

LUC VON DANWITZ

Föderale Verhältnismäßigkeit

Verfassungsentwicklung in Europa

Mohr Siebeck

Verfassungsentwicklung in Europa

herausgegeben von

Hartmut Bauer, Peter M. Huber
und Karl-Peter Sommermann

25



Luc von Danwitz

Föderale Verhältnismäßigkeit

Bedeutung und Funktion von Art. 5 Abs. 4 EUV
im Föderalismus der Europäischen Union

Mohr Siebeck

Luc von Danwitz, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaft an der Université Paris I – Panthéon-Sorbonne (Licence en droit 2016), der Universität Bonn (Erste Prüfung 2019) und der University of Michigan Law School (LL.M. 2020); Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Projekt „Constitutional Law in Germany“, Freiburg i.Br. und Bonn, und am Lehrstuhl für deutsches und europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Universität Bonn; Rechtsreferendariat am OLG Köln; 2024 Promotion.

ISBN 978-3-16-163818-3 / eISBN 978-3-16-163819-0
DOI 10.1628/978-3-16-163819-0

ISSN 1861-7301 / eISSN 2569-4553 (Verfassungsentwicklung in Europa)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand von März 2023.

Mein Doktorvater Heiko Sauer hat die Beschäftigung mit dem Thema dieser Arbeit angeregt und ihre Entstehung mit zahlreichen Hinweisen und konstruktiver Kritik begleitet. Seine engagierte Lehre, unermüdliche Förderung und die Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl haben mich erst in die Lage versetzt, diese Arbeit schreiben zu können. Ich danke ihm herzlich.

Für die freundliche Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Klaus-Ferdinand Gärditz.

Für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe „Verfassungsentwicklung in Europa“ bin ich Hartmut Bauer, Peter M. Huber und Karl-Peter Sommermann sehr dankbar. Die Drucklegung wurde aufgrund eines besonderen Bundesinteresses vom Bundesministerium des Innern und für Heimat, sowie von der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung jeweils mit großzügigen Druckkostenzuschüssen gefördert.

Ralf Poscher danke ich dafür, dass ich frühe Skizzen zur Arbeit an seinem Max-Planck-Institut in Freiburg zur Diskussion stellen durfte. Auch von den Ressourcen der dortigen Bibliothek hat die Arbeit in ihrer Anfangsphase sehr profitiert. Zur selben Zeit haben mir Clemens Ladenburger, Pieter van Nuffel und Gregor von Rintelen vom Juristischen Dienst der Europäischen Kommission wichtige Hinweise aus Sicht unionsrechtlicher Praktiker zuteilwerden lassen, für die ich sehr dankbar bin. Auch mein LL.M.-Kollege Richard Dören hat sich in dieser Phase mit klugen Anregungen um die Arbeit verdient gemacht.

Freunde, die auch Kollegen waren, und Kollegen, die Freunde wurden, haben die Entstehung dieser Arbeit begleitet. Die rechtsvergleichenden Abschnitte haben enorm von meinem Austausch mit Raphaël Beauregard-Lacroix in der Freiburger Zeit profitiert. Meine Bonner Institutskollegen Claudio Bartmann, Pola Marie Brünger, Konstantin Klopp und Carolin Schlößer haben es geduldig ertragen, dass ich ihnen immer wieder meine Ideen vortrug und ihre Überlegungen haben mich oft entscheidend vorangebracht. Sie alle haben die Arbeit auszugsweise oder ganz gelesen, detailliertes Feedback gegeben und mich immer unterstützt. Es war ein großes Glück, mit ihnen zusammenarbeiten zu dürfen. Den studentischen Hilfskräften Helena Alcantara, Lana Asadi, Jonathan Greipl, Lo-

renz Holl, Antonia Mertens, Pina Meschenmoser und Sarah Völkel danke ich herzlich für die tapfere und zuverlässige Unterstützung bei der Beschaffung auch schwer zugänglicher Literatur.

Ohne meine Familie wäre diese Arbeit nicht gelungen. Meine Eltern Birgit und Thomas, meine Schwester Marthe und mein Schwager Niklas, meine Großeltern Erika und Carl-Josef, Josefine und Heinz-Willy (†), meine Schwiegereltern Christa und Rainer (†) und meine Partnerin Chantal sind das Fundament für dieses und alle weiteren Abenteuer.

Brüssel, im Juni 2024

Luc von Danwitz

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
<i>A. Problemaufriss</i>	1
<i>B. Gang der Darstellung</i>	8
1. Kapitel: Entstehung, Entwicklung und Grundlagen von Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht	11
<i>A. Entstehung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes</i>	12
<i>B. Herausbildung zweier Prüfzugriffe auf die unionsrechtliche Verhältnismäßigkeit</i>	40
<i>C. Unionsrechtliche Operationalisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in ideen- und entwicklungsgeschichtlicher Perspektive</i>	69
<i>D. Zusammenfassung</i>	106
2. Kapitel: Wesen und Funktion von Art. 5 Abs. 4 EUV im Föderalismus der EU	107
<i>A. Schaffung und Ausgestaltung des Art. 5 Abs. 4 EUV</i>	109
<i>B. Prüfzugriffe auf Art. 5 Abs. 4 EUV und ihre föderale Bedeutung</i>	140
<i>C. Kritik subjektivrechtlich geprägter föderaler Verhältnismäßigkeit</i>	167
<i>D. Würdigung des gesamtbilanzierenden Ansatzes im Föderalismus der EU</i>	244
<i>E. Zusammenfassung</i>	253

3. Kapitel: Föderale Operationalisierung des gesamtbilanzierenden Prüfzugriffs	257
<i>A. Mitgliedstaatliche Schutzgüter des Art. 5 Abs. 4 EUV</i>	258
<i>B. Formale und inhaltliche Elemente der föderalen Dimension des Art. 5 Abs. 4 EUV</i>	283
<i>C. Kontrolldichte</i>	299
<i>D. Zusammenfassung</i>	339
Schluss	341
<i>A. Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	341
<i>B. Ausblick</i>	343
Literaturverzeichnis	345
Rechtsprechungsverzeichnis	379
Register	401

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
<i>A. Problemaufriss</i>	1
I. Praktische Bedeutung und offene Fragen	1
II. Erkenntnisinteressen	3
III. Der Versuch einer kontextsensiblen Dogmatik unionsrechtlicher Verhältnismäßigkeit	4
<i>B. Gang der Darstellung</i>	8
1. Kapitel: Entstehung, Entwicklung und Grundlagen von Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht	11
<i>A. Entstehung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes</i>	12
I. Frühe Weichenstellungen	12
1. Die Fédéchar-Linie: Verhältnismäßigkeit und individuelle Rechtspositionen	12
2. Die Nord-et-Pas-de-Calais-Linie: Verhältnismäßigkeit und allgemeine Ausgewogenheit	13
a) Niederlande/Hohe Behörde	13
b) Hauts Fourneaux de Chasse	14
c) Anregungen von Generalanwälten und Verfahrensbeteiligten	15
II. Konsolidierung: Der Fall Internationale Handelsgesellschaft	17
1. Das Grundrechtsproblem	17
2. Internationale Handelsgesellschaft vor dem Gerichtshof	19
3. Die Konsolidierung des Verhältnismäßigkeitsverständnisses im Urteil	21
III. Aufwertung zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz	23
1. Etablierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes	24

2. Herleitung und Rang	28
a) Herleitung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes	28
b) Rang eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes	32
IV. Prüfstufen unionsrechtlicher Verhältnismäßigkeit	33
1. Inkonsistenzen	33
2. Erklärungsansatz	38
V. Fazit	39
<i>B. Herausbildung zweier Prüfzugriffe auf die unionsrechtliche Verhältnismäßigkeit</i>	<i>40</i>
I. Verhältnismäßigkeit als Ausgewogenheitsmaßstab des Unionshandelns	41
1. Ein eigenständiger Prüfungsmaßstab	41
2. Gesamtbilanzierung	42
a) Merkmale der Erforderlichkeitsprüfung	44
aa) Beispiele aus der Rechtsprechung	45
bb) Wertungsintensität	47
b) Merkmale der Angemessenheitsprüfung	48
aa) Keine Berücksichtigung individueller Belastungen	49
bb) Aufbruch der Dichotomie von individuellen und öffentlichen Interessen	49
cc) Ausgewogenheit statt Zumutbarkeit	50
3. Kontrolldichte in der Gesamtbilanzierung	52
a) Ermessen kraft überlegenen Wissens in komplexen Regulierungsbereichen	53
b) Vorgehen bei reduzierter Kontrolldichte	54
aa) Offenkundigkeitskontrolle	54
bb) Vermeidung überschießender Wirkungen	54
cc) Prozesskontrolle	55
4. Praktische Schwierigkeiten und die Rolle der Verfahrensbeteiligten	56
II. Verhältnismäßigkeit als Eingriffsschranke individueller Interessen	57
1. Individualbezug durch Fallkonstellation	58
2. Subjektivrechtlicher Zugriff auf die Beschränkung von Grundfreiheiten	59
3. Herausbildung einer Grundrechtsverhältnismäßigkeit	61
a) Gesamtbilanzierung in der frühen Rechtsprechung	61
b) Subjektivrechtliche Wende nach der GRC	64
4. Kontrolldichte	65
III. Fazit	68
<i>C. Unionsrechtliche Operationalisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in ideen- und entwicklungsgeschichtlicher Perspektive</i>	<i>69</i>

I.	Bandbreite des ideengeschichtlichen Erbes des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	70
	1. Schutz des Individuums in der vergeltenden Gerechtigkeit	71
	2. Verteilungsgerechtigkeit, allgemeine Mäßigung und Zweckgerichtetheit	72
	3. Herleitungen jenseits des Individuums	73
II.	Das Individuum im Zentrum: Deutsche Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgedankens und ihre Diffusion	74
	1. Naturrecht, Gesellschaftsvertrag, Verwaltungsgerichtsbarkeit ...	75
	a) Ein allgemeiner Grundsatz des preußischen Staatsrechts ...	75
	b) Ausformung im preußischen Polizeirecht	76
	2. Verhältnismäßigkeit und Verfassungsrecht	77
	a) Weimarer Suchbewegungen	77
	b) Nachkriegsdebatten	78
	c) Entwicklung und Charakteristika des modernen deutschen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	79
	d) Eine „ungeheure Karriere“	82
	3. Systemspezifische Wandlungen	82
	a) Das Beispiel Kanada	84
	b) Das Beispiel Südafrika	88
	c) Zwischenfazit: Rechtsordnungsübergreifende Grundrechtsverhältnismäßigkeit als variable Sammlung von Argumentationsmustern	93
	4. Fazit	93
III.	Ausgewogenheit im Zentrum: alternative rechtliche Operationalisierungen des Verhältnismäßigkeitsgedankens	94
	1. Das Beispiel England	94
	2. Das Beispiel Frankreich	96
	3. Fazit	98
IV.	Parameter der unionsrechtlichen Ausformung von Verhältnismäßigkeit	99
	1. Das Rechtsschutzsystem und die von ihm geschützten Rechte ...	99
	2. Das Ergebnis transkultureller Rechtsfindung	103
V.	Fazit	105
D.	<i>Zusammenfassung</i>	106
2. Kapitel: Wesen und Funktion von Art. 5 Abs. 4 EUV im Föderalismus der EU		107
A.	<i>Schaffung und Ausgestaltung des Art. 5 Abs. 4 EUV</i>	109
I.	Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte	110
	1. Genealogische Offenheit für föderale Belange	110
	2. Ein Kompromiss im Streit um die Subsidiarität	111

3. Vorstellungen von Mitgliedstaaten und Institutionen	113
4. Verhältnis zu zentralen föderalen Ordnungsnormen des Primärrechts	116
a) Die heutige Schrankentrias des Art. 5 EUV	116
b) Identitätsschutz	119
c) Loyalität	123
II. Positivrechtliche Ausgestaltung des Art. 5 Abs. 4 EUV	126
1. Adressaten	127
a) Allgemeines	127
b) Sonderfälle	128
aa) Anwendung auf den Rechnungshof	128
bb) Anwendung auf den EuGH	129
2. Der Begriff der Maßnahme	130
a) Keine Beschränkung auf legislative Handlungen	130
b) Grenzfälle	131
c) Völkerrechtliche Verträge	132
3. Formale und inhaltliche Dimension	133
4. Vertragsziele im Maßnahmenziel	134
a) EU-Ziele als Grenze der legitimen Maßnahmenziele	135
b) Maßnahmenziele statt Vertragsziele	137
5. Vorgaben des Subsidiaritätsprotokolls	138
III. Fazit	139
<i>B. Prüfzugriffe auf Art. 5 Abs. 4 EUV und ihre föderale Bedeutung</i>	140
I. Vorschläge einer subjektivrechtlich ausgerichteten Prüfung des Art. 5 Abs. 4 EUV	140
1. Literatur	140
2. Vorschläge aus der Generalanwaltschaft	141
a) Kokott in Raucharomen	142
b) Maduro in Vodafone	142
c) Trstenjak in Prüfungen des Rechnungshofs	144
d) Kokott in Toshiba	145
e) Cruz Villalón in Digital Rights Ireland	146
II. Gesamtbilanzierender Zugriff des EuGH	147
1. Kein Neuanfang nach Maastricht	147
2. Konsolidierung	149
3. Heutige Nutzung des Art. 5 Abs. 4 EUV	150
III. Föderale Bedeutung der Prüfzugriffe	152
1. Kompetenzdrifteinhegung durch einen subjektivrechtlich geprägten Prüfzugriff	152
a) Das Phänomen des Kompetenzdrifts	153
b) Kompetenzdrift als Achillesferse der anderen föderalen Grundsätze	154

aa) Begrenzte Steuerungskraft begrenzter Einzelermächtigung	154
bb) Subsidiarität mit zentralistischer Tendenz	157
cc) Identitätsschutz durch Unionsrecht	159
c) Konzept föderaler Verhältnismäßigkeit als Bremse des Kompetenzdrifts	160
2. Allgemeine Mäßigung der Unionsgewalt im gesamtbilanzierenden Zugriff	161
IV. Mission Impossible? Das Problem der Inkommensurabilität und Art. 5 Abs. 4 EUV	163
V. Fazit	166
C. <i>Kritik subjektivrechtlich geprägter föderaler Verhältnismäßigkeit</i>	167
I. Eingeschränkte Effektivität im Rahmen ausschließlicher Unionszuständigkeiten	167
1. Mitgliedstaatliche Handlungsspielräume im Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten	168
2. Mitgliedstaatlich Handlungsspielräume in der EU- Eigenverwaltung	169
3. Konsequenz des Eingriffsschrankenkonzepts	170
II. Steuerung der Zuständigkeitsausübung durch subjektivrechtlich föderale Verhältnismäßigkeit	170
1. Illustration durch das PSPP-Urteil des BVerfG	171
2. Die Unterscheidung von Zuständigkeitsverteilung und -ausübung im Unionsrecht	173
a) Die grundsätzliche Möglichkeit einer Verschleifung von Zuständigkeitsverteilung und -ausübung	174
b) Die Entscheidung des Vertrags für eine strikte Trennung von Zuständigkeitsverteilung und -ausübung	175
c) Exkurs: Verfassungsrechtliche Zwänge statt Anwendung des Unionsrechts in PSPP	178
3. Fazit	180
III. Inadäquates Normverständnis	181
1. Wortlaut	181
2. Normgeschichtliche Befunde	183
3. Systematik	185
4. Kompetenzdrifteinhegung als Telos des Art. 5 Abs. 4 EUV	186
a) Telos ohne Anknüpfungspunkt	186
b) Kompetenzdrift im Zuständigkeitsgefüge der Verträge	186
aa) Kompetenzdrift ist die falsche Diagnose	187
bb) Eine subjektivrechtlich geprägte föderale Verhältnismäßigkeit ist die falsche Therapie	196
c) Fazit	203

5. Fazit	203
IV. Keine Alternative in der Subsidiarität als föderale Verhältnismäßigkeit	204
1. Subsidiarität als föderale Verhältnismäßigkeit	204
2. An der Grenze des Wortlauts	205
a) Das Negativkriterium und die Erforderlichkeit	205
b) Das Positivkriterium und die Angemessenheit	206
3. An der Grenze der Systematik	208
a) „Kleine Lösung“ – Versuch einer Abgrenzung	208
b) „Große Lösung“ – Ein großer Test für Art. 5 EUV	209
4. An der Grenze der Teleologie	210
V. Verhältnismäßigkeitsprüfungen in der föderalen Spannungslage im Rechtsvergleich	211
1. Zielsetzung und Eingrenzung	211
2. Das Beispiel Kanada	212
a) Eignung und Erforderlichkeit im Rahmen der ancillary powers	213
aa) Die Prüfung des SCC	213
bb) Würdigung	214
b) Die POGG-Klausel und der national-concern-Test	215
aa) Grundlagen	215
bb. Würdigung	219
c) Fazit	221
3. Das Beispiel USA	221
a) „Congruent and Proportional“ als richterrechtliche Begrenzung der Bundesgewalt in der Durchführungsklausel des 14. Verfassungszusatzes	224
aa) Anfänglich expansive Tendenzen	225
bb) Entwicklung der „congruent and porportional“ Begrenzung	226
cc) Verknüpfung mit dem 11. Verfassungszusatz	228
b) Würdigung	230
c) Fazit	232
4. Das Beispiel Deutschland	232
a) Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG	233
aa) Grundlagen und die Diskussion um eine föderale Verhältnismäßigkeit	233
bb) Rechtsprechungs- und Verfassungsentwicklung	236
cc) Eigener föderaler Maßstab statt subjektiv föderale Erforderlichkeitsprüfung	237
b) Kommunale Selbstverwaltungsgarantie als grundrechtsäquivalenter Freiraum unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt nach Art. 28 Abs. 2 GG	239

c) Fazit	241
5. Fazit	242
VI. Fazit	243
<i>D. Würdigung des gesamtbilanzierenden Ansatzes im Föderalismus der EU</i>	244
I. Gesamtbilanzierung als Operationalisierung des Art. 5 Abs. 4 EUV	244
II. Defizite der Rechtsprechung	247
1. Unzureichende Erfassung und Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Belange	247
2. Möglichkeiten des Parteivortrags	251
3. Pauschale Kontrolldichteabsenkung	252
III. Fazit	253
<i>E. Zusammenfassung</i>	253
3. Kapitel: Föderale Operationalisierung des gesamtbilanzierenden Prüfzugriffs	257
<i>A. Mitgliedstaatliche Schutzgüter des Art. 5 Abs. 4 EUV</i>	258
I. Vom Subsidiaritätsprotokoll anerkannte mitgliedstaatliche Interessen	258
1. Schützenswerte mitgliedstaatliche Interessen	259
2. Interessenschutz auf allen mitgliedstaatlichen Ebenen	259
II. Mitgliedstaatliche Handlungsfreiheit	260
1. Mitgliedstaatliche Handlungsfreiheit als Gegenstück zur Unionsrechtsbindung der Mitgliedstaaten	261
2. Legislative Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten	263
3. Exekutive Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten	265
a) Die Existenz der sog. Verfahrensautonomie	265
b) Der Rewe-Simmenthal-Widerspruch	269
c) Kombinationslösung: Modulation der Vollzugspflichten durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	273
4. Judikative Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten	276
III. Allgemeiner Belastungsschutz der Mitgliedstaaten	278
IV. Der Schutz von Interessen einzelner Mitgliedstaaten	279
1. Rechtsprechung des EuGH	280
2. Würdigung	281
V. Fazit	283
<i>B. Formale und inhaltliche Elemente der föderalen Dimension des Art. 5 Abs. 4 EUV</i>	283
I. Das föderale Scheinproblem der Mittelhierarchie	284
1. Geeignetheit und Rechtsformenwahl	285
2. Erforderlichkeit und Angemessenheit der Rechtsformenwahl ...	286

a)	Wahl zwischen Richtlinie und Verordnung	286
b)	Der Beschluss	289
aa)	Der adressatengerichtete Beschluss	289
bb)	Der adressatenlose Beschluss	290
c)	Die Wahl zwischen verbindlichen und unverbindlichen Handlungsformen	291
d)	Angemessenheit und Rechtsformenwahl	292
3.	Konsequenzen	292
II.	Verhältnismäßigkeit des Maßnahmeninhalts	292
1.	Betroffenheit mitgliedstaatlicher Interessen durch Unionshandlungen	293
2.	Spielraumverengung durch Unionsgrundrechte	294
3.	Konsequenzen	298
III.	Fazit	298
C.	<i>Kontrolldichte</i>	299
I.	Annäherung an das Problem gerichtlicher Kontrolldichte	300
1.	Das Beispiel Deutschland	300
2.	Das Beispiel Frankreich	302
3.	Das Beispiel USA	304
4.	Konsequenzen	306
II.	Gerichtliche Kontrolldichte der Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht	307
1.	Die Unterkomplexität des ‚komplexen‘ Regelungsbereichs	308
2.	Institutionelles Gleichgewicht und gerichtlicher Kontrollauftrag	310
a)	Das institutionelle Gleichgewicht als unionsrechtlicher Anknüpfungspunkt der Kontrolldichtediskussion	310
b)	Institutionelle Aufgabenprofile und ihre Konfliktlinien	313
c)	Vermeidung einer Maßstabsannäherung	316
3.	Determinanten der Kontrolldichte	320
a)	Ausmaß der Aufgabendopplung	320
b)	Garantien institutioneller Unabhängigkeit und spezifische Aufgabenzuweisungen	321
c)	Völkerrechtliche Einflüsse	325
4.	Die Kontrolldichte in der föderalen Spannungslage	328
5.	Prozesskontrolle	330
a)	Stoßrichtung und Ziele der Debatte zur Prozesskontrolle	331
b)	Enttäuschte Hoffnungen	333
c)	Problematische Prämissen der Prozesskontrolle im Unionsrecht	336
d)	Konsequenzen	337
III.	Fazit	339

<i>D. Zusammenfassung</i>	339
Schluss	341
<i>A. Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	341
<i>B. Ausblick</i>	343
Literaturverzeichnis	345
Rechtsprechungsverzeichnis	379
Register	401

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJDA	L'Actualité Juridique Droit Administratif (Zeitschrift)
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AVR	Archiv des Völkerrechts (Zeitschrift)
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
Begr.	Begründer/Begründerin
Beschl.	Beschluss
Bd.	Band
BGE	Bundesgerichtsentscheide (Schweiz)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CC	Conseil constitutionnel (franz.)
CCSA	Constitutional Court of South Africa
CE	Conseil d'État (franz.)
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
Ders.	Derselbe
d.h.	das heißt
Dies.	Dieselbe/Dieselben
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Zeitschrift)
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
e.a.	et autres
Ebd.	Ebenda
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft

EL	Ergänzungslieferung
Entsch.	Entscheidung
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHSatz	Protokoll Nr. 3 zum Vertrag von Lissabon über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, Abl. Nr. C 80, S. 53
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und zusammenhängende Akte
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
EZB	Europäische Zentralbank
f./ff.	folgend/folgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
Fortgef.	Fortgeführt von
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GLJ	German Law Journal (Zeitschrift)
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
HdB GR	Handbuch der Grundrechte
HdB StR	Handbuch des Staatsrechts
HdB VerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberinnen
Hs.	Halbsatz
HVwR	Handbuch des Verwaltungsrechts
ICON	International Journal of Constitutional Law (Zeitschrift)
i.E.	im Ergebnis
i. Ersch.	im Erscheinen
insb.	Insbesondere
IPE	Ius Publicum Europaeum
i.S.v.	im Sinne von
i.S.e.	im Sinne einer/s
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JCPC	Judicial Committee of the Privy Council
JöR n.F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)

KG	Kommanditgesellschaft
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
KritJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m. ausf. Nw.	mit ausführlichen Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
Nw.	Nachweis/e
NWVB.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
PNR	Passenger Name Records
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PSPP	Public Sector Purchase Program
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
SCC	Supreme Court of Canada
Sec.	Section
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SubProt	Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (ABl. Nr. C 306, S. 150)
u.a.	und andere
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	von/vom/versus
v.a.	vor allem
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkungen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VRÜ	Zeitschrift für Verfassung und Recht in Übersee
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel

ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

A. Problemaufriss

I. Praktische Bedeutung und offene Fragen

Art. 5 Abs. 4 EUV bestimmt:

„Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus.

Die Organe der Union wenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an.“

Der prominenten Platzierung zu Beginn des EUV entspricht eine hohe praktische Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht. Für den Gerichtshof der Europäischen Union gehört die Auseinandersetzung mit diesem Grundsatz zum Alltagsgeschäft.¹ Zahlreiche Studien haben sich mit ihm befasst.²

Aus deutscher Sicht freilich ungewöhnlich ist, dass Art. 5 Abs. 4 EUV durch seine Stellung neben dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) und dem Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 3 EUV), den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an der zentralen Schaltstelle der föderalen Zuständigkeitsordnung der EU platziert. Ganz in diesem föderal geprägten Sinne wird auch in der Praxis regelmäßig auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verwiesen: Seit 2018 veröffentlicht die EU-Kommission z.B. jährlich ei-

¹ Vgl. schon die Befunde bei: *N. Emiliou*, The Principle of Proportionality in European Law, 1996, S. 134; *V. Trstenjak/E. Beysen*, EuR 2012, S. 265. *E. Pache*, NVwZ 1999, S. 1033 spricht davon, dass „[d]ie Rüge der Unverhältnismäßigkeit [...] inzwischen offenbar zu den anwaltlichen Berufspflichten in allen Verfahren vor dem EuGH oder dem EuG“ gehöre.

² Vgl. nur, statt vieler: *N. Emiliou*, The Principle of Proportionality in European Law, 1996; *A. Emmerich-Fritzsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000; *O. Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003; *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 661 ff.; *T. Tridimas*, General Principles of EU Law, 2. Aufl. 2006, S. 136 ff.; *A. Young/G. de Búrca*, in: Vogenauer/Weatherill (Hrsg.), General Principles of Law. European and Comparative Perspectives, 2017, S. 133 ff.; *B. Oreschnik*, Verhältnismäßigkeit und Kontrolldichte, 2019, S. 123 ff., 199 ff., 247 ff.; *C. Riedel*, Die Grundrechtsprüfung durch den EuGH, 2020, S. 141 ff., 234 ff.

nen „Report on the application of the principles of subsidiarity and proportionality and relations with national parliaments“, der die jährlichen „Reports on Subsidiarity and Proportionality“ (2007–2017) abgelöst hat. Auch in der gemeinsamen Erklärung von Parlament, Rat und Kommission zur Konferenz zur Zukunft Europas wurde bekräftigt: „Wir verpflichten uns gemeinsam, den Europäerinnen und Europäern zuzuhören und den Empfehlungen der Konferenz – unter uneingeschränkter Achtung unserer Zuständigkeiten und der in den europäischen Verträgen verankerten Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit – Folge zu leisten.“³ Auch der von den Regierungsparteien der 20. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages verfolgte Plan einer Weiterentwicklung der EU zu einem „föderalen europäischen Bundesstaat“ steht unter der Bedingung, dass dieser Staat „dezentral auch nach den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit organisiert ist.“⁴ Art. 5 Abs. 4 EUV spielte schließlich eine zentrale Rolle im sog. PSPP-Urteil des BVerfG,⁵ in dem es zum ersten Mal zwei Akte der Unionsorgane – namentlich das Urteil des EuGH in derselben Sache⁶ und das PSPP der EZB⁷ – als *ultra vires* qualifizierte. Im Zentrum stand hierbei der Vorwurf einer methodisch nicht nachvollziehbaren⁸ Anwendung des Art. 5 Abs. 4 EUV, dem das BVerfG eine zentrale Rolle bei der Abgrenzung der Zuständigkeiten von EU und Mitgliedstaaten zur Vermeidung einer „Erosion mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten“⁹ zusprach.

Wie aber eine methodisch korrekte Anwendung des Art. 5 Abs. 4 EUV aussieht, darf nicht nur in Anbetracht der Meinungsverschiedenheiten dieser beiden Höchstgerichte über diese Frage als ungeklärt gelten. Eine spezifisch auf Art. 5 Abs. 4 EUV bezogene Monografie fehlt jedenfalls bislang. Neben den kurzen Kommentierungen konstatieren einschlägige Aufsätze offene Fragen¹⁰ und eine

³ Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Europäischen Kommission zur Konferenz über die Zukunft Europas: Austausch mit den Bürgerinnen und Bürgern für mehr Demokratie – Aufbau eines resilienteren Europas v. 18.03.2021, 2021/C 91 I/01.

⁴ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 104, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2/b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>.

⁵ BVerfGE 154, 17.

⁶ EuGH, Urt. v. 11.12.2018, Weiss u.a., C-493/17, EU:C:2018:1000.

⁷ Beschluss (EU) 2015/774 der EZB vom 4. März 2015 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten, ABl. 2015, L 121, S. 20, in der durch den Beschluss (EU) 2017/100 der EZB vom 11.01.2017, ABl. 2017, L 16, S. 51, geänderten Fassung.

⁸ BVerfGE 154, 17, 110 und 116.

⁹ Ebd., 117.

¹⁰ Vgl. insb.: M. Goldhammer, in: Baade/Ehrlich u.a. (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, 2016, S. 125, 143.

„tastende Suchbewegung“¹¹ in der Rechtsprechung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 5 Abs. 4 EUV bleibt, obwohl er immer wieder im föderalen Kontext bemüht wird, der große Unbekannte unter den föderalen Ordnungsprinzipien der EU.

II. Erkenntnisinteressen

Aufbauend auf diesem Befund gilt es, das Ungleichgewicht zwischen einer unzureichenden rechtswissenschaftlichen Durchdringung und einer regelmäßig betonten rechtspraktischen Bedeutung dieser Vorschrift zu beheben. Die unionsrechtliche Verankerung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im föderalen Kontext wirft in dieser Hinsicht allerdings zahlreiche Fragen auf: Schon Wesen und Gestalt des unionsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Allgemeinen sind zu bedenken, um mögliche rechtsordnungsspezifische Eigenheiten nicht aus dem Blick zu verlieren. Es ist ebenfalls in Anbetracht der Unterscheidung von Art. 5 Abs. 1 EUV zwischen Vorgaben zur Zuständigkeitsverteilung und -ausübung nicht offensichtlich, wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als eine Zuständigkeitsausübungsnorm zur Steuerung des Verhältnisses von EU und Mitgliedstaaten eingesetzt werden kann: Geht es um Kompetenzgrenzen der EU oder um Rechtmäßigkeitsanforderungen und gibt es zwischen diesen Kategorien überhaupt einen Unterschied? Weil nicht nur aus deutscher Sicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor allem als Eingriffsschranke für subjektive Rechte bekannt ist, ist überdies die Funktion dieses Grundsatzes im Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten klärungsbedürftig: Sind es Autonomieinteressen eines einzelnen Mitgliedstaats, einer Gruppe von Mitgliedstaaten oder aller Mitgliedstaaten, die in der EU als grundrechtsäquivalente verbandschaftliche Rechte mit den Regelungsinteressen der EU in ein Verhältnis gesetzt werden? Gibt es andere Möglichkeiten, wie Verhältnismäßigkeit als föderale Ordnungsnorm in der EU wirken kann und welche Rolle spielen hierbei die Eigenheiten der Konstruktion der EU als supranationale Organisation? Welche Konsequenzen für die Begrenzung der Herrschaftsgewalt der EU hätte dies jeweils? Und in welchem Verhältnis steht Art. 5 Abs. 4 EUV damit zu Normen wie Art. 5 Abs. 2, Abs. 3, Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 EUV? Auch die Formulierung des Art. 5 Abs. 4 EUV wirft Fragen auf: Welche Bedeutung hat die Unterscheidung von inhaltlicher und formaler Verhältnismäßigkeit, die Art. 5 Abs. 4 EUV vorgibt? Was lässt sich aus dem Subsidiaritätsprotokoll über diese Norm lernen?

Ziel dieser Arbeit ist es damit herauszuarbeiten, wie Art. 5 Abs. 4 EUV unter besonderer Berücksichtigung seiner Verankerung im Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten auszulegen und anzuwenden ist. Es geht um eine grundsätzliche Bestandsaufnahme des Anliegens und der praktischen Operationalisierung des Art. 5 Abs. 4 EUV. Die Arbeit ist damit praxisbezogen und sie ist – ganz dem

¹¹ J. Saurer, JZ 2014, S. 281, 283.

Charakter der Rechtsdogmatik als Schnittmenge von Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft entsprechend¹² – rechtsdogmatisch angelegt.

Weil es sich um eine rechtsdogmatische Arbeit zu einer Norm des Unionsrechts handelt, geht es nicht primär darum, welche Rolle diese Norm aus Sicht des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts zur Einhegung von Integrationsentwicklungen spielen könnte. Die Arbeit beschäftigt sich auch nicht schwerpunktmäßig mit der in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft geführten Diskussion um die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht. Auch rechtstheoretische Zusammenhänge, Überlegungen zum rechtlichen Abwägungsvorgang oder integrationstheoretische Fragen zur föderalen Schwebelage der EU stehen nicht im Zentrum der Arbeit. Diese allgemeineren Fragestellungen werden freilich, schon um der Gefahr einer wissenschaftlich defizitären, kontextlosen Verengung der Rechtsdogmatik durch ihre Anwendungsbezogenheit entgegenzuwirken,¹³ insoweit bearbeitet, wie sie zur genaueren Herausarbeitung der Funktionsweise von Art. 5 Abs. 4 EUV als föderaler Ordnungsnorm beitragen.

III. Der Versuch einer kontextsensiblen Dogmatik unionsrechtlicher Verhältnismäßigkeit

Die hier gewählte Themenstellung birgt in diesem Zuschnitt wegen ihrer Beschäftigung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einerseits und ihrem Standort im Verfassungsrecht der EU andererseits, Herausforderungen, die weitere Präzisierungen nötig machen.

Erstens ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein „Grenzgänger“ und für Art. 5 Abs. 4 EUV gilt das in besonderer Weise: Sein reiches entwicklungsgeschichtliches Erbe, die einflussreiche Ausformung in der deutschen Rechtstradition und sein mittlerweile globaler Wirkungskreis verlangen nach einem kontextsensiblen und umsichtigen Verständnis von dem, was mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezeichnet wird. Dies gilt umso mehr für Art. 5 Abs. 4 EUV, der diesen – im Grundrechtskontext international weit verbreiteten – Grundsatz im Unionsrecht verankert und ihm eine ungewohnte, föderale Dimension verleiht. Aussagen über Art. 5 Abs. 4 EUV sind daher in einem entwicklungsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Kontext zu verorten, um die weit zurückreichende Geschichte von Verhältnismäßigkeit im Recht und den zunehmenden internationalen Dialog über Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Gerade in entwicklungsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Hinsicht ist zu bedenken, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedenfalls in Deutschland nicht vom Verfassungs- oder Gesetzgeber erfunden wurde, sondern primär das Ergebnis

¹² C. Möllers, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVWR I, 3. Aufl. 2022, § 2, Rn. 37.

¹³ Vgl. zu dieser Problematik konzise: H. Sauer, Öffentliches Reaktionsrecht, 2021, S. 25 ff.

einer wissenschaftlichen Systematisierung der Rechtsprechungspraxis vom PrOVG bis hin zum BVerfG war.¹⁴ An diese deutsche Tradition anknüpfende Rechtsordnungen¹⁵ sind ungeachtet mancher positivrechtlicher Verankerung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Erben dieser rechtspraktischen Ausformung, ebenso wie die umfangreichen theoretischen Diskurse, welche sie als ihren Ausgangspunkt nehmen.¹⁶ Als Ausdruck einer kontextuellen, genealogisch und rechtsvergleichend informierten Herangehensweise an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist daher der Analyse der gerichtlichen Spruchpraxis besondere Bedeutung einzuräumen.

Zweitens ist gebührend zu berücksichtigen, dass es sich bei Art. 5 Abs. 4 EUV um eine unionsrechtliche Norm handelt. Wie allgemein im Unionsrecht, aber insbesondere mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit scheint es gerade für eine kontextuell sensibilisierte Rechtsdogmatik angezeigt, eine „nationale Brille“ abzulegen und zu versuchen, eine „unionsrechtliche Brille“ aufzusetzen. Schon weil die Arbeit in deutscher Sprache verfasst ist und sich daher im Wesentlichen an ein deutsches Publikum richtet, bleibt sie aber notwendigerweise eine „deutsche“ Untersuchung.¹⁷ Eine Auswertung des Schrifttums aus allen Mitgliedstaaten der EU, geschweige denn des internationalen Schrifttums, kann im Umfang dieser Arbeit außerdem bereits aus praktischen Gründen nicht systematisch gelingen. Dennoch unternimmt die Arbeit den Versuch, ein rechtswissenschaftliches Deutungsangebot zu machen, das unionsrechtliche Probleme nicht mit hergebrachten, in einem bestimmten staatlichen System entwickelten Lösungen und Konzepten löst. Stattdessen soll die Untersuchung Funktionslogiken der supranationalen Integration und die Funktionsbedingungen ihrer Akteure berücksichtigen.

Das bedeutet keine unbedingte Affirmation der Rechtsprechung des EuGH oder eine Erschöpfung jedes Arguments in einer behaupteten pfadabhängigen Zwangsläufigkeit der Integration. Viel eher geht es um eine Anwendung der bereits von *Badura* auf der Staatsrechtslehrertagung 1964 mit Blick auf Demo-

¹⁴ *O. Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, S. 1, 16 geht davon aus, dass das Lehrbuch *B. Pieroth/B. Schlink*, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 1. Aufl. 1985, S. 72 ff. in dieser Hinsicht besonders einflussreich war. Freilich war der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu dieser Zeit in der Lehrbuchliteratur zumindest bereits bekannt (vgl.: *W. Fürst/H. Günther*, *Grundgesetz*, 3. Aufl. 1982, S. 53 f.; *K. Doehring*, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl. 1984, S. 370) und teilweise bereits genau ausgeformt, wie bei: *T. Maunz/R. Zippelius*, *Deutsches Staatsrecht*, 25. Aufl. 1983, S. 94, 161; *H.-U. Gallwas*, *Grundrechte*, 1985, S. 33 ff.; *F. E. Schnapp*, *JuS* 1983, S. 850, 851.

¹⁵ Vgl. hierzu die kanonische Darstellung der Verbreitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von Deutschland aus bei: *A. Barak*, *Proportionality*, 2012, S. 182.

¹⁶ Illustrativ ist hier insbesondere *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 71 ff., wobei es sich um eine weitere Theoretisierung der Spruchpraxis des BVerfG handelt, vgl.: *A. Stone Sweet/J. Mathews*, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), S. 72, 93 ff.

¹⁷ Ähnlich auch: *N. Otto*, *Die Vielfalt unionaler Rechtssetzungsverfahren*, 2022, S. 9, Fn. 35 und 36, der diese Problematik anschaulich in Worte fasst.

kratie und Rechtsstaat formulierten Einsicht, dass einer mechanischen Übertragung der konkreten mitgliedstaatlichen Ausprägung von Rechtsbegriffen auf die EU, wie hier dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wegen der andersartigen Bedingungen des Unionsrechtssystems mit Skepsis zu begegnen ist und vielmehr diese Rechtsbegriffe angepasst an die Funktionsbedingungen und -logiken des Unionsrechts neu gedacht werden müssen.¹⁸ Diese Neudurchdringung hat zwei Seiten, liegt hierin doch nicht nur eine Ablehnung der unbedachten Übertragung staatlicher Kategorien, sondern auch eine Absage an Versuche, aus einer übersteigerten *sui-generis*-Vorstellung vom europäischen Einigungsprojekt¹⁹ jede Orientierung an in staatlichen Kontexten geprägten rechtswissenschaftlichen Begriffen vermeiden zu wollen.²⁰

Aus dieser Zweiseitigkeit ergeben sich zwei Vorteile. Erstens ermöglicht diese Herangehensweise, dem eigenständigen Charakter und der Bedeutung unionsrechtlicher Fragestellungen gerecht zu werden, was in der Rechtsrealität des Unionsrechts anschlussfähige dogmatische Aussagen ermöglicht. Das sollte in einem zumindest auch anwendungsbezogenen Fach wie der dogmatischen Rechtswissenschaft kein kontroverser Anspruch sein,²¹ zumal im Rahmen einer Arbeit, die Fragen der Auslegung und Anwendung einer bestimmten Norm zum Gegenstand hat. Wenn hierbei normative und institutionelle Funktionsbedingungen der supranationalen Integration und der Institutionen der EU akzeptiert und auch in der Argumentation genutzt werden, dann nicht, um den europäischen Institutionen Schützenhilfe bei ihrer Arbeit zu leisten.²² Vielmehr geht es um die Ermöglichung konkreter Sollensaussagen, die in einer Union mit 27 Mitgliedstaaten anschlussfähig sind.²³ Wenn dem eine Wertung zugrunde liegt, dann die Überzeugung, dass dogmatische Aussagen über Rechtsnormen unter Ablehnung prägender Grundprämissen des Rechtssystems aus dem sie stammen, letzt-

¹⁸ P. Badura, VVDStRL 23 (1966), S. 34, 38 f.

¹⁹ Krit. auch: R. Schütze, European Constitutional Law, 3. Aufl. 2021, S. 60 ff.

²⁰ Vgl. die Gegenüberstellung bei S. Unger, EuR 2018 – Beiheft 2, S. 191, 192 ff.

²¹ Plastisch spricht A. Jakab, in: Ders. (Hrsg.), Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts, 2021, S. 179, 243 von der dogmatischen Rechtswissenschaft als „Diener der Rechtsanwendung“.

²² In diesem Sinne aber der Vorwurf gegen die, allerdings nicht näher konkretisierte, „akademische Disziplin des Europarechts“ bei: P. M. Huber, SächsVBl 2022, S. 273, 277.

²³ Ähnlich die Vorgehensweise bei: C. Krönke, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013, S. 24 f. unter Anlehnung an: S. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 173 f. Schon in der Aussprache im Anschluss an den bereits angesprochenen Vortrag von Badura hat Ipsen, um die Absage an die Idee einer strukturellen Kongruenz von nationalen und europäischen Rechtsbegriffen zu bekräftigen, ausgeführt, dass „eine Schablonisierung im Stile des Grundgesetzes“ schon deshalb nicht in Frage käme, weil diese im Jahr 1964 „zwangsläufig wohl nur eine sechsfache sein“ könne, s. den Redebeitrag von H. P. Ipsen, VVDStRL 23 (1966), S. 105, 130. Heute bedürfte es einer 27-fachen Schablonisierung, die nicht mal im Ansatz rechtspraktisch zu bewerkstelligen wäre.

lich hypothetisch bleiben und den für die Rechtsdogmatik u.a. prägenden Praxis- und Entscheidungs- sowie Rationalitätsbezug²⁴ in gewissem Maße einbüßen.²⁵

Zweitens ermöglicht eine besondere Berücksichtigung unionsrechtlicher Eigenheiten, gerade mitgliedstaatliche Vorstellungen und Prägungen als wertvollste Ressource für das Unionsrecht in Stellung zu bringen. Insbesondere Vorstellungen, die nicht zum konsensfähigen Kernbestand an Verfassungstraditionen von allen 27 Mitgliedstaaten zählen, droht schnell die unionsrechtliche Marginalisierung. Es bedarf unionsrechtlich anschlussfähiger Äquivalente für diese mitgliedstaatlichen Vorstellungswelten, damit ihre oftmals berechtigten und bewahrenswerten Kernanliegen im Unionsrecht zur Entfaltung kommen und sie Fehlentwicklungen im Unionsrecht wirksam entgegenwirken können. Dafür bedarf es aber einer konstruktiven Arbeit mit dem Unionsrecht statt seiner auf die Sicherung mitgliedstaatlicher Eigenheiten bedachten Abwehr.

Komplettiert wird dieser Zugriff durch regelmäßige rechtsvergleichende Vertiefungen, die der Verklarung der Funktionsmöglichkeiten des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und den Modalitäten seiner Anwendung dienen. Während es sich damit also um funktionale Rechtsvergleichung handelt²⁶ soll die Kritik an der funktionalen Methode²⁷ als Ansporn für eine kontextsensible Rechtsvergleichung verstanden werden.²⁸ Eine solche kontextsensible Vorgehensweise ist ge-

²⁴ Vgl.: *W. Kahl*, AöR 144 (2019), S. 159, 165 f.

²⁵ Hier von „integrationsfreundlichen“ oder „integrationsfeindlichen“ Herangehensweisen zu sprechen, führt hingegen nicht weiter. Insb. eine „integrationsfreundliche“ Herangehensweise gilt in Deutschland allzu oft als Beleg der unwissenschaftlichen Voreingenommenheit zugunsten der Europäischen Integration, s. hierzu: *C. D. Classen*, JöR n.F. 68 (2020), S. 489, 491 ff., was einerseits überspielt, dass eine „integrationsfeindliche“ Einstellung nicht minder politisch vorgeprägt wäre und andererseits eine unwissenschaftliche Diskurshemmung herbeiführt, s. hierzu allg.: *P. M. Brünger*, in: *Dux/Groß/Kraft/Militz/Ness* (Hrsg.), *Frau.Macht.Recht*, 2023, S. 183, 188 ff. Vor allem aber geht diese Arbeit davon aus, dass die Durchdringung und Beschreibung der Integration bzw. die Ermittlung dogmatischer Aussagen über das Unionsrecht unter Akzeptanz bestimmter Funktionsbedingungen dieses Rechts an sich unabhängig davon sind, wie dieser Zustand nach Maßgabe der jeweiligen Einstellung zur Integration bewertet wird; vgl. hierzu auch: *N. Otto*, *Die Vielfalt unionaler Rechtssetzungsverfahren*, 2022, S. 8 f., Fn. 35.

²⁶ S. zur funktionalen Methode der Rechtsvergleichung grundlegend: *K. Zweigert/H. Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, S. 31 ff.; aufbauend auf der Erstauflage von 1971, S. 21 ff. Diese Methode kann in Deutschland auf eine lange Tradition zurückblicken, s. nur m. ausf. Nw: *M. Rheinstein*, *University of Chicago Law Review* 2 (1934/35), S. 232, 250 ff. Für eine ausf. Beschreibung der funktionalen Methode, s. nur: *G. Samuel*, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, 2014, S. 65 ff.; für eine Aufstellung der Unterformen des Funktionalismus, s.: *R. Michaels*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Aufl. 2019, S. 346, 348 ff.

²⁷ S. für eine umfassende Darstellung dieser Kritik: *U. Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, S. 95 ff.

²⁸ Ähnlich: *V. C. Jackson*, in: *Rosenfeld/Sajó* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, S. 54, 66 ff.; eine kontextuelle Rechtsvergleichung unter Beibehaltung der wesentlichen Prämissen des Funktionalismus entwickelt: *U. Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, S. 164 ff.

rade im Bereich des vergleichenden öffentlichen Rechts und noch stärker im vergleichenden Verfassungsrecht nötig, um einen gewinnbringenden Vergleich durchzuführen.²⁹ Es sollen weder die Eigenheiten der herangezogenen Systeme eingeebnet noch eine allzu simple Übertragung der rechtsvergleichenden Erkenntnisse aus verschiedenen mitgliedstaatlichen und drittstaatlichen Systemen auf EU vorgenommen werden.³⁰ Trotz dieser Einschränkungen, zu denen sich noch die allgemeinen praktischen Grenzen der Rechtsvergleichung gesellen,³¹ verspricht ein rechtsvergleichend informiertes Verständnis vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, seiner Potenziale im föderalen Kontext und seiner gerichtlichen Anwendung – ohne jeden Anspruch auf Vereinheitlichung³² oder Vollständigkeit – rein unionsrechtliche Diskussionen aufzubrechen, um Strukturparallelen und Unterschiede in größerer Klarheit herauszuarbeiten und damit einen klareren Blick auf die mit dieser Themenstellung aufgeworfenen Fragen zu ermöglichen.³³

B. Gang der Darstellung

Zur Umsetzung dieses Programms beschäftigt sich die Arbeit in ihrem ersten Kapitel mit dem unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an sich. Entstehung, Entwicklung und Anwendungspraxis dieses Grundsatzes im Allgemeinen werden analysiert, um ein vertieftes, genuin unionsrechtliches Verständnis für diesen Grundsatz zu entwickeln, bevor die Anwendung dieses Grundsatzes in der föderalen Spannungslage in den Blick genommen werden kann. Die Nachzeichnung der Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zeigt, dass der EuGH unter dem einheitlichen Dach des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als allgemeinem Rechtsgrundsatz des Unionsrechts zwei bis in seine früheste Rechtsprechung zurückreichende Rechtsprechungslinien vereinigt hat, die bis heute die Rechtsprechung prägen. Einerseits kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, ähnlich seiner Erscheinungsform im deutschen öffentlichen Recht, als Eingriffsschranke für subjektive Rechtspositionen zum Einsatz. Andererseits wird er zur Kontrolle der allgemeinen Ausgewogenheit einer Maß-

²⁹ S. nur: *C.-D. von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 294 ff. m.w.N.

³⁰ Dass ein solcher Vergleich dennoch möglich und nötig ist, hat *H. Hestermeyer*, Eigenständigkeit und Homogenität in föderalen Systemen, 2019, S. 18 ff. überzeugend dargelegt.

³¹ Besonders anschaulich beschrieben bei: *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 32 ff.

³² Für eine Diskussion der gegen die funktionale Methode erhobenen Einwände einer Fokussierung auf Einheitlichkeit, s.: *Ebd.*, S. 181 f.

³³ Vgl. klassisch zur Nützlichkeit der Rechtsvergleichung: *H. Kötz*, ZEuP 6 (1998), S. 493, 504 f.; s. auch: *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 56; *C.-D. von Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 32 ff.

nahme angewandt, wobei es nicht um die Zumutbarkeit einer Maßnahme für individuelle Interessen, sondern um die Sachgerechtigkeit der Maßnahme geht, was insbesondere die Durchführung von Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung maßgeblich prägt. Im Rahmen einer entwicklungsgeschichtlichen- und rechtsvergleichenden Analyse zeigt sich, dass sich beide Prüfzugriffe auf Teile des ideengeschichtlichen Erbes des Gedankens der Verhältnismäßigkeit im Recht berufen können und sich in unterschiedlicher Ausprägung auch in anderen Rechtsordnungen finden. Diese besondere Art der Ausgestaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht stellt sich insbesondere in Anbetracht des unionalen Rechtsschutzsystems und der Nutzung mitgliedstaatlicher Erfahrungsschätze als Ressource für die Rechtsentwicklung im Unionsrecht als unionsrechtsspezifische Operationalisierung des Gedankens von Verhältnismäßigkeit im Recht dar.

Aufbauend auf dieser grundlegenden Einsicht wird im zweiten Kapitel untersucht, welches Anliegen mit der Verortung dieses Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Föderalismus der EU durch Art. 5 Abs. 4 EUV verfolgt wird und wie eine föderale Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht funktioniert. Eine Darstellung der Entstehung und Ausgestaltung des heutigen Art. 5 Abs. 4 EUV zeigt, wie diffus die Vorstellungen hiervon bis heute sind und wie wenig konkrete Ansätze hierfür sich der Norm entnehmen lassen. Für eine Bestimmung der föderalen Funktion des Art. 5 Abs. 4 EUV kommt es vielmehr darauf an, ob man ihn, wie die Mehrheit der deutschsprachigen Literatur zu diesem Thema, als exklusive Eingriffsschranke der EU für mitgliedstaatliche Autonomieinteressen ansieht, oder ob er, wie die Rechtsprechung des EuGH und vereinzelte Literaturstimmen es vertreten, die Ausgewogenheitskontrolle des EuGH positiviert, die neben anderen Interessen auch die Interessen der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen hat. In ersterer Variante zielt Art. 5 Abs. 4 EUV auf die Bewältigung des Phänomens eines sog. „Kompetenzdrifts“ ab und soll die schleichende Kompetenzerweiterung der EU durch Kompetenzausübung bremsen. In der zweiten Variante führt Art. 5 Abs. 4 EUV zu einer allgemeinen Mäßigung der Unionsgewalt, die auch den mitgliedstaatlichen Interessen Rechnung trägt. Den Schwerpunkt des zweiten Kapitels macht sodann die Diskussion aus, welcher Prüfzugriff am ehesten in Art. 5 Abs. 4 EUV angelegt ist. Die Schwächen des subjektivrechtlich geprägten Ansatzes bei der Bewältigung des Kompetenzdrifts, Wortlaut, Entstehungsgeschichte und systematische Argumente, eine ausführliche Analyse der Eigenheiten der föderalen Spannungslage in der EU sowie eine rechtsvergleichende Analyse von Abwägungsentscheidungen in der Rechtsprechung von Höchstgerichten in föderalen Rechtsordnungen zur Moderation der föderalen Balance zeigen, dass Art. 5 Abs. 4 EUV als Positivierung der Ausgewogenheitsprüfung unter Einbeziehung mitgliedstaatlicher Interessen zu verstehen ist. Gleichwohl ist die dementsprechende Rechtsprechung des EuGH an vielen Stellen unzureichend.

Um den mitgliedstaatlichen Interessen im Rahmen dieses Prüfzugriffs auf Art. 5 Abs. 4 EUV zu größerer Sichtbarkeit und klarerer Kontur zu verhelfen, beschäftigt sich schließlich das dritte Kapitel mit den Fragen der Anwendung

dieses gesamtbilanzierenden Prüfzugriffs soweit mitgliedstaatliche Interessen erfasst sind. Hier stehen die Konturierung der relevanten mitgliedstaatlichen Interessenlagen, die Unterscheidung von inhaltlicher und formaler Verhältnismäßigkeit aus Sicht der Mitgliedstaaten und die Festlegung der adäquaten gerichtlichen Kontrolldichte im Vordergrund.

Register

- Allgemeiner Rechtsgrundsatz 12, 18, 23 ff., 147 ff.
- Ausgewogenheitskontrolle 13 ff., 41 ff., 94 ff.
- Autonomie
 - des Unionsrechts 17, 29, 175
 - der Mitgliedstaaten 140 ff., 182, 205 ff., 260 ff.
- Belastungsschutz 278 ff., 293 ff.
- Begrenzte Einzelermächtigung 116 ff., 156 ff.
- Eingriffsschranke 12 f., 57 ff., 170 ff., 185 f.
- Einheit des Unionsrechts 18, 272
- Föderalismus
 - EU 107 f., 186 ff.
 - *Generative space* 201
 - Kompetenzdrift 152 ff., 186 ff.
 - Deutschland
 - Art. 28 Abs. 2 GG 239 ff.
 - Art. 72 Abs. 2 GG 233 ff.
 - USA
 - 11. Verfassungszusatz 228 ff.
 - 14. Verfassungszusatz 224 ff.
 - *Congruent and Proportional* 225 ff.
 - Kanada
 - *Ancillary Powers* 213 ff.
 - *Peace, Order, and Good Government* 215 ff.
- Gesamtbilanzierung 42 ff., 61 ff., 147 ff., 161 ff., 185 f., 244 ff.
- Grundfreiheiten 26, 59 f., 66 f., 101, 319
- Grundrechte
 - Chartagrundrechte 63 ff.
 - Unionsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze 17 ff.
- Handlungsformen 284 ff.
- Identität der Mitgliedstaaten 119 ff., 159 ff.
- Inkommensurabilität, 163 ff.
- Institutionelles Gleichgewicht 310 ff., 321 ff.
- Kompetenz
 - Begrenzung 188 ff.
 - Funktionale 192 ff.
 - Kompetenzabgrenzung 116 f., 171 ff.
 - Kompetenzausübung 117 f., 168 ff., 171 ff.
- Kontrolldichte
 - bei Eingriffen in subjektive Rechte 65 ff.
 - im Rahmen der Gesamtbilanzierung 52 ff.
 - institutionelle Unabhängigkeit 321 ff.
 - Maßstabsannäherung 315 ff., 319 f.
 - Offenkundigkeitskontrolle 54
 - Prozesskontrolle 55 ff., 330 ff.
 - Vermeidung überschießender Wirkungen 54 f.
- Loyalität 124 ff., 265, 273
- Oakes*-Test 84 ff.
- Objektiver Rechtsschutz 100 ff.
- Preußisches Naturrecht 75 ff.
- Proportionability* 95 ff.
- PSPP 171 ff., 179 ff.

Sec. 36 der südafrikanischen Verfassung
89 ff.

Subsidiarität

- Negativkriterium 117 f., 205 f.
- Positivkriterium 118, 206 ff.
- Subsidiaritätsprotokoll 127, 130,
138 ff., 182 ff., 207 f., 245, 258 ff.

Théorie du bilan 97 ff., 303

Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten
265 ff.

Verhältnismäßigkeit

- Angemessenheit 32 ff., 48 ff., 76,
90 f., 207 f., 290 f.
 - Erforderlichkeit 13, 16 f., 33 ff.,
44 ff., 213 ff., 224 ff.
 - Geeignetheit 14, 80 ff.
 - Maßnahmenziel 134 ff.
- Vertrag von Maastricht 110 ff.
Vertrag von Lissabon 150 f., 182
Vertragsziele 134 ff.
Vorrang 17 f., 261, 269 ff.