

Kleine Schriften zum Recht

| MARKUS MÜLLER

# Verhältnismässigkeit

Gedanken zu einem Zauberwürfel

2. Auflage



Stämpfli Verlag

Verhältnismässigkeit zählt zu den «grossen» Wörtern des Rechts. In der juristischen und politischen Debatte häufig und routiniert eingesetzt, gerät ihr tieferer Sinngehalt bisweilen aus dem Blick. Dem möchte die vorliegende Schrift vorbeugen, indem sie «alte» Fragen neu stellt: Was bezweckt das Verhältnismässigkeitsprinzip? Worin liegen seine Tücken? Wie wird es durchgesetzt? Und, aufgrund der jüngsten Erfahrungen in den Fokus gerückt: Taugt das Verhältnismässigkeitsprinzip auch in der Krise, die geprägt ist von Ungewissheit und Handlungsdruck? Die kleine Schrift, die nunmehr in ihrer zweiten, vollständig überarbeiteten und ergänzten Auflage vorliegt, möchte all jenen, die täglich um Verhältnismässigkeit ringen, einige Denkanstösse vermitteln.

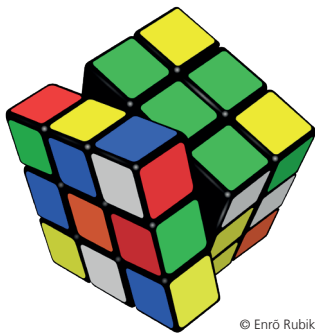
MARKUS MÜLLER

Professor an der Universität Bern

# Verhältnismässigkeit

Gedanken zu einem Zauberwürfel

2. Auflage



© Enrő Rubik



Stämpfli Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

E-Book ISBN 978-3-7272-4961-7

Über unsere Online-Buchhandlung  
[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)  
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-8512-7





---

«Verus amor nullum novit habere modum.»\*

SEXTUS PROPERTIUS

Meinen Kindern Klara und Benno

---

\* Wahre Liebe kennt kein Mass.



---

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XI
Vorwort (zur 2. Auflage).....	XV
Vorwort(zur 1. Auflage).....	XVII
Einleitung: Gegenstand und Ziel.....	1
I. Von guten und grossen Worten .....	1
II. Was gibt es zum Verhältnismässigkeitsprinzip noch zu sagen?.....	6
Teil 1 Gehalt und Methodik .....	11
I. Vorbemerkung.....	11
II. Grammatikalischer und normativer Gehalt.....	11
1. Grammatikalischer Gehalt.....	11
a) Grammatikalisch-formal.....	11
b) Grammatikalisch-inhaltlich .....	12
2. Normativer Gehalt .....	17
a) Orientierungspunkt.....	17
b) Messen ohne Massstab.....	20
c) Messziel «Harmonie».....	21
d) Messverfahren .....	26
III. Methodik der Prüfung .....	26
1. Die (relevanten) Verhältnisse.....	27
a) Tatsächliches Umfeld (Milieu).....	28
b) Inhalt .....	30
c) Motiv und Ziel.....	31
d) Form und zeitliche Wirkungsweise .....	33
2. Die Prüfung der Mässigkeit .....	34
a) Dreischritt: Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit .....	34
b) Beschränktes Leistungsvermögen der Trias.....	39
c) Interdisziplinärer Austausch.....	43
d) Subsidiäre und reflektierte Subjektivität.....	46
IV. Fazit.....	50

<b>Teil 2 Geltungsbereich und Schutzwirkung</b> .....	51
<b>I. Vorbemerkung</b> .....	51
<b>II. Umfassender Geltungsbereich</b> .....	51
1. Sachlich-thematisch.....	51
a) Alle Verwaltungsbereiche.....	52
b) Grundrechtsindifferenz.....	53
c) Materielles und prozedurales Handeln .....	55
2. Funktional.....	55
a) Alle Staatsfunktionen.....	56
b) Alle Handlungsformen und -funktionen .....	59
3. Methodische Anleitung.....	59
<b>III. Umfassende Schutzwirkung</b> .....	61
1. Zeitgemässe Weiterentwicklung.....	62
a) Universalität.....	62
b) Multidirektionalität .....	64
2. Schutzlogik und Schutzpraxis .....	67
a) Zwingende Logik.....	67
b) Bewährte Praxis.....	70
<b>IV. Fazit</b> .....	72
<b>Teil 3 Gefahren und Herausforderungen</b> .....	75
<b>I. Vorbemerkung</b> .....	75
<b>II. Gefahr unklarer Verantwortlichkeiten</b> .....	75
1. Ebene Gesetzgebung.....	76
a) Gefahr der Schattenrechtsordnung.....	76
b) Gefahr der Gesetzesderogation.....	78
c) Gefahren als Grund für Kritik .....	83
2. Ebene Verfassung .....	84
a) Kollision mit «neuem» Verfassungsrecht .....	84
b) Verhältnismässigkeit als «Supergrundrecht»? .....	88
<b>III. Kognitive Herausforderungen in der Kontrollphase</b> .....	90
1. Geänderter Wissensstand.....	90
a) Berücksichtigungsverbot .....	91
b) Berücksichtigungsgebot .....	92

## VIII

2. Gefahr kognitiver Täuschungen.....	96
a) Rückschaufehler .....	97
b) Verhinderung kognitiver Täuschungen .....	100
<b>IV. Fazit.....</b>	<b>102</b>
<b>Teil 4 Rechtspflege.....</b>	<b>105</b>
<b>I. Vorbemerkung .....</b>	<b>105</b>
<b>II. (Un-)Angemessenheit oder (Un-)Verhältnismässigkeit? .....</b>	<b>105</b>
1. Prozessuale Tragweite der Unterscheidung.....	106
a) Unterschiedliches Rechtsschutzniveau.....	106
b) Administrative Letztverantwortung.....	107
2. Gesetz als Grenzlinie.....	108
<b>III. Reduzierte Kontrolldichte.....</b>	<b>110</b>
1. Prozessrecht: Klare Kontrollpflichten.....	110
2. Praxis: Pragmatische Kontrollbeschränkungen .....	111
a) Gründe der Gewaltenteilung.....	111
b) Gründe des Entscheidcharakters .....	113
3. Beschränkte Kontrollabstinenz.....	116
<b>IV. Reduzierter Kontrollumfang vor Bundesgericht.....</b>	<b>118</b>
1. Willkürkontrolle.....	118
2. Beschränkung auf den Entscheidinhalt.....	121
<b>V. Fazit.....</b>	<b>123</b>
<b>Teil 5 Verhältnismässigkeit in Krisenzeiten.....</b>	<b>125</b>
<b>I. Vorbemerkung.....</b>	<b>125</b>
<b>II. Was bedeutet Krise?.....</b>	<b>125</b>
1. Über Krisen und Katastrophen .....	125
a) Akute Bedrohung .....	126
b) Ungewissheit und Handlungsdruck.....	128
2. Verhältnismässigkeit als «Kompass» .....	129
<b>III. Die Verhältnismässigkeit im Krisenmodus.....</b>	<b>130</b>
1. Ungewissheiten.....	130
a) In der Faktenlage.....	131
b) In der Rechtslage.....	135

---

2. Zeit- und Handlungsdruck.....	139
a) Ratio <i>und</i> Emotio.....	140
b) Mittelweg, riskanter Weg!.....	141
3. Positive Fehlerkultur.....	143
a) Lernförderliches Arbeitsklima.....	144
b) Fehlerakzeptanz und Lernbereitschaft.....	144
4. Wahrhaftige Krisenkommunikation.....	146
a) Unmöglichkeit der Nichtkommunikation.....	146
b) Elemente einer «wahrhaftigen» Kommunikation.....	148
c) Wahrhaftigkeit als Vertrauens- und Akzeptanzfaktor.....	151
5. Exkurs: Die Rolle des Parlaments in der Krise.....	152
<b>IV. Fazit.....</b>	<b>155</b>
<b>Schluss: Die drei Ebenen des Zauberwürfels.....</b>	<b>157</b>
1. Die materiell-inhaltliche Ebene.....	157
2. Die formell-methodische Ebene.....	158
3. Die Kontrollebene.....	159
<b>Stichwort- und Namensregister.....</b>	<b>161</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>167</b>

---

# Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
aBV	alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
a.E.	am Ende
aEpG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz; in der bis zum 31. Dezember 2015 gültigen Fassung)
AIG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz; SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
BAG	Bundesamt für Gesundheitswesen
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bde	Bände
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bger	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)

---

BSK	Basler Kommentar zur Bundesverfassung
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
betr.	betreffend
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
ders.	derselbe
d.V.	des Verfassers
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (in Kraft für die Schweiz seit 28. November 1974)
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016 (SR 730.0)
EpG	Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (SR 818.101)
et al.	et alii/aliae (und andere)
etc.	et cetera
f./ff.	folgende/fortfolgende
Fn.	Fussnote
Hrsg.	Herausgeber

## XII



---

insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
lat.	lateinisch
LGBTQ	Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Queer
LLE	Loi sur la laïcité de L'Etat (rs/GE A 2 75)
LVG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1982 über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz; SR 531)
MG	Bundesgesetz vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz; SR 510.10)
N.	Note
No	Numéro
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
NZZaS	Neue Zürcher Zeitung am Sonntag
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SGK	St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRF	Schweizer Radio und Fernsehen
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
usw.	und so weiter
VGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; SR 173.32)

---

vgl.	vergleiche
VRPG	Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern (BSG 155.21)
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.01)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

---

## Vorwort (zur 2. Auflage)\*

Seit dem ersten Erscheinen der vorliegenden Schrift sind zehn Jahre vergangen. In dieser Zeit hat der Grundsatz der Verhältnismässigkeit weder etwas von seiner hohen rechtsstaatlichen Bedeutung noch von seinem Charakter als Zauberwürfel verloren. Im Gegenteil. Der Krisenmodus, im dem sich Staat und Gesellschaft seit geraumer Zeit befinden, hat die Frage der Verhältnismässigkeit unvermittelt und mit aller Heftigkeit ins Zentrum der öffentlichen Debatte katapultiert. Dies hat die Rechtswissenschaft dazu bewogen, sich wieder vertiefter mit der Tragweite des Verhältnismässigkeitsprinzips auseinanderzusetzen. Dabei sind teilweise Kontroversen aufgebrochen, die mitunter zentrale Grundfragen des Verfassungs- und Freiheitsverständnisses berühren.

An Stoff für eine Neuauflage fehlt es somit nicht. Diese verfolgt vor allem zwei Ziele: Zum einen möchte sie die in der ersten Auflage dargelegten Gedanken und Thesen anhand des aktuellen Stands von Lehre und Praxis überprüfen und schärfen. Zum andern soll der «Verhältnismässigkeit in der Krise» besonderes Augenmerk geschenkt werden. Dies erscheint umso wichtiger, als doch einiges darauf hindeutet, dass die aktuelle, mehrdimensionale Krisenlage uns noch für einige Zeit beschäftigen wird.

Bern, 1. Mai 2023

Markus Müller

---

\* Klein die Schrift – gross der Aufwand – am grössten der Dank: Ruth Herzog für wertvolle inhaltliche Anregungen, meinen Assistierenden (Dominik Anthamatten, Lorena Bur, Yannick Fuchs und Cornelia Wyss) für das sorgfältige Lektorat, Monika Schneider für die Formatierungsarbeiten – und natürlich Simone.



---

## Vorwort (zur 1. Auflage)\*

Eines Tages gingen zwei Musikanten an dem Baum vorüber, unter dem Buddha meditierend sass. Einer sagte zum anderen: «Spann die Saiten deiner Sitar nicht zu fest, oder sie werden reissen. Und lass sie nicht zu locker hängen, denn dann kannst du darauf keine Musik machen. Halte dich an den mittleren Weg.» Diese Worte trafen den Buddha mit solcher Wucht, dass er fortan seinen Weg grundlegend veränderte. Er gab alle strengen Grundsätze auf und begann einem Weg zu folgen, der leicht und hell war, den Weg der Mässigung.<sup>1</sup>

Auch in unserem Kultur- und Rechtskreis gilt der Weg der Mässigung als Leitprinzip. Unter den vier in Art. 5 BV verankerten Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip dementsprechend eine herausragende Bedeutung zu.

Über die Verhältnismässigkeit nachzudenken, an ihr zu arbeiten, ist Lebensaufgabe – für Jurist und Nichtjurist. Es erscheint daher nur richtig, dass sich im juristischen Schrifttum Publikationen zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit mit strenger Regelmässigkeit folgen. Die vorliegende Schrift möchte sich hier einreihen und all jenen, die täglich um Verhältnismässigkeit ringen, den einen oder andern Denkanstoss vermitteln.

Bern, 1. Juli 2013

Markus Müller

---

\* Für engagierte Unterstützung und wertvolle Anregungen danke ich: Ruth Herzog, Benjamin Schindler, Monika Schneider, Thomas Wanner und Simone Wyss.

<sup>1</sup> Frei nach ANTHONY DE MELLO (1931–1987; Jesuitenpriester und spiritueller Lehrer).



---

# Einleitung: Gegenstand und Ziel

## I. Von guten und grossen Worten

Jede Wissenschaft (wie jeder Lebensbereich ganz allgemein) hat ihre «guten»<sup>2</sup> und auch ihre «grossen» Worte. Verhältnismässigkeit ist für die Jurisprudenz beides, ein gutes und ein grosses Wort:

- *Gut* ist es, weil Verhältnismässigkeit von einer Aura des Unantastbaren, Unbestrittenen, Richtigen, Einwandfreien und ethisch Korrekten umgeben ist. Verhältnismässigkeit wird bisweilen im gleichen Atemzug mit Freiheit, Gerechtigkeit<sup>3</sup> und Fairness genannt.<sup>4</sup> Welche Juristin, welcher Jurist möchte schon im Ernst gegen ein solch universelles Prinzip antreten, dessen Wurzeln bis ins Alte Testament<sup>5</sup> und wohl noch weiter zurückreichen, und das sich über all die Jahrhunderte und Zeitepochen zu einer anerkannten Lebensklugheitsregel<sup>6</sup> und schliesslich zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz<sup>7</sup> herausgebildet hat.

---

<sup>2</sup> Vgl. auch LEISNER, Abwägungsstaat, S. 39, der im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit von einem «guten Wort» spricht; siehe DERS., Gefahr, S. 637.

<sup>3</sup> Das Verhältnismässigkeitsgebot ist neben dem Willkürverbot ein zentraler verfassungsrechtlicher Gerechtigkeits- und Kontrollmassstab (vgl. STERN, Entstehung, S. 166, 173).

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler: RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, N. 396; WIEDERKEHR, Fairness, S. 241 ff., spricht von «Fair Balance».

<sup>5</sup> Vgl. Drittes Buch Mose, 24, 17 ff.; vgl. zu den historischen Wurzeln des Prinzips auch D'AVOINE, Entwicklung, S. 34 ff.; ferner RÜTSCHKE, Grundsatz, S. 40 ff.; DERS., Verhältnismässigkeit, S. 1049 ff.

<sup>6</sup> Vgl. D'AVOINE, Entwicklung, S. 28 ff.; DREWERMANN, Moral, S. 503 ff., weist darauf hin, dass es Ziel jedes Menschen ist bzw. wäre, «sein eigenes Mass» und damit «sich selber zu finden».

<sup>7</sup> Vgl. HUBER, Grundsatz, S. 19.

---

Von alters her zählen Mass und Mässigung zu den menschlichen Kardinaltugenden.<sup>8</sup> Eine Tugend, die in der heutigen Konsum-, Wettbewerbs- und Mediengesellschaft freilich einen schweren Stand hat.<sup>9</sup>

- *Gross* ist der Begriff der Verhältnismässigkeit deshalb, weil er wohl unbestritten zum Leitprinzip und Wesensmerkmal einer gerechten Rechts- und Gesellschaftsordnung und damit zu den Essentialia der Rechtsidee sowie des modernen Rechtsstaats zählt.<sup>10</sup>

«In den ideellen Grundlagen des Rechtsstaates obwaltet viel stärker als manch anderes der Gedanke der Mässigung, und zwar der Mässigung der Herrschaft wie der individualistisch begriffenen Freiheit.»<sup>11</sup>

Das Gebot massvollen, verhältnismässigen Lebens und Handelns ist – wie gezeigt – keine Erfindung der Jurisprudenz.<sup>12</sup> Für das Recht und seine Wissenschaft, welche sich beide um das friedliche und befriedigende Zusammenleben der Menschen sowie eine gut funktionierende Staat-Bürger-Beziehung bemühen, ist es dennoch schnell zur unentbehrlichen Maxime

---

<sup>8</sup> Vgl. schon CICERO, Vom rechten Handeln, S. 59 ff.; ferner dazu DREWERMANN, Tugenden, S. 151 ff. (Mass und Mässigung), S. 153. – Zu den vier Kardinaltugenden zählen Klugheit/Weisheit, Gerechtigkeit, Tapferkeit und Mässigung. – Auch in der Lehre des *Buddhismus* nimmt der Weg der Mässigung («Der Mittlere Pfad») einen zentralen Stellenwert ein.

<sup>9</sup> Vgl. auch DREWERMANN, Moral, S. 499 f.; MÜLLER, Selbstbestimmung, S. 80. RHINOW, Freiheit, S. 113, hält daher zu Recht fest, dass Bürgertugenden «unterstützende Massnahmen des Gemeinwesens» brauchen.

<sup>10</sup> Zu den diversen Begründungen des Verhältnismässigkeitsprinzips siehe auch ALEXY, Grundrechte, S. 103 f.

<sup>11</sup> GYGI, Rechtsprechung, S. 127. – Damit ist auch schon ein erstes Mal angetönt, dass das Verhältnismässigkeitsgebot nicht nur in eine, sondern gleichzeitig in mehrere Richtungen wirkt (dazu hinten Teil 2, Ziff. III.).

<sup>12</sup> Vgl. WIEACKER, Wurzeln, S. 867 f.