

Der Zauber der Verhältnismässigkeit

Referat vom 2. Juli 2026 an der VBZH- und KPV-Tagung 2026 im
Volkshaus Zürich

Markus Müller

I. Begrüssung / Einleitung

Verhältnismässigkeit ist eines der grossen Wörter. Es wird in Politik, im Verwaltungsalltag und in der Jurisprudenz, gerne und viel gebraucht.

Das Streiten über die Verhältnismässigkeit erinnert manchmal etwas an Diskussionen über Fussball (Welche Sanktionen bei Foul? Vorteil oder Spielunterbruch?). Alle sind Expert:innen. Jeder und jede weiss es besser. Das Problem: Es gibt selten objektiv falsch oder richtig.

Ich werde ihnen daher im Folgenden nicht verkünden, was ich alles als verhältnismässig oder unverhältnismässig erachte.

Mir geht es im Folgenden vielmehr darum, einen Schritt zurückzutreten und das uns allen wohlvertraute Verhältnismässigkeitsprinzip aus einer gewissen Distanz zu betrachten. Mir geht es dabei um die Frage, die längst beantwortet scheint: Was ist eigentlich der tiefere Sinn des Verhältnismässigkeitsprinzips? Und wie geht man mit diesem Prinzip in der Praxis am besten um?

Zu diesem Zweck wird zunächst nach Herkunft und Eigenheit dieses Prinzips gefragt.

II. Wo hat das Verhältnismässigkeitsprinzip seine Wurzeln?

1. Althergebrachte Klugheitsregel ...

Verhältnismässigkeit bzw. Unverhältnismässigkeit ist zunächst ein Wort der Alltagssprache. Um es zu verstehen, muss man nicht „Recht“ studieren. Auch nicht, um es zu verwenden.

Sich im Leben verhältnismässig zu verhalten, ist eine uralte *Klugheitsregel*, eine menschliche Tugend, die ihre Wurzeln schon in den alten Schriften und Lehren der grossen Religionen und in der antiken Philosophie hat usw. [Beispiel: [Buddha](#)].

Die Verhältnismässigkeit ist also keine Erfindung der Jurist:innen (auch nicht der deutschen) und schon gar nicht der Politiker, auch wenn beide es mit Vorliebe gebrauchen. Und häufig auch wissen, was verhältnismässig ist und was nicht.

2. ... und Rechtsregel ...

Als allgemeine *Klugheitsregel* hat das Verhältnismässigkeitsprinzip natürlich auch im Recht seinen Platz gefunden. Als „Essenz“ von Recht und Gerechtigkeit ist es tief in unserer *Volksseele* verankert.

Was nicht verhältnismässig ist, findet kaum Akzeptanz. Und wo die Akzeptanz fehlt, wird eine Anordnung häufig nicht freiwillig befolgt. Eigentlich wäre das aber das Ziel von wirksamem Recht.

Unverhältnismässiges Handeln verstösst gegen das kollektive Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl. Die Mässigkeit

hat ihren Ort irgendwo im Schnittbereich von Recht und Sitte/Moral.

Dies zu ignorieren, ist riskant. Es war m.E. der Hauptgrund für das Scheitern der **Durchsetzungsinitiative** der SVP (2016). Sie erinnern sich vielleicht: Der „Automatismus“, mit welchem dem Richter, der Richterinnen verunmöglicht werden sollte, im Einzelfall noch die Frage der Verhältnismässigkeit zu prüfen. Das war für die Volksseele „zu viel“.

Seinen juristischen Ursprung hatte das Verhältnismässigkeitsprinzip einst *im Polizeirecht und im Wirtschaftsrecht* und wurde hier *vornehmlich* aus einer *ex-post-Kontrolloptik* entwickelt. Obwohl meistens die Beurteilung *ex ante* massgebend ist.

Allmählich hat sich der *Geltungsbereich* auf das *gesamte staatliche Handeln und Unterlassen* ausgeweitet. Erst seit der Verfassungsrevision 2000 ist die Verhältnismässigkeit nun als „Maxime des rechtsstaatlichen Handelns“ in Art. 5 Abs. 2 BV explizit verankert. Vorher galt sie als „ungeschriebener Grundsatz“ (abgeleitet aus Art. 4 aBV). Was an sich durchaus genügt hätte!

Wichtig: Die Verhältnismässigkeit ist eine direkt anwendbare Rechtsregel, an die sich (eigentlich!) alle staatlichen Behörden zu halten haben. Das bedeutet konkret: Verhältnismässigkeit ist für alle, die im Staat arbeiten, die Leitlinie für ihr Handeln. Es ist nicht nur eine Sache der Juristinnen und Juristen. Auch Sozialarbeiter, Polizistinnen, Lehrerschaft etc. müssen verhältnismässig (angemessen, vernünftig, mit Augenmass) handeln.

III. Was ist der Gehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips?

1. Streben nach Harmonie

a) Harmonie als Synonym

Um das Verhältnismässigkeitsprinzip richtig anzuwenden, lohnt es sich, nach seinem *normativen Gehalt* zu fragen.

Hier empfiehlt sich ganz grundsätzlich beim „Wort“ zu beginnen: *Verhältnis-mässig*.

Betrachtet man die beiden Komponenten des Wortes „Verhältnis(se)“ und „Mässig(keit)“ wird klar, um was es eigentlich geht: Etwas *muss* in Bezug auf die konkreten Verhältnisse mässig/massvoll/angemessen sein.

Oder anders ausgedrückt: Das Handeln muss sich *harmonisch* in die gesamten Lebensumstände (Umstände des konkreten Falls) einfügen.

Verhältnismässigkeit ist also Streben nach *Harmonie*. Das Streben, nicht das Erreichen. Es wird auch nach noch so sorgfältigem Abwägen aller involvierten Interessen immer Situationen der „Disharmonie“ (Unvereinbarkeit) geben, in denen das eine Interesse zulasten des anderen bevorzugt wird.

Juristinnen und Juristen stören sich am Begriff der Harmonie: „Harmonische Zwangsfesselung, harmonische Kündigung, harmonische Landesverweisung wird etwa gespöttelt!“. Harmonie sei (wenn schon) etwas aus der Musik, Kunst, Esoterik, der Quantenphysik vielleicht, aber nicht aus der „so nüchtern rationalen Jurisprudenz“.

Um was geht es: Der Begriff der Verhältnismässigkeit soll nicht ersetzt werden. Als Synonym soll Harmonie – weil etwas ungewohnt und geeignet eingefahrene Denkmuster aufzubrechen – den Blick auf den Gehalt der Verhältnismässigkeit neu schärfen.

b) Harmonie als Verrechtlichungsgefahr?

Es gibt Jurist:innen, die stören sich nicht nur am Begriff der Harmonie, sondern auch – und das ist schon bedenklicher – an der Harmonie selber und bezeichnet sie als Gefahr der „überschiessenden Verrechtlichung“. – Kann etwas „Harmonisches“ tatsächlich überschiessend sein? Und Verrechtlichung, wirklich ein Problem?

Vielleicht für Nichtjuristen, für Politiker:innen, aber für Juristen, die doch an das Ideal einer rechtsstaatlich einwandfreien Rechtsanwendung glauben müssten. So wenig es (echte) Reservate staatlicher Willkür gibt (oder geben sollte), so wenig sollte es Reservate staatlicher Unverhältnismässigkeit (die kleine oder grosse Schwester der Willkür) geben.

Wichtig ist stets ein differenziertes Vorgehen. Sie ist die eigentliche Voraussetzung der Verhältnismässigkeit. Differenzierung ist die *Methode* der Verhältnismässigkeit.

Der *erste* Prüfschritt (die Verhältnisse zu ermitteln) sollte die notwendige Differenzierung eigentlich sicherstellen.

Achtung: Soweit man mit Verrechtlichung vor einem unsachgemässen, meint rechtsdogmatisch unzulässigen Einsatz des Verhältnismässigkeitsprinzips (Stichwort Fluchtort) warnen will, ist der Einwand wohl ernst zu nehmen. Verhältnismässigkeit herzustellen ist nicht irgend eine «Magie», sondern solides Handwerk.

2. Zweistufiges Prüfprogramm

Kehren wir zurück zum gewohnten Begriff der Verhältnismässigkeit mit seinen zwei Begriffskomponenten: *Verhältnisse* und *Mässigkeit* (Behalten wir aber die „Harmonie“ wenigstens im Sinn).

Aus diesen zwei Komponenten resultiert für den Rechtsanwender (und immer auch den Rechtssetzer) ein zweistufiges *Prüfprogramm*:

1. Zuerst sind in einem überwiegend *prozeduralen Prüfschritt* die konkreten Verhältnisse zu ermitteln.
2. Erst dann folgt im zweiten Schritt die *materielle* Mässigkeitsprüfung.

a) Verhältnisse ermitteln (prozedurale Schicht)

Verhältnisse ermitteln bedeutet, zu fragen, um was es „genau“ geht. Das beinhaltet etwa folgende Fragen:

- Was ist genau **Inhalt** der anvisierten Massnahme? Verbot (Kopftuch-, Fahrverbot), Empfehlung (Impfempfehlung), Anordnung/Gebot (*Beistandschaft*: Begleit-, Vertretungs-, Mitwirkungsbeistandschaft).
- In welchem **Milieu** und gegen wen genau gelangt eine Massnahme zum Einsatz. Wie sind die genauen Umstände (Stichworte: Allgemeines oder besonderes Rechtsverhältnis)?
 - Es macht z.B. einen grundlegenden Unterschied, ob ein *Kopftuchverbot* generell im öffentlichen Raum gelten soll oder nur im öffentlichen Dienst (generell oder Schalterdienst).
 - Bei einer *Massnahme im Strafvollzug* ist relevant, dass wir uns in Gefangenschaft befinden. Das Gewicht der Freiheit ist hier ein *anderes*! Weiter interessieren: die Vollzugsform, die verbleibende Vollzugsdauer, ist der Insasse physisch oder psychisch angeschlagen ist und wenn ja wie genau usw.

- Wird eine *Erwachsenenschutzmassnahme* gegenüber einer Person angeordnet, die sich in einer Institution (Alters- oder Pflegeeinrichtung) befindet oder die allein in einem privaten Haushalt lebt?
- Welches ist das (grundsätzlich *legitime*) **Motiv** der Massnahme? Welches oder welche öffentlichen Interessen werden verfolgt?
 - Interessen des Erwachsenenschutzes: Schutz vulnerabler Personen vor Überforderung. Schutz vor sich selber. Schutz von Dritten. Schutz der Menschenwürde.
- Was ist die **Rechtsform**? Geht es um eine verbindliche Anordnung (Verfügung: Anordnung einer Beistandschaft), eine unverbindliche Empfehlung oder gar um eine tatsächliche Handlung (Realakt: Begleitung beim Behördengang)?
- Wie ist die **zeitliche Dimension** zu beurteilen: *Punktuelle* Massnahmen (Alltagsberatung) oder *dauerhafte Anordnungen* (Vermögensverwaltung)

Dass man als erstes die *tatsächlichen Verhältnisse ermitteln* und *analysieren* muss, das tönt eigentlich selbstverständlich. Dennoch wird dieser Prüfschritt häufig (auch vom Bundesgericht) nicht immer sorgfältig genug gemacht. Vor allem an einer seriösen *Milieuanalyse* scheitert es zuweilen (dazu braucht eben „fremdes“ Fachwissen). Das Problem lässt sich an einem „Zürcher“ Fall erläutern, wobei der Begriff „Milieuanalyse“ hier besonders gut passt:

- **Ein Beispiel:** Strassenstrich (ZH): Zeitliche Einschränkung auf 2200-0200 Uhr (vorher 1900-0500 Uhr) – dazu BGE 2C_106/2015. Das Gericht erachtet diese Einschränkung der WF als zumutbar (spricht verhältnismässig). Dies mit folgender Begründung:
 - Strassenstrich sei nicht zwingend auf öffentlichen Raum angewiesen, käuflicher Sex könne *erstens* auch in Privaträumen angeboten werden (z.B. Bordelle – deshalb heisst er ja „Strassenstrich“) und *zweitens* könne man die Freier mit Inseraten anlocken.

- Das Bundesgericht verkennt hier in welchem *Milieu* (Verhältnisse) wir uns befinden. Auch im Sexgewerbe gibt es verschiedene Branchen: Strassenstrich und andere Arten von Sexgewerbe. Es begeht einen *Kategorienfehler* (verschiedene Tätigkeiten gleichgesetzt), die *realen Lebensverhältnisse* ignoriert, die *Verhältnismässigkeitsprüfung* inhaltlich entleert.
- Es käme niemandem in den Sinn einem Marktfahrer, der seine Produkte auf dem wöchentlichen Markt anbietet, entgegenzuhalten, er brauche hierzu *erstens* nicht den öffentlichen Raum, sondern könne das auch in seinen Räumen tun und *zweitens* könne er die Kunden über Internet auf sein Angebot aufmerksam machen.

Erst wenn die Verhältnisse umfassend erhoben sind („Sachverhalt“), kann man sich der Kern-Frage zuwenden: Ist die geplante Massnahme in Bezug auf die konkreten Verhältnisse angemessen. Oder etwas unjuristischer, dafür aber treffender gefragt: Ist die Massnahme *stimmig*? Fügt sie sich *harmonisch* in das konkrete Umfeld ein?

b) Prüfung der Mässigkeit (materiale Schicht)

Die Mässigkeitsprüfung stellt eine stark subjektiv gefärbte, meist *prognostische* Einschätzung dar. Sie wissen um die Schwierigkeit dieser „banalen Frage“.

Mich hat das Suchen nach der verhältnismässigen Lösung an das „Knobeln“ mit dem *Zauberwürfel* erinnert. Das Ziel ist ja auch hier *Harmonie* herzustellen (alle Seiten einfarbig).

Um den Prozess der Mässigkeitsprüfung dennoch etwas zu *rationalisieren* (die Komplexität zu reduzieren) und dadurch eine möglichst hohe Objektivität, Berechenbarkeit und Nachvollziehbarkeit zu erreichen, haben sich in der juristischen Praxis *drei* Teilfragen ("Dreischritt") etabliert:

- Ist die Massnahme **geeignet**?
- Ist die Massnahme **erforderlich**?
- Ist die Massnahme dem/den Betroffenen **zumutbar**?

Nur wenn alle drei Fragen bejaht werden können, gilt eine Verwaltungsmassnahme als verhältnismässig.

aa) Eignung (~ Tauglichkeit)

Die Eignung einer Massnahme ist stets mit „direktestem“ Blick auf das angestrebte Ziel (öffentliches Interesse) zu prüfen. Sie ist zu bejahen, wenn die Massnahme *wenigstens einen Schritt* Richtung Ziel darstellt. Keine oder kontraproduktive Wirkungen bedeuten hingegen *Ungeeignetheit/Untauglichkeit*.

Aber wie gesagt: Die vollständige Zielerreichung ist nicht verlangt, Teileignung genügt. Das kann meistens bejaht werden:

- Ist eine *Videoüberwachung* an neuralgischen Orten geeignet, um präventiv gegen Delikte zu wirken? Oder wirkt sie überwiegend kontraproduktiv, indem sie die Täter dort in Sicherheit wiegt, wo es keine Überwachung gibt.
- Ist die *körperliche Durchsuchung* der Besucher eines Fussballspiels der Super League geeignet, um Gewalttaten (mit Pyro-Fackeln, Waffen etc.) zu verhindern.
- Hilft eine *Beistandschaft* um die angestrebte Sicherheit für die betroffene Person zu gewährleisten?

Die Eignungsprüfung kann dank dem *groben Massstab* meist bejaht werden. Häufig ist die Eignung auch *objektiv*, durch entsprechende empirische Studien, jedenfalls durch Fachwissen beurteilbar. Subjektive Wertungen spielen hier kaum eine Rolle. Probleme können sich allerdings dort stellen, wo eine Massnahme verschiedene gegenläufige Zwecke im Auge haben muss:

- Ist die kurze, räumlich und zeitlich eingeschränkte **Urlaubsgewährung** im Strafvollzug geeignet, um die Wiedereingliederung eines Strafgefangenen langfristig zu gewährleisten? Und ist sie auch geeignet, um die Sicherheit kurzfristig hinreichend zu gewährleisten? Welche Teilgeeignetheit oder Teilungeeignetheit überwiegt? Was ergibt das per saldo?

bb) Erforderlichkeit (~Freiheitsschonung)

Staatliche Anordnungen müssen unterbleiben, wenn sie zwar (teil)geeignet, von ihrer Intensität her aber überschüssig sind. Der Staat darf nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen. Wann diese Grenze überschritten ist, bedingt häufig eine *prognostische* Einschätzung über die Wirkung einer allfällig mildernden Massnahme. Das lässt sich häufig nur unter Beizug von spezifischem *Fachwissen* einigermaßen verlässlich abschätzen:

- Klassische Konstellation: War es erforderlich für die Kontrolle einer *unbewilligten Demonstration* ein Polizeiaufgebot von 1000 Polizistinnen, ausgerüstet mit Panzerfahrzeugen, Wasserwerfern und Gummischrot. Hätten 100 Sicherheitskräfte nicht genügt? Verschleuderung von Steuergeldern?

Milder kann eine Anordnung namentlich in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht *sein* (keine klare Grenzziehung). Anstatt eines Verbots kann sich beispielsweise eine Bewilligung mit (räumlichen, zeitlichen, sachlichen, personellen) Auflagen anbieten.

Im *Erwachsenenschutz* gilt der Grundsatz der *Subsidiarität*. Er deckt sich weitgehend mit diesem Aspekt der Verhältnismässigkeit. Mit anderen Worten: Solange die betroffene Person sich selber helfen oder durch ihr privates Umfeld geholfen werden kann, bedarf es keines "einschneidenden" Eingriffs durch die Behörde.

cc) Zumutbarkeit

Und endlich: Eine staatliche Massnahme muss nicht nur geeignet und erforderlich sein, sondern dem Betroffenen auch *zumutbar*. Dabei legt man einen *objektivierten* (recte: einen *subjektiv-objektiven*) Massstab an: Wäre die

Massnahme einem „Durchschnittsmenschen“ in derselben Situation zuzumuten?

Verlangt ist konkret ein angemessenes *Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung* (man könnte auch sagen: zwischen *öffentlichem Nutzen* und privater *Last*).

Ob man die Zumutbarkeit bejahen kann, ist durch gegenseitige Abwägung aller berührten Interessen (auch der öffentlichen Interessen) zu bestimmen. Ein im hohen Masse von *subjektiven* Wertungen und Spezialwissen abhängiger Prozess.

Massnahmen, die nicht erforderlich sind ("überschiessend") sind meist auch unzumutbar.

Richtig oder Falsch?

In unserer Gemeinde ist einer Lehrperson (3. Klasse) die Hand ausgerutscht. Sie musste einen wildgewordenen Knaben, der ein Mädchen an den Haaren gerissen hat und sich gegen die Intervention der Lehrperson wild um sich schlagend gewehrt hat, "ruhig" stellen. Das war ihr letzter Arbeitstag: Fristlos entlassen?

Verhältnismässig? Und wenn man weiss, dass die Lehrperson absolut keine Ausbildung als Lehrerin hatte, sondern unausgebildet vor eine ziemlich wilde Klasse (mein Sohn gehört auch dazu) gestellt wurde. Ändert das etwas an der Einschätzung.

Gäbe es mildere Mittel, z.B. eine Verwarnung?

IV. Was sind die Gefahren im Umgang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip

1. Gefahr Routine

Der dargelegte „Dreischritt“ soll die Komplexität der Verhältnismässigkeitsprüfung auf „relativ!“ einfach praktikable Teilfragen herunterbrechen (Komplexitätsreduktion). Dabei besteht die Gefahr, dass die Fragen „routiniert“ abgearbeitet werden und der *übergeordnete Leit-Gedanke* (Lässt sich die Massnahme „harmonisch“ in das konkrete Umfeld einpassen) aus den Augen gerät. Routine ist 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. Unfälle und Fehlverhalten passieren. Das gilt fürs Bergsteigen (Steck!), fürs *Zähneputzen* (daher Radio abstellen) und natürlich auch für die Verwaltungsarbeit, namentlich für die Arbeit mit etablierten und häufig durchgespielten Prüfschemata, Ckecklisten, Leitfäden.

Man muss nach der Beantwortung der drei Teilfragen stets nochmals zurücklehnen und überlegen, ist das wirklich „Harmonie“. Wurde der substanzielle Kern des Prinzips erfasst. Das heisst: Wurden alle involvierten Interessen weitestmöglich berücksichtigt und soweit möglich miteinander in Einklang gebracht.

Die drei Teilfragen („Trias“) stossen insbesondere auch dort an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit, wenn eine Massnahme gleichzeitig *mehrere (gegenläufige) Ziele* verfolgt bzw. in einem komplexen mehrpoligen Rechtsgüterkonflikt zur Anwendung gelangt. Ein Beispiel:

- **Zwangsernährung eines Hungerstreikenden im Strafvollzug?** Ist es verhältnismässig sie vorzunehmen oder sie zu unterlassen? Hier prallen verschiedene zum Teil gegenläufige Interessen aufeinander:

- Schutz des Lebens des Streikenden (Zweck 1: staatliche Fürsorgepflicht),
- Gewährleistung des geordneten Strafvollzugs (Zweck 2),
- Verhindern von Nachahmern (Zweck 3)
- Achtung der individuellen Selbstbestimmung (Zweck 4),
- Achtung der Gewissensfreiheit der Gefängnisärzte (Zweck 5).

Die Eignung differiert je nach Zweck? Die Erforderlichkeit ist je nach Rechtsgut, das es zu schützen gilt, unterschiedlich zu beurteilen.

Hier sind für jeden Zweck, für jedes Interesse separate Antworten auf die Frage der Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit zu suchen. Und dann erst ist gesamthaft zu „entscheiden“.

Dem *Zauberwürfel* wird hier noch eine oder mehrere weitere Ebenen hinzugefügt. ([Professors Cube](#))

2. Gefahr Mono-Disziplinarität

Die Routine darf auch nicht dazu führen, dass vor allem Jurist:innen aus den Augen verlieren, dass sie meist nur Fragen aufwerfen („Trias“) können.

Die Antworten darauf lassen sich meist nur in Zusammenarbeit mit den Vertretern anderer Disziplinen finden (Stichwort: *Inter-/Transdisziplinarität*).

- Ist die *Ausgangssperre* für Minderjährige als Massnahme zur Verhinderung von Vandalismus und Nachtruhestörung verhältnismässig? – Psychologen, Pädagogen, Soziologen, Polizisten?
- Ist das *Beschlagnahmen und Schlachten von Kühen*, die vernachlässigt wurden (lagen mehrere Tage im eigenen Dreck) verhältnismässig? Tiermediziner?
- Mir leuchtet es als «blosser» Jurist (mit einem partiell gesunden Menschenverstand) beispielsweise nicht ein, wieso *Sektorsperren*, Spielabbrüche bei Pyroeinsätzen als präventive *Massnahmen gegen Fussballgewalt* unverhältnismässig sein sollen. Wenn ich dann aber mit Fachleuten aus Fussballfan(gewalt)szene spreche (Psychologen, Soziologen, Fanarbeiter, Juristen), werde ich zumindest verunsichert. Stichworte: Gewalt wird örtlich verlagert und eskaliert (Eignung?); Fanarbeit/Dialog milderer Mittel (Erforderlichkeit?), Kollektivstrafen für Unbeteiligte (Unzumutbarkeit?).

Die Juristin, der Jurist darf dabei durchaus den „Lead“ behalten, den Moderator spielen. Er ist gewohnt und dazu ausgebildet, Interessenabwägungen durchzuführen und dabei das gesamte normative Umfeld im Blick zu behalten.

Wenn in der Rechtsanwendung oder der Rechtssetzung dieses spezifische Fachwissen (z.B. der Sozialarbeiter, der Psychologen) fehlt (meist ist es bereits bei der „Verhältnisermittlung“ notwendig) kommt es zu unsinnigen Erlassen (Hundegesetze) oder Entscheiden wie dem bereits Erwähnten „Strassenstrich – Fall“:

- *Strassenstrich (ZH)*: Hier wäre es an den Bundesrichtern gewesen, wenn sie schon keine *einschlägigen Erfahrungen* im Strassenstrich mitbringen, sich wenigstens über die Verhältnisse ins Bild zu setzen.

3. Gefahr Rückschaufehler

Eine *weitere Gefahr*. Man kennt sie aus den verschiedensten Bereichen, in jüngerer Zeit auch im Zusammenhang mit dem Einsatz von *Notrecht* (CS-Crash, Coronamassnahmen, polizeiliche Interventionen an einer unbewilligten Demo etc.). Ich spreche vom Rückschaufehler. Darunter versteht die Psychologie die Tendenz, die *Vorhersehbarkeit* eines Ereignisses retrospektiv (d.h. wenn man weiss, wie es herausgekommen ist) zu überschätzen. Nach dem Prinzip: „*Nachher ist man immer schlauer*“!

Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung muss man daher unterscheiden, zwischen:

- der *Ex-ante Optik*, wie sie die rechtsanwendenden Behörden (Polizei, KESB, Beistand etc.) zwangsläufig einnehmen. Sie müssen eine prognostische Entscheidung fällen: Kann man riskieren, die unbewilligte Demonstration ohne grosse Polizeiintervention „laufen zu lassen“? Kann man eine kognitiv eingeschränkte und psychisch angeschlagene Person "sich selbst überlassen"?
- und der *Ex-post Optik* (genauer: der ex-post – ex-ante Optik) der kontrollierenden Behörde (z.B. Gericht, Aufsicht): War der Verzicht auf Polizeiintervention oder der Verzicht auf eine Beistandschaft verhältnismässig? - Hier nun besteht die Gefahr des *Rückschaufehlers*.

Ein Gericht, eine Aufsichtsbehörde etc., die sich der Gefahr des Rückschaufehlers nicht bewusst sind, werden möglicherweise schneller in die Falle tappen und eine Unverhältnismässigkeit im Sinne einer vermeidbaren prognostischen Fehleinschätzung annehmen.

V. Wo gelangt das Verhältnismässigkeitsprinzip zur Anwendung?

Wie erwähnt muss *jedes* staatliche Handeln die Verhältnismässigkeit beachten. Je nach Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung ist der verbleibende Spielraum dabei aber klein oder nur noch theoretischer Natur. Aber er ist kaum je Null. So viel als Vorbemerkung.

1. Typischerweise: Gesetzliche Offenheit

Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat vor allem dort sein Einsatzgebiet, wo der Gesetzgeber offen und unbestimmt legiferiert und dem Rechtsanwender dadurch sog. Ermessens- oder Beurteilungsspielräume gewährt. Dies macht er typischerweise durch Kann-Formeln und/oder durch unbestimmte Gesetzesbegriffe.

Art. 426 ZGB (fürsorgerische Unterbringung)

¹ Eine Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, darf (~kann) in einer geeigneten Einrichtung untergebracht werden, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann.

Art. 390 ZGB (Errichtung Beistandschaft)

¹ Die Erwachsenenschutzbehörde errichtet eine Beistandschaft, wenn eine volljährige Person:

1. wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann;

Mit solchen unbestimmten Formulierungen öffnet der Gesetzgeber „ganz bewusst“ die Tore für Angemessenheits- bzw. Verhältnismässigkeitsüberlegungen.

Für einige Verwaltungsbereiche ist die offene Normierung typisch und unumgänglich (Polizeirecht, Erwachsenenschutzrecht). Entsprechend hohe Bedeutung erlangt hier das Verhältnismässigkeitsprinzip, zum einen als „Kompensat“

für die fehlende Normbestimmtheit und zum andern als „Orientierungshilfe“ (Kompass!) für die einzelfallbezogene Rechtsanwendung.

Zum Teil hat es auch bereichsspezifische Ausprägungen erfahren, wie beispielsweise im Polizeirecht (Störerprinzip, Opportunitätsprinzip) oder im Abgaberecht (Aequivalenzprinzip). Auch die *Subsidiarität* im Erwachsenen- und Kindsschutzrecht ist (wie bereits erwähnt) eine solche spezifische Ausprägung.

Wie gross der Entscheidungsspielraum im Einzelnen ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Dieser Spielraum kann ganz klein sein – nie aber auf „Null“ schrumpfen.

2. Ausnahmsweise: Gesetzliche „Geschlossenheit“

Und was gilt, wenn der Gesetzgeber keinen Spielraum lässt, mit anderen Worten einen absoluten „Automatismus“ vorsieht: „Wenn, dann“?

Nehmen wir die Bestimmungen in der Durchsetzungsinitiative: *„Wer wegen... verurteilt ist, wird des Landes verwiesen“*.

Weitere ähnliche Bestimmungen finden sich in diversen anderen Gesetzen:

- Den „*Lernfahrausweis* der Kategorie B erhält, wer 18 Jahre alt ist“ (Art. 6 Abs. 1 Bst. d VZV).
- Die *Niederlassungsbewilligung* erlischt nach 6 Monaten, wenn Ausländerin oder der Ausländer die Schweiz, ohne sich abzumelden, verlässt (Art. 61 Abs. 2 AIG).
- Wer Einträge im Strafregister aufweist, dem wird kein *Waffenerwerbschein* ausgestellt bzw. ein vorhandener entzogen (Art. 8 Abs. 2 Bst. d eidg. WG). Egal, welche Art der Waffe (Schlagstock) und zu welchem Zweck er sie braucht (Beruf - Security BLS)??

Ist es bei solchen klaren gesetzlichen Vorgaben der rechtsanwendenden Behörde noch erlaubt, Verhältnismässigkeitsüberlegungen anzustellen? Oder geht hier das Gesetzmässigkeitsprinzip vor?

Ich meine *nein*, und dies aus *zwei Gründen*:

- *Formal*: In der Bundesverfassung steht nirgends, das Legalitäts-prinzip gehe dem Verhältnismässigkeitsprinzip vor. In Art. 5 und Art. 36 BV sind vielmehr beide Maximen genannt, ohne dass sie zueinander in Bezug gesetzt wären. Sie sind folglich miteinander in Einklang zu bringen.
- *Inhaltlich*: Das ist auch richtig so. Denn *jedes* staatliche Handeln muss verhältnismässig sein. Und Verhältnismässigkeit bedeutet immer „Betrachten des Einzelfalles“. Diesen kennt der Gesetzgeber nicht. Er beantwortet die Verhältnismässigkeitsfrage nur aus einer abstrakten Optik. Für die Verfeinerung muss der Rechtsanwender zwingend die Einzelfallkonstellation in Betracht ziehen. Und weil diese der Gesetzgeber naturgemäss nie erfassen kann, bleibt stets – notfalls über die verfassungskonforme Auslegung – ein Anwendungsraum für das Verhältnismässigkeitsprinzip als Instrument zur „Feinjustierung“. Je klarer der Gesetzgeberwille zum Ausdruck kommt, desto kleiner ist der Spielraum für ergänzende Verhältnismässigkeitserwägungen.

Ein noch so *klarer Gesetzeswortlaut* garantiert *nicht*, dass die Anwendung im Einzelfall immer verhältnismässig ist. Schon ARISTOTELES hat daher gesetztes Recht bzw. Gerechtigkeit und Billigkeit voneinander unterschieden bzw. in eine klare Hierarchie gebracht:

„Daher ist das Billige ein Recht und besser als ein gewisses Recht, aber nicht besser als das Recht schlechthin, sondern als jenes Recht, das, weil es keinen Unterschied kennt, mangelhaft ist. Und das ist die Natur des Billigen: es ist eine Korrektur des Gesetzes, da wo dasselbe wegen seiner allgemeinen Fassung mangelhaft bleibt.“

Genau deshalb verlangt die Verfassung ausdrücklich, dass staatliches Handeln nicht nur gesetzlich abgestützt, sondern immer auch verhältnismässig sein muss.

Bei solchen *klaren* „Vorgaben“ auf abstrakter Ebene (vgl. Lernfahrausweis, Niederlassungsbewilligung) bleibt dennoch ein *minimaler* Spielraum für Verhältnismässigkeits-erwägungen im Einzelfall. In der Praxis wird er selten genutzt:

- *Einbürgerung*: Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau musste beurteilen, ob eine seit rund 30 Jahren in der Schweiz lebende kosovarische Staatsangehörige (selbständige Coiffeuse, zwei Kinder) eingebürgert werden kann. Die Gemeinde sicherte ihr das Gemeindebürgerrecht zu. Der Grosse Rat lehnte aber die ordentliche *Einbürgerung* ab, obwohl die Frau eigentlich bestens integriert war. Der Einbürgerung stand ein Passus des kant. Bürgerrechtsgesetzes entgegen, wonach nicht eingebürgert werden kann, wer während des Einbürgerungsverfahrens dreimal von öffentlich-rechtlichen Körperschaften betrieben worden war (§9 Abs. 5 BüG). Das war bei der Frau der Fall, sie war während des Verfahrens dreimal betrieben worden, die Schulden waren aber mittlerweile beglichen. Das VG hiess die Beschwerde der Frau dann aber gut. Es war der Ansicht, dass diese Bestimmung absolut verstanden im konkreten Fall zu einem unverhältnismässigen Resultat führe. Das Verhältnismässigkeitsprinzip derogierte damit die "klare" gesetzliche Regelung.

VI. Das Verhältnismässigkeitsprinzip im Gefüge der Verfassungsordnung

In jüngerer Zeit hat sich gezeigt, dass das Verhältnis des Verhältnismässigkeitsprinzips zu anderen Bestimmungen in der Verfassung alles andere als klar ist. Geht das Verhältnismässigkeitsprinzip anderen Verfassungsbestimmungen vor? Oder sind tatsächlich alle Verfassungsbestimmungen gleichrangig?

1. Mythos: Gleichrangigkeit

In der Schweiz gilt der (ungeschriebene) Grundsatz der Gleichrangigkeit bzw. Gleichwertigkeit der Verfassungsbestimmungen (treffender wäre, von *Widerspruchsfreiheit* der Verfassung zu sprechen). Daraus fliesst denn auch die Pflicht zur harmonisierenden (sic!) Auslegung sämtlicher Verfassungsbestimmungen.

Mit der Pflicht zur *harmonisierenden* Auslegung (Widerspruchsfreiheit) lassen sich die schwierigsten Spannungsfelder im Einzelfall (in der Regel) auflösen. Auch mit dem Legalitätsprinzip (und dem Art. 190 BV) lässt sich ein „harmonischer Umgang“ finden. - *Trotzdem*, die Gleichrangigkeit entspricht nicht ganz der Realität. Selbst das Bundesgericht tönt an, dass Durchbrechungen des *Gleichwertigkeitsprinzips* unter Umständen unumgänglich sind. Und auch, wo dies nicht explizit erfolgt, wird sich im Rahmen der Suche nach einem Ausgleich automatisch eine gewisse Rangfolge etablieren.

2. Realität: Vorrangigkeit

Der Grundsatz der *Gleichrangigkeit* aller Verfassungsnormen überzeugt bei näherem Hinsehen nicht in allen Teilen:

Die Bundesverfassung vereinigt Vorschriften von unterschiedlichem rechtsstaatlichem Gewicht und unterschiedlichem Geltungsanspruch. Die Wertigkeit und Bedeutung von Grundrechten (Art. 7 ff. BV), rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 5 BV) oder gar zwingendem Völkerrecht (Art. 10 Abs. 3 [Folterverbot]) sind offensichtlich von anderer Qualität als diejenige einer Kompetenznorm (z.B. Art. 71 BV: Filmförderung, Art. 133 Zollgesetzgebung) oder einer Organisationsbestimmung (z.B. Art. 154 BV: Fraktionsbildung) geniessen folglich Vorrang.

Es wäre daher zu überlegen, ob sich der Verfassungsgeber zur unterschiedlichen Wertigkeit der Verfassungsnormen explizit bekennen und entsprechende Kategorien bilden sollte. Bei einer solchen Kategorisierung würde das Verhältnismässigkeitsprinzip als grundlegendes Rechtsstaats- und Gerechtigkeitsprinzip (wohl) im ersten Rang eingeordnet. Damit wäre in Bezug auf die Umsetzung tiefer rangierter Verfassungsnormen (z.B. Art. 121 BV) jeder Zweifel über dessen Geltung ausgeräumt.

3. Ideal: Metarangigkeit

Ich meine:

Die Verhältnismässigkeit ist nicht einfach eine „normale“ rechtliche Regel. Die Verankerung in der Verfassung (seit 2000) täuscht dies zwar vor. Die Verhältnismässigkeit ist auch und das vor allem ein *moralischer* Grundsatz, eine Selbstverständlichkeit, eine Metaregel. Sie galt (vor 2000) und würde auch weiterhin ohne ausdrückliche Positivierung gelten.

Verhältnismässigkeit gehört zum Wesen von Recht und Rechtsstaat und kann nicht einfach aus den Angeln gehoben werden. Unmoralisches Recht kann und darf der Rechtsstaat nicht tolerieren, weil solches Recht mangels Akzeptanz wenig wirksam wäre.

Das Recht ist insgesamt nicht moralisch indifferent, darf es nicht sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip kann dazu dienen, ausserrechtliche Massstäbe (insbes. moralischer Natur) „normkorrigierend“ ins Spiel zu bringen. Es ist eine moralische Metaregel. Solche *benötigt* das Recht, will es dazu beitragen, dass eine Rechtsgemeinschaft zu einer Lebensgemeinschaft wird. Und nicht nur zu einer Gemeinschaft „legalistischer Lumpen“.

Oder wie es Augustinus (354-430 n.Chr.) ausdrückte:

«Nimm das [*verhältnismässige!*] Recht weg – was ist dann ein Staat noch anderes als eine grosse Räuberbande?»

VII. Zusammenfassung: Das Wichtigste

- Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat **umfassende Geltung**. Jedes staatliche Handeln *muss* folglich verhältnismässig sein. Unabhängig davon, wie *präzis* der Gesetzgeber dieses normiert. Es richtet sich an alle, die für den Staat handeln.
- Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat ein **normatives Hauptziel**: das Herstellen von *Harmonie*. Dies bedingt den Blick auf den konkreten *Einzelfall*; abstrakt lässt sich Verhältnismässigkeit nicht oder nur annähernd herstellen.
- Das Verhältnismässigkeitsprinzip lässt bereits begrifflich seine **zwei Hauptkomponenten** erkennen: Verhältnis-Mässigkeit. Diese ziehen ein *zweistufiges Prüfprogramm* nach sich.
- Das Verhältnismässigkeitsprinzip gehört zum allseits beliebten und gerne eingesetzten Standardargument. Dabei werden gewisse **Gefahren und Tücken** des Prinzips (z.B. Routine, Rückschaufehler, Interdisziplinarität, Fluchtgefahr) zuweilen ausser Acht gelassen.
- Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist nicht nur eine Verfassungsregel unter anderen. Es ist eine „moralische“ **Metaregel** und steht daher nicht (ohne weiteres) zur Disposition.