

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 978-3-16-160634-2 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, disziplinär	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. 6ff.; 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 Spruchstätigkeit 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 Rosenburg*, 2013, S. 88 ff. sowie die weiteren Beiträge dieses Bandes.

⁴ Man denke an BVerfGE 7, 198 – Lüth [1958]: Das LG Hamburg sah im Boykottauftrag 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 verlageren 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 *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 (40 f.). Im Lüth-Urteil spricht das BVerfG von einer „Wechselwirkung“: Grundrechtsbeschränkende Gesetze müssen im Lichte des Grundrechts ausgelegt werden, BVerfGE 7, 198 (208 f.). 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 (405 ff.). 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 (166 f.).

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, 212–214.

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/Haas 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 Kontrolldichte 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 geschaut, 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. rechtssprechenden 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 rechtssprechenden 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.

zu einer gewaltenspezifischen Anwendung gekommen sein müsste. Dies jedoch ist höchst unklar.

Nach meinem Eindruck wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abstrakt kanonisiert, so dass bei seiner Anwendung nicht prinzipiell zwischen den betroffenen Staatsgewalten unterschieden wird. Er beweist sich als ein universeller materieller Verfassungsgrundsatz. Erst bei der Anwendung im Einzelfall kann dann situativ auf die Gewaltendimension reagiert werden, etwa indem dem Gesetzgeber Einschätzungsprärogativen und Beurteilungsspielräume zugebilligt werden. Man gewinnt den Eindruck, als ob das Bundesverfassungsgericht prinzipiell von einer grundrechtlichen Vollkontrolle am Maßstab der Verhältnismäßigkeit ausgeht, die dann fallweise zurückgenommen werden kann, was als Übertragung von Einschätzungs-, Beurteilungs- und Prognosespielräumen dargestellt wird.³⁴ Diese können indes sogleich durch das Statuieren von Beobachtungs-, Überprüfungs- und Nachbesserungspflichten wieder begrenzt oder zurückgenommen werden.³⁵ Wie intensiv das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber an die Verhältnismäßigkeit bindet, legt es selbst fest und es legt sich dabei nicht generell fest.³⁶ Zu einer Dogmatik der dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungs-, Beurteilungs- und Prognosespielräume ist es freilich nicht gekommen.³⁷ Man kann die Karlsruher Entscheidungspraxis im Sinne einer Beweislastverteilung zugunsten der Grundrechte und zu Lasten der Gewaltenteilung zusammenfassen: Es sind die Grundrechte in Gestalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die sich gegenüber dem Staatsorganisationsrecht (und der demokratischen Rechtspolitik) durchsetzen, nicht indes wirkt das Staatsorganisationsrecht mit dem Demokratie- und Mehrheitsprinzip, den Kompromiss- und Verfahrenszwängen auf die Struktur der Verhältnismäßigkeit zurück.

Man mag schon den Karlsruher Sprachgebrauch anstößig finden: Wenn das Gericht dem Gesetzgeber Spielräume belässt, erhebt es sich über das Parlament. Mit einer solchen Nonchalance reklamiert wohl kein anderes Verfassungsgericht in der Welt eine Suprematie über den Gesetzgeber. Im Grunde sind jene Karlsruher Standardformulierungen, dem Gesetzgeber komme ein Entscheidungs-, Beurteilungs- oder Prognosespielraum zu, eine stilllose Degradierung der Ersten Gewalt. In der angelsächsischen Welt würde kein Gericht wagen, zu solchen Formulierungen zu greifen. In der Bundesrepublik haben wir uns daran lange gewöhnt und registrieren kaum noch die Machtusurpation, die solche Formulierungen im Subtext mittransportieren. Dabei wäre es für das Bundesverfassungs-

³⁴ Vgl. etwa BVerfGE 102, 197 (218) – Spielbanken [2000]; BVerfGE 115, 276 (309) – Sportwetten [2006]; BVerfGE 125, 260 (329) – Vorratsdatenspeicherung [2010].

³⁵ BVerfGE 49, 89 (130, 142 f.) – Kalkar [1978]; BVerfGE 88, 203 (310 f.) – Schwangerschaft II [1993]; BVerfGE 95, 267 (314) – LPG-Altschulden [1997]; BVerfGE 111, 333 (360) – Brandenburgisches Hochschulgesetz [2004]. Siehe auch *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 434 f.

³⁶ *Lepsius*, Maßstabsetzende Gewalt (Fn. 7), 208; *Schlaich/Koriath* (Fn. 35), 9. Aufl. 2012, Rn. 530 f.

³⁷ Vgl. demgegenüber *Robert Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 8 (15 ff.).

gericht ein Leichtes, denselben Effekt durch Formeln auszudrücken, die nicht gönnerhaft die Handlungsmacht des Parlaments erweitern, sondern die im Stile des *judicial self restraint* mit der Einschränkung der eigenen Prüfungskompetenz oder der Kontrolldichte argumentieren. Es zeugt jedenfalls von großem Selbstbewusstsein, wenn das Bundesverfassungsgericht im Einzelfall dazu neigt, lieber die Spielräume des Parlamentes zu erweitern als seine eigenen zu beschränken.

Man muss sich jedenfalls in Erinnerung rufen, dass die Anwendung der Verhältnismäßigkeit auf Gerichtsurteile ein anderes verfassungsrechtliches Gewaltenteilungsverhältnis betrifft als ihre Anwendung auf die Gesetzgebung. Meist indes wird bei der Behandlung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht gewaltenspezifisch differenziert. Zur Anwendung kommt derselbe Grundsatz mit denselben Prüfungsstufen, auch wenn die Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit andere Kompetenzkonflikte aufwirft als die Kontrolle des parlamentarischen Gesetzgebers.³⁸ Das zeigt sich auch in dem Umstand, dass bei der Verfassungskontrolle materiell nicht zwischen der Urteilsverfassungsbeschwerde (also dem typischen Eingriff in die Kompetenz der Fachgerichtsbarkeit) und der (abstrakten) Normenkontrolle (also dem typischen Eingriff in die Kompetenz der Parlamente) unterschieden wird. Auf das materielle Ergebnis der Grundrechtskontrolle wirken sich die Verfahrensarten nicht aus. Eigentlich stünde zu erwarten, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte bei Urteilsverfassungsbeschwerden intensiver reicht als bei Normenkontrollen:³⁹ weil erstere im Tatsächlichen durch den Instanzenzug der Fachgerichte gut aufbereitet sind, während letztere im Tatsächlichen nur hypothetisch behandelt werden können und weil bei ersteren der punktuelle subjektive Rechtsschutz im Vordergrund steht, während bei letzteren der generelle objektive Rechtsgehalt in den Vordergrund rückt. Doch aus der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts lässt sich eine solche Daumenregel nicht ableiten, was auch damit zu tun haben mag, dass Karlsruhe schon früh die prozessualen Unterschiede zwischen Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerde nivelliert hat (Elfes-Konstruktion) und überdies regelmäßig betont, die Verfassungsbeschwerde diene nicht nur dem subjektiven Rechtsschutz, sondern auch der objektiven Fortentwicklung des Verfassungsrechts.⁴⁰ Zwischen dem subjektiven und dem objektiven Rechtsschutz kann heute nicht mehr stringent getrennt werden, weshalb eine Orientierung der Kontrolldichte an den Verfahrensarten nicht mehr verfangen kann. Aus der Entscheidungssituation des Bundesverfassungsgerichts mag das nachvollziehbar sein.

³⁸ Zu ersteren näher *Philip Kunig*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 34 (45 ff., 61 ff.); *Matthias Jestaedt*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2001, 1309–1322.

³⁹ Ein entsprechender Trend lässt sich einzelnen Entscheidungen des BVerfG durchaus entnehmen. Das BVerfG intensiviert seine Kontrolle, je intensiver die Grundrechte im Einzelfall beschränkt werden. So auch *Michael* (Fn. 6), unten S. 52 f.

⁴⁰ Zur Subjektivierung des objektiven Rechts (Elfes) und zur Objektivierung des subjektiven Rechts (Lüth) in der frühen Karlsruher Rechtsprechung siehe nur *Lepsius*, Maßstabsetzende Gewalt (Fn. 7), 182–196.

Anders stellt sich das Problem jedoch dar, wenn auf die Perspektive der Normerzeuger, sei es des Parlamentes (generell-abstrakte Normerzeugung), sei es der Behörden und Gerichte (individuell-konkrete Normerzeuger) abgestellt wird. Das Problem mangelnder Differenzierung zeigt sich insbesondere dann, wenn man die Anwendung der Verhältnismäßigkeit aus der Perspektive des Bundestages betrachtet. Kann Verhältnismäßigkeit als Maßstab gegenüber der Gesetzgebung wirken und dem politischen Prozess eine Handlungsanweisung geben?⁴¹ Die Stärke des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegt in seiner retrospektiven Anwendung (wie sie etwa der Kontrolle einer Gerichtsentscheidung bei der Urteilsverfassungsbeschwerde innewohnt). Daraus politisch prospektive Anweisungen abzuleiten, ist außerordentlich anspruchsvoll und letztlich bislang nicht gelungen.

Dass die Praxis nicht unterscheiden will, heißt nicht, dass die Wissenschaft nicht unterscheiden könnte. Sinnvollerweise sind verschiedene Dimensionen auseinander zu halten, in denen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angewendet werden kann: (1) gegenüber der rechtsprechenden Gewalt mit der Prüfung in einer grundsätzlich individuell-konkreten Zielrichtung; (2) gegenüber der gesetzgebenden Gewalt mit der Prüfung in einer generell-abstrakten Zielrichtung, (a) aus der Perspektive des Bundesverfassungsgerichts, das für seinen Prüfungsumfang auf bestimmte Zwecke und Tatsachen angewiesen ist, die es selbst nicht ermitteln kann sowie schließlich (b) aus der Perspektive der Gesetzgebung, die sich aus der ex ante-Perspektive der generellen Rechtserzeugung kaum konkretisierbaren Verhältnismäßigkeitsmaßstäben gegenübersteht. Diese Perspektivenvielfalt wirkt sich auf die Dogmatisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allerdings kaum aus. Der Grundsatz ist am Muster der ex post-Kontrolle von Gerichtsentscheidungen entwickelt worden. Heute allerdings wird er überwiegend als Verfassungsmaßstab für die Gesetzgebung verstanden und wirkt weniger in einer ex post-, sondern stärker in einer ex ante-Perspektive. Heute geht die Literatur, wenn sie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz thematisiert, überwiegend von der Dimension Gericht-Gesetzgeber aus. Die Literaturdiskussion hat, jedenfalls im Verfassungsrecht, die Perspektive auf den konkretisierenden Einzelfall (die etwa bei Lerche noch die Untersuchung anleitete) durch die Fixierung auf eine generell-abstrakte Einhegung der Gesetzgebung ausgetauscht.⁴²

Man kann die Entwicklung auch so zusammenfassen: Die einzelnen Prüfungskriterien wurden ursprünglich in erster Linie für die Verfassungskontrolle von fachgerichtlichen Urteilen entwickelt und erst mit der Zeit auf die Kont-

⁴¹ Näher *Matthias Jestaedt*, Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß, unten S. 295, der von einer „blickverkehrten Maßstabsbestimmung“ spricht; sowie *Sebastian Seedorf*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung, unten S. 129 ff.

⁴² Schon *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrecht Staatsrecht II, 1985, Rn. 313, konnten feststellen: „Konsequent aktualisiert das BVerfG die Bindung der Gesetzgebung an die Grundrecht vornehmlich in der Kontrolle der Gesetze auf ihre Verhältnismäßigkeit.“ Als jüngstes Beispiel etwa die aufschlussreiche Untersuchung von *Petersen* (Fn. 25), der sich fast ausschließlich mit der gesetzesorientierten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beschäftigt, explizit etwa S. 54.

rolle der Parlamentsgesetze übertragen. Diese Ausdehnung auf eine neue Gewalten-Dimension ging mit einer zunehmenden Kanonisierung des Prüfungsaufbaus einher, obwohl eigentlich eine Auffächerung nach der situativ relevanten Prüfungsrelation und dem jeweiligen Institutionensetting angebracht gewesen wäre. Für die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es jedenfalls erheblich gewesen, dass er nicht von Anfang an explizit gegen die Gesetzgebung gerichtet war, sondern zu Beginn primär dazu diente, die Normkonkretisierung der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt zum Gegenstand der Verfassungskontrolle zu erheben. Man darf nicht vergessen, dass die Masse des Rechtscorpus in den 1950er und 1960er Jahre noch aus vorkonstitutionellen Gesetzen bestand, so dass nicht die Verfassungskontrolle von Bundestagsgesetzen das Gebot der Stunde war, sondern die grundrechtliche Transformation einer überkommenen Rechtsordnung unter den institutionellen Bedingungen einer hergebrachten Juristenschaft. Erst in den 1970er Jahren ist es in nennenswertem Umfang zu einer Überprüfung von Gesetzen des Bundestages gekommen.⁴³ Nach dem ersten Machtwechsel in Bonn entstanden über die sozialliberale Reformgesetzgebung zahlreiche Verfassungstreite.⁴⁴ Jetzt erst gerät die Gesetzgebung ins Fadenkreuz der Verhältnismäßigkeit, die darauf durch die zuvor in der Staatsrechtslehre eingeleitete Objektivierung vorbereitet ist.

Damit verlagerte sich der Schwerpunkt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Stufe der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Denn bei der Prüfung von Gesetzen müssen die Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit verblassen, weil diese in besonderem Maße die Kenntnis von Tatsachen oder feststehenden Verlaufsszenarien voraussetzen, also tatsachenorientiert sind.⁴⁵ Ein Gesetz kann auf seine Geeignetheit und Erforderlichkeit weniger gut überprüft werden als ein Urteil: Bei letzterem steht der Sachverhalt des Freiheitseingriffs fest und dementsprechend lassen sich die kollidierenden Rechtsgüter von Zweck und Mittel genau bestimmen. Bei der Normenkontrolle hingegen bleiben im Tatsächlichen naturgemäß Fragen offen, weil die Norm im vorkonkretisierten Status überprüft wird; ihre Konkretisierungen bleiben Hypothesen und Prognosen.⁴⁶ Dies wiederum kanalisiert die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Gesetzen unweigerlich auf die Stufe der Angemessenheit und macht sie zur Abwägungsfrage.

Die damit verbundene Schwierigkeit materieller Art wird durch die nun zusätzlich aufgeworfene institutionelle Komponente im Verhältnis von Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit verschärft: Wer ist von Verfassungen wegen für Abwägungsentscheidungen zuständig, der demokratische Gesetz-

⁴³ Petersen (Fn. 25), 136 ff.

⁴⁴ Siehe Uwe Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, 2004, 221 ff.; Richard Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, 1994, 52 ff.; Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, in: ders., *Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht*, 2014, 49 ff. (1979).

⁴⁵ Vgl. auch Bickenbach (Fn. 25), 148–151, 159–161, zur „Eignungs-“ und „Erforderlichkeitsprärogative“ des Gesetzgebers.

⁴⁶ Siehe auch Schlunk, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Fn. 28), 455–458.

geber oder das expertokratische Verfassungsgericht? Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit verstrickt sich im Gefüge der Gewalten; die Grundrechtsprüfung erhält eine staatsorganisationsrechtliche Dimension. Ginge es um rein subjektiven Rechtsschutz, fiel die Antwort zu Gunsten der Gerichtsbarkeit leicht. Ist jedoch eine objektivrechtliche Dimension eröffnet, gibt es keine klare Antwort.⁴⁷ Jedenfalls wird die Angemessenheitsprüfung von Gesetzen wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Gesetzgebungsermessen zunehmend kritisch beleuchtet.⁴⁸ Das Problem wird 1976, insofern zeitlich die Konflikte zwischen Karlsruhe und der sozialliberalen Koalition aufgreifend, von Bernhard Schlink thematisiert: Ihm geht es um die Klärung, wann ein Übergriff des Verfassungsgerichts auf die Kompetenz des Parlamentes, Werturteilsdifferenzen zu entscheiden und Kompromisse auszuformulieren, gerechtfertigt werden kann. Schlink ist gegenüber einer Abwägungskontrolle grundsätzlich skeptisch und will sie auf eine Reservefunktion (Abwägungsvorbehalte und Argumentationslastregeln) zurückstufen,⁴⁹ die Sachfragen selbst jedoch primär auf den vorgelagerten Ebenen entscheiden, wo sie letztlich durch die Einbettung im Tatsächlichen rationaler diskutiert werden können.⁵⁰

Bemerkenswert ist überdies, dass 1976 noch selbstverständlich von den „verschiedenen Dogmatiken und Rechtsprechungen zu den verschiedenen Grundrechten“ die Rede ist.⁵¹ Es hat sich noch nicht die Vorstellung eines einheitlich kanonisierten Prüfungsschemas verfestigt. Verhältnismäßigkeit ist noch ein Modell, das sachbereichsspezifische, prozessuale und gewaltenbezogene Ausgestaltungsformen ermöglicht und benötigt.⁵² Bei der Anwendung dominieren noch die Problemkontexte: Anhand dieser werden die diversen Kriterien vorsortiert. Noch beherrscht der Fall mit seinen Eigenheiten die Prüfungsreihenfolge. Nicht jedoch wird ein abstraktes Prüfungsschema jedem Fall ganz unabhängig

⁴⁷ Aus der Diskussion etwa *Christoph Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, insbes. 58 ff.; *Werner Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, 35 ff., 46 ff.; *Ottfried Höffe*, Wer hütet die Verfassung vor ihren Hütern?, in: M. Stolleis (Hrsg.), *Herzokammern der Republik*, 2011, 124–136. Siehe auch *Schlink*, Grundsatz (Fn. 28), 460–462.

⁴⁸ Zurückhaltend gegenüber der Abwägung äußerte sich schon *Lerche*, Übermaß (Fn. 14), 134 ff., 224, der die Auflösung verfassungsrechtlicher Strukturen in subjektive Bewertungen befürchtet und überdies nach den grundrechtlichen Schutzbereichen unterscheiden möchte. Die Skepsis Schlinks (Fn. 49) aufgreifend *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 81 f., 94; siehe auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 42 (2003), 161 (190). Als Eingrenzung der Abwägung kann auch der Ansatz von *Ekkehard Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007, 273 ff., verstanden werden, der auf numerische Modelle und Skalierungen vertraut.

⁴⁹ *Bernhard Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, 192 ff.

⁵⁰ Ebd., 194: „Die Fragen nach der Legitimität des Zwecks und besonders nach der Geeignetheit und Notwendigkeit des Eingriffs filtern die meisten Probleme eines Falles ab, und nur selten blieb bei den Fallentscheidungen des BVerfG ein Problemrest, der über die Vorstellung einer Mindestposition zu bewältigen war.“ Vgl. auch ebd., 207–214.

⁵¹ Ebd., 198.

⁵² Vgl. nochmals *Schlink*, Abwägung (Fn. 49), der verschiedene Abwägungsrechtsprechungen am Beispiel zu Art. 5, 12, 14 GG sowie zu Rückwirkung und Vertrauensschutz feststellt und herausarbeitet.

von seinen kontextuellen, prozessualen und zuständigkeitsrelevanten Eigenheiten übergestülpt. Das zeigt sich etwa in der Beobachtung, dass lange nicht klar zwischen Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit, Zumutbarkeit) unterschieden wurde. Unter Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne findet man oft noch Erforderlichkeitsprüfungen,⁵³ wie überhaupt anfänglich vom Bundesverfassungsgericht mehr Fälle auf der Stufe der Erforderlichkeit als auf jener der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne entschieden wurden.⁵⁴ Zu einer „Abwägung“ auf der Stufe der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne griff das Bundesverfassungsgericht im Grunde erst nach rund 25 Jahren, also im zeitlichen Zusammenhang mit den Normenkontrollen sozialliberaler Reformgesetze. Hingegen zählt zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne eine eher bewertende Überprüfung hoheitlicher Entscheidungen insgesamt, unabhängig davon, ob sie die spezifische Mittelauswahl betrifft oder die abwägende Frage, welches Rechtsgut konkret zurücktreten muss. Jedenfalls ist das Raster noch nicht vorsortiert oder starr und lässt sich beweglich den Sachverhalten anpassen.

4. Der kanonisierte Prüfungsaufbau

Das ändert sich jedoch in den 1980er Jahren, in denen sich zunehmend eine klare Struktur durchsetzt und es als Rationalisierungsfortschritt gilt, die Fragen der Zweck-Mittel-Relation (Geeignetheit, Erforderlichkeit) von ihrer Relevanz für die grundrechtlichen Rechtsgüter (Angemessenheit) zu separieren. Die Strukturierungsleistung der Wissenschaft dürfte dabei keine geringe Rolle gespielt haben. Insbesondere dem 1985 erstmals erschienenen Grundrechtslehrbuch von Bodo Pieroth und Bernhard Schlink kommt das Verdienst zu, die bislang überlappenden Kriterien in ein klares Prüfungsraster überführt zu haben, das sich kanonisieren und als Schema universalisieren ließ. Mit diesem Lehrbuch, das sogleich großen Erfolg hatte und jährliche Neuauflagen erlebte, setzte sich die bis heute übliche Struktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch.⁵⁵ Den dort vorgeschlagenen Prüfungsaufbau lernen seitdem alle Studierenden und auch das Bundesverfassungsgericht hält sich inzwischen zuverlässig an diesen Aufbau. Nicht durchgesetzt haben sich Pieroth/Schlink allerdings mit ihrem Versuch, die Fälle grundsätzlich über die Notwendigkeit und Erforderlichkeit zu lösen und die Abwägung nur als eine zusätzliche Stimmigkeitskontrolle zu begreifen.⁵⁶ Sie resümierten noch 1985, beim BVerfG spiele „die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zwar theoretisch eine große, praktisch aber nur eine kleine Rolle; praktisch ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor allem eine

⁵³ So als durchgängiger Befund für die Entscheidungen des BVerfG bis zum 40. Band *Schlink*, Abwägung (Fn. 49).

⁵⁴ So auch *Petersen* (Fn. 25), 136, 141.

⁵⁵ *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 1985, Rn. 310–340. Das Lehrbuch erlebte jährliche Neuauflagen; seit der 29. Auflage 2013 fortgeführt mit Thorsten Kingreen und Ralf Poscher; siehe auch *Merten* (Fn. 2), § 68 Rn. 50 ff.

⁵⁶ Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 55), Rn. 332 f.

Notwendigkeitsprüfung.⁵⁷ In der Rückschau hingegen erlebte die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ab Ende der 1970er Jahre einen enormen Aufschwung,⁵⁸ während die Prüfungsstufe der Erforderlichkeit (Notwendigkeit) immer seltener ergebnisrelevant wurde.⁵⁹

Durchgesetzt hat sich inzwischen also ein Prüfungsaufbau, der das Mittel auf die Verhältnismäßigkeit zum Zweck nach drei Kriterien untersucht: Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit. Dazu muss, erstens, der Zweck der Regelung überhaupt erkannt werden, was nicht immer ganz einfach ist (dazu noch später). Der ermittelte Zweck muss überdies legitim sein, d. h. der Gesetzgeber muss ihn prinzipiell verfolgen dürfen. Das zur Zweckverfolgung intendierte Mittel muss, zweitens, geeignet, erforderlich (bzw. notwendig) und angemessen sein, d. h. das Mittel muss den Zweck zumindest fördern können (es darf an ihm nicht vorbeigehen – Geeignetheit), es darf kein milderes Mittel geben, das genauso gut wirken würde (Erforderlichkeit) und schließlich dürfen die durch das Mittel beeinträchtigten Rechtsgüter nicht außer Verhältnis stehen zu den mit dem Mittel verfolgten Rechtsgütern, mit anderen Worten: das Mittel muss angemessen sein.

Letztlich in dieser Form hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit inzwischen weltweite Rezeption erfahren. Er fand Eingang in die Rechtsprechung anderer Gerichte,⁶⁰ darunter jener von Großbritannien, Kanada, Südafrika, Israel, Österreich, Ungarn, in *dissenting opinions* selbst in die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court.⁶¹ Der EuGH und der EGMR verwenden einen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz;⁶² auch das Völkerrecht kennt ihn.⁶³ Verhältnis-

⁵⁷ Ebd., Rn. 333.

⁵⁸ Vgl. die Verlaufsanalyse von Petersen (Fn. 25), 136 ff., der zu dem Ergebnis kommt, dass die Güterabwägung in den ersten drei Jahrzehnten nur eine sehr untergeordnete Rolle spielte. Das Bild änderte sich gegen Ende der 1970er Jahre. Von 1978 bis 2012 stützte das Gericht die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen in gut einem Drittel aller Entscheidungen auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne (136 f.).

⁵⁹ Wichtiges Gegenbeispiel aus der jüngeren Zeit hingegen BVerfGE 115, 118 (153–165) – Luftsicherheitsgesetz [2006]: § 14 Abs. 3 LuftSiG scheiterte in erster Linie an der fehlenden Geeignetheit und zusätzlich lag in ihm eine Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG. Vgl. näher *Oliver Lepsius*, Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz, in: F. Roggan (Hrsg.), Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat, 2006, S. 47–74.

⁶⁰ Dazu aus der reichhaltigen Literatur: *Dieter Grimm*, Proportionality (Fn. 1); *Laura Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden 2001, S. 251 ff. (zum argentinischen Recht); *Nicholas Emiliou*, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, 1996; *Evelyn Ellis*, The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, 1999.

⁶¹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) – Breyer, J. dissenting. Für die Verbreitung im US-amerikanischen Recht (außerhalb des Verfassungsrechts) siehe *Thomas Sullivan/Richard Frase*, Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions, 2009.

⁶² Siehe etwa *Oliver Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 2003, S. 255 ff.; *Meinhard Hilf*, Die Schranken der EU-Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VI/1, Heidelberg 2010, § 164 Rn. 22–27; *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 18 Rn. 14 ff.

⁶³ *Merten* (Fn. 2), § 68 Rn. 17–19; *Torsten Stein*, Proportionality revisited. Überlegungen zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im internationalen Recht, in: FS Jost Delbrück, Berlin 2005, 727–738.

mäßigkeit ist inzwischen zum festen, kanonisierten Bestand eines westlichen Rechtsdenkens geworden. Nicht immer wird jedoch so klar zwischen den jeweiligen Prüfungsstufen getrennt wie inzwischen in der Bundesrepublik; bisweilen verfließen in der ausländischen Rechtsprechung Fragen der Erforderlichkeit mit solchen der Angemessenheit.⁶⁴ Das trifft besonders auf Rechtsordnungen zu, die stärker in einer fallrechtlichen Tradition im Gefolge des Common Law stehen und es deswegen weniger gewohnt sind, die tatsachenbezogenen Fragen von den rein normativen Abwägungsfragen zu trennen. Wenn man situative, fallbezogene Bewertungen vornimmt, greifen naturgemäß situative und normative Erwägungen ineinander, so dass sich eine schematische Trennung zwischen tatsachenbasierten mildernden, gleich geeigneten Mitteln und einem normativen Abgleich der dadurch geförderten bzw. beeinträchtigten Rechtsgüter nicht empfiehlt. Wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jeweils praktiziert wird, verrät mittelbar auch etwas über den eher kasuistischen oder systematisierungsbezogenen Zugriff der jeweiligen Rechtskultur. Es wird daher nicht verwundern, dass es gerade eine Entscheidung des Kanadischen Supreme Court war,⁶⁵ die der Rezeption des deutschen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum weltweiten Durchbruch verhalf, nicht nur, weil sie auf Englisch allgemein zugänglich war, sondern auch, weil sie ihn so aufbereitete, dass er sowohl für Civil Law- als auch für Common Law-Rechtsordnungen anschlussfähig wurde. Gerade in Ländern des Commonwealth ist der dieser Entscheidung entlehnte Begriff „Oakes Test“ bisweilen zu einem Synonym für „proportionality analysis“ geworden.⁶⁶

5. *Verhältnismäßigkeit als rechtstheoretische Relation auf mittlerer Ebene*

Heute verfügen wir über eine hohe praktische Professionalität im Umgang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Alles in allem gehen wir mit ihm sicher um. Er beweist seine Tauglichkeit beim praktischen Lösen von Fällen und bei der Begründung nachvollziehbarer und gerechter Entscheidungen. Hinter ihm verbirgt sich eine erfolgreiche methodische Vorgehensweise, die die Anwendung des Rechts rationalisiert.

⁶⁴ Vgl. für Beispiele *Barak*, Proportionality (Fn. 1).

⁶⁵ *R. v. Oakes*, 1 S. C. R. [1986]. Die Rezeption der Verhältnismäßigkeit von Karlsruhe nach Ottawa dürfte über New Haven gelaufen sein: An der Yale Law School existiert ein traditionelles Seminar von Verfassungsrichtern aus aller Welt, an dem auch Dieter Grimm teilnahm. Seine Übertragungsleistungen dürften für die Rezeption ursächlich sein. Vgl. dazu auch *Grimm*, Proportionality (Fn. 1); zur Ausbreitung mit Schwerpunkten auf Israel, Australien, Neuseeland, Südafrika, Indien siehe vor allem *Barak* (Fn. 1), 180–210; zu Südafrika und Kanada auch *Petersen* (Fn. 25), 221 ff., 247 ff.

⁶⁶ Vgl. z. B. *Barak* (Fn. 1), 202 ff.; im Überblick auch *Pnina Alon-Shenker/Guy Davidov*, Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts, *McGill L.J.* 59 (2013) 375 (377–380); im Kontext der Rechtsvergleichung auch *Norman Dorsen/Michel Rosenfeld/András Sajó/Susanne Baer*, *Comparative Constitutionalism*, 2010, 226 ff., 231–235.

Mit der hohen Professionalität im praktischen Umgang kontrastiert aber eine vergleichsweise geringe rechtstheoretische Analyse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁶⁷ Das ist einerseits erstaunlich, weil sich hier eine gemeineuropäische Methode herausbildet. Es ist andererseits erklärlich, weil Rechtstheorie und Rechtspraxis zwei unterschiedliche Ebenen des Rechts behandeln und – leider – selten zueinander finden. Wenn wir uns im Folgenden den Chancen sowie den Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zuwenden, so geschieht dies auch mit dem Ziel, einen spezifischen Zugang zur Rechtstheorie zu verdeutlichen. Die rechtstheoretische Untersuchung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes soll zugleich die Aufgabe der Rechtstheorie veranschaulichen, nämlich Relationen auf mittlerer Ebene zu behandeln,⁶⁸ um zu belegen: Theorie ist nicht praktisch bedeutungslos und Praxis ist nicht theoretisch belanglos. Es geht mir also auch darum, die Kompetenz der Rechtstheorie für Fragen des geltenden Rechts, für die Problemlösung, zu demonstrieren. Dafür muß die Rechtswissenschaft Relationen auf mittlerer Ebene herstellen, also keine in sich abgeschlossenen dogmatischen Mikro- oder theoretischen Makrodiskurse führen, sondern Zwischenbereiche behandeln, auf denen Rechtstheorie und geltendrechtliche Themen einander ergänzen.

II. Chancen der Verhältnismäßigkeit

Die Vorzüge und die Funktionen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind bereits hervorgetreten. Es ist an der Zeit, sie zu bündeln und zu strukturieren. Bei einer überschlägigen Betrachtung birgt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine lange Reihe von Chancen:

1. Differenzierungen: materiell, kompetentiell, disziplinär

Er führt erstens zu einer Rationalisierung des richterlichen Prüfungsumfangs, weil die Kontrolle einem klar strukturierten Aufbau folgt, der Gerichte diszipliniert und ihre Argumentation verallgemeinerungsfähigen methodischen Standards unterwirft. Die gerichtliche Kontrolle wird berechenbar. In der Prüfungsstruktur erhalten verschiedene Belange ihren Platz zugewiesen: Zunächst kann prototypisch zwischen Belangen unterschieden werden, die stärker Tatsachen und solchen, die stärker Rechtsfragen betreffen. Auf der Ebene der Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit lassen sich normative Rechtsfragen abhandeln, während

⁶⁷ Vgl. aber etwa *Andreas v. Arnould*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, 276–280.

⁶⁸ In Anspielung an die Theorien mittlerer Reichweite (middle range theories) von *Robert K. Merton*, *Social Theory and Social Practice*, 1949. Vgl. zu diesem Theorierahmen schon *Oliver Lepsius*, The Quest for Middle-Range Theories in German Public Law, in: I-CON, International Journal of Constitutional Law 12 (2014), 692–709; *ders.*, Relationen auf mittlerer Ebene. Zu Stellung und Auftrag der Rechtsphilosophie im öffentlichen Recht, in: K. Kühl (Hrsg.), *Zur Kompetenz der Rechtsphilosophie in Rechtsfragen*, 2011, 21–30.

die beiden vorgelagerten Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit kaum ohne die Einbeziehung von Tatsachen geprüft werden können. Innerhalb der dort verhandelten Fragen mit Tatsachenbezug lassen sich wiederum solche eher empirischer Natur (Geeignetheit) und solche eher prognostischer Natur (Erforderlichkeit) unterscheiden.

Der Prüfungsaufbau führt überdies zu einer abschichtenden Strukturierung der dogmatischen von den politischen Aspekten des Falles. Mit ihm können die eher juristisch-technischen Ebenen von den stärker politisch überwölbten Fragen entzerrt werden: Als „unpolitische“ Rationalitätsfrage stellt sich die Geeignetheit dar. Sie wird sich in der Regel in einem Abgleich der empirisch erhebbareren Tatsachen erledigen, um festzustellen, dass das ausgewählte Mittel das Ziel zumindest fördern kann. Anders gesprochen: Auf dieser Prüfungsstufe wird ein Übergriff auf die politischen Spielräume anderer Verfassungsorgane selten zu befürchten sein. Bei der Erforderlichkeitsprüfung ist die Berücksichtigung der Bewertungen des Normerzeugers hingegen unerlässlich. Diese Prüfungsstufe kann das Gericht in vielen Fällen kaum noch autonom beurteilen, weil es, gerade bei prognostischen Regelungen, von Annahmen und Bewertungen des Normerzeugers abhängt, um beurteilen zu können, ob es gleich geeignete aber mildere Mittel gibt. Insofern greift diese Prüfungsstufe in den Entscheidungsspielraum politischer Organe über, weswegen bereits hier die institutionelle Vorrangregel eingreifen kann („Prognosespielraum des Gesetzgebers“). Auf der Angemessenheitsstufe schließlich lassen sich politische Werturteilskonflikte zur rein normativen Grundrechtsfrage erklären und damit wieder juridifizieren. Auf dieser Prüfungsstufe ist der potentielle Übergriff auf den Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum des Normerzeugers am größten und dementsprechend die Problematik der „*countermajoritarian difficulty*“ am ausgeprägtesten. Obwohl bei der Angemessenheitsprüfung der institutionelle Konflikt zwischen den Gewalten am schärfsten zu sein verspricht, lässt sich die Frage hier jedoch als eine rein normwissenschaftliche behandeln: Es geht um den Abgleich von Rechtsgütern (desjenigen, in das das Mittel eingreift mit demjenigen, das durch den Zweck der Norm gefördert werden soll), und Rechtsgüterfragen präsentieren sich als normative Fragen wie selbstverständlich als genuin juristische Fragen. Mit anderen Worten: Auf dieser Prüfungsstufe lassen sich politisch erhebliche Aspekte der Falllösung zu einer verfassungsakzessorischen juristischen Prüfung umformen.

Mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lässt sich schließlich die Prüfung auch interdisziplinär absichten: Auf der Geeignetheitsstufe spielen Tatsachen tendenziell die größte Rolle. Über Tatsachen können Juristen nicht autonom befinden; hier ist folglich der potentielle Einfluss anderer Disziplinen über die Tatsachenerkenntnis am größten. Bei der Erforderlichkeitsprüfung schwindet der interdisziplinär zugängliche Entscheidungsbereich, weil die Tatsachendimension ins Hypothetische gezogen werden muss (alternative Szenarien, Prognosespielräume) und überdies die Beurteilungsspielräume der Normerzeuger relevant werden. Auf der letzten Prüfungsstufe ist epistemologisch kaum noch Platz für interdisziplinäre Erträge, soll die Diskussion von Rechtsgüterfragen im Verfassungsvollzug eine juristische (konkret: verfassungsrichterliche) Aufgabe bleiben.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erbringt daher eine dreifache Strukturierung der potentiell relevanten Entscheidungsaspekte: Er sortiert Tatsachenbezüge und Rechtsfragen; er strukturiert juristisch-dogmatische und politisch-institutionelle Aspekte und er schichtet den interdisziplinär zugänglichen vom autonom juristischen Entscheidungsbereich ab. Diverse Aspekte eines Falles lassen sich sortieren, was der Klarheit und Sachlichkeit dient. Auch wenn sich natürlich die drei Prüfungsstufen zueinander nicht trennscharf verhalten, so darf doch der rationalisierende Effekt, wo z. B. die politisch-gestaltenden und einschätzenden Aspekte aufgeworfen und mit welchen anderen Aspekten sie abgeglichen werden, nicht unterschätzt werden. Ohne eine solche Strukturierung wäre die gesamte Begründung grundrechtlicher Entscheidungen latent politisch. Mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gelingt es hingegen, die Begründung als einen rationalen, strukturiert vorgehenden Entscheidungsprozess darzustellen,⁶⁹ bei dem das Ergebnis einerseits plausibilisiert wird, der andererseits aber gerade dem erkennenden Gericht genügend eigene Freiräume belässt. Die rationalisierende und versachlichende Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes pflegt auch von den Richterinnen und Richtern in Karlsruhe hervorgehoben zu werden,⁷⁰ bisweilen auch mit der Aussage, in Karlsruhe zählten nur die juristischen Argumente und man dringe im Senat nicht durch, wenn man politisch argumentiere.⁷¹

2. Rationalisierung der Gesetzgebung

Zweitens verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dem Gesetzgeber Begründungslasten ab, die zu mehr Rationalität bei der Gesetzgebung führen sollen. Denn durch das Prüfprogramm der Verhältnismäßigkeit wird der Gesetzgeber angehalten, sich über das Ziel der Regelung präzise Gedanken zu machen, damit seine Mittelauswahl die verfassungsgerichtliche Kontrolle besteht. Die nach-

⁶⁹ Zur Herstellung einer Begründung siehe *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung – selbst in der Anwendung von Recht, in: A. Scherzberg (Hrsg.), *Kluges Entscheiden*, 2006, 3–25 (insbes. 9, 14).

⁷⁰ Siehe die diversen Einschätzungen der Senatsberatungen, die *Uwe Kranenpohl* referiert, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, 2010, 162 ff.; ders., Was macht eigentlich Karlsruhe? Die Entscheidungsfindung des BVerfG aus sozialwissenschaftlich-empirischer Perspektive, in: M. Wrase/C. Boulanger (Hrsg.), *Die Politik des Verfassungsrechts*, 2013, 167 (175–178); *Gertrude Lübke-Wolff*, Die Beratungskultur des Bundesverfassungsgerichts, *EuGRZ* 2014, 509–512; siehe auch *Winfried Hassemer*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: ders., *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, 2007, 119 (144–151); *Hoffmann-Riem*, *Klugheit* (Fn. 69), 14–17 („in der Qualität beglückende Diskurskultur“ – freilich bezogen auf den Diskurs im Senat insgesamt).

⁷¹ In diesem Sinne äußern sich Karlsruher Senatsmitglieder regelmäßig. Vgl. *Alexandra Kemmerer*, Von der unvermeidlichen Politik und der vermeidbaren Politisierung, www.verfassungsblog.de 23.12.2011. Siehe auch *Dieter Grimm*, Politik und Recht, in: FS Ernst Benda, 1995, 91 ff., auch in: ders., *Die Verfassung und die Politik*, 2001, 13 (26–29). Zur politischen Funktion hingegen explizit: *Rudolf Wassermann*, Der politische Richter, 1972, 17; *Jutta Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor, 1995 sowie: Das letzte Wort. Präsidentin Jutta Limbach über die politische Macht des BVerfG, *Der Spiegel*, Heft 40 v. 01.10.2001 (www.spiegel.de).