

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1296

**Verhältnismäßigkeitsprinzip
vs. Willkürverbot: der Streit um
den allgemeinen Gleichheitssatz**

Von

Gabriel D. L. Machado



Duncker & Humblot · Berlin

GABRIEL D. L. MACHADO

Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot:
der Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1296

Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot: der Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz

Von

Gabriel D. L. Machado



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen
hat diese Arbeit im Jahr 2015
als Dissertation angenommen.

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
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: CPI buchbücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-14735-9 (Print)
ISBN 978-3-428-54735-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84735-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen Anfang 2015 als Dissertation angenommen.

Zu ihrem Zustandekommen hat eine Vielzahl von Menschen beigetragen. Ich möchte mich zunächst bei meinem Betreuer, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Heun, bedanken, der sich stets bereit zeigte, mir – trotz der Schwierigkeit der Aufgabe – zu helfen. An dieser Stelle sei außerdem dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Hans Michael Heinig, für die anregenden Worte gedankt.

Ich bedanke mich des Weiteren bei dem Deutschen Akademischen Austauschdienst – DAAD für die langjährige finanzielle Unterstützung. Ein besonders herzliches Dankeschön für ihr Verständnis und ihren Beistand richte ich an meine Eltern.

Schließlich sei all denjenigen gedankt, die dafür gesorgt haben, dass mein Aufenthalt in Göttingen viel mehr als nur eine Etappe meines beruflichen Lebens wurde, insbesondere Benno Schubert, Eneas Romero de Vasconcelos, Mariana Monteiro de Matos, Pedro Ribeiro Martins, Saulo Monteiro de Matos und, allen voran: Annika Schäfer.

Hannover, im Juni 2015

Gabriel Ducatti Lino Machado

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	13
I. Problemstellung und Aufbau der Untersuchung	13
II. Die Einordnung der Untersuchung	14
III. Eine begriffliche Klärung	15
B. Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot: von den Ursprüngen bis zum Eingang in die Rechtsprechung des BVerfG	16
I. Die Wiege: das Polizeirecht	16
II. Die historische Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	23
1. Der Anwendungsbereich: vom Polizei- zum Verfassungsrecht	23
a) Die Entstehung des juristischen Begriffs „Verhältnismäßigkeit“	23
b) Vom Polizei- zum Verfassungsrecht	26
2. Der Inhalt: von der Erforderlichkeit zur Angemessenheit	29
a) Verhältnismäßigkeit als Erforderlichkeit	29
b) Von der Erforderlichkeit zur Angemessenheit	32
III. Die historische Entwicklung des Willkürverbots	38
1. Das Willkürverbot im Polizeirecht	38
a) Der Willkürbegriff und die Literatur zum freien Ermessen der Verwaltung	38
b) Der Willkürbegriff in der Rechtsprechung des ProVG	44
2. Das Willkürverbot im Verfassungsrecht	47
a) Gerhard Leibholz	47
b) Der Eingang in die Rechtsprechung des BVerfG	49
IV. Ergebnis	50
C. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf der Ebene der Gesetzgebung	53
I. Die Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips	53
1. Die innere Schranke der Zweck-Mittel-Relation	53
a) Die Geeignetheit	53
b) Die Grenzen der Geeignetheit	54

2. Die äußeren Schranken der Zweck-Mittel-Relation	54
a) Die formelle Schranke	54
aa) Die Erforderlichkeit	54
bb) Ihre Grenzen	55
b) Die materiellen Schranken	58
aa) Die Grenzen der Abwägung	58
bb) Die absolute Eingriffsintensität	62
cc) Eingriffsintensität und Prognosen	68
dd) Die Angemessenheitsprüfung	72
3. Ergebnis	77
II. Die Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips	79
1. Absolute Grundrechte	79
2. Relativität der Anspruchsverwirklichung	82
3. Die Wesensgehaltsgarantie	83
4. Ergebnis	85
D. Der allgemeine Gleichheitssatz	86
I. Die Fragestellung: formell und absolut oder materiell und relativ?	86
II. Das BVerfG: von der Willkür- zur Neuen Formel-Rechtsprechung	90
1. Die Willkürrechtsprechung	90
2. Die Neue Formel-Rechtsprechung	93
III. Art. 3 Abs. 1 GG als ein formelles absolutes Grundrecht	96
1. Prinzip absoluter persönlicher und sachlicher Rechtsgleichheit: Peter Martini	97
2. Adalbert Podlech	99
3. Prinzip der Gleichheit, Regel der Ungleichheit: zum Modell von Robert Alexy	101
4. Gleichbehandlung bei wesentlicher Gleichheit, Ungleichbehandlung bei wesentlicher Ungleichheit: Michael Kloepfer	104
5. Die Folgerichtigkeitsthese	106
a) Ihr Sinn und ihre Schwächen	106
b) Die Folgerichtigkeitsthese in der Rechtsprechung des BVerfG	109
aa) Zum Wahlrecht	109
bb) Zum Steuerrecht	115
cc) Ergebnis	118
6. Das Modell von Stefan Huster	119
7. Ergebnis	123
IV. Art. 3 Abs. 1 GG als ein materielles relatives Grundrecht	126
1. Das Grundrecht auf Gleichbehandlung	126
2. Das Grundrecht auf Ungleichbehandlung	129

V. Ergebnis	130
E. Der besondere Gleichheitssatz: Art. 3 Abs. 3 GG	132
I. Absolutes Anknüpfungsverbot?	132
II. Begründungsverbot?	133
III. Relatives Differenzierungsverbot?	134
IV. Begründungsgebot	135
F. Das Willkürverbot im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes	138
I. Seine Bezugnahme: die Gründe für die Ungleich- bzw. Gleichbehandlung	138
II. Der Begriff des Grundes für eine Ungleich- bzw. Gleichbehandlung	139
III. Das Willkürverbot bei einer Ungleichbehandlung: die Verschiebung der Argumentationslast	140
1. Mittelbar verdächtige Ungleichbehandlungen	141
2. Unmittelbar verdächtige Ungleichbehandlungen	144
IV. Das Willkürverbot bei einer Gleichbehandlung: die mittelbare Verdächtigkeit von Gleichbehandlungen	144
V. Die Bedeutung von Widersprüchen	145
VI. Ergebnis	148
G. Ergebnis	150
Literaturverzeichnis	153
Sachwortverzeichnis	169

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung, Anmerkungen
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BadVGH	Badischer Verwaltungsgerichtshof
BadWürttPolG	Polizeigesetz von Baden-Württemberg
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BayVGH n.F.	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, neue Fassung (Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Teil I)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BRS	Baurechtssammlung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EstG	Einkommensteuergesetz
et al.	et alii
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische GRUNDRECHTE- Zeitschrift
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz

HGR	<i>Merten, Detlef/Papier</i> , Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004 (zitiert: HGR I, 2004); Band II: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006 (zitiert: HGR II, 2006); Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009 (zitiert: HGR III, 2009); Band V: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013 (zitiert: HGR V, 2013)
HmbSOG	Hamburgisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz
HPoIG	Hessisches Polizeigesetz
HPoIR	<i>Lisken, Hans/Denninger, Erhard/Rachor, Frederik</i> (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz, 5. Aufl., München 2012 (zitiert: HPoIR, ⁵ 2012)
Hrsg.	Herausgeber
HStR	<i>Isensee, Josef/Kirchhof, Paul</i> (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band I: Historische Grundlagen, 3. Aufl., Heidelberg 2003 (zitiert: HStR I, ³ 2003); Band III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005 (zitiert: HStR III, ³ 2005); Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Heidelberg 2000 (zitiert: HStR V, ² 2000); Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009 (zitiert: HStR VII, ³ 2009); Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010 (zitiert: HStR VIII, ³ 2010); Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (zitiert: HStR IX, ³ 2011)
i. d. F.	in der Fassung
i. e. S.	in engerem Sinne
insb.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRWOBG	Ordnungsbehördengesetz von Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung
PVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
RhIPfLVwG	Landesverwaltungsgericht von Rheinland-Pfalz
RhIPfOVG	Oberverwaltungsgericht von Rheinland-Pfalz
RhIPfPVG	Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite, Seiten
s. a.	siehe auch

SchlHolstLVwG	Landesverwaltungsgesetz von Schleswig-Holstein
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
s. u.	siehe unten
usw.	und so weiter
v.	von
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VRspr.	Verwaltungs-Rechtsprechung
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WürttBadVGH	Württemberg-Badischer Verwaltungsgerichtshof
z. B.	zum Beispiel
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

A. Einführung

I. Problemstellung und Aufbau der Untersuchung

Mit dem Grundgesetz, das sich mit einem breiten Katalog liberaler Grundrechte vorstellt, welche auch die Gesetzgebung als unmittelbar geltendes Recht binden und deren Beachtung durch die Gesetzgebung der Kontrolle eines Verfassungsgerichts, des Bundesverfassungsgerichts, unterworfen ist, setzte in Deutschland die Ära der Grundrechtsdogmatik ein.

Eine prominente Stellung nahm in der deutschen Grundrechtsdogmatik, einschließlich der Rechtsprechung des BVerfG, schnell das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein: ohne dieses kann jene nicht gedacht werden; ohne jene kann dieses nicht gedacht werden. Desto markanter ist insofern ein Zwiespalt, der den Werdegang der deutschen Grundrechtsdogmatik durchzieht: das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird auf die Freiheitsrechte begrenzt; im Rahmen des Gleichheitsrechts des Art. 3 Abs. 1 GG herrscht stattdessen das Willkürverbot.

Erschüttert wurde diese Annahme, der eine solide theoretische Basis immer fehlte, durch ein Urteil des BVerfG aus dem Jahr 1980, das Präklusion I-Urteil, BVerfGE 55, 72. Seitdem hallt diese Entscheidung wider: über ein Willkürverbot hinaus werden aus Art. 3 Abs. 1 GG „Verhältnismäßigkeitserfordernisse“ abgeleitet; seine Öffnung zum Verhältnismäßigkeitsprinzip wird unterstellt.

Nur: zu einer systematischen Verhältnismäßigkeitskontrolle haben die Verhältnismäßigkeitserfordernisse nicht geführt. Damit bleibt die Vereinbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ungewiss, ungeachtet mancher Versuche, sie theoretisch zu begründen. Ist der allgemeine Gleichheitssatz doch mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip oder lediglich mit dem Willkürverbot kompatibel? Das ist die Frage, der hier nachgegangen wird.

Dabei werden Verhältnismäßigkeitsprinzip (alternativ: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) und Willkürverbot als zwei verschiedene Maßstäbe zur Bestimmung verstanden, ob eine Maßnahme der Gesetzgebung den Einzelnen in einem seiner Grundrechte verletzt. Sie stellen verschiedene Anforderungen an den Gesetzgeber, denen jeweils die Verhältnismäßigkeitskontrolle bzw. die Willkürkontrolle entsprechen.

Damit man sich ein vollständiges Bild des Problems machen kann, beginnt die Untersuchung mit einer historischen Bestandsaufnahme (Kapitel B.). Verhältnis-

mäßigkeitsprinzip und Willkürverbot sind keine Schöpfung des BVerfG, sondern haben eine Vorgeschichte vorzuweisen. Insofern fragt es sich: unter welchen Bedingungen und mit welcher Bedeutung sind das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Willkürverbot entstanden, die später Eingang in die Rechtsprechung des BVerfG finden würden?

Sodann geht es in den Kern des Problems. Im Ausgang des Kapitels B. taucht die Frage auf, ob sich das differenziertere bzw. voraussetzungsvollere Verhältnismäßigkeitsprinzip bei seinem Sprung ins Verfassungsrecht nicht anpassen musste. Dementsprechend wird Kapitel C. zunächst der Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf der Ebene der Gesetzgebung gewidmet. Nachdem die Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips aufgezeigt wurde, kann dann die Frage nach seinen Voraussetzungen bearbeitet werden: was sind die Eigenschaften, die ein Grundrecht zum Verhältnismäßigkeitsprinzip öffnen?

Stehen die Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips fest, gilt es zu untersuchen, ob der allgemeine Gleichheitssatz sie erfüllt. Wenn seine Rechtsnatur eines subjektiven öffentlichen Rechts unumstritten ist, bedarf seine Bedeutung als solches weiterhin einer präziseren Klärung. Auf diese Aufgabe konzentriert sich Kapitel D., an dessen Ende die Schlussfolgerung gezogen werden kann, ob Art. 3 Abs. 1 GG mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kompatibel ist oder ob ihm vielmehr das Willkürverbot eignet.

Die Antwort fällt für das Willkürverbot aus, wogegen Art. 3 Abs. 3 GG sprechen könnte. Daher wird im Kapitel E. die Bedeutung von Art. 3 Abs. 3 GG und sein Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 GG untersucht.

Da Art. 3 Abs. 3 GG die im Kapitel D. gezogene Schlussfolgerung bestätigt, wird schließlich im Kapitel F. gezeigt, wie sich das Willkürverbot im allgemeinen Gleichheitssatz strukturell entfaltet.

II. Die Einordnung der Untersuchung

Diese Untersuchung ist als ein Beitrag zur deutschen Grundrechtsdogmatik konzipiert. Zum Teil beschäftigt sie sich mit Fragen des allgemeinen Teils: der Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf der Ebene der Gesetzgebung; den Eigenschaften der Grundrechte, die offen zu ihm sind. Im Besonderen beschäftigt sie sich mit dem allgemeinen Gleichheitssatz: seiner Bedeutung bzw. seinen Eigenschaften als einem subjektiven öffentlichen Recht (Grundrecht); der Struktur des Willkürverbots im allgemeinen Gleichheitssatz.

III. Eine begriffliche Klärung

Ein zentraler Begriff im Kontext des allgemeinen Gleichheitssatzes ist der Begriff der rechtlichen Gleichbehandlung. Mit rechtlicher Gleichbehandlung wird hier nicht die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit Art. 3 Abs. 1 GG gemeint. Mit rechtlicher Gleichbehandlung wird vielmehr die Tatsache beschrieben, dass zwei oder mehrere Grundrechtsträger von der gleichen Rechtsfolge betroffen werden, unabhängig davon, ob sich für sie die Rechtsfolge aus jeweils verschiedenen Tatbeständen ergibt, unabhängig davon also, ob auf sie verschiedene Normen zutreffen. Unter Rechtsfolge wird wiederum die in der Norm beschriebene Konsequenz, nicht ihre weiteren Auswirkungen verstanden. Diesem Begriff der rechtlichen Gleichbehandlung entspricht ein Begriff der rechtlichen Ungleichbehandlung.

Wenn im Folgenden von (rechtlicher) Gleich- oder Ungleichbehandlung die Rede ist, wird damit rechtliche Gleich- bzw. Ungleichbehandlung im erwähnten Sinne gemeint.