

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Von Prof. Dr. Mike Wienbracke, LL.M. (Edinburgh)*

I. Einleitung

Macht der Gesetzgeber von der ihm durch die Grundrechtsschranken eröffneten Möglichkeit des Eingriffs in ein Grundrecht in formell verfassungskonformer Weise Gebrauch, so ist er bei dieser Schrankenziehung inhaltlich keineswegs völlig frei, sondern unterliegt insofern seinerseits verfassungsrechtlichen Beschränkungen.¹ Diese sog. Schranken-Schranken dienen vor dem Hintergrund der unter der Weimarer Reichsverfassung (WRV) gemachten negativen Erfahrungen dazu, die Grundrechte vor einer Aushöhlung durch die Legislative zu schützen.²

Namentlich muss das in ein Grundrecht eingreifende bzw. zu einem Grundrechtseingriff ermächtigende Gesetz in materieller Hinsicht zunächst den etwaig vorhandenen speziellen Anforderungen des jeweiligen Grundrechts genügen (z.B. Erfüllung eines qualifizierten Gesetzesvorbehalts bzw. verfassungsimmanenter Schranken). Danach ist zu untersuchen, ob die Voraussetzungen des sog. Parlamentsvorbehalts (inkl. des Bestimmtheitsgrundsatzes) erfüllt sind und – was regelmäßig den Schwerpunkt der Untersuchung bildet – ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist. Im Vergleich hierzu von eher untergeordneter Bedeutung sind die beiden weiteren sich aus Art. 19 GG ergebenden Prüfungspunkte der „Wesensgehaltsgarantie“ (Art. 19 Abs. 2 GG) und das „Verbot einschränkender Einzelfallgesetze“ (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG).³ Abschließend ist bei Anlass auf mögliche Verstöße

gegen sonstige Verfassungsbestimmungen (z.B. Rückwirkungsverbot) einzugehen.⁴

II. Verhältnismäßigkeit des Gesetzes

Von nachgerade überragender Bedeutung für die Grundrechtsprüfung ist die Schranken-Schranke des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (synonym: Übermaßverbot), dessen verfassungsrechtlicher Rang sich auch ohne explizite Regelung im Grundgesetz „aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst [ergibt], die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.“⁵ Die meisten Entscheidungen, in denen das BVerfG auf einen Verstoß gegen ein Freiheitsgrundrecht erkannt hat, sind auf die Verletzung eben dieses Grundsatzes zurückzuführen.⁶

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, „dass ein Grundrechtseingriff einem legitimen Zweck dient und als [legitimes] Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist.“⁷

Wird dem Staat durch diesen Grundsatz der Sache nach letztlich nichts anderes untersagt, als was auch schon der Volksmund mit der Redensart „mit Kanonen auf Spatzen schießen“ verpönt, so lässt sich die demnach aufgeworfene Frage, ob das staatlicherseits eingesetzte Mittel in einer verhältnismäßigen Relation zu dem vom Staat verfolgten Zweck

* Der Autor lehrt Öffentliches Recht, insbesondere Staats- und Verwaltungsrecht sowie Europarecht am Fachbereich Wirtschaftsrecht der Westfälischen Hochschule Gelsenkirchen, Bocholt, Recklinghausen. Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um einen mit freundlicher Genehmigung der Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH sowie der FOM Hochschule für Oekonomie & Management gemeinnützige Gesellschaft mbH erstellten, leicht modifizierten Auszug aus *Wienbracke, Einführung in die Grundrechte – mit wirtschaftsjuristischem Schwerpunkt und dem Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2013, Rn. 178 f., 186-210, 221-225, 275, 655, 658, 660.

¹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 285.

² *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 19 Rn. 60 ff. Die Terminologie ist uneinheitlich. Während der Begriff „Schranken-Schranken“ überwiegend im auch hier zugrunde gelegten Sinn von (nur) „materieller Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes“ verwendet wird (s. etwa *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2011, Rn. 298), prüfen andere unter diesem Oberbegriff, „ob das grundrechtseinschränkende Gesetz [...] formell und materiell verfassungsgemäß ist“, *Wilms*, Staatsrecht II, 2010, Rn. 210, der insofern auch von „Gegenschranken“ spricht (a.a.O., Rn. 236). Ebenso wie dieser *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht 2, 2012, Rn. 145.

³ Hingegen ist das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG als „besonderes formelles Erfordernis“ bereits im Rahmen der

formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu prüfen, s. etwa *Manssen*, Staatsrecht II, 9. Aufl. 2012, Rn. 164.

⁴ Das ist Folge der *Elfes-Rspr.* des BVerfG (BVerfGE 6, 32), s. *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 317. Zum gesamten Vorstehenden vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 359; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 24 Rn. 55.

⁵ BVerfGE 19, 342 (348 f.). S.a. *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 32. Gegenstück des Übermaßverbots (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) ist das Untermaßverbot. Instruktiv zum Ursprung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts zu § 10 II 17 ALR und zum preußischen Polizeiverwaltungsgesetz sowie zur Frage der Bindung des Gesetzgebers an diesen Grundsatz unter der WRV s. *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, 1995, S. 140 ff., 174 ff., 196 ff. m.w.N. Zur Entwicklung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der *Rspr.* des BVerfG s. etwa *Schneider*, in: *Starck* (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, Bd. 2, S. 390.

⁶ *Stein/Frank*, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, § 30 V.

⁷ BVerfGE 120, 274 (318 f.) m.w.N. Bzgl. einzelner Grundrechte hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der BVerfG-Rspr. eine besondere Ausprägung erfahren, s. die zu Art. 5 Abs. 1 GG entwickelte Wechselwirkungslehre und die zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelte Drei-Stufen-Theorie, s. *Wilms* (Fn. 2), Rn. 240.

(Ziel) steht, denkbare, nur dann beantworten, wenn zunächst der Zweck und das Mittel des Staatshandelns jeweils isoliert für sich in einer Art „Vorprüfung“ – zumindest gedanklich – herausgearbeitet werden.⁸ Sofern sich hierbei ergeben sollte, dass der Staat entweder schon nicht berechtigt war, den jeweiligen Zweck zu verfolgen (s.u. 1.) oder aber das von ihm zur Zweckverfolgung gewählte Mittel als solches nicht verwenden durfte (s.u. 2.), kommt es gar nicht mehr zur Prüfung der Mittel-Zweck-Relation. Denn bei Verfolgung eines per se illegitimen Zwecks oder dem Einsatz eines für sich (absolut) verfassungswidrigen Mittels kann auch das (relative) Verhältnis beider zueinander nicht verfassungskonform sein.⁹ Sofern ein solcher (Ausnahme-)Fall jedoch nicht vorliegt, ist der Einstieg in die eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung eröffnet und es ist danach zu fragen, ob das Mittel zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist (s.u. 3.-5.).¹⁰ Hierbei ist zu beachten, dass die drei vorgenannten Kriterien in einem Stufenverhältnis zueinander stehen: Erweist sich das Mittel bereits als nicht geeignet (bzw. erforderlich), so steht seine Unverhältnismäßigkeit (i.w.S.) damit fest und es ist seine Erforderlichkeit (bzw. Angemessenheit) nicht mehr zu prüfen.¹¹

1. Zweck

Welchen Zweck der Gesetzgeber mit dem von ihm eingesetzten Mittel genau verfolgt, ist durch Auslegung der jeweiligen gesetzlichen Regelung nach ihrem Wortlaut, ihrer Systematik, ihrer Historie sowie ihrem Telos zu ermitteln.¹² Ist der Gesetzeszweck auf diese Weise identifiziert, so ist anschließend zu untersuchen, ob dieser auch legitim ist.¹³ Hierbei gilt,

dass die Legislative – anders als die gem. Art. 20 Abs. 3 GG jeweils an „Gesetz und Recht“ gebundene Exekutive und Judikative – über einen weiten Spielraum verfügt.¹⁴ Denn gem. Art. 20 Abs. 3 GG ist der Gesetzgeber allein an das Grundgesetz gebunden, so dass er im Übrigen, d.h. mit Ausnahme der Verfolgung verfassungswidriger Ziele (ein derartiges „Zweckverbot“ enthält z.B. Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG), bei seiner Zweckwahl frei ist:¹⁵ „Legitime Gemeinwohlziele können, müssen sich aber nicht aus der Verfassung ergeben.“¹⁶ Insofern „eröffnet sich im Grunde der gesamte Horizont der Staatsaufgaben“, falls nicht im betreffenden Fall ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt bzw. eine verfassungsimmanente Schranke inhaltliche Vorgaben in Bezug auf den Eingriffszweck macht.¹⁷

*Beispiel:*¹⁸ Mit der alleinigen Zielrichtung, Umsatzverlagerungen von einer Apotheke zu einer anderen Apotheke zu verhindern, wird ein Gesetz erlassen, das Apothekern jegliche Werbung verbietet. Steht diese Regelung in Einklang mit dem Grundgesetz?

Nein. Der durch das Werbeverbot bewirkte Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) ist verfassungsrechtlich bereits deshalb nicht gerechtfertigt, weil der hiermit verfolgte Zweck des Schutzes vor Umsatzverlagerungen, d.h. vor „Abwandern“ von Kunden zur Konkurrenz, nicht legitim und damit das Gesetz insgesamt unverhältnismäßig ist. Denn in Anbetracht von Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ist Konkurrenzschutz für sich allein kein Gemeinwohlbelang, der einen Eingriff in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen vermag.

Ein vom Gesetzgeber mit einer konkreten Maßnahme etwaig zu schützen beabsichtigtes Gemeinwohlinteresse (z.B. der Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität der Ärzteschaft) rechtfertigt einen Grundrechtseingriff (z.B. ärztliches Werbeverbot) allerdings dann nicht, wenn dieses Interesse durch die infolge der Maßnahme beschränkte Grundrechtsbetätigung (z.B. Zahnarzt wirbt mit dem Betrieb eines zahn-technischen Labors) schon gar nicht gefährdet wird.¹⁹ Allerdings kommt dem Gesetzgeber nicht nur hinsichtlich der Auswirkungen eines Gesetzes (s.u. 3. und 4.), „sondern auch bei der Beurteilung einer Bedrohungslage für das Gemeinschaftsgut, zu dessen Schutz er im konkreten Fall tätig wird“, ein

⁸ *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 300; *Michael*, JuS 2001, 654 (655); *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 32; *Stein/Frank* (Fn. 6), § 30 V.

⁹ Vgl. *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 302.

¹⁰ *Wilms* (Fn. 2), Rn. 239.

¹¹ Vgl. *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 309.

¹² Vgl. *Sachs*, Verfassungsrecht II, 2. Aufl. 2003, A. 10. Rn. 34. Ein pauschaler Hinweis auf das „öffentliche Interesse“ etc. genügt nicht, s. *Epping*, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 52. Dient das Mittel zugleich mehreren Zwecken, so ist für jeden von ihnen zu prüfen, ob er den Grundrechtseingriff rechtfertigt, s. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 617. Ob insoweit sämtliche – objektiv denkbaren – Gesetzeszwecke berücksichtigungsfähig sind (so z.B. BVerfG NVwZ-RR 2012, 257 [259], und BVerfG NJW 1998, 1776 [1777], jeweils m.w.N.: „Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, auch wenn sie in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden haben“) oder allein die – subjektiv – vom Gesetzgeber verfolgten beachtlich sind (vgl. BVerfGE 93, 121 [147]: „erkennbare Entscheidung des Gesetzgebers“, sowie BVerfG NVwZ 2003, 715 [717] m.w.N.), ist streitig, s. *Manssen* (Fn. 3), Rn. 182.

¹³ Vgl. BVerfGE 101, 331 (348), s. *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 289 ff. „Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es grundsätzlich ein legitimes Gemeinwohlanliegen, Menschen davor zu bewahren, sich selbst leichtfertig einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“, BVerfG NJW 2012, 1062 (1063) m.w.N.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 77, 84 (106) und s. *Wienbracke*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 245.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 30, 292 (316), und s. *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 35.

¹⁶ *Hufen*, Staatsrecht II, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 19. Im vorliegenden Zusammenhang geht es also „allein um Legitimität am Maßstab des höherrangigen Rechts“ – und nicht etwa darum, ob „der Zweck der Maßnahme politisch oder moralisch zustimmungswürdig ist“, v. *Kielmansegg*, JuS 2009, 118 (121).

¹⁷ *Ipsen*, Staatsrecht II, 14. Aufl. 2011, Rn. 187 (im Original mit Hervorhebung).

¹⁸ Nach BVerfGE 94, 372; *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 301.

¹⁹ BVerfG NJW 2011, 2636 (2637).

Einschätzungs- und Prognosespielraum zu. Dieser ist allerdings dann überschritten, wenn die legislatorischen Vorstellungen „in einem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung widersprechen, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.“²⁰

2. Mittel

Ist der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck verfassungsrechtlich legitim, so muss Gleiches ebenfalls auf das gewählte Mittel, d.h. die konkret getroffene Maßnahme (den staatlichen Eingriffsakt), zutreffen.²¹ Dieses muss als solches vom Staat eingesetzt werden dürfen.²² Insofern gilt wiederum, dass die Legislative gem. Art. 20 Abs. 3 GG allein an die Verfassung gebunden ist („Mittelverbote“ enthalten z.B. Art. 102 GG und Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG), wohingegen sich Verwaltung und Rechtsprechung nur der ihnen nach „Gesetz und Recht“ vorgegebenen Instrumente bedienen dürfen.²³

*Beispiel:*²⁴ Mit der Begründung, dass die bestehenden Vorschriften nicht ausreichen, um die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeiten vor Beeinträchtigungen durch Filme zu schützen, fügt der Bundestag mit Zustimmung des Bundesrats eine neue Vorschrift (§ 15a) in das JuSchG ein, wonach Filme, die öffentlich vorgeführt werden sollen, zuvor der zuständigen Behörde vorzulegen sind, die sie anhand von bestimmten, im Gesetz genannten Grundsätzen prüft und je nach dem Ergebnis ihrer Prüfung die öffentliche Vorführung erlaubt oder verbietet. Ungeprüfte Filme dürfen der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht werden. Ist eine solche Bestimmung verfassungsgemäß?

Nein. Die Regelung des § 15a JuSchG n.F. (Vorzensur) greift in das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG (Informationsfreiheit) ein, ohne dass dieser Eingriff gerechtfertigt wäre. Zwar verpflichtet Art. 5 Abs. 2 GG den Gesetzgeber bei Eingriffen in ein Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich auf den auch hier verfolgten Zweck des Jugendschutzes. Doch ist ihm zur Erreichung dieses Ziels das Mittel der (Vor-)Zensur durch Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG gerade verboten.

3. Geeignetheit

Die eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung (i.w.S.) beginnt mit dem Kriterium der Geeignetheit des Mittels zur Zweckerreichung.²⁵ Eine ungeeignete Maßnahme vermag den verfolg-

ten Zweck niemals zu erreichen, so dass sie stets als „übermäßig“ zu qualifizieren ist.²⁶

„Ein Mittel ist [...] dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet [zur Zweckerreichung], wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.“²⁷

Nicht verlangt wird dagegen, dass der Gesetzgeber das jeweils bestmögliche (optimale) Mittel zum Einsatz bringt.²⁸ Auch muss der erstrebte Erfolg nicht in jedem Einzelfall tatsächlich eintreten.²⁹ Vielmehr reicht es nach der vorstehenden Definition aus, wenn das Mittel die abstrakte Möglichkeit aufweist, den jeweiligen Zweck zu erreichen, wofür schon eine Teileignung genügt.³⁰ Da das BVerfG dem Parlament insofern zudem einen weiten, gerichtlich nur in begrenztem Umfang nachprüfbaren Einschätzungs- und Prognosevorrang (-prärogative) einräumt und eine verfassungsrechtliche Beanstandung unter dem Aspekt der Geeignetheit lediglich dann für möglich hält, wenn „das vom Gesetzgeber angewandte Mittel von vornherein objektiv untauglich“ ist, verwundert es nicht, dass ein grundrechtseinschränkendes Gesetz nur äußerst selten an der Eignungsprüfung scheitert.³¹

*Beispiel:*³² Gem. § 3 Abs. 1 EinzelHG a.F. ist zur Ausübung des Einzelhandels eine Erlaubnis erforderlich, die zu versagen ist, wenn der Unternehmer nicht die erforderliche Sachkunde nachweisen kann. Während § 4 Abs. 2 EinzelHG a.F. für den Einzelhandel mit Lebensmitteln und Arzneimitteln eine jeweils besondere Warenkunde verlangt, ist für den allgemeinen Einzelhandel der Nachweis der Sachkunde bereits dann erbracht, wenn der Bewerber in einer besonderen Prüfung allgemeine Kenntnisse der beim Einzelhandel vorkommenden kaufmännischen Vorgänge nachweist; Warenkenntnisse sind insofern nicht notwendig. Alternativ hierzu genügt auch das Bestehen einer Kaufmannsgehilfenprüfung in einem beliebigen Zweig des Handelsgewerbes mit anschließender prakti-

²⁶ Ipsen (Fn. 17), Rn. 189 m.w.N.

²⁷ BVerfGE 115, 276 (308).

²⁸ Manssen (Fn. 3), Rn. 183.

²⁹ Vgl. BVerfGE 67, 157 (175) und s. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 84. Je nach Konstellation kann es daher durchaus mehrere geeignete Mittel geben, s. Wilms (Fn. 2), Rn. 245. „Der Staat ist bei der Auswahl unter den geeigneten Mitteln [...] frei“, Detterbeck (Fn. 2), Rn. 303 (im Original mit Hervorhebung).

³⁰ BVerfGE 100, 313 (373); Michael/Morlok (Fn. 12), Rn. 619; Wilms (Fn. 2), Rn. 245.

³¹ BVerfGE 16, 147 (181). S.a. BVerfGE 115, 276 (308) m.w.N.; Hufen (Fn. 16), § 9 Rn. 20. Vgl. ferner BVerfG NJW 2012, 1062 (1063): Mit dem Sonnenstudioverbot für Minderjährige verfolgt der Gesetzgeber „das Ziel, die Bevölkerung [...] vor UV-Strahlung zu schützen, da eine Vielzahl von wissenschaftlichen Untersuchungen nach seiner Auffassung belegt, dass diese sowohl die Hautkrebsentstehung als auch den Verlauf einer bestehenden Hautkrebserkrankung entscheidend beeinflusst“ (Hervorhebung durch den Verf.).

³² Nach BVerfGE 19, 330.

²⁰ BVerfG NVwZ 2010, 1212 (1216) m.w.N.

²¹ Detterbeck (Fn. 2), Rn. 300; Michael/Morlok (Fn. 12), Rn. 612.

²² Pieroth/Schlink (Fn. 1), Rn. 289.

²³ Pieroth/Schlink (Fn. 1), Rn. 290.

²⁴ Nach BVerfGE 33, 52.

²⁵ Vgl. Michael, JuS 2001, 148 (149).

scher Tätigkeit im Handel von mindestens zwei Jahren. Da Unternehmer U seinen allgemeinen Einzelhandelsbetrieb ohne einen solchen Sachkundenachweis betreibt, wurde gegen ihn ein Bußgeld verhängt. Nach erfolgter Einlegung eines Einspruchs hiergegen ist nunmehr das Amtsgericht mit der Angelegenheit befasst, welches das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt und die Entscheidung des BVerfG darüber erbeten hat, ob § 3 Abs. 1 EinzelHG a.F. mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Zu welchem Ergebnis wird das BVerfG bzgl. der Frage der Verhältnismäßigkeit von § 3 Abs. 1 EinzelHG a.F. gelangen? § 3 Abs. 1 EinzelHG a.F. bezweckt den Schutz des Verbrauchers, der dem Einzelhändler als Kunde gegenübersteht, vor der Gefahr gesundheitlicher oder auch wirtschaftlicher Schädigung. Zur Erreichung dieses wichtigen Gemeinschaftsinteresses ist das hier gewählte, als solches legitime Mittel der Sachkundeprüfung, allerdings ungeeignet. Denn der Einzelhändler wirkt lediglich durch Warendistribution an der Bedarfsdeckung mit. Seine volkswirtschaftliche Funktion besteht darin, Waren zu beschaffen, zu lagern und – regelmäßig an private Verbraucher – abzusetzen. Die Be- und Verarbeitung der Ware („Manipulation“), die weitgehend von den Produktions- und Großhandelsbetrieben übernommen wurde, tritt demgegenüber ganz zurück. Vielmehr werden im Einzelhandel typischerweise verwendungsbereite Konsumwaren abgesetzt. Gesundheitliche Gefahren könnten dem Verbraucher von einem fachlich ungeeigneten Einzelhändler daher allenfalls beim Handel mit Lebensmitteln, Arzneimitteln und dergleichen drohen. Für diese Warenzweige gelten denn auch gem. § 4 Abs. 2 EinzelHG a.F. besondere Vorschriften, die im vorliegenden Zusammenhang des allgemeinen Einzelhandels jedoch nicht zu prüfen sind. Dagegen vermag der allgemeine Einzelhandel den Kunden gesundheitlich in aller Regel nicht zu gefährden. Allein die Möglichkeit wirtschaftlicher Gefährdung ist nicht auszuschließen, wenn der Einzelhändler beispielsweise mangelhafte Ware beschafft, die Ware unsachgemäß lagert oder den Kunden unzulänglich berät. Diese Gefahr könnte ausgeschlossen oder doch zumindest reduziert werden, wenn von dem Einzelhändler der Nachweis der Warenkunde in seiner besonderen Branche gefordert würde. Gerade diesen Nachweis verlangt das Gesetz jedoch nicht. Vielmehr begnügt es sich mit dem Nachweis allgemeiner kaufmännischer Kenntnisse, die zudem noch in einer ganz anderen Branche erworben sein können. Das Ziel des Verbraucherschutzes wird durch das Erfordernis des (kaufmännischen) Sachkundenachweises im allgemeinen Einzelhandel demnach in keiner Weise gefördert. Für diesen Zweck ist das hier gewählte Mittel folglich ungeeignet und damit insgesamt unverhältnismäßig.

4. Erforderlichkeit

Erweist sich das eingesetzte Mittel als zur Zweckerreichung geeignet, so folgt nunmehr die Prüfung seiner Erforderlich-

keit.³³ Denn „nur was geeignet ist, kann auch erforderlich sein.“³⁴

„Das Mittel ist [zur Zweckerreichung] erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes [d.h. milderes] Mittel hätte wählen können.“³⁵

„Die Prüfung der Erforderlichkeit verlangt mithin zweierlei, nämlich (1) das Aufzeigen einer ihrerseits rechtmäßigen (!) Handlungsalternative [...] („milderes Mittel“) und (2) einen Vergleich der Effektivität [Geeignetheit] dieses anderen Mittels mit dem [...] tatsächlich eingesetzten Mittel.“³⁶ Hierauf liegt nicht selten der Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung.³⁷

Die erste Frage, nämlich ob es noch mindestens ein weiteres (milderes Alternativ-)Mittel gibt, welches das betroffene Grundrecht weniger stark belastet als das vom Staat tatsächlich eingesetzte Mittel, ist an die „juristische Phantasie“ adressiert und von vornherein auf den Kreis des verfassungsrechtlich Legitimen beschränkt (s.o. 1.).³⁸ Ebenfalls nicht „milder“ sind solche Mittel, welche die durch den Grundrechtseingriff (z.B. Abgabenerhebung) bei einer Gruppe (z.B. Arbeitgeber) bewirkte Belastung nur auf Dritte (z.B. Arbeitnehmer) oder die Allgemeinheit (z.B. Aufgabenfinanzierung aus Steuermitteln) verschieben.³⁹

Wird sich *irgendein* milderes Mittel als das tatsächlich eingesetzte regelmäßig finden (z.B. Selbstverpflichtung anstelle eines gesetzlichen Ge-/Verbots), so hat dies nach der o.g. Definition allerdings nur dann die fehlenden Erforderlichkeit des Letztgenannten zur Konsequenz, wenn das weniger stark belastende (Alternativ-)Mittel auch mindestens genauso geeignet (wirksam, effektiv) ist wie das vom Staat verwendete Mittel – und zwar bzgl. sämtlicher verfolgter Zwecke.⁴⁰ Bei dieser zweiten im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung zu untersuchenden Fragestellung setzt sich die legislative Einschätzungsprärogative bzgl. der Geeignetheit eines Mittels zur Zweckerreichung (s.o. 3.) fort⁴¹ – im hiesigen Zusammen-

³³ *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 41.

³⁴ *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 298.

³⁵ BVerfGE 30, 292 (316). S.a. BVerfGE 90, 145 (172); 91, 207 (222) sowie die Negativdefinition bei *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 304: Das Mittel ist nicht erforderlich, „wenn der Staat zu einem anderen Mittel greifen könnte, das die Bürger weniger belastet, aber ebenso effektiv ist“ (im Original mit Hervorhebungen).

³⁶ *Wienbracke* (Fn. 14), Rn. 245 m.w.N. (im Original mit Hervorhebungen) im Hinblick auf Verwaltungshandeln, wo im Klammerzusatz nicht wie vorliegend auf ein „milderes Mittel“, sondern auf „andere Mittel“ Bezug genommen wird.

³⁷ *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 42. Steht dagegen nur eine Maßnahme zur Verfügung, so ist diese auch erforderlich, s. *Ipsen* (Fn. 17), Rn. 191.

³⁸ *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 304.

³⁹ Vgl. BVerfGE 109, 64 (86), s. *Manssen* (Fn. 3), Rn. 186.

⁴⁰ Vgl. BVerfG GewArch 2010, 489 (490), *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 304; *Michael/Morlok* (Fn. 12), Rn. 620 f.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 117, 163 (189), und s. *Vofßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

hang freilich hinsichtlich des milderen Mittels –, weshalb eine staatliche Maßnahme nur dann auf der vorliegenden Stufe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes scheitert, wenn die „sachliche Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung [...] bei dem als Alternative vorgeschlagenen geringeren Eingriff [...] eindeutig feststeh[t]“⁴² – und zwar „in jeder Hinsicht.“⁴³

*Beispiel:*⁴⁴ Nach § 35 StBerG a.F. darf als Steuerberater nur bestellt werden, wer die Prüfung als Steuerberater bestanden hat oder wer von der Ableistung dieser Prüfung befreit worden ist. Die Zulassung zur Prüfung als Steuerberater setzt gem. § 36 Abs. 1 StBerG a.F. entweder ein Hochschulstudium nebst dreijähriger Berufspraxis voraus (Nr. 1) oder aber nach Realschulabschluss und Lehrzeit eine zehnjährige hauptberufliche Tätigkeit auf dem Gebiet des Steuerwesens (Nr. 2). Als Sonderregelung für Beamte des gehobenen Dienstes bestimmt § 36 Abs. 2 StBerG a.F.: „Die Voraussetzungen des Absatzes 1 entfallen bei ehemaligen Beamten [...] des gehobenen Dienstes der Finanzverwaltung, die mindestens sieben Jahre auf dem Gebiet des Steuerwesens als Sachbearbeiter [...] tätig geworden sind.“ Ferner setzt die Zulassung zur Prüfung voraus, „daß der Bewerber nicht Beamter [...] der Finanzverwaltung ist, es sei denn, daß er seine Entlassung beantragt hat“, § 37 Abs. 1 Nr. 3 StBerG a.F. F steht seit 20 Jahren im höheren Dienst der bayerischen Finanzverwaltung. Sein Antrag auf Zulassung zur Steuerberaterprüfung wurde vom Zulassungsausschuss des Finanzministeriums abgelehnt, weil er bislang noch keine Entlassung aus der Finanzverwaltung beantragt hatte; er sei kein „ehemaliger“ Beamter. Daraufhin erhebt F Verpflichtungsklage auf Zulassung zur Steuerberaterprüfung. Zur Begründung führt F aus, dass die gesetzliche Regelung, wonach die Zulassung von Angehörigen der Finanzverwaltung zur Steuerberaterprüfung von einem vorherigen Antrag auf Entlassung aus dem öffentlichen Dienst abhängig ist, unverhältnismäßig sei und damit gegen sein Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verstoße. Hat F Recht, wenn es nach § 61 StBerG a.F. ehemaligen Angehörigen der Finanzverwaltung für die Dauer von drei Jahren nach ihrem Ausscheiden verboten ist für solche Auftraggeber tätig zu werden, mit deren Steuerangelegenheiten sie innerhalb der letzten drei Jahre vor ihrem Ausscheiden befasst waren? Ja. Indem die beanstandete Regelung den Zugang zum freien Beruf des Steuerberaters mit der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen in der Person des Bewerbers verknüpft, schränkt sie die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der Berufswahl ein. Der zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer solchen subjektiven Zulassungsvoraussetzung nötige wichtige Gemeinwohlbelang liegt hier zwar in Gestalt der Erhaltung einer funktionsfähigen Steuerrechtspflege vor. Doch ist die von F gerügte Bestimmung des StBerG zum Schutz dieses Gemeinschaftsguts nicht erforderlich. Denn um die Steuerrechtspflege vor den Ge-

fahren zu schützen, die mit einer gleichzeitigen Tätigkeit als Finanzbeamter und als Steuerberater verbunden wären, reicht eine Inkompatibilitätsregelung des Inhalts aus, dass der Bewerber erst vor seiner Bestellung zum Steuerberater – und nicht schon vor Beantragung der Zulassung zur Prüfung (Durchfallquote: i.d.R. ca. 50%) – aus der Finanzverwaltung ausgeschieden sein muss. Im Gegensatz zur bisherigen weitreichenden Vorverlegung des Schutzes der Allgemeinbelange ist eine solche Regelung im Hinblick auf die wirtschaftliche Basis (Existenzgrundlage) der Berufsbewerber das mildere Mittel. Im Übrigen genügt zum Schutz der Steuerrechtspflege vor Loyalitätskonflikten, die in der Person eines in der Steuerberaterprüfung erfolgreichen Angehörigen der Finanzverwaltung („Steuerberater auf Abruf“) zu befürchten sein könnten, die Bestimmung des § 61 StBerG a.F.

5. Angemessenheit

Ist die Erforderlichkeit des eingesetzten Mittels zur Zweckerreichung zu bejahen, so muss dieses hierzu schließlich noch in einer angemessenen Relation stehen, damit es insgesamt als verhältnismäßig eingestuft werden kann.⁴⁵ Auch insoweit besteht wiederum ein Stufenverhältnis: „Eine Maßnahme kann nicht mehr angemessen sein, wenn sie schon nicht erforderlich ist.“⁴⁶ Unter dieser Prämisse kann es sich bei der „Angemessenheit“ um einen (weiteren) Schwerpunkt der im jeweiligen Fall durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung handeln.⁴⁷

Das gewählte Mittel ist angemessen zur Zweckerreichung (synonym: proportional, verhältnismäßig i.e.S., zumutbar), wenn „das Maß der den Einzelnen [...] treffenden Belastung noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen“⁴⁸ bzw. – negativ formuliert – „die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe“ steht.⁴⁹

Um die insofern bestehende Gefahr, „die subjektiven Urteile und Vorurteile des Prüfenden zur Geltung zu bringen“,⁵⁰ möglichst an ihrer Realisierung zu hindern, ist die Angemessenheitsprüfung in rational nachvollziehbarer Weise wie folgt abzuschichten:⁵¹

⁴⁵ *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 44.

⁴⁶ *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 309.

⁴⁷ *Epping* (Fn. 12), Rn. 61.

⁴⁸ BVerfGE 76, 1 (51). S.a. BVerfGE 90, 145 (173); *Hufen* (Fn. 16), § 9 Rn. 23.

⁴⁹ BVerfGE 118, 168 (195). Mitunter wird das „Verbot, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen“ (s.o. II.), allein auf dieses Teilelement des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezogen, s. *Wilms* (Fn. 2), Rn. 249.

⁵⁰ *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 303. „Methodologisch ist der Begriff der ‚Verhältnismäßigkeit‘ ein unbestimmter Rechtsbegriff“, *Ipsen* (Fn. 17), Rn. 195.

⁵¹ Zum Folgenden vgl. *Manssen* (Fn. 3), Rn. 188; *Michael*, JuS 2001, 654 (659); *Papier/Krönke* (Fn. 2), Rn. 155; *Zippe/lius/Würtenberger* (Fn. 2), § 12 Rn. 89. Wenngleich es sich bei dieser Güterabwägung nicht um einen „mathematischen

⁴² BVerfGE 81, 70 (91) – *Hervorhebung durch den Verf.*

⁴³ BVerfGE 126, 331 (362) m.w.N.

⁴⁴ Nach BVerfGE 69, 209.

In einem ersten Schritt sind die sich jeweils gegenüberstehenden (Rechts-)Positionen – sowohl die durch den Eingriff belasteten als auch die zu dessen Rechtfertigung bemühten (z.B. Grundrechte Dritter, Staatszielbestimmung) – zu benennen.⁵²

Sodann sind diese widerstreitenden Interessen in einem zweiten Schritt gegeneinander abzuwägen. Hierzu ist zunächst deren jeweilige (abstrakte) Gewichtigkeit (Rang) zu bestimmen.⁵³ Anschließend ist die konkrete „Intensität der Gefährdung“ des Rechtsguts, das durch den Grundrechtseingriff geschützt werden soll, der „Schwere der Beeinträchtigung“ (Kriterien: Häufigkeit, Dauer und Ausmaß) des nachteilig betroffenen Freiheitsrechts gegenüberzustellen.⁵⁴ „Je schwerwiegender eine Grundrechtseinschränkung ist, desto gewichtiger muss auch das mit der Regelung zu erreichende Ziel sein.“⁵⁵

Diese Prüfung kann dazu führen, „dass ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel des Rechtsgüterschutzes nicht

Prozess“ handelt, so geht es bei ihr dennoch um einen (verfassungs-)„rechtlichen“ Vorgang – und „nicht um eine[n] persönliche[n], politische[n] oder moralische[n]“, v. *Kielmansegg*, JuS 2009, 118 (122).

⁵² Zur insoweit vom BVerfG mitunter (z.B. BVerfGE 104, 337 [346]) praktizierten sog. Schutzbereichsverstärkung, d.h. der Einstellung auch von im konkreten Einzelfall durch die jeweilige staatliche Maßnahme (Verwaltungsakt, Gerichtsentscheidung) nicht unmittelbar betroffenen Grundrechten in die Abwägung, s. *Manssen* (Fn. 3), Rn. 190. Bei der gutachterlichen Überprüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungskonformität hin sind dagegen ohnehin sämtliche einschlägigen Grundrechte heranzuziehen, s. *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 317.

⁵³ Vgl. BVerfGE 39, 1 (42 f.); 113, 63 (80); 120, 274 (327); 121, 317 (357 f.). Nach *Michael/Morlok* (Fn. 12), Rn. 624 ergibt sich aus den unterschiedlichen Grundrechtsschranken „eine gewisse Abstufung des Grundrechtsschutzes“. A.A. *Sachs* (Fn. 12), A. 10. Rn. 40, dem zufolge die Verfassung gerade „keine eindeutige Werthierarchie“ vorgebe, weshalb es von vornherein ausgeschlossen sei, die betroffenen Grundrechte abstrakt in ihrer relativen Wertigkeit zu erfassen. Vgl. ferner *Hufen* (Fn. 16), § 4 Rn. 6: Wegen der „grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller Grundrechte“ kämen Abstufungen erst im Rahmen des konkreten Falles in Betracht.

⁵⁴ BVerfGE 113, 63 (80). So wiegt beispielsweise ein represives Verbot mit Befreiungsvorbehalt schwerer als ein präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt (zu beiden s. *Wienbracke* [Fn. 14], Rn. 56), vgl. BVerfGE 20, 150 (155 ff.). Sofern es sich bei den von der Eingriffsmaßnahme zu schützen beabsichtigten Rechtsgütern um Grundrechte Dritter handelt, ist zwischen diesen und den mit ihnen kollidierenden Grundrechten ein möglichst schonender Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz herzustellen (vgl. *Zippelius/Würtenberger* [Fn. 2], § 19 Rn. 91), damit beide „zu optimaler Wirksamkeit“ gelangen können, s. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72. Zum additiven Grundrechtseingriff vgl. BVerfG NJW 2009, 2033 (2045) m.w.N., und s. *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 45.

⁵⁵ *Sachs* (Fn. 12), A. 10. Rn. 39.

angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Beeinträchtigungen der Grundrechte des Betroffenen den Zuwachs an Rechtsgüterschutz deutlich überwiegen, so dass der Einsatz des Schutzmittels als unangemessen erscheint. Daraus folgt, dass unter Umständen der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde.“⁵⁶ Um ein solches Resultat zu verhindern, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, den Grundrechtseingriff insbesondere durch Übergangs-, Befreiungs-, Ausnahme- und Kompensationsregelungen abzumildern.⁵⁷ Ob der Gesetzgeber sich hierzu entschließt, liegt daher regelmäßig nicht in seinem Ermessen; vielmehr steht ihm nur die Ausgestaltung namentlich von Übergangsvorschriften frei. Insoweit, d.h. bzgl. der „Überleitung bestehender Rechtslagen, Berechtigungen und Rechtsverhältnisse“, verbleibt dem Gesetzgeber allerdings durchaus „ein breiter Gestaltungsspielraum. Zwischen dem sofortigen übergangslosen Inkraftsetzen des neuen Rechts und dem ungeschmälernten Fortbestand begründeter subjektiver Rechtspositionen sind vielfache Abstufungen denkbar. Der Nachprüfung durch das BVerfG unterliegt nur, ob der Gesetzgeber bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe unter Berücksichtigung aller Umstände die Grenze der Zumutbarkeit überschritten hat.“⁵⁸

*Beispiel:*⁵⁹ Zum Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens erlässt das Bundesland B folgenden § 7 LNRSchG:

„(1) In Gaststätten ist das Rauchen untersagt [...]. Satz 1 gilt nicht für Bier-, Wein- und Festzelte sowie die Außen-gastronomie und die im Reisegewerbe betriebenen Gaststätten.

(2) Abweichend von Absatz 1 ist das Rauchen in vollständig abgetrennten Nebenräumen zulässig, wenn und soweit diese Räume in deutlich erkennbarer Weise als Raucherräume gekennzeichnet sind [...].“

Kleingastronom K betreibt seit Jahrzehnten eine 63 qm messende Eckkneipe in der Landeshauptstadt von B. Das Lokal wurde bislang überwiegend von Stammgästen besucht, von denen rund 70 % Raucher sind. Da dem K die Einrichtung eines Raucherraums aus baulichen Gründen nicht möglich ist, muss er seit Inkrafttreten des LNRSchG eine reine Nichtraucher-gaststätte führen. Entsprechend halten sich die rauchenden Stammgäste erheblich kürzer in der Gaststätte des K auf und konsumieren dort weniger. Da bei Anhalten dieses Umsatzrückgangs absehbar ist, dass K seine „Eckkneipe“ zukünftig nicht mehr profitabel wird führen können, rügt er vor dem BVerfG eine Verletzung

⁵⁶ BVerfGE 90, 145 (185). Im Rechtsstaat heiligt der Zweck eben nicht jedes Mittel, s. v. *Kielmansegg*, JuS 2009, 118 (122).

⁵⁷ *Manssen* (Fn. 3), Rn. 188.

⁵⁸ BVerfG NVwZ 2010, 1212 (1220).

⁵⁹ Nach BVerfGE 121, 317. S.a. BVerfG NVwZ-RR 2012, 257.

seines Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG. Ist die Regelung des § 7 LNRSchG verhältnismäßig?

Nein. Zwar ist die Berufsausübungsregelung des § 7 LNRSchG geeignet und erforderlich, das mit ihr verfolgte Ziel des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung zu erreichen – ein überragend wichtiger Gemeinwohlbelang (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), der selbst ein absolutes Rauchverbot in Gaststätten zu rechtfertigen vermag. Doch wenn der Gesetzgeber von seiner Befugnis Gebrauch macht, in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können, und berücksichtigt er bei der Wahl seines Schutzkonzepts auch Interessen, die gegenläufig zu dem von ihm verfolgten Gemeinwohlziel sind, so bleibt dies nicht ohne Auswirkungen auf die Angemessenheitsprüfung. Denn mit der Entscheidung für ein bestimmtes Konzept bewertet der Gesetzgeber die Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Rechtsgüter und wägt diese hinsichtlich der Folgen für die verschiedenen betroffenen Rechtsgüter gegeneinander ab. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben bestimmt letztlich also der Gesetzgeber, mit welcher Wertigkeit die von ihm verfolgten Interessen der Allgemeinheit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen. Hier hat der Landesgesetzgeber sich für eine Konzeption des Nichtraucherschutzes entschieden, die das Schutzziel nicht unbedingt verfolgt, sondern mit Rücksicht auf kollidierende Interessen nur einen eingeschränkten, von verschiedenen Ausnahmetatbeständen (§ 7 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 LNRSchG) durchzogenen Schutz als hinreichend ansieht. Die Gefahren durch Passivrauchen werden danach zwar als erheblich eingeschätzt, aber in verfassungsrechtlich vertretbarer Weise nicht als derart schwerwiegend bewertet, dass der Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht Vorrang vor einer Berücksichtigung der beruflichen Interessen der Gaststättenbetreiber (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Verhaltensfreiheit der Raucher (Art. 2 Abs. 1 GG) genießen müsste. Aufgrund dieser Relativierung des mit § 7 Abs. 1 S. 1 LNRSchG verfolgten Ziels des Gesundheitsschutzes erlangen dessen Auswirkungen für Kleingastronome wie K im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung ein stärkeres Gewicht. Während für größere Gaststätten mit Raucherräumen letztlich nur ein relatives Rauchverbot gilt, das es diesen ermöglicht, auch den rauchenden Gästen ein Angebot unterbreiten zu können, besteht ein absolutes, mit existenzbedrohenden Umsatzrückgängen verbundenes absolutes Rauchverbot allein für kleinere Gaststätten. Das Maß dieser Belastung steht in Anbetracht der Zurücknahme des erstrebten Schutzziels aber nicht mehr in einem zumutbaren Verhältnis zu den Vorteilen, welche der Landesgesetzgeber mit dem gelockerten Rauchverbot für die Allgemeinheit zu erlangen beabsichtigt. Erschwerend kommt hinzu, dass nach der gesetzlichen Konzeption die Kleingastronomie nicht nur Verluste wegen derjenigen Raucher hinnehmen muss, die jetzt auf einen Gaststättenbesuch völlig verzichten oder ihren Aufenthalt verkürzen; vielmehr sind sie zusätzlich auch noch durch die Abwan-

derung derjenigen Gäste belastet, die nunmehr größere Gaststätten mit Raucherräumen aufsuchen.

Abbildung (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz):



III. Verhältnismäßigkeit des Rechtsanwendungsakts

Erfolgt der Grundrechtseingriff – wie häufig der Fall – nicht unmittelbar durch ein sich selbst vollziehendes Gesetz, sondern durch einen Akt der vollziehenden Gewalt (z.B. Verwaltungsakt, § 35 VwVfG) oder der Rechtsprechung (z.B. Gerichtsurteil), so ist dieser nur dann verfassungsgemäß, wenn hierfür

- eine verfassungsgemäße formell-gesetzliche (Ermächtigungs-)Grundlage vorhanden ist⁶⁰ und
- die Exekutive bzw. Judikative bei der Anwendung des abstrakt-generellen Gesetzes auf den konkret-individuellen Einzelfall das jeweils einschlägige Grundrecht gewährt hat, d.h. die hoheitliche Maßnahme „formell und materiell rechtmäßig“ ist.⁶¹ Wenngleich es sich aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes bei jedem Verstoß von Verwaltung und Rechtsprechung gegen das einfache Recht, d.h. bei jeder unrichtigen Tatsachenfeststellung und fehlerhaften Gesetzesanwendung, materiell-rechtlich um eine Grundrechtsverletzung handelt („der Eingriff ergeht nur dann ‚auf Grund eines Gesetzes‘, wenn im konkreten Fall die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind und der Eingriff von ihrer Rechtsfolgenanordnung umfasst ist“⁶²), führt die – im Gegensatz zur Ebene der Fachgerichte⁶³ – im Rahmen von Urteilsverfassungsbeschwerden verfassungsprozessual eingeschränkte Prüfungskompetenz des BVerfG („keine Superrevisionsinstanz“) gleichwohl dazu, dass im Ergebnis nicht jedweder Rechtsanwendungsfehler (Rechtswidrigkeit), sondern nur eine Verletzung von „spezifischem Verfassungsrecht“ (Verfassungswidrigkeit), zur Feststellung einer Grundrechtsverletzung durch das BVerfG führt.⁶⁴ Eine solche ist wiederum dann zu bejahen, wenn „bei Auslegung und Anwendung einfachen Rechts der Einfluss der Grundrechte grund-

⁶⁰ V. Kielmansegg, JuS 2008, 23 (28).

⁶¹ Papier/Krönke (Fn. 2), Rn. 157.

⁶² V. Kielmansegg, JuS 2008, 23 (28).

⁶³ Zu diesen vgl. Wienbracke, Verwaltungsprozessrecht, 2009, Rn. 227.

⁶⁴ Manssen (Fn. 3), Rn. 199 f.; Sachs (Fn. 12), A. 10. Rn. 7. Wegen des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) wird sich eine Individualverfassungsbeschwerde nur ganz ausnahmsweise unmittelbar gegen einen Akt der Exekutive richten, s. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 551.

legend verkannt ist“⁶⁵, d.h. das einschlägige Grundrecht entweder vollständig übersehen (nicht „erkannt“) oder aber grundsätzlich falsch angewandt („verkannt“) wurde,⁶⁶ die fachgerichtliche Entscheidung (inhaltlich) willkürlich ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 GG)⁶⁷ oder die Grenzen zulässiger richterlichen Rechtsfortbildung überschreitet.⁶⁸

Spielen diejenigen verfassungsrechtlichen Vorgaben, die Anforderungen an Grundrechtsbeschränkungen sowohl durch den Gesetzgeber als auch durch die Verwaltung und die Rechtsprechung stellen (wie eben z.B. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz), bei Grundrechtseingriffen durch eine der beiden letztgenannten Staatsgewalten mithin zweimal eine Rolle – „nämlich zunächst hinsichtlich der gesetzlichen Ermächtigung und dann für die darauf gestützte Gesetzesanwendung“⁶⁹ –, so verlagert sich der Schwerpunkt der jeweiligen Prüfung von der ersten Stufe – der Verfassungsmäßigkeit des abstrakt-generellen Gesetzes – auf die zweite Ebene der Grundrechtskonformität der Gesetzesauslegung und -anwendung durch die vollziehende Gewalt bzw. die Rechtsprechung im konkret-individuellen Einzelfall, sofern die Legislative – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen – von der Möglichkeit Gebrauch macht, den beiden anderen Staatsgewalten durch die Verankerung von unbestimmten Rechtsbegriffen bzw. Generalklauseln auf Tatbestandsebene und/oder Ermessen auf der Rechtsfolgenseite eigenständige Beurteilungs- bzw. Entscheidungsspielräume einzuräumen.⁷⁰ Demgegenüber kann wegen der Verfassungsbindung der Legislative (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) „die gesetzmäßig handelnde vollziehende Gewalt mit den Grundrechten nicht in Konflikt kommen, sofern sie eine gebundene Entscheidung zu treffen hat.“⁷¹ Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Rechtsprechung.⁷²

*Beispiel:*⁷³ Exzentriker E ist Geschäftsführer und Hauptgesellschafter der G-GmbH. Da E als Geschäftsführer wiederholt Fragebögen der Handwerkskammer nicht ord-

nungsgemäß ausgefüllt, sondern mit z.T. völlig sinnlosen Vermerken versehen hatte, wurde gegen die G-GmbH ein Bußgeld i.H.v. 500,- Euro verhängt. Da E diesen Bußgeldbescheid verschuldet und somit der Gesellschaft einen Schaden von 500,- Euro zugefügt hat, ist gegen ihn wegen Untreue zum Nachteil der G-GmbH Anklage erhoben worden. Um die in der Hauptverhandlung aufgetretene Frage nach der Zurechnungsfähigkeit des E zu klären, ordnete Amtsrichter A durch Beschluss gem. § 81a StPO die Untersuchung des Liquor (Gehirn- und Rückenmarkflüssigkeit) bei E an, wozu es eines Einstichs in den Wirbelkanal mit einer langen Hohlneedle entweder im Bereich der oberen Lendenwirbel (Lumbalpunktion) oder im Nacken zwischen Schädel und oberstem Halswirbel (Okzipitalpunktion) bedarf. Nach erfolgloser Ausschöpfung aller hiergegen zur Verfügung stehenden Rechtsmittel erhebt E in zulässiger Weise Verfassungsbeschwerde zum BVerfG, mit der er die Verletzung seines Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG rügt. Hat E hiermit in der Sache Erfolg?

Ja. Die im Beschluss angeordnete Entnahme von Gehirn- und Rückenmarkflüssigkeit mit einer langen Hohlneedle greift in den Schutzbereich des Grundrechts des E auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein. Zwar kann dieses Grundrecht gem. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Auch genügt § 81a StPO als Gesetz im förmlichen Sinn dieser Anforderung und bestehen ebenfalls an der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift keine Bedenken. Sie ist nicht nur formell (vgl. v.a. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), sondern auch materiell verfassungsgemäß. Jedoch verletzt die Anwendung dieser Norm im konkreten Einzelfall durch Amtsrichter A in spezifischer Weise das Grundrecht des E auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Denn in Anbetracht dessen, dass es sich vorliegend einerseits um eine Bagatellsache handelt, derentwegen nur eine geringe Strafe bzw. u.U. sogar eine Einstellung wegen Geringfügigkeit in Betracht kommen dürfte (vgl. § 153 Abs. 1 StPO), andererseits die Liquorentnahme in ihren beiden Formen einen alles andere als belanglosen Eingriff in die körperliche Integrität des E darstellt, ist deren Anordnung hier im Hinblick auf den mit ihr verfolgten Zweck der Aufklärung der von E etwaig begangenen Straftat nicht mehr angemessen und verstößt daher evidenten Maßen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

⁶⁵ BVerfGE 89, 276 (285).

⁶⁶ Vgl. BVerfG NZG 2011, 1262 (1266), und s. *Papier/Krönke* (Fn. 2), Rn. 80; *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 1288 m.w.N. aus der BVerfG-Rspr.; *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 51 Rn. 61.

⁶⁷ *Fleury*, Verfassungsprozessrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 366.

⁶⁸ *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 1285.

⁶⁹ *Sachs* (Fn. 12), A. 10. Rn. 5. S.a. *Katz*, Staatsrecht, 18. Aufl. 2010, Rn. 656.

⁷⁰ Vgl. *Sachs* (Fn. 12), A. 10. Rn. 8. Zu behördlichen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen s. *Wienbracke* (Fn. 14), Rn. 216 ff., 226 ff. Dort (Rn. 218) m.w.N. insbesondere auch zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der gesetzgeberischen Befugnis zur Einräumung von behördlichen Beurteilungs-spielräumen. Insbesondere muss „der den Rechtsanwendern belassene Spielraum [...] die Grenzen der Zumutbarkeit“ wahren, s. BVerfGE 128, 1 (66), das insofern allerdings eine erst sukzessive Normkonkretisierung „durch administrative und gerichtliche Vorgaben“ ausreichen lässt.

⁷¹ *Wilms* (Fn. 2), Rn. 146.

⁷² Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 195.

⁷³ Nach BVerfGE 16, 194.