

# Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Herzstück im System verfassungskonformer exekutiver Wahrnehmung von Staatsaufgaben

Joachim Wolf\*

## Inhalt

|  |     |
|--|-----|
| A. Einleitung  | 641 |
| B. Offene dogmatische Grundfragen  | 642 |
| I. Zu enge Ableitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allein aus den Grund- und Freiheitsrechten des Grundgesetzes      | 642 |
| II. Die Dimension des rechtsstaatlichen Gewährleistungsgehalts des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit                     | 643 |
| C. Die Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgebots auf alle vom Grundgesetz her geprägten Bereiche des Rechts               | 643 |
| D. Der Weg eines „pragmatischen Verständnisses“ des Verhältnismäßigkeitsgebots über seine drei Grundelemente               | 644 |
| I. Verzicht auf eine dogmatische Gesamtkonzeption  | 645 |
| II. Das unklare Verhältnis der Grundelemente einer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität zueinander          | 646 |
| III. Das Grundelement der Erforderlichkeit entzieht sich einer allgemeingültigen Formel („milderes Mittel“)                | 646 |
| IV. Das umstrittene dritte Grundelement einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Proportionalität)                      | 648 |
| 1. Gescheiterte Bemühungen um das dritte Grundelement  | 648 |
| 2. Von der dreistufigen zur einstufigen Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes  | 649 |
| V. Die Rechtsprechung des BVerfG's zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz   | 650 |
| VI. Ansätze im Schrifttum zur dogmatischen Öffnung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit über seine Grundelemente hinaus | 650 |
| 1. Lerche's Annahme eines „dirigistischen Teils der Verfassung“  | 650 |
| 2. Rechtsstaatlich umfassender Ermächtigungsansatz aller Staatsgewalt (A. Bleckmann)                                       | 651 |

\* Professor (em.) bis 2014 an der Ruhr Universität Bochum (RUB) für Verwaltungsrecht, Umweltrecht und Planungsrecht; von 1998 bis 2014 geschäftsführender Direktor des Instituts für Friedenssicherungs- und humanitäres Völkerrecht (IFHV), einer zentralen wissenschaftlichen Einrichtung der RUB, Bochum (Germany); Research Fellow am Human Rights Center der University of the Free State, Bloemfontein (South Africa). Email: loam-mi.wolf@outlook.de.

|   |     |
|---|-----|
| E. Von konturlosen staatlichen Maßnahmen zu gesetzlich gestalteten Staatsaufgaben und ihrer rechtsstaatlichen Wahrnehmung                         | 653 |
| I. Gesetzlich gestaltete Staatsaufgaben – die bislang fehlende inhaltlich-materiellrechtliche Basis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes           | 653 |
| II. Staatsaufgaben – Staatszwecke   | 654 |
| III. Doppelcharakter von Staatsaufgaben – Prinzipieller staatsrechtlicher Verpflichtungscharakter und kompetenzrechtliche Ermächtigungsgrundlagen | 655 |
| IV. Rechtlicher Erforderlichkeitsgehalt der jeweiligen Staatsaufgabe  | 656 |
| 1. Walfangtragödie  | 656 |
| 2. Von der Walfangtragödie zum exzessiven Handelsschiffahrtsverkehr   | 658 |
| F. Schlußbemerkung  | 658 |

## Abstract

Dogmatisch leiten Lehre und Rechtsprechung den denkbar weiträumigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus der rechtsstaatlichen Ordnung der Verfassung wie aus den Grund- und Freiheitsrechten des Grundgesetzes her. Nach der in diesem Beitrag entwickelten Grundthese besteht der Gewährleistungsgehalt des Gebots der Verhältnismäßigkeit in der verfassungskonformen exekutiven Wahrnehmung allgemeiner Staatsaufgaben im Ge-meinwohlinteresse. Weitere für die Handhabung dieses Grundprinzips wesentliche Elemente liegen außerhalb des Grundgesetzes. Sie müssen aus der Gesetzgebung wie der Rechtsprechung des BVerfG's ermittelt werden. Mit der systematischen Trennung zwischen dem auf das Gemeinwohl bezogenen staatlichen Verantwortlichkeits- und Tätigkeitsbereich auf der einen Seite und dem individual-gesellschaftlich geprägten Freiheits- und Eigenverantwortungsbereich auf der anderen hat das Grundgesetz die rechtsstaatliche Grundlage für eine Staat und Gesellschaft umfassende Gesamtrechtsordnung geschaffen, auf die sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezieht. Grundelemente dieses Grundsatzes sind die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Proportionnalität im engeren Sinne) staatlicher Maßnahmen. Verfassungsrechtlich geht es immer um ein einziges Kriterium – die Erforderlichkeit. Gesetzlich gestaltete Staatsaufgaben liefern die bislang fehlende materiellrechtliche Basis, welche eine inhaltliche Aufschlüsselung des Erforderlichkeitskriteriums durch Abstufungen bei der Mittelauswahl im Rahmen der konkreten Aufgabenwahrnehmung ermöglichen. Erstens werden über die Staatsaufgaben alle Bereiche des Rechts für diesen rechtsstaatlichen Maßstab zugänglich und das Kernelement verhältnismäßiger Wahrnehmung von Staatsaufgaben liefert zugleich den übergreifenden einzelfallbezogenen Ausführungsmaßstab.

## The principle of proportionality – the centrepiece of the system of constitutionally compliant executive performance of state tasks

The doctrine of proportionality as it evolved in precedent and jurisprudence is based on the idea of the Rechtstaat or constitutional state based on the rule of law and human rights as foundational principles of the Basic Law (as the German constitution is called). The principle of proportionality, it is argued here, underpins all executive power and implies that the Executive must execute its state functions in conformity with constitutional principles, abiding by the normative foundation of the bill of rights, and that it should serve the common interest. Other elements essential to the application of the principle of proportionality are not explicitly regulated by the Basic Law. They must be distilled from legislation and legal precedent of the Federal Constitutional Court (BVerfG). The Basic Law has created a rule-of-law foundation rooted in the principle of proportionality for a comprehensive legal order encompassing both the state and society, whereby it makes a clear distinction between the sphere of state competency to regulate and execute state functions based on the common good, on the one hand, and the sphere of personal and societal responsibility and freedom, on the other. According to the prevailing doctrine, the principle of proportionality consists of three elements: the suitability of measures taken, the necessity of such measures, and proportionality in the narrower sense. From a constitutional-law perspective, it is seen as a single criterion – the necessity of the measure. Legislation that regulates state powers and obligations in practical terms, provides substantive legal norms that is aimed at curbing excesses of state authority and serves as a filter to temper harshness of statutory provisions and executive exercise of state power in a specific instance. Thus, in the execution of state functions all areas of law are subject this normative standard, and the core element of proportionality of state action simultaneously finds its expression in case-specific implementation of the standard.

**Keywords:** principle of proportionality; suitability; necessity; proportionality in the narrower sense; state functions; common good; bill of rights freedoms

### A. Einleitung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch ist seine verfassungsrechtliche Verankerung in zwei Punkten in Lehre und Rechtsprechung außer Streit: Als Gesetzesgebundenheit aller exekutiven Staatsgewalt in Art. 20 Abs. 3 GG sowie als verfassungsrechtlicher Gesetzesvorbehalt aller staatlichen Eingriffe in Grund- und Freiheitsrechte der Bürger in Art. 1 Abs. 3 GG. Beide Eckdaten dieser verfassungsrechtlichen Verankerung werden in der Rechtsprechung des BVerfG's wie in weiten Teilen der Lehre als Teilelemente eines übergreifenden Verfassungsgebots rechtsstaatlicher Ordnung des Grundgesetzes eingeordnet, die aber aus dem Grundgesetz selbst in der Regel nicht überzeugend begründet wird. Nach der Grundthese, die in diesem Beitrag schrittweise entwickelt

und begründet werden soll, besteht der primäre und umfassende Gewährleistungsgehalt des Verfassungsgebots der Verhältnismäßigkeit in der verfassungskonformen exekutiven Wahrnehmung allgemeiner Staatsaufgaben im Gemeinwohlinteresse.

## B. Offene dogmatische Grundfragen

Funktion, Inhalt und Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lassen sich allein aus Einzelbestimmungen des Grundgesetzes heraus nicht ermitteln. Es fehlen übergreifende Systemzusammenhänge im Rechtsstaatsgebot wie im Grundrechtsabschnitt der Art. 1 bis 19 GG, die beide zusammen als maßgebliche Verfassungsgrundlagen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Lehre und Rechtsprechung zu Recht außer Streit sind. Ob man sich einer möglichst vollständigen Deutung und Erfassung des denkbar weiträumigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entweder über die rechtsstaatliche Ordnung der Verfassung, oder über die Grund- und Freiheitsrechte des Grundgesetzes oder über die Modalitäten eines im Grundgesetz teils enthaltenen teils in ihm vorausgesetzten Staatshandlungssystems anzunähern versucht – stets bleiben gewisse Defizite übrig. Fortbestehende Lücken in der Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes röhren vor allem daher, dass weder die im Grundgesetz vorhandenen Grundlagen des Rechtsstaatsgebots noch die in den Grundrechtsbestimmungen verankerten systematischen Grundlagen in Lehre und Rechtsprechung bisher vollständig ausgeschöpft worden sind.

### I. Zu enge Ableitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allein aus den Grund- und Freiheitsrechten des Grundgesetzes

Als bloßes Beschränkungsprinzip allen staatlichen Handelns zum Schutz individueller Grund- und Freiheitsrechte von Bürgern – so wichtig dieser Aspekt ist – gerät der primäre Gewährleistungsbereich dieses Verfassungsprinzips im Gebot rechtsstaatskonformer Wahrnehmung allgemeiner Staatsaufgaben leicht aus dem Blick. Mit einer bloßen negatorischen Eingriffsschranke in den Grund- und Freiheitsrechten blieben weite Bereiche der Gesellschaft und des Zivillebens sich selbst überlassen. Lebens- und Rechtsbereichen wie der Arbeitswelt, dem Streikrecht, der Religionsausübung oder Ehe, Familie und Eltern-Kind-Beziehungen kommt aber eine im Grundgesetz verankerte weitreichende Bedeutung für die individuelle Entfaltung wie für die gesellschaftliche Entwicklung zu. Diese Dimension verlangt Rahmenbedingungen und rechtliche Gestaltungen durch den Staat, nicht dagegen primär Beschränkungen des Staats. Auch pragmatische Kurzformeln für das Verhältnismäßigkeitsprinzip wie eine verhältnismäßige *Zweck-Mittel-Relation* für Staatstätigkeiten<sup>1</sup> oder eine *Angemessenheit ihrer Belastungseffekte* für betroffene Bürger nach Maßgabe ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit,<sup>2</sup> mögen zwar einen Eindruck von der Funktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips vermitteln. Sie

1 Hierzu unten Abschnitt B. I, C. I, D. I. und E. II. 3.

2 Hierzu unten Abschnitt D. IV. 1.

haben aber per se keinen rechtlichen Gehalt. Vieles von diesen Desideraten hat als offen gebliebene Last auf die eine oder andere Weise in die rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Eingang gefunden.

## II. Die Dimension des rechtsstaatlichen Gewährleistungsgehalts des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Um die Dimension des rechtsstaatlichen Gewährleistungsgehalts des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erfassen, wird man nicht umhinkommen, die Suche nach überzeugenden Erklärungen für die Rechtsgrundlagen, den Inhalt und die weiträumige Wirkungsweise dieses Grundsatzes so offen und so umfassend wie möglich auszurichten. Dazu gehören auch Grundlagen und Erklärungen außerhalb des Verfassungsrechts. So eindeutig es sich aufgrund seiner umfassenden Bedeutung für die gesamte Staats- und Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes um ein Verfassungsprinzip handelt, so wenig können alle Rechtsgrundlagen, Geltungsbereiche und Modalitätskriterien für die rechtspraktische Durchführung von Verhältnismäßigkeitskontrollen nur aus dem Grundgesetz selbst abgeleitet werden. Weitere wesentliche Elemente für das Verständnis und die Handhabung dieses staatstragenden Grundprinzips müssen aus der parlamentarischen Gesetzgebung sowie aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BVerfG's wie der Fachgerichte ermittelt werden.

### C. Die Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgebots auf alle vom Grundgesetz her geprägten Bereiche des Rechts

Das Grundgesetz hat mit der systematischen Trennung zwischen dem auf das Gemeinwohl bezogenen staatlichen Verantwortlichkeits- und Tätigkeitsbereich auf der einen Seite und dem individual-gesellschaftlich geprägten Freiheits- und Eigenverantwortungsbereich auf der anderen die rechtsstaatliche Grundlage für eine Staat und Gesellschaft umfassende Gesamtrechtsordnung geschaffen. Es gehört zur prägenden Struktur dieses Grundgesetzes von 1949, dass sich eine solche Trennung nicht nur aus positivrechtlichen Einzelbestimmungen ableiten lässt, sondern insbesondere auch aus einer summarischen Zusammenschau jeweils strukturell zusammengehöriger Verfassungsbestimmungen folgt.<sup>3</sup>

Das Ergebnis einer solchen Zusammenschau sind in sich homogene Rechtssphären, die sich inhaltlich wie strukturell klar dem einen oder dem anderen Bereich zuordnen lassen. Diesem Sphärenkonzept liegt keine strikte, sondern eine lediglich systematische Trennung der beiden Bereiche Staat und Gesellschaft zugrunde. Sie lässt Raum für vielfältige Verbindungen und Zusammenhänge zwischen beiden

3 Kunig, S. 85 ff. spricht vom Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes als einem „allgemeinen Verfassungsgrundsatz“. Wie hier nimmt Bleckmann, JuS 1994, S. 177 eine vom GG her geprägte Gesamtrechtsordnung aus kollektivrechtlichem staatlichen Bereich und individual-gesellschaftlichem Freiheitsbereich an, auf der das Rechtsstaatsprinzip umfassend aufbaut.

Sphären, die der im Ergebnis simplen, in ihren Details aber hochkomplexen Lebenswirklichkeit Rechnung tragen, dass beide Sphären trotz aller Strukturunterschiede aufeinander bezogen sind und sich gegenseitig tragen und erhalten. Ihre strikte Trennung würde letztlich eine gesamtstaatliche Rechtsordnung unmöglich machen, die Staat und Gesellschaft übergreift. Hierin liegt das dem Grundgesetz zugrundeliegende Konzept einer Staat und Gesellschaft übergreifenden homogenen Gesamtrechtsordnung.

In den individuellen Grund- und Freiheitsrechten der Art. 1 bis 19 GG wie im umfassenden, in seinen Teilelementen aber offen gebliebenen Rechtsstaatsgebot sind weiträumige Verfassungsgrundlagen verankert, die in Lehre und Rechtsprechung zu grundlegenden Verfassungsprinzipien weiterentwickelt wurden. Nach dem heutigen Stand der Staats- und Verfassungsrechtslehre und der Rechtsprechung des BVerfG's sind mit den individualrechtlichen Grund- und Freiheitsrechten und dem Rechtsstaatsgebot zugleich maßgebliche Rechtsgrundlagen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Übermaßverbots benannt.<sup>4</sup> Diese weiträumigen Verfassungsgrundlagen enthalten alle wesentlichen Voraussetzungen für die Entstehung und die umfassende rechtliche Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsgebots. Seine Grundstruktur knüpft an dieselbe Spannungslage zwischen Staat und Gesellschaft an, wie sie das Grundgesetz für eine übergreifende Gesamtrechtsordnung geschaffen hat (Zweck-Mittel-Struktur) und enthält mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dieselbe Grundregel einer Konfliktvermeidung und ggf. Konfliktauflösung zwischen beiden Bereichen.

#### D. Der Weg eines „pragmatischen Verständnisses“ des Verhältnismäßigkeitsgebots über seine drei Grundelemente

Die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Staat und Gesellschaft umfassendes Verfassungsprinzip, das alle Ebenen der Staatsgewalt erfasst und sich in alle Bereiche des vom Staat geprägten öffentlichen Rechts hinein erstreckt, ist prinzipiell unbestritten. Nach der Jahrzehntelangen ständigen Bedeutungszunahme des Verhältnismäßigkeitsgebots in der Rechtspraxis stößt man heute auch auf kritische Stimmen, die vor einer Überstrapazierung dieses allgegenwärtigen Grundsatzes warnen.<sup>5</sup> Das ändert nichts daran, dass sich eine gesicherte anwendungsbezogene Dogmatik, mit der sich alle konkreten Prüfungen der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall bewältigen lassen, bisher noch nicht entwickelt hat.

4 Vgl. Kunig (Fn. 12), S. 165, 195 ff.; Grabitz, AÖR 1973/4, S. 584 ff.

5 Vor einer Überdehnung des gesetzesbindenden Übermaßverbots warnte schon früh *Lerche*, Vorwort. Siehe auch *Krebs*, Jura 2001, S. 233 – kritisch gegenüber einem Verständnis des Übermaßverbots als Universalprinzip. Deutliche Kritik auch bei *Ossenbühl*, Jura 1997, S. 621: „Der Verfassungsrang des Übermaßverbots erhebt den Richter zum Herrn über das parlamentsbeschlossene Gesetz und trägt damit die Gefahr einer Machtverschiebung im Gefüge der Staatsfunktionen in sich. Verhältnismäßigkeit herzustellen, ist zuvörderst eine Aufgabe des Gesetzgebers.“.

## I. Verzicht auf eine dogmatische Gesamtkonzeption

Prinzipiell unbestrittene *Grundelemente* des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Proportionalität im engeren Sinne) staatlicher Maßnahmen, mit denen zuständige Stellen ihre jeweiligen Ziele zu verfolgen und Aufgaben zu erfüllen haben. Zu Funktion, Inhalt und Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind noch zahlreiche Fragen offen. Allenfalls über seine verfassungsrechtlich erforderliche staatsbegrenzende Grundfunktion besteht weitgehende Einigkeit.<sup>6</sup> Der materielle Regelungsgehalt bleibt ebenso unscharf und letztlich offen wie die weitergehende Grundfrage, ob es sich überhaupt um einen Rechtssatz handelt, der auf explizite Regelungen im Grundgesetz und in Parlamentsgesetzen zurückgeführt werden kann. Diese positivrechtliche Prämisse ist lediglich im Hinblick auf Teilmerkmale außer Streit, die auf einer Qualifizierung als bloße Ausschnitte aus einem vorausgesetzten Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit beruhen. Auch normtheoretische Untersuchungsansätze auf der Grundlage der Unterscheidung zwischen Prinzip und Norm<sup>7</sup> haben die dogmatischen Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsgebots nicht weiter vorangebracht. Sie tendieren im Gegenteil dazu, die rechtsstaatliche Dimension verfassungsrechtlich gewährleisteter personaler Freiheit in Staat und Gesellschaft zu relativieren und damit einen Kernbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu vernachlässigen.

Lehre und Rechtsprechung haben sich stillschweigend seit langem unter Verzicht auf eine umfassende dogmatische Konzeption in unmittelbarem Zugriff auf die Funktion des Verhältnismäßigkeitsgebots als rechtsstaatlicher Kontrollmaßstab auf eine pragmatische Handhabung mit Hilfe der genannten Grundelemente verständigt. Ihre prägende Bedeutung für den gesamten Umgang mit diesem Verfassungsgrundsatz beruht auf ihrer gedanklichen Herleitung aus einer *Zweck-Mittel-Relation*, auf die strukturell auch die meisten staatlichen Tätigkeiten zurückgeführt werden können. Praktische Schwierigkeiten im Umgang mit diesen Grundelementen bei Verhältnismäßigkeitskontrollen beginnen damit, dass die Ableitungsgrundlage einer abstrakten Zweck-Mittel-Relation in staatlichen Maßnahmen völlig inhaltlos bleibt. Sie trägt als bloße Struktur inhaltlich nichts zu einer im Einzelfall durchzuführenden Kontrolle der Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen bei. Das gilt ebenso für die aus dieser abstrakten Zweck-Mittel-Relation hergeleiteten Grundelemente einer Geeignetheit und Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen, solange es bei bloßen strukturellen Ableitungen aus einem vorausgesetzten Verfassungsprinzip bleibt. Verschärft wird das Problem einer zu abstrakt gebliebenen inhaltlichen Substanz dadurch, dass dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dogmatische Öffnungen gegenüber einer parlamentarischen, exekutiven und gerichtlichen Rechtspraxis fehlen. Es sind die auf allen Stufen der Ausübung staatlicher Gewalt entstehenden realen Kontexte, die den unverzichtbaren sachverhaltsmäßi-

6 Vgl. statt Vieler *Lerche*, S. 65 ff., 75 ff.; und *Bleckmann*, JuS 1994/3, S. 177.

7 Vgl. *Esser*, S. 51 ff.; *Esser*, S. 35 ff.; *Alexy*, S. 100 ff.; *von Arnould*, JZ 2000/6, S. 276.

gen Stoff für Verhältnismäßigkeitsprobleme liefern, die aus dem Spannungsverhältnis zwischen gesellschaftlich-individualer Freiheitssphäre und staatlicher Aufgabenwahrnehmung entstehen.

## **II. Das unklare Verhältnis der Grundelemente einer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität zueinander**

Die Vorstellung, ein auf alle Bereiche der Staat und Gesellschaft übergreifenden Gesamtrechtsordnung erweitertes Verhältnismäßigkeitsgebot lediglich von seinen Grundelementen her aufschlüsseln und praktisch realisieren zu können, ist vom Ansatz her wenig aussichtsreich. Es fällt auf, dass diese Elemente der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne stets in derselben Reihenfolge genannt werden, für die es keine objektive Grundlage gibt und die niemand von einem übergreifenden Konzept her zu erklären versucht.

Ein maßgeblicher Impuls für die rechtsstaatliche Begründungsbedürftigkeit aller in Rechte von Einzelpersonen eingreifender staatlicher Maßnahmen kam aus der besonderen grundrechtlichen Relevanz polizeirechtlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen. Er setzte sich auch in der Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes über seine traditionellen Grundlagen im Polizeirecht hinaus in alle Bereiche des Rechts fort. Das erklärt nicht nur die prägende Bedeutung der Grundelemente einer Geeignetheit und Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen, sondern auch die verbreitete Annahme eines Vorrangs des Gebots der Geeignetheit vor demjenigen der Erforderlichkeit, an dem die staats- und verfassungsrechtliche Dogmatik überwiegend festhält. Das lässt sich damit erklären, dass die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung den Einsatz effektiver Mittel der Gefahrenabwehr verlangt, die aufgrund des rechtsstaatlichen Gewaltmonopols legal allein dem Staat zur Verfügung stehen.

Im Zuge der Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>8</sup> ist ein genereller Vorrang des Geeignetheitselements vor demjenigen der Erforderlichkeit nicht mehr begründbar. Er mag auch künftig für neue staatliche Aufgabenfelder begründbar bleiben, die von der Sache her eine dominante Eingriffsstruktur und ein entsprechendes Effektivitätsgewicht beim Mitteleinsatz aufweisen. Als Bestandteil eines Verfassungsprinzips ist er überholt.

## **III. Das Grundelement der Erforderlichkeit entzieht sich einer allgemeingültigen Formel („milderes Mittel“)**

Dem Element der Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen wird in Lehre und Rechtsprechung bei Prüfungen der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbots die größte Aufmerksamkeit geschenkt. Das liegt zum einen an der erheblichen Bandbreite von Sachverhalten, die staatliche Maßnahmen verlangen und die von un-

8 Siehe hierzu näher unten Abschnitt E.

terschiedlichsten Ansätzen her immer wieder neu die Frage nach ihrer Erforderlichkeit aufwerfen. Es liegt aber auch am rechtlichen Maßstab der Verhältnismäßigkeit, der in Kontrollen der Erforderlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen sein rechtspraktisch effektivstes Element aufweist. Es sind die Kontrollen der Erforderlichkeit, nicht der Geeignetheit und Proportionalität im engeren Sinne, die zur herausragenden Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Rechtspraxis geführt haben. Hierzu hat die Rechtsprechung des BVerfG's wichtige Beiträge geliefert. Verglichen mit dem konkreten Erforderlichkeitsmaßstab haben abstrakte Geeignetheitsprüfungen oder isolierte Proportionalitätsprüfungen in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nie eine signifikante Bedeutung erlangt.

Das möglicherweise „mildere Mittel“, das sich als Kriterium für Prüfungen der Erforderlichkeit in Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt hat,<sup>9</sup> trifft den Grundgedanken einer Verhältnismäßigkeitsdogmatik, die bei staatlichen Eingriffen in Rechte einzelner und Belastungen der Allgemeinheit ansetzt und nach ihrem Verhältnis zum jeweiligen politischen Kontext und seiner staatsrechtlichen Grundlage fragt: Ist die konkret ergriffene und auf ihre Erforderlichkeit hin zu überprüfende staatliche Maßnahme im Rahmen dessen geblieben, was als *erforderliche Maßnahme* aus diesem politisch-staatsrechtlichen Kontext gemessen am jeweiligen Eingriffseffekt im Hinblick auf die Erfüllung der Staatsaufgabe begründbar ist? Vom System des Rechtsstaats her ist das für den Bereich der Eingriffsverwaltung zweifellos die richtige Fragestellung. Für alle anderen Bereiche und Formen staatlicher Tätigkeiten, mit denen keine gezielten Eingriffe in Rechte einzelner verbunden sind, muss der fehlende Eingriffseffekt durch weiter ausgreifende und flexiblere Maßstäbe ersetzt werden. Das gilt insbesondere für hybride Mischformen zwischen grundrechtsbeschränkenden staatlichen Eingriffen und rechts- und freiheitserweiternden Formen rechtlicher Ausgestaltung privater Rechtspositionen.<sup>10</sup>

Das Problem mit dem *milderen Mittel* verglichen mit tatsächlich ergriffenen Maßnahmen ist nicht nur sein spezifischer Zuschnitt auf die Eingriffsverwaltung, sondern seine inhaltliche Offenheit und Uferlosigkeit. Zur Problematik des Maßstabs gehört hierbei in erster Linie die Realitätsgrenze zwischen in der Entscheidungssituation tatsächlich verfügbaren oder nur denkbaren mildernden Mitteln. Aber auch innerhalb des Bereichs real zugänglicher milderer Mittel können vorhandene Alternativen einen Umfang annehmen, der zuständige Behörden in ihrer Entscheidung blockiert. Das passiert, wenn vom gesunden Menschenverstand her erforderliche staatliche Maßnahmen durch inhaltlich offen gebliebene Rechtsstaatspostulate politisch oder über den Rechtsweg verhindert werden. Mit der tatbestandlichen Unabgeschlossenheit offener Verfassungsprinzipien muss man leben. Das gilt auch für das Kriterium der Erforderlichkeit. Wann eine staatliche Maßnahme im konkreten Fall erforderlich ist, lässt sich abstrakt nicht sagen. Darüber besteht im einschlägigen

9 BVerfG 30, 292 (316); 33, 171 (187); *Hirschberg*, S. 43 ff.; *Kluth*, JA 1999, S. 609.

10 Vgl. *Bleckmann*, JuS 1994/3, S. 177, 179; im Hinblick auf Grundrechtsdrittewirkungen im Privatrecht und *Lerche's* Gesetzestypisierung, die zu unterschiedlicher Anwendung und Auswirkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf der Gesetzgebungsebene führen (*Lerche*, S. 65 ff., 75 ff.).

Schrifttum Einigkeit. Die Tragweite dieses Befunds für den praktischen Umgang mit dem Verhältnismäßigkeitssgebot wird deutlicher, wenn man sich klarmacht, dass hiervom die Aufschlüsselung der rechtlich einschlägigen Relationen bei der Kontrolle der Verhältnismäßigkeit abhängt.

#### **IV. Das umstrittene dritte Grundelement einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Proportionalität)**

Im Zuge der Erweiterung des Verhältnismäßigkeitssgrundsatzes auf alle Bereiche des Rechts wurden Modifikationen im praktischen Umgang mit den Grundelementen unumgänglich. Sie werden in deutlich verstärkten Bemühungen um das dritte Grundelement einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erkennbar, die gedanklich zunehmend mit *Proportionalität* schlechthin gleichgesetzt wird.<sup>11</sup>

Im Zuge dieser Gewichtsverschiebungen zwischen den Grundelementen sind insbesondere auf der Gesetzgebungsebene unbewältigte Fragen aufgetreten. Dass Verhältnismäßigkeitssprüfungen auf der Legislativebene mitunter keinen rechten Sinn ergeben, hat schon *Lerche* erkannt und in seiner auf die Gesetzgebung konzentrierten Untersuchung zum Übermaßverbot vorgeschlagen, auf ein Geeignetheitsgebot als Grundelement des Verhältnismäßigkeitssprinzips generell zu verzichten.<sup>12</sup> Für die Gesetzgebungsebene ist dem sicherlich zu folgen, weil hier etwaige Geeignetheitskontrollen durch Gerichte unvermeidbar in den Kernbereich gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit hineinführen. Im System des Grundgesetzes ist die Gesetzgebung die umfassend demokratisch legitimierte staatliche Gestaltungskraft, aus der auch die Exekutivmacht des Staates abgeleitet ist. Diese Verfassungsgrundlage des Staates schlechthin kann nicht der Kontrolle einer anderen Teilstaatsgewalt überantwortet werden, die ihrerseits übergeordneten Verfassungbindungen unterliegt. Im Hinblick auf dieses Fehlergebnis sind die vom Ansatz her zutreffenden Bemühungen um eine dogmatische Erweiterung des Verhältnismäßigkeitssgrundsatzes auf alle Ebenen der Staatsgewalt zu weit gegangen.

##### **1. Gescheiterte Bemühungen um das dritte Grundelement**

Angemessenheit grundrechtsbeeinträchtigender staatlicher Maßnahmen, Verhältnismäßigkeit solcher Maßnahmen im engeren Sinne, Proportionalität oder Zumutbarkeit – das sind die einschlägigen Kriterien in den Diskussionen um die Suche nach dem als fehlend empfundenen dritten Grundelement des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.<sup>13</sup> Bei allen genannten Kriterien geht es um die Suche nach der richtigen Relation zwischen konkreten Maßnahmen, die staatliche Stellen zur

11 So z.B. *Grabitz*, AÖR 1973/4, S. 575 ff.; *Gentz*, NJW 1968/21, S. 1600; BVerfG 7, 377 (407); 28, 264 (280); 159, 223, Rn. 119 vom 29. September 2022 – Tierarztvorbehalt.

12 *Lerche*, S. 21.

13 Zur unterschiedlichen Terminologie siehe *Grabitz*, AÖR 1973/4, S. 570 f.; BVerfG 159, 223, Rn. 119 vom 29. September 2022 – Tierarztvorbehalt.

Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergreifen, und belastenden Auswirkungen dieser Maßnahmen auf betroffene Bürger oder die Allgemeinheit. Das ist zwar ein wichtiger und richtiger Schritt über bloße Mittelbetrachtungen hinaus in den Geltungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgebots hinein. Denn nur das dritte Grundelement führt zum Kern dieses Gebots, weil es als einziges Element offen für Verhältnisse – Relationen – zu anderen Faktoren staatlicher Tätigkeiten ist.<sup>14</sup> Aber diese Relationen lassen sich mit dem üblichen Verständnis des Erforderlichkeitselements als „milderes Mittel“ bei staatlichen Maßnahmen nicht aufschlüsseln.

## 2. Von der dreistufigen zur einstufigen Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Neben der unklaren Terminologie *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* werden beim gesuchten dritten Element der Regelungsbehalt des Verfassungsgrundsatzes mit der methodischen Verhältnismäßigkeitsprüfung im konkreten Einzelfall miteinander vermenkt. Rechtlich um ein einziges Kriterium: Die Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen. Sowohl die Eignung einer konkret ergriffenen staatlichen Maßnahme als auch ihre Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind lediglich methodische Unterpunkte bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit *jeder formal korrekten staatlichen Eingriffsmaßnahme* handelt. Wird die Erforderlichkeit bejaht, ist der Eingriff rechtmäßig.<sup>15</sup> Es kommt also alles auf eine überzeugende rechtliche Bestimmung des Erforderlichkeitselements an.

Wenn bei Prüfungen der Erforderlichkeit in der Rechtspraxis nach dem am wenigsten schädigenden Mittel gefragt wird, um das jeweilige Ziel zu erreichen, liegt das nicht von vornherein neben der Sache – mit *einer* wichtigen Einschränkung: Dass man stets bei den in der Entscheidungssituation real vorhandenen möglichst wenig schädigenden Mitteln bleibt und nicht in den Bereich lediglich *denkbar* am wenigsten schädlicher Mittel abgleitet, wie es dem BVerfG mitunter passiert.<sup>16</sup> Dieser Bereich ist irreal und uferlos.

14 So dezidiert auch das BVerfG im Beschluss vom 29. September 2022 zum Tierarztvorbehalt, BVerfG 159, 223 Rn. 119 (Dritter Leitsatz).

15 Im Ergebnis wie hier wohl auch Bleckmann, JuS 1994/3, S. 177 ff. Bleckmann nennt zwar stets Eignung und Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen als Grundelemente des Verhältnismäßigkeitsprinzips, behandelt beide innerhalb dieses Verfassungsprinzips aber durchweg als gleichermaßen konstitutive Kriterien.

16 Jedenfalls gibt es eine Reihe von Entscheidungen des BVerfG's zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die so (miß-)verstanden werden können, dass die Verhältnismäßigkeitsfrage auf der Grundlage eines lediglich *denkbar* mildesten Mittels zu beurteilen sei. Den Weg zu diesem Verständnis öffnet das BVerfG selbst dadurch, dass es als rechtliche Beurteilungsgrundlage nur noch Verfahrensregeln heranzieht und keine tatbestandlich geschlossenen materiellrechtlichen Regeln. Vgl. z.B. BVerfG 11, 30 (44 f.); 30, 292 (324); 17, 306 (313 f.); 20, 150 (259). Siehe zu dieser Rechtsprechungspraxis auch Grabitz, Fn. 13, S. 381 ff., 383.

## V. Die Rechtsprechung des BVerfG's zum Verhältnismäßigkeitssatz

Nach dem BVerfG ergeben sich „die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbots ...als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip...und (haben) deshalb Verfassungsrang“.<sup>17</sup> Bei seiner Ableitung beschränkt sich das Gericht aber nicht auf eine Konkretisierung des Rechtsstaatsgebots als einem offenen Verfassungsprinzip im System des Grundgesetzes, zu dessen (mit)konstituierenden Elementen auch die Grundrechte gehören. Ergänzend fügt das Gericht für den Bereich der Freiheitsrechte hinzu, dass sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „im Grunde aus dem Wesen der Grundrechte selbst“ ergebe, „die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.“<sup>18</sup> Wie weit der Gesetzgeber die Grund- und Freiheitsrechte der Bürger hierbei im Rahmen der Schrankenvorbehalte von Art. 1 bis 19 GG einschränken könne, müsse sich aus dem Grundgesetz selbst ergeben. Damit trägt das BVerfG allen wesentlichen Verfassungsanforderungen an die Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen Rechnung.

## VI. Ansätze im Schrifttum zur dogmatischen Öffnung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit über seine Grundelemente hinaus

Zur rechtsstaatlich gebotenen Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgebots über die Eingriffsverwaltung hinaus in alle Bereiche des Rechts haben zwei Abhandlungen im Schrifttum Beiträge geleistet, die zugleich wichtige Ansätze zur dogmatischen Öffnung des Verhältnismäßigkeitsgebots über pragmatische Beschränkungen auf bloße Grundelemente hinaus enthalten. Das sind *Lerche's* grundlegende Schrift zum Übermaßverbot<sup>19</sup> und drei Jahrzehnte später *Bleckmann's* umfassender kompetenzrechtlicher Ansatz zur Erweiterung des Rechtsstaatsgebots auf alle Formen und Initiativen staatlicher Tätigkeit.<sup>20</sup>

### 1. Lerche's Annahme eines „dirigistischen Teils der Verfassung“

Um den Gesetzgeber trotz seiner prinzipiellen Gestaltungsfreiheit auf das nach *Lerche's* Terminologie im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit enthaltene Übermaßverbot zu verpflichten, leitete *Lerche* aus dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitspostulat selbst wie aus dem Bestimmtheitsgebot und dem allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes einen „dirigistischen Teil der Verfassung“ ab. Das seien an den Gesetzgeber adressierte verpflichtende Verfassungsdirektiven, die

17 BVerfG 2, 1 (79); 17, 108 (117 f.); 20, 45 (49 f.).

18 BVerfG 20, 45 (49 f.).

19 *Lerche*.

20 *Bleckmann*, JuS 1994/3, S. 177.

„in stetigem Tun...vollzogen werden müssen“.<sup>21</sup> Dieses Verständnis scheitert daran, dass die Verfassungsdirektiven, die *Lerche* aus einem „dirigierenden Teil der Verfassung“ herleiten will, in erster Linie an die exekutive Staatsgewalt gerichtet sind und nicht an den Gesetzgeber (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch der allgemeine Gleichheitssatz bindet die Gesetzgebung in erster Linie nur in Form eines Willkürausschlusses, lässt dem Gesetzgeber aber im Übrigen weitreichende Freiheiten zur Ungleichbehandlung.<sup>22</sup> Demgegenüber ist die vollziehende Gewalt strikt an die Gleichheit der Gesetzesanwendung gegenüber jedermann gebunden. Das erklärt, warum durch gezielte Rechtsbeschränkungen ausgelöste Verhältnismäßigkeitskontrollen auf der Eingriffsebene in Grundrechte im jeweiligen Kontext schwerpunktmaßig Mitteleinsatz-Kontrollen bleiben müssen und keine Zweckkontrollen sein dürfen, die sich auf die parlamentarische Gesetzgebungsebene erstrecken. Mit der Annahme verpflichtender Verfassungsdirektiven im Sinne *Lerche's* wird der Gesetzgeber jedoch inhaltlichen Bindungen unterworfen, die mit der Gestaltungsfreiheit des Parlaments als unmittelbar demokratisch gebildete und legitimierte Staatsgewalt nicht zu vereinbaren sind.

## 2. Rechtsstaatlich umfassender Ermächtigungsansatz aller Staatsgewalt (A. Bleckmann)

Mit seiner Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei staatlichen Eingriffen in den Schutzbereich der Grund- und Freiheitsrechte des Grundgesetzes setzt *Bleckmann* im Einklang mit der überwiegenden Lehre grundrechtlich an, geht aber danach in mehreren Schritten über diesen Ansatz hinaus. Nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgebots seien solche Eingriffe nur gestattet, wenn sie zur Durchsetzung eines überwiegenden, im Lichte der Verfassung legitimen öffentlichen oder privaten Interesses geeignet und erforderlich seien. Teilweise passt das zwar noch zum grundrechtlichen Ansatz, geht aber schon mit dem unscheinbar klingenden Zusatz überwiegender „öffentlicher oder privater Interessen“<sup>23</sup> deutlich über den rein grundrechtlichen Rahmen hinaus. Mit dem Gedanken eines generellen Staatsausschlusses aus der im Rechtsstaat des Grundgesetzes vorausgesetzten umfassenden und prinzipiell gegenüber dem Staatsbereich vorrangigen individuellen und gesellschaftlichen Freiheitssphäre verlässt *Bleckmann* den grundrechtlichen Rahmen weiter in Richtung auf eine umfassende Rechtsstaatsargumentation.

Zwei eigenständige Grundgedanke ragen aus dieser Argumentation hervor, mit denen das Rechtsstaatsgebot als primäre dogmatische Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips ein klares Profil erlangt. Das ist zum einen die These vom bereits im Rechtsstaatsprinzip – und nicht erst im Grundrechtsteil der Art. 1 bis 19 GG – verankerten Güterabwägungsprinzip<sup>24</sup> sowie die weitere These von der

21 *Lerche*, S. 65 ff., 75 ff.

22 Zur Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes für das Verhältnismäßigkeitsprinzip siehe *Grabitz*, AöR 1973/4, S. 599.

23 *Bleckmann*, JuS 1994/3, S. 178.

24 *Bleckmann*, JuS 1994/3, S. 179.

durchgängigen gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Ermächtigungsbedürftigkeit *jeglicher Staatsgewalt*, die nach Bleckmann das primäre Grundelement im Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes darstellt. Nach ihm beschränken sich staatliche Kompetenzen in jeder Hinsicht auf die Realisierung *legitimer öffentlicher Interessen*.<sup>25</sup> Folgt man diesem Ansatz, enden von der Materie her einschlägige Kompetenzgrundlagen für staatliche Maßnahmen schon dann, wenn diese zur Durchsetzung legitimer öffentlicher Interessen nicht geeignet und nicht erforderlich sind. Die rechtsstaatliche Durchschlagskraft dieser Argumentation ist hoch. Sie öffnet einen rechtlichen Spielraum für Fälle, in denen selbst verfassungsrechtlich eröffnete Handlungsermächtigungen des Staates aus Gründen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht wahrgenommen werden dürfen, weil sich von zuständigen staatlichen Stellen präferierte Maßnahmen in der jeweiligen Situation im Hinblick auf die allgemeine einschlägige Staatsaufgabe als nicht geeignet oder als nicht erforderlich erweisen.

Der rechtsstaatlich-verfassungsrechtliche Ermächtigungsansatz *Bleckmanns* hat die Bemühungen im Schrifttum um eine Klärung der Verfassungsgrundlagen des Verhältnismäßigkeitsgebots vorangebracht. Er hat sie aus ihrer zu starken Einbindung in das grundrechtlich geprägte Eingriffsdenken gelöst und mit einer erneuerten umfassenden Interpretation des Rechtsstaatsgebots eine verfassungsrechtlich schlüssige Begründung für eine **prinzipielle Erstreckung** des Geltungs- und Anwendungsbereichs des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch gegenüber der parlamentarischen Gesetzgebung geliefert. Zu der verfassungsrechtlichen Schlüsselfrage, wie weit diese Rechtsstaatsbindung in den Bereich verfassungsrechtlich garantierter gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit des Parlaments hineinwirken kann, hat sich Bleckmann nicht geäußert. Die Frage wird insbesondere dann brisant, wenn man sie mit der Frage nach der Kontrollierbarkeit des Gesetzgebers durch das BVerfG verbindet. Folgende Orientierungspunkte wird man hierzu nach der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsordnung des Grundgesetzes festhalten und hervorheben können. Die unmittelbare und umfassende Legitimation des Parlaments durch das Volk in Wahlen und Abstimmungen im Hinblick auf die Begründung, die Ausgestaltung und die Begrenzung staatlicher Gewalt schließt jegliche *Inpflichtnahme* des Parlaments durch das BVerfG aus. Daraus ergibt sich, dass die Erfüllung des nach Maßgabe des Grundgesetzes auch an das Parlament adressierten verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsgebots im Zuge von Gesetzgebungsverfahren nur vom Parlament selbst aus der eigenen Mitte heraus geleistet werden kann – in freien parlamentarischen Gesetzgebungsdebatten über das jeweilige Gesetzesvorhaben, über die Staatsaufgaben, von denen es getragen wird, seine Ausgestaltung und seinen rechtsstaatlichen Erforderlichkeitsgehalt im Hinblick auf eine verfassungskonforme Einschränkbarkeit individueller Grund- und Freiheitsrechte.

25 Bleckmann, JuS 1994/3, S. 181.

## **E. Von konturlosen staatlichen Maßnahmen zu gesetzlich gestalteten Staatsaufgaben und ihrer rechtsstaatlichen Wahrnehmung**

Der Rahmen für die Entstehung des Verhältnismäßigkeitsgebots als Verfassungsprinzip wurde – wie erwähnt – mit der im System des Grundgesetzes verankerten Trennung zwischen Staat und Gesellschaft mit ihren übergreifenden Verfassungsgeboten für eine Staat und Gesellschaft umfassende rechtsstaatliche Gesamtrechtsordnung gelegt. Diese Gesamtrechtsordnung liefert die Dimension, die für die Weiträumigkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips benötigt wird. Sie liefert außerdem die Grundlage für das rechtliche Spannungsverhältnis zwischen kollektivrechtlicher Staatsordnung und individual-privatrechtlich geprägtem gesellschaftlichen Freiheitsbereich. Das ist die Strukturgrundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für alle seine Geltungs- und Anwendungsbereiche.<sup>26</sup> Sie bedarf der Öffnung und inhaltlichen Aufschlüsselung über die gesamte Rechts- und Gesellschaftsordnung hinweg, um ihr Potential zur Wirkung zu bringen.

### **I. Gesetzlich gestaltete Staatsaufgaben – die bislang fehlende inhaltlich-materiellrechtliche Basis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**

Allein auf der Grundlage kontur- und inhaltlos bleibender *staatlicher Maßnahmen* lassen sich keine rechtsstaatlich aussagekräftigen Verhältnismäßigkeitskontrollen durchführen. Die erforderliche *inhaltliche Aufschlüsselung* muss bei den rein abstrakt gebliebenen staatlichen Maßnahmen ansetzen und eine dogmatische Erklärung für die Erstreckung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in alle Bereiche der Rechtsordnung liefern, in denen der Staat tätig wird. Die Aufschlüsselung muss aber auch zu einer inhaltlichen Abstufung beim rechtsstaatlichen Maßstab der Verhältnismäßigkeitskontrollen durchdringen – dem Gebot der Erforderlichkeit. Erst zusammen mit vom Staat verfolgten Zwecken und hierfür eingesetzten Mitteln schafft dieses Gebot den staats- und verfassungsrechtlichen Rahmen für Verhältnismäßigkeitskontrollen.

Gesetzlich gestaltete *Staatsaufgaben* liefern die bislang fehlende materiellrechtliche Basis, welche eine detaillierte und inhaltlich weitreichende Aufschlüsselung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von der parlamentarischen Gesetzgebung und den vielfältigen Formen der Staatsverwaltung her ermöglicht. Vom Gesetzgeber gestaltete materielle Staatsaufgaben als Grundlage jeglicher Staatstätigkeit, individuelle Grund-, Freiheits- und Gleichheitsrechte als die verfassungsrechtlichen Grenzen ihrer konkreten Wahrnehmung sowie der aus der inhaltlichen Reichweite der materiellen Aufgabe und dem Grad der Erforderlichkeit ihrer Ausführung im Einzelfall auch zu Lasten von Rechten Einzelner bestehende Rahmen bilden die rechtliche Substanz des Verhältnismäßigkeitsgebots. Eine zusammenhängende Terminologie stellt das Grundgesetz für diese Substanz nicht zur Verfügung. Weder der materielle

<sup>26</sup> Dieselbe Bedeutung hat die Kurzformel von der „Ziel-Mittel-Struktur“ staatlicher Maßnahmen, bei der Kontrollen ihrer Verhältnismäßigkeit ansetzen.

Aufgabenbereich noch die Modalitäten einer Aufgabenwahrnehmung werden im Grundgesetz gesondert spezifiziert – eine kluge Form der Verfassungsgebung, die ihre Kompetenzordnung auf umfassende zentrale Ordnungskräfte verteilt, ohne sich in Details zu verlieren. Ein Verfassungsgesetz umfassender, auch nur annähernd vollständiger materieller Staatsaufgaben lässt sich vom Grundgesetz her nicht begründen und wäre angesichts der Komplexität und ständigen Veränderungen unterliegender staatlicher Verantwortung illusorisch. Wohl aber gehört zum Rechtsstaatsgebot, dass wesentliche Bereiche der Staatsaufgabenverantwortung gesetzlich festgelegt und auch im Hinblick auf ihre Wahrnehmung vom Gesetzgeber ausgestaltet werden. Wie weit der Gesetzgeber hierbei geht, entscheidet er selbst.

Dass das Grundgesetz weder explizite Abschnitte zu den Staatsaufgaben noch zu den Modalitäten ihrer Wahrnehmung enthält, ist nicht etwa ein Systemfehler. An die Stelle expliziter Aufgabenkataloge tritt ein umfassendes föderales System auf Bund, Länder, Kreise und Gemeinden verteilter Gesetzgebungs- und Rechtsetzungskompetenzen. Man ist eben damals im Jahre 1949 beim konstruktiven Aufbau einer neuen Verfassung anders vorgegangen: nämlich mit einer Vielfalt aufeinander abgestimmter und ineinander greifender Ermächtigungsgrundlagen, die auch bezüglich der materiellen Staatsaufgaben keine wesentlichen Lücken hinterließen.

## II. Staatsaufgaben – Staatszwecke

Das Grundgesetz schließt stillschweigend im Staatsbegriff oder in historischen Überlieferungen vorausgesetzte Staatsaufgaben verfassungsrechtlich aus. Im Kontext dieses Beitrags werden unter Staatsaufgaben die im Grundgesetz verankerten Verantwortlichkeiten des Staates für die rechtliche Gewährleistung oder für die eigene Herstellung von Lebensgrundlagen der Bevölkerung verstanden, die den persönlichen Arbeits- und Wirkungsbereich jedes einzelnen Menschen überschreiten und die daher nur über kollektive Vorkehrungen und Leistungen des Staates für alle zugänglich werden. Die inhaltliche Bandbreite dieser Gewährleistungsverantwortlichkeiten ergibt sich aus den föderalen verfassungsrechtlichen Zuständigkeitskatalogen für die parlamentarische Gesetzgebung in Bund und Ländern sowie für den örtlichen Bereich aus den Kommunalgesetzen und den kommunalen Satzungen. Unmittelbar selbst verantwortlich auch im Hinblick auf Personal und Sachausstattung ist der Staat für den militärischen Verteidigungsbereich und den Bereich polizeilicher Gefahrenabwehr.

Gegenstand und wesentlicher Inhalt materieller Staatsaufgaben – bei grundrechtlich sensiblen Materien ggf. auch Modalitäten ihrer Wahrnehmung – werden vom Gesetzgeber in Form von Parlamentsgesetzen geregelt. Sie gehören verfassungsrechtlich zu den wesentlichen Entscheidungen des Staates, die einer gesetzlichen

Grundlage bedürfen.<sup>27</sup> An eine vom Gesetzgeber bereits im Gesetz vorgenommene Abstimmung zwischen Modalitäten von Ausführungsmaßnahmen und individuell betroffenen Personen ist die vollziehende Gewalt auf Regierungs- und Verwaltungsebene gebunden. Auf beiden Ebenen kommt hierbei dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine rechtsstaatlich steuernde Funktion zu. Das Ergebnis ist eine maßgeblich von den Gesetzgebern in Bund und Ländern hergestellte Staatsaufgabenordnung.

Langfristig prägende Vorgaben zu dieser Staatsaufgabenordnung sind aus der historischen Entwicklung der Staatstheorien entstanden, die immer vorrangig nach der funktionalen Dimension von Staaten – den Staatszwecken – gefragt hat. In den modernen Staatsformen europäischer Prägung, zu denen auch das deutsche Grundgesetz gehört, kommt den Staatszwecken im Vergleich mit den aktuellen Staatsaufgaben nur noch die Bedeutung per se unverbindlicher, idealtypisch-zielhafter Orientierungsgrundlagen zu, aus denen dann vom Gesetzgeber geschaffene aktuelle Staatsaufgaben entstehen können.<sup>28</sup>

### **III. Doppelcharakter von Staatsaufgaben – Prinzipieller staatsrechtlicher Verpflichtungscharakter und kompetenzrechtliche Ermächtigungsgrundlagen**

Alle für eine allgemeine Staatsaufgabe und ihre Wahrnehmung einschlägigen Gesetzesgrundlagen bilden in ihrer Bezogenheit aufeinander und in ihrem Zusammenwirken die nicht nur rechtlich relevante, sondern rechtsverbindliche Grundlage ihrer Wahrnehmung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Hierin liegt in der Regel ein rechtlicher Doppelcharakter einschlägiger Staatsaufgaben. Aufgrund der in vielen gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen hergestellten engen Verknüpfung von Kompetenzzuweisungen mit inhaltlichen Merkmalen der auszuführenden Tätigkeiten haben solche Bestimmungen oft ermächtigenden Charakter. Mit ihren inhaltlich-materiellen Festlegungen und Ausgestaltungen ist der staats- und verfassungsrechtliche Verpflichtungseffekt verbunden, dem Allgemeinwohl dienende Lebensgrundlagen zu schaffen und ständig weiterzuentwickeln. Dafür müssen strukturell immer zwei Schritte zusammenkommen: Die inhaltliche Bestimmung und Ausgestaltung allgemeiner materieller Staatsaufgaben durch den Gesetzgeber sowie ihre gesetzliche Zuweisung an für ihre Wahrnehmung und Ausführung zuständige staatliche Stellen.

27 In ständiger Rechtsprechung verlangt das BVerfG, dass alle nach Maßgabe des Rechtsstaats- und des Demokratiegebots wesentlichen Entscheidungen des Staates vom Gesetzgeber getroffen werden müssen (grundlegend BVerfGE 49, 89 (126); s. ferner BVerfGE 47, 46 (78 ff.) – Sexualkundeunterricht; 33, 303 (345) – Hochschulzugang; 40, 237 (249) – Strafvollzug). Auch unabhängig von Grundrechtseingriffen gehören hierzu die kompetenzmäßige Öffnung und Ausgestaltung neuer staatlicher Tätigkeiten wie alle Fragen von besonderer Bedeutung für die Allgemeinheit und den Staat, die eine gesetzliche Ordnungsgrundlage verlangen.

28 Zum Verhältnis allgemeiner Staatsaufgaben zu den Staatszwecken siehe den Bericht von Ress, S. 56 ff.

Mit der Zuständigkeitsbegründen gesetzlichen Zuweisung an staatliche Stellen ist die Besonderheit verknüpft, dass aus ihr der staatsrechtliche Verpflichtungsgehalt der jeweiligen Aufgabe entsteht.<sup>29</sup>

#### **IV. Rechtlicher Erforderlichkeitsgehalt der jeweiligen Staatsaufgabe**

Die Tragweite allgemeiner materieller Staatsaufgaben für eine Systembildung im Verhältnis der positivrechtlichen Einzelregelungen des Verhältnismäßigkeitsgebots untereinander ist erheblich. Das wurde schon aus dem inhaltlichen Aufschlüsselungseffekt wie aus der Legitimationswirkung von Parlamentsgesetzen ersichtlich, mit denen Staatsaufgaben bestimmt, ausgestaltet und in den staatlichen Verantwortungsbereich einbezogen werden. Ein noch nicht näher beleuchteter dritter Systemeffekt solcher Gesetze sind in ihnen regelmäßig explizit oder implizit enthaltene Aussagen zum rechtlichen Erforderlichkeitsgehalt, welcher der jeweiligen Aufgabe auf der exekutiven Ausführungsebene im Hinblick auf die Einschränkung individueller Rechte Betroffener innewohnt. Diesen Erforderlichkeitsgehalt kann der Gesetzgeber generell bei der inhaltlichen Bestimmung der Staatsaufgabe oder bei ihrer Ausgestaltung regeln. Er kann die Kompetenz zu seiner Festlegung aber auch an die Verwaltung in Form gesetzlicher Ermessensermächtigungen delegieren.

In jedem Fall geht es darum, den ausführenden exekutiven Entscheidungsträgern graduelle Abstufungen im Hinblick auf ein rechtsstaatlich vertretbares Verhältnis exekutiver Aufgabenausführung und hiermit verbundener Rechtsbeschränkungen betroffener Personen zu ermöglichen. Dieses flexible Element gradueller Abstufbarkeit in der Handhabung des rechtlichen Maßstabs – dem Resultat aus materiellem Aufgabeninhalt, seinem rechtlichen Erforderlichkeitsgehalt und den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grenzen der Einschränkbarkeit von Rechten Betroffener – ist das Kernelement des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

##### **1. Walfangtragödie**

Wie weiträumig die Zusammenhänge und Implikationen des im Staatsaufgabensystems enthaltenen Kriteriums eines rechtlichen Erforderlichkeitsgehalts für den Umgang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sein können, mag ein Beispiel jüngerer kooperativer wissenschaftlicher Erkenntnisse aus dem Bereich der Meeres-

29 Der Verpflichtungscharakter von Verwaltungsgesetzen, die Staatsaufgaben regeln, ergibt sich nicht immer explizit aus dem einschlägigen Gesetz. Bei polizeilichen Gefahrenabwehrgesetzen ist das in der Regel der Fall. Zuständigkeitsbegründende Gesetze, mit denen behördliche Verwaltungsaufgaben bestimmt und ausgestaltet werden, enthalten zumindest die implizite Verpflichtung der jeweiligen Behörde oder staatlichen Stelle zur administrativen Wahrnehmung und Durchführung der Aufgabe. Die gesetzliche Zuständigkeit wird um der Wahrnehmung der jeweiligen Aufgabe willen begründet.

forschung und der Klimatologie zeigen: Die globalen Langzeitfolgen des exzessiven Walfangs.<sup>30</sup>

In der Phase des globalen Walfangs zwischen 1880 und 1950 sind – mit zunehmender Intensität gegen Ende hin – mehr als drei Millionen Walfische zur Verwertung ihrer Körperfette und ihres Fleisches getötet worden. Welche Tragödie diese zeitweise industriell betriebene Form der Vernichtung der größten lebenden Säugetiere der Erde für die Menschheit bedeutet, haben Meeresbiologen und Klimaforscher schrittweise aufgedeckt. Es geht um die Zerstörung der sog. *Walpumpe*. So bezeichnen Meeresbiologen die Lebensform dieser größten Säugetiere auf dem Planeten – durch ihre Nahrungsaufnahme in der Tiefsee vor allem in Form von Krillkrebsen große Mengen an stickstoff- und eisenhaltigen Substanzen im eigenen Körper aufzunehmen und auf ihren Reiserouten durch die Weltmeere durch Ausscheiden ihrer Exkreme zu verteilen, wenn sie zur Sauerstoffaufnahme an die Meeresoberflächen kommen. Fernab der Küsten sind die Ozeane nährstoffarme Wüsten, die durch diese sog. Walpumpe mit Nährstoffen angereichert werden, wovon Myriaden von Kleinstlebewesen – Plankton – leben und sich ausbreiten. Im Plankton der Weltmeere sind hohe Mengen des Sauerstoffgehalts der Ozeane gebündelt, der in die Erdatmosphäre abgegeben wird. 50 Prozent des Sauerstoffgehalts der Lufthülle, die alle Formen des Lebens auf der Erde trägt, werden aus den Weltmeeren in die Erdatmosphäre abgegeben. Seit den 1970er Jahren mehreren sich Forschungsergebnisse, in denen globale Folgen des Klimawandels auf den mit der beeinträchtigten Walpumpe gestörten Sauerstoffkreislauf des Ökosystems der Erde zurückgeführt werden.

In vielen Ländern der Welt ist der Umweltschutz seither zur Staatsaufgabe geworden. Deutschland hat in Art. 20 a GG den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und den Tierschutz zu einer neuen Staatszielbestimmung gemacht. Wie eng Zusammenhänge zwischen Tierschutz und globalem Schutz natürlicher Lebensgrundlagen sein können, belegt nachdrücklich die Walfangtragödie. So wenig sie rückwirkend ungeschehen gemacht werden kann, so wichtig sind ihre Lehren für das zentrale flexible Element des rechtlichen Erforderlichkeitsgehalts materieller Staatsaufgaben für den künftigen Umgang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Von entscheidender Bedeutung ist ein staatlich gewährleisteter regelmäßiger Informationsfluss von für den Schutz natürlicher Lebensgrundlagen und der Umwelt relevanten Forschungsergebnissen hin zu allen staatlichen Stellen und gesellschaftlichen Einrichtungen, die sich mit diesen Aufgaben befassen. Über welchen rechtlichen Erforderlichkeitsgehalt materielle Staatsaufgaben verfügen, ist vor allem ein Informationsproblem, das bei so komplexen Materien wie dem Klimaschutz und der Erhaltung des ökologischen Gleichgewichts der Weltmeere nur mit gezielter wissenschaftlicher Unterstützung bewältigt werden kann.

<sup>30</sup> Siehe Antje Boetius Überleben! – Unsere Chancen, Terra-X Dokureihe, 24. Oktober 2024, ZDF Mediathek; auch OceanCare Walfang im 21. Jahrhundert: Ein Überlebter Anarcho-ökologismus WaveUpMag 2/2025 S. 32, abrufbar unter: <https://www.oceanicare.org/wp-content/uploads/2025/06/waveup-2025-2-Walfang-OceanCare-final.pdf> (6.12.2025).

## 2. Von der Walfangtragödie zum exzessiven Handelsschiffahrtsverkehr

Wer glaubt, dass die exzessive Walfangtragödie früherer Jahrzehnte ein abgeschlossenes in der Vergangenheit liegendes Problem darstellt, liegt leider falsch.

Aufgrund zunehmender Meldungen über Kollisionen großer Handelsschiffe und Tanker mit Grauwalen in den Weltmeeren haben sich Umwelt- und Tierschutzorganisationen dieses Problems angenommen und sind zu erschreckenden Ergebnissen gekommen. Gestützt auf Kollisionsmeldungen und eigene Recherchen kommen aufgrund der enorm zugenommenen Handelsschiffahrt mit sehr großen Schiffen jährlich rund 60 000 Grauwale – die größte Walfischart – bei Kollisionen zu Tode. Mit Hilfe von Schnellbooten und Druckluftgewehren statteten die Tierschützer Grauwale mit Sendern aus, die global empfangbare Signale aussenden. Gestützt hierauf können für alle Weltmeere auf diese Weise Bewegungsprofile in Form von Seekarten angefertigt werden. Diese Karten werden den Reedereien der Handelsflotten übermittelt mit der Intention, darauf hinzuwirken, dass die großen Schiffe von Grauwalen besonders frequentierte Meeresbereiche möglichst meiden.

Diese Strategie scheint gewisse Erfolge zu erzielen. Zahlen liegen mir leider nicht vor. Alle Handelsnationen müssen das Problem verfolgen und an Lösungen mitwirken. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Verständnis eines staatsaufgabenmäßigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Rechtsgrundlagen, die für eine exekutive Umsetzung benötigt werden, müssen angesichts der Materie erst durch völkerrechtliche Vereinbarungen geschaffen werden. Die rechtliche Botschaft, die ich mit diesem Beitrag präsentiert habe, lautet: Das ist eben nicht nur eine Frage souveräner parlamentarischer Gesetzgebungs freiheit, sondern zugleich auch eine Frage rechtsstaatlicher Verantwortung jedes Handelsstaats gegenüber dem Erhalt natürlicher Lebensgrundlagen. Hier sind wir wieder beim rechtlichen Doppelcharakter von Staatsaufgaben. Der Staatsrechtler, Verfassungsrechtler und Europarechtler in Deutschland, der die Erstreckung der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber mit Nachdruck vertreten hat, war Albert Bleckmann.

## F. Schlußbemerkung

Die Öffnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegenüber einer umfassenden Staatsaufgabenordnung hat sich vor allem aus zwei Gründen als Schlüssel zur dogmatischen Weiterführung erwiesen. Erstens werden über die Staatsaufgaben alle Bereiche des Rechts für diesen rechtsstaatlichen Maßstab zugänglich und das Kernelement verhältnismäßiger Wahrnehmung von Staatsaufgaben liefert zugleich den übergreifenden einzelfallbezogenen Ausführungsmaßstab. Das Grundgesetz enthält alle Grundlagen und Voraussetzungen für das dargelegte Verständnis des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

## Bibliographie

- ALEXY, ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, 3. Auflage, Berlin, 1996
- BLECKMANN, ALBERT, *Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips*, Juristische Schulung, 1994, Jg. 34(3), S. 177–183
- ESSER, JOSEF, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2. Auflage, Tübingen, 1964
- ESSER, JOSEF, *Verständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970
- GENTZ, MANFRED, *Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen*, Neue juristische Wochenschrift, 1968, Jg. 21, S. 1600–1607
- GRABITZ, EBERHARD, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Archiv des öffentlichen Rechts, 1973, Jg. 98(4), S. 568–616
- HIRSCHBERG, LOTHAR, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981
- KLUTH, WINFRIED, *Das Übermaßverbot*, Juristische Arbeitsblätter, 1999, S. 606–613
- KREBS, WALTER, *Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbots*, Jura, 2001, S. 228–234
- KUNIG, PHILIP, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986
- LERCHE, PETER, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln, 1961
- OSSENBUHL, FRITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte*, Jura, 1997, S. 617–621
- RESS, GEORG, *Erster Beratungsgegenstand: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz*, 2. Bericht, in: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz. Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verfassungsrecht. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hannover vom 4. bis 7. Oktober 1989, Berlin, 1990, S. 56–118
- LINK, CHRISTOPH; RESS, GEORG, *Staatszweck im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz*, in: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hannover vom 4. bis 7. Oktober 1989, Heft. 48, Berlin, 1990, S. 10–112
- VON ARNAULD, ANDREAS, *Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, JuristenZeitung, 2000, Jg. 55(6), S. 276–280



© Joachim Wolf