



ZfR

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)
Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 9

Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung

17. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre

DIKE 

 **Nomos**

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 9

Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung

17. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre

DIKE 

 Nomos

ISBN 978-3-03891-110-4 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-8487-6045-9 (Nomos Verlag, Baden-Baden)

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2019 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

www.dike.ch

Inhaltsübersicht

Verhältnismässigkeit	7
Ein Verfassungsprinzip zwischen Rechtsregel und Metaregel	
<i>Markus Müller</i>	
Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches Verfahrensrecht, Universität Bern	
Das Verhältnismässigkeitsprinzip aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre	33
<i>Felix Uhlmann</i>	
Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre, Co-Leiter des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Universität Zürich	
<i>Jasmina Bukovac</i>	
MLaw, Assistentin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre von Prof. Dr. iur. Felix Uhlmann, Universität Zürich	
Umsetzung der Verhältnismässigkeitsprüfung im Gesetzes- und Verordnungsrecht	57
<i>Eva Vontobel-Lareida</i>	
Dr. iur., Leiterin des Gesetzgebungsdienstes des Kantons Zürich	
Verhältnismässiger Einsatz von Regelungsinstrumenten	67
<i>August Mächler</i>	
Prof. Dr. iur., Titularprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre, Universität Zürich; ehemaliger Vorsteher des Rechts- und Beschwerdedienstes, Sicherheitsdepartement des Kantons Schwyz	
Schematisierungen und Verhältnismässigkeit	87
<i>David Hofstetter</i>	
Dr. iur., Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter an der Universität Zürich	

Verhältnismässigkeit staatlicher Sanktionen 95

Regula Hunger

Dr. iur., Departementssekretärin Justiz und Sicherheit
des Kantons Graubünden

**Methode und Verfahren der Verhältnismässigkeitsprüfung
in der Gesetzgebung, insbesondere Prognose-, Abwägungs-,
Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten** 101

Georg Müller

Prof. em. Dr. iur., Dr. iur. h.c., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht
sowie Gesetzgebungslehre an der Universität Zürich

Verhältnismässigkeit

Ein Verfassungsprinzip zwischen Rechtsregel und Metaregel

Markus Müller

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	8
II. Historische Wurzeln	8
1. Althergebrachte Klugheitsregel ...	8
2. ... und Rechtsregel	9
III. Normativer Gehalt	10
1. Streben nach Harmonie	10
a) Harmonie als «ungewohntes» Synonym	10
b) Harmonie als Verrechtlichungsgefahr?	12
2. Zweistufiges Prüfprogramm	13
a) Die konkreten Verhältnisse? (Stufe 1)	13
b) Mässigkeit der Massnahme? (Stufe 2)	15
3. Zweistufigkeit und Rechtsschutz	17
a) Kantonale Ebene	17
b) Bundesebene	18
IV. Gefahren in der Anwendung	18
1. Routine	18
2. Mono-Disziplinarität	19
3. Rückschaufehler	20
4. Fluchttendenz	21
V. Anwendungsfeld	22
1. Gesetzliche Offenheit	22
2. Gesetzliche Geschlossenheit?	23
VI. Stellung im Gefüge der Verfassungsordnung	26
1. Mythos: Gleichrangigkeit	26
2. Realität: Höherrangigkeit	27
3. Vision: Metarangigkeit	28
VII. Schluss: Das Wichtigste in fünf Thesen	30
Literatur	30

I. Einleitung

Mit dem Argument der (Un-)Verhältnismässigkeit wird im politischen und juristischen Alltag gerne und leidenschaftlich gefochten. Ob etwas verhältnismässig ist oder nicht, darüber kann man sich mit Fug streiten. Jeder und jede fühlt sich hier als «Experte».

Vorliegend geht es jedoch nicht um solche «Streitereien», sondern um den Versuch, das uns allen ziemlich vertraute *Verhältnismässigkeitsprinzip* wieder einmal *aus etwas Distanz* zu betrachten und zu befragen: Wo liegen seine geistigen Wurzeln? (II) Welches ist sein normativer Gehalt? (III) Welche Gefahren und Tücken sind im Umgang mit ihm zu beachten? Wo hat es sein Anwendungsfeld? (V) Und wo im gesamten Verfassungsgefüge ist es einzuordnen? (VI)

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik kann im Rahmen eines fünfzigminütigen (hier nun schriftlich, um einige Fussnoten ergänzten) Referats nicht stattfinden. Dazu sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.¹ Die nachfolgenden Ausführungen wollen lediglich ein paar Schlaglichter auf das Verhältnismässigkeitsprinzip werfen und dadurch zum Nachdenken über dieses etablierte rechtstaatliche Grundprinzip animieren.

II. Historische Wurzeln

1. Althergebrachte Klugheitsregel ...

Verhältnismässigkeit bzw. Unverhältnismässigkeit ist zunächst ein Wort der Alltagssprache. Um es zu verstehen, muss man nicht «Recht» studieren. Sich im Leben verhältnismässig zu verhalten, ist eine uralte *Klugheitsregel*, deren Wurzeln bis in die antike Philosophie sowie die Schriften und Lehren der Weltreligionen zurückreichen.² Und PAPST FRANZISKUS lässt sich jüngst in seinem «Koch-

¹ Für eine eingehendere Auseinandersetzung mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. aus der jüngeren juristischen Literatur die beiden Monographien von DAVID HOFSTETTER und MARKUS MÜLLER sowie die Kommentierungen der Art. 5 und 36 BV in den einschlägigen Kommentaren zur Bundesverfassung.

² Zur Geschichte des Verhältnismässigkeitsprinzips siehe etwa HOFSTETTER, S. 3 ff.; ferner GUILMAIN, S. 94 ff.; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 1 f.

buch» mit Blick auf den blinden Wachstumswahn in Staat und Gesellschaft wie folgt zitieren:

«Mässigung bedeutet nicht das Ende von Wachstum, im Gegenteil: Es ist seine Bedingung».³

Das Gebot der Verhältnismässigkeit ist also keine Erfindung der Jurisprudenz und schon gar nicht der Politik, auch wenn der Umstand, dass es dort einen besonders hohen Stellenwert genießt, diesen Eindruck vermitteln könnte.

Ganz nebenbei: Verhältnismässigkeit ist als allgemeine Lebens- und Klugheitsregel vor allem auch eine *Erziehungsaufgabe*. Ganz im Sinn des berühmten Diktums von JEREMIAS GOTTHELF, wonach «im Hause beginnen muss, was leuchten soll im Vaterland», ist es zuallererst die Aufgabe der Erziehenden in Elternhaus und Schule, die Kinder und Jugendlichen altersgerecht mit dieser Maxime vertraut zu machen.

2. ... und Rechtsregel

Als allgemeine Klugheitsregel hat das Verhältnismässigkeitsprinzip natürlich auch im Recht seinen Platz gefunden. Als «Essenz» von Recht und Gerechtigkeit, umgeben von der «Aura des Unantastbaren, Unbestrittenen, Richtigen, Einwandfreien und ethisch Korrekten»⁴ ist es tief in unserer Volksseele verwurzelt. Was nicht verhältnismässig ist, strapaziert somit das individuelle und kollektive *Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl*⁵ und wird daher Mühe bekunden, eine breite Akzeptanz zu finden.⁶

Dies hat sich u.a. bei der «Durchsetzungsinitiative»⁷ gezeigt. Der darin vorgesehene «Automatismus», der dem Richter verunmöglichen sollte, im Einzelfall die Verhältnismässigkeitsfrage noch zu stellen, war für die Volksseele offensichtlich zu viel.

³ Vgl. ALBORGHETTI, S. 140.

⁴ Vgl. SEILER, S. 215.

⁵ Dabei gehe ich vom «intakten» Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl aus, das ich auf einer tieferen Schicht des Unbewussten jeder Schweizerin und jedes Schweizers vermute. Dieses Gefühl ist bekanntlich aber nicht davor gefeit, von Demagogen und Populisten jeder Couleur für ihre Zwecke manipuliert und instrumentalisiert zu werden. Welches Rechtsgefühl es schliesslich ist, das sich jeweils an den Abstimmungssonntagen Ausdruck verschafft, das intakte oder das manipulierte; darüber wird es stets nur Vermutungen geben können.

⁶ Zusammen mit der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) gehört das Verhältnismässigkeitsprinzip zu den wichtigsten materiellen Kriterien der Gerechtigkeit (so auch RÜTHERS/FISCHER/BRINK, Rz. 388); zum kontrovers diskutierten Verhältnis zwischen Gerechtigkeit und Verhältnismässigkeit siehe ferner HOFSTETTER, S. 22 ff.

⁷ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» vom 20. November 2013 (BBl 2013 9459 ff.).

Seinen juristischen Ursprung hatte das Verhältnismässigkeitsprinzip im *Polizei-recht* und im *Wirtschaftsrecht*⁸ und wurde hier *vornehmlich* aus einer *ex-post-Kon-trolloptik* entwickelt, wiewohl meistens die Beurteilung *ex ante* massgebend ist.⁹ Allmählich hat sich der *Geltungsbereich* aber auf das *gesamte staatliche Handeln* (und *Unterlassen*¹⁰) ausgeweitet. Erst im Rahmen der Verfassungsrevision von 1999 hat die Verhältnismässigkeit als «Maxime des rechtsstaatlichen Handelns» (Art. 5 Abs. 2 BV) und als Grundrechtsschranke (Art. 36 Abs. 3 BV) Eingang in den Verfassungstext gefunden. Vorher galt sie als «ungeschriebener Grund-satz» (abgeleitet aus Art. 4 aBV¹¹).

Nebenbei: Egal, ob man die Verhältnismässigkeit als Prinzip, Grundsatz, oder Maxime bezeichnet. Nach heute wohl vorherrschender Auffassung handelt es sich jedenfalls um eine *direkt anwendbare und subsumierbare Rechtsregel*,¹² an die sich alle staatlichen Behörden (rechtssetzende, rechtsanwendende, rechtspre-chende) zu halten haben, egal wo, wie und warum sie (nicht) handeln. Eine «normale Rechtsregel» also, deren Einhaltung grundsätzlich auch der Rechts-kontrolle unterliegt.¹³ Ob diese «Normalität» dem Verhältnismässigkeitsgedan-ken freilich in allen Teilen gerecht wird, ist eine andere, später noch zu diskutie-rende Frage.¹⁴

III. Normativer Gehalt

1. Streben nach Harmonie

a) Harmonie als «ungewohntes» Synonym

Um das Verhältnismässigkeitsprinzip richtig anzuwenden, muss sein normativer *Gehalt* ermittelt werden. Hier empfiehlt sich ganz grundsätzlich beim «Wort» zu beginnen: *Verhältnismässig*. Betrachtet man die beiden Begriffskomponenten «Verhältnis(se)» und «Mässig(keit)» wird alsbald klar, worum es geht: «Etwas»

⁸ Vgl. SEILER, S. 213 f.; SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 47; HOFSTETTER, S. 8 ff.

⁹ Vgl. auch JAAG in: Kommentar PolG/ZH, § 10 Rz. 5.

¹⁰ Dazu HOFSTETTER, S. 71 ff.

¹¹ Siehe dazu HOFSTETTER, S. 14.

¹² Vgl. auch ENGI, S. 59 ff., insbesondere S. 65 ff.; ferner EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 34.

¹³ Dazu hinten, S. 15 f. (III.3).

¹⁴ Vgl. dazu hinten, S. 26 f. (VI.3).

muss in Bezug auf die konkreten Verhältnisse «mässig» sein. Oder anders formuliert: Es muss sich *harmonisch* in die gesamten Umstände des konkreten Falls einfügen.

Aus *historischer* Perspektive soll das Verhältnismässigkeitsprinzip in erster Linie das Individuum vor übermässiger staatlicher Macht schützen.¹⁵ Dies bedeutet nun freilich nicht, dass es ewig bei dieser *einseitigen* Schutzrichtung bleiben muss. Schon rein sprachlogisch löst dies Unbehagen aus, bezieht sich doch das Prädikat verhältnismässig (bzw. harmonisch) stets auf einen *Gesamtzustand* und nicht nur auf die spezifische Situation eines einzelnen Akteurs. Mit anderen Worten: Das Verhältnismässigkeitsprinzip schützt nicht nur die Rechtsstellung von Individuen, sondern kann diesen gegebenenfalls aus Gründen des Gemeinwohls auch (*Duldungs-*)*Pflichten* auferlegen.¹⁶ Dazu kommt es beispielsweise in der Leistungsverwaltung, wenn etwa aus Kosten-Nutzen-Erwägungen eine staatliche Leistung (z.B. eine Kostengutsprache, eine Rente) als unverhältnismässig verweigert wird.¹⁷

Verhältnismässigkeit bedeutet also Streben nach *Harmonie*.¹⁸ Das Streben, nicht das Erreichen, denn es wird auch nach sorgfältigem Abwägen immer Situationen der «Disharmonie» geben, in denen das eine Interesse zulasten eines anderen bevorzugt wird.¹⁹

Lustigerweise stören sich einige Juristinnen und Juristen zunächst am Begriff der Harmonie: «Harmonische Zwangsfesselung, harmonische Kündigung, harmonische Landesverweisung» wird etwa gespöttelt. Harmonie sei (wenn schon) etwas aus der Musik, Kunst, Esoterik oder vielleicht auch aus der Quantenphysik, zur «nüchtern rationalen Jurisprudenz» passe sie schlecht.²⁰

Im Umgang mit anderen (ebenso ätherisch anmutenden) Begriffen bekunden Juristinnen und Juristen deutlich weniger Mühe. Von Menschenwürde, Fairness, Gerechtigkeit und neuerdings auch von Compliance sprechen sie gern und häufig. Und im Zusammenhang mit der Kollision von Grundrechten oder anderen Verfassungsnormen *praktische Konkordanz* herzustellen (der semantische Unterschied zur Harmonie ist nur mit der Lupe auszumachen) zählen viele

¹⁵ Vgl. dazu statt vieler WEBER-DÜRLER, S. 605 f. m.w.H.; OESCH, S. 192 ff.

¹⁶ Vgl. dazu MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 51 ff. m.w.H.

¹⁷ Vgl. z.B. BGE 136 V 395, 407 f., E. 7.4 (siehe nun auch mit «positivem» Ergebnis: BGE 142 V 478); zum Ganzen auch MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 54 ff.; siehe dazu auch in diesem Band UHLMANN/BUKOVAC, S. 49 f. (mit Hinweis auf Art. 11 BehiG).

¹⁸ Vgl. auch ARNAULD, S. 282 m.w.H. (siehe Anm. 30).

¹⁹ Vgl. auch TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 119.

²⁰ Immerhin wird etwa Art. 5 Abs. 4 BV als Harmonisierungsgebot bezeichnet (SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 89 ff.).

Verfassungsrechtlerinnen und Verfassungsrechtler gar zu ihren Kernkompetenzen.²¹

Um was geht es bzw. um was geht es nicht! Der Begriff «Harmonie» will «Verhältnismässigkeit» nicht aus der juristischen Fachsprache eliminieren und ersetzen. Er soll vielmehr als eher *ungewohntes Synonym* mithelfen, eingefahrene Denkmuster aufzubrechen und dadurch den Blick für den tieferen Sinngehalt der Verhältnismässigkeit zu schärfen.²²

b) Harmonie als Verrechtlichungsgefahr?

Juristinnen und Juristen stören sich zuweilen nicht nur am Begriff der Harmonie, sondern auch – und das ist schon ernster zu nehmen – an der Harmonie selber und bezeichnen das Streben nach ihr als Gefahr einer «überschiessenden Verrechtlichung».²³ Harmonie als Gefahr? GIOVANNI BIAGGINI umschreibt diese folgendermassen:

«Eine solche Gefahr besteht in der Tat, wenn man das Verhältnismässigkeitsprinzip primär in einer Steuerungsperspektive sieht und als umfassende normative Vorgabe versteht, die von den Behörden in jeder Situation ein in jeder Hinsicht angemessenes (<den Verhältnissen gemässes>) Verhalten verlangt [...] Auf diese Weise könnten behördliche Handlungsspielräume unter Verweis auf Art. 5 Abs. 2 leicht zum Schrumpfen gebracht werden. Ein differenzierter Umgang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip kann dem entgegenwirken [...]».²⁴

Damit ist freilich nicht einem Reservat staatlicher Unverhältnismässigkeit oder Disharmonie das Wort geredet. So wenig es (echte) Reservate staatlicher Willkür gibt (oder geben sollte),²⁵ so wenig gibt es Reservate staatlicher Unverhältnismässigkeit oder Disharmonie. Die Warnung zielt daher (wohl eher) auf etwas anderes: Es soll vor einem unsachgemässen, zweckwidrigen oder gar

²¹ Vgl. dazu OESCH, S. 194 f. m.w.H.; BIAGGINI, Art. 36 Rz. 23; MÜLLER, Grundrechte, S. 132 ff., spricht in diesem Zusammenhang vom Grundsatz der gegenseitigen Verhältnismässigkeit (S. 138).

²² Vgl. dazu MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 12 f.

²³ Vgl. BIAGGINI, Art. 5 Rz. 21a. Vor einer Überforderung oder Überdehnung des Verhältnismässigkeitsprinzips wurde schon früher verschiedentlich gewarnt: vgl. dazu etwa die Hinweise bei OESCH, S. 197 ff.; WEBER-DÜRLER, S. 605 f. Siehe für die deutsche Lehre VON ARNAULD, S. 277 f.

²⁴ BIAGGINI, Art. 5 Rz. 21a.; vgl. zu den notwendigen Differenzierungen SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 50 ff.

²⁵ Vgl. dazu MÜLLER, Willkür, S. 109 ff.; ferner UHLMANN, Rz. 278, 410, 599 (zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Reservaten).

missbräuchlichen Einsatz des Instituts gewarnt werden. Ein solcher liegt mitunter dort vor, wo die Verhältnismässigkeit dazu missbraucht wird, Vorgaben des Gesetzgebers zu unterlaufen oder sich stellende Rechtsfragen zu umgehen.²⁶

2. Zweistufiges Prüfprogramm

Kehren wir zurück zum gewohnten Terminus «Verhältnismässigkeit» mit seinen zwei Begriffskomponenten: *Verhältnisse* und *Mässigkeit* (Behalten wir aber die «Harmonie» im Sinn!). Aus ihnen resultiert ein zweistufiges *Prüfprogramm*: (1) Welches sind die konkreten Verhältnisse? (2) Erweist sich die geplante Massnahme mit Blick auf die konkreten Verhältnisse als mässig?

a) Die konkreten Verhältnisse? (Stufe 1)

Die Verhältnisse zu ermitteln bedeutet, danach zu fragen, um was es im Einzelnen «genau» geht. Dabei interessieren namentlich die folgenden Parameter:

- Was ist *Inhalt* und voraussichtliche *Wirkung* der anvisierten Massnahme?
Geht es um ein Kopftuchverbot, eine Temporeduktion (Tempo 30), eine Fettsteuer, eine Impfpflicht, eine Zwangsernährung, das Schliessen einer Kehrichtsammelstelle usw.
- In welchem spezifischen *Milieu* soll die konkrete Massnahme zum Einsatz gelangen?
Befinden wir uns in einem allgemeinen oder in einem besonderen Rechtsverhältnis (z.B. im Strafvollzug, im Militärdienst usw.)? Sind die konkreten Verhältnisse durch lebensbereichs- oder branchenspezifische Eigenheiten geprägt? Usw.
- Welches ist das (grundsätzlich *legitime*²⁷) *Motiv* der Massnahme?
Welches öffentliche Interesse soll verfolgt werden?²⁸ Werden allenfalls sogar gleichzeitig mehrere, unter Umständen sogar gegenläufige Interessen angestrebt?

²⁶ Vgl. zu den Fluchtenden hinten, S. 19 f. (IV.4).

²⁷ Es versteht sich von selbst, dass eine Massnahme, die einen illegitimen Zweck verfolgt, nie verhältnismässig (sprich: rechtmässig) sein kann. Die Legitimität des anvisierten Zwecks ist insoweit eine Vorbedingung der Verhältnismässigkeitsprüfung. In der Schweizerischen Dogmatik ist für sie mit dem «öffentlichen Interesse» ein eigener Prüfschritt reserviert, wobei dieser nur schwer von der Verhältnismässigkeit zu trennen ist (BGE 140 II 194, 199 f., E. 5.8.2) – In der deutschen Grundrechtslehre und Praxis wird die Legitimität des Ziels als Teilgehalt der Verhältnismässigkeit behandelt (vgl. LEPSIUS, Chancen, S. 17; ENGEL, S. 97 ff).

²⁸ Dogmatisch kann man sich die Frage stellen, ob das öffentliche Interesse als eigenständiger Prüfschritt behandelt werden soll oder aber in die Verhältnismässigkeitsprü-

- Welcher *Handlungsform* bedient sich der Staat?
Soll der Staat rechtlich oder real handeln? Geht es um eine rechtlich verbindliche Anordnung in Form einer Verfügung oder eines Rechtssatzes oder handelt es sich lediglich um eine unverbindliche Empfehlung?
- Wie ist die *zeitliche Dimension* der Massnahme zu beurteilen?
Steht eine zeitlich punktuelle Handlung in Frage (z.B. die polizeiliche Auflösung einer Demonstration) oder wird eine dauerhafte Anordnung (z.B. Kopftuchverbot im öffentlichen Raum) ins Auge gefasst?

Dass man als erstes die *tatsächlichen Verhältnisse* ermitteln und unter verschiedenen Gesichtspunkten analysieren muss, wäre eigentlich selbstverständlich.²⁹ Dennoch wird dieser Prüfschritt nicht immer mit der notwendigen Sorgfalt vorgenommen.³⁰ Vor allem an einer seriösen *Milieuanalyse* mangelt es zuweilen, wie sich an einem «Zürcher Fall» beispielhaft zeigen lässt:

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob sich die zeitliche Beschränkung der Strassenprostitution von vorher zehn Stunden (19:00–05:00 Uhr) auf neu vier Stunden (22:00–02:00 Uhr) mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbaren lässt. Es erachtete diese zeitliche Begrenzung aus zwei Gründen als zumutbar: *Erstens* sei den Sexarbeiterinnen zuzumuten «für ihre Arbeit in erster Linie private Räumlichkeiten zu benützen und nicht den öffentlichen Raum» und *zweitens* sei auch «nicht einzusehen, weshalb die Anwerbung von Kunden einzig auf der öffentlichen Strasse möglich sein soll», es gebe «dafür auch andere Möglichkeiten (Inserate, Internet usw.)».³¹

Das Bundesgericht hat hier offensichtlich das «Milieu» nicht sorgfältig genug analysiert. So verkennt es insbesondere, dass es sich bei der Strassenprostitution um eine eigene Teilbranche des Sexgewerbes handelt, für die besondere Geschäftsbedingungen gelten. Niemandem käme wohl in den Sinn, einem professionellen Marktfahrer entgegenzuhalten, er müsse seine Produkte nicht zwingend im öffentlichen Raum (auf dem Markt!) feilbieten, sondern könne dies ebenso gut in seinen privaten Räumen tun und die Kunden über Inserate und Internet anwerben.

fung zu integrieren ist (quasi als Vorbedingung): vgl. in dieser Richtung BGE 140 II 194, 199 f., E. 5.8.2 – Der Umstand, dass es bisweilen Schwierigkeiten bereiten kann, den Zweck der gesetzgeberischen Massnahmen scharf zu fassen, weil er beispielsweise das Ergebnis eines Kompromisses darstellt, entbindet nicht davor, einen Zweck anzunehmen (im Ergebnis wohl gl.M. LEPSIUS, Chancen, S. 37).

²⁹ Vgl. dazu beispielhaft Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Urteil VGE 100.2015.208 vom 23. Februar 2017 E. 5.4–5.6 (betr. Wirkungen kommunaler Erstwohnungsvorschriften; siehe auch die Bemerkungen zu diesem Urteil von MICHAEL PFLÜGER in BVR 2018, S. 405 f.).

³⁰ Vgl. zur Bedeutung sorgfältiger Sachverhaltserhebung auch SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 50.

³¹ Vgl. BGer, Urteil 2C 106/2015 vom 26. Juni 2015 insbesondere E. 4.6, siehe auch die Bemerkungen zu dieser Entscheidung von AUER, S. 604 ff.

Die Verhältnisse korrekt zu ermitteln, bedingt mitunter – wie das Beispiel zeigt – ausserjuristisches Fachwissen. Wo dieses fehlt, muss es sich die Behörde beschaffen. Bereits in dieser ersten Stufe der Verhältnismässigkeitsprüfung kann daher «Mono-Disziplinarität»³² leicht in die Irre führen.

Erst wenn die Verhältnisse umfassend erhoben sind, kann man sich der eigentlichen Kernfrage zuwenden: Ist die geplante Massnahme in Bezug auf die konkreten Verhältnisse angemessen und fügt sie sich harmonisch in ihr Umfeld ein?

b) Mässigkeit der Massnahme? (Stufe 2)

Die Mässigkeitprüfung stellt eine stark subjektiv gefärbte, meist prognostische Einschätzung dar. Das Suchen nach der verhältnismässigen Lösung ist anforderungsreich und erinnert an das «Knobeln» mit dem *Zauberwürfel* («Rubik's Cube»). Um den Prozess der Mässigkeitprüfung dennoch etwas zu *rationalisieren* (die Komplexität zu reduzieren) und dadurch eine möglichst hohe Objektivität und Berechenbarkeit zu erreichen, hat sich in der juristischen Praxis eine *Trias* von Teilfragen etabliert. Auf sie soll hier nur ganz kurz eingegangen werden:³³

- Ist die Massnahme *geeignet*? Diese Frage ist stets mit «direktestem» Blick auf das angestrebte Ziel (öffentliches Interesse) zu prüfen und immer dann zu bejahen, wenn die Massnahme wenigstens einen Schritt in Richtung Ziel darstellt. Die vollständige Zielerreichung ist dabei nicht verlangt. Nur wenn die Massnahme objektiv gar keine oder überwiegend kontraproduktive Wirkungen erzeugt, ist sie als ungeeignet und damit unverhältnismässig zu beurteilen. Subjektive Wertungen spielen hier keine Rolle. Dank den tiefen Anforderungen kann eine (Teil-)Eignung in den allermeisten Fällen bejaht werden. Hier kommt der Jurist, die Juristin meist noch ohne spezifisches Fachwissen aus. Allgemeinwissen und «gesunder Menschenverstand» genügen. Sobald allerdings der *Grad* der Eignung interessiert, der in den weiteren

³² Vgl. zu den Gefahren hinten, S. 16 ff. (IV).

³³ Vgl. dazu statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 521 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 Rz. 2 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 814 ff. – Dieses Prüfprogramm wird von der deutschen Rechtswissenschaft als «ihre» bedeutendste juristische Erfindung der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts und als deutscher «Exportschlager» gefeiert (vgl. statt vieler LEPSIUS, Sicherheit, S. 32 m.w.H.; LEPSIUS, Chancen, S. 17 f.).

Prüfschritten eine entscheidende Rolle spielt (Erforderlichkeit, Zumutbarkeit) geht es meist nicht ohne Hilfe von Fachspezialisten.³⁴

- Ist die Massnahme *erforderlich*? Das ist sie dann, wenn es zu ihr (in sachlicher, zeitlicher, räumlicher oder personeller Hinsicht) keine mildere und gleich geeignete Alternative gibt. Dies zu beurteilen, verlangt nach einer empirischen und *prognostischen* Einschätzung des Wirkungsgrads potentiell milderer Massnahmen. Das lässt sich in den meisten Fällen nur unter Beizug von spezifischem *Fachwissen* einigermaßen verlässlich abschätzen. Der subjektive Einschlag dieser Bewertung ist nicht unerheblich.
- Ist die Massnahme *zumutbar*? Oder anders gefragt: Steht sie in einem «vernünftigen» Verhältnis zum angestrebten Zweck? Gesucht wird mithin nach dem ausgewogenen Verhältnis zwischen öffentlichem Nutzen und privater Last. Zu diesem Zweck wird ein *objektivierter* Masstab angelegt: Wäre die konkrete Massnahme einem «Durchschnittsmenschen» in derselben Situation zuzumuten? Methodisch ist die Antwort durch Abwägung aller berührten Interessen (auch der öffentlichen Interessen) zu finden. Ein im hohen Masse von *subjektiven* Wertungen und Spezialwissen abhängiger Prozess.³⁵

Nur, wenn alle drei Fragen *kumulativ* bejaht werden können, gilt eine Verwaltungsmassnahme als verhältnismässig. Die drei Teilfragen stossen allerdings mitunter dort an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit, wenn eine Massnahme gleichzeitig *mehrere (gegenläufige) Ziele* verfolgt bzw. in einem komplexen mehrpoligen Rechtsgüterkonflikt zur Anwendung gelangt.³⁶

Im Zusammenhang mit der Frage, ob ein *hungerstreikender* Strafgefangener, der langsam aber sicher in einen medizinisch prekären Gesundheitszustand gerät, zwangsweise ernährt werden darf, prallen unterschiedliche Motive aufeinander: Staatliche Fürsorgepflicht und Schutz des Lebens, Respektierung der individuellen Selbstbestimmung des Streikenden, Sicherstellung eines geordneten Strafvollzugs, Respektierung der Gewissensfreiheit des Amtsarztes (der sich weigert, die Massnahme vorzunehmen).

In solchen Fällen sind für jeden Zweck und jedes Interesse *separate* Antworten auf die drei Teilfragen zu suchen, um diese anschliessend im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu einem *Entscheid* «zusammenzuführen». Dem klassischen

³⁴ Vgl. z.B. BGE 140 II 33, 41 f., E. 5.5 (zeitliche Beschränkung von privater Zierbeleuchtung zur Vermeidung von Lichtimmissionen).

³⁵ Vgl. dazu statt vieler SEILER, S. 226 ff., insbesondere S. 229 m.w.H.

³⁶ Vgl. mit Blick auf raumwirksame Vorhaben, TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 115 f.; ferner HOFFMANN-RIEM, § 10 Rz. 114.

Zauberwürfel mit seinen drei Ebenen (3x3x3) wird bzw. werden hier noch eine oder sogar mehrere Ebenen hinzugefügt.³⁷

Dass die gesamte Mässigkeitprüfung letztlich wesentlich von der «subjektiven Präferenzordnung» der rechtanwendenden Person(en) abhängt, lässt sich nicht vermeiden.³⁸ Der Gesetzgeber kann zwar den subjektiven Einschlag durch die abstrakte Quantifizierung und Gewichtung der in Frage stehenden Interessen reduzieren;³⁹ sie ganz zu eliminieren wird ihm aber nicht gelingen. Daher wird auch eine noch so präzise Vorstrukturierung der Interessenabwägung eine akzeptanzstiftende (meint: sorgfältige, differenzierte und verständliche) Begründung nicht ersetzen können.

3. Zweistufigkeit und Rechtsschutz

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist wie eingangs festgestellt eine direkt anwendbare *Rechtsregel*. Ihre Einhaltung lässt sich folglich auch ohne weiteres rechtsschutzmässig überprüfen. In der Praxis der kantonalen und eidgenössischen Justizorgane erfährt diese Prüfung allerdings gewisse Einschränkungen. Diese lassen sich nach hier vertretener Auffassung jedoch nur soweit rechtfertigen als sie die *zweite Stufe* der Prüfung betreffen.⁴⁰

a) Kantonale Ebene

Auf *kommunaler und kantonomer Ebene* können Verletzungen des Verhältnismässigkeitprinzips im Rahmen der Rechtskontrolle vor jeder Instanz geltend gemacht werden. Selbstverständlich steht es den Justizbehörden frei (zumal den obersten), die *Kontrolldichte aus Respekt* vor dem fachlichen, föderalen oder politischen Handlungsspielraum der Vorinstanzen zurückzunehmen.⁴¹ Davon wird auch regelmässig Gebrauch gemacht. Soweit diese Rücksichtnahme sich

³⁷ In der «Rubik's Cube»-Szene spricht man etwa von «Rubik's Master Cube» (4x4x4) oder von «Professor's Cube» (5x5x5).

³⁸ Vgl. SEILER, S. 230.

³⁹ Vgl. dazu SEILER, S. 242 ff., der dafür plädiert, die einzelnen in Frage kommenden Interessen abstrakt auf einer Skala zu bewerten. OESCH, S. 224, spricht in diesem Zusammenhang etwa von «Schwellengewichten».

⁴⁰ Vgl. eingehender zur Rechtsschutzproblematik HOFSTETTER, S. 319 ff.; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 87 ff.

⁴¹ Vgl. ebenso SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 51.

auf die zweite Stufe der Verhältnismässigkeitsprüfung (die Mässigkeitprüfung) beschränkt, ist dagegen nichts einzuwenden. Dies kann ein möglicher Weg sein, um der befürchteten «Verrechtlichung» (meint richtigerweise: unsachgemässe Verengung administrativer Handlungsspielräume⁴²) wirksam zu begegnen. Eine *Reduktion* der Kontrolldichte – nicht zu verwechseln mit einer reduzierten Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips⁴³ – rechtfertigt sich allerdings nicht in Bezug auf die erste Stufe der Prüfung, die Ermittlung und Analyse der konkreten Verhältnisse. Dieser Prüfschritt lässt sich grundsätzlich uneingeschränkt nachprüfen.

b) Bundesebene

Gleiches würde an sich auch für die Rechtspflege auf *Bundesebene* gelten. Das Bundesgericht prüft die Verhältnismässigkeit eines Aktes allerdings nur soweit, als dieser sich auf Bundesverwaltungsrecht stützt oder spezifische Grundrechte betrifft. Ein kantonaler Akt, der keine Grundrechte berührt, wird hingegen nur auf Willkür hin überprüft.⁴⁴ Für diese Kontrollreduktion gibt es kaum überzeugende Gründe. Auch *kantonale Akte* liessen sich – unabhängig davon, ob sie eine kantonale- oder bundesrechtliche Grundlage haben – daraufhin überprüfen, ob die konkreten Verhältnisse richtig und umfassend erhoben wurden. Vertretbar wäre eine Reduktion abermals nur mit Blick auf die zweite Stufe der Mässigkeitprüfung.⁴⁵

IV. Gefahren in der Anwendung

1. Routine

Mit den drei *Teilfragen* – Eignung? Erforderlichkeit? Zumutbarkeit? – soll die Komplexität der Verhältnismässigkeitsprüfung reduziert und ihre Praktikabilität

⁴² Vgl. vorne, S. 10 f. (III.1.b.) und hinten, S. 20 f. (V.1.).

⁴³ Vgl. in diesem Sinn MÜLLER, Willkür, S. 122 ff.

⁴⁴ Vgl. BGE 143 I 37, 45, E. 7.5; grundlegend BGE 134 I 153, 157 f., E. 4.2 – Zu den kontroversen Reaktionen dieser Rechtsprechung in der Lehre sowie zu den Schwächen und Widersprüchlichkeiten in der bundesgerichtlichen Argumentation vgl. insbesondere HOFSTETTER, S. 321 ff.

⁴⁵ So auch HOFSTETTER, S. 330 f.

erhöht werden. Dabei liegt es in der Natur jeder Komplexitätsreduktion, dass dadurch gewisse Facetten des Prüfgegenstands ausgeblendet werden. Das ist hinzunehmen. Problematischer erscheint hingegen, wenn unter dem «allzu» routinierten Abarbeiten dieses «Dreischritts» der *übergeordnete Leitgedanke* aus dem Blick gerät. Routine markiert denn auch die eigentliche *Metagefahr* in der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

Aus der *Unfallprävention* wissen wir, wie gefährlich Routine in der täglichen Arbeit sein kann. Der Fokus geht verloren, die Aufmerksamkeit nimmt ab. Dadurch passieren Unfälle und Fehlverhalten. Das gilt für das Bergsteigen und Zähneputzen ebenso wie für das juristische Arbeiten, namentlich für das Arbeiten mit etablierten und häufig durchgespielten Prüfschemata. Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt denn auch, dass die korrekte Anwendung der Trias bisweilen Schwierigkeiten bereitet.⁴⁶

Nach der Beantwortung der drei Teilfragen ist man daher gut beraten, das Prüfergebnis nochmals mit zugekniffenen Augen aus einer gewissen Distanz zu betrachten und zu fragen: Ist das wirklich stimmig, harmonisch, verhältnismässig?

2. Mono-Disziplinarität

Der routinemässige Umgang mit den drei vertrauten Prüffragen lässt Juristinnen und Juristen zuweilen in die Illusion abgleiten, sie könnten diese auch alleine beantworten. In den allermeisten Fällen genügt juristisches Wissen nicht und der oder die Rechtskundige ist daher zwingend auf die Zusammenarbeit mit Vertretern anderer Disziplinen angewiesen.⁴⁷ Dies mögen die beiden nachfolgenden Beispiele illustrieren:

- Ist die *Einführung einer Tempo-30-Zone* in einem Quartier bzw. auf einer stark befahrenen Strasse zum Zwecke der Lärmbekämpfung geeignet? Würden Flüsterbeläge nicht denselben Effekt zeitigen und damit den Eingriff in die «Tempofreiheit» entbehrlich machen? Sorgt allenfalls das hohe Verkehrsaufkommen auf der besagten Strasse bereits automatisch für die Temporeduktion? Müsste man nicht bei den Reifen oder Motoren ansetzen und deren Lärmgrenzwerte überprüfen usw.?
- Ist die *Ausgangssperre* für Jugendliche (unter 16 Jahre) ab 22:00 Uhr als Massnahme zur Verhinderung von Vandalismus und Nachtruhestörung geeignet oder ist sie

⁴⁶ Vgl. z.B. die Hinweise bei WEBER-DÜRLER, S. 594 f.

⁴⁷ Unverständlich erscheint daher die Forderung, die Diskussion von Rechtsgüterfragen müsse eine juristische Aufgabe bleiben, weshalb es «kaum noch Platz für interdisziplinäre Erträge» gebe (LEPSIUS, Chancen, S. 20 f.; siehe aber immerhin sein Postulat das Verhältnismässigkeitsprinzip im Bereich der Teilgehälte Eignung und Erforderlichkeit zu einem interdisziplinären Brückenbegriff zu machen, a.a.O., S. 40).

kontraproduktiv? Schiesst ein pauschales Verbot allenfalls über das Ziel hinaus? Wären Information und Ausbildungsöffensiven in den Schulen nicht mildere, ebenso effektive Massnahmen? Liessen sich durch eine bessere Information und Aufklärung der Erziehungsberechtigten allenfalls bessere Effekte erzielen usw.?

Die Juristinnen und Juristen dürfen zwar jederzeit den «Lead» behalten und die Verhältnismässigkeitsprüfung moderieren. Sie sind es sich gewohnt und dazu ausgebildet, Interessenabwägungen durchzuführen und dabei das gesamte normative Umfeld im Blick zu behalten. Wenn in der Rechtsanwendung, der Rechtssetzung oder Rechtspflege das spezifische Fachwissen aber fehlt (meist ist es bereits bei der «Verhältnisermittlung» notwendig) kann es schnell zu nicht oder nur schwer nachvollziehbaren Entscheiden oder Erlassen kommen.

3. Rückschaufehler

Im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeitsprüfung muss immer noch eine *weitere Gefahr* bedacht werden. Man kennt sie aus der Finanzwelt, man hat sie im Zusammenhang mit dem Grounding von Swissair erlebt und sie ist im Kontext von Strafvollzug und Polizeihandeln omnipräsent. Es geht um den sogenannten Rückschaufehler: «Nachher ist man immer schlauer!».

Unter Rückschaufehler versteht die Psychologie die Tendenz, die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses retrospektiv (d.h. wenn man weiss, wie es herausgekommen ist) zu überschätzen: «Das konnte man doch voraussehen!».

Es ist daher (zumal bei punktuell wirkenden Massnahmen⁴⁸) zu unterscheiden zwischen der *Ex-ante*- und der *Ex-post-Optik*: Während die handelnden Behörden ihre Prognose-Entscheidung typischerweise *ex-ante* fällen müssen («Kann man dem Straftäter X Urlaub gewähren?»), agieren die kontrollierenden Behörden typischerweise *ex-post* und laufen dabei leicht Gefahr, in die Rückschaufehler zu tappen («Man konnte doch voraussehen, dass der X rückfällig wird, dass man ihn folglich nicht hätte in den Urlaub entlassen dürfen!»).

Ein Richter oder Justizangehöriger, der sich der Gefahr des Rückschaufehlers nicht bewusst ist, wird daher schneller eine Unverhältnismässigkeit des Handelns im Sinn einer vermeidbaren prognostischen Fehleinschätzung annehmen oder auch etwa die Adäquanz der Kausalität einer Schadensursache bejahen.

⁴⁸ Vgl. zur kognitiven Herausforderung in der Phase des Rechtsschutzes MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 73 ff.

4. Fluchttendenz

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt zwar immer und überall, darf aber nicht zum *Fluchttort* werden. Das heisst: Die Verhältnismässigkeitsprüfung sollte nicht dazu dienen, über *schwierige Rechtsfragen* hinwegzugehen und methodische Prüfschritte auszulassen (Interessenabwägung als «Allheilmittel»).

Besonders beliebt sind solche Fluchtszenarien in der *Grundrechtspraxis*: Warum sollte man sich hier mit anstrengenden Schutzbereichsfragen abmühen, wenn die Frage bei der Verhältnismässigkeit *bequemer* beantwortet werden kann? Zwei Strategien haben sich hier eingebürgert:

- Entweder man wählt den Schutzbereich sehr *grosszügig* (allenfalls sogar unter Berücksichtigung der subjektiven Sichtweise der Betroffenen⁴⁹), man hat ja dann immer noch das relativierende und flexible Korrekturinstrument des Verhältnismässigkeitsprinzips zur Verfügung.⁵⁰
- Oder (mindestens ebenso beliebt): Man *lässt* die Frage des Schutzbereichs am besten *ganz offen* und geht direkt zur Interessenabwägung im Sinn einer «Gesamtabwägung» über.⁵¹ Zwar trifft zu, dass gleiche oder ähnliche Kriterien herangezogen werden für die Bestimmung des Schutzbereichs wie für die Rechtfertigung des Eingriffs. Für die Abwägung macht es dann allerdings einen relevanten Unterschied, ob ein Kriterium bzw. ein Interesse grundrechtlicher und damit besonders gewichtiger Natur ist. Ohne diese Frage vorgängig (in dogmatisch korrekter Reihenfolge) beantwortet zu haben, erscheint eine seriöse Abwägung unmöglich.

Mit einem solchen Missbrauch des Verhältnismässigkeitsprinzips spielt man Kritikern in die Hände, die vorab in der Methodik der Güterabwägung ein irrationales (weil massstabloses) und die Grenze zum Politischen überschreitendes Instrument sehen.⁵² Daneben führt solches «Fluchtverhalten» dazu, dass

⁴⁹ So beispielsweise die bundesgerichtliche Praxis zur Glaubens- und Gewissensfreiheit; vgl. kritisch dazu MÜLLER, Religion, S. 64 ff., m.w.H.

⁵⁰ Vgl. dazu LEPSIUS, Chancen, S. 4 ff., der darin eher eine Chance als ein Risiko des Verhältnismässigkeitsprinzips sieht.

⁵¹ Vgl. z.B. BGE 144 I 266, 277, E. 3.8.

⁵² Vgl. die Hinweise bei HOFSTETTER, S. 12 ff.; ferner zur Kritik in der deutschen Doktrin PETERSEN, S. 1 ff. et passim.

Grundrechte zu *Allerwelts-Schutznormen* werden, was ihrem Image langfristig nur schaden kann und die Rechtspflegebehörden zusätzlich belastet.⁵³

V. Anwendungsfeld

Wie erwähnt muss *jedes* staatliche Handeln die Verhältnismässigkeit beachten. Das Anwendungsfeld des Prinzips ist daher grundsätzlich umfassend. Dabei bestimmt aber wesentlich der Gesetzgeber, wie gross der Spielraum für Verhältnismässigkeitserwägungen ist. Es ist mit anderen Worten zuallererst seine Aufgabe, für verhältnismässige Lösungen zu sorgen, das heisst, die Interessenabwägungen *soweit wie möglich* vorzunehmen bzw. vorzustrukturieren.⁵⁴

1. Gesetzliche Offenheit

Sein typisches Einsatzgebiet findet das Verhältnismässigkeitsprinzip dort, wo der Gesetzgeber ganz bewusst die Tore für Angemessenheits- und Verhältnismässigkeitserwägungen öffnet. Hierfür bedient er sich «Kann»-Formulierungen oder unbestimmter Gesetzesbegriffe.⁵⁵

Für einige Verwaltungsbereiche ist die offene Normierung typisch und unumgänglich. Entsprechend hohe Bedeutung erlangt hier das Verhältnismässigkeitsprinzip, zum einen als «Kompensat» für die fehlende Normbestimmtheit und zum andern als «Orientierungshilfe» für die einzelfallbezogene Rechtsanwendung. Zuweilen hat es auch bereichsspezifische Ausprägungen erfahren, wie beispielsweise im Polizeirecht (Störerprinzip, Opportunitätsprinzip) oder im Abgaberecht (Äquivalenzprinzip).⁵⁶

⁵³ Hier könnte man von der Gefahr der Verwässerung der Grundrechtsgarantien sprechen, wie es das Bundesgericht – freilich im «unpassenden» Zusammenhang mit dem Rechtsschutz – vorbringt (BGE 134 I 153, 157 f., E. 4.2.2).

⁵⁴ Solche Abwägungs(vor)entscheidungen sind denn auch «wichtig» im Sinn des materiellen Gesetzesbegriffs. – Vgl. in diesem Sinn VON ARNAULD, S. 280; siehe dazu auch in diesem Band UHLMANN/BUKOVAC, S. 43 ff.

⁵⁵ Vgl. SEILER, S. 215 f.

⁵⁶ Vgl. dazu etwa BGE 143 I 147 (betr. Auferlegung von Kosten bei Demonstrationen auf öffentlichem Grund); allgemein dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2599 ff., 2785 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 56 Rz. 16 ff., § 58 Rz. 19 ff.; zu den polizeirechtlichen Grundsätzen ferner JAAG in: Kommentar PolG/ZH, Vorbemerkungen zu §§ 8–12 N 6 ff., § 18 N 2 ff.

Der Gesetzgeber lässt der Rechtsanwendung hier aber nicht einfach freien Lauf, sondern nimmt idealerweise gewisse Wertungen und Gewichtungen vorweg und setzt der Interessenabwägung gewisse Leitplanken.⁵⁷ Auch wenn die Interessenabwägungen zugegebenermassen hohen subjektiven Wertungsanteil haben, sind sie nie ein Freipass zum Ignorieren gesetzlicher Vorgaben.⁵⁸ Wo der Gesetzgeber solche Vorgaben unterlässt, besteht tatsächlich die Gefahr, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip als eigentliches *Schattenrecht* auf die materielle Rechtsordnung einwirkt.⁵⁹ Es liegt also am Gesetzgeber, solchen Einwirkungen Schranken zu setzen.

2. Gesetzliche Geschlossenheit?

Und was gilt, wenn der Gesetzgeber keinen, auch nicht einen winzigen Spielraum lässt, mit anderen Worten einen absoluten «Automatismus» vorsieht: «Wenn, dann»? Solche «geschlossenen» Normen sind nicht selten.⁶⁰ Zur Illustration dient das folgende Beispiel:

Nach der eidgenössischen Verkehrszulassungsverordnung kann den Führerausweis Kategorie B nur erlangen, wer 18 Jahre alt ist. Der Wortlaut lässt keinerlei Raum für Ausnahmen.⁶¹

Ist es bei solchen klaren gesetzlichen Vorgaben der rechtsanwendenden Behörde dennoch erlaubt, in *extrem gelagerten* Einzelfallkonstellationen unter Umständen noch Verhältnismässigkeitsüberlegungen anzustellen? Oder geht hier das Gesetzmässigkeitsprinzip schlicht und ausnahmslos vor? Ich meine nein, und dies aus *zwei Gründen*:

- *Formal*: In der Bundesverfassung steht nirgends, das Legalitätsprinzip gehe dem Verhältnismässigkeitsprinzip vor. In Art. 5 und Art. 36 BV sind vielmehr beide Maximen genannt, ohne dass sie zueinander in Bezug gesetzt wären. Auch Art. 190 BV kann auf Bundesebene nicht als *absolute* Schranke einer

⁵⁷ Vgl. z.B. Art. 96 AIG (Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG] vom 16. Dezember 2005 [SR 142.20]); zur alten Fassung siehe SEILER, S. 229 f.

⁵⁸ Vgl. auch TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 119; SEILER, S. 231 ff.

⁵⁹ Vgl. dazu MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 64 f.; HOFSTETTER, S. 212 ff.

⁶⁰ Vgl. die Beispiele bei SEILER, S. 219 ff.

⁶¹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. d VZV (Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr [Verkehrszulassungsverordnung] vom 27. Oktober 1976 [SR 741.51]).

Normkorrektur gelesen werden, wengleich er an eine solche durchaus *hohe* Anforderungen stellt.⁶²

- *Inhaltlich*: Jedes einzelne staatliche Handeln muss verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit hat daher stets den Einzelfall im Auge.⁶³ Diesen kennt der Gesetzgeber nicht (und noch weniger kennt ihn der Verfassungsgeber). Er kann die Verhältnismässigkeitsfrage nur aus einer abstrakten Optik und damit bloss angenähert und schematisch beantworten.⁶⁴ Erachtet er Abwägungsspielräume für die Rechtsanwendung als entbehrlich oder unpraktikabel,⁶⁵ wird sich die zuständige Behörde (notfalls über die verfassungskonforme Auslegung⁶⁶) solche selber erschliessen dürfen und müssen. Nur so gelingt es ihr, im Sinn der Verhältnismässigkeit eine einzelfallgerechte «Feinjustierung» vorzunehmen.⁶⁷ Selbstverständlich kann eine solche Feinjustierung nur unter strengen und restriktiven Voraussetzungen zur Anwendung gelangen. In 99 von 100 Fällen wird die korrekte Anwendung eines an sich verhältnismässigen Erlasses auch zu einem verhältnismässigen Ergebnis führen. Es wird aber immer Konstellationen geben, die der Gesetzgeber nicht bedacht hat und in denen die *Gesetzesstrenge* zu unbilligen Ergebnissen führen würde. So hat beispielsweise im eingangs angeführten Beispiel der Verkehrszulassung der Bundesrat selber eine Ausnahmekonstellation gesehen und explizit geregelt. Danach soll die kantonale Behörde für «Personen mit Behinderung, die auf ein Motorfahrzeug angewiesen und zu dessen sicherer Führung fähig sind [...] den Führerausweis der Kategorie B [...] vor Erreichen des jeweiligen Mindestalters erteilen» können.⁶⁸ Damit sind

⁶² Vgl. auch HOFSTETTER, S. 253, 266, 268. – Kommt hinzu, dass viele Normen, deren Verhältnismässigkeit fragwürdig ist, auf Verordnungsstufe zu finden und einer gerichtlichen Überprüfung daher zugänglich sind (vgl. SEILER, S. 241).

⁶³ Vgl. auch VON ARNAULD, S. 280 f.

⁶⁴ In diesem Sinn auch RASELLI, S. 1359. Vgl. zur Zulässigkeit schematischer und standardisierter Lösungen in diesem Band HOFSTETTER, S. 85 ff.

⁶⁵ Vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 809, weisen auf die gesetzgeberische Notwendigkeit hin, der rechtsanwendenden Verwaltung Ermessensspielräume zu überlassen.

⁶⁶ Vgl. auch EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 71.

⁶⁷ Gesetzesbestimmungen, die den Behörden eine einzelfallangepasste Anwendung verunmöglichen, sind an sich unverhältnismässig und damit verfassungswidrig (siehe auch JAAG in: Kommentar PolG/ZH, § 10 N 10 mit Verweis auf BGE 140 I 2, 38 ff., E. 11.2 und 45 f., E. 12.3). Sie lassen sich aber nach hier vertretener Auffassung dennoch verfassungskonform auslegen und anwenden. A.M. wohl SEILER, S. 233 ff., obwohl auch für ihn unter «ganz besonderen Umständen» Ausnahmen denkbar sind (vgl. S. 239 f.).

⁶⁸ Art. 6 Abs. 4 Bst. a Ziff. 1 VZV.

selbstverständlich nicht alle grundrechtssensiblen Konstellationen erfasst, die unter Umständen eine Ausnahme zu rechtfertigen vermöchten.

Weil die abstrakte Ordnung die konkrete Verhältnismässigkeit nie endgültig garantieren kann, muss daher ein *minimaler* Spielraum für Verhältnismässigkeitserwägungen im Einzelfall stets erhalten bleiben.⁶⁹ In diesem Sinn hat ARISTOTELES gesetztes Recht und Billigkeit in eine klare Hierarchie gebracht:

«Daher ist das Billige ein Recht und besser als ein gewisses Recht, nicht als das Recht im allgemeinen, sondern als der Mangel, der entsteht, weil das Gesetz allgemein spricht. Dies ist also die Natur des Billigen, eine Korrektur des Gesetzes, soweit es aufgrund seiner Allgemeinheit mangelhaft ist.»⁷⁰

Und genau deshalb verlangt die Verfassung ausdrücklich, dass staatliches Handeln nicht nur gesetzlich abgestützt (und vorstrukturiert), sondern immer auch verhältnismässig sein muss. In der Praxis wird freilich das Verhältnismässigkeitsprinzip nur sehr selten zur Normkorrektur herangezogen.⁷¹ Gelegenheiten dazu böten sich freilich immer mal wieder.

Im Kanton Bern stellte sich im Zusammenhang mit den *Ständeratswahlen* 2015 die Frage, ob der zweite Wahlgang durchgeführt werden muss, obwohl neben den beiden führenden Kandidaten nur noch ein einziger, jedoch chancenloser «Aussenseiter»⁷² an seiner Kandidatur festhielt. Nach der damals geltenden Gesetzgebung galt als «wählbar», wer «gültig zum ersten oder zum zweiten Wahlgang vorgeschlagen worden» war. Trotz Unmut in weiten Teilen der Bevölkerung wurde unter Verweis auf die unmissverständliche gesetzliche Grundlage ein zweiter Wahlgang durchgeführt und darauf verzichtet, unter Berufung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip diesen auszusetzen.

Für Zurückhaltung in solchen Fällen gibt es gewiss gute Gründe. Ein allzu freizügiger, gesetzeskorrigierender Einsatz des Verhältnismässigkeitsprinzips könnte nämlich leicht dazu verleiten, die dringende Lösung des Grundproblems (die Revision der fehlerhaften Norm) zu vertagen. Der Kanton Bern hat im erwähnten Fall das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht bemüht, dafür aber unverzüglich eine Änderung des Gesetzes über die politischen Rechte an die Hand genommen. Danach wird künftig im zweiten Wahlgang nur noch wählbar sein, wer «im ersten Wahlgang mindestens drei Prozent der gültigen Stimmen erhalten»

⁶⁹ Vgl. dazu auch HOFSTETTER, S. 249 ff.

⁷⁰ ARISTOTELES, S. 228 (5. Buch, Vers 14). Siehe zur Verhältnismässigkeit bei ARISTOTELES auch GUILMAIN, S. 96 ff.

⁷¹ Vgl. HOFSTETTER, S. 256 ff.

⁷² Er erhielt im 1. Wahlgang 4'114 Stimmen und bekleidete damit den 10. Rang von insgesamt 11 Kandidierenden. Die beiden führenden und später auch gewählten Kandidaten erzielten 151'093 bzw. 144'816 Stimmen.

hat.⁷³ Nun, das Eine tun (die Korrektur eines unbilligen Einzelfallergebnisses), müsste freilich nicht heissen, das Andere zu lassen (die Revision der einschlägigen Gesetzesnorm).

Man mag anmahnen, dass aus einem normkorrigierenden Einsatz des Verhältnismässigkeitsprinzips stets eine gewisse Schwächung der rechtsstaatlichen Rechtssicherheits- und Rechtsgleichheitsversprechen resultiert.⁷⁴ Das ist zweifellos zutreffend. Allerdings ist diese Schwächung nicht wirklich grösser als diejenige, die jeder Rechtsanwendung aufgrund der unvermeidlichen Qualitäts- und Wertungsunterschiede zwischen den verschiedenen involvierten Instanzen innewohnt.

VI. Stellung im Gefüge der Verfassungsordnung

Nicht nur die Beziehung des Verhältnismässigkeitsprinzips zum Legalitätsprinzip ist unklar. Radikale Volksinitiativen der jüngeren Zeit haben ins Bewusstsein gerückt, dass auch das Verhältnis zu anderen Verfassungsbestimmungen heikle Fragen aufwirft. Hierzu existieren Mythen, Realitäten und Visionen.

1. Mythos: Gleichrangigkeit

In der Schweiz gilt der (ungeschriebene) Grundsatz der Gleichrangigkeit bzw. Gleichwertigkeit aller Verfassungsbestimmungen (bisweilen ist auch von *Widerspruchsfreiheit* der Verfassung die Rede). Daraus wird die Pflicht zur harmonisierenden (sic!) Verfassungsauslegung abgeleitet.⁷⁵

Mit Blick auf die Umsetzung *radikaler* Volksinitiativen bedeutet(e) dies, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip soweit Beachtung finden muss, als die einzelnen Volksbegehren dies *noch* zulassen. In Bezug auf die Ausschaffungs-⁷⁶, Pädophi-

⁷³ Vgl. Art. 109 Abs. 1 PRG (Berner Gesetz über die politischen Rechte vom 5. Juni 2012 [BSG 141.1]); Bestimmung tritt per Juni 2019 in Kraft).

⁷⁴ Vgl. dazu etwa die Bedenken von SEILER, S. 233 ff.

⁷⁵ Vgl. BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.2; zum Ganzen statt vieler BELSER in: BSK BV, Einleitung N 69 ff.; HOFSTETTER, S. 55 ff. m.w.H.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 Rz. 13 ff.

⁷⁶ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 24. Juni 2009 (BBl 2009 5097 ff.).

len⁷⁷ und die Verwahrungsinitiative⁷⁸ vermochte der Gesetzgeber einen entsprechenden (freilich nur noch schmalen) Ermessensspielraum auszumachen und diesem durch Härtefallklauseln⁷⁹ bzw. unbestimmte Gesetzesbegriffe⁸⁰ Rechnung zu tragen.

Mittels *harmonisierender* Auslegung können somit viele delikate Spannungsfelder aufgelöst und selbst mit dem Legalitätsprinzip (und dem Art. 190 BV) ein «harmonischer Umgang» gefunden werden.⁸¹ Dennoch: Das Prinzip «einerlei Verfassungsrecht»⁸² entpuppt sich bei genauerem Hinsehen rasch als Mythos; dies nicht nur mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, sondern ganz generell.⁸³

2. Realität: Höherrangigkeit

Die Bundesverfassung vereinigt Vorschriften von ganz unterschiedlicher rechtsstaatlicher Tragweite: Zwingendes Völkerrecht⁸⁴, Grundrechte⁸⁵, rechtsstaatliche Maximen⁸⁶ weisen offensichtlich eine höhere Wertigkeit auf als gewisse

⁷⁷ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes) als indirekten Gegenvorschlag vom 10. Oktober 2012 (BBI 2012 8819 ff.).

⁷⁸ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» vom 4. April 2001 (BBI 2001 3433 ff.).

⁷⁹ Vgl. für die «Ausschaffungsinitiative» Art. 66a Abs. 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0); siehe dazu nun auch Bger, Urteil 6B_209/2018 vom 23. November 2018 E. 3 (amtliche Publikation vorgesehen). Für die «Pädophileninitiative» vgl. Art. 67 Abs. 4bis StGB.

⁸⁰ Vgl. für die «Verwahrungsinitiative» Art. 64-64c StGB (siehe dazu auch BGE 140 IV 1, vgl. Art. 64 Abs. 1bis Bst. c StGB).

⁸¹ Vgl. auch HOFSTETTER, S. 249 ff. m.w.H., der allerdings die Normkorrekturfunktion der Verhältnismässigkeit wohl zu Recht nur bei offensichtlichen Verstössen anerkennt (Rz. 448, 452 f.); aus heutiger Sicht noch etwas zu defensiv MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 66 ff., wonach Art. 190 BV einer Gesetzeskorrektur entgegenstehe (S. 67).

⁸² TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 Rz. 14.

⁸³ Selbst das Bundesgericht tönt an, dass Durchbrechungen des *Gleichwertigkeitsprinzips* unter Umständen unumgänglich sind (vgl. BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.2); dazu auch BELSER in: BSK BV, Einleitung N 70.

⁸⁴ Art. 10 Abs. 3 BV (Folterverbot), Art. 25 Abs. 3 BV (Rückschiebungsverbot).

⁸⁵ Art. 7 ff. BV.

⁸⁶ Art. 5 BV.

Aufgaben- oder Organisationsnormen.⁸⁷ Trotzdem an der Gleichwertigkeit und Gleichrangigkeit allen Verfassungsrechts festzuhalten, bereitet Mühe. Zwar würde dem Verhältnismässigkeitsprinzip dadurch kein grösserer Schaden erwachsen. Es müsste sich einfach – wie bis anhin – im Kollisionsfall der harmonisierenden Auslegung aussetzen, würde dort aber wohl *regelmässig* gegen (vermeintlich) widersprechende Verfassungsnormen *die Oberhand behalten*.⁸⁸ Hierbei handelt es sich freilich um nichts anderes als um einen unschönen Anwendungsfall des «So-tun-als-ob-Prinzips». Augenscheinlich geht es nämlich nicht darum, zwischen *gleichwertigen* Verfassungsnormen einen harmonisierenden und schonenden Ausgleich zu finden, sondern dem *höherwertigen* Verhältnismässigkeitsprinzip den ihm zustehenden *Anwendungsvorrang* zu sichern.

Wäre es vor diesem Hintergrund (*de constitutione ferenda*) nicht zumindest überlegenswert, die nach hier vertretener Auffassung evidente *Höherrangigkeit* des Verhältnismässigkeitsprinzips in der Verfassung *transparent* zu machen? Das hiesse, die unterschiedliche Wertigkeit der verschiedenen Verfassungsnormen zu anerkennen und entsprechend in einer Rangordnung abzubilden. Dabei wäre das Verhältnismässigkeitsprinzip als grundlegendes Rechtsstaatsprinzip (zweifelsfrei) im ersten Rang einzuordnen. Dies hätte den Vorteil, dass namentlich im Zusammenhang mit Volksinitiativen ab Anfang (und nicht erst im Nachhinein) allen Akteuren klar sein müsste, dass für Verhältnismässigkeitsüberlegungen bei der Umsetzung tieferangierter (noch so radikaler) Aufgabennormen (z.B. Art. 121 Abs. 3–5 BV [Ausschaffungsinitiative]) stets Raum bleibt.

3. Vision: Metarangigkeit

Wer Visionen nicht scheut, mag noch einen Schritt weitergehen und sich die folgende, vielleicht irritierende, aber durchaus ernstgemeinte Frage stellen: Ist das Verhältnismässigkeitsprinzip tatsächlich *nur* eine «normale rechtliche Regel»? Mit der Positivierung in der Verfassung scheint diese Frage beantwortet. Nichtsdestotrotz muss man darüber nachdenken, ob damit der besonderen

⁸⁷ Vgl. z.B. Art. 71 BV (Filmförderung), Art. 133 BV (Zollgesetzgebung), Art. 154 BV (Fraktionsbildung).

⁸⁸ Dies namentlich auch im Geltungsbereich menschenrechtlicher Garantien der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950 (SR 0.101) und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (Uno-Pakt II) vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2) (dazu auch RASELLI, S. 1353 f., 1355)

Natur des Verhältnismässigkeitsprinzips – angesiedelt irgendwo im Schnittbereich von Recht und Moral⁸⁹ – genügend Rechnung getragen wird. Mit der Aufnahme in den Verfassungstext (im Rahmen der Verfassungsrevision von 1999) sollte ihm der Makel der Ungeschriebenheit genommen werden. Diese formale Aufwertung ist allerdings durchaus zwiespältig: Als geschriebene Verfassungsregel sieht sich das Prinzip nämlich der Disposition des Verfassungsgebers und damit den Launen der Zeit ausgesetzt. Es nun davon verschonen zu wollen, mag undemokratisch erscheinen. Nur, Demokratie ist im Rechtsstaat nicht grenzenlos. Sie muss spätestens dort an ihre Grenzen stossen, wo *vorrechtliche und damit unhinterfragbare Metaregeln* in Frage stehen. Eine solche Natur attestiert man zuweilen den Grundrechtskerngehalten und dem zwingenden Völkerrecht. Das Verhältnismässigkeitsprinzip lässt sich mühelos in diese Reihe stellen.⁹⁰ Als «Essenz» von Recht und Gerechtigkeit gilt es auch ohne jede Positivierung.⁹¹ Seine Aufgabe besteht vornehmlich darin, ausser- oder überrechtliche Massstäbe (insbesondere solche moralischer Natur) «normkorrigierend» ins Spiel zu bringen. Das ist notwendig, wenn eine Rechtsgemeinschaft mehr sein will als eine Gemeinschaft «legalistischer Lumpen».⁹²

Mit diesem Verständnis des Verhältnismässigkeitsprinzips als *undisponible* und *unhinterfragbare* Metaregel wäre für all jene Situationen vorgesorgt, in dem eine Volksinitiative die Verhältnismässigkeit explizit (oder implizit) ausschliessen möchte. Zwar bliebe eine solche Initiative wohl gültig,⁹³ in der Umsetzung müsste der Verhältnismässigkeit aber gleichwohl, wenn auch in reduziertem Umfang, Rechnung getragen werden.⁹⁴

⁸⁹ Vgl. zur Schnittmenge von rechtlicher und religiöser Moral MÜLLER, Religion, S. 34 ff.

⁹⁰ Vgl. auch KÄHLER, S. 210, dem zufolge der Umstand, dass das deutsche Grundgesetz den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht erwähnt, dessen Verbreitung eher gefördert hat.

⁹¹ Vgl. VON DER PFORDTEN, S. 275.

⁹² Vgl. dazu MÜLLER, Leerlauf, S. 57 f. (mit Verweis auf ANDRÉ COMTE-SPONVILLE).

⁹³ Vgl. BIAGGINI, Art. 5 Rz. 21b: «Denn eine Volkinitiative darf unverhältnismässig sein (BV 139 Abs. 3)».

⁹⁴ Ähnlich RASELLI, S. 1354 ff., der zudem auf den Vorrang internationaler Menschenrechtsgarantien hinweist.

VII. Schluss: Das Wichtigste in fünf Thesen

1. Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat *umfassende Geltung*: Jedes staatliche Handeln *muss* folglich verhältnismässig sein. Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber für Verhältnismässigkeitsabwägungen Raum gelassen hat oder nicht.
2. Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat ein *normatives Hauptziel*: Das Streben nach *Harmonie*. Dabei ist der Fokus primär auf den konkreten Einzelfall gerichtet. Abstrakt (auf dem Wege der Rechtssetzung) lässt sich Verhältnismässigkeit bzw. Harmonie nur angenähert herstellen.
3. Das Verhältnismässigkeitsprinzip weist begrifflich zwei *Komponenten* auf: Verhältnisse und Mässigkeit. Diese ziehen ein *zweistufiges Prüfprogramm* nach sich: (Stufe 1) Verhältnisse ermitteln und (Stufe 2) Mässigkeit prüfen. Im Rechtsschutz erscheinen lediglich in Bezug auf die zweite Prüfstufe gewisse Rücksichtnahmen opportun.
4. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gehört zum allseits beliebten und gerne eingesetzten argumentativen Rüstzeug von Juristinnen und Politikern. Dabei birgt die Anwendung gewisse *Gefahren* (z.B. Routine, Rückschaufehler, Mono-Disziplinarität, Fluchttendenz), die zuweilen ausser Acht gelassen werden.
5. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist mehr als eine normale Verfassungsregel. Sie ist letztlich eine unhinterfragbare «moralische» *Metaregel*. Als das kann sie in letzter Konsequenz nicht zur Disposition des Verfassungsgebers stehen.

Literatur

- ALBORGHETTI ROBERTO, Kochen mit dem Papst, Die Lieblingsrezepte von Franziskus, München 2018
- ARISTOTELES, Nikomachische Ethik (4. Jhdt. v. Chr.), übersetzt und herausgegeben von Olof Gigon, München 1991
- AUER CHRISTOPH, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 26. Juni 2015, 2C_106/2015, ZBI 116/2015, S. 601 ff.

- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008 (zit. BEARBEITER in: Kommentar VwVG)
- BIAGGINI GIOVANNI, BV-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017
- DONATSCH ANDREAS/JAAG TOBIAS/ZIMMERLIN SVEN (Hrsg.), Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. BEARBEITER in: Kommentar PolG/ZH)
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008 (zit. BEARBEITER in: SGK BV)
- ENGEL CHRISTOPH, Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestadt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismässigkeit, Tübingen 2015, S. 97 ff.
- ENGI LORENZ, Zum Prinzipienbegriff im öffentlichen Recht, in: ZBl 118/2017, S. 59 ff.
- GUILMAIN ANTOINE, Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique in: McGill Law Journal, 61:1/2015, S. 87 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Voskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrecht, Band I, München 2006, § 10
- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV). Ausgewählte Aspekte, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014
- KÄHLER LORENZ, Raum für Masslosigkeit, Zu den Grenzen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im Privatrecht, in: Matthias Jestadt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismässigkeit, Tübingen 2015, S. 210 ff.
- LEPSIUS OLIVER, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, in: Matthias Jestadt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismässigkeit, Tübingen 2015, S. 1 ff.
- LEPSIUS OLIVER, Sicherheit und Freiheit – ein zunehmend asymmetrisches Verhältnis, in: Gunnar Folke Schuppert/Wolfgang Merkel/Georg Nolte/Michale Zürn (Hrsg.), Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck, Baden-Baden 2010, S. 23 ff.
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Vol. I, Les Fondements, 3 Aufl., Bern 2012
- MÜLLER GEORG, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 109 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018
- MÜLLER MARKUS, Religion im Rechtsstaat, Von der Neutralität zur Toleranz, Bern 2017
- MÜLLER MARKUS, Über Leerlauf, Lumpen und Laien, in: ZBl 117/2016, S. 57 f.
- MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013
- OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtssetzung, Habil. Bern, Bern 2008

- PETERSEN NIELS, *Verhältnismässigkeit als Rationalitätskontrolle, Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, Habil. Bonn, Tübingen 2015
- RASELLI NICCOLÒ, *Die Attacke auf das Verhältnismässigkeitsprinzip*, in: *AJP* 2015/10, S. 1351 ff.
- RÜTHERS BERND/FISCHER CHRISTIAN/BIRK AXEL, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 9. Aufl., München 2016
- SEILER HANSJÖRG, *Glanz und Elend des Verhältnismässigkeitsprinzips – aus der Sicht der Gerichtspraxis*, in: *Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz, 10 Jahre Bachelor of Law*, Bern 2015, S. 213 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben, in: *URP* 2018/2, S. 111 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014
- UHLMANN FELIX, *Das Willkürverbot (Art. 9 BV)*, Habil. Basel, Bern 2005
- VON ARNAULD ANDREAS, *Zur Rhetorik der Verhältnismässigkeit*, in: Matthias Jestadt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismässigkeit*, Tübingen 2015, S. 267 ff.
- VON DER PFORDTEN DIETMAR, *Über das Prinzip der Verhältnismässigkeit*, in: Matthias Jestadt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismässigkeit*, Tübingen 2015, S. 261 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. BEARBEITER in: BSK BV)
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Zur neusten Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips*, in: Benoit Bovay/Minh Son Nguyen (éd.), *Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire*, Mélanges Pierre Moor, Bern 2005, S. 593 ff.