

# Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Maßstab richterlicher Entscheidung

von Privatdozent Dr. Ulrich Jan Schröder\*

## I. Inhalt des Grundsatzes

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt fundamentale Anforderungen an das staatliche Handeln. Vier Anforderungen lassen sich unterscheiden:

1. Der Staat muss immer einen Zweck verfolgen, wenn er handelt. Willkür und Übermaß sind damit verboten. Selbst staatliches Unterlassen kann unverhältnismäßig sein, nämlich gegen das „Untermaßverbot“ verstoßen. Der Zweck staatlichen Handelns muss mit den grundlegenden verfassungsrechtlichen Geboten vereinbar (also „legitim“) sein.
2. Die staatliche Maßnahme hat diesem Zweck zu dienen, sie muss für die Förderung oder Erreichung dieses Zwecks geeignet sein – in anderen Worten: Der Staat darf gute Zwecke nicht zum Vorwand für andere Absichten nehmen, und er darf nicht nutzlos handeln.
3. Wenn es mehrere Möglichkeiten gibt, das Ziel zu erreichen, muss der Staat diejenige Maßnahme wählen, die die Bürger am wenigsten belastet (das mildeste Mittel). Oder wie es auch heißt: Die gewählte Maßnahme muss „erforderlich“ sein.
4. Schließlich sind alle betroffenen Rechte und Interessen gegeneinander abzuwägen. Nur wenn die staatliche Maßnahme auch dann noch ausgewogen erscheint, ist sie zulässig. Das Resultat der Abwägung muss die Angemessenheit der Maßnahme sein. Dies nennt man auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Die Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns erscheint nicht nur vernünftig, sie ist auch verfassungsrechtlich geboten. Der Grundsatz steht nicht ausdrücklich im Grundgesetz, wird aber von Literatur und Rechtsprechung als „mitgeschrieben“ in die Grundrechte des Grundgesetzes und in das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) hineingelesen. Für die Grundrechte bedeutet das Gebot der Verhältnismäßigkeit eine zusätzliche Stärkung gegenüber staatlichen Eingriffen, da diese nur gerechtfertigt sind, wenn sie verhältnismäßig sind. Die Verankerung der Verhältnismäßigkeit im Rechtsstaatsprinzip soll deutlich machen, dass jegliches staatliche Handeln – ganz unabhängig von Eingriffen in die Grundrechte der Bürger – an dieses Gebot gebunden ist. Sämtliche Anforderungen – legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der staatlichen Maßnahme – müssen erfüllt sein, damit hoheitliche Maßnahmen verfassungskonform sind. Die Anforderungen sind auf den ersten Blick „formal“, d. h. sie lassen keine inhaltliche Orientierung erkennen (etwa Menschenwürde, Sozialstaat etc.).

Auf den zweiten Blick zeigt sich, dass die Verhältnismäßigkeit eng mit inhaltlichen verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen verbunden ist: Die Legitimität des Zwecks macht sich daran fest, dass er nicht gegen zwingende verfassungsrechtliche Vorschriften verstößt, das Erfordernis des mildesten Mittels ist ganz auf die Schonung der Grundrechte angelegt, und die letzte Stufe, die umfassende Abwägung, ist gerade in ihrer vorurteilslosen Offenheit ein Charakteristikum des liberalen Rechtsstaats und der pluralistischen Gesellschaft – angesichts vielfältiger Interessenkollisionen müssen die betroffenen Interessen schonend zum Ausgleich gebracht werden. Aufgrund dessen lässt sich gut sagen, dass die Lebensader des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dessen Bezug zu den Wertentscheidungen des Grundgesetzes ist.

## II. Die Bindung der Gerichte an den Grundsatz

Die Gerichte sind an die Verhältnismäßigkeit gebunden, weil sie an die (den Grundsatz enthaltenden) Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) und an die Verfassung überhaupt gebunden sind (Art. 20 Abs. 3 GG). Diese Bindung hat drei Wirkungsrichtungen: Zum einen muss der Richter die Einhaltung der Verhältnismäßigkeit kontrollieren (1.); zum anderen muss er da, wo er selbst durch Gesetz oder Verfassung einen Gestaltungsspielraum erhalten hat, seinerseits verhältnismäßig handeln (2.). Wenn ein Gericht ausnahmsweise Rechtsfortbildung betreibt, hat es ebenfalls die Verhältnismäßigkeit zu wahren (3.).

### 1. Kontrolle der Verhältnismäßigkeit

Die Gerichte müssen die staatlichen Stellen daraufhin kontrollieren, ob diese sich an Verfassung, Gesetz und untergesetzliches Recht halten. Aus der Verfassung folgt das Gebot der Verhältnismäßigkeit ohnehin und bindet grundsätzlich alle Staatsgewalten. Das einfache Gesetz (d. h. das Parlamentsgesetz, das nicht Verfassungsrang hat) kann ebenso ausdrücklich eine Bindung an die Verhältnismäßigkeit vorsehen.

#### a) Einfachgesetzliches Gebot der Verhältnismäßigkeit

So bestimmen die Polizei- und Ordnungsgesetze der Bundesländer diese Bindung für die Polizei- und Ordnungsbehörden, wenn diese zur Gefahrenabwehr tätig werden. Beispielsweise müssen die Gefahrenabwehrbehörden unter mehreren mögli-



Dr. Ulrich Jan Schröder

#### Abkürzungen:

AktG	Aktiengesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
BauGB	Baugesetzbuch
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
EStG	Einkommensteuergesetz
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
PartG	Parteiengesetz
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WiStRG	Wirtschaftsstrafgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

\* Der Autor ist Inhaber der Entlastungsprofessur für Öffentliches Recht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

chen Maßnahmen das mildeste Mittel wählen. Andere Gesetze sehen die Bindung an die Verhältnismäßigkeit nicht ausdrücklich vor, eröffnen der Verwaltung aber auf der Rechtsfolgenseite Ermessen, dessen Grenze u. a. das verfassungsunmittelbar geltende Gebot der Verhältnismäßigkeit ist. Wenn das Gesetz für einen bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge anordnet (also gerade kein Ermessen eröffnet), scheint zunächst kein Raum mehr für die Verhältnismäßigkeit zu sein. Das ist unproblematisch, wenn der Gesetzgeber selbst die Anforderungen der verfassungsmäßig gebotenen Verhältnismäßigkeit umgesetzt hat: Das geschieht – wenn nicht durch die Einräumung von Ermessen – durch Normierung möglichst detaillierter Tatbestände, von Ausnahme- bzw. Härtefallklauseln oder Übergangsregelungen. Mit Ausnahme-/Härtefallklauseln sollen atypische Fälle von der Anwendung der Regel ausgenommen werden, weil das Ergebnis sonst unangemessen wäre. Ein Beispiel ist die durch § 31 Abs. 2 BauGB eröffnete Möglichkeit der Befreiung von Festsetzungen eines Bebauungsplans. Übergangsregelungen sollen bei neuen gesetzlichen Regelungen den Übergang vom alten zum neuen Recht angemessen gestalten – hier geht es sowohl um Verhältnismäßigkeit als auch um Vertrauensschutz (vgl. z. B. die sehr detaillierten steuerrechtlichen Übergangsregelungen in § 52 EStG). Gerichtliche Streitigkeiten können insbesondere über die Frage gehen, ob eine bestehende Ausnahmeklausel zugunsten des Bürgers anwendbar ist bzw. (wenn keine Ausnahmeklausel existiert) ob eine Regel deswegen keine Anwendung auf einen bestimmten Fall findet, weil das Ergebnis zweckwidrig oder unangemessen wäre.

#### b) Verfassungskonforme Auslegung

Wenn der Gesetzgeber hinter den verfassungsrechtlichen Anforderungen zurückbleibt, ist eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes im Lichte der Verhältnismäßigkeit geboten. So bedarf es etwa für die Anordnung einer Untersuchungshaft bei bestimmten schweren Straftaten nach dem Wortlaut des § 112 Abs. 3 StPO anscheinend keines Haftgrundes: Eine Untersuchungshaft ohne Haftgrund käme aber nicht nur einer Vorverurteilung gleich, sondern wäre auch unverhältnismäßig. § 112 Abs. 3 StPO wird daher verfassungskonform so ausgelegt, dass eine Untersuchungshaft nur dann, aber im Verhältnis zu leichteren Taten eben auch schon dann angeordnet werden kann, wenn eine Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr zumindest nicht auszuschließen ist – in den Fällen des § 112 Abs. 2 StPO muss dagegen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Annahme einer der genannten Gefahren bestehen. Problematisch wird eine verfassungskonforme Auslegung, wenn dadurch der eindeutige Wortlaut des Gesetzes miss-

achtet wird. Dann ist das Gesetz „unauslegbar“ unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

#### c) Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit betrifft besonders das Verhältnis von Staat und Bürger. Das kommt deutlich in seiner Verankerung in den Grundrechten zum Ausdruck. Nicht zufällig ist die Verhältnismäßigkeit gerade im Polizeirecht und damit in einem grundrechtlich besonders sensiblen Bereich vom Gesetzgeber noch einmal ausdrücklich normiert worden, obwohl dieselben Anforderungen als Grenze des polizeilichen Ermessens auch verfassungsunmittelbar gelten würden. Im Strafrecht gebietet die Verhältnismäßigkeit eine willkürfreie, einem legitimen Zweck dienende, erforderliche und angemessene Strafe. Die Zumesung der Strafe richtet sich in erster Linie nach der Schwere der Schuld des Täters; die Wirkungen der Strafe auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft sind zu berücksichtigen (§ 46 StGB). Vieles hat der Gesetzgeber detailliert geregelt, was er wegen des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts auch muss. Dennoch bleiben dem Strafgericht Spielräume bei der Verhängung der Strafen, wenn – wie regelmäßig – ein Strafrahmen vorgesehen ist. Im Steuerrecht ergeben sich Schwierigkeiten für die Handhabung der Verhältnismäßigkeit, weil geeignete Anknüpfungspunkte fehlen. Der legitime Zweck der Besteuerung – die Finanzierung der Staatsaufgaben – gebietet tendenziell eine grenzenlose Besteuerung und ist daher für die Limitierung des mit der Besteuerung verbundenen Grundrechtseingriffs ungeeignet. Die Angemessenheit der individuellen Steuerlast lässt sich sicherstellen erstens durch die Verwirklichung des Prinzips der Leistungsfähigkeit und zweitens mittels einer streng gleichmäßigen Anwendung des Steuersatzes auf die steuerliche Bemessungsgrundlage. Im Sozialrecht ist die Ausgangslage grundlegend anders als im Polizei-, Straf- oder Steuerrecht, weil es hier vielfach nicht um die Abwehr von staatlichen Eingriffen in die Grundrechte geht, sondern um Ansprüche des Bürgers gegen den Staat. Die Versagung staatlicher Leistungen ist nur dann ein Grundrechtseingriff, wenn die Leistung grundrechtlich geboten ist. Das ist wegen weiter gesetzgeberischer Spielräume und wegen der vorrangigen Abwehrfunktion der Grundrechte selten der Fall. Auch wenn eine Leistung nicht grundrechtlich geboten ist, darf der Gesetzgeber keine willkürlichen Regelungen treffen (etwa die Leistungsgewährung von einer unangemessenen Gegenleistung des Bürgers abhängig machen). Inwieweit das Verhältnismäßigkeitsprinzip über das Willkürverbot hinaus Anforderungen stellt, wenn staatliche Leistungen grundrechtlich nicht geboten sind, ist schwer zu sagen und auch nicht unumstritten. Die Gerichte müssen in diesem Bereich jedenfalls

größere Beurteilungs- bzw. Ermessensspielräume der leistenden Verwaltung berücksichtigen.

#### d) Gerichtliche Kontrolldichte

Wie bereits deutlich wurde, kann die gerichtliche Kontrolldichte unterschiedlich sein. Wenn die Verhältnismäßigkeit als Grenze des Ermessens eingreift, muss das Gericht dieser Grenze zur Geltung verhelfen. Allerdings ist die Verhältnismäßigkeit, besonders die Prüfung der Angemessenheit, ihrerseits stark wertungsabhängig und gegenüber Zweckmäßigkeitserwägungen offen. Das gerichtsfeste Ermessen erlaubt der Verwaltung zwar eine eigene Akzentsetzung nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten; über die Kontrolle der Einhaltung der Verhältnismäßigkeit können die Gerichte aber wieder das Ermessen einengen. Damit der Verwaltung nicht gerichtlich wieder genommen wird, was ihr der Gesetzgeber in Form des Ermessens gegeben hat, sind der Verwaltung bei der Beurteilung von Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit ihres Handelns gerichtsfeste Beurteilungsspielräume zuzugestehen.

Schließlich kontrollieren die Fachgerichte und insbesondere das Bundesverfassungsgericht Gesetze auf die Einhaltung der Verhältnismäßigkeit. Wenn die Fachgerichte ein Gesetz für grundgesetzwidrig halten, müssen sie es nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Karlsruhe entscheidet dann über Verfassungsmäßigkeit und Nichtigkeit des Gesetzes. Die Spielräume des Gesetzgebers, die das Gericht dabei beachten muss, sind tendenziell größer als diejenigen der Verwaltung. Dennoch stützt das Bundesverfassungsgericht die Nichtigerklärung von Gesetzen häufig auf einen Verstoß gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Dafür ernennt es – auch aus der Fachliteratur – den Vorwurf, politisch, willkürlich oder als Ersatzgesetzgeber zu urteilen. Die Achillesferse der Verhältnismäßigkeit ist die Abwägung, deren Ausgang nicht gut vorhersehbar ist. Zugleich ist die Abwägung die große Stärke der Prüfung, weil hier eine Feinjustierung vorgenommen werden kann. Vergleicht man Vor- und Nachteile einer solchen Abwägungsprüfung, dürften die Vorteile überwiegen, zumal das Bundesverfassungsgericht als Kollegialgericht die wichtigen Entscheidungen intern sorgfältig diskutiert und so Einseitigkeiten vorbeugt.

#### e) Verhältnismäßigkeit im Privatrecht

Auch im Privatrecht wird, wenn auch meist pauschal und wenig differenziert, von Verhältnismäßigkeit gesprochen. Das ist erklärungsbedürftig bzw. missverständlich, weil die Verhältnismäßigkeit auf das Staat-Bürger-Verhältnis zugeschnitten ist. Grundsätzlich schließt die grundrechtlich geschützte Privatautonomie die Zulässigkeit ungerechter Verträge zwischen Privatpersonen ein.

Eine Grenze ist erreicht, wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung sittenwidrig ist und die begünstigte Partei dies bewusst ausnutzt (§ 138 BGB). Das Verbot sittenwidriger Missverhältnisse entspricht aber weniger dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als dem Verbot von Willkür oder grober Unbilligkeit. Andererseits gibt es in den letzten Jahrzehnten Entwicklungen, strukturell Benachteiligte auch im Privatrechtsverkehr noch vor der Grenze der Sittenwidrigkeit vor einer (unverhältnismäßigen) Übervorteilung zu schützen: Das Verbraucherschutzrecht sieht u. a. den Schutz vor ungerechten Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor (§§ 308 f. BGB); im Arbeitsrecht darf die Kündigung nur *Ultima Ratio* sein, und das Kündigungsschutzgesetz erfordert umfangreiche Interessenabwägungen; im Recht der Wohnraummiete gibt es Regelungen, die eine unangemessene Steigerung der Miete verhindern sollen (sog. Mietpreisbremse, vgl. § 558 Abs. 3 BGB sowie § 5 WiStrG). Für bestimmte Sektoren gibt es jeweils eine speziell normierte Entgeltregulierung. So müssen die Betreiber von Schienenwegen, Telekommunikationsnetzen oder Energieleitungen spezielle Anforderungen hinsichtlich der Angemessenheit der von ihnen erhobenen Netzzugangsentgelte beachten (wenn Leitungsbetreiber und Versorger bzw. Dienstleister nicht identisch sind). Auch die vom Endkunden zu leistenden Entgelte sind reguliert: Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, die eine marktbeherrschende Stellung innehaben, ist es verboten, Entgelte zu fordern, welche die Kosten unangemessen übersteigen (§§ 29, 31 GWB). Diese Regelungen betreffen Infrastrukturen und Märkte, die traditionell von Angebotsmonopolen bzw. -oligopolen geprägt sind, teilweise aufgrund der Vorgeschichte der Anbieter als Staatsunternehmen. Die bereichsspezifische Entgeltregulierung stellt sich damit als ein Sonderfall des allgemeinen Wettbewerbsrechts dar, das die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verbietet (vgl. zur Entgelterhebung § 19 Abs. 2 GWB). Die „Angemessenheit“ von Arbeitsentgelten, Werklöhnen, Honoraren etc. mag eine sozialpolitische Vision sein, die auf eine wünschenswerte Verringerung von Ungleichheit in der Gesellschaft zielt. Allerdings finden sich dafür kaum Ansätze im geltenden Recht. Die staatliche Festlegung von Mindestlöhnen soll Lohndumping verhindern, dient aber darüber hinaus nicht der Angleichung der Löhne auf einem als gerecht definierten Niveau. Es erscheint auch fragwürdig, ob der Staat legitimerweise einen gerechten Preis der Arbeit festlegen darf. Weniger um der gesamtgesellschaftlichen Lohngerechtigkeit willen als zum Schutz der Aktionäre und damit der Eigentümer der Gesellschaft sollen die Gesamtbezüge des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft in einem angemessenen Verhältnis zu dessen Aufgaben und



Leistungen sowie zur Lage der Gesellschaft stehen (§ 87 Abs. 1 Satz 2 AktG).

Einen Sonderfall bildet das Arbeitskämpfrecht. Auch das Streikrecht soll durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit zugunsten der Arbeitgeber begrenzt sein, obwohl es grundrechtlich garantiert ist (Art. 9 Abs. 3 GG), sodass es seinerseits nur verhältnismäßig eingeschränkt werden darf. Die sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte führt dazu, dass auch in Privatrechtsverhältnissen umfassende Abwägungen angestellt werden müssen, die der Verhältnismäßigkeitsprüfung zumindest nahekommen. Wird einer Muslimin gekündigt, weil sie sich weigert, an ihrem Arbeitsplatz ihr Kopftuch abzunehmen, so müssen für die Rechtfertigung der Kündigung die Religionsfreiheit der Frau, aber auch die Berufsfreiheit des Arbeitgebers miteinander abgewogen werden. Das Recht der Europäischen Union hat hier weitere starke Impulse gegeben, etwa zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Die Bindung von Privatrechtssubjekten an die Gleichheit macht Rechtfertigungsgründe zugunsten der Privaten und eine Abwägung erforderlich (vgl. § 8 AGG). Auch in nationalen Sportverbänden kann die Verhältnismäßigkeit über die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten Einfluss gewinnen (etwa bei der Entscheidung über die Dauer einer Dopingsperre für einen einzelnen Sportler). Parteischiedsgerichte haben in Verfahren über Sanktionen gegen Parteimitglieder (bis hin zum Parteiausschluss, vgl. § 10 Abs. 5 PartG) Ermessen. Die staatlichen Gerichte haben die Vereins- bzw. Parteiautonomie zu wahren und daher einen nur eingeschränkten Prüfungsmaßstab. Unzulässig sind grob unbillige oder willkürliche Sanktionen. Den-

noch gelangen die staatlichen Gerichte bisweilen zu einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Im Verhältnis von Gewerkschaften zu ihren Mitgliedern kann zwar – etwa bei Entscheidungen über den Ausschluss von Mitgliedern wegen konkurrierender Auffassungen – eine Abwägung zwischen individueller und kollektiver Koalitionsfreiheit geboten sein, doch sieht das Bundesverfassungsgericht die Gegnerfreiheit als Wesensmerkmal der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen an.

## 2. Verhältnismäßige Wahrnehmung richterlicher Gestaltungsspielräume

Die genuine Aufgabe der Gerichte ist die Kontrolle der Einhaltung des Rechts. Schon zur Erfüllung dieser Kontrollaufgabe kann das Gericht auch „gestalten“, d. h. unmittelbar die Rechtslage verändern (etwa wenn das Verwaltungsgericht einen rechtswidrigen Verwaltungsakt aufhebt). Es kann aber auch sein, dass das Gericht nicht nur retrospektiv die Rechtmäßigkeit kontrolliert, sondern aufgrund einer Ermächtigung zur Gestaltung tätig wird. Hier kommen die Verhängung von Strafen in Betracht (a), ferner Ermittlungs- und präventive Maßnahmen gegen einen Beschuldigten (b), Verfügungen im einstweiligen Rechtsschutz (c) sowie verfahrensgestaltende Handlungen zur gütlichen Einigung unter den Prozessparteien (d).

### a) Verhängung von Strafen

Die Verhängung einer Strafe ist die einschneidendste Sanktion, die ein Gericht aussprechen kann. Die Strafgesetze sehen regelmäßig einen Strafraum vor, der Spielraum für kürzere oder längere Freiheitsstrafen lässt. Dieser Spielraum ist nicht Selbstzweck, sondern trägt dem Umstand

## Anschriften

**Bundesverband** ehrenamtlicher Richterinnen und Richter e.V.

Hasso Lieber, Rubensstr. 62, 12157 Berlin  
Tel.: 030/8555604  
E-Mail: lieber@schoeffen.de  
Internet: www.schoeffen.de

Deutsche Vereinigung der Schöffinnen und Schöffen, Landesverband

**Baden-Württemberg** e.V.  
Robert Gunderlach, Herdgassee 2,  
74523 Schwäbisch Hall  
Tel.: 0791/856574-70 oder -71  
E-Mail: robert.gunderlach@gmx.de  
Internet: www.schoeffen-bw.de

Deutsche Vereinigung der Schöffinnen und Schöffen, Landesverband

**Bayern** e.V.  
Ralf Heigl, Trifhofstr. 50,  
82362 Weilheim  
Tel. 0170/3434084  
E-Mail: ralf.heigl@schoeffen-bayern.de  
Internet: www.schoeffen-bayern.de

Bund ehrenamtlicher Richterinnen und Richter, Landesverband

**Brandenburg und Berlin** e.V. (BehR)  
Bettina Cain, Baumeisterstr. 9, 12159 Berlin  
Tel.: 030/82701156  
E-Mail: bettinacain@freenet.de  
Internet: www.schoeffen-bb.de

Vereinigung der Ehrenamtlichen Richterinnen und Richter

**Mitteldeutschland** e.V. (VERM)  
Andreas Höhne, Bahnhofstr. 32,  
99718 Greußen  
Tel.: 03636/7921993, Fax: 03636/701601  
E-Mail: a.hoehne@dvs-verm.de  
Internet: www.dvs-verm.de  
*Umfasst Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen*

Vereinigung ehrenamtlicher Richterinnen und Richter, Landesverband

**Niedersachsen/Bremen** e.V.  
Hildegard Minthe, Bonhoefferstr. 1,  
30457 Hannover  
Tel.: 0511/468447  
E-Mail: minthe@schoeffen-nds-bremen.de  
Internet: www.schoeffen-nds-bremen.de

Bund ehrenamtlicher Richterinnen und Richter, Landesverband

**Nord** e.V.  
Petra Pinnow, Weg am Denkmal 15,  
22844 Norderstedt,  
Tel.: 01577/1966992  
E-Mail: p.pinnow@schoeffen-nord.de  
Internet: www.schoeffen-nord.de  
*Umfasst Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein*

Deutsche Vereinigung der Schöffinnen und Schöffen, Landesverband

**Nordrhein-Westfalen** e.V.  
Ulla Sens, Krahkampweg 82,  
40223 Düsseldorf  
Tel.: 0211/153877  
E-Mail: ursula.sens@schoeffen-nrw.de  
Internet: www.schoeffen-nrw.de  
*Betreut auch die Mitglieder in Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland*

Rechnung, dass die Tatbestände relativ allgemein beschrieben sind, wohingegen das Spektrum hinsichtlich möglicher Begehungsweisen, Unrechtsgehalt und Schwere der Schuld weitaus differenzierter ist. Auch Qualifikationstatbestände können dieses Missverhältnis nur teilweise auffangen. Damit das Gericht eine im Verhältnis zur Schwere der Tat und der Schuld angemessene Strafe verhängen kann, hat der Gesetzgeber daher auf der Rechtsfolgenseite Raum gelassen, das Verhältnis zwischen der konkreten Tat und Schuld einerseits und dem Strafmaß andererseits herzustellen. Der Spielraum, der sich in Gestalt des Straf-„Rahmens“ zeigt, kompensiert also nur den Umstand, dass der Gesetzgeber graduell verschiedene schwere Begehungsformen nicht selbst benannt hat. Die Normierung eines Strafrahmens ist daher für sich genommen noch keine Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Annahme, es gebe für jede konkrete Tat samt der individuellen Schuld genau ein einziges richtiges Strafmaß. Die rechtliche Relevanz dieser regulativen Idee von der einzig richtigen Entscheidung ist für das gesamte Recht umstritten. Die Idee, es gebe nur eine einzige richtige Entscheidung, ist für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit deswegen von Interesse, weil mit ihrer Anerkennung als rechtlichem Prinzip die Anforderungen an eine verhältnismäßige Entscheidung (sei es die Festlegung eines Strafmaßes oder etwas anderes) besonders hoch wären.

#### b) Maßnahmen gegen einen Beschuldigten

Das strafprozessuale Ermittlungsverfahren wird von der Staatsanwaltschaft geleitet. Grundrechtlich besonders sensible Maßnahmen stehen allerdings unter dem Vorbehalt richterlicher Entscheidung. So darf eine Untersuchungshaft (§ 112 StPO) nur durch ein Gericht angeordnet werden. Unter Richtervorbehalt stehen ferner vorbeugende Maßnahmen wie die besonders eingriffssensitive Sicherungshaft (§ 112a StPO), eine einstweilige Unterbringung gemäß § 126a StPO, ein vorläufiges Berufsverbot (§ 132a StPO) oder auch nur die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO). Diese Maßnahmen dürfen nur angeordnet werden, wenn sie zur Abwendung einer Gefahr erforderlich sind. Aber auch darüber hinaus hat der Richter die Verhältnismäßigkeit zu beachten und ist zu einer Abwägung der betroffenen Interessen verpflichtet. Eine unverhältnismäßige Untersuchungshaft ist unzulässig, wie § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO ausdrücklich normiert. Die Verhältnismäßigkeit ist aber auch bei denjenigen Maßnahmen zu beachten, bei deren gesetzlicher Grundlage sie nicht ausdrücklich normiert wurde.

#### c) Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz

Im einstweiligen Rechtsschutz treffen Gerichte Maßnahmen, um einen Rechtsstreit vorläufig zu

regeln. Zwar ist umstritten, inwieweit die Gerichte über ein originäres Ermessen verfügen (§ 938 ZPO spricht allerdings deutlich vom freien Ermessen des Gerichts) und nicht etwa rechtlich gebundene Entscheidungen treffen. Jedenfalls müssen die Zivilgerichte die erforderlichen Maßnahmen treffen und eine Interessenabwägung vornehmen und sind insofern an die Grenze der Verhältnismäßigkeit gebunden. Das kommt insbesondere bei der Prüfung eines Verfügungsgrundes zum Tragen. So darf keine einstweilige Verfügung erlassen werden, wenn der erstrebte Vorteil des Gläubigers außer Verhältnis zu dem Nachteil des Schuldners stünde. Vergleichbares gilt für einstweilige Anordnungen des Verwaltungsgerichts (§ 123 VwGO), die der Bürger gegen die Verwaltung beantragt: Allerdings muss das Gericht hier anders als im Zivilprozessrecht in besonderem Maße die Interessen der Allgemeinheit berücksichtigen.

#### d) Verfahrensgestaltung im Sinne einer gütlichen Einigung

Das Zivilgericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits bedacht sein (§ 278 ZPO). Damit hat das Gericht unter Umständen auch auf einen Vergleich hinzuwirken. Die vom Gericht unter Umständen moderierte gütliche Einigung muss nicht zwingend die Erfolgsaussichten abbilden. Vielmehr kommt es auf die gütliche Beilegung des konkreten Rechtsstreits an. Mehr noch als um die Funktion des Rechtsschutzes geht es um die Befriedung eines Rechtsstreits. Wenn man in dieser Hinsicht die Verhältnismäßigkeit als Maßstab gerichtlicher Verfahrensgestaltung anerkennt, liegt der vom Gericht in erster Linie zu verfolgende legitime Zweck in dieser Befriedungsfunktion. Eine auch von Rechts wegen ausgewogene gütliche Einigung ist da nur sekundär. Zum Schutz einer möglicherweise stark unverhältnismäßig übervorteilten Partei sollte das Gericht Hinweise geben. Im Übrigen gilt, dass ein Vergleich naturgemäß Konzessionen beider Seiten beinhaltet und dass dieses Entgegenkommen auch asymmetrisch sein darf. Im Verwaltungsprozess sieht § 87 Abs. 1 Satz 1 VwGO vor, dass der Vorsitzende oder Berichterstatter alle notwendigen Anordnungen zu treffen hat, um den Rechtsstreit möglichst in einer mündlichen Verhandlung zu erledigen, und hierzu auch einen Vergleich entgegennehmen kann. Allerdings sind die verfassungsrechtlichen Gewichte in einem Verfahren zwischen Verwaltung und Bürger anders verteilt als im Zivilprozess, der durch die Dispositionsmaxime bestimmt wird. Entsprechend hat das Verwaltungsgericht tendenziell intensivere Schutz- und Hinweispflichten gegenüber dem Bürger als das Zivilgericht gegenüber den Parteien des Zivilprozesses.

### 3. Richterliche Rechtsfortbildung

Von besonderer Bedeutung ist die richterliche Rechtsfortbildung, durch welche die Gerichte vermeintliche Lücken im Recht schließen und unbestimmte Prinzipien konkretisieren. Methodisch erfolgt diese Rechtsfortbildung vielfach durch Analogiebildung, extensive Auslegung einer Norm, Anerkennung von Gewohnheitsrecht oder die mehr oder weniger interpretatorische Konkretisierung von dem einfachen Recht zugrundeliegenden, möglicherweise in der Verfassung enthaltenen Prinzipien. Insbesondere die obersten Bundesgerichte sind zur Rechtsfortbildung berufen (vgl. § 132 Abs. 4 GVG). Die Gerichte können rechtsfortbildend sogar wie ein „Ersatzgesetzgeber“ tätig werden (sog. gesetzesvertretende Rechtsfortbildung), was angesichts verfassungsrechtlicher Gesetzesvorbehalte hochproblematisch ist. Allerdings gibt es „heiße Eisen“, deren Bearbeitung der parlamentarische Gesetzgeber traditionell scheut, die aber dringend regelungsbedürftig sind, sodass die Gerichte sich ihrer annehmen müssen. Das – für den Gesetzgeber unrühmliche – Paradebeispiel ist das Arbeitskampfrecht, um dessen Entwicklung sich das Bundesarbeitsgericht verdient gemacht hat. Die Gerichte müssen bei der Rechtsfortbildung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. Das bedeutet, dass die richterrechtliche Norm verhältnismäßig sein muss. Häufig wird das Gebot der Verhältnismäßigkeit bzw. der Gleichbehandlung aber sogar der Impuls für die Bildung von Richterrecht sein: Beispielsweise beruht eine Analogiebildung darauf, dass eine Fallgruppe nicht vom gesetzlichen Tatbestand erfasst wird, obwohl die Interessenlage genauso liegt wie bei den unter das Gesetz subsumierbaren Fallgruppen.

### III. Ehrenamtliche Richter und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Schließlich stellt sich die Frage, in welcher Beziehung gerade die ehrenamtlichen Richter zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stehen. Weder werden sie in besonderer Weise an den Grundsatz gebunden noch stehen sie mehr als die Berufsrichter als Wächter der Verhältnismäßigkeit in der Pflicht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bindet vielmehr das Gericht als Spruchkörper und damit die Richter des entscheidenden Gerichts in ihrer Gesamtheit.

Die ehrenamtlichen Richter können allerdings zur Ausgewogenheit der gerichtlichen Entscheidung beitragen. Erstens steuern sie möglicherweise entscheidungsrelevantes Faktenwissen bzw. Kenntnisse über rechtlich relevante Verkehrsanschauungen bei, insbesondere wenn sie eine berufsspezifische Qualifikation mitbringen müssen (wie die Handelsrichter nach § 109 GVG). Zweitens haben sie als (vielleicht) juristisch unverbildete Beobachter des Prozessgeschehens einen „unbefangeneren“ Blick. Drittens ermöglicht die paritätische Besetzung mit ehrenamtlichen Richtern aus einander konträr zugeordneten Interessengruppen eine ausgewogene Entscheidung (die ehrenamtlichen Richter am Arbeitsgericht stammen je zur Hälfte aus dem Kreis der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, § 16 ArbGG; zu den Sozialgerichten vgl. § 12 SGG).

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das richterliche Ehrenamt haben insofern eine grundsätzliche Affinität.

## Fahrtkostenerstattung bei Nutzung eines Pkw

von Hasso Lieber

Die Erstattung von Fahrtkosten für ehrenamtliche Richterinnen und Richter, die bei Benutzung eines Pkw entstehen, bereitet den Abrechnungsstellen immer wieder Schwierigkeiten. Deshalb hier ein Überblick über die Rechtsprechung zu diesem – in seiner Kleinlichkeit häufig peinlichen – Thema.

### I. Rechtliche Grundlagen

#### § 1 JVEG Geltungsbereich und Anspruchsberechtigte

- (1) Dieses Gesetz regelt
  1. (...)
  2. die Entschädigung der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter bei den ordentlichen Gerichten und den Gerichten für Arbeitssachen sowie bei den Gerichten der Verwaltungs-, der Finanz-

und der Sozialgerichtsbarkeit mit Ausnahme der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter in Handelssachen, in berufsgerichtlichen Verfahren oder bei Dienstgerichten sowie

3. (...)

Eine Vergütung oder Entschädigung wird nur nach diesem Gesetz gewährt. Der Anspruch auf Vergütung nach Satz 1 Nr. 1 steht demjenigen zu, der beauftragt worden ist; dies gilt auch, wenn der Mitarbeiter einer Unternehmung die Leistung erbringt, der Auftrag jedoch der Unternehmung erteilt worden ist.

(2) – (5) ...

#### § 5 JVEG Fahrtkostensatz

(1) betrifft öffentliche Beförderungsmittel