ALEXANDER TISCHBIREK

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht
35

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 35

Alexander Tischbirek

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Mohr Siebeck

Alexander Tischbirek, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und der Columbia University, New York; Referendariat am Kammergericht Berlin; Promotion zum Dr. jur. durch die Humboldt-Universität zu Berlin; derzeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter am dortigen Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbes. Verfassungsrecht, und Rechtsphilosophie.

e-ISBN PDF 978-3-16-155318-9
ISBN 978-3-16-155317-2
ISSN 1867-8912 (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

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

© 2017 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 Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die Ihnen hier vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2016 von der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Prof. Dr. Christoph Möllers, danke ich für die Betreuung dieser Arbeit ebenso wie für die vertrauensvolle, anregende und ungezwungene Atmosphäre an seinem Lehrstuhl, die diesen Text erst ermöglicht hat. Sein kluger Blick auf den Kontext und die Bedingungen des Rechts, der dabei niemals den Respekt für die erste Gewalt verliert, hat mich viel gelehrt und auch dieses Buch in vielem inspiriert. Prof. Dr. Matthias Ruffert danke ich für das schnelle und eingehende Zweitgutachten.

Besonderer Dank gilt auch meinen Kolleginnen und Kollegen an der Humboldt-Universität. Die Liste derer, die die Entstehung dieser Arbeit begleitet haben, ist lang. Herausgreifen möchte ich gleichwohl Tim Wihl, Johannes Bethge und Hannah Birkenkötter. Sie haben das Manuskript im Ganzen gelesen und mit ihren Anregungen manches Argument geschärft.

Dem DAAD und dem Exzellenzprogramm der Humboldt-Universität habe ich dafür zu danken, dass Teile des Textes in den wunderschönen Bibliotheken des European University Institute und der Princeton University entstehen konnten. Beide Orte haben die Arbeit an diesem Buch sehr bereichert.

Den größten Dank schulde ich jedoch meinen Eltern Ingrid und Wolfgang, Andreas, Ulrike und Johanna. Ihnen ist dieses Buch zugedacht.

Berlin im Mai 2017 Alexander Tischbirek

Inhalt

Einleitung 1

Teil 1: Empirische Grundlegung: Migrationslinien einer Figur . . 7

A. Ursprünge im Polizeirecht 8

B. Das Notstandsrecht des BGB als Prototyp des Verhältnismäßigkeitsdenkens im Privatrecht 11

C. Migration ins Verfassungsrecht 14
I. Die frühe Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs 14
II. Frühe Stimmen in der Literatur 19
1. Krüger 19
2. v. Krauss 23
III. Die Rezeption der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht 27
1. Erste Ansätze 27
2. Das Apothekenurteil 31
3. Lüth 38
a) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Instrument des grundrechtlichen Interessenausgleichs 40
b) Die zivilrechtlichen Generalklauseln als Anknüpfungspunkt und Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsdenkens 42
c) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Übersetzerin zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 47
d) Inkurs: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Konkretisierung des Satzes von „Treu und Glauben“ 47
IV. Übermaß und Verfassungsrecht 52
1. Das Verhältnismäßigkeitsdenken in der „dirigierenden Verfassung“ 53

2. Das Privatrecht in der Ausgleichsfalle? 57
V. Übermaß gegen Untermaß 64

D. Das Verhältnismäßigkeitsdenken als leitende Methode des Arbeitsrechts 70
I. Arbeitskampfrecht 70
II. Individualarbeitsrecht, insbesondere Kündigungsrecht 80

E. Die Europäisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung 89
I. Der Weg der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Europa 89
II. Zur Binnenmechanik der Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH 97
III. Die Grundfreiheiten und die Emanzipation der Verhältnismäßigkeitsprüfung von der Grundrechtsdogmatik 101
1. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Dogmatik der Grundfreiheiten 101
2. Der kurze Weg zu den Grundfreiheiten und gleichheitsrechtliche Umorientierung 107
IV. Rückwirkungen des europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsdenkens auf das deutsche Privatrecht: das Beispiel des Antidiskriminierungsrechts 111
1. Das primärrechtliche Verbot der Entgeltdiskriminierung . . . 111
2. Vom Urteil Weber von Hartz v. Bilka zu einer umfassenden Privatrechtsprägung 119

F. Das Immaterialgüterrecht als Referenz für das fortschreitende privatrechtliche Verhältnismäßigkeitsdenken 127

Teil 2: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor den Paradigmen des Privatrechts 137

A. Privatrecht als Gleichordnungsrecht 138
I. Funktionalität der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Gleichordnungsverhältnis 139
II. Rückwirkungen der Figur auf das Gleichordnungsgefüge 141
III. Rückblick ins öffentliche Recht 144

B. Das Paradigma der Systemschließung 145

I. Abkehr von der Begriffsarbeit 146
II. Zwischen Derogation und Stabilisierung des Systems der „Interessenjurisprudenz“ 147
III. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Instrument der Systemschließung 149

C. Das Paradigma der Privatautonomie 151
I. Privatautonome Rezeption 154
II. Migration durch Legislativakt 154
1. Zur Vermessung der Freiheitsverkürzung 157
2. Unverhältnismäßigkeit der Verhältnismäßigkeit? 160
III. Migration durch Urteil 163

Teil 3: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Gesetzesbindung 173

A. Zur Gleichzeitigkeit von materiellem Recht, Dogmatik und Methodik im Verhältnismäßigkeitsdenken 174
I. Das Übermaßverbot als materiell-rechtlicher Befehl 174
II. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als dogmatische Figur 175
III. Das Verhältnismäßigkeitsdenken als Methode 178
1. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Dienerin des Syllogismus 179
2. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Mittlerin zwischen syllogistischer und arithmetischer Argumentation 181
a) Subsumtion und Abwägung 181
b) Regeln und Prinzipien 186
c) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen Abwägung und Subsumtion 187
aa) Die Frage nach dem legitimen Zweck 188
bb) Das Gebot der Geeignetheit 188
cc) Die Erforderlichkeitsprüfung 189
dd) Die Angemessenheitsprüfung 191
IV. Zwischenergebnis: Wirkungsdimensionen der Verhältnismäßigkeitsprüfung 192

B. Methodenmigration und Gewaltengliederung 193
I. Methodische Indikation der gesetzlichen Vorstrukturierung . . . 194
1. Einfache Fälle einer deutlichen gesetzgeberischen Vorstrukturierung 195

2. Konkretisierung gesetzlich dicht vorstrukturierter Materien durch eine nicht vorgeschriebene Verhältnismäßigkeitskontrolle 197
a) Anwendbarkeitsvoraussetzungen der Verhältnismäßigkeitskontrolle bei dicht vorstrukturierten Regelungsmaterien und richterliche Kontrolldichte 197
b) Zur konstellationssensiblen Verwendungsweise der Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere zur richterlichen Kontrolldichte 200
c) Beispiel: die individualarbeitsrechtliche Kündigung 202
II. Rückblick ins öffentliche Recht 209

Abstract 217

Literatur 219

Personen- und Sachregister 237

Einleitung

Mit Verwunderung blickt das deutsche öffentliche Recht einer Figur hinterher, die sich auf weite Wanderschaft gemacht hat.[1] Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat das Interesse der internationalen Verfassungsrechtswissenschaft geweckt, sie hat Eingang in die Rechtsprechung von Ländern mit den unterschiedlichsten Rechtssystemen gefunden, bietet Gelegenheit zum Rechtsvergleich und damit auch zur kritischen Reflexion der eigenen Praxis.[2]

Weitaus weniger Beachtung finden demgegenüber Rezeptionsvorgänge, die sich auch innerhalb der deutschen Rechtsordnung abspielen. Namentlich das Privatrecht hat sich in den letzten Jahrzehnten immer stärker dem Verhältnismäßigkeitsdenken zugewandt.[3] Diese Entwicklung ist noch längst nicht abge-

---

[1] Zuletzt etwa *Johannes Saurer*, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 2012, S. 3 (4 und passim); *Florian Becker*, Verhältnismäßigkeit, in: Hanno Kube/Paul Kirchhof (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, 2013, S. 229 ff.; *Oliver Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 25 ff.

[2] Siehe nur *Nicholas Emiliou*, The Principle of Proportionality in European Law – A Comparative Study, 1996; *Laura Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 251 ff.; *Oliver Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 48 ff.; *Alec Stone Sweet/Jud Mathews*, Proportionality, Judicial Review, and Global Constitutionalism, in: Giorgio Bongiovanni/Giovanni Sartor/Chiara Valentini (Hrsg.), Reasonableness and Law, 2009; *Moshe Cohen-Eliya/Iddo Porat*, American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins, International Journal of Constitutional Law 2010, S. 263; *dies.*, Proportionality and Constitutional Culture, 2013, sowie die Beiträge in *Grant Huscroft/Bradley Miller/Grégoire Webber*, Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning, 2014.

[3] Wiederum im Vergleich von amerikanischem und europäischem Recht *Duncan Kennedy*, A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law, in: Roger Brownsword (Hrsg.), The Foundations of European Private Law, 2011. Aus dem deutschen Privatrecht sind insbesondere *Hans Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht. Zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungs wegen, 2004; *Marcus Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007; *Michael Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, 2010, zu nennen, die sich allerdings nicht in erster

schlossen. Denn gerade die fortschreitende Europäisierung des Privatrechts führt zu einem Wandel, der sich auch methodisch niederschlagen muss.

Die vorliegende Arbeit will sich diesen Rezeptionsvorgängen widmen. Indem sie eine „intra-rechtsvergleichende" Perspektive von öffentlichem Recht und Privatrecht einnimmt, will sie die Figur der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen den beiden Teilrechtsordnungen vermessen. Von diesem Rechtsvergleich erhofft sie sich, nicht nur mehr über den eigentlichen Untersuchungsgegenstand – die Verhältnismäßigkeitsprüfung – zu erfahren, sondern auch deren jeweiligen Anwendungskontext besser verstehen zu lernen. Sie muss unkritische Übersetzungen der Begrifflichkeiten hinterfragen, wird dabei aber auch auf Gemeinsamkeiten der beiden Teilrechtsordnungen stoßen, wo vorschnelle Schlüsse aus einem vermeintlichen Unterschied der „Rechtskulturen" gezogen werden.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung soll dabei allein in ihrer mehrstufigen Mechanik beschrieben sein, wie sie etwa der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegt.[4] Sie erfordert dann die Bildung einer Zweck-Mittel-Relation, die sich regelmäßig in vier Teilfragen aufschlüsselt. Wo auf der ersten Prüfungsstufe zunächst nach dem legitimen Zweck einer rechtlich relevanten Handlung gefragt wird, bewirkt dies die Verankerung der gesamten Prüfung. Denn in den folgenden drei Schritten kann nun die Handlung selbst mit Blick auf diese Zwecksetzung untersucht werden. So fragt die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf ihrer zweiten Stufe, ob das gewählte Mittel geeignet ist, den Zweck überhaupt zu fördern. Die Erforderlichkeitsprüfung als dritte Prüfungsstufe verlangt sodann, dass kein milderes Mittel gleicher Eignung zur Verfügung steht. Auf der vierten und letzten Stufe, der Angemessenheitsprüfung, kommt es schließlich zu einer Abwägung. Die Nachteile, die mit der Handlung verbunden sind, dürfen nicht außer Verhältnis zu den bezweckten Vorteilen stehen.

Diese Festlegung auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne einer mehrstufigen Zweck-Mittel-Kontrolle bedeutet sowohl eine Einengung als auch eine Erweiterung des Untersuchungsgegenstands. Zahlreiche Fälle, in denen sich gerade das Privatrecht auf ein Vokabular der Verhältnismäßigkeit stützt, dabei aber entweder eine bloße Verrechnung von Anteilen verlangt oder in einer offenen Abwägung verharrt, bleiben außen vor. Wo etwa § 734 BGB anordnet, dass den Gesellschaftern ein verbleibender Überschuss „nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn" gebühren soll, oder wo bei der Minderung des § 441 Abs. 3

Linie besagten Rezeptionsvorgängen widmen und ihren Untersuchungen zudem sehr unterschiedliche Begriffsverständnisse der „Verhältnismäßigkeit" zugrunde legen.

[4] Vgl. etwa BVerfGE 115, 320 <345>; 118, 168 <193>; 120, 274 <318 f.>; 125, 260 <316>.

BGB der Kaufpreis „in dem Verhältnis herabzusetzen [ist], in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache im mangelfreien Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde", ordnet das BGB allein eine proportionale Umrechnung kommensurabler Größen an. Zu der Bildung einer Zweck-Mittel-Relation kommt es hier ebenso wenig, wie zu einer mehrstufigen Prüfung. Das Vokabular der Verhältnismäßigkeit meint hier grundlegend anderes als bei der Prüfung eines Grundrechtseingriffs.[5]

An der Prüfung eines Mittels anhand eines bestimmten Zwecks fehlt es regelmäßig auch dort, wo das BGB lediglich nach einer offenen Güterabwägung verlangt. Zwar ist die Abwägung ein charakteristisches Teilelement auch der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Doch bleibt die Abwägung hier in die Zweck-Mittel-Kontrolle eingebettet. Dies ist etwa bei den offenen Abwägungsklauseln der §§ 242 und 826 BGB nicht zwingend der Fall.[6] Auch wenn § 138 Abs. 2 BGB von einem „auffälligen" und § 275 Abs. 2 BGB gar von einem „groben Missverhältnis" handeln oder § 251 Abs. 2 BGB von „unverhältnismäßigen Aufwendungen" und § 320 Abs. 2 BGB von „verhältnismäßiger Geringfügigkeit" sprechen, umfasst dies noch nicht einen Verweis auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung im hiesigen Sinne. Erst wenn die Klauseln des Privatrechts über ein mehrstufiges Zweck-Mittel-Denken konkretisiert werden sollen, rücken sie in das Blickfeld dieser Untersuchung.

Während die folgenden Kapitel somit bestimmte Verrechnungs- und Abwägungsnormen des Privatrechts außer Acht lassen, führt die Festlegung auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung allein im Sinne eines mehrstufigen Zweck-Mittel-Denkens aber auch zu einer Weitung des Untersuchungsinteresses. Denn wo die Verhältnismäßigkeitsprüfung zunächst als bloße Rechtsfigur ausgemacht wird, stellt sich die Frage nach ihrem Geltungsgrund erst an zweiter Stelle. Die

---

[5] *Michael Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 22 ff., differenziert hier zwischen einer „quantitativen" und einer „qualitativen" Verhältnismäßigkeit; siehe auch *Dieter Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 1992, S. 35 (37), der diese Spielart als „bloße Rechenoperation" bezeichnet und seinen Verhältnismäßigkeitsbegriff ebenso wenig in diesem Sinne verstanden wissen will; siehe ferner *E. Thomas Sullivan/Richard S. Frase*, Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions, 2009, S. 3 ff. („fixed ratio between two quantities").

[6] Entsprechend unterscheiden etwa auch *Matthias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, 2001, S. 100 f., zwischen einer „klassischen" und einer „Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit" und *E. Thomas Sullivan/Richard S. Frase*, Proportionality Principles in American Law, S. 3 ff., zwischen einer „ends-benefits" und einer „limiting retributive proportionality", wobei jeweils nur die zuerst genannten Figuren eine Zweck-Mittel-Kontrolle enthalten. Zum Straf- und Steuerrecht vgl. auch *Oliver Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 28 ff.

Untersuchung ist somit nicht primär eine solche über die „Drittwirkung" der Grundrechte im Privatrecht. Im Gegenteil wird sie die unkritische Gleichsetzung von Grundrechtswirkung und Verhältnismäßigkeitsprüfung hinterfragen müssen.

Die folgenden Seiten beschreiben die Rezeptionsvorgänge der Verhältnismäßigkeitsprüfung als „Methodenmigration". Sie bedienen sich damit einer Metapher, die ähnlich im internationalen Verfassungsvergleich Verwendung gefunden hat.[7] Dabei erscheinen die Bedingungen des Verfassungsvergleichs und der hier vorzunehmenden Gegenüberstellung von bundesrepublikanischem öffentlichen Recht und Privatrecht auf den ersten Blick durchaus verschieden. Während der Verfassungsvergleich ein konkretes Problem – etwa die Frage nach der Zulässigkeit der Todesstrafe, der Reichweite bestimmter Grundrechte oder den Befugnissen von Verfassungsgerichten – zum Ausgangspunkt nehmen kann, um sodann dessen jeweilige Behandlung in den unterschiedlichen Verfassungsordnungen zu erforschen, muss der „Intra-Rechtsvergleich" schon früh abstrahieren. Denn dasselbe Sachproblem wird sich hier regelmäßig nur in einer der beiden Teilrechtsordnungen und nicht im öffentlichen Recht und im Privatrecht zugleich finden. Andererseits scheint der „Intra-Rechtsvergleich" um die schwierige Erarbeitung des jeweiligen rechtlichen Kontexts erleichtert, bewegt er sich doch innerhalb desselben Rechtssystems, dessen verschiedene Teile auf demselben Legitimationssubjekt gründen, im selben Raum operieren und sich daher wenigstens formal zu einem einheitlichen Ganzen fügen.

Doch wenngleich die Methodenmigration dieser Untersuchung räumlich allenfalls nach Europa gelangt, erscheint mir die Metapher auch hier als anschauliches Beschreibungsmittel. Zum einen pflegt gerade das deutsche Recht eine nach wie vor strenge Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht, wo Gesetzessammlungen, Examensprüfungen und das Gerichtswesen entlang dieser Unterscheidung organisiert sind. Die Fächerdichotomie setzt sich aber auch bis in die Wissenschaft fort, wo Institutsbezeichnungen und Vereinigungen die Grenzen der Teilrechtsgebiete achten. Die Metapher von der Methodenmigration bietet hier den Raum, unterschiedliche Selbstverständnisse, Herangehensweisen und Regulierungsprobleme weder ausblenden noch hinnehmen zu müssen. Denn sie macht den rechtlichen Kontext ebenso zum Thema wie den Gehalt der zu untersuchenden Figur selbst.

---

[7] *Sujit Choudhry* (Hrsg.), The Migration of Constitutional Ideas, 2006. Dies für einen internationalen Vergleich verfassungsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsprüfungen aufgreifend *Aharon Barak*, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, 2012, S. 181 ff.

Zum anderen betont sie aber auch das Verbindende.[8] Sie erschöpft sich nicht in einer schematischen Gegenüberstellung, sondern sucht nach Einflüssen und Entwicklungen. Mit ihrer Betonung zeitlicher Verläufe erlaubt sie, Umwege und Sackgassen ebenso in den Blick zu nehmen wie Momente einer Wiederkehr unter geänderten Bedingungen. Statt nur punktuell zu vergleichen betont die Migrationsmetapher den Wandel.

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile, welche die Migrationsbewegungen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht aus verschiedenen Perspektiven untersuchen. Der erste Teil dient als empirische Grundlegung. Anhand von Leitentscheidungen und richtungsweisenden Beiträgen aus der Wissenschaft soll die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsdenkens in der Bundesrepublik nachgezeichnet werden. Hierbei liegt ein besonderes Augenmerk auf jenen Entwicklungslinien, die öffentliches Recht und Privatrecht verbinden. Es wird sich zeigen, dass entgegen mancher Behauptung nicht jeder Anfang dieser Wege nur im öffentlichen Recht zu finden ist. Auch führt nicht jede Linie unmittelbar vom einen in das andere Rechtsgebiet. Gemeinsam ist diesen Migrationsbewegungen jedoch, dass die Gerichte als maßgebliche Akteure hervorstechen, während die Rechtswissenschaft zumeist mit einiger Verzögerung kommentiert, systematisiert und kritisiert. Die ersten großen Entscheidungen des noch jungen Bundesverfassungsgerichts sowie die für ihr jeweiliges Rechtsgebiet grundlegenden Judikate des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs hatten hingegen immer auch Grundsätzliches zur Verhältnismäßigkeitsprüfung zu sagen. Bereits hier zeigt sich, wie eng die Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik mit dem Verhältnismäßigkeitsdenken verquickt ist. Dabei ist diese Entwicklung spätestens in den letzten beiden Jahrzehnten keine mehr, die nur das öffentliche Recht betrifft, sondern auch das Privatrecht deutlich prägt.

Mit dem Material des ersten Teils soll im darauffolgenden zweiten Teil mit etwas mehr analytischem Abstand auf die Verhältnismäßigkeitskontrolle geblickt und deren Bedeutung für das moderne Privatrechtsdenken untersucht werden. Zunächst gilt es, eine Verortung des Privatrechts vor drei seiner klassischen Paradigmen vorzunehmen. Es wird sich zeigen, dass sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht gleichgültig gegenüber den privatrechtlichen Paradigmen der Gleichordnung, der Systemschließung und der Privatautonomie verhält. Gleichwohl gerinnen diese Verschiebungen zu keinem stichhaltigen

[8] Hier und im Folgenden siehe die Charakterisierung bei *Sujit Choudhry*, Migration as a new metaphor in comparative constitutional law, in: ders. (Hrsg.), Migration of Constitutional Ideas, S. 17 ff., und *Neil Walker,* The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the case of the EU, in: Sujit Choudhry (Hrsg.), Migration of Constitutional Ideas, S. 320 f.

Argument gegen eine zivilrechtliche Rezeption des Verhältnismäßigkeitsdenkens. Denn obwohl Gleichordnung, Systemschließung und Privatautonomie immer auch das Zivilrecht in Abgrenzung zum öffentlichen Recht definiert haben, erweisen sich die Rückwirkungen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf diese klassischen Paradigmen auch aus Sicht des Privatrechts nicht als unerhört. Im Gegenteil fügen sie sich in eine langjährige Entwicklung und lassen sich sogar als Ausdruck derselben deuten.

Während der erste Teil eine empirische und der zweite eine analytische Annäherung an die Migration der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht versucht, will der dritte Teil einige normative Leitlinien entwickeln. Dem geht eine kurze Einordnung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in ihren Wirkweisen als materieller Rechtssatz, Rechtsdogmatik und Baustein juristischer Methodik voraus. Sodann sollen methodenrichtige Verwendungsweisen der Verhältnismäßigkeitsprüfung skizziert werden, die sich nicht bloß an einer schematischen Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht orientieren oder die Figur pauschal grundrechtlich aufladen, sondern konstellationssensibel die gesetzgeberischen Vorgaben achten. Denn hieran muss sich alle Rechtskonkretisierung auch verfassungsrechtlich erst einmal messen lassen.

Teil 1

Empirische Grundlegung: Migrationslinien einer Figur

Eine Beschreibung des bundesrepublikanischen öffentlichen Rechts und seiner Methodik muss unweigerlich auf das Verhältnismäßigkeitsdenken stoßen. Wie kaum eine andere Figur wird die vierstufige Prüfung eines Mittels anhand seines Zwecks von der Disziplin für sich vereinnahmt. Sie gehöre zu „den wichtigsten Innovationen des deutschen öffentlichen Rechts nach 1945" und sei gar zu seinem „Markenzeichen" geworden.[1]

Diese Vereinnahmung durch das öffentliche Recht korreliert mit einer anhaltenden Skepsis gegenüber der Verhältnismäßigkeitskontrolle im Zivilrecht. Akzeptanz findet sie hier mitunter nur in einer genuin zivilrechtlichen Alteration, die sie auf die bloße Abwägung beschränkt.[2] Oftmals wird sie ganz abgelehnt.[3]

Dieses Kapitel will beides hinterfragen. In einer Rekonstruktion verschiedener Migrationswege versucht es zu zeigen, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung immer schon Grenzgängerin zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht war. Jeder Schritt von der einen Teilrechtsordnung in die andere hat dabei sowohl die Figur selbst als auch ihre jeweiligen Zielrechtsmaterien geprägt. Die Spurensuche wird aber auch zeigen, dass die Wanderbewegungen vom und ins Privatrecht nicht immer ohne Umwege erfolgten. Ferner soll sie die immer stärkere Ausbreitung des Verhältnismäßigkeitsdenkens auch im Zivilrecht während

---

[1] *Rainer Wahl*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ausgangslage und Gegenwartsproblematik, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, 2013, S. 823.

[2] Für das Vertragsrecht *Michael Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 24, 356.

[3] Deutlich etwa *Detlef Merten*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Peter Axer/Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2009, S. 530 f.; für das „Kerngebiet des klassischen Privatrechts" *Theo Mayer-Maly*, Die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für das kollektive Arbeitsrecht, ZfA 1980, S. 473 (475); gegen eine Übertragbarkeit mit wenigen Ausnahmen auch *Michael Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, 1985, S. 131 f.; skeptisch zuletzt auch *Lorenz Kähler*, Raum für Maßlosigkeit. Zu den Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 213 ff.

der letzten siebzig Jahre andeuten und somit zugleich das Fallmaterial für die späteren analytischen Kapitel bereitstellen.

Die nun folgende zeitgeschichtliche Rekonstruktion erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Dies gilt in zeitlicher wie sachlicher Hinsicht. Sie setzt nur sehr punktuell vor 1945 ein und schließt sich somit Untersuchungen an, welche die moderne Verhältnismäßigkeitsprüfung trotz mancher Vorläuferin wesentlich als Schöpfung des bundesrepublikanischen Rechtsdenkens identifiziert haben.[4] Auch strebt sie keine erschöpfende Darstellung sämtlicher Rechtsmaterien an, die sich einer Verhältnismäßigkeitsdogmatik bedienen. Dies gilt insbesondere für das Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention, welches bereits früh eine eigene Verhältnismäßigkeitsdogmatik aufwies.[5] Stattdessen habe ich mich bemüht, solche Migrationslinien exemplarisch herauszugreifen, die folgenreiche Disziplinenübertritte der Figur zwischen den großen Teilrechtsgebieten des öffentlichen Rechts und des Privatrechts bedeuteten. Sie mögen als Orientierung auch für das Verständnis anderer Migrationsbewegungen der Verhältnismäßigkeitsdogmatik dienen, die sich unter vergleichbaren Bedingungen zugetragen haben, hier jedoch keine Beachtung finden konnten.

A. Ursprünge im Polizeirecht

Insbesondere die Wissenschaft vom öffentlichen Recht sieht den Ausgangspunkt ihrer Verhältnismäßigkeitsdogmatik in der Rechtsprechung des Preußischen

---

[4] *Barbara Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, 1994. Zu den Quellen des Verhältnismäßigkeitsdenkens, die bis in die Antike zurückreichen, siehe *Franz Wieacker*, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: Marcus Lutter/Walter Stimpel/Herbert Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 874 ff.; zuletzt auch *Oliver Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 2 ff.

[5] Eine Privatrechtswirkung der Konventionsrechte wird in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte freilich (noch) nicht gesehen, *Matthias Ruffert*, Grundrechtliche Schutzpflichten: Einfallstor für ein etatistisches Grundrechtsverständnis?, in: Thomas Vesting/Stefan Korioth/Ino Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, 2014, S. 112. Der Einfluss ist hier ein allenfalls doppelt mittelbarer, indem zunächst die grundrechtliche Abwägung durch die konventionsrechtliche und sodann die Auslegung des bürgerlichen Rechts durch das dergestalt überformte Verfassungsrecht mediatisiert sind, siehe die berühmten Entscheidungen in den Rechtssachen Görgülü (BVerfGE 111, 307) und Caroline von Monaco (BVerfGE 120, 180). Siehe auch *Julia Iliopoulos-Strangas*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Praxis der Straßburger Organe am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsprinzips, RabelsZ 1999, S. 414 (446 ff.).

Oberverwaltungsgerichts.[6] Mit dem Kreuzberg-Urteil[7] war der Grundstein für eine Prüfung polizeilicher Maßnahmen auf ihren legitimen Zweck gelegt.[8] Doch die Verrechtlichung des Verwaltungshandelns schritt fort und führte bald zu einer gerichtlichen Prüfung auch der polizeilichen Mittel über die Bildung einer Zweck-Mittel-Relation. Diese beschränkte sich zunächst auf die Erforderlichkeitsprüfung.[9] Eine abschließende Abwägung des Eingriffsinteresses mit den Gegeninteressen des Bürgers lehnte das Preußische Oberverwaltungsgericht noch ab.[10] Textlicher Anknüpfungspunkt war dabei die polizeiliche Generalklausel des § 10 Abs. 2 Satz 17 des Allgemeinen Landrechts (ALR)[11], wonach die Polizei nur die „[...] nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahren [...]" ergreifen durfte.[12]

Die „Entdeckung" der Erforderlichkeitsprüfung durch das Preußische Oberverwaltungsgericht sowie deren wissenschaftliche Fundierung durch *Otto Mayer*[13] zum Ende des 19. Jahrhunderts[14] legen zugleich die politischen Implikationen der Figur nahe. Die noch junge, zunächst auf die ersten drei Stufen

---

[6] Vgl. etwa *Rupprecht von Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, 1955, S. 4 f.; *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 2. Auflage 1999, S. 24; *Thomas Groß*, Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle des Gesetzgebers. Transformationen rechtsstaatlicher Kontrollinstrumente, DÖV 2006, S. 856 (857 f.); *Ingo Kraft*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis, BayVBl. 2007, S. 577 (578); *Florian Becker*, Verhältnismäßigkeit, S. 227.

[7] PrOVGE 9, 353 vom 14.6.1882, siehe auch den Nachdruck in DVBl. 1985, S. 219.

[8] *Lothar Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 3.

[9] *Lothar Hirschberg,* a. a. O.; zur Gesetzesbindung der Verwaltung vgl. *Michael Stolleis*, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost. 1945–1990, 2012, S. 414 ff.

[10] So etwa PrOVGE 10, 322 <326>; siehe auch *Thomas Groß*, Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle des Gesetzgebers, S. 858.

[11] Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 1. Juni 1794. Zu Text und Entstehung *Hans Hattenhauer/Günther Bernert*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Von 1794, 3. Auflage 1996.

[12] Siehe *Klaus Stern*, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Peter Badura/Peter Lerche (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 168; *Lothar Hirschberg*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 3.

[13] Vgl. *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Auflage 1895, S. 267 und 351, wobei Mayer (und mit ihm später das Sächsische OVG) die Erforderlichkeitsprüfung mit dem Begriff der Verhältnismäßigkeit umschreibt. Dies darf allerdings nicht davon ablenken, dass er einzig nach dem milderen Mittel fragt und noch keine Abwägung im Sinne einer Angemessenheitsprüfung vornimmt; dazu *Lothar Hirschberg*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 4 ff.

[14] Einen frühen entstehungsgeschichtlichen Überblick gibt *Walter Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeits-

beschränkte Verhältnismäßigkeitsprüfung ist hier liberales Programm. Sie markiert den Übergang vom Polizei- zum Rechtsstaat.[15] In dieser „klassischen" Funktion prägt die Figur später auch das Polizeirecht der Bundesrepublik. In Fortentwicklung des § 10 Abs. 2 Satz 17 ALR findet sie einen oft ausdrücklichen Anwendungsbefehl in den Polizeigesetzen der Länder.[16]

Die Figur bewirkt dabei einen doppelten Mechanismus der Freiheitssicherung: zum einen koppelt sie die Kontrolle eines polizeilichen Eingriffs eng an die legislativen Vorgaben, indem sie auf erster Prüfungsstufe danach fragt, ob der Zugriff schon generell-abstrakt im Einklang mit der Rechtsordnung steht, mithin einem „legitimen" Ziel dient. Die Figur steht somit – gerade in Verbindung mit der Entwicklung des Gesetzesvorbehalts – im Dienst einer demokratisch-liberalen Lehre der Gewaltengliederung, wonach der einzelne gleichberechtigt und zukunftsgerichtet über die staatliche Macht zur Verkürzung individueller Freiheiten mitbestimmen kann.[17] Zum anderen begrenzen die Erfordernisse der Geeignetheit und Erforderlichkeit aber die polizeilichen Befugnisse auch im konkreten Einzelfall. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung schlägt so, erstens, die Brücke von der generellen Ermächtigung der Exekutive durch die Eingriffsnormen hin zum konkreten Sachverhalt mitsamt all seiner atypischen Wendungen. Indem sie die Eingriffsermächtigungen relativiert, ermöglicht sie freiheitsschonende Kasuistik. Zweitens strafft sie die polizeirechtlichen Befugnisse, insbesondere die Generalklauseln, die nunmehr entgegen ihres weiten Tatbestandes nur zu ganz bestimmten Instrumentarien ermächtigen. Staatliches Handeln wird hier berechenbarer. Es trägt das Versprechen größtmöglicher Milde gegenüber dem Bürger. Der einzelne ist vor allzu entfesselten Kräften der Exekutive geschützt.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung erscheint in diesen Funktionen wie maßgeschneidert auf das öffentliche Recht. Denn sie nimmt die Problematik eines Kräfteungleichgewichts zum Ausgangspunkt, das auch die klassischen Be-

---

gründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen; eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, 1913, S. 289 ff.

[15] *Friedrich Schoch*, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, Der Staat 2004, S. 347 ff.

[16] Vgl. etwa § 11 ASOG Berlin, der das Prüfprogramm freilich um die Angemessenheitsprüfung ergänzt; dazu sogleich.

[17] *Christoph Möllers*, Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, europäischer Integration und Internationalisierung, 2008, S. 75 ff. zu individueller und kollektiver Selbstbestimmung durch Recht; ibid., S. 107 ff. zur Stellung gerade der Exekutive zwischen den Mechanismen individueller und demokratischer Legitimation.

schreibungen der Disziplin leitet.[18] Sie fragt aber auch nach demokratischer Legitimation und somit nach dem Gemeinwohl.[19] Wollte man das öffentliche Recht über seine Regelungsprobleme definieren, müsste man bereits an dieser Stelle die Verhältnismäßigkeitsprüfung als öffentlich-rechtliche Figur *par excellence* beschreiben. Sie operationalisiert zum einen den Grundsatz der Gewaltengliederung, zum anderen grenzt sie die Sphären der Gemeinwohlverwirklichung und der individuellen Freiheit voneinander ab. Beide Themenkreise sind Kernprobleme der Disziplin.

B. Das Notstandsrecht des BGB als Prototyp des Verhältnismäßigkeitsdenkens im Privatrecht

Was im Polizeirecht noch für die Verhältnismäßigkeitskontrolle sprach, streitet im Privatrecht auf den ersten Blick gegen einen Rückgriff auf die Figur. Denn während das Polizeirecht durch ein hierarchisches Moment, durch die Subordination des Bürgers gegenüber dem Staat charakterisiert ist, geht das Zivilrecht gerade von der formellen Gleichordnung der Parteien aus. Das Subordinationsverhältnis findet im Polizeirecht seinen Ausdruck im staatlichen Eingriff, der dort die Verhältnismäßigkeitsprüfung auslöst. Im Privatrecht fehlt es hingegen an diesem Anknüpfungspunkt.

Für das gesamte Vertragsrecht kommt ein Weiteres hinzu: während in der klassischen öffentlich-rechtlichen Konstellation der einseitige hoheitliche Eingriff ein Zwangsmoment mit sich bringt, ist das Vertragsrecht von der Einwilligung beider Parteien getragen. Besteht hier noch das Bedürfnis nach dem relativierenden Erfordernis verhältnismäßiger Rechtsausübung? Stünde eine Normkonkretisierung mittels der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht vielmehr im Widerspruch zur Privatautonomie als vielbeschworenem Grundpfeiler des Privatrechts schlechthin? Kann die Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Gleichen strukturell überhaupt „greifen"?

---

[18] Siehe bereits die „Subordinationstheorie" bei *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 3. Auflage 1913, S. 381; eine Rückführung aller anderen Abgrenzungstheorien auf das Merkmal der Subordination unternimmt zuletzt *Walter Leisner*, Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht, JZ 2006, S. 869 (870 ff.).

[19] Die Gemeinwohlorientierung ist wiederum Kern der sog. „Interessentheorien" zur Beschreibung des öffentlichen Rechts, vgl. noch BVerfGE 58, 300 <344>; BVerwGE 13, 47 <50>; BVerwGE 47, 229 <230 f.>. Diese Abgrenzung steht in römisch-rechtlicher Tradition, wo es bereits bei *Ulpian*, Dig. 1, 1, 1, § 2, heißt: „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quoud ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.", *Peter Apathy u. a.*, Corpus Iuris Civilis, Digesten 1–10, 1995, S. 91 f.

Trotz dieser Einwände findet sich das Verhältnismäßigkeitsdenken auch im Zivilrecht. Am wenigsten überrascht dies in Konstellationen, die der polizeirechtlichen überaus ähnlich sind. Der erste Anwendungsfall, der hier ins Auge springt, unterstreicht dabei sogleich, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Figur dem BGB ebenso eigen ist wie dem öffentlichen Recht. Im privatrechtlichen Notwehr- und Notstandsrecht der §§ 227 ff. und 904 BGB findet sich das Erfordernis verhältnismäßiger Rechtsausübung schon seit Inkrafttreten des BGB.[20] Hier ist es sogar in einzelnen Vorschriften tatbestandlich aufgeschlüsselt. So definiert § 228 BGB als (defensiven) Notstand die Beschädigung oder Zerstörung einer akut gefährlichen Sache, die zur Abwendung der Gefahr „erforderlich" ist, solange der Schaden „nicht außer Verhältnis zu der Gefahr" steht. § 904 BGB formuliert negativ für den aggressiven Notstand – mit entsprechender Implikation für den Abwägungsmaßstab[21] –, dass der Eigentümer einer Sache Einwirkungen nicht verbieten darf, wenn diese zur Abwendung einer Gefahr „notwendig" sind und der durch die Gefahr drohende Schaden „unverhältnismäßig groß" gegenüber dem Notstandsschaden erscheint. Somit ist bei den Notstandsrechten bereits das gesamte Programm der vierschrittigen Verhältnismäßigkeitsprüfung abgebildet. Denn legitimer Zweck ist jeweils die Abwehr einer konkreten Gefahr. Die Geeignetheit des Mittels wird zwar nicht eigens erwähnt, ergibt sich jedoch zwingend aus der dritten Stufe, da ein nicht geeignetes Mittel auch niemals erforderlich sein kann.[22] Insbesondere werden aber Erforderlichkeit (oder „Notwendigkeit") und Angemessenheit schon im Normtext unterschieden.

Die Ähnlichkeiten der privatrechtlichen Notstandskonstellation mit dem klassischen polizeirechtlichen Grundrechtseingriff liegen auf der Hand.[23] Hier wie dort ermächtigt die Rechtsordnung zu einseitigen Einwirkungen auf fremde

---

[20] Vgl. insoweit bereits die Fassungen der §§ 228, 904 des BGB vom 18. August 1896, RGBl. S. 195, Nr. 21. Ausführlich zur eng umwobenen Geschichte des zivilrechtlichen und auch des strafrechtlichen Notstandsrechts, das im Falle des Zivilrechts in einigen Grundzügen bis zum römischen Corpus Iuris Civilis zurückreicht, *Andreas Hatzung*, Dogmengeschichtliche Grundlagen und Entstehung des zivilrechtlichen Notstands, 1984, S. 38 ff.; siehe auch *Lena Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter. Dargelegt am Beispiel von Aggressivnotstand, Defensivnotstand, unterlassener Hilfeleistung und polizeilichem Notstand, 2007, S. 37 ff., 96 ff.

[21] *Helmut Grothe*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Auflage 2015, BGB § 228 Rz. 1.

[22] *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 346 (Fn. 101).

[23] *Marcus Bieder*, Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Rechtsausübung, S. 148 ff. Zur Charakterisierung dieser Anwendungsfälle als „Notrecht" *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 96 f. (siehe auch Fn. 249).

Rechtsgüter, um akuten Gefahren zu begegnen. Die konkrete Gefahrensituation, deren Bewältigung einzig Zweck der Einwirkung ist, „schärft" die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch im Notstandsrecht des BGB. Denn in dem Maße, wie sowohl Mittel als auch Zweck einer Handlung klar umrissen sind, können beide juristisch ertragreich in Relation gesetzt werden. Zwar stehen sich in der Notstandskonstellation zwei Private formell auf Augenhöhe gegenüber, während im Polizeirecht der Zugriff des übermächtigen Staates droht. Doch lässt sich das Notstandsrecht als quasi-öffentlich-rechtlich rekonstruieren, wenn man es als bürgerlich-rechtlichen Annex zum Polizeirecht für Situationen, in denen polizeiliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann, begreift. Funktional dient dann das Notstandsrecht wie das Polizeirecht der Bewährung der Rechtsordnung und somit unmittelbar der Durchsetzung des Gemeinwohls.[24] Es muss dann weniger als formelle Ausnahme, sondern als materielle Komplettierung des staatlichen Gewaltmonopols verstanden werden. Ferner verbleibt der Figur auch hier ihre freiheitssichernde Stoßrichtung. Dem Notstandsberechtigten wird zwar gesetzlich der Zugriff auf fremde Rechtsgüter gestattet. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz versichert dem Notstandsverpflichteten jedoch, dass dieser Zugriff nur zur Gefahrenabwehr und nur im Rahmen des Erforderlichen und Angemessenen erfolgt. Die erlaubten Einwirkungen auf seine Rechtssphäre werden somit einzelfallabhängig relativiert, sie werden damit aus Sicht des im konkreten Fall Notstandsverpflichteten auch berechenbar.

Die inhaltliche Nähe des Notstandsrechts zum Polizeirecht[25] sowie die Tatsache, dass das Übermaßverbot lediglich in den §§ 228 und 904 BGB tatbestandlich angeordnet wird, während seine Anwendung bereits im Notwehrrecht hoch umstritten ist[26], nähren indessen Zweifel, ob sich das abgestufte Verhältnismäßigkeitsdenken hier bereits als breiter methodischer Ansatz des Privatrechts zu erkennen gibt. Jedenfalls kann an dieser Stelle noch nicht von einer Methodenmigration die Rede sein, da die Entwürfe zu den genannten Vorschriften des BGB ebenso alt sind wie die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zum polizeirechtlichen Verhältnismäßigkeitserfordernis.[27]

---

[24] *Marcus Bieder*, Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Rechtsausübung, S. 149 f.

[25] Dazu *Lena Kühnbach*, Solidaritätspflichten, S. 121 ff.

[26] Siehe etwa einerseits *Heinz-Peter Mansel*, in: Othmar Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 15. Auflage 2015, § 227 Rz. 7; *Helmut Grothe*, Münchener Kommentar zum BGB, BGB § 228 Rz. 1. Andererseits *Hermann Fahse*, in: Manfred Wolf/Hans Theodor Soergel/Wolfgang Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2: Allgemeiner Teil 2. §§ 104–240, 13. Auflage 1999, § 227 Rz. 39; *Jörg Neuner/Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage 2016, S. 268 ff.

[27] Siehe oben Fn. 20.

C. Migration ins Verfassungsrecht

Die erste Migrationsbewegung, die es im Folgenden zu beschreiben und zu untersuchen gilt, speist sich nun – wie sich zeigen wird – aus beiden Quellen. Sie führt nicht nur die Logik der polizeirechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle fort. Ihr neues Anwendungsfeld weist auch deutliche Parallelen mit den Konstellationen des notstandsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsdenkens auf. Die Rezeption der Verhältnismäßigkeitsprüfung im deutschen Verfassungsrecht der Nachkriegsjahre ist somit nicht allein ein intradisziplinäres Phänomen des öffentlichen Rechts. Bereits hier finden sich vielmehr Momente einer Methodenmigration, die über die Fächergrenzen hinausgreift.

Der Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung ins Verfassungsrecht ist jedoch auch aus einem zweiten Grunde von größter Relevanz für unser Thema. Stellt er doch den ersten Abschnitt einer unverhofft langen wie weiten Reise dar, welcher der Figur für so manche Folgeetappe erst den Weg wies.

I. Die frühe Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

Ein wichtiger erster Impuls ging dabei von der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs aus, des ersten Verfassungsgerichts im Deutschland der Nachkriegszeit.[28] Mit seiner Gründung im Jahr 1947[29] begann er bereits vier Jahre vor dem Bundesverfassungsgericht, eine eigene Grundrechtsdogmatik zu entwickeln. Schon in einer frühen Entscheidung vom 27. November 1948 schenkte der Gerichtshof dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine erste ausdrückliche Erwähnung.[30] Dort heißt es aus Anlass eines eigentumsrechtlichen Falles:

„Gemäß dem in Art. 98 Satz 2 BV ausgesprochenen Grundgedanken muss der Eingriff in die Privatrechtssphäre zur Beseitigung des öffentlichen Notstands *notwendig* sein. Er darf mit den eigenen Mitteln der Verwaltung oder auf andere Weise nicht behebbar sein. Er muss gegenüber dem Nichthandeln der Behörde das ‚kleinere Übel' darstellen. Bei seiner Durchführung ist der ‚Grundsatz der Verhältnismäßigkeit' zu beachten."[31]

Doch so schwer die Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf der Ebene des Verfassungsrechts später wiegen sollte, war der Rekurs auf die Figur in der vorbezeichneten Entscheidung noch kaum ein Akt visionärer Rechtsfort-

---

[28] *Hildegund Holzheid*, Zum Geleit, in: Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Hrsg.), Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1997, S. 5.

[29] Gesetz über den Verfassungsgerichtshof vom 22. Juli 1947, Bay GVBl S. 147.

[30] *Ingo Kraft*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 578.

[31] BayVerfGH – Vf. 6-VI-47 –, VGH n. F. 1 II 81 <91>, Hervorhebung auch im Original.