

Verhältnismäßigkeit

Herausgegeben von
MATTHIAS JESTAEDT und
OLIVER LEPSIUS

Recht – Wissenschaft – Theorie

11

Mohr Siebeck

Recht – Wissenschaft – Theorie
Standpunkte und Debatten

herausgegeben von
Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

Verhältnismäßigkeit

Zur Tragfähigkeit
eines verfassungsrechtlichen
Schlüsselkonzepts

herausgegeben von

Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius

Mohr Siebeck

MATTHIAS JESTAEDT, geboren 1961, Studium der Rechtswissenschaften in Bonn, Professor für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Universität Freiburg i. Br.

OLIVER LEPSIUS, geboren 1964, Studium der Rechtswissenschaften in Bonn, München, Chicago, Professor für Öffentliches Recht, Allgemeine und Vergleichende Staatslehre an der Universität Bayreuth.

ISBN 978-3-16-154230-5 / eISBN 978-3-16-160889-6 unveränderte eBook-Ausgabe 2021

ISSN 1864-905X (Recht – Wissenschaft – Theorie)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Inhalt

Vorwort	VII
OLIVER LEPSIUS: Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	1
LOTHAR MICHAEL: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept	42
PHILIPP REIMER: Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept	60
JOHANNES BUCHHEIM: Angemessenheit als prozedurales Kriterium? – Phänomen und normativer Beweggrund prozeduralisierender Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht – ...	77
CHRISTOPH ENGEL: Das legitime Ziel in der Praxis des Bundes- verfassungsgerichts. Eine quantitative Analyse der Entscheidungen des Jahres 2011	97
SEBASTIAN SEEDORF: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung	129
HANNO KUBE: Verhältnismäßigkeit von Steuern und Abgaben	157
INGKE GOECKENJAN: Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?	184
LORENZ KÄHLER: Raum für Maßlosigkeit. Zu den Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht	210
PETER DERLEDER: Die uneingelöste Grundrechtsbindung des Privatrechts	234
DIETMAR VON DER PFORDTEN: Über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit	261
ANDREAS VON ARNAULD: Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit	276
MATTHIAS JESTAEDT: Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß. Gesetzgebung angesichts der Vielfalt der Rationalitäten und des Eigenwert des politischen Kompromisses	293
Autorenverzeichnis	303
Sach- und Personenverzeichnis	307

Vorwort

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit scheint heute in der Welt des Rechts omnipräsent zu sein. Entwickelt im Polizeirecht und übernommen in die Rechtsprechung zu den Grundrechten, vornehmlich in Karlsruhe, begann er seinen Siegeszug: zuerst in der deutschen Rechtsordnung, sodann in der Rechtsprechung europäischer Gerichte, schließlich in Jurisdiktionen in Übersee. So verbreitet ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heute, so erfolgreich wird er angewendet, so hoch ist der professionelle praktische Umgang mit ihm, dass die Tragfähigkeit dieses Konzepts zu hinterfragen müßig scheint. Und doch stimmt der Erfolg nachdenklich. Denn wer würde einem Rechtsgrundsatz zutrauen, gewissermaßen als Zauber- und Passepartoutformel den unterschiedlichsten Problemkreisen gleichermaßen gerecht zu werden? Der praktischen Durchsetzung der Grundrechte, der institutionellen Zuordnung und Abstufung von Grundrechtsbindungen, der Kalibrierung der (verfassungs)gerichtlichen Kontrolldichte, der Verkopplung von Recht und Politik, der Verschränkung von Tatsachendimensionen und Rechtsfragen bei der Rechtskontrolle, der Verknüpfung kasuistischer Entscheidungen zur materiell einheitlichen Gerechtigkeitsdimension, um nur einige zu nennen?

Es erscheint in der ausdifferenzierten Welt des heutigen Rechts wie ein Wunder, mit Verhältnismäßigkeit über einen Grundsatz zu verfügen, der die Grenzen der Rechtsgebiete und Rechtsordnungen genauso überschreitet wie die Zuständigkeiten der nationalen, supranationalen und internationalen Gerichte. Verhältnismäßigkeit ist ein materiell wirkendes Prinzip und figuriert zugleich als ein Prüfungs- und Kontrollverfahren im Gewaltenteilungsverhältnis. Den hohen Ansprüchen und Erwartungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nachzugehen, seine Tragfähigkeit auszuloten, ist das Thema dieses Bandes. Welches sind die unausgesprochenen Voraussetzungen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung? Wo liegen deren Stärken, wo aber auch deren Schwächen? Wie wirkt der Grundsatz in den einzelnen Rechtsgebieten und den jeweiligen Institutionen-Arrangements? Mit der hohen praktischen Erfahrung im Umgang mit Verhältnismäßigkeit kontrastiert eine unverkennbare theoretische Unterbilanz der Verhältnismäßigkeit als Rechtsgrundsatz; auch dem soll hier nachgegangen werden.

Der Plan zu diesem Buch geht auf Vorträge und Diskussionen im Intradisziplinären Forum Franken (IFF) zurück, das die Herausgeber von 2003–2010 in Bayreuth und Erlangen veranstaltet haben. Im Rahmen des IFF fand 2009 ein Kolloquium auf Schloss Thurnau statt, das in Zusammenarbeit mit dem Bayreuther Graduiertenkolleg „Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“ den Chancen und Grenzen der Verhältnismäßigkeit als übergreifendes Rechtskonzept

nachging. Einige der damaligen Vorträge finden sich, wesentlich erweitert und fortgeschrieben, in diesem Band wieder, ergänzt durch Beiträge, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den Teilrechtsgebieten sowie in seinen rechtstheoretischen Dimensionen nachgehen. Die Herausgeber hoffen, auf diese Weise eine halbwegs repräsentative Auseinandersetzung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorzulegen, um die Diskussion um dieses Schlüsselkonzept um neue Facetten zu bereichern und zu vertiefen.

Wir danken den Autoren für ihre Bereitschaft, sich an diesem Querschnittsprojekt zu beteiligen, manchen auch für die Geduld seit den inzwischen schon etwas zurückliegenden Anfängen. Dem Graduiertenkolleg „Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“ danken wir für einen Zuschuss zu den Druckkosten.

Freiburg und Bayreuth im Frühjahr 2015
Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius

Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Oliver Lepsius

I.	Zur Entwicklung und Praxis der Verhältnismäßigkeit	2
	1. Die „Erfindung“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	2
	2. Entwicklungsschritte	5
	3. Unterschiedliche Institutionenarrangements	10
	4. Der kanonisierte Prüfungsaufbau	16
	5. Verhältnismäßigkeit als rechtstheoretische Relation auf mittlerer Ebene	18
II.	Chancen der Verhältnismäßigkeit	19
	1. Differenzierungen: materiell, kompetentiell, disziplinar	19
	2. Rationalisierung der Gesetzgebung	21
	3. Koppelung von Recht und Politik	22
	4. Trennung von Tatsachen und Rechtsfragen	23
	5. Konturierung der Abwägung	24
	6. Versöhnung von Kasuistik mit Dogmatik	24
	7. Rechtsvergleichendes Potenzial	25
III.	Grenzen der Verhältnismäßigkeit	27
	1. Nicht relationierbare Rechtsfragen (insbes. im Steuerrecht und Strafrecht)	28
	2. Generalklauseln und prognostische Tatbestände	32
	3. Notwendigkeit von Tatsachen	32
	4. Ermittlung der abwägungsfähigen Rechtsgüter	34
	5. Widersprüchliche gesetzliche Zwecke oder Mittel	36
	6. Kompromisse	36
	7. Die Bestimmung des legitimen Zwecks als Schaltstelle der Prüfung	38
IV.	Folgerungen zur Zukunft der Verhältnismäßigkeit	38
	1. Verwendungsgrenzen der Verhältnismäßigkeit rechtstheoretisch bestimmen	39
	2. Kompensierende Alternativen entwickeln	39
	3. Stärker auf die Kontrolle des politischen Prozesses vertrauen	39
	4. Ausdifferenzierungen in der Grundrechtstheorie vornehmen	39
	5. Geeignetheit und Erforderlichkeit ernster nehmen	40
	6. Rechtsvergleichung über Sachverhaltsfragen herstellen	40
V.	Rechtstheoretisches Fazit	41

I. Zur Entwicklung und Praxis der Verhältnismäßigkeit

1. Die „Erfindung“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine der großen juristischen Erfindungen nach dem Zweiten Weltkrieg. Er ist mittlerweile auf dem Weg, ein universales Verfassungsprinzip zu werden.¹ Zwar reichen die Wurzeln des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ins 19. Jahrhundert zurück. Schon das preußische Polizeirecht kannte das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, wonach beim Eingriff in Rechtspositionen des Bürgers dasjenige Mittel zu wählen war, das den Bürger am wenigsten beeinträchtigte.² Und auch der Volksmund kennt das geflügelte Wort, man solle nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen. Doch erst nach dem Zweiten Weltkrieg wurde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einem universellen Prüfprogramm entwickelt, das heute vor allem im Verfassungsrecht angewendet wird. Mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gelang es, eine allgemeine Grundrechtstheorie zu entwickeln und dabei insbesondere das Problem der Grundrechtsschranken in den Griff zu kriegen.

In der Grundrechtstheorie sollte man zwei Dimensionen unterscheiden, wie Grundrechte wirken, nämlich zum einen das Verhältnis der Grundrechte zum Gesetz und zum anderen das Verhältnis der Grundrechte gegenüber dem das Gesetz anwendenden rechtserzeugenden Einzelakt: Wenn der Grundrechtseingriff eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage voraussetzt, müssen sowohl die Gesetze als auch die auf diese gestützten Einzelakte und Urteile ihrerseits an der Verfassung gemessen werden können, um einen Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes zu verhindern. Das war vor allem bei Grundrechten unter einfachem Gesetzesvorbehalt ein Problem, da hier die Verfassung selbst an die Qualität des einschränkenden Gesetzes keine expliziten Voraussetzungen knüpfte. Der Gesetzesvorbehalt bedurfte also einer verfassungsrechtlichen Beschränkung – und dies nicht nur, um die Eingriffsermächtigung der Gesetzgebung beschränken, sondern gerade auch, um die Anwendung der Gesetze durch die vollziehende und rechtsprechende Gewalt an den Grundrechten messen zu können. Sonst wäre der Grundrechtsschutz auf die Kontrolle der Ermächtigungsgrundlage reduziert worden und alle dieses Gesetz konkretisierenden Akte

¹ So Peter Häberle, *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur*, 2013, S. 709. Vgl. zur weltweiten Ausbreitung und Rezeption etwa Grant Huscroft/Bradley W. Miller/Grégoire Webber (Hrsg.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, 2014; Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, 2012; Johannes Sauer, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 51 (2012), 3; Alec Stone Sweet/Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72; Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, *Toronto Law Journal* 57 (2007), 383–397.

² Zur Entwicklung näher Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots*, Heidelberg 1995; Detlef Merten, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in: ders./H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Band III, Heidelberg 2009, § 68 Rn. 6 ff.; Peter Lerche, *Grundrechtsschranken*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, 1992, § 122.

der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt wären nur mittelbar über die Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG), nicht aber als selbständige Akte an den Grundrechten messbar gewesen.

Gerade an der unmittelbaren Verfassungskontrolle von Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen bestand aber zu Beginn der Bundesrepublik das vorrangige Interesse. Denn im Zeithorizont der 1950er und 1960er Jahre war nicht die Legislative die potentiell grundrechtsbeschränkende Gewalt. Grundrechtseingriffe pflegten von der Exekutive sowie von der Judikative auszugehen. Beide wendeten damals in erster Linie vorkonstitutionelles Recht an, bei dem weniger die Verfassungsmäßigkeit der Norm als solcher, sondern in erster Linie die Anwendung der Norm als Teil der vom Grundgesetz installierten Rechtsordnung der jungen Bundesrepublik auf dem Prüfstand stand. Zuvörderst beim Verwaltungshandeln und bei der Spruchfähigkeit der Gerichte musste der neue demokratisch-pluralistische Geist der Verfassung Einzug halten, zumal wenn man bedenkt, dass das Justiz- und Verwaltungspersonal jener Zeit zu einem großen Teil aus dem Nationalsozialismus übernommen worden war.³ Der Exekutive und vor allem der Justiz mit ihren aus dem „Dritten Reich“ übernommenen Karrierejuristen galt das institutionelle Misstrauen,⁴ weniger aber dem demokratisch gewählten und kontrollierten Gesetzgeber, der in jenen Jahrzehnten die Grundrechte eher ausgestaltete als beschränkte.⁵

Am Beginn der Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung steht also weniger die Grundrechtsbindung der Gesetzgebung als vielmehr die Grundrechtsbindung der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt. Insofern bedurfte es anfänglich vor allem einer Schranken-Schranken bei der Umsetzung der Gesetzesvorbehalte, mit der auch die situative Verfassungsrelevanz behördlicher Einzelakte wie gerichtlicher Urteile erfasst werden konnte. Es erhob sich die Aufgabe, wie sich der unverhältnismäßige Anwendungsakt des Gesetzes als eigenständiger Verfassungsverstoß rügen ließ, auch wenn das Gesetz als solches verfassungsgemäß war. Dies stellte umso mehr ein Problem dar, als in der Frühzeit der Bundesrepublik die Masse der Gesetze vorkonstitutionelles Recht darstellte, also aus der Zeit vor 1949 stammte. Nicht die zeitgenössische Gesetzgebung des Bundestages war anfangs das Problem, sondern die verfassungsgemäße Anwendung der überkommenen Normen und ihre Interpretation im Geiste der neuen Verfassung.

³ Vgl. für die Justiz etwa *Klaus-Detlev Godau-Schüttke*, Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland –, 2005, *Horst Dreier*, Das Bundesministerium der Justiz und die Verfassungsentwicklung, in: M. Görtemaker/C. Safferling (Hrsg.), Die Rosenberg, 2013, S. 88 ff. sowie die weiteren Beiträge dieses Bandes.

⁴ Man denke an BVerfGE 7, 198 – Lüth [1958]: Das LG Hamburg sah im Boykottaufruf Lüths einen Verstoß gegen die „Rechts- und Sittenauffassung des deutschen Volkes“ und den Tatbestand des § 826 BGB als erfüllt an; vgl. T. Henne/A. Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S. 465 f. (dort Abdruck der Entscheidungen des Zivilverfahrens).

⁵ Zur Ausgestaltung der Grundrechte durch den Gesetzgeber siehe *Peter Lerche*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 1992, § 121; *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999.

Die „Erfindung“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erleichterte die praktische Umsetzung der Grundrechtsbindung, indem die Grundrechte im Verhältnis des Bürgers zu allen drei Staatsgewalten durchgesetzt wurden. Für die Grundrechtsverletzung kommt es sowohl auf den normativen als auch auf den tatsächlichen Kontext der Normanwendung an: Jede Gewalt kann originäre Grundrechtsverletzungen begehen, selbst wenn das Handeln der anderen Gewalten verfassungsgemäß ist. Über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann die grundrechtliche (ergo: verfassungsgerichtliche) Kontrolldichte der materiellen Eingriffsintensität und der gewaltenspezifischen institutionellen Dimension angepasst werden. Mit seiner Hilfe können die Grundrechte punktuell wirken⁶ (so dass zu großflächige Bindungswirkungen vermieden werden) und diese punktuellen Entscheidungen zugleich als Ausdruck einer materiell einheitlichen Grundrechtslehre und Grundrechtsbindung verstanden werden (ohne in vermeintlicher Kasuistik zu ertrinken).⁷

Man stelle sich eine Grundrechtstheorie ohne den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor: Dann müssten die grundrechtlichen Schutzbereiche sehr viel stärker ausdifferenziert werden, weil die abgestufte, graduelle Bindung der Grundrechte nicht mehr mit Hilfe der Verhältnismäßigkeit relationiert werden könnte. Mit anderen Worten: Das grundrechtlich geschützte Verhalten müsste im Vorfeld präzise und fallgruppenartig definiert werden. Fein ausdifferenzierte Schutzbereichskonstellationen wären die Folge. Die Fall-entscheidenden Fragen verlagerten sich von der Prüfungsstufe der Rechtfertigung auf die Prüfungsstufe der Schutzbereichsbestimmung. Hier entschiede sich, welches Verhalten grundrechtlichen Schutz verdiente bzw. welche Eingriffe unzulässig wären. Damit ließe sich die freiheitsfreundliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, welche das grundrechtliche Verhalten gerade nicht ex ante kraft richterlicher Festlegung bestimmen wollte, sondern es dem Grundrechtsträger überließ, grundrechtliche Schutzbereiche durch sein Verhalten selbst zu bestimmen, nicht fortführen. Kurzum: Ohne den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hätten wir eine völlig andere Grundrechtstheorie, die vermutlich auf einer genauen Schutzbereichsbestimmung beruhte und eine unübersichtliche Kasuistik mit fallgruppenspezifischen Abgrenzungen von grundrechtlich geschütztem und nicht geschütztem Verhalten zur Folge hätte.⁸ Man erhielte zahlreiche spezielle „Tests“, die an die Stelle der abwägenden Bewältigung von Rechtsgüterkollisionen träten.

Anders ausgedrückt: Die Entscheidung für eine weite, freiheitsfreundliche Bestimmung der grundrechtlichen Schutzbereiche (mit dem Erstinterpreta-

⁶ Vgl. etwa *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht. Bemerkungen zur Wiederauflage (1999), in: ders., *Ausgewählte Abhandlungen*, 2004, S. 244 (251 f.). So auch noch *Lothar Michael*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept, unten S. 42 (43–46), sowie *Matthias Jestaedt*, Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß, unten S. 293 (293 f.).

⁷ Dazu auch *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: M. Jestaedt u. a., *Das engrenzte Gericht*, 2011, S. 159 (203–213).

⁸ Ähnlich etwa auch *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2003, S. 46: Erst der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat dem Abwehrrecht die spezifische Leistungsfähigkeit vermittelt.

tionsrecht des Grundrechtsträgers) bedurfte eines Korrektivs: Unter welchen Bedingungen darf in den Schutzbereich eines Grundrechts eingegriffen werden? Welchen Anforderungen muss ein Gesetz genügen, das generell-abstrakt zu Grundrechtseingriffen ermächtigt bzw. welchen Anforderungen muss ein Gerichtsurteil oder ein Verwaltungsakt genügen, die ein solches Gesetz anwenden und mit ihrer individuell-konkreten Rechtserzeugung in Grundrechte eingreifen? Es geht folglich um zweierlei Dimensionen: die Verhältnismäßigkeit der generell-abstrakten Norm sowie die Verhältnismäßigkeit der individuell-konkreten Norm.

2. Entwicklungsschritte

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts griff das Problem als „Verhältnismäßigkeit“ auf.⁹ Erstmals fällt der Begriff „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1954, also drei Jahre nachdem das Gericht seine Tätigkeit aufgenommen hat. 1958 fällt der Begriff zum zweiten Mal und wird nun schon als „Prinzip der Verhältnismäßigkeit“ bezeichnet, ausgestaltet und angewendet; zuerst bei der Berufsfreiheit,¹⁰ sodann auch bei der Eigentumsgarantie.¹¹ Schon um 1960 ist von einem „allgemeinen Prinzip der Verhältnismäßigkeit“ die Rede.¹²

Die staatsrechtliche Literatur griff diese zuerst noch vereinzelt und ergebnisbezogenen Formulierungen sogleich auf und verallgemeinerte sie struktu-

⁹ Maßgeblich sind vor allem BVerfGE 6, 32 – Elfes [1957] sowie BVerfGE 7, 198 – Lüth [1958] und 7, 377 – Apotheke [1958]. In der Elfes-Entscheidung dehnte das BVerfG sowohl den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG („allgemeine Handlungsfreiheit“ statt freie Entfaltung der Persönlichkeit, wie es in Art. 2 Abs. 1 GG heißt) als auch den Gesetzesvorbehalt („jedes formell und materiell verfassungsmäßige Gesetz“ statt der Schrankentrias der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes, wie es in Art. 2 Abs. 1 GG heißt) extrem weit aus. Das führte nur deswegen nicht zu einem grundrechtlichen Leerlauf, weil der eingriffsfreundliche Gesetzesvorbehalt seinerseits beschränkt wurde, nämlich durch die Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit – die damals freilich noch nicht so genannt wurde, vgl. BVerfGE 6, 32 (40f.). Im Lüth-Urteil spricht das BVerfG von einer „Wechselwirkung“: Grundrechtsbeschränkende Gesetze müssen im Lichte des Grundrechts ausgelegt werden, BVerfGE 7, 198 (208f.). Der Sache nach wird auch hier die Verhältnismäßigkeit vorweggenommen. In der Apothekenentscheidung schließlich stand das BVerfG vor dem Problem, innerhalb des Schutzbereichs der Berufsfreiheit nicht klar zwischen Berufswahl und Berufsausübung trennen zu können. Das aber war für den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG wichtig, der Beschränkungen nur der Berufsausübung zuließ. Daher entwickelte das BVerfG einen Drei-Stufen-Test, der die Rechtfertigungsanforderungen mit steigender Eingriffsintensität verschärfte, vgl. BVerfGE 7, 377 (405ff.). Hier wird bezogen auf die Berufsfreiheit die Verhältnismäßigkeit vorweggenommen.

¹⁰ BVerfGE 7, 377 (407) – Apotheke [1958]; 9, 338 (346) [1959]; 10, 354 (364) [1960].

¹¹ BVerfGE 8, 71 (80) – unbestimmte Rechtsverordnung [1958]; 8, 274 (310) – Preisgesetz [1958].

¹² BVerfGE 10, 141 (173) [1959]; 10, 221 (225) [1959]. Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG vgl. *Klaus Stern*, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, FS Peter Lerche, München 1993, S. 165 (166f.).

rell.¹³ Man denke im Besonderen an die Habilitationsschrift von Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, in der bereits die uns heute geläufigen Prüfungsschritte hervorspringen und das Übermaßverbot als Umsetzung der auch im Verfahren „dirigierenden Verfassung“ entworfen wird.¹⁴ Es geht also um den punktuellen, situativ-konkreten Verfassungsvollzug, nämlich das Ermitteln derjenigen Lösung („schonender Ausgleich“¹⁵), mit denen konkurrierende Grundrechtspositionen in der jeweiligen Konfliktlage (sachverhaltsangemessen sowie prozessorientiert) bewältigt werden können; nicht jedoch geht es um generell-abstrakte Rechtsgüterabwägungen. Denn welche grundrechtlichen Rechtsgüter kollidieren, in welchem Ausmaß (Sachverhalt) und unter welchen Umständen (Verfahren) sie dies tun, lässt sich nicht abstrakt erörtern, sondern nur fallrechtlich ermitteln. Lerches „Übermaß“ synthetisiert die Erscheinungsformen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht zu einer großflächigen Angemessenheitsformel, sondern ist um das Herausarbeiten von „Bezirke“ genannten Konstellationen geprägt, in denen typisierbare Grundrechtskonflikte aus ihrer Tatsachendimension heraus und in ihrer prozessualen Gestalt „schonend“ ausgeglichen werden. Lerches Untersuchung kennzeichnen zahlreiche Abstufungen je nach den Normen, den Normkonkretisierungsverfahren oder den Sachverhalten.¹⁶ Er differenziert diverse Eingriffsdimensionen (des Gesetzgebers, vor allem aber der Verwaltung sowie der Judikative), die mit Hilfe des „Übermaßverbotes“ der Verfassungsbindung zugänglich gemacht werden. Die grundrechtliche Erfassung der Staatstätigkeit wird dabei aber nicht materiellrechtlich über einen Kamm geschoren, sondern bleibt punktuell an die jeweiligen Sachverhalte und institutionellen Konstellationen gebunden.

Zu einem gleichermaßen einflussreichen Ansatz entwickelte sich die Dissertation von Peter Häberle,¹⁷ die an Art. 19 Abs. 2 GG anknüpfte und ein institutionelles Grundrechtsverständnis propagierte.¹⁸ Häberle interessierte sich weni-

¹³ Vgl. dazu im Überblick *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), 1–31; *Rainer Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 23 ff.; *Dieter Grimm*, Die Zukunft des Staatsrechts, in: FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität, 2010, 1283 (1286 ff.); *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Vierter Band 1945–1990, 2012, 239–246.

¹⁴ *Peter Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, insbes. S. 61 ff.; vgl. auch 2. Aufl. Goldbach 1999, darin Bemerkungen zur Wiederauflage, S. VII; diese sind auch enthalten in: *ders.*, *Ausgewählte Abhandlungen*, Berlin 2004, S. 244 ff. Dort erläutert Lerche sein Buch im kontrastierenden Rückblick zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG und anderen Stimmen in der Literatur.

¹⁵ Vgl. *Lerche*, *Übermaß* (Fn. 14), 152 f, der damals noch vom „schonendsten Ausgleich“ sprach, diese Formel später jedoch abmilderte, vgl. *ders.*, *Bemerkungen zur Wiederauflage* (Fn. 14), 263.

¹⁶ Vgl. *Lerche*, *Übermaß* (Fn. 14), S. 106 ff., 184 ff., 259 ff.

¹⁷ *Peter Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Grundrechtsverständnis und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962, 3. Aufl. Heidelberg 1983; vgl. auch die Besprechung durch *Peter Lerche*, DÖV 1965, 192–214.

¹⁸ Zum institutionellen Rechtsdenken vgl. *Oliver Lepsius*, *Institution*, in: *Evangelisches Staatslexikon*, 4. Aufl. 2006, Sp. 1004–1009 m. w. N.

ger für die Grundrechtsdimensionen des Gesetzesvollzugs durch die Zweite und Dritte Gewalt, sondern konzentrierte sich stärker auf die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Während bei Lerche, typologisch gesprochen, die Verhältnismäßigkeit der individuell-konkreten Norm im Vordergrund stand, verlagert Häberle die Aufmerksamkeit aufs Generell-Abstrakte. Ihn beschäftigte die Funktion der Grundrechte für das Ganze der verfassungsmäßigen Ordnung; er wollte der individualrechtlichen Funktion eine institutionelle an die Seite stellen und sprach vom „Doppelcharakter der Grundrechte“.¹⁹ Seine Deutung der Grundrechte als „objektivem, einheitlichem System von konstitutiver Bedeutung für das Ganze der Verfassung“²⁰ baute er zu objektiven Grundrechtsdimensionen aus, die nicht mehr von der subjektiven Eingriffslage abhängig waren.²¹ Während Lerches Ansatz noch sachverhaltsbezogen und an der prozessualen Rechtsdimension orientiert (also subjektivrechtlich vermittelt) war, tat Häberle den Schritt vom Realismus zum Idealismus und baute die Grundrechte zu ganzheitlichen, objektiven, materiellen Maßgaben der pluralistischen Demokratie aus.²² Damit war eine ganz neue Dimension eröffnet, die das Bundesverfassungsgericht rasch aufgriff,²³ und die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor die Herausforderung stellte, mit den zunehmenden Grundrechtsdimensionen Schritt zu halten.

Dem subjektiven Abwehrrecht gegen Verwaltung und Gerichte wurde eine objektive Dimension gegenüber dem Gesetzgeber an die Seite gestellt, die sich mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur unzureichend als „Untermaßverbot“ ausgestalten ließ.²⁴ Nun begann die Zeit der abstrakt-generellen Rechtsgüterabwägungen und der zunehmenden Einengung der Gesetzgebung zwischen grundrechtlichem Übermaß und Untermaß – überprüft und sanktioniert vom Bundesverfassungsgericht, das dem Gesetzgeber mal engere, mal weitere „Einschätzungs- und Beurteilungsspielräume“ beließ.²⁵ Der Einschätzungsspiel-

¹⁹ Vgl. Häberle, Wesensgehaltsgarantie (Fn. 17), 4 ff., 70 ff.

²⁰ Häberle, Wesensgehaltsgarantie (Fn. 17), 4.

²¹ Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43 ff.

²² Vgl. Häberle (Fn. 21), 76: „Die Grundrechte normieren im Leistungsstaat des GG einen ‚Staat‘ und ‚Gesellschaft‘ umgreifenden, sich fortentwickelnden freiheitlichen Gesamtzustand; sie sind verfassungsstrukturelle Verbürgungen.“ Vgl. auch Häberles grundrechtliche Demokratisierung des Staat-Bürger-Verhältnisses, ebd., 80 ff. („Umbau der Statuslehre“).

²³ BVerfGE 33, 303 – numerus clausus [1972] in Verarbeitung der Thesen von Häberle (Fn. 21), 80 ff.

²⁴ BVerfGE 88, 203 (254) unter Berufung auf Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, § 111 Rn. 165 f., der wiederum verweist auf Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (228). In der Rechtsprechung des BVerfG wurde das Untermaßverbot nur noch einmal herangezogen: BVerfGE 96, 409 (412) – Kind als Schaden [1997]; vgl. im Übrigen abweichende Meinung Papier/Graßhoff/Hasas BVerfGE 98, 265 (329, 343) – Bayerisches Schwangerenhilfenergänzungsgesetz [1998]; abweichende Meinung Bryde BVerfGE 121, 317 (378, 380) – Nichtrauchererschutz [2008].

²⁵ Von einer Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist erstmals die Rede in BVerfGE 50, 290 (332–334) – Mitbestimmung [1979]; der Begriff Einschätzungsspielraum fällt erstmals in BVerfGE 79, 127 (153) – Rastede [1988]. Für die aktuelle Praxis vgl. etwa BVerfGE 121, 317 – Nichtrauchererschutz [2008]. Beurteilungsspielräume nennt das BVerfG schon früher, meist aber

raum des Gesetzgebers wurde zum Synonym für die geringere Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²⁶ oder, anders gesprochen, die Beschränkung der Kontrollpflicht ist gleichsam die Kehrseite der Schutzpflichten- und Abwägungsdogmatik.²⁷

In den 1970er Jahren wurden weitere Grundrechtsdimensionen entwickelt: Grundrechte als Verfahrensgarantien und Organisationsmaximen, grundrechtliche Schutzpflichten gegenüber den drei Gewalten, Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Grundrechte in Gestalt der Wesentlichkeitslehre als Zuständigkeitsmaxime für Normen bestimmter Rangstufe, um die wichtigsten zu nennen. Angesichts dieser Multifunktionalität der Grundrechte entstand das Bedürfnis, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz näher zu konturieren. Mit den objektiven Grundrechtslehren hatte er sich teilweise von der Eingriffsdimension und damit von der subjektivrechtlichen Ausrichtung und der Berücksichtigung der konkreten, tatsachenbasierten und prozessual aufbereiteten Konfliktlage entfernt. Seine Funktion zur Relationierung von allgemeinem Maßstab und konkretem Fall erodierte. Verhältnismäßigkeit begann sich zu einem eigenen Maßstab des situativ Angemessenen zu verselbständigen. Sie wurde selbst zum materiellen Maßstab und diente nicht mehr nur der punktuellen Umsetzung. Anders gesagt: Da der Grundsatz ursprünglich aus Anwendungskonstellationen der Grundrechte heraus entstanden war, musste er, akzessorisch zur Erweiterung objektiver Grundrechtslehren, eine Veränderung durchmachen. Im Gefolge der allgemeinen materiellen Ausbeutung der Grundrechte begann er sich gleichermaßen zu verobjektivieren und zu verselbständigen, und Aufhänger für diese Verselbständigung von den Grundrechten war die Verankerung im Rechtsstaatsprinzip. Ausdruck dieses Prozesses ist die inzwischen stereotyp verwendete Sprachregelung des Bundesverfassungsgerichts, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz finde seine Quelle sowohl in den Grundrechten als auch im Rechtsstaatsprinzip.²⁸ Damit war seine sowohl subjektivrechtlich-zuordnende als auch verobjektivierende Funktion vom Gericht gleichsam notifiziert worden.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich auch nicht gescheut, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als objektiven, materiellen Verfassungsmaßstab ergebnisrelevant auszubeuten. Erinnert sei nur an die Entscheidung zur Strafbarkeit der DDR-Spione, in welcher der Zweite Senat auf dem Wege der Verfassungsinter-

auf die Konkretisierung des Gesetzes durch Behörden und Gerichte bezogen. Ein Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers wird angenommen z. B. in BVerfGE 11, 203 (210) – Beamtenversorgung [1960]; 21, 329 (354) – Beamtenhinterbliebenenversorgung [1967]. Die Entwicklung und Fallgruppen wurden aufgearbeitet durch *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, 128 ff.; siehe auch *Niels Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, 90–109.

²⁶ So *Bickenbach* (Fn. 25), 347.

²⁷ So *Michael* (Fn. 6), unten S. 53 f.

²⁸ Vgl. die Aufarbeitung der Rspr. durch *Klaus Stern*, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: FS Peter Lerche, 9913, 165 (171 ff.). Eine klare Verortung des Grundsatzes hat das BVerfG stets vermieden; seit geraumer Zeit verzichtet es überwiegend darauf, eine verfassungsrechtliche Geltungsreferenz anzugeben. Siehe auch *Bernhard Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS 50 Jahre BVerfG, Band II, 2001, 445 (445–447).

pretation aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ein „unmittelbar verfassungsrechtlich begründetes Verfolgungshindernis“ ableitete, das der Strafbarkeit der DDR-Spione entgegenstand.²⁹ In dieser Entscheidung wurde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit konsequenterweise nur im Rechtsstaatsprinzip (und nicht in den Grundrechten) verankert, was bereits seine Verselbständigung zu einem eigenen materiellen Verfassungsrechtssatz erkennen lässt. Der Senat unterzog die Strafbarkeit verfassungsrechtlicher Grenzen, die „sich letztlich aus dem – verfassungsrechtlich ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip verankertem – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herleiten.“³⁰ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz diene hier also nicht zur Bewältigung einer angemessenen Abwägung von verfassungsrechtlichen Rechtsgütern, sondern stelle selbst einen Maßstab bereit. Er hatte sich materiell verselbständigt. Die Entscheidung der Senatsmehrheit fand Widerspruch in einem Sondervotum, das nicht nur einen Übergriff der Verfassungsrechtsprechung auf den Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers kritisierte (denn auf dem politischen Wege – Amnestie – war die Straflosigkeit der DDR-Spionage von der Bundesregierung und den Mehrheitsfraktionen im Deutschen Bundestag gerade abgelehnt worden), sondern auch die objektive Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes selbst aufs Korn nahm: Es bestehe die Gefahr, rügten die Verfasser des Sondervotums, dass das Übermaßverbot (die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bzw. die Angemessenheit) zu einer für beliebige „Bedingungen“ im Sinne von äußeren Umständen offenen verfassungsrechtlichen Generalklausel ausgeweitet werde. Die dissentierenden Richter erinnerten daran, die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bedürfe stets der Ergänzung durch verfassungsrechtlich anders abgeleitete materiale Wertungsprinzipien, welche die notwendige Abwägung erst ermöglichten.³¹ Schärfer noch heißt es dort: „Die Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient unseres Erachtens dem Senat nur als begriffliche Hülle für Überlegungen, die mit den gefestigten rechtlichen Maßstäben für die Anwendung dieses Prinzips nicht zu erfassen sind und seine Konturen verschwimmen lassen.“³² Der Kontrast von punktueller und genereller, subjektivrechtlicher und objektivrechtlicher Deutung der Verhältnismäßigkeit tritt hier offen zu Tage.

Bei der Herausbildung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes können folglich zwei Phasen unterschieden werden: Zuerst wirkt der Grundsatz gegenüber Einzelakten (primär Gerichtsentscheidungen auf dem Wege einer Urteilsverfassungsbeschwerde). Die Verhältnismäßigkeitsprüfung erlaubt die verfassungsrechtliche Überprüfung von Urteilen am Maßstab der Verfassung, denn bei einer Einzelentscheidung kann nicht im Stile der Normenkontrolle bloß die angewendete Norm als solche an der Verfassung gemessen werden. Zur Verhältnismäßigkeit der Norm tritt als zusätzliche (und im Hinblick auf den potentiellen Frei-

²⁹ BVerfGE 92, 277 (326) – DDR-Spione [1995].

³⁰ BVerfGE 92, 277 (325) – DDR-Spione [1995].

³¹ Sondervotum Klein, Kirchhof, Winter BVerfGE 92, 277 (341, 350f.) – DDR-Spione [1995].

³² Sondervotum Klein, Kirchhof, Winter, BVerfGE 92, 277 (341).

heitseingriff vordringliche) Position die Verhältnismäßigkeit der Konkretisierung der Norm auf den jeweiligen Sachverhalt und in der jeweiligen prozessualen Konstellation. In dieser einzelfall-gerichteten Dimension dient der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dem effektiven subjektiven Rechtsschutz; der Verfassungsrechtsbehelf ist hier typischerweise die (Urteils-)Verfassungsbeschwerde. Wendet man den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch auf eine Norm als solche an (im Stile einer Normenkontrolle), dann dient die Verhältnismäßigkeitsprüfung primär objektiv-rechtlichen Zielen, weil die Verhältnismäßigkeit der Norm als solcher naturgemäß weder von den Tatsachen eines spezifischen Sachverhaltes noch der individuellen prozessualen Konstellation abhängen kann. Mit der Verhältnismäßigkeit kann daher die Verfassungsmäßigkeit von Normen unterschiedlicher Hierarchie- und Konkretisierungsstufe überprüft werden: generell-abstrakte Normen (die erst noch der Konkretion bedürfen) sowie individuell-konkrete Normen (Urteile, Verwaltungsentscheidungen), die das Ergebnis einer Normkonkretisierung sind. Mit der jeweiligen Dimension wird die Leistung einer anderen Staatsgewalt zum Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung gemacht: die der gesetzgebenden Gewalt oder die der vollziehenden bzw. rechtsprechenden Gewalt.

3. *Unterschiedliche Institutionenarrangements*

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird mal gegenüber der Ersten Gewalt, mal gegenüber den anderen Gewalten verfassungsrechtlich in Stellung gebracht. Er wird also auf unterschiedliche Gewalten angewendet. Es dürfte daher zu erwarten sein, dass die Prüfungsstruktur und die Prüfungsdichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vom jeweiligen Gewaltenverhältnis abhängig sind, auf das sie angewendet werden.³³ Anders gesprochen: Als Maßstab für die Gesetzgebung wirkt Verhältnismäßigkeit flächendeckender, greift in politische Zusammenhänge ein und bringt das kontrollierende Gericht in eine Rivalität zur demokratischen Gesetzgebung. Wird mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hingegen ein Akt der Zweiten oder Dritten Gewalt überprüft, sind die Auswirkungen weniger gravierend: die verfassungsgerichtliche Kontrolle wirkt punktuell und nicht generell-abstrakt (sofern sich keine maßstabsorientierte, ausdehnende Interpretation der Entscheidung anschließt). Auch wird in der Regel die „countermajoritarian difficulty“ bei einer Kontrolle der vollziehenden oder rechtsprechenden Gewalt nicht ausgelöst; Übergriffe auf den politischen Handlungsspielraum bleiben gering. Es ist daher wichtig sich zu vergegenwärtigen, dass mit der Anwendung desselben Grundsatzes andere staatsorganisationsrechtliche Konstellationen und Probleme im Gewaltenteilungsverhältnis ausgelöst werden, je nachdem, ob Verhältnismäßigkeit auf die gesetzgebende oder auf die anderen Gewalten angewendet wird. Man sollte daher meinen, dass es zu einer gewaltenspezifischen Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes oder doch wenigstens

³³ Siehe dazu auch *Michael* (Fn. 6), unten S. 51–54.

Sach- und Personenverzeichnis

- Abgaben 177–182
Abwägung 4, 16, 24–27, 34, 43, 47, 53, 91–95, 150, 279, 281, 286f.
– Gestaltungsraum 91, 132
– im Privatrecht 212–222, 242–244
– Prinzipienmodell 55, 78
– Werturteilskonflikte 20, 132
– Zuständigkeit 14, 25, 69f., 279f.
AGB 243, 245, 250f.
Akzeptanz 292
Alexy, R. 55, 78, 292
Allgemeines Persönlichkeitsrecht (sh. Persönlichkeitsrecht)
Angemessenheit 8f., 14, 16, 29f., 68f., 77–96, 201, 206, 274
– als Abwägungsermächtigung 69, 72
– als reine Rechtskontrolle 20, 23, 33
– Grenzen 3f., 50, 71
– im Privatrecht 239
– Prozeduralisierung 79–96
– Spielräume 82
Apothekenurteil 27, 77, 137, 210, 234
Äquivalenzprinzip 173, 177–179
Arbeit(srecht) 245f., 250f., 262
Argumentationsstruktur 50, 58, 65, 283–290
Aristoteles 236, 263f., 284, 289
Atomgesetz 153f.
Ausgleich, schonender 6, 152
Ausgleichspflicht 32
Ausnahmen 149f., 281, 287
Australien 26

Banken (sh. Finanzmärkte, Kreditvertrag, Zahlungsverkehr)
Befristungsregelung 151
Begründung 283–291
Begründungslasten/-pflichten 21, 93–95, 133, 143, 155f., 282, 297f.
Bentham, J. 264
Beobachtungspflicht 11, 144, 209

Besonderes Gewaltverhältnis 131
Bestimmtheitsgrundsatz 39
Beurteilungsspielraum 11, 20, 120, 125, 133, 135, 143, 294
Bieder, M. 240
Bindung an das Gesetz 3f., 130, 280
Bryde, B.-O. 33
Bundesarbeitsgericht 211, 246, 250f.
Bundesgerichtshof 211, 246f., 251–254, 259
– Bankenrechtssenat 247, 256
Bundesministerium des Innern/der Justiz 133
Bundesrat 22, 36, 133f., 300f.
Bundesregierung 133f., 152
Bundestag 36, 133f., 152, 300f.
Bundesverfassungsgericht (sh. auch unter dem Namen seiner Entscheidungen)
– Bezugnahme auf Wissenschaft 128
– countermajoritarian difficulty 10, 20
– Entwicklung der Verhältnismäßigkeit 5f., 8, 79–82, 262, 276f.
– Gleichsetzung von legislativer Handlungsnorm und judikativer Kontrollnorm 296f.
– Kammerentscheidungen 105
– Kontrolldichte 52–54, 86f., 142–147, 298
– legitimes Ziel/Zweck 38, 99, 105–126
– letztes Wort 23, 85
– Macht des 99, 299
– maßstabsetzende Gewalt 25, 80, 168, 295, 299
– politische Orientierung der Richter 124f., 127
– Selbstbeschränkung 11f., 39, 85
– Tatsachenerhebung 23, 33
– überzogene Erwartungen an Gesetzgeber 36f., 152, 296–302
– Wahl der Richter 105
Bürgschaftsentscheidung 236

- Canaris, C.-W. 237
 Cannabis 141, 296, 298
 Cayman Islands 247
 Common Law 18, 25, 27
 Countermajoritarian difficulty 10, 20
- Datenschutz (sh. Sicherheitsrecht)
 DDR-Spione 8f.
 Demokratie 7, 11, 36, 131f., 135, 170,
 300–302
 Digitalschrott 257
 Dogmatik 15, 20f., 24f., 40, 55–59, 99,
 101, 241, 262f., 294, 300
 Drei-Stufen-Theorie 44, 202
 Drittwirkung 84f., 224, 231, 235–238,
 254f.
 Dürer-Zeichnung 227
- EGMR/EMRK 17, 25, 49f., 51, 97, 277
 Eigentumsgarantie 28f., 92, 155, 166, 233
 Eingriff 38, 136, 190–192
 Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers
 7, 11, 51, 120, 135–143, 146, 151f., 168,
 203, 206, 294
 Einzelfallgesetz 136
 Elfes-Entscheidung 12, 27
 Entscheidungen, Herstellung und
 Darstellung von 282–291
 Entwicklung der Verhältnismäßigkeit
 2–14, 60f., 158, 262, 276f.
- Erforderlichkeit
 – als Prognose 67
 – im Privatrecht 221, 2411
 – im Strafrecht 204f.
 – Interdisziplinarität 20, 40
 – Prognoseentscheidungen 32, 146
 – Prüfungsstruktur 16, 67, 272f.
 – Tatsachendimension 14, 23, 40, 67
 – Wertungen des Normerzeugers 20,
 140–143, 274
- Ermessen 51
 Ethikkommission 155
 EuGH 17, 25, 51, 93, 260, 277
- Fachgerichte 12, 27, 33, 51, 82, 92
 Fallgruppen 78, 237, 292
 Familienrecht 102, 125, 127
 Finanzmärkte 255f., 258f.
 Fischer-Lescano, A. 285
 Folgerichtigkeit 73–75, 143, 152, 162f.
 Folter 208
 Forst, R. 289
- Geeignetheit
 – Abgrenzung zur Angemessenheit 75
 – Abgrenzung zur Erforderlichkeit 66
 – als Zweckmäßigkeit 66, 74, 141f.
 – bei Steuergesetzen 28f., 157–159
 – bei Strafgesetzen 202f.
 – im Privatrecht 221, 241
 – im Wahlrecht 145
 – Prognoseentscheidungen 32, 142f.
 – Prüfungsstruktur 16, 66, 141f., 268,
 271f.
 – Tatsachendimension 14, 20, 23, 40,
 141f.
- Generalklausel 9, 32, 235, 237
 Gentechnikgesetz 36
 Gerechtigkeitserwägungen 8f., 58
 Geschäftsfähigkeit 228
 Geschwisterinzest 30f.
 Gesetzesvorbehalt 2, 62–65, 196, 233,
 242, 281
 Gesetzgeber
 – Begründungslasten 21, 93–95, 133,
 143, 155f., 297f.
 – Beobachtungspflicht (sh. dort)
 – Beurteilungsspielraum (sh. dort)
 – Einschätzungsspielraum 7f., 39, 101,
 120, 132, 142, 296
 – Gestaltung der Rechtsordnung
 129–156, 280
 – Information 141
 – Kompromisse (sh. dort)
 – Kontrollnorm von der Handlungs-
 norm entwickeln 297–302
 – Nachbesserungspflicht (sh. dort)
 – Rationalität (sh. dort)
 – Sammeln von Erfahrung 149
 – Typisierung (sh. dort)
 – Unterlassen 47f., 237
 – Verallgemeinerungen 149
 – Verhältnismäßigkeit als Maßstab 10,
 13, 129–156, 295–301
 – Verhältnismäßigkeit als Verhaltens-
 maßstab 22, 134f., 138–156, 288,
 295–301
 – Zwecke des 37, 102, 117–124, 139f.,
 142
- Gesundheitsschutz 245
 Gewalten und Verhältnismäßigkeit
 10–12, 15, 51, 77, 130, 209
 Gleichheitssatz 29, 45–49, 56–58, 149,
 158–162, 173, 178
 Gleichstellungsgesetz 224, 251f., 254

- Greco, L. 206–208
 Großbritannien 17
 Grunddienstbarkeit 214, 217
 Grundrechte, objektive Wirkung 7f., 53, 155
 Grundrechtsbindung
 – der Gesetzgebung 3, 11, 13, 61, 93, 129–156, 294
 – von Privaten 231, 234–260
 Grundrechtstheorie 2–5, 39f., 59, 75, 201
 Grzeszick, B. 269
- Häberle, P. 6f., 23, 55
 Habermas, J. 292
 Haftbefehl 153
 Halbtteilungsgrundsatz 166–170
 Hanau, H. 239
 Handelsvertreter-Entscheidung 236
 Handlungstheorie 262, 265–275, 295–301
 Härtefälle 152
 Hartz-Reformen 245
 Hassemer, W. 30, 198, 202, 206
 Herdegen, M. 44
 Hesse, K. 49
 Hirschberg, L. 55
 Hoffmann-Riem, W. 286
 Hofmann, E. 278
 Hölderlin 227
 Hume 272
 Hunger 245, 273
- Ideologiekritik 24
 Indien 26
 Institutionen-Setting 14, 39
 Instrumentenmix 34, 47
 Interdisziplinarität 20f., 39
 Interessenkonflikte 35, 119, 125, 220, 229, 300f.
 Irrationalität 212
 Israel 26
- Jakobs, G. 199f.
 Jurisdiktionsstaat 24
- Kalkar-Entscheidung 155
 Kanada 17f., 26f.
 Kant 272
 Kasuistik 24f., 39, 59, 298f.
 Kaufvertrag 215
 Kelsen, H. 300
 Klugheitsregel 83
- Kodifikation 215
 Kohärenz/Konsistenz 93, 95f., 143
 Kommentare (Literaturgattung) 100
 Kompetenzfragen 26f., 134f.
 Kompromisse 11, 15, 22, 36f., 74, 141, 300
 Konkordanz, praktische 49, 65, 255
 Kontrahierungszwang 224
 Kontrolldichte 47, 50–54, 85f., 93, 142, 296–302
 Koppelung von Recht und Politik 22f., 27
 Kreditverträge 247, 256, 259
 Kunstfreiheit 80f., 286
- Ladeur, K.-H. 278
 Lagodny, O. 191–193, 199
 Lebensmittel 244f.
 Legitimitätsanforderungen 64–66
 Leisner, W. 277
 Leistungsfähigkeitsprinzip im Steuerrecht 160–164, 182
 Leistungspflicht im Privatrecht 214, 222, 241
 Lenkungssteuer 29, 174, 182
 Lerche, P. 6f., 13, 55f., 61, 75, 268
 Liquor-Entscheidung 94
 Lissabon-Urteil 244f.
 Lübke-Wolff, G. 145
 Luftsicherheitsgesetz 37, 138
 Lüth-Urteil 79f., 85, 235–238
- Mehrheitsprinzip 11, 22, 36, 135
 Menschenwürde 44, 72, 136, 138, 234, 289f.
 Mephisto-Urteil 210
 Methodenkontrolle 53
 Methodennorm 53
 Michael, L. 34
 Mietrecht 246f., 253
 Mittel, legitimes 65f.
 Mittel, milderes 20, 28, 32, 50, 146
 Mohl, R. v. 43
 Moral 264
- Nachbesserungspflicht 11, 144, 209
 Neue Formel (sh. Gleichheitssatz)
 Nettoprinzip 162–165
 Nichtraucher-Entscheidung 33, 95, 151, 269
 Niekiel, O. 254
 Nietzsche, F. 227

- Norm
 – generell-abstrakte 5, 13, 130, 140, 150, 232, 290
 – individuell-konkrete 5, 13, 270, 290
 Normenkontrolle 12, 14, 16, 298
 Notwehr 214 f.
- Oakes-Test 18, 25
 Oberste Gerichtshöfe 10 f.
 Optimierungsgebote 78
 Ossenbühl, F. 277
- Persönlichkeitsrecht 40, 49, 86, 92, 131, 217
 Pieroth, B. 16, 269, 271
 Platon 263
 Politik, Übergriffe auf 10, 20, 93 f., 135
 Politische Fragen 20, 94, 300 f.
 Polizeirecht 2, 208, 213, 262, 294, 300
 Pressefreiheit 49
 Preußisches Allgemeines Landrecht 130 f.
 Preußisches Oberverwaltungsgericht 165
 Prinzipienmodell/-theorie 43, 55, 78, 87, 301
 Privatrecht (sh. auch einzelne Rechtsgebiete) 210–260, 262
 – Abwägung 212 f., 216–219
 – Angemessenheitskontrolle 239
 – Ausgleich 215 f., 231
 – Drittwirkung (sh. dort)
 – Ethik/soziale Verantwortung 236, 241, 260
 – Entkoppelung von verfassungsrechtlichen Maßstäben 260
 – Entzug von Rechten 218 f.
 – Finanzmärkte 247, 255–257
 – Gleichstellung (sh. dort)
 – Machtverhältnisse 236, 239–244, 247, 254, 260
 – Marktspezifische Problemlagen 238, 243–249, 260
 – Ökologie 248, 257 f.
 – Parteiwille 216, 224, 227–229
 – Schutzauftragslehre 238
 – Sicht von Öffentlichrechlern 235
 – Sittenwidrigkeit 225 f., 230
 – Soziale Kontexte 243, 250–253, 260
 – Treu und Glauben 212, 214, 220–223, 229
 – Verbraucherschutz 238, 248 f.
 – Vertragsfreiheit (sh. dort)
 Prognoseentscheidungen 32, 143 f., 209, 294
 Prognosespielraum 11, 20, 22, 143–146, 299
 Prozeduralisierung 79–96
 Prozessuale Konstellation 6 f., 40
 Prüfungsstruktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 10 f., 15–20, 50, 61–63, 91, 98 f., 158, 269 f., 274 f., 298
 Punktuelle Wirkung der Verhältnismäßigkeit 4–7, 30, 140, 147
- Rationalität 20–24, 43, 49, 55 f., 59, 268, 275, 293, 301
 Reasonableness 26 f.
 Rechtsfrieden/-pflege als Rechtsgut 31, 197
 Rechtsgutslehre 31, 197–201
 Rechtsphilosophie 262, 265–275
 Rechtsstaatsprinzip als Quelle der Verhältnismäßigkeit 8, 43, 57, 62, 130, 275
 Rechtsvergleichung 40 f., 59
 Rechtsverhältnislehre 57
 Regelungslücke 215–217
 Regulierungsrecht 35, 38, 54
 Reine Rechtslehre 265
 Relation 262–265, 270, 279
 Rezeption im Ausland 17 f., 25 f., 97, 210
 Rhetorische Dimension 282–292
 Richtervorbehalt 149
 Risikoverwaltungsrecht 32, 38
- Sachenrecht 218
 Sachverhalte, Bedeutung der 6, 26, 40
 Sachverständige 134, 300
 Schlink, B. 15 f., 55, 85, 271, 274, 277
 Schlüsselbündelkonzept 56–58, 75, 95
 Schmidt-Rimpler, W. 226
 Schranken-Schranken 3, 27, 68, 72 f., 76, 136
 Schuldrechtsreform 214
 Schumannsche Formel 40 f.
 Schutzbereichsbestimmung 4, 40, 47, 78, 98, 106–109
 Schutzpflichten 45, 47, 49, 56, 58
 Schwangerschaftsabbruch 207
 Sicherheitsgesetze 32–35, 38, 151, 153, 186, 299
 Sicherungsverwahrung 153
 Sittenwidrigkeit 225, 230, 232
 Sozialleistungen 253
 Sozialrecht/-politik 32, 35, 102, 111, 125, 127, 142, 148
 Sparkassen 254
 Sprachfunktionen 268, 284 f., 291

- Sprechakte 268
 Staatsorganisationsrecht 46, 64, 102, 111, 125
 Stern, K. 131, 269
 Steuerrecht 28–30, 36 f., 102, 111, 125
 – Abgaben 177–182
 – Eigentumsgarantie 165 f.
 – erdrosselnde Steuer 165, 169
 – Fiskalzwecke 29, 159, 167
 – Halbteilungsgrundsatz 166 f.
 – Lenkungssteuer 29, 171 f., 180–182
 – Leistungsfähigkeitsprinzip (sh. dort)
 – Nonaffektation der Steuermittel 165, 169–173, 182
 – Steuervollzug 174–177
 – Zwecksteuer 173 f.
 Steuerungsregelungen 141, 144
 Strafrecht 30, 38, 102, 111, 184–209, 262, 269
 – Generalprävention 203
 – Inzest 30 f.
 – Rechtsgüter 197–200, 204
 – Spielraum des Gesetzgebers 203, 206, 208
 – Stalking 185
 – Strafzweck 187, 196 f.
 – Verhaltensnorm 191–194
 – Vorbereitungshandlung 186
 Stürmer, M. 240 f.
 Südafrika 17, 26
 Systemkongruenz 143

 Tarifverträge 250
 Tatsachen 6, 10, 14 f., 20 f., 23, 32 f., 39
 Transparenz 286
 Transsexuellen-Entscheidung 269
 Treu und Glauben 212, 214, 220–223, 229
 Typisierung 139, 148, 170, 294 f.
 Tyrannei der Werte 24

 Übermaß 6, 43 f., 46, 50–54, 135
 Unbestimmter Rechtsbegriff 51
 Unerlaubte Handlung 215
 Ungarn 17
 Universalität 27 f.
 Unterbringung 153
 Untermaß 45, 50–54, 237
 Urteilsverfassungsbeschwerde 12, 110
 USA 26, 131
 U. S. Supreme Court 17

 Verbandskompetenzen 46
 Verbraucherschutz 238, 248 f., 258
 Verfahren (sh. Gesetzgeber, Prozeduralisierung)
 Verfallsklauseln 151
 Verfassungsressorts der Bundesministerien 133
 Verhaltensmaßstab für Gesetzgebung 22, 134 f., 138–156, 288, 295–301
 Vermittlungsausschuss 22, 36
 Vermögensteuer-Beschluss 166
 Vertragsfreiheit 211, 224–226, 232 f.
 Vertragsparität und Machtbildung 242–244
 Viehweg, T. 287, 292
 Vollzug 174–177
 Vorratsdatenspeicherung 150, 299

 Wahlrecht 144 f., 148 f.
 Wesensgehaltsgarantie 61, 71 f., 136–138
 Wesentlichkeitslehre 280
 Wettbewerb(srecht) 224 f., 243
 – Preiswettbewerb und Qualitätverschlechterung 245
 Wirtschaftsrecht 102, 125, 127, 142
 (sh. auch Regulierungsrecht)
 WohnungsverSORgung 246 f., 249, 256
 Wucher 226

 Zahlungsverkehr, bargeldloser 247, 253 f.
 Ziel, legitimes (sh. Zweck)
 Zitiergebot 94
 Zivilrecht (sh. Privatrecht)
 Zumutbarkeit 70 f.
 Zweck, legitimer 37 f., 48, 63 f., 88 f., 97–125, 139 f., 196 f., 268–271
 – Art des 116–125, 141 f.
 – Definition des 99, 124, 127
 – Fiskalzwecke 159, 167, 173 f.
 – Grundrechtsbezug 106–109, 140
 – Lenkungszwecke 171 f., 180
 – Politische Dimension 124 f., 141 f.
 – Strafzwecke 187, 196 f.
 – Verfahrensgegenstände 119, 125
 Zweckmäßigkeit 32
 Zweck-Mittel-Relation 14, 16 f., 21 f., 29, 36, 48, 50, 65–67, 75, 89, 138, 149, 163, 174, 241, 267, 271 f.
 Zwecktauglichkeit 66, 74

Recht – Wissenschaft – Theorie

Standpunkte und Debatten

herausgegeben von
Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

Die Schriftenreihe „Recht – Wissenschaft – Theorie“ (RWT) wurde 2007 gegründet. In der rechtswissenschaftlichen Alltagsarbeit stellen praktische Fragen die theoretischen Dimensionen des Rechts in den Hintergrund. Über Theorie und Methode räsonniert man nicht, man wendet sie in der praktischen Arbeit einfach an, lautet eine gängige Einstellung. Die Reihe RWT rückt demgegenüber den Theoriebezug der Rechtswissenschaft in den Mittelpunkt. Sie bildet das Forum für Monographien, Sammelbände und Streitschriften, die die Selbst- oder Fremdreflexion der Jurisprudenz zum Ziel haben. Dabei geht es sowohl um Fragen der innerjuristischen Arbeitsteilung zwischen den Teilrechtsgebieten und den an der Rechtsetzung beteiligten Institutionen als auch um die interdisziplinäre Anschlussfähigkeit der Rechtswissenschaft zu den Nachbardisziplinen. Es geht um das Proprium der Rechtswissenschaft als einer theoretisch angeleiteten und nicht bloß praktisch motivierten Wissenschaft, mit anderen Worten: um Grundfragen der Rechtswissenschaft, die Standpunkte einfordern und Debatten auslösen.

ISSN: 1864-905X
Zitiervorschlag: RWT

Alle lieferbaren Bände finden Sie unter www.mohr.de/rwt



Mohr Siebeck
www.mohr.de

