

Inhalt

Einleitung	1
Teil 1: Empirische Grundlegung: Migrationslinien einer Figur . .	7
A. Ursprünge im Polizeirecht	8
B. Das Notstandsrecht des BGB als Prototyp des Verhältnismäßigkeitsdenkens im Privatrecht	11
C. Migration ins Verfassungsrecht	14
I. Die frühe Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs	14
II. Frühe Stimmen in der Literatur	19
1. Krüger	19
2. v. Krauss	23
III. Die Rezeption der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht	27
1. Erste Ansätze	27
2. Das Apothekenurteil	31
3. Lüth	38
a) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Instrument des grundrechtlichen Interessenausgleichs	40
b) Die zivilrechtlichen Generalklauseln als Anknüpfungspunkt und Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsdenkens	42
c) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Übersetzerin zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	47
d) Inkurs: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Konkretisierung des Satzes von „Treu und Glauben“	47
IV. Übermaß und Verfassungsrecht	52
1. Das Verhältnismäßigkeitsdenken in der „dirigierenden Verfassung“	53

2. Das Privatrecht in der Ausgleichsfalle?	57
V. Übermaß gegen Untermaß	64
D. Das Verhältnismäßigkeitsdenken als leitende Methode des Arbeitsrechts	70
I. Arbeitskampfrecht	70
II. Individualarbeitsrecht, insbesondere Kündigungsrecht	80
E. Die Europäisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung	89
I. Der Weg der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Europa	89
II. Zur Binnenmechanik der Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH	97
III. Die Grundfreiheiten und die Emanzipation der Verhältnismäßig- keitsprüfung von der Grundrechtsdogmatik	101
1. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Dogmatik der Grundfreiheiten	101
2. Der kurze Weg zu den Grundfreiheiten und gleichheits- rechtliche Umorientierung	107
IV. Rückwirkungen des europarechtlichen Verhältnismäßigkeits- denkens auf das deutsche Privatrecht: das Beispiel des Antidiskriminierungsrechts	111
1. Das primärrechtliche Verbot der Entgeltdiskriminierung	111
2. Vom Urteil Weber von Hartz v. Bilka zu einer umfassenden Privatrechtsprägung	119
F. Das Immaterialgüterrecht als Referenz für das fortschreitende privatrechtliche Verhältnismäßigkeitsdenken	127
Teil 2: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor den Paradigmen des Privatrechts	137
A. Privatrecht als Gleichordnungsrecht	138
I. Funktionalität der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Gleichordnungsverhältnis	139
II. Rückwirkungen der Figur auf das Gleichordnungsgefüge	141
III. Rückblick ins öffentliche Recht	144
B. Das Paradigma der Systemschließung	145

I. Abkehr von der Begriffsarbeit	146
II. Zwischen Derogation und Stabilisierung des Systems der „Interessenjurisprudenz“	147
III. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Instrument der Systemschließung	149
C. Das Paradigma der Privatautonomie	151
I. Privatautonome Rezeption	154
II. Migration durch Legislativakt	154
1. Zur Vermessung der Freiheitsverkürzung	157
2. Unverhältnismäßigkeit der Verhältnismäßigkeit?	160
III. Migration durch Urteil	163
Teil 3: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Gesetzesbindung	173
A. Zur Gleichzeitigkeit von materiellem Recht, Dogmatik und Methodik im Verhältnismäßigkeitsdenken	174
I. Das Übermaßverbot als materiell-rechtlicher Befehl	174
II. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als dogmatische Figur	175
III. Das Verhältnismäßigkeitsdenken als Methode	178
1. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Dienerin des Syllogismus	179
2. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als Mittlerin zwischen syllogistischer und arithmetischer Argumentation	181
a) Subsumtion und Abwägung	181
b) Regeln und Prinzipien	186
c) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen Abwägung und Subsumtion	187
aa) Die Frage nach dem legitimen Zweck	188
bb) Das Gebot der Geeignetheit	188
cc) Die Erforderlichkeitsprüfung	189
dd) Die Angemessenheitsprüfung	191
IV. Zwischenergebnis: Wirkungsdimensionen der Verhältnismäßigkeitsprüfung	192
B. Methodenmigration und Gewaltengliederung	193
I. Methodische Indikation der gesetzlichen Vorstrukturierung	194
1. Einfache Fälle einer deutlichen gesetzgeberischen Vorstrukturierung	195

2. Konkretisierung gesetzlich dicht vorstrukturierter Materien durch eine nicht vorgeschriebene Verhältnismäßigkeitskontrolle	197
a) Anwendbarkeitsvoraussetzungen der Verhältnismäßigkeitskontrolle bei dicht vorstrukturierten Regelungsmaterien und richterliche Kontrolldichte	197
b) Zur konstellationssensiblen Verwendungsweise der Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere zur richterlichen Kontrolldichte	200
c) Beispiel: die individualarbeitsrechtliche Kündigung	202
II. Rückblick ins öffentliche Recht	209
Abstract	217
Literatur	219
Personen- und Sachregister	237