



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

Vorwort

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist ein grundlegendes rechtsstaatliches Prinzip des Verwaltungsrechts. Zusammen mit dem Grundsatz des öffentlichen Interesses bestimmt es das konkrete Handeln der Verwaltungsbehörden. Das Bundesgericht hat diesem Prinzip in einer Vielzahl von Entscheiden eine konkrete Prägung verliehen. Diese lange Geschichte sollte aber nicht zum Schluss verleiten, dass sich bezüglich des Verhältnismässigkeitsprinzips keine Fragen mehr stellen. In der Rechtsprechung tauchen immer wieder neue oder ungewohnte Konstellationen auf, so etwa die Bedeutung der Verhältnismässigkeit für die staatliche Leistungsverwaltung. Wenig untersucht ist auch die Bedeutung der Verhältnismässigkeit für den Gesetz- und den Verordnungsgeber.

Der 9. Band des Zentrums für Rechtsetzungslehre beleuchtet das Verhältnismässigkeitsprinzip aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts und der Rechtsetzungslehre. Besondere Berücksichtigung finden Methoden, Verfahren und Umsetzung der Verhältnismässigkeitsprüfung, der verhältnismässige Einsatz von Schematisierungen und anderen Regelungsinstrumenten sowie die Verhältnismässigkeit staatlicher Sanktionen.

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 Verhältnismässigkeitsprüfung

- 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 diesem Entscheid 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 Mässigkeitsprüfung 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 Mässigkeitsprüfung 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* Massstab 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 Verhältnismässigkeitsprinzips 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 kantonalrechtlicher 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 Teilgehalte 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 Ausbildungsoffensiven 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 (zupal 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 *Fluchtort* 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, wenngleich 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 (BBl 2012 8819 ff.).

⁷⁸ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» vom 4. April 2001 (BBl 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 tiefer rangierter (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) Mässigkeitprüfung. 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, Flucht tendenz), 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 Vosskuhle (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.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre

Felix Uhlmann/Jasmina Bukovac

Inhaltsübersicht

I. Verhältnismässigkeit – vor- bzw. gottgegebener Bereich für den Gesetzgeber?	33
II. Ansatzpunkte des Gesetzgebers	40
1. Prüfung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung	40
2. Prüfung der Tauglichkeit einer Massnahme	41
3. Auswahl und Gruppierung von Massnahmen	43
4. Determinierung des Abwägungsprozesses	45
5. Verhältnismässigkeitsprüfung oder Ermessen?	47
III. Verhältnismässigkeit und Verfassungsänderungen	48
IV. Verhältnismässigkeit und staatliche Leistungen	50
V. Fazit	53
Literatur	53
Materialien	55

I. Verhältnismässigkeit – vor- bzw. gottgegebener Bereich für den Gesetzgeber?

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist ein Gebot der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Art. 5 Abs. 2 BV)¹ und bezieht sich auf alle drei Ebenen des Staates (Bund, Kantone und Gemeinden).² Seine dogmatische Bedeutung rechtfertigt eine Nennung unter den allgemeinen Bestimmungen

¹ BIAGGINI, Art. 5 N 21, spricht vom allgemeinen Verfassungsgrundsatz; siehe auch SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 16; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 154. Eine Auflistung kritischer Autoren zum Verfassungsrang des Verhältnismässigkeitsprinzips findet sich bei HOFSTETTER, Rz. 20.

² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 320. Zum Adressaten des Art. 5 BV siehe EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 33 und SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 17. WINZELER, S. 182 (m.w.Verw.), nennt den Gesetzgeber als Hauptadressaten des Prinzips der Verhältnismässigkeit.

der Verfassung.³ Als Grundsatz rechtsstaatlichen Handels gilt es für sämtliche Tätigkeiten des Staates.⁴ Es hat zudem in zahlreichen Bestimmungen der Verfassung eine Wiederholung oder eine Spezifizierung erfahren⁵ und steht in engem Zusammenhang zu Art. 36 BV, der die Rechtmässigkeit von Grundrechtseingriffen konkretisiert.⁶ Das Verhältnismässigkeitsprinzip schützt den Bürger vor übermässigen Eingriffen des Staates.⁷ Es beansprucht dabei nicht nur in der *Rechtsanwendung*, sondern auch in der *Rechtsetzung* seine Geltung.⁸

In diesem Sinn kann man sich die Frage stellen, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip für den Gesetzgeber einfach ein vorgegebener Verfassungsgrundsatz ist, den der Gesetzgeber im Rahmen seiner legislativen Funktion zu beachten hat. Das Verhältnismässigkeitsprinzip wäre in dem Sinn ähnlich wie das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) eine *Begrenzung des Handlungsspielraums des Gesetzgebers*⁹, bei dessen Beachtung das Gesetz rechtlich einwandfrei ist, wohingegen eine Verletzung das Gesetz verfassungswidrig macht.¹⁰

Es ist zu vermuten, dass das Verhältnis zwischen Verhältnismässigkeitsprinzip und Handlungsspielraum des Gesetzgebers komplexer ist. In Art. 5 Abs. 2 BV ist nicht nur der Verhältnismässigkeitsgrundsatz statuiert, sondern auch der Grundsatz, wonach staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen muss. Auch dieser Grundsatz – Handeln im öffentlichen Interesse – bindet den Gesetzgeber. Allerdings ist es – neben dem Verfassungsgeber¹¹ – typischerweise der Gesetzgeber, welcher festlegt, was als öffentliches Interesse zu verstehen

³ EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 67. Siehe zum normativen Gehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips in diesem Band M. MÜLLER, S. 8 ff.

⁴ SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 64.

⁵ EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 13.

⁶ Zum Verhältnis der Rechtmässigkeit von Grundrechtseingriffen (Art. 36 Abs. 3 BV) siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 517; HOFSTETTER, Rz. 122 und BIAGGINI, Art. 5 Rz. 20, m.Verw.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1183 und allgemein zur Einschränkung von Grundrechten, Rz. 1182 ff. und dabei zur Verhältnismässigkeitsprüfung bei der Grundrechtseinschränkung, Rz. 1221 ff.

⁷ BGE 102 Ia 243, 249, E. 5c.

⁸ BGE 135 V 172, 182, E. 7.3.3; 104 Ia 105, 112, E. 5 und SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 17.

⁹ Zur Kritik am Legalitätsprinzip siehe BIAGGINI, Art. 5 Rz. 14; ähnlich MÜLLER/UHLMANN, Rz. 261, 275 ff. und UHLMANN, Legalitätsprinzip, Rz. 1 ff.

¹⁰ Unter Vorbehalt der verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes siehe EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 71.

¹¹ SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 44.

ist.¹² Ein positiver *Numerus clausus* an öffentlichen Interessen besteht nicht¹³ und die Kompetenz des Gesetzgebers zur Konkretisierung des Begriffs des öffentlichen Interesses drängt sich wegen des stetigen Wandels der Bedeutung des öffentlichen Interesses auf.¹⁴ Der Begriff des öffentlichen Interesses lässt sich nicht abschliessend aus der Bundesverfassung ableiten; wichtige Rückschlüsse können jedoch aus den Zielbestimmungen sowie Aufgabennormen gezogen werden.¹⁵ In dem Sinn ist Art. 5 Abs. 2 BV mit Bezug auf den Grundsatz des öffentlichen Interesses nicht eine einseitige Begrenzung der legislativen Tätigkeit des Gesetzgebers, sondern begründet ein wechselseitiges Verhältnis. Dem Gesetzgeber werden beträchtliche Bewertungs-, Prognose- und Gestaltungsspielräume zugestanden¹⁶, welche bei der Ermittlung und Abwägung des Begriffs des öffentlichen Interesses bei der Beurteilung von Grundrechtseingriffen einem strengeren Massstab unterliegen.¹⁷ Schwierigkeiten können dann entstehen, wenn der Gesetzgeber bei der Interessenermittlung bzw. -abwägung die privaten Interessen gänzlich verdrängt.¹⁸ Das Bundesgericht erklärt nur jene Gesetze für unzulässig, die Interessen verfolgen, «die verfassungsrechtlich nicht zulässig oder geradezu willkürlich sind».¹⁹

Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz steht in engem Verhältnis zum Grundsatz des öffentlichen Interesses.²⁰ Das ergibt sich nicht zuletzt durch seine dritte Voraussetzung, die üblicherweise unter dem Begriff der Zumutbarkeit abgehandelt wird. Mit dieser Voraussetzung soll ein Ausgleich zwischen öffentlichen und privaten Interessen gefunden werden.²¹ Die enge Verflechtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes mit dem Grundsatz des öffentlichen Interesses zeigt

¹² EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 63; HOFSTETTER, Rz. 109, der daneben auch den Verordnungsgeber nennt.

¹³ BGE 138 I 378, 394, E. 8.3 («[N]egativ bestimmte Interessen, die unzulässig sind, weil sie der Verfassung zuwiderlaufen», bestehen jedoch, m.w.Verw.); SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 43; EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 63.

¹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 465 ff.; EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 63.

¹⁵ BIAGGINI, Art. 5 Rz. 16.

¹⁶ BIAGGINI, Art. 5 Rz. 18.

¹⁷ SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 44, m.Verw.

¹⁸ Zur Problematik siehe HOFSTETTER, Rz. 129.

¹⁹ BGE 138 I 378, 394, E. 8.3.

²⁰ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 14 ff.; siehe auch MAHON, Droit constitutionnel, S. 66, wonach sich das erste Teilelement der Verhältnismässigkeit, die Eignung, und das dritte Teilelement, die Zumutbarkeit, nur wenig vom Grundsatz des öffentlichen Interesses unterscheiden.

²¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 516.

sich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, das häufig keine klare Abgrenzung zwischen dem Grundsatz des öffentlichen Interesses und der Voraussetzung der Zumutbarkeit trifft.²² Bei der Interessenabwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen fliesst naturgemäss das Interesse des Staates ein, also das öffentliche Interesse. Auf dieses hat der Gesetzgeber, wie erwähnt, relativ grossen Einfluss.

Dementsprechend ist das Verhältnis des Gesetzgebers zum Verhältnismässigkeitsprinzip nicht als ein Verhältnis einseitiger Begrenzung zu verstehen. Anders formuliert: Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist nicht einfach ein vor- bzw. gottgebener Bereich für den Gesetzgeber.

Dies lässt sich an verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen zeigen, zunächst an einem Beispiel, in dem die Verhältnismässigkeit tatsächlich vor- bzw. gottgegeben erscheint. In § 10 Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007 (Polizeigesetz, PolG, LS 550.1) wird im Wesentlichen das Verhältnismässigkeitsprinzip festgehalten, wortreicher zwar, aber ohne inhaltliche Akzentsetzung. Die Rechtsetzungslehre lehnt solche Wiederholungen ab.²³ Sie führen zu verschiedenen Unklarheiten und Unsicherheiten.²⁴ So ist bei § 10 PolG vom Wortlaut her nicht offensichtlich, ob damit einfach das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss der Bundesverfassung wiedergegeben wird oder ob der kantonale Gesetzgeber eine Verschärfung beabsichtigt hat, was nicht der Fall sein dürfte.²⁵ Auch wird mit der Vorlage von § 10 PolG dem kantonalen Gesetzgeber suggeriert, er könne den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beliebig regeln. Was wäre geschehen, wenn der kantonale Gesetzgeber das Prinzip der Verhältnismässigkeit hätte einschränken wollen? Soweit der Gesetzgeber das Verhältnismässigkeitsprinzip also tatsächlich als vorgegeben erachtet, ist eine Nennung im Gesetzesrecht überflüssig, wenn nicht gar schädlich.²⁶

²² Die Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Massnahme bedingt denn auch ein zulässiges öffentliches Interesse daran, siehe BGE 140 II 194, 200, E. 5.8.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 515; BIAGGINI, Art. 5 Rz. 15; SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 43.

²³ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 288, 302, 308 ff.; RL Rechtsetzung, S. 46 f.

²⁴ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 310.

²⁵ Immerhin gebiete die grosse Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Polizeirecht eine Wiederholung, siehe Weisung PolG, S. 889 f. und FLEISCHMANN, Rz. 207. Zur Problematik aus Sicht der Rechtsetzungstechnik siehe MÜLLER/UHLMANN, Rz. 310.

²⁶ Trotz der Wiederholung des Verhältnismässigkeitsprinzips in den einleitenden Bestimmungen im Polizeigesetz (Weisung PolG, S. 889 f.) wird seine Nennung in mehreren Bestimmungen abgelehnt, «da sonst der Umkehrschluss gezogen werden könnte, dass dieser Grundsatz in gewissen Fällen nicht gilt», Weisung PolG, S. 890. Das Verhältnis-

Wiederholungen finden sich auch auf Bundesebene. Die Bundesgesetzgebung nennt ebenfalls ausdrücklich das Verhältnismässigkeitsprinzip. So regelt Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1), dass die «Bearbeitung [von Personendaten] nach Treu und Glauben zu erfolgen [hat] und [...] verhältnismässig sein» muss.²⁷ Die Verhältnismässigkeit entspricht dem Verfassungsrecht. Immerhin wird sie auch für die Privaten für anwendbar erklärt. Art. 4 Abs. 2 DSG hat also im Gegensatz zu § 10 PolG eine selbständige Bedeutung erfahren.

Die nachfolgenden Beispiele zeigen, dass die Verhältnisse komplexer liegen. Art. 50 der Verordnung über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe vom 6. März 2000 (Schwerverkehrsabgabeverordnung, SVAV, SR 641.811) regelt die Möglichkeit von Sicherungsmassnahmen für die Behörden, wenn die Schwerverkehrsabgabe nicht bezahlt wird. Art. 50 Abs. 1 *lit. b* SVAV sieht vor, dass das Fahrzeug beschlagnahmt werden kann, «soweit dies unter den gegebenen Umständen verhältnismässig ist». Auch hier kann man sich die Frage stellen, ob die Erwähnung der Verhältnismässigkeit notwendig ist. Eigentlich muss sich jede verwaltungsrechtliche Sanktion am Massstab der Verhältnismässigkeit messen lassen. Allerdings bringt Art. 50 Abs. 1 SVAV doch eine klare Wertung zum Ausdruck. In Art. 50 Abs. 1 *lit. a* SVAV ist geregelt, dass bei Zahlungsverzug dem Fahrzeuglenker die Weiterfahrt verweigert werden kann. Bei dieser Formulierung findet sich der Zusatz der Verhältnismässigkeit nicht. Die Verweigerung der Weiterfahrt kann also quasi in jedem Fall angeordnet werden, soweit nicht ausnahmsweise doch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzt sein könnte, etwa wenn der geschuldete Betrag ausserordentlich klein wäre.²⁸ Im Normalfall will aber der Gesetzgeber, dass bei Zahlungsverzug die Behörde ohne grösseren Begründungsaufwand die Weiterfahrt verhindern kann.

Anders liegen die Verhältnisse bei Art. 50 Abs. 1 *lit. b* SVAV. Bei der Beschlagnahmung wird die Behörde gezwungen, die Frage der Verhältnismässigkeit sorgfältig zu prüfen. Sie muss, wenn sie eine entsprechende Verfügung erlässt, darlegen, aus welchen Gründen sie vorliegend das Fahrzeug beschlagnahmt hat und die Beschlagnahme deshalb nicht unverhältnismässig erscheint. In diesem

mässigkeitsprinzip ist in vielen Bereichen der polizeilichen Tätigkeit zu beachten (JAAG in: Kommentar PolG/ZH, § 10 Rz. 3, m.Verw. auf BGE 141 IV 417, 421 E. 2.3 und 2.4).

²⁷ In der Literatur wird auf den Sinngehalt des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsprinzips abgestellt. Überdies richte sich Art. 4 DSG neben Bundesorganen auch auf private Personen, siehe BAERISWYL in: SHK DSG, Art. 4 Rz. 20.

²⁸ Zu dieser Bestimmung siehe NUSSBAUMER, Rz. 1 f.

Sinn spricht vieles dafür, dass der Vorbehalt der Verhältnismässigkeit in Art. 50 Abs. 1 lit. b SVAV nicht überflüssig ist.

Noch deutlicher wird die Relevanz der Verhältnismässigkeit in § 220 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich vom 7. September 1975 (PBG, LS 700.1). Abs. 1 dieser Bestimmung lautet:

«Von Bauvorschriften ist im Einzelfall zu befreien, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der Vorschriften unverhältnismässig erscheint.»

Hier wird der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verwendet, um die gesetzlichen Regelungen zu *flexibilisieren*, die im Einzelfall zu streng erscheinen können. Die Ausnahmegewilligung nach § 220 Abs. 1 PBG wird erteilt, obwohl nicht alle Voraussetzungen für eine Bewilligung erfüllt sind. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit konstituiert und begrenzt die Ausnahmegewilligung. Würde eine solche Bestimmung fehlen, wäre zwar auch denkbar, dass im Einzelfall eine Bestimmung des Planungs- und Baugesetzes sich als unverhältnismässig erweisen könnte.²⁹ Es ist aber offensichtlich, dass eine solche Ausnahme von den Verwaltungsbehörden und den Gerichten viel zurückhaltender angenommen würde.³⁰ Der Gesetzgeber kann im Ergebnis den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zur Flexibilisierung seiner eigenen Rechtsetzung einsetzen.³¹

Ein weiteres Beispiel, in dem die (Un-)Verhältnismässigkeit durch den Gesetzgeber konkretisiert wird, stellt Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02) dar. Die Bestimmung sieht vor, dass Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt für ortsfremde Anbieter «in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig [sind], wenn sie: c. verhältnismässig sind.» Abs. 2 definiert, welche Beschränkungen nicht als verhältnismässig gelten, namentlich wenn

- «a. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erreicht wird;
- b. die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;

²⁹ Zu diesem und weiteren Beispielen von Ausnahmegewilligungen siehe GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 349 ff.

³⁰ Zur notwendigen Flexibilität für die rechtsanwendenden Behörden siehe SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 52, m.Verw. auf BGE 117 Ia 472, 486 f., E. 3g/bb.

³¹ Nach GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 166 f., wird dadurch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit konkretisiert. Überdies gebieten detaillierte Vorschriften im Einzelfall ein Abweichen von der Norm (GRIFFEL, Raumplanung, S. 200).

- c. zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird;
- d. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat.»

Anhand dieser Beispiele kann ein erstes Fazit gezogen werden: Es ist nicht selten der Gesetzgeber, der den Grundsatz der Verhältnismässigkeit konkretisiert. In Fällen, in denen das Gesetz den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht oder nicht konkretisierend regelt, wird auf die Verfassung zurückzugreifen sein.³² In Fällen, in denen das Gesetz den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt, wird das verfassungsmässige Prinzip unmittelbar angewendet³³, wodurch dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine «*normkorrigierende Funktion*»³⁴ zukommt. Das Bundesgericht prüft «die Verhältnismässigkeit von Gesetzen [allerdings] nur mit Zurückhaltung und greift erst dann ein, wenn die Massnahme offensichtlich ungeeignet ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen.»³⁵ Auch daran zeigt sich der Einfluss des Gesetzgebers.

Bei der näheren Betrachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit soll grundsätzlich der klassischen Trias³⁶ der Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gefolgt werden, nämlich der Voraussetzung der Eignung bzw. Tauglichkeit, der Voraussetzung der Erforderlichkeit und der Voraussetzung der Zumutbarkeit.³⁷ Ergänzt werden diese Überlegungen mit einem Blick auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung sowie mit einem Blick auf das Verhältnis zwischen Verhältnismässigkeitsprüfung und Ermessen.

³² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 Rz. 3.

³³ GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 167.

³⁴ GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 169.

³⁵ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 52, m.Verw.; ähnlich HOFSTETTER, Rz. 420 f. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 66 f., setzt dem Korrektur- bzw. Derogationsmechanismus aufgrund der gewaltenteiligen Funktionen- und Verantwortlichkeitsordnung jedoch Grenzen.

³⁶ Zu den drei Kriterien siehe auch EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 70. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 Rz. 3a, walten jedoch Zurückhaltung in der Handhabung der drei Teilelemente. Siehe zum beschränkten Leistungsvermögen der Trias MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 31 ff. Zum Ursprung der drei Teilelemente des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes siehe SEILER, S. 215.

³⁷ Statt vieler BGE 141 I 20, 32, E. 6.2.1; 140 I 381, 389, E. 4.5; 140 I 353, 373 f., E. 8.7, wobei das Bundesgericht nicht in jedem Fall alle Elemente der Verhältnismässigkeit prüft, siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 515, m.Verw. auf BGE 139 II 121, 132, u.a. Zur Methode der Prüfung der Verhältnismässigkeit im Gesetzgebungsverfahren siehe in diesem Band G. MÜLLER, S. 104 ff.

II. Ansatzpunkte des Gesetzgebers

1. Prüfung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

«Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation.»³⁸ Mit diesem prägnanten Diktum begründet MONTESQUIEU den Grundsatz, wonach die unnötigen Gesetze die Notwendigen schwächen. Sie dürfen nicht erlassen werden.³⁹

Der Grundsatz von MONTESQUIEU ist allgemein anerkannt.⁴⁰ Genauso anerkannt ist aber auch, dass diese Aufforderung gegenüber dem Gesetzgeber weitgehend wirkungslos verpufft. Niemand ist für unnütze Gesetze. Trotzdem werden sie erlassen.⁴¹

Am Diktum von MONTESQUIEU zeigt sich gut der Bezug zwischen Verhältnismässigkeit und öffentlichem Interesse. Für die Zielsetzung eines Gesetzes und damit über das öffentliche Interesse entscheidet grundsätzlich der Gesetzgeber. Würde der Grundsatz von MONTESQUIEU konsequent durchgesetzt, ergäbe sich eine erhebliche Machtverschiebung vom Gesetzgeber hin zu den Gerichten. Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ist auch immer ein Ausarieren zwischen Gesetzgeber und Gerichten. Ähnliches gilt für den Prozess der Rechtsanwendung. Rechtsnormen erfahren durch die rechtsanwendenden Behörden immer eine gewisse Präzisierung.⁴² Dies geschieht vor allem in den Fällen, in denen der Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden einen Ermessensspielraum überlässt.⁴³ Nicht von der Hand zu weisen ist auch, dass in der Regel nur durch das Zusammenwirken von Rechtsetzung und Rechtsan-

³⁸ MONTESQUIEU, Buch XXIX, Kapitel XVI.

³⁹ Siehe auch MÜLLER/UHLMANN, Rz. 281.

⁴⁰ Vgl. bei HOFSTETTER, Rz. 256 und 354 ff.

⁴¹ Zur Notwendigkeit einer Qualitätskontrolle für Gesetze siehe WINZELER, S. 188. Zur Qualität der Rechtsetzung siehe UHLMANN, Qualität der Gesetzgebung, S. 171 ff. und MÜLLER/UHLMANN, Rz. 62 ff. Zur Frage der tatsächlichen Erforderlichkeit von einem neuen Gesetz siehe HOFSTETTER, Rz. 21 und 354 ff.

⁴² Zum Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung siehe MÜLLER/UHLMANN, Rz. 31 ff. und bereits MÜLLER, Inhalt und Formen, S. 54 ff. CRAMER, S. 515 ff., erachtet die Auslegungshoheit der Gesetze durch die Gerichte als problematisch. Wiederum kritisiert wurde seine Ansicht durch GSCHWEND, S. 892 ff. Zur Problematik der «Einzelfall-Beurteilung» des Verhältnismässigkeitsprinzips durch die Gerichte siehe SEILER, S. 233 ff.

⁴³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 809 f.

wendung eine angestrebte Regelung verwirklicht wird.⁴⁴ Dies zeigt sich auch an den einzelnen Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit und sollte im Auge behalten werden, wenn für eine Verschärfung der Verhältnismässigkeit gegenüber dem Gesetzgeber eingetreten wird.

2. Prüfung der Tauglichkeit einer Massnahme

«Eine Verwaltungsmassnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel [...] geeignet [...] sein.»⁴⁵ Ein untaugliches Gesetz ist ein unverhältnismässiges Gesetz.⁴⁶ Das Bundesgericht hat diesbezüglich in vielen Fällen aber einen milden Massstab angewendet⁴⁷. Am aussagekräftigsten ist ein älterer Entscheid aus dem Jahre 1983, bei dem sich das Bundesgericht mit der Frage beschäftigen musste, ob die Festlegung einer Preisparität zwischen dem billigsten alkoholischen Getränk und dem billigsten alkoholfreien Getränk der Wirtschaftsfreiheit widerspricht. Das Bundesgericht formulierte dabei:

«Die von der angefochtenen Norm erstrebte Preisparität mag möglicherweise keine starke Wirkung gegen den Alkoholismus entfalten, sie braucht aber nicht völlig wirkungslos zu sein. [...] Wie viele Gefährdete sich vom Preis beeinflussen lassen, kann man nicht wissen. Es ist aber durchaus möglich, dass derjenige, der wegen des Preisunterschiedes das alkoholhaltige Getränk wählen würde und zudem alkoholgefährdet ist, mit der angefochtenen Bestimmung vom Alkoholenuss abgehalten wird.»⁴⁸

Fast flehend fährt das Bundesgericht fort, dass es wenig wirksame Mittel gegen den Alkoholmissbrauch gebe und diejenigen, die zur Verfügung stünden, solle man nicht «verschmähen».⁴⁹ Vereinfachend kann man sagen, dass der Gesetzgeber solange etwas versuchen kann, soweit er sich nicht geradezu in dem Bereich des untauglichen Versuchs bewegt.⁵⁰

Interessant ist am vorstehenden Bundesgerichtsentscheid auch, dass im Vorfeld dieser Entscheidung durchaus Studien zum Konsumverhalten der Jugendlichen

⁴⁴ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 32.

⁴⁵ Urteil, BGer 1C_410/2012 vom 11. Juni 2013 E. 4.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 522.

⁴⁶ Zur Prüfung der Teilelemente der Verhältnismässigkeit im Rahmen der Rechtssetzung siehe in diesem Band M. MÜLLER, S. 13 ff.

⁴⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 522, m.Verw. auf BGE 135 II 105, 109 f.; 132 I 7, 11 ff. und 130 II 425, 439 f.

⁴⁸ BGE 109 Ia 33, 39, E. 4c.

⁴⁹ BGE 109 Ia 33, 39, E. 4c.

⁵⁰ Siehe Beispiele in BGE 132 I 7 ff., 12, E. 4.2; 136 I 1 ff., 6, E. 4.2.1; BGE 111 Ia 93, 99, E. 2b; 112 Ia 65, 69 ff., E. 5.

erhoben wurden.⁵¹ Diese sind aber offenbar nicht eindeutig gewesen. Aus unserer Sicht müsste ein Gericht durchaus differenzieren, dass es nämlich im Moment, in welchem eine Massnahme erstmals versucht wird, dem Gesetzgeber einen sehr grossen Gestaltungsspielraum lässt. Stellt sich dann aber später heraus, allenfalls durch eine Evaluation, dass eine Massnahme tatsächlich untauglich ist, sollte der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eine strengere Beurteilung erlauben.⁵²

Aus dem gleichen Grund kann man unseres Erachtens vorbringen, dass die oft geforderte Beobachtungspflicht des Gesetzgebers nicht blosses rechtspolitisches Postulat ist, sondern gerade bei Massnahmen, deren Tauglichkeit fraglich ist, über das Verhältnismässigkeitsprinzip zu einem Verfassungsgrundsatz werden, der von den Gerichten durchaus durgesetzt werden kann.⁵³

Aus diesem Grund erachten wir auch die unlängst erlassenen Zugangssperren zu einzelnen Websites im Geldspielbereich unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit für zulässig.⁵⁴ Namentlich werden im 7. Kapitel des Bundesgesetzes über Geldspiele die Einschränkung des Zugangs zu in der Schweiz nicht bewilligten Online-Spielangeboten vorgesehen.⁵⁵ Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass eine strengere Beurteilung gerechtfertigt sein wird, wenn sich in ein paar Jahren keinerlei Verbesserungen feststellen lassen und die aktuelle Tauglichkeit der Massnahme in Frage gestellt wird.

Die Prüfung der Tauglichkeit bzw. die Schwäche dieser Prüfung hängt auch eng mit dem zusammen, was der Gesetzgeber anzustreben versucht. Es geht also auch um das öffentliche Interesse, welches hinter dem Zweck der Massnahme steht. So hat das Bundesgericht etwa in BGE 136 I 1 ff. betreffend einem Hundegesetz festgehalten, dass «das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung [...] ein Faktum dar[stelle], das die Rechtssetzung legitimerweise beeinflussen darf und muss, wenn es aufgrund von Erhebungen festgestellt wird».⁵⁶ Spitzt man diese

⁵¹ BGE 109 Ia 33, 39, E. 4c.

⁵² Zum Korrektur- bzw. Derogationsmechanismus durch die Gerichte siehe unten S. 46 f.

⁵³ Zur Beobachtungspflicht siehe in diesem Band G. MÜLLER, S. 105 f.

⁵⁴ UHLMANN/STALDER, S. 367 ff. und Botschaft BGS, S. 8387 ff. A.A. THOUVENIN/STILLER, S. 13 ff. und THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN, S. 714 ff., die die Verhältnismässigkeit der Sperren in Frage stellen.

⁵⁵ Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS), BBl 2017 6245 ff., 6268 ff. (Art. 86–93 in Kraft ab 1. Juli 2019).

⁵⁶ BGE 136 I 1, 11, E. 4.4.2. Zum subjektiven Sicherheitsbedürfnis siehe bereits BGE 132 I 7, 12 f., E. 4.2.

Aussage des Bundesgerichts zu, reicht für die Tauglichkeit einer Massnahme und somit für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit bereits, dass wir daran glauben und uns dementsprechend sicherer fühlen. Das Hundegesetz muss also nicht die objektive Sicherheit erhöhen, sondern nur unser Sicherheitsbedürfnis befriedigen. Dies ist eine sehr niedrige Schwelle, die sich aus der bescheidenen – wenn nicht schlicht falschen – Zwecksetzung ergibt. Vom Sicherheitsgefühl abzugrenzen sind abstrakte Gefährdungen eines Polizeigutes, die eine Verallgemeinerung anzeigen und eine konkrete Gefährdung nicht nachgewiesen werden muss.⁵⁷ Derartige Gefährdungen werden durch die Regelungen in der Strassenverkehrsgesetzgebung oder im Bundesgesetz über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen vom 15. Dezember 2000 (Chemikaliengesetz, ChemG, SR 813.1) geschützt.⁵⁸ Hier bestehen unbestreitbar öffentliche Interessen, deren Bedeutung einen vorgelagerten Schutz notwendig erscheinen lassen. Das ist aber nicht zu vergleichen mit dem rein subjektiven Sicherheitsgefühl.

3. Auswahl und Gruppierung von Massnahmen

Die zweite Voraussetzung einer Verhältnismässigkeitsprüfung ist die Erforderlichkeit der Massnahme, die dem Gebot des geringst möglichen Eingriffes dient.⁵⁹ Für den Gesetzgeber stellen sich hier verschiedene Fragen. Zuerst sollte der Gesetzgeber überlegen, ob eigentlich die ihm zur Verfügung stehenden *Regelungsinstrumente* aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in die logische Folge einer Erforderlichkeitsprüfung gebracht werden können. Dem Gesetzgeber stehen als Regelungsinstrumente Ge- und Verbote, Anreize, Ausgleichsregelungen, gesteuerte Selbstregulierung, blosser Information oder die Bereitstellung von Leistungen zur Verfügung.⁶⁰ Man kann sich fragen, ob der Gesetzgeber zunächst auf blosser Information setzen muss, bevor er zu Befehlen (Gebote und Verbote) greift. Aus unserer Sicht ist eine solche schematische Strukturierung der Regelungsinstrumente abzulehnen, da deren Rangierung in

⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2607.

⁵⁸ Ebenso kann das Vorsorgeprinzip genannt werden: «In [...] Situationen der Ungewissheit bedeutet das Vorsorgeprinzip, dass den Unsicherheiten mit einer Sicherheitsmarge Rechnung zu tragen ist» (BGE 131 II 431, 443, E. 4.4.4).

⁵⁹ Zum geringst möglichen Eingriff und weiteren Begriffen siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 528 m.w.Verw.

⁶⁰ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 129, m.w.Verw.

der Logik der Erforderlichkeit durchaus unterschiedlich sein kann. Eine strikte Ausgleichsregelung (z.B. *punitive damages*) oder starke negative fiskalische Anreize können stärker wirken als ein Gebot oder Verbot, das möglicherweise nur mit einer geringfügigen Sanktion verbunden ist.⁶¹ Aus diesem Grund ist eine schematische Rangierung der Regelungsinstrumente abzulehnen. Richtig ist sicher die Forderung, dass der Gesetzgeber sich überlegen sollte, welche Regelungsinstrumente ihm tatsächlich zur Verfügung stehen und welches in der gebotenen Situation tatsächlich erforderlich ist.

An vielen Stellen stellt der Gesetzgeber der rechtsanwendenden Behörde mehrere Massnahmen zur Verfügung. Die Behörde kann und soll im Einzelfall *eine Auswahl* treffen. Hier hat der Gesetzgeber aber nicht nur zu überlegen, welche Massnahmen zur Verfügung stehen sollen, sondern auch, ob das Verhältnis der Massnahmen untereinander klar ist. Dies gilt etwa für Art. 3 der Disziplinarordnung der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich vom 2. November 2004 (Disziplinarordnung ETH Zürich, SR 414.138.1). Hier werden die Massnahmen nebeneinander aufgeführt, ohne dass sie in ein logisches Verhältnis zueinander gebracht werden. Unsicher ist auch, ob und in welcher Weise Massnahmen kombiniert werden können.

Anders ist die Rechtslage bei Art. 17 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61). In Art. 17 Abs. 1 BGFA nennt der Gesetzgeber fünf Disziplinar-massnahmen, welche der Aufsichtsbehörde zur Verfügung stehen. Es ist offensichtlich, dass von der Verwarnung (lit. a) über den Verweis (lit. b), die Busse (lit. c) und die befristete Berufsausübung (lit. d) bis zu einem dauernden Berufsausübungsverbot (lit. e) eine Abstufung im Sinne der Erforderlichkeit besteht.⁶² Ergänzend hält Art. 17 Abs. 2 BGFA fest, dass eine Busse nötigenfalls mit einem Berufsausübungsverbot verbunden werden kann. Die Sanktionen werden in der Reihenfolge ihrer Schwere aufgeführt und das Verhältnis untereinander ist geklärt.

Abstrakt formuliert kann der Gesetzgeber also die Gewichtung der Massnahmen vornehmen und damit bestimmen, welche Massnahme von der Behörde zuerst zu versuchen ist. Er kann die Massnahmen logisch gruppieren und ihr

⁶¹ Zum verhältnismässigen Einsatz von Regelungsinstrumenten siehe in diesem Band MÄCHLER, S. 67 ff.

⁶² Zur Abstufung der jeweiligen Massnahmen siehe POLEDNA in: Kommentar Anwalts-gesetz, Art. 17 Rz. 28 ff.

Verhältnis zueinander festlegen.⁶³ Natürlich kann er auch in diesem Punkt nicht eine Entscheidung treffen, die dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz offensichtlich widerspricht, also etwa eine unbedingte Sanktion leichter bewerten als eine bedingte. Aber der Gesetzgeber verfügt über einen Spielraum, den er nutzen sollte.

4. Determinierung des Abwägungsprozesses

Vielleicht am stärksten ist der Eingriff des Gesetzgebers, wenn er den Abwägungsprozess der Verhältnismässigkeitsprüfung determiniert, also die Voraussetzung der Zumutbarkeit umschreibt. Hier ist, wie dargelegt, das Verhältnis zum öffentlichen Interesse am greifbarsten: Die Verwaltungsmassnahme wird einer Abwägung unterzogen, «welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch ihre Wirkungen beeinträchtigenden privaten Interessen der Betroffenen miteinander vergleicht».⁶⁴ Für die Festlegung des öffentlichen Interesses kommt dem Gesetzgeber, wie dargelegt, eine erhebliche Definitionsmacht zu.⁶⁵

Als Beispiel kann dazu nochmals Art. 3 der Disziplinarordnung ETH Zürich herangezogen werden. Art. 3 Abs. 2 Disziplinarordnung ETH Zürich legt fest, wonach sich Art und Ausmass der Massnahme zu richten haben, nämlich «nach dem Verschulden, den Beweggründen und dem bisherigen Verhalten der betreffenden Person sowie nach Umfang und Wichtigkeit der gefährdeten oder verletzten Interessen der ETH Zürich». Bildlich könnte man davon sprechen, dass der Gesetzgeber die Gewichtssteine des Abwägungsprozesses festlegt.

Eine ähnliche Festlegung nimmt der Gesetzgeber in Art. 7a Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20) vor. Gemäss Art. 7a IVG gilt bei der Eingliederung grundsätzlich jede Massnahme als zumutbar, es sei denn, sie gefährde den Gesundheitszustand der einzugliedernden Person. Wiederum bildlich gesprochen hält hier der Gesetzgeber seinen Finger auf die Waage und drückt bezüglich der Zulässigkeit von Eingliederungsmassnahmen die Waage in Richtung Zulässigkeit. Praktisch als einziges Gegenargu-

⁶³ Kritik wird ausgeübt, wenn die Gewichtung gegenläufiger Interessen durch die Rechtsanwender erfolgt und ihnen dadurch die Entscheidungsbefugnis zusteht, siehe SEILER, S. 229 f. und 232 f.

⁶⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 556.

⁶⁵ Siehe auch BGE 126 II 300, 315, E. 5b; SEILER, S. 232 f. und oben S. 32 ff.

ment bzw. Gegengewicht wird die Gefährdung der Gesundheit akzeptiert. Ob die Massnahme beispielsweise unangenehm ist, soll im Abwägungsprozess keine Rolle spielen.

Der Gesetzgeber kann in der Determinierung des Abwägungsprozesses aber noch weiter gehen. Wenn er seinen Finger nicht nur auf die Waage hält, sondern die Waage geradezu arretiert, kann er allerdings leicht in Konflikt mit dem Verfassungsprinzip der Verhältnismässigkeit kommen. Dies zeigt sich gut an der Entscheidung BGE 140 I 2 ff. Darin hat das Bundesgericht ein Rayonverbot mit einer Mindestdauer von einem Jahr aufgehoben. Wörtlich hält das Bundesgericht fest, dass es nicht ersichtlich sei, «dass in jedem Fall der mit dem Rayonverbot angestrebten Gewaltprävention eine Mindestdauer von einem Jahr erforderlich sein soll und dies die mildeste Massnahme im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit darstellen soll».⁶⁶ Solche Arretierungen der Waage werden von Lehre und Rechtsprechung aus unserer Sicht zu Recht kritisch kommentiert.

Im Zusammenhang mit der Determinierung des Abwägungsprozesses kann man auch das Thema der Schematisierungen ansprechen. Diese dienen typischerweise der Praktikabilität. Sie geraten aber, wenn sie allzu schematisch sind, leicht in Konflikt mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit. Würde etwa eine Kanalisationsgebühr nur noch am Steuerwert der Liegenschaft bemessen und für eine Liegenschaft mit einem Wert von unter CHF 250'000 keine Kanalisationsgebühr erhoben, so ist leicht ersichtlich, dass eine solche Regelung sehr praktikabel ist (*de minimis* Klausel, Steuerwerte sind bereits vorhanden). Es besteht aber offensichtlich ein Problem der Verhältnismässigkeit (und der Rechtsgleichheit), wenn die effektive Benutzung der Kanalisation nicht berücksichtigt würde.⁶⁷

Zur Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips wird auch das Äquivalenzprinzip herangezogen.⁶⁸ Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, «dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss [...]. Der Wert der Leistung bemisst sich entweder nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Bürger verschafft (*nutzenorientierte Betrachtung*

⁶⁶ BGE 140 I 2, 39, E. 11.2.2.

⁶⁷ BGE 128 I 46, 52 ff., E. 4.

⁶⁸ BGE 141 V 509, 516 f., E. 7.1; BIAGGINI, Art. 5 Rz. 20; für den Bereich der Kausalabgaben siehe BIAGGINI, Art. 127 Rz. 6; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 488. Für eine kurze Übersicht zur Herleitung des Äquivalenzprinzips siehe LÖTSCHER, S. 470 f.

aus der *Optik des Leistungsempfängers*) oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs (*aufwandorientierte Betrachtung aus der Optik des Leistungserbringers*) [...]».⁶⁹

5. Verhältnismässigkeitsprüfung oder Ermessen?

Eine letzte, sehr schwierige Frage bleibt für den Gesetzgeber die Abgrenzung zwischen Verhältnismässigkeit und Ermessen. Auch hier kann nochmals an die Beispiele bezüglich Disziplinarsanktion erinnert werden. Ist es nun eine Frage der Verhältnismässigkeit oder des Ermessens, wenn eine Disziplinarbehörde eine bestimmte Massnahme ausspricht? Aufgrund der vorangehenden Punkte (Tauglichkeit, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit) ist offensichtlich, dass Ermesenselemente in die Verhältnismässigkeitsprüfung einfliessen und umgekehrt.

Die Frage ist jedoch nicht nur von theoretischem Interesse. Der Rechtsschutz ist in Fragen des Ermessens typischerweise eingeschränkt, währendem die Prüfung der Verhältnismässigkeit grundsätzlich als Rechtsfrage und damit in der Regel umfassend zu beurteilen ist.⁷⁰ Die Verletzung der Verhältnismässigkeit kann im Verfahren der öffentlich-rechtlichen Beschwerde selbständig geltend gemacht werden, wenn die Verletzung von anwendbarem Bundesrecht gerügt wird.⁷¹ Bei der Anwendung von kantonalem Recht beschränkt sich die Prüfung jedoch auf die Willkür.⁷² Das Verhältnismässigkeitsprinzip stellt kein verfassungsmässiges Recht dar, weshalb seine Verletzung bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde nicht selbständig, sondern nur im Zusammenhang mit der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht werden kann (Art. 113 ff., Art. 116 BGG).⁷³ Kantonale Verwaltungsgerichte prüfen Rechtsfragen, in der Regel aber nicht Ermessensfragen. Für den gerichtlichen Prüfungsmasstab spielt es also eine Rolle, ob eine bestimmte Rüge als Frage der Verhältnismässigkeit oder als Ermessensfrage geprüft wird.

⁶⁹ BGE 141 V 509, 517, E. 7.1.2 (Hervorhebung durch die Verfasser).

⁷⁰ Zur Rechts- und Ermessenskontrolle siehe RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, § 17 Rz. 1123 ff.

⁷¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 Rz. 21.

⁷² BGE 134 I 153, 158, E. 4.3; EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 32; HÄFELIN/MÜLLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1970a, m.w.Verw.

⁷³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 322 und 518 f., m.w.Verw. und Urteil, BGer 8C_502/2017 vom 30. November 2017, E. 7. Zum Ganzen siehe SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 16.

Für den Gesetzgeber dürfte es schwierig sein, zum Ausdruck zu bringen, ob die Richtigkeit einer Massnahme eine Ermessensfrage ist oder eine Frage der Verhältnismässigkeit.⁷⁴ Die Gesichtspunkte überschneiden sich. Es ist aber nicht verboten, wenn der Gesetzgeber explizit vorschreibt, in welchem Umfang etwa die Gerichte eine bestimmte Frage nachprüfen sollen oder nicht. Solche punktuellen Eingriffe in die Kognition eines Gerichts sind durchaus richtig und sinnvoll, besser vielleicht als eine allgemeine Regelung der Kognitionsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts.⁷⁵ Damit entschärft sich möglicherweise die Abgrenzungsfrage zwischen Verhältnismässigkeitsprüfung und Ermessen.

III. Verhältnismässigkeit und Verfassungsänderungen

Eine ganz andere Frage ist das Verhältnis des Verfassungsgebers zur Verhältnismässigkeit. Hier ist offensichtlich, dass der Verfassungsgeber nicht nur nach oben schauen muss, also die Verhältnismässigkeit befolgen muss, sondern dass sein Blick wohl eher seitlich gerichtet ist, nämlich auf das Verhältnis verschiedener Verfassungsbestimmungen.

Die Frage der Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ist nicht nur rechtlicher, sondern auch rechtspolitischer Natur⁷⁶. Aus unserer Sicht soll und darf der Verhältnismässigkeitsgrundsatz – ungeachtet seines hohen Stellenwertes für das staatliche Handeln⁷⁷ – nicht über die Verfassung hinweg erhöht werden. Er ist nicht gottgegeben, sondern wird – wie andere Verfassungsgrundsätze auch – durch den Gesetzgeber und die Gerichte konkretisiert.⁷⁸ Dabei ist nach unserem Dafürhalten erst recht eine Konkretisierung durch den Verfassungsgeber zulässig und eine Derogation des Verhältnismässigkeitsprinzips ist

⁷⁴ Zur Abgrenzungsschwierigkeit siehe TANQUEREL, S. 230 f.

⁷⁵ Zur letzteren Kritik an der Regelung der allgemeinen Kognitionsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts siehe BIAGGINI/UHLMANN, Rz. 108 ff. Zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts siehe TANQUEREL, S. 229 f. und UHLMANN/SCHEIFELE, S. 303.

⁷⁶ Zur politischen Entwicklung und die Auswirkungen auf das Verhältnismässigkeitsprinzip siehe RASELLI, S. 1352 und zur – nach seiner Meinung – Aushebelung des Verhältnismässigkeitsprinzips, S. 1354 ff.

⁷⁷ HOFSTETTER, Rz. 96; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 3, bezeichnet das Verhältnismässigkeitsprinzip «als ‹goldene Regel› des modernen Rechtsstaats».

⁷⁸ Nach MAHON in: Commentaire Cst., Art. 5 Rz. 14, obliegt die Konkretisierung der Verhältnismässigkeit nicht nur dem Bundesgesetzgeber und dem kantonalen Gesetzgeber, sondern auch den Gerichten («*autorité d'application*»).

unserer Ansicht nach dann möglich, wenn Widersprüche in der Verfassung im Rahmen einer (Teil-)Revision explizit gewünscht werden.⁷⁹

Auch andere fundamentale Verfassungsgrundsätze sind der Disposition des Verfassungsgebers nicht entzogen. So ist etwa die Rechtsgleichheit, namentlich in der Form des Diskriminierungsverbotes, ein zentrales verfassungsrechtliches Anliegen (vgl. Art. 8 Abs. 1–3 BV). Dennoch hat der Bundesverfassungsgeber für den Militär- und Ersatzdienst nur Schweizer herangezogen und dabei eine Ungleichbehandlung der Geschlechter⁸⁰ in Kauf genommen (Art. 59 BV).

Art. 15 gewährleistet die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Dennoch hat der Verfassungsgeber in Art. 72 Abs. 3 BV den Bau von Minaretten verboten.⁸¹ Dies ist unseres Erachtens eine mögliche Konkretisierung von Art. 15 BV.⁸² Natürlich bestehen gute Gründe, Art. 72 Abs. 3 BV rechtspolitisch abzulehnen. Die Bestimmung stellt allerdings nach unserer Einschätzung keinen Verstoß innerhalb der Bundesverfassung dar.⁸³ Das gleiche gilt für Art. 59 BV.⁸⁴ Ob diese Bestimmungen mit *übergeordnetem Recht* vereinbar sind, namentlich der EMRK⁸⁵, ist eine andere Frage.

Aus dem gleichen Grund ist unseres Erachtens auch eine Überhöhung der Verhältnismässigkeit abzulehnen. In Art. 121 Abs. 3–6 BV (Gesetzgebung im Ausländer- und Asylbereich) hat der Gesetzgeber rechtspolitisch durchaus kritisierbare Verschärfungen des Ausländerrechts vorgenommen. Die Bestimmungen stellen aber keinen Verstoß gegen die Verhältnismässigkeit dar⁸⁶, sondern sind

⁷⁹ Siehe auch HOFSTETTER, Rz. 96 ff. und noch MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 69 f.; vgl. aber in diesem Band M. MÜLLER, S. 24 ff.; a.A. RASELLI, S. 1358 f.

⁸⁰ BONDOLFI, S. 139 ff.; MEYER in: SGK BV, Art. 59 N 4.

⁸¹ Siehe noch zur angenommenen Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» vom 29. November 2009 WINZELER, S. 186.

⁸² Ähnlich BIAGGINI, Art. 72 Rz. 13, wonach die neuere Verfassungsbestimmung von Art. 72 Abs. 3 den älteren Bestimmungen (namentlich Art. 8 Abs. 2 und Art. 15 BV) vorgehen würde.

⁸³ MÜLLER, Gute Gesetzgebung, S. 80, der davon ausgeht, dass das Verbot des Baus von Minaretten gegen die Rechtsgleichheit oder gar das Diskriminierungsverbot verstossen würde.

⁸⁴ MEYER in: SGK BV, Art. 59 N 4.

⁸⁵ Vgl. zu Art. 59 BV DIGGELMANN/ALTWICKER in: BSK BV, Art. 59 N 10, 16 und 22 sowie MEYER in: SGK BV, Art. 59 N 10, 16 sowie 19 und zu Art. 72 Abs. 3 BV WINZELER in: BSK BV, Art. 72 N 59 und KLEY in: SGK BV, Art. 72 N 28, 32 ff.

⁸⁶ So auch HANGARTNER, S. 475, m.w.Verw. Siehe BIAGGINI, Art. 121 Rz. 20, der davon ausgeht, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip ausgeschaltet wird, dies jedoch bewusst in Kauf genommen wurde. Der direkte Gegenentwurf zur Ausschaffungsinitiative sah

lediglich eine Konkretisierung dieses Grundsatzes. Wenn schon dem Gesetzgeber einige Freiheit zugestanden werden muss, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu konkretisieren, muss diese erst recht für den Verfassungsgeber gelten, andernfalls würde sich der Verfassungstext als unbeweglich erweisen.⁸⁷

IV. Verhältnismässigkeit und staatliche Leistungen

Ein relativ neues Phänomen stellt beim Verhältnismässigkeitsprinzip die Frage dar, ob dieses auch für *staatliche Leistungen* gilt.⁸⁸ Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat seinen Ursprung im *Polizeirecht*.⁸⁹ In diesem Rahmen hat es durch die Anwendung des Störerprinzips schärfere Konturen erfahren.⁹⁰ Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird grundsätzlich in der Eingriffsverwaltung angewendet.⁹¹ Diese zeichnet sich dadurch aus, dass eine Verwaltungstätigkeit Eingriffe in die Rechte und Freiheiten der Privaten führt⁹², währendem in der Leistungsverwaltung den Privaten durch eine Verwaltungstätigkeit staatliche Leistungen vermittelt werden.⁹³

Ausgelöst wurde die Diskussion betreffend die Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips in der Leistungsverwaltung durch BGE 136 V 395 ff. In diesem Entscheid ging es um die Verwendung eines sehr teuren Medikamentes. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass dieses im konkreten Fall bereits gemäss

die ausdrückliche Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit vor, Rz. 1 und 20, m.w.Verw. Zum *Obiter Dictum* des Bundesgerichts (BGE 139 I 16, 23 ff., E. 4 und 5), in dem sich das Bundesgericht für eine Interessenabwägung aussprach, siehe RASELLI, m.w.Verw.

⁸⁷ Zu diesem Ergebnis siehe HOFSTETTER, Rz. 98. Es gibt durchaus Bestimmungen in der Bundesverfassung, die gegenüber anderen Bestimmungen absoluten Vorrang geniessen, namentlich ist Art. 78 Abs. 5 BV (Moore und Moorlandschaften) zu nennen (BGE 138 II 281, 295, E. 6.2). Überdies kommt Art. 7 BV (Menschenwürde) eine privilegierte Stellung zu (BELSER/MOLINARI in: BSK BV, Art. 8 N 72, m.w.Verw.).

⁸⁸ Bejahend EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 33; SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 49; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 520.

⁸⁹ GRIFFEL, Verwaltungsrecht, Rz. 153. Zum Ursprung im deutschen Öffentlichen Recht siehe WAHL, S. 823 ff. Zu den Ursprüngen des Verhältnismässigkeitsprinzips im *Wirtschaftsrecht*, siehe SEILER, S. 213 f. und SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 47.

⁹⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 Rz. 3a.

⁹¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 Rz. 19.

⁹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 33.

⁹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 36.

den sozialversicherungsrechtlichen Grundlagen nicht zu vergüten war.⁹⁴ Es ergänzte aber seine Ausführungen wie folgt:

«Unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit, die für das gesamte Staatshandeln gilt (Art. 5 Abs. 2 BV), ist eine Leistung zu verweigern, wenn zwischen Aufwand und Heilerfolg ein grobes Missverhältnis besteht [...]»⁹⁵

Die entsprechende Entscheidung wurde von der Lehre unterschiedlich aufgenommen.⁹⁶ Sie ist unseres Erachtens nicht unproblematisch und stellt eine nicht unbedeutende Erweiterung gerichtlicher Kompetenzen dar. Nach unserem Verständnis setzt das Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Einräumung staatlicher Leistungen ausnahmsweise Einschränkungen, wodurch Leistungsansprüche der Privaten limitiert werden können.⁹⁷ Unter welchen Voraussetzungen Einschränkungen bei Leistungen, etwa bei Sozialhilfeleistungen, zulässig sind, stellt dagegen eine andere Frage dar. Hier handelt es sich um eine klassische Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips.⁹⁸ Die Anwendung der klassischen Trias des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Eignung bzw. Tauglichkeit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit) – welche für die Eingriffsverwaltung konzipiert wurde⁹⁹ – kann beim Entzug staatlicher Leistungen jedoch zu weniger sachgerechten Ergebnissen führen¹⁰⁰ und das Verhältnismässigkeitsprinzip bedarf bei der Leistungsverwaltung zumindest weiterer Klärung.¹⁰¹

Es bleibt dem Gesetzgeber unbenommen, die Verhältnismässigkeit zum Massstab von staatlichen Leistungen zu machen. Eine strukturierte Handhabung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Sinne der klassischen Trias hat denn auch das Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG, SR 151.3) erfahren. Interessanterweise hat hier der Bundesgesetzgeber

⁹⁴ BGE 136 V 395, 406, E. 6.10.

⁹⁵ BGE 136 V 395, 407 f., E. 7.4.

⁹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 520, sprechen von einer «multidirektionalen Schutzrichtung» des Grundsatzes, der über den Schutz des Einzelnen auch die Einräumung staatlicher Leistungen limitieren kann. Siehe auch HOFSTETTER, Rz. 455 ff. und MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 51 ff., 55 f.

⁹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 520; HOFSTETTER, Rz. 466 ff.; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 51 ff.

⁹⁸ Zur Massgeblichkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips beim Ausschuss von einer Bildungseinrichtung oder der Kürzung von Sozialleistungen siehe EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 68, m.w.Verw.

⁹⁹ SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 50.

¹⁰⁰ SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 50; kritisch bereits RHINOW, S. 174.

¹⁰¹ RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX, Rz. 2629.

einen ganzen Abschnitt unter dem Titel «Verhältnismässigkeit» erlassen. Er regelt dabei die Gewichte, die in der Abwägung zu verwenden sind, und setzt für besondere Fälle die Abwägung fest (Art. 11 f. BehiG und Art. 6 der Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 19. November 2003 [Behindertengleichstellungsverordnung, BehiV, SR 151.31]. Im Bereich staatlicher Leistungen ist ein solches «Arretieren der Waage»¹⁰² nicht zu beanstanden.

Schwierige Fragen stellen sich dort, wo die Verfassung Sozialrechte vorsieht. Im Kanton Basel-Stadt wurde beispielsweise am 10. Juni 2018 ein Recht auf Wohnen angenommen.¹⁰³ Der Kanton wird dadurch zur Beschaffung eines Wohnraumes für alle in Basel-Stadt wohnhaften und angemeldeten Personen in die Pflicht genommen.¹⁰⁴ Dem Gesetzgeber wird hier ein Gestaltungsspielraum zugestanden, um den Umfang der staatlichen Leistungen zu definieren. Wie der Gesetzgeber diese Vorgaben umsetzen wird, ist noch offen.¹⁰⁵ Interessanterweise ist es in diesem Fall tatsächlich der Gesetzgeber, der sich bei einer allenfalls zurückhaltenden Umsetzung dieses Sozialrechts auf die Verhältnismässigkeit berufen kann. Er kann vorbringen, dass zu grosszügige Massnahmen nicht finanzierbar wären.

¹⁰² Siehe dazu auch oben, S. 44.

¹⁰³ Nach Art. 41 Abs. 1 lit. e BV setzen sich Bund und Kantone «in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können». Ein Recht auf Wohnung wird auf Bundesebene aufgrund der mangelnden individualrechtlichen und gerichtlichen Durchsetzbarkeit verneint, siehe BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, Art. 41 Rz. 62, m.w.Verw. Vgl. auch Art. 108 Abs. 1 BV (Wohnbau- und Wohneigentumsförderung) und Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen).

¹⁰⁴ Nach § 11 Abs. 2 lit. c der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (KV; SG 111.100) gewährleistet die Verfassung, «dass der Kanton das Recht auf Wohnen anerkennt. Er trifft die zu seiner Sicherung notwendigen Massnahmen, damit Personen, die in Basel-Stadt wohnhaft und angemeldet sind, sich einen ihrem Bedarf entsprechenden Wohnraum beschaffen können, dessen Mietzins oder Kosten ihre finanzielle Leistungsfähigkeit nicht übersteigt. [...]».

¹⁰⁵ Vgl. § 11 Abs. 2 lit. c der Verfassung des Kantons Basel-Stadt zur Umsetzungsfrist von zwei Jahren (nach Annahme durch die Stimmberechtigten). Der Regierungsrat beauftragte eine interdepartementale Arbeitsgruppe, um die entsprechenden möglichen Umsetzungsmassnahmen zu prüfen (siehe Medienmitteilung vom 2. April 2019).

V. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der Gesetzgeber die Verhältnismässigkeit nicht als blosser Einschränkung seines Gestaltungsspielraums verstehen sollte. Er hat sich vielmehr bei allen Elementen der Verhältnismässigkeit – Eignung bzw. Tauglichkeit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit – zu überlegen, ob und wie er diese im Gesetzesrecht am besten umsetzt. Anders gesagt: Der Gesetzgeber soll den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten, er soll ihn aber auch gestalten und konkretisieren.

Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. BEARBEITERIN in: *Commentaire Cst.*)
- BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT (Hrsg.), *SHK – Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz (DSG)*, Bern 2015 (zit. BEARBEITERIN in: *SHK DSG*)
- BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017
- BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, *Rechtsschutzlücken*, in: *Evaluation der Bundesrechtspflege, Zusammenfassung Studie «Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege» und «Studie Rechtsschutzlücken»*, Uhlmann Felix (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2014, S. 35 ff.
- BONDOLFI SIBILLA, *Wehrpflicht und Geschlechterdiskriminierung, Verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Anforderungen an die Wehrpflicht im Vergleich zum Modell Israel*, Diss. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012
- CRAMER CONRADIN, *Der unhistorische Gesetzgeber – Anregungen für eine stärkere Berücksichtigung geltungszeitlicher Ansichten des Gesetzgebers und eine verbesserte Kommunikation zwischen Legislative und Judikative*, in: *AJP 2006/05*, S. 515 ff.
- DONATSCH ANDREAS/JAAG TOBIAS/ZIMMERLIN SVEN (Hrsg.), *PolG, Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich*, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. BEARBEITERIN in: *Kommentar PolG/ZH*)
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITERIN in: *SGK BV*)
- FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. BEARBEITERIN in: *Kommentar Anwaltsgesetz*)
- FLEISCHMANN FLORIAN, *Polizeirechtliche Massnahmen zur Bekämpfung der Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, Eine systematische Darstellung der Rechtslage im Kanton Zürich*, Diss. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018

- GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017
- DERS., Raumplanungs- und Baurecht, in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017
- GSCHWEND LUKAS, Wider den «unhistorischen Gesetzgeber», in: AJP 2006/07, S. 892 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HANGARTNER YVO, Unklarheiten bei Volksinitiativen, Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), in: AJP 2011/04, S. 471 ff.
- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Ausgewählte Aspekte, Diss. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014
- KELLER SILVAN/WERDER GREGORI, Zur verfassungskonformen Handhabung des revidierten Hooligan-Konkordats, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil vom 7. Januar 2014, 1C_176/2013 (teilw. publiziert in BGE 140 I 2), in: Sicherheit & Recht 2014/02, S. 149 ff.
- LÖTSCHER RICHARD, Das Äquivalenzprinzip im Bereich der öffentlichen Abgaben, in: AJP 2015/03, S. 469 ff.
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Droits fondamentaux, Volume II, 3. Aufl., Neuchâtel 2015
- MONTESQUIEU, L'esprit des lois, Tome II, Introduction, chronologie, bibliographie, relevé de variantes et notes par Robert Derathé, Bibliographie mise à jour et index par Denis de Casabianca, Paris 2011
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume I, Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012
- MÜLLER GEORG, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Habil. 1978, Basel 1979
- MÜLLER JÖRG PAUL, Gute Gesetzgebung in der Demokratie – Chancen und Klippen, in: Vom Wert einer guten Gesetzgebung, 16 Essays, Griffel Alain (Hrsg.), Bern 2014, S. 75 ff.
- MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSATZ PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BEARBEITERIN in: BSK BGG)
- NUSSBAUMER MARKUS, «Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung», Kurzbericht von der 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre der Universität Zürich, in: LeGes 29 2018/03
- RASELLI NICCOLÒ, Die Attacke auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, in: AJP 2015/10, S. 1351 ff.
- RHINOW RENÉ, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel 2000
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014

- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- SEILER HANSJÖRG, Glanz und Elend des Verhältnismässigkeitsprinzips – aus der Sicht der Gerichtspraxis, in: Quid iuris? Festschrift, Universitäre Fernstudien Schweiz, 10 Jahre Bachelor of Law, Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), Bern 2015, S. 213 ff.
- STOHNER NILS, Urteile 1C_176/2013 und 1C_684/2013 vom 7. Januar 2014 betreffend Hooligan-Konkordat, in: ZBJV 2014/02, S. 143 ff.
- TANQUEREL THIERRY, Le contrôle de l'opportunité, in: Le contentieux administratif, Bellanger François/Tanquerel Thierry (Hrsg.), Genf/Zürich/Basel 2013
- THOUVENIN FLORENT/STILLER BURKHARD/HETTICH PETER/BOCEK THOMAS/REUTIMANN KENTO, Keine Netzsperrern im Urheberrecht, in: sic! 2017/12, S. 701 ff.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- UHLMANN FELIX, Qualität der Gesetzgebung – Wünsche an die Empirie, in: Vom Wert einer guten Gesetzgebung, 16 Essays, Griffel Alain (Hrsg.), Bern 2014, S. 171 ff.
- UHLMANN FELIX, Legalitätsprinzip, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II., vollständig überarbeitete Neuaufl., Zürich, im Erscheinen
- UHLMANN FELIX/SCHEIFELE EVA, Les tribunaux sont-ils des roseaux? Quelques réflexions sur la relation entre le législateur et les tribunaux dans la procédure administrative, in: Entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique, Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Michel Hottelier/Maya Hertig Randall/Alexandre Flückiger (Hrsg.), Zürich, im Erscheinen
- UHLMANN FELIX/STALDER BEAT, «Unverhältnismässig, weil unwirksam»? Zur Verhältnismässigkeit von Zugangssperren, in: sic! 2018/07-08, S. 365 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITERIN in: BSK BV)
- WAHL RAINER, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Ausgangslage und Gegenwartsproblematik, in: Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Heckmann Dirk/Schenke Ralf P./Sydow Gernot (Hrsg.), Berlin 2013
- WINZELER CHRISTOPH, Variationen der Verhältnismässigkeit im Rechtsstaat – Symbolische Gesetzgebung?, in: SJZ 2010/106, S. 181 ff.

Materialien

- Antrag des Regierungsrates vom 5. Juli 2006 und Weisung zum Polizeigesetz, ABI 2006 856 ff.
- Botschaft zum Geldspielgesetz vom 21. Oktober 2015, BBI 2015 8387 ff.
- Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS), BBI 2017 6245 ff.
- Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 2. April 2019, Regierungsrat beschliesst weiteres Vorgehen zur Umsetzung der Verfassungsinitiative «Recht

auf Wohnen», abrufbar unter <<https://www.regierungsrat.bs.ch/nm/2019-regierungsrat-beschliesst-weiteres-vorgehen-zur-umsetzung-der-verfassungsinitiative-recht-auf-wohnen-rr.html>> (besucht am 17. April 2019)

Richtlinien der Rechtsetzung (RL Rechtsetzung), STRB Nr. 623 vom 1. Juli 2015, Zürich

THOUVENIN FLORENT/STILLER BURKHARD, Netzsperrern, Gutachten vom 16. September 2016, Zürich, abrufbar unter <<https://www.itsl.uzh.ch/dam/jcr:9607879d-3e04-4de2-b25a-bf46fa58d5ac/Gutachten%20Netzsperrern-final.pdf>> (besucht am 17. April 2019)

Umsetzung der Verhältnismässigkeitsprüfung im Gesetzes- und Verordnungsrecht

Eva Vontobel-Lareida

Inhaltsübersicht

I.	Anforderungen an die Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips in der Rechtsetzung	57
	1. Ausgangslage	57
	2. Anwendungsbeispiele	58
II.	Das Verhältnismässigkeitsprinzip bei offenen Normen: Einzelfallgerechtigkeit oder Rechtssicherheit?	60
	1. Ausgangslage	60
	2. Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei offenen Normen	60
	a) Symbolische Gesetzgebung: Sinn oder Unsinn?	60
	b) Möglichkeiten zur Konkretisierung offener Normen	62
	Literatur	65

I. Anforderungen an die Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips in der Rechtsetzung

1. Ausgangslage

Dass staatliches Handeln verhältnismässig sein muss, ist eine Selbstverständlichkeit¹ und war bereits vor der ausdrücklichen Regelung des Verhältnismässigkeitsprinzips in Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 anerkannt.² Die Frage nach der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns ist dabei die Frage nach dem Verhältnis zwischen Mittel und Zweck: Jede staatliche

¹ EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 61.

² Der Grundsatz wird auch in einer Vielzahl von Kantonsverfassungen erwähnt. Z.B. Art. 2 Abs. 2 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211); § 4 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SR 131.222.2); Art. 7 Abs. 2 Verfassung des Kantons Waadt vom 14. April 2003 (SR 131.231); § 2 Abs. 2 Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 (SR 131.213).

Massnahme muss darauf hin überprüft werden, ob ihre konkrete Ausgestaltung zur Erreichung eines bestimmten Zieles geeignet und erforderlich ist und ihre Wirkung nicht in einem Missverhältnis zu den durch sie beeinträchtigten Rechten oder Interessen steht (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn).³ Dabei sind insbesondere die Interessen der Betroffenen in Betracht zu ziehen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist für sämtliche Aspekte staatlichen Handelns massgebend und richtet sich damit insbesondere auch an die Rechtsetzung, weshalb jede Norm, die erlassen wird, darauf hin zu prüfen ist, ob sie vor diesem Grundsatz standhält oder nicht. Allerdings auferlegt sich das Bundesgericht eine gewisse Zurückhaltung bei der Prüfung, ob eine Norm vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält und greift erst ein, wenn eine gesetzlich vorgeschriebene Massnahme offensichtlich ungeeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen oder wenn die betroffenen Interessen in offensichtlich willkürlicher Art gewertet wurden.⁴ Für das Bundesgericht ist bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit kantonaler Normen praxisgemäss nur massgebend, ob der angefochtenen Norm nach den anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigegeben werden kann, der sich mit dem übergeordneten Recht vereinbaren lässt. Es hebt deshalb ein kantonales Gesetz im formellen Sinn oder eine kantonale Verordnung nur auf, falls die fragliche Norm sich jeder verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung entzieht.⁵

2. Anwendungsbeispiele

Im Polizeirecht, welches das hoheitliche Handeln im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols regelt, gelten grundsätzlich dieselben verfassungsrechtlichen Garantien zum Schutz der Grundrechte wie in den übrigen Rechtsgebieten. Der Verhältnismässigkeit kommt neben dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses jedoch besondere Bedeutung zu.⁶ Um deren Anforderungen zu genügen, muss eine Massnahme zur Erreichung des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sein. Der staatliche Eingriff darf dabei in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen. Zudem sind die sich entgegenstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen und die ge-

³ EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 67 ff., insbesondere N 70.

⁴ MÜLLER/UHLMANN, N 52 mit Verweisen.

⁵ BGE 140 I 353, 358, E. 3.

⁶ BGE 140 I 353, 373, E. 8.7 mit Verweisen.

plante Massnahme muss im Verhältnis zur Schwere des Grundrechtseingriffs für die Betroffenen zumutbar sein. Schliesslich muss die Massnahme in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen und dem Rechtsschutz der Betroffenen ist besondere Bedeutung beizumessen. In diesem Sinne hatte das Bundesgericht §§ 32 e und f des Polizeigesetzes des Kantons Zürich vom 23. April 2007 (PolG/ZH) zu prüfen, in denen die polizeiliche Vorermittlung und die Informationsbeschaffung im Internet geregelt werden sollte. Es erachtete dabei die Regelung der verdeckten Vorermittlung in § 32 e PolG/ZH als verhältnismässig, da diese durch die Schwere der Straftat gerechtfertigt sein muss und die Bestimmung zusätzlich eine Regelung der Verfahrensrechte und des Rechtsschutzes der betroffenen Personen enthält. Demgegenüber verneinte das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit der in § 32 f PolG/ZH vorgesehenen Fahndung im Internet. Die darin vorgesehene Massnahme richtete sich gegen einen unbeschränkten Benutzerkreis, nämlich gegen sämtliche Benutzer elektronischer Kommunikationsplattformen, wobei das Sammeln von Informationen aus dem Privatbereich sämtlicher Nutzer erlaubt werden sollte, ohne dass ein Verdacht rechtswidrigen Verhaltens oder auch nur ein entsprechender Anhaltspunkt vorliegen musste. Dabei erachtete das Bundesgericht – angesichts des grossen öffentlichen Interesses – eine beispielhafte Aufzählung der massgebenden Straftaten, aus der hervorgeht, dass die Überwachung nur bei schwerwiegenden Gefahren möglich sein sollte, noch als ausreichend. Den Anwendungsbereich der Bestimmungen genau zu fassen, erachtete es jedoch nicht als möglich, da die konkreten Gefahren und Präventionsbedürfnisse sehr unterschiedliche Formen annehmen und nicht präzise vorhergesehen werden können. Da aber aufgrund der weiten Verbreitung und leichten Zugänglichkeit technischer Überwachungsmittel eine erhebliche Missbrauchsgefahr bestehe, müsse den bestehenden Missbrauchsgefahren wirksam begegnet werden. Da die angefochtene Vorschrift keine Regelung zum Rechtsschutz enthielt, wurde sie vom Bundesgericht als unverhältnismässig eingestuft.

II. Das Verhältnismässigkeitsprinzip bei offenen Normen: Einzelfallgerechtigkeit oder Rechtssicherheit?

1. Ausgangslage

Ein Gesetz kann nicht jede Frage beantworten, die sich in unbestimmter Zukunft möglicherweise einmal stellen wird. Die Gesetze müssen deshalb Normen enthalten, die auf möglichst viele Fälle anwendbar sind, was voraussetzt, dass der rechtsanwendenden Behörde die Möglichkeit übertragen wird, im Einzelfall eine gerechte und sachlich richtige Lösung zu finden.⁷ Dabei kann einer Verwaltungsbehörde Ermessen eingeräumt werden oder es können unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, die ausgelegt werden müssen. Während Ermessensentscheide nur beschränkt überprüft werden dürfen, ist es bei unbestimmten Rechtsbegriffen die Aufgabe der Gerichte, diese wertend auszulegen.⁸ Allerdings ist aus dem Wortlaut einer Norm häufig nicht klar, ob diese unbestimmte Rechtsbegriffe enthält oder Ermessensentscheide ermöglichen soll, weshalb bereits diese Abgrenzung durch Auslegung ermittelt werden muss. Dabei ist sowohl bei Ermessensausübung als auch bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe die Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen.

Der Wunsch, es den rechtsanwendenden Behörden zu ermöglichen, im Einzelfall eine angemessene Lösung zu finden, mithin der Wunsch nach einer offenen Norm, steht dabei notgedrungen in einem Spannungsverhältnis zu den Grundprinzipien der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit: Der Gesetzgeber und die Rechtsunterworfenen möchten zum Voraus möglichst genau wissen, wie eine Norm angewendet wird. Mithin besteht ein Bedürfnis nach Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

2. Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei offenen Normen

a) Symbolische Gesetzgebung: Sinn oder Unsinn?

Vor allem im Bereich der Eingriffsverwaltung, also immer dann, wenn in die Rechte und Freiheiten der Rechtsunterworfenen eingegriffen wird, ist das Ver-

⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 390 ff.

⁸ BGE 140 V 193, 194, E. 3.1; BGE 117 IV 457, 459 E. 2a.

hältnismässigkeitsprinzip von besonderer Bedeutung. Der Gesetzes- und Verordnungsgeber will deshalb häufig klarstellen, dass dieses bei der Anwendung der von ihm erlassenen Norm berücksichtigt werden muss und die Verwaltung die verfassungsmässigen Rechte auch tatsächlich einhält.⁹ Soweit sich die Konkretisierung einer offenen Norm in einem blossen Verweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip erschöpft, wird damit allerdings lediglich ausgeführt, was ohnehin gelten würde. Entsprechende Verweise sind deshalb verzichtbar – es gilt nichts Anderes und auch nicht mehr, als ohne sie.

Den Autorinnen und Autoren von Normen ist meist bewusst, dass ein Verweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip oder die Verwendung von Adjektiven wie «angemessen», «unverhältnismässig» oder «zweckmässig» nicht geeignet ist, den Auslegungs- bzw. Ermessensspielraum der rechtsanwendenden Behörden zu klären, da sowohl bei der Ausübung des Ermessens als auch bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ohnehin zu berücksichtigen ist. Aus politischen Gründen werden entsprechende Hinweise aber – trotz des rein symbolischen Werts – als unverzichtbar erachtet. In seltenen Einzelfällen, etwa wenn die Grundprinzipien des Rechtsstaats berührt sind, mag ein entsprechender Hinweis eine gewisse Berechtigung haben. Werden entsprechende Hinweise aber standardmässig eingefügt, besteht die Gefahr, dass der Begriff seines Sinnes entleert wird.

Im Polizeigesetz des Kantons Zürich wird dennoch im Anschluss an die Regelung der polizeilichen Generalklausel in § 9 PolG/ZH, einer notwendigerweise sehr offenen Norm¹⁰, auf das Verhältnismässigkeitsprinzip verwiesen. Auch wenn die Regelung in § 10 PolG/ZH eine gute Darstellung der Grundsätze des Verhältnismässigkeitsprinzips enthalten mag, indem es aufführt, dass der polizeiliche Eingriff zur Erfüllung der Aufgabe geeignet und erforderlich sein muss (Abs. 1), dass die mildeste Massnahme zu ergreifen ist (Abs. 2) und dass die Massnahmen nicht zu einem Nachteil führen darf, der in einem erkennbaren Missverhältnis zum verfolgten Zweck steht (Abs. 3), ist diese Bestimmung von rein deklaratorischer Bedeutung und damit rechtsetzungstechnisch verzichtbar. Im äusserst sensiblen Bereich der polizeilichen Eingriffsverwaltung hat sie je-

⁹ Vgl. etwa Art. 42 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁰ Sowohl «unaufschiebbare» Massnahmen als auch unmittelbar drohende oder eingetretene «schwere Störungen» sind offene Normen, die der Polizei grosses Ermessen einräumen.

doch einen hohen symbolischen Wert und soll ein politisches Signal setzen: Den Rechtsunterworfenen soll versichert werden, dass sich die staatlichen Zwangsmittel auf ein Minimum beschränken. Hinzu kommt, dass sich das Polizeigesetz nicht nur allgemein an sämtliche Rechtsunterworfenen richtet, sondern in besonderem Mass auch an die Mitarbeitenden der Polizei: Diesen soll es als Arbeitsinstrument dienen und mit dem Verweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip soll ihnen die Begrenzung ihrer Macht aufgezeigt werden.¹¹ Auch § 6 Abs. 3 GPR/ZH¹² legt fest, dass sich «staatliche Organe [...] sachlich und mit verhältnismässigem Einsatz von Mitteln an der Meinungsbildung beteiligen» können, soweit sie vom Thema direkt betroffen sind. Die Norm hat vorab die Bedeutung, dass klargestellt wird, dass sich die staatlichen Organe an der Meinungsbildung beteiligen dürfen, allerdings nur dann, wenn sie vom Thema direkt betroffen sind. Dass ihr Mitteleinsatz dabei verhältnismässig sein muss, ist selbstverständlich. Das Recht auf freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe hat jedoch einen sehr hohen Stellenwert in der Schweizerischen Demokratie, weshalb der Gesetzgeber den Hinweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip wohl als unverzichtbar erachtete.

b) Möglichkeiten zur Konkretisierung offener Normen

Eine Konkretisierung offener Begriffe in Normen ist möglich durch einen Hinweis auf die massgebenden Interessen.¹³ Denkbar ist auch eine Aufzählung der zulässigen Massnahmen und allenfalls deren Priorisierung¹⁴ oder die Angabe von Beurteilungskriterien, die bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen sind.¹⁵ Diese Konkretisierungen erfolgen häufig durch beispielhafte Aufzählungen und werden durch Begriffe wie «insbesondere», «namentlich», «vorab» eingeleitet. Sinnvoll und notwendig erscheinen sie, wenn ein erhöhtes Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit besteht, wie z.B. im Baurecht und

¹¹ Die Tagungsteilnehmenden störten sich denn auch mehrheitlich nicht an dieser Norm, sondern begrüssteten sie.

¹² Zürcher Gesetz über die politischen Rechte vom 1. September 2003 (GPR; LS 161).

¹³ So hält § 4 Abs. 2 des Zürcherischen Kantonalen Waldgesetzes vom 7. Juni 1998 (LS 921.1) die öffentlichen Interessen fest, gestützt auf die der Zugang für bestimmte Waldgebiete beschränkt werden kann.

¹⁴ Vgl. etwa die Aufzählung der möglichen Disziplinar-massnahmen in § 10 des Disziplinarreglements der Mittelschulen vom 2. Februar 2015 (LS 413.211.1).

¹⁵ Vgl. § 3 Abs. 2 der Verordnung über die polizeiliche Überprüfung von Neuzuzugsmeldungen (VpÜN) vom 31. Januar 2018 (LS 550.12) oder § 8 Strassenabstandsverordnung (StrAV) vom 19. April 1978 (LS 700.4).

im Disziplinarrecht. Allfällige Konkretisierungen sollten jedoch stufengerecht sein. Allzu detaillierte Regelungen auf Gesetzesstufe sind nicht wünschenswert. So wäre etwa eine Konkretisierung der einsetzbaren Mittel in § 6 Abs. 3 GPR/ZH kaum gerechtfertigt. In diesem Zusammenhang ist § 21 Abs. 5 PolG/ZH zu erwähnen, der durch den Regierungsrat mit der Verordnung über die polizeiliche Überprüfung von Neuzuzugsmeldungen konkretisiert wurde.¹⁶ § 21 Abs. 5 PolG/ZH enthält seit ihrer am 1. April 2018 in Kraft getretenen Änderung eine Ermächtigung der Polizei alle neu zuziehenden Einwohnerinnen und Einwohner einer Gemeinde systematisch und verdachtsunabhängig in den polizeilichen Systemen zu überprüfen. Damit werden sämtliche Einwohnerinnen und Einwohner, die ihre Meldepflicht erfüllen, unter Generalverdacht gestellt. Dies erscheint insbesondere deshalb als unverhältnismässig, weil angemeldete Personen – im Unterschied zu Personen, die sich in Hotels aufhalten und keine Meldepflichten haben – jederzeit kontaktiert werden können. Zudem sind die der Polizei zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auch ohne die Bestimmung in § 21 Abs. 5 PolG/ZH ausreichend: Personen aus Staaten ausserhalb des EU-/EFTA-Raumes durchlaufen ein Einreisebewilligungsverfahren, in dessen Rahmen das kantonale Migrationsamt oder allenfalls die Schweizer Vertretung im Ausland eine automatische Abfrage im Schengener Informationssystem durchführen. Zusätzlich wird regelmässig ein Strafregisterauszug des Heimat- und Herkunftsstaates verlangt. Bei Staatsangehörigen von EU/EFTA-Staaten und deren Familienangehörigen wird im Einzelfall, insbesondere wenn es zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit erforderlich ist, ebenfalls die Vorlage eines Strafregisterauszuges verlangt. Sind aus dem Ausland in die Schweiz einreisende Personen im automatisierten Fahndungssystem RIPOL verzeichnet, wird dies beim Aufruf des Zentralen Migrationssystems angezeigt. Sowohl bei Drittstaatsangehörigen als auch bei EU/EFTA-Staatsangehörigen erfolgt in diesem Fall eine Information an die Kantonspolizei. Eine zusätzlich flächendeckende Abfrage in den polizeilichen Fahndungssystemen scheint deshalb kaum verhältnismässig zu sein. Die dazu erlassene Ausführungsverordnung des Regierungsrates schränkt die gesetzlich festgelegte, uneingeschränkte Ermächtigung der Polizei jedoch ein, indem sie sachliche Gründe festlegt, welche die Polizei zur Abfrage berechtigen und zusätzlich – allerdings ebenfalls lediglich bei besonderen Gründen – eine stichprobenweise Überprüfung von zuziehenden Personen zulässt. Mit der Verordnung soll eine Auslegung des Gesetzestext-

¹⁶ Bei § 6 Abs. 3 GPR könnte etwa ergänzt werden, dass die aufgewendeten Mittel pro Einwohner einen bestimmten Prozentsatz nicht übersteigen dürfen.

tes vorgegeben werden, die dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügt. Damit ist wohl gleichzeitig der Nachweis erbracht, dass eine verfassungsmässige Auslegung der Norm möglich ist, womit diese einer Überprüfung durch das Bundesgericht wohl standhalten würde.¹⁷ Allerdings ist eine derart einschränkende Auslegung einer Gesetzesbestimmung auf Verordnungsstufe fragwürdig. Das Vorgehen ist denn auch absolut unüblich.

Eine gewisse Sonderstellung genießt in diesem Zusammenhang das Äquivalenzprinzip, welches das Verhältnismässigkeitsgebot im Bereich der Kosten und Gebühren konkretisiert: Letztere müssen sich in vernünftigen Grenzen bewegen und dürfen zum objektiven Wert der Leistung nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen. Der Wert der Leistung bemisst sich dabei entweder am Nutzen für die Rechtsunterworfenen oder am Aufwand für die Erbringung der konkreten Leistung (BGE 118 Ib 349, 352, E. 5).¹⁸ Gleiches gilt auch, wenn der Staat Private für Leistungen entschädigt. Auch diese Entschädigungen müssen immer in einem angemessenen Verhältnis zur Leistung des Privaten stehen. Konkretisierungen erfolgen in diesem Bereich häufig durch die Festlegung von Tarifen¹⁹ und von Mindest- und Höchstansätzen.²⁰ Dabei wird die Festlegung der Tarife in der Regel im Gesetz dem Verordnungsgeber delegiert und dieser gibt der rechtsanwendenden Behörde mit dem Tarif einen klaren Rahmen vor, innerhalb dessen das Ermessen auszuüben ist. Zudem werden häufig Kriterien angegeben, welche bei der Ausübung des verbleibenden Ermessens helfen, wie etwa die zeitliche Belastung, die Schwierigkeiten oder die Verantwortung.²¹ Die Tarife befriedigen im Bereich der Kostenaufgabe

¹⁷ Siehe vorne Fn 5.

¹⁸ Der Hinweis in § 57a Abs. 3 des Volksschulgesetzes (VSG) vom 7. Februar 2005 (LS 412.100), dass die Kurskosten für Elternbildungskurse im «Rahmen des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips» von den Eltern zu tragen sind, ist damit verzichtbar.

¹⁹ Vgl. § 4 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (LS 211.11), die eine Grundgebühr nach Streitwert vorgibt.

²⁰ Vgl. § 21 des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR) vom 25. Juni 2012 (LS 232.3), der einen Rahmen für die Entschädigung von Beistandspersonen von Fr. 1'000 - Fr. 25'000 für zwei Jahre festlegt.

²¹ So etwa § 4 Abs. 2 GebV OG, in dem dem Verhältnismässigkeitsprinzip durch die Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falls und des Zeitaufwandes des Gerichts Rechnung getragen wird oder § 4 der Verordnung über Entschädigung und Spesenersatz bei Beistandschaften (ESBV) vom 3. Oktober 2012 (LS 232.35), der einerseits einen Rahmen vorgibt und andererseits auf die Kriterien Zeitaufwand, Schwierigkeit und Verantwortung verweist.

und der Entschädigungen das in diesem Bereich erhöhte Bedürfnis nach Rechtsgleichheit.

Literatur

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITER in: BSK BV)

MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016

Verhältnismässiger Einsatz von Regelungsinstrumenten

August Mächler

Inhaltsübersicht

I.	Verhältnismässigkeit – auch ein Grundsatz für die Rechtsetzung	68
II.	Herausbildung der Regelungsinstrumente	69
	1. Regelungsinstrumente	69
	2. Verhältnismässigkeitsprüfung im Regelungsprozess	69
	a) Impulsgebung	70
	b) Aufnahme des Ist-Zustandes	70
	c) Konzeptionelle Vorarbeiten	71
	d) Redaktion des Entwurfs	71
	e) Überprüfung des Entwurfs	71
	f) Inkraftsetzung	72
	g) Kontrolle der Wirkungen und Korrektur von Mängeln	72
III.	Hundegesetzgebung: Beispiel aus der Eingriffsverwaltung	73
	1. Zweck	73
	2. Instrumente zum Schutze der öffentlichen Sicherheit	74
	3. Verbot für Hunderassen mit erhöhtem Gefahrenpotenzial	75
	a) Neue Regelung im Kanton Zürich	75
	b) Prüfung durch das Bundesgericht	76
	c) Grenzen der politischen Gestaltung	76
IV.	Sozialhilfe: Beispiel aus der Leistungsverwaltung	78
	1. Zweck und Übersicht über Regelungsinstrumente in Sozialhilfegesetzen	78
	2. Verhältnismässige Ausgestaltung von Regelungsinstrumenten in Sozialhilfegesetzen	79
	a) Angemessenheit der Leistung für die Zielerreichung	79
	b) Keine unnötige Härte bei Eingriffen in Leistungsansprüche	80
	c) Übergangsregelungen	81
	d) Abwägung gegenläufiger Ansprüche und Interessen	81
V.	Zusammenfassung	84
	Literatur	85

I. Verhältnismässigkeit – auch ein Grundsatz für die Rechtsetzung

Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV).¹ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist ein für das schweizerische Recht umfassend geltendes Prinzip. Es ist für alle Staatsgewalten und insbesondere auch für *alle Staatsfunktionen* massgebend. Zur Anwendung gelangt es nicht nur bei der Prüfung von Akten der Rechtsanwendung, sondern ebenso bei der Rechtsetzung.² Für PAUL RICHLI gehört es zu den Daumenregeln für die Rechtsetzung, dass Recht so auszugestalten ist, dass es in Bezug auf Einschränkungen von Rechtspositionen dem Prinzip der Verhältnismässigkeit genügt.³ Der Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz nennt sodann die Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit als erste Prüfkriterien für die einzusetzenden Regelungsinstrumente.⁴

So unbestritten die Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips für die Rechtsetzung ist, so wenig geklärt ist der genaue *Abstimmungsvorgang bei der Auswahl und der Ausgestaltung der Regelungsinstrumente*. Insbesondere ist nicht leicht zu eruieren, inwieweit der Grundsatz der Verhältnismässigkeit der politischen Gestaltung Grenzen setzt. Vor allem in Belangen der Leistungsverwaltung ist weitgehend offen, was eine verhältnismässige Zumessung der staatlichen Leistungen überhaupt bedeutet. Nach einer kurzen Klärung des Begriffes der Regelungsinstrumente und einer Betrachtung von deren Herausbildung im Rechtsetzungsprozess (II.) soll das Massnehmen am Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei den einzusetzenden Instrumenten an den Beispielen der Hundegesetzgebung (III.) und der Sozialhilfe (IV.) betrachtet werden. In einem abschliessenden Abschnitt sollen Folgerungen für eine verhältnismässige Ausgestaltung von Regelungsinstrumenten gezogen werden (V.).

¹ Siehe zu den Grundlagen in verschiedenen Kantonsverfassungen SCHINDLER, Rz. 397.

² MÜLLER, S. 47 ff. und SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 49. Ferner BGE 135 V 172, 182, E. 7.3.3; 96 I 234, 242, E. 5.

³ RICHLI, S. 422.

⁴ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Rz. 619, 660 ff.

II. Herausbildung der Regelungsinstrumente

1. Regelungsinstrumente

Wie für jedes Vorhaben ist auch für ein Rechtsetzungsprojekt von ausschlaggebender und zentraler Bedeutung, dass über die damit zu verfolgenden Ziele Klarheit geschaffen wird. Nur dann lässt sich ein griffiges und in sich stimmiges Regelwerk kreieren. Von den festgelegten Zielen ausgehend, die mit einem Erlass verfolgt werden, können erst die geeigneten Handlungsinstrumente zur Durchsetzung der Entscheidungen des Gemeinwesens und der gesellschaftlichen Verhaltenslenkung ausgewählt werden. Als Regelungsinstrumente kommen dabei namentlich in Betracht: Ge- und Verbote; Anreize (Einräumung von Vorteilen bei einem bestimmten Verhalten in Form von Subventionen oder Auferlegung von Abgaben bei unerwünschtem Verhalten); Bereitstellung von Leistungen, Organisation und Verfahren (Einrichtungen für Bildung oder Gesundheitsversorgung, Sozialversicherungen); Ausgleichsregelungen (Ersatz von Schäden, sozialer Ausgleich durch Umverteilung von Einkommen und Vermögen bei der Besteuerung); Einwirken auf das Verhalten durch Überzeugung (Warnungen und Empfehlungen); Gesteuerte Selbstregulierung.⁵

2. Verhältnismässigkeitsprüfung im Regelungsprozess

Die Abstimmung von Zielsetzung und Instrumenten begleitet uns durch den gesamten Rechtsetzungsprozess. In den einzelnen Phasen steht immer wieder die Frage im Raum, welche Regelungsinstrumente für die Erreichung der gesteckten Ziele neben anderen verhältnismässig sind. Es ist in den einzelnen Phasen zu prüfen, wie die Regelungsinstrumente auszugestalten und zu kombinieren sind, damit sie eine verhältnismässige Rechtsanwendung ermöglichen. Im Folgenden sollen die einzelnen Phasen des Rechtsetzungsprozesses kurz angeschaut und es soll dabei gefragt werden, ob und in welcher Art Überlegungen zur Verhältnismässigkeitsprüfung darin Platz finden. Wegleitend ist dafür die Phaseneinteilung im Standardlehrbuch von GEORG MÜLLER und FELIX UHLMANN.⁶ Dabei wird sich nicht immer scharf zwischen der politischen Opportuni-

⁵ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 129 ff.

⁶ Rz. 100 ff.

tät und der eigentlichen Verhältnismässigkeit im Rechtssinne unterscheiden lassen.

a) **Impulsgebung**

In der Phase der Impulsgebung werden häufig schlagwortartig einzelne Regelungsvorschläge an ein Gemeinwesen herangetragen: «Verbot für Kampfhunde»; «Keine Unterstützung für Sozialtouristen»; «Höhere Bildung für bildungsferne Schichten». Gegner der geforderten Regelungen ziehen umgehend den Bedarf und die Eignung von Verboten oder neuen staatlichen Leistungen in Zweifel: Verbote von Hunden erhöhen unsere Sicherheit nicht. Zucht- und Handelsverbote bilden unnötige Eingriffe in die freie Wirtschaft. Bildungsinitiative – ein Fass ohne Boden! Geltend gemacht oder in Frage gestellt werden die Wünschbarkeit bzw. die politische Opportunität einer Regelung. Bereits auf einer sorgfältigen Abwägung gegenläufiger Interessen bei einem Regelungsinstrument kann ein Impuls zur Revision eines Erlasses beruhen, wenn dieser von einer gerichtlichen Beurteilung geltender Normen ausgeht. Aus einem solchen Abwägungsvorgang heraus lassen sich etwa Impulse für die Anpassung eines Erlasses gewinnen, wenn in einem Rechtsmittelverfahren eine geltende Regelung als unverhältnismässig beurteilt worden ist.⁷

b) **Aufnahme des Ist-Zustandes**

Bei der Aufnahme des Ist-Zustandes werden die politischen, tatsächlichen sowie rechtlichen Gegebenheiten, in die hinein eine verlangte Regelung eingebettet werden soll, zusammengetragen.⁸ Die ausgemachten Realien bilden die Grundlagen für die Beurteilung der politischen Opportunität des Handelns und einer rechtskonformen, insbesondere verhältnismässigen Ausgestaltung auszuwählender Regelungsinstrumente. Die vorhandenen Vorstellungen über den Regelungszweck, auf den die Massnahmen abzustimmen sind, können überprüft werden.

⁷ BGE 135 V 172, 182 ff., E. 7.3.4.

⁸ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 113 ff.

c) **Konzeptionelle Vorarbeiten**

Wurde in Kenntnis des Ist-Zustandes der Regelungsbedarf noch einmal hinterfragt und die Zielsetzung erneut überprüft und präzisiert, so können die konzeptionellen Vorarbeiten an die Hand genommen werden.⁹ Bei der Erarbeitung des Regelungskonzepts werden die Regelungsinstrumente nach ihrem Gegenstand, nach der Art, der Regelungsstufe sowie deren Bestimmtheit ausgewählt und aufeinander abgestimmt. Gearbeitet wird in dieser Phase mit Varianten. Aufgezeigt werden deren Vor- und Nachteile. Herauszuarbeiten sind dabei auch die voraussichtlichen Wirkungen der einzelnen Regelungsinstrumente, wofür sich ex-ante- oder prospektive Gesetzesevaluationen, auch Gesetzfolgenabschätzung genannt, eignen. In die Überlegungen einzubeziehen sind Fragen der Geeignetheit einzelner Regelungsinstrumente, deren Notwendigkeit zur Zielerreichung sowie deren Zumutbarkeit. Kurz: Das skizzierte Massnahmengerrüst ist auf seine Verhältnismässigkeit hin zu testen.

d) **Redaktion des Entwurfs**

Bei der Redaktion des Erlassentwurfs geht es darum, die konzeptionellen Festlegungen mit steter Reflexion weiter zu entwickeln und zu konkretisieren. Von den zusammengetragenen tatsächlichen Grundlagen ausgehend sind die Eignung und die Notwendigkeit sowie die Zumutbarkeit von teilweise oder vollständig ausformulierten Normen zu prüfen. Je mehr sich der Erlassentwurf seinem redaktionellen Abschluss nähert, desto verlässlicher können Feststellungen über die Verhältnismässigkeit der Regelungen getroffen werden.

e) **Überprüfung des Entwurfs**

Eine erste richtige Bewährungsprobe in Bezug auf die Recht- und damit auch auf die Verhältnismässigkeit bestehen müssen Entwürfe, wenn sie die *verwaltungsinternen Mitberichtsverfahren* durchlaufen. Im Rahmen der begleitenden Rechtsetzung prüfen Fachstellen die vorgeschlagenen Regelungsinstrumente auf ihre Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht, insbesondere mit

⁹ Dazu und zum Folgenden MÜLLER/UHLMANN, Rz. 118 ff.

den Grundrechten und mit den Grundsätzen des rechtstaatlichen Verwaltungsrechts.¹⁰

Wenn auch die Optik stärker auf eine politische Beurteilung ausgerichtet ist, können auch aus dem *Vernehmlassungsverfahren* wertvolle Hinweise zur Eignung von Regelungsinstrumenten hervorgehen. Aus dem Verfahren lassen sich Hinweise auf alternative, weniger einschneidende, aber durchaus ebenfalls zielführende Massnahmen gewinnen.¹¹

f) **Inkraftsetzung**

Die Beschlussfassung über den Zeitpunkt der Inkraftsetzung eines Erlasses und die Vorbereitungsarbeiten für die Inkraftsetzung können durchaus ebenso von Überlegungen der Geeignetheit und der Angemessenheit mitbestimmt werden. Mit einer etwas späteren Inkraftsetzung erhalten beispielsweise Unternehmen Zeit, um betriebliche Anpassungen auf das neue Regelwerk vorzunehmen. Eine spätere Entfaltung der Wirkungen durch den Erlass kann dabei in Anbetracht der erheblichen Investitionen, die durch eine gesetzliche Regelung ausgelöst werden können, als angemessen erscheinen.¹²

g) **Kontrolle der Wirkungen und Korrektur von Mängeln**

In dieser Phase der Durchsetzung werden Erlasse *ex post* oder retrospektiv evaluiert oder einfach im Zusammenhang mit der *Anwendung* überprüft.¹³ Dabei kann sich zeigen, dass ein Regelungsinstrument die erhofften Wirkungen nicht oder nicht vollumfänglich hervorzubringen vermag.¹⁴ Zeigen kann eine retrospektive Evaluation aber auch, dass mit einem Regelungsinstrument völlig unerwartete «Nebenwirkungen» einhergehen, die im Abwägungsprozess eine

¹⁰ Zu den Aufgaben des Bundesamtes für Justiz in diesem Zusammenhang siehe Art. 6 Abs. 1 Bst. c, Abs. 2 Bst. a und Art. 7 Abs. 3 Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD) vom 17. November 1999 (SR 172.213.1).

¹¹ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 151.

¹² MÜLLER/UHLMANN, Rz. 171 ff.

¹³ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 176 ff.

¹⁴ Ob die Regelung in Anbetracht des doch recht «largen Massstabes», den das Bundesgericht bei der Prüfung der Geeignetheit anwendet, bereits unverhältnismässig ist, steht damit noch nicht fest. Zur Praxis siehe die Hinweise bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 522 ff.

Massnahme als unzumutbar und damit als unverhältnismässig erscheinen lassen.

Auf eine unverhältnismässige Regelung können die für die Rechtsetzung verantwortlichen Organe auch durch die *Gerichtspraxis* aufmerksam gemacht werden.¹⁵

III. Hundegesetzgebung: Beispiel aus der Eingriffsverwaltung

1. Zweck

Der Zweck, der mit Hundegesetzen angestrebt wird, unterlag im Laufe der Zeit einem gewissen Wandel. Während früher mit diesen Gesetzen vor allem fiskalische Zwecke verfolgt wurden,¹⁶ sollen die Hundegesetze heute zur Hauptsache dem Schutz der öffentlichen Sicherheit dienen. Nach § 1 Hundegesetz des Kantons Zürich bezweckt das Gesetz den sicheren und verantwortungsbewussten Umgang mit Hunden.¹⁷

¹⁵ In BGE 135 V 172, 182 ff., E. 7.3.4, hatte das Bundesgericht eine Regelung im Familienausgleichsgesetz des Kantons Luzern als unverhältnismässig aufgehoben. – Das Bundesgericht ist sodann aus Überlegungen der Verhältnismässigkeit von der früheren Regelung in Art. 16 Abs. 3 SVG abgewichen (BGE 120 Ib 504, 509 f., E. 4e). Der Bundesrat hat dies zum Anlass genommen, der Bundesversammlung eine Anpassung der erwähnten Regelung vorzuschlagen (Botschaft zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes vom 31. März 1999, BBl 1999 4462, 4486).

¹⁶ Siehe noch § 1 des Schwyzer Gesetzes betreffend das Halten von Hunden vom 30. November 1878 (PAUL REICHLIN, Schwyzer Rechtsbuch, Einsiedeln 1937, Nr. 195 sowie § 1 Gesetz über das Halten von Hunden vom 16. Februar 1967, GS 15 374). Das Halten von Hunden, soweit nicht Nutz- und Gebrauchshunde betroffen waren, galt als Luxus und Luxus sollte besteuert werden. Mit dem neuen Hundegesetz des Kantons Bern vom 27. März 2012 (BSG 916.31) wurde das Gesetz vom 25. Oktober 1903 über die Hundetaxe aufgehoben (§ 17), das anders als das neue Gesetz noch unter den abgaberechtlichen Erlassen in der Gesetzessammlung enthalten war (BSG 665.1).

¹⁷ Hundegesetz des Kantons Zürich vom 14. April 2008 (HundeG-ZH, LS 554.5). Ebenso § 1 Abs. 1 Hundegesetz des Kantons Bern (Fn. 16). Ferner Art. 1 Loi sur la police des chiens du 31 octobre 2006 des Kantons Waadt (RSV 133.75): «La présente loi a pour but de protéger les personnes et les animaux des agressions canines par des mesures préventives et répressives.»

2. Instrumente zum Schutze der öffentlichen Sicherheit

Ein Hundegesetz kann namentlich folgende Regelungsinstrumente enthalten:¹⁸

Ge- und Verbote	Verbot besonders gefährlicher Hunde Bewilligungspflichten für bestimmte Hunde Meldepflichten, Registrierungspflichten Verpflichtung zu einer Halterausbildung Haltevorschriften Betretungsverbote für bestimmte Bereiche Leinenpflicht, Maulkorbpflicht Kotaufnahmepflicht
Anreize	--
Bereitstellung von Leistungen, Organisation und Verfahren	Zuständigkeiten von kantonalen und kommunalen Behörden
Ausgleichsregelungen	Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung mit und ohne Mindestdeckung Hundesteuer
Einwirken auf das Verhalten durch Überzeugung	Präventive Aufklärung Abgabe Merkblätter
Gesteuerte Selbstregulierung	Verweis auf Verhaltensregeln von Verbänden Ausbildung/Kontrollaufgaben durch Private
Sanktionen	Strafbestimmungen Verwaltungsmassnahmen

Mit den aufgelisteten Instrumenten in Hundegesetzen lassen sich folgende Aussagen verbinden:

- Einzelne der Regelungsinstrumente lassen sich *eskalieren*. Die «schärferen» Instrumente kommen erst zum Einsatz, wenn die milderen nicht wirken. Strafen und Verwaltungsmassnahmen greifen erst, wenn Verhaltensvorschriften nicht in ausreichendem Masse Wirkungen entfalten. Das Neben-

¹⁸ Vgl. Hundegesetze der Kantone Zürich und Bern (Fn. 17). Siehe überdies die Zusammenstellung von Regelungsinstrumenten in den Hundegesetzen der Kantone des Schweizer Schäferhunde-Clubs (SC) auf <https://www.sc-akademie.ch/nationales-hundehalter-brevet-nhb/hundegesetze/> (besucht am 12.10.2018).

einander ist darauf ausgerichtet, den Verhältnissen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Die Abstufung erlaubt eine verhältnismässige Zielverfolgung.

- Für die Beurteilung von Wirkungen bei traditionellen Instrumenten kann auf *Erfahrungen* zurückgegriffen werden (z.B. Haltevorschriften, Leinen- und Maulkorbpflicht für grosse Hunde). Werden Regelungsinstrumente – wie etwa ein Zucht- und Halteverbot – neu eingeführt, kann in Bezug auf deren Wirkungen nicht auf einen gesicherten eigenen Erfahrungsschatz zurückgegriffen werden. Es muss auf Erfahrungen in anderen Ländern und Kantonen abgestellt werden. Bissstatistiken sowie Fachliteratur – teils aus anderen Ländern – können für die Beurteilung der Eignung und der Angemessenheit beigezogen werden.
- Bei Vorschriften, die für die Rechtsanwendung wenig *Spielraum* belassen, muss der Gesetzgeber stärker dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung tragen. Eröffnet der Gesetzgeber dagegen einen breiten Anwendungsspielraum, kann die normative Vorgabe im Gesetz beim Erlass der Verfügung zu einem «angemessenen» individuell-konkreten Rechtsverhältnis «nachjustiert» werden.^{19, 20}

3. Verbot für Hunderassen mit erhöhtem Gefahrenpotenzial

a) Neue Regelung im Kanton Zürich

Nach teils schwerwiegenden Vorfällen mit Hunden beschlossen im Jahre 2008 die Stimmberechtigten im Kanton Zürich ein neues Hundegesetz.²¹ Besonders

¹⁹ MÜLLER, S. 47 f.; SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 51, mit Ausführungen zu einer Differenzierung des Prüfungsmasstabes durch die Gerichte je nach Intensität der individuellen Betroffenheit durch einen Hoheitsakt, nach dem notwendigen Sachverstand für eine Kontrolle und der Zurückhaltung zu Gunsten einer anderen föderalen Stufe. – Die Regelungen über die Hundeabgaben (§§ 23 ff. HundeG-ZH), über Zutrittsverbote mit Hunden (§ 10 HundeG-ZH) sowie Bewilligungspflichten für bestimmte Hunde (§ 30 HundeG-ZH) lassen den rechtsanwendenden Behörden wenig Spielraum. Ermächtigt ein Gesetz aber, Hundehalter im Einzelfall zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten (§ 18 HundeG-ZH), so ist vor allem bei der Verfügung der Massnahme das «richtige Mass» für die Regelung des Rechtsverhältnisses zu finden.

²⁰ Siehe BGE 135 V 172, 184, E. 7.4, worin das Bundesgericht eine Regelung erst aufhob, nachdem es festgestellt hatte, dass ein Gesetz auch im Anwendungsfall nicht «verhältnismässig» ausgelegt werden konnte.

²¹ Siehe Fn. 17.

umstritten war dabei das darin enthaltene Verbot für Hunderassen mit erhöhtem Gefahrenpotenzial.²² Der Erwerb, die Zucht sowie der Zuzug bestimmter Rassen sollten fortan verboten sein (§ 8 HundeG-ZH). Wer bereits einen solchen Hund mit erhöhtem Gefahrenpotenzial besass, sollte innerhalb von drei Monaten seit Inkrafttreten des Gesetzes ein Gesuch um Erteilung einer Haltebewilligung einreichen (§ 30 HundeG-ZH). Halter von Hunden mit erhöhtem Gefahrenpotenzial mit Wohnsitz ausserhalb des Kantons Zürich sollten die Tiere im Kanton Zürich nur an der Leine und mit Maulkorb mitführen dürfen (§ 8 Abs. 3 HundeG-ZH).

b) Prüfung durch das Bundesgericht

Verschiedene Vereinigungen und Privatpersonen gelangten an das Bundesgericht und beantragten eine Aufhebung der §§ 8 und 30 HundeG-ZH. Sie machten unter anderem eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, der Niederlassungsfreiheit sowie des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit geltend. Das Bundesgericht hat die Beschwerden abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist.²³ Es prüfte das Regelungsinstrument eines Zucht-, Erwerbs- und Zuzugsverbots – was die Verhältnismässigkeit betraf – sowohl unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit als Verfassungsgrundsatz allein wie auch unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit der Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV.²⁴ Den Erwerb, die Zucht sowie den Zuzug von Hunderassen mit erhöhtem Gefahrenpotenzial zu verbieten, hielt das Bundesgericht im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle für verfassungskonform.

c) Grenzen der politischen Gestaltung

Die Regelung eines Zucht-, Erwerbs- und Zuzugsverbots für Hunderassen mit erhöhtem Gefahrenpotenzial bildet einen staatlichen Eingriff. Derselbe dient – wie eingangs zu diesem Abschnitt aufgezeigt – dem Schutz der öffentlichen Sicherheit. Das Regelungsinstrument muss sich folglich für die Erreichung dieses Zweckes eignen. Das Verbot muss zudem erforderlich und zumutbar sein.²⁵

²² Siehe insbesondere §§ 8 und 30 HundeG-ZH.

²³ BGE 136 I 1.

²⁴ BGE 136 I 1, 8 f. und 14 f., E. 4.3.2 und 5.4.

²⁵ Zum Prüfungsprogramm hinsichtlich der Verhältnismässigkeit von Eingriffen siehe MÜLLER, S. 28 ff. sowie SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 48.

Bezugspunkt für diese Prüfung ist somit der mit dem Regelungsinstrument verfolgte Zweck, der in erster Linie vom Gesetzgeber festgelegt wird.²⁶ Er ist darin – vor allem im Schutzbereich von Grundrechten – nicht völlig frei, doch steht ihm für die Bestimmung des zu verfolgenden Zweckes ein sehr *weiter politischer Gestaltungsspielraum* zu. Der Gesetzgeber kann sodann innerhalb eines grossen Spielraumes frei darüber befinden, welche Regelungsinstrumente er einsetzen und wie er diese ausgestalten will. Die Entscheidung darüber, ob ein Regelungsinstrument für die Zielerreichung geeignet ist, steht in erster Linie dem Gesetzgeber zu. Zu einer richterlichen Intervention kommt es erst, wenn sich ein Regelungsinstrument für die Zielerreichung als völlig ungeeignet erweist.²⁷ Nach Meinung des Bundesgerichts lässt zwar allein die Rassenzugehörigkeit keinen zwingenden Schluss auf die Gefährlichkeit eines Hundes zu. Trotz dieser Folgerung erweisen sich nach Meinung des Gerichts Verbote für bestimmte Hunderassen oder wenigstens Bewilligungspflichten für solche als nicht völlig ungeeignet.²⁸

Die *Bewertung der Fakten* in zeitlicher und örtlicher Hinsicht steht ebenfalls vorab dem Gesetzgeber zu. Das zeigte sich bei der Prüfung des zürcherischen Zucht-, Erwerbs- und Zuzugsverbots für Hunderassen mit erhöhtem Gefahrenpotenzial. Es ist in erster Linie der Gesetzgeber, der das Sicherheitsempfinden in der Bevölkerung, die Tradition bei der Haltung gewisser Hunderassen (Bernhardiner) sowie die Vertrautheit der Bevölkerung mit bestimmten Hunderassen (Schäferhunden) bewertet. Auch darf der Gesetzgeber im Kanton Zürich die eigene Bevölkerung als «ängstlicher» gegen Hundeangriffe einstufen als die bündnerischen Gesetzgebungsorgane die Menschen im Kanton Graubünden. Geringer ist der Spielraum des Gesetzgebers hinsichtlich der Abwägung zwischen der durch die Wirtschaftsfreiheit geschützten Freiheit der gewerblichen Zucht und des Handels mit Hunderassen mit erhöhtem Gefahrenpotenzial und dem mit den Verboten verfolgten Zweck.

Das Zucht-, Erwerbs- und Zuzugsverbot für Hunderassen mit erhöhtem Gefahrenpotenzial wird durch verschiedene Ausnahmen und der Ermächtigung, im Einzelfall Halteverbote und dergleichen für weitere Hundearten zu verfügen, ergänzt: Die *Ausnahmen* betreffen die Personen, die bei der Inkraftsetzung des

²⁶ BGE 140 II 194, 199, E. 5.8.2. MÜLLER S. 25 f., spricht vom Motiv der Massnahme.

²⁷ Siehe zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kriterium der Geeignetheit die Hinweise bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 522 ff.

²⁸ BGE 136 I 1, 7 ff., E. 4.3.1; 132 I 7, 11 f., E. 4.2.

Gesetzes bereits Hunde einer Rasse mit erhöhtem Gefahrenpotenzial besitzen, und für jene, die ausserhalb des Kantons Zürich ihren Wohnsitz haben. Sie dürfen diese Tiere weiterhin halten, unterliegen aber einer Bewilligungspflicht, wenn sie bisher Halter waren, oder müssen vor allem als auswärtige Halter spezielle Beschränkungen beachten. Den besonderen Verhältnissen können Verwaltungsbehörden Rechnung tragen, indem *im Einzelfall* ein Tier – auf welcher Rassenliste es sich auch befindet – nicht weiter gehalten werden darf, wenn es sich als besonders gefährlich erweist. Diese aus der Sicht eines Zucht- und Handelsverbots ergänzenden Regelungen erlauben es, besonders gefährlichen Tieren angemessen Rechnung zu tragen. Der Gesetzgeber beharrt damit nicht auf einer «Alles-oder-Nichts-Lösung», sondern eröffnet Spielraum für «Zwischentöne» im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips.²⁹

IV. Sozialhilfe: Beispiel aus der Leistungsverwaltung

1. Zweck und Übersicht über Regelungsinstrumente in Sozialhilfegesetzen

Mit der Ausrichtung von Sozialhilfe soll die Existenz bedürftiger Personen gesichert werden. Gefördert werden soll mit ihr die wirtschaftliche und persönliche Selbständigkeit. Sie dient ausserdem der sozialen und beruflichen Integration. Das soziale Existenzminimum umfasst damit nicht nur die Sicherung der Existenz und das Überleben der Bedürftigen, sondern auch die Teilhabe am Sozial- und Arbeitsleben.³⁰ Eingesetzt werden in den Sozialhilfegesetzen der Kantone u.a. folgende Instrumente:³¹

- Persönliche Hilfe, namentlich Beratung;
- Wirtschaftliche Hilfe, mit Differenzierungen für die Bestimmung des Umfangs (SKOS-Richtlinien, Beschränkung auf Nothilfe für Personen ohne geordneten Anwesenheitsstatus);

²⁹ Siehe § 18 HundeG-ZH (Massnahmen der Kastration, Zuchtverbot, Halteverbot, Einschläfern des Hundes). Siehe ausserdem vorne Fn. 19.

³⁰ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, SKOS-Richtlinien, A.I.

³¹ Sozialhilfegesetz des Kantons Zürich vom 14. Juni 1981 (SHG-ZH, LS 851.1); Sozialhilfegesetz des Kantons St. Gallen vom 27. September 1998 (sGS 381.1).

- Auflagen, Befristungen, Sanktionen bei der Ausrichtung wirtschaftlicher Hilfe;
- Rückerstattungspflichten;
- Bereitstellung von sozialen Einrichtungen;
- Beiträge an soziale Einrichtungen;
- Strafrechtliche Sanktionen.

2. Verhältnismässige Ausgestaltung von Regelungsinstrumenten in Sozialhilfegesetzen

Bei polizeilich motivierten Eingriffen, insbesondere aber auch bei der Prüfung von Beschränkungen von Freiheitsrechten, hat die Praxis – wie mehrfach festgestellt – in Bezug auf die Verhältnismässigkeit ein Prüfungsschema mit den drei Voraussetzungen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit von Eingriffen herausgebildet. Keine gefestigte Praxis konnte sich bislang für die Prüfung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bei staatlichen Leistungen etablieren. Ansätze in Bezug auf eine verhältnismässige Festlegung und Ausgestaltung von Regelungsinstrumenten in der Sozialhilfe lassen sich immerhin in folgende Richtungen ausmachen:

a) Angemessenheit der Leistung für die Zielerreichung

Aus der gesetzlichen Zweckumschreibung der Sozialhilfe³² und dem grundrechtlichen Anspruch auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) lassen sich keine präzisen Schlüsse auf das Leistungsniveau ziehen. Immerhin muss der Leistungsumfang in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck des Leistungserlasses stehen. Reicht die wirtschaftliche Hilfe vom Umfang her bei weitem nicht zur Existenzsicherung und erlaubt sie erst recht keine Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, so ist das Instrument für die Zweckerreichung *nicht angemessen* (*geeignet*) und damit auch nicht verhältnismässig.

Personen ohne gesicherten ausländerrechtlichen Status erhalten gemäss § 5c Abs. 1 SHG-ZH nur Unterstützung im Rahmen des Rechts auf *Hilfe in Notlagen*.³³

³² Siehe vorne IV.1.

³³ Siehe dazu auch die Verordnung des Kantons Zürich über die Gewährung von Nothilfe an Personen ohne Aufenthaltsrecht (Nothilfeverordnung) vom 24. Oktober 2007 (LS 851.14).

Bei solchen Personen steht bei der Sozialhilfe das physische Überleben im Vordergrund. Eine soziale Integration wird dagegen bei Personen, die zur Ausreise verpflichtet sind, nicht angestrebt. Entsprechend ist der für Personen mit einem Anwesenheitsrecht vorgegebene Leistungsumfang gerade nicht geboten. Die Regelung der Sozialhilfe für Ausländerinnen und Ausländer ohne Aufenthaltsrecht erweist sich daher nicht als ungeeignet und ist folglich nicht unverhältnismässig.

b) Keine unnötige Härte bei Eingriffen in Leistungsansprüche

Die im Rahmen der Sozialhilfe erbrachten Leistungen sollen auf die persönlichen Bedürfnisse und die örtlichen Verhältnisse abgestimmt sein.³⁴ Die Leistungen können mit Auflagen sowie Weisungen verbunden werden und gekürzt oder gestrichen werden, wenn der Empfänger seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.³⁵ Die Instrumente einer Leistungsanpassung sind gesetzlich offen umschrieben. Ermöglicht wird dadurch eine den Verhältnissen des Einzelfalles angepasste Rechtszumessung. Das Schwyzer Verwaltungsgericht hat es beispielsweise als unverhältnismässig angesehen, wenn in einem Fall die wirtschaftliche Hilfe wegen einer unzureichend präzisen Festlegung einer Auflage gekürzt wird. Der betroffenen Person wurde die Sozialhilfe gekürzt, weil sie sich nicht in genügendem Masse um Arbeit bemüht hatte.³⁶ Im Schlagwortregister zum Kommentar ATSG von UELI KIESER erscheinen sodann unter dem Stichwort Verhältnismässigkeit nur wenige Hinweise. Die meisten Einträge betreffen die Verhältnismässigkeit von Leistungskürzungen.³⁷ Die Eingriffe in die gesetzlichen Leistungsansprüche sollen nicht weiter reichen als dies für die Erreichung der

³⁴ § 2 SHG-ZH.

³⁵ § 21, 24 f. SHG-ZH.

³⁶ Verwaltungsgericht Schwyz, Urteil VGE III 2018 86 vom 13. Juli 2018 E. 1.3.2.

³⁷ Der Grundsatz, dass von einer versicherten Person nur ihr objektiv und subjektiv zumutbare Vorkehrungen und Unterlassungen verlangt werden könnten, stelle eine Auswirkung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar. Im ATSG würden Einzelausprägungen des Grundsatzes geregelt (Art. 16 Abs. 2, Art. 21 Abs. 4, Art. 43 Abs. 3 ATSG), doch fehle eine die Zumutbarkeit generell ordnende Bestimmung (Vorbem. N 86): Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei Leistungskürzungen bzw. Verweigerungen im Falle der Verletzung von Schadenminderungspflichten (Art. 21 N 140); Zumutbarkeit der Mitwirkungspflichten (Art. 28 N 32); Datenschutz und insbesondere Verhältnismässigkeitsgrundsatz bei Meldepflichten (Art. 33 N 35); Säumnisfolgen sind von den Behörden unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzudrohen (Art. 40 Abs. 1 ASTG).

mit den gesetzlichen Verhaltenspflichten, Auflagen und Weisungen verfolgten Ziele (Auskunftspflichten, Pflicht zur Arbeitssuche, Verwendung der ausgerichteten wirtschaftlichen Hilfe) notwendig ist.

c) Übergangsregelungen

Werden Erlasse, die staatliche Leistungen vorsehen, geändert, kann der Grundsatz der Verhältnismässigkeit einen sanften Übergang auf das neue Recht gebieten.³⁸ Das kann dann angezeigt sein, wenn staatliche Leistungen insgesamt oder wenigstens in einzelnen Bereichen gekürzt werden. Im individuellen Sozialhilferecht kann dies ebenfalls geboten sein, indem Leistungen für eine begrenzte Zeit noch nach bisherigem Recht ausgerichtet werden.³⁹

d) Abwägung gegenläufiger Ansprüche und Interessen

Direkt durchsetzbar sind bei Grundrechten in der Regel nur Abwehrrechte aus Freiheitsrechten und Verfahrensgarantien.⁴⁰ Beruft sich ein Ansprecher auf ein *soziales Grundrecht*, so kann er – bei gegebenen Voraussetzungen – allerdings auch die Ausrichtung einer staatlichen Leistung verlangen.⁴¹ Nach Art. 12 BV hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung sowie auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind, wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen. Das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf Hilfe in Notlagen oder auf Existenzsicherung beinhaltet einen Mindestanspruch auf Unterstützung, der grundsätzlich nicht eingeschränkt werden darf. Bei der Anwendung der Anspruchsvoraussetzungen wird immerhin geprüft, in welchem Rahmen

³⁸ MÄCHLER, S. 75 f. Siehe ferner Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik in den Jahren 2014–2017 (Agrarpolitik 2014–2017) vom 1. Februar 2012 (BBI 2012 2075 ff., 2323): «Mit den Übergangsbeiträgen soll eine sozialverträgliche Entwicklung gewährleistet werden. Sie gleichen grundsätzlich die Differenz aus zwischen den allgemeinen Direktzahlungen, die ein Betrieb vor dem Systemwechsel erhalten hat, und den leistungsbezogenen Direktzahlungen, die ein Betrieb nach dem Systemwechsel erhält. Die Übergangsbeiträge enthalten die einkommenssichernde Komponente der bisherigen allgemeinen Flächenbeiträge. Sie sind an den Betrieb gebunden und damit von der Produktion beziehungsweise von Produktionsfaktoren wie Fläche und Tierzahl entkoppelt. Die Beiträge können deshalb als Einkommensstützung unter Paragraph 6 verankert werden.»

³⁹ Siehe §§ 50 ff. SHG-ZH.

⁴⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 257 ff.

⁴¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 907 f.

ein Empfänger von staatlichen Leistungen gezwungen werden kann, zur Minderung oder zur Vermeidung der Notlage beizutragen.⁴²

Gestellt hat sich in der Praxis die Frage, ob der Anspruch auf Grundschulunterricht nach Art. 19 BV eingeschränkt werden darf. Strittig war dabei, ob von den Schulbehörden Schüler bei unbotmässigem Verhalten aus der Klasse verbannt werden dürfen. Vor Bundesgericht machten diese geltend, ihr Anspruch auf Grundschulunterricht im Sinne von Art. 19 BV sei durch den zeitweisen oder vollständigen Schulausschluss nicht mehr gewährleistet. Für die Rechtsprechung war dabei klar, dass eine Prüfung der Beschränkung des sozialen Grundrechts nach Massgabe von Art. 36 BV nicht in Betracht kommt. Die Praxis hat sich so zu helfen gesucht, indem sie eine *Interessenabwägung* vorgenommen hat. Dem Interesse des Schülers auf Schulbesuch wurde das Interesse an einem geordneten Schulbetrieb und damit das Interesse der anderen Schüler an einem ungestörten Unterricht gegenübergestellt.⁴³ Ebenfalls in einem grundrechtlichen Kontext stehen die Bestimmungen in den Art. 11 f. des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002⁴⁴ und Art. 6 der Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung, BehiV) vom 19. Dezember 2003.⁴⁵ Abzuwägen sind darnach Ansprüche behinderter Menschen gegen vielfältige Interessen Dritter und der Allgemeinheit (Aufwand für behindertengerechtes Bauen, Anliegen des Natur- und Heimatschutzes). Die Bestimmungen stehen in Gesetz und Verordnung unter der Überschrift «Verhältnismässigkeit».

Das Abwägen gegenläufiger Interessen kann auch bei der Ausgestaltung von Instrumenten im Sozialhilferecht eine Rolle spielen: Für die Eltern- und Verwandtenunterstützung anstelle von Sozialhilfe hat das Bundesprivatrecht bereits eine Regelung getroffen (Art. 276 ff., 328 f. ZGB). Differenzierte Ordnungen enthalten die Sozialhilfegesetze hinsichtlich der Rückerstattung empfangener Sozialhilfeleistungen: Personen, die zu Unrecht Leistungen bezogen haben, sind unbedingt zur Rückerstattung verpflichtet. Für andere besteht diese Ver-

⁴² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 919 ff.

⁴³ BGE 129 I 12, 20, E. 6.4; 129 I 35, 42 f., E. 8; BGer, Urteil 2C_446/2010 vom 16. September 2010 E. 5.4.

⁴⁴ SR 151.3.

⁴⁵ SR 151.31.

pflichtung lediglich, wenn sie in finanziell besonders günstige Verhältnisse gelangt sind. Personen, die als Jugendliche in den Genuss von Sozialhilfe gelangten, sind gesetzlich gar nicht zur Rückerstattung verpflichtet.⁴⁶ Es stehen sich bei der Rückerstattung *die Interessen von Empfängern wirtschaftlicher Hilfe und der Allgemeinheit*, die für die wirtschaftliche Hilfe aufzukommen hat, gegenüber. Es geht darum, ein angemessenes Verhältnis zu finden und entsprechend das Regelungsinstrument verhältnismässig auszugestalten.

In sozialversicherungsrechtlichen Fällen hat das Bundesgericht mitunter zwischen dem Aufwand und einem erwarteten Heilerfolg abgewogen. Der Gesellschaft – so das Bundesgericht – könne nicht jede beliebig hohe Belastung der sozialen Krankenversicherung zugemutet werden.⁴⁷ MARKUS MÜLLER hat darin eine *Wirkungsrichtung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu Gunsten des Staates* ausgemacht. Ob in einer solchen Gegenüberstellung von Interessen auch eine Begrenzung des Umfangs der Sozialhilfe nach oben gesehen werden kann, ist unklar. In der Sozialhilfe stellt sich etwa die Frage, ob Gemeinwesen verpflichtet werden können, Ausbildungen an Mittel- und Hochschulen der unterstützten Personen zu finanzieren. Nach den SKOS-Richtlinien haben Bezüger von Sozialhilfe einen Anspruch darauf, eine Berufsausbildung finanziert zu erhalten. Zwingend ist es allerdings nicht, dass das Gemeinwesen die Ausbildung an einem Gymnasium oder an einer Hochschule bezahlt.⁴⁸ Kantonale oder kommunale Regelungen, die dies ermöglichen, dürften sich kaum als unverhältnismässig erweisen. Zum Tragen käme dieser Ansatz aber wohl, wenn eine Person

⁴⁶ § 25 Gesetz über die Sozialhilfe des Kantons Schwyz vom 18. Mai 1983 (SRSZ 380.100). Noch etwas differenzierter die Regelung in den §§ 26 ff. SHG-ZH. – Die Rückforderung von Weiterbildungsbeiträgen von Mitarbeitenden des Kantons beurteilt das Berner Verwaltungsgerichts als unverhältnismässig, wenn sie nicht im Interesse des Kantons liege und für den Betroffenen eine grosse Härte darstelle (Verwaltungsgericht Bern, Urteil VGE 100.2017.324 vom 9. Mai 2018, BVR 2018, S. 367 ff., E. 5, S. 373 ff.).

⁴⁷ BGE 142 V 144, 151, E. 7; 137 V 295, 309 f., E. 6.3.2; 136 V 395, 407 f., E. 7.4; 132 V 215, 221, E. 3.2.2. Zurückhaltend zur Schutzrichtung des Grundsatzes zu Gunsten des Staates SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 48. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 520, betonen neben der individualrechtsschützenden Funktion des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auch dessen Begrenzung der Inanspruchnahme der von der Allgemeinheit finanzierten Einrichtungen. Siehe dazu auch MÜLLER, S. 51 ff.

⁴⁸ SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, SKOS-Richtlinien, H.6. – Vgl. dazu die Diskussion eines Falles aus dem Kanton Obwalden von Jacqueline Büchi, *Gymi-Verbot für Jugendliche – weil die Eltern Sozialhilfe beziehen*, Aargauer Zeitung vom 26.7.2018, <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/gymi-verbot-fuer-jugendliche-weil-die-eltern-sozialhilfe-beziehen-132850418> (besucht am 13.10.2018).

zu Lasten der Sozialhilfe eine besonders teure Eliteausbildung mit einem längeren Auslandsaufenthalt finanziert erhalten möchte.

V. Zusammenfassung

Das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt als allgemeiner Grundsatz staatlicher Ordnung auch für die Rechtsetzung. Verhältnismässig müssen bei der Rechtsetzung vor allem die eingesetzten Regelungsinstrumente (Verbote, Gebote, Anreize, Sanktionen usw.) sein. Im Rechtsetzungsprozess muss – aus verschiedenen Gesichtswinkeln – stetig darauf geachtet werden, dass die Regelungsinstrumente verhältnismässig sind. Während in einzelnen Phasen des Regelungsprozesses Überlegungen der politischen Opportunität im Vordergrund stehen (z.B. Inputphase), werden die geprüften und weiter verfolgten Regelungsinstrumente in anderen Phasen (z.B. Konzeptphase) intensiver auf ihre Verhältnismässigkeit im rechtlichen Sinne geprüft.

Die Prüfung der Verhältnismässigkeit hängt wesentlich vom Zweck eines Erlasses ab. Über die Zielsetzung eines Erlasses haben primär die rechtsetzenden Organe zu befinden. Im Rechtsetzungsprozess muss herausgearbeitet und bestimmt werden, was mit einem Gesetz oder einer Verordnung erreicht werden soll. Nur so kann man verlässlich geeignete, erforderliche, zumutbare und somit verhältnismässige Instrumente in den Erlass einfügen. Das Verbot von Hunderrassen mit erhöhtem Gefahrenpotenzial beispielsweise lässt sich mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit begründen. Das Verbot kann in diesem Bereich der Eingriffsverwaltung nach dem klassischen Schema Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit (auch als Grundrechtseingriff) geprüft werden. Der Gesetzgeber besitzt dabei nicht nur bei der Bestimmung der Zielsetzung, sondern auch bei der Auswahl der Regelungsinstrumente und deren Ausgestaltung einen erheblichen Gestaltungsspielraum (Einschätzung der Gefahr, Akzeptanz, Tradition, Erfahrungshintergrund, Sensibilität der Bevölkerung).

Bei der Bestimmung und Ausgestaltung von verhältnismässigen Regelungsinstrumenten für einen Erlass in der Leistungsverwaltung kann sich die Praxis auf folgende Anhaltspunkte stützen:

- Angemessenheit (Eignung) von Leistungsinhalt, -umfang und -differenzierungen für die Zielerreichung;

- Notwendigkeit von Eingriffen in Leistungsansprüche (Kürzung der wirtschaftlichen Hilfe bei Nichterfüllung von Auflagen);
- Abstufung des Leistungsumfanges bei einer Aufhebung oder Verminderung der Leistungen im Übergang auf eine neue Regelung (verhältnismässige Ausgestaltung des Übergangsrechts);
- Abwägung gegenläufiger Interessen (von Leistungsempfängern und anderen Personen bzw. der Allgemeinheit).

Literatur

- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2015
- MÄCHLER AUGUST, Intertemporale Fragen im Bewilligungsrecht, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts, 13. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2014, S. 65 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013
- MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013
- RICHLI PAUL, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung, Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen, sozial und ökologisch orientierten Staat, Basel/Genf/München 2000
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER in: SGK BV)
- SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürcher Habil., Zürich/St. Gallen 2010
- SCHWEIZERISCHE KONFERENZ FÜR SOZIALHILFE, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, Empfehlungen zuhanden der Sozialhilfeeorgane von Bund, Kantonen, Gemeinden und Organisationen privater Sozialhilfe, SKOS-Richtlinien, Bern 2015

Schematisierungen und Verhältnismässigkeit

David Hofstetter

Inhaltsübersicht

I. Problemverortung	87
1. Verständnis des Verhältnismässigkeitsprinzips	87
2. Legalitätsprinzip – Verhältnismässigkeitsprinzip	88
3. Beispiele von Schematisierungen	89
II. Schematisierungen als Kompetenzproblem	89
III. Schematisierungen und Teilelemente	90
IV. Schematisierungen: Sinnvoll oder gefährlich?	91
Literatur	93

I. Problemverortung

1. Verständnis des Verhältnismässigkeitsprinzips

Nach Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Der Geltungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips ist umfassend. An das Prinzip gebunden sind alle drei staatlichen Gewalten (Legislative, Exekutive, Judikative). Im Rahmen ihrer Tätigkeiten findet es auf hoheitliches wie auch (grundsätzlich) auf nichthoheitliches Handeln Anwendung, es erfordert Beachtung in der Eingriffs- wie in der Leistungsverwaltung und gilt im Bereich des rechtlichen wie auch des tatsächlichen staatlichen Handelns.¹ Unbestritten und seit langem praktiziert ist sodann die Aufteilung der Verhältnismässigkeitsprüfung in die drei Teilschritte der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit.²

Stellt man die Frage nach dem *normativen Gehalt* des Verhältnismässigkeitsprinzips, taucht demgegenüber das eine oder andere Fragezeichen auf. Klar scheint, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip ein subsumtionsfähiger Rechtssatz und

¹ Eingehend dazu HOFSTETTER, Rz. 104 ff.

² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 521 ff.

damit justiziabel ist. Weniger klar ist, ob dem Verhältnismässigkeitsprinzip selber ein *materieller Massstab* zugrunde liegt oder ob es nicht vielmehr ein blosses Messziel im Sinne einer Anweisung darstellt, das staatliche Handeln auf Verhältnismässigkeit hin auszurichten und zu kontrollieren.³ Unabhängig von der Stellungnahme zu dieser Frage aber verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip in seiner Anwendung, die *individuellen Umstände des konkreten Sachverhalts* zu berücksichtigen und diese bei der Anwendung der Rechtsnormen zu würdigen.⁴ Unterlassen die rechtsanwendenden Behörden dies, setzen sie sich dem Vorwurf aus, einen den individuellen Verhältnissen nicht angemessenen und damit unverhältnismässigen Entscheid zu fällen.⁵

2. Legalitätsprinzip – Verhältnismässigkeitsprinzip

Von den rechtsanwendenden Behörden (Exekutive und Judikative) zu verlangen, sie müssten in jedem Rechtsanwendungsfall nicht nur die massgebenden Normen des (besonderen) Verwaltungsrechts anwenden, sondern auch den individuellen Umständen des einzelnen Rechtsunterworfenen im Sinne der Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips möglichst weitgehend Rechnung tragen, ist eine weitgehende Forderung, die zu Überforderung führen kann. An Grenzen stösst diese Anforderung vor allem dort, wo der Gesetzgeber Situationen dergestalt regelt, dass er einen Tatbestand mit dazugehöriger *zwingender Rechtsfolge* definiert und damit eine standardisierte, schematische Lösung für eine Vielzahl gleich gelagerter Fälle anstrebt, die auf die Umstände des Einzelfalles gerade keine Rücksicht nimmt.

In diesen Konstellationen zeigt sich ein Konflikt zwischen dem Legalitätsprinzip einerseits und dem Verhältnismässigkeitsprinzip andererseits. Wird das gesetzgeberisch angeordnete schematische Normprogramm beachtet, kann dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht Genüge getan werden. Wird vom schematischen Normprogramm unter Hinweis auf die individuellen Umstände des konkreten Sachverhalts abgewichen, findet eine das Legalitätsprinzip durchbrechende Gesetzesderogation statt.⁶ Die Diskussion um die Zulässigkeit und den

³ Zu dieser Diskussion HOFSTETTER, Rz. 232 ff.; MÜLLER, S. 16 f.

⁴ HOFSTETTER, Rz. 318 ff.; MÜLLER, S. 65 ff.

⁵ Vgl. etwa BGer, Urteil 1C_330/2011 vom 7. Februar 2012 E. 4 sowie BVerfG, Urteil B-4135/2010 vom 3. November 2010 E. 3.2 i.V.m. E. 4.3.1.

⁶ Siehe dazu HOFSTETTER, Rz. 418 ff.; MÜLLER, S. 65 ff.; SEILER, S. 231 ff.

Einsatz von Schematisierungen bewegt sich in diesem Spannungsfeld zwischen dem Verhältnismässigkeits- und dem Legalitätsprinzip.

3. Beispiele von Schematisierungen

Während in der öffentlichen Wahrnehmung die Thematik der Schematisierungen primär im Zusammenhang mit schematisierenden Volksinitiativen diskutiert wird, wobei hier stellvertretend für andere die sog. «Zweitwohnungsinitiative»⁷ sowie die «Ausschaffungsinitiative»⁸ genannt werden, zeigt sie sich in quantitativer Hinsicht vor allem auf der Ebene der Gesetze und Verordnungen, die Schematisierungen in grosser Zahl enthalten.

§ 3 Abs. 1 lit. b GPR/ZH⁹ bestimmt etwa, dass über die politischen Rechte verfügt, wer das achtzehnte Altersjahr zurückgelegt hat. Sodann muss der Gemeindevorstand gemäss § 47 Abs. 1 GG/ZH¹⁰ aus mindestens fünf Mitgliedern einschliesslich der Präsidentin oder des Präsidenten bestehen. Im öffentlichen Baurecht sind Schematisierungen sehr häufig und für den rechtsgleichen Vollzug des Baurechts in weiten Bereichen unvermeidlich, sie treten in Erscheinung in der Form von metergenaugen Grenzabstands- und Höhenvorschriften, Ausnutzungsziffern, Pflichtparkplatzzahlen etc.

II. Schematisierungen als Kompetenzproblem

Das Legalitätsprinzip verlangt in seiner Ausgestaltung als *formelles Legalitätsprinzip* (Gesetzesvorbehalt), dass die «wichtigen» Entscheidungen vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber getroffen werden (vgl. Art. 164 BV). Das *materielle Legalitätsprinzip* (Rechtssatzvorbehalt) dient der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit, indem die anwendbaren Normen eine ausreichende Vorhersehbarkeit der Rechte und Pflichten der Rechtsunterworfenen gewährleisten müssen.

⁷ Art. 75b BV, angenommen in der Volksabstimmung vom 11. März 2012.

⁸ Art. 121 BV, angenommen in der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014.

⁹ Gesetz über die politischen Rechte des Kantons Zürich vom 1. September 2003 (LS 161).

¹⁰ Gemeindegesetz des Kantons Zürich vom 20. April 2015 (LS 131.1).

Demgegenüber verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip idealtypisch eine offene Normierung, «die den rechtsanwendenden Behörden eine möglichst weit gehende Beachtung konkreter Umstände und eine angemessene Berücksichtigung der individuellen Einzigartigkeiten erlaubt».¹¹

Es liegt auf der Hand, dass die den beiden Prinzipien (Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip) inhärenten Vorgaben miteinander in Konflikt geraten können, sofern sich das rechtsetzende Organ absichtlich für eine geschlossene, bestimmte Normierung entscheidet und somit dem Verhältnismässigkeitsprinzip bewusst keinen Raum belässt.¹²

Hinter dieser nach aussen in Erscheinung tretenden Konfliktlinie zwischen den beiden Prinzipien versteckt sich im Kern ein Problem der Kompetenzausscheidung zwischen rechtsetzendem und rechtsanwendendem Organ. Darf das rechtsetzende Organ Schematisierungen vorsehen, an welche das rechtsanwendende Organ im Rahmen seiner Tätigkeit gebunden ist? Ist es mit anderen Worten zulässig, dass das rechtsetzende Organ so «dicht» und bestimmt legiferiert, dass für die Berücksichtigung der individuellen Umstände im Rahmen der Rechtsanwendung kein Raum verbleibt?

III. Schematisierungen und Teilelemente

Die Konfliktlinie zwischen Schematisierungen und dem Verhältnismässigkeitsprinzip kommt praktisch ausschliesslich beim Teilelement der *Interessenabwägung* zum Vorschein. Demgegenüber sind die Teilelemente der Geeignetheit und Erforderlichkeit von der Diskussion weniger tangiert. Dies dürfte einerseits damit zusammenhängen, dass ein rechtsetzendes Organ eine bestimmte, im einzelnen Rechtsanwendungsfall zu treffende Massnahme oder Rechtsfolge kaum in generell-abstrakter Weise als geeignet oder erforderlich bezeichnen wird – obwohl auch dies grundsätzlich denkbar und möglich ist –, sehr wohl aber als zumutbar. So wird mit der frankengenauen Festsetzung einer Abgabe in einem Rechtssatz zugleich zumindest implizit vom rechtsetzenden Organ bestimmt, dass die Leistung dieser Abgabe dem Rechtsunterworfenen zumutbar ist. Dass die Abgabe aber auch geeignet und erforderlich ist, die entspre-

¹¹ SEILER, S. 218. Vgl. dazu auch HOFSTETTER, Rz. 357 ff.

¹² Dazu MÜLLER, S. 64 f.

chende staatliche Leistung abzugelten, bedarf demgegenüber keiner gesonderten, generell-abstrakten Festlegung. Ähnlich verhält es sich auch mit der Festsetzung einer Mindestentzugsdauer für den Führerausweis;¹³ mit einer solchen bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er die Schwere dieser Sanktion als dem betroffenen Automobilisten zumutbar erachtet.

Hinzu kommt andererseits, dass die rechtsanwendenden Organe mit Interessenabwägungsfragen im Allgemeinen besser umgehen können als mit Aspekten der Geeignetheit und der Erforderlichkeit. Dies wiederum dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass die Beurteilung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit oftmals auf ausserjuristischen Sachverstand angewiesen ist, über den die rechtsanwendenden Organe jedoch nicht immer verfügen, weshalb sie die Prüfungsdichte bei diesen beiden Teilelementen zurücknehmen, um sich dann umso intensiver der Frage der – an sich intersubjektiv kaum objektivierbaren¹⁴ – Interessenabwägung zu widmen.¹⁵

IV. Schematisierungen: Sinnvoll oder gefährlich?

Es stellt sich abschliessend die Frage, ob rechtssatzmässig normierte Schematisierungen die Rechtsanwendung vorhersehbarer und damit rechtssicherer sowie rechtsgleich machen oder aber zu einer Blindheit für die individuellen Umstände des Einzelfalles und damit zu einer Gefahr für die Rechtsunterworfenen führen.

Schematisierungen stehen einerseits im Dienst der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit und helfen, den Grundsatz der Verwaltungsökonomie zu verwirklichen. Sie reduzieren zudem den Prozessaufwand für die Privaten, dienen in einem weiteren Sinne dem Rechtsfrieden und schützen – ebenfalls in einem weiteren Sinne – vor richterlicher «Einzelfallwillkür».¹⁶ In Herausarbeitung dieser Funktionen sind sie demnach positiv zu würdigen.

¹³ Art. 16a, 16b, 16c und 16c^{bis} des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01).

¹⁴ HOFSTETTER, Rz. 270.

¹⁵ Vgl. LEPSIUS, S. 20 f.; MÜLLER, S. 35 ff.

¹⁶ Siehe zur Gefahr der richterlichen Willkür bei konsequenten Einzelfallbeurteilungen insbesondere SEILER, S. 238.

Wenig sinnvoll erscheinen Schematisierungen dort, wo erst der individuelle Sachverhalt Basis für die Rechtsanwendung bildet (etwa Ästhetikfragen im Baurecht) oder aber dort, wo individuelles Verhalten der Rechtsunterworfenen eine wesentliche Rolle im Prozess der Rechtsanwendung spielt (etwa das Ausmass individuellen Fehlverhaltens). Wenig Sinn machen dürften Schematisierungen auch dann, wenn komplexe Interessenabwägungen den Kern der Rechtsanwendung ausmachen wie etwa im Planungsrecht.

Die Spannungslage zwischen dem Verhältnismässigkeits- und dem Legalitätsprinzip kann nach meinem Dafürhalten dann sinnvoll aufgelöst werden, wenn die vom Verhältnismässigkeitsprinzip geforderte Einzelfallbetrachtung und die damit einhergehende Einzelfallbeurteilung an bestimmte Rahmenbedingungen geknüpft wird. Trifft das rechtsetzende Organ eine schematisierende generell-abstrakte Lösung, ist das rechtsanwendende Organ an diese «Vorentscheidung» grundsätzlich gebunden und es ist ihm nicht gestattet, gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip im Sinne einer Einzelfallbeurteilung hiervon abzuweichen. Ein Abweichen von der Schematisierung im Einzelfall gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip darf vielmehr nur dann erfolgen, wenn *besondere, aussergewöhnliche Umstände, eine atypische Situation bzw. ein atypischer Härtefall*¹⁷ vorliegen. Nur in einer solchen besonderen Situation rechtfertigt es sich m.E., gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip von einer rechtsatzmässig festgelegten Schematisierung abzuweichen.¹⁸

Der vorliegende Bericht endet mit einem Zitat des Bundesgerichts, in welchem dieses das vorstehende Konzept (Abweichen von einer schematischen Regelung gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, wobei im bundesgerichtlichen Urteil nicht eine *gesetzliche Schematisierung* im Streit stand, sondern die *Anwendung einer gerichtlichen Praxis* auf den konkreten Fall) in einer Konstellation angewendet hat, die in der Gerichtspraxis jedes Jahr dutzendfach zu entscheiden ist. Mit der vom Bundesgericht gewählten Vorgehensweise dürfte die Spannungslage zwischen Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip in vielerlei Hinsicht entschärft werden. Das Zitat lautet wie folgt:¹⁹

«Nach der [...] dargestellten bundesgerichtlichen Praxis gilt eine Geschwindigkeitsüberschreitung von mehr als 35 km/h auf einer Autobahn grundsätzlich als schwere Widerhandlung. Dies bedeutet keineswegs, dass die konkreten Umstände des Einzelfalls nicht zu prüfen wären, sondern nur, dass sich im Regelfall, d.h. wenn keine besonderen, au-

¹⁷ Zu diesem Begriff SEILER, S. 240.

¹⁸ Vgl. demgegenüber noch HOFSTETTER, Rz. 420 ff.

¹⁹ BGer, Urteil 1C_404/2011 vom 16. März 2012 E. 3.3.

ssergewöhnlichen Umstände vorliegen, die eine vom Schema abweichende Beurteilung gebieten, die Schwere der Widerhandlung schematisch nach dem Ausmass der Geschwindigkeitsüberschreitung richtet.»

Literatur

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016

HOFSTETTER DAVID, *Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) – Ausgewählte Aspekte*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014

LEPSIUS OLIVER, *Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismässigkeit – Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Tübingen 2015, S. 1 ff.

MÜLLER MARKUS, *Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel*, Bern 2013

SEILER HANSJÖRG, *Glanz und Elend des Verhältnismässigkeitsprinzips – aus der Sicht der Gerichtspraxis*, in: *Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), Quid iuris? Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz, 10 Jahre Bachelor of Law*, Bern 2015, S. 213 ff.

Verhältnismässigkeit staatlicher Sanktionen

Regula Hunger

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	95
II. Begriff der Sanktion	95
III. Regelungsansätze	96
IV. Beispiele	97
Literatur	99

I. Einleitung

Nicht nur der Gesetzgeber muss sich beim Erlass der Normen Gedanken über die Verhältnismässigkeit der zu erlassenen staatlichen Sanktionen machen, sondern auch der Rechtsanwender, derjenige also, der die Sanktion verfügt. Beide müssen sich fragen, ob die vorgesehene Sanktion geeignet ist, das Verhalten zu ändern respektive das begangene Fehlverhalten zu sühnen. Sie müssen sich zudem fragen, ob es keine mildere, gleich wirksame Alternative gibt, d.h. ob die vorgesehene Sanktion erforderlich ist. Und schliesslich müssen sie sich fragen, ob die vorgesehene Sanktion zumutbar ist, d.h. ob die Zweck-Mittel-Relation vernünftig ist. Um dem Einzelfall in der Rechtsetzung gerecht zu werden, wählt der Gesetzgeber daher häufig einen Strafrahmen.

II. Begriff der Sanktion

Der Begriff der Sanktion ist ein Oberbegriff für – freiheitsentziehende und nicht freiheitsentziehende – Strafen und Massnahmen. Dabei handelt es sich um strafrechtliche Sanktionen, d.h. Strafen in Form von Geldstrafen und Freiheitsstrafen oder strafrechtliche Massnahmen wie therapeutische Massnahmen, Verwahrung oder Landesverweisung. Neben den strafrechtlichen Sanktionen gibt es auch verwaltungsrechtliche Sanktionen. Diese werden i.d.R. in

exekutorische Sanktionen (Ersatzvorname, antizipierte Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang) und repressive Sanktionen (Disziplinar massnahmen, Bestrafung wegen Ungehorsam) unterteilt.¹ Die Auswirkungen von Sanktionen können für den Betroffenen sehr einschneidend sein, weshalb das Legalitätsprinzip, die Verhältnismässigkeit, das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot, das Diskriminierungsverbot, das Störer- und Verursacherprinzip sowie die Verfahrensgarantien eine entscheidende Rolle spielen.

III. Regelungsansätze

Der Gesetzgeber hat beim Erlass von Sanktionen, die Verhältnismässigkeit zu beachten. Dabei wird allgemein verlangt, «dass die vom Gesetzgeber gewählte Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und tauglich ist. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln bzw. den zu seiner Erreichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen»². Dies bedeutet, dass ein staatlicher Eingriff zu unterbleiben hat, wenn der verfolgte Zweck auch mit einer für die Freiheit der Bürger weniger einschneidenden Massnahme erreicht werden könnte.³

Einige Gesetze sehen dann auch eine Umschreibung des Verhältnismässigkeitsprinzips vor, so etwa das Bündnerische Polizeigesetz⁴. Es hält in Art. 6 Abs. 2 fest, dass die Kantonspolizei von mehreren geeigneten Massnahmen, diejenige zu treffen hat, welche die einzelnen Personen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigen. Ferner darf eine Massnahme nicht zu einem Nachteil führen, der zum angestrebten Erfolg in einem erkennbaren Missverhältnis steht (Abs. 3). Diese Bestimmung hat rein deklaratorische Bedeutung, ruft jedoch der rechtsanwendenden Behörde den Grundsatz nochmals in Erinnerung.

¹ Ausführlicher dazu GRIFFEL, S. 357 ff.

² BGE 117 Ia 472, 483, E. 3g.

³ BGE 117 Ia 472, 483, E. 3g; BGE 107 Ia 64, 67 E. 2b.

⁴ Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004 (PoIG, BR 613.000).

IV. Beispiele

Nachfolgend soll die Verhältnismässigkeit staatlicher Sanktionen anhand von Beispielen besprochen werden.

Beispiel 1: Polizeiliche Ausweisung bei häuslicher Gewalt

Die polizeiliche Ausweisung bei häuslicher Gewalt ist in den Kantonen unterschiedlich ausgestaltet. Die Mehrheit der Kantone sieht hierfür eine maximale Dauer von 14 Tagen vor. Ebenfalls lassen viele Kantone eine Ausweisung für längstens zehn Tage zu. Der Kanton Genf geht einen etwas anderen Weg und sieht eine Mindestdauer von zehn Tagen und eine Maximaldauer von 30 Tagen vor. Trotz ihrer Unterschiedlichkeit gleichen sich die Regelungen bzw. liegen nicht weit auseinander.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich befassete sich am 16. März 2018 mit dem Rayonverbot bei häuslicher Gewalt.⁵ Darin ging es um die Verhältnismässigkeit der Verlängerung der Schutzmassnahmen (Rayonverbot und Wegweisung aus der Wohnung). Der Beschwerdeführer machte geltend, dass es ihm durch die Wegweisung aus der Familienwohnung und das Rayonverbot erschwert würde, seinen Kindern zu begegnen. Und zwar möchte er nicht nur mit diesen telefonieren können, sondern mit ihnen eine Gemeinschaft und eine Beziehung zu Hause pflegen. Das Verwaltungsgericht hatte zu beurteilen, ob die Verlängerung um drei Monate verhältnismässig sei. Dies hatte es bejaht. Es führte aus, dass die Gefährdung gegenüber der Beschwerdegegnerin weiterhin fortbestehen würde. Die Wegweisung aus der Familienwohnung und das Rayonverbot seien grundsätzlich geeignet, dem zu begegnen. Mildere Massnahmen als die Wegweisung und ein Rayonverbot, welche dem Gesetzeszweck von § 1 Abs. 1 Gewaltschutzgesetzes vom 19. Juni 2006 (Schutz, Sicherheit und Unterstützung von Personen, die durch häusliche Gewalt betroffen sind) gerecht würden, seien nicht ersichtlich. Das Kontaktverbot alleine würde den Schutz nur ungenügend umsetzen, da es dem Beschwerdeführer weiterhin möglich wäre, sich – auch ohne Kontakt zur Beschwerdegegnerin – rund um das Wohnhaus aufzuhalten. Zudem liege es insbesondere nicht in der Kompetenz der Gewaltschutzmassnahmen anordnenden Instanzen, ein Besuchsrecht zu regeln oder abzuklären, wem die Wohnung besser dient. Das Rayonverbot be-

⁵ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. März 2018, VB.2018.00096.

schränke sich überdies auf einen eng umfassten Bereich rund um das Wohnhaus und schränke die Bewegungsfreiheit des Beschwerdeführers nur soweit wie nötig ein. Im Weiteren haben die Kinder des Beschwerdeführers alle ein eigenes Mobiltelefon, was es ihm ermögliche, ohne eine Drittperson beizuziehen, Kontakt mit den Kindern zu haben oder Besuche ausserhalb der Familienwohnung zu vereinbaren.⁶

Beispiel 2: Rayonverbot bei Sportveranstaltungen

Das Rayonverbot spielt nicht nur bei der polizeilichen Ausweisung bei häuslicher Gewalt eine Rolle, sondern auch bei Sportveranstaltungen. Zu diesem Thema kann der Bundesgerichtsentscheid vom 7. Januar 2014 als Beispiel der abstrakten Normenkontrolle genommen werden.⁷ Das Bundesgericht musste beurteilen, ob die im Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vorgesehenen Massnahmen verhältnismässig sind. Unter anderem hatte es zu prüfen, ob eine Mindestdauer von einem Jahr für ein Rayonverbot zulässig ist. Es gelangte zum Schluss, dass diese Mindestdauer nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar ist. Es führte aus, dass nicht in jedem Fall der mit dem Rayonverbot angestrebten Gewaltprävention eine Mindestdauer von einem Jahr erforderlich sein soll und dies die mildeste Massnahme im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit darstellen solle.⁸ So werde es der rechtsanwendenden Behörde verunmöglicht, ein grundsätzlich zwar angezeigtes Rayonverbot zu verhängen, welches aber in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips kürzer als ein Jahr auszufallen hätte. Die Minimaldauer verhindere, dass die Massnahme an das in jedem Einzelfall Notwendige und Zumutbare angepasst werden könne.

Beispiel 3: Widerruf einer Niederlassungsbewilligung

In den Medien wurde ein Entscheid des Bundesgerichts betreffend Verzicht auf Widerruf einer Niederlassungsbewilligung kontrovers diskutiert.⁹ Dabei ging es um den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung eines straffällig gewordenen serbischen Staatsangehörigen, welcher seit seiner Geburt in der Schweiz lebt und 2014 zu einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren verurteilt wurde. Das

⁶ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. März 2018, VB.2018.00096, E. 4.4.2.

⁷ BGE 140 I 2.

⁸ BGE 140 I 2, 39, E. 11.2.2.

⁹ BGer, Urteil 2C_94/2016 vom 2. November 2009.

Bundesgericht beurteilte den Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, auf einen Widerruf der Niederlassungsbewilligung des Mannes zu verzichten, angesichts des festgestellten aussergewöhnlichen Gesinnungswandels des Betroffenen als bundesrechtskonform. Dies obwohl grundsätzlich mit der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren ein Widerrufsgrund im Sinne des Ausländergesetzes vorliegt. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass alle massgeblichen Aspekte umfassend geprüft und sorgfältig abgewogen worden seien. Die begangenen Delikte und das Verschulden seien zwar als schwer zu beurteilen. Die Vorinstanz sei allerdings von einer guten Integration des bisher noch nicht verwarnten Mannes ausgegangen, auch in beruflicher Hinsicht. Zudem sei ein aussergewöhnlicher Gesinnungswandel des Mannes festgestellt worden. Einerseits habe sich dieser seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft bis zum Antritt des Strafvollzugs wohl verhalten. Andererseits zeigte er ernsthafte Bemühungen, ein geregeltes und konfliktfreies Leben zu führen. So habe er von sich aus Beratungen besucht, aus eigenem Antrieb eine deliktorientierte Behandlung aufgesucht und sich auf Begegnungen mit Jugendlichen eingelassen, wobei er ihnen über seine Tat und die Folgen berichtet habe. Die Vorinstanz habe im konkreten Fall kein Bundesrecht verletzt, wenn es zum Schluss gelangt sei, dass die privaten Interessen des Betroffenen an seinem weiteren Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen an der Beendigung seines Aufenthalts überwiegen. Das Bundesgericht ist damit von seiner sonst strengen Praxis im Zusammenhang mit dem Widerruf des Aufenthaltsrechts abgewichen.

Literatur

GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich 2017

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

Georg Müller

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	101
II. Methode und Verfahren der Gesetzgebung	102
III. Rationale Gesetzgebung – eine Verfassungspflicht?	103
1. Zur Diskussion in Deutschland	103
2. Anforderungen an die Methoden der Gesetzgebung in der Schweiz	104
3. Ergebnis	104
IV. Methode der Prüfung der Verhältnismässigkeit im Gesetzgebungsverfahren	106
1. Was muss der Gesetzgeber prüfen?	106
2. Wie muss der Gesetzgeber prüfen?	106
a) Phasen der Prüfung	106
b) Methode der Prüfung der Zumutbarkeit	107
c) Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht	107
d) Begründungspflicht	108
V. Zusammenfassung	109
Literatur	110

I. Einleitung

Gegenstand der Diskussion waren Methoden und Verfahren der Verhältnismässigkeitsprüfung in der *Rechtssetzung*, nicht in der Rechtsanwendung. Im Zentrum stand die Frage, wie die Organe der Rechtssetzung bei der Verhältnismässigkeitsprüfung vorgehen müssen: Gibt es bestimmte Anforderungen an die Methode und das Verfahren des Gesetzgebers (Verordnungsgeber immer mitgemeint)? Schreibt das übergeordnete Recht, insbesondere die Verfassung, ein methodisches Vorgehen oder sogar eine bestimmte Methode vor? Nicht

erörtert wurde die Frage, ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, das Verhältnismässigkeitsprinzip zu konkretisieren, und wie er dabei vorgehen muss.¹

In der Gruppenarbeit wurde zuerst die Grundsatzfrage diskutiert, ob ein rationales, methodisches Vorgehen im Rechtssetzungsprozess Voraussetzung für die *Verfassungsmässigkeit* eines Gesetzes ist, oder ob es nur auf das «Produkt» dieses Prozesses, das Gesetz oder die Verordnung, ankommt, das – unabhängig davon, wie es zustande gekommen ist – mit der Verfassung übereinstimmen muss.

II. Methode und Verfahren der Gesetzgebung

Die *Methode* ist die Art des Vorgehens, um zu einem Ziel zu gelangen. In der Rechtssetzung geht es darum, auf dem richtigen Weg, in bestimmten Schritten zu einer «guten», («gerechten», «fairen») Rechtsnorm zu gelangen, und dabei bestimmte Prinzipien, Kriterien und Massstäbe zu beachten.²

Ein *methodischer Rechtssetzungsprozess* muss nach Regeln und in bestimmten Phasen ablaufen. Dadurch wird das Risiko von Mängeln in der Gesetzgebung (z.B. durch eine ungenügende Sachverhaltsanalyse, eine falsche Abwägung von Interessen oder den Einsatz ungeeigneter Regelungsinstrumente) reduziert und «Transparenz als Voraussetzung für die Nachvollziehbarkeit und damit für die Kritik der Entscheidungsfindung» geschaffen.³

Unter dem *Verfahren* der Rechtssetzung verstehen wir den durch die Verfassung und die Gesetzgebung geregelten Entscheidungsprozess. Festgelegt werden müssen vor allem die Zuständigkeit der daran beteiligten Organe und ihr Zusammenwirken.

Zwischen Methode und Verfahren der Rechtssetzung bestehen enge *Zusammenhänge*. In der deutschen Lehre wird deshalb oft von «innerem» und «äusserem» Gesetzgebungsverfahren gesprochen.⁴ Das (äussere) Gesetzgebungsverfahren muss so ausgestaltet werden, dass die Vorbereitung, Beratung und Entscheidung in den einzelnen Phasen des Rechtssetzungsprozesses denjenigen

¹ Zur Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips durch den Gesetzgeber siehe in diesem Band UHLMANN/BUKOVAC, S. 32 ff.

² MÜLLER/UHLMANN, Rz. 42, mit Hinweisen.

³ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 43.

⁴ Vgl. z.B. SCHÄFFER, S. 34 f.

Organen obliegt, die dafür über die notwendige Sachkenntnis und demokratische Legitimation verfügen.

III. Rationale Gesetzgebung – eine Verfassungspflicht?

1. Zur Diskussion in Deutschland

In der deutschen Lehre wird darüber gestritten, ob die *Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes* auch davon abhängt, ob es in einem rationalen, d.h. methodischen Prozess zustande gekommen ist, oder ob es nur darauf ankommt, dass das «Produkt» dieses Prozesses, d.h. das Gesetz (oder die Verordnung) mit der Verfassung übereinstimmt. Hat der Gesetzgeber mit anderen Worten bestimmte Pflichten zur Feststellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, zur Abschätzung der Wirksamkeit seiner Regelungen, zur Abwägung zwischen den auf dem Spiel stehenden Interessen und zur Begründung seiner Entscheidungen, oder kann er auch unmethodisch, irrational, ja willkürlich und zufällig zum richtigen Resultat kommen? Das *Bundesverfassungsgericht* hat in einigen Urteilen nur geprüft, ob der Gesetzgeber nicht von offensichtlich unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist, in anderen aber untersucht, ob die Sachverhaltsanalyse und der Beizug der zugänglichen Erkenntnisquellen ausreichend sind. In besonderen Fällen hat das Gericht dem Gesetzgeber sogar eine spezifische Methode für die Rechtssetzung vorgeschrieben. In der *Lehre* findet diese Rechtsprechung teils Zustimmung, teils (heftige) Ablehnung. Die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes hänge nicht von der Methode ab, sondern vom Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens, d.h. vom Gesetz selbst. Einzelne Autoren wollen weiter gehen als das Bundesverfassungsgericht und fordern eine optimale Methodik als Verfassungspflicht.⁵

⁵ Siehe dazu die Hinweise bei MÜLLER/UHLMANN, Rz. 49 f.; O'HARA, S. 213 ff.; SCHUPPERT, S. 27 ff.; STEINBACH, S. 79 ff., 106 ff., 132 ff.

2. Anforderungen an die Methoden der Gesetzgebung in der Schweiz

Wesentliche Kriterien für die Rationalität von Gesetzen sind die Systemgerechtigkeit, die Verhältnismässigkeit und die Wirkungsorientierung.⁶ Ob und wieweit die Rationalität im Allgemeinen und methodisches Vorgehen im Besonderen für die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen relevant ist, wird in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung kaum erörtert. Die *Verhältnismässigkeit* von Gesetzen prüft das Bundesgericht mit grosser Zurückhaltung: Es greift nur ein, wenn eine im Gesetz vorgesehene Massnahme offensichtlich ungeeignet ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, oder wenn eine Regelung auf einer offensichtlich unzutreffenden Abwägung der betroffenen Interessen beruht.⁷ Nach Art. 170 BV sorgt die Bundesversammlung dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. Aus dieser Bestimmung kann nicht abgeleitet werden, dass die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes davon abhängt, ob eine (genügende) *Wirksamkeitsprüfung* durchgeführt worden ist.⁸ Es ist deshalb *nicht geklärt*, ob ein rationales (methodisches) Vorgehen des Gesetzgebers für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes eine Rolle spielt.

3. Ergebnis

Ein *methodisches Vorgehen* des Gesetzgebers, insbesondere eine sorgfältige Feststellung des Ist-Zustandes (Sachverhaltsanalyse), eine umfassende Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Interessen, die Erarbeitung eines Konzepts mit verschiedenen Varianten der Zielerreichung sowie die Evaluation ihrer Wirkung kann *Voraussetzung* für eine verfassungskonforme, insbesondere auch verhältnismässige Gesetzgebung sein. Die Verfassung schreibt dem Gesetzgeber aber in der Regel *keine bestimmte Methode* vor, sondern lässt ihm viel Gestaltungsspielraum.⁹ Gravierende *methodische Mängel* sind aber häufig *Ursache für die Ver-*

⁶ Dazu eingehend STEINBACH, S. 86 f., 120 ff., 132 ff.

⁷ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 52, mit Verweisungen.

⁸ Siehe dazu auch BUSSMANN in: SGK BV, Art. 170 N 10, 25.

⁹ Dabei handelt es sich m.E. nicht um ein «Ermessen» des Gesetzgebers im verwaltungsrechtlichen Sinn. Darunter versteht man die Ermächtigung der rechtsanwendenden Organe durch den Gesetzgeber, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles, nach «Billigkeit» zu entscheiden (vgl. dazu MÜLLER/UHLMANN, Rz. 54, Anm. 148).

fassungswidrigkeit von Gesetzen, insbesondere von Verstössen gegen das Willkürverbot, das Rechtsgleichheitsgebot oder das Verhältnismässigkeitsprinzip.

In einer Arbeitsgruppe wurde die Frage aufgeworfen, ob es in einem Gesetzgebungsverfahren mit *Referendum* und *Volksinitiative* überhaupt *sinnvoll* sei, ein methodisches Vorgehen zu verlangen und *Minimalanforderungen an eine rationale Willensbildung und Entscheidungsfindung* zu stellen. In der Tat können die Mitglieder des Parlamentes nicht daran gehindert werden, spontan, emotional oder gar irrational zu entscheiden. Erst recht darf von den Stimmberechtigten in einer Volksabstimmung nicht erwartet werden, dass sie sich bei der Stimmabgabe rational verhalten. Es lässt sich nicht bestreiten, dass zwischen *Rationalität* und *Demokratieprinzip* ein *Konflikt* besteht.¹⁰ Das ist aber kein Grund, um auf eine methodische Vorbereitung der Entscheidungen über Gesetze zu verzichten. Je grösser das Risiko von Fehlbeurteilungen – insbesondere bei komplexen Regelungsproblemen – ist, desto gründlicher, sorgfältiger und überzeugender müssen die Informationen und Argumente sein, auf die sich die politischen Entscheidungen stützen. Es geht insbesondere darum, die Wirkungen dieser Entscheidungen über bestimmte Regelungen zu analysieren und allfällige Varianten aufzuzeigen. Eine noch so hohe demokratische Legitimation nützt nichts, wenn die beschlossene Regelung ihren Zweck nicht erreichen kann. Nach meinem Dafürhalten sollte deshalb auch wieder einmal diskutiert werden, ob die Rationalität der Gesetzgebung im Hinblick auf die zunehmende Komplexität der Regelungsprobleme nicht dadurch gesteigert werden sollte, dass – zumindest in gewissen Bereichen – das *Einbringen von Vorschlägen* in das Gesetzgebungsverfahren ohne entsprechende methodische Vorbereitung oder Konkretisierung *ausgeschlossen* würde. Zu denken wäre insbesondere an eine Eindämmung der Parlamentarischen Initiativen und der Volksinitiativen in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs.

¹⁰ Dazu O'HARA, S. 79 ff., 104 ff.; STEINBACH, S. 205 ff.

IV. Methode der Prüfung der Verhältnismässigkeit im Gesetzgebungsverfahren

1. Was muss der Gesetzgeber prüfen?

Die Verhältnismässigkeit einer Rechtsnorm beurteilt sich nach den gleichen Kriterien wie diejenige von Rechtsanwendungs- oder Realakten: Sie muss geeignet, erforderlich (notwendig) und zumutbar (vernünftiges Verhältnis von Zweck und Wirkung der Regelung) sein.¹¹ Wie bereits erwähnt ist die Verhältnismässigkeitsprüfung eine wichtige *Voraussetzung für die Rationalität eines Gesetzes*,¹² kommt es dabei doch in erster Linie auf die prognostizierten Wirkungen und ihr Verhältnis zur Zielsetzung des Gesetzes an. Die Prüfung in drei Schritten (oder auf drei Ebenen) stellt bereits eine Methode dar, welche das Risiko von pauschalen Fehlbeurteilungen der «Mässigkeit» vermindert.

2. Wie muss der Gesetzgeber prüfen?

a) Phasen der Prüfung

Grundlage der Verhältnismässigkeitsprüfung ist eine *Feststellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse*, die das Gesetz stabilisieren oder verändern soll, und eine *Prognose ihrer Entwicklung*. Für die Beurteilung der Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit einer Regelung ist sodann die *Analyse und Konkretisierung der Zielsetzungen* des Gesetzes, die sich aus dem übergeordneten Recht, politischen Impulsen oder der Feststellung von Mängeln ergeben können, zentral, geht es dabei doch immer um die Zweck-Mittel-Relation. Die Verhältnismässigkeit des Einsatzes von bestimmten Mitteln, insbesondere die Auswahl der Regelungsinstrumente, muss im Rahmen der Erarbeitung eines *Normkonzeptes* geprüft werden.¹³ In dieser Phase sind Prognosen über die *Wirkungen von Regelungen* (ex-ante-Evaluationen, Gesetzesfolgenabschätzungen) von grosser Bedeutung. Dabei sollten mehrere *Varianten* verglichen werden, damit beurteilt werden kann, welche Lösung mit dem geringstmöglichen Eingriff zum Ziel führt und

¹¹ Siehe in diesem Band M. MÜLLER, S. 13 ff. und UHLMANN/BUKOVAC, S. 38 ff.

¹² Siehe dazu vorne, S. 102 ff.

¹³ Dazu MÜLLER/UHLMANN, Rz. 118 ff.

zumutbar ist.¹⁴ Bei Unsicherheiten über künftige Entwicklungen der Verhältnisse oder über die Wirkungen der Regelungen kann sich ein *Experiment* in der Form einer befristeten Normierung aufdrängen, um Erfahrungen mit ihrer Anwendung zu sammeln und sie gestützt darauf nach Ablauf der Frist zu ändern, aufzuheben oder ihre Geltungsdauer zu verlängern.¹⁵

Die auf der Basis des Normkonzeptes redigierten Gesetzesentwürfe müssen einer *Überprüfung* unterzogen werden, insbesondere auch im Hinblick auf ihre Verhältnismässigkeit. Dazu dienen namentlich die Mitberichts- und Vernehmlassungsverfahren.¹⁶

b) Methode der Prüfung der Zumutbarkeit

Eine *besondere Methode* findet bei der Prüfung der *Zumutbarkeit* Anwendung. Hier ist *abzuwägen* zwischen dem öffentlichen Interesse an der Erreichung des Ziels und dem Interesse der Betroffenen an einem Verzicht auf die Massnahme. Vorausgehen muss eine *Gewichtung* der auf dem Spiel stehenden Interessen.¹⁷ Auch diese Prüfung sollte im Rahmen der konzeptionellen Vorarbeiten stattfinden; sie wird durch die Gegenüberstellung von Varianten erleichtert.

c) Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht

Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist mit dem Inkrafttreten des Gesetzes nicht abgeschlossen. Der Gesetzgeber hat die Wirkungen seiner Gesetze zu kontrollieren und allfällige Mängel zu beheben. Ihn trifft eine *Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht*, insbesondere auch bezüglich der Verhältnismässigkeit seiner Regelungen. Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse oder der Rechtslage, Fehleinschätzungen bezüglich der Wirkungen, Feststellung von Mängeln bei der Rechtsanwendung u.a.m. müssen zu einer erneuten Überprüfung führen.¹⁸

¹⁴ Zum Denken in Alternativen als Bestandteil eines rationalen Problemlösungsprozesses STEINBACH, S. 248 ff.

¹⁵ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 275 ff.

¹⁶ Vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 99, mit Hinweisen.

¹⁷ Ein anschauliches Beispiel für eine Interessenabwägung findet sich in BGE 120 Ia 126, 137 ff. (Abwägung zwischen den von einem Verbot des Aufstellens von Geldspielautomaten betroffenen Interessen).

¹⁸ Zur Kontrolle der Wirkungen und Korrektur von Mängeln der Gesetze allgemein MÜLLER/UHLMANN, Rz. 176 ff.

In BGE 132 I 7, 13, führte das Bundesgericht zur Frage, ob die Rassenzugehörigkeit von Hunden ein geeignetes Kriterium zur Abgrenzung der Bewilligungspflicht sei, Folgendes aus: «Falls die der Hundeverordnung zu Grunde liegende Risikobeurteilung, sei es, was die potenzielle Gefährlichkeit der explizit erfassten Hunderasse bzw. die Einstufung nicht erfasster anderer Rassen oder aber die Tauglichkeit des Kriteriums der Rassenzugehörigkeit überhaupt betrifft, durch neue zuverlässige und aussagekräftige Erhebungen widerlegt werden sollte, wäre die jetzige Regelung diesen Erkenntnissen anzupassen.»

In BGE 111 Ia 93, 99, finden sich besonders klare Aussagen zur Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers bezüglich der Verhältnismässigkeit des Wohnanteilsplans der Stadt Zürich: «Die Beschwerdeführerin [...] bezeichnet den Plan als untaugliches Instrument, weshalb er zudem unverhältnismässig sei [...]. Auch wenn nicht gesagt werden kann, ob sich damit der Bevölkerungsrückgang in der Stadt Zürich wirksam bekämpfen lässt, ist es den städtischen Behörden nicht verwehrt, mit den gegebenen gesetzlichen Möglichkeiten der verhängnisvollen Entwicklung entgegenzutreten und wenn immer möglich eine Wende herbeizuführen. Freilich sind die Behörden verpflichtet, die Entwicklung zu verfolgen. Sollten sich die Verhältnisse erheblich ändern, so werden die Behörden den Wohnanteilplan als Nutzungsplan zu überprüfen und anzupassen oder aufzuheben haben.»

Die «*Ex-post-Evaluation*» (Gesetzescontrolling) obliegt verschiedenen Institutionen. Im Bund sind es namentlich die Eidgenössische Finanzkontrolle und die Parlamentarische Verwaltungskontrolle, die im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht und zuhanden der parlamentarischen Kommissionen Evaluationen durchführen. In der Bundesverwaltung gibt es eine interdepartementale Kontaktgruppe «Wirkungsprüfung», welche den Departementen Empfehlungen für die verwaltungsinternen Evaluationen unterbreitet. Gerichte, Ombudsstellen und Verwaltungsbehörden können Mängel der Gesetzgebung bei der Rechtsanwendung feststellen und sie den zuständigen Behörden mitteilen. Leider werden alle diese Möglichkeiten zur Verbesserung geltender Gesetze zu wenig genutzt.¹⁹

d) Begründungspflicht

Umstritten ist, ob es eine *Pflicht zur Begründung von Gesetzen* gibt. Begründungen tragen zur Rationalität von Entscheidungen bei, verbessern deren Anwendbarkeit, erhöhen die Chancen der Akzeptanz und ermöglichen ihre Kritik. Auf der andern Seite lassen sich Mehrheitsentscheidungen im Parlament und vor allem in Volksabstimmungen kaum begründen. Zu fordern ist jedoch, dass die Vorbereitungsarbeiten zu Dokumenten führen, welche möglichst umfassend und transparent darlegen, auf welchem Weg die Gesetzesentwürfe zustande ge-

¹⁹ Dazu MÜLLER/UHLMANN, Rz. 178 ff.

kommen sind, welche Ziele verfolgt werden sollen, welche Varianten geprüft worden sind, warum gewisse Lösungen ausgeschlossen wurden usw.²⁰

V. Zusammenfassung

1. Die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes hängt nicht von der Wahl der richtigen Methode der Gesetzgebung ab. Ein methodisches Vorgehen kann jedoch Voraussetzung für eine verfassungskonforme, insbesondere verhältnismässige Gesetzgebung sein. Gravierende methodische Mängel führen häufig zu Verstössen gegen die Verfassung, insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot.
2. Die Forderungen nach Rationalität und nach demokratischer Legitimation der Gesetze können zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Das Gesetzgebungsverfahren muss so ausgestaltet werden, dass es zu einem Ausgleich zwischen den beiden Grundsätzen kommt. Eine rationale Vorbereitung der Entscheidungen über Gesetze, namentlich eine sorgfältige Analyse des Ist-Zustandes und eine Prognose der Wirksamkeit, ist jedenfalls bei komplexen Materien unerlässlich. Ob das Verfahren der parlamentarischen Initiative und dasjenige der Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs diesem Anspruch genügt, sollte vertieft geprüft und diskutiert werden.
3. Die Prüfung der Verhältnismässigkeit im Hinblick auf die Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Regelungen stellt bereits ein methodisches Vorgehen dar, weil durch diese Aufteilung in einzelne Schritte das Risiko einer Fehlbeurteilung verringert und Transparenz als Voraussetzung der Nachvollziehbarkeit geschaffen wird.
4. Die Verhältnismässigkeit des Einsatzes bestimmter Mittel, insbesondere die Auswahl der Regelungsinstrumente, muss im Rahmen der Erarbeitung eines Normkonzeptes geprüft werden. Dabei sollten die Wirkungen der Regelungen prognostiziert und verschiedene Varianten miteinander verglichen werden. Allenfalls können die Auswirkungen in einem befristeten Gesetz getestet werden (Rechtssetzung auf Probe).

²⁰ Siehe dazu STEINBACH, S. 79 ff.

5. Der Gesetzgeber muss die Wirkungen seiner Gesetze systematisch kontrollieren und allfällige Mängel beheben (Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht). Es braucht deshalb besondere Institutionen, welche diese «Ex-post-Evaluationen» durchführen.
6. Begründungen tragen zur Rationalität von Gesetzen bei. Sie sind für deren Anwendung und Akzeptanz von grosser Bedeutung. Die politischen Entscheidungen der Parlamente und der Stimmberechtigten lassen sich aber nicht begründen. Deshalb müssen die Gesetzentwürfe möglichst umfassend und klar – unter Einbezug von abweichenden Meinungen und anderen Lösungsvorschlägen – begründet werden.

Literatur

- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER in: SGK BV)
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- O'HARA LAURENCE, Konsistenz und Konsens, Die Anforderungen des Grundgesetzes an die Folgerichtigkeit der Gesetze, Tübingen 2018
- SCHÄFFER HEINZ, Über Möglichkeit, Notwendigkeit und Aufgaben einer Theorie der Rechtssetzung, in: Heinz Schäffer (Hrsg.), Theorie der Rechtssetzung, Wien 1988
- SCHUPPERT GUNNAR FOLKE, Governance und Rechtsetzung, Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011
- STEINBACH ARMIN, Rationale Gesetzgebung, Habil. Bonn 2016, Tübingen 2017

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Bd. 1 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Rechtsetzung und Verfassungsgebung

Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger

2013. 100 Seiten, broschiert, CHF 42.–

Bd. 2 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht

12. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2013. 107 Seiten, broschiert, CHF 39.–

Bd. 3 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts

13. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2014. 96 Seiten, broschiert, CHF 38.–

Bd. 4 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Evaluation der Bundesrechtspflege

Zusammenfassung Studie «Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege» und «Studie Rechtsschutzlücken»

2014. 149 Seiten, broschiert, CHF 45.–

Bd. 5 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Private Normen und staatliches Recht

14. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2015. 127 Seiten, broschiert, CHF 42.–

Bd. 6 Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.)

Professional Legislative Drafters

Status, Roles, Education

2016. 148 Seiten, broschiert, CHF 45.–

Bd. 7 Felix Uhlmann (Hrsg.)

Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre

15. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2017. 170 Seiten, eBook, CHF 39.–

Bd. 8 Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.)

Gute Gesetzessprache als Herausforderung für die Rechtsetzung

16. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

2018. 238 Seiten, broschiert, CHF 72.–

Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist ein grundlegendes rechtsstaatliches Prinzip des Verwaltungsrechts. Zusammen mit dem Grundsatz des öffentlichen Interesses bestimmt es das konkrete Handeln der Verwaltungsbehörden. Das Bundesgericht hat diesem Prinzip in einer Vielzahl von Entscheiden eine konkrete Prägung verliehen. Diese lange Geschichte sollte aber nicht zum Schluss verleiten, dass sich bezüglich des Verhältnismässigkeitsprinzips keine Fragen mehr stellen. In der Rechtsprechung tauchen immer wieder neue oder ungewohnte Konstellationen auf, so etwa die Bedeutung der Verhältnismässigkeit für die staatliche Leistungsverwaltung. Wenig untersucht ist auch die Bedeutung der Verhältnismässigkeit für den Gesetz- und den Verordnungsgeber.

Der 9. Band des Zentrums für Rechtsetzungslehre beleuchtet das Verhältnismässigkeitsprinzip aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts und der Rechtsetzungslehre. Besondere Berücksichtigung finden Methoden, Verfahren und Umsetzung der Verhältnismässigkeitsprüfung, der verhältnismässige Einsatz von Schematisierungen und anderen Regelungsinstrumenten sowie die Verhältnismässigkeit staatlicher Sanktionen.

Dike Verlag, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03891-110-4



Nomos Verlag, Baden-Baden

ISBN 978-3-8487-6045-9

