

## ABHANDLUNGEN

## Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis

Von Prof. Dr. Ingo Kraft, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Ansbach/Leipzig

Der Beitrag ist die überarbeitete Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 27. 10. 2006 auf der Tagung der Vereinigung Deutscher, Italienischer und Französischer Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen – VERDIF – zum Thema „Verhältnismäßigkeit“ in Nürnberg gehalten hat. Er gibt einen kurzen Abriss zu den Wurzeln des Übermaßverbots und dessen Entwicklung in der deutschen Rechtstradition. Die Vortragsform wurde beibehalten; die schriftliche Ausarbeitung wurde lediglich um weiterführende Nachweise ergänzt.

### I. Einführung an einem praktischen Fall

Der Kläger parkt sein Auto an einer belebten Innenstadtstraße vor einer Grundstücksausfahrt und schaltet die Warnblinkanlage an. Der Inhaber der „zugeparkten Ausfahrt“ will wegfahren und verständigt die Polizei, die ein Abschleppunternehmen beauftragt. Nach Eintreffen des Abschleppfahrzeugs eilt der Kläger aus einem nahe gelegenen Café herbei und entfernt sein Fahrzeug selbst.

Den Bußgeldbescheid wegen Falschparkens in Höhe von 50,- Euro akzeptiert er, klagt jedoch gegen den Kostenbescheid der Polizei in Höhe von 150,- Euro, mit dem diese ihren Verwaltungsaufwand und die Kosten der Abschleppfirma geltend macht. Der Kläger rügt, die Polizei hätte nach ihm in der Umgebung suchen müssen; das hätte auch nicht mehr Zeit in Anspruch genommen als bis zum Eintreffen des Abschleppfahrzeugs verstrichen sei. Die sofort eingeleitete Abschleppmaßnahme sei mangels Erforderlichkeit unverhältnismäßig gewesen und deshalb rechtswidrig<sup>1</sup>.

Ein typischer polizeirechtlicher Fall aus der verwaltungsgerichtlichen Praxis. Die Verwaltungsgerichte prüfen den Kostenbescheid für die Abschleppmaßnahme, die keine Sanktion darstellt, sondern präventiv die eingetretene Behinderung des „zugeparkten“ Verkehrsteilnehmers beenden soll. Bei der Prüfung des Kostenbescheids wird inzident auch die Rechtmäßigkeit der Abschleppanordnung untersucht; denn Verwaltungskosten können nur für rechtmäßige behördliche Maßnahmen verlangt werden<sup>2</sup>. Die Prüfung der Abschleppanordnung ergibt, dass eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne vorlag, weil u. a. das Besitzrecht des Grundstückseigentümers behindert wurde und damit eine Störung eines geschützten Rechtsguts vorlag. Hat die Polizei – worauf sich die verwaltungsgerichtliche Prüfung gemäß § 114 Satz 1 VwGO erstreckt – das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäß ausgeübt (Art. 5 Abs. 1 PAG) oder hat sie mit der sofort eingeleiteten Abschleppmaßnahme ermessensfehlerhaft gehandelt?

Maßstab ist

Art. 4 BayPAG – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

(1) Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen hat die Po-

lizei diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt.

(2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

Art. 4 des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes ist ein Beispiel für eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Aber auch ohne diese explizite Kodifizierung herrscht Einigkeit in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, dass das Gebot verhältnismäßigen staatlichen Handelns mittlerweile umfassend Geltung beansprucht. Es ist vom (Verwaltungs-) Richter auch ohne Rüge von Amts wegen zu prüfen; denn für rechtliche Maßstäbe gilt in allen deutschen Prozessordnungen: „iura novit curia“.

Im Folgenden möchte ich kurz auf die Wurzeln dieses Gedankens eingehen und seine Entwicklung in der deutschen Rechtstradition beleuchten.

### II. Wurzeln und Entwicklung

Als Wurzeln des Verhältnismäßigkeitsprinzips<sup>3</sup> hat die Rechtswissenschaft im Wesentlichen zwei römisch-rechtliche Ausprägungen des Gerechtigkeitsgedankens sowie ein später dazugetretenes Postulat der Aufklärung ausgemacht<sup>4</sup>:

– Die vergeltende Gerechtigkeit im Sinne proportionaler Tatvergeltung (iustitia vindicativa), die heute noch im Strafrecht im Gebot schuldangemessener Strafzumessung zum Ausdruck

<sup>1</sup> Vgl. dazu BayVGH, Beschl. v. 22. 1. 2005 Az. 24 ZB 05.2741; Urt. v. 22. 2. 2001 Az. 24 B 99.3318; BVerwG, Beschl. v. 6. 7. 1983 7 B 182.82, BayVBl. 1983, 632: Grundsätzlich keine Pflicht zu Nachforschungen nach dem Halter.

<sup>2</sup> BayVGH, Beschl. v. 23. 5. 1984 Az. 21 B 83 A.2525, BayVBl. 1984, 630.

<sup>3</sup> Zum Folgenden ausführlich: Stern, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 165/167 ff.; Remmert, Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, 1995, passim.

<sup>4</sup> Wieacker, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: Festschrift für Fischer, 1979, S. 867/874 f.

kommt (§ 46 Abs. 2 Satz 1 StGB: Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab).

- Die Facette der zuteilenden Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*), die nicht jedem das absolut Gleiche, sondern das *Seine* (*sum cuique tribuere*) gewähren will.
- Neben diese römisch-rechtlichen Wurzeln tritt der vornehmlich in der Aufklärung entwickelte Vernunftgedanke. Schon 1791 formulierte der preußische Reformier *Karl Gottlieb Svarez* (1746 – 1798), Obertribunalrat und Oberjustizrat im preußischen Justizministerium, als ersten Grundsatz des öffentlichen Staatsrechts, „dass der Staat die Freiheit der Einzelnen nur so weit einzuschränken berechtigt ist, als es notwendig sei, damit die Freiheit und Sicherheit aller bestehen könne“. Gleichzeitig „müsse der Schaden, welcher durch die Einschränkung der Freiheit abgewendet werden solle, bei weitem erheblicher sein als der Nachteil, welchen das Ganze oder auch die Einzelnen durch eine solche Einschränkung leiden“<sup>5</sup>.

### 1. Ausgangspunkt: Bindung der Verwaltung an die Erforderlichkeit

Die Begrenzung des Verwaltungshandelns auf das erforderliche Maß fand Eingang in die Gesetzgebung. Die polizeiliche General Klausel des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten aus dem Jahr 1794 aus der Feder von *Svarez* lautet:

§ 10 II 17 ALR

Die *nöthigen* Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizey.

Das Preußische Oberverwaltungsgericht hat die Notwendigkeit als rechtliche Schranke der Erforderlichkeit behördlicher Maßnahmen entfaltet<sup>6</sup>. In der Rechtswissenschaft fand das Gebot der Verhältnismäßigkeit polizeilichen Handelns positive Resonanz<sup>7</sup>, auch wenn unter dieser Bezeichnung nur das mildeste Mittel (Notwendigkeit, Erforderlichkeit) gesucht wurde<sup>8</sup>. *Otto Mayer* (1846 – 1924), Professor in Straßburg und – ausgehend vom französischen Verwaltungsrecht – Wegbereiter der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, stellte dessen verbindlichen Charakter als Rechtsschranke heraus<sup>9</sup>. Diese wurde in der Folgezeit als Rechtsprinzip anerkannt; sie durchdrang vom Polizeirecht her nach und nach das gesamte Verwaltungsrecht und löste sich von der Notwendigkeit ausdrücklicher Normierung ab. Es erscheint nicht verwunderlich, dass das Übermaßverbot zuerst in den Teilbereichen des Staat-Bürger-Verhältnisses mit besonders hoher Eingriffsintensität wie dem Polizeirecht und der Verwaltungsvollstreckung entwickelt wurde. Hier tritt die Ausübung staatlicher Gewalt dem Einzelnen gegenüber am intensivsten in Erscheinung und vielfach fällt die Anordnung einer Maßnahme mit ihrer Durchsetzung zeitlich zusammen, sodass der Begriff „staatliche Gewalt“ durchaus nicht nur im übertragenen Sinne gemeint ist.

### 2. Fortentwicklung: Bindung auch der Gesetzgebung, Zweck-Mittel-Relation

Ging es bisher um das an die Verwaltung adressierte Übermaßverbot beim Normvollzug als Kontrollmaßstab der Verwaltungsgerichte, erreichte das Verhältnismäßigkeitsprinzip unter dem Grundgesetz die verfassungsrechtliche Ebene und wurde zum Maßstab verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle von Akten der Gesetzgebung<sup>10</sup>.

#### a) Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

Erste Impulse gingen von der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs unter Bezugnahme auf Art. 98 der Bayerischen Verfassung vom 2. 12. 1946 aus:

Art. 98 BV – Einschränkung von Grundrechten

<sup>1</sup>Die durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechte dürfen grundsätzlich nicht eingeschränkt werden. <sup>2</sup>Einschränkungen durch Gesetz sind nur zulässig, wenn die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit und Wohlfahrt es zwingend erfordern. <sup>3</sup>... <sup>4</sup>Der Verfassungsgerichtshof hat Gesetze und Verordnungen für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht verfassungswidrig einschränken.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof führte in seiner Entscheidung vom 27. 11. 1948 zum Verwaltungsvollzug des in Bayern als Landesrecht weiter geltenden Reichsleistungsgesetzes, demzufolge der Staat zur Behebung öffentlicher Notstände auf das Eigentum seiner Bürger zugreifen konnte (hier: Inanspruchnahme eines Motorrads), aus<sup>11</sup>:

Gemäß dem in Art. 98 Satz 2 BV ausgesprochenen Grundgedanken muss der Eingriff in die Privatrechtsphäre zur Beseitigung des öffentlichen Notstands *notwendig* sein. Er [= der Notstand] darf mit den eigenen Mitteln der Verwaltung oder auf andere Weise nicht behebbar sein. Er [= der Eingriff] muss gegenüber dem Nichthandeln der Behörde das „kleinere Übel“ darstellen. Bei seiner Durchführung ist der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ zu beachten.

Damit wurde erstmalig neben der Erforderlichkeit auf eine Zweck-Mittel-Relation abgestellt. In seiner Entscheidung vom 17. 8. 1949 erklärte der Verfassungsgerichtshof unter Bezugnahme auf die gerade zitierte Passage das Gesetz über das Nutzungsrecht für Wohnungsbeschlagnahmen für nichtig. Nach den Entscheidungsgründen<sup>12</sup>

„... war nicht zu erkennen, dass die Regelungen im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit oder Wohlfahrt erforderlich waren; ... könne ferner nicht als zwingend gebotene Regelung angesehen werden. ... Maßgebend muss vielmehr der Grundsatz der ‚Verhältnismäßigkeit‘ sein“.

Das dürfte die erste Entscheidung sein, in der von einem Gericht unter tragender Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein formelles Parlamentsgesetz für nichtig erklärt worden ist. Damit wurde deutlich, dass nunmehr auch der Gesetzgeber den Bindungen des Übermaßverbots unterworfen war.

#### b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der letzte Schritt verfassungsrechtlicher Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus der Ebene des einfachen Rechts sowie des Landesverfassungsrechts in die Sphäre des Grundgesetzes war selbstverständlich dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten. Ein erster Hinweis findet sich an ganz ungewöhnlicher Stelle: Das Urteil vom 23. 10. 1952, mit dem eine politische Partei vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig erkannt und aufgelöst wurde, enthält ganz am Ende zu den Entscheidungswirkungen folgende Passage<sup>13</sup>:

5 *Conrad/Kleinheyer* (Hrsg.), Vorträge über Recht und Staat von C.G. Svarez, 1960, S. 486 f. Dazu *H. Schneider*, Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: Festgabe 25 Jahre BVerfG, 1976, Bd. II, S. 390/393 ff.; *Remmert* (Fußn. 3), S. 15, 27 f., 33 ff.

6 *PrOVG*, Urt. v. 10. 4. 1886 Az. Rep. I.C. 155/85, *PrOVGE* 13, 424/425 f. – Angedrohte Schließung eines allgemeinen Geschäftslokals wegen unbefugten Spirituosenhandels als „... weit über das erstrebte Ziel hinausgehendes Vorgehen“; Urt. v. 18. 12. 1896 Az. Rep. I. B. 49/96, *PrOVGE* 31, 409/410; Urt. v. 21. 9. 1903 Az. Rep. III.B. 28/03, *PrOVGE* 44, 342/343 – Generelle Herabsetzung der Polizeistunde für jeden Abend anlässlich einmaliger Ausschreitungen in einer Versammlung „... nicht gerechtfertigt.“; Urt. v. 3. 10. 1907 Az. Rep. III. B. 139/06, *PrOVGE* 51, 313.

7 *v. Berg*, Handbuch des Deutschen Polizeirechts, 2. Aufl. 1802, S. 89 f.

8 So die überzeugende historische Analyse von *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 2 ff.

9 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 1. Aufl. 1895, S. 267.

10 Grundlegend nach wie vor die dogmatische Aufarbeitung von *Lerche*, Übermaßverbot und Verfassungsrecht, 1961, passim.

11 *BayVerfGH*, Entsch. v. 27. 11. 1948 Vf. 6-VI-47, *VerfGH* n. F. 1, 81/91.

12 *BayVerfGH*, Entsch. v. 17. 8. 1949 Vf. 82-VII-48, *VerfGH* n. F. 2, 72/81 f.

13 *BVerfG*, Urt. v. 23. 10. 1952 1 BvB 1/51, *BVerfGE* 2, 1/78 f. – Verbot der Sozialistischen Reichspartei.

„6. Die Wirkung des Urteils tritt mit der Verkündung ein. Die Polizeibehörden haben alle dem Vollzug des Urteils dienenden Maßnahmen zu treffen, ohne durch andere als allgemein gültige rechtsstaatliche Regeln, wie z. B. die von der Angemessenheit des Mittels zur polizeilichen Durchsetzung angeordneter Maßnahmen, gehindert zu sein“.

Die Bindung auch des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich erstmalig aus der Entscheidung vom 3. 6. 1954. Dort findet sich die Sentenz<sup>14</sup>:

„Die Voraussetzung, die der Gesetzgeber ... aufstellt, ist ein geeignetes Mittel, diesem Zweck zu dienen. Sie überschreitet auch nicht die Grenzen, die durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel gezogen sind. Innerhalb dieser Grenzen aber ist der Gesetzgeber mangels einschlägiger besonderer Bestimmungen der Verfassung frei“.

Schließlich erfolgte die Verankerung im Rechtsstaatsprinzip sowie in den Grundrechten, als das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zur Möglichkeit der Haftverschonung bei Untersuchungshaft ausführte<sup>15</sup>:

„In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist“.

### c) Motive für die verfassungsrechtliche Verortung

Motiv für den Aufstieg des Verhältnismäßigkeitsprinzips aus dem einfachen in das Verfassungsrecht und dessen Verortung in dem unabänderlichen, der „Ewigkeitsgarantie“ (Art. 79 Abs. 3 GG) unterliegenden Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie den Grundrechten waren sicher die den damaligen Verfassungsrichtern aus eigener Anschauung noch unmittelbar vor Augen stehenden Gräueltaten der NS-Zeit. Die jüngere deutsche Vergangenheit hatte bereits den Parlamentarischen Rat bei der Formulierung des Grundgesetzes zu Brüchen mit der Weimarer Verfassungs tradition veranlasst: Der Gesetzgeber wurde ausdrücklich an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG) und erstmalig in der deutschen Verfassungsgeschichte wird die Bindung aller drei Gewalten an die Grundrechte „als unmittelbar geltendes Recht“ (Art. 1 Abs. 3 GG) explizit ausgesprochen. Die Grundrechte sind – anders als noch im Verständnis in der Weimarer Reichsverfassung – nicht mehr ausfüllungsbedürftig, sondern gelten aus sich selbst heraus; die ihnen vom Parlamentarischen Rat zugemessene Bedeutung zeigt sich auch an dem ihnen zugewiesenen Standort in der Verfassung unmittelbar am Beginn (Art. 1 – 19 GG). Die aus der jüngeren deutschen Vergangenheit motivierte Botschaft ist deutlich: Bevor der Staat konstituiert wird, sind seine Schranken bereits errichtet.

Nach deutschem Grundrechtsverständnis fallen nahezu alle Bereiche des Handelns eines Individuums in den Schutzbereich eines Grundrechts. Findet sich mit Blick auf eine staatliche Maßnahme wie z. B. das naturschutzrechtlich motivierte Verbot des Reitens in einem bestimmten Waldstück kein spezielles Grundrecht, greift die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) als subsidiäres Auffanggrundrecht<sup>16</sup>. Die meisten Freiheitsrechte unterliegen speziellen Gesetzesvorbehalten, aufgrund derer der Gesetzgeber zu Eingriffen in den Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts ermächtigt wird. Für bestimmte Grundrechte wie z. B. die Freizügigkeit, d. h. die freie Wahl des Aufenthaltsorts im Bundesgebiet (Art. 11 Abs. 1 GG), hat der Verfassungsgeber den Gesetzesvorbehalt als potenzielle Schranke des Grundrechts an besondere Regelungszwecke gebunden: So darf dieses Grundrecht nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes und nur für speziell aufgezählte Fallkonstellationen (z. B. Bekämpfung von Seuchengefahr und Naturkatastrophen) eingeschränkt werden.

Die Beschränkung der durch die Grundrechte verbrieften Freiheit der Bürger bedarf gemäß Art. 19 Abs. 1 GG eines Parlamentsgesetzes (bzw. einer betreffenden Verordnungsermächtigung), auf dessen Grundlage die Verwaltung dann im Einzelfall eingreifende Maßnahmen erlassen kann. Die Freiheit ist der Ausgangspunkt, ihre Einschränkung die begründungsbedürftige Ausnahme<sup>17</sup>; damit trägt der Staat die Last der Legitimation für Grundrechtseingriffe. „Unter dem Grundgesetz sind die Grundrechte vom Vorbehalt des Gesetzes zum Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes geworden. Vornehmlich in der Überprüfung der Gesetze auf ihre Verhältnismäßigkeit aktualisiert das Bundesverfassungsgericht die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte“<sup>18</sup>.

## III. Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Staat mit dem Grundrechtseingriff einen legitimen Zweck mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln verfolgt<sup>19</sup>. Die gerichtliche Kontrolldichte dieser vier Stufen unterscheidet sich je nachdem, ob ein Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit kontrolliert wird oder ein Vollzugsakt auf seine Rechtmäßigkeit; denn dem Gesetzgeber ist ein erheblicher weiterer Prognose-, Beurteilungs- und Wertungsspielraum zuzubilligen. Im Folgenden soll die Perspektive auf den für den Verwaltungsrichter relevanten Teilbereich der Verwaltungskontrolle beschränkt werden.

### 1. Legitimer Zweck

Die Legitimität des Zwecks der zu prüfenden Verwaltungsmaßnahme kann sich nur aus deren gesetzlicher Grundlage ergeben. Viele neuere Gesetze nennen ihren Zweck ausdrücklich an exponierter Stelle im Gesetzestext (z. B. § 1 BImSchG); ansonsten ist der Normzweck durch Auslegung unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien zu ermitteln.

Für unseren eingangs genannten Abschleppkostenfall stellt sich insoweit die Frage, ob die Polizei überhaupt zum Schutz der privaten Rechte (= Besitzrecht des Grundstückseigentümers) tätig werden durfte. Das wird durch Art. 2 Abs. 2 PAG für zulässig erklärt. Danach obliegt der Schutz privater Rechte der Polizei nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Das ist im vorliegenden Fall gegeben, sodass die Schranke der Subsidiarität problemlos überwunden wird.

<sup>14</sup> BVerfG, Urt. v. 3. 6. 1954 1 BvR 183/65, BVerfGE 3, 383/398 f. – Erfordernis eines Unterschriftenquorums kleinerer Parteien im nordrhein-westfälischen Wahlrecht.

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 1965 1 BvR 513/65, BVerfGE 19, 342/348 f.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 6. 6. 1989 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137 = BayVBl. 1990, 44 unter Rückgriff auf Urt. v. 16. 1. 1957 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32/36 ff. = BayVBl. 1957, 95 (nichtamtliche Leitsätze) – Elfes; BVerfG, Beschl. v. 23. 5. 1980 2 BvR 854/79, BVerfGE 54, 143/146 – Taubenfüttern.

<sup>17</sup> In diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis sieht v. Arnould „die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ in seinem gleichnamigen Beitrag in JZ 2000, 276/278 f. Zur Verortung der Grundsätze des Übermaßverbots in den Strukturen der Grundrechtsbeschränkungen bereits *Lerche* (Fußn. 10), S. 98 ff., 134 ff.

<sup>18</sup> *Schlink*, Die Amtshilfe, 1982, S. 105 im Zusammenhang mit der Darstellung der Überwindung des Schlusses von der Aufgabe auf die Befugnis.

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 4. 4. 2006 1 BvR 518/02, DVBl. 2006, 899/900 – Präventivpolizeiliche Rasterfahndung, mit Hinweis auf Urt. v. 3. 3. 2004 1 BvR 2378/98 u. a., BVerfGE 109, 279/335 – akustische Wohnraumüberwachung zur Strafverfolgung. Ansätze für die Prüfung der Legitimität des vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks finden sich bereits im Urt. v. 3. 6. 1954 1 BvR 183/54, BVerfGE 3, 383/398 f. – wahlrechtliches Unterschriftenquorum. Zur Entwicklung der Stufen und ihrer Kontrollmaßstäbe in der Rechtsprechung des BVerfG: *H. Schneider* (Fußn. 5), S. 390, 392, 397 ff.

## 2. Geeignetes Mittel

Die von der Verwaltung eingesetzten Mittel müssen für die Erfüllung des Zwecks geeignet sein. Die Prognose muss gerechtfertigt sein, dass das vorgesehene Mittel auch den angestrebten Zweck erreichen bzw. ihm förderlich sein wird<sup>20</sup>. Probleme treten hier gelegentlich bei umweltrechtlichen Fragestellungen auf, in denen nicht nur die Schadensverursachung bestimmter Phänomene (Waldsterben, Handystrahlung) naturwissenschaftlich umstritten ist, sondern auch die Tauglichkeit vorgesehener Instrumente (z. B. Fahrverbot für die örtliche Schadstoffminderung der Luft).

## 3. Erforderliches Mittel

Dieses Kriterium bildet den bereits erläuterten historischen Kern des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Es ist die älteste Schicht dieses Prinzips, um die herum sich die anderen Kriterien angeordnet haben. Gefragt wird danach, ob es weniger stark eingreifende und den Betroffenen weniger belastende Alternativen zu der vorgesehenen Maßnahme gibt. Dabei darf aber die Effektivität des vorgesehenen Mittels nicht auf der Strecke bleiben<sup>21</sup>.

Für unseren Fall kommt der Behörde zugute, dass eine Rechtsverletzung des ausfahrwilligen Grundstücksbesitzers bereits akut geworden ist. Zudem wird der Entscheidungsdruck, unter dem der Beamte vor Ort steht, im Polizeirecht in gewissem Umfang mit berücksichtigt. Die Polizei braucht sich bei der Unterbindung einer eingetretenen Störung nicht auf weniger effektiv erscheinende Alternativen verweisen zu lassen. Demzufolge muss vor Beauftragung der Abschleppfirma nicht nach dem Halter des störenden Fahrzeugs gesucht werden. Eine Benachrichtigung des Halters kommt nur in Frage, wenn dieser geradezu in greifbarer Nähe erscheint<sup>22</sup>; wer sich nicht in Ruf- oder Sichtweite seines Fahrzeugs aufhält, kann keine personal- und zeitaufwendigen Ermittlungen erwarten.

## 4. Angemessenes Mittel

Auf dieser letzten Stufe werden Zweck und Mittel zueinander in Beziehung gesetzt. Die Wertigkeit des Zwecks der Maßnahme darf nicht außer Verhältnis zu dem vorgesehenen Mittel stehen. Diese auch als Angemessenheit, Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bezeichnete Prüfung der Zweck-Mittel-Relation enthält von der Struktur her eine reine Wertung inkomensurabler Maßstäbe. Deshalb werden Bedenken von Stimmen aus der Rechtswissenschaft angemeldet, die befürchten, dass an dieser Stelle das individuelle Vorverständnis und die subjektiven Vorurteile des Prüfenden durchbrechen<sup>23</sup>. Dieser Einwand ist nicht von der Hand zu weisen und sollte als Aufforderung zu Sensibilität und richterlicher Zurückhaltung (judicial self-restraint) verstanden werden.

## IV. Exemplarische Ausprägungen

Die Rechtsprechung hat auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips für einzelne Grundrechte Typen von Fallgruppen herausgearbeitet, Prüfungssysteme entwickelt und bestimmte Phänomene des einfachen Rechts auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückgeführt.

Bestes Beispiel<sup>24</sup> dafür ist die Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts im Bereich des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). In dem grundlegenden Apotheken-Urteil vom 11. 6. 1958<sup>25</sup>, mit dem die Niederlassungsfreiheit der Apotheker in Deutschland erstritten wurde, kommt zwar das Wort „Verhältnismäßigkeit“ nicht vor, aber das Prinzip stand im Hintergrund. Pate bei der Systematisierung der Berufsregelungen und der Stufung der Eingriffsrechtfertigung:

- Für Berufsausübungsregelungen lässt das BVerfG jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls genügen.
- Die Aufstellung subjektiver Berufswahlanforderungen, d. h. von Qualifikationsanforderungen der Bewerber, ist nur zulässig zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter.

- Die Fixierung objektiver Bedingungen für die Berufszulassung, auf die der Bewerber keinen Einfluss hat (z. B. an der Versorgungsdichte orientierte Konzessionierung), erfordert das zwingende Gebotensein zur Abwehr höchstwahrscheinlicher Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter.

Im Rückblick hat das Gericht selbst diese Stufentheorie als Ergebnis strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bei den vom Gemeinwohl her gebotenen Eingriffen in die Berufsfreiheit angesehen<sup>26</sup>. Auch wenn die Rechtfertigungskriterien immer noch präzisierungsbedürftig sind, bieten abstufende Systematisierungen ein Stück mehr an Orientierung und damit Rechtssicherheit.

Interessant ist die Entwicklung im Ausländerrecht verlaufen: Die Rechtsprechung hat bei der Kontrolle des behördlichen Ausweisungsermessens (§ 10 AuslG 1965) anhand des Übermaßverbots Fallgruppen gebildet<sup>27</sup>. Der Gesetzgeber hat diesen Faden aufgenommen und ab dem Ausländergesetz 1990 zwischen näher geregelten Fällen der Ist-, Regel- und Ermessensausweisung differenziert (nunmehr in §§ 53 ff. AufenthG 2004). Auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückgeführt wird auch das gebührenrechtliche Äquivalenzprinzip<sup>28</sup>, demzufolge Gebühren in keinem Missverhältnis zu der von der öffentlichen Hand gebotenen Leistung stehen dürfen. Schließlich wird das planerische Gebot gerechter Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB) als Instrument des flexiblen und situativen Interessenausgleichs unter maßgeblicher Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit verstanden<sup>29</sup>.

## V. Resümee

Zur Gewährleistung eines umfassenden Grundrechtsschutzes wirkt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf allen Stufen der kaskadenartigen Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben: Er bindet sowohl den Gesetzgeber bei der Rechtsetzung als auch die Verwaltung beim Normvollzug, wenn diese das Gesetz auf den Einzelfall anwendet. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wirkt über den Wortlaut des jeweiligen Gesetzes hinaus limitierend auf die Ausübung staatlicher Gewalt; es besitzt eine die indi-

- 20 Vgl. *BayVG*H, Urt. v. 23. 6. 1997 Az. 24 B 95.3734, NVwZ-RR 1998, 496: Unverhältnismäßigkeit der weiteren Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen (Fingerabdrücke, Lichtbilder) im Anschluss an eine öffentliche Beleidigung, bei der die Identität des Beschuldigten niemals zweifelhaft war, u. a. wegen des geringen Werts dieser Daten für etwaige zukünftige polizeiliche Aufklärungsmaßnahmen.
- 21 Allein der Verwaltungsaufwand bei der Überwachung einer weniger eingreifenden Alternativmaßnahme rechtfertigt indes nicht den Rückgriff auf ein härteres Mittel: *BayVG*H, Urt. v. 15. 3. 2006 Az. 8 B 03.3360, BayVBl. 2006, 635 – Keine prophylaktische gemeindeweite Untersagung der Aufstellung von Altkleidersammelcontainern ohne Sondernutzungserlaubnis.
- 22 *BayVG*H, Beschl. v. 16. 12. 1998 Az. 24 B 98.1968.
- 23 *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, 2. Bd., 2001, S. 445/458 ff.
- 24 Vgl. *Heintzen*, Die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, DVBl. 2004, 721 ff. zur Drei-Stufen-Theorie und Ausprägungen bei anderen Grundrechten.
- 25 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377/405 ff.
- 26 BVerfG, Beschl. v. 17. 7. 1961 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, 97/104 = BayVBl. 1961, 341 – Befähigungsnachweis im Handwerk.
- 27 Vgl. z. B. *BVerwG*, Urt. v. 3. 5. 1973 I C 33.72, BVerwGE 42, 133 und Urt. v. 11. 6. 1975 I C 8.81, BVerwGE 48, 299 – Schutz von Ehe und Familie; *BVerwG*, Urt. v. 13. 11. 1979 I C 100.76, BVerwGE 59, 112 = BayVBl. 1980, 248 – keine generalpräventive Ausweisung nach langem Aufenthalt im Anschluss an Trunkenheitsfahrt.
- 28 *BVerwG*, Urt. v. 14. 4. 1967 IV C 179.65, BVerwGE 26, 305/309.
- 29 *BVerfG*, Beschl. v. 30. 11. 1988 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174/198 f. = BayVBl. 1989, 461.

viduelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion<sup>30</sup> bei der Ausbalancierung von Individual- und Gemeinschaftsinteressen.

Zwar ist die auswuchernde Durchdringung des gesamten Öffentlichen Rechts durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtswissenschaft auch auf Kritik gestoßen. Insbesondere auf der verfassungsrechtlichen Ebene im Verhältnis BVerfG – Gesetzgeber wurde vor dem „Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe“<sup>31</sup> sowie einer Usurpation der legislatorischen Gestaltungsfreiheit durch den Richter gewarnt<sup>32</sup>. Zieht man jedoch das Übermaßverbot nur in grundrechtsrelevanten Fallkonstellationen heran<sup>33</sup> und hält der Richter Maß bei der Handhabung der Tiefe der Kontrolldichte, besteht keine Alternative zum Übermaßverbot: Abstrakt-generelle Gesetze erfassen tatbestandlich immer wieder Fälle, in denen die durch den Gesetzgeber angeordnete Rechtsfolge vom Buchstaben des Gesetzes getragen wird, aber im konkreten Einzelfall (evident) unangemessen erscheint. Die dem generell-abstrakten Gesetz immanente Streubreite verlangt nach einem limitierenden Korrektiv. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke der Rechtsanwendung fordert bei jedem Einzelfall eine Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs, indem der Richter sich auf den Normzweck zurückbesinnt und daran die Streitgegenständliche Maßnahme misst. Das Übermaß-

verbot gewährleistet, dass bei der Konkretisierung des abstrakt-generellen Gesetzes zum konkret-individuellen Einzelfall mit Augenmaß vorgegangen wird und – was Juristen gerne vorgeworfen wird – der gesunde Menschenverstand nicht auf der Strecke bleibt. Dieser verbot schon immer, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen<sup>34</sup> oder „to crack a nut with a steam hammer, if a nutcracker would do“<sup>35</sup>.

30 BVerfG, Urt. v. 22. 5. 1990 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310/338 = BayVBl. 1991, 111: *Keine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im kompetenzrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis (atomrechtliche Weisung Kalkar)* unter Verweis auf Urt. v. 18. 4. 1989 2 BvF 1/82, BVerfGE 79, 311/341 = BayVBl. 1989, 498 (amtliche Leitsätze).

31 *Ossenbühl*, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 151 ebd. m. w. N.

32 Vgl. *H.Schneider* (Fußn. 5), S. 390, 396 ff.; *Schlink* (Fußn. 23), S. 445, 458 ff. Zum Problem bereits *Lerche* (Fußn. 10), S. 321 ff., 335 ff.

33 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23. 11. 1988 2 BvR 1619/83 u. a., BVerfGE 79, 127 = BayVBl. 1989, 269 – Rastede, in dem die Verhältnismäßigkeit bei der gesetzlichen Neubestimmung der Aufgabenverteilung zwischen den Kommunen *nicht* genannt wird; dazu *Schmidt-Aßmann*, Kommunale Selbstverwaltung „nach Rastede“, in: Festschrift für Sandler, 1991, S. 121; *Ossenbühl* (Fußn. 31), S. 160 f.; vgl. auch oben bei Fußn. 30.

34 *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 6. und 7. Aufl. 1922, S. 376.

35 *Lord Diplock*, in: R. v. Goldstein (1983) 1 W.L.R. 151/155.