstieg	100
2.	Allgemeine Ansätze der deutschen Lehre	101
3.	Ansatz WICK	102
4.	Ansatz MOOR	102
5.	Ansatz MEYER-BLASER	104
6.	Zwischenergebnis	105

VII.	Inhalt staatlicher Tätigkeit: Versuch einer Neuordnung	105
1.	Interessenkollision	105
A.	In der Eingriffs- und Leistungsverwaltung	105
B.	Beispiele	107
C.	Gegenbeispiele	109
D.	„Schutzniveau“ der Kollisionsgüter	110
E.	Öffentliche und private Interessen: Ist eine Abgrenzung möglich?	112
2.	Verschiedene Kollisionslagen	113
A.	Öffentliche vs. Private Interessen	113
B.	Öffentliche vs. Öffentliche Interessen	114
a)	Stand der Lehre	114
b)	Praktische Beispiele	114
c)	Schlussfolgerungen	119
C.	Private vs. Private Interessen	122
a)	Stand der Lehre	122
b)	Annäherung an die Rechtsprechung	123
c)	Strukturierter Ermessensentscheid nach Art. 4 ZGB?	125
d)	Fazit	127
3.	Ergebnis	127
VIII.	Form staatlicher Tätigkeit: Rechtliches Handeln (Rechtsakte)	128
IX.	Form staatlicher Tätigkeit: Tatsächliches Handeln (Realakte)	129
X.	An das Verhältnismässigkeitsprinzip gebundene Organe	130
1.	Einleitung	130
2.	Legislative	131
3.	Exekutive	132
4.	Judikative	133
5.	Private	134
XI.	Zusammenfassung § 4	135
<b>§ 5: Bedeutung und Funktionen der Teilelemente</b>		139
I.	Einleitung	139
II.	Ein „formales“ oder „materiales“ Prinzip?	139
III.	Die Teilelemente	141
1.	Eignung / Geeignetheit / Tauglichkeit	141
A.	Grundlagen	141
B.	Rechtsprechung	143
C.	Überschneidung mit dem Willkürverbot?	147
D.	Massnahmepakete	148
2.	Erforderlichkeit	149
A.	Grundlagen	149
a)	Allgemeines	149

b)	Zusammenhang mit dem Störerprinzip	151
c)	Absolute Erforderlichkeit?	152
d)	Massnahmepakete	153
e)	Austauschbefugnis?	153
f)	Schutzrichtung	154
B.	Rechtsprechung	154
C.	Vorweggenommene Interessenabwägung?	155
3.	Zumutbarkeit	157
A.	Vorbemerkung	157
B.	Grundlagen und Abgrenzungen	157
a)	Grundlagen	157
b)	Zumutbarkeit als selbstständiger Verfassungsmaßstab?	160
c)	Umfassende Interessenabwägung – Verhältnismässigkeitsprüfung: Abgrenzung	162
d)	Allgemeine Interessenabwägung – Verhältnismässigkeitsprüfung: Abgrenzung	163
e)	Wert der Abgrenzung?	165
C.	Rechtsprechung	166
D.	Methodisches Vorgehen bei der Interessenabwägung	168
a)	Einleitende Bemerkungen	168
b)	Ermittlung des Sachverhalts und der relevanten Interessen	170
c)	Abstrakte Interessengewichtung und -abwägung	171
aa)	Ausgangslage	171
bb)	Darstellung der Methodik anhand der Bundesgerichtsurteile BGE 135 II 384 und 135 II 405	173
cc)	Zusammenfassung der Methodik	177
dd)	Exkurs: Tauglichkeit des Konzepts in ausserordentlichen Lagen?	180
d)	Abstrakte Gewichtung und Abwägung: Existiert ein übergreifender, allgemeiner Maßstab?	182
aa)	Einführung	182
bb)	Ansatz 1: Monetäre Saldierung	184
cc)	Ansatz 2: Anzahl Betroffene	185
dd)	Ansatz 3: Intensität der Betroffenheit	187
ee)	Zusammenfassung und Ausblick	190
e)	Konkrete Interessengewichtung: Ausgleichselemente	190
aa)	Einführung	190
bb)	Bösgläubigkeit	192
cc)	Treuwidrigkeit	194

dd)	Renitentes Verhalten	195
ee)	Rechtsmissbräuchliches Verhalten	198
ff)	Besondere Schutzbedürftigkeit	198
f)	Begründungspflicht	199
IV.	Kumulative Prüfung aller Teilelemente?	201
V.	Zusammenfassung § 5	202
<b>§ 6: Steuerungs-, Verhaltens- und Kontrollebene</b>		<b>205</b>
I.	Einleitung	205
II.	Steuerungsebene	206
1.	Rechtsetzung als originär kreierender Prozess	206
2.	Anforderungen in einzelnen Sachbereichen	208
3.	Exkurs: „Erforderlichkeit“ einer Regulierung	209
III.	Verhaltensebene	211
1.	Offene / Unbestimmte Normen	211
2.	Detaillierte / Bestimmte Normen	214
IV.	Kontrollebene	215
1.	Rechtsetzungsakte	215
A.	Verfassungsrechtliche Schranke von Art. 190 BV	215
B.	Funktionelle Beschränkungen ausserhalb von Art. 190 BV	218
a)	Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers – Rückzugsklauseln der Gerichte	218
b)	Gerechtfertigte Zurückhaltung?	220
c)	Vorschlag: Differenzierung nach Teilelementen	222
aa)	Einleitung	222
bb)	Geeignetheit	223
cc)	Erforderlichkeit und Zumutbarkeit	227
2.	Rechtsanwendungsakte	228
A.	Vorbemerkungen	228
a)	Beschränkung auf Rechtsanwendungsakte	228
b)	Rückzugsklauseln	229
B.	Detaillierte / Bestimmte Normen	231
C.	Offene / Unbestimmte Normen	232
V.	Zusammenfassung § 6	233
<b>§ 7: Der „altbekannte“ Konflikt mit dem Legalitätsprinzip</b>		<b>235</b>
I.	Problemaufriss	235
1.	Ausgangslage und Grenzen der Darstellung	235
2.	Spannungslagen	237
II.	Gesuchtes Problem?	239

III.	Über „Extremfälle“ in der Rechtsanwendung	240
	1. Auslegung – Korrektur	240
	2. Korrekturobjekte: Staatsrechtliche Komponente	243
	3. Auslöser der Korrektur	245
	4. Mögliche Rechtsgrundlagen einer Korrektur	247
	A. Willkürverbot	247
	B. Weitere mögliche Rechtsgrundlagen	247
	C. Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Rechtsgrundlage für Normkorrekturen?	249
	a) Lehre	249
	b) Stellungnahme	250
	5. Konträre Elemente	252
	A. Einleitung	252
	B. Gesetzesvorrang	252
	C. Gesetzesvorbehalt	254
	D. Rechtssicherheit	255
	6. Wirkung der Korrektur	256
	7. Beispiele aus der Rechtsprechung	256
	A. Einleitung	256
	B. Verspätete Leistung des Kostenvorschusses	256
	C. Führerausweisentzug	258
	D. Steuerstrafverfahren	261
	E. Tankstellenshops	263
	F. Zusammenfassende Ergebnisse	265
IV.	Zusammenfassung § 7	266
	<b>§ 8: Schutzrichtung</b>	269
I.	Was heisst Schutzrichtung?	269
	1. Einleitung	269
	2. Definition	269
	A. Grundrechtsrelevantes Schwellengewicht	269
	B. Trägerschaft?	271
	C. Ausschluss bestimmter öffentlicher Interessen in der Interessenabwägung?	273
	3. Zwischenfazit	274
II.	Folgerungen für Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV	274
	1. Einleitung	274
	2. Bisherige Äusserungen in der Lehre	275
	A. Schutzrichtung nur zugunsten des Individuums	275
	B. Schutzrichtung zugunsten öffentlicher Interessen bzw. der „Allgemeinheit“	277
	C. Zwischenfazit	278
	D. Exkurs: Schutzrichtung in der deutschen Literatur	279

3.	Reflexe aus der Rechtsprechung	279
A.	BGE 102 Ia 243	279
B.	BGE 132 I 256	281
C.	BGE 136 V 395	283
D.	BGE 132 V 215	288
E.	VGer ZH Urteil VB.2012.00505	288
III.	Stellungnahme	289
IV.	Gegenargumente	292
1.	Systematische Stellung: Rechtsstaat	292
A.	Grundlagen	292
B.	Stellungnahme	294
2.	Zusammenhang zum Anwendungsbereich: Auflösung allfälliger Widersprüche	296
A.	Schutzbedürfnis beim nicht hoheitlichen Handeln	296
B.	Anwendung in der Leistungsverwaltung	296
3.	Nochmals: Anknüpfen an die Normstruktur	298
V.	Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundlage für Effizienzüberlegungen?	299
1.	Effizienz	299
A.	Grundlagen	299
a)	Fragestellung	299
b)	Abgrenzung Effektivität – Effizienz	301
c)	Effizienz als Verfassungsprinzip?	302
d)	Verschiedene Arten von Effizienz	304
e)	Effizienz im Binnen- und Aussenbereich	305
B.	Mögliche Rechtsgrundlage I: Art. 170 BV	306
C.	Mögliche Rechtsgrundlage II: Öffentliches Interesse	307
a)	Lehre	307
b)	Rechtsprechung	309
c)	Stellungnahme	311
D.	Mögliche Rechtsgrundlage III: Verhältnismässigkeit	313
2.	Auswirkungen auf die Praxis, Anregungen für die Praxis	313
VI.	Zusammenfassung § 8	316
<b>§ 9: Die Willkürkognition des Bundesgerichts</b>		319
I.	Einleitung	319
II.	BGE 134 I 153	319
1.	Sachverhalt	319
2.	Rechtliche Fragestellung und Antwort des Bundesgerichts	320
3.	Die Begründung des Entscheids	321
4.	Reaktionen der Lehre	321
5.	Fazit	322

III.	Kritikpunkte	323
	1. Abgrenzung zu Art. 36 Abs. 3 BV	323
	2. Begrenzte Aussagekraft ausserhalb von Grundrechtseingriffen	324
	3. Widerspruch zur Kontrolle von Bundesrecht	326
	4. Materialien	327
	5. Unflexible Lösung	327
IV.	Lösungsvorschlag M. MÜLLER	328
V.	Eigener Lösungsvorschlag	330
VI.	Zusammenfassung § 9	331