

Finanzmarktstabilisierungsgesetz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – befristete Anpassung des Überschuldungsbegriffes § 19 Abs. 2 InsO

MARC d'AVOINE

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| A. Einführung | 1. Der Teilgrundsatz der Geeignetheit |
| B. Finanzmarktkrise und neuer § 19 Abs. 2 InsO | 2. Der Teilgrundsatz der Erforderlichkeit |
| C. Positive Fortführungsprognose im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO gemäß FMStG | 3. Der Teilgrundsatz der „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ |
| D. Vorübergehender Anwendungsbereich gem. Art. 7 Abs. 2 FMStG | 4. Zusammenfassende Inhaltsbestimmung des Verhältnismäßigkeitsprinzips |
| E. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Lichte des § 19 Abs. 2 InsO gemäß FMStG | II. Wertung des „neuen“ § 19 Abs. 2 InsO vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips |
| I. Die grundsätzliche Bedeutung und die Inhalte des Verhältnismäßigkeitsprinzips | F. Zusammenfassung |

A. Einführung

Die Turbulenzen auf den Finanzmärkten dauern an; selbst Experten trauen sich nicht, Prognosen abzugeben, wohin die Weltwirtschaft und in ihrem Sog die nationalen Wirtschaften im laufenden Jahr driften. Der deutsche Gesetzgeber hat jedenfalls auf die Krise der Finanzmärkte reagiert und der Insolvenzordnung mit dem Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpaketes zur Stabilisierung des Finanzmarktes vom 17.10.2008 einen neuen Überschuldungsbegriff in § 19 Abs. 2 InsO beschert.

Die in Art. 6 Abs. 3 des Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpaketes zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) am 18.10.2008 in Kraft getretene Neufassung des § 19 Abs. 2 InsO lautet:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“

Der Gesetzgeber reagierte schnell, zu schnell, wie manche meinen. Darüber wurde bereits in Literatur und Praxis intensiv diskutiert.

Mit Blick auf das bereits jetzt absehbare Ende des „zwischenzeitlichen“ Überschuldungsbegriffs des § 19 Abs. 2 InsO stellt sich die Frage, ob angesichts der gravierenden Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelung und vor allem deren „künstlicher Verfallszeit“ der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Schließlich soll sich der Geschäftsführer einer deutschen GmbH, GmbH & Co. KG bzw. AG ab dem Jahr 2014 (entsprechend des Gesetzes zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 8./18.9.2009) wieder nach § 19 Abs. 2 InsO in der alten und dann wieder geltenden (neuen) Fassung richten.

B. Finanzmarktkrise und neuer § 19 Abs. 2 InsO

Die Finanzmarktkrise hat zu gravierenden Wertverlusten in großen und kleinen Unternehmen und damit in Beteiligungen weltweit geführt. Die Werte von Aktien haben sich innerhalb weniger Wochen ebenso dramatisch reduziert wie der Wert von Immobilien. Bundesjustizministerin Brigitte Zypries hat dies früh erkannt und reagiert. Die Pressemitteilung des BMJ vom 13.10.2008 problematisiert die bilanzielle Überschuldung für Unternehmen, die durch die Finanzkrise betroffen sind: „Können diese Verluste nicht durch sonstige Vermögenswerte ausgeglichen werden, sind die Geschäftsführer dieser Unternehmen nach geltendem Recht verpflichtet, innerhalb von drei Wochen nach Eintritt dieser rechnerischen Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Das gilt dann, wenn für das Unternehmen an sich eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann und der Turn-around sich bereits in wenigen Monaten abzeichnet. Solche Unternehmen sollen künftig nicht mehr verpflichtet sein, sofort einen Insolvenzantrag zu stellen.“¹⁾

Die Frage des richtigen Zeitpunktes für den Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wurde schon unter der Geltung der Konkursordnung diskutiert; die Diskussionen sind unter der Geltung der Insolvenzordnung nicht abgerissen. Nach der Regelung des § 19 Abs. 2 InsO im Sinne des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes ist die Antwort nunmehr relativ einfach: Unternehmen, die quasi „dem Tode geweiht“ sind, sollen möglichst unverzüglich aus dem Markt genommen werden. Hingegen sollen überlebensfähige Unternehmen, somit Einheiten mit „Performance“ weiter eine Berechtigung haben, im Wettbewerb zu verbleiben, gleich, wie

1) Siehe www.bmj.bund.de.

hoch historische Verluste waren, wie hoch die Überschuldung ist und wie die finanziellen Strukturen sind.

*C. Positive Fortführungsprognose im Sinne des
§ 19 Abs. 2 InsO gemäß FMStG*

Mit der Einführung des neuen Überschuldungsbegriffes mit § 19 der InsO von 1998 galt der zweistufige Überschuldungsbegriff als abgeschafft. Nach der Geltung des § 19 Abs. 2 InsO vor dem FMStG²⁾ konnten Unternehmen mit einer positiven, ja besten Fortführungsprognose, gleichwohl überschuldet i. S. d. § 19 Abs. 2 InsO sein, was die Geschäftsführer damit zum Insolvenzantrag zwang (§ 64 Abs. 2 GmbHG a. F.). Bei einer positiven Fortführungsprognose war allerdings das Vermögen des Unternehmens mit Fortführungswerten (going-concern) einzusetzen. Mit der Neuregelung des § 19 Abs. 2 InsO wird an den sog. zweistufigen modifizierten Überschuldungsbegriff angeknüpft, wie er vom BGH³⁾ und der Literatur⁴⁾ bis zum Inkrafttreten der InsO vertreten wurde. Von Überschuldung konnte somit nur dann gesprochen werden, wenn „das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (Überleben- oder Fortbestehensprognose).“⁵⁾

Der Begriff der Fortführungsprognose ist nicht neu; er ist aus § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB bekannt und fixiert die allgemeinen Grundsätze bei der Bewertung der im Jahresabschluss ausgewiesenen Vermögensgegenstände und Schulden. § 19 InsO unter der Geltung des FMStG lässt aber die Problematik der Bewertung entfallen. Überschuldung liegt i. S. d. § 19

2) BGBl I 2008, 1982.

3) BGH, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 213 ff = ZIP 1992, 1382, dazu EWiR 1992, 1093 (*Hunecke*); BGH, Urt. v. 16.6.1997 – II ZR 154/96, ZIP 1997, 1375, 1377, dazu EWiR 1997, 753 (*v. Gerkan*); BGH, Urt. v. 30.3.1998 – II ZR 146/96, BGHZ 138, 211 = ZIP 1998, 776.

4) Karsten Schmidt/Uhlenbruck-Karsten Schmidt, *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 3. Aufl., 2003, Rz. 849 ff.

5) BGH, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 213 ff = ZIP 1992, 1382, 1386.

Abs. 2 InsO nicht mehr vor, wenn die Fortsetzung des Unternehmens wahrscheinlich ist, unabhängig davon, wie das Vermögen bewertet wird.

D. Vorübergehender Anwendungsbereich gem. Art. 7 Abs. 2 FMStG

Die aktuelle Fassung des § 19 Abs. 2 InsO ist von vornherein für den Zeitraum vom 18.10.2008 bis zum 31.12.2010, jetzt bis 31.12.2013 begrenzt. Der neue Überschuldungstatbestand als Insolvenzgrund ist somit nur intertemporal anwendbar. Damit nimmt der Gesetzgeber zumindest zwei Tendenzen bzw. Auswirkungen bewusst in Kauf:

- Es bedarf keiner gesteigerten Kreativität eines Unternehmers (mehr), wenn dieser mit äußerst fragwürdigen, mitunter unbegründet optimistischen Zukunftsprognosen eine rechnerisch an sich bestehende Überschuldung seines Unternehmens verneint. Auf diesem Weg schafft er für sein eigentlich insolvenzreifes Unternehmen eine Fortführung zulasten der aktuellen und künftigen Gläubiger, gleich wer sie sind. Dieses läuft dem Ziel der InsO,⁶⁾ Insolvenzverfahren möglichst frühzeitig und mit ausreichender Masse zu eröffnen, zuwider.⁷⁾
- Mit dem voraussichtlichen Inkrafttreten des – alten und neuen – Überschuldungstatbestandes der InsO zum 1.1.2014 muss es zu einer vermehrten Antragsstellung derjenigen Unternehmen kommen, die unter dem Schutz des temporären Wortlautes des § 19 Abs. 2 InsO eine positive Fortführungsprognose bejahen konnten. Diese Unternehmen waren möglicherweise permanent rechnerisch überschuldet; sie beseitigten die insolvenzrechtliche Überschuldung allein durch ein Merkmal, nämlich die positive Fortführungsprognose. Wegen der Endlichkeit der Übergangsfassung am 31.12.2013 steht (grundsätzlich) innerhalb von drei Wochen nach dem Jahreswechsel 2013/2014 eine Lawine von Eigenanträgen dann – neu – insolvenzreifer Kapitalgesellschaften zu befürchten. Diese Aussichten gelten jedenfalls solange, bis der Gesetzgeber nicht eine weitere Prolongation der aktuellen Fassung des § 19 Abs. 2 InsO beschließt und ein entsprechendes Verlängerungsgesetz erlässt.⁸⁾ Es fragt sich schon, ob dieses Resultat beabsichtigt war und volkswirtschaftlich sinnvoll ist. Dar-

6) Paulus, Insolvenzrecht, 2007, S. 70.

7) Rokas, Die „neue“ Legaldefinition der Überschuldung, ZInsO 2009, 18, 20.

8) Vgl. Hirte/Knof/Mock, Überschuldung und Finanzmarktstabilisierungsgesetz, ZInsO 2008, 1217, 1225.

über mag an anderer Stelle diskutiert und gestritten werden. Hier soll die Endlichkeit der Neuregelung und der Rückkehr zu alten Gesetzeslage an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemessen werden.

*E. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Lichte des
§ 19 Abs. 2 InsO gemäß FMStG*

*I. Die grundsätzliche Bedeutung und die Inhalte des
Verhältnismäßigkeitsprinzips*

In der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ist der Begriff „Verhältnismäßigkeit“ nicht definiert. Daher wird er in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich behandelt bzw. gebraucht. Üblicherweise werden mit dem Begriff der Verhältnismäßigkeit drei Elemente umschrieben, denen staatliche Maßnahmen genügen müssen, um einer verfassungsrechtlichen Prüfung standzuhalten. Dieses sind die Elemente der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Das Mittel muss folglich zur Erreichung des erstrebten Zwecks geeignet, und es muss erforderlich sein. Ferner darf das Mittel nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.⁹⁾

Der so skizzierte „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinne“ findet in Literatur und Rechtsprechung einige unterschiedliche Beziehungen.

1. Der Teilgrundsatz der Geeignetheit

Nach dem Teilgrundsatz der Geeignetheit ist ein Eingriff, der sowohl durch Akte der Rechtssetzung als auch der Exekutive erfolgen kann, nur zulässig, wenn mit Hilfe des eingesetzten Mittels der gewünschte Erfolg „spürbar gefördert“ werden kann.¹⁰⁾

Die spürbare Förderung ist ein tragendes Element der Geeignetheit, bedeutet aber nicht, dass der Zweck in vollem Umfang erreicht werden müsste. Vielmehr muss das Mittel lediglich tauglich sein, den Zweck

9) Isensee/Kirchhof-Hill: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Freiheitsrechte, 1989, § 156 Rz. 22.

10) Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd. 98, S. 84.

überhaupt zu erreichen.¹¹⁾ Zu prüfen ist folglich die Zielkonformität und Zwecktauglichkeit der Maßnahme.¹²⁾ Dabei handelt es sich um eine Zweckmäßigkeitprüfung im weitesten Sinne, die sowohl bei der abstrakten und konkreten Normenkontrolle, als grundsätzlich auch bei der Würdigung der – gegebenenfalls auf die polizeiliche Generalermächtigung gestützten – Eingriffsverfügung als solcher zu erfolgen hat.¹³⁾

Der Gesetzgeber hat sich beim Erlass jedes Gesetzes, das sich als Vollzug einer (konditional oder final formulierten) Verfassungsnorm darstellt, zu vergewissern, ob der Verfassungsgeber mit dieser Norm ein Ziel verfolgt, ohne dem Gesetzgeber eigene Zielsetzungen zu gestatten.¹⁴⁾ Ist dies der Fall, muss das Gesetz – falls nicht der Wortlaut der Verfassungsnorm zu eng ist, um die Berücksichtigung zu ermöglichen – diesem Ziel in irgendeiner Weise dienlich sein. Anderenfalls verstößt es gegen das Gebot der Geeignetheit im Sinne der Beachtung der Zweckvorgaben. Für die Verwaltung im Verhältnis zum Gesetzgeber und die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zur Verwaltung gilt entsprechendes.¹⁵⁾

Die Forderung, dass das Mittel „überhaupt“ tauglich sein muss, klingt nicht sonderlich zwingend oder einschneidend. Hinzu kommt, dass das BVerfG die Geeignetheitsprüfung des eingesetzten Mittels aufgrund objektiver Kriterien einem „ex-ante-Urteil“ unterwirft. Allerdings sprechen eine Reihe von Gründen für eine gerichtliche Selbstbescheidung, insbesondere wenn es um die Kontrolle von Akten des Gesetzgebers geht: Die Entscheidung über die Geeignetheit eines Mittels setzt notwendigerweise eine Prognose voraus. Je weiter solche Prognosen in die Zukunft reichen, desto wahrscheinlicher wird ihre Fehlerhaftigkeit.¹⁶⁾ Das BVerfG prüft daher grundrechtsbeschränkende Gesetze nicht im vollem Umfang auf ihre Zwecktauglichkeit, sondern lässt eine Teileignung des Mittels ausreichen. So genügt die partielle Verwirklichung des Zieles jedenfalls dann,

-
- 11) *Kutscher*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht, in: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, Heidelberg 1985, S. 17.
- 12) *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechtes, Strukturprinzipien der Verfassung, 1977, S. 674.
- 13) *Zimmerli*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, Basel 1978, S. 13.
- 14) *Zimmerli* (Fußn. 13), S. 13.
- 15) *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, in: Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre, Bd. 40, 1989, S. 81.
- 16) *Kutscher* (Fußn. 11), S. 18.

wenn die kurze Laufzeit des Gesetzes eine endgültige Beurteilung der Erfolgsaussichten ausschließt.¹⁷⁾

Das BVerfG hat das Mitbestimmungsgesetz unter anderem auch daraufhin überprüft, wie es sich in Zukunft auswirken könnte. Ungewissheit über die Auswirkung „kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dies von großer Tragweite ist“.¹⁸⁾ Das Gericht hat die zulässige Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von dem Sachbereich, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter usw. abhängig gemacht. Es hat in verschiedenen Urteilen eine Evidenzkontrolle¹⁹⁾, eine Vertretbarkeitskontrolle²⁰⁾ bis hin zu einer intensiven inhaltlichen Kontrolle²¹⁾ gefordert.

Ebenso beachtlich für die Überprüfung einer Prognose ist der Zeitpunkt, der der richterlichen Kontrolle zugrunde gelegt wird. Eine nachträgliche Begutachtung führt zwangsläufig dazu, den tatsächlichen situationsbedingten Schwierigkeiten, denen sich der Gesetzgeber bei umfassenden Materien ausgesetzt sieht, nicht genügen zu können²²⁾. Das BVerfG prüft deshalb lediglich, „ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, dass mit der ergriffenen Maßnahme seiner Vorstellungen verwirklicht werden könnten“.²³⁾ In diesem Zusammenhang gesteht das Gericht der Legislative auch das Recht zum Irrtum über den Verlauf der künftigen Entwicklung zu. Daher nennt es die aufgrund einer Fehlprognose ergriffene Maßnahme nicht allein aus diesem Grund automatisch verfassungswidrig.²⁴⁾ Es verwirft eine Geeignetheitsprognose nur dann als nicht sachgerecht und unvertretbar, wenn „die Maßnahme bei Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes eindeutig als zweckuntauglich festgestellt werden könnte“. In einigen Fällen hat das BVerfG Maßnahmen von vornherein als ungeeignet eingestuft, um den gesetzgeberischen Zweck zu erreichen. Das waren beispielsweise das Verbot der Mitfahrzentrale im Hinblick auf die Zwecke der „Sicherheit

17) BVerfG, Urt. v. 22.5.1963 – 1 BvR 78/56, BVerfGE 16, 147, 183.

18) BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 331 ff.

19) BVerfG, Urt. v. 31.7.1973 – 2 BvF 1/73, BVerfGE 36, 1.

20) BVerfG, Beschl. v. 18.12.1968 – 1 BvL 5/64, BVerfGE 25, 1.

21) BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, 238

22) *Kutscher* (Fußn. 11), S. 18.

23) Beschl. v. 19.3.1975 – 1 BvL 20, 21, 22, 23, 24/73, BVerfGE 39, 210, 230.

24) BVerfG, Beschl. v. 18.12.1968 – 1 BvL 5/64, BVerfGE 25, 1, 12, BVerfG, Beschl. v. 9.3.1971 – 2 BvR 326, 327, 341, 342, 343, 344, 345/69, BVerfGE 30, 250, 263.

des Straßenverkehrs“ und den Zweck des „erhöhten Schutzes der Mitfahrer“²⁵⁾ sowie das Erfordernis des Sachkundenachweises im Einzelhandel mit Waren aller Art im Hinblick auf den Zweck des Verbraucherschutzes.²⁶⁾

Problematisch erweist sich die Beurteilung einer Maßnahme, die sich nicht zu Beginn ihrer Wirksamkeit, sondern erst im Laufe der Zeit als ungeeignet herausstellt. Das BVerfG hat zum Beispiel die Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs als verfassungsmäßig erklärt, weil die Zeitspanne bis zur Entscheidung zu kurz gewesen sei, „um festzustellen, dass die Verwirklichung des vom Gesetzgeber beabsichtigten Ziels ausgeschlossen ist“.²⁷⁾ In der Entscheidung zum Mühlengesetz wird weiter herausgehoben, dass dem Gesetzgeber lediglich aufgegeben sei, eine aufgrund einer Fehlprognose ergriffene Maßnahme „nach Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung entsprechend aufzuheben oder zu ändern“.²⁸⁾ Nach dieser Rechtsprechung kann das Gesetz auch nachträglich noch verfassungswidrig werden. Im Falle nachträglich festgestellter Untauglichkeit des Gesetzes trifft somit den Gesetzgeber die Pflicht zur Korrektur.²⁹⁾

2. Der Teilgrundsatz der Erforderlichkeit

Der Grundsatz der Erforderlichkeit oder des geringsten Eingriffs besagt, dass von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen diejenige auszuwählen ist, die den Einzelnen und die Allgemeinheit vorrausichtlich am wenigsten beeinträchtigt.³⁰⁾ Ein vom Gesetzgeber gewähltes Mittel ist demnach erforderlich, um den erstrebten Zweck zu erreichen, wenn dieser nicht „ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können“.³¹⁾

Die im geltenden Polizeirecht der Länder verbrieft Forderung nach möglicher Schonung des Betroffenen geht – in Fortführung der Gedanken

25) BVerfG, Beschl. v. 7.4.1964 – 1 BvL 12/63, BVerfGE 17, 307, 315 ff.

26) BVerfG, Beschl. v. 14.12.1965 – 1 BvL 14/60, BVerfGE 19, 330, 338.

27) BVerfG, Urt. v. 22.5.1963 – 1 BvR 78/56, BVerfGE 16, 147, 183.

28) BVerfG, Beschl. v. 18.12.1968 – 1 BvL 5/64, BVerfGE 25, 1, 13.

29) *Grabitz*, AöR Bd. 98, S. 568, 573, *Kutscher* (Fußn. 11), S. 19.

30) *Goetz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1978, Rz. 255.

31) Ständige Rspr. vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 18.12.1968 – 1 BvL 5/64, BVerfGE 25, 1, 17; BVerfG, Beschl. v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292, 319; BVerfG, Beschl. v. 10.5.1971 – 1 BvR 286, 293, 295/65, BVerfGE 33, 187.

und Inhalte des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1850 – auf § 2 Absatz 1 des Musterentwurfs zum PolG zurück. Diese Bestimmung des Musterentwurfs hat in den Vorschriften des Ordnungsrechts in den Bundesländern³²⁾ sowie im Gesetz über den Bundesgrenzschutz in § 11 Abs. 1 BGSG ihren Niederschlag gefunden. Demzufolge muss jede Behörde die sich anbietenden Handlungsalternativen prüfen, und sie ist zwingend gehalten, sich auf den Eingriff zu beschränken, der den Schutzzweck erfüllt, so das gleichzeitig die Beeinträchtigung des Adressaten und der Allgemeinheit am geringsten ausfällt.³³⁾

Schlink und *Dechsling* sprechen in diesem Kontext von dem – nach seinem Erfinder benannten – „wohlfahrts-ökonomischen Pareto-Kriterium“.³⁴⁾ Dieses soll Ausgangspunkt für die Analyse des Erforderlichkeitsgebots sein. Das „Pareto-Kriterium“ besagt, dass eine gegebene Situation genau dann effizient ist, wenn keine Änderung möglich ist, die jemanden besser stellt, ohne die Position anderer zu verschlechtern.³⁵⁾ Bei der Anwendung dieses Effizienzkriteriums kann die einmal erreichte Verteilung von Reichtum und Armut nur dadurch verändert werden, dass ein zusätzlich erwirtschafteter und wiederum zu teilender Betrag anders geteilt wird.³⁶⁾ Daher bezeichnet *Schlink* die Vorstellung Paretos als „radikal konservative“ Vorstellung.³⁷⁾

Der einzelne Betroffene kann auch ein ihm geringer belastendes Mittel anbieten, das jedoch ebenso geeignet sein muss.³⁸⁾ Entscheidend ist folglich das subjektive Empfinden des Belasteten. Die Polizeigesetze der Länder gestatten dem Adressaten deshalb grundsätzlich, freiwillig ein anderes, ebenso wirksames, für ihn aber milderer Mittel auszuwählen und anzubieten, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird.³⁹⁾

Ein am Straßenrand seit längerer Zeit wegen technischer Defekte geparkter Wagen, der entsprechend einer Ordnungsverfügung aus dem Verkehr gezogen und verschrottet werden soll, kann vom Eigentümer natürlich

32) Vgl. etwa: Art. 4 Abs. 1 bayPAG, § 8 Abs. 1 LStVG.

33) *Goetz* (Fußn. 30), Rz. 255.

34) *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, in: *Schriften zum öffentlichen Recht*, Bd. 299, 1976, 168; *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, in *Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre*, Bd. 40, 1989, S. 51.

35) *Schlink* (Fußn. 34), S. 168; *Dechsling* (Fußn. 34), S. 51.

36) *Dechsling* (Fußn. 34), S. 72.

37) *Schlink* (Fußn. 34), S. 168; *Dechsling* (Fußn. 34), S. 51.

38) *Kutscher* (Fußn. 11), S. 21.

39) Vgl. z. B. § 3 Abs. 2 Satz 2 PolGNW, § 15 Abs. 1 OBGNW.

noch repariert und wieder in Betrieb genommen werden. Es hängt in diesem Beispiel davon ab, ob der Polizeipflichtige das Alternativmittel der Instandsetzung und Wieder-Ingebrauchnahme für milder erachtet oder als schweren Eingriff in seine vermögensrechtliche Position einschätzt. Im letzteren Fall hätte das die Folge, dass er die ohnehin vorgesehene Einziehung und Verschrottung vorzieht. Diese Möglichkeit der Selbstauswahl des subjektiv weniger einschneidenden Mittels gilt über den Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts hinaus in der gesamten Rechtssphäre, in der Freiheitsrechte der Bürger durch hoheitlichen Zwang eingeschränkt werden.

Im Bereich des Verfassungsrechts hat das BVerfG sich mehrfach mit dem Element der Erforderlichkeit als Teilgrundsatz des Verhältnismäßigkeitsprinzips auseinandergesetzt. Das Gebot des mildesten Mittels in dem vom BVerfG verstandenen Sinne bedeutet in diesem Zusammenhang nur „relative Erforderlichkeit“; mit anderen Worten, es wird geprüft, ob das Mittel zur Erreichung des Zwecks geboten, nicht jedoch, ob die Maßnahme selbst überhaupt erforderlich war.⁴⁰⁾ Sind im konkreten Fall mehrere gleich geeignete Mittel festgestellt, so ist unter ihnen das mildeste zu bestimmen. Das Gebot des geringst möglichen Eingriffs muss dabei an ein Beurteilungskriterium für die Eingriffsintensität anknüpfen. Dieses ist der subjektive Grad der Betroffenheit des Mitteladressaten.⁴¹⁾

Der Eingrenzung des Kreises der Betroffenen kommt damit entscheidende Bedeutung zu. Dieses hat die Entscheidung des BVerfGs zur Mineralölbevorratungspflicht gezeigt.⁴²⁾ Ein Öl importierendes Unternehmen hatte unter anderem geltend gemacht, „durch die Belastung anderer Unternehmen anstelle der unabhängigen Importeure wäre die Versorgungssicherheit besser gewährleistet“; „der Gesetzgeber könne sein Ziel mit weniger schweren Eingriffen wirksamer erreichen, wenn er statt der unabhängigen Importeure Großhändler, Großverbraucher sowie Lagerunternehmer zur Vorratshaltung heranziehe“.⁴³⁾ In diesem Fall stellte sich das Problem, dass sich die Belastung unterschiedlicher Gruppen von Grundrechtsträgern ebenso wie die Einschränkung verschiedener Grundrechte als gleich geeignete Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks erwiesen. In einer solchen Konstellation kann die Erforderlich-

40) Grabitz, AöR Bd. 98, 568, 573.

41) Kutscher (Fußn. 11), S. 20.

42) BVerfG, Beschl. v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292, 319.

43) BVerfG, Beschl. v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292, 319.

keitsprüfung nicht ohne zusätzliche externe Auswahlkriterien zu Ende geführt werden.⁴⁴⁾

In der Entscheidung des BVerfG zur Mineralölbevorratung wird der Prüfungsumfang bei wirtschaftsordnenden Maßnahmen des Gesetzgebers jedoch beträchtlich eingeschränkt. Nach dieser Rechtsprechung ist auch bei der Erforderlichkeitsprüfung der mit dem Gesetz verfolgte Zweck zu beachten. Eine die Freiheit der Betroffenen weniger beschränkte Alternativlösung müsste für die Erreichung der Zielsetzung sachlich dasselbe leisten, um vom Richter der vom Gesetzgeber gewählten Lösung entgegengestellt werden zu können. „Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber bei wirtschaftsordnenden Maßnahmen, die den Freiheitspielraum für die wirtschaftlich tätigen Individuen einengen, hinsichtlich der Auswahl und technischen Gestaltung dieser Maßnahmen ein weiter Bereich des Ermessens zusteht; nicht jeder einzelne Vorzug einer anderen Lösung gegenüber der vom Gesetzgeber gewählten, muss schon zu deren Verfassungswidrigkeit führen. Die sachliche Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung muss vielmehr bei dem als Alternative vorgeschlagenen geringeren Eingriff in jeder Hinsicht eindeutig feststehen.“⁴⁵⁾

3. Der Teilgrundsatz der „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“

Dieser Teilgrundsatz beinhaltet eine Güterabwägung zwischen den im konkreten Fall sich gegenüberstehenden Rechtsinteressen. Diese Stufe des Verhältnismäßigkeitsgebots wird mehrpolig aufgefasst. Es geht insofern nicht darum, ob der mit einer staatlichen Entscheidung verbundene Eingriff oder Nachteil an sich hinnehmbar oder wie wertvoll der Zweck der Maßnahme an sich ist, sondern ob die Relation der beiden Aspekte stimmt.⁴⁶⁾ Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne hat somit die Bestimmung der „Zweck-/Mittel-Relation“ zur Aufgabe.⁴⁷⁾ Insofern sind das öffentliche Interesse – das sowohl individuelle als auch allgemeine Belange umfasst⁴⁸⁾ – als auslösender Faktor eines Gesetzes oder einer Verwaltungsmaßnahme mit der durch die Maßnahme bewirkten nachteil-

44) *Hirschberg*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 70.

45) BVerfG, Beschl. v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292, 319.

46) *Dechsling* (Fußn. 34), S. 7.

47) *Kutscher* (Fußn. 11), S. 21.

48) *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Überlegung zu einem System der Handlungsformen der Verwaltung mit Ausnahme der Rechtsetzung, in *Schriften zum öffentlichen Recht*, Bd. 229, 1974, S. 18 ff., 32 ff.

gen Einwirkung auf eine rechtlich geschützte Individualposition gegeneinander abzuwägen.⁴⁹⁾ Der Begriff der Abwägung ist daher nicht so fern liegend, weil dieser eine Ergebnisoffenheit entsprechend dem alten Sinnbild der Waage verlangt.⁵⁰⁾

Problematisch erweist sich, dass die Abwägung ein „methodischer Begriff“ ist, der dem Rechtsanwender zwar eine Arbeitsanwendung, aber keinen Entscheidungsmaßstab an die Hand gibt.⁵¹⁾ Denn der Begriff „Abwägung“ weist auf eine Handlung hin, während die Begriffe „Proportionalität“ und „Verhältnismäßigkeit“ auf ein Ergebnis oder Produkt hindeuten.⁵²⁾ Dennoch soll der Begriff Abwägung nicht so eng – somit doch als Ergebnis – verstanden werden.⁵³⁾ Führt der Abwägungsprozess zu dem Ergebnis, dass die mit dem Mitteleinsatz verbundenen Nachteile überwiegen bzw., dass ein Missverhältnis zwischen Schwere des Eingriffs und dem Wert des realisierbaren Erfolgs besteht, so ist auf den Eingriff zu verzichten,⁵⁴⁾ bzw. die Maßnahme hat zu unterbleiben.⁵⁵⁾ In diesem Fall des „Umschlagens einer Sachwidrigkeit in eine Rechtswidrigkeit“ verstieße eine Maßnahme der Legislative oder Exekutive gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit.⁵⁶⁾

In diesen Rahmen gehören auch Sprichwörter wie, dass man nicht ein „Opfer an Glück“ verlangen darf, um einen „kleineren Gewinn an Glück“ zu erhalten. Oder man soll nicht „mit der Wurst nach der Speckseite werfen“ und „dem guten Geld kein schlechtes hinterherwerfen“. Diese Aussprüche berücksichtigen in anschaulicher Weise die Unsicherheit der Prognose der Wirksamkeit des Mittels zum Zweck, dessen Notwendigkeit zur Zielerreichung und das Verhältnis von Mittel und Zweck. Es wird erkennbar, dass die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht nur eine rechtliche, sondern auch eine rationale Schranke darstellt. Wer sich an diese Maximen der Proportionalität nicht hält, verliert auf die Dauer die Effizienz bzw. Wirksamkeit seiner Einsatzmittel. Daher ist jeder Mensch

49) *Grabitz*, AöR Bd. 98, 568, 575.

50) *Dechsling* (Fußn. 34), S. 7.

51) *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, DVBl 1985, 97, 109; *Dechsling* (Fußn. 34), S. 8.

52) *Dechsling* (Fußn. 34), S. 8.

53) *Dechsling* (Fußn. 34), S. 8.

54) *Zimmerli* (Fußn. 13), S. 16; *Stern* (Fußn. 12), S. 674.

55) *Hirschberg* (Fußn. 44), S. 70

56) *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966, S. 739.

gut beraten, auch aus eigenverantwortlicher vernünftiger Überlegung das Verhältnis von Mittel und Zweck jeder Maßnahme zu bedenken.

Bezogen auf die rechtlichen Grenzen ist ein hoheitlicher Akt immer dann unzulässig, wenn der Förderungszweck nicht im Interesse des – individuelle und generelle Belange umspannenden – Gemeinwohls liegt oder wenn die Interessen der Allgemeinheit an dem Akt außer Verhältnis zu der damit verbundenen Beeinträchtigung stehen.⁵⁷⁾ Das Verhältnis von Mittel und Zweck muss insgesamt angemessen erscheinen;⁵⁸⁾ der mit der Maßnahme verbundene Eingriff darf nicht (erkennbar, offensichtlich) außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen.⁵⁹⁾ Anders ausgedrückt darf die Handhabung eines bestimmten Instruments zur Erreichung eines bestimmten Zwecks diesem gegenüber nicht unangemessen sein.⁶⁰⁾ Das Mittel darf den Betroffenen nicht übermäßig belasten⁶¹⁾ und muss diesem zumutbar sein;⁶²⁾ die Grenze der “Zumutbarkeit“ muss gewahrt sein.⁶³⁾

Im Bereich des Straf -, Strafverfahrens- und Disziplinarrechts gilt beispielsweise, dass die Eingriffe in einem angemessenen oder gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat, zum bestehenden Tatverdacht, zur Bedeutung der Sache⁶⁴⁾ oder zum Verschulden des Täters stehen müssen.⁶⁵⁾ Auch hier zeigt sich, dass sich die Abwägung von Zweck und Mittel an der Intensität des Eingriffs zu orientieren hat: Je empfindlicher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingegriffen wird, desto stärker müssen die

57) *Kutscher* (Fußn. 11), S. 21.

58) *Wittig*, Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, 817.

59) *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, Polizei- und Ordnungsrecht des Bundes und der Länder, 9. Aufl., 1986, S. 392.

60) *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 19.

61) BVerfG, Beschl. v. 7.4.1964 – 1 BvL 12/63, BVerfGE 17, 306, 314; BVerfG, Beschl. v. 14.12.1965 – 1 BvL 14/60, BVerfGE 19, 330, 337.

62) BVerfGE, Beschl. v. 5.3.1974 – 1 BvL 27/72, BVerfGE 37, 1, 19; BVerfG, Beschl. v. 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 u. 259/66, BVerfGE 38, 281, 310.

63) BVerfG, Beschl. v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292, 316; BVerfG, Beschl. v. 10.5.1972 – 286, 293, 295/65, BVerfGE 33, 171, 187 f.; BVerfG, Beschl. v. 15.12.1999 – 1 BvR 2161/93, BVerfGE 41, 378, 395.

64) *Isensee/Kirchhof-Hill* (Fußn. 9), § 156 Rz. 22.

65) BVerfG, Beschl. v. 10.6.1968 – 1 BvR 790/58, BVerfGE 16, 194, 202; BVerfG, Beschl. v. 25.7.1963 – 1 BvR 542/62, BVerfGE 17, 108, 117; BVerfG, Teilurt. v. 5.8.1966 – 1 BvR 586/62, 610/63 u. 512/64, BVerfGE 20, 162, 187; BVerfG, Beschl. v. 9.6.1970 – 1 BvL 24/69, BVerfGE 28, 386, 391.

Interessen des Gemeinwohls sein, denen die Regelung dienen soll.⁶⁶⁾ Je mehr der Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, umso sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden.⁶⁷⁾

„Verhältnismäßigkeits-Probleme“ bereitet auch der Umstand, dass dem Abwägungsgebot gewissermaßen eine allgemeine Mittel-/Zweck-Relation zugrunde liegt, die als rein formales Prinzip keine inhaltlichen Maßstäbe für den jeweiligen setzen kann. Deshalb ist nach Ansicht der Lehre die Formel „das gewählte Mittel und der gewollte Zweck müssen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen“ „zunächst nichts als eine Leerformel, die kein objektives Entscheidungskriterium bereitstellt.“⁶⁸⁾ Allerdings ist zu bedenken, dass Generalklauseln stets mehr oder weniger abstrakt formuliert sind. Sie sind dennoch unerlässliche Bestandteile der Rechtsordnung und finden in mehreren Gesetzen Anwendung.

Es liegt die Frage nahe wie die Gegenüberstellung von Mittel und Zweck sich zur Güter- und Interessenabwägung verhält. Es klingt plausibel, dass die genannten Prinzipien nach ihrer gedanklichen Operation übereinstimmen müssten, weil sie alle für den jeweils zu beurteilenden Fall eine Abwägung der für die eine oder andere Seite streitenden Gesichtspunkte verlangen und, dass sie deshalb zumindest weitergehend gegenseitig ersetzbar sein müssten.⁶⁹⁾ Gegen eine solche Vermutung steht das allgemeine Sprachgefühl. Denn „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ und „Prinzip der Güter- und/oder Interessenabwägung“ sind – nach ihrem täglichen Sprachgebrauch beurteilt – unterschiedliche Rechtsfiguren.⁷⁰⁾ Gemeinsam haben sie jedoch, dass sie beide nichts darüber aussagen, wie die Abwägung zu erfolgen hat, und wie die Interessen zu bewerten sind. Von einem normativen Standpunkt aus betrachtet darf sich diese Bewertung nur an den Rechtsgütern der Verfassung orientieren.

66) BVerfG, Urt. v. 23.3.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30, 44 f.; BVerfG, Beschl. v. 17.7.1961 – 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, 97, 104; BVerfG, Beschl. v. 23.1.1968 – 1 BvR 709/66, BVerfGE 23, 50.

67) BVerfG, Urt. v. 5.3.1958 – 2 BvF 4/56, BVerfGE 17, 305, 313; BVerfG, Urt. v. 5.8.1966 – 1 BvF 1/61, BVerfGE 20, 150, 159.

68) *Kutscher* (Fußn. 11), S. 21.

69) *Hirschberg* (Fußn. 44), S. 83.

70) *Hirschberg* (Fußn. 44), S. 83.

Das Besondere über das allgemeine Abwägungsgebot Hinausgehend am Verhältnismäßigkeitsprinzip ist, dass auch ein Gewinn an individueller Freiheit für den Einzelnen nicht ein Opfer an Freiheit für denselben und damit eine Beeinträchtigung des Gemeinwohls rechtfertigt. Da jeder Mensch das gleiche Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit hat, ist eine besondere einzelfallbezogene und grundrechtsspezifische Abwägung indiziert. Das bedeutet: Das Opfer, das dem einen zur Förderung des Gemeinwohls zugemutet wird, muss auf eine mehr als mathematisch-numerische Weise mit dem Gemeinwohlgewinn in Relation gesetzt werden. Probleme tauchen auf, wenn sich beispielsweise die Fragen stellen ob die Rettung eines anderen Menschen eine Freiheitsbeschränkung erlaubt, ob die Minderung oder Vermeidung einer mehr oder weniger wahrscheinlichen Gefahr für eine bestimmte Person oder die Allgemeinheit eine Geldabgabe für gewisse Bevölkerungskreise rechtfertigt. Auf dieser Stufe der Reflexion, in der nicht ein Gemeinnutz aller wahrgenommen wird, sondern es um die Besorgung des Gemeinwohls eines jeden einzelnen Menschen geht, gewinnt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine besonderen Konturen.

Anders als innerhalb des Erforderlichkeitsgrundsatz kann der Zweck bei der Prüfung der Proportionalität eine variable Größe sein. So ist dem BVerfG die Möglichkeit eröffnet, über die Prüfung der Zwecksetzung zu einer abgestuften Kontrolle gesetzgeberischer Maßnahmen zu kommen. Entsprechend dem jeweiligen Regelungsbereich kann diese Kontrolle von unterschiedlicher Intensität sein. Im Bereich der Wirtschaftsordnung, in dem dem Gesetzgeber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Ziele zugestanden wird,⁷¹⁾ ist auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne nur dann verletzt, wenn der Gesetzgeber von „offenbar unrichtigen Voraussetzungen“ ausgeht oder sich keinerlei vernünftige Gründe des Gemeinwohls für eine getroffene Maßnahme anführen lassen.

Die Zulässigkeit von Eingriffen in die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit wird anhand der vom BVerfG im Apothekenurteil entwickelten „Stufentheorie“ beurteilt:⁷²⁾ Nach dieser „Lehre der gestuften gesetzgeberischen Regelbefugnis“⁷³⁾ sind auf die Freiheit der Berufswahl nicht zurückwirkende Ausübungsregelungen (erste Regelungsstufe) dann zulässig, wenn sie in zweckmäßiger Weise Gemeinschaftsinteressen

71) BVerfGE 29, 260, 267

72) BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377.

73) *Schlink* (Fußn. 34), S. 50.

schützen oder wenn sie der Förderung eines Berufes dienen. Der Grundrechtsschutz beschränkt sich hier auf die Abwehr übermäßig belastender und unzumutbarer Auflagen. Regelungen subjektiver Voraussetzungen der Berufsaufnahme (zweite Regelungsstufe) sind daran zu messen, ob sie Schäden oder Gefahren verhüten, die eine Berufsausübung ohne Erfüllung der Voraussetzungen für die Allgemeinheit mit sich bringen würden. Die subjektiven Voraussetzungen dürfen zu dem mit der Ordnung der Berufstätigkeit verfolgten Zweck nicht außer Verhältnis stehen. Nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut rechtfertigt das Aufstellen objektiver Bedingungen für die Berufszulassung (dritte Regelungsstufe). Die Förderung sonstiger Gemeinschaftsinteressen kann zwar im Allgemeinen gesetzgeberische Maßnahmen rechtfertigen, reicht hier aber als Regelungszweck nicht aus. Insgesamt gilt, dass der Gesetzgeber eine Stufe erst dann betreten darf, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargelegt werden kann, dass die befürchteten Gefahren auf einer der vorhergehenden Regelungsstufen nicht wirksam bekämpft werden können.⁷⁴⁾

Die „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ ist demzufolge durch die relative Unbestimmtheit des Zwecks nach beiden Seiten hin variabel. Dieser Umstand verleiht diesem Grundsatz seine funktionale Unberechenbarkeit. Die „Zwecksetzungskompetenz“ ist zwar eingebunden in die Wertsetzungen der Verfassung; sie ist relativ weit in Randzonen, relativ eng dagegen in Kernbereichen grundrechtlicher Betätigungen. Jedoch hängt die Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Grundrechtsbereich letztlich davon ab, in welchem Maße dem Gesetzgeber vom BVerfG Gestaltungsfreiheit in der Zweckbestimmung seiner Maßnahmen nach dem Grundsatz zugestanden wird.⁷⁵⁾ Im Übrigen spielt für die Tragweite des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die positive Bestimmung des Verhältnisses von Zweck und Belastung keine Rolle. Vielmehr prüft das BVerfG lediglich negativ, ob die Maßnahme „unangemessen“ ist und zu einem Schaden führt, der erkennbar außer Verhältnis zum Erfolg steht. Insofern ist der Gesetzgeber nicht gezwungen, das optimale Mittel zu ergreifen.⁷⁶⁾ Eins von mehreren „verhältnismäßigen“ Mitteln hält einer gerichtlichen Prüfung ebenso stand.

74) *Schlink* (Fußn. 34), S. 50.

75) *Kutscher* (Fußn. 11), S. 23.

76) *Kutscher* (Fußn. 11), S. 23.

4. Zusammenfassende Inhaltsbestimmung des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besteht nach dem Vorgesagten aus drei Teilgrundsätzen. Diese sind die Elemente der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Das Mittel muss zur Erreichung des erstrebten Zwecks geeignet und erforderlich sein. Ferner darf das Mittel nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen, es muss vielmehr zum erstrebten Zweck in einem „angemessenen Verhältnis“ stehen. Diese sind die Kernaussagen des Verhältnismäßigkeitsprinzips; davon ist unabhängig, welche Terminologie gebraucht wird bzw. welche unterschiedlichen Ausprägungen des Prinzips in Rechtsprechung und Literatur vertreten werden.

Jedenfalls hat das „Prinzip der Verhältnismäßigkeit“ in seinem umfassend verstandenen Sinne in Lehre und Praxis im Laufe der Zeit einen Eigenwert erlangt. Dieses Prinzip ist gewissermaßen zu einer Rechtsregel aufgestiegen, die rechtsgebietsübergreifend Geltung beansprucht. Dem Begriff „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ kommt darum in der Rechtswissenschaft eine eigene Bedeutung zu, die letztlich den bereits oben bezeichneten „Eigenwert“ ausmacht.

II. Wertung des „neuen“ § 19 Abs. 2 InsO vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Jede Form der kreativen Interpretation oder der sanierungsgünstigen Auslegung des Überschuldungstatbestandes vermeidet Insolvenzen. Die Neufassung des § 19 Abs. 2 InsO durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz ist ein unbestritten geeignetes Mittel, die Auswirkungen der Finanzmarktkrise vor allem insolvenzrechtlich zu begrenzen und in Teilbereichen auch zu bekämpfen. Es stellt sich aber schon die Frage, ob eine solche Maßnahme auch tatsächlich erforderlich war, um krisengeschüttelten Unternehmen eine Stütze in schwierigen Zeiten zu geben. Im besonderen Maße kann über die Angemessenheit des Mittels gestritten werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des vorgezeichneten Endes der Zwischenregelung am 31.12.2013. Soweit der Gesetzgeber nicht zu einer Neufassung oder weiteren Prolongation des § 19 Abs. 2 InsO in der aktuellen Fassung kommt, bedeutet der Überschuldungsbegriff „neu“ dann „alt“, wobei „alt“ die Fassung bis zum 16.10.2008 meint.

Die Finanzmarktkrise ist in ihrer Tiefe und in ihren Auswirkungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder berechenbar noch abschätzbar. Jeden Tag

ereilen die Unternehmen neue Nachrichten, welcher Markt in Aufruhe geraten ist, welcher Kunde seinerseits Schwierigkeiten hat etc. Sollte sich nicht innerhalb der nächsten Monate aus dem schmalen Silberstreifen am konjunkturellen Horizont ein deutlicher Sonnenaufgang entwickeln, wird die intertemporale Geltung des § 19 Abs. 2 InsO zu einer Insolvenzwelle mit der Qualität eines Tsunami führen. Die volkswirtschaftlichen Auswirkungen insbesondere auf eine stark geschwächte und möglicherweise gerade in der Erholung befindliche Wirtschaft sind vermutlich gravierend und kaum zu fassen. Der gerade gesundete Patient wird von seinen Ärzten auch nicht unmittelbar in den Wettkampf geschickt; er braucht eine Phase der Rekonvaleszenz, somit der behutsamen Gesundung. Nur eine Abfederung der Übergangsregelung genügt dem Grundsatz des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Unübersehbare Folgeauswirkungen könnten die ersten sichtbaren Schäden deutlich übersteigen.

Die durch die Neufassung des § 19 Abs. 2 InsO faktisch herbeigeführte Suspendierung der Insolvenzantragspflicht überschuldeter Unternehmen (mit Fortführungsprognose) erscheint angesichts des Drucks der aktuellen Finanzmarktkrise ein geeignetes und erforderliches Mittel. Ohne Verlängerungsmöglichkeit der Übergangsregelung bzw. Übergangsvorschriften für die Zeit ab 2011 stellen sich allerdings erhebliche Zweifel an der (langfristigen) Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne dieser staatlichen Maßnahme, selbst wenn sie kurzfristig hilft. Dass aber die „Zwecke der Staatsverbindung“ elementare Bedeutung bei der Beurteilung staatlicher Maßnahmen haben, lehrte bereits Carl-Gottlieb Svarez (1746–1798) zwischen 1791 und 1792 den Kronprinzen Friedrich-Wilhelm auf Veranlassung des preußischen Königs Friedrich-Wilhelm II.⁷⁷⁾

Svarez Vorträge scheinen auch heute aktuell, gerade mit Blick auf die Finanzkrise und die (Gegen-)maßnahmen der Regierungen. Sie glänzen durch ihre Klarheit und Präzision; sie dienen im Sinne der Prinzen-erziehung der Zeit der Unterweisung des Thronfolgers und künftigen Monar-

77) Karl-Gottlieb Svarez war ab 1791 Rat bei der Bresslauer Oberamtsregierung und linke Hand des schlesischen Justizminister Johann-Heinrich Casimir von Carmer (1721–1801). 1779/1780 begleitete Svarez den in Folge der personellen Konsequenzen des „Müller-Arnold-Prozesses“ zum Großkanzler ernannten Carmer nach Berlin. Dort wirkte er als Assistent Carmers bei der Ausarbeitung des preußischen Gesetzbuches mit; er trug im Wesentlichen die Arbeiten zur Justizreform. Dabei wurde er von Volckmar Pachaly und Klein unterstützt. Im Jahr 1781 wurde Svarez zum Geheimrat, im Jahr 1787 zum geheimen Justizrat ernannt.

chen in die Pflichten seines hohen Amtes und der Regierung, die sie beeinflussen sollten. Die Vorträge zeigten zugleich die Gedanken und Vorstellungen des eigentlichen Verfassers des preußischen Gesetzbuches über Recht und Staat und geben damit einen Einblick in die geistige Welt dieses Werkes. Denn in den Vorträgen behandelte Svarez das neue Gesetzbuch, welches im Juni 1792 in Kraft treten sollte, bereits als das geltende Recht. Er erarbeitete außerdem einen kurzen Leitfaden für diese Vorträge und schrieb ihn auf Wunsch des Kronprinzen nieder.⁷⁸⁾

Auch in seinen Vorträgen vor der Mittwochsgesellschaft⁷⁹⁾ befasste sich Svarez mit aktuellen staatsrechtlichen Themen, die er in den Vorträgen vor dem Kronprinzen und späteren König von Preußen sowie den aus diesem Anlass verfassten schriftlichen Ausarbeitungen niedergelegt hatte. So befasste er sich mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, indem er vorträgt, es sei die Pflicht der Gesetzeskommission, genau zu untersuchen, ob das vorgeschlagene neue Gesetz den „Zwecken des Staates und den Grundregeln der Gesetzgebungen angemessen, ob es mit der natürlichen Billigkeit und dem ganzen System Rechte und Verfassungen harmoniere und ob dadurch wohl erworbene Rechte einer oder der anderen Klasse von Staatsbürgern gekränkt werden würden“.⁸⁰⁾

Svarez fährt in diesem Sinne fort: „Alle Gesetze müssen die Beförderung der Zwecke des Staates zur Absicht haben. Sie müssen also dahin abzielen, die allgemeine Ruhe und Ordnung zu schützen, die Staatsverbindung aufrecht zu erhalten, das Privateigentum zu sichern, den Bürgern des Staates die Mittel zu erleichtern, durch deren freien Gebrauch sie ihren

-
- 78) Svarez Persönlichkeit war von zwei Grundlagen bestimmt: Der Pflichttreue und Opferbereitschaft des preußischen Beamtentums der friederizianischen Epoche und im Geist der Aufklärung und Ihrer Naturrechtslehre. Die Aufklärung war für Svarez keine Bewegung zum Umsturz der bestehenden staatlichen Verhältnisse, sondern der Geist des Fortschrittes und der Verbesserung der menschlichen Lebensverhältnisse. Von der Aufklärung versprach sich Svarez für die weitere Entwicklung auch eine Verbesserung der menschlichen Lebensverhältnisse und eine Verbesserung der staatlichen Rechtsordnung. In diesem Sinne übte er seine Mitarbeit bei der Gesetzgebung aus; er war zugleich auf allgemeine Verständlichkeit und Volkstümlichkeit der Gesetzgebung bedacht. Als Aufklärer lag ihm daran die Gesetzgebung dem Volke näher zu bringen.
- 79) Die Mittwochsgesellschaft war ein Treffen gebildeter Männer der damaligen Zeit. Den Teilnehmern der Gesellschaft ging es weniger um Geselligkeit sondern um verbindlichen Gedankenaustausch über politische, weltanschauliche, wissenschaftliche, wirtschaftliche, kulturelle und/oder philosophische Fragen.
- 80) Svarez, in: Conrad/Kleinheyer (Hrsg.), Vorträge über Recht und Staat 1791/1792, 1960, S. 478.

Privatwohlstand befördern können“.⁸¹⁾ Wenn man diese Aussagen, die auch heute noch abgewogen und treffsicher wirken, auf die Finanzmarktkrise überträgt, scheint jedenfalls Aktionismus nicht angezeigt zu sein. „Ruhe und Ordnung“ sind – früher wie heute – auf Dauer angelegt. Dauerhaft stabile Volkswirtschaften können aber kaum mit Gesetzen erreicht werden, die in einer Übergangsphase insolvenzreife Gesellschaften vor eben solcher Insolvenz bewahren, um sie sodann unmittelbar ab einem bestimmten Stichtag X in geballter Form zum Insolvenzgericht zu schicken. Sollte der Gesetzgeber nicht mit Weitsicht auf die Welle der voraussichtlich im Januar 2014 auf die Justiz hereinbrechenden Insolvenzanträge tausender GmbH, GmbH & Co KG, AG u. a. Übergangsvorschriften schaffen, erscheint § 19 Abs. 2 InsO in der aktuellen Fassung allein eine unverhältnismäßige Antwort auf die Finanzmarktkrise.

Schließlich ist auch zu bedenken, dass dem Gesetzgeber ein durchaus milderes Mittel zur Verfügung gestanden hätte. Statt der Änderung des Überschuldungsbegriffs hätte der Gesetzgeber auch die durch das MoMiG erstmals rechtsformneutral in § 15a InsO formulierte Insolvenzantragspflicht zeitlich beschränkt insgesamt aussetzen können. Solche temporäre Übergangsregelungen bzw. die Nichtanwendung von Vorschriften sind aus der Vergangenheit nicht unbekannt. Der Gesetzgeber hat in Fällen von Krieg, Weltwirtschaftskrise, Währungsumstellung und Naturkatastrophen durchaus besondere Regelungen angeordnet oder die Durchsetzung von Vorschriften blockiert.⁸²⁾ Eine solche Regelung hätte mehrfache Vorteile. Zum einen würden (prima vista berechnete, aber kontroverse) Diskussionen über den alten und neuen Überschuldungsbegriff mit entsprechender Verunsicherung der Rechtsanwender erspart. Zum anderen hätte eine temporäre Nichtanwendung der Antragsverpflichtung den systemimmanenten bzw. systematischen Vorteil, dass den in Rede stehenden Gesellschaften im Hinblick auf eine mögliche Überschuldung, aber auch im Hinblick auf eine eventuelle Zahlungsunfähigkeit ein zeitlicher Aufschub gewährt würde. Der Zeitaufschub war bekanntlich

81) *Svarez* (Fußn. 80), S. 14.

82) Vgl. *Scholz-Hefermehl/Winter*, Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl., 1964, § 64 Rz. 1 und dort geschilderte Beispielfälle aus dem Zeitraum seit 1914; siehe auch § 56d DM-Bilanzgesetz v. 28.7.1994 (BGBl I, 1842), § 64 Rz. 5; vgl. auch die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im Zuge der Hochwasserkatastrophe im August 2002 gem. Art. 6 Abs. 1 Flutopfersolidaritätsgesetz v. 20.9.2008, BGBl 2002 I, 3651.

der tragende Grund für die kurzfristige Änderung des Überschuldungsbegriffes gemäß FMStG.

F. Zusammenfassung

Die Turbulenzen auf den Finanzmärkten haben auch den deutschen Gesetzgeber zu diversen Aktionen veranlasst. Er hat auf die Krise der Finanzmärkte reagiert und der Insolvenzordnung mit dem Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpaketes zur Stabilisierung des Finanzmarktes vom 17.10.2008 einen neuen Überschuldungsbegriff in § 19 Abs. 2 InsO beschert. Der Gesetzgeber reagierte schnell; und kollidierte dabei mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die gesetzliche Neuregelung bedarf einer Übergangsfassung für die Zeit nach dem 1.1.2014, damit aus dem „künstlichen Verfall“ der Vorschrift nicht ein gleichzeitiger Verfall weiter Teile des (verbliebenen) deutschen Mittelstands wird. Anderenfalls wäre der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt.

Abzuwarten bleibt, wie der Gesetzgeber reagiert. Schließlich muss sich der Geschäftsführer einer deutschen GmbH, GmbH & Co. KG bzw. AG nicht erst ab dem Jahr 2014 auf verlässliche Regeln eines gesetzeskonformen Handelns eines Organs in der Krise verlassen können. Eine Anpassung oder eine weitere Verlängerung der Geltung des § 19 Abs. 2 InsO in der aktuellen Fassung ist daher angesagt.

