

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1434

Finanzbewusste Verhältnismäßigkeitsdogmatiken

**Ein Beitrag zu der Frage des für den Einzelnen
mildereren, aber für den Staat kostspieligeren
Alternativmittels**

Von

**E. Malte N. Reifegerste
Lucas Pentschew
Simon Kempny**



Duncker & Humblot · Berlin

E. MALTE N. REIFEGERSTE / LUCAS PENTSCHEW /
SIMON KEMPNY

Finanzbewusste
Verhältnismäßigkeitsdogmatiken

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1434

Finanzbewusste Verhältnismäßigkeitssdogmatiken

Ein Beitrag zu der Frage des für den Einzelnen
milderer, aber für den Staat kostspieligeren
Alternativmittels

Von

E. Malte N. Reifegerste
Lucas Pentschew
Simon Kempny



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-18077-6 (Print)

ISBN 978-3-428-58077-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Abhandlung ist einem Ausschnitt aus der Dogmatik des wohl als allgemein anerkannt zu bezeichnenden verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gewidmet. Es geht um die Frage, inwieweit es auf das Ergebnis einer Prüfung anhand der aus jenem Grundsatz abgeleiteten Anforderungen Einfluss habe, dass zu einer gewählten staatlichen Maßnahme zwar eine, in der herkömmlichen Begrifflichkeit ausgedrückt, gleich wirksame, mildere Alternative bestehe, diese aber für den Staat teurer sei.

Die Idee zu der Abhandlung geht auf einen Gedanken zurück, der Simon Kempny in seiner Habilitandenzeit morgens auf dem Weg zur Arbeit im Kölner Universitätshauptgebäude kam. Auslöser war die Schaltung einer (sowohl für Kraftfahrzeugführer als) auch für Radfahrer geltenden Lichtzeichenanlage auf der Universitätsstraße gegenüber der Einmündung der Berrenrather Straße, derentwegen der Radfahrer Kempny häufig, vom Standpunkt der Verkehrssicherheit aus besehen, „unnötig lange“ warten musste – eine eigene Radfahrerampel deuchte wohl zu kostspielig.

Auf seine Anregung hin nahmen Malte Reifegerste und Lucas Pentschew, wissenschaftlicher Mitarbeiter beziehungsweise studentische Hilfskraft an seinem Bielefelder Lehrstuhl, sich der Frage federführend an und trugen, zweier eingehender Zwischenerörterungen ungeachtet, die Hauptlast der Recherche wie der Erstformulierung. In mehreren Überarbeitungsschleifen und Besprechungsrunden entstand dann bis März 2020 der gemeinschaftlich zu verantwortende Text.

Angesichts der zwischenzeitlich ausgebrochenen SARS-CoV-2-Pandemie („COVID-19“), welche einigen in der schon zum Verlag gegebenen Abhandlung entwickelten Gedanken unerwartete Aktualität beschert hatte, entschlossen wir uns zu einem kurzfristigen Nachtrag, wofür Malte Reifegerste den Entwurf verfasste.

Dank gebührt zahlreichen ehemaligen und gegenwärtigen Mitarbeitern und Hilfskräften des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht der Universität Bielefeld, insbesondere Frau stud. iur. Jessica Kolipost, für tatkräftige Mithilfe sowie dem Ostwestfälisch-Lippischen Steuerkreis e. V. für die großzügige Übernahme des aufzubringenden Druckkostenzuschusses.

Bielefeld, Anfang Mai 2020

*E. Malte N. Reifegerste
Lucas Pentschew
Simon Kempny*

Inhalt

A. Freiheitsschutz unter Kostenvorbehalt?	11
B. Fundierung der Beachtlichkeit finanzieller Mehrbelastungen im Grundgesetz	15
I. Freiheitsaktualisierungsvoraussetzung	16
II. Entlastung der Allgemeinheit	21
III. Parlamentarische Haushaltssouveränität	23
IV. Kostenvermeidungszweck	32
V. Zusammenfassung	39
C. Ansätze in Rechtsprechung und Literatur	40
I. Beispielsfall – Sachverhalt	40
II. Die Ansätze im Einzelnen	42
1. Verbale Erweiterung der Erforderlichkeitsdefinition	43
a) Das „vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare Maß“	43
aa) Definitionen	46
bb) Beispielhafte Verhältnismäßigkeitsprüfung	47
(1) Legitimer Zweck	47
(2) Geeignetheit	47
(3) Erforderlichkeit	47
(4) Angemessenheit, Ergebnis	52
b) Die neue Paarformel und ihr Verhältnis zu dem „vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare[n] Maß“	53
aa) Definition	58
bb) Beispielhafte Verhältnismäßigkeitsprüfung	58
(1) Legitimer Zweck, Geeignetheit	58
(2) Erforderlichkeit	59
(3) Angemessenheit, Ergebnis	59
c) Vermischung beider Linien	59
aa) Definition	60
bb) Beispielhafte Verhältnismäßigkeitsprüfung	61
(1) Legitimer Zweck, Geeignetheit	61
(2) Erforderlichkeit	61
(3) Angemessenheit, Ergebnis	62
d) Kritik	62
aa) Zur Rechtsprechungslinie des „vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare[n] Maß[es]“	62
(1) Undurchsichtiger Maßstab	62

(2) Literaturinterpretationen	62
bb) Zur Genese der Paarformel und ihrer Synthese mit dem „vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare[n] Maß“	63
cc) Die dogmatische Anknüpfung und Scheidung von Dritt- und Allgemeinheitsbelastung	70
e) Zusammenfassung	76
2. Kosten-Nutzen-Abwägung in der Erforderlichkeitsprüfung	77
a) Definitionen	79
b) Beispielhafte Verhältnismäßigkeitsprüfung	80
aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit	80
bb) Erforderlichkeit	80
cc) Angemessenheit, Ergebnis	82
c) Kritik	82
aa) Vorteil: Transparenz	82
bb) Nachteile	83
(1) Der Entschädigungsgedanke und das Fehlen eines allgemeinen Maßes	83
(2) Unvollständigkeit des Modells	87
(3) Keine (bloße) Evidenzkontrolle	87
(4) Keine konsensfähigen Ergebnisse	88
3. Inzidente Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Erforderlichkeitsprüfung	89
a) Definitionen	90
b) Beispielhafte Verhältnismäßigkeitsprüfung	90
aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit	90
bb) Erforderlichkeit	90
cc) Angemessenheit, Ergebnis	94
c) Kritik	94
aa) Vorteile	94
(1) Transparenz	94
(2) Evidenzkontrolle	94
bb) Nachteile	95
(1) Keine konsensfähigen Ergebnisse	95
(2) Unklare Aufspaltung	95
4. Finanzwirksames gerichtliches Instrumentarium	96
a) Inhalt der Ansicht	96
aa) Ebene der Erforderlichkeit	96
bb) Ebene der Angemessenheit	97
b) Definitionen	99
c) Beispielhafte Verhältnismäßigkeitsprüfung	100
aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit	100
bb) Erforderlichkeit	100
cc) Angemessenheit, Ergebnis	100

d) Kritik	103
aa) Vorteile	103
(1) Rationalität der Erforderlichkeitsprüfung	103
(2) Berücksichtigung der Haushaltsautonomie	103
bb) Nachteile	104
(1) Rechtsprechung als Maßstab und Quelle	104
(2) „Ersatzgesetzgeber“	104
(3) Fachgerichtlicher Umgang	106
(4) Schonung gesetzgeberischer (Haushalts-)Spielräume? ..	107
(5) Je nach Konstellation unzureichender Grundrechtsschutz durch Rechtsstillstand?	108
(6) Entscheidende Wertungsentscheidung des Gesetzgebers unhinterfragt	110
III. Zusammenfassung	110
IV. Raum für Weiterentwicklung	111
D. Eine sparsame Verhältnismäßigkeitsdogmatik	113
I. Der verschwiegene legitime Zweck	113
II. Konsequenz für die Zweck-Mittel-Relation	120
III. Beispielhafte Verhältnismäßigkeitsprüfung	123
1. Legitimer Zweck, Geeignetheit	123
2. Erforderlichkeit	123
3. Angemessenheit	129
IV. Nachtrag: Weitere beispielhafte Betrachtung aus aktuellem Anlass ..	137
1. Sachverhalt	139
2. Legitimer Zweck, Geeignetheit	142
3. Erforderlichkeit	148
4. Angemessenheit	149
a) Bewertung des Ansteckungsvermeidungszwecks	150
b) Bewertung des Kostenvermeidungszwecks	151
c) Gegenüberstellung des jeweiligen Zwecks mit der auf ihn entfal- lenden Freiheitsbeschränkung	152
Schrifttumsverzeichnis	154
Sachwortverzeichnis	160

A. Freiheitsschutz unter Kostenvorbehalt?

„Freiheit geht vor Gold,
Sprach die Wachtel und flog ins Holz.“¹

Zum gefestigten Bestand, geradezu zum Kern der öffentlichrechtlichen Lehre gehört der Satz, dass ein Akt der öffentlichen Gewalt² zur Erreichung eines legitimen Zwecks³ dann erforderlich sei, wenn der Zweck „nicht durch ein gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel erreichbar“⁴ sei.⁵

¹ Deutsches Sprichwort. Zitiert nach *K. Simrock*, Die deutschen Volksbücher. Gesammelt und in ihrer ursprünglichen Echtheit wiederhergestellt. Fünfter Band. Deutsche Sprichwörter, 1846, S. 122 Nr. 2649.

² Untersuchungsgegenstand sind (bis auf wenige Ausnahmen) nur Parlamentsgesetze (vornehmlich des Bundes). Angesichts der alleinigen Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts bezüglich solcher Gesetze (hierzu *J. Wieland*, in: Horst Dreier [Hrsg.], Grundgesetz. Kommentar, Band III, 3. Auflage, 2018, Art. 100 Rn. 11, 17) wird ausschließlich von ihm als Kontrolleur die Rede sein (bei untergesetzlichen Normen wären andere Kontrolleure denkbar).

³ Der Begriff des Zwecks ist in diesem Zusammenhang (definitorisch, kriteriologisch und diagnostisch) voraussetzungsvoll, wird hier aber angesichts seiner Verbreitung im einschlägigen Diskurs schon um der Anschlussfähigkeit willen verwandt.

⁴ *Th. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Auflage, 2018, Rn. 336.

⁵ Die für diesen Aufsatz wesentlichen (unwesentlich ist beispielsweise die Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips [dazu überblickshaft mit Nachweisen *Ph. Reimer*, Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius [Hrsg.], Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 60 <60–62>] sowie der Gestaltung- und Einschätzungsspielraum seitens des Gesetzgebers hinsichtlich der Eignung [und mitunter sogar der Angemessenheit] eines Mittels [hierzu statt vieler *M. Sachs*, in: Michael Sachs [Hrsg.], Grundgesetz. Kommentar, 8. Auflage, 2018, Art. 20 Rn. 151–152, 155; kritisch bezüglich der Ebene der Erforderlichkeit *F. Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 7. Auflage, 2018, § 9 Rn. 21] – wenn es darauf ankommt, ist die gesetzgeberische Prognose im Rahmen dieser Abhandlung als vollkommen unvertretbar, das gewählte Mittel als eindeutig ungeeignet, ein Alternativmittel als offensichtlich gleich geeignet anzusehen und so fort) Aspekte der Verhältnismäßigkeitsdoktrin (hierzu eine kritische Zusammenfassung von *Ph. Reimer*, Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius [Hrsg.], Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 60 [63–75], der in ihnen „eine Reihe heterogener Teilanforderungen“ [S. 62] erblickt und insbesondere die Prüfung des legitimen Zwecks und der Geeignetheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit entbehrlich findet; die Einwände erscheinen nicht unbedeutlich, die Begriffe dienen hier indes vor allem als Diskussionsfolien]) sollen an dieser Stelle knapp dargestellt werden: Erster Schritt der Prüfung der Verhältnis-

Diese Abhandlung untersucht, ob mit jener Definition die verfassungsrechtlich gebotene Schärfe des „Schwertes Erforderlichkeit“ erreicht wird, oder ob es erneut an den Schleifstein muss. Anlass zu dieser Frage geben Konstellationen, in denen ein Zweck durch ein gleich wirksames, für Grundrechtsberechtigte milderes, aber für den Staat teureres Alternativmittel gefördert werden könnte. Das Bundesverfassungsgericht erteilt dabei aus verschiedenen Gründen teureren Alternativen eine Absage. Teilweise führt es wie selbstverständlich im Rahmen der Erforderlichkeit eines Mittels eine Zumutbarkeitsgrenze ein – anders als die Zumutbarkeit⁶, welche die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeit bildet, ist diese allerdings gerichtet auf die Zumutbarkeit eines Alternativmittels für den Staat.⁷

mäßigkeit eines freiheitsbeschränkenden Mittels ist die Benennung aller Zwecke („Haupt-“ und „Nebenzwecke“, soweit diese überhaupt unterschieden werden können), die mit dem Mittel verfolgt werden sollen, und die Überprüfung der verfassungsrechtlichen Legitimität dieser Zwecke. In einem zweiten Schritt ist zu fragen, ob das gewählte Mittel zur Erreichung der Zwecke geeignet ist. Falls das Mittel hinsichtlich eines der verfolgten Zwecke ungeeignet ist, also die Erreichung in keiner Hinsicht wahrscheinlicher macht, bleibt dieser Zweck im weiteren Verlauf der Verhältnismäßigkeitsprüfung außer Betracht; wenn ein Ziel durch das gewählte Mittel nicht erreicht werden kann, dann kann jenes Ziel das Mittel auch nicht rechtfertigen. Das gewählte Mittel ist aber nur in Gänze ungeeignet, wenn es hinsichtlich der Erreichung eines jeden Zwecks ungeeignet ist. Solange es zur Erreichung eines Zwecks geeignet ist, wird an dieser Stelle keine Unverhältnismäßigkeit konstatiert. In einem dritten Schritt wird die Erforderlichkeit des gewählten Mittels untersucht. Das gewählte Mittel ist nicht erforderlich, wenn es ein alternatives Mittel gibt, welches die Erreichung der Zwecke (mindestens) ebenso effektiv förderte und gleichzeitig milder für die Grundrechtsberechtigten wäre (kurzum: wenn das Alternativmittel freiheitseffizienter ist [zu verschiedenen Effizienzen noch Abschnitt D.]). Auch hier gilt, dass das gewählte Mittel nur dann nicht erforderlich ist, wenn ein Alternativmittel alle verfolgten Zwecke gleich effektiv förderte und zugleich milder wäre. Im vierten und letzten Schritt, der Angemessenheit (siehe zur Begrifflichkeit Fn. 6), ist die Zweck-Mittel-Relation in den Blick zu nehmen. Grundsätzlich werden dabei die Förderung der (verbliebenen) Zwecke sowie die tangierten Interessen bewertet, um anschließend eine (Wertungs-)Entscheidung zu treffen, ob die Freiheitseinschränkung angesichts der Zweckförderung noch das zu tolerierende Maß wahrt oder eben nicht (siehe statt vieler *L. Michael/M. Morlok*, *Grundrechte*, 6. Auflage, 2017, Rn. 611–626).

⁶ Für das Anliegen dieser Untersuchung synonym: Proportionalität, Angemessenheit, Zumutbarkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und Übermaßverbot (Nachweise bei *H. Jarass*, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth [Hrsg.], *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 15. Auflage, 2018, Art. 20 Rn. 120). Im Folgenden: Angemessenheit.

⁷ So könne insbesondere die Aufstockung von Mitteln zur Kontrolle, ob ein Gesetz eingehalten werde, unzumutbar sein, weswegen eine Alternative dann nicht gleichwertig sei, BVerfG, Beschl. v. 6.10.1987, 1 BvR 1086, 1468, 1623/82, BVerfGE 77, 84 (110–111) – *Arbeitnehmerüberlassung*; BVerfG, Beschl. v. 14.11.1989, 1 BvL 14/85, 1 BvR 1276/84, BVerfGE 81, 70 (91) – *Rückkehrgebot*; *H. Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Band II, 3. Auflage, 2015, Art. 20

Ist für diese Zumutbarkeit neben der Gleichgeeignetheit überhaupt Raum? Erodiert damit nicht der Freiheitsschutz, den die Erforderlichkeit eigentlich sicherstellen soll? Das Bundesverfassungsgericht erwähnt, in dialektischer Perfektion, den Gegenpol, unmittelbar bevor es die Zumutbarkeit für den Staat erstmals nennt, indem es klarstellt, dass „Grundrechte nicht nur nach Maßgabe dessen bestehen, was an Verwaltungseinrichtungen vorhanden ist“⁸. In ähnlich gelagerten Fällen stellte das Gericht den noch rigideren Grundsatz auf, dass Alternativmittel dann nicht zu einer Nichterforderlichkeit des gewählten Mittels führten, selbst wenn sie gleich effektiv und zugleich milder seien, falls sie eine größere Belastung für Dritte oder die Allgemeinheit bedeuteten – und findet damit viele Anhänger.⁹ Die Relevanz der Drittbelastung¹⁰ soll dabei vordergründig sicherstellen, dass die Verfassungsmäßigkeit einer gewählten Maßnahme nicht aus dem Grund in Zweifel gezogen werden kann, dass eine Belastungsverschiebung möglich ist. Der Ausschluss von die Allgemeinheit stärker belastenden Alternativmitteln sorgt, oberflächlich betrachtet, dafür, dass sich der Staat nicht auf ein Mittel verweisen lassen muss, wenn es zwar freiheitsschonender, aber teurer als das gewählte Mittel wäre.

Manche mag dieser Gedanke erschrecken; ein Grundrechtsberechtigter soll ein Mehr an Freiheitseinbuße dulden,¹¹ nur damit ein Grundrechtsverpflichteter Geld spart? Mit diesem Beitrag wird ein Versuch unternommen, Legitimität, verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt und Stellenwert des staatlichen Anliegens, Kosten zu vermeiden, herauszuarbeiten (Abschnitt B.). Im weiteren Verlauf werden verschiedene – nicht vom Ergebnis aus Abschnitt B. abhängige – verhältnismäßigkeitsdogmatische Lösungsansätze genauer zergliedert, namentlich um das Verhältnis der beiden genannten Rechtsprechungslinien zu erhellen (Abschnitt C.). Die gewonnenen Erkenntnisse sollen in erster Linie dafür genutzt werden, für eine stringenter Dogmatisierung zu sorgen, damit die entscheidende Wertungsfrage überhaupt gestellt und offengelegt werde (Abschnitt D.).

(Rechtsstaat) Rn. 183, spricht von einer „unvertretbar höheren finanziellen Belastung“. Mit der Gleichwertigkeit meint das Bundesverfassungsgericht wohl die Gleichgeeignetheit der Alternative (so interpretiert es auch *B. Grzeszick*, in: Theodor Maunz/ Günter Dürig [Begr.], Grundgesetz. Kommentar, Stand der Bearbeitung: 48. Ergänzungslieferung, November 2006, Art. 20 VII Rn. 114).

⁸ BVerfG, Beschl. v. 6.10.1987, 1 BvR 1086, 1468, 1623/82, BVerfGE 77, 84 (110) – *Arbeitnehmerüberlassung*.

⁹ Siehe Abschnitt C. II. 1. b).

¹⁰ Im Kontext der „Gleichwertigkeit“ von Alternativmitteln ohne Begründung *V. Epping*, Grundrechte, 8. Auflage, 2019, Rn. 55–56.

¹¹ Es wird bewusst auf Formulierungen wie „notwendiges“ oder gar „erforderliches“ Maß verzichtet. Ob dieses gewahrt ist, findet man mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung gerade heraus.