



Die Attacke auf das Verhältnismässigkeitsprinzip

NICCOLÒ RASELLI

Das Verhältnismässigkeitsprinzip, zentrale menschliche Verhaltensregel und als methodisches Konzept zur konkreten Ausformung der Gerechtigkeit zugleich eine der Säulen unserer Rechtskultur, kommt in jüngster Zeit zunehmend unter Druck. Es sind namentlich Verfassungsinitiativen, welche das Prinzip unterminieren, ja eliminieren, indem sie automatische Sanktionen durchsetzen, wo nur das Abwägen privater und öffentlicher Interessen zu menschenwürdigen Entscheidungen führen kann. Es werden für komplexe Probleme radikale, ja menschenverachtende Lösungen angeboten. Diese sind umso verführerischer, als sie vorgeben, diffuse Angst- und Ohnmachtsgefühle der Bevölkerung ernst zu nehmen, derweil sie oft nur als Vehikel eines permanenten Wahlkampfes dienen. Auch scheint die Aushebelung des Verhältnismässigkeitsprinzips umso leichter zu fallen, als der Anspruch, verhältnismässig behandelt zu werden, «nur» bestimmten Kategorien von Rechtsbrechern vorenthalten wird. An der krassen Ungerechtigkeit dieser Rechtsverweigerung ändert das allerdings nichts. Hinzu kommt, dass diese Verweigerungshaltung auf unsere Rechtskultur insgesamt zurückstrahlt und diese auf lange Sicht nachhaltig beschädigen kann.

Le principe de proportionnalité est une règle de conduite humaine essentielle, mais également l'un des piliers de notre tradition juridique en tant que concept méthodologique qui concrétise la justice. Ces derniers temps, ce principe a été soumis à une pression croissante. Ce sont notamment des initiatives constitutionnelles qui ébranlent, voire évincent ce principe en imposant des sanctions automatiques, alors que seule une pesée des intérêts privés et publics permet d'aboutir à des décisions humaines et décentes. Face à des problèmes complexes, des solutions radicales sont proposées, parfois au mépris de la personne. Ces solutions sont d'autant plus séduisantes qu'elles prétendent prendre au sérieux le sentiment diffus de peur et d'impuissance qui règne au sein de la population, alors qu'elles ne servent souvent que de moyen de campagne. Le démantèlement du principe de proportionnalité semble d'autant plus facile que «seules» certaines catégories de délinquants sont privées du droit à un traitement proportionnel. Cela ne change toutefois rien à l'injustice crasse qui entache ce déni de justice. A cela s'ajoute le fait que cette attitude de déni se répercute sur notre culture juridique dans son ensemble et risque de lui nuire durablement à plus long terme.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gerechtigkeit und Verhältnismässigkeit
- III. Verfassungs- und konventionsmässige Verankerung des Verhältnismässigkeitsprinzips
 1. Bundesverfassung und Rechtsprechung des Bundesgerichtes
 2. EMRK
 3. UNO-Pakt II
- IV. Die Aushebelung des Verhältnismässigkeitsprinzips
 1. Pädophileninitiative (Art. 123c BV)
 2. Verwahrunginitiative (Art. 123a BV)
 3. Ausschaffunginitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV)
 4. Durchsetzunginitiative
 5. Die sogenannte Selbstbestimmungsinitiative
 6. Haftungsinitiative
- V. Schluss

«Mir scheint, dass elementare helvetische Prinzipien an Bedeutung verloren haben: einmal das (Mass), das Massvolle, das Vernünftig-Angemessene. Ist es ein Zufall, dass das grundlegende liberale Prinzip der Verhältnismässigkeit (welches das für die Menschen Angemessene verlangt) in der Politik zunehmend missachtet wird?»¹

NICCOLÒ RASELLI, ehemaliger Bundesrichter.

¹ RENÉ RHINOW, Welche äusseren Faktoren setzen das Schweizer Staatsmodell am stärksten unter Druck?, in: Das Magazin, Nr. 36, vom 12. September 2014, 13.

I. Einleitung

Man soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen, man soll das Kind nicht mit dem Bade ausschütten. Alte Volksweisheiten, die seit jeher eine Verhaltensregel auf den Punkt bringen. Die Juristen bezeichnen sie als Verhältnismässigkeitsprinzip. Es beherrscht das menschliche Leben schlechthin, das private wie das öffentliche, und ist jedem Menschen vertraut, zwar nicht immer, wenn er als Handelnder auftritt, jedoch spätestens dann, wenn er sich in der Lage eines Betroffenen wiederfindet. Von Eltern und Pädagogen wird erwartet, dass sie Kinder angemessen behandeln, vom Gesetzgeber, dass er massvolle Regeln erlässt, von der Exekutive, dass sie die Gesetze verhältnismässig anwendet, und die Justiz ist in ihrer gesamten Tätigkeit der Verhältnismässigkeit verpflichtet. Unverhältnismässige Anordnungen oder Sanktionen werden als ungerecht empfunden. Sie sind auch kontraproduktiv, lassen doch dadurch erzeugte Wut und Frustration bei den Betroffenen Einsicht in begangenes Unrecht und Reue gar nicht erst aufkommen. Sie sind im Gegenteil geeignet, Unrechtsbewusstsein in Rechthaberei zu verkehren und fatale Spiralbewegungen in Gang zu setzen, sowohl im Verhältnis zwischen Privaten, zwischen Privaten und dem Staat, selbst zwischen Staaten. Was das Letzte anbe-

langt, gilt heute als unbestritten, dass die Unverhältnismässigkeit des Versailler Vertrages eine der Ursachen für das Erstarken revanchistischer und bellizistischer Kräfte in der Weimarer Republik war, welche diese in die Nazi-Diktatur stürzten und schliesslich den rassistischen Expansions- und Vernichtungskrieg entfesselten.²

Das Verhältnismässigkeitsprinzip, ein tragender und lange auch unbestrittener Pfeiler unserer Rechtskultur, gerät in jüngster Zeit zunehmend unter Druck, zwar nicht aufgrund expliziter Kampfansagen, sondern vielmehr einer schleichenden politischen Entwicklung, deren Promotoren sich Machtlosigkeits- und Wutgefühle der Bevölkerung populistisch zu Nutzen machen. Als Instrument dient vorab das Initiativrecht. Zu denken ist an bereits angenommene wie auch an laufende Initiativen: die Pädophileninitiative, die Verwahrungsinitiative, die Ausschaffungsinitiative, die Durchsetzungsinitiative und jüngst die sogenannte Selbstbestimmungsinitiative; lanciert wurde inzwischen schliesslich die Initiative «Haftung für Rückfälle von Sexual- und Gewaltstraftätern» (Haftungsinitiative), wonach Richter und Gutachter für Fehlentscheide persönlich haften sollen. All diesen gesetzgeberischen Aktivitäten ist eines gemeinsam: Es werden radikale Lösungen angepriesen, die auf die konkrete Situation der Betroffenen bewusst keine Rücksicht nehmen. Der Suche nach angemessenen Lösungen wird mittels Automatismen ein Riegel geschoben. Das Abwägen und Ausgleichen sich widerstreitender Interessen, ureigene richterliche Tätigkeit, soll ausgeschaltet werden.

II. Gerechtigkeit und Verhältnismässigkeit

«Das Recht ist also dieses Proportionale, das Unrecht aber ist, was wider die Proportionalität anläuft».³ Seit Aristoteles ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit (Proportionalität) von zentraler Bedeutung für das Verständnis von Gerechtigkeit und Gleichheit. Es kann als methodisches Konzept zur konkreten Ausformung der Gerechtigkeit verstanden werden. Im Kontext des hier vorab interessierenden öffentlichen Rechts übernimmt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit die Funktion eines Entscheidungsmaßstabs: Innerhalb vorausgesetzter materieller und formeller Vorgaben soll er die Idee der Gerechtigkeit verwirklichen. In der konkreten Anwendung ist das Gerech-

tigkeitsurteil letztlich der Abwägung des Entscheidungsträgers überantwortet. Indessen vermögen auch noch so ausgeklügelte Entscheidungsraster das jedem Abwägen inhärente Werturteil, das den Kern des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ausmacht, nicht zu ersetzen. Damit einher geht der legitimatorische Aspekt richterlicher Tätigkeit.

III. Verfassungs- und konventionsmässige Verankerung des Verhältnismässigkeitsprinzips

1. Bundesverfassung und Rechtsprechung des Bundesgerichtes

Das Bundesgericht nahm auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit erstmals im Urteil 52 I 222 ff. Bezug. Danach dürfen polizeiliche Interventionen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um den Zweck, durch den sie gedeckt sind, zu erreichen.⁴ In BGE 77 I 1 prüfte das Bundesgericht die Frage, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Rahmen des Grundsatzes der Rechtsgleichheit (Art. 4 aBV) allgemein gelte, und bejahte sie sinngemäss insoweit, als das davon abhängt, ob die Einschränkung offensichtlich über das hinausgehe, was durch den angestrebten Zweck erreicht werden soll. Damit war der Bezug zum aus dem Rechtsgleichheitsgebot hergeleiteten Willkürverbot hergestellt. Während das Bundesgericht unter der Herrschaft der Bundesverfassung 1874 nie ausdrücklich zur Frage Stellung genommen hat, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip als eigenständiges Grundrecht anzusehen sei,⁵ ist das Prinzip in der Bundesverfassung 1999 nunmehr, wenn auch nicht als selbstständiges Grundrecht, so doch als verfassungsmässiger Grundsatz verankert.⁶ Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein; gemäss Art. 36 Abs. 3 BV müssen namentlich Einschränkungen von Grundrechten verhältnismässig sein.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird durch die drei Teilgehalte der Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit konkretisiert: Staatliche Massnahme müssen geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen; sie dürfen nicht weitergehen, als zur Zielerreichung notwendig ist;

² JÖRN LEONARD, *Geschichte des Ersten Weltkriegs*, München 2014, 967 f.

³ ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, Hamburg 1985, 108, N 15.

⁴ Siehe dazu auch BGE 65 I 65 S. 72, BGE 70 I 1 S. 3. Ferner ULRICH ZIMMERLI, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht*, ZSR 1978, 2. Halbband, 1 ff.

⁵ JÖRG PAUL MÜLLER, *Kommentar zur BV 1874*, Basel/Zürich/Bern 1996, N 166 zur Einleitung zu den Grundrechten.

⁶ BGE 131 I 91, E. 3.3.

sie müssen in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.⁷ Dieser Trias, die sich seit den 1970er-Jahren in der schweizerischen Rechtslehre durchgesetzt hat⁸, begegnete das Bundesgericht anfänglich mit Skepsis⁹, übernahm sie aber Mitte der 1980er-Jahre in seine Rechtsprechung.¹⁰ Ursprünglich auf die Domäne des Verwaltungsrechts beschränkt, nimmt das Verhältnismässigkeitsprinzip heute nach Lehre und Rechtsprechung im Staatshandeln einen zentralen Stellenwert ein; es ist nicht allein bei Gundrechtseingriffen zu beachten, sondern bei jeglichem Staatshandeln.¹¹

2. EMRK

Die EMRK, vom Bundesrat am 28. November 1974 ratifiziert,¹² formuliert – anders als die Bundesverfassung – das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht explizit im Sinne einer allgemeinen Norm. Doch ist der Schutz fundamentaler Rechtsprinzipien in allen Einschränkungsbestimmungen enthalten, sei es, dass einzelne Normen explizit auf Teilgehalte des Verhältnismässigkeitsprinzips verweisen, sei es, dass Normen diese implizit enthalten. Art. 15 Abs. 1 EMRK verankert bei den Voraussetzungen der Derogation von Garantien in Notstandsfällen das Verhältnismässigkeitsprinzip insofern, als solche Massnahmen nur erlaubt sind, «soweit es die Lage unbedingt erfordert.» Eingriffe ins Eigentum müssen «erforderlich» sein (Art. 1 Abs. 2 Zusatzprotokoll I zur EMRK). Einschränkungen der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit

sind nur zulässig, wenn sie «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind» (Art. 9 Abs. 2 EMRK).¹³ Dasselbe gilt für die Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 10 Abs. 2 EMRK) und die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 Abs. 2 EMRK).¹⁴ Einschränkungen des Rechts auf Freiheit wie Festnahme und Freiheitsentziehung (Art. 5 EMRK) unterliegen implizit dem Verhältnismässigkeitsprinzip.¹⁵ Das gilt ebenso hinsichtlich Eingriffen in das Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK)¹⁶ und der Rechtfertigung von Ungleichbehandlung im Sinne des Diskriminierungsverbots (Art. 14 EMRK).¹⁷ Die Bedeutung der Verhältnismässigkeit beschränkt sich nicht auf die erwähnten Vorbehalte, sondern kommt als allgemeiner Rechtsgrundsatz überall da zur Anwendung, wo es um eine «faire Balance» zwischen individuellem und staatlichen Interessen geht.¹⁸

Der gelegentlich erhobenen Behauptung, zwischen der EMRK und der Bundesverfassung gebe es keinen Konflikt, Probleme ergäben sich vielmehr aus der Interpretation der EMRK durch das Strassburger Gericht,¹⁹ ist entgegen zu halten: Die Automatismen der Sanktionen und die damit einhergehende Eliminierung des Verhältnismässigkeitsprinzips schaffen zwischen den in Frage stehenden Verfassungsnovellen und der EMRK sowie dem UNO-Pakt II eigentliche Normkonflikte.

3. UNO-Pakt II

Der UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II), der für die Schweiz seit dem 18. September 1992 gilt,²⁰ spricht das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht explizit im Sinne einer allgemeinen Norm aus, son-

⁷ BGE 140 II 194 E. 5.8.2 S. 199, BGE 139 I 218 E. 4.3 S. 224; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., 2009, 152 ff.

⁸ Hinweise bei BENJAMIN SCHINDLER, Die schweizerische Bundesverfassung (St. Galler Kommentar), Zürich 2014, N 47 ff. zu Art. 5 BV.

⁹ BGE 104 Ib 412 E. 6c, 426.

¹⁰ BGE 112 Ia 65 E. 5c, 70; BGE 118 Ia 427 E. 7a, 439.

¹¹ SCHINDLER (FN 8), N 49; RAINER J. SCHWEIZER, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014, N 27 und 42 zu Art. 36 BV.

¹² Die EMRK wurde von den Eidgenössischen Räten am 3. Oktober 1974 genehmigt. Der Beitritt wurde nicht dem Referendum unterstellt. Er musste nach der damaligen Rechtslage weder dem fakultativen noch dem (damals ungeschriebenen) obligatorischen Referendum unterstellt werden. In diesem Zusammenhang ist allerdings bedeutsam, dass u.a. der Beitritt zum Protokoll 14, auf den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), der Kontrollmechanismus der EMRK, in seiner heutigen Ausgestaltung im Wesentlichen zurückgeht, infolge der geänderten Verfassungslage dem Referendum unterstellt war (AS 2009, 3065). Von diesem wurde kein Gebrauch gemacht! Spätestens seitdem sind Zweifel an der demokratischen Legitimität der EMRK obsolet, aber auch Polemiken gegen den EGMR (sogenannte «fremde Richter») unverständlich.

¹³ Für Einzelheiten siehe JOCHEN ABRAHAM FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, Kehl am Rhein, 2009, N 30 f. und 34 zu Art. 9.

¹⁴ Für Einzelheiten siehe FROWEIN/PEUKERT (FN 13), N 34 zu Art. 10 bzw. N 6 und 11 zu Art. 11.

¹⁵ ULRICH KARPENSTEIN/FRANZ MAYER, EMRK-Kommentar, München 2015, N 24, 31, 44 ff., 54, 65 ff., 74, 77, 79, 88 f. zu Art. 5 EMRK.

¹⁶ KARPENSTEIN/MAYER (FN 15), N 98 zu Art. 8 EMRK.

¹⁷ KARPENSTEIN/MAYER (FN 15), N 32 f. zu Art. 14 EMRK.

¹⁸ OLIVER KOCH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 2003, 143 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR.

¹⁹ So Nationalrat GREGOR RUTZ, NZZ vom 26. Juni 2015, 9. Siehe dazu auch MARKUS HOFMANN, Zündeln mit Menschenrechten, NZZ vom 15. August 2015, 21.

²⁰ Der UNO-Pakt II wurde von den Eidgenössischen Räten am 13. Dezember 1991 genehmigt und dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt, das am 23. März 1992 unbenutzt abgelaufen ist (AS 1993, 749).

den verweist wie die EMRK in einzelnen Normen implizit darauf oder explizit auf dessen Teilgehalte. So können bei einem öffentlichen Notstand Verpflichtungen aus dem Pakt nur in dem Umfang ausser Kraft gesetzt werden, den «die Lage unbedingt erfordert» (Art. 4 Abs. 1 UNO-Pakt II).²¹ Das Recht auf Freizügigkeit darf nur eingeschränkt werden, wenn es zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheit anderer «notwendig» ist (Art. 12 Abs. 3 UNO-Pakt II).²² Eingriffe in die Privatheit – Privatleben, Familie, Wohnung Schriftverkehr – und Beeinträchtigungen der Ehre und des Rufs (Art. 17 UNO-Pakt II) unterliegen implizit der Verhältnismässigkeit.²³ Die Gedanken-, Gewissens-, Religions- und Weltanschauungsfreiheit darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit oder der Grundrechte und -freiheiten anderer «erforderlich» sind (Art. 18 Abs. 3 UNO-Pakt II). Dasselbe gilt für die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 19 Abs. 3 UNO-Pakt II) sowie die Versammlungsfreiheit, Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 21 bzw. 22 Abs. 2 UNO-Pakt II).²⁴

IV. Die Aushebelung des Verhältnismässigkeitsprinzips

1. Pädophileninitiative (Art. 123c BV)

Am 18. Mai 2014 wurde die sogenannte Pädophileninitiative von Volk und Ständen angenommen. Mit dieser Verfassungsbestimmung (Art. 123c BV) verlieren Personen, «die verurteilt werden, weil sie die sexuelle Unversehrtheit eines Kindes oder einer abhängigen Person beeinträchtigt haben, (...) endgültig das Recht, eine berufliche oder ehrenamtliche Tätigkeit mit Minderjährigen oder Abhängigen auszuüben». Damit wurde ein Automatismus eingeführt, der darauf abzielt, dem Richter den Entscheidungsspielraum zu entziehen.²⁵ Der Automatismus nimmt bewusst keine Rücksicht auf die Schwere der Rechtsverletzung, die Umstände der Straftat bzw. des Fehlverhaltens, das Alter und Verschulden des Täters. Die Sanktion

ist auch nicht von der Feststellung pädophiler Neigungen des Täters abhängig. Nach dem Initiativtext, so er ernst genommen wird, kann nicht zweifelhaft sein, dass z.B. ein 22-Jähriger mit einem lebenslangen Berufsverbot als Lehrer sanktioniert wird, wenn er mit seiner 15-jährigen Freundin intim geworden und deshalb verurteilt worden ist.²⁶ Von vornherein ausgeschlossen sind den besonderen Umständen angemessene Lösungen wie ein Kontakt- und Rayonverbot oder ein befristetes Berufsverbot. Für den Ausgang der Abstimmung war übrigens unerheblich, dass – als Folge eines indirekten Gegenvorschlages – gemäss Art. 67 Abs. 2 lit. b StGB bei einer Verurteilung wegen sexueller Handlungen mit Kindern oder mit Abhängigen ein zehnjähriges Berufsverbot zwingend ist, und auch lebenslänglich angeordnet werden kann, wenn zu erwarten ist, dass zehn Jahre nicht ausreichen (Art. 67 Abs. 6 StGB). Der nunmehr vorgesehene Automatismus nimmt in Kauf, dass die Sanktion im konkreten Anwendungsfall krass gegen den Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit verstösst. Da die «getreue» Umsetzung der Initiative im Gesetz für die Gerichte verbindlich ist (Art. 190 BV BV), auch wenn sie im Anwendungsfall gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verstösst, ergibt sich für den Gesetzgeber ein Dilemma, behält doch das in der Bundesverfassung verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip, wonach staatliches Handeln verhältnismässig sein muss, seine Geltung auch gegenüber extremen Initiativen, sofern es nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird.²⁷ Im Grunde genommen hatte der Bundesrat gar keine andere Wahl, als in Nachachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit bei der Umsetzung der Verfassungsnovelle gewisse Abstriche zu machen.²⁸ Zum einen soll der Automatismus insoweit eingeschränkt werden, als eine Härtefallklausel für leichte Fälle vorgesehen ist: Erscheint ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot «weder als notwendig

²¹ Siehe dazu MANFRED NOWAK, CCPR-Kommentar, Kehl am Rhein 1989, N 24 ff. zu Art. 4.

²² Zu Einzelheiten siehe NOWAK (FN 21), N 33 zu Art. 12.

²³ NOWAK (FN 21), N 12 zu Art. 17 UNO-Pakt II.

²⁴ Für Einzelheiten siehe NOWAK (FN 21), N 20 zu Art. 21 bzw. N 21 zu Art. 22 UNO-Pakt II.

²⁵ DANIEL JOSITSCH, Was sagt das Volk, wenn es ja sagt, NZZ vom 26. Juni 2015, 19.

²⁶ JOSITSCH (FN 25).

²⁷ MARKUS MÜLLER, Radikale Volksinitiativen und Verhältnismässigkeit, NZZ vom 18. Juni 2014, 19. Wie es sich im letzteren Fall verhält, wird noch zu erörtern sein. Siehe auch RENÉ RHINOW, Alle müssen masshalten, NZZ vom 5. Dezember 2014, 11.

²⁸ Nach RAINER J. SCHWEIZER hätte das Parlament die Initiative als ungültig erklären müssen; Tagesanzeiger vom 19. Mai 2014, <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Es-fehlt-ein-Gegengewicht-zur-Politik/story/17022073>. Auf jeden Fall setzt sich das Parlament in Widerspruch zu sich selber, wenn es einerseits eine Initiative nicht als ungültig erklärt, und andererseits nach deren Annahme, wenn auch aus nachvollziehbaren Gründen, nicht willens ist, sie getreu umzusetzen. Nationalrat DANIEL VISCHER schlägt daher vor, bezüglich Gültigkeit von Initiativen den Begriff des zwingenden Völkerrechts zu ergänzen und neu auch die in der EMRK verankerten Menschenrechte einzubeziehen (NZZ vom 26. Juni 2015, 9).

noch als zumutbar», kann von einem solchen abgesehen werden. Zum andern sollen Verurteilte, soweit es sich nicht um Pädophile im psychiatrischen Sinn handelt, nach einer gewissen Dauer um Einschränkung oder Aufhebung des Tätigkeitsverbots ersuchen können.²⁹ Damit setzt sich der Bundesrat, wie nicht anders zu erwarten war, prompt dem Vorwurf seitens der Initianten aus, den Volkswillen zu unterlaufen.

Der gesetzgeberische Rekurs auf das Verhältnismässigkeitsprinzip ist – entgegen der Meinung von MARTIN KILLIAS³⁰ – keineswegs fehl am Platz. Seine Argumentation, wonach es verfassungskonform sei, in Gesetzen klare Grenzen festzulegen, deren Übertretung mit bestimmten Sanktionen bestraft wird (so müsse etwa wer im Strassenverkehr bestimmte Promillegrenzen oder Geschwindigkeitsbegrenzungen verletze, den Führerschein abgeben), greift insoweit zu kurz, als es bei der Sanktion des lebenslänglichen Berufsverbots – anders als bei der Abgabe des Führerscheins – um einen extremen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Menschen geht, ihr Leben frei zu gestalten. Wenn KILLIAS dennoch als Lösung vorschlägt, das lebenslängliche Tätigkeitsverbot von der gutachterlichen Feststellung einer pädophilen Neigung des Täters abhängig zu machen³¹, und die SVP-Nationalräte und Initiative-Befürworter RUTZ und RICKLI meinen, die «Jugendliebe» sei bei der Umsetzung auszuklammern,³² so setzen sich auch die Kritiker des Bundesrates – nicht anders als dieser – über den Initiativtext hinweg. Sie können sich dabei allerdings gleich wie der Bundesrat auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz der Verfassung berufen.

Im Übrigen würde selbst die «getreue» Umsetzung der Initiative, also das automatische lebenslängliche Berufsverbot für Personen, die verurteilt werden, «weil sie die sexuelle Unversehrtheit eines Kindes oder einer abhängigen Person beeinträchtigt haben», das Gericht nicht daran hindern, dem Verhältnismässigkeitsgebot durch entsprechende Prüfung Nachachtung zu verschaffen. Das Gericht wäre trotz Art. 190 BV wegen der Verbindlichkeit der EMRK sogar dazu verpflichtet, und zwar selbst dann, wenn die Geltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatz-

zes ausdrücklich ausgeschlossen worden wäre.³³ Zu dem von Art. 8 EMRK geschützten Privatleben des Einzelnen gehören auch dessen berufliche Beziehungen,³⁴ weshalb Verbote beruflicher Tätigkeit in bestimmten Bereichen dem Erfordernis der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft (Art. 8 Abs. 2 EMRK), mithin dem Verhältnismässigkeitsprinzip unterliegen. Nichts anderes ergibt sich aus Art. 17 UNO-Pakt II.

Mit dem Beitritt zur EMRK und zum UNO-Pakt II hat sich die Schweiz verpflichtet, diesen nachzuleben («pacta sunt servanda»). Solange ein Vertrag nicht gekündigt ist, bleiben einseitige Willenserklärungen bzw. Massnahmen, um sich deren Wirksamkeit zu entziehen, untauglich.³⁵ Das ist im Völkerrecht nichts anders als im Privatrecht. Es macht auch keinen Unterschied, auf welcher Erlassstufe die einseitige Willenserklärung zum Ausdruck gelangt. Dabei ist ferner im Auge zu behalten, dass der UNO-Pakt II – im Gegensatz zur EMRK – nicht kündbar ist.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der mit Automatismen einhergehende vollständige Ausschluss des Verhältnismässigkeitsprinzips bei Eingriffen in die Menschenrechte zwingendes Völkerrecht verletzt. Das Verhältnismässigkeitsprinzip untersagt selbst in Notzeiten Automatismen, welche die Berücksichtigung der individuellen Interessen des von einer Einschränkung oder Derogation betroffenen Individuums durch rechtsanwendende Behörden verhindern, was erst recht in Zeiten gelten muss, in welchen kein Notstand im Sinne der Derogationsklauseln herrscht.³⁶

2. Verwahrungsinitiative (Art. 123a BV)

Nach dieser von Volk und Ständen am 4. Februar 2004 angenommenen Verfassungsbestimmung sind Sexual- oder

²⁹ So der bundesrätliche Vorschlag (NZZ vom 15. Mai 2015, 9; Tages-Anzeiger vom 15. Mai 2015, 3).

³⁰ Sonntagszeitung vom 17. Mai 2015, 6.

³¹ KILLIAS (FN 30).

³² GREGOR A. RUTZ, Gastkommentar zur Pädophilie-Initiative, Rechtsstaat stärken – Kinder schützen, NZZ vom 2. April 2014 und Sonntagszeitung vom 21. Juni 2015, Tauziehen um Pädophilen-Initiative, 6. Inzwischen ist – im Jahr der Nationalratswahlen – auch die BDP mit einer «Pädophilen-Durchsetzungspetition», die nur, aber immerhin für die sogenannte Jugendliebe eine Ausnahme postuliert, auf den Zug aufgesprungen.

³³ Wenn Nationalrat ANDREA CARONI meint, Volksinitiativen dürften unverhältnismässig sein (Es gilt der Wille des Souveräns, NZZ vom 5. Dezember 2014, 11), so bagatellisiert er zum einen diese Tendenzen und abstrahiert er zum andern von den eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen, die Verhältnismässigkeit zu prüfen.

³⁴ KARPENSTEIN/MAYER (FN 15), N 21 zu Art. 8.

³⁵ Zu den Folgen und namentlich zur nachträglichen Beseitigung eines Normkonflikts durch Kündigung des Vertrages siehe JÖRG KÜNZLI, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009, 47 ff., insbesondere 63 ff. Siehe auch MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013, 70 mit Hinweisen.

³⁶ JÖRG KÜNZLI/WALTER KÄLIN, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts? – Gedanken zu Art. 136 Abs. 3 BV, in: Jusletter next: 23. Juni 2014, insbesondere die Rz. 24 ff.

Gewaltstraftäter bis an ihr Lebensende zu verwahren, wenn sie als extrem gefährlich erachtet und als nicht therapierbar eingestuft werden. Die Erstellung eines neuen Gutachtens ist nur zulässig, wenn «durch neue, wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen wird», dass der Täter geheilt werden kann und keine Gefahr für die Öffentlichkeit mehr besteht. Wird dergestalt die Verwahrung aufgehoben, muss die Haftung für einen Rückfall von der betreffenden Behörde übernommen werden. Am 1. August 2008 trat die entsprechende Gesetzesänderung (Art. 64 Ziff. 1bis lit. c StGB) in Kraft. Bis heute scheint es eine einzige rechtskräftige Verurteilung zu lebenslanger Verwahrung zu geben, welchen Umstand die ursprüngliche Initiative für die Polemik instrumentalisiert, den Gerichten gehe es nach wie vor um die Täter und nicht um die Opfer.³⁷

Die konkrete Anwendung von Art. 64 Ziff. 1bis lit. c StGB erweist sich in verschiedener Hinsicht als problematisch. Zum einen ist es für die forensische Psychiatrie in der Regel ein Ding der Unmöglichkeit, eine praktisch sichere Beurteilung der Rückfallgefahr abzugeben bzw. eine dauerhafte Untherapierbarkeit bis ans Lebensende zu prognostizieren.³⁸ Da nur lebenslänglich verwahrt werden darf, wer auch tatsächlich auf Lebenszeiten keiner Behandlung zugänglich ist, entschied das Bundesgericht im Urteil vom 22. November 2013, dass eine prognostizierte Untherapierbarkeit für die nächsten zehn oder auch zwanzig Jahre nicht genüge, um von einer dauerhaften Untherapierbarkeit auszugehen, wie das Gesetz es fordert.³⁹ So betrachtet könnte die Bestimmung gar nie angewendet werden und sich als Papiertiger erweisen.

Zum ändern würde, sollte ein Täter dennoch als dauerhaft untherapierbar eingestuft und demzufolge lebenslänglich verwahrt werden, in Kauf genommen, dass sich die Verwahrung dereinst als unverhältnismässig erweisen, aber nicht aufgehoben werden könnte, weil eine lebenslängliche Verwahrung nur dann erneut einer Überprüfung unterzogen werden soll, wenn «neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die erwarten lassen, dass der Täter so behandelt werden kann, dass er keine Gefahr für die Öffentlichkeit mehr darstellt.». Andernfalls darf die Verwahrung nicht aufgehoben werden, selbst wenn Veränderungen in der Person des Täters eine Aufhebung rechtfertigen würden. Dies wäre ungeachtet der Verbindlichkeit

des Gesetzes (Art. 190 BV) mit Art. 5 Abs. 4 EMRK nicht vereinbar. Diese Bestimmung verlangt, dass geprüft wird, ob die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Freiheitsentziehung begründeten, weiterhin bestehen oder entfallen sind, was die Möglichkeit einer periodischen Überprüfung bedingt.⁴⁰ Dazu musste sich das Bundesgericht, soweit ersichtlich, noch nicht äussern.

3. Ausschaffungsiniziative (Art. 121 Abs. 3–6 BV)

Am 28. November 2010 wurde die sogenannte Ausschaffungsiniziative von Volk und Ständen angenommen (Art. 121 Abs. 3–6 BV). Gemäss der Verfassungsbestimmung verlieren Ausländer ihr Aufenthaltsrecht unabhängig vom ausländerrechtlichen Status und werden mit einem Einreiseverbot von fünf bis fünfzehn Jahren belegt, wenn sie wegen bestimmter Delikte (vorsätzliche Tötung, Vergewaltigung, schweres Sexualdelikt, Gewaltdelikte wie Raub, Menschenhandel, Drogenhandel oder Einbruchdiebstahl) rechtskräftig verurteilt worden sind oder wenn sie missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben. Während nach geltendem Recht bei Ausweisungsentscheiden stets die Verhältnismässigkeit zu prüfen⁴¹ bzw. eine Interessenabwägung vorzunehmen ist, haben die Behörden aufgrund des angenommenen Verfassungstextes keinen Ermessensspielraum mehr. Persönliche Verhältnisse, Schwere der Rechtsverletzung (z.B. bei Drogenhandel oder Sozialmissbrauch), Umstände der Straftat, Alter und Verschulden des Täters spielen keine Rolle. Wie die Verwahrungsiniziative bricht die Ausschaffungsiniziative infolge ihres Automatismus mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Auch hier gilt aber, dass das in der Bundesverfassung verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip seine Geltung auch gegenüber extremen Initiativen behält. Es kann daher auch nicht überraschen, dass das Bundesgericht in diesem Zusammenhang in einem im Jahr 2013 ergangenen Urteil erwog, das Verhältnismässigkeitsprinzip und namentlich das Völkerrecht gebieten, eine Interessenabwägung im Einzelfall müsse möglich sein und im Konfliktfall gehe Völkerrecht der Verfassung vor.⁴² Die vom Bundesrat erarbeitete gesetzgeberische

³⁷ Siehe Google unter: Verwahrungsiniziative: Umsetzung gestaltet sich schwierig.

³⁸ So ELMAR HABERMEYER, Direktor der Klinik für Forensische Psychiatrie der Universität Zürich, Tages-Anzeiger vom 3. November 2014, Das Kriminal-Orakel, 5.

³⁹ BGE 140 IV 1.

⁴⁰ KARPENSTEIN/MAYER (FN 15), N 38 zu Art. 5 m.H. auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes.

⁴¹ BGE 140 II 409, E. 2.1.

⁴² BGE 139 I 16, E. 4 und 5. Die fragliche Passage (E. 5), ein obiter dictum, ist als Appell an den Gesetzgeber zu verstehen, scheint nun aber HANS-UELI VOGT, den «Vater» der sogenannte Selbstbestimmungsiniziative der SVP zu dieser motiviert zu haben (dazu

«Quadratur des Kreises» sieht nun wie folgt aus: Ausländische Bürger, die wegen eines Verbrechens im Bereich der Gewalt- und Sexualdelikte oder wegen Sozialmissbrauchs verurteilt worden sind, sollen des Landes verwiesen werden. Davon kann allerdings abgesehen werden, wenn die Ausschaffung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und das öffentliche Interesse gegenüber den privaten Interessen des Betroffenen nicht überwiegt. Zudem wird für leichtere Delikte der nicht obligatorische Landesverweis wieder eingeführt.⁴³

4. Durchsetzungsinitiative

Die SVP, Initiantin der Ausschaffungsinitiative, hat bereits angekündigt, auf ein Referendum gegen die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zu verzichten zugunsten des Abstimmungskampfes um die sogenannte Durchsetzungsinitiative. Diese charakterisiert sich wiederum durch einen Automatismus. Eine Ausnahme im Sinne eines vorübergehenden Aufschubs wäre lediglich wegen zwingender Gründe nach Art. 25 Abs. 2 und 3 BV vorgesehen (Verbot der Ausschaffung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat bzw. von Personen, denen Folter oder eine andere Art grausamer oder unmenschlicher Art drohen). An der Aushebelung des Verhältnismässigkeitsprinzips würde sich nichts ändern; ebensowenig am Widerspruch zwischen der automatischen Ausschaffung und den Konventionsgarantien.

5. Die sogenannte Selbstbestimmungsinitiative

Gemäss dem Text der am 10. März 2015 lancierten Initiative «steht (die Bundesverfassung) über dem Völkerrecht und geht diesem vor, unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts».⁴⁴ Diese Bestimmung müsste insoweit von vornherein toter Buchstabe bleiben, als einmal eingegangene Staatsverträge verbindlich sind

(«pacta sunt servanda»)⁴⁵. Gewissermassen aus dem Sack gelassen wird die Katze dann mit dem weiteren Passus, wonach «im Falle eines Widerspruchs [zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und Bundesverfassung ... Bund und Kantone] für eine Anpassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgabe der Bundesverfassung, nötigenfalls durch Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge» sorgen⁴⁶, was nicht nur für künftige, sondern auch für bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen gilt.⁴⁷ Was heisst das konkret? Sollte das Bundesgericht z.B. in einem Ausschaffungsfall zum Schluss gelangen, dass einem mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz unvereinbaren Gesetz, wiewohl dieses nach Art. 190 BV verbindlich ist, infolge der völkerrechtlichen Verpflichtungen (Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II) die Gefolgschaft zu verweigern ist, und ergäbe sich insoweit zwischen der Bundesverfassung, auf der das fragliche Gesetz beruht, und der völkerrechtlichen Vertragspflicht ein Widerspruch, müsste der Bund zunächst die Signatarstaaten um eine «Anpassung» der EMRK bzw. des UNO-Paktes II an «die Vorgaben der Bundesverfassung» ersuchen. Trotz des Ernstes der Angelegenheit entbehrt dieser Aspekt nicht einer gewissen Komik. Würden sich unsere Vertragspartner nicht davon überzeugen lassen, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit aus der EMRK und dem UNO-Pakt II zu streichen – das möchte man doch hoffen –, bliebe der Eidgenossenschaft demnach nichts anderes übrig, als die EMRK zu kündigen, um inskünftig die mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit unvereinbare Verfassungs- bzw. Gesetzesnorm anwenden zu können. Denn bei einem offenen Normwiderspruch bleibt, wo die völkerrechtskonforme Auslegung versagt, nur entweder die Kündigung der völkerrechtlichen Bindung, soweit diese überhaupt kündbar ist,⁴⁸ oder der Vorrang des Völkerrechts.⁴⁹ Ziel der sogenannten Selbstbestimmungsinitiative ist es, radikalen, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit negierenden Verfassungsbestimmungen bzw. deren Umsetzung auf Gesetzesstufe zum Durchbruch zu verhelfen. Die Schweiz würde damit ihre Rechtsordnung vom europäischen Grundrechtsraum,

siehe hinten bei Ziff. IV/5). GIOVANNI BIAGGINI findet den bundesgerichtlichen Konfliktlösungsansatz grundsätzlich überzeugend, wenn auch «verbunden mit teils unklaren, teils überschüssenden Formulierungen» (ZBI 2013, 316 ff.). Kritisiert wird namentlich, dass die Aussagen im Rahmen eines obiter dictums ergingen (335 ff.). Siehe dazu auch KRISTOFF ALEXANDER KNORR/REGINA MEIER, Einige Überlegungen zum Einfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips der EMRK auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, in: Lukas Fahrländer/Reto Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsprechung, Zürich/St. Gallen 2013, 313 f.

⁴³ NZZ vom 12. März 2015, 11.

⁴⁴ Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BV gemäss Initiativtext.

⁴⁵ Da der «Vater» der Initiative Professor für Wirtschaftsrecht ist, erstaunt diese Formulierung, bildet doch die Verbindlichkeit eingegangener Verträge einen Grundpfeiler unserer Rechtsordnung generell und des Wirtschaftsrechts im Besonderen.

⁴⁶ Art. 52a Abs. 2 BV gemäss Initiativtext.

⁴⁷ Art. 197 Ziff. 12 BV gemäss Initiativtext.

⁴⁸ Es wurde andernorts bereits darauf hingewiesen, dass der UNO-Pakt II nicht kündbar ist.

⁴⁹ MARKUS MÜLLER (FN 35), 70 mit Hinweisen.

zu dessen Entwicklung und Verfestigung sie wesentlich beigetragen hat, abkapseln.⁵⁰

6. Haftungsinitiative

Nach der Vorstellung der ursprünglichen Initiatorin der erfolgreichen Verwahrungsinitiative soll mit einer neuen Verfassungsbestimmung (Art. 123e BV) die «Haftung für Rückfälle von Sexual- und Gewaltstraftätern» eingeführt werden. Dabei geht es um die Konstellation, in welcher ein zum Zeitpunkt seiner Verurteilung als gefährlich und rückfallgefährdet eingestuftes Täter frühzeitig aus der Haft, der Verwahrung oder einer anderen Massnahme entlassen oder ihm Urlaub gewährt oder eine Massnahme angeordnet wird, die es ihm ermöglicht, die Anstalt zu verlassen, und dieser dabei rückfällig wird (Abs. 1). Gemäss Abs. 2 müssen Opfer eine angemessene Entschädigung und Genugtuung erhalten, welche Verpflichtung nicht etwa den Staat trifft, sondern «die Behörde, die für solche Fehlentscheidungen verantwortlich ist». Und «kommt es durch eine solche Fehlentscheidung zum Tod, zu einer schweren Körperverletzung oder zu einer Vergewaltigung eines Menschen, so verlieren die Personen, welche die frühzeitige Entlassung, den Hafturlaub oder die Massnahme, die dem Täter das Verlassen der Anstalt ermöglicht hat, bewilligt haben, ihr Amt; ein bestehendes Arbeitsverhältnis wird aufgelöst» (Abs. 3).⁵¹

Zum einen steht diese Initiative im Widerspruch zur verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte (Art. 30 Abs. 1 BV) und zu den entsprechenden Garantien der EMRK (Art. 6 Abs. 2) und des UNO-Paktes II (Art. 14 Abs. 1). Zum andern programmiert sie die Unverhältnismässigkeit gerichtlicher Entscheidungen gewissermassen vor und schafft damit einen latenten Widerspruch zu fundamentalen Normen der Bundesverfassung und den von der Schweiz eingegangenen Konventionen.

Nicht jeder Entscheid, der sich im Nachhinein als fehlerhaft herausstellt, ist bereits im Moment seiner Fällung trotz aller Sorgfalt als unrichtig erkennbar. Die verabsolutierende gegenteilige Annahme unterstellt, dass, wer sorgfältig, d.h. nach bestem Wissen und Gewissen entscheidet, sich nicht irren kann oder mit andern Worten, dass es – namentlich im Bereich der Prognosen – eine absolute Sicherheit gibt. Bereits die Vorstellung irrtumsfreier Prognosen leidet an einem inneren Widerspruch (*contradictio*

in adiecto); absolute Sicherheit gibt es nicht. Das musste eigentlich auch die Urheberin der Initiative wissen. Um dennoch «absolute Sicherheit» zu erreichen, sollen Behörden und Gerichte derart unter Druck gesetzt werden, dass sie nicht entsprechend ihrem Wissen und Gewissen entscheiden. Denn wer sich irrt, und zwar unabhängig davon, ob der Irrtum bei entsprechender Sorgfalt vermeidbar gewesen wäre, hätte infolge der persönlichen finanziellen Haftung und des Amtsverlusts unter Umständen mit seinem und seiner Familie wirtschaftlichen Ruin zu rechnen. Damit eignet der Norm ein geradezu nötiger Charakter. Um solche Konsequenzen zu vermeiden, wäre die Versuchung, «auf sicher» zu gehen und vorzeitige Entlassungen und Urlaube prinzipiell zu verweigern, wohl übermächtig. Das entlarvt die Zielsetzungen der Initiative: Richter und Richterinnen, Gutachter und Gutachterinnen sollen nicht mehr nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden, sondern ichbezogen und damit sachfremd im Hinblick darauf, ruinösen Forderungen und dem Amtsverlust zu entgehen. Dass damit die richterliche Unabhängigkeit, fundamentaler Grundsatz der Bundesverfassung und der von der Schweiz eingegangenen Konventionen, untergraben würde, liegt auf der Hand; ebenso, dass damit unverhältnismässige Entscheidungen vorprogrammiert wären. Würde diese Initiative angenommen, müsste die Umsetzung darauf basierender Gesetze in der Praxis auf Grund des Gesagten gleichwohl an den Verpflichtungen der Schweiz scheitern, die sich aus den eingegangenen Konventionen ergeben.

Hier zeigt sich nun das Gift der sogenannten Selbstbestimmungsinitiative besonders drastisch: Würde diese Verfassungswirklichkeit, müsste die EMRK nach einer Annahme der Haftungsinitiative gekündigt werden, wobei immer noch der unkündbare UNO-Pakt II bliebe. Blanker Willkür wären Tür und Tor geöffnet. Der Rechtsstaat verkäme zum Unrechtsstaat. Gefragt wären nicht mehr Richter und Richterinnen, die nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden, sondern opportunistische Handlanger.

V. Schluss

Zwar trifft zu, dass kaum objektivierbar sein dürfte, ob eine generell-abstrakte Regelung – gemeint die für bestimmte Tatbestände vorgesehene automatische Rechtsfolgen – den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips entspricht.⁵² Automatische Rechtsfol-

⁵⁰ ANDREAS AUER, Abschaffung der Demokratie durch die Demokratie, NZZ vom 13. April 2015, 19.

⁵¹ Bundesblatt vom 29. April 2014, BBl 2914, S. 3295.

⁵² KATHARINA FONTANA, Vom Rechtsgrundsatz zur Allerweltswaffe, NZZ vom 19. November 2014, 9. In diesem Artikel bagatellisiert, banalisiert FONTANA den kritisierten Automatismus zahlreicher Ini-

gen (Berufsverbot, Verwahrung, Ausschaffung) müssen denn auch im Einzelfall nicht unbedingt dem Verhältnismässigkeitsprinzip zuwiderlaufen. Problematisch sind die Verfassungsnovellen jedoch, weil sie bei durchwegs schweren Eingriffen die Prüfung der Verhältnismässigkeit prinzipiell ausschalten und damit in Kauf nehmen, dass die Rechtsfolgen im Einzelfall unverhältnismässig sind. Behauptungen der Art, wenn das Stimmvolk eine Initiative annehme, sei die getroffene Regelung eben verhältnismässig,⁵³ verkennen Zweierlei: Zum einen wird eine Rechtsfolge nicht dadurch verhältnismässig, dass sie vom Volk angenommen wird. Im Rahmen einer Abstimmung über eine generell-abstrakte Norm findet selbstredend keine Prüfung statt, ob eine Rechtsfolge im Einzelfall verhältnismässig sein wird, auf was es aber ankommt. So kann beispielsweise die automatische Freiheitsstrafe für Raser im konkreten Fall zu schematisch, ja unverhältnismässig sein.⁵⁴ Allein dadurch, dass sie auf einer vom Volk akzeptierten Norm beruht, wird sie nicht verhältnismässig. Zum andern nimmt die Argumentation in Kauf, dass der Rechtsprechung vorbehaltene Entscheidungen im Ergebnis zur gesetzgebenden Gewalt hin verschoben werden, was mit der Gewaltenteilung unvereinbar ist.

Einleitend wurde auf die jedem Abwägen innewohnenden Schwierigkeiten und damit den legitimatorischen Aspekt richterlicher Tätigkeit hingewiesen. Menschen sind nicht gegen Irrtümer gefeit. Irren gehört zum Menschsein. Das nicht anzuerkennen, entspringt totalitärem Denken. Wer glaubt, durch automatische Sanktionen richterliche Irrtümer eliminieren zu können, schüttet das Kind mit dem Bade aus. Er entkleidet richterliche Tätigkeit des menschlichen Aspekts und nimmt in Kauf, dass in einer unbestimmten Zahl von Fällen gravierendes Unrecht geschieht.

tiativen. Siehe dazu die Entgegnung von RENÉ RHINOW, Alle müssen masshalten, NZZ vom 5. Dezember 2014, 11.

⁵³ So HANS MATHYS in einem Interview mit der NZZ vom 22. Dezember 2014, 7.

⁵⁴ Ein von Nationalrat ANDREA CARONI (FN 33) namhaft gemachtes Beispiel.