

**Alexander Tischbirek: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Methodenmigration zwischen öffentlichem und Privatrecht (= Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht, Bd. 35), Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2017, 239 S.**

Rezensiert von  
Helmut Goerlich, Leipzig

Die bei Christoph Möllers entstandene Berliner Dissertation ist offenbar ein Erfolg, erscheint sie doch nach drei Jahren in einer günstigeren Ausgabe als Broschur. Sie befasst sich nicht mit Zwecken, die Mittel heiligen, sondern mit der kritischen Prüfung dazu, welche Zwecke welche Mittel erlauben und welchen Maßstäben die Mittel zu genügen haben, wobei sich Mittel auch deshalb als untauglich erweisen können, weil sie gegen Gleichheitspostulate verstoßen, mithin aus diesem Grund nicht statthaft sind. Der dahinterstehende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist inzwischen weltweit in vielen Rechtsordnungen in der einen oder anderen Weise anzutreffen, so unterschiedlich er also auch jeweils gestaltet sein mag. Und innerhalb des deutschen Rechts ist er auf verschiedenen Gebieten zu finden, wiederum in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen und also keineswegs als ein allgemeineres universales Prinzip, das allenthalben gleichen Anforderungen zu genügen hätte.

Diese Dissertation befasst sich mit dem deutschen Ausschnitt des Phänomens. Sie leistet dabei Pionierarbeit, indem sie die

Migration von einschlägigen Rechtsfiguren durch verschiedene deutsche Rechtsgebiete nachzeichnet und zugleich ihre Verbindlichkeit dadurch festigt. Der Weg führt von Ursprüngen im Polizeirecht über das Notstandsrecht des bürgerlichen Rechts, also des Zivilrechts unter Privaten, ins regionale, nämlich das bayerische, und alsbald in das nationale Verfassungsrecht, dann sowohl ins Arbeitskampfrecht als auch in das Individualarbeitsrecht sowie schließlich ins Recht der Europäischen Union – und zwar dort im Bereich der Interpretation der Marktfreiheiten sowie von gleichheitsrechtlichen Konfliktlagen – und von dort her zurück ins nationale Recht – unbeschadet eigener Entwicklungslinien im Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention, die als regionales Völkerrecht gilt, hier indes nicht behandelt wird. Der Rückweg vom Recht der Union ins nationale Recht zeigt sich auch in Teilgebieten des Privatrechts, etwa im Antidiskriminierungsrecht und im Immaterialgüterrecht.

Ins allgemeine Bewusstsein der Öffentlichkeit ist die rechtlich orientierte Rede von „Verhältnismäßigkeit“ durch die Corona-Krise geraten. Die Wendung ist darum aber kaum verständlicher geworden, wird sie doch oft nur in den Mund genommen, ohne ihren Gehalt zu erläutern. Umso wichtiger sind aber gerade deshalb solche „Migrationsforschungen“ zu Rechtsfiguren eben der Verhältnismäßigkeit, wie sie an ganz unterschiedlichen Plätzen oder Stellen auftauchen. Dabei ist der Aufbau der Schrift recht einfach gehalten. Sie gliedert sich in drei Hauptteile, nämlich nach den empirischen Grundlagen zu den Migrationslinien der Figur einem zweiten zur Verhältnismäßigkeitsprüfung von den

Paradigmen des Privatrechts sowie einem letzten zu deren Rolle in der Gesetzesbindung, der jedenfalls hoheitliches Handeln im demokratischen Rechtsstaat stets unterworfen ist.

Will man sich den Gehalt der Schrift veranschaulichen, so sind Fallbeispiele dazu geeignet. Erst dann kann man die Frage fundiert beantworten, ob und in welcher Weise sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf dem Wege seines offenbar unaufhaltsamen Spazierganges durch das Recht verändert. Ist dies deutlich, so lässt sich auch beurteilen, wie solche Wandlungen zu bewerten sind und ob sie hinreichend begründet werden. Ein derartiges Programm verfolgt die Untersuchung. Sie dient so einem aufklärerisch-empirischen Ziel und darüber hinaus nimmt sie in methodisch geschulter Sorgfalt in Anspruch, die auftretenden Rechtsveränderungen nicht nur bewusst, transparent und einleuchtend zu machen, sondern auch einer wissenschaftlichen Kontrolle zuzuführen. Auch dieses weitere Programm verfolgt sie in einer zugänglichen Sprache, manchmal salopp formuliert und stets distanziert von einer reflektierten, über die bloße rechtliche Betrachtung hinausreichenden Sicht aus, so dass der Leser nicht in der Fülle des Stoffes der Rechtsfälle untergeht.

Im Polizeirecht war es erst die Rechtsprechung, die die Erforderlichkeit von „Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahren“ – so die Formulierungen des allgemeinen preußischen Landrechts von 1794 – zum Bestandteil der rechtlichen Überprüfung machte. Sie wurde in Sachsen dann als Teil der Verhältnismä-

ßigkeitsprüfung verstanden. Daher wurde zunächst geprüft, ob der in Rede stehende Eingriff den abstrakten gesetzlichen Anforderungen genügt, also einem legitimen Ziel dient. Daraus entwickelten sich die Kriterien der Geeignetheit und Erforderlichkeit für den Einzelfall. Das ermöglicht eine freiheitsschonende Kasuistik von Fall zu Fall. Das führt zweitens auch zur Prüfung der polizeilichen Instrumente, die eingesetzt werden. Im modernen Staat sichert diese Prüfungstechnik zugleich die Anbindung an die demokratische Gesetzgebung, an den rechtsstaatlichen Charakter dieser Bindung und damit auch an die funktionsgerechte Ordnung der Befugnisse. Im Privatrecht manifestiert sich dieses Konzept, indem sein Notstandsrecht die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache zur Abwehr einer von ihr ausgehenden Gefahr erlaubt, was ihr Eigentümer hinzunehmen hat. Im Verfassungsrecht vollzieht sich dann eine Methodenmigration, die später auch über die Fächergrenzen hinausgreift. Hier wurde 1948 in einem bayerischen Fall die Notwendigkeit eines Zugriffs auf Eigentum zum Zwecke der Beseitigung eines öffentlichen Notstands als Teil der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingesetzt und ausdrücklich so verstanden sowie als Teil des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit der Landesverfassung gesehen. Diese Verfassung macht in einem anderen Satz wiederum die Erforderlichkeit zum Kriterium der Zulässigkeit der Beschränkung von Grundrechten, etwa im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der Sittlichkeit, Gesundheit und Wohlfahrt – was zumal in Pandemien eine Rolle spielen kann. Das führt schließlich zu der vierstufigen – klassischen – Prüfung von der Legitimität des

Zwecks über die Geeignetheit der gewählten Mittel, um diesen Zweck zu erreichen, dann deren Erforderlichkeit mit ihrem strengen Blick darauf, ob etwa gleichermaßen geeignete, jedoch mildere Mittel zur Verfügung stehen, und abschließend der Angemessenheitsprüfung. Der bayerische Verfassungsgerichtshof war es auch, der 1949 zuerst ein Gesetz einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzog – etwas, was später das Bundesverfassungsgericht nach Aufnahme seiner Spruchfähigkeit oft tat und stetig verfeinert. Auch wissenschaftliche Autoren traten dem bei. Karlsruhe setzte die Prüfungstechnik sowohl im öffentlichen Recht als auch unter Privaten ein, letzteres soweit Grundrechte ins Spiel des zu entscheidenden Falls kamen, die auch die Beziehung unter Privaten prägen können. Dies gilt etwa für die Meinungsfreiheit, sofern jemand zu Lasten eines Dritten, also etwa eines Künstlers, zum Boykott von dessen Werken aufruft. Dabei musste der normative Vorgang dieses Grundrechtsgepräges rechtlich verständlich gefasst werden. Das geschah mit Hilfe von Abwägungen verschiedener involvierter Rechtsgüter oder Rechte, indem sie in ein fallorientiertes Verhältnis zueinander gesetzt wurden. Auch die Generalklauseln des Zivilrechts, also etwa das Sittengesetz, Treu und Glauben oder ähnliche Stichworte dieser Generalklauseln, halfen dabei. Schließlich ergänzte man das Modell um ein Übermaß- und ein Untermaßverbot, soweit es um den Schutz von Rechten ging. Auch dabei half die Wissenschaft, an erster Stelle Peter Lerche in einer seiner Qualifikationsschriften. Ins Arbeitsrecht fand die Verhältnismäßigkeit ebenfalls Eingang, hier vor allem im Verhältnis von Kampfmaßnahmen wie Streik und Aus-

sperrung, aber auch beim Kündigungsschutz zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers. Auch das greift die Schrift auf und integriert es in ihre Untersuchung. Das Recht der Europäischen Union erfuhr eine eigene, aber doch auch ähnliche Bereicherung durch Verhältnismäßigkeitsmaximen, die dann insbesondere den Schutz vor Diskriminierung prägten und von da aus strikt in das nationale Recht zurückkehrten.

Auf die Konstitutionalisierung folgte also eine Europäisierung, die wiederum die Konstitutionalisierung beeinflusste, aber zugleich auch eine umfassende Privatrechtsprägung ergab. Sie spiegelt sich auch vor den Paradigmen des Privatrechts so, wie dieses sich heute von solchen migrierenden Maximen nicht mehr freihalten kann. Hier treffen sie zugleich auf ein ausgeklügeltes System mit eigener Tradition, das heute aber auch einem System der Interessenjurisprudenz gerecht werden muss. Die Orientierung an Interessen erleichtert die Migration ins Privatrecht. Sie stößt aber auch auf die Privatautonomie, die ihrerseits in verhältnismäßiger Weise geschont werden muss. Das führt zu Geboten des Ausgleichs und der Konkordanz, die auch im öffentlichen Recht beheimatet sind. Zudem dürfen die Gerichte ihrerseits sich nicht überschätzen, indem sie sich auf das dünne Eis der eigenen Entscheidungsmacht zur Ordnung solcher Rechtsbeziehungen begeben, ohne Rücksicht auf ihre Bindung an das Gesetz zu nehmen.

Daher ergibt sich zwingend, einen letzten Teil zu Gesetzesbindung und Verhältnismäßigkeitsprüfung anzufügen, der sich dagegen wendet, dass sich die Judikative auch in Fällen, in denen das betreffende Gesetz der Exekutive und damit auch der

dritten Gewalt kein Ermessensspielraum einräumt, freischwimmt von ihren demokratisch-rechtsstaatlichen Bindungen, die sie im Hafen der Verfassung halten. Dazu besteht Anlass, da es Entscheidungen gibt, die diesen Rahmen verlassen, indem sie vermeiden, das Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen und deshalb dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen, dieses Gesetz vielmehr selbst durch eine Ergänzung mit Hilfe von Verhältnismäßigkeitsmaximen in ihrem Sinne aufbessern. Dazu sind sie nicht befugt. Diese Fälle sind zur gleichen Zeit in einer weiteren Dissertation in Berlin untersucht worden, auf die zu verweisen ist.<sup>1</sup>

Das Ende vom Lied mag sein, dass auch der fulminante Siegeszug durch das Recht einer Rechtsfigur nicht die Macht verschafft, sich an die Stelle der geschriebenen Verfassung zu setzen und das Regime

des Rechts schlechthin zu übernehmen. Es gibt keine Maßstäbe, die verselbstständigt in dieser Weise wirken. Das zeigt diese Untersuchung in exemplarischer Weise und auf mustergültige Art, gerade auch in ihrem souveränen Umgang mit dem Stoff und dem einzelnen Fall, wie er etwa durch ein Bundesgericht zu entscheiden war. Für verständige Laien erscheint sie in ihrer Grundstruktur zugänglich, weshalb sie auch dazu dienen kann, in Zeiten, die besondere Rücksicht und Solidarität erfordern, selbst rigorose Regelungen des Rechts verständlicher zu machen.

#### Anmerkung

- 1 L. Pappert, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen*, Baden-Baden 2020. Diese Dissertation konzentriert sich auf die rechtsdogmatischen und verfahrensrechtlichen Fragen ihres Themas.