

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 143 (2024)

**Artikel:** Zwischen Rationalität und Werturteil : Begriff und Methodik der Interessenabwägung

**Autor:** Rütsche, Bernhard

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1062078>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 03.04.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Zwischen Rationalität und Werturteil: Begriff und Methodik der Interessenabwägung

BERNHARD RÜTSCHÉ\*

---

\* Ordentlicher Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Luzern



# Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung . . . . .	8
B.	Dimensionen des Abwägungsbegriffs . . . . .	10
I.	Notwendigkeit von Abwägungen . . . . .	10
1.	Gesetzliche Abwägungspflichten . . . . .	10
2.	Verfassungs- und völkerrechtliche Abwägungspflichten . . . . .	15
II.	Gegenstand von Abwägungen . . . . .	20
1.	Handlungsfolgen . . . . .	20
2.	Interessen . . . . .	21
III.	Massstäbe von Abwägungen . . . . .	22
1.	Rechtsgüter . . . . .	22
2.	Abwägungsgesichtspunkte . . . . .	25
3.	Abwägungsverbote . . . . .	28
IV.	Arten von Abwägungen . . . . .	29
1.	Konkrete und abstrakte Abwägungen . . . . .	29
2.	Bipolare und multipolare Abwägungen . . . . .	32
3.	Homogene und heterogene Abwägungen . . . . .	34
4.	Divergenz und Äquivalenz von Interessen . . . . .	35
V.	Funktionen von Abwägungen . . . . .	38
1.	Gerechtigkeitsfunktionen . . . . .	38
2.	Machtbegrenzung . . . . .	40
3.	Machtbegründung . . . . .	40
VI.	Zwischenergebnisse . . . . .	43
C.	Analyse des Abwägungsvorgangs . . . . .	44
I.	Einordnung in die Methodenlehre . . . . .	45
1.	Abwägung als juristische Methode . . . . .	45
2.	Einzelne Abwägungsschritte . . . . .	47
3.	Abgrenzung von anderen Methoden . . . . .	50
II.	Ermittlung der Rechtsgüter . . . . .	54
1.	Bestimmung der relevanten Rechtsgüter . . . . .	54
2.	Schutzwürdigkeit von Interessen . . . . .	55
3.	Betroffenheit der Rechtsgüter . . . . .	58
III.	Gewichtung der Interessen . . . . .	60
1.	Abstraktes Gewicht von Rechtsgütern . . . . .	61
2.	Intensität der Betroffenheit . . . . .	66
3.	Prognosesicherheit . . . . .	73
IV.	Abwägungsentscheid . . . . .	76
1.	Rationalität von Abwägungen . . . . .	76
2.	Erstinstanzliche Verfahren . . . . .	79
3.	Rechtsmittelverfahren . . . . .	80
4.	Gesetzgebung und Normenkontrollen . . . . .	83
V.	Zwischenergebnisse . . . . .	88
D.	Schlussfolgerungen . . . . .	90
	Literatur . . . . .	94

## A. Einleitung

Abwägen gehört zum Wesen juristischen Arbeitens. Laien, die sich ein Bild vom juristischen Beruf machen, werden sich häufig den Richter vorstellen, der Interessen, Güter, Rechte oder Argumente gewichtet und abwägt. Damit assoziiert ist die für Gerechtigkeit stehende Allegorie der Justitia, die mit verbundenen Augen in einer Hand die Waage und in der anderen Hand das Richtschwert hält. Das aus der Mechanik stammende Wort «Abwägung» ist selbst eine *Metapher*,<sup>1</sup> welche den Vorgang der Urteilsbildung und des Entscheidens in dilemmatischen Situationen zu beschreiben versucht.

Abwägung ist denn auch ein entscheidungstheoretisches Konzept, das weit über die Juristerei hinaus in anderen wissenschaftlichen Disziplinen wie der praktischen Philosophie, der Politikwissenschaft oder der Ökonomie von Bedeutung ist und – ob bewusst oder unbewusst – unseren Alltag prägt. Die Notwendigkeit von Abwägungen hängt mit den Grundbedingungen der menschlichen Existenz zusammen: Wir müssen damit klarkommen, dass unsere Bedürfnisse und Wünsche die vorhandenen Ressourcen wie Zeit, Geld oder Gesundheit übersteigen. Wenn die gleichzeitige und vollkommene Verwirklichung der Wünsche jedes Einzelnen unmöglich ist, wenn mithin *Knappheit* herrscht, müssen die Menschen je für sich selbst und im Verhältnis zueinander Prioritäten setzen. Abwägung bezeichnet nichts anderes als solche Prioritätensetzung.

In alltäglichen Entscheidungssituationen sind Abwägungen von subjektiven Präferenzen geleitet. Ob ich mein gespartes Einkommen in eine Liegenschaft investiere oder für eine Weltreise ausbebe, hängt davon ab, ob mir die materielle Sicherheit oder die persönliche Horzonerweiterung wichtiger ist. Die Antwort auf diese Frage wird nicht nur zwischen verschiedenen Personen variieren, sondern kann auch für mich selbst je nach Alter, Gesundheitszustand und anderen Lebensumständen zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich ausfallen. Alltägliche Abwägungen basieren insoweit auf *Werturteilen*, die sowohl intersubjektiv als auch intrasubjektiv nicht verallgemeinerbar sind. Ausnahmen ergeben sich dann, wenn allgemein anerkannte moralische Normen oder auch nur unangefochtene Sitten und Gebräuche einer Gemeinschaft bestimmte Handlungsvarianten gebieten oder ausschliessen. So entspricht es etwa einem allgemeinen Konsens, dass zur Bestreitung des Lebensunterhalts die Aufnahme einer bezahlten Arbeit dem Stehlen fremder Sachen vorzuziehen ist.

Wie in alltäglichen Entscheidungssituationen sind auch im Rahmen der *politischen Willensbildung* Abwägungen zwischen konfligierenden Ansprüchen und Interessen oder Moralvorstellungen und Weltanschauungen unumgänglich. Zum Beispiel hängt die Positionierung für oder gegen ein Verbot von Autos mit Verbrennungsmotoren unter anderem davon ab, ob die kurzfristigen

---

1 LÜBBE, S. IX und XI f.

wirtschaftlichen Folgen eines Verbots oder dessen längerfristige Auswirkungen auf das Klima höher gewichtet werden. Die mit Abwägungen in politischen Prozessen verbundene Subjektivität und Partikularität erscheint uns als akzeptabel, solange diese Prozesse demokratisch ausgestaltet sind. Wenn sich die unterschiedlichen Werthaltungen in der Stimmbevölkerung und in Parlamenten in politischen Diskursen und Verhandlungsprozessen zu verbindlichen Mehrheitsentscheidungen aggregieren, halten wir diese Entscheidungen für legitim. In der Verfassungs- und Gesetzgebung wird das Problem der nicht verallgemeinerungsfähigen Subjektivität somit durch das demokratische Verfahren aufgefangen.

Für die Rechtswissenschaft wäre es hingegen ein Problem, wenn Abwägungen von nicht rationalisierbarer Subjektivität dominiert wären. Zum einen beziehen *rechtliche Entscheidungen* von Gerichten und Verwaltungsbehörden ihre Legitimität nicht aus dem demokratischen Prozess selbst, sondern aus der methodisch und inhaltlich nachvollziehbaren Anwendung demokratisch zustande gekommener Rechtsnormen. Zum anderen gehören Abwägungen zum Kerngeschäft des Rechtsanwenders. Dies ergibt sich nur schon daraus, dass der Gesetzgeber naturgemäss nicht in der Lage ist, sämtliche Interessenkonflikte in Einzelfällen vorherzusehen und zu regeln. Falls Abwägungen rein subjektive, dezisionistische Werturteile darstellen, die sich nicht auf demokratisch beschlossene Normen zurückführen lassen, geht ihnen nicht nur der Charakter einer Methode der Rechtsfindung ab; der von Abwägungen geprägten Rechtsanwendung wäre dann in weiten Teilen der verfassungsrechtliche Boden entzogen.

In der Literatur sind die Rationalität und mit ihr der Methodencharakter von Abwägungen immer wieder bestritten worden: Gemäss GERHARD STRUCK ist die Interessenabwägung «nicht vom freien Argumentieren unterscheidbar».<sup>2</sup> JEAN NICOLAS DRUEY hält lapidar fest: Die «Interessenabwägung als Instrument der Rechtsfindung gibt es nicht».<sup>3</sup> Ebenso ERNST A. KRAMER: «Interessenabwägung als solche ist nun einmal keine Methode.»<sup>4</sup> Die rationale Nachvollziehbarkeit von Abwägungen stellt auch HANSJÖRG SEILER in Frage, wobei er eine Türe für deren positivrechtliche Steuerung offenlässt: «Insgesamt führt die Abwägung nicht zu einem vorhersehbaren oder nachvollziehbaren Ergebnis, solange ihre Parameter nicht (durch Rechtssatz oder richterrechtliche Regelbildung) festgelegt worden sind.»<sup>5</sup> Nach BERNHARD SCHLINK komme in «den Prüfungen der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn [...] letztlich nur die Subjektivität der Prüfenden zur Geltung».<sup>6</sup> Sodann äussert JÜRGEN HABERMAS grundsätzliche Kritik an der Rechtfertigungskraft von Werten im Sinne abwägungsbedürftiger Prinzipien: «Werte müssen von Fall zu Fall mit anderen Werten in eine transitive Ordnung gebracht werden. Weil dafür rationale Massstäbe fehlen, vollzieht sich die Abwägung entweder willkürlich oder unreflektiert nach eingewöhnten Stan-

---

2 STRUCK, S. 183.

3 DRUEY, S. 148.

4 KRAMER, S. 317.

5 SEILER, *Praktische Rechtsanwendung*, S. 70.

6 SCHLINK, *Freiheit*, S. 462.

dards und Rangordnungen.»<sup>7</sup> Und NIKLAS LUHMANN gelangt zum desillusionierten Befund, dass Abwägungen zwar irrational, aber zugleich alternativlos sind: «Die klassische Vorstellung, gute Entscheidungen seien richtige Entscheidungen und richtige Entscheidungen seien durch rationale Abwägung von Zwecken und Mitteln zu erreichen, befindet sich in voller Auflösung. Aber wodurch wird sie ersetzt?»<sup>8</sup>

Ob die Abwägung als juristische Methode einzustufen ist, welche auf überprüfbaren, an Rechtsprinzipien und Rechtssätzen orientierten Denkvorgängen beruht, wird sich im Verlauf der nachfolgenden Analyse zeigen. Als Ausgangslage wird die Abwägung nüchtern als Instrument rechtlichen Entscheidens verstanden. Als solches wird die Abwägung zunächst einer *begrifflichen Analyse* unterzogen, indem nach deren Notwendigkeit, Gegenstand, Massstäben, Arten und Funktionen gefragt wird (Kap. B). Auf dieser Grundlage folgt anschließend eine *methodische Analyse*. Diese untersucht die einzelnen Schritte des Abwägungsprozesses sowie die Kriterien, an denen sich diese Schritte orientieren. Dabei wird sich herausstellen, dass die methodischen Fragen einen engen Bezug zum institutionellen und verfahrensrechtlichen Kontext haben, in welchem Abwägungen stattfinden (Kap. C). Am Ende sind aus der Auseinandersetzung mit Abwägungsbegriff und Abwägungsvorgang die Schlussfolgerungen zu ziehen (Kap. D).

## **B. Dimensionen des Abwägungsbegriffs**

Die Interessenabwägung lässt sich vereinfacht beschreiben als Vorgang rechtlicher Urteilsbildung, bei welchem die von einer Handlung betroffenen Interessen nach rechtlichen Massstäben gewichtet und miteinander verglichen werden. Bevor der Vorgang der Interessenabwägung in Kap. C methodisch analysiert wird, gilt es im Folgenden, eine Reihe von begrifflichen Vorfragen zu klären: Wann gibt die Rechtsordnung Anlass für Abwägungen (Kap. B.I)? Was wird genau abgewogen (Kap. B.II)? An welchen Massstäben orientieren sich Abwägungen (Kap. B.III)? Welche Arten von Abwägungen lassen sich unterscheiden (Kap. B.IV)? Und: Welche Funktionen haben Abwägungen in einem Rechtsstaat (Kap. B.V)?

### **I. Notwendigkeit von Abwägungen**

#### *1. Gesetzliche Abwägungspflichten*

Im Rahmen juristischen Entscheidens können Abwägungen zunächst kraft gesetzlicher Anordnung notwendig sein. In sämtlichen Rechtsgebieten – Privat-

---

7 HABERMAS, S. 315 f.

8 LUHMANN, S. 288.

recht, öffentliches Recht und Strafrecht – gibt es Gesetzesbestimmungen, die von Gerichten oder Verwaltungsbehörden Abwägungen verlangen.<sup>9</sup> Es handelt sich dabei um gesetzliche Abwägungspflichten oder Abwägungsgebote.<sup>10</sup> Zur Bezeichnung von Abwägungspflichten verwendet der Gesetzgeber unterschiedliche Formulierungen:

- Für den Bereich der Raumplanung schreibt Art. 3 Abs. 1 RPV<sup>11</sup> ausdrücklich eine «*Interessenabwägung*» («*pesée des intérêts*») vor, wenn den Behörden bei der Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben «Handlungsspielräume» zustehen.<sup>12</sup> Anstelle von Interessenabwägung ist auch die Formulierung «unter Abwägung aller Interessen» zu finden (z.B. Art. 18 Abs. 1<sup>ter</sup> NHG<sup>13</sup>). Bisweilen verwendet der Gesetzgeber den Begriff «Güterabwägung» (z.B. Art. 11 Abs. 2 TSchG<sup>14</sup>) oder nur den Begriff «Abwägung», wie etwa in Art. 8 Abs. 2 GTG<sup>15</sup>: Gemäss dieser Bestimmung ist die Frage, ob die Würde der Kreatur missachtet ist, im Einzelfall anhand einer «Abwägung zwischen der Schwere der Beeinträchtigung von Tieren und Pflanzen und der Bedeutung der schutzwürdigen Interessen» zu beurteilen.
- Eine Abwägung erfordern sodann jene Vorschriften, nach denen ein «*Missverhältnis*» zwischen dem Nutzen und den Nachteilen einer Handlung zu vermeiden ist. Eine solche Norm findet sich bereits auf Verfassungsebene, und zwar in Art. 118b Abs. 2 lit. b BV<sup>16</sup>, wonach die Risiken und Belastungen für die an einem Forschungsprojekt teilnehmenden Personen nicht in einem Missverhältnis zum Nutzen des Projekts stehen dürfen. Auf Gesetzesstufe ist diese Abwägungsnorm in Art. 12 Abs. 2 HFG<sup>17</sup> verankert. Ein weiteres Beispiel findet sich im Behindertengleichstellungsgesetz: Nach Art. 11 Abs. 1 BehiG<sup>18</sup> ordnet das Gericht oder die Verwaltungsbehörde die Beseitigung einer Benachteiligung für Menschen mit Behinderungen nicht an, wenn der «zu erwartende Nutzen in einem Missverhältnis steht» zum wirtschaftlichem Aufwand und sonstigen öffentlichen Interessen.
- Andere Formulierungen sprechen von «*überwiegenden Interessen*». Paradebeispiel ist Art. 28 Abs. 2 ZGB<sup>19</sup>, wonach «ein überwiegendes privates oder

---

9 Vgl. G. MÜLLER, S. 337 f.; SEILER, Praktische Rechtsanwendung, S. 60 f.

10 REIMER, Rz. 487 und MÖLLERS, S. 371 sprechen von Abwägungsaufträgen.

11 Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (SR 700.1).

12 Zum verpflichtenden Charakter der Interessenabwägung aufgrund von Art. 3 RPV: BGE 148 II 36 E. 5.5 S. 46.

13 Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (SR 451).

14 Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (SR 455).

15 Bundesgesetz vom 21. März 2003 über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz; SR 814.91).

16 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

17 Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz; SR 810.30).

18 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz; SR 151.3).

19 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

öffentliches Interesse» eine Persönlichkeitsverletzung rechtfertigen kann. Im Datenschutzrecht statuiert Art. 31 Abs. 1 DSG<sup>20</sup> den gleichlautenden Rechtfertigungsgrund für Persönlichkeitsverletzungen. Im öffentlichen Recht setzt etwa Art. 24 lit. b RPG<sup>21</sup> für Ausnahmen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen voraus, dass «keine überwiegenden Interessen entgegenstehen». In vergleichbarer Weise verlangt Art. 5 Abs. 2 WaG<sup>22</sup> für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für eine Rodung, dass für diese wichtige Gründe bestehen, die das «Interesse an der Walderhaltung überwiegen». Anzutreffen ist auch der Ausdruck «überwiegendes Bedürfnis» (Art. 14 Abs. 6 und Art. 20 Abs. 3 lit. b NHV<sup>23</sup>). Zu erwähnen ist ferner die strafrechtliche Notstandsbestimmung in Art. 17 StGB<sup>24</sup>, die von einer Rechtfertigung durch «höherwertige Interessen» spricht.

- Weiter sind Interessenabwägungen durchzuführen, wenn das Gesetz «übermässige Einwirkungen» oder sonstige übermässige Beeinträchtigungen verbietet (gesetzliche Übermassverbote). Dies ist im Nachbarrecht der Fall: Gemäss Art. 684 Abs. 1 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums «sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten». Bei der Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen, d.h. übermässigen, Immissionen ist gemäss Bundesgericht zwecks «Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs» «eine sachlich begründete Abwägung der Interessen vorzunehmen».<sup>25</sup> Auch bei der umweltschutzrechtlichen Beurteilung von Lärmemissionen, die als unerwünschte Nebenwirkungen einer bestimmten Tätigkeit auftreten (z.B. das Läuten von Kuhglocken,<sup>26</sup> Freilichtaufführungen,<sup>27</sup> Banntagsschiessen in Liestal<sup>28</sup> oder Feuerwerke mit Knallkörpern<sup>29</sup>) «ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem Ruhebedürfnis der Bevölkerung und dem Interesse an der lärmverursachenden Tätigkeit».<sup>30</sup> Die Abwägung erfolgt in diesen Situationen in Anwendung gesetzlicher Pflichten zur Emissionsbegrenzung, wie sie primär in Art. 11 USG<sup>31</sup> verankert sind. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung «sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich trag-

20 Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz; SR 235.1).

21 Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz; SR 700).

22 Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über den Wald (Waldgesetz; SR 921.0).

23 Verordnung vom 16. Januar 1991 über den Natur- und Heimatschutz (SR 451.1).

24 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

25 BGE 132 III 49 E. 2.1 S. 50 (beide Zitate).

26 BGer, Urteil 1C\_383/2016 vom 13. Dezember 2017, E. 4 ff.

27 BGer, Urteil 1A.39/2004 vom 11. Oktober 2004, E. 4 f.

28 BGE 126 II 300 E. 4 S. 305 ff.

29 BGE 146 II 17 E. 7 ff. 6.4 S. 24 ff.

30 BGE 126 II 300 E. 4c/cc S. 308; 146 II 17 E. 6.4 S. 21 f.

31 Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz; SR 814.01).

bar ist»; Absatz 3 verlangt eine Verschärfung der Emissionsbegrenzungen, «wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden».<sup>32</sup>

- Wie der Begriff «übermässig» bezeichnet der Begriff «*unzumutbar*» private oder staatliche Handlungen, die so stark in die Rechte oder Interessen einer Person eingreifen, dass sie nicht akzeptabel und damit rechtlich unzulässig sind. Gesetzliche Vorschriften, die Rechtsfolgen an die «Unzumutbarkeit» eines Eingriffs anknüpfen, implizieren entsprechend eine Interessenabwägung. Ein praktisch wichtiges Beispiel ist Art. 83 Abs. 1 AIG<sup>33</sup>, wonach die vorläufige Aufnahme einer Ausländerin oder eines Ausländers zu verfügen ist, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht zumutbar ist. Dies kann nach Art. 83 Abs. 4 AIG der Fall sein, wenn die weggewiesene Person «in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet» ist.<sup>34</sup>
- Interessenabwägungen sind weiter erforderlich, wenn gemäss Gesetzeswortlaut eine Handlung zur Erreichung eines bestimmten Ziels «*unerlässlich*» ist. Zu nennen ist etwa die Regelung zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise in Art. 141 Abs. 2 StPO<sup>35</sup>. Demnach dürfen Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, «nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich». Diese Bestimmung verlangt eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person, dass der fragliche Beweis unterbleibt.<sup>36</sup>
- Unbestimmte Rechtsbegriffe sind in der Regel auslegungs-, nicht abwägungsbedürftig. Dennoch können unbestimmte Rechtsbegriffe wie derjenige der «*wichtigen Gründe*» auch Anlass geben für Abwägungen.<sup>37</sup> In diesem Sinne verlangt Art. 4 ZGB in allgemeiner Weise eine «Entscheidung nach Recht und Billigkeit», wo das Gesetz das Gericht «auf wichtige Gründe verweist». Billigkeitsurteile sind ihrerseits mit Interessenabwägungen verbunden.<sup>38</sup> Beispielsweise beurteilt sich aufgrund einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen, ob wichtige Gründe als Voraussetzung für fristlose Entlassungen in privat- oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen

---

32 Zum Erfordernis von Interessenabwägungen aufgrund von Art. 11 Abs. 2 und 3 USG: BGE 127 II 306 E. 8 S. 317.

33 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz; SR 142.20).

34 Z.B. BVGer, Urteil E-1350/2021 vom 9. März 2023, E. 5.

35 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung; SR 312.0).

36 BGE 146 IV 226 E. 2 S. 228 f. (Interessenabwägung auch in Bezug auf die Verwertung von Beweismitteln, die von Privaten rechtswidrig erlangt worden sind).

37 Vgl. G. MÜLLER, S. 343.

38 Z.B. BGE 123 III 10 E. 4c/aa S. 12 ff.; DRUEY, S. 132.

- vorliegen.<sup>39</sup> Art. 337 Abs. 2 OR<sup>40</sup> setzt den Begriff des wichtigen Grundes explizit mit dem Begriff «Zumutbarkeit» in Verbindung: Als wichtiger Grund für eine fristlose Vertragsauflösung gilt demnach «namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf».
- Ein weiterer unbestimmter Rechtsbegriff, der typischerweise zu Interessenabwägungen anhält, ist derjenige der «Härte» oder des «Härtefalls». Gemäss Art. 272 Abs. 1 OR kann beispielsweise der Mieter die Erstreckung eines Mietverhältnisses verlangen, «wenn die Beendigung der Miete für ihn oder seine Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre»; Absatz 2 nennt eine Reihe von Gesichtspunkten, die bei der entsprechenden Interessenabwägung zu berücksichtigen sind. Auch die Härtefallklausel zur obligatorischen Landesverweisung ist nichts anderes als eine gesetzliche Verpflichtung zur Interessenabwägung: Nach Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht «ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen».
  - Abwägungspflichten ergeben sich ferner aus spezialgesetzlichen Rechtsbegriffen, die eine Prüfung des Verhältnisses von Nutzen und Nachteilen einer Massnahme erfordern. Bereits hingewiesen wurde auf die in Art. 11 Abs. 2 USG verankerte Voraussetzung der «wirtschaftlichen Tragbarkeit» von Emissionsbegrenzungsmaßnahmen.<sup>41</sup> Ähnliche Formulierungen sprechen von «wirtschaftlicher Vertretbarkeit».<sup>42</sup> Erwähnt seien sodann der heilmittelrechtliche Begriff der «Sicherheit» (Verhältnis zwischen Nutzen und Risiken von Arzneimitteln)<sup>43</sup> sowie die krankenversicherungsrechtlichen Begriffe der «Zweckmässigkeit» (Verhältnis zwischen Nutzen und Risiken von medizinischen Massnahmen) und der «Wirtschaftlichkeit»

---

39 BGE 138 I 113 E. 6.2 S. 116.

40 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220).

41 BGE 127 II 306 E. 8 S. 317: «Die wirtschaftliche Tragbarkeit gilt als Konkretisierung der Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne), welche dann zu bejahen ist, wenn ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Nutzen der Massnahme und der Schwere der damit verbundenen Nachteile besteht.»

42 Z.B. Art. 12 GüTG (Bundesgesetz vom 25. September 2015 über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen [Gütertransportgesetz; SR 742.41]).

43 Art. 10 Abs. 1 lit. a HMG (Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21]; zum Erfordernis der Abwägung etwa BVGer, Urteil C-5170/2012 vom 2. Juli 2014, E. 4.2.

(Verhältnis zwischen Nutzen und Kosten von medizinischen Massnahmen)<sup>44</sup>.

In den vorstehenden Beispielen verlangt der Gesetzgeber mit den Begriffen «Interessenabwägung», «Güterabwägung» oder schlicht «Abwägung» vom Rechtsanwender wörtlich die Durchführung von Abwägungen. Daneben verweisen gesetzliche Ausdrücke wie «Missverhältnis», «überwiegende Interessen», «übermässig», «unzumutbar» oder unbestimmte Rechtsbegriffe wie «wichtige Gründe», «Härtefall», «wirtschaftliche Tragbarkeit», «Sicherheit», «Zweckmässigkeit» oder «Wirtschaftlichkeit» mehr oder weniger explizit auf die Notwendigkeit von Abwägungen hin. Im Zweifelsfall ist mittels *Auslegung* zu eruieren, ob eine gesetzliche Formulierung eine Abwägung impliziert.

## 2. *Verfassungs- und völkerrechtliche Abwägungspflichten*

Bisher nicht zur Sprache gekommen ist der *Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit*, der in Art. 5 Abs. 2 BV als allgemeiner Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns und in Art. 36 Abs. 3 BV als Voraussetzung für die Einschränkung von Grundrechten verankert ist. Der aus drei Teilelementen bestehende Verhältnismässigkeitsgrundsatz verlangt neben der Prüfung der Eignung und Erforderlichkeit einer Massnahme eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden privaten und öffentlichen Interessen.<sup>45</sup> Für die im Verhältnismässigkeitsgrundsatz enthaltene Interessenabwägung verwenden Lehre und Rechtsprechung neben dem Ausdruck «Verhältnismässigkeit im engeren Sinn» auch den Begriff der «Zumutbarkeit», der die Perspektive der von einer Massnahme betroffenen Person einnimmt.<sup>46</sup>

Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat auch im *Völkerrecht* vielfach Niederschlag gefunden. In völkerrechtlichen Verträgen kommt das Gebot der Verhältnismässigkeit und damit der Abwägung regelmässig im Begriff «Notwendigkeit» zum Schutz bestimmter öffentlicher Interessen oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer zum Ausdruck. Für die Schweiz im Vordergrund stehen die menschenrechtlichen Garantien der EMRK<sup>47</sup>, die in ihren Einschränkungsvoraussetzungen mit der Wendung «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» eine Verhältnismässigkeitsprüfung und damit eine Abwägung ver-

---

44 Art. 32 Abs. 1 KVG (Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung [KVG; SR 832.10]); zum Erfordernis der Abwägung etwa BGE 130 V 299 E. 6.1 S. 304 f. (betreffend Zweckmässigkeit); 128 V 66 E. 6 S. 69 f. (betreffend Wirtschaftlichkeit).

45 Namentlich M. MÜLLER, S. 29 ff.; RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 10 ff.

46 ZIMMERLI, S. 17. Sodann J.P. MÜLLER, Elemente, Rz. 135; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 468; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1224 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 Rz. 139 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 323; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 555 ff. Aus der Rechtsprechung etwa BGE 123 I 152 E. 7a S. 169.

47 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).

langen (Art. 8–11, jeweils Ziff. 2 EMRK).<sup>48</sup> Ähnliche Formulierungen finden sich in menschenrechtlichen Gewährleistungen des UNO-Paktes II<sup>49</sup> sowie in den WTO-Übereinkommen im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Handelsbeschränkungen<sup>50</sup>.

Die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips impliziert somit Interessenabwägungen. Umgekehrt übersteigt das Konzept der Abwägung das Verhältnismässigkeitsprinzip.<sup>51</sup> Abwägungen finden insbesondere aufgrund gesetzlicher Abwägungspflichten häufig ausserhalb einer Verhältnismässigkeitsprüfung statt. In ihrer Struktur sind Abwägungen inner- und ausserhalb der Verhältnismässigkeitsprüfung jedoch identisch: Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist auf *Zweck-Mittel-Relationen* zugeschnitten. Mittel – in der Regel staatliche Handlungen – müssen in einem vernünftigen Verhältnis zu ihren Zwecken stehen, d.h. mit Blick auf die verfolgten Zwecke geeignet, erforderlich und zumutbar sein.<sup>52</sup> Auch Abwägungen ausserhalb des Verhältnismässigkeitsprinzips stehen in Zweck-Mittel-Beziehungen. Denn Abwägungen beziehen sich als Entscheidungsinstrument wesensgemäss auf (staatliche oder private) Handlungen, die bestimmten Zwecken dienen und Auswirkungen auf Dritte oder die Allgemeinheit haben. Abwägungen unterziehen mithin das Verhältnis zwischen den mit einem Mittel verfolgten Zwecken und dessen Auswirkungen einer rechtlichen Prüfung (dazu sogleich Kap. B.II.1).<sup>53</sup>

Es kommt vor, dass der Gesetzgeber ausdrücklich festlegt, dass eine Handlung oder Massnahme «verhältnismässig» sein muss. In diesen Fällen liegt eine gesetzliche Anweisung zur Interessenabwägung vor. Ein Beispiel ist Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM<sup>54</sup>, wonach Beschränkungen des freien Marktzugangs verhältnismässig sein müssen. Der primäre Ort für die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips befindet sich jedoch innerhalb von *Ermessenstatbeständen*. Räumt das Gesetz staatlichen Behörden für die Anordnung oder Auswahl von Rechtsfolgen Ermessen ein, ist dieses pflichtgemäss auszuüben. Neben Sinn und Zweck der anzuwendenden Regelung und dem übergeordneten Gesetzesrecht hat die Behörde dabei auch Verfassungsgrundsätze wie das Willkürverbot, das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip mit dem Aspekt der Interessenabwägung zu beachten.<sup>55</sup> Das Verhältnismässigkeitsprinzip kommt dabei immer dann zur Anwendung, wenn die Behörde beurteilen muss, ob die geplante Handlung das angemessene Mittel zur Erreichung der

48 BGE 110 Ib 201 E. 3a S. 206; 148 I 233 E. 6.2.1 S. 245 (betreffend Art. 8 Abs. 2 EMRK).

49 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2): Art. 2 Abs. 2, Art. 12 Abs. 3, Art. 21, Art. 22 Abs. 2.

50 DIEBOLD/RÜTSCHKE, § 2 Rz. 358 ff., insbesondere Rz. 370.

51 G. MÜLLER, S. 346 f.; OESCH, S. 212; HOFSTETTER, Rz. 274 ff.

52 RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 15.

53 Anders OESCH, S. 212; HOFSTETTER, Rz. 271 f. und die dort zitierte Literatur.

54 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02).

55 BGE 145 I 52 E. 3.6 S. 59.

angestrebten Zwecke darstellt, namentlich zur Verwirklichung öffentlicher Interessen und zum Schutz von Grundrechten. Soweit sich diese Frage stellt, ist mit der Einräumung von Ermessen eine verfassungsrechtliche Abwägungspflicht verbunden. Für staatliches Handeln ergibt sich diese Pflicht generell aus Art. 5 Abs. 2 BV, bei Grundrechtseinschränkungen aus Art. 36 Abs. 3 BV. Hinzu kommen allenfalls völkerrechtliche Abwägungsgebote, sofern entsprechende Gewährleistungen betroffen sind. Für das Privatrecht folgt das Abwägungsgebot im Rahmen von Ermessensbestimmungen aus Art. 4 ZGB, der in diesen Fällen eine «Entscheidung nach Recht und Billigkeit» verlangt.<sup>56</sup>

Das Gesetz kann die Behörden ausdrücklich zum Handeln nach Ermessen anhalten. In erster Linie wird aber Ermessen vom Gesetzgeber in Form von «*Kann-Vorschriften*» (Entschliessungsermessen) sowie durch Nennung mehrerer alternativer Rechtsfolgen oder Vorgabe einer bestimmten Spannweite für die Bemessung der Rechtsfolge (Auswahlermessen oder Rahmenausfüllungsermessen) eröffnet.<sup>57</sup> Ob das Gesetz den Behörden Ermessen einräumt, ist unter Umständen durch Auslegung zu ermitteln.<sup>58</sup>

Ein in hohem Masse von behördlichem Ermessen geprägter Bereich betrifft die *Nutzung öffentlicher Sachen*. Bei der Erteilung von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch (z.B. politische Kundgebungen, Nutzung von Taxistandplätzen, Betrieb von Marktständen oder Zirkusdarbietungen auf öffentlichen Strassen und Plätzen) oder von Sondernutzungskonzessionen (z.B. Bau und Betrieb von Infrastrukturen oder Abbau natürlicher Ressourcen auf öffentlichem Grund) sind typischerweise eine Vielzahl unterschiedlicher Interessen von Gesuchstellern, Anwohnern, Konkurrenten und Öffentlichkeit tangiert, zwischen denen im Rahmen umfassender Interessenabwägungen ein Ausgleich zu finden ist.<sup>59</sup>

In gewissen Konstellationen sind Abwägungen bei der Entscheidung von Einzelfällen auch *ausserhalb von gesetzlichen Ermessenstatbeständen* verfassungsrechtlich geboten.<sup>60</sup> Zu denken ist namentlich an Interessenabwägungen im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV sowie Art. 2 ZGB), aber auch mit behördlichem Handeln, das gesetzlich nicht spezifisch geregelt ist:

---

56 Vgl. die Hinweise in Fn. 38.

57 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 398 ff., 408; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 585 ff.

58 Ein illustratives Beispiel für eine solche Auslegung ist BVGE 2020 VI/9 E. 9 und 10: Aufgrund einer systematischen und verfassungskonformen Auslegung mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 BV (Verhältnismässigkeitsprinzip) interpretierte das Bundesverwaltungsgericht einen Abwägungsvorbehalt in eine zwingend formulierte Gesetzesnorm hinein (Art. 84 Abs. 2 AIG: Aufhebung der vorläufigen Aufnahme wegen Wegfalls der Voraussetzungen). Dazu ist kritisch anzumerken, dass angesichts des klaren Wortlauts von Art. 84 Abs. 2 AIG (keine Einräumung von Ermessen) und mangels triftiger Gründe aus der Entstehungsgeschichte oder dem Zweck der Norm in diesem Entscheid wohl keine Auslegung, sondern eine Normkorrektur vorgenommen wurde.

59 Z.B. BGE 121 I 279 E. 6d S. 289 f. (Zirkus); 127 I 164 E. 3c S. 171 f. (Kundgebung).

60 Vgl. HÄFELIN, Wertung, S. 592 f.

- Interessenabwägungen sind zunächst im Zusammenhang mit dem *Verbot des Rechtsmissbrauchs* erforderlich.<sup>61</sup> Das Rechtsmissbrauchsverbot setzt «der formalen Rechtsordnung eine ethische materielle Schranke, lässt scheinbares Recht dem wirklichen weichen, wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechts offenes Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde».<sup>62</sup> Wo die formale Berufung auf einen Rechtsanspruch auf die besagte «ethische materielle Schranke» trifft und damit formalistisch wird, ist durch Beurteilung und Abwägung der sich gegenüberstehenden Schutzinteressen zu ermitteln. Ist das Interesse, das mit der Ausübung eines Rechts verfolgt wird, nicht schutzwürdig (unnütze Rechtsausübung) oder steht es in einem krassen Missverhältnis zu den Nachteilen, die für die verpflichtete Person resultieren, erweist sich die Rechtsausübung als schikanös und damit rechtsmissbräuchlich.<sup>63</sup> Manifestiert sich ein solches Missverhältnis der tangierten Interessen im Beharren auf verfahrensrechtlichen Formvorschriften, liegt überspitzter Formalismus vor.<sup>64</sup>
- Der verfassungsrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben verleiht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Privaten unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in (selbst unrichtige) *behördliche Auskünfte und Zusicherungen* oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörde.<sup>65</sup> Diesen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliches Verhalten hat das Bundesgericht indessen unter den Vorbehalt der Interessenabwägung gestellt. Demnach «müssen das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts und jenes des Vertrauensschutzes gegeneinander abgewogen werden. Überwiegt das öffentliche Interesse an der Anwendung des positiven Rechts, muss sich der Bürger unterziehen».<sup>66</sup>
- Eine ähnlich gelagerte Interessenabwägung hat gemäss Bundesgerichtspraxis immer dann stattzufinden, wenn Behörden über den – gesetzlich nicht geregelten – *Widerruf einer Verfügung* entscheiden: «Fehlen positivrechtliche Bestimmungen über die Möglichkeit der Änderung einer Verfügung, so ist über diese anhand einer Interessenabwägung zu befinden, bei welcher das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz gegenüberzustellen ist».<sup>67</sup>
- Einer Interessenabwägung bedarf es weiter, wenn Behörden die *Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands* anordnen, wie etwa den Abbruch einer

---

61 Namentlich GÄCHTER, S. 54 ff.

62 BGE 125 III 257 E. 2c S. 261.

63 BGE 127 III 506 E. 4b S. 514; 137 V 394 E. 7.1 S. 403; 138 III 425 E. 5.5 S. 432.

64 BGE 115 Ia 12 E. 3b S. 17.

65 Z.B. BGE 117 Ia 285 E. 2b S. 287.

66 BGE 116 Ib 185 E. 3c S. 187.

67 BGE 127 II 306 E. 7a S. 314.

rechtswidrig erstellten Baute.<sup>68</sup> Das Abwägungserfordernis ist dabei häufig in Gesetzen verankert, gilt aber auch dann, wenn für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als Verwaltungsmassnahme keine spezifische gesetzliche Grundlage existiert, sondern die Massnahme unmittelbar auf die nicht erfüllte gesetzliche Verhaltenspflicht (Primärnorm) abgestützt wird.<sup>69</sup>

- Ferner führt das Bundesgericht bisweilen Abwägungen durch, um die *Rechtsfolgen einer gutgeheissenen Beschwerde* zu bestimmen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es um die Frage geht, ob eine Volksabstimmung wegen Verletzung der Abstimmungsfreiheit aufzuheben ist. Erforderlich ist dabei «eine abwägende Gesamtbetrachtung, bei der die Knappheit des Abstimmungsergebnisses, die Schwere des Mangels und dessen mögliche Auswirkung auf die Abstimmung [...], die Rechtssicherheit und weitere einer Aufhebung der Abstimmung entgegenstehende Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Dabei gilt es auch zu bedenken, dass eine Wiederholung der Abstimmung kaum mehr unter den gleichen Bedingungen durchgeführt werden kann».<sup>70</sup>

In den genannten Situationen gibt somit nicht das vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen Anlass für die Interessenabwägung, sondern durch *Richterrecht* entwickelte Voraussetzungen für einen verfassungsrechtlichen Anspruch (Vertrauensschutz), eine behördliche Handlung (Verwaltungsmassnahme) oder die Anordnung einer Rechtsfolge (Aufhebung einer Volksabstimmung).

Interessenabwägungen finden in der Regel auf der Ebene der Rechtsanwendung in Einzelfällen statt. Rechtssuchende können vor Gerichten im Rahmen des anwendbaren Verfahrensrechts aber auch geltend machen, dass Gesetze selbst unverhältnismässig sind und unzumutbar in ihre Rechte oder Interessen eingreifen. Wird eine solche Rüge in vertretbarer Weise vorgebracht, hat das angerufene Gericht zu prüfen, ob die fragliche Gesetzesbestimmung vor einer Interessenabwägung standhält.<sup>71</sup> Die Abwägung erfolgt in solchen Fällen im Rahmen von *abstrakten oder konkreten Normenkontrollen*.<sup>72</sup> Materiell-rechtlichen Anlass für die Abwägung geben wiederum das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 3 BV (im Fall von Grundrechtseingriffen) oder Art. 5 Abs. 2 BV (ausserhalb von Grundrechtseingriffen) sowie allenfalls betroffene völkerrechtliche Gewährleistungen, deren Einschränkungen unter dem Vorbehalt der Verhältnismässigkeit («Notwendigkeit») stehen. Wie das vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen oder die vom Richterrecht im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz vorausgesetzten Interessenabwägungen eröffnen Normenkontrollen mithin verfassungs- und völkerrechtliche Abwägungspflichten.

---

68 BGE 132 II 21 E. 6 S. 35 ff.; 136 II 359 E. 9 S. 368 f.

69 Vgl. MOOR/POLTIER, S. 116 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1453.

70 BGer, Urteil 1C\_315/2018 vom 10. April 2019, E. 6.1.

71 Zu Prüfungsrecht und Anwendungsgebot in Bezug auf Bundesgesetze und Völkerrecht (Art. 190 BV): namentlich HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 2086 ff.

72 Namentlich KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 1711 ff.

Eine Sonderkonstellation ergibt sich dann, wenn die Verfassungswidrigkeit eines Erlasses im Rahmen einer Normenkontrolle nicht mit einer Aufhebung oder Nichtanwendung des Erlasses beseitigt werden kann, sondern eine *richterliche Normkorrektur* (Ersatzregelung) erforderlich ist. Beispiele sind kantonale Steuergesetze, die gegen das Gebot rechtsgleicher Besteuerung verstossen, indem sie etwa Ehepaare gegenüber nicht verheirateten Paaren steuerlich benachteiligen («Heiratsstrafe»)<sup>73</sup>. In solchen Fällen würde das Bundesgericht mit einer Aufhebung des verfassungswidrigen Gesetzes dem Kanton die gesetzliche Grundlage für die Besteuerung entziehen. Mit der Anordnung einer verfassungskonformen Ersatzregelung im Urteil greift das Gericht wiederum in den politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ein. Zudem ist das Gericht aufgrund seiner funktionalen Grenzen in der Regel weniger gut als der Gesetzgeber in der Lage, die realen Folgen einer neuen Regelung abzuschätzen. In dieser Situation bedarf es einer Abwägung zwischen der Schwere der Verfassungsverletzung und den institutionellen Interessen der gesetzgebenden Gewalt, welche sich im Ausmass der normativen und faktischen Komplexität der fraglichen Regelungsmaterie zeigen. Erweist sich die Komplexität der Materie als zu gross, bleibt dem Gericht nichts anderes übrig, als die Verfassungsverletzung festzustellen und einen Appell an den Gesetzgeber zu richten, den Erlass so rasch wie möglich anzupassen.<sup>74</sup>

## II. Gegenstand von Abwägungen

### 1. Handlungsfolgen

Abwägungen beziehen sich auf *Handlungen*. Für Akteure (Verwaltungsbehörden) beantworten sie die Frage, ob und wie zu handeln ist, für Kontrolleure (Gerichte) die Frage, ob eine bestimmte Handlung rechtlich zulässig ist. Unter Handlung ist dabei ein intentionales, auf ein Ziel gerichtetes und von Motiven oder Gründen geleitetes Tun, Dulden oder Unterlassen zu verstehen.<sup>75</sup> Im Fall von staatlichen Akteuren umfasst der Handlungsbegriff sowohl das rechtliche Handeln, d.h. konkrete und abstrakte Handlungsanordnungen in Gestalt von Entscheiden und Gesetzen oder anderen Handlungsformen, als auch das unmittelbare reale Handeln.

Handlungen sind in konditional aufgebauten Rechtsnormen geregelt, welche unter bestimmten Voraussetzungen (Tatbestand) bestimmte Rechtsfolgen eintreten lassen.<sup>76</sup> In normstruktureller Hinsicht können sich Abwägungen sowohl auf den Tatbestand als auch auf die Rechtsfolge beziehen: Im Rahmen der Gesetzesanwendung finden Abwägungen typischerweise auf der Tatbestandsseite statt (*tatbestandsbezogene Abwägungen*). So bestimmen Abwägungen etwa

---

73 Paradebeispiel ist das Urteil Hegetschweiler von 1984: BGE 110 Ia 7 E. 4 S. 21 ff. (steuerliche Benachteiligung von Ehepaaren gegenüber Konkubinatspaaren in höheren Einkommensbereichen ohne haltbaren Grund).

74 Zum Ganzen RÜTSCHÉ, Rechtsfolgen, S. 286 ff.

75 KINDHÄUSER URS, Handlung, in: Anderheiden Michael et al. (Hrsg.), Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, <<https://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net>> (Erstpublikation: 7. April 2011), Rz. 5 ff.

76 RÜTSCHÉ, Rechtsfolgen, S. 36 ff.

darüber, ob die Würde der Kreatur missachtet ist (Art. 8 Abs. 2 GTG), ein Humanforschungsprojekt eine Bewilligungsvoraussetzung erfüllt (Art. 12 Abs. 2 HFG), eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt (Art. 28 Abs. 2 ZGB), eine übermässige Einwirkung auf das Eigentum von Nachbarn gegeben ist (Art. 684 Abs. 1 ZGB) oder ob es an einer Voraussetzung für den Vollzug einer Wegweisung aus der Schweiz fehlt und daher die vorläufige Aufnahme zu verfügen ist (Art. 83 Abs. 1 AIG). Im Rahmen der Ermessensausübung beziehen sich Abwägungen dagegen stets unmittelbar auf die Frage, ob eine Rechtsfolge wie eine Massnahme oder Sanktion und gegebenenfalls welche Rechtsfolge anzuordnen ist (*rechtsfolgebezogene Abwägungen*).<sup>77</sup>

Vom Bezugspunkt (Handlungen bzw. Tatbestand oder Rechtsfolge) zu unterscheiden ist der *Gegenstand* von Abwägungen. Was wird abgewogen? Was wird auf die buchstäbliche Waage gelegt? Die Antwort scheint angesichts der gebräuchlichen Rede von «Interessenabwägung» oder «Güterabwägung» offensichtlich: Abgewogen werden Interessen oder Güter. Genau besehen sind es indessen die – gegenwärtigen oder zu erwartenden künftigen – *Folgen einer Handlung*, die abgewogen werden. Es geht um die Auswirkungen, d.h. die Vor- und Nachteile, die eine Handlung nach sich zieht. Abgewogen werden somit Handlungsfolgen.

Nehmen wir als Beispiel die vom Bundesrat im Dezember 2020 zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie angeordnete *Schliessung von Restaurationsbetrieben*.<sup>78</sup> Auf der einen Seite konnten mit der Betriebsschliessung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Ansteckungen mit dem Coronavirus verhindert und damit die weitere Ausbreitung der Pandemie eingedämmt werden. Damit liessen sich wiederum mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Todesfälle, Arbeitsausfälle infolge von Krankheit sowie eine Überlastung der medizinischen Behandlungskapazitäten vermeiden. Auf der anderen Seite hatte die Massnahme zur Folge, dass die Eigentümer und die selbständig erwerbstätigen Betreiber der Restaurants keine Umsätze erzielen konnten; zudem wurde der Bevölkerung der Konsum sowie der soziale Austausch in Restaurants verwehrt. Diese Vor- und Nachteile der staatlichen Handlung – der Schliessung von Restaurants in der Pandemie – waren gegeneinander abzuwägen, um die rechtliche Zulässigkeit der Handlung zu beurteilen.<sup>79</sup>

---

77 Zum Rechtsfolgebezug des Ermessens: TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 585 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 421 f., 461; KARLEN, S. 123 ff. («Ermessen im engeren Sinn»); MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 737 ff. Dagegen kann sich nach einem Teil der Lehre das Ermessen auch auf den Tatbestand beziehen: RHINOW, Ermessen, S. 87 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 403; SCHINDLER, Rz. 242 ff., 294.

78 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage), Änderung vom 18. Dezember 2020 (AS 2020 5813), Art. 5a Abs. 1: «Der Betrieb von Restaurations-, Bar- und Clubbetrieben sowie von Diskotheken und Tanzlokalen ist verboten.»

79 Zu Abwägungen im Zusammenhang mit Covid-19-Bekämpfungsmassnahmen: insbesondere BGE 147 I 450 E. 3.3 S. 458 ff. (Veranstaltungsverbot Kanton Schwyz), 148 I 33 E. 7.8 S. 51 f. (Beschränkung der Teilnehmerzahl an Kundgebungen im Kanton Bern); BGer, Urteil 2E\_6/2021 vom 23. März 2023, E. 7.7 (Schliessung von Fitnesszentren).

## 2. *Interessen*

Gegenstand von Abwägungen sind somit Vor- und Nachteile einer privaten oder staatlichen Handlung. Vor- und Nachteile lassen sich mühelos in *Interessen* übersetzen: Wenn wir von «Interessen» sprechen, meinen wir nichts anderes als «Nutzen», «Vorteil» oder «Gewinn», den wir aus der Aussenperspektive einem Subjekt, einer Gruppe oder einer Gemeinschaft zuschreiben.<sup>80</sup> «Interesse» ist mithin ein objektiver Zuschreibungsbegriff – dies im Unterschied zu «Wünschen», die unmittelbar an die Innenperspektive von Subjekten anknüpfen. Die Folgen einer Handlung liegen demnach im Interesse einer Person, wenn diese daraus – objektiv betrachtet – einen (materiellen oder immateriellen) Vorteil zieht. Bringt die Handlung dagegen Nachteile für eine Person, ist sie nicht in deren Interesse.

Ob die Folgen einer Handlung Interessen von Individuen oder Kollektiven berühren, ist zunächst eine ausserrechtliche Frage: Es geht um die Frage, ob und für wen bestimmte Handlungen in rational nachvollziehbarer Weise von Vorteil oder von Nachteil sind. Aus der Sicht des Rechts bewegt sich diese Frage auf der *Tatsachenebene*, auch wenn sie hinsichtlich des Vorgangs der objektiven Zuschreibung einen normativen (moralischen) Aspekt beinhaltet. Das bedeutet: Gegenstand juristischer Abwägungen sind die tatsächlichen Vor- und Nachteile von Handlungen oder – was auf dasselbe hinausläuft – die tatsächlichen Interessen, die durch eine Handlung berührt sind. Kurz: Gegenstand von Abwägungen sind reale Handlungsfolgen bzw. reale Interessen. Der Begriff der «Interessenabwägung» ist demzufolge passgenau.

## III. **Massstäbe von Abwägungen**

### 1. *Rechtsgüter*

Die Abwägung eines Gegenstands ist nur möglich, wenn dieser Gegenstand messbar ist. Für die Abwägung braucht es einen *Bewertungsmassstab* oder – um beim Bild der Waage zu bleiben – ein Gewichtsmass. Physische Gegenstände werden in Gramm, Kilogramm und Tonnen gemessen. Im Recht ist das Gewichtsmass naturgemäss rechtlicher Art. Rechtliche Messgrösse sind die von Verfassung und Gesetz anerkannten Rechtsgüter. Rechtsgüter verleihen den mit einer Handlung verbundenen faktischen Vor- und Nachteilen – oder den von einer Handlung tangierten faktischen Interessen – ein rechtliches Gewicht. Die Grösse dieses Gewichts hängt wiederum davon ab, wie stark die Rechtsgüter durch die Handlungsfolgen betroffen sind. Rechtsgüter sind somit ein Gewichtsmass für Abwägungen.

Im vorgenannten Beispiel schützte die Schliessung von Restaurants bis zu einem gewissen Grad namentlich die Grundrechte auf Leben und Integrität sowie öffentliche Interessen am Erhalt von medizinischen Behandlungskapazitäten (öffentliche Gesund-

---

80 Zum Interessenbegriff: RÜTSCHÉ, Rechte, S. 365 ff.

heit) und an der Aufrechterhaltung von Arbeitsfähigkeit (volkswirtschaftliches Interesse). Umgekehrt beeinträchtigte die Massnahme in einem bestimmten Ausmass die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie. Fraglich ist, ob auch die Interessen der Restaurantbesucher rechtlich schutzwürdig sind und damit in der Abwägung ein Gewicht erhalten.<sup>81</sup>

Mit dem *Begriff des Rechtsguts* hat sich vor allem die Strafrechtswissenschaft eingehend auseinandergesetzt, wobei Einzelheiten nach wie vor umstritten bleiben.<sup>82</sup> Für die vorliegenden Zwecke genügt das Verständnis von Rechtsgütern als abstrakt umschriebene, materielle oder ideelle Objekte bzw. Zustände, die vom Recht – auf oberster Ebene vom Verfassungsrecht – als schutzwürdig anerkannt sind.<sup>83</sup> Klassische Rechtsgüter sind Leben, Integrität, Freiheit, Persönlichkeit, Eigentum und Vermögen.

Im Rahmen von Abwägungen werden also reale Handlungsfolgen oder reale Interessen anhand des Massstabs der betroffenen Rechtsgüter gewichtet. Die Rede von «*Güterabwägung*» ist demnach unpräzise, sofern mit «*Gütern*» Rechtsgüter gemeint sind. Rechtsgüter sind gerade nicht Gegenstand von Abwägungen, sondern ein Massstab zur Beurteilung von Abwägungsgegenständen. Ebenso wenig werden Normen, Prinzipien, Grundrechte oder Rechte gegeneinander abgewogen.<sup>84</sup> Das Resultat einer Abwägung ist nicht der Vorrang eines abstrakten Prinzips oder Rechts gegenüber einem anderen, sondern das höhere oder tiefere Gewicht der mit einer Handlung verfolgten konkreten Interessen im Vergleich zu den von dieser Handlung betroffenen Interessen.

Individuelle Rechtsgüter sind zu einem Grossteil Schutzobjekte oder Schutzbereiche der *Grundrechte*. Rechte beziehen sich auf eine – rechtlich geschützte – Beziehung zwischen einem Subjekt und einem Rechtsgut. Die freie Meinungsäusserung ist das vom Recht auf freie Meinungsäusserung geschützte Rechtsgut, die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit wird von der Wirtschaftsfreiheit geschützt. Grundrechte verkörpern somit Rechtsgüter und sind als solche ein Bewertungsmaßstab für Interessenabwägungen.

Die Rechtsordnung schützt individuelle Rechtsgüter auch ausserhalb grundrechtlicher Schutzbereiche oder sonstiger verfassungsmässiger Rechte. So ist das *Vermögen* als solches nicht Gegenstand eines Grundrechts.<sup>85</sup> Nur ein Kernbereich des Vermögens erfährt grundrechtlichen Schutz, indem die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit konfiskatorische<sup>86</sup> oder prohibitive<sup>87</sup> Be-

---

81 Bejahend wohl das Bundesgericht, vgl. BGE 147 I 450 E. 3.2.4 S. 455: «Umgekehrt müssen auch die negativen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Massnahmen berücksichtigt werden.»

82 Etwa NIGGLI/MAEDER, S. 447.

83 Vgl. STRATENWERTH, S. 379 ff.; FIOLOKA, S. 155 ff.; VERDE, S. 27 ff.

84 So namentlich ALEXY, Theorie, S. 78 ff. («Prinzipienkollision»); MÖLLERS, S. 367 ff.; BOROWSKI, S. 267, 269 ff.

85 In Bezug auf die Eigentumsgarantie: BGE 132 I 201 E. 7.1 S. 205.

86 BGE 143 I 73 E. 5.1 S. 75 f.

87 BGE 128 I 102 E. 6b S. 110 f.

steuerungen verbieten. Weiter vermittelt das Recht auf Hilfe in Notlagen einen Anspruch auf die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlichen Mittel, soweit diese nicht selbst beschafft werden können (Art. 12 BV). Auf Verfassungsebene dient ferner das Verbot der Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 3 BV) der Abwehr staatlicher Übergriffe in das Vermögen. Abgesehen von diesen Verfassungsgarantien schützen zahlreiche Gesetzesbestimmungen das Vermögen vor spezifischen Eingriffen. Dazu gehören namentlich die Tatbestände in Art. 137 ff. StGB, welche strafbare Handlungen gegen das Vermögen sanktionieren. Das Vermögen als solches ist somit zwar nicht Schutzobjekt eines Grundrechts, jedoch ebenfalls ein Rechtsgut und damit ein Bewertungsmaßstab für Abwägungen.

Einen ähnlichen Status wie das Vermögen hat die *Handlungsfreiheit*: Das schweizerische Verfassungsrecht kennt kein Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit. Vielmehr fallen nur qualifizierte Freiheitsbetätigungen – elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung – in den Schutzbereich des Grundrechts auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).<sup>88</sup> Die Rechtsordnung anerkennt gewisse Handlungsfreiheiten aber auch ausserhalb grundrechtlicher Schutzbereiche als schutzwürdig. Ein Beispiel ist die Freiheit, im öffentlichen Raum auf das Tragen von Kleidern zu verzichten. So berücksichtigte das Bundesgericht das Bedürfnis nach Nacktwandern bei der Beurteilung des entsprechenden strafrechtlichen Verbots in der Interessenabwägung, ohne dieses Bedürfnis als Schutzobjekt des Grundrechts der persönlichen Freiheit anzuerkennen.<sup>89</sup>

Die Anerkennung von Rechtsgütern ausserhalb des Schutzbereichs von Rechten zeigt sich noch deutlicher in Form der *öffentlichen Interessen*. Rechtlich anerkannte öffentliche Interessen wie die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die öffentliche Gesundheit, die Bildung, Naturschutzinteressen, sozialpolitische Interessen oder das Interesse an funktionierenden staatlichen Institutionen sind Allgemeininteressen, die keinen individuellen Rechtsträger kennen. Die Schutzgegenstände von öffentlichen Interessen lassen sich entsprechend der strafrechtlichen Terminologie («Kollektivrechtsgüter»<sup>90</sup>) oder dem ökonomischen Begriff der «öffentlichen Güter»<sup>91</sup> durchaus als Rechtsgüter bezeichnen. Insofern lässt sich der Begriff «Rechtsgut» als Oberbegriff für Abwägungsmaßstäbe verwenden. So oder so sind öffentliche Interessen neben den individuellen Rechtsgütern ein Bewertungsmaßstab für Interessenabwägungen.

88 Grundlegend: BGE 101 Ia 336 E. 7a S. 346 f. sowie 102 Ia 321 E. 3a S. 324 f.

89 BGE 138 IV 13 E. 7.2 S. 26.

90 Namentlich NIGGLI/MAEDER, S. 447.

91 Namentlich BLANKART CHARLES B., *Öffentliche Finanzen in der Demokratie. Eine Einführung in die Finanzwissenschaft*, 9. Aufl., München 2017, S. 48 ff.; DIEBOLD/RÜTSCHKE, § 1 Rz. 180 ff.

Der Begriff des öffentlichen Interesses ist *zweideutig*: Zum einen bezeichnet er die abstrakten Bewertungsmaßstäbe für staatliches Handeln, die in Verfassung und Gesetzen rechtlich anerkannt sind. Zum anderen bezieht er sich auf die konkreten Allgemeininteressen, die mit einer staatlichen Handlung, zum Beispiel mit einer raumplanerischen Massnahme, verfolgt werden. Im ersten Fall ist das öffentliche Interesse als Rechtsgut gemeint (Bewertungsmaßstab), im zweiten Fall als faktisches Interesse eines Kollektivs, welches mit einer staatlichen Handlung verwirklicht werden soll (Gegenstand der Bewertung und damit der Interessenabwägung). Wo es im Folgenden auf die Unterscheidung dieser beiden Ebenen ankommt, wird begrifflich zwischen (rechtlich anerkannten) «öffentlichen Interessen» und (faktischen) «Allgemeininteressen» differenziert.

## 2. *Abwägungsgesichtspunkte*

Rechtsgüter sind abstrakte Grössen und weisen – anders als Gewichtsmasse wie Gramm, Kilogramm und Tonnen – keine Metrik auf, anhand derer sich das Gewicht der Interessen, die von einer Handlung betroffen sind, präzise messen liesse. Wie stark ein Rechtsgut durch eine Handlung berührt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Werden diese Umstände von Gerichten in jedem Einzelfall isoliert gewürdigt, bleiben Abwägungen punktuelle Entscheidungen mit dezisionistischem Charakter. Um eine gewisse Steuerung und fallübergreifende Stabilität von Abwägungsprozessen zu erreichen, bietet sich daher an, die Umstände, die für die *Gewichtung von Interessen* in bestimmten Fallkonstellationen massgebend sind, normativ einzufangen. Damit wird zugleich die Nachvollziehbarkeit und Begründbarkeit von Interessenabwägungen gestärkt.

Normative Vorgaben, welche die in Interessenabwägungen typischerweise relevanten Umstände erfassen, lassen sich als «Abwägungskriterien» oder «Abwägungsgesichtspunkte» bezeichnen. Es handelt sich um rechtliche Gesichtspunkte, die auf mittlerer Abstraktionshöhe – abstrakter als der Einzelfall, konkreter als das Rechtsgut – festlegen, welche Aspekte bei der Gewichtung von Interessen zu berücksichtigen sind. Abwägungsgesichtspunkte sind Entscheidungsmuster, die von Gerichten induktiv aus Einzelfällen heraus entwickelt werden und Interessenabwägungen fallübergreifend strukturieren.<sup>92</sup> Solche durch *Fallrecht* herausgebildeten, am konkreten Problem orientierten Gesichtspunkte lassen sich im aristotelischen Sinn als «Topoi» und deren Entwicklung entsprechend als topische Methode bezeichnen.<sup>93</sup>

---

92 HÄNNI, S. 170, 195, 204 f. ALEXY, Theorie, S. 143, spricht von einem Netzwerk konkreter Präferenzentscheidungen, das durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entstanden ist.

93 Zur Topik im Richterrecht: KRAMER, S. 318 ff.

Präzise Abwägungsgesichtspunkte haben der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Beurteilung von *Ausschaffungen* straffälliger Ausländerinnen und Ausländer der zweiten Generation definiert. In diesen Fällen sind bei der Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK folgende Kriterien spezifisch zu berücksichtigen: «(1) Die Art und Schwere der vom Betroffenen begangenen Straftaten, wobei besonders ins Gewicht fällt, ob er diese als Jugendlicher oder als Erwachsener begangen und es sich dabei um Gewaltdelikte gehandelt hat oder nicht; (2) die Dauer des Aufenthalts im Land; (3) die seit der Tatbegehung verstrichene Zeit und das Verhalten des Betroffenen während dieser; (4) die sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufenthaltsstaat und zum Herkunftsland; (5) sein gesundheitlicher Zustand sowie (6) die mit der aufenthaltsbeendenden Massnahme verbundene Dauer der Fernhaltung».<sup>94</sup>

Abwägungsgesichtspunkte können noch weiter gehen, indem sie die für eine Abwägung *relevanten Rechtsgüter* bezeichnen oder sogar Vorgaben zum *relativen Gewicht* der abzuwägenden Interessen machen. Letztere haben die Gestalt von Grundsätzen oder Vermutungen, dass in bestimmten Abwägungskonstellationen bestimmte Interessen Vorrang haben. Solche Vorgaben wirken sich damit unmittelbar auf das Ergebnis von Abwägungen aus.

Ein Beispiel für eine richterrechtliche Steuerung von Abwägungsergebnissen ist die Rechtsprechung zum *Widerruf von Verfügungen* nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. In diesen Fällen stehen sich das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts und dasjenige am Vertrauensschutz gegenüber. Gemäss Bundesgericht geht das Interesse am Vertrauensschutz demjenigen an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts in der Regel dann vor, «wenn durch die Verwaltungsverfügung ein subjektives Recht begründet worden oder die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, oder wenn der Private von einer ihm durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat».<sup>95</sup>

Erwähnt sei weiter die bundesgerichtliche Praxis zur *Verwertung von Observationsergebnissen*, die von Sozialversicherern widerrechtlich erlangt worden sind. Aus dieser Praxis geht hervor, dass in den entsprechenden Abwägungen das «erhebliche und gewichtige öffentliche Interesse an der Verhinderung des Versicherungsmissbrauchs» gegenüber dem Schutz der Privatsphäre der versicherten Person grundsätzlich Vorrang hat. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Observation aufgrund ausgewiesener Zweifel eingeleitet wurde und die versicherte Person nur im öffentlichen Raum überwacht und nicht beeinflusst wurde sowie keiner systematischen oder ständigen Überwachung ausgesetzt war.<sup>96</sup> Innerhalb dieser Schranken verfügen damit Sozialversicherer nahezu über ein «*intérêt d'une valeur absolue*» an der Verwertung von Observationsergebnissen.<sup>97</sup>

---

94 BGE 139 I 16 E. 2.2.2 S. 20 mit Hinweis auf die EGMR, Emre gegen die Schweiz vom 22. Mai 2008 (Nr. 42034/04), §§ 64 ff.; Boultif gegen die Schweiz vom 2. August 2001 (Nr. 54273/00), §§ 46 ff.

95 BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 71 f.

96 BGE 143 I 377 E. 5.1 S. 385 f.

97 DUPONT ANNE-SYLVIE, Assurance-invalidité: les observations illicites sont des preuves valables. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_806/2016, Newsletter rcassurances.ch septembre 2017, S. 8.

Abwägungsgesichtspunkte können auch vom *Gesetzgeber* selbst festgelegt werden.<sup>98</sup> Indem solche Gesichtspunkte Abwägungen durch die Rechtsanwendungsbehörden ein Stück weit vorstrukturieren und steuern, steht deren Positionierung im Dienst des Legalitätsprinzips. Wie Gerichte kann der Gesetzgeber dabei unterschiedlich weit gehen:

- Eine Möglichkeit besteht darin, in nicht abschliessender Weise die Gesichtspunkte zu nennen, die von Verwaltungsbehörden und Gerichten bei der Gewichtung der abzuwägenden Interessen zu berücksichtigen sind. Ein Musterbeispiel ist Art. 272 Abs. 2 OR, der eine Reihe von Aspekten nennt, die im Zusammenhang mit dem Entscheid über die Erstreckung eines Mietverhältnisses in die Abwägung einzubringen sind. Die gesetzlich verankerten Abwägungsgesichtspunkte betreffen in diesen Fällen die Frage, ob ein privatrechtlicher Anspruch gegeben ist oder ein behördlicher Entscheid zu treffen ist (*Entscheidungsermessen*).
- Auch für die Bemessung einer Strafe oder Verwaltungssanktion (*Auswahlermessen*) bietet sich an, im Sinne des Gesetzmässigkeitsprinzips Abwägungsgesichtspunkte festzulegen. Der Gesetzgeber hat dies für die Bemessung von Strafen generell (Art. 34 Abs. 2 und Art. 47 und 48 StGB) sowie etwa im Strassenverkehrsrecht für die Festsetzung der Dauer des Lernfahr- oder Führerausweisentzugs getan (Art. 16 Abs. 3 SVG<sup>99</sup>).
- Darüber hinaus kann der Gesetzgeber Vorgaben zu den *relevanten Rechtsgütern* machen, indem er diese abschliessend aufzählt oder die Berücksichtigung bestimmter Rechtsgüter ausschliesst. Dies tut er beispielsweise dadurch, dass er ein Interesse zu einem nationalen Interesse erklärt. Dazu gehört das Interesse an der ungeschmälernten Erhaltung von Objekten von nationaler Bedeutung, welche in einem Bundesinventar aufgeführt sind. Ein Abweichen von diesem Interesse darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 Abs. 2 NHG).<sup>100</sup> Solche nationalen Interessen sind namentlich die Versorgung mit elektrischer Energie (Art. 15d EleG<sup>101</sup>) sowie die Nutzung und der Ausbau erneuerbarer Energien (Art. 12 EnG<sup>102</sup>). Mit diesen Vorgaben steuert der Gesetzgeber die Gewichtung der Interessen, gibt aber das

---

98 Vgl. TANQUEREL, S. 207 ff. («orientations du législateur»).

99 Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01).

100 Vgl. BGE 135 II 209 E. 2.1 S. 212; TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 125 f. (Art. 6 Abs. 2 NHG als «Sorgenkind»).

101 Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734.0).

102 Energiegesetz vom 30. September 2016 (SR 730.0); vgl. Botschaft vom 4. September 2013 zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie», BBl 2013 7561, S. 7664 ff.

Ergebnis der – in jedem Einzelfall vorzunehmenden – Interessenabwägung nicht vor.<sup>103</sup>

Dasselbe gilt für Gesetzesbestimmungen, die ein «überwiegendes öffentliches Interesse» verlangen und damit die Berücksichtigung von privaten Interessen ausschliessen.<sup>104</sup> Ein Beispiel ist Art. 8 KG, der die ausnahmsweise Zulassung von kartellrechtswidrigen Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen durch den Bundesrat nur zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen erlaubt.<sup>105</sup> Teilweise werden die massgebenden öffentlichen Interessen weiter eingeschränkt, etwa auf «überwiegende Interessen des Ortsbildschutzes oder der Denkmalpflege» (Art. 10 Abs. 3 lit. b und Art. 15 Abs. 3 lit. b LSV<sup>106</sup>).

- Noch weiter geht der Gesetzgeber, wenn er Tatbestände definiert, bei deren Vorliegen in der Interessenabwägung grundsätzlich zugunsten einer Seite zu entscheiden ist. Damit stellt der Gesetzgeber – wie dies teilweise auch Gerichte tun – *Vermutungen für ein überwiegendes Interesse* auf. So listet etwa Art. 31 Abs. 2 DSGVO in detaillierter Weise Fallkonstellationen auf, in denen ein überwiegendes Interesse an der Bearbeitung von Personendaten in Betracht fällt. Ein weiteres Beispiel ist Art. 6 VBGÖ<sup>107</sup>, welcher bestimmte Tatbestände aufzählt, in denen das öffentliche Interesse am Zugang zu amtlichen Informationen den Schutz der Privatsphäre Dritter überwiegen kann.

Starke Vermutungen für einen Interessenvorrang hat der Gesetzgeber mit den Bestimmungen zur Produktion von zusätzlicher Elektrizität aus *Photovoltaik-Grossanlagen* sowie *Speicherwasserkraftwerken* in Art. 71a und Art. 71b EnG aufgestellt. Diese am 30. September 2022 als dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter beschlossenen, bis Ende 2025 befristeten Bestimmungen sehen vor, dass das Interesse an der Realisierung der Projekte «anderen nationalen, regionalen und lokalen Interessen grundsätzlich vorgeht». Sie schliessen damit Interessenabwägungen nahezu aus und kommen eigentlichen Abwägungsverboten sehr nahe.

### 3. Abwägungsverbote

Das positive Recht definiert auf Stufe des Verfassungs- und Völkerrechts, aber auch auf Gesetzesstufe bestimmte Rechtsgüter oder Tatbestände, die Interessenabwägungen ausschliessen. Solche Abwägungsverbote bilden namentlich die grundrechtlichen *Kerngehalte*.<sup>108</sup> Wenn eine staatliche Handlung den Kerngehalt eines Grundrechts berührt, wie etwa das Folterverbot oder das Zensur-

---

103 BGE 148 II 36 E. 13.5 S. 68.

104 Vgl. GRIFFEL, Rz. 471 ff.

105 WYSS, Rz. 353: Gemäss Lehre und Praxis gehören dazu Arbeitnehmerinteressen, Versorgungssicherheit und kulturpolitische Anliegen.

106 Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41).

107 Verordnung vom 24. Mai 2006 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung; SR 152.31).

108 MÖLLERS, S. 371; ZIMMERLI, S. 17 (Wesensgehaltsgarantie als Eingriffsschranke bzw. Grenzlinie der Abwägung).

verbot, kann das verfolgte Regulierungsziel noch so gewichtig sein: Eine Abwägung mit dem Grundrechtsinteresse ist verfassungsrechtlich ausgeschlossen, die Handlung ist unter allen Umständen unzulässig. In der Eigenschaft als Abwägungsverbote zeigt sich mithin der qualifizierte Schutz grundrechtlicher Kerngehalte.

Während grundrechtliche Kerngehalte dem Individuum absoluten Schutz vor staatlicher Machtausübung bieten, kann der Verfassungsgeber auch besonders schutzwürdige öffentliche Interessen vor Abwägungen abschirmen. Ein *verfassungsrechtliches Abwägungsverbot zum Schutz öffentlicher Interessen* stellt Art. 78 Abs. 5 BV auf: Diese Bestimmung verbietet weitgehend den Bau von Anlagen in Mooren und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung.<sup>109</sup> Damit schliesst sie die ansonsten für den Bau von Anlagen ausserhalb der Bauzone vorzunehmenden Interessenabwägungen (Art. 24 RPG) aus.<sup>110</sup> Ein verfassungsrechtliches Abwägungsverbot statuiert auch Art. 123a BV, der die lebenslängliche Verwahrung eines Sexual- oder Gewaltstraftäters verlangt, wenn er in den Gerichtsgutachten als extrem gefährlich erachtet und nicht therapierbar eingestuft wird. Diese Vorschrift schliesst eine einzelfallbezogene Prüfung der Zumutbarkeit des – sehr schwerwiegenden – Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte des Täters aus.<sup>111</sup>

Auf *Gesetzesstufe* werden Interessenabwägungen teilweise durch Art. 3 Abs. 2 BGBM ausgeschlossen. Diese Bestimmung nennt Tatbestände, bei deren Vorliegen kantonale oder kommunale Beschränkungen des Marktzugangs unverhältnismässig und damit einer Abwägung gegen binnenmarktrechtliche Interessen entzogen sind. Damit wird die Wirtschaftsfreiheit im Binnenmarktverhältnis zugleich in ihrer individualrechtlichen Seite (Freiheit privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit gemäss Art. 27 BV) als auch als Systemgarantie (Schutz des Wettbewerbs gemäss Art. 94 BV) qualifiziert geschützt.<sup>112</sup>

#### IV. Arten von Abwägungen

##### 1. Konkrete und abstrakte Abwägungen

Als Entscheidungsinstrument des Rechtsanwenders beziehen sich Abwägungen auf den Einzelfall. Der Horizont der Abwägung ist dabei der konkrete Sachverhalt mit seinen besonderen Umständen, einzelnen betroffenen Personen und ihren Interessen. Wenn von Abwägungen in der Rechtsanwendung die

---

109 Zur Funktion des Moorschutzes (Art. 78 Abs. 5 BV und Art. 23a ff. NHG) als Abwägungsverbot: TSCHANNEN, *Interessenabwägung*, S. 124.

110 GRIFFEL, RZ. 478.

111 Zum Gebot der Verhältnismässigkeit von Massnahmen: Art. 56 Abs. 2 StGB sowie Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 II 1979, S. 2069 ff.

112 Vgl. DIEBOLD/RÜTSCHKE, § 2 Rz. 222 ff.

Rede ist, sind solche *konkreten Abwägungen* gemeint. Sie finden auf unterschiedlichen institutionellen Ebenen statt:<sup>113</sup>

- Konkrete Abwägungen sind zunächst fester Bestandteil des Verwaltungshandelns (Handlungsebene). Für *Verwaltungsbehörden* geht es darum, zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben im Rahmen von Verfassung und Gesetz zweckmässige Entscheide zu treffen, zum Beispiel in Verfahren auf Erteilung einer Bewilligung, Entzug einer Konzession oder Rückforderung einer Subvention. Behörden müssen aber auch ausserhalb förmlicher Verfahren abwägen. So kann sich etwa für Polizeibehörden die Frage stellen, ob und mit welchen Mitteln sie intervenieren sollen, wenn es im Vorfeld eines Fussballspiels zu Ausschreitungen durch Fangruppen kommt. In solchen Situationen müssen Behörden unter Umständen in sehr kurzer Zeit aufgrund von Abwägungen entscheiden, wie sie real handeln sollen.
- Abwägungen werden sodann durch *erstinstanzliche Gerichte*, namentlich Zivil- und Strafgerichte, durchgeführt. So führen Zivilgerichte in Einzelfällen Abwägungen durch, wenn sie etwa die Rechtfertigung von Persönlichkeitsverletzungen aufgrund überwiegender Interessen prüfen (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Strafgerichte sind vor allem im Rahmen der Strafzumessung (Art. 47 StGB) sowie der Anordnung von Massnahmen (Art. 56 Abs. 2 StGB) mit konkreten Abwägungen befasst.

- Auf der Kontrollebene überprüfen *Rechtsmittelinstanzen* die Abwägungen von Verwaltungsbehörden und unterinstanzlichen Gerichten. Ob und inwieweit Rechtsmittelinstanzen zu solchen Abwägungskontrollen befugt und verpflichtet sind, bestimmen nicht nur in Gesetz und Verfassung verankerte materiellrechtliche Abwägungspflichten, sondern zusätzlich das anwendbare Verfahrensrecht mit seinen jeweiligen Rügeprinzipien und Kognitionsregeln.

Von solchen konkreten Abwägungen zu unterscheiden sind *abstrakte Abwägungen*. Gemeint sind Abwägungen, die sich auf Regeln im Sinne generell-abstrakter Rechtssätze beziehen. Abstrakte Abwägungen sind nicht auf die Entscheidung von Einzelfällen, sondern auf Regelbildung und Regelkontrolle ausgerichtet. In erster Linie sind sie Sache des Gesetzgebers (Steuerungsebene). Dieser ist wie die rechtsanwendenden Behörden an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gebunden. Die aus der Verfassung und völkerrechtlichen Garantien folgenden Abwägungsgebote (Kap. B.I.2) richten sich folglich auch an den Gesetzgeber.<sup>114</sup> Dabei drängt sich indessen die Frage auf, ob Rechtsetzungsverfahren, die mehr oder weniger politischen Gesetzmässigkeiten unterworfen sind, überhaupt empfänglich sind für Abwägungen im rechtlichen Sinn. Die Frage spitzt sich zu, wenn Abwägungen eine juristische Methode dar-

---

113 BOROWSKI, S. 275 ff.: Abwägung zur Bestimmung eines Handlungsmassstabes oder eines Kontrollmassstabes. Zu den verschiedenen institutionellen Perspektiven (Handlungs-, Kontroll- und Steuerungsperspektive) im Zusammenhang mit dem Ermessen: SCHINDLER, Rz. 283 ff., 482 ff.

114 Vgl. M. MÜLLER, S. 56 f.

stellen, die von normativen Kriterien geleitet ist und auf transparenten, nachvollziehbaren Argumenten beruht. Können solche Abwägungen in der Gesetzgebung, die ganz anderen Funktionsbedingungen unterworfen ist als die Rechtsprechung und Verwaltung, überhaupt stattfinden?

Die Antwort auf diese Frage hängt massgeblich vom *Demokratieverständnis* ab. Gemäss einem deliberativen Demokratiemodell besteht die politische Meinungs- und Willensbildung aus diskursiven Verständigungsprozessen, in denen sich idealerweise die überzeugendsten Argumente durchsetzen.<sup>115</sup> Deliberative Gesetzgebungsverfahren bieten Raum für Abwägungen im Sinn eines methodischen Vorgehens, das die auf dem Spiel stehenden Interessen aus der Perspektive der Betroffenen analysiert, anhand von verallgemeinerungsfähigen Massstäben bewertet und in einen möglichst schonenden Ausgleich bringt. Demgegenüber können Abwägungen auf einem solchen Rationalitätsniveau nicht erwartet werden, wenn sich politische Prozesse dadurch charakterisieren, dass Parteien und Interessengruppen ihre Machtansprüche geltend machen und mithilfe von Koalitionen und Kompromissen durchzusetzen versuchen. Nach diesem Demokratieverständnis werden Konflikte weniger durch argumentative Abwägung, sondern mehr durch arithmetische Aggregation von Interessen gelöst. Dies kann sowohl auf politische Systeme zutreffen, die durch Parteienwettbewerb und Gegenüberstellung von Regierung und Opposition geprägt sind (Wettbewerbs- oder Konkurrenzdemokratie), als auch auf Systeme, in denen – wie in der Schweiz<sup>116</sup> – Verhandlungs- und Konsenselemente dominieren (Verhandlungs- oder Konsensdemokratie). Vor diesem Hintergrund lassen sich die Prozesse des Interessenausgleichs im Rahmen demokratisch strukturierter Gesetzgebungsverfahren als «politische Abwägungen» bezeichnen.<sup>117</sup>

Ein Rechtsbereich, der von komplexen Interessenlagen beherrscht und daher besonders stark von Abwägungen geprägt ist, ist die *Raumplanung*. Beim Erlass von Raumplänen sind die politischen Gestaltungsspielräume vergleichbar gross wie beim Erlass von Gesetzen.<sup>118</sup> Im Unterschied zum Erlass von Gesetzen wird jedoch in der Raumplanung – vor allem auf der Ebene der für jedermann verbindlichen Nutzungspläne (Art. 21 Abs. 1 RPG) – über konkrete Interessen individuell betroffener Personen (namentlich Grundeigentümer) entschieden.<sup>119</sup> Dies führt zu einer Verquickung von

---

115 Namentlich HABERMAS, S. 349 ff.

116 KRIESI HANSPETER/TRECHSEL ALEXANDER H., *Politics of Switzerland. Continuity and Change in a Consensus Democracy*, Cambridge 2008, S. 49 ff., insbesondere S. 58; CZADA ROLAND, *Demokratietypen, institutionelle Dynamik und Interessenvermittlung: Das Konzept der Verhandlungsdemokratie*, in: Lauth Hans-Joachim (Hrsg.), *Vergleichende Regierungslehre. Eine Einführung*, 3. Aufl., Wiesbaden 2019, S. 285 ff., 287 ff.; VATTER ADRIAN, *Vom Extremtyp zum Normalfall? Die schweizerische Konsensusdemokratie im Wandel: Eine Re-Analyse von Lijpharts Studie für die Schweiz von 1997 bis 2007*, *Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 14 (2008), Heft 1, S. 1 ff., 8 ff.

117 SEILER, *Praktische Rechtsanwendung*, S. 60.

118 Zu Interessenabwägungen im Rahmen des Planungsermessens: TSCHANNEN, *Interessenabwägung*, S. 116 ff.

119 Zum Verfügungscharakter von Nutzungsplänen: BGE 132 II 209 E. 2 S. 211.

Rechtsetzung und Einzelakten.<sup>120</sup> Aus rechtsstaatlicher Sicht ist es daher umso wichtiger, dass die erforderlichen Interessenabwägungen – entsprechend dem Postulat von Art. 3 RPV – sorgfältig, transparent und nachvollziehbar durchgeführt werden.

Die Ergebnisse politischer Prozesse – die Gesetze – unterliegen im Beschwerdefall der *Normenkontrolle durch Gerichte*, allen voran durch das Bundesgericht und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Selbst wenn im Gesetzgebungsprozess keine Abwägungen im rechtlichen Sinn stattfinden, können Gerichte im Nachhinein überprüfen, ob Gesetze vor methodisch korrekt durchgeführten Abwägungen standhalten. Wird ein Gesetz direkt angefochten, erfolgt diese Überprüfung in Form einer abstrakten Abwägung (abstrakte Normenkontrolle). Anlass für eine konkrete Normenkontrolle gibt demgegenüber ein Einzelakt. Wenn eine Norm im konkreten Anwendungsfall zu einer unzumutbaren Belastung des Rechtsadressaten führt und keinen Raum für eine Abwägung lässt, stellt sich für das Gericht die Frage, ob die Norm zu ignorieren oder aufzuweichen ist. Das Gericht hat folgende Optionen: Nichtanwendung der Norm (Normnegation), Durchführung einer Interessenabwägung im Einzelfall in Abweichung von der – zwingend formulierten – Norm (Normkorrektur) oder Anwendung der Norm unter Entschädigung der besonders betroffenen Person für ihr Sonderopfer.<sup>121</sup> Im Rahmen konkreter Normenkontrollen finden insofern – im Unterschied zu abstrakten Normenkontrollen – einzelfallbezogene Abwägungen statt.

Ein Beispiel ist das Bundesgerichtsurteil zur Völkerrechtskonformität der am 28. November 2010 von Volk und Ständen angenommenen Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV). Diese Verfassungsbestimmungen sehen vor, dass Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmter Delikte rechtskräftig verurteilt worden sind oder missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben, aus der Schweiz auszuweisen sind. Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil vom 12. Oktober 2012 die Beschwerde eines niedergelassenen Ausländers zu beurteilen, der von der zuständigen kantonalen Behörde wegen eines Betäubungsmitteldelikts aus der Schweiz ausgewiesen wurde. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass bei der Umsetzung und Anwendung der Ausschaffungsinitiative Raum bestehen muss für Interessenabwägungen im Einzelfall, wie sie von der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union im Zusammenhang mit aufenthaltsbeendenden Massnahmen gefordert sind (Art. 8 Ziff. 2 EMRK; Art. 5 Anhang I FZA<sup>122</sup>).<sup>123</sup> Mit der Härtefall-

---

120 Das Bundesgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung den Nutzungsplan als ein «Zwischengebilde eigener Art» bezeichnet (BGE 94 I 336 E. 3 S. 342); ebenso KARLEN, S. 228; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1051 (Erlass oder Verfügung je nach Grad an Bestimmtheit und Detaillierung).

121 Zur Normnegation und Normkorrektur: RÜTSCHÉ, Rechtsfolgen, S. 216 ff. Zur Entschädigung aufgrund eines Sonderopfers: SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 298 f.

122 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

123 BGE 139 I 16 E. 4.3.3 S. 27 und E. 5.2 f. S. 29 ff.

klausel in Art. 66a Abs. 2 StGB ermöglichte der Gesetzgeber in der Folge innerhalb gewisser Schranken eine Prüfung des Einzelfalls mit ergebnisoffener Interessenabwägung.<sup>124</sup>

## 2. *Bipolare und multipolare Abwägungen*

In der Literatur hat sich die Unterscheidung zwischen bipolaren und multipolaren Abwägungen eingebürgert, wobei teilweise tripolare Abwägungsverhältnisse oder Dreiecksverhältnisse als besondere Kategorie hervorgehoben werden.<sup>125</sup> In *bipolaren Abwägungsverhältnissen* stehen sich entweder die Interessen von zwei Privaten oder das vom Staat verfolgte Allgemeininteresse und das Interesse eines Privaten gegenüber:

- Bipolare Konstellationen sind typisch für das *Zivilrecht*. Ein Beispiel sind Abwägungen im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Persönlichkeitsverletzungen (Art. 28 Abs. 2 ZGB, Art. 31 DSG). Dabei sind die Schutzinteressen der betroffenen Person gegen private oder öffentliche Interessen an der persönlichkeitsverletzenden Handlung (z.B. Berichterstattung in den Medien oder Bearbeitung von Personendaten) abzuwägen.
- Im *Strafrecht* ist die Strafzumessung generell eine bipolare Konstellation, in welcher den staatlichen Strafverfolgungsinteressen die Freiheits- und Vermögensinteressen des Täters gegenüberstehen (Art. 34 Abs. 2 sowie Art. 47 und 48 StGB). Demgegenüber sind die Interessen des (angeblichen) Täters gegen die Individualinteressen des (angeblichen) Opfers oder Allgemeininteressen abzuwägen, wenn zu beurteilen ist, ob der Rechtfertigungsgrund des Notstands vorliegt (Art. 17 StGB) oder ob beispielsweise für eine Offenbarung des strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnisses die Bewilligung zu erteilen ist (Art. 321 Ziff. 2 StGB).<sup>126</sup>
- Im *öffentlichen Recht* zeigen sich bipolare Abwägungsverhältnisse vor allem dann, wenn der Staat zur Verwirklichung eines öffentlichen Interesses einer Privatperson einen Nachteil auferlegt (z.B. öffentliche Abgabe, Verwaltungsmassnahme, Sanktion) oder einen Vorteil verweigert (z.B. Ablehnung eines Konzessions-, Bewilligungs- oder Subventionsgesuchs).

*Multipolare Abwägungsverhältnisse* sind eine Besonderheit öffentlich-rechtlicher Verfahren. Typisch sind Konstellationen, in denen neben einem öf-

---

124 Vgl. Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer), BBl 2013 5975, S. 6059.

125 J. P. MÜLLER, Verwirklichung, S. 132 ff. (komplexe Grundrechtsverhältnisse); TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 468 f., 612 ff.; HÄNNI, S. 160, 165 ff.

126 Z.B. BGE 142 II 307 E. 4.3.3 S. 311: «Ob die Bewilligung der Aufsichtsbehörde (Art. 321 Ziff. 2 StGB) zu erteilen ist, beurteilt sich auf Grund einer Abwägung sämtlicher auf dem Spiel stehenden Interessen, wobei, angesichts der institutionellen [...] und individualrechtlichen [...] Bedeutung des anwaltlichen Berufsgeheimnis nur ein deutlich überwiegendes öffentliches oder privates Interesse eine Entbindung als angemessen erscheinen lassen kann.»

fentlichen Interesse konfligierende private Interessen oder neben einem privaten Interesse konfligierende öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Solche multipolaren Verhältnisse verlangen eine «umfassende Interessenabwägung».<sup>127</sup>

- Multipolarer Abwägungen bedarf es in Verfahren, in denen mehrere Private mit gegensätzlichen Interessen beteiligt sind. Dies gilt namentlich für *Baubewilligungsverfahren*, in denen die Interessen des gesuchstellenden Grundeigentümers mit den Interessen der Nachbarn sowie den von der Behörde vertretenen öffentlichen Interessen konfrontiert sind.
- Komplexe – multipolare – Interessenlagen sind generell ein Charakteristikum von *Raumplanungsverfahren*.<sup>128</sup> Die Begrenzung von Raum und Ressourcen (Grund und Boden, Gewässer, Wald, Tiere, Untergrund, Luft) bringt es mit sich, dass in Verfahren, in denen die räumliche Entwicklung geplant oder über die Nutzung des Bodens entschieden wird, eine Vielfalt öffentlicher Interessen aufeinandertreffen. Dazu gehören Interessen an der Errichtung von Verkehrsinfrastrukturen oder sonstigen öffentlichen Werken, am Abbau von Bodenschätzen, an der Energieversorgung, an der Bereitstellung von Wohnraum oder an der Entwicklung von Gewerbe und Industrie. Derartigen öffentlichen Interessen stehen Schutzinteressen wie solche des Umwelt-, Gewässer- oder Natur- und Heimatschutzes gegenüber. Hinzu kommen die privaten Interessen der von Nutzungsbeschränkungen betroffenen Eigentümer.
- Multipolare Abwägungen ergeben sich weiter in Situationen, in denen der Staat *grundrechtliche Schutzpflichten* wahrnimmt.<sup>129</sup> Dabei greift der Staat in (grundrechtlich geschützte) private Interessen ein, um neben öffentlichen Interessen Grundrechte Dritter zu schützen. Ein Beispiel sind Bewilligungen für öffentliche Kundgebungen, die mit einer gewissen Gefahr von Ausschreitungen oder rassistischer Hetze verbunden sind. Die Bewilligungsbehörden schützen dabei neben der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Grundrechtspositionen von Anwohnerinnen und Anwohnern, Geschäftsbetrieben, Passanten oder von Personen, die von diskriminierenden Parolen auf Plakaten oder durch Megafone betroffen sein können. All diese öffentlichen und privaten Interessen sind gegen die Meinungs- und Versammlungsfreiheit der Veranstalter und Teilnehmer der Kundgebung in Anschlag zu bringen.<sup>130</sup>

127 Z.B. BGE 134 II 97 E. 3.1 S. 99 f. (Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24 RPG für eine Skipiste); 145 II 70 E. 3.2 S. 74 f. (umfassende Interessenabwägung gestützt auf Art. 3 RPV bei der Genehmigung einer Sondernutzungsplanung); 148 II 273 E. 6.5 S. 281 (Einsichtnahme in Archivgut vor Ablauf der Schutzfrist zu Forschungszwecken).

128 Namentlich MORAND, S. 60 ff.

129 J.P. MÜLLER, *Verwirklichung*, S. 133 und 140 ff. (mit Beispielen aus der Praxis); HÄNNI, S. 170.

130 Z.B. BGE 127 I 164 E. 3 S. 167 ff.: Verweigerung einer Demonstration anlässlich des Weltwirtschaftsforums 2001 in Davos; BGer, Urteil 1C\_485/2013 vom 3. Dezember 2013, E. 5: Demonstration in der Altstadt von Luzern unter dem Motto «Bleiberecht für alle».

### 3. *Homogene und heterogene Abwägungen*

Die methodische Kritik an Interessenabwägungen zielt häufig darauf ab, dass die Massstäbe, nach denen konfligierende Interessen bewertet und gewichtet werden, nicht die gleichen sind. Dieses *Problem der Inkommensurabilität* führt dazu, dass die Rationalität und mithin der Methodencharakter von Abwägungen überhaupt in Frage gestellt werden.

Auf die Frage, inwieweit Inkommensurabilität ein Hindernis für rational begründbare Abwägungen darstellt, wird zurückzukommen sein (Kap. C.III.1). An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass in der Rechtsordnung auch Abwägungen vorkommen, in denen auf beiden Seiten dieselben Rechtsgüter betroffen sind.<sup>131</sup> Soweit dies der Fall ist, lässt sich von «*homogenen Abwägungen*» sprechen. Beispielhaft zu nennen sind Risiko-Nutzen-Abwägungen im Medizinrecht, wie sie etwa bei der Prüfung der Sicherheit von Arzneimitteln (Art. 10 Abs. 1 lit. a HMG), der Zweckmässigkeit von Behandlungen im Krankenversicherungsrecht (Art. 32 Abs. 1 KVG) oder der Zulässigkeit von Forschungsprojekten am Menschen (Art. 12 Abs. 2 HFG) durchgeführt werden. In solchen Abwägungen stehen sowohl auf der Seite der Risiken und Belastungen als auch auf der Seite des Nutzens die Rechtsgüter des Lebens sowie der physischen und psychischen Integrität (Gesundheit) auf dem Spiel. Eine andere Fallkonstellation, in der die positiven und negativen Folgen einer Handlung dasselbe Rechtsgut betreffen, ist das Tragen religiöser Symbole in der Schule. Die positive Religionsfreiheit der Schülerin, die das Kopftuch trägt (Art. 15 Abs. 2 BV), kollidiert mit der negativen Religionsfreiheit ihrer Mitschüler, einem nicht geteilten Glauben fernzubleiben (Art. 15 Abs. 4 BV).<sup>132</sup>

In den genannten Beispielen sind jedoch teilweise noch weitere, andersartige Gesichtspunkte in den Abwägungen zu berücksichtigen; so etwa der mit Humanforschungsprojekten erreichbare wissenschaftliche und medizinische Fortschritt oder die Gefährdung des Schulfriedens und des staatlichen Bildungsauftrags infolge religiös motivierter Konflikte<sup>133</sup>. Solche *heterogenen Gesichtspunkte* bringen das Problem der Inkommensurabilität zurück in die Abwägung. Die allermeisten Abwägungen sind denn auch heterogener Natur, indem die betroffenen Interessen an verschiedenartigen Rechtsgütern gemessen werden. Dies gilt insbesondere für Konstellationen, in denen sich grundrechtlich geschützte Individualinteressen und öffentliche Interessen gegenüberstehen: Eigentumsgarantie versus Umwelt- und Naturschutzinteressen, Meinungs- und Versammlungsfreiheit versus öffentliche Sicherheit oder Privatsphäre versus öffentliche Informationsinteressen.

---

131 Vgl. SEILER, *Praktische Rechtsanwendung*, S. 63 ff.

132 BGE 142 I 49 E. 3.4 S. 63 f. und vorne Kap. B.III.2.

133 Vgl. BGE 142 I 49 E. 8.2.2 S. 67.

#### 4. *Divergenz und Äquivalenz von Interessen*

Interessenabwägungen beantworten je nach rechtlichem Kontext unterschiedliche Fragen. In der Regel geht es um die Frage, ob die Interessen, die mit einer Handlung verfolgt werden, die durch diese Handlung beeinträchtigten Interessen *überwiegen*. Von der Antwort auf diese Frage hängt wiederum die rechtliche Zulässigkeit der Handlung ab. Je nachdem, was Verfassung und Gesetz vorgeben, bedarf es eines geringfügigen, eines erheblichen oder gar eines krasen Ungleichgewichts der Interessen, damit die Waage auf eine Seite kippt und aus der Abwägung Rechtsfolgen abgeleitet werden können. So sind etwa für Verwaltungsbehörden, die zu angemessenem Handeln verpflichtet sind, bereits geringfügige Ungleichgewichte der Interessen relevant (Handlungskontext), während das Bundesgericht aufgrund seiner beschränkten Kognition Abwägungen der Vorinstanzen nur auf erhebliche Ungleichgewichte (Unverhältnismässigkeit) oder gar krasse Missverhältnisse der Interessen (Willkür) überprüft (Kontrollkontext).<sup>134</sup> In all diesen Fällen wird mit Abwägungen die Frage beantwortet, ob eine – mehr oder weniger grosse – *Interessendivergenz* gegeben ist.

Eine Sonderkonstellation von Interessendivergenz liegt vor, wenn die Gewichtsverhältnisse mehrerer Interessenabwägungen miteinander zu vergleichen sind (*Vergleich von Interessenverhältnissen*).<sup>135</sup> Solche Vergleiche finden insbesondere in Verteilungsverfahren statt. Gemeint sind Verfahren, in denen Behörden unter mehreren Bewerbungen das beste Angebot auswählen, wie dies namentlich im öffentlichen Beschaffungsrecht der Fall ist.<sup>136</sup> Die Behörde vergleicht in solchen Verfahren die eingereichten Angebote in Bezug auf Preis und Qualität der Leistung sowie weitere Kriterien wie Ästhetik oder Nachhaltigkeit.<sup>137</sup> Diese Vergabekriterien können miteinander konfliktieren. So geht unter Umständen die höhere Ästhetik eines Projekts auf Kosten der Funktionalität oder die höhere Wirtschaftlichkeit auf Kosten der Nachhaltigkeit. Die Behörde hat für ihren Präferenzentscheid die von den eingereichten Angeboten tangierten Interessen je zu gewichten und ins Verhältnis zu setzen. Den Zuschlag erhält das Angebot mit dem vorteilhaftesten Interessenverhältnis.

Ein weiteres Beispiel ist die Prüfung der *Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit* von medizinischen Therapien im Krankenversicherungsrecht (Art. 32 Abs. 1 KVG). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind dabei verschiedene Kosten-Nutzen-Verhältnisse zu vergleichen: «Bestehen zwischen zwei alternativen Be-

134 Zur unterschiedlichen Granularität von Interessenabwägungen: näher Kap. C.IV.2–4. Zur beschränkten Kognition des Bundesgerichts in Bezug auf Ermessensfragen: namentlich KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 1601 ff.

135 Zum Vergleich von Kosten-Nutzen-Verhältnissen im Zusammenhang mit Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie: SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 285 f.

136 Zu Verteilungsverfahren: KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 998 ff.

137 Vgl. betreffend das Beschaffungsrecht: Art. 29 Abs. 1 und 2 BöB (Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [SR 172.056.1]).

handlungsmethoden vom medizinischen Standpunkt keine ins Gewicht fallenden Unterschiede, ist grundsätzlich die kostengünstigere und damit wirtschaftlichere Anwendung zu wählen. Weist jedoch eine bestimmte Behandlungsmethode gegenüber anderen Anwendungen Vorteile in diagnostischer oder therapeutischer Hinsicht auf (u.a. geringere Risiken, weniger Komplikationen, günstigere Prognose betreffend Nebenwirkungen und Spätfolgen), kann dies die Übernahme der Kosten dieser teureren Applikation rechtfertigen.»<sup>138</sup>

Die Abwägungsfrage kann auch lauten, ob die gegenüberliegenden Interessen im *Gleichgewicht* stehen. Diese Frage stellt sich vor allem bei der Bemessung von Strafen und anderen Sanktionen. Dabei stehen sich das staatliche Straf- bzw. Sanktionsinteresse und das private Interesse an einer möglichst schonenden Behandlung (Freiheits- und Vermögensinteressen) gegenüber.<sup>139</sup> Für das staatliche Sanktionsinteresse sind namentlich die Schwere der Tat und das Ausmass des Verschuldens massgebend, das Gewicht des privaten Interesses hängt von der Art und Schwere der Sanktion sowie der Sanktionsempfindlichkeit ab. Die beiden Interessen sind durch Bestimmung einer angemessenen Sanktion in Einklang zu bringen. Mit der Abwägung soll mithin eine *Interessenäquivalenz* herbeigeführt werden.

Gemäss Art. 16 Abs. 3 SVG sind bei der Festsetzung der *Dauer des Führerausweisentzugs* «die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, namentlich die Gefährdung der Verkehrssicherheit, das Verschulden, der Leumund als Motorfahrzeugführer sowie die berufliche Notwendigkeit, ein Motorfahrzeug zu führen». Das öffentliche Sanktionsinteresse bemisst sich namentlich nach dem Ausmass der Verkehrssicherheitsgefährdung und des Verschuldens sowie dem bisherigen Verhalten als Motorfahrzeugführer (Leumund). Das private Interesse besteht darin, im Recht auf Führen eines Motorfahrzeugs auf Schweizer Strassen möglichst wenig eingeschränkt zu werden. Das Gewicht dieses Interesses bestimmt sich nach der Dauer des Führerausweisentzugs und der beruflichen Angewiesenheit auf einen Führerausweis (Sanktionsempfindlichkeit). Diese öffentlichen und privaten Interessen sind durch eine angemessene Dauer des Führerausweisentzugs in Übereinstimmung zu bringen.

Interessenäquivalenz ist auch im *Haftpflichtrecht* herzustellen. Gemäss Art. 43 Abs. 1 OR gilt als Grundsatz, dass Gerichte bei der Bestimmung von Art und Grösse des Schadenersatzes sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens zu würdigen haben. Die richterliche Abwägungsfreiheit wird durch die gesetzlichen Vorgaben zum Ersatz des (vollen) materiellen Schadens bei Tötung und Körperverletzung (Art. 45 und 46 OR) eingeschränkt. Diese Abwägungsschranken erfahren wiederum eine Aufweichung durch die in Art. 44 OR normierten Herabsetzungsgründe. Diese ermächtigen das Gericht zur Ermässigung oder gänzlichen Entbindung von der Ersatz-

---

138 BGE 142 V 26 E. 5.2.1 S. 35.

139 Zu Abwägungen im Zusammenhang mit der Strafzumessung grundlegend: ELLSCHEID/HASSEMER, S. 281 ff. Dem Postulat der Autoren, das Schuldprinzip durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu ersetzen, ist entgegenzuhalten, dass dadurch das für das Strafrecht besonders bedeutsame Gesetzmässigkeitsprinzip aufgeweicht würde. Die für die Strafzumessung relevanten Gesichtspunkte sollten vielmehr ausdrücklich im Gesetz festgelegt werden, wie das insbesondere in Art. 34 Abs. 2 sowie Art. 47 und 48 StGB der Fall ist (vgl. Kap. B.III.2).

pflicht, wenn der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat, oder Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert haben (Abs. 1). Eine Ermässigung der Ersatzpflicht ist zudem möglich, wenn ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grobfahrlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt würde (Abs. 2).

## V. Funktionen von Abwägungen

### 1. Gerechtigkeitsfunktionen

Interessenabwägungen sind ein Instrument zur Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens im Sinne des Gebots, Rücksicht auf Andere und die Gemeinschaft zu nehmen. Abwägen heisst, die Folgen des eigenen Handelns zu bedenken und dafür Verantwortung zu übernehmen. Eine Handlung ist zu unterlassen, wenn die Kollateralschäden, gemessen am verfolgten Ziel, zu gross sind. Kurz: Der Zweck heiligt nicht die Mittel. Oder metaphorisch ausgedrückt: Du sollst nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen.<sup>140</sup> Indem Abwägungen die positiven und negativen Folgen von Handlungen in den Blick nehmen, sind sie Ausdruck einer *konsequentialistischen Ethik*. Handlungen werden nicht per se als gut oder schlecht bewertet (Deontologie), sondern aufgrund ihrer Konsequenzen für Dritte und die Allgemeinheit (Konsequenzialismus).

Abwägungen vermögen sowohl *ausgleichende Gerechtigkeit* (iustitia compensativa) als auch *Verteilungsgerechtigkeit* (iustitia distributiva) herzustellen.<sup>141</sup> Die Ausgleichsfunktion von Abwägungen zeigt sich vor allem bei der Bemessung von Strafen und anderen Sanktionen, indem einerseits die mit der Sanktion verfolgten Zwecke und andererseits die Art und Höhe der Sanktion im Lichte der tangierten Rechtsgüter zu gewichten und ins Gleichgewicht zu bringen sind (Kap. B.IV.4). Für die Verteilungsgerechtigkeit spielen Abwägungen dann eine Rolle, wenn es um den Einsatz knapper öffentlicher Mittel geht. Soll zum Beispiel die soziale Krankenversicherung ein sehr teures Arzneimittel finanzieren, das die Lebenserwartung des Patienten voraussichtlich nur um wenige Monate verlängert? Die in solchen Situationen erforderlichen Kosten-Nutzen-Abwägungen entscheiden über die gerechte Verteilung knapper Güter.<sup>142</sup>

Wenn es um die Verteilung knapper Güter geht, stehen Abwägungen in einer intrinsischen Verbindung zum *Gleichbehandlungsgebot*: Für die im konkreten Fall betroffene Person sollen aus Gründen der Fairness nicht mehr Ressourcen eingesetzt werden, als in vergleichbaren Fällen verfügbar sind. Die im Einzelfall für die Erzielung eines Nutzens tragbaren Kosten müssen verallgemeinerbar

---

140 SCHINDLER, Rz. 398 mit Hinweisen auf die Herkunft der Metapher.

141 Zu dieser Unterscheidung: ARISTOTELES, V 5–8, 1130b–1133b.

142 Zur Geltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in der Leistungsverwaltung, namentlich für sozialversicherungsrechtliche Leistungen (kein grobes Missverhältnis zwischen Kosten und Nutzen): RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeit, Rz. 28.

sein. Das Gleichbehandlungsgebot ist damit ein Massstab für die Bemessung der Kosten, die für eine bestimmte Art von Nutzen maximal aufgewendet werden dürfen.<sup>143</sup>

Im Urteil «Myozyme» von 2010 hatte das Bundesgericht darüber zu entscheiden, ob die Vergütung eines hochpreisigen Medikaments zur Behandlung einer seltenen Krankheit (Morbus Pompe) durch die obligatorischen Krankenpflegeversicherung gerechtfertigt ist. Das Bundesgericht wiederholte zunächst mit Verweis auf ältere Urteile den Grundsatz, dass unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) eine Leistung zu verweigern ist, «wenn zwischen Aufwand und Heilerfolg ein grobes Missverhältnis besteht».<sup>144</sup> Die dabei erforderliche Abwägung zwischen Kosten und Wirksamkeit einer Therapie sei aus Gründen der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) anhand verallgemeinerungsfähiger Kriterien zu beurteilen. Wie für die Beschaffung staatlicher Mittel stelle sich auch für die Erbringung staatlicher Leistungen die Frage nach der Verteilungsgerechtigkeit: «Wo staatlich administrierte Güter nicht unbegrenzt zur Verfügung stehen, ist eine möglichst rechtsgleiche Verteilung anzustreben; es soll vermieden werden, dass die einen alles oder sehr viel und die anderen nichts oder fast nichts erhalten [...]. Rechtsgleichheit setzt Verallgemeinerungsfähigkeit voraus. Verallgemeinerungsfähig ist nur, was allen, die sich in einer gleichen Situation befinden, in gleicher Weise angeboten werden kann [...]. Das muss insbesondere auch für staatliche Sozialleistungen und Leistungen der Sozialversicherungen gelten: Die Ressourcen müssen fair verteilt werden [...]. Ohne besondere Rechtfertigung wäre es mit der Rechtsgleichheit und der Gleichwertigkeit aller Menschen nicht vereinbar, einzelnen Versicherten Leistungen zu erbringen, die anderen Versicherten in gleicher Lage nicht erbracht würden [...]»<sup>145</sup>

Das Gebot der Verallgemeinerungsfähigkeit bildet somit einen Massstab für Abwägungen, mit denen über die Verteilung knapper Ressourcen zu entscheiden ist. Der faire und nachhaltige Einsatz öffentlicher Mittel und Güter leitet als öffentliches Interesse die im Einzelfall erforderliche Kosten-Nutzen-Abwägung.<sup>146</sup> Abgesehen von solchen Verteilungskonstellationen finden im Rahmen von Interessenabwägungen immer dann Verallgemeinerungen statt, wenn Gerichte Abwägungsgesichtspunkte mit präjudizieller Bedeutung entwickeln (Kap. B.III.2). Jenseits solcher fallübergreifenden Erwägungen verbleibt in konkreten Abwägungen jedoch stets der unauflösbare Bezug zum Einzelfall. Gewichtung und Vergleichung der Vorteile (Nutzen) und Nachteile (Kosten) einer bestimmten Handlung verlangen eine Würdigung der unvergleichlichen Besonderheiten des einzelnen Lebenssachverhalts und widersetzen sich der Generalisierung und Abstraktion.<sup>147</sup> Insofern bilden Abwägungen in der Rechts-

---

143 Vgl. SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 285 ff.

144 BGE 136 V 395 E. 7.4 S. 407 f.

145 BGE 136 V 395 E. 7.7 S. 413.

146 In Bezug auf das Umweltrecht: WULLSCHLEGER, Interessenabwägung, S. 86 f.

147 Anders RHINOW, Ermessen, S. 94: «Jeder Ermessensakt beruht auf von der Verwaltung aufgestellten, explizit gemachten oder impliziten Annahmen und Vorgaben (ergänzenden Tatbestandselementen), die verallgemeinerungsfähig sind und sein müssen, auch wenn dieselbe Regel vielleicht später nicht mehr zur Anwendung gelangen kann oder wird.»

anwendung das Gegenstück zu regelbasiertem Entscheiden: Während Regeln mit ihrer konditionalen Logik (Wenn-Dann-Schema) das Verhalten der Rechtsadressaten in einzelfallübergreifender – verallgemeinerbarer – Weise steuern, suchen konkrete Abwägungen mittels Interessengewichtung angemessene Konfliktlösungen im Einzelfall. Sie sind dabei von einem methodischen Programm sowie abstrakten Rechtsgütern und Abwägungskriterien geleitet, nicht aber durch substantielle Regeln determiniert. Als Entscheidungsinstrument stehen Abwägungen damit wesensgemäss im Dienst der *Einzelfallgerechtigkeit*.

## 2. *Machtbegrenzung*

Mit den Gerechtigkeitsfunktionen eng verknüpft ist die Machtbegrenzungsfunktion von Interessenabwägungen. Individuen werden vor unangemessener Machtausübung durch den Staat und Private geschützt, indem diese gehalten sind, die Folgen ihres Handelns abzuwägen. Abwägungen gleichen institutionelle oder soziale Machtgefälle zwar nicht aus, sorgen aber dafür, dass *Macht nicht missbraucht* wird. Die Ausübung staatlicher und privater Macht wird durch Abwägungspflichten rationalisiert und kontrollierbar gemacht.

Die Begrenzung staatlicher Macht ergibt sich in erster Linie aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit, das *staatliche Akteure* darauf verpflichtet, die Zumutbarkeit ihres Handelns für die Betroffenen (Art. 5 Abs. 2 BV), insbesondere wenn in deren Grundrechte eingegriffen wird (Art. 36 Abs. 3 BV), zu prüfen und zu wahren. So hielt der Bundesrat in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung fest, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zusammen mit demjenigen des öffentlichen Interesses die «staatliche Macht begrenzen» soll, indem er sagt, «wann, in welchem Masse und auf welche Art und Weise der Staat seine Rechte ausüben und seine Aufgaben erfüllen darf».<sup>148</sup>

In privaten Verhältnissen wird Machtmissbrauch durch gesetzliche Sicherungen verhindert, welche die von *mächtigen Privatpersonen* abhängigen Gegenparteien oder Dritte vor übermässigen Eingriffen schützen. Erwähnt sei das Kartellrecht, das marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmen untersagt, unangemessene Preise oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Weitere Beispiele finden sich im Mietrecht (Art. 266g OR: ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nur aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung unzumutbar machen) oder im Arbeitsrecht (Art. 328 Abs. 2 OR: angemessene Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers; Art. 337 OR: fristlose Auflösung nur aus wichtigen Gründen, bei deren Vorliegen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist).

---

148 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 133 mit Verweis auf MULLER, S. 197 ff.

### 3. *Machtbegründung*

Interessenabwägungen sind indessen nicht nur ein Mittel zur Machtbegrenzung, sondern sie schaffen auch Räume für *institutionelle Macht*. Verwaltung und Gerichte erhalten mit den Abwägungsgeboten des Verfassungs- und Gesetzgebers weitreichende Kompetenzen: Sie bestimmen im Rahmen offener Vorgaben, was legitime Interessen sind, wie Interessen zu gewichten sind, welches Gewicht Interessen im Einzelfall zukommt und welchen Interessen der Vorzug zu geben ist. Die mit Interessenabwägungen einhergehenden Wertungsspielräume<sup>149</sup> verleihen der handelnden Administration und der kontrollierenden Judikative eine beachtliche normative Definitionsmacht. Abwägungen sind insofern «Einbruchstellen des Politischen in das Recht».<sup>150</sup> Sie führen zu einer Verlagerung politischer Gestaltungsbefugnisse von der Legislative auf die Exekutive und prägen dadurch die gewaltenteilige Staatsordnung mit.

Die Machtbegründungsfunktion von Interessenabwägungen ist die Kehrseite ihrer Funktion, Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Einzelfallgerechte Entscheidungen setzen gerade voraus, dass Behörden nicht an ein striktes Regelkorsett gebunden sind, sondern Spielräume für angemessenes Handeln zur Verfügung haben. Diese Spielräume können zum *Schutz individueller Rechte* genutzt werden. So ermöglichen etwa die Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG (Bauen ausserhalb der Bauzone) oder die Härtefallklausel zur obligatorischen Landesverweisung in Art. 66a Abs. 2 StGB den zuständigen Behörden, im Einzelfall dem Eigentumsrecht oder dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens Rechnung zu tragen. Die mit Abwägungskompetenzen einhergehenden Spielräume können aber auch der *Durchsetzung von Allgemeininteressen* dienen. Beispielhaft zu nennen sind die Verwertung widerrechtlich erlangter Beweismittel<sup>151</sup> oder die Abweichung von einer Vertrauensgrundlage<sup>152</sup>, wenn überwiegende öffentliche Interessen vorliegen. Ein weiteres Beispiel ist Art. 8 KG<sup>153</sup>, wonach der Bundesrat an sich unzulässige Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen erlauben kann, «wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen». Die Anrufung dieser Ausnahmeklausel führt dazu, dass eine Unterdrückung wirtschaftlicher Freiheiten durch Kartelle oder Marktmacht fortbesteht. In diesen Situationen haben Interessenabwägungen die Funktion, staatliche Eingriffe in individualrechtliche Positionen zu begründen.<sup>154</sup>

---

149 MORAND, S. 45: «processus créateur qui est en jeu dans toute balance des intérêts».

150 REICH, S. 117; zur politischen bzw. irrationalen und subjektiven Komponente der Interessenabwägung: G. MÜLLER, S. 352; MORAND, S. 72 f.; TANQUEREL, S. 212 f.; GRIFFEL, S. 454; TSCHANNEN, *Interessenabwägung*, S. 119.

151 Z.B. BGE 143 I 377 E. 5 S. 384 ff.

152 Z.B. BGE 116 Ib 185 E. 3c S. 187.

153 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251).

154 Vgl. RÜTSCHKE, *Verhältnismässigkeit*, Rz. 29.

Einzelfallgerechtigkeit ist demzufolge ein interessenneutrales Konzept: Einzelfallgerechte Entscheidungen können sowohl zugunsten des Individuums als auch der Allgemeinheit ausfallen. Auch aus rechtsstaatlicher Sicht haben Interessenabwägungen eine janusköpfige Natur: Sie sperren sich gegen unzumutbare Auswirkungen zwingender Gesetze und sind folglich ein Gegenmittel zu einer übermässigen Pauschalisierung und Typisierung staatlichen Handelns.<sup>155</sup> Zugleich schaffen die Wertungs- und Gestaltungsspielräume, welche Verwaltung und Gerichte im Rahmen von Abwägungen vorfinden, ein *Spannungsverhältnis mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip* und den damit zusammenhängenden Prinzipien der Gewaltenteilung, Rechtsgleichheit, Rechtsicherheit und demokratischen Legimitation staatlichen Handelns.<sup>156</sup> Diese Prinzipien verlangen eine Legitimierung und Bändigung staatlicher Macht in Gestalt von hinreichend bestimmten, in demokratischen Verfahren beschlossenen Regeln, die das exekutive und judikative Handeln in vorhersehbarer Weise steuern und sicherstellen, dass niemand ohne sachliche Gründe privilegiert oder benachteiligt wird.

Der adäquate Umgang mit diesem Spannungsfeld zwischen Regelgerechtigkeit und Einzelfallgerechtigkeit stellt eine der elementarsten Herausforderungen für einen Rechtsstaat dar.<sup>157</sup> Sie wurde schon in der *antiken Staatphilosophie* als praktisches Dilemma beschrieben. Gesetze könnten, so PLATON, niemals alle denkbaren Fälle in genauer Anpassung umfassen und würden der unberechenbaren, nicht messbaren sozialen Wirklichkeit – Verschiedenheit der Menschen und Unbeständigkeit der menschlichen Dinge – Gewalt antun. Für die Gesetzesherrschaft würden allein praktische Gründe sprechen, sei doch kein Herrscher imstande, sein Leben lang neben jedem Einzelnen zu sitzen und ihm genau das Angemessene vorzuschreiben.<sup>158</sup> ARISTOTELES beschrieb dieses Dilemma als Spannung zwischen dem gesetzlich Gerechten und dem Billigen:

«Die Schwierigkeit kommt daher, dass das Billige zwar Recht ist, aber nicht dem Gesetz nach, sondern als eine Korrektur des gesetzlich Gerechten. Die Ursache hierfür ist, dass jedes Gesetz allgemein gilt, in einigen Sachverhalten jedoch in allgemeiner Weise nicht korrekt gesprochen werden kann. Wo man nun allgemein reden muss, es aber nicht angemessen kann, da berücksichtigt das Gesetz die Mehrzahl der Fälle, ohne über diesen Mangel im Unklaren zu sein. Dennoch geht es richtig vor. Denn der Fehler liegt nicht am Gesetz oder am Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache. Die Materie des Handelns ist nämlich von vornherein von dieser Art. [...] Dies ist also die Natur des Billigen, eine Korrektur des Gesetzes, soweit es aufgrund seiner Allgemeinheit mangelhaft ist.»<sup>159</sup>

155 OESCH, S. 294 ff.

156 Namentlich LEISNER, S. 16: «Verhältnismässigkeit gegen Rechtsstaat».

157 Aus historischer Sicht: RÜCKERT, S. 913 ff.

158 PLATON, *Politikos* (Der Staatsmann), 294a–b und 295a–b.

159 ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, V 14, 1137a–1137b.

## VI. Zwischenergebnisse

Die vorstehenden begrifflichen Erörterungen haben ergeben, dass Abwägungen nicht im Belieben von Gerichten und Verwaltung stehen, sondern durch positives Recht *vorgeschrieben* werden. So verpflichten Gesetze mit unterschiedlichen Formulierungen die rechtsanwendenden Instanzen zur Vornahme von Interessenabwägungen im Einzelfall. Verfassungs- und völkerrechtliche Abwägungspflichten kommen vor allem im Rahmen gesetzlicher Ermessenstatbestände zum Tragen. Aber auch ausserhalb der Ermessensausübung können Abwägungen in der Rechtsanwendung aus verfassungsrechtlichen Gründen erforderlich sein, namentlich im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz oder behördlichem Handeln, das gesetzlich nicht spezifisch geregelt ist. Sodann bedarf es im Rahmen von Normenkontrollen einer Abwägung, wenn zu prüfen ist, ob eine Gesetzesbestimmung unzumutbar in verfassungs- oder völkerrechtlich geschützte Rechte oder Interessen eingreift (Kap. B.I).

Gegenstand von Abwägungen sind die realen Vor- und Nachteile einer staatlichen oder privaten Handlung bzw. die von der Handlung berührten realen *Interessen*. Diese werden nach dem *Massstab von Rechtsgütern* bewertet und gewichtet. Individuelle Rechtsgüter sind meist – aber nicht immer – Schutzobjekte von Grundrechten. Neben den individuellen Rechtsgütern sind öffentliche Interessen ein Bewertungsmaßstab für Interessenabwägungen. Diesbezüglich lässt sich ebenfalls von Rechtsgütern im Sinne von kollektiven oder öffentlichen Gütern sprechen. Die in der Regel abstrakt gefassten Rechtsgüter werden in der Rechtsprechung und teilweise auch vom Gesetzgeber selbst in Gestalt von *Abwägungsgesichtspunkten* konkretisiert. Dabei handelt es sich um normative Vorgaben, welche die in Abwägungen typischerweise relevanten Umstände erfassen, die massgebenden Rechtsgüter bezeichnen oder die Interessengewichtung selbst steuern. Darüber hinaus definiert das positive Recht bestimmte Rechtsgüter oder Tatbestände, die Interessenabwägungen ausschliessen. Solche *Abwägungsverbote* sind etwa die grundrechtlichen Kerngehalte (Kap. B.II und B.III).

Abwägungen finden vornehmlich in Einzelfällen statt (*konkrete Abwägungen*), sei es durch Verwaltungsbehörden, erstinstanzliche Gerichte oder Rechtsmittelinstanzen. Abwägungen können sich aber auch auf Regeln beziehen, namentlich auf den Erlass von Gesetzen und deren gerichtliche Kontrolle (*abstrakte Abwägungen*). Der Gesetzgeber ist an sich ebenfalls an die verfassungs- und völkerrechtlichen Abwägungsgebote gebunden. Dabei ist jedoch fraglich, ob und inwieweit im Rahmen der politischen Diskurse und Machtprozesse für Abwägungen im rechtlichen Sinn überhaupt Raum besteht. Eine weitere Unterscheidung betrifft diejenige zwischen *bipolaren und multipolaren Abwägungen*, je nachdem, ob die abzuwägenden Handlungsfolgen zwei oder mehrere Rechtsgüter tangieren. Die Rechtsordnung kennt sodann Abwägungen, in denen auf beiden Seiten dieselben Rechtsgüter betroffen sind (*homo-*

gene Abwägungen). In den allermeisten Abwägungen werden jedoch die betroffenen Interessen an verschiedenartigen Rechtsgütern gemessen (*heterogene Abwägungen*). Dies gilt insbesondere für Abwägungen zwischen grundrechtlich geschützten Individualinteressen und öffentlichen Interessen. Schliesslich sind Abwägungen danach zu unterscheiden, welche rechtliche Frage sie beantworten: Im Wesentlichen stellt sich die Frage, welche der abzuwägenden Interessen überwiegen (*Interessendivergenz*) oder ob die gegenüberliegenden Interessen im Gleichgewicht stehen (*Interessenäquivalenz*) (Kap. B.IV).

Interessenabwägungen verwirklichen den Gerechtigkeitsgedanken im Sinne des Gebots, Rücksicht auf Andere und die Gemeinschaft zu nehmen. Indem Abwägungen positive und negative Handlungsfolgen in den Blick nehmen, sind sie Ausdruck einer konsequentialistischen Ethik. Als Instrument zur Beurteilung konkreter Handlungen durchbrechen Abwägungen regelbasiertes Entscheiden, um den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden. Damit stehen sie wesensgemäss im Dienst der *Einzelfallgerechtigkeit*. Mit der Gerechtigkeitsfunktion einher geht die *Machtbegrenzungsfunktion* von Interessenabwägungen. Diese gleichen zwar institutionelle oder soziale Machtgefälle nicht aus, schützen aber vor Missbrauch staatlicher und privater Macht. Zugleich begründen verfassungsrechtliche und gesetzliche Abwägungsgebote *institutionelle Macht* von Verwaltung und Gerichten, indem sie diesen erhebliche Wertungs- und Gestaltungsspielräume verleihen. Damit geraten sie in ein Spannungsverhältnis mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip und den mit ihm verbundenen Prinzipien der Gewaltenteilung, Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und demokratischen Legimitation staatlichen Handelns (Kap. B.V).

### C. Analyse des Abwägungsvorgangs

Nach den begrifflichen Klärungen gilt es nun, die Interessenabwägung als Werkzeug rechtlichen Entscheidens näher zu beleuchten. Zuerst wird gezeigt, dass die Interessenabwägung als juristische Methode einzustufen ist – genauso wie die Auslegung von Rechtstexten und die Subsumtion von Sachverhalten unter Rechtsnormen. Danach wird der Abwägungsvorgang überblicksartig beschrieben und von anderen juristischen Methoden abgegrenzt (Kap. C.I). Im Anschluss befasst sich die Analyse eingehender mit den einzelnen Abwägungsschritten und methodischen Herausforderungen, die damit verbunden sind. Am Anfang steht die Ermittlung der betroffenen Rechtsgüter (Kap. C.II), darauf folgt die Gewichtung der Interessen (Kap. C.III), und schliesslich ist aufgrund eines Vergleichs der Interessengewichte der Abwägungsentscheid zu treffen (Kap. C.IV). Die Auseinandersetzung mit diesen Fragen wird zugleich Aufschluss darüber geben, wie viel objektive Rationalität und wie viel subjektives Werturteil in Abwägungen steckt.

## I. Einordnung in die Methodenlehre

### 1. Abwägung als juristische Methode

Eine *wissenschaftliche Methode* ist ein geplantes, systematisches und überprüfbares Verfahren zur Gewinnung von Erkenntnissen.<sup>160</sup> Die Wissenschaftlichkeit einer Methode zeigt sich erstes in einem geplanten, auf ein bestimmtes Ziel gerichteten Vorgehen. Zweitens orientiert sich eine wissenschaftliche Methode als systematisches Verfahren an allgemeinen Regeln oder Kriterien, welche die einzelne Fragestellung übersteigen und für alle gleichartigen Fragestellungen in einem Fachgebiet wegleitend sind. Drittens setzt die Wissenschaftlichkeit einer Methode voraus, dass sie überprüfbar ist. Das methodische Vorgehen muss für Dritte transparent und nachvollziehbar begründet werden können, damit es für Reflexion und Kritik zugänglich ist.

In Bezug auf wissenschaftlich erzeugtes Wissen haben sich im Bereich der quantitativen Forschung, die mit der Erhebung und Auswertung von Daten arbeitet, Gütekriterien wie diejenigen der Objektivität (gleiche Mess- und Auswertungsergebnisse durch verschiedene Personen), Reliabilität (Zuverlässigkeit und Stabilität der Messungen) und Validität (Gültigkeit der Messungen und Glaubwürdigkeit der Messergebnisse) etabliert.<sup>161</sup> Keine zwingende Eigenschaft einer wissenschaftlichen Methode ist hingegen die *Exaktheit* des gewonnenen Wissens.<sup>162</sup> Dies gilt für empirische genauso wie für theoretische und normative Erkenntnisse. Die Wissenschaftlichkeit einer Methode besteht nicht in der genauen Herleitung einzig wahrer oder richtiger Ergebnisse. Methode und Exaktheit dürfen nicht miteinander vermengt werden.

Eine *juristische Methode* ist eine Argumentationstechnik<sup>163</sup>, welche die Anwendung und Fortbildung von Recht – Verfassungs- und Völkerrecht, Gesetze oder Richterrecht – leitet.<sup>164</sup> Die Interessenabwägung ist eine juristische Methode. Sie hat überragende Bedeutung für die Rechtsanwendung (vgl. Kap. B. I) und erfüllt alle Anforderungen an eine wissenschaftliche Methode. Wie im Folgenden zu zeigen ist, beruhen Abwägungen auf einem geplanten, rational nachvollziehbaren und überprüfbaren Vorgehen, das den juristischen Einzelfall transzendiert und als Entscheidungsmuster systematisch zur Anwendung gelangen kann. Dass Abwägungen keine exakten Erkenntnisse oder gar objektive

---

160 Vgl. BYDLINSKI FRANZ, Unentbehrlichkeit und Grenzen methodischen Rechtsdenkens, AcP 1988, S. 447 ff., 448; MÖLLERS, S. 3.

161 HIMME ALEXANDER, Gütekriterien der Messung: Reliabilität, Validität und Generalisierbarkeit, in: Albers Sönke/Klapper Daniel/Konrad Udo/Walter Achim/Wolf Joachim (Hrsg.), Methodik der empirischen Forschung, 3. Aufl., Wiesbaden 2009, S. 485 ff.; KREBS DAGMAR/MENOLD NATALJA, Gütekriterien quantitativer Sozialforschung, in: Baur Nina/Blasius Jörg (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2019, S. 489 ff.

162 Für juristische Methoden: ALEXY, Theorie, S. 143.

163 TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 118 (in Bezug auf die Abwägung).

164 Vgl. KRAMER, S. 39 ff.

Wahrheiten produzieren, ist trivial und tut ihrem Charakter als wissenschaftliche Methode keinen Abbruch.

Abwägungen werden in Lehre und Rechtsprechung teilweise als Prozess der Konkretisierung kollidierender Rechtsprinzipien, insbesondere als Prozess der Verfassungs- oder Grundrechtsverwirklichung, beschrieben.<sup>165</sup> ROBERT ALEXY bezeichnet in seiner Grundrechtstheorie die Abwägung als Optimierungsaufgabe: Kollidierende Prinzipien, namentlich die Grundrechte, die als solche nicht in einer Vorrangrelation oder Wertehierarchie zueinander stehen, werden im Konfliktfall mittels Abwägungen optimiert.<sup>166</sup> Diese Sichtweise beruht auf einem *Top-down-Verständnis*, das konkrete Abwägungsergebnisse aus abstrakten, allgemeinen und übergeordneten Normen ableitet. Abwägungen werden gewissermassen als Materialisierungsprozesse verstanden, durch die übergreifende Prinzipien oder Güter im Einzelfall Gestalt annehmen.

Einem solchen Erklärungsansatz wird vorliegend ein *Bottom-up-Verständnis* entgegengehalten. Demnach ist die Abwägung kein deduktiver Prozess, der von allgemeinen Prinzipien auf besondere normative Aussagen schliesst. Vielmehr handelt es sich um ein evaluatives Verfahren, das die realen Folgen einer Handlung für die handelnde Person und Dritte mithilfe von abstrakten Rechtsprinzipien bewertet und vergleicht. Die Bewertungsmaßstäbe – die Rechtsprinzipien oder Rechtsgüter – leiten die Abwägung an, werden durch diese selbst aber nicht konkretisiert. Wie zu zeigen sein wird, folgen Abwägungen zwar einem strukturierten, von methodischen Regeln geleiteten Prozess. Die Ergebnisse dieses Prozesses haben jedoch – abgesehen von (politischen) Abwägungen des Gesetzgebers und gerichtlichen Normenkontrollen – keinen Regelcharakter, sondern sind singulär auf den Einzelfall bezogen (Kap. B.V.1). Wenn Abwägungsergebnisse Konkretisierungen von Rechtsprinzipien wären, müssten sie abgesehen davon stets zugleich Konkretisierungen mehrerer Rechtsprinzipien sein. Ein Entscheid über die Zulässigkeit einer politischen Kundgebung auf öffentlichem Grund wäre zum Beispiel zugleich eine Konkretisierung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit als auch der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder der Persönlichkeits- und Eigentumsrechte von Drittbetroffenen.

Dass Interessenabwägungen selbst keine Konkretisierungsprozesse darstellen, bedeutet nicht, dass Gerichte anlässlich von Abwägungen in keinem Fall abstrakte Rechtsgüter konkretisieren würden. Gerichte tun dies sehr wohl, und zwar durch Entwicklung von Abwägungsgesichtspunkten, welche auf mittlerer

---

165 MORAND, S. 54 f. («processus de concrétisation progressive du droit»); MÖLLERS, S. 369; HOFSTETTER, RZ. 298; J.P. MÜLLER, Verwirklichung, S. 106 ff.; BGE 128 I 327 E. 4.3.2 S. 344: «optimale Grundrechtsgewährung und -koordination»; 147 I 450 E. 3.2.3 S. 454: «Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kommt besondere Bedeutung zu für die harmonisierende Konkretisierung konfligierender Verfassungsprinzipien.»

166 ALEXY, Theorie, S. 75 ff. (Prinzipien als Optimierunggebote), 152 (Abwägung als «Optimierungsaufgabe»).

Abstraktionshöhe die Gewichtung von Interessen fallübergreifend strukturieren (Kap. B.III.2). Solche *Rechtsschöpfung* kann mit Abwägungen einhergehen, macht diese selbst aber nicht zu rechtsschöpferischen Akten der Verfassungs- oder Gesetzeskonkretisierung.

## 2. Einzelne Abwägungsschritte

Der Abwägungsprozess ist somit eine evaluative Methode der Rechtsanwendung, die eine staatliche oder private Handlung mit ihren Auswirkungen auf Individuen sowie Kollektive und deren Interessen nach rechtlichen Massstäben (Rechtsgüter und Abwägungsgesichtspunkte) mittels Gewichtung und Vergleich der betroffenen Interessen beurteilt. Dieser methodische Prozess wird im Folgenden mithilfe des nachstehenden *Sachverhalts* erläutert, der einem Bundesgerichtsurteil vom 1. März 2022 zugrunde liegt:

A. schreibt eine Doktorarbeit bei Prof. Dr. B. an der Universität Freiburg über die Asylbewegung und -politik in der Schweiz während der 1980er- und 1990er-Jahre. In diesem Rahmen befasst er sich insbesondere mit dem aus dem damaligen Zaïre (heute die Demokratische Republik Kongo) stammenden Asylbewerber D.C. Die Ereignisse rund um den Asylantrag von D.C., sein Untertauchen, seine Festnahme sowie seine Ausschaffung prägten die Schweizer Asylpolitik der 1980er- und 1990er-Jahre. A. möchte zu Forschungszwecken vor Ablauf der Schutzfrist in die Akten betreffend D.C. und seine Familienmitglieder Einsicht nehmen. Zu diesem Zweck reichte er beim Schweizerischen Bundesarchiv (BAR) ein Gesuch um Einsichtnahme in das relevante Archivgut ein. Das Bundesarchiv unterbreitete das Gesuch hierauf dem zuständigen Staatssekretariat für Migration (SEM) zur Prüfung. Mit Verfügung vom 16. November 2018 wies das SEM das Gesuch um Einsichtnahme in die Akten ab, mit Ausnahme der im Dossier abgelegten Zeitungsartikel.<sup>167</sup>

Für das Raumplanungsrecht hat der Verordnungsgeber den Abwägungsvorgang in Art. 3 Abs. 1 RPV vorgezeichnet. Nach dieser Bestimmung bedarf es einer Interessenabwägung, wenn den Behörden bei der Aufgabenerfüllung «Handlungsspielräume» zustehen; zu diesem Zweck haben die Behörden die betroffenen Interessen zu ermitteln, zu beurteilen und im Entscheid möglichst umfassend zu berücksichtigen.<sup>168</sup> In Verallgemeinerung und Erweiterung dieser Formel lässt sich der Abwägungsvorgang in folgende *vier Prüfschritte* unterteilen: (1) Prüfung, ob eine Abwägung notwendig ist, (2) Ermittlung der betroffenen Rechtsgüter, (3) Gewichtung der Interessen und (4) Entscheid über Vorrang oder Gleichwertigkeit der Interessen (Abwägungsentscheid):<sup>169</sup>

---

167 BGE 148 II 273 Sachverhalt S. 274 f.

168 Zu Art. 3 RPV: GRIFFEL, Rz. 449 ff.; TSCHANNEN, *Interessenabwägung*, S. 120 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 615. Sodann BGE 125 II 591 E. 8a S. 604; 134 II 97 E. 3.1 S. 100.

169 Zum Abwägungsvorgang: G. MÜLLER, S. 347 ff.; WULLSCHLEGER, *Interessenabwägung*, S. 81 ff.; MORAND, S. 66 ff.; SEILER, *Praktische Rechtsanwendung*, S. 61 f.; DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 597; KUNZ, S. 457 ff.; REIMER, Rz. 489; MÖLLERS, S. 371 ff.

- 1) *Notwendigkeit einer Abwägung*: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob zur Beantwortung der Rechtsfrage im konkreten Fall aufgrund von Gesetz, Verfassung oder Völkerrecht eine Abwägung erforderlich ist (Kap. B.I).

In unserem Fallbeispiel ergibt sich aus Art. 13 Abs. 1 des Archivierungsgesetzes<sup>170</sup> und Art. 18 Abs. 3 der Archivierungsverordnung<sup>171</sup> eine *Abwägungspflicht*.<sup>172</sup> Nach diesen Bestimmungen können die abliefernden Stellen (in casu das SEM) auf Antrag des Bundesarchivs einzelnen Personen bereits vor Ablauf der Schutzfristen Einsicht in Archivgut gewähren, wenn «keine überwiegenden schutzwürdigen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen». Diese Abwägungspflicht stützt sich gleichzeitig auf die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen und – aufgrund der Einräumung von Ermessen (Kann-Vorschrift) – auf das verfassungsmässige Verhältnismässigkeitsprinzip.

- 2) *Ermittlung der Rechtsgüter*: In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, welche Rechtsgüter von der fraglichen Handlung einerseits eingeschränkt und andererseits verwirklicht werden. Zu diesem Zweck sind im Rahmen der Sachverhaltsermittlung die (voraussichtlichen) Auswirkungen der Handlung mit Blick auf die zur Diskussion stehenden Rechtsgüter – namentlich Grundrechte und öffentliche Interessen – festzustellen. Im öffentlichen Recht, vor allem in multipolaren Verhältnissen, ist dieser Prüfschritt meist komplexer als im Zivil- und Strafrecht (Kap. B.IV.2).

Im Fallbeispiel sprechen die Grundrechte der *Informationsfreiheit* (Art. 16 BV) und der *Wissenschaftsfreiheit* (Art. 20 BV) sowie das öffentliche Interesse an der *Aufarbeitung der Geschichte* für die Gutheissung des Gesuchs um Einsicht in das Archivgut.<sup>173</sup> Umgekehrt sind durch die Einsichtnahme in die Akten die Geheimhaltungsinteressen von D.C. und seiner Familienmitglieder betroffen. Damit werden ihre Persönlichkeitsrechte, namentlich ihr Recht auf *Privatsphäre* (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK), eingeschränkt.<sup>174</sup> Gemäss Bundesgericht nicht hinreichend dargelegt wurde dagegen das Argument der Vorinstanz, die «volatile» Situation im Heimatstaat der Familie von D.C., der Demokratischen Republik Kongo, spreche gegen eine Gewährung der Einsicht.<sup>175</sup>

- 3) *Gewichtung der Interessen*: Der methodisch schwierigste Schritt in Abwägungen ist in der Regel die Gewichtung der von den betroffenen Rechtsgütern geschützten Interessen. Die Interessengewichtung orientiert sich zum einen am abstrakten Gewicht der Rechtsgüter und zum anderen an der Intensität, mit der die Rechtsgüter eingeschränkt (Eingriffsschwere) und verwirklicht (Verwirklichungsgrad) werden. Für die Bemessung der Intensitäten, mit denen Rechtsgüter betroffen sind, ergeben sich aus der Rechtsprechung

---

170 Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (BGA; SR 152.1).

171 Verordnung vom 8. September 1999 zum Bundesgesetz über die Archivierung (VBGA; SR 152.11).

172 BGE 148 II 273 E. 5.1 S. 276.

173 BGE 148 II 273 E. 6.5.2 S. 282.

174 BGE 148 II 273 E. 6.5.3 S. 282 f.

175 BGE 148 II 273 E. 6.5.4 S. 283.

oder dem Gesetz allenfalls bestimmte Abwägungsgesichtspunkte (Kap. B. III.3). Soweit ein Abwägungsverbot besteht, insbesondere ein grundrechtlicher Kerngehalt oder ein qualifiziert geschütztes öffentliches Interesse, entfällt die Interessengewichtung (Kap. B.III.3).

Art. 18 Abs. 4 VBGA sieht im Sinne einer *Abwägungsschranke* vor, dass bei Personen der Zeitgeschichte hinsichtlich ihrer Tätigkeit in der Öffentlichkeit keine überwiegen- den privaten Interessen entgegengesetzt werden können. Das Bundesgericht verneinte im erwähnten Urteil jedoch die Eigenschaft von D.C. und seiner Familienmitglieder als Personen der Zeitgeschichte.<sup>176</sup> Sodann würdigte das Bundesgericht das *Gewicht der privaten Interessen* unter verschiedenen Gesichtspunkten: Viele der archivierten Akten enthalten Informationen, die bereits öffentlich zugänglich sind. Ein Grossteil dieser Informationen hat D.C. selbst aktiv an die Öffentlichkeit gebracht. Abgesehen davon ist D.C. eine «relativ bekannte Persönlichkeit», die sich in reduzierterem Masse als die Durchschnittsperson auf ihre Geheim- und Privatsphäre berufen kann. Weiter ist zu berücksichtigen, dass das Problem der Persönlichkeitsverletzung vor allem bei der Veröffentlichung des Archivguts liegt – und kaum bei der Einsichtnahme eines Wissenschaftlers zu Forschungszwecken. Das Gewicht des privaten Geheimhaltungsinteresses wird ferner dadurch geschmälert, dass sich die fraglichen Gegebenheiten vor mehreren Jahrzehnten in der Schweiz abgespielt haben. Zudem ist der Doktorand insbesondere an der Handhabung der Affäre D.C. durch die staatlichen Behörden und an deren Bedeutung für die schweizerische Asylpolitik und weniger an den Details des Privatlebens der Familie interessiert. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass das Recht auf Schutz des Geheim- und Privatbereichs der Familienangehörigen von D.C. gegebenenfalls höher zu gewichten ist als jenes von D.C. selbst.<sup>177</sup>

- 4) *Abwägungsentscheid*: In einem letzten Schritt sind die Gewichte der in die beiden Waagschalen gelegten Interessen miteinander zu vergleichen. Je nach Art der Abwägung ist zu bestimmen, welche Waagschale die andere wie stark überwiegt (Interessendivergenz) oder ob die beiden Waagschalen im Gleichgewicht stehen (Interessenäquivalenz); in besonderen Fällen sind mehrere Interessenverhältnisse miteinander zu vergleichen (Kap. B.V.3). Gegenstand von Abwägungsentscheiden ist in den meisten Fällen die Frage, welche Seite die andere überwiegt bzw. ob zwischen den beiden Seiten ein (allenfalls krasses) Missverhältnis besteht.

Im zitierten Bundesgerichtsurteil ging es – entsprechend den archivrechtlichen Vorgaben – um die Frage, ob einer Einsichtnahme während der Schutzfrist *überwiegende* schutzwürdige öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Das Bundesgericht beantwortete die Frage nicht selbst, sondern wies die Sache an die Vorinstanz zur erneuten Vornahme der Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Ausführungen zur Interessengewichtung zurück.<sup>178</sup>

---

176 BGE 148 II 273 E. 5 S. 276 ff.

177 Zum Ganzen BGE 148 II 273 E. 6.2–6.6 S. 279 ff.

178 BGE 148 II 273 E. 6.6 S. 284.

### 3. Abgrenzung von anderen Methoden

Interessenabwägungen werden manchmal als Bestandteil oder Instrument der *Auslegung von Rechtstexten* gesehen.<sup>179</sup> Abwägung und Auslegung sind indes- sen auseinanderzuhalten. Im Unterschied zur Abwägung ist Auslegung bzw. In- terpretation ein hermeneutischer Vorgang: Ziel der Auslegung ist die Ermitt- lung des objektiven Sinns einer Rechtsnorm.<sup>180</sup> Auslegung dient dazu, die Bedeutung und Tragweite einer Norm zu verstehen. Im Rahmen von Abwägungen können sich zwar auch Auslegungsfragen stellen. So ist anlässlich einer Abwägung im Einzelfall unter Umständen zu klären, wie der Gehalt eines Rechtsguts, zum Beispiel der Schutzbereich eines Grundrechts, zu verstehen ist oder was ein bestimmter Abwägungsgesichtspunkt genau bedeutet. Gesetz- lich verankerte oder richterrechtlich geschaffene Abwägungsvorgaben können vage oder mehrdeutig und damit interpretationsbedürftig sein. Der Abwägungs- vorgang selbst – Ermittlung der Rechtsgüter sowie Gewichtung und Vergleich der Interessen – ist jedoch kein Verfahren der Sinnermittlung, sondern der Ent- scheidung von Interessenkonflikten. Wird mittels Abwägung eine konkrete Handlung beurteilt, resultiert daraus keine Regel. Vielmehr erschöpft sich das Abwägungsergebnis in seinem Bezug zum Einzelfall mit seinen besonderen, nicht wiederholbaren Umständen (Kap. B.V.1). Demgegenüber sind Aus- legungsergebnisse allgemeiner Natur, auch wenn sich Auslegungsfragen eben- falls aus konkreten Lebenssachverhalten ergeben.<sup>181</sup> Auslegungsergebnisse er- läutern rechtliche Regeln oder Begriffe, bleiben aber auf der abstrakten, dem Einzelfall übergeordneten Ebene.

Die Eigenschaft als fallbezogene Methode juristischer Urteilsbildung teilen sich Abwägungen mit der *Subsumtion*. Subsumtion ist wie Abwägung eine Grundoperation juristischen Entscheidens.<sup>182</sup> Subsumtion verlangt die Unter- ordnung eines konkreten Sachverhalts unter eine generell-abstrakte Rechts- norm<sup>183</sup> – oder besser: die «Zuordnung» eines Sachverhalts zur Norm. Sub- sumieren ist damit ein klassifikatorischer Vorgang. Im Unterschied dazu wird mit Abwägungen nicht zugeordnet oder klassifiziert, sondern gewichtet und verglichen.

Interessenabwägungen zeichnen sich durch das *Gewichten* von Interessen aus. Der Vorgang des Gewichtens findet in verschiedenen juristischen Kontex-

---

179 G. MÜLLER, S. 345 (Interessenabwägung als «Mittel der Auslegung»); MORAND, S. 46 (La petite pesée des intérêts «qui se manifeste dans le cadre étroit de l'interprétation des règles»); J.P. MÜLLER, Verwirklichung, S. 105 ff. (Abwägung als Bestandteil der grundrechtskonformen Auslegung); KUNZ, S. 456 («Anlass zu Interessenabwägungen bei Auslegungsfragen»); BARAK, S. 347 («interpretive balancing»).

180 Statt vieler BGE 131 II 13 E. 7.1 S. 31.

181 Vgl. BGE 129 III 335 E. 4 S. 340: «das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Ge- setz»; GADAMER, S. 314: «Verstehen ist hier immer schon Anwenden».

182 ALEXY, Gewichtsformel, S. 771: «Es gibt zwei Grundoperationen der Rechtsanwendung: die Subsumtion und die Abwägung.»

183 KRAMER, S. 40 f.

ten statt: Gewichtung der anerkannten Auslegungselemente im Rahmen der Auslegung (pragmatischer Methodenpluralismus<sup>184</sup>), Gewichtung der vorhandenen Beweise für die Beweiswürdigung bei der Sachverhaltsfeststellung<sup>185</sup> oder Gewichtung verschiedener Lohneinreihungskriterien für die Festlegung des Lohns in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen<sup>186</sup>. Diese Gewichtungsprozesse werden teilweise als «Abwägungen» bezeichnet,<sup>187</sup> sind in der Sache aber davon zu differenzieren: Im Rahmen solcher Denkvorgänge findet kein «Abwägen» von Interessen oder Handlungsfolgen statt, sondern vielmehr ein «Erwägen» oder Würdigen von Argumenten, Gründen, Kriterien, Aspekten, Gesichtspunkten oder Beweisen.<sup>188</sup> Als allgemeinem Bestandteil des (juristischen) Argumentierens kommt dem Gewichten hermeneutischer Charakter zu.<sup>189</sup> Als Element der Interessenabwägung hat das Gewichten demgegenüber Konfliktlösungs- und Entscheidungsfunktion.

Neben dem Gewichten ist das *Vergleichen* ein weit verbreiteter Topos juristischer Argumentation. In Abwägungen werden Interessengewichte miteinander verglichen. Das Abwägen ist somit eine Form des Vergleichens, umgekehrt ist aber nicht alles Vergleichen ein Abwägen. Ein Vergleich wird erst dann zur Abwägung, wenn er die Auswirkungen einer Handlung auf Einzelne und die Allgemeinheit mit in die Beurteilung einbezieht (Kap. B.II). Vergleiche, denen dieses konsequentialistische Element fehlt, sind keine Abwägungen. Von Abwägungen abzugrenzen sind insbesondere die folgenden Vergleichsmethoden:

- Eine generelle Vergleichsmethode ist die *Analogie*. Analogieschlüsse sind ein Instrument der richterlichen Rechtsschöpfung und kommen vor allem zur Füllung von Gesetzeslücken zum Tragen. Mittels Analogie wird der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm mit Blick auf ihren Zweck über den Wortsinn hinaus auf einen ausserhalb der Norm liegenden Tatbestand erweitert.<sup>190</sup> Verglichen werden zwei Tatbestände – derjenige, der vom Wortsinn der Norm erfasst ist, mit demjenigen, der durch Analogieschluss geschaffen wird. Hingegen werden mit Analogieschlüssen keine Interessen gewichtet und gegeneinander abgewogen.
- Bei der Prüfung der *Rechtsgleichheit* wird gefragt, ob für die von einem Rechtsakt getroffenen Unterscheidungen ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist oder ob ein Rechtsakt Unterscheidun-

---

184 Statt vieler BGE 143 I 272 E. 2.2.3 S. 277.

185 Z.B. BGE 120 Ia 31 E. 4c S. 41 (Gewichtung von Zeugenaussagen).

186 Z.B. BGE 124 II 409 E. 9 und 10 S. 426 ff. (Lohneinstufung von Zürcher Handarbeitslehrerinnen).

187 Z.B. BGE 81 I 374 E. 1 S. 376 (pflichtgemässe administrative «Abwägung aller Verhältnisse»); 148 II 285 E. 3.2.3 S. 291 (Gewichtung und Abwägung der verschiedenen Kriterien zur Bestimmung des steuerrechtlichen Wohnsitzes).

188 REIMER, Rz. 485; MÖLLER, S. 715; LÜBBE, S. XI.

189 POSCHER, S. 295.

190 BGE 98 Ia 35 E. 3 S. 39 ff.; 107 Ia 112 Regeste sowie E. 2b S. 117; 128 I 34 E. 3b S. 41; KRAMER, S. 226 ff.; HÄNNI, S. 67 ff., 116 ff.

gen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen würden.<sup>191</sup> Gegenstand des Vergleichs sind die Sachverhalte, die von einem Rechtsakt ungleich oder gleich behandelt werden. Die Auswirkungen des Rechtsakts auf die Interessen der betroffenen Individuen oder Gruppen bleiben indessen im Rahmen der Prüfung der Rechtsgleichheit unberücksichtigt.<sup>192</sup>

- Vergleiche werden ferner im *öffentlichen Abgaberecht* durchgeführt: Kausalabgaben wie Gebühren, Beiträge, Ersatz-, Mehrwert- oder Konzessionsabgaben müssen der staatlichen Leistung oder dem staatlich gewährten Sondervorteil entsprechen, für den die Abgabe geschuldet ist (Äquivalenzprinzip).<sup>193</sup> Dies erfordert Vergleiche zwischen der Höhe der Abgabe und dem Wert der Leistung oder des Sondervorteils. Soweit es darum geht, diesen Wert anhand der Kosten der erbrachten Leistung oder des Nutzens des gewährten Sondervorteils adäquat zu bestimmen, findet keine Interessengewichtung und damit keine Abwägung statt.

Schliesslich haben Interessenabwägungen gewisse Gemeinsamkeiten mit dem methodischen Konzept der *praktischen Konkordanz*. Die in der deutschen Lehre entwickelte und vom Bundesverfassungsgericht aufgenommene Figur der praktischen Konkordanz wird seit einer Entscheidung von 1994 auch vom Bundesgericht verschiedentlich angerufen.<sup>194</sup> Es handelt sich um ein Instrument zur Interpretation von Verfassungsrecht. Die Herstellung praktischer Konkordanz ist immer dann angezeigt, wenn im Rahmen der Verfassungsanwendung grundrechtliche oder weitere private und öffentliche Rechtsgüter miteinander kollidieren oder sich überlappen; in diesen Situationen sind die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter in einen möglichst schonenden Ausgleich – in praktische Konkordanz – zu bringen.<sup>195</sup>

Gemäss ständiger Formel des *deutschen Bundesverfassungsgerichts* sind kollidierende Grundrechtspositionen «in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden».<sup>196</sup> In den Worten des Bundesgerichts hat das Gesetz unter anderem «die Aufgabe, Grundrechtsinteressen und andere, gegenläufige Staatsaufgaben so gegeneinander abzugrenzen, dass beiden verfassungs-

---

191 Statt vieler BGE 138 I 321 E. 3.2 S. 324.

192 Abwägungen finden demgegenüber statt, wenn der Staat den Gleichbehandlungsanspruch zur Verwirklichung öffentlicher Interessen (externe Gründe) einschränkt; Beispiele sind steuerrechtliche Sonderabzüge, Pauschalbesteuerung für reiche Ausländer, Frauenquoten für die Besetzung politischer Gremien oder protektionistische Massnahmen zum Schutz einheimischer Unternehmen (RÜTSCHKE, Rechtsgleichheit, S. 1328).

193 BGE 132 II 371 E. 2.1 S. 374 f.; 135 I 130 E. 7.2 S. 140; 143 I 147 E. 6.3.1 S. 158. Aus der Lehre namentlich HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2785 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1641 ff.

194 Zur Herkunftsgeschichte: J. P. MÜLLER, *Praktische Konkordanz*, S. 336.

195 J. P. MÜLLER, *Praktische Konkordanz*, S. 329 f.

196 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Januar 2020, 2 BvR 1005/18, Rn. 34.

rechtlichen Anliegen weitestmöglich Rechnung getragen wird»; vorliegend seien die Funktionalität des Wettbewerbs sowie die Wirtschafts-, Meinungsäusserungs-, Wissenschafts- und Pressefreiheit «bestmöglich zu gewährleisten, gegenseitig aber auch im Interesse der praktischen Konkordanz der verschiedenen Verfassungsziele zu beschränken».<sup>197</sup>

Die Einordnung der Figur der praktischen Konkordanz in die herkömmliche juristische Methodenlehre bereitet Schwierigkeiten. Indem die Methode der praktischen Konkordanz das Ziel eines möglichst «schonenden Ausgleichs» kollidierender Rechtsgüter verfolgt, überschneidet sie sich mit dem *Gebot der Erforderlichkeit* als Teilelement des Verhältnismässigkeitsprinzips, wonach zur Erreichung eines Handlungsziels das mildeste – schonendste – Mittel zu wählen ist. Soweit die Herstellung praktischer Konkordanz als Methode verstanden wird, mit der Gerichte Kollisionen von Grundrechten und anderen Verfassungsprinzipien auflösen, erscheint sie zugleich als alternative Beschreibung von *Interessenabwägungen*.

Dennoch ist die Figur der praktischen Konkordanz von Interessenabwägungen deutlich abzugrenzen:<sup>198</sup> Abwägungen sind wie erläutert keine Interpretationsmethode. Demgegenüber erhebt die Methode der praktischen Konkordanz den Anspruch, Gegensätze zwischen Verfassungsprinzipien auf dem Wege der Interpretation auszugleichen. Dieser Anspruch kann allerdings nicht durch blosser Sinnermittlung (Auslegung) von Verfassungsnormen eingelöst werden. Denkbar ist aber ein Verständnis von praktischer Konkordanz als Instrument zur Weiterentwicklung (Rechtsfortbildung) von Verfassungsrecht. In diesem Sinne würde die Herstellung praktischer Konkordanz bedeuten, dass Gerichte in rechtsschöpferischer Konkretisierung von Verfassungsgütern *Abwägungsgesichtspunkte entwickeln*, welche die Lösung bestimmter Arten von Interessenskollisionen – zum Beispiel im Zusammenhang mit der Beurteilung von Ausschaffungen straffälliger Ausländerinnen und Ausländer der zweiten Generation – in fallübergreifender Weise anleiten (vgl. Kap. B.III.3).<sup>199</sup> So verstandene Herstellung praktischer Konkordanz löst die zwischen Verfassungsprinzipien bestehenden Antinomien – etwa diejenige zwischen dem Grundrecht auf Privatsphäre und der öffentlichen Sicherheit – nicht auf,<sup>200</sup> stellt jedoch für den Umgang mit solchen Antinomien in Anwendungsfällen inhaltliche Entscheidungshilfen zur Verfügung.

---

197 BGE 120 II 76 E. 5c S. 82.

198 Vgl. HOFSTETTER, Rz. 300; J. P. MÜLLER, *Praktische Konkordanz*, S. 341.

199 Vgl. HÄNNI, S. 206: Verwandtschaft der Methodik der praktischen Konkordanz «mit dem Einbezug des Case Law in die Auslegung der Norm».

200 Vgl. J. P. MÜLLER, *Elemente*, S. 104 f.: Antinomien innerhalb der Verfassung, «die auch in der Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht vollständig aufgelöst werden können».

## II. Ermittlung der Rechtsgüter

Nachdem in einem Anwendungsfall eine Abwägungspflicht festgestellt worden ist, besteht der nächste Schritt darin, die von der staatlichen oder privaten Handlung betroffenen Rechtsgüter zu ermitteln. Dazu gehören die Grundrechte und öffentlichen Interessen (Kap. B.III.1). Im Rahmen dieses Abwägungsschritts bedarf es zunächst einer Auslegeordnung derjenigen Rechtsgüter, die aufgrund des Sachverhalts überhaupt als Abwägungsmassstäbe in Frage kommen und damit für die weitere Prüfung relevant sind (Ziff. 1). Dabei ist unter Umständen zu klären, inwieweit die von der Handlung berührten Interessen im Schutzbereich eines Rechtsguts liegen und damit im Grundsatz schutzwürdig sind (Ziff. 2). Sodann stellt sich die Frage, ob die zur Diskussion stehenden Rechtsgüter von der Handlung effektiv betroffen sind, d.h. eingeschränkt oder verwirklicht werden (Ziff. 3).

### 1. *Bestimmung der relevanten Rechtsgüter*

Die Rechtsgüter, die für eine Abwägung relevant sein können, werden je nach Situation und anwendbarem Prozessrecht entweder von Gerichten und Verwaltungsbehörden von Amtes wegen oder von Parteien und Vorinstanzen, namentlich in Form von Klage- oder Beschwerdegründen (Rügen), in ein Verfahren eingebracht.<sup>201</sup> Gerichte und Behörden sind aufgrund des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) verpflichtet, die von den Verfahrensbeteiligten angeführten rechtlichen Argumente tatsächlich zu hören, sorgfältig und ernsthaft zu prüfen sowie in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.<sup>202</sup>

Die Bestimmung der relevanten Rechtsgüter erfolgt im Wechselspiel mit der *Ermittlung des Sachverhalts*. Wie bei jeder Rechtsanwendung findet gewissermassen ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Norm (Rechtsgüter) und Sachverhalt statt<sup>203</sup>. Der für die Abwägung festzustellende Sachverhalt besteht in den tatsächlichen Vor- und Nachteilen der beabsichtigten oder überprüften Handlung, d.h. in den durch die Handlung berührten tatsächlichen Interessen (Kap. B.II). Zu ermitteln sind jene Auswirkungen der Handlung, die geeignet sind, ein Rechtsgut zu beeinträchtigen oder zu realisieren. Dazu gehören insbesondere die Auswirkungen, die auf der einen Seite in Grundrechte eingreifen und auf der anderen Seite öffentliche Interessen verwirklichen. Nicht relevant für die Sachverhaltsermittlung sind demgegenüber Auswirkungen auf Rechtsgüter, die aufgrund des anwendbaren Gesetzesrechts von der Abwägung ausgeschlossen sind (Kap. B.III.3). Wenn etwa in ein Objekt von nationaler Bedeutung, welches in einem Bundesinventar aufgeführt ist, eingegriffen wird, sind

---

201 Zum Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen und dessen Einschränkung durch das Rügeprinzip: KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 99 ff., 1610 ff.

202 BGE 129 I 232 E. 3.2 S. 236.

203 WULLSCHLEGER, Verwaltungsgerichte, S. 133.

nur diejenigen Interessen zu ermitteln, die ebenfalls von nationaler Bedeutung sind (Art. 6 Abs. 2 NHG). Oder wenn der Gesetzgeber ein überwiegendes öffentliches Interesse verlangt, ist die Berücksichtigung privater Interessen ausgeschlossen (z.B. Art. 8 KG).

Um die Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit von Abwägungen zu gewährleisten, sollten die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter *möglichst genau bestimmt* werden. Beispielsweise genügt es nicht, Massnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie mit einem allgemeinen Verweis auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit zu begründen. Vielmehr ist präzise anzugeben, worin das Ziel der Massnahmen besteht. Für die Abwägung kann dabei entscheidend sein, ob die Ansteckungen und Erkrankungen in der ganzen Bevölkerung reduziert, spezifisch das Leben und die Gesundheit von Risikogruppen geschützt oder die Gefährdung von Menschenleben infolge einer Überlastung der Intensivpflegestationen verhindert werden sollen.<sup>204</sup>

Teilweise werden die in Abwägungen massgebenden Rechtsgüter durch das *Gesetz* selbst präzisiert. Als Beispiel sei Art. 14 Abs. 6 NHV<sup>205</sup> erwähnt, welcher im Zusammenhang mit Eingriffen in schutzwürdige Biotope die öffentlichen Naturschutzinteressen näher umschreibt. Nach dieser Bestimmung sind für die Bewertung des Biotops in der Interessenabwägung insbesondere folgende Faktoren relevant: (a) seine Bedeutung für die geschützten, gefährdeten und seltenen Pflanzen- und Tierarten, (b) seine ausgleichende Funktion für den Naturhaushalt, (c) seine Bedeutung für die Vernetzung schützenswerter Biotope und (d) seine biologische Eigenart oder sein typischer Charakter.

## 2. *Schutzwürdigkeit von Interessen*

Nicht immer ist von vornherein klar, ob ein Interesse unter den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, als öffentliches Interesse anerkannt ist oder sonst wie rechtlichen Schutz verdient und folglich in der Abwägung zu berücksichtigen ist.<sup>206</sup> Ob ein *Individualinteresse* schutzwürdig ist, folgt primär aus Völkerrecht und Verfassung, namentlich aus den menschen- und grundrechtlichen Gewährleistungen. Diese in der Regel abstrakt formulierten Individualgarantien werden auf völkerrechtlicher Ebene durch die internationalen Menschenrechtsorgane, insbesondere die Ausschüsse zu den UNO-Menschenrechtsabkommen, den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und den Europarat, in Form von Einzelfallentscheiden oder Empfehlungen inhaltlich angereichert. Auf Verfassungsebene erfolgt die Konkretisierung primär durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Aus den entsprechenden Urteilen geht ein reichhaltiges Fallrecht zur Schutzwürdigkeit von Individualinteressen hervor.

---

204 Im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie: SEILER, *Verhältnismässigkeit*, S. 263.

205 Verordnung vom 16. Januar 1991 über den Natur- und Heimatschutz (SR 451.1).

206 Zur Anerkennung der Schutzwürdigkeit von Interessen durch die Rechtsordnung: bereits HUBMANN, S. 97 ff.

Im Urteil von 2015 zum *Kopftuchverbot für Schülerinnen* an einer öffentlichen Schule in St. Margrethen war zum einen strittig, ob das Tragen des Kopftuchs aus religiösen Gründen vom Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Schülerin sowie ihrer Eltern als Erziehungsberechtigte erfasst ist. Das Bundesgericht bejahte dies in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.<sup>207</sup> Zum anderen stellte sich die Frage, ob durch das Tragen des Kopftuchs die negative Religionsfreiheit der Mitschüler und ihrer Eltern berührt sei, welche die Freiheit beinhaltet, einem nicht geteilten Glauben fernzubleiben. Gemäss Bundesgericht reicht dabei der Grundrechtsschutz nicht so weit, dass er einen Anspruch vermitteln könnte, mit keinen fremden Glaubensbekenntnissen konfrontiert zu werden.<sup>208</sup> Den Mitschülern sei zuzumuten, das Tragen von religiösen Symbolen durch die Schülerin hinzunehmen, solange sich keine Hinweise ergeben, dass diese verbal für ihre Position oder für ihren Glauben wirbt und die Mitschüler zu beeinflussen versucht.<sup>209</sup>

Unter Umständen lassen sich auch dem *Gesetzesrecht* nähere Hinweise entnehmen, welche Individualinteressen als schutzwürdig gelten. Ein Beispiel ist Art. 684 Abs. 2 ZGB: Diese Bestimmung schützt das Interesse von Grundeigentümern auf Abwehr von schädlichen «Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht». Sodann geht aus Art. 5 lit. a DSG hervor, dass alle auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person bezogenen Angaben (Personendaten) – nicht aber anonymisierte Angaben oder Angaben zu juristischen Personen – in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen und damit in datenschutzrechtlichen Abwägungen zu berücksichtigen sind.

Auch die im Tierschutzrecht definierten *Interessen der Tiere* lassen sich als gesetzliche Konkretisierung schutzwürdiger Individualinteressen verstehen. So anerkennt Art. 3 lit. b Ziff. 4 TSchG insbesondere das Interesse von Tieren auf Vermeidung von Schmerzen, Leiden, Schäden und Angst. Dieses Interesse ist für die Beurteilung der Zulässigkeit von Tierversuchen massgebend: Gemäss Art. 19 Abs. 4 TSchG ist ein Tierversuch unzulässig, «wenn er gemessen am erwarteten Kenntniserwerb dem Tier unverhältnismässige Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügt oder es in unverhältnismässige Angst versetzt». In Versuchen mit nicht-menschlichen Primaten ist in dieser Interessenabwägung gemäss Bundesgericht deren sehr starke genetische und sinnesphysiologische Nähe zum Menschen zu berücksichtigen.<sup>210</sup>

Neben den rechtlich anerkannten Individualinteressen sind die *öffentlichen Interessen* eine Kategorie schutzwürdiger Interessen, die als Bewertungsmaßstäbe in Interessenabwägungen einfließen. Öffentliche Interessen werden in erster Linie durch Verfassung und Gesetz anerkannt. Die Positivierung von öffentlichen Interessen erfolgt auf unterschiedlichen Abstraktionshöhen und in unterschiedlicher Deutlichkeit.<sup>211</sup> Auf Verfassungsstufe ergeben sich die öffent-

---

207 BGE 142 I 49 E. 5 S. 62 f.

208 BGE 142 I 49 E. 4.2 S. 56 und E. 8.2.2 S. 67.

209 BGE 142 I 49 E. 9.4 S. 71 f.

210 BGE 135 II 405 E. 4.3.4 S. 413 ff.; 135 II 384 E. 4.6.1 S. 401 ff.

211 Zur Positivierung öffentlicher Interessen: WYSS, S. 142 ff.

lichen Interessen namentlich aus Ziel-, Aufgaben- und Kompetenznormen, auf Gesetzesstufe aus Zweck- und Grundsatzbestimmungen zu Beginn der Erlasse. Paradebeispiel sind die in Art. 1 und Art. 3 RPG detailliert aufgeführten Ziele und Planungsgrundsätze des Raumplanungsrechts. Zu beachten sind zudem gesetzliche Normen, die mit relativ hoher Bestimmtheit vorgeben, welche öffentlichen Interessen im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind.

Art. 8 Abs. 2 GTG verlangt für die Beantwortung der Frage, ob die *Würde der Kreatur* missachtet ist, eine Abwägung zwischen der Schwere der Beeinträchtigung von Tieren und Pflanzen und der Bedeutung der schutzwürdigen Interessen. Dabei bezeichnet der Gesetzgeber als schutzwürdige Interessen insbesondere (a) die Gesundheit von Mensch und Tier, (b) die Sicherung einer ausreichenden Ernährung, (c) die Verminderung ökologischer Beeinträchtigungen, (d) die Erhaltung und Verbesserung ökologischer Lebensbedingungen, (e) einen wesentlichen Nutzen für die Gesellschaft auf wirtschaftlicher, sozialer oder ökologischer Ebene sowie (f) die Wissensvermehrung.

Ein weiteres Beispiel ist Art. 33 GSchG, welcher der zuständigen Behörde die Kompetenz erteilt, die für Fliessgewässer gesetzlich definierte *Mindestrestwassermenge* in dem Ausmass zu erhöhen, «als es sich aufgrund einer Abwägung der Interessen für und gegen die vorgesehene Wasserentnahme ergibt» (Abs. 1). Die Bestimmung benennt in Abs. 2 und 3 eine Reihe von Interessen, die für und gegen eine Wasserentnahme sprechen.

Soweit die als Abwägungsmassstab heranzuziehenden öffentlichen Interessen nicht hinreichend präzise durch Verfassung und Gesetz vorgegeben sind, ist es wiederum Sache der *Rechtsprechung*, über die Anerkennung öffentlicher Interessen als Massstab für Abwägungen zu befinden.

Ein anschauliches Beispiel für die Frage, ob ein Allgemeininteresse als schutzwürdiges öffentliches Interesse gelten soll, ist ein Bundesgerichtsurteil von 2019 zum Immissionsschutz vor der *privaten Verwendung von Feuerwerk und Knallkörpern*. Gemäss Bundesgericht konnte die Gemeinde Wil ein «gewisses öffentliches Interesse für das Zünden privater Feuerwerkskörper am Bundesfeiertag und an Silvester bejahen, nicht aber für die Zündung von Knallkörpern».<sup>212</sup> Das öffentliche Interesse ist indessen nicht auf der konkreten Ebene der Verwendung von Feuerwerk und Knallkörpern zu sehen, sondern auf der abstrakten Ebene: Wie aus den Urteilerwägungen ersichtlich wird, geht es um das öffentliche Interesse an der Wahrung schutzwürdiger Traditionen oder Bräuche, die ein Element der kulturellen Vielfalt und Identität eines Ortes, einer Region oder einer Gemeinschaft darstellen.<sup>213</sup> Das Zünden privater Feuerwerkskörper am Bundesfeiertag und an Silvester ist gemäss Bundesgericht eine schutzwürdige Tradition im genannten Sinn und damit vom Schutz dieses öffentlichen Interesses erfasst – nicht jedoch als solches ein öffentliches Interesse oder Rechtsgut.

Fraglich ist, ob die «*überwiegenden Bedürfnisse der Wohnbevölkerung*» und die «*Behahrung des aktuellen Wohnbestands*» rechtlich zulässige öffentliche Interessen sind, um Umbau-, Renovations- und Sanierungsvorhaben in Zeiten der Wohnungsnot einer

---

212 BGE 146 II 17 Regeste.

213 BGE 146 II 1 E. 9.3 S. 29.

Bewilligungspflicht zu unterwerfen und gegebenenfalls zu untersagen.<sup>214</sup> Das Bundesgericht hat indessen anerkannt, dass an «kantonalen bzw. kommunalen Massnahmen, die darauf abzielen, das Bedürfnis der Bevölkerung an einem genügenden Angebot von Mietwohnungen in einem bestimmten Preissegment zu befriedigen», ein öffentliches Interesse besteht; dabei wird nicht vorausgesetzt, «dass der vergünstigte Wohnraum nur Personen mit tiefem Einkommen zugutekommt.»<sup>215</sup>

### 3. *Betroffenheit der Rechtsgüter*

Ein Rechtsgut ist betroffen, wenn sich eine Handlung negativ (Eingriff) oder positiv (Verwirklichung) auf das Rechtsgut auswirkt. Zwischen der Handlung und dem Rechtsgut muss ein *hinreichender Zusammenhang* bestehen. Dieser Zusammenhang ist in vielen Fällen unmittelbar einleuchtend. So ist evident, dass ein polizeilicher Gewahrsam die Bewegungsfreiheit beeinträchtigt oder dass ein Bauverbot in die Eigentumsgarantie eingreift. Ebenso bedarf es keiner weiteren Analyse, um festzustellen, dass die Pflicht, ein mit Altlasten kontaminiertes Grundstück zu sanieren, dem Umwelt- und Gewässerschutz dient. Am erforderlichen Zusammenhang zwischen Handlung und Rechtsgut kann es jedoch fehlen, wenn unsicher ist, ob sich die Handlung überhaupt auf das Rechtsgut auswirkt, oder wenn die Auswirkungen nur schwach ausgeprägt sind. Die Frage, ob die Auswirkungen auf das Rechtsgut genügend sicher und intensiv sind, kann empirischer Natur (Frage der Kausalität), aber auch normativer Natur (Frage der Intensitätsschwelle) sein.

Zur Einschränkung von Grundrechten existiert eine reichhaltige Gerichtspraxis.<sup>216</sup> Ob in ein Grundrecht oder ein anderes Rechtsgut *eingegriffen* wird, stellt sich unter Umständen bereits als verfahrensrechtliche Frage. So ist im Rahmen des Eintretens auf eine Beschwerde gegen einen staatlichen Rechtsakt zu prüfen, ob dieser ein schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers berührt.<sup>217</sup> Dies hängt in der Regel von der Intensität der Eingriffswirkung ab: Sind beispielsweise die von einer Baute oder Anlage ausgehenden Immissionen auf Nachbargrundstücke hinreichend gross, um einen Eingriff in schutzwürdige Eigentumsinteressen anzunehmen?<sup>218</sup> Oder sind die von einem Kernkraftwerk ausgehenden Gefahren so signifikant, dass die Rechte auf Leben und Integrität der Anwohner besonders betroffen sind?<sup>219</sup>

---

214 So §§ 8a–8g Gesetz des Kantons Basel-Stadt vom 5. Juni 2013 über die Wohnraumförderung (Wohnraumförderungsgesetz, WRFG; SG 861.500).

215 BGE 146 I 70 E. 5.2.3 S. 75 f.; BGer, Urteil 1C\_759/2021 vom 19. Dezember 2022, E. 4.2.3.

216 Zur Einschränkung von Grundrechten: namentlich KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 Rz. 21 ff.

217 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 360 ff. (Betroffenheit schutzwürdiger Interessen als Element des Verfügungsbegriffs) sowie Rz. 1430 ff. (Betroffenheit schutzwürdiger Interessen als Element der materiellen Beschwer und damit des Beschwerderechts).

218 Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung in BGE 140 II 214 E. 2.3 S. 219 f.

219 BGE 140 II 315 E. 4.6–4.9 S. 327 ff.

Im Hinblick auf die *Gewichtung der Interessen* ist von Bedeutung, ob eine Handlung in ein Grundrecht oder ein sonstiges Rechtsgut eingreift. So betrifft etwa der Widerruf einer Subventionsverfügung zwar das Vermögen des Subventionsempfängers, nicht aber dessen Wirtschaftsfreiheit, da diese grundsätzlich keine Ansprüche auf staatliche Leistungen vermittelt.<sup>220</sup> In der Abwägung wird sich der fehlende grundrechtliche Schutz in einer geringeren Gewichtung der Interessen des Subventionsempfängers niederschlagen (Kap. C.III.1).

Neben der Eingriffsfrage ist zu prüfen, welche Rechtsgüter mit der fraglichen Handlung *verwirklicht* werden. Während im Zivilrecht typischerweise die Wahrnehmung privater Interessen zur Diskussion steht, geht es im öffentlichen Recht in erster Linie um die Verwirklichung von öffentlichen Interessen, aber auch um den Schutz von Individualgütern (Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten). Im Strafrecht steht die Realisierung öffentlicher Sanktionsinteressen im Zentrum.

Im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips stellt sich die Frage, ob ein Rechtsgut verwirklicht wird, unter dem Aspekt der *Eignung* einer staatlichen Handlung mit Blick auf das verfolgte Handlungsziel (Zielkonformität oder Zwecktauglichkeit).<sup>221</sup> Eignung bedeutet Wirksamkeit oder Effektivität einer Handlung. Ob eine Handlung zur Erreichung eines bestimmten Ziels geeignet ist, lässt sich *ex ante* nur mithilfe einer Prognose beurteilen. Prognosen beruhen auf empirischen Annahmen, die wiederum auf – allenfalls statistisch erfassbaren – Erfahrungswerten gründen. Soweit die Eignungsprüfung darin besteht, die tatsächliche Prognosebasis nachzuweisen, spielt sie sich auf der Ebene der Sachverhaltsermittlung ab.<sup>222</sup> Normative Fragen sind demgegenüber, wie viel empirische Sicherheit gegeben sein muss und in welchem Umfang Gesetzgeber und Verwaltungsbehörden Abklärungen vorzunehmen haben, um die Eignung einer Massnahme mittels einer Wirkungsprognose überhaupt beurteilen zu können (dazu näher Kap. C.III.3).<sup>223</sup>

Ebenso ist es eine normative Frage, in welchem *Ausmass* und mit welcher *Wahrscheinlichkeit* eine Handlung einen Beitrag zur Zielerreichung leisten muss, damit sie als geeignet gilt. Das Bundesgericht stellt diesbezüglich tiefe Anforderungen, indem es die Eignung staatlicher Massnahmen bejaht, wenn diese «mit Blick auf den angestrebten Zweck Wirkungen zu entfalten vermögen und nicht gänzlich daran vorbei zielen».<sup>224</sup> Dabei kann bereits eine «minimale Wahrscheinlichkeit», dass der Zweck einer Massnahme erfüllt wird, für die Annahme der Eignung genügen.<sup>225</sup> Im Zusammenhang mit grundrechtlichen Schutzpflichten nahm das damalige Zürcher Kassationsgericht eine Pflicht der

---

220 DIEBOLD/RÜTSCHKE, § 2 Rz. 72.

221 Statt vieler TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 456.

222 Vgl. M. MÜLLER, S. 29 f.; HOFSTETTER, Rz. 235.

223 RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 12.

224 BGE 144 I 126 E. 8.1 S. 141.

225 BGE 135 II 105 E. 2.3.3 S. 109.

Polizei zum Eingreifen an, «wenn eine (erhebliche) Gefährdung wichtiger Polizeigüter relativ wahrscheinlich ist».<sup>226</sup>

Die Schwelle der Wirksamkeit wird noch weiter herabgesetzt, wenn schon *abstrakte Gefährdungen* eines Rechtsguts staatliches Eingreifen zum Schutz öffentlicher Interessen rechtfertigen. Dies trifft etwa auf den Führerausweiszug sowie Strafsanktionen wegen Verletzung von Verkehrsregeln zu, welche nicht nur bei einer konkreten Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer, sondern selbst bei einer abstrakten Gefährdung der Verkehrssicherheit greifen.<sup>227</sup> Dasselbe gilt für kartellrechtliche Sanktionen, die je nach Rechtsverstoss auch dann verhängt werden können, wenn das Rechtsgut des wirtschaftlichen Wettbewerbs lediglich abstrakt gefährdet ist.<sup>228</sup>

### III. Gewichtung der Interessen

Die Kritik an der Rationalität von Abwägungen zielt in der Regel auf die Gewichtung der Interessen. Zum einen bestehe kein einheitlicher Massstab für die Interessengewichtung (Problem der Inkommensurabilität), zum anderen sei die Gewichtung selbst von (subjektiven) Werturteilen abhängig. Die Interessengewichtung lässt sich formal in einem *Abwägungsgesetz* darstellen, wie es ROBERT ALEXY formuliert hat: «Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, um so grösser muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.»<sup>229</sup> Mit einem solchen Abwägungsgesetz ist jedoch inhaltlich noch nichts darüber gesagt, wie und nach welchen Kriterien Interessen zu gewichten sind. ALEXY hat denn auch versucht, die inhaltliche Struktur der Interessengewichtung in einer *Gewichtsformel* einzufangen.<sup>230</sup> Dabei unterscheidet er drei Parameter, die für die Gewichtung massgebend sind. Die nachfolgende Auseinandersetzung mit dem Vorgang der Interessengewichtung nimmt diese drei Parameter auf: das abstrakte Gewicht der betroffenen Rechtsgüter (Ziff. 1), die Intensität, mit der Rechtsgüter betroffen sind (Ziff. 2), sowie die empirische Sicherheit der Prognose, dass die betroffenen Rechtsgüter beeinträchtigt oder realisiert werden (Ziff. 3). Die Untersuchung wird zeigen, dass in konkreten Abwägungen für die Interessengewichtung in erster Linie die Intensität relevant ist, mit der Rechtsgüter betroffen sind. Das abstrakte Ge-

226 Urteil des Zürcher Kassationsgerichts vom 17. Juni 1987, E. 2b = ZBl 1987, S. 545 ff.

227 BGE 114 IV 63 E. 3 S. 64 ff.; 118 IV 285 E. 3a S. 288; 123 II 37 E. 1b S. 38 f.: Differenzierung zwischen konkreter, abstrakter und erhöhter abstrakter Gefährdung der Verkehrssicherheit.

228 DIEBOLD/RÜTSCHKE, § 3 Rz. 52 ff.

229 ALEXY, Theorie, S. 146. Aus der schweizerischen Lehre namentlich SEILER, Praktische Rechtsanwendung, S. 62. In diesem Sinne auch BGE 130 I 126 E. 3.2 S. 132 im Zusammenhang mit einer Verwertung unrechtmässig beschaffter Beweise: «Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, umso eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt.»

230 ALEXY, Gewichtsformel, S. 785 ff.

wicht eines Rechtsguts spielt dann eine Rolle, wenn Rechtsgüter mit und ohne Verfassungsrang als Abwägungsmassstäbe zur Anwendung kommen. Demgegenüber wird sich herausstellen, dass die Prognosesicherheit für die Interessengewichtung keine Bedeutung hat.

### 1. *Abstraktes Gewicht von Rechtsgütern*

Die allermeisten Abwägungen sind heterogener Natur in dem Sinne, dass die gegenüberliegenden Interessen *verschiedenartige Rechtsgüter* betreffen (Kap. B.IV.3). Die Verschiedenartigkeit manifestiert sich auf zwei Ebenen:<sup>231</sup> auf der oberen Ebene zwischen Individualgütern (Grundrechte) und Kollektivgütern (öffentliche Interessen), auf der unteren Ebene je innerhalb dieser Kategorien von Rechtsgütern. Individualgüter lassen sich etwa unterteilen in Integritätsgüter (Leib und Leben), Persönlichkeitsgüter (Würde, Gleichheit, Ansehen und Ehre, Privatsphäre), Freiheitsgüter (Freiheitsrechte und politische Rechte) sowie Sachgüter (Eigentum und Vermögen). Die Heterogenität von Kollektivgütern scheint noch grösser zu sein. Nur schon ein Blick in den Katalog der Bundeszuständigkeiten in Art. 54 ff. BV demonstriert die enorme Vielfalt öffentlicher Interessen: innere und äussere Sicherheit, Bildung, Forschung und Kultur, Umwelt und Raumplanung, öffentliche Werke und Verkehr, Energie und Kommunikation, Wirtschaft, Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit sowie migrationspolitische Interessen. Angesichts dieser Vielgestaltigkeit der Rechtsgüter sind Abwägungen dem Vorwurf ausgesetzt, dass Äpfel mit Birnen verglichen werden, oder wie es ANTONIN SCALIA, ehemaliger Richter am U.S. Supreme Court, ausdrückte: «It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy.»<sup>232</sup>

Man kann versuchen, das Problem der inkommensurablen Rechtsgüter zu lösen, indem man sie durch *radikale Abstraktion* auf ein einziges Rechtsgut zurückführt, gewissermassen ein Ur-Rechtsgut, das allen konkreteren Gütern zugrunde liegt und sich in diese ausdifferenziert. Über allgemeine Werte wie Sicherheit, Freiheit, Gleichheit, Wohlstand und Wohlfahrt<sup>233</sup> gelangte man letztlich zu einer abstrakten Idee, die man «Gerechtigkeit» nennen könnte. Ein solches Ur-Rechtsgut wäre indessen vollkommen inhaltsleer und daher als Massstab für Abwägungen untauglich. Interessengewichtungen sind auf aussagekräftige Massstäbe angewiesen. Dieser Anforderung genügen die in der Verfassung verankerten und im Rahmen der Verfassungsjudikatur entwickelten Rechtsgüter, d.h. die Grundrechte und öffentlichen Interessen mit ihren jewei-

---

231 Vgl. LEISNER, S. 75 ff. (Unvergleichbarkeit öffentlicher Belange untereinander), 82 ff. (Unvergleichbarkeit öffentlicher und privater Belange).

232 *Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises*, 486 U.S. 888 (1988). Zum Problem der Inkommensurabilität namentlich die Analysen von WEBBER, 194 ff.; URBINA, S. 586 ff.; MÖLLER, S. 719 ff.; POSCHER, S. 288 ff., 301 ff.

233 Vgl. DRUEY, S. 145; ALEXU, Theorie, S. 139.

ligen Konkretisierungen. Das Dilemma besteht folglich darin, dass die Aussagekraft von Rechtsgütern als Abwägungsmassstäbe nur mit ihrer Verschiedenartigkeit zu haben ist.

Verschiedenartigkeit heisst jedoch nicht Unvergleichbarkeit. Die Verschiedenartigkeit der Rechtsgüter wäre nur dann ein Problem, wenn sie mit unterschiedlichen Gewichten einhergehen würde. In diesem Fall müssten die Rechtsgüter in eine Rangordnung gebracht werden, um deren Vergleichbarkeit herzustellen. Eine solche – ordinale oder kardinale – Rangordnung von Rechtsgütern oder gar ein geschlossenes Wertesystem lässt sich dem Verfassungsrecht nicht entnehmen.<sup>234</sup> Im Gegenteil hält das Bundesgericht fest, dass die Verfassung keine Einheit bildet, «sondern oft eine historisch gewachsene Struktur punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge». Aus der fehlenden Einheit der Verfassung schliesst das Bundesgericht: «Solange der Verfassungsgeber einer einzelnen Norm nicht ausdrücklich Vorrang einräumt, ist auslegungsmässig grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit der Regelungen auszugehen.»<sup>235</sup> Damit gilt für das schweizerische Verfassungsrecht eine *Vermutung der Gleichwertigkeit* der verfassungsrechtlich anerkannten Rechtsgüter.<sup>236</sup>

Soweit die verfassungsrechtlichen Rechtsgüter gleichwertig sind, bilden sie einen einheitlichen normativen Massstab für Interessenabwägungen. Dieser Massstab kann als verfassungsrechtliches Gewicht oder kurz: «*Verfassungsgewicht*» bezeichnet werden. Unter der Prämisse der abstrakten Gleichwertigkeit von Grundrechten und öffentlichen Interessen ist in einem konkreten Fall zum Beispiel das Verfassungsgewicht eines schweren Eingriffs in ein Grundrecht gleich gross wie das Verfassungsgewicht einer starken Verwirklichung eines öffentlichen Interesses, jedoch grösser als eine mittelstarke oder leichte Verwirklichung eines öffentlichen Interesses. Anhand des vermutungsweise gleichen Verfassungsgewichts der Rechtsgüter lassen sich damit die Gewichte der von einer Handlung betroffenen Interessen danach bemessen, wie intensiv sie in Rechtsgüter eingreifen oder diese verwirklichen.<sup>237</sup> Individual- und All-

234 SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 21 f.; HOFSTETTER, Rz. 290; GRIFFEL, Rz. 452, 466; HÄFELIN, Wertung, S. 595; WULLSCHLEGER, Interessenabwägung, S. 81 f.; vgl. auch G. MÜLLER, S. 347 f. Für das deutsche Verfassungsrecht namentlich SCHLINK, Abwägung, S. 45; ALEXY, Theorie, S. 142; POSCHER, S. 289.

235 BGE 139 I 16 E. 4.2.1 S. 24 (beide Zitate). Sodann BGE 22 1012 E. 5 S. 1020 («es bestehen sämtliche Grundsätze des Verfassungsrechtes mit gleicher Rechtskraft neben einander»); 140 I 201 E. 6.7 S. 213 («aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux»); 105 Ia 330 E. 3c S. 336; 128 II 1 E. 3d S. 10 f.; 149 I 182 E. 3.3.1 S. 189.

236 M. MÜLLER, S. 69; TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 118; DERS., Verfassungssätze, S. 104 f. («einerlei Verfassungsrecht»); HÄFELIN, Verfassungsgebung, S. 88 f. Kritisch gegenüber der Schlussfolgerung von der fehlenden Einheit der Verfassung auf die Gleichwertigkeit der Verfassungsbestimmungen: J. P. MÜLLER, Praktische Konkordanz, S. 336.

237 Vgl. SCHLINK, Abwägung, S. 140.

gemeininteressen sind auf diese Weise prinzipiell nach einem einheitlichen verfassungsrechtlichen Massstab vergleichbar.<sup>238</sup>

Die Gleichwertigkeit der Verfassungsgüter ist eine Vermutung, die umgestossen werden kann. Zu denken ist in erster Linie an die *Menschenwürde* als normatives Fundament der Grundrechte<sup>239</sup> und das *Recht auf Leben* als primäres Gut, das Voraussetzung für alle anderen Güter bildet. Der besondere Schutz des Lebens kommt in der allgemeinen Abwägungsregel von Art. 2 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin<sup>240</sup> zum Ausdruck, wonach das «Interesse und das Wohl des menschlichen Lebens» Vorrang haben gegenüber dem «blossenen Interesse der Gesellschaft oder der Wissenschaft». Die bundesgerichtliche Rechtsprechung trägt der überragenden Stellung der Menschenwürde und des Lebensrechts dadurch Rechnung, dass die beiden Güter in ihren Kernbereichen absolut geschützt und von Abwägungen abgeschottet werden. Eine Infragestellung der fundamentalen Gleichwertigkeit der Menschen<sup>241</sup> sowie absichtliche Eingriffe in das Lebensrecht<sup>242</sup> sind unabhängig von entgegenstehenden Interessen nicht tolerierbar.<sup>243</sup> Der generelle Vorrang dieser Güter wird mithin in Form von *Abwägungsverboten* verwirklicht (Kap. B.III.3). Mit der Unantastbarkeit der grundrechtlichen Kerngehalte (Art. 36 Abs. 4 BV) statuiert die Verfassung folglich eine bestimmte Rangordnung von Rechtsgütern.<sup>244</sup> Auf Interessengewichtungen im Einzelfall hat diese Rangordnung hingegen keinen Einfluss, da gar keine Abwägungen stattfinden, wenn absolut geschützte Grundrechtsgehalte betroffen sind.

Was Grundrechtsgehalte ausserhalb des Kernbereichs betrifft, sind Priorisierungen im Sinne einer *Vorrangstellung ideeller Grundrechte* wie der Meinungs- und Versammlungsfreiheit (sog. preferred positions) vorgenommen worden.<sup>245</sup> Das Bundesgericht veranschlagt im Zusammenhang mit der Beanspruchung von öffentlichem Grund das Gewicht ideeller Grundrechte höher als das Gewicht der Wirtschaftsfreiheit.<sup>246</sup> Diese Differenzierung hat damit zu tun, dass in einer Demokratie der Ausübung ideeller Grundrechte im öffent-

---

238 Vgl. SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 288: «Entgegen verbreiteter Meinung kann man nämlich durchaus Äpfel mit Birnen vergleichen: Es geht dabei um relative Präferenzen.»

239 RÜTSCHKE, Rechte, S. 286 ff.

240 Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (SR 0.810.2).

241 BGE 148 IV 113 E. 3 S. 116 («Gleichwertigkeit als menschliche Wesen»); 127 I 6 E. 5b S. 14 f. («Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit»).

242 BGE 98 Ia 508 E. 4a S. 514. Die Todesstrafe ist in Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV explizit verboten.

243 In wenigen Ausnahmekonstellationen (lebensrettende Notwehr und Notwehrhilfe, rechtmässige Kriegshandlungen, passive Sterbehilfe) ist indessen selbst eine – verhältnismässige – Einschränkung des Kernbereichs des Lebensrechts zulässig; vgl. RÜTSCHKE, Rechte, S. 352 f. (Recht auf Leben als «beschränkter Kerngehalt»).

244 Vgl. RHINOW/SCHÉFER/ÜBERSAX, Rz. 530.

245 J. P. MÜLLER, Verwirklichung, S. 138; HÄNNI, S. 170.

246 BGE 126 I 133 E. 4d S. 140; 149 I 248 E. 4.5.2 S. 256.

lichen Raum eine wichtige Funktion zukommt.<sup>247</sup> Somit verbindet sich das von ideellen Grundrechten geschützte Individualinteresse mit dem institutionellen Interesse an einer funktionierenden Demokratie. In Abwägungen ist dieser institutionelle Aspekt zusätzlich zu berücksichtigen. Dies gilt auch für andere Grundrechte, denen neben der menschenrechtlichen zugleich eine institutionelle Funktion eigen ist, wie etwa der Wirtschaftsfreiheit als Individualgarantie (Art. 27 BV) und den Wettbewerb schützenden Systemgarantie (Art. 94 BV).<sup>248</sup> Sind solche *Grundrechte mit institutioneller Dimension* berührt, gilt es in der Abwägung zwei Arten von Rechtsgütern zu berücksichtigen – das Individualrecht und den Systemschutz (öffentliches Interesse). Das bedeutet zugleich, dass diese Grundrechte in ihren individualrechtlichen Gehalten anderen Grundrechten nicht übergeordnet sind. Insofern wird die Vermutung der Gleichwertigkeit der verfassungsrechtlichen Rechtsgüter nicht widerlegt.

Die Rechtsordnung anerkennt auf Gesetzesstufe und im Rahmen des judikativen Fallrechts auch Individualinteressen, die *ausserhalb des Schutzbereichs eines Grundrechts* oder eines sonstigen verfassungsmässigen Rechts liegen, als schutzwürdig. Dazu gehören Vermögensinteressen ausserhalb grundrechtlicher Kernbereiche sowie Handlungsfreiheiten, die für die Persönlichkeitsentfaltung nicht elementar sind, aber trotzdem einen gewissen Schutz durch die Rechtsordnung erhalten (Kap. B.III.1). Schutzwürdige Individualinteressen, die nicht unter den Schutzbereich eines Grundrechts fallen und auch sonst nicht von einem verfassungsmässigen Recht erfasst sind, müssen zwar ebenfalls in Abwägungen berücksichtigt werden. Ihnen kommt aber geringeres Gewicht zu als den grundrechtlich geschützten Interessen. Die Grundrechte verlören ihren Sinn als qualifizierte Individualgarantien, wenn Interessen innerhalb und ausserhalb der grundrechtlichen Schutzbereiche dasselbe Gewicht hätten.<sup>249</sup> Verfassungsrechtliche Rechtsgüter verleihen demzufolge den von ihnen geschützten Interessen in Abwägungen ein höheres Gewicht als Rechtsgüter ohne Verfassungsrang. Ob und wie stark Individualinteressen ohne Grundrechtsqualität zu schützen sind, kann sich aus fallübergreifenden Abwägungsgesichtspunkten ergeben (Kap. B.III.2). Fehlt es an solchen Gesichtspunkten, bedarf es einer richterlichen Wertentscheidung im Einzelfall.

---

247 Dazu kritisch SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 281 ff.

248 BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 384 f.

249 Vgl. im Zusammenhang mit der bundesgerichtlichen Überprüfung der Verhältnismässigkeit bei der Anwendung kantonalen Rechts BGE 134 I 153 E. 4.2.2 S. 157 f.: «Die speziellen Grundrechtsgarantien und die in Art. 36 BV für Einschränkungen derselben aufgestellten Voraussetzungen (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) würden verwässert und verlören letztlich den ihnen zugedachten Sinn, wenn eine gleichartige Kontrolle gegenüber sämtlichen staatlichen Anordnungen schon gestützt auf die entsprechenden allgemeinen Grundsätze in Art. 5 Abs. 1 und 2 BV erwirkt werden könnte.»

Fraglich ist, ob die Differenzierung zwischen Rechtsgütern mit und ohne Verfassungsrang auch in Bezug auf *öffentliche Interessen* vorzunehmen ist. Eine solche Differenzierung ist schwieriger durchzuführen, weil die öffentlichen Interessen – anders als die Grundrechte – nicht in Form eines verfassungsrechtlichen Katalogs aufgeführt sind. Falls sich aber ein öffentliches Interesse nicht in einer Zuständigkeits-, Aufgaben- oder Zielnorm der Bundesverfassung oder der massgebenden Kantonsverfassung widerspiegelt, sollte diesem mangels verfassungsrechtlicher Anerkennung ein geringeres Gewicht beigemessen werden. Mögliche Beispiele sind das öffentliche Interesse am Schutz der Sittlichkeit oder daran, Bräuche wie Fasnacht oder Silvester aufgrund ihrer Ventilfunktion «im Sinne einer zeitlich befristeten Lizenz zu legalen Exzessen» zu wahren.<sup>250</sup>

Wenn das Vermögen von Individuen als solches kein verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut darstellt, fragt sich, ob dies auch für das Vermögen des Staates gilt. Dabei geht es um die Frage, mit welchem Gewicht die *Kosten für staatliche Tätigkeiten und Leistungen* wie Subventionen oder Sozialversicherungsleistungen in Abwägungen zu veranschlagen sind. Es wäre an sich widersprüchlich, nur das Vermögen des Staates, nicht aber das Vermögen von Privatpersonen qualifiziert zu schützen. Im Unterschied zum Privatvermögen dient indessen das Staatsvermögen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und damit substantziellen – verfassungsrechtlich anerkannten – öffentlichen Interessen. Die für das Gemeinwesen oder eine Sozialversicherung anfallenden Kosten sind daher im Einzelfall in dem Masse zu gewichten, wie sie sich auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die damit verfolgten öffentlichen Interessen insgesamt auswirken. Sind die Kosten so hoch, dass sie – unter Berücksichtigung vergleichbarer Fälle – die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gefährden, kommt ihnen in Abwägungen ein entsprechend hohes Gewicht zu (zum Gebot der Verallgemeinerungsfähigkeit von Kosten-Nutzen-Abwägungen: Kap. B.V.1).

Das *Problem der Inkommensurabilität* der Abwägungsmassstäbe ist nach alledem stark relativiert. Soweit die verfassungsrechtlichen Rechtsgüter als gleichwertig betrachtet werden, existiert ein einheitlicher Abwägungsmassstab, dank dem unterschiedliche Individual- und Allgemeininteressen miteinander vergleichbar sind. Höhergewichtige Rechtsgüter wie die grundrechtlichen Kerngehalte sowie qualifizierte öffentliche Interessen, etwa der Schutz von Mooren und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung (Art. 78 Abs. 5 BV), wirken nicht als besondere Abwägungsmassstäbe, sondern als Abwägungsverbote. Generell geringer zu gewichten sind demgegenüber individuelle Vermögens- und Freiheitsinteressen oder auch Allgemeininteressen, die zwar als schutzwürdig gelten, aber nicht von einem Rechtsgut mit Verfassungsrang erfasst sind.

---

250 So BGE 146 II 17 E. 9.3 S. 29.

## 2. *Intensität der Betroffenheit*

Der Kern der Interessengewichtung besteht darin, die Intensität zu bestimmen, mit der staatliche oder private Handlungen in Rechtsgüter eingreifen sowie Rechtsgüter verwirklichen. Abwägungen sind mithin *Vergleiche von Intensitäten*, mit denen Rechtsgüter betroffen sind.<sup>251</sup> Für die Messung dieser Intensitäten sind die richterrechtlich entwickelten oder gesetzlich verankerten Abwägungsgesichtspunkte ein wichtiges Hilfsmittel. Diese verleihen den Interessengewichtungen eine gewisse Messbeständigkeit und machen sie insoweit vorhersehbar und nachvollziehbar (Kap. B.III.2). Was Grundrechtseingriffe betrifft, existiert ein umfangreiches Fallrecht, das zwischen verschiedenen Intensitäten von Beeinträchtigungen unterscheidet; in dieser Rechtsprechung lassen sich zahlreiche Gewichtungskriterien mit fallübergreifender Bedeutung erkennen.<sup>252</sup> Hinzu kommen – eher selten – gesetzliche Aussagen zur Gewichtung von Individualinteressen. Häufiger sind demgegenüber gesetzliche Hinweise zur Gewichtung von öffentlichen Interessen, während die Rechtsprechung diesbezüglich weniger ergiebig ist.

Für die *Gewichtung von Individualinteressen* sind zum einen objektive Faktoren heranzuziehen. Dazu gehören das Ausmass, in dem individuelle Rechtsgüter beeinträchtigt oder geschützt werden, sowie die Wahrscheinlichkeit, mit der die Wirkungen einer Handlung eintreten. Zum anderen bestimmen subjektive Faktoren die Interessengewichtung, namentlich das Verhalten und die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person. Innerhalb dieser Kategorien von Abwägungsgesichtspunkten sind wiederum verschiedene Gewichtungskriterien heranzuziehen:

- *Ausmass der Beeinträchtigung oder des Schutzes*: Aus abwehrrechtlicher Sicht ist zu beurteilen, wie schwer das betroffene Rechtsgut durch den Eingriff – unabhängig von der Eintretenswahrscheinlichkeit – beeinträchtigt wird. Ist ein wesentlicher Teilgehalt oder nur ein Randbereich eines Grundrechts betroffen? In welchem Umfang wird der Grundrechtsträger durch den Eingriff in der Grundrechtsausübung behindert? Wie lange dauert der Eingriff? Hat der Grundrechtsträger Ausweichmöglichkeiten, um den Eingriff abzumildern? Ist der Eingriff reversibel oder drohen irreversible Schädigungen? Im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Schutzpflichten ist umgekehrt zu fragen, in welchem Ausmass staatliches Handeln geeignet ist, Grundrechtsgüter vor einer drohenden Beeinträchtigung zu schützen.

Für die Beurteilung der Eingriffsschwere hat die *Rechtsprechung* in Bezug auf einzelne Grundrechtsgehalte eine Vielzahl von Kriterien entwickelt.<sup>253</sup> Dabei differenziert

251 HUBMANN, S. 114 f. («Interessenintensität»); POSCHER, S. 297 ff. («Vergleich von Realisierungsgraden»); BARAK, S. 350 ff. («comparing the marginal benefit to the marginal harm»).

252 Relativierend KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 Rz. 34 («bisher kaum gefestigte Kriterien» zur Abgrenzung zwischen schwerwiegenden und leichten Einschränkungen).

253 Namentlich SCHEFER, S. 26 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 Rz. 34 ff.

das Bundesgericht zwischen leichten und schweren, teilweise auch besonders schweren<sup>254</sup> Grundrechtseingriffen. Aus der *Gesetzgebung* können sich ebenfalls spezifische Anhaltspunkte für die Unterscheidung zwischen schweren und leichten Eingriffen ergeben. So etwa aus der datenschutzrechtlichen Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten (Art. 5 lit. c DSGVO) oder aus der beispielhaften Aufzählung minimaler Risiken und Belastungen im Humanforschungsrecht (Art. 7 HFV<sup>255</sup> und Art. 2 lit. c KlinV<sup>256</sup>). Ein weiteres Beispiel ist Art. 684 Abs. 2 ZGB, der für die Beurteilung übermässiger Immissionen auf Nachbargrundstücke die Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie den Ortsgebrauch als massgebend erklärt. In der dafür erforderlichen Interessenabwägung haben Gerichte den «Massstab des Empfindens eines Durchschnittsmenschen in der gleichen Situation» zugrunde zu legen.<sup>257</sup>

- *Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung oder des Schutzes*: In den meisten Abwägungen kann aufgrund des Sachverhalts davon ausgegangen werden, dass sich die staatliche oder private Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf das betroffene Individualgut auswirken und dieses damit beeinträchtigen wird (Kap. C.II.3). Dies gilt umso mehr für retrospektive Abwägungen, die nach Eintritt des Erfolgs, etwa im Rahmen eines Staatshaftungsverfahrens, durchgeführt werden.<sup>258</sup> In besonderen Konstellationen ist der Erfolg der Handlung indessen nur mehr oder weniger wahrscheinlich. Das Rechtsgut ist in solchen Fällen gefährdet, aber nicht verletzt. Wenn eine Handlung lediglich mit einer gewissen Gefahr einer Rechtsgutsverletzung verbunden ist, sollte sich dies in einer entsprechend geringeren Gewichtung des betroffenen Individualinteresses niederschlagen. Beispiele sind medizinische Behandlungsverhältnisse oder klinische Versuche, die mit dem Risiko unerwünschter Nebenwirkungen verbunden sind. Sodann ist die Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten mit Risikoabschätzungen verbunden. Dabei stellen sich regelmässig zwei Fragen: Wie gross ist die Gefahr für eine bestimmte Person, etwa durch eine Gewalttat oder ein Naturereignis in ihren Grundrechten verletzt zu werden? Und: Mit welcher Wahrscheinlichkeit ist staatliches Eingreifen geeignet, den Grundrechtsträger durch Abwehr der Gefahr zu schützen?
- *Verhalten der betroffenen Person*: Die Interessengewichtung kann weiter vom Verhalten der betroffenen Person abhängen.<sup>259</sup> Dies gilt vor allem für Abwägungen, in denen das Vertrauen in eine staatliche oder private Handlung zu gewichten ist, wie etwa beim Widerruf einer Verfügung. So führt

---

254 BGE 145 II 140 E. 4.1 S. 145 (besonders schwerer Eigentumseingriff als materielle Enteignung); 97 I 45 E. 4a S. 51 f. (besonders schwer wiegende Freiheitsbeschränkung).

255 Verordnung vom 20. September 2013 über die Humanforschung mit Ausnahme der klinischen Versuche (Humanforschungsverordnung; SR 810.301).

256 Verordnung vom 20. September 2013 über klinische Versuche mit Ausnahme klinischer Versuche mit Medizinprodukten (Verordnung über klinische Versuche; SR 810.305).

257 BGE 145 I 250 E. 5.2 S. 253.

258 Zur Gefahr von Rückschaufehlern in solchen Fällen: M. MÜLLER, S. 79 ff.

259 HUBMANN, S. 115 ff. (Arglist, Absicht, Verschulden, Gefährdung, Veranlassung).

eine Bösgläubigkeit des Betroffenen zu einer Herabsetzung des Vertrauensschutzes.<sup>260</sup> Beispiele aus der Praxis sind Interessengewichtungen im Zusammenhang mit dem Rückbau von bösgläubig erstellten widerrechtlichen Bauten.<sup>261</sup> Umgekehrt erhöht sich das Gewicht des Individualinteresses, wenn ein Privater aufgrund des vertrauensbegründenden Verhaltens der Behörde Dispositionen getroffen hat, die er nicht ohne Nachteil wieder rückgängig machen kann.<sup>262</sup>

Das Verhalten des Betroffenen spielt darüber hinaus in Form des *Verschuldens* bei der Strafzumessung sowie der Bemessung und Anordnung von Verwaltungssanktionen eine entscheidende Rolle. Diesbezüglich ist das Verhalten des Betroffenen aber nicht ein Faktor für die Gewichtung des Individualinteresses, sondern des öffentlichen Sanktionsinteresses. Dieses steht und fällt mit dem Verschulden des Täters, während dessen Individualinteresse an der Vermeidung der Sanktion nicht vom Verschulden abhängt.

- *Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person*: Für die Gewichtung von Individualinteressen ist weiter von Bedeutung, wie verletzlich oder schutzbedürftig die betroffenen Personen sind. Dieser Gesichtspunkt ist etwa in Abwägungen betreffend die Erstreckung von Mietverhältnissen massgebend (Art. 272 Abs. 2 lit. c OR: Berücksichtigung der «persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien»). Des Weiteren ist die Schutzbedürftigkeit im Sinne der Sanktionsempfindlichkeit ein Faktor für die Bemessung von Strafen und Verwaltungssanktionen: So verlangt Art. 47 Abs. 1 StGB für die Strafzumessung die Berücksichtigung der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Oder Art. 16 Abs. 3 SVG erklärt die berufliche Notwendigkeit, ein Motorfahrzeug zu führen, als massgebenden Gesichtspunkt für die Festsetzung der Dauer des Führerausweisentzugs. Ferner haben Behörden auf eine besondere Schutzbedürftigkeit betroffener Personen Rücksicht zu nehmen, wenn sie einschneidende Polizeimassnahmen wie eine Haft<sup>263</sup> oder eine polizeiliche Vorführung<sup>264</sup> anordnen.<sup>265</sup>

Somit sind für die Gewichtung von Individualinteressen die Schwere und Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung oder des Schutzes der Interessen sowie das Verhalten und die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person zu berücksichtigen. Die *Anzahl der betroffenen Personen* darf demgegenüber aus individualrechtlicher Perspektive keine Rolle spielen.<sup>266</sup> Grundrechte sind nicht

---

260 HOFSTETTER, Rz. 320 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 468.

261 BGE 108 Ia 216 E. 4b S. 218; 136 II 359 E. 9 S. 368 f.

262 BGE 103 Ib 204 E. 5b S. 209: «Eine Schonung der Interessen der Beschwerdeführerin wird namentlich dann in Frage kommen, wenn sie im Vertrauen auf die Beständigkeit der erteilten Baubewilligung eine Disposition getroffen hat, die sie nicht ohne unzumutbare Einbussen rückgängig machen kann.» Sodann BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 71 f.

263 Vgl. BGE 134 II 201 E. 2.2.3 S. 205.

264 Vgl. BGE 124 I 40 E. 4b S. 45 f.

265 HOFSTETTER, Rz. 334 f.

266 RÜTSCHKE, Rechte, S. 349 f.; SEILER, Individualrisiko und Kollektivrisiko, S. 30.

quantifizierbar. Sie bilden als subjektive Rechte ein Gegenwicht gegen die utilitaristische Logik der Nutzenmaximierung. Es kann daher keinen Unterschied machen, ob das Recht eines Einzelnen oder die Rechte Vieler dem Allgemeininteresse entgegentreten. Das Gewicht von grundrechtlich geschützten Interessen bestimmt sich folglich nicht nach der Menge der betroffenen Personen. Dasselbe muss für Individualgüter ausserhalb des Schutzbereichs von Grundrechten gelten, namentlich für das Vermögen und nicht elementare Handlungsfreiheiten.

Die Anzahl Betroffener darf somit nicht relevant sein, wenn der Staat in individuelle Interessenspositionen eingreift oder solche schützt. Davon abzugrenzen sind staatliche Massnahmen, welche die Prävention von *Kollektivrisiken* bezwecken. Dabei handelt es sich um Risiken von menschlichen Tätigkeiten oder Naturgefahren für ein Kollektiv, sei es die ganze Bevölkerung, seien es Teile davon. Zu denken ist etwa an die Risiken einer Nuklearkatastrophe<sup>267</sup>, eines terroristischen Anschlags<sup>268</sup>, des Strassenverkehrs, eines Felssturzes<sup>269</sup> oder einer Pandemie. Zur Bestimmung des Kollektivrisikos ist die Gesamtzahl der möglichen Opfer mit der Eintretenswahrscheinlichkeit zu multiplizieren. Das *Individualrisiko* bezeichnet demgegenüber das Risiko für die einzelne Person, Opfer einer Nuklearkatastrophe, eines Terroranschlags, eines Verkehrsunfalls, eines Felssturzes oder einer Pandemie zu werden.

Was die ersten drei Risikoarten betrifft, sind die Kollektivrisiken signifikant höher als die – vernachlässigbaren – Individualrisiken. Umgekehrt gefährdet ein Felssturz in erster Linie individuelle Grundeigentümer oder Mieter, und auch in einer Pandemie kann das Individualrisiko je nach Vulnerabilität höher sein als das Kollektivrisiko. Staatliche Risikovorsorge muss sowohl Individualrisiken als auch Kollektivrisiken im Blick haben. Dabei sollten Individualrisiken unter dem *Aspekt grundrechtlicher Schutzpflichten* (z.B. Schutz der Rechte auf Leben und Integrität),<sup>270</sup> Kollektivrisiken dagegen unter dem *Aspekt öffentlicher Interessen* (z.B. Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit) beurteilt und gewichtet werden. Eine Berufung auf grundrechtliche Schutzpflichten zur Eindämmung von Kollektivrisiken käme einerseits einer quantitativen Bemessung der Grundrechtsbetroffenheit gleich und würde damit den individualrechtlichen Ansatz zugunsten eines utilitaristischen, auf den Gesamtnutzen be-

---

267 Z.B. BGE 140 II 315: Beschwerde wegen Unterlassens aufsichtsrechtlicher Massnahmen im Bereich der Störfallvorsorge.

268 Z.B. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006, 1 BvR 357/05: Beschwerde gegen die gesetzliche Ermächtigung der Streitkräfte, durch unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ein Luftfahrzeug abzuschliessen, das gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll.

269 Z.B. BGer, Urteil 1C\_567/2014 vom 14. Juli 2015: Anordnung des Gemeinderats von Weggis auf Aussiedlung der Bewohner der Horlauri und Rückbau der Wohnhäuser wegen Gefährdung durch einen Felssturz.

270 Vgl. dagegen BGer, Urteil 1C\_567/2014 vom 14. Juli 2015, E. 5.2 und 6.4: Berufung auf «öffentliche Interessen am Schutz von Leib und Leben» der vom Felssturz gefährdeten Grundeigentümer.

zogenen Grundrechtsverständnisses aufgeben. Andererseits müsste eine grundrechtliche Betrachtungsweise von Kollektivrisiken konsequenterweise zu einem Verbot von Tätigkeiten führen, die mit statistischer Sicherheit zu Todesfällen und damit zu einer Verletzung des Lebensrechts führen, wie beispielsweise der Strassenverkehr.<sup>271</sup>

Das zur Unterscheidung von Individual- und Kollektivrisiken Gesagte muss analog für *Individual- und Kollektivnutzen* gelten: Wenn es darum geht, mit beschränkten öffentlichen Mitteln maximalen Nutzen zu erzielen, ist die Grösse dieses Nutzens von der Anzahl Personen abhängig, die von der Massnahme profitieren. So steht der Staat im Gesundheitswesen vor der Herausforderung, mit den vorhandenen knappen Mitteln für die Bevölkerung einen möglichst grossen gesundheitlichen Gesamtnutzen zu erzielen.<sup>272</sup> Ein anderes Beispiel ist die Gewährung von Kultushandlungen in einer Strafanstalt: Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass es sich unter dem Gesichtspunkt beschränkter räumlicher und organisatorischer Möglichkeiten rechtfertigen kann, nicht jeder Glaubensgemeinschaft, die dies wünscht, einen eigenen Gottesdienst zu gestatten. Dabei verwies das Bundesgericht auf die Anzahl der Angehörigen nicht-christlicher Glaubensgemeinschaften.<sup>273</sup> In solchen Fällen befindet sich die Behörde in einer Art Pflichtenkollision.<sup>274</sup> Zur Maximierung des Kollektivnutzens muss es ihr zustehen, von den Handlungsalternativen diejenige zu wählen, mit der die Grundrechte der grössten Zahl von Betroffenen gewahrt werden können. Dies kann jedoch nur unter der Prämisse gelten, dass die Handlungsalternativen aus grundrechtlicher Sicht gleichwertig sind (gleicher Individualnutzen).

Die Frage der *Gleichwertigkeit betroffener Grundrechtsinteressen* hängt von der Eingriffsintensität ab: Wenn zum Beispiel eine Behörde zu entscheiden hat, ob auf öffentlichem Grund zu einem bestimmten Zeitpunkt eine politische Veranstaltung, ein öffentlicher Gottesdienst oder ein Rockkonzert stattfinden soll, stellt sich die Frage, wie stark die relevanten Grundrechte (Versammlungs-, Meinungs-, Religions- und Wirtschaftsfreiheit) durch eine Verweigerung der beantragten Nutzungen tangiert sind. Nur wenn die Eingriffsintensitäten vergleichbar gross sind, wird die Anzahl betroffe-

271 Zum Ganzen SEILER, Individualrisiko und Kollektivrisiko, S. 19 ff., 28 ff. Vgl. auch BGE 126 II 300 E. 4e/aa S. 311 f.: «Zahlreiche oder gar die meisten menschlichen Tätigkeiten können unter gewissen Umständen zu Gesundheitsbeeinträchtigungen Dritter führen. Das Polizei- und Umweltrecht kann und soll die Wahrscheinlichkeit einer solchen Beeinträchtigung möglichst begrenzen. Die Forderung nach einem Null-Risiko hätte jedoch zur Folge, dass ein grosser Teil sämtlicher menschlicher Aktivitäten verboten werden müsste, was unverhältnismässig wäre.» Sodann BGE 147 I 450 E. 3.2.3 S. 454.

272 Mit Bezug auf die Gesundheitsökonomie: SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 23, 290 ff.

273 BGE 113 Ia 304 E. 4d S. 307 f.

274 Zur Pflichtenkollision im Strafrecht BGE 130 IV 7 E. 7 S. 19 f.: «Der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision liegt vor, wenn zwei Rechtspflichten in derselben Situation so zusammentreffen, dass der Verpflichtete keine von ihnen ohne Verletzung der anderen erfüllen kann. Wer bei zwei konkurrierenden Handlungspflichten die höhere oder auch nur gleichwertige Pflicht auf Kosten der anderen erfüllt, handelt somit nicht rechtswidrig.»

ner Grundrechtsträger zum möglichen Entscheidungsfaktor. Daneben ist aber auch zu berücksichtigen, wie stark die öffentlichen Interessen (z.B. öffentliche Sicherheit und Ruhe) durch die einzelnen Nutzungsarten berührt sind.

Für die *Gewichtung von Allgemeininteressen* sind in verschiedener Hinsicht Quantifizierungen erforderlich.<sup>275</sup> In Betracht zu ziehen sind Ausmass und Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung oder Beeinträchtigung öffentlicher Interessen, die Anzahl Betroffener sowie, namentlich bei der Bemessung von Sanktionen, Verschulden und Charakter der betroffenen Person:

- *Ausmass der Verwirklichung oder Beeinträchtigung*: Für die Gewichtung der mit einer staatlichen Handlung verfolgten Allgemeininteressen ist zunächst aus objektiver Perspektive zu beurteilen, wie wichtig diese Interessen im Lichte öffentlicher Interessen sind und wie schwer die Handlung allenfalls andere öffentliche Interessen beeinträchtigt. Massgebend ist somit, wie intensiv mit der Erreichung des von der Behörde angestrebten Regulierungsziels rechtlich anerkannte öffentliche Interessen betroffen sind.

Die Fragestellung lässt sich am Beispiel eines *Skipistenbaus* veranschaulichen: Der Bau einer Skipiste ist im Rahmen von Art. 24 RPG (Bauen ausserhalb der Bauzone) aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen. Auf der einen Seite ist zu fragen, in welchem Ausmass der Bau der konkreten Skipiste den wirtschaftlichen Interessen des betroffenen Gemeinwesens an einer besseren Erschliessung der touristischen Attraktionen dient. Auf der anderen Seite sind die betroffenen Naturschutzinteressen zu gewichten. Diese werden insbesondere im eidgenössischen Jagdgesetz näher definiert. So sieht Art. 1 Abs. 1 lit. a JSG vor, dass die Artenvielfalt und die Lebensräume der einheimischen wildlebenden Säugetiere und Vögel erhalten bleiben sollen. Zu diesem Zweck werden Schutzgebiete (Jagdbanngebiete) ausgeschieden. Die Schutzziele einzelner Jagdbanngebiete sind im Bundesinventar über die eidgenössischen Jagdbanngebiete näher definiert. Das Bundesgericht kam in einem Urteil vom 11. März 2008 betreffend ein Skipistenprojekt im Gebiet Engelberg-Trübsee-Tillis zum Schluss, dass der Pistenbau dem Schutzgedanken des Jagdbanngebietes deutlich zuwiderläuft und die Vorinstanz den nationalen Interessen am Erhalt der Artenvielfalt im Jagdbanngebiet zu wenig Gewicht beigemessen hatte.<sup>276</sup>

- *Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung oder Beeinträchtigung*: Auch bei der Gewichtung von Allgemeininteressen stellt sich neben der Frage der Schwere die Frage der Wahrscheinlichkeit, mit der Rechtsgüter durch eine Handlung verwirklicht oder beeinträchtigt werden. In Bezug auf öffentliche Interessen ist die Bestimmung der Wahrscheinlichkeiten regelmässig komplexer und unsicherer als in Bezug auf individuelle Rechtsgüter. Erforderlich sind Prognosen über die Wirksamkeit staatlichen Handelns. Wenn es um den Schutz öffentlicher Interessen vor Beeinträchtigungen geht, stellen sich wie bei der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten zwei Fragen: Zum

---

275 Zum Postulat der Quantifizierung von Interessenabwägungen durch Gerichte: SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 287 ff.

276 Zum Ganzen BGE 134 II 97 E. 3 S. 99 ff.

einen die Frage, ob eine Verletzung oder nur eine Gefährdung des Rechtsguts vorliegt und wie gross gegebenenfalls die Gefährdung ist. Dabei können je nach gesetzgeberischer Wertung bereits abstrakte Gefährdungen von Kollektivgütern genügen, um staatliches Eingreifen zu legitimieren (Kap. C. II.3). Je geringer die Gefährdung des öffentlichen Interesses, desto leichter ist dessen Gewicht. Zum anderen ist zu beurteilen, wie gross die Chance ist, mit der vorgesehenen Schutzmassnahme das Kollektivgut vor Verletzungen oder Gefahren zu schützen (Wirksamkeit der Massnahme).<sup>277</sup>

Wirksamkeitsprognosen nahm etwa der Bundesrat im Rahmen des Handlungsprogramms «Via sicura» für mehr Sicherheit im Strassenverkehr aus dem Jahr 2010 vor. Als Massnahme zur Reduktion von Strassenverkehrsunfällen prüfte der Bundesrat insbesondere die Einführung einer *Pflicht zum Tragen von Velohelmen*. Die Botschaft verwies auf zahlreiche international publizierte Studien, die das Tragen des Velohelms als wirksame Massnahme zur Vermeidung von Kopfverletzungen belegen. Die Studien ergaben eine durchschnittliche Risikoverminderung durch den Velohelm bei Kopfverletzungen um 60 Prozent, bei Gehirnverletzungen um 58 Prozent und bei Gesichtsverletzungen um 47 Prozent. Gestützt auf diese empirischen Daten schlug der Bundesrat ein Obligatorium zum Tragen von Helmen für Kinder vor.<sup>278</sup> Das Parlament lehnte in der Folge jedoch eine solche Pflicht ab mit den Argumenten, dass die Tragquote bereits hoch sei, die Eigenverantwortung der Eltern funktioniere und die Sensibilisierungskampagnen fortzusetzen seien.<sup>279</sup>

- *Anzahl betroffener Personen*: Im Unterschied zur Gewichtung von Individualinteressen ist für die Gewichtung von Allgemeininteressen die Anzahl der betroffenen Personen (Grösse des Kollektivs) ein mitentscheidender Faktor.<sup>280</sup> Dies gilt für die Bewertung von Kollektivrisiken und Kollektivnutzen: Je mehr Menschen von einem Risiko betroffen sind, desto schwerer wiegt das öffentliche Interesse an einer Massnahme zur Kontrolle dieses Risikos. Und je mehr Menschen von einer Handlung profitieren, desto gewichtiger ist das öffentliche Interesse an dieser Handlung. Wenn es um lebensrettende Massnahmen geht, stellt sich die schwierige Frage, ob die Summe potenziell geretteter Menschenleben oder vielmehr geretteter Menschenlebensjahre zählen soll. Die Verfassung schweigt zu dieser Frage. Sie sollte daher vom Gesetzgeber oder, mangels gesetzlicher Festlegung, durch richterliche Rechtsfortbildung beantwortet werden.<sup>281</sup>

277 Zu den beiden Fragen im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie: BGE 147 I 450 E. 3.2.6 S. 456 f.; SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 277.

278 Botschaft vom 20. Oktober 2010 zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr, BBl 2010 8447, S. 8476 f.

279 Vgl. die Debatten im National- und Ständerat zum Geschäft des Bundesrates Nr. 10.092.

280 HOFSTETTER, S. 185 ff.; SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 284.

281 SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 297 f. Zu entsprechenden Ansätzen in der Rechtsprechung: BGE 136 V 395 E. 7.6.3 S. 411 f. (Hinweis auf Ansätze, die sich mit Kosten pro gerettetes Menschenlebensjahr, allenfalls qualitätskorrigiert, befassen); 145 V 116 E. 5.4. S. 125 f. (Distanzierung vom Konzept der qualitätskorrigierten Lebensjahre).

Während der Covid-19-Pandemie wurden dringliche intensivmedizinische Behandlungen gegenüber nicht-intensivmedizinischen («elektiven») Behandlungen priorisiert. Diese Priorisierung gründete auf dem *Vorrang unmittelbarer Lebensrettung* vor der Rettung möglichst vieler Lebensjahre und der Erhaltung der Lebensqualität möglichst vieler Patienten.<sup>282</sup> Ob diese Gewichtung geboten ist, ist eine ethische Frage, welche die Verfassung offenlässt. In Betracht käme auch ein Ansatz, der in solchen Notsituationen auf die Anzahl geretteter Lebensjahre abstellt.

- *Verschulden und Charakter der betroffenen Person*: Die mit Sanktionen verfolgten Zwecke der General- und Spezialprävention künftiger Rechtsbrüche wie auch der Vergeltung von Schuld hängen mit dem Verschulden des Rechtsbrechers zusammen: Je höher das Verschulden, desto gewichtiger das öffentliche Sanktionsinteresse. Mit Blick auf die Wiederholungsgefahr (Rückfallrisiko) ist zudem der Charakter des Täters von Bedeutung. Für die Strafzumessung stellt Art. 47 Abs. 1 StGB sowohl auf das Verschulden als auch auf den Charakter des Täters ab. Das Verschulden bestimmt sich nach den in Art. 47 Abs. 2 StGB genannten Tatumständen. Massgebende Täterkomponenten sind das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die auf den Charakter des Täters und die Aussichten auf Bewährung schliessen lassen.<sup>283</sup> Das Verschulden bzw. die Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung ist auch für die Gewichtung des öffentlichen Interesses an Verwaltungssanktionen relevant. Für die Festsetzung der Dauer eines Führerausweisentzugs sind gemäss Art. 16 Abs. 3 SVG neben dem Verschulden auch bisherige Widerhandlungen gegen Strassenverkehrsvorschriften (Leumund als Motorfahrzeugführer) zu berücksichtigen.

Was den *Entzug des Führerausweises* betrifft, konkretisieren Art. 16a–16c SVG mit hohem Detaillierungsgrad die Faktoren zur Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Wahrung der Verkehrssicherheit. Der Gesetzgeber definiert die Mindestentzugsdauer anhand von objektiven Faktoren (Schwere der Verkehrsregelverletzung und der Gefährdung der Sicherheit anderer) und subjektiven Faktoren (Verschulden und bisherige Führerausweisentzüge). Diese gesetzgeberische Vorstrukturierung von Abwägungen führt dazu, dass die Anwendungsspielräume der Strassenverkehrsbehörden im Einzelfall erheblich begrenzt sind.

### 3. *Prognosesicherheit*

Die Gewichtsformel von ROBERT ALEXY enthält neben dem abstrakten Gewicht der Rechtsgüter und der Intensität ihrer Betroffenheit als dritten Faktor die empirische Sicherheit, mit der Prognosen über die Auswirkungen einer Handlung gemacht werden können. Gemeint ist der «Grad der Sicherheit der empirischen

---

282 RÜTSCHÉ BERNHARD/FELLMANN WALTER/AEBI-MÜLLER REGINA E., Verschiebung planbarer Spitalbehandlungen bei Ressourcenknappheit, Jusletter 19. April 2021, Rz. 15 f.

283 Botschaft vom 3. Juni 2016 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 123c BV), BBl 2016 6115, S. 6161; BGE 141 IV 61 E. 6.1.1 S. 66 f.; 149 IV 395 E. 3.6.2 S. 405 f.

Annahmen darüber, was die jeweils zu beurteilende Massnahme für die Nichtrealisierung des einen und die Realisierung des anderen Prinzips bedeutet». Davon ausgehend formuliert ALEXY ein *epistemisches Abwägungsgesetz*: «Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto grösser muss die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein.» Als Grade der Prognosesicherheit unterscheidet er die drei epistemischen Stufen gewiss oder sicher, vertretbar oder plausibel und nicht evident falsch.<sup>284</sup>

Wie vorne ausgeführt bestimmt sich das Gewicht der abzuwägenden Interessen unter anderem nach der Wahrscheinlichkeit, mit der das betroffene Rechtsgut beeinträchtigt oder verwirklicht wird. Insbesondere hat das Ausmass von Individual- und Kollektivrisiken einen Einfluss auf die Interessengewichtung. Hingegen erscheint es nicht plausibel, auch die empirische Prognosesicherheit in die Gewichtung einzubeziehen. Die Sicherheit der empirischen Annahmen entscheidet darüber, ob Aussagen zum Gewicht von Interessen überhaupt möglich sind – nicht aber über das Gewicht der Interessen selbst. Ob unbestimmte Risiken in Abwägungen berücksichtigt werden dürfen, ist keine Frage der Interessengewichtung, sondern eine *Frage des Beweisgrades*, der für die Begründung einer Massnahme verlangt wird. In der verfahrensrechtlichen Praxis haben sich die Grade des vollen Beweises, der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und des blossen Glaubhaftmachens etabliert.<sup>285</sup> Stützt eine Behörde ihre Interessengewichtung auf empirische Annahmen, die vor dem erforderlichen Beweisgrad nicht standhalten, muss das Gericht in seiner Abwägungskontrolle zum Schluss kommen, dass der Sachverhalt ungenügend festgestellt worden ist.

Fraglich ist, welcher Beweisgrad für *Wirkungsprognosen von Gesetzgeber und Verwaltung* verlangt wird. Grundsätzlich sollten Gerichte von den Behörden empirische Abklärungen in dem Umfang einfordern, der aufgrund der vorhandenen Informationen (z.B. Fachliteratur, empirische Studien, statistische Auswertungen), der verfügbaren Verwaltungsressourcen (personelle und finanzielle Mittel) sowie der verfügbaren Zeit möglich und zumutbar ist.<sup>286</sup> Folgenabschätzungen durch den Gesetzgeber und die Verwaltung müssen sich somit am Verhältnismässigkeitsprinzip orientieren.

Für die Einführung einer emissionsabhängigen Landegebühr für den Flughafen Zürich durch den Regierungsrat des Kantons Zürich stellte das Bundesgericht folgende empirische Anforderungen auf: «Es versteht sich, dass die Ausgestaltung des emissionsabhängigen Gebührensystems sich soweit möglich auf wissenschaftliche Daten über die Schädlichkeit der Emissionen und die Wirksamkeit der Massnahmen abstützen soll. Das kann jedoch nicht bedeuten, dass die emissionsabhängige Abstufung erst

---

284 Zum Ganzen ALEXY, Gewichtsformel, S. 789 (mit beiden Zitaten).

285 Namentlich KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 727 ff.

286 FLÜCKIGER, S. 7 ff. («evidence-based lawmaking»). Zu den empirischen Instrumenten, mit denen der Gesetzgeber Bestand und Intensität öffentlicher Interessen bestimmt: WYSS, Rz. 371 ff.

dann zulässig wäre, wenn diese Daten mit letzter wissenschaftlicher Genauigkeit und Zuverlässigkeit vorliegen, wäre doch sonst überhaupt nie eine emissionsabhängige Abgabe möglich.»<sup>287</sup>

Stossen empirische Abklärungen des Gesetzgebers oder der Verwaltungsbehörden an faktische Grenzen, greift unter Umständen das *Vorsorgeprinzip*. Dieses vor allem im Umwelt- und Gesundheitspolizeirecht bedeutsame Prinzip erlaubt staatliche Schutzmassnahmen in Situationen der Ungewissheit, wenn Rechtsgüter erheblich gefährdet sind.<sup>288</sup> Wenn eine zuverlässige quantitative Abschätzung von Risiken nicht möglich ist (Beweisnotstand), bedeutet das Vorsorgeprinzip, dass den Unsicherheiten mit einer Sicherheitsmarge Rechnung zu tragen ist.<sup>289</sup> Besondere Herausforderungen bezüglich des Umgangs mit Ungewissheiten stellten sich im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie.<sup>290</sup> Angesichts der potenziell grossen Risiken der Pandemie kam das Bundesgericht zum Schluss, dass für die Wirkung der Massnahmen eine «erhebliche Plausibilität» genügt:

«Hinzu kommt, dass der Natur der Sache nach eine gewisse Unsicherheit besteht bezüglich der zukünftigen Wirkung einer bestimmten Massnahme [...]. Namentlich besteht bei neu auftretenden Infektionskrankheiten typischerweise eine hohe Unsicherheit über Ursachen, Folgen und geeignete Bekämpfungsmassnahmen [...]. Die zu treffenden Massnahmen können daher nicht im Voraus mit Bestimmtheit gesetzlich festgelegt werden, sondern müssen aufgrund des jeweils aktuellen, in der Regel unvollständigen Kenntnisstandes getroffen werden [...], was einen gewissen Spielraum der zuständigen Behörden voraussetzt [...]. Jedenfalls wenn es um möglicherweise gewichtige Risiken geht, können Abwehrmassnahmen nicht erst dann getroffen werden, wenn wissenschaftliche Klarheit vorliegt, sondern bereits dann, wenn eine erhebliche Plausibilität besteht [...].»<sup>291</sup>

Das Vorsorgeprinzip darf indessen nicht als *Maxime* verstanden werden, wonach im Zweifel für die Sicherheit und gegen die Freiheit zu entscheiden ist.<sup>292</sup> Im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vermag das Vorsorgeprinzip staatliches Handeln in Situationen der Ungewissheit nur unter folgenden kumulativen *Voraussetzungen* zu rechtfertigen:

- Es besteht das Risiko von schweren und irreversiblen Schädigungen.<sup>293</sup>

---

287 BGE 125 I 182 E. 2c/bb S. 187.

288 Vgl. U. MARTI, S. 153 ff.; THURNHERR, S. 22 ff.; FLÜCKIGER, Rz. 25 ff.; SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 32 f., 250 f.

289 BGE 124 II 219 E. 8a S. 232; 131 II 431 E. 4.4.4 S. 442 f.

290 SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 177 ff.

291 BGE 147 I 450 E. 3.2.6 S. 456 f.; vgl. auch die Schlussfolgerung in E. 3.2.8 S. 458: «Insgesamt muss aus all diesen Gründen den fachlich zuständigen und politisch verantwortlichen Behörden ein relativ bedeutender Beurteilungsspielraum zugestanden werden.»

292 SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 305 ff.

293 Vgl. BGE 132 II 305 E. 4.3 S. 320: «risque de dommages graves ou irréversibles»; 131 II 431 E. 4.4.4 S. 443: Inkaufnahme von Risiken, «wenn Massnahmen möglich sind, welche die Gefährdungen, sollten sie sich dereinst realisieren, wirksam begrenzen können».

- Für das Risiko wie auch die Wirksamkeit der Massnahme besteht eine erhebliche Plausibilität.<sup>294</sup>
- Das Risiko, d.h. Ausmass und Wahrscheinlichkeit der drohenden Schädigungen, überwiegt die entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen.<sup>295</sup>

#### IV. Abwägungsentscheid

Der letzte Schritt der Interessenabwägung besteht darin, die ermittelten Interessengewichte miteinander zu vergleichen und zu entscheiden, welche Interessen überwiegen (Interessendivergenz) oder ob die Interessen gleichwertig sind (Interessenäquivalenz); in besonderen Fällen sind mehrere Interessenverhältnisse miteinander zu vergleichen (Kap. B.IV.4). Aus methodischer Sicht ist zu klären, ob für den Abwägungsentscheid normative Vorgaben existieren und, wenn nein, ob und unter welchen Voraussetzungen dennoch rationale Abwägungen möglich sind (Ziff. 1). Die methodischen Überlegungen sind anschliessend in den institutionellen und verfahrensrechtlichen Kontext von Abwägungen einzubetten. Dabei werden erstinstanzliche Verfahren vor Verwaltungsbehörden und Gerichten (Ziff. 2), Rechtsmittelverfahren (Ziff. 3) sowie Gesetzgebung und Normenkontrollen (Ziff. 4) gesondert betrachtet.

##### 1. Rationalität von Abwägungen

Auch beim Entscheid über Vorrang oder Gleichwertigkeit der gegenüberliegenden Interessen sind vorweg allfällige *Abwägungsgesichtspunkte* zu beachten. Von Bedeutung sind richterrechtliche oder gesetzliche Vermutungen, dass in bestimmten Abwägungskonstellationen ein individuelles oder öffentliches Interesse Vorrang hat. Dazu gehören die von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Widerruf von Verfügungen entwickelten Gründe für den Vorrang des Vertrauensschutzes oder gesetzliche Vermutungen für ein überwiegendes Interesse, wie sie etwa in Art. 31 Abs. 2 DSGVO oder Art. 6 VBGÖ sowie neuerdings in Art. 71a und Art. 71b EnG verankert sind (Kap. B.III.2). In den meisten Fällen fehlt es indessen an generell-abstrakten Vorgaben für den Abwägungsentscheid.

Wenn bei einer Abwägung auf der einen Seite der Waage mehrere Rechtsgüter berührt sind, stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die Interessengewichte zu kumulieren sind.<sup>296</sup> Die Frage spitzt sich zu, wenn – wie in multipolaren Abwägungen (Kap. B.IV.2) – private und öffentliche Interessen in derselben Waagschale liegen. Zur Lösung des Problems der *Kumulation von*

---

294 BGE 147 I 450 E. 3.2.6 S. 457.

295 BGE 147 I 450 E. 3.2.3 S. 454 f.

296 Zum Problem der «Interessenhäufung»: bereits HUBMANN, S. 107 ff.

*Interessengewichten* bietet sich an, die strafrechtlichen Konkurrenzregeln analog herbeizuziehen. Für die vorliegenden Zwecke relevant ist die Unterscheidung zwischen Straftatbeständen, die verschiedene Rechtsgüter verwirklichen (echte Konkurrenz), und Tatbeständen, die dasselbe oder ein ähnliches Rechtsgut schützen (unechte Konkurrenz).<sup>297</sup> Nach der Regel von Art. 49 Abs. 1 StGB hat das Gericht bei echter Konkurrenz den Täter zur Strafe der schwersten Straftat zu verurteilen und diese angemessen zu erhöhen. Bei unechter Konkurrenz erfolgt demgegenüber keine Erhöhung der Strafe. Diese Strafzumessungsregel lässt sich für Abwägungen verallgemeinern: Wenn eine Handlung verschiedene Rechtsgüter verwirklicht oder beeinträchtigt, ist das grösste Interessengewicht in die Waagschale zu legen und angemessen zu erhöhen. Sind demgegenüber gleiche oder vergleichbare Rechtsgüter betroffen, ist ausschliesslich das grösste Interessengewicht massgebend.

Die Frage, ob betroffene Rechtsgüter verschieden oder gleich sind, kann eine schwierige *Wertungsfrage* sein. So ist beispielsweise nicht ohne weiteres klar, inwieweit sich die öffentlichen Interessen der Nachhaltigkeit (Art. 73 BV), des Umweltschutzes (Art. 74 BV) sowie des Natur- und Heimatschutzes (Art. 78) überlappen oder je eigenständige Bedeutung haben. Ebenso ist eine Wertungsfrage, wie stark Interessengewichte zu erhöhen sind, wenn durch eine Handlung verschiedene Rechtsgüter betroffen sind. Abgesehen davon eröffnen Gewichtung und Vergleich von Individual- und Allgemeininteressen im Lichte der tangierten Rechtsgüter generell grosse Wertungsspielräume (zur politischen Komponente von Interessenabwägungen: Kap. B. V.3). Die Spielräume können durch positivrechtliche Vorgaben in Form von Abwägungsgesichtspunkten ein Stück weit eingegrenzt werden, aber nie so weit, dass im Einzelfall keine Wertungen mehr erforderlich wären.<sup>298</sup>

Mit Blick darauf, dass Abwägungen in erheblichem Mass von Wertungen geprägt sind, drängt sich die Frage auf, ob ihnen überhaupt die Qualität rechtlichen Argumentierens und Entscheidens zukommen kann. Damit verbunden ist die Frage nach der *Rationalität von Abwägungen*. Allgemein gesagt lassen sich Aussagen als rational bezeichnen, wenn sie für eine Vielzahl von Personen einsichtig und damit intersubjektiv nachvollziehbar sind.<sup>299</sup> Rationale Aussagen

---

297 Unechte Konkurrenz aufgrund der Verwirklichung gleicher oder ähnlicher Rechtsgüter wird mit der Fallgruppe der Konsumtion erfasst: namentlich WOHLERS, Rz. 4; BGE 91 IV 211 E. 4 S. 213 f.: «Gesetzeskonkurrenz (unechte) liegt nicht nur vor, wenn wie im Falle der Spezialität der besondere Tatbestand den allgemeinen in allen Teilen in sich schliesst, sondern auch dann, wenn der eine Tatbestand nicht mit allen einzelnen Merkmalen, wohl aber wertmässig, dem Verschulden und Unrecht nach, im andern enthalten ist, so dass die eine Bestimmung die andere konsumiert.»

298 MORAND, S. 67: «Dans cette appréciation, il subsistera une part de subjectivité, mais celle-ci marque les limites de la rationalisation de la décision.»

299 Ein engeres, anspruchsvolleres Rationalitätskonzept vertritt die Diskurstheorie, wonach die Geltung von Aussagen oder Normen auf einer intersubjektiven Verständigungspraxis von «verständigungsorientiert handelnden Teilnehmern» (kommunikative Rationalität) beruht (HABERMAS, S. 50).

sind mit anderen Worten konsensfähige und insofern objektivierbare Aussagen, ohne aber den Anspruch an eine objektive Wahrheit zu erheben, welche losgelöst von geteilten menschlichen Überzeugungen existieren würde.<sup>300</sup> Für die folgenden Zwecke ist zwischen einer formellen und einer materiellen Rationalität zu unterscheiden:<sup>301</sup> Formelle Rationalität bedeutet, dass die Gründe für eine Aussage und deren Herleitung aus diesen Gründen für Dritte nachvollziehbar sind, auch wenn diese die Aussage nicht teilen. Formelle Rationalität bezieht sich somit auf das Verfahren, das zu einer Aussage führt. Darin eingeschlossen ist die Begründung der Aussage. Materielle Rationalität betrifft demgegenüber das Ergebnis der Begründung – die Aussage selbst. Sie ist gegeben, wenn für Dritte der Inhalt einer Aussage nachvollziehbar ist. So verstandene materielle Rationalität meint die Konsensfähigkeit einer Aussage als solcher, unabhängig davon, ob und wie sie begründet worden ist.

Die *formelle Rationalität* von rechtlichen Entscheiden besteht demzufolge darin, dass sie in nachvollziehbarer und überprüfbarer Weise auf rechtlich anerkannte Gründe zurückgeführt werden können. Das setzt ein faires Verfahren voraus, das eine unparteiische Beurteilung garantiert und in einen hinreichend begründeten Entscheid mündet (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV). Im Hinblick auf die Ermittlung der Auswirkungen eines Entscheids auf Individuen und die Allgemeinheit ist entscheidend, dass die betroffenen Personen ihre Standpunkte in das Verfahren einbringen können und die erforderliche Expertise, zum Beispiel in Form von Sachverständigengutachten oder amtlichen Abklärungen, eingeholt wird. In ihrer Begründung hat die Behörde die einzelnen Abwägungsschritte – Notwendigkeit der Abwägung, Ermittlung der Rechtsgüter, Gewichtung der Interessen und Vergleich der Interessengewichte – für die Entscheidadressaten und die Rechtsmittelinstanzen genau und verständlich darzulegen. Dabei gelten je strengere Anforderungen an die Begründung, desto grösser der Ermessensspielraum der Behörde ist.<sup>302</sup>

Die *materielle Rationalität* eines rechtlichen Entscheids setzt dagegen voraus, dass sein Inhalt intersubjektiv geteilt werden kann. Der Entscheid selbst muss konsensfähig und in diesem Sinne objektivierbar sein. Fraglich ist, ob Abwägungen auch den Anforderungen einer solchen materiellen Rationalität genügen können. Die materielle Rationalität von Abwägungsergebnissen ist am ehesten gegeben, wenn lediglich zu beurteilen ist, ob ein krasses Missverhältnis der gegenüberliegenden Interessen besteht (bei Interessendivergenz) oder nicht besteht (bei Interessenäquivalenz). Je genauer aber Interessengewichte gemes-

---

300 Zur Intersubjektivität und Objektivität aus sprachphilosophischer Sicht: DAVIDSON DONALD, *Subjektiv, intersubjektiv, objektiv* (englische Originalausgabe von 2001: «Subjective, Intersubjective, Objective»), Frankfurt a.M. 2013, S. 167 ff., 233 ff.; aus ethischer Sicht: CORRADINI ANTONELLA, *Intersubjektivität und Objektivität der moralischen Werte*, Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie 41/1994, S. 137 ff.

301 Vgl. MORAND, S. 63 f.: «rationalité substantive et rationalité procédurale».

302 BGE 129 I 232 E. 3.3 S. 239.

sen und verglichen werden, desto weniger sind die Abwägungsergebnisse intersubjektiv nachvollziehbar.

Die materielle Rationalität von Abwägungsergebnissen hängt folglich von der Granularität der Skala ab, mit der Interessengewichte gemessen werden. Je höher die Auflösung der Skala, desto stärker entspricht die Einstufung der Interessengewichte und damit die Abwägung einem subjektiven Werturteil, das nicht allgemein vermittelbar ist. Umgekehrt können Gewichtungen anhand einer grobkörnigen Skala durchaus mit intersubjektiver Anerkennung rechnen. Um nicht nur formelle, sondern auch materielle Rationalität zu erreichen, bedarf es somit einer groben Abwägungsskala. Juristische Differenzierungen sind häufig dreistufig, wie zum Beispiel die Unterscheidung zwischen leichtem, mittlerem und schwerem Verschulden,<sup>303</sup> leichten, mittelschweren und schweren Regelverletzungen<sup>304</sup> oder auch leichten, schweren und besonders schweren Grundrechtseingriffen (Kap. C.III.2). Entsprechend bietet sich zur Herstellung materieller Rationalität juristischer Abwägungen eine Skala mit den *drei Intensitätsstufen* «leicht – mittelschwer – schwer» oder «leicht – mittelstark – stark» an (dreistufige oder triadische Skalierung).<sup>305</sup>

## 2. *Erstinstanzliche Verfahren*

Die Überlegungen zur Rationalität rechtlicher Entscheide sind nun in die institutionellen und verfahrensrechtlichen Kontexte einzubringen, in welchen Abwägungen stattfinden. Zuerst ist die *Verwaltung* zu betrachten: Verwaltungstätigkeit bewegt sich zwischen Vollzug des übergeordneten Rechts und politischer Gestaltung.<sup>306</sup> Im Rahmen der Handlungsfreiheiten, die ihr Gesetzgeber und Gerichte einräumen, sowie der ihr zur Verfügung stehenden Mittel ist die Verwaltung befugt und verpflichtet, zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach sachlichen Kriterien Prioritäten zu setzen (Opportunität). Von mehreren Handlungsalternativen hat die Verwaltung diejenigen zu wählen, die angesichts der konkreten Umstände die Erreichung der angestrebten Ziele am besten gewährleisten (Zweckmässigkeit) und zugleich mit möglichst geringen Kosten und Nachteilen für die Bevölkerung und Einzelne verbunden sind (Angemessenheit). Verwaltungshandeln findet dabei teilweise im «rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum»<sup>307</sup> statt.

---

303 BGE 142 IV 265 E. 2.2 S. 267; 144 IV 217 E. 4.2 S. 239.

304 Art. 16a–16c SVG: leichte, mittelschwere und schwere Widerhandlungen gegen Strassenverkehrsvorschriften; BGE 140 II 384 E. 7.1 S. 405: einfache Ordnungswidrigkeit sowie leichter, mittelschwerer und schwerer Verstoss.

305 So ALEXY, Gewichtsformel, S. 777 ff.; POSCHER, S. 291, 318 (asymmetrische triadische Skalierung).

306 Zur Verwaltungstätigkeit als politischer Gestaltungsaufgabe: SCHINDLER, Rz. 477 ff.

307 BGE 118 Ib 317 E. 3c S. 324; 142 II 268 E. 4.2.3 S. 272.

Die Handlungslogik der Verwaltung bedingt, dass Behörden in Entscheidungssituationen konfligierende Interessen *möglichst präzise und sorgfältig abwägen*. Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass eine hohe Genauigkeit von Gewichtungen und Vergleichen der auf dem Spiel stehenden Interessen auf Kosten der materiellen Rationalität des Verwaltungshandelns gehen kann.<sup>308</sup> Umso wichtiger ist die Gewährleistung formeller Rationalität durch das Verwaltungsverfahren. Insbesondere haben die Behörden in der Begründung ihrer Entscheide den Abwägungsvorgang nachvollziehbar aufzuzeigen; vorbehalten bleiben Situationen zeitlicher Dringlichkeit sowie Massenverfügungen, die mit Einsprache anfechtbar sind.<sup>309</sup> Mit der Wahrung der verfahrensrechtlichen Garantien sowie methodisch sorgfältig durchgeführten und transparent gemachten Abwägungen kann das Fehlen materieller Rationalität in gewissem Ausmass kompensiert werden.<sup>310</sup>

*Erstinstanzliche Gerichte*, die wie Verwaltungsbehörden in Einzelfällen das erste Mal rechtliche Abwägungen durchführen, sind ebenfalls zu angemessenem Entscheiden verpflichtet. Auch sie sollten daher die erforderlichen Gewichtungen und Vergleiche der tangierten Interessen möglichst genau vornehmen. So hat etwa ein Zivilgericht nach einem feinen Abwägungsmassstab zu beurteilen, ob eine Persönlichkeitsverletzung durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt ist. Ein feiner Massstab gilt auch für die Strafzumessung: Strafgerichte haben die Strafe so festzusetzen, dass die Strafverfolgungsinteressen des Staates mit den Freiheits- und Vermögensinteressen des Täters in ein optimales Gleichgewicht gebracht werden. Der dadurch bedingte Mangel an materieller Rationalität ist wiederum durch das rechtsstaatliche Verfahren und eine präzise, intersubjektiv nachvollziehbare Begründung des Abwägungsvorgangs auszugleichen. Darüber hinaus wird die formelle Rationalität der Urteile durch die institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte verstärkt.

### 3. *Rechtsmittelverfahren*

Auf der Kontrollebene überprüfen *gerichtliche und verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanzen* die Interessenabwägungen der Vorinstanzen.<sup>311</sup> Je nach anwendbarer Verfahrensordnung sind die dafür notwendigen Gewichtungen und

308 Vgl. URBINA, S. 604: «Methods for judicial review must meet a burden that decisions of primary decision-makers need not meet. The latter can be justified simply by reference to the need for an authoritative decision in a particular matter, even when this decision is rationally underdetermined.»

309 Zu den Ausnahmen von der Begründungspflicht: namentlich KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 833 f., 1973.

310 BGE 128 I 327 E. 4.1 S. 340: «In gewissem Ausmass kann die Unbestimmtheit von Normen durch verfahrensrechtliche Garantien gleichsam kompensiert werden»; 129 I 232 E. 3.3 S. 239: «Gerade in solchen Fällen kann die Begründungspflicht im Sinne einer Selbstkontrolle zur Rationalisierung der Entscheidungsfindung beitragen»; vgl. auch TANQUEREL, S. 203 f.; GRIFFEL, Rz. 454.

311 Zur Überprüfung von Interessenabwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren: WULLSCHLEGER, Verwaltungsgerichte, S. 134 ff. (Prüfungsdichte), 143 ff. (Rügeprinzip).

Vergleiche der Interessen in unterschiedlicher Schärfe – d.h. mit unterschiedlicher Kognition und Prüfungsdichte – durchzuführen:

- Wenn das Verfahrensrecht die Rüge der *Unangemessenheit* vorsieht, haben Rechtsmittelinstanzen Interessenabwägungen der Vorinstanzen genau zu überprüfen. Sie können die sachliche Richtigkeit von Abwägungsergebnissen in Frage stellen und ihre eigenen Interessengewichtungen an die Stelle derjenigen der Vorinstanz setzen.<sup>312</sup> Dies sollte nicht nur für rechtsfolgebezogene, sondern auch für tatbestandsbezogene Abwägungen gelten (vgl. Kap. B.II.1). Bei der Angemessenheitskontrolle bewegen sich Rechtsmittelinstanzen ausserhalb materieller Rationalität – im Bereich politischer Gestaltung. Dies steht im Einklang mit den Aufsichts- und Steuerungsfunktionen, die verwaltungsinterne Beschwerdeinstanzen wie Regierungen und Departemente gegenüber der Verwaltung wahrnehmen. Demgegenüber überschreitet eine volle Überprüfung von Abwägungsergebnissen in der verwaltungsexternen Rechtspflege die Rechtsschutzfunktionen von Gerichten.<sup>313</sup> Die von Gerichten praktizierte Reduktion der Prüfungsdichte<sup>314</sup> vermag diese Dysfunktionalität ein Stück weit zu beseitigen, entfernt sich aber zugleich vom gesetzlichen Gebot der uneingeschränkten Angemessenheitskontrolle.
- Im Rahmen des Beschwerdegrunds der Rechtsverletzung können Parteien vorbringen, dass Abwägungsergebnisse gegen das *Verhältnismässigkeitsprinzip* verstossen. Die Überprüfung der Verhältnismässigkeit erfolgt nach rechtlichen Massstäben. Sie muss damit den Anforderungen der materiellen Rationalität genügen. Das bedeutet, dass das Abwägungsergebnis der Vorinstanz erst dann unverhältnismässig ist, wenn zwischen den gegenüberstehenden Interessengewichten ein klares (eindeutiges) Missverhältnis besteht. Dabei ist die dreistufige Skalierung «schwer – mittelschwer – leicht» anzuwenden (Kap. C.IV.1). Dementsprechend sind unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit folgende Verhältnisse zwischen den Interessengewichten relevant: «schwer zu mittelschwer», «schwer zu leicht» oder «mittelschwer zu leicht».
- Die Sichtschärfe der Abwägungskontrolle ist noch weiter reduziert, wenn Entscheide unter dem Aspekt der *Willkür* überprüft werden. Ein offensichtlicher Rechtsfehler und damit Willkür setzt ein grobes (krasses) Missverhältnis der Interessengewichte voraus, was nur bei einem Verhältnis «schwer zu leicht» gegeben ist. Auf denselben Kontrollmassstab läuft eine *Rücknahme der Prüfungsdichte* hinaus: In einer dreistufigen Abwägungsskala lässt sich zwischen einem klaren und einem groben Missverhältnis der Interessen nicht weiter differenzieren. Was inhaltliche Abwägungskontrollen betrifft, kommt eine Rücknahme der Prüfungsdichte daher einer Willkürkontrolle gleich.

---

312 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 1607.

313 Vgl. die Kritik am Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht: FELLER/MÜLLER, S. 446 ff.; A. MARTI, S. 410.

314 BGE 137 I 235 E. 2.5 S. 239; BVGE 2007/6 E. 3 («Ohne-Not-Praxis»); SCHINDLER, Rz. 230.

Wenn Rechtsmittelinstanzen Entscheide der Vorinstanzen über den Vorrang oder die Gleichwertigkeit von Interessen beurteilen, führen sie eine inhaltliche, auf die Richtigkeit des Abwägungsergebnisses bezogene Kontrolle durch. Interessenabwägungen unterliegen in Rechtsmittelverfahren aber auch einer *methodischen Kontrolle*. Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung ist dabei der Abwägungsvorgang selbst und somit die prozedurale – nicht materiale – Richtigkeit staatlichen Handelns.<sup>315</sup> Der Abwägungsvorgang ist insbesondere rechtsfehlerhaft, wenn die Vorinstanz:

- keine Abwägung durchgeführt hat, obwohl sie rechtlich dazu verpflichtet war;<sup>316</sup>
- eine Abwägung durchgeführt hat, obwohl das anwendbare Gesetz keinen Raum für eine Abwägung lässt (unter Vorbehalt einer Normkorrektur, vgl. Kap. C.IV.4);
- nicht alle relevanten Rechtsgüter in die Abwägung einbezogen hat;<sup>317</sup>
- nicht relevante Rechtsgüter in die Abwägung einbezogen hat;
- die Betroffenheit von Rechtsgütern, insbesondere Grundrechtseingriffe, falsch beurteilt hat;
- richterrechtliche oder gesetzliche Abwägungsgesichtspunkte ausser Acht gelassen oder falsch angewendet hat;<sup>318</sup>
- Abwägungsverbote missachtet hat; oder
- den Abwägungsvorgang unzureichend begründet hat.

Der Abwägungsvorgang der Vorinstanz kann auch an *Sachverhaltsfehlern* leiden. Dies ist vor allem der Fall, wenn ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die für die Abwägung relevanten Sachverhaltselemente nicht vollständig abgeklärt oder Beweise falsch gewürdigt hat. Gegenstand der Sachverhaltskontrolle sind insbesondere die faktischen Auswirkungen der überprüften Handlung auf Individual- und Allgemeininteressen, die durch Rechtsgüter geschützt sind (Kap. C.II.1). Welche und wie viele empirische Abklärungen notwendig sind, um die entsprechenden Wirkungszusammenhänge zu belegen oder zu widerlegen, hängt einerseits vom verfahrensrechtlich vorgesehenen Beweisgrad ab, ist andererseits aber selbst eine Frage der Verhältnismässigkeit (Kap. C.III.3). Kommen Rechtsmittelinstanzen im Rahmen ihrer Überprüfungsbefugnisse<sup>319</sup> zum Schluss, dass eine Abwägung auf einer unvollständigen

---

315 TANQUEREL, S. 202 f.; RÜTSCHÉ, Verhältnismässigkeit, Rz. 41.

316 Vgl. BGE 145 II 70 E. 3.2 S. 75.

317 BGE 145 II 70 E. 3.2 S. 75: «Abzuwägen sind sämtliche relevanten für und wider den Uferweg sprechenden öffentlichen [...] und privaten Interessen [...]. Das Bundesgericht überprüft Interessenabwägungen als Rechtsfrage grundsätzlich frei. Rechtsfehlerhaft ist ein Entscheid namentlich, wenn die Behörde die Bedeutung der Interessen im konkreten Fall verkennt.»

318 HÄNNI, S. 169; EGMR, El Ghatet gegen die Schweiz vom 8. November 2016 (56971/10), §§ 52 ff.

319 Das Bundesgericht überprüft aufgrund von Art. 97 BGG (Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110]) den Sachverhalt grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür.

gen oder falschen Sachverhaltsfeststellung beruht, werden sie aus funktionalen Gründen den Mangel in aller Regel nicht selbst beheben, sondern das verantwortliche Staatsorgan anhalten, die geeigneten, erforderlichen und zumutbaren Abklärungen vorzunehmen.<sup>320</sup>

#### 4. Gesetzgebung und Normenkontrollen

Gesetzgebung ist in hohem Mass ein *Abwägungsgeschäft*. Sie bringt widerstrebende gesellschaftliche Interessen in einen Ausgleich. Je nach Demokratieverständnis werden die politischen Prozesse des Interessenausgleichs unterschiedlich beschrieben: eher als Erarbeiten konsensfähiger Lösungen im Rahmen diskursiver Verständigungsprozesse oder eher als Aushandeln von Kompromissen, die für die Mehrheit akzeptabel sind (Kap. B.IV.1).

Die Ergebnisse politischer Abwägungen werden in Form generell-abstrakter Regeln in Gesetze und Verordnungen gegossen. Der Gesetzgeber untersteht zwar nicht der strengen Begründungspflicht von Art. 29 Abs. 2 BV. Damit gesetzgeberische Akte durch die Rechtsadressaten und Gerichte nachvollziehbar und überprüfbar sind, sollten dafür aber dennoch die wesentlichen Gründe angegeben werden.<sup>321</sup> Begründungen für legislative Interessenabwägungen lassen sich durchaus in Gesetzgebungsmaterialien, namentlich in Botschaften des Bundesrates, finden. Ebenso leistet die Rechtsetzungslehre (Legistik) einen wichtigen Beitrag zur formellen Rationalisierung der Gesetzgebung. Insgesamt bietet die politische Funktionsweise der Gesetzgebung aber im Vergleich zu Gerichtsverfahren weniger Raum für eine systematische Durchführung und Begründung methodisch strukturierter Abwägungsprozesse. Gesetzgeberische Abwägungen weisen daher in der Tendenz eine *geringe formelle Rationalität* auf.

Die mangelnde formelle Rationalität politischer Abwägungen wird durch die demokratische Legitimation der Parlamente und der von ihnen (Bund) oder der Stimmbevölkerung (Kantone und Gemeinden) gewählten Regierungen ausgeglichen. In einer Konkordanzdemokratie wie der Schweiz führt das breite Meinungsspektrum, das Parlamente und Regierungen repräsentieren, tendenziell zu einem vielschichtigen Einbezug der betroffenen Interessenspositionen in die politische Entscheidungsfindung.<sup>322</sup> Dies ermöglicht konsensfähige Abwägungsergebnisse. Vor diesem Hintergrund ist gesetzgeberischen Abwägungen vermutungsweise eine *hohe materielle Rationalität* zu attestieren.

Wenn Abwägungen des Gesetzgebers eine hohe materielle Rationalität aufweisen, stellt sich die Frage, ob Gerichte überhaupt dazu legitimiert sind, solche

---

320 TANQUEREL, S. 204.

321 RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeit, Rz. 41 mit Verweis auf Art. 5 sowie Art. 36 BV; SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 319.

322 GÄCHTER, S. 131.

Abwägungen im Rahmen von *Normenkontrollen* zu überprüfen. Dabei ist zu bedenken, dass Gesetzgebungsverfahren mit Defiziten behaftet sein können. So kann es namentlich aufgrund von Dringlichkeit in Notsituationen, fehlenden Ressourcen für Konsultationen und Anhörungen, Desinteresse betroffener Gruppen oder auch behördlichem Machtmissbrauch dazu kommen, dass im Gesetzgebungsprozess nicht alle betroffenen Interessenspositionen hinreichend Gehör finden. Ebenso wenig ist der Gesetzgeber vor empirischen Fehleinschätzungen gefeit, was die Wirkungen einer Regulierung oder die Gefahren des regulierten Problems betrifft. Die materielle Rationalität von gesetzgeberischen Abwägungen wird durch solche Defizite im Gesetzgebungsverfahren bis zu einem gewissen Grad relativiert. Liegen im Rahmen einer Normenkontrolle Anhaltspunkte für mangelnden Pluralismus der Meinungs- und Willensbildung oder falsche Sachverhaltsannahmen vor, sollten Gerichte daher befugt sein, Abwägungen des Gesetzgebers einer uneingeschränkten Kontrolle zu unterziehen. In diesen Fällen ist daher die Verhältnismässigkeit von Gesetzen auch hinsichtlich des Aspekts der Zumutbarkeit voll zu überprüfen. Fehlt es hingegen an solchen Anhaltspunkten, sollten Gerichte in Rücksicht auf das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip ihre Prüfungsdichte zurücknehmen, was im Ergebnis einer Willkürkontrolle von gesetzgeberischen Interessensausgleichen gleichkommt (vgl. Kap. C.IV.3).

Für das Bundesgericht richtet sich die Unterscheidung zwischen freier Rechtskontrolle und Willkürkontrolle danach, ob der angefochtene kantonale Erlass Grundrechte berührt. Ausserhalb von Grundrechtseingriffen überprüft das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit kantonaler Erlasse nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür.<sup>323</sup> Diese Differenzierung der Kognition bei Normenkontrollen trägt der *Rechtsschutzfunktion des Bundesgerichts* (Privilegierung von Grundrechtspositionen) Rechnung, nicht aber unbedingt den unterschiedlichen institutionellen Funktionsweisen von Rechtsprechung und Gesetzgebung (unterschiedliche formelle und materielle Rationalitäten).

Fraglich ist, ob auch *föderalistische Überlegungen* für eine zurückhaltende gerichtliche Überprüfung von Abwägungen des Gesetzgebers sprechen. Das Bundesgericht auferlegt sich im Rahmen von abstrakten Normenkontrollen «mit Rücksicht auf die verfassungsmässige Kompetenzordnung im föderalistischen Bundesstaat allgemein eine gewisse Zurückhaltung».<sup>324</sup> Diese Praxis ist kritisch zu sehen: Aus verfassungsrechtlicher Sicht besteht kein Anlass, gerichtliche Kontrollbefugnisse im Verhältnis zum kantonalen Gesetzgeber über die Rücksichtnahme auf das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip hinaus zusätzlich durch föderalistische Positionen zurückzudrängen. Das Verfassungs-

323 BGE 134 I 153 E. 4 S. 156 f.; 135 I 43 E. 1.3 S. 46.

324 BGE 125 I 71 E. 1c S. 76. Sodann BGE 118 Ia 64 E. 2c S. 72; 129 I 12 E. 3.2 S. 15; 143 I 272 E. 2.5.1 S. 282. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gesteht den Mitgliedstaaten bei Interessenabwägungen einen Beurteilungsspielraum zu: vgl. EGMR, Ukaj gegen die Schweiz vom 24. Juni 2014 (Nr. 32493/08), § 36; Gezginci gegen die Schweiz vom 9. Dezember 2010 (Nr. 16327/05), § 63.

recht bietet insbesondere keinen Ansatz dafür, den Grundrechtsschutz gegenüber dem kantonalen oder kommunalen Gesetzgeber zu relativieren. Die Grundrechte und weiteren Verfassungsprinzipien müssen gegenüber allen Staatsebenen gleichermassen zur Geltung kommen, ausser die Bundesverfassung sehe selbst eine Einschränkung vor, wie das – den Bundesgesetzgeber schonende – Anwendungsgebot in Art. 190 BV.<sup>325</sup> Was inhaltliche Abwägungskontrollen betrifft, ist eine Differenzierung zwischen Rücknahme der Prüfungsichte und Willkürkontrolle kaum durchführbar. Wenn sich das Bundesgericht in föderalistischer Rücksichtnahme eine gewisse Zurückhaltung auferlegt, reduziert es somit *de facto* die Überprüfung von Abwägungsergebnissen des kantonalen Gesetzgebers auf eine Willkürkognition (grobes Missverhältnis der Interessen). Dies kann mit Rücksicht auf das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip – nicht aber aus föderalistischen Gründen – angezeigt sein.

Im Verhältnis zwischen Gerichten und Gesetzgeber stellt sich schliesslich die folgende Frage: Dürfen und sollen Gerichte einschreiten, wenn der Gesetzgeber durch strikte Regelungen die Vornahme von *Abwägungen im Anwendungsfall ausschliesst*? Die Rechtswidrigkeit einer zwingend formulierten Gesetzesbestimmung würde in solchen Fällen darin bestehen, dass sie in Anwendungsfällen zu unzumutbaren Entscheiden führt. Das Bundesgericht hat aus diesem Grund etwa den Automatismus der Ausschaffungsinitiative für unverhältnismässig erklärt; um Härtefällen Rechnung tragen zu können, war der Gesetzgeber in der Folge gehalten, bei der verfassungskonformen Umsetzung der Initiative Abwägungen im Einzelfall zu ermöglichen (Kap. B.IV.1).

In der Frage, ob strikte Gesetze zugunsten von Abwägungen aufzuweichen sind, manifestiert sich mit voller Wucht das Spannungsverhältnis zwischen *Gesetzmassigkeitsprinzip und Einzelfallgerechtigkeit* (Kap. B.V.1). Das Gesetzmassigkeitsprinzip verlangt im Interesse einer rechtsgleichen, rechtssicheren und demokratisch legitimierten Praxis strikte Regelungen von hinreichender Bestimmtheit. Mit Abwägungsvorbehalten – sei es auf der Tatbestandsseite oder der Rechtsfolgeseite (Ermessen) – wird diese Regelstabilität durchbrochen, um den Gerichten und Behörden einzelfallgerechte Entscheide zu ermöglichen.<sup>326</sup>

Der *Gesetzgeber* steht somit vor der Herausforderung, mit seinen Regulierungen die Praxis der Gerichte und Verwaltungsbehörden in berechenbarer Weise zu steuern, ohne ihnen die Flexibilität zu angemessenem Handeln im Einzelfall zu nehmen. Orientierung bietet ihm dabei die nach Rechtsgebieten und Regelungsinstrumenten differenzierte Rechtsprechung zum Legalitätsprin-

---

325 Vgl. RÜTSCHÉ, Rechtsfolgen, S. 187 f.

326 SEILER, Verhältnismässigkeit, S. 39, wendet sich dezidiert gegen die Auffassung, «die Verhältnismässigkeit müsse als Korrektiv des Legalitätsprinzips immer in jedem Einzelfall geprüft werden, auch wenn das Gesetz kein Ermessen einräumt»; vgl. auch TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 119: «Jede Abwägung ist auf normativ zugestandene Handlungsspielräume verwiesen; wo sie fehlen, ist anzuwenden und nicht abzuwägen.»

zip.<sup>327</sup> Davon ausgehend lassen sich namentlich folgende Richtlinien formulieren:

- Besondere Vorsicht geboten ist in Bereichen, in denen dem Legalitätsprinzip erhöhte Bedeutung zukommt, wie namentlich im *Strafrecht* («nullum crimen, nulla poena sine lege»; Art. 1 StGB).<sup>328</sup> Tatbestände, die strafrechtliches Unrecht begründen, dürfen nicht mit Abwägungspflichten verbunden sein. Ansonsten läge eine Verletzung des Legalitätsprinzips vor. Was für Strafen gilt, muss auch für *Verwaltungssanktionen* gelten, die zwecks General- und Individualprävention bei Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten greifen. Auf der Rechtfertigungsebene sind Abwägungen dagegen statthaft (z.B. Notstand), auf der Ebene der Bemessung von Strafen und anderen Sanktionen grundsätzlich sogar geboten; eine pauschalisierte Bemessung kommt nur für Sanktionen Frage, die leicht in individuelle Rechtsgüter eingreifen (z.B. Ordnungsbussen).
- Einem strengen Legalitätsprinzip unterliegt auch das *öffentliche Abgaberecht* (Art. 164 Abs. 1 lit. d BV), insbesondere das *Steuerrecht* (Art. 127 Abs. 1 BV).<sup>329</sup> Hinzu kommen die qualifizierten Anforderungen an die rechtsgleiche Ausgestaltung von Abgaben, was namentlich im Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung zum Ausdruck kommt (Art. 127 Abs. 2 BV).<sup>330</sup> Diese Verfassungsgrundsätze verbieten dem Gesetzgeber, Tatbestände, die Steuern oder Kausalabgaben begründen, einer Abwägung zu unterstellen.
- Angezeigt sind Ermessenstatbestände und damit Abwägungspflichten hingegen für die Anordnung von *Verwaltungsmassnahmen*, welche der Herstellung des rechtmässigen Zustands dienen. Dazu gehören neben dem Widerruf von Verfügungen alle Arten von Polizeimassnahmen (z.B. Wegweisung von einem Ort, polizeilicher Gewahrsam oder Schusswaffengebrauch). Ebenso sind *Überwachungsinstrumente* wie Observationen, die Durchsuchung von Personen und Sachen oder erkennungsdienstliche Massnahmen grundsätzlich einer Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall und damit einer Interessabwägung zu unterstellen. Mit Abwägungsgeboten versetzt der Gesetzgeber in diesen Fällen die Vollzugsbehörden in die Lage, in Abhängigkeit von den konkreten Umständen der jeweiligen Situation einen angemessenen Ausgleich zwischen den öffentlichen Interessen an der Erkennung und Abwehr von Gefahren oder Beseitigung von Störungen einerseits und den betroffenen Individualinteressen andererseits zu finden.

---

327 Namentlich TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 419 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 353 ff.

328 BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 19 f.; 147 IV 274 E. 2.1.1 S. 289; 148 IV 329 E. 5.1 S. 338 f.

329 Für Steuern: BGE 131 II 562 E. 3.1 S. 565; 132 I 157 E. 2.2 S. 159; 136 II 337 E. 5.1 S. 348 f.; für Kausalabgaben: BGE 130 I 113 E. 2.2 S. 115 f.; 149 I 305 E. 3.3 S. 310; für Lenkungsabgaben: BGE 136 I 142 E. 3.1 S. 144 f.; 140 I 176 E. 5.4 S. 181.

330 BGE 137 I 145 E. 2.1 S. 147.

- Typisch sind Abwägungsvorbehalte sodann für *begünstigende Verwaltungsakte* wie die Gewährung von Konzessionen oder Subventionen in Form von Finanzhilfen. Die Verankerung von Ermessenstatbeständen oder sonstigen Abwägungspflichten verschafft in diesen Fällen den Behörden Handlungsspielräume für eine zweckmässige Verwirklichung öffentlicher Interessen. Wenn es um die Gewährung umfangreicher staatlicher Leistungen geht, ist für die Kosten-Nutzen-Abwägung das Gebot der Verallgemeinerungsfähigkeit im Sinne eines fairen und nachhaltigen Einsatzes öffentlicher Ressourcen zu beachten (Kap. B.V.1).
- Differenziert zu betrachten sind Abwägungsvorbehalte im Zusammenhang mit *Bewilligungen*: Während Ausnahmbewilligungen, Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch sowie kontingentierte Bewilligungen aufgrund der mengenmässigen Beschränkung ein Entschliessungsermessen bedingen, ist dieses für Polizeibewilligungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht, ausgeschlossen. Mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip vereinbar sind jedoch Interessenabwägungen in Bezug auf einzelne Voraussetzungen (z.B. Art. 31 Abs. 2 LSV: Baubewilligung bei Überschreitung von Immissionsgrenzwerten) oder Nebenbestimmungen einer Polizeibewilligung (z.B. Auflagen bei der Wiedererteilung eines entzogenen Führerausweises nach Art. 17 SVG).

Hat der Gesetzgeber – oder sogar der Verfassungsgeber – eine zwingende Regelung erlassen, sollten Gerichte diese im Rahmen von Normenkontrollen grundsätzlich nur dann für Abwägungen zugänglich machen, wenn sie in Einzelfällen zu *unzumutbaren Grundrechtseingriffen* führt. Dies setzt voraus, dass zwischen dem Gewicht der öffentlichen und privaten Eingriffsinteressen einerseits und dem Gewicht der grundrechtlich geschützten Individualinteressen andererseits ein klares Missverhältnis besteht (Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips). Ob dies der Fall ist, zeigt sich in erster Linie anlässlich von Einzelaktkontrollen. Hat ein strikt formuliertes Gesetz in einem Anwendungsfall unzumutbare Auswirkungen auf einen Grundrechtsträger, ist es im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle für Abwägungen zu öffnen. Bei abstrakten Normenkontrollen erscheint demgegenüber mit Blick auf das Gesetzmässigkeitsprinzip eine Aufweichung strikter Gesetzesbestimmungen nur dann vertretbar, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es in Einzelfällen mangels klar überwiegender Interessen zu Grundrechtsverletzungen kommt.

An dieser Stelle sei nochmals auf das Beispiel der *Ausschaffungsinitiative* (Art. 121 Abs. 3–6 BV) hingewiesen: Das Bundesgericht relativierte im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle den in der Ausschaffungsinitiative vorgesehenen Ausweisungsautomatismus und verlangte zur Wahrung des Rechts auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK eine verhältnismässige Anwendung der Verfassungsbestimmung.<sup>331</sup> Aus dieser Rechtsprechung ist zu schliessen, dass zwingend ausgestaltete Bundesverfassungsbestimmungen dann für Abwägungen zu öffnen sind, wenn sie in Anwendungs-

---

331 BGE 139 I 16 E. 5 S. 28 ff.

fällen zu Verletzungen von EMRK-Garantien führen.<sup>332</sup> Das ergibt sich aus der völkerrechtlichen Verpflichtung der Schweiz, die sich aus der EMRK und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergebenden Vorgaben zu beachten und umzusetzen (vgl. Art. 1 und Art. 46 EMRK). Dasselbe muss in Bezug auf strikt formulierte Bundesgesetze gelten: Das Anwendungsgebot von Art. 190 BV steht einer Aufweichung von Bundesgesetzen zur Wahrung von EMRK-Garantien im Einzelfall nicht entgegen.<sup>333</sup>

## V. Zwischenergebnisse

Die methodische Analyse hat gezeigt, dass die Interessenabwägung ein *evaluatives Verfahren* ist, mit dem die realen Folgen einer Handlung mithilfe von Grundrechten und öffentlichen Interessen (Rechtsgütern) bewertet und verglichen werden, ohne dass diese Rechte und Prinzipien dabei konkretisiert oder optimiert würden. Ein rechtsschöpferischer Akt ist die richterrechtliche Entwicklung von Abwägungsgesichtspunkten – nicht aber die Abwägung selbst. Der Abwägungsvorgang besteht aus *vier Prüfschritten*: (1) Prüfung, ob eine Abwägung notwendig ist, (2) Ermittlung der betroffenen Rechtsgüter, (3) Gewichtung der Interessen und (4) Entscheid über Vorrang oder Gleichwertigkeit der Interessen (Abwägungsentscheid). Die Abwägung ist damit eine *juristische Methode*, die von anderen Methoden wie der Auslegung, der Subsumtion, des Gewichtens von Argumenten («Erwägen»), des Analogieschlusses oder auch der Herstellung praktischer Konkordanz zu unterscheiden ist (Kap. C.I).

Die Bestimmung der relevanten Rechtsgüter erfolgt im Wechselspiel mit der Ermittlung des Sachverhalts. Die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter sollten *möglichst genau bestimmt* werden. Ob ein Individual- oder Allgemeininteresse durch ein Rechtsgut geschützt ist, ergibt sich in der Regel ohne weiteres aus den völker- und verfassungsrechtlich gewährleisteten Menschen- und Grundrechten sowie den durch Verfassung und Gesetz anerkannten öffentlichen Interessen. In Zweifelsfällen ist es Sache der Rechtsprechung, über die *Schutzwürdigkeit eines Interesses* zu entscheiden. Ebenso haben die rechtsanwendenden Instanzen zu beurteilen, ob die zur Diskussion stehenden *Rechtsgüter betroffen* und damit für die Abwägung massgebend sind. Auf der einen Seite stellt sich dabei die Frage, ob ein Eingriff in ein Rechtsgut, insbesondere ein Grundrechtseingriff, vorliegt, auf der anderen Seite, ob ein Rechtsgut verwirklicht wird. In der Regel genügen für die Annahme der Betroffenheit eines Rechtsguts geringe Intensitäten und Wahrscheinlichkeiten (Kap. C.II).

---

332 Zu weit geht hingegen der Vorschlag, das Verhältnismässigkeitsprinzip immer dann anzuwenden, wenn es durch eine Regelung nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird; vgl. HOFSTETTER, Rz. 96 ff. in Bezug auf strikt formulierte Verfassungsbestimmungen (Beispiel der Ausschaffungsinitiative).

333 Vgl. BGE 136 II 120 E. 3.5.3 S. 131 f.

Für das schweizerische Verfassungsrecht gilt eine Vermutung der Gleichwertigkeit der verfassungsrechtlich anerkannten Rechtsgüter (gleiches Verfassungsgewicht der Rechtsgüter). Damit existiert ein *einheitlicher Abwägungsmassstab*, dank dem unterschiedliche Individual- und Allgemeininteressen miteinander vergleichbar sind. Generell geringer zu gewichten sind indessen Vermögens- und Freiheitsinteressen sowie Allgemeininteressen, die zwar als schutzwürdig gelten, aber nicht von einem Rechtsgut mit Verfassungsrang erfasst sind. Für die *Gewichtung von Individualinteressen* sind als objektive Faktoren das Ausmass und die Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung oder des Schutzes von Rechtsgütern, als subjektive Faktoren das Verhalten und die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person heranzuziehen. Die Anzahl der betroffenen Personen darf demgegenüber aus individualrechtlicher Perspektive keine Rolle spielen – utilitaristische Maximierung des Gesamtnutzens und Grundrechte vertragen sich nicht. Für die *Gewichtung von Allgemeininteressen* sind Ausmass und Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung oder Beeinträchtigung öffentlicher Interessen, die Anzahl Betroffener sowie, namentlich bei der Bemessung von Sanktionen, Verschulden und Charakter der betroffenen Person massgebend (Kap. C.III.1–2).

Nicht in die Interessengewichtung einzubeziehen ist der Grad der *Sicherheit der empirischen Annahmen* über die Auswirkungen einer staatlichen Handlung auf die betroffenen Rechtsgüter. Ob die Prognosen über die Handlungsfolgen empirisch genügend untermauert sind, ist vielmehr eine beweisrechtliche Frage. Wenn die zuverlässige quantitative Abschätzung eines Risikos nicht möglich ist, kann das Vorsorgeprinzip unter bestimmten Voraussetzungen eine erhebliche Plausibilität für das Risiko genügen lassen (Kap. C.III.3).

Der letzte Schritt der Interessenabwägung besteht darin, aufgrund eines Vergleichs der ermittelten Interessengewichte einen Abwägungsentscheid zu treffen. *Verwaltungsbehörden* und *erstinstanzliche Gerichte* haben konfligierende Interessen in rechtsstaatlichen Verfahren möglichst genau und sorgfältig abzuwägen, damit die Angemessenheit ihrer Entscheide gewährleistet ist. Dasselbe gilt für *Rechtsmittelinstanzen*, wenn sie zur Angemessenheitskontrolle verpflichtet sind. Im Rahmen der Rechtskontrolle haben sie demgegenüber das Abwägungsergebnis der Vorinstanz nur daraufhin zu prüfen, ob zwischen den gegenüberstehenden Interessengewichten ein klares (Unverhältnismässigkeit) oder gar grobes (Willkür) Missverhältnis besteht. Für diese Rechtskontrolle bietet sich eine Abwägungsskala in Form von drei Intensitätsstufen an. Abgesehen davon unterliegen Interessenabwägungen in Rechtsmittelverfahren nicht nur einer inhaltlichen, sondern auch einer methodischen Kontrolle (Kap. C.IV.1–3).

Die in Regeln gegossenen Abwägungen des *Gesetzgebers* werden im Rahmen von Normenkontrollen durch die zuständigen Gerichte überprüft. Ob diese Rechtskontrolle frei oder nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür erfolgt, sollte von der Qualität des jeweiligen Gesetzgebungsverfahrens abhängig gemacht werden. Eine andere Frage ist, inwieweit der Gesetzgeber in seinen Regulierungen Abwägungen im Anwendungsfall ausschliessen oder vielmehr

ermöglichen soll. Die Frage ist unter Berücksichtigung des Gesetzmässigkeitsprinzips je nach Rechtsgebiet und Regelungsinstrument unterschiedlich zu beantworten. Wenn der Gesetzgeber aber eine zwingende Regelung erlassen hat, sollten Gerichte diese im Rahmen von Normenkontrollen grundsätzlich nur dann für Abwägungen öffnen, wenn sie in Einzelfällen zu unzumutbaren Grundrechtseingriffen führt (Kap. C.IV.4).

## D. Schlussfolgerungen

Die durchgeführte Analyse gibt Aufschluss über die verschiedenen Dimensionen des Abwägungsbegriffs (Notwendigkeit, Gegenstand, Massstäbe, Arten und Funktionen von Abwägungen), die Eigenschaften der Abwägung als juristische Methode, die einzelnen Schritte des Abwägungsprozesses und die Kriterien, an denen sich diese Schritte orientieren. Dabei wurde zugleich die institutionelle und verfahrensrechtliche Bedeutung der methodischen Fragen ersichtlich. Die wichtigsten Schlussfolgerungen aus dieser Untersuchung lauten:

- 1) *Einordnung in die juristische Methodenlehre*: Die Interessenabwägung ist eine Grundoperation der Rechtsanwendung. Es handelt sich um ein evaluatives (bewertendes) Verfahren zur Lösung von Interessenkonflikten. Davon abzugrenzen sind die anderen Grundoperationen juristischen Argumentierens: erstens die hermeneutischen (verstehenden) Methoden, namentlich die Auslegung von Rechtstexten und die Würdigung von Argumenten oder Beweismitteln; zweitens die klassifikatorischen (zuordnenden) Methoden, zu denen die Subsumtion von Sachverhalten unter Rechtsnormen, aber auch die Konkretisierung von offenen Prinzipien zu spezifischeren Normgehalten zu zählen sind; drittens die komparativen (vergleichenden) Schlüsse, wie sie im Rahmen von Analogien, der Anwendung der Rechtsgleichheit oder der Äquivalenzprüfung im Abgaberecht stattfinden.
- 2) *Einzelfallgerechtigkeit und Gesetzmässigkeitsprinzip*: Gegenstand von Interessenabwägungen sind die tatsächlichen Auswirkungen staatlicher oder privater Handlungen auf die Interessen von Individuen und der Allgemeinheit. Die Beurteilung von Handlungsfolgen kann auf abstrakter oder konkreter Ebene stattfinden. Abstrakte Abwägungen sind Sache der Gesetzgebung und der gerichtlichen Kontrolle von Gesetzen (Normenkontrollen). Sie sind auf Regelbildung und Regelkontrolle ausgerichtet. Demgegenüber beziehen sich konkrete Abwägungen auf den Einzelfall. Sie bilden das Gegenstück zu regelbasiertem Entscheiden: Während Regeln mit ihrer konditionalen Logik das Verhalten der Rechtsadressaten in einzelfallübergreifender Weise steuern, entziehen sich konkrete Abwägungen der Regel, um den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden. Als Entscheidungsinstrument stehen Abwägungen damit im Dienst der Einzelfallgerechtigkeit. Das führt zu einem tiefgreifenden Spannungsverhältnis mit dem Gesetzmässig-

keitsprinzip und den mit ihm verbundenen Prinzipien der Gewaltenteilung, Rechtsgleichheit, Rechtsicherheit und Demokratie.

- 3) *Rationalität von Abwägungen*: Gegenüber diesen hochrangigen Gegenspielern kann sich die Interessenabwägung nur behaupten, wenn sie im Sinne einer juristischen Methode auf einem rational nachvollziehbaren und überprüfbareren Vorgehen beruht, welches den Einzelfall transzendiert und als Entscheidungsmuster systematisch zur Anwendung gelangen kann. Die methodische Analyse hat gezeigt, dass juristische Abwägungen diesen anspruchsvollen Voraussetzungen zu genügen vermögen: Das Abwägen ist ein strukturierter Prozess, der von der Ermittlung der betroffenen Rechtsgüter über die Gewichtung der Interessen zum Abwägungsentscheid führt. Dieser Prozess orientiert sich an rechtlich anerkannten Massstäben, namentlich an den Grundrechten und öffentlichen Interessen. Hinzu kommen substantielle normative Wegweiser in Gestalt von richterrechtlichen oder gesetzlichen Abwägungsgesichtspunkten. Die einzelnen Schritte des Abwägungsvorgangs und die rechtlichen Gründe für den Abwägungsentscheid lassen sich damit in nachvollziehbarer und überprüfbarer Weise darlegen.

Indem Abwägungen für eine rechtliche Begründung zugänglich sind und an dieser Begründung gemessen werden können, ist deren formelle Rationalität gewährleistet. Bereits in dieser Hinsicht kommt Abwägungen Methodencharakter zu. Fraglich ist, ob Abwägungsentscheide darüber hinaus den Anforderungen an eine materielle Rationalität standhalten können. Dies würde bedingen, dass die Entscheide auch inhaltlich mit intersubjektiver Anerkennung rechnen können und damit objektivierbar sind. In der Lehre ist bemerkt worden, dass die mit Abwägungen verbundenen Wertungen schon deshalb nicht verallgemeinerbar seien, weil es an einem einheitlichen Gewichtungsmassstab in Form einer geschlossenen Werteordnung fehle. Das damit angesprochene Problem der Inkommensurabilität relativiert sich jedoch stark, wenn – wie im schweizerischen Verfassungsrecht – von der Gleichwertigkeit der verfassungsrechtlich anerkannten Rechtsgüter ausgegangen wird. Dennoch bleiben die Feinheiten der Gewichtung und vergleichenden Bewertung der Interessen im Bereich des Subjektiven und somit, da juristische Abwägungen durch staatliche Institutionen erfolgen, im Bereich des Politischen. Werden die Gewichtungen aber nach einer groben – zum Beispiel dreistufigen – Skala durchgeführt, haben sie durchaus Aussicht auf intersubjektive Anerkennung und folglich materielle Rationalität. Insoweit lässt sich denn auch rechtlich beurteilen, ob zwischen konfligierenden Interessen ein klares oder gar krasses Missverhältnis besteht.

- 4) *Perspektive der Gerichte*: Interessenabwägungen sind demzufolge nicht nur ein politisches Handlungs- und Steuerungsinstrument von Verwaltung und Gesetzgeber, sondern auch – in reduzierter Sichtschärfe – ein rechtliches Kontrollinstrument in der Hand von Gerichten. Als solches kommt es sowohl gegenüber Anwendungsakten als auch gegenüber der Rechtsetzung

zum Einsatz. Im Verhältnis zum Gesetzgeber können sich gerichtliche Abwägungskontrollen in erster Linie auf ihre hohe formelle Rationalität berufen. Dagegen ist gesetzgeberischen Interessenausgleichen aufgrund der demokratischen Legitimation und der breiten Repräsentativität der gesetzgebenden Institutionen grundsätzlich eine hohe materielle Rationalität eigen. Gesetzgebungsverfahren können jedoch Defizite aufweisen, die dazu führen, dass nicht alle betroffenen Interessenspositionen hinreichend berücksichtigt werden. Liegen im Rahmen einer Normenkontrolle Anhaltspunkte für solche Defizite im Gesetzgebungsverfahren vor, sollten Gerichte befugt sein, Abwägungen des Gesetzgebers einer uneingeschränkten Rechtskontrolle zu unterziehen. Fehlt es hingegen an solchen Anhaltspunkten, haben sich Gerichte auf eine Willkürkontrolle von gesetzgeberischen Interessenausgleichen zu beschränken.

- 5) *Perspektive des Gesetzgebers*: Das Dilemma zwischen Gesetzmässigkeitsprinzip und Einzelfallgerechtigkeit stellt sich auch für den Gesetzgeber selbst. Soll er strikte Regelungen erlassen oder vielmehr Abwägungsvorbehalte zugunsten der rechtsanwendenden Behörden in die Gesetze einbauen? Die Antwort hängt davon ab, welche Bedeutung das Legalitätsprinzip für den jeweiligen Regelungsgegenstand hat. So sind namentlich Tatbestände, die Strafen, Verwaltungssanktionen, Steuern oder sonstige öffentliche Abgaben begründen, abwägungsfest auszugestalten. Abwägungsfeste Regelungen des Gesetzgebers sollten ihrerseits von Gerichten grundsätzlich nicht aufgeweicht werden. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen eine zwingend ausgestaltete Rechtsnorm in Einzelfällen zu unzumutbaren Grundrechtseingriffen führt.

Schliesslich hat es der Gesetzgeber in der Hand, Interessenabwägungen durch Gerichte und Verwaltungsbehörden in Form von Abwägungsgesichtspunkten bis zu einem gewissen Grad zu strukturieren und zu steuern. Dabei kann der Gesetzgeber unterschiedlich weit gehen: von der Aufzählung von Aspekten, die bei der Interessengewichtung zu berücksichtigen sind, über die Festlegung der für Abwägungen relevanten Rechtsgüter bis hin zur Vermutung, dass ein bestimmtes Interesse überwiegt. Mit der Positivierung von Abwägungsgesichtspunkten lässt sich die Anbindung von Interessenabwägungen an das Gesetz stärken, ohne die Türe für einzelfallgerechte Lösungen zuzuschlagen. Einzelfallgerechtigkeit und Gesetzmässigkeitsprinzip werden so ein Stück weit versöhnt. Insofern ist die Verankerung von Abwägungsgesichtspunkten ein Desiderat an den Gesetzgeber. Dabei darf er allerdings nicht so weit gehen, dass eine Regelung – namentlich eine gesetzliche Vermutung für ein überwiegendes Interesse – den rechtsanwendenden Instanzen in Einzelfällen die Flexibilität nimmt, grundrechtskonforme Entscheide zu treffen.

### *Zusammenfassung*

Die Interessenabwägung ist eine juristische Methode, die einzelfallgerechte Entscheide ermöglicht. Während Auslegung auf Sinnermittlung gerichtet ist, werden mit Abwägungen reale Folgen staatlicher oder privater Handlungen (Interessen) gewichtet. Abwägungsmassstab bilden die Rechtsgüter, namentlich die Grundrechte und öffentlichen Interessen. Abwägungen können durch richterrechtliche und gesetzliche Abwägungsgesichtspunkte ein Stück weit vorstrukturiert werden. Dennoch verbleibt ein unauflöslicher Einzelfallbezug, der Abwägungen in ein Spannungsverhältnis mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip bringt. Ihre Legitimation schöpfen Abwägungen daraus, dass Gerichte und Verwaltung die einzelnen Schritte des Abwägungsvorgangs und die rechtlichen Gründe für den Abwägungsentscheid nachvollziehbar und überprüfbar darlegen (formelle Rationalität). Mit Blick auf die grundsätzliche Gleichwertigkeit der verfassungsrechtlichen Rechtsgüter lässt sich nach einer groben Bewertungsskala sogar in objektivierbarer Weise beurteilen, ob zwischen Interessen ein klares Missverhältnis besteht (materielle Rationalität). Gerichte sind in diesem Rahmen auch zur Kontrolle von Abwägungen des Gesetzgebers berechtigt.

### *Résumé*

La pesée des intérêts est une méthode juridique qui permet de prendre des décisions adaptées à chaque cas. Alors que l'interprétation vise à déterminer le sens des normes juridiques, la mise en balance permet de pondérer les conséquences réelles d'actions étatiques ou privées (intérêts). Les biens juridiques, notamment les droits fondamentaux et les intérêts publics, constituent le critère de pondération. Les pondérations peuvent être structurées dans une certaine mesure par des critères de pondération légaux et de droit judiciaire. Il n'en reste pas moins qu'il existe un lien indissoluble avec le cas d'espèce, ce qui place la pesée dans un rapport de tension avec le principe de légalité. Les pondérations tirent leur légitimité du fait que les tribunaux et l'administration présentent de manière compréhensible et vérifiable les différentes étapes du processus de pondération et les motifs juridiques de la décision de pondération (rationalité formelle). Compte tenu de l'équivalence générale des biens juridiques constitutionnels, il est même possible d'évaluer de manière objectivable, selon une échelle d'évaluation sommaire, s'il existe une disproportion manifeste des intérêts (rationalité matérielle). Dans ce cadre, les tribunaux sont également habilités à contrôler les pesées d'intérêts effectuées par le législateur.

*Abstract*

The balancing of interests is a legal method that enables decisions to be made on a case-by-case basis. While interpretation is aimed at determining the sense of the law, balancing weighs up the real consequences of state or private actions (interests). The legal goods, in particular fundamental rights and public interests, form the scale for balancing. The balancing of interests can be pre-structured to a certain extent by judicial and statutory balancing criteria. Nevertheless, an indissoluble reference to the individual case remains, which brings the balancing of interests into tension with the principle of legality. The balancing method derives its legitimacy from the fact that the courts and the administration present the single steps of the balancing process and the legal reasons for their decision in a transparent and verifiable manner (formal rationality). In view of the general equivalence of constitutional goods, it is even possible to objectively assess whether there is a clear disproportion of interests according to a rough scale of assessment (substantive rationality). In this context, courts are also authorised to review legislative trade-offs.

**Literatur**

- ALEXY ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M. 1994 (zit. *Theorie*).
- ALEXY ROBERT, *Die Gewichtsformel*, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnen-schein*, Berlin 2003, S. 771 ff. (zit. *Gewichtsformel*).
- BARAK AHARON, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012.
- BOROWSKI MARTIN, *Die rechtliche Abwägung*, in: *Lübbe Weyma/Grosse-Wilde Thomas (Hrsg.), Abwägung. Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden*, Paderborn 2022, S. 267 ff.
- DIEBOLD NICOLAS/RÜTSCHKE BERNHARD, *Wettbewerbsrecht und Marktregulierung*, Band 1: *Grundlagen*, Zürich 2023.
- DRUEY JEAN NICOLAS, *Interessenabwägung – eine Methode?*, in: *Beiträge zur Methode des Rechts*, St.Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, S. 131 ff.
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Basel 2014.
- ELLSCHIED GÜNTER/HASSEMER WINFRIED, *Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung*, in: *Lüderssen Klaus/Sack Fritz (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität Band 1*, Frankfurt a.M. 1975, S. 266 ff.

- FELLER RETO/MÜLLER MARKUS, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung, ZBl 110/2009, S. 442 ff.
- FIOLKA GERHARD, Das Rechtsgut, Band 1, Diss. Fribourg, Basel/Genf/München 2006.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, Légiférer sans arbitraire dans l’incertain: le principe de proportionnalité entre précaution et expérimentation, LeGes 3/2021, S. 1 ff.
- GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Habil. Zürich, Zürich 2005.
- GADAMER HANS-GEORG, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Band 1: Hermeneutik I, unveränderte Ausgabe, Tübingen 2010 (1. Aufl. von 1960).
- GRIFFEL ALAIN, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil. Zürich, Zürich 2001.
- HABERMAS JÜRGEN, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1993.
- HÄFELIN ULRICH, Verfassungsgebung, in: Probleme der Rechtsetzung. Referate zum schweizerischen Juristentag 1974, ZSR 1974 II, S. 75 ff. (zit. Verfassungsgebung).
- HÄFELIN ULRICH, Wertung und Interessenabwägung in der richterlichen Rechtsfindung, in: Haller Walter/Kölz Alfred/Müller Georg/Thürer Daniel (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler, Basel 1989, S. 585 ff. (zit. Wertung).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.
- HÄNNI JULIA, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts. Zur Präjudizienrezeption als Methodik gerichtlicher Entscheidungsfindung, Habil. Luzern, Zürich 2022.
- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Diss. Zürich, Zürich 2014.
- HUBMANN HEINRICH, Grundsätze der Interessenabwägung, Archiv für die civilistische Praxis 155/2 (1956), S. 85 ff.
- KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht. Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018.

- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019.
- KUNZ PETER V., Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur «Business Judgment Rule», in: Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/Gasser Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, S. 445 ff.
- LEISNER WALTER, Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?, Berlin 1997.
- LÜBBE WEYMA, Einleitung, in: Lübbe Weyma/Grosse-Wilde Thomas (Hrsg.), Abwägung. Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden, Paderborn 2022.
- LUHMANN NIKLAS, Die Paradoxie des Entscheidens, Verwaltungsarchiv 84 (1993), S. 287 ff.
- MARTI ARNOLD, Aktueller Stand und neue Fragen in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, ZBl 110/2009, S. 405 ff.
- MARTI URSULA, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht, Diss., Genf 2011.
- MÖLLER KAI, Proportionality: Challenging the critics, International Journal of Constitutional Law 3/2012, S. 709 ff.
- MÖLLERS THOMAS M. J., Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023.
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume I: Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012.
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011.
- MORAND CHARLES-ALBERT, Pesée des intérêts et décisions complexes, in: Morand Charles-Albert (Hrsg.), La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, Basel 1996, S. 41 ff.
- MÜLLER GEORG, Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, ZBl 1972, S. 337 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. Elemente).
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV: Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Verwirklichung).

- MÜLLER JÖRG PAUL, Praktische Konkordanz in der Verfassungsinterpretation, in: Bernard Frédéric/Hertig Randall Maya/Bovet Christian/Flückiger Alexandre (Hrsg.), *Le droit au service de l'humanité, Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Genf/Zürich 2023, S. 329 ff. (zit. Praktische Konkordanz).
- MÜLLER MARKUS, *Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel*, Bern 2013.
- MULLER PIERRE, *Le principe de la proportionnalité*, ZSR 1978 I, S. 197 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 4/2011, S. 443 ff.
- OESCH MATTHIAS, *Differenzierung und Typisierung. Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung*, Habil. Bern, Bern 2008.
- POSCHER RALF, *Verhältnismässigkeit und Inkommensurabilität*, in: Lübbe Weyma/Grosse-Wilde Thomas (Hrsg.), *Abwägung. Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden*, Paderborn 2022, S. 285 ff.
- REICH JOHANNES, *Konzeptionalisierung der «Verfassungsverwirklichung» als gestufter Prozess der Rechtskonkretisierung*, in: Biaggini Giovanni/Müller Georg/Müller Jörg Paul/Uhlmann Felix (Hrsg.), *Demokratie – Regierungsreform – Verfassungsfortbildung. Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag*, Basel 2009, S. 113 ff.
- REIMER FRANZ, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.
- RHINOW RENÉ, *Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken*, recht 2/1983, S. 41 ff. (1. Teil) sowie recht 3/1983, S. 83 ff. (2. Teil) (zit. Ermessen).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016.
- RÜCKERT JOACHIM, *Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel*, JuristenZeitung 66 (2011), S. 913 ff.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen*, Diss. Bern, Basel 2002 (zit. Rechtsfolgen).
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis*, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. Rechte).
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Die Rechtsgleichheit in Bewegung: Dogmatische Fortbildung von Art. 8 Abs. 1 BV*, in: *Praxis der neuen Bundesverfassung. Sonderheft zu Ehren von alt Bundesrat Arnold Koller*, AJP 9/2013, S. 1321 ff. (zit. Rechtsgleichheit).

- RÜTSCHÉ BERNHARD, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, S. 145 ff. (zit. Verhältnismässigkeitsprinzip).
- SCHEFER MARKUS, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006.
- SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsermessen. Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010.
- SCHLINK BERNHARD, Abwägung im Verfassungsrecht, Diss. Heidelberg, Berlin 1976 (zit. Abwägung).
- SCHLINK BERNHARD, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S. 457 ff. (zit. Freiheit).
- SEILER HANSJÖRG, Praktische Rechtsanwendung: Was leistet die juristische Methodenlehre?, Bern 2009 (zit. Praktische Rechtsanwendung).
- SEILER HANSJÖRG, Individualrisiko und Kollektivrisiko in der Risikowissenschaft und im Recht, Risiko & Recht 2/2023, S. 7 ff. (zit. Individualrisiko und Kollektivrisiko).
- SEILER HANSJÖRG, Corona-Massnahmen und Verhältnismässigkeit, Zürich 2024 (zit. Verhältnismässigkeit).
- STRATENWERTH GÜNTER, Zum Begriff des «Rechtsgutes», in: Eser Albin (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 377 ff.
- STRUCK GERHARD, Interessabwägung als Methode, in: Dubischar Roland (Hrsg.), Festgabe für Josef Esser zum 65. Geburtstag, Kronburg/Ts. 1975, S. 171 ff.
- TANQUEREL THIERRY, La pesée des intérêts vue par le juge administratif, in: Morand Charles-Albert (Hrsg.), La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, Basel 1996, S. 189 ff.
- THURNHERR DANIELA, Vorsorgeprinzip. Verpflichtungen und Grenzen für die Verwaltung und weitere staatliche Akteure. Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt, Basel, 6. Mai 2020.
- TSCHANNEN PIERRE, Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben, URP 2018/2, S. 211 ff. (zit. Interessenabwägung).
- TSCHANNEN PIERRE, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, ZSR 2024 I, S. 103 ff. (zit. Verfassungssätze).

- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.
- URBINA FRANCISCO J., Incommensurability and Balancing, Oxford Journal of Legal Studies 3/2015, S. 575 ff.
- VERDE MICHEL, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Diss., Zürich 2014.
- WEBBER GRÉGOIRE C. N., Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 1/2010, S. 179 ff.
- WOHLERS WOLFGANG, Vorbemerkungen zu Art. 49 StGB, in: WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020, S. 155 ff.
- WULLSCHLEGER STEPHAN, Interessenabwägung im Umweltrecht, URP 1995, S. 75 ff. (zit. Interessenabwägung).
- WULLSCHLEGER STEPHAN, Die Rolle der Verwaltungsgerichte bei umweltrechtlichen Interessenabwägungen, URP 2018/2, S. 131 ff. (zit. Verwaltungsgerichte).
- WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit, Habil. Bern, Bern 2011.
- ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 1978 II, S. 1 ff.

