

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Einleitung | 17 |
| A. Gegenstand der Arbeit | 17 |
| B. Gang der Untersuchung | 19 |
| 1. Teil: Der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt in der Rechtsprechungspraxis | 21 |
| 1. Abschnitt: Rechtsgebiete und Rechtsprechungsanalyse | 21 |
| A. Berufsrecht | 22 |
| I. Gewerberecht, § 35 GewO | 22 |
| 1. Normstruktur und Verhältnismäßigkeit der Untersagungsverfügung | 22 |
| 2. Möglichkeit der Rechtsfolgenbegrenzung in extremen Ausnahmefällen | 25 |
| 3. Extremer Ausnahmefall in der Rechtsprechung zu § 35 GewO | 27 |
| 4. Berücksichtigung weiterer betroffener Grundrechte | 30 |
| 5. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im Gewerberecht: Der extreme Ausnahmefall als Hintertür für eine konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung | 30 |
| II. Gaststättenrecht, §§ 4 Abs. 1, 15 GastG | 32 |
| 1. Besonderheiten aufgrund landesrechtlicher Regelungen | 33 |
| 2. Minusmaßnahmen und unbillige Härten als mögliches Anwendungsfeld eines Verhältnismäßigkeitsvorbehalts | 34 |
| 3. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit durch die Verwaltungsgerichte im Rahmen des Tatbestands des § 15 GastG | 37 |
| III. § 3 LogG (Logopädengesetz) | 38 |
| IV. § 6 Abs. 2 BApO (Apothekerordnung) | 39 |
| V. § 5 Abs. 2 BÄO (Bundesärzteordnung) | 42 |
| VI. § 25 PBefG (Personenbeförderungsgesetz) | 43 |
| VII. Zusammenfassung zum Berufsrecht | 44 |

| | |
|---|----|
| B. Kostenrecht | 45 |
| I. Kostentragung der Verwaltungsvollstreckung, insbesondere Abschleppfälle („Wanderschilder“) | 46 |
| II. Notbestattungen | 48 |
| 1. Bedeutung unterschiedlicher landesrechtlicher Regelungen für die Fragen der Kostentragungspflicht und der Billigkeitskorrektur | 49 |
| 2. Uneinheitliche Entscheidungspraxis der Gerichte | 50 |
| a) Rechtsfolgenkorrektur unter Rückgriff auf einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt zur Berücksichtigung atypischer Fallgestaltungen | 50 |
| b) Alternative: Rückgriff auf Billigkeitsklauseln | 51 |
| c) Rechtsfolgenkorrektur bei Verstoß gegen die Menschenwürde | 52 |
| d) Keine Rechtsfolgenkorrektur aufgrund bestehender Ausgleichsmechanismen | 53 |
| e) Maßstab für die Korrektur | 55 |
| 3. Zusammenfassung zum Bestattungsrecht | 57 |
| III. Kostentragung bei konsularischen Hilfeleistungen, § 5 Abs. 5 KonsularG | 57 |
| IV. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im Kostenrecht: Billigkeitskorrektur in atypischen Fällen zur Vermeidung unzumutbarer Härten | 59 |
| C. Prüfungsrecht | 60 |
| I. § 37 Abs. 2 i.V.m. § 23 Abs. 3 APO-GO NRW | 60 |
| II. § 14 Abs. 1 S. 1 SächsJAPO a. F. | 61 |
| III. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im Prüfungsrecht: Konkrete Verhältnismäßigkeit als Kehrseite gesetzgeberischer Typisierung | 62 |
| D. Beamtenrecht | 64 |
| E. Aufenthaltsrecht | 65 |
| I. § 53 AufenthG a. F. – Normstruktur und Anwendungsbereich | 66 |
| II. Vorgaben des EGMR bezüglich der Konventionskonformität einer Ausweisung | 70 |
| III. „Systemwechsel“ im Ausweisungsrecht | 71 |
| 1. Grundsatzentscheidungen des BVerfG und BVerwG betreffend die Regel-Ausweisung | 73 |
| a) BVerfG | 73 |

| | |
|---|-----|
| b) BVerwG | 76 |
| c) Vergleich der Lösungsansätze mit Blick auf die Wirkweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 79 |
| 2. Berücksichtigung von Verhältnismäßigkeitserwägungen bei der Ist- Ausweisung | 80 |
| IV. Rechtsfolgenkorrekturen im Aufenthaltsrecht – Fallkonstellationen | 82 |
| V. Besonderheit Europarechtsbezug | 85 |
| VI. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im Aufenthaltsrecht: Vom Vorbehalt für extreme Ausnahmefälle zu generellem Vorbehalt und umfassender Abwägung | 87 |
| VII. Reaktionen und Aktivierung des Gesetzgebers als Folge der Rechtsprechungspraxis | 89 |
| F. Gegenbeispiele | 92 |
| I. Straßenverkehrsrecht („Ungeeignetheit“ zum Führen eines Kraftfahrzeugs) | 93 |
| 1. § 3 Abs. 1 StVG i.V.m. § 46 Abs. 1 FeV | 93 |
| 2. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 StVG (ehemals: § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 StVG) | 94 |
| II. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Merkmals „wichtiger Grund“ | 96 |
| 3. Studienförderung, § 7 Abs. 3 BAföG | 96 |
| 4. Meldeversäumnis, § 32 Abs. 1 SGB II | 97 |
| III. Durchsetzung des Kopftuchverbots | 98 |
| G. Exkurs: Bindung an Europarecht | 98 |
| H. Zusammenfassung der Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse und Folgerungen | 106 |
| 2. Abschnitt: Kategorienbildung anhand der Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse | 108 |
| A. Mehrfache Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit | 108 |
| I. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit durch Gesetzgeber und Rechtsanwender | 109 |
| II. Verhältnismäßigkeit als Argument | 110 |

| | |
|--|-----|
| B. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit als Kehrseite gesetzgeberischer Typisierung bzw. Generalisierung | 112 |
| I. Härtefallberücksichtigung | 112 |
| 1. Verallgemeinerungen als Folge der Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers | 113 |
| 2. Härtefallberücksichtigung durch den Rechtsanwender | 115 |
| 3. Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Prüfung eines Ausnahmefalls | 117 |
| II. Allgemeine Flexibilisierung gesetzlicher Regelungen | 119 |
| 1. Klare Typisierung zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit durch den Gesetzgeber | 119 |
| 2. Generelle Flexibilisierung der Regelung zur Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls durch den Rechtsanwender | 120 |
| 3. Verhältnismäßigkeit als Maßstab | 121 |
| C. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen | 122 |
| 3. Abschnitt: Scheinprobleme und Probleme | 123 |
| A. Anknüpfungspunkte für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im gesetzlichen Tatbestand | 124 |
| I. Verfassungskonforme Auslegung zur Konkretisierung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 125 |
| II. Fälle des Berufsrechts als Scheinprobleme | 128 |
| B. Keine Anknüpfungspunkte für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im gesetzlichen Tatbestand | 131 |
| I. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit als verfassungskonforme Auslegung | 132 |
| 1. Implikationen und Begründung verfassungskonformer Auslegung | 132 |
| 2. Grenzen verfassungskonformer Auslegung | 135 |
| a) Rolle des Wortlauts bei verfassungskonformer Auslegung | 137 |
| b) Verwischte Grenzen verfassungskonformer Auslegung | 138 |
| c) Ablehnung eines hypothetisch verfassungskonformen Gesetzgeberwillens | 141 |
| 3. Zusammenfassung | 144 |

| | |
|--|-----|
| II. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit als Rechtsfortbildung | 145 |
| 1. Verschiedene Begründungsansätze | 146 |
| a) Schließung von Ausnahmelücken im Wege teleologischer Reduktion | 147 |
| b) Analoge Anwendung von Härteklauseln | 148 |
| 2. Voraussetzungen und Grenzen für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung als Rechtsfortbildung | 151 |
| a) Kriterien zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens als Grenze der Rechtsfortbildung | 153 |
| b) Weitere Grenzen bei Entscheidung zugunsten des Betroffenen? | 154 |
| 3. Argumentationslinien für die Begründung oder Ablehnung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung als Rechtsfortbildung | 156 |
| a) Abgestuftes Rechtsfolgenregime spricht gegen die Annahme einer Regelungslücke | 156 |
| b) Folgerungen aus dem Zweck der anzuwendenden Regelung | 157 |
| c) Billigkeit der Kostenerhebung zur Begründung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Kostenrecht | 159 |
| 4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen | 160 |
| III. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit bei Europarechtsbezug | 162 |
| 1. Berücksichtigung der EMRK im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung | 163 |
| a) EMRK-inkorporierende Rechtsanwendung? | 165 |
| b) Stellungnahme | 167 |
| 2. Richtlinienkonforme Auslegung im Unionsrecht | 171 |
| 3. Schlussfolgerungen | 172 |
| IV. Atypische Härtefälle und generelle Flexibilisierung als relevanter Anwendungsbereich eines verfassungsrechtlich zu begründenden Verhältnismäßigkeitsvorbehalts | 173 |
| C. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen | 174 |

| | |
|--|-----|
| 2. Teil: Grund und Grenzen eines verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsvorbehalts | 176 |
| 1. Abschnitt: Verhältnismäßigkeit im Spannungsfeld von Grundrechtsschutz und Gesetzesbindung | 176 |
| A. Gewährleistung individuellen Grundrechtsschutzes | 178 |
| I. Verfassungsbedingter Rückgriff auf die Verhältnismäßigkeit | 178 |
| II. Konflikt von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit | 180 |
| B. Spannungen zur Gesetzesbindung des Rechtsanwenders als Ausdruck der Gewaltenteilung | 183 |
| I. Gesetzesbindung im Kontext des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts | 185 |
| 1. Allgemeines Gesetz als Garant von individueller Freiheit und Gefahr für individualisierende Gerechtigkeit | 185 |
| 2. Implikationen der Gesetzesbindung | 186 |
| 3. Gesetzesbindung als Problem der Bindungsvielfalt | 188 |
| 4. Relativierungen der Gesetzesbindung | 189 |
| II. Auswirkungen eines Verhältnismäßigkeitsvorbehalts auf die Bedeutung des Gesetzes | 191 |
| 1. Befreiung von der Notwendigkeit einer Maßstabsbegründung | 192 |
| 2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „weicher“ Entscheidungsmaßstab | 193 |
| 3. Verlust der Steuerungswirkung des Gesetzes | 197 |
| 4. Schwächung der demokratischen Legitimation verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen | 199 |
| III. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen | 201 |
| C. Ansätze zur Auflösung der Spannung zwischen Grundrechts- und Gesetzesbindung des Rechtsanwenders | 202 |
| I. Gesetzesvermittelte Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit | 203 |
| II. Individualisierende Betrachtung | 207 |
| III. Von gesetzungsvermittelter Verhältnismäßigkeitsberücksichtigung zum Verhältnismäßigkeitsvorbehalt | 209 |

| | |
|---|-----|
| IV. Dogmatische Begründungsansätze für einen Härtefallvorbehalt | 211 |
| 1. Konkreter, punktueller Grundrechtsdurchgriff zur Begrenzung der Rechtsfolge im Einzelfall | 211 |
| 2. Zumutbarkeit als Mindestgebot der Rechtsanwendung | 212 |
| 3. Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund einer „mitgemeinten Prüfungskompetenz“ | 216 |
| 4. Grundrechtsunmittelbarkeit der Rechtsanwendung | 217 |
| 5. Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund einer allgemeinen Billigkeitskompetenz | 218 |
| V. Zusammenfassung | 222 |
| D. Ansatzübergreifende Kritikpunkte und Schlussfolgerungen | 222 |
| 2. Abschnitt: Der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als Kehrseite gesetzgeberischer Typisierungen | 223 |
| A. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als Herausforderung für den gewaltenteiligen Verfassungsstaat | 224 |
| I. Der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als Kompetenzproblem | 225 |
| II. Funktionale Gewaltenteilung als Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Bewertung des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts bei gebundenen Entscheidungen | 227 |
| B. Gesetzgebung im Kontext des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts | 229 |
| I. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit vom Gesetzgeber im Rahmen abstrakt-genereller Regelungen | 229 |
| 1. Aufgabe, Zusammensetzung und Verfahren | 229 |
| 2. Gesetzgeberische Prärogative zur abstrakten Gewichtung von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit | 230 |
| 3. Verhältnismäßigkeit und gesetzgeberische Typisierung | 232 |
| a) Typisierung und Generalisierung | 232 |
| b) Die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers | 233 |
| aa) Grundrechte als Grenze gesetzgeberischer Typisierung | 234 |
| bb) Grundrechte i.V.m. Art. 3 GG als Grenze gesetzgeberischer Typisierung | 236 |

| | |
|---|-----|
| cc) Härteklauseln zu Wahrung der Verfassungsmäßigkeit einer Typisierung | 237 |
| c) Schlussfolgerung | 240 |
| 4. Keine Pflicht des Gesetzgebers zur umfassenden Härtefallberücksichtigung | 240 |
| II. Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers | 242 |
| III. Typisierungsbefugnis als „Schaltstelle“ für die Reichweite eines Verhältnismäßigkeitsvorbehalts | 243 |
| C. Rechtsanwendung im Kontext des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts | 244 |
| I. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit von den Verwaltungsgerichten im Rahmen konkret-individueller Entscheidungen | 244 |
| 1. Aufgabe, Zusammensetzung und Verfahren | 244 |
| 2. Mögliche Gründe für die unmittelbare Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit durch die Verwaltungsgerichte | 246 |
| a) Verhältnismäßigkeit als Maßstab der Zweck- Mittel-Relation | 246 |
| b) Gerechtigkeit als Argument zur unmittelbaren Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit | 248 |
| c) Berücksichtigung auf Rechtsanwendungsebene als historische Gegebenheit | 249 |
| d) Berücksichtigung aufgrund der Funktionsgrenzen der Gesetzgebung | 252 |
| 3. Schlussfolgerungen | 252 |
| II. Verhältnis der Verwaltungsgerichte zur Verwaltung | 253 |
| 1. Handlungsmaßstab der Verwaltung als Grenze des Kontrollmaßstabs der Verwaltungsgerichte | 254 |
| a) Rolle der Verwaltung | 254 |
| b) Reichweite komplementärer Verhältnismäßigkeitsberücksichtigung auf Rechtsanwendungsebene | 256 |
| 2. Unterschiede des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts zu der Figur der Ermessensreduktion auf Null | 257 |
| III. Zusammenfassung | 258 |

| | |
|---|-----|
| D. Anwendungsbereich und Gefahren eines Verhältnismäßigkeitsvorbehalts als Kehrseite gesetzgeberischer Typisierungen | 258 |
| 3. Abschnitt: Art. 100 GG im Kontext des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts | 260 |
| A. Konsequenzen der Annahme eines generellen Verhältnismäßigkeitsvorbehalts im Zusammenhang mit Art. 100 GG | 262 |
| I. (Zu) weites Verständnis gesetzgeberischer Typisierungsbefugnisse bei gleichzeitiger Entwertung derselben | 263 |
| II. (Dys-) Funktionalität des Art. 100 GG als verfassungsrechtliches Instrument zur Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung | 264 |
| B. Bedeutung des Art. 100 GG als verfassungsrechtlicher Mechanismus der Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber, Fachgerichtsbarkeit und BVerfG | 265 |
| I. Zweck und Funktion des Vorlageverfahrens – Rückschlüsse für den Verhältnismäßigkeitsvorbehalt | 265 |
| II. Voraussetzungen und Anwendungsbereich des Art. 100 GG in Konstellationen des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts | 268 |
| 1. Unmöglichkeit verfassungskonformer Auslegung als Zulässigkeitsvoraussetzung der Vorlage | 269 |
| 2. Exkurs: Strukturelle Überschneidungen von (Teil-)Nichtigkeit und verfassungskonformer Auslegung | 270 |
| 3. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes als Voraussetzung der Vorlage | 273 |
| III. Schlussfolgerungen für die Problemfälle des Prüfungs- und Beamtenrechts | 276 |
| C. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen | 278 |

| | |
|---|-----|
| 4. Abschnitt: Rückschlüsse für den Verhältnismäßigkeitsvorbehalt bei gebundenen Entscheidungen | 279 |
| A. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als zu begrenzendes Ausnahmephänomen kein Instrument zur allgemeinen Flexibilisierung des Rechts | 280 |
| B. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt zur Härtefallberücksichtigung im Einzelfall | 282 |
| I. Härtefälle im „Graubereich individuellen Grundrechtsschutzes“ | 283 |
| II. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als Ausnahmeverbehalt | 286 |
| C. Abschließende Bewertung der Rechtsprechungspraxis der Verwaltungsgerichte | 288 |
| Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse | 290 |
| Literaturverzeichnis | 295 |