

ISABELLE NEISE

Implikationen der konkreten Verhältnis- mäßigkeitprüfung

Verfassungsentwicklung in Europa

Mohr Siebeck

Verfassungsentwicklung in Europa

herausgegeben von

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

26



Isabelle Neise

Implikationen der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung

Eine Untersuchung der Rechtsprechung der Cour de
cassation und des Conseil d'Etat mit vergleichenden
Bezügen zu der Verhältnismäßigkeitsprüfung
gebundener Verwaltungsentscheidungen

Mohr Siebeck

Isabelle Neise, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Münster; 2019 Erstes Staatsexamen; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Arbeits-, Sozial und Wirtschaftsrecht, Abt. I der Universität Münster; 2023 Promotion; Rechtsreferendariat am Landgericht Münster.
orcid.org/0009-0008-1452-7221

D 6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2024.

ISBN 978-3-16-163856-5 / eISBN 978-3-16-163857-2

DOI 10.1628/978-3-16-163857-2

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.

© 2025 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 SatzWeise in Bad Wünnenberg aus der Times gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Universität Münster im Wintersemester 2023/24 als Dissertation angenommen. Aktuelle Entwicklungen, Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2023 berücksichtigt und im Anschluss noch vereinzelt nachgetragen.

Für die hervorragende Betreuung möchte ich meinem Doktorvater, Prof. Dr. Gernot Sydow, M.A. herzlich danken. Seine Vorlesungen und Seminare haben mein Interesse an der Rechtsvergleichung geweckt. Nicht nur die persönlichen Gespräche mit ihm, sondern insbesondere auch die von ihm regelmäßig initiierten Doktorandenseminare trugen ganz wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit bei.

Das Zweitgutachten hat Prof. Dr. Bettina Heiderhoff gefertigt, der ich meinen Dank für die zügige Begutachtung und das Eindenken in die Materie aussprechen möchte.

Besonderer Dank gilt daneben meinen Kolleginnen und Kollegen der Universität Münster, unter denen ich Dr. Daniel Arjomand-Zoike, Tina Heidemeyer, Dr. Nicole Hövelmeyer, Dr. Thea Schlütermann und Dr. Johanna Werpers besonders hervorheben will. Danke für euer offenes Ohr und die stete Unterstützung.

Schließlich möchte ich von Herzen meiner Familie danken, für ihren bedingungslosen Rückhalt und ihre Geduld im Hinblick auf meine Vorhaben.

Münster, im November 2024

Isabelle Neise

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
A. Einführung	1
I. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung – Mosaikstein in den Reformbestrebungen der französischen Justiz	1
II. Zielsetzungen der Arbeit	5
III. Begriffliche Grundlagen	7
IV. Gang der Untersuchung	20
B. Bestandsaufnahme der Rechtsprechung der Cour de cassation und des Conseil d'Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit	23
I. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation	23
II. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Conseil d'Etat	62
III. Résumé – gegenläufige Entwicklungen in der Rechtsprechung der Cour de cassation und des Conseil d'Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit	77
C. Fundamentale Kritikpunkte an der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung	81
I. Rechtsstaatliche Konfliktpunkte	82
II. Unvereinbarkeit der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung mit dem erklärten Auftrag der Cour de cassation	106
III. Résumé – Unterschiedlichkeit der Reaktionen auf die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung der Cour de cassation und des Conseil d'Etat	110

D.	Justizkulturelle Zusammenhänge	113
I.	<i>Historische Hintergründe</i>	114
II.	<i>Selbstbehauptung der Cour de cassation im innerstaatlichen Gerichtsgefüge</i>	128
III.	<i>Anpassung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte</i>	151
IV.	<i>Résumé – Festigung der verfassungsinstitutionellen Rolle der Cour de cassation in der V. Republik</i>	159
E.	Ausblick: Vergleichende Perspektiven	163
I.	<i>Auswirkungen der konkreten Verhältnismäßigkeitskontrolle auf die Verfassungsmäßigkeitskontrolle des Conseil constitutionnel – zu erwartende Konkretisierung der Prüfungsweise?</i>	163
II.	<i>Vergleich zu der deutschen Diskussion über die Verhältnismäßigkeitskontrolle gebundener Verwaltungsentscheidungen</i>	169
F.	Zusammenfassung in Leitsätzen	201
	Quellen	205
	Anhang	233
	Sachregister	215

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
A. Einführung	1
I. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung – Mosaikstein in den Reformbestrebungen der französischen Justiz	1
II. Zielsetzungen der Arbeit	5
III. Begriffliche Grundlagen	7
1. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung französischer Gerichte „an sich“	7
2. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung als Untersuchungsobjekt dieser Arbeit	11
a) Definitionsannäherung	11
b) Abgrenzung zu der abstrakten Verhältnismäßigkeitsprüfung .	14
c) Abgrenzung zu der „réserve d’interprétation“	16
d) Abgrenzung zu der „technique des distinctions“	18
e) Abgrenzung zu der Ermessenskontrolle	18
IV. Gang der Untersuchung	20
B. Bestandsaufnahme der Rechtsprechung der Cour de cassation und des Conseil d’Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit	23
I. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation	23
1. Das Urteil vom 4. Dezember 2013 – die Geburtsstunde der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung?	23
a) Das Recht auf Eheschließung im Widerstreit mit dem Verbot der Heirat zwischen Verschwägerten	23
b) Nova der Entscheidung	26

c)	Einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu dem Recht auf Eheschließung	27
aa)	Rechtsprechung zu Art. 12 EMRK – die Entscheidung „B. und L. gegen das Vereinigte Königreich“	27
bb)	Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK – die Entscheidung „Pascaud gegen Frankreich“	28
d)	Rezeption der europäischen Rechtsprechung in der Entscheidung vom 4. Dezember 2013	31
e)	Rechtspolitische Hintergründe der Entscheidung vom 4. Dezember 2013	32
2.	Verbreitung der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung vor den und durch die Kammern der Cour de cassation	33
a)	Restriktive Rechtsprechung der zweiten Zivilkammer zu Normen des Zivilverfahrensrechts	36
b)	Progressive Rechtsprechung der Strafkammer zu der konkreten Verhältnismäßigkeit verhängter Sanktionen	38
c)	Entwicklungsoffene Rechtsprechung der Sozialkammer zu dem Anwendungsbereich der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung	40
3.	Struktur der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation	43
a)	„Contrôle étendu“ beziehungsweise „contrôle lourd“	46
b)	„Contrôle restreint“ beziehungsweise „contrôle léger“	48
c)	Umsetzung der Vorgaben durch die Kammern der Cour de cassation	49
4.	Prozessuale Blickwinkel auf die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung	51
a)	Gerichtliche Klärung der Zuständigkeit für die Prüfung der Völkerrechtmäßigkeit staatlicher Gesetze	51
aa)	Entscheidung „Interruption volontaire de la grossesse“ – Erklärung der Unzuständigkeit durch den Conseil constitutionnel	53
bb)	Entscheidung „Jacques Vabre“ – Wahrnehmung der Prüfungskompetenz durch die Cour de cassation	54
cc)	Entscheidung „Nicolo“ – Einlenken des Conseil d’Etat	55
dd)	Mittelbare Verfassungsmäßigkeitskontrolle durch die Übernahme der Völkerrechtmäßigkeitsprüfung	57
b)	Zuständigkeit für die Prüfung der konkreten Verhältnismäßigkeit	58
c)	Pflicht zur Prüfung von Amts wegen	59
5.	Résumé	61

II.	<i>Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Conseil d'Etat</i>	62
1.	Das Urteil vom 31. Mai 2016 – Einstimmung des Conseil d'Etat?	62
a)	Das Recht leiblicher Elternschaft im Widerstreit mit dem Verbot posthumer Befruchtung	62
b)	Nova der Entscheidung	64
c)	Rechtspolitische Hintergründe	68
2.	Entwicklungen in der Rechtsprechung des Conseil d'Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit	69
a)	Einschränkung durch die Entscheidung „Société Edenred“ vom 4. Dezember 2017?	69
b)	Einschränkung durch die Entscheidung „Molénat“ vom 28. Dezember 2017	71
c)	Restanwendungsbereich der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rechtsprechung des Conseil d'Etat	72
3.	Struktur der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Conseil d'Etat und prozessuale Blickwinkel	75
III.	<i>Résumé – gegenläufige Entwicklungen in der Rechtsprechung der Cour de cassation und des Conseil d'Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit</i>	77
C.	Fundamentale Kritikpunkte an der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung	81
I.	<i>Rechtsstaatliche Konfliktpunkte</i>	82
1.	Vereinbarkeit der konkreten Kontrolle mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung	84
a)	Spannungsfeld: Einführung eines zusätzlichen Kontrollmechanismus	85
b)	Spannungsfeld: Überwindung der gesetzgeberischen Wertentscheidung	86
c)	Spannungsfeld: Aufruf zu der Nichtanwendung des Gesetzes	88
d)	Résumé – Fortsetzung des Distanzierungsprozesses von der „tradition légicentriste“	89
2.	Vereinbarkeit der konkreten Kontrolle mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit	91
3.	Vereinbarkeit der konkreten Kontrolle mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bürger	93
4.	Lösungsvorschläge und Forderungen der Doktrin	94
a)	Alternative Zielerreichung mittels der Erklärung einer „réserve conventionnelle“	94

b)	Konturierung und Limitierung des Anwendungsfeldes	96
c)	Etablierung einer Verhältnismäßigkeitsdoktrin mit ausführlicheren Entscheidungsbegründungen	97
aa)	Begriffliche Anmerkung zu der Etablierung einer Verhältnismäßigkeits-, „doktrin“	98
bb)	Entwicklung einer „Verhältnismäßigkeitsdoktrin“ in Orientierung an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	99
cc)	Unumgängliche Konsequenz: ausführlichere Entscheidungsbegründungen	102
5.	Résumé	105
II.	<i>Unvereinbarkeit der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung mit dem erklärten Auftrag der Cour de cassation</i>	106
III.	<i>Résumé – Unterschiedlichkeit der Reaktionen auf die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung der Cour de cassation und des Conseil d’Etat</i>	110
D.	Justizkulturelle Zusammenhänge	113
I.	<i>Historische Hintergründe</i>	114
1.	Die Angst vor der Rückkehr des „bon jure Magnaud“	114
2.	Aus der Geschichte der Cour de cassation – langanhaltender Kampf um die Anerkennung als veritables Gericht	117
a)	Anfängliche Zuordnung des Kassationsorgans zu der Exekutiv- und Legislativgewalt	117
b)	Fortwirkendes Misstrauen gegenüber dem Kassationsorgan	119
c)	Befreiungsschläge des Kassationsorgans von seiner Schirmherrschaft	121
3.	Zu der Geschichte des Conseil d’Etat	121
4.	Résumé	125
II.	<i>Selbstbehauptung der Cour de cassation im innerstaatlichen Gerichtsgefüge</i>	128
1.	Bedrohungsanalyse	129
a)	Bedeutungszuwachs des Conseil constitutionnel seit 1958	129
b)	Zusammenwirken von Conseil constitutionnel und Conseil d’Etat	131
c)	Restriktive Auslegung der „liberté individuelle“ im Sinne des Art. 66 Abs. 2 Const. 1958	133
d)	Einengende Rechtsprechung des Tribunal des conflits zu der „voie de fait“	135

2. Prägende Entscheidungen der Cour de cassation	137
a) Entscheidungen zu der „garde à vue“ – Neutralisierung einer Verfassungswidrigkeitserklärung des Conseil constitutionnel	138
b) Entscheidungen zu der Weiterleitung von „questions prioritaires de constitutionnalité“ – Ausdruck der Unbeugsamkeit der Cour de cassation gegenüber dem neu eingeführten Kontrollmechanismus	141
aa) Infragestellung der Vorrangigkeit der „question prioritaire de constitutionnalité“ durch die Cour de cassation	142
bb) Ausspielen der Filterfunktion durch die Cour de cassation	146
cc) Deutungsansätze für die anfängliche Zurückhaltung der Cour de cassation	147
c) Einordnung der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung in diesen Emanzipationsprozess	149
<i>III. Anpassung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte</i>	<i>151</i>
1. Forderung konkreter Prüfungen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?	151
2. Würdigung der Bemühungen der französischen Gerichte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	155
<i>IV. Résumé – Festigung der verfassungsinstitutionellen Rolle der Cour de cassation in der V. Republik</i>	<i>159</i>
E. Ausblick: Vergleichende Perspektiven	163
<i>I. Auswirkungen der konkreten Verhältnismäßigkeitskontrolle auf die Verfassungsmäßigkeitskontrolle des Conseil constitutionnel – zu erwartende Konkretisierung der Prüfungsweise?</i>	<i>163</i>
1. Konkretisierung der eigenen Prüfungsweise durch die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel	164
2. Beweggründe des Conseil constitutionnel und verbleibende Konkretisierungsmöglichkeiten	168
<i>II. Vergleich zu der deutschen Diskussion über die Verhältnismäßigkeitskontrolle gebundener Verwaltungsentscheidungen</i>	<i>169</i>
1. Fallkategorisierung deutscher Gerichtsentscheidungen mit konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfungen	170
a) „Auslöser“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts . .	171
b) Folgende Entwicklung: Herausbildung von Fallkategorien . .	172
c) Fazit und vergleichende Betrachtung	174

2. Begriffliche Annäherung und methodische Einordnung der Verhältnismäßigkeitsprüfung gebundener Verwaltungsentscheidungen	176
a) Fall verfassungskonformer Auslegung?	177
b) Fall zulässiger verfassungskonformer Rechtsfortbildung?	179
aa) Analogieschluss?	179
bb) Teleologische Reduktion?	180
c) Fallgruppe „zwingende Ausweisungen“ – methodischer Sonderfall auf dem Spannungsfeld zwischen Gesetzesbindung und Pflicht zur konventionskonformen Auslegung	181
d) Fazit: Problematische Fälle der Verhältnismäßigkeitsprüfung gebundener Verwaltungsentscheidungen in vergleichender Betrachtung	185
3. Reaktionen im verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskurs	187
a) Rechtsstaatliche Kritikpunkte	188
b) Verfassungsprozessualer Konfliktpunkt	191
c) Lösungsvorschläge im rechtswissenschaftlichen Diskurs	193
d) Fazit und vergleichende Perspektiven	195
4. Beweggründe für den Rechtsprechungswandel des Bundesverfassungsgerichts	197
5. Vergleichendes Fazit	199
 F. Zusammenfassung in Leitsätzen	 201
 Quellen	 205
 Anhang	 233
 Sachregister	 215

Abkürzungsverzeichnis

(zum Teil werden die Abkürzungen der besseren Lesbarkeit halber nur in den Fußnoten genutzt)

a. A.	andere Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz/Absätze
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
ähnl.	ähnlich(e/es)
AJDA	L'actualité juridique droit administratif (Zeitschrift)
AJ Fam.	L'actualité juridique famille (Zeitschrift)
allg.	allgemein(e)
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AuslG	Ausländergesetz
BbgJAG	Gesetz über die Juristenausbildung im Land Brandenburg
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bspw.	beispielsweise
Bsp.	Beispiel(e)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CA	Cour d'appel
CCass	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CCons	Conseil Constitutionnel

CE	Conseil d'Etat
CEDH/Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJA	Code de justice administrative
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne/ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
COJ	Code de l'organisation judiciaire
cons.	considérant
Const. 1958	Constitution du 4. octobre 1958/ Verfassung der Französischen Republik vom 4. Oktober 1958
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz (Zeitschrift)
DC	Décision de conformité
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789/ Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789
d. h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Dr. Fam.	Droit de la famille (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	Ehegesetz
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GastG	Gaststättengesetz
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Grds.	Grundsatz
grds.	grundsätzlich
HdB	Handbuch
hins.	hinsichtlich
h. M.	herrschende Meinung
HmbJAG	Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
insb.	insbesondere

IPE	Handbuch Ius Publicum Europaeum
i. S. d.	im Sinne des/der
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
JAG Berlin	Berliner Juristenausbildungsgesetz
JAG Hessen	Gesetz über die juristische Ausbildung (Hessen)
JAG NRW	Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen
JAG Saarland	Gesetz über die juristische Ausbildung (Saarland)
JAPG Bremen	Bremisches Gesetz über die Juristenausbildung und die erste juristische Prüfung
JAPO Bayern	Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (Bayern)
JAPO M-V	Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung (Mecklenburg-Vorpommern)
JAPO Rheinland-Pfalz	Juristische Ausbildungs- und Prüfungsordnung (Rheinland-Pfalz)
JAPrO BaWü	Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung (Baden-Württemberg)
JAPrVO LSA	Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Juristen (Sachsen-Anhalt)
JAVO S-H	Juristenausbildungsverordnung (Schleswig-Holstein)
JCP G	La semaine juridique – Édition générale (Jurisclasseur périodique) (Zeitschrift)
JORF	Journal Officiel de la République Française/ Amtsblatt der Französischen Republik
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
krit.	kritisch
Lit.	Literatur
lit.	littera (Buchstabe)
LSJ	La semaine juridique (Zeitschrift)
LO	loi organique
LogopG	Gesetz über den Beruf des Logopäden
NCCC	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
NJAG	Niedersächsisches Juristenausbildungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
mglw.	möglicherweise
mwN	mit weiteren Nachweisen
n°	numéro
n. F.	neue Fassung
Nr.	Nummer(n)
obj.	objektiv
öff.	öffentlich(e/en)
o. g.	oben genannt(e/er)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RFDA	Revue française de droit administratif (Zeitschrift)
RFDC	Revue française de droit constitutionnel (Zeitschrift)
RFDP	Revue française d'administration publique (Zeitschrift)

RHDFE	Revue historique de droit français et étranger (Zeitschrift)
RJA	Revue justice actualités (Zeitschrift herausgegeben von der Ecole nationale de la magistrature)
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Zeitschrift)
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen (Zeitschrift)
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme (Zeitschrift)
S.	Seite / Satz
s.	siehe
SächsJAG	Sächsisches Juristenausbildungsgesetz
SDER	Service de la documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r/s/n)
s. u.	siehe unten
subj.	subjektiv(e/en/er/es)
Suppl.	Supplément
stRspr.	stetige Rechtsprechung
TA	Tribunal administratif / Tribunaux administratifs
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de Grande Instance
ThürJAPO	Thüringer Juristenausbildungs- und -prüfungsordnung
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
VersG	Versammlungsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	ordonnance / Verordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGO	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZP	Zusatzprotokoll
z. T.	zum Teil

A. Einführung

I. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung – Mosaikstein in den Reformbestrebungen der französischen Justiz

Die französische Gerichtsbarkeit befindet sich seit Jahrzehnten im Umbruch. Dafür sorgten zum einen gesetzliche und zum anderen justizielle Reformen. Als Beispiel soll das Gesetz zur Modernisierung der Justiz des 21. Jahrhunderts von 2016 dienen, das zu fundamentalen Änderungen führte.¹ Erklärtes Ziel der Reform war die Verbesserung der „Alltagsjustiz“. Die Justiz sollte näher, einfacher und effizienter gestaltet werden („plus proche, plus simple et plus efficace“),² um der in der Bevölkerung herrschenden Unzufriedenheit zu begegnen: Erhebungen des Justizministeriums zufolge bewerteten 88 % der Franzosen³ das Justizsystem als zu kompliziert, 95 % der Franzosen urteilten, die französische Justiz arbeite zu langsam, und nur 51 % der Franzosen, die schon einmal im direkten Kontakt mit der Justiz standen, befanden das System als gut funktionierend.⁴ Zu diesen tiefgreifenden Änderungen zählen beispielsweise die Auflösung der erst 2011 eingeführten Jugendstrafgerichte sowie die Stärkung von Verbandsklagemechanismen.⁵ Mit Wirkung zum 1. Januar 2020 wurden ferner die ehemaligen *tribunaux d'instance* und die *tribunaux de grande instance* in den *tribunaux judiciaires* zusammengeführt.⁶

Neben dem Gesetzgeber stellten auch die obersten französischen Gerichte, der Conseil constitutionnel, der Conseil d'Etat und die Cour de cassation,⁷

¹ Loi n°2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle (JORF n°0269, 19.11.2016).

² So die Regierung selbst, die den Gesetzesvorschlag einbrachte, *Conseil des ministres*, Communiqué de presse.

³ In den folgenden Ausführungen wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Es soll stellvertretend männliche, weibliche und andere Geschlechteridentitäten erfassen. Personen oder Personengruppen, die ausschließlich dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind, werden durch die Nutzung des Femininums als solche kenntlich gemacht.

⁴ Zahlen nach *Ministère de la Justice*, Réforme de modernisation – la justice du 21e siècle.

⁵ S. dazu *Ministère de la Justice*, Réforme de modernisation – la justice du 21e siècle.

⁶ Eingeführt durch die LO n°2019-221 relative au renforcement de l'organisation des juridictions (JORF n°0071, 24.03.2019).

⁷ Der besseren Leserlichkeit halber werden der Conseil constitutionnel, der Conseil d'Etat und die Cour de cassation als einzige französische Begriffe nicht kursiv gesetzt.

selbst Reformüberlegungen an. Häufiger Gegenstand dieser Überlegungen waren die Entscheidungsbegründungen der Gerichte, über die schon lange Zeit diskutiert wird.⁸ Die Cour de cassation ging jedoch noch wesentliche Schritte weiter: Der damalige Präsident der Cour de cassation, *Bertrand Louvel*, setzte im Jahr 2014 die *Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation* ein.⁹ In Anbetracht neuer Faktoren, die die Autorität der Entscheidungen der Cour de cassation beeinflussen würden, sollte sich die *Commission de réflexion* den folgenden Thematiken annehmen:¹⁰

- Mögliche Änderungen im Revisionsverfahren mit Fokus auf der Kontrolle durch die Cour de cassation
 - hierbei sollten insbesondere die Vorgaben der Europäischen Gerichte berücksichtigt und mögliche Änderungen der Entscheidungsbegründungen sowie der Umgang mit offensichtlich aussichtslosen Revisionen überdacht werden („les évolutions envisageables des modalités de traitement des pourvois, concernant notamment la nature et le niveau des contrôles à opérer par notre Cour, tels qu’ils sont induits par ceux auxquels se livrent les juridictions européennes, le contenu de la motivation ou l’examen des pourvois voués à l’échec“),
- Möglichkeiten, bereits im Zuge der Entscheidungsfindung der Cour de cassation denkbare Auswirkungen der Urteile zu berücksichtigen („l’introduction dans les travaux préparatoires aux arrêts de notre Cour de l’évaluation de leurs incidences en tous domaines“) und
- Mögliche Änderungen hinsichtlich der Rolle und Stellung der Generalanwaltschaft in der Entscheidungsvorbereitung („le rôle et la place des magistrats du parquet général dans la préparation de nos décisions“).

Im April 2017 veröffentlichte die *Commission de réflexion* ihren Bericht. Sie formulierte darin Reformvorschläge, die sich unter anderem den folgenden Oberpunkten widmeten:

- I. Änderungen in der Behandlung von Revisionsanträgen, die auch ein Überdenken der Rolle der Generalanwaltschaft notwendig machen sollten („Instaurer un mode rationalisé de traitement différencié des pourvois, impliquant un rôle renouvelé pour le parquet général“),
- II. Verbesserung der Verständlichkeit sowie der Verbreitung der Entscheidungen der Cour de cassation („Rendre plus compréhensibles et mieux diffuser les arrêts de la Cour de cassation“),
- III. Überarbeitung der Rollen der Verfahrensbeteiligten („Le rôle repensé des acteurs de la procédure“) sowie

⁸ Dazu unter C. I. 4. c) cc).

⁹ Im Folgenden: *Commission de réflexion*.

¹⁰ Die lettre de mission ist abgedruckt bei *Commission de réflexion*, Rapport 2017, S. 13 f.

IV. Modus der Filterung von Revisionsanträgen („Le filtrage des pourvois“), speziell im Strafprozess.

Unter dem II. Titel des Berichts – Verbesserung der Verständlichkeit der Entscheidungen der Cour de cassation – findet sich unter dem Punkt „Entscheidungsbeurteilung“ (*motivation*) folgender Vorschlag Nr. 36:

„pour tous les arrêts aux termes desquels est mis en œuvre un contrôle de proportionnalité, appliquer la note méthodologique intégrée au présent rapport élaborée dans le cadre de la Commission de réflexion et harmoniser les pratiques des chambres quant à l’exercice de ce contrôle, tant sur la méthode que sur le fond, afin de dégager progressivement une ‚doctrine de la proportionnalité‘ de la Cour de cassation“.¹¹

Was auf den ersten Blick als unscheinbarer Reformvorschlag – einer von insgesamt siebzig – anmutet, wird als Herzstück der visierten Reform beschrieben:¹² die Entwicklung einer „Verhältnismäßigkeitsdoktrin“ der Cour de cassation. Die *Commission de réflexion* versuchte damit, einer jahrelang brodelnden Diskussion einen Schlusspunkt zu setzen. Das gelang ihr allerdings nicht, die Kontroverse dauert bis heute an.

Den Auftakt zu diesem Diskurs gab eine Entscheidung der Cour de cassation vom 4. Dezember 2013,¹³ in der sie eine *konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung* durchführte. Dieses Urteil bildete den Ausgangspunkt für die Etablierung des Prüfungsmechanismus der konkreten Verhältnismäßigkeit in der Entscheidungsfindung der Cour de cassation. In der Doktrin¹⁴ fand das Urteil vom 4. Dezember 2013 erhebliche Beachtung und wurde viel diskutiert, positive Attribute wurden ihm ebenso zugeschrieben wie negative. Die Entscheidung wurde einerseits als „revolutionär“¹⁵ beschrieben, andererseits auch als „Büchse der Pan-

¹¹ Übersetzung durch die Verfasserin: „Bei allen Entscheidungen, in denen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt, sollen die methodischen Hinweise, die in diesem Bericht gegeben werden, berücksichtigt werden. So sollen die Vorgehensweisen der Kammern betreffend die Verhältnismäßigkeitsprüfung vereinheitlicht werden, sodass eine ‚Verhältnismäßigkeitsdoktrin der CCass‘ entwickelt werden kann“.

¹² *Jeuland*, LSJ 2016 – Suppl. n° 1–2, 20 (20 [Nr. 1]); *Moulin*, Contrôle de proportionnalité in concreto, S. 17; *Zenati-Castaing* RTD Civ. 2016, 511 (516): „axe central“.

¹³ Nr. 12-26.066.

¹⁴ Die „Doktrin“ beschreibt im französischen Rechtsverständnis die Gesamtheit der rechtswissenschaftlichen Autoren, dazu noch ausf. unter C. I. 4. c) aa).

¹⁵ Angelehnt an den Titel des Aufsatzes von *Jestaz/Marguénaud/Jamin*, D. 2014, 2061, explizit auch auf S. 2067 („La révolution du 4 décembre 2013“); s. auch *Fulchiron*, D. 2015, 2365 (2366); *Marguénaud*, RTDH 2020, 139 (141). *Chénéde* schreibt von einer „kopernikanischen Wende“, einem „bouleversement“, *Chénéde*, D. 2016, 796 (796, 798 [Nr. 1, 4]) und dies nicht im positiven Sinne. Der *Club des juristes* schreibt ebenfalls von einer „révolution copernicienne“, jedoch mit einer positiven Konnotation, *Club des juristes*, Sécurité juridique et initiative économique, Nr. 92. Abschwächend als „Evolution“, nicht als „Revolution“ bezeichnend *Puig*, RTD Civ. 2016, 70 (71). *Zenati-Castaing* erachtet den Begriff „revolutionär“ als unpassend, da durch diese Entwicklungen die Errungenschaften der Revolution in Frage ge-

dora“¹⁶ oder „Schritt über den Rubikon“¹⁷ kritisiert. Diese bildhafte Sprache illustriert die „Passion“, mit der die Debatte in der französischen Doktrin geführt wird.¹⁸ Die Diskussion über die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung tangiert das Justizsystem und Institutionengefüge der V. Republik in ihren Grundfesten. In ihr kulminieren schwelende Konflikte über die Stellung und Aufgabe der Richter und der Gerichte, den zunehmenden Einfluss des europäischen Rechts und die überformende Rechtsprechung der Europäischen Gerichte. Ihr Ursprung ist bereits in den Anfangsjahren der französischen Gerichte Ende des 18. Jahrhunderts zu sehen; in der Diskussion werden die Erinnerungen der Doktrin an das *gouvernement des juges* wiederholt sichtbar. Letztlich ist auch die Verbreitung konkreter Verhältnismäßigkeitsprüfungen ein Baustein des mit Beginn der V. Republik einsetzenden Prozesses der Überwindung legizentristischer Rechtstradition. *François Chénéde* pointiert daher zutreffend: „L’introduction du contrôle de conventionnalité in concreto dans la pratique judiciaire française constitue sans nul doute l’une des évolutions juridiques les plus marquantes de cette dernière décennie.“¹⁹

Die vorliegende Arbeit widmet sich diesem Thema – der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation und den Conseil d’Etat. Die Rechtsprechung des Conseil d’Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit ist ebenfalls Gegenstand der Diskussion und wird daher in dieser Arbeit berücksichtigt. Am 31. Mai 2016²⁰ sprach dieses höchste französische Verwaltungsgericht ein Urteil, in dem es sich ebenfalls der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung widmete. Der Conseil schien damit der Cour de cassation auf ihrem Weg hin zu einer Intensivierung dieses Prüfungspunktes gefolgt zu sein. Inwieweit diese Einschätzung zutrifft, wird ebenso Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein.²¹

stellt würden, man müsse daher vielmehr mit *Chénéde* (D. 2016, 796) von einer „contre-révolution“ sprechen, RTD Civ. 2016, 511 (519).

¹⁶ *Chénéde*, D. 2016, 796 (803 [Nr. 14]); *Gautier*, LSJ 2016 – Suppl. n°1–2, 56 (56).

¹⁷ *Chénéde*, D. 2016, 796 (803 [Nr. 14]); s. auch schon *Bénabent*, D. 2016, 137 (137).

¹⁸ Von einem „débât passionné“ schreibt *Chauvin*, erst Präsident der dritten, heute der ersten Zivilkammer der CCass, La question de la proportionnalité dans la pratique jurisprudentielle – L’exemple français, Intervention lors du séminaire France-Israël des 7/9 novembre 2016 → Anhang I.

¹⁹ *Chénéde*, D. 2021, 1142 (1142 [Nr. 1]).

²⁰ Nr. 396848 [Gonzalez-Gomez].

²¹ Für einen ersten thematischen Überblick darf auf den Beitrag der Verfasserin, *Neise* in: Sydow, Französisches Verfassungsrecht im 21. Jahrhundert, S. 317 (317 ff.), verwiesen werden.

II. Zielsetzungen der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist es, dem deutschen Leser verständlich zu machen, warum die Debatte über die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung in Frankreich derart intensiv geführt wird. Ihm sollen zu diesem Zweck Kenntnisse über den Inhalt der Diskussion vermittelt und eine Einordnung der Wichtigkeit der Rechtsprechung zu der konkreten Verhältnismäßigkeit an die Hand gegeben werden. Dafür orientiert sich die Arbeit an drei Leitfragen:

1. Warum widmete sich die Cour de cassation (als erstes oberstes französisches Gericht) der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung und ihrer Verbreitung?
2. Warum erfuhr die Entscheidung der Cour de cassation vom 4. Dezember 2013 eine solch starke Resonanz?
3. Warum provozierte die Entscheidung des Conseil d'Etat vom 31. Mai 2016 im Vergleich dazu so wenige, insbesondere kritische, Reaktionen?

Die deutsche Rechtswissenschaft sollte sich für diese Geschehnisse aus verschiedenen Gründen interessieren:

Erstens diente die Rechtsprechung deutscher Gerichte der französischen Rechtswissenschaft und den französischen Gerichten wiederholt als Vorbild. So scheint auch die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation durch das Bundesverfassungsgericht inspiriert worden zu sein.²² Die französische Doktrin führt den „globalen Siegeszug“²³ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die deutsche Rechtswissenschaft zurück.²⁴ Der deutsche Jurist kann damit eine aktuelle Diskussion über etwas verfolgen, das hierzulande längst integraler Bestandteil gerichtlicher Prüfungen ist und eine Art „blinden Fleck“ des verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskurses bildet.²⁵

Zweitens ist mit *Angelika Nußberger* eine deutsche Rechtswissenschaftlerin²⁶ von der Cour de cassation angefragt worden, an weiteren Reformüberlegungen mitzuwirken. Nachdem die *Commission de réflexion* mit der Veröffentlichung ihres Berichts im Jahr 2017 ihre Arbeit beendet hatte, wurde eine neue Kommission eingesetzt: die *Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*²⁷.

²² *Zenati-Castaing*, RTD Civ. 2016, 511 (517).

²³ *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, S. 1; s. auch *Kähler* in: *Jestaedt/Lepsius*, Verhältnismäßigkeit, S. 210 (210).

²⁴ *Marguénaud*, RTDH 2020, 139 (140); *Sauvé*, Discours: L'Europe dans la globalisation du droit, II. A. 1.

²⁵ In der deutschen Rechtswissenschaft wurde in den letzten Jahren allenfalls diskutiert, inwieweit die Gerichte Verhältnismäßigkeitsprüfungen bei gebunden Verwaltungsentscheidungen durchführen sollten. Die Lit. steht dem weitgehend krit. gegenüber, dazu ausf. in Teil E. II.

²⁶ Sicherlich wurde sie nicht nur wegen ihrer Expertise als deutsche Rechtsprofessorin, sondern auch als ehemalige Richterin am und Vizepräsidentin des EGMR um Mitwirkung in der *Commission de réflexion 2030* gebeten.

²⁷ Im Folgenden: *Commission de réflexion 2030*.

Ihre Aufgabe war es, die bereits angestoßenen Reformvorschläge weiterzuentwickeln und weiterzuentwickeln sowie erneut Überlegungen über die Cour de cassation in ihrer gerichtlichen und gesellschaftlichen Funktion anzustellen.²⁸ Mitglieder dieser Kommission waren neben *Angelika Nußberger* ausschließlich französische Richter, Anwälte, Professoren und Rechtswissenschaftler. Repräsentanten anderer Nationen waren in der Kommission hingegen nicht vertreten. Wenn deutsche Expertise von den französischen Gerichten eingeholt wird, sollte dies Anlass genug sein, sich für die Fragen, die sich die französischen Gerichte stellen, auch von deutscher Seite zu interessieren – erst recht, wenn innovationsoffene Gerichte kontroverse Diskussion über etwas auslösen, das auf deutscher Seite nur noch wenig diskutiert wird.

Drittens hat neben den deutschen Gerichten ein weiteres Gericht Einfluss auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die französischen Gerichte genommen: der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Auch aus diesem Blickwinkel sollte sich der deutsche Jurist diesem Diskurs widmen. Das Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention wird in der deutschen juristischen Ausbildung eher stiefmütterlich behandelt. In der ersten staatlichen Pflichtfachprüfung im Land Nordrhein-Westfalen kann das Konventionsrecht beispielsweise nur unter dem Punkt „des Verhältnisses des europäischen Rechts zum nationalen Recht“²⁹ relevant werden. Entsprechende Regelungen finden sich auch in den Prüfungsordnungen der anderen Länder.³⁰ Nicht nur im juristisch-universitären Studium, sondern auch im wissenschaftlichen Diskurs nimmt das Konventionsrecht nicht die ihm gebührende Rolle ein. Das spiegelt den Einfluss, den die Europäische Menschenrechtskonvention beziehungsweise die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das staatliche Recht ausübt, nicht adäquat wider. Die französische Doktrin und auch die französischen Gerichte scheinen sich dieses Einflusses bewusster zu sein. Auf Druck der Europäischen Gerichte hin änderten sie in den letzten Jahren beispielsweise Verfahrensabläufe und Entscheidungsbegründungen. Die Diskussion ist für den

²⁸ Die lettre de mission ist abgedruckt bei *Commission de réflexion 2030*, Rapport 2030, S. 4f.

²⁹ § 11 Abs. 3 JAG NRW.

³⁰ § 8 Abs. 2 Nr. 11, Abs. 3 JAPrO BaWü; § 18 Abs. 2 Nr. 6 JAPO Bayern; § 5 Abs. 1 Nr. 3 lit. d) bb) JAPG Bremen; § 12 Abs. 2 S. 2 HmbJAG; § 11 Abs. 2 Nr. 3 lit. e) JAPO M-V; Buchstabe D Anlage 1 JAPO zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 JAPO Rheinland-Pfalz; § 8 Abs. 2 Nr. 10 JAG Saarland; § 14 Abs. 3 Nr. 8 lit. d) SächsJAG; „Europarechtliche Bezüge“: § 3 Abs. 2 S. 1 JAG Berlin; § 3 Abs. 2 S. 1 BbgJAG; § 3 Abs. 2 S. 1, 2 NJAG; „Rechtsquellen der Europäischen Gemeinschaften“: § 7 S. 1 Nr. 4 lit. c) JAG Hessen; „Bezüge des Grundgesetzes zum Europa- und Völkerrecht“: § 14 Abs. 2 Nr. 5 lit. a) cc) JAPrVO LSA; „Grundzüge des Rechts der Europäischen Union, jeweils mit Bezügen zum Völkerrecht“: § 14 Abs. 2 Nr. 4 lit. a) ThürJAPO; § 3 Abs. 5 Nr. 6 JAVO S-H nennt nur „aus dem Europarecht: die Europäische Union, die Organe und die Handlungsformen der Europäischen Gemeinschaften, die Rechtsquellenlehre und die Grundfreiheiten sowie der Rechtsschutz vor dem Gericht Erster Instanz und dem Europäischen Gerichtshof“.

deutschen Rechtswissenschaftler daher auch eine Betrachtung wert, um sich des Einflusses des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das nationale Recht und die nationalen Gerichte bewusst zu werden.

Viertens dient eine solche rechtsvergleichende Betrachtung nicht nur dem Überdenken des eigenen Rechtssystems, sondern verbessert auch die Kenntnis des fremden Rechts und der fremden Rechtskultur. Die Zielvorstellung dieser Arbeit liegt somit auch darin, dem deutschen Leserkreis ein in Frankreich viel diskutiertes Thema nahezubringen. Die engen Verbindungen zwischen Deutschland und Frankreich sowie ihre jeweils prägende Rolle in der Europäischen Union sollen hier nicht ausgebreitet werden. Gerade in Anbetracht des stetigen Wandels des europäischen Staatenverbundes soll der Blick für die rechtliche Mentalität, die *sentiments* des so wichtigen, wenn nicht *des* wichtigsten europäischen Partners, geschärft werden.³¹ Das gilt umso mehr, da die Diskussion über die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung die oben angedeuteten Sollbruchstellen des Institutionengefüges der V. Republik besonders deutlich offenlegt. Kenntnis über diese Diskussion vermag damit tiefgehendes Verständnis des französischen Rechts- und Institutionensystems zum Stand und Ansehen der französischen Gerichte im innerstaatlichen Rechtsdiskurs zu vermitteln.

III. Begriffliche Grundlagen

Um ein einheitliches Verständnis der „konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung“ in dieser Arbeit zu Grunde zu legen, werden zunächst die wichtigsten Begriffe der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation und den Conseil d’Etat definiert.

1. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung französischer Gerichte „an sich“

Der Conseil d’Etat integrierte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – inspiriert durch das deutsche Verwaltungsrecht³² – schon 1909 in seine Rechtspre-

³¹ Das gilt nicht nur hins. der engen wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen der BRD und der Französischen Republik, sondern weit darüber hinaus, s. statt aller *Auswärtiges Amt*, Deutschland und Frankreich und *Ministère de l’Europe et des Affaires étrangères*, Allemagne – Relations bilatérales.

³² *Chavrier*, Droit de l’Union et des Communautés européennes, Nr. 28; *Sauvé*, Discours: Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés.

In der deutschen Rechtswissenschaft findet der Grds. der Verhältnismäßigkeit seinen Ursprung im 18. Jahrhundert. § 10 2. Teil, 17. Titel des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 lautete: „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey“. In dem Wort „nöthig“ ist der „Keim der

chung. Als programmatisch gelten die Entscheidungen „Abbé Olivier“ vom 19. Februar 1909³³ und „Benjamin“ vom 19. Mai 1933³⁴. In diesen Entscheidungen erkannte der Conseil d’Etat die Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Polizei- und Ordnungsrecht an.³⁵ Beinahe ein Jahrzehnt später schärfte er nach und etablierte mit der Entscheidung „Association de la promotion de l’image“ vom 26. Oktober 2011³⁶ in Anlehnung an das Prüfungsschema der deutschen beziehungsweise Europäischen Gerichte und des Conseil constitutionnel die Verhältnismäßigkeitsprüfung in drei Schritten.³⁷ Danach ist zu prüfen, ob die Maßnahme geeignet (*adaptée*), erforderlich (*nécessaire*) und verhältnismäßig im engeren Sinne ist (*proportionnée*). Hierbei sind die französischen – wie auch die deutschen – Verwaltungsrichter gehalten, die Zweckmäßigkeitserwägungen der Verwaltung nicht durch ihre eigenen zu überspielen. Auch ihre Verhältnismäßigkeitskontrolle beschränkt sich auf die Kontrolle der offensichtlichen Unverhältnismäßigkeit.³⁸

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation war allerdings lange Zeit weniger formalisiert. So beschränkte sie sich ursprünglich darauf, festzustellen, ob der erfolgte Eingriff nicht unverhältnismäßig ist, wie folgender Auszug aus einem Urteil vom 15. Oktober 2015 demonstriert: „[...] les dispositions de l’article 908 du code de procédure civile [...] n’apportent pas une restriction disproportionnée à l’accès effectif à une juridiction et ne sont contraires ni à l’article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des

Erforderlichkeit als Teilgebot des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ zu sehen, wobei „noch fast hundert Jahre [vergingen], bis das Preußische Oberverwaltungsgericht aus diesem Keim Früchte gezogen hat“. In dem Kreuzbergerurteil vom 14.06.1882 entwickelte das Oberverwaltungsgericht aus der bloßen Aufgabennorm eine Aufgaben- und Befugnisnorm und entnahm ihr den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *Pieroth* in: Kment, FS Jarass, S. 587 (588) mwN.

³³ Nr. 27355.

³⁴ Nr. 17413.

³⁵ „[I] [der Ordnungsbeamte] doit concilier l’accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois“ [Abbé Olivier] bzw. „[...] il incombe au maire [...] de prendre les mesures qu’exige le maintien de l’ordre, il doit concilier l’exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par les lois [...]“ [Benjamin].

³⁶ Nr. 317827.

³⁷ *Dubout*, RFDA 2020, 297 (303 [Nr. 12]); *Sauvé*, Discours: Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés. S. dazu auch *Costa/Ribes* in: Agresti, Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité, S. 41 (42 f., 48 f.), nach denen der CE diesen Dreischritt inhaltlich auch schon vor besagter Entscheidung aus dem Jahr 2011 vornahm, ohne ihn aber so bewusst zu formalisieren.

³⁸ *Guyomar* in: Drago/Fauvarque-Cosson/Goré, L’accès au juge de cassation, S. 219 (221). Die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die französischen TA betrifft „nicht den Inhalt, sondern die Grenzen des Ermessens“, *Schlette*, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, S. 188.

libertés fondamentales, ni à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...]“.³⁹

In dem oben erwähnten Bericht aus dem Jahr 2017 empfahl die *Commission de réflexion* der Cour de cassation, die Verhältnismäßigkeitsprüfung wie folgt einzubetten, wenn die Verletzung eines Rechts aus der Europäischen Menschenrechtskonvention im Raum steht:⁴⁰

1. Feststellung der Anwendbarkeit eines Rechts der Europäischen Menschenrechtskonvention,
2. Feststellung, dass in dieses Recht eingegriffen wird,
3. Prüfung, ob der Eingriff auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgt, die hinreichend klar und dem Bürger zugänglich ist („base légale claire et accessible“),
4. Prüfung, ob das Gesetz einen legitimen Zweck verfolgt und
5. Prüfung, ob der Eingriff angemessen ist, um das legitime Ziel zu fördern.

Der oben zitierte Auszug aus der Entscheidung der Cour de cassation würde nur den fünften und damit letzten Schritt der geforderten Prüfung darstellen.

Die Cour de cassation übernahm in der Folge das von der *Commission de réflexion* vorgeschlagene Prüfungsschema. In einer Entscheidung vom 2. Dezember 2020⁴¹ machte sie es sich beispielhaft zu eigen:

1. Die Cour de cassation stellte zunächst fest, dass Art. 8 EMRK auf den ihr vorliegenden Fall Anwendung fand: „[...] selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée“ (Nr. 9).⁴²
2. In einem zweiten Schritt stellten die Richter fest, dass der Eingriff in dieses Recht auf der Grundlage eines tauglichen Gesetzes erfolgte: „[...] l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée, cette ingérence est, en droit interne, prévue par la loi, dès lors qu'elle résulte de l'application des textes précités du code civil, qui définissent de manière claire et précise les conditions de prescription des actions relatives à la filia-

³⁹ Nr. 14-17.792. Übersetzung durch die Verfasserin: „[...] Art. 908 Code de procédure civile stellt keine unverhältnismäßige Einschränkung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht dar und verstößt weder gegen Art. 6 EMRK, noch gegen Art. 47 GRCh [...]“.

⁴⁰ *Commission de réflexion*, Rapport 2017, S. 159 f.

⁴¹ Nr. 19-20.279.

⁴² Übersetzung durch die Verfasserin: „[...] Nach der Rspr. des EGMR stellt das Recht auf Feststellung der eigenen Identität, worunter auch die Möglichkeit fällt, Kenntnis über die Identität seines „Erzeugers“ zu erhalten und die Vaterschaft feststellen zu lassen, einen integralen Bestandteil des Rechts auf Achtung des Privatlebens dar“.

tion, cette base légale étant accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets“ (Nr. 10).⁴³

3. Danach arbeiteten die Richter heraus, dass das Gesetz den legitimen Zweck verfolgt, die Rechte Dritter zu schützen und für Rechtssicherheit zu sorgen: „Elle poursuit un but légitime, au sens du second paragraphe de l’article 8 précité, en ce qu’elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique“ (Nr. 11).⁴⁴
4. Schließlich prüften sie die Angemessenheit des Eingriffs und beschieden diese Frage positiv: „Les délais de prescription des actions aux fins d’établissement de la filiation paternelle ainsi fixés par la loi, qui laissent subsister un délai raisonnable pour permettre à l’enfant d’agir après sa majorité, constituent des mesures nécessaires pour parvenir au but poursuivi et adéquates au regard de cet objectif“ (Nr. 12).⁴⁵

Die Verhältnismäßigkeitskontrolle der Cour de cassation formalisierte sich mit hin in den letzten fünf Jahren. Auch ihre Prüfung beschränkt sich dabei *de facto* auf die Feststellung, dass ein Eingriff nicht offensichtlich unverhältnismäßig ist (fünfter Schritt im obigen Schema).

Die französischen Gerichte zisielierten die Verhältnismäßigkeitsprüfung als solche⁴⁶ damit nicht annähernd so stark aus wie die deutschen Gerichte, allen voran das Bundesverfassungsgericht. Dabei orientierten sich die französischen Spruchkörper mit ihrer Verhältnismäßigkeitskontrolle an der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte⁴⁷ und dadurch mittelbar auch an der Rechtsprechung der deutschen Gerichte.⁴⁸

⁴³ Übersetzung durch die Verfasserin: „[...] die fehlende Möglichkeit, die väterliche Abstammung feststellen zu lassen, stellt einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens dar. Dieser Eingriff beruht mit den o. g. Normen des C. civ. auf einer Gesetzesgrundlage, die klar und bestimmt die Bedingungen festlegt, unter denen eine Vaterschaft festgestellt werden kann. Diese Gesetze sind überdies für den Gesetzesadressaten zugänglich und vorhersehbar in ihren Auswirkungen“.

⁴⁴ Übersetzung durch die Verfasserin: „Das Gesetz verfolgt das legitime Ziel i. S. d. Art. 8 Abs. 2 EMRK, die Rechte Dritter zu schützen und für Rechtssicherheit zu sorgen“.

⁴⁵ Übersetzung durch die Verfasserin: „Die gesetzlich vorgesehenen Fristen der Vaterschaftsfeststellung erlauben es dem Kind, innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach Eintritt seiner Volljährigkeit die Feststellung anzustrengen. Sie sind notwendig und angemessen im Hinblick auf das durch sie verfolgte Ziel“.

Im Anschluss prüften die Kassationsrichter die konkrete Verhältnismäßigkeit der Gesetzesanwendung, Nr. 13-15.

⁴⁶ Zu den begrifflichen und inhaltlichen Differenzen zwischen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Verhältnismäßigkeitsprüfung *Philippe*, *Le contrôle de proportionnalité*, S. 9 f.

⁴⁷ *Lesueur*, *Conflicts de droits*, Nr. 524; *Marguénau*, *RTDH* 2020, 139 (140).

⁴⁸ *Costa/Ribes* in: *Agresti*, *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, S. 41 (42); s. dazu auch *Christoffersen*, *Fair balance*, S. 69; *Moulin*, *Contrôle de proportionnalité in concreto*, S. 60 ff.; *Peters* in: *Baade/Ehricht/Fink*, *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, S. 1 (2); *Saurer*, *Der Staat* 51 (2012), 3 (3f.) mwN. S. auch *Cornu*, *Vocabulaire juridique*, „pro-

Sachregister

- Analogieschluss 179
- Voraussetzungen 179
- Ancien Régime 89, 117–118

- begriffliche Grundlagen 7
- bloc de constitutionnalité 131, 150
- bon juge Magnaud 114–115
- Billigkeitsentscheidungen 116
- jugement en équité *siehe Billigkeitsentscheidungen*
- Rückkehr durch die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung 114
- Urteil vom 04.03.1898 115

- cohabitation 130
- Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation 43
- Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030 5
- Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation 2, 9, 97, 103
- Forderungen 2
- Rapport 2017 2, 104
- conception française de la séparation des pouvoirs 119, 126
- concordance des majorités 130
- Conseil constitutionnel
- a priori-Kontrolle 164
- abstrakte Prüfung 164
- Bedeutungszuwachs seit 1958 129
- demande de constitutionnalité *siehe a priori Kontrolle*
- Entscheidung Interruption volontaire de la grossesse 53
- Entscheidung Liberté d’association 131
- Entscheidung zur garde à vue 139, 165
- Entscheidungsbegründungen 103
- Generalsekretär *siehe secrétaire général*
- Konkretisierung der Prüfungsweise? 163
- normes transitoires 167
- réserves transitoires *siehe normes transitoires*
- secrétaire général 132
- Conseil des parties 117
- Conseil du roi 117, 122–123
- Conseil d’Etat
- Doppelzuständigkeit 123, 126, 132
- Einschränkung des Anwendungsbereichs der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung 69
- Entscheidung Abbé Olivier 8
- Entscheidung Benjamin 8
- Entscheidung Carminati *siehe référé-suspension*
- Entscheidung Gonzalez-Gomez 62
- Entscheidung Mme Allouache *siehe référé-liberté*
- Entscheidung Molénat 71–73, 75, 78–79, 111, 157, 161
- Entscheidung Société Edenred 69, 72, 78, 111, 157, 161
- Geschichte des *siehe Geschichte des Conseil d’Etat*
- politische Besetzung 126
- recours pour excès de pouvoir 19
- règle de l’examen particulier des circonstances de l’affaire 19
- section du contentieux 124
- Tatsachengericht 107
- Vademekum 2018 103
- Cour de cassation
- Auftrag zur Rechtsvereinheitlichung 106
- Entscheidung Jacques Vabre 54–55, 137–138, 148

- Entscheidung zur garde à vue 138
- gardienne de la liberté individuelle 133
- Geschichte der *siehe Geschichte der Cour de cassation*
- Isolation 133, 145, 149
- Rechtsmittelgericht 128
- Tatsachengericht 107
- Urteil vom 04.12.2013 23
- Vergerichtlichungsprozess 126, 137

- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 85, 89, 91, 175
- Doktrin
 - Begriffsbestimmung 98–99
- droits civils 12

- EGMR
 - arrêts pilotes 100
 - Rechtsprechung als Vorbild für die französischen Gerichte 99
 - technique des distinctions 99
 - Vorlagefrage gem. Art. 1 Nr. 1 Zusatzprotokoll Nr. 16 EMRK 101
- Eilverfahren vor dem Conseil d'Etat *siehe référé-liberté und référé-suspension*
- EMRK-inkorporierende Rechtsanwendung 183
 - Kritik an der 184
- Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 27
 - Animal Defenders International./Vereinigtes Königreich 153
 - B. und L./Vereinigtes Königreich 27
 - Baret und Caballero./Frankreich 74
 - mittelbare Bindungswirkung 140
 - Pascaud./Frankreich 28
 - Vorlagefrage der Cour de cassation zur Vorrangigkeit der question prioritaire de constitutionnalité 143
- Entscheidungsbegründungen
 - Ausführlichkeit 50
 - motivation enrichie 104
 - Reformen der Cour de cassation 103
 - Reformen des Conseil constitutionnel 103
 - Reformen des Conseil d'Etat 103
 - style direct 47, 65, 104
- Etat de droit *siehe Rechtsstaatsprinzip*
- États généraux de la bioéthique 78
- gebundene Rechtsfolge 176
- Geschichte der Cour de cassation 117
 - Misstrauen gegenüber dem Kassationsorgan 119
 - référé législatif 118–119, 121
 - référé obligatoire 120–121
 - Selbstbefreiungsschläge 121
 - Tribunal de cassation 117
 - Zuordnung zu der Exekutiv- bzw. Legislativgewalt 117
- Geschichte der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die französischen Gerichte 7
 - deutsches Verwaltungsrecht als Vorbild 7
- Geschichte des Conseil d'Etat
 - justice déléguée 123
 - justice retenue 123
 - System des administrateur-juge 123
 - System des juge-administrateur 122
- Gesetz zur Modernisierung der Justiz 1
- gouvernement des juges 4, 114, 117, 160
- Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative 103
 - Rapport Martin 103
- Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité 37
- Grundsatz der Trennung von aktiver Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit 123
- Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung 182
 - Vorrang 183
- juristischer Syllogismus 102
- konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung
 - Abgrenzung zu der abstrakten Verhältnismäßigkeitsprüfung 14
 - Abgrenzung zu der Ermessenskontrolle 18
 - Abgrenzung zu der réserve d'interprétation 16
 - Abgrenzung zu der technique des distinctions 18

- Anwendungsfall 15
- betroffene Rechte der EMRK 34
- *contrôle étendu* 46
- *contrôle léger* *siehe* *contrôle restreint*
- *contrôle lourd* *siehe* *contrôle étendu*
- *contrôle restreint* 48
- Definition 11
- *doctrine de la proportionnalité* 3, *siehe* *auch* *Etablierung einer Verhältnismäßigkeitsdoktrin*
- Einschränkung des Anwendungsbereichs durch den Conseil d'Etat 69
- Etablierung einer Verhältnismäßigkeitsdoktrin 3, 50, 79, 97, 99, 104–105, 150
- gegenläufige Entwicklungen in der Rechtsprechung 77
- Modifikationen der Entscheidungsbegründungen 102
- Prävalenz der Rechte der EMRK 35
- Prüfung von Amts wegen 59
- Prüfungszuständigkeit in der ordentlichen Gerichtsbarkeit 58
- Struktur der Prüfung 43
- synonyme Ausdrücke 11
- Verbreitung vor der Cour de cassation 33
- konventionskonforme Auslegung 182
 - Vorrang 182
- Konventionsmäßigkeitsprüfung
 - Entscheidung *Interruption volontaire de la grossesse* 53
 - Entscheidung *Jacques Vabre* 54
 - Entscheidung *Nicolo* 55
 - gerichtliche Zuständigkeiten in Frankreich 51
 - im Eilverfahren 66
 - mittelbare Verfassungsmäßigkeitsprüfung 57
 - Verhältnis zwischen abstrakter und konkreter Prüfung 15
- Kritik an der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung
 - Alternative Erklärung einer *réserve conventionnelle* 94
 - Einführung eines zusätzlichen Kontrollmechanismus 85
 - Etablierung einer Verhältnismäßigkeitsdoktrin 97
 - Konflikte mit der *tradition légicentriste* 86
 - Lösungsvorschläge und Forderungen der Doktrin 94
 - Schaffung von Rechtsunsicherheit 91
 - Ungleichbehandlung der Bürger 93
 - Vorbild EGMR 99
- Legizentrismus *siehe* *tradition légicentriste*
- liberté individuelle* (Art. 66 Const. 1958) 134
- marge d'appréciation* 28, 30, 45–46, 48
 - funktionale Begriffsbestimmung 45
- margin of Appreciation* *siehe* *marge d'appréciation*
- moyen de pur droit* 54–55, 59–60, 108
- question prioritaire de constitutionnalité* 141
 - Aufhebungszeitpunkt 167
 - *changement des circonstances* 165
 - Einführung 131
 - Filterfunktion der Cour de cassation und des Conseil d'Etat 141
 - Filtertätigkeit der Cour de cassation 146
 - Konkretisierung der Vorlagefrage 166
 - Konkretisierungsverdienst 168
 - Vorrangigkeit 142
- Rechtsfortbildung 179
- Rechtsstaatsprinzip 82
 - Gleichbehandlung der Bürger 93
 - Rechtssicherheit 91
- référé-liberté* 66–67, 69, 135
 - Entscheidung *Mme Allouache* 66
- référé-suspension* 66–68
 - *Carminati*-Rechtsprechung 66
- Regelungslücke 180
- réserve d'interprétation* 16
 - Definition 16
 - Konkretisierung der Prüfungsweise des Conseil constitutionnel 164
 - verfassungskonforme Auslegung 177

- teleologische Reduktion 180
- théorie de la loi écran 55
 - Entscheidung Nicolo 55
- tradition légitimiste 89
- Tribunal de cassation 186
- Tribunal des conflits 135
 - Rechtsprechung zu der voie de fait 135
- Verbot der Heirat zwischen Verschwäger-
ten in gerader Linie 24
- Verfassung von 1958
 - Abkehr vom Legizentrimus 89
 - Comité de réflexion et de proposition
sur la loi de modernisation et le rééqui-
librage des institutions de la Ve Répu-
blique 145
 - Einführung der QPC 131
 - Einsatz des Conseil constitutionnel 89
- verfassungskonforme Auslegung 177
 - Grenzen 178
 - Voraussetzungen 178
- Verhältnismäßigkeitsprüfung, Empfehlun-
gen der Commission de réflexion zur
Prüfungsweise 9
- Verhältnismäßigkeitsprüfung gebundener
Verwaltungsentscheidungen 169
 - Ausweisungs-Entscheidung des Bun-
desverfassungsgerichts vom
10.08.2007 171
 - betroffene Rechte 173
 - Fallgruppen 172
 - Konflikt mit der Vorlagepflicht nach
Art. 100 GG 191
 - Konflikte mit dem Gewaltteilungs-
grundsatz 188
 - Verstoß gegen den Gleichbehandlungs-
grundsatz 190
 - Verstoß gegen den Grundsatz der
Rechtssicherheit 188
 - Verstoß gegen den Grundsatz des effek-
tiven Rechtsschutzes 190
 - Verstoß gegen den Grundsatz des Vor-
rangs des Gesetzes *siehe Konflikte mit
dem Gewaltenteilungsgrundsatz*
- Zielsetzungen der Arbeit 5
 - Erkenntnisinteressen 7
 - Leitfragen 5, 113, 97