

Bernhard Oreschnik

# Verhältnismäßigkeit und Kontrollrechte

Eine Analyse der Rechtsprechung  
des EuGH zu den Grundrechten  
und Grundfreiheiten

---

# Verhältnismäßigkeit und Kontrolldichte

---

Bernhard Oreschnik

# Verhältnismäßigkeit und Kontrollrechte

Eine Analyse der Rechtsprechung  
des EuGH zu den Grundrechten  
und Grundfreiheiten

Mit einem Geleitwort von Univ.-Prof. Dr. Erich Vranes

 Springer

Bernhard Oreschnik  
CHSH Rechtsanwälte GmbH  
Wien, Österreich

Zugl.: Dissertation, Wirtschaftsuniversität Wien, 2018

ISBN 978-3-658-26159-7      ISBN 978-3-658-26160-3 (eBook)  
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-26160-3>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2019

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

# Geleitwort

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat sich in der Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union zu einem zentralen Instrument der Abwägung von Zielen, Werten und Prinzipien entwickelt. Die von Herrn Oreschnik im Rahmen des Doktoratsstudiums Wirtschaftsrecht der Wirtschaftsuniversität Wien vorgelegte Dissertation, aus der das vorliegende Buch hervorgegangen ist, befasst sich mit ebendiesem Grundsatz und der damit verbundenen richterlichen Kontrolldichte. Im Zentrum der Untersuchung steht die Rechtsprechung des Gerichtshofes (EuGH) zu den Grundrechten und Grundfreiheiten. Die im Rahmen dieser Themenstellung zu untersuchenden Probleme liegen im Grundsätzlichen, nicht zuletzt weil Grundfragen der Rechtsdogmatik und der Gewaltenteilung innerhalb der EU wie auch das Verhältnis der EU zu den Mitgliedstaaten berührt sind.

Die vorliegende Arbeit zeichnet sich insbesondere durch eine eingehende Judikaturanalyse aus, die aufgrund ihres Umfangs und ihrer Aktualität teils deutlich über frühere monographische Aufarbeitungen hinausreicht. Dies gilt für die Untersuchung der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten ebenso wie für dessen Judikatur zu den Binnenmarktgrundfreiheiten, aber auch etwa für die Kohärenz-Judikatur des Gerichtshofes und die Untersuchung der Frage, ob der Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte eine eigenständige Bedeutung neben dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zukommt.

Ebenso eingehend versucht der Autor, jene Faktoren, die die richterliche Kontrolldichte des EuGH – sowie in vergleichender Perspektive jene des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) – beeinflussen, deutlicher und mit stärkerem Bezug zur aktuellen Rechtsprechung beider Gerichtshöfe herauszuarbeiten, als dies in der überwiegenden Literatur bisher erfolgt ist. Auch in der Untersuchung dieses zweiten Themenkreises liegt der Schwerpunkt auf einer eigenständigen kritischen Analyse der Judikatur, die die Entwicklung dieser Rechtsprechung sachbereichsbezogen und vergleichend bis hin zur Rechtsprechung der jüngsten Zeit einlässlich untersucht.

Aufgrund ihrer umfassenden Judikaturauswertung, ihrer kritischen Auseinandersetzung mit wesentlichen Ansichten in der Literatur und ihrer hohen Aktualität stellt diese Dissertation einen beachtlichen Beitrag zu einem zentralen Bereich des Europarechts dar, von deren Lektüre nicht nur am Europarecht Interessierte profitieren werden.

Wien

Univ.-Prof. Dr. Erich Vranes, LL.M.

# Vorwort

Wenn man das Verfassen einer Dissertation mit der Absolvierung eines Marathonlaufes vergleichen möchte, befinde ich mich nun (endlich) auf den letzten Metern der olympischen Distanz von 42,195 km. So wie ein Marathonläufer alle Herausforderungen entlang des Weges leichter bewältigt, wenn er an den Zieleinlauf denkt, hatte auch ich stets dieses Vorwort vor Augen, welches ich nach sämtlichen anderen Kapiteln schreiben wollte. Nun ist der Augenblick gekommen:

Die Idee für die vorliegende Arbeit wurde ab dem Frühling 2013 entwickelt. In Zusammenarbeit mit meinem Betreuer Herrn Univ.-Prof. Dr. Erich Vranes, LL.M., und den übrigen Mitgliedern des Doktoratskomitees wurde das Thema der Arbeit in weiterer Folge und nach umfangreichen Vorrecherchen näher abgesteckt, bevor ich im Jänner 2015 die ersten und im Dezember 2017 die letzten Sätze der Dissertation verfasste. Die einschlägige Judikatur und Literatur konnte ich bis einschließlich Dezember 2016 berücksichtigen.

Zu dem Gelingen der vorliegenden Dissertation haben viele Menschen beigetragen, bei denen ich mich an dieser Stelle sehr herzlich bedanken möchte:

In fachlicher Hinsicht gilt mein Dank vor allem meinem Betreuer und Erstgutachter Herrn Univ.-Prof. Dr. Erich Vranes, LL.M., für die hervorragende Zusammenarbeit. Jederzeit hatte er ein offenes Ohr für meine Anliegen und bereicherte die vorliegende Arbeit durch seine wertvollen Anmerkungen.

Mein Dank gilt selbstverständlich auch den übrigen Mitgliedern des Doktoratskomitees Herrn Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, Herrn Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek sowie Herrn Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs, die mir insbesondere durch ihre Anmerkungen zum Research Proposal wichtige Hinweise gegeben haben. Herrn Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter danke ich außerdem auch für die Bereitschaft das Zweitgutachten zu erstellen.

Mein Dank gilt auch Herrn RA/StB MMag. Dr. Benjamin Twardosz, LL.M., der mir während der letzten vier Jahre – als für mich zuständiger Ausbildungsanwalt bei WOLF THEISS – stets die erforderlichen Freiräume gab, um die vorliegende Arbeit neben meiner Tätigkeit als Konzipient zu bewältigen.

Darüber hinaus bedanke ich mich herzlich bei meinen Eltern und meiner Schwester, die mich während meines gesamten Studiums auf vielfältige Weise

unterstützt haben. Schließlich sollen an dieser Stelle auch meine Freunde nicht unerwähnt bleiben, durch deren Hilfe es mir immer wieder möglich war, die notwendige Ablenkung zu finden und nicht in jeder freien Sekunde an die Dissertation zu denken.

Wien

Bernhard Oreschnik

# Inhaltsverzeichnis

- Geleitwort ..... V
- Vorwort..... VII
- Abkürzungsverzeichnis..... XVII
- Abstract..... XXI
- Abstract (Englisch).....XXIII
  
- I. Einführung..... 1**
  - I.A. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und gerichtliche  
Kontrolldichte..... 1**
  - I.B. Problemstellung ..... 3**
  - I.C. Aufbau der Arbeit ..... 5**
  
- II. Historische Entwicklung und mögliche Geltungsgründe des  
Grundsatzes ..... 9**
  - II.A. Vorbemerkung..... 9**
  - II.B. Erste Ansätze in vorchristlichen Strafkatalogen ..... 9**
  - II.C. Gedanken in der antiken Rechtsphilosophie..... 10**
    - II.C.1. Verhältnismäßigkeit in der griechischen Philosophie  
und Staatskunde ..... 10
    - II.C.2. Verhältnismäßigkeit in der römischen Philosophie  
und Staatskunde ..... 13
    - II.C.3. Zwischenergebnis ..... 14
  - II.D. Der Einfluss der Aufklärung und des Liberalismus..... 14**
    - II.D.1. Verhältnismäßigkeit von Strafen..... 14
    - II.D.2. Verhältnismäßigkeit zur Abgrenzung eines bürgerlichen  
Freiheitsbereiches ..... 15
    - II.D.3. Zwischenergebnis ..... 17
  - II.E. Die Fortentwicklung in ausgewählten Ländern ..... 18**
    - II.E.1. Deutschland ..... 18
      - II.E.1.a. Vorbemerkung..... 18
      - II.E.1.b. Anerkennung als allgemeines Rechtsprinzip..... 23
      - II.E.1.c. Ergebnis ..... 24
    - II.E.2. Österreich..... 24
      - II.E.2.a. Vorbemerkung..... 24
      - II.E.2.b. Anerkennung als allgemeines Rechtsprinzip..... 26
        - II.E.2.b.i. Bedeutung der EMRK .....28
        - II.E.2.b.ii. VfGH-Judikatur zu Art 6 StGG .....29

	II.E.2.c. Ergebnis .....	33
II.E.3.	Frankreich .....	34
	II.E.3.a. Vorbemerkung.....	34
	II.E.3.b. Grundrechte.....	35
	II.E.3.c. Keine Anerkennung als allgemeines Rechtsprinzip.....	37
	II.E.3.c.i. Erreur manifeste d'appréciation.....	38
	II.E.3.c.ii. Théorie bilan coût-avantages .....	40
	II.E.3.c.iii. Einfluss des Unionsrechts und der EMRK .....	42
	II.E.3.d. Ergebnis .....	43
II.E.4.	England .....	44
	II.E.4.a. Vorbemerkung.....	44
	II.E.4.b. Grundrechte.....	45
	II.E.4.c. Keine Anerkennung als allgemeines Rechtsprinzip.....	47
	II.E.4.c.i. Rationality review.....	48
	II.E.4.c.ii. Einfluss des Unionsrechts und der EMRK .....	51
	II.E.4.d. Ergebnis .....	54
<b>II.F.</b>	<b>Mögliche Geltungsgründe.....</b>	<b>54</b>
	II.F.1. Vorbemerkung .....	54
	II.F.2. Zweck und Mittel als „Grundkategorie menschlichen Denkens“.....	55
	II.F.3. Ableitung aus dem Rechtsbegriff.....	58
	II.F.4. Ableitung aus dem Wesen der Grundrechte.....	59
	II.F.5. Ableitung aus dem Prinzipienmodell.....	62
	II.F.6. Ableitung aus dem rechtsstaatlichen Prinzip .....	66
	II.F.7. Ableitung aus dem Gleichheitssatz .....	68
	II.F.8. Verhältnismäßigkeit als Argumentationsmuster im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung .....	72
	II.F.8.a. Logik von Mittel und Zweck.....	72
	II.F.8.b. Logik von Regel und Ausnahme .....	74
<b>II.G.</b>	<b>Geltungsgrund und Funktionen des Grundsatzes im Unionsrecht .....</b>	<b>79</b>
	II.G.1. Vorbemerkung .....	79
	II.G.2. Anerkennung als allgemeiner Rechtsgrundsatz durch den EuGH .....	79
	II.G.2.a. Nennung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im geschriebenen Unionsrecht .....	81



<b>IV. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht .....</b>	<b>123</b>
<b>IV.A. Vorbemerkung.....</b>	<b>123</b>
<b>IV.B. Grundrechte.....</b>	<b>123</b>
IV.B.1. Frühe Urteile des EuGH.....	123
IV.B.2. Anerkennung der Teilgrundsätze der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ieS.....	124
IV.B.2.a. Eignung .....	127
IV.B.2.a.i. Die Formel von der „offensichtlichen Ungeeignetheit“ .....	129
IV.B.2.b. Erforderlichkeit .....	133
IV.B.2.c. Verhältnismäßigkeit ieS .....	137
IV.B.3. Bestandteil der Grundrechtsprüfung oder eigenständiger Rechtmäßigkeitsmaßstab .....	140
IV.B.4. Uneinheitliche Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	144
IV.B.4.a. Pauschale Beurteilung ohne Prüfung einzelner Teilgrundsätze .....	144
IV.B.4.b. Prüfung eines Teilgrundsatzes.....	146
IV.B.4.b.i. Eignung .....	146
IV.B.4.b.ii. Verhältnismäßigkeit ieS.....	147
IV.B.4.b.ii.a) Grundrechtskollisionen .	147
IV.B.4.b.ii.b) Verfahrensgarantien .....	151
IV.B.4.c. Prüfung von zwei Teilgrundsätzen.....	154
IV.B.4.c.i. Eignung und Erforderlichkeit .....	154
IV.B.4.c.ii. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ieS.....	156
IV.B.4.d. Prüfung von drei Teilgrundsätzen .....	158
IV.B.4.d.i. Kursorische Erwägungen zur Angemessenheit.....	158
IV.B.4.d.i.a) Beispiele aus der älteren Rechtsprechung.....	158
IV.B.4.d.i.b) Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung.....	161
IV.B.4.d.i.c) Indiz für richterliche Zurückhaltung? .....	164
IV.B.4.d.ii. Umfassende Prüfung der Angemessenheit.....	166
IV.B.4.d.ii.a) Die Rechte nach Art 6, 7 und 8 GRC .....	166
IV.B.4.d.ii.b) Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung ....	171
IV.B.4.d.ii.c) Die Rechte nach Art 15 und Art 16 GRC .....	173

	IV.B.4.d.ii.d) Allgemeiner Verhältnismäßigkeits- grundsatz .....	175
	IV.B.4.e. Ergebnis .....	176
IV.B.5.	Eigenständige Bedeutung der Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte? .....	178
	IV.B.5.a. Vorbemerkung .....	178
	IV.B.5.b. Uneinheitliches Wesensgehaltsverständnis in der älteren Rechtsprechung .....	179
	IV.B.5.c. Tendenz in Richtung absolutes Wesensgehaltsverständnis in der jüngeren Rechtsprechung .....	183
	IV.B.5.c.i. Die Rechte nach Art 7 und 8 GRC.....	183
	IV.B.5.c.ii. Die Rechte nach Art 15 und 16 GRC....	184
	IV.B.5.c.iii. Sonstige Grundrechte.....	186
	IV.B.5.d. Ergebnis .....	189
IV.B.6.	Auslegungsmöglichkeiten von Art 52 Abs 1 GRC .....	191
	IV.B.6.a. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	191
	IV.B.6.b. Wesensgehaltsgarantie .....	194
<b>IV.C.</b>	<b>Exkurs: Verhältnismäßigkeit im Recht der EMRK.....</b>	<b>195</b>
	IV.C.1. Vorbemerkung .....	195
	IV.C.2. Die Rechtsprechung des EGMR .....	196
<b>IV.D.</b>	<b>Grundfreiheiten .....</b>	<b>199</b>
	IV.D.1. Vorbemerkung .....	199
	IV.D.2. Die drei Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit .....	201
	IV.D.2.a. Eignung .....	201
	IV.D.2.a.i. Das Kriterium der Kohärenz.....	202
	IV.D.2.a.i.a) Vorbemerkung.....	202
	IV.D.2.a.i.b) Glücksspielregulierung..	203
	IV.D.2.a.i.c) Regulierung zum Schutz der menschlichen Gesundheit .....	205
	IV.D.2.a.i.d) Dogmatische Einordnung.....	207
	IV.D.2.b. Erforderlichkeit .....	209
	IV.D.2.c. Verhältnismäßigkeit ieS .....	212
IV.D.3.	Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	214
	IV.D.3.a. Pauschale Beurteilung ohne Prüfung einzelner Teilgrundsätze .....	214
	IV.D.3.b. Prüfung eines Teilgrundsatzes.....	216
	IV.D.3.b.i. Eignung .....	216
	IV.D.3.b.ii. Erforderlichkeit.....	217
	IV.D.3.c. Eignung und Erforderlichkeit.....	217

IV.D.3.d. Prüfung von Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit .....	219
IV.D.3.d.i. Frühe Urteile.....	220
IV.D.3.d.ii. Grundrechte bei der Rechtfertigungsprüfung .....	221
IV.D.3.d.iii. Ermessen und Verfahrensgarantien.....	223
IV.D.3.d.iv. Verhältnismäßigkeit von Sanktionen.....	226
IV.D.3.d.v. Sonstige Urteile .....	226
IV.D.3.e. Ergebnis .....	227
<b>V. Überlegungen zur gerichtlichen Kontrolldichte.....</b>	<b>229</b>
<b>V.A. Vorbemerkung.....</b>	<b>229</b>
<b>V.B. Möglichkeiten richterlicher Zurückhaltung .....</b>	<b>232</b>
V.B.1. Ausspruch über die mangelnde Justiziabilität der Maßnahme .....	232
V.B.2. Formulierung der Verhältnismäßigkeit und Beweislast ..	232
V.B.3. Keine genaue Überprüfung der Rechtfertigung .....	236
V.B.4. Verweis an nationale Gerichte .....	237
<b>V.C. Kontrolldichte in der Rechtsprechung des EGMR.....</b>	<b>240</b>
V.C.1. Vorbemerkung .....	240
V.C.2. Determinanten der Kontrolldichte.....	241
V.C.2.a. Gemeinsamer Konsens in den Vertragsstaaten.....	242
V.C.2.b. Bedeutung des beeinträchtigten Koventionsrechts.....	243
V.C.2.c. Bedeutung des verfolgten Ziels.....	244
V.C.2.d. Kontext der geschützten Tätigkeit und Grad der Rechtsbeeinträchtigung .....	245
V.C.2.e. Sonstige Determinanten der Kontrolldichte ....	246
<b>V.D. Determinanten der Kontrolldichte in der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten .....</b>	<b>247</b>
V.D.1. Vorbemerkung .....	247
V.D.2. Ermessensspielraum des zuständigen Organs .....	248
V.D.2.a. Ermessen der Unionsorgane.....	248
V.D.2.a.i. Gemeinsame Agrarpolitik.....	248
V.D.2.a.ii. Andere Rechtsbereiche .....	251
V.D.2.b. Ermessen der Mitgliedstaaten .....	254
V.D.3. Bedeutung des beeinträchtigten Rechts.....	256
V.D.3.a. Die Rechte nach Art 7 und 8 GRC .....	256
V.D.3.b. Freiheit der Meinungsäußerung.....	259

V.D.3.c.	Wirtschaftliche Grundrechte .....	261
V.D.3.c.i.	Ältere Rechtsprechung.....	261
V.D.3.c.ii.	Jüngere Rechtsprechung .....	263
V.D.3.d.	Recht auf Gleichbehandlung .....	267
V.D.3.d.i.	Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten.....	267
V.D.3.d.ii.	Maßnahmen durch die Union .....	268
V.D.4.	Schwere des Eingriffs .....	269
V.D.4.a.	Grundregel: Strenge Prüfung bei schweren Eingriffen .....	269
V.D.4.b.	Ausnahme: Erhebliche wirtschaftliche Nachteile .....	272
V.D.4.c.	Abschließende Erwägungen .....	272
V.D.5.	Bedeutung des verfolgten legitimen Ziels.....	274
V.D.5.a.	Gesundheitsschutz.....	275
V.D.5.b.	Verbraucherschutz.....	277
V.D.5.c.	Öffentliche Ordnung und Sicherheit .....	279
V.D.5.c.i.	Maßnahmen durch die Union .....	280
V.D.5.c.ii.	Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten.....	283
V.D.6.	Dringlichkeit der Maßnahme als Faktor?.....	285
V.D.7.	Maßnahme der Union oder eines Mitgliedstaates als Faktor? .....	287
V.D.8.	Ergebnis .....	289
<b>V.E.</b>	<b>Determinanten der Kontrolldichte in der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten .....</b>	<b>291</b>
V.E.1.	Vorbemerkung .....	291
V.E.2.	Harmonisierung des Rechtsbereichs und gemeinsamer Konsens in den Mitgliedstaaten .....	292
V.E.2.a.	Zusammenspiel dieser Faktoren.....	292
V.E.2.b.	Öffentliche Ordnung und Sicherheit .....	295
V.E.2.c.	Sicherheit des Straßenverkehrs .....	299
V.E.2.d.	Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung .....	302
V.E.2.d.i.	Glücksspielregulierung .....	302
V.E.2.d.i.a)	Vorbemerkung.....	302
V.E.2.d.i.b)	Größte gerichtliche Zurückhaltung in der älteren Rechtsprechung .....	302
V.E.2.d.i.c)	Erhöhung der Kontrolldichte mit Anerkennung der Kohärenz .....	304
V.E.2.d.i.d)	Ergebnis .....	313

V.E.2.e. Gesundheitsschutz.....	315
V.E.2.e.i. Vorbemerkung.....	315
V.E.2.e.ii. Regulierung des Apothekenwesens .....	316
V.E.2.e.iii. Sonstige Bereiche .....	320
V.E.3. Bedeutung des Rechtfertigungsgrundes.....	323
V.E.3.a. Vorbemerkung.....	323
V.E.3.b. Öffentliche Ordnung und Sicherheit .....	324
V.E.3.c. Gesundheitsschutz.....	327
V.E.3.d. Verbraucherschutz.....	332
V.E.3.e. Umweltschutz.....	337
V.E.3.f. Grundrechte	343
V.E.4. Grad der Rechtsbeeinträchtigung.....	348
V.E.5. Ergebnis .....	353
<b>V.F. Unterschiede zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten? .....</b>	<b>355</b>
<b>VI. Zusammenfassung.....</b>	<b>357</b>
<b>VI.A. Historische Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit .....</b>	<b>357</b>
<b>VI.B. Mögliche Geltungsgründe und Funktionen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit .....</b>	<b>360</b>
<b>VI.C. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Österreich und Deutschland.....</b>	<b>363</b>
<b>VI.D. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht.....</b>	<b>366</b>
VI.D.1. Grundrechte.....	366
VI.D.2. Grundfreiheiten .....	370
<b>VI.E. Gerichtliche Kontrolldichte .....</b>	<b>372</b>
VI.E.1. Allgemeines .....	372
VI.E.2. Grundrechte.....	375
VI.E.3. Grundfreiheiten .....	376
VI.E.4. Vergleichbare Strenge der gerichtlichen Prüfung .....	378
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>379</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>399</b>

# Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
Abs	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
AJDA	L'actualité juridique, droit administratif (Zeitschrift)
AJIL	American Journal of International Law
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ArchVR	Archiv des Völkerrechts (Zeitschrift)
Art	Artikel
BayVerfGHE	Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
Bd	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
bspw	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CC	Conseil constitutionnel (französisches Verfassungsgericht)
CE	Conseil d'État (oberstes französisches Verwaltungsgericht)
Ch	Law Reports, Chancery Division
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
CMLR	Common Market Law Review
dh	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
dStGB	deutsches Strafgesetzbuch
EBLR	European Business Law Review
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EHRLR	European Human Rights Law Review
EJLS	European Journal of Legal Studies
ELJ	European Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
Fn	Fußnote
FrPG	Fremdenpolizeigesetz
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin am EuGH
GBefG	Güterbeförderungsgesetz
GelegenheitsverkehrsG	Gelegenheitsverkehrs-Gesetz
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung
ggf	gegebenenfalls
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
hA	herrschende(r) Ansicht
HILJ	Harvard International Law Journal
hL	herrschende(r) Lehre
HRLJ	Human Rights Law Journal
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
JA.	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JBl	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JWT	Journal of World Trade
JZ	JuristenZeitung
KB	Law Reports, King's Bench Division
LIEI	Legal Issues of Economic Integration (Zeitschrift)
LKV	Verwaltungsrechts-Zeitschrift für die Länder Berlin, Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen
LSchG	Ladenschlussgesetz
mE	meines Erachtens
MLR	Minnesota Law Review
mN	mit Nachweisen
MuR	Medien und Recht (Zeitschrift)
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
ÖZöRV	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht

---

ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PharmR	Pharma Recht (Zeitschrift)
PL	Public Law (Zeitschrift)
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Sammlung der Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
QB	Law Reports, Queen's Bench Division
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rz	Randzahl(en)
SchrottenkungsG	Schrottenkungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
TILJ	Texas International Law Journal
UKHL	House of Lords (Entscheidungssammlung)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes
VO	Verordnung
VVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
VvL	Vertrag von Lissabon
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter (Zeitschrift)
WLR	Weekly Law Reports
YEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

## Abstract

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit spielt im Unionsrecht vor allem bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit von Beschränkungen der Grundrechte und Grundfreiheiten eine entscheidende Rolle. Wenngleich der EuGH mittlerweile seit Jahrzehnten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seinen Urteilen heranzieht, ist eine einheitliche Struktur seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht ersichtlich. Darüber hinaus prüft er die Verhältnismäßigkeit der streitgegenständlichen Maßnahmen mit unterschiedlicher Intensität; er variiert also seine Kontrolldichte. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich primär mit den Fragen, ob der EuGH vermehrt eine bestimmte Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung wählt und welche die maßgeblichen Determinanten der Kontrolldichte sind. Nach einem Überblick über die historische Entwicklung und die denkbaren Geltungsgründe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie über seine Anwendung im deutschen und österreichischen Recht, werden die oben genannten Fragestellungen anhand der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten und Grundfreiheiten analysiert. Bei der Untersuchung der für die Kontrolldichte maßgebenden Faktoren wird auch der Stand der Forschung in Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR thematisiert. Festgestellt wurde, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH bei Beschränkungen der Grundfreiheiten idR aus den Teilgrundsätzen der Eignung und Erforderlichkeit besteht, während bei Eingriffen in Grundrechte mehrheitlich auch das Element der Angemessenheit in die Entscheidungsfindung einfließt. Als maßgebliche Determinanten der Kontrolldichte wurden im Bereich der Grundfreiheiten eine etwaige Harmonisierung des Rechtsbereichs, ein möglicher Konsens in den Mitgliedstaaten, der ins Treffen geführte Rechtfertigungsgrund sowie der Grad der Rechtsbeeinträchtigung identifiziert. Im Bereich der Grundrechte sind der Ermessensspielraum des zuständigen Organs, die Bedeutung des beeinträchtigten Rechts, der Grad der Rechtsbeeinträchtigung sowie die Bedeutung des verfolgten legitimen Ziels für die Kontrolldichte entscheidend.

## **Abstract (English)**

The principle of proportionality plays a crucial role in European Union Law when the legality of restrictions of fundamental rights or fundamental freedoms is assessed. Even though the ECJ has been applying the principle of proportionality in its judgements for decades, a uniform structure of the proportionality test is not evident. Moreover, the ECJ reviews the proportionality with different levels of scrutiny. The present thesis primarily deals with the questions whether the ECJ predominantly applies a certain structure of the proportional test and which factors are decisive for the standard of review. After a short overview of the historical development of the principle of proportionality, possible reasons for its existence and its application in German and Austrian law, the questions mentioned above are addressed by examining the case law of the ECJ regarding fundamental rights and fundamental freedoms. The investigation also covers the state of research regarding the decisive factors for the standard of review in the jurisprudence of the ECtHR. It has been established that the ECJ usually reviews the suitability and necessity of measures restricting the fundamental freedoms in the course of the proportionality test, whereas it additionally reviews the proportionality *stricto sensu* of measures interfering with fundamental rights. In the field of fundamental freedoms, a possible harmonisation of the legal area, a possible consensus among the Member States, the applicable ground of justification and the restrictive impact of the contested measure are decisive for the standard of review applied by the ECJ. As regards measures interfering with fundamental rights, the standard of review primarily depends on the margin of discretion of the competent authority, the importance of the fundamental right interfered with, the degree of the interference and the importance of the legitimate aim pursued.



# I. Einführung

## I.A. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und gerichtliche Kontrolldichte

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat in nahezu allen nationalen Rechtsordnungen,<sup>1</sup> im Unionsrecht<sup>2</sup> und im Recht der EMRK seinen festen Platz.<sup>3</sup> Seine Bedeutung wird nicht nur durch die häufige Bezugnahme auf Verhältnismäßigkeitserwägungen in der Rechtsprechung, sondern auch durch zahlreiche Forschungsarbeiten zu der Thematik deutlich. Die Zielsetzungen dieser Arbeiten reichen von grundlegenden Themen<sup>4</sup> bis hin zu juristischen Nischenthemen, wie der Verhältnismäßigkeit des Dopingkontrollsystems<sup>5</sup> oder der Verhältnismäßigkeit der Festlegung von Ersatzpflanzungen für geschützte Bäume.<sup>6</sup>

Die Popularität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegt zu einem Teil darin begründet, dass er die Idee von Gerechtigkeit verwirklichen soll.<sup>7</sup> Wie die Gerechtigkeit leuchtet auch die Verhältnismäßigkeit allen Menschen ein, ist jedoch für den Forschenden schwer fassbar.<sup>8</sup> Ebenso ist der Gedankengang, dass das Gerechte etwas Proportionales sei,<sup>9</sup> zwar jedermann verständlich; das Problem, was gerecht ist, wird mit dieser Formulierung allerdings nicht gelöst, sondern nur zum Begriff der Verhältnismäßigkeit verschoben.

---

<sup>1</sup> Vgl etwa *Logemann*, Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften (2004) 196.

<sup>2</sup> Vgl etwa *GA Jacobs*, Schlussanträge Kommission/Griechenland, C-120/94, EU:C:1995:109, Rz 70.

<sup>3</sup> *Arnauld*, Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, *EuR* 2008, Beiheft 1, 41 (42); *McBride*, Proportionality and the European Convention on Human Rights, in: Ellis (Hrsg.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (1999) 23 (23); *Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*<sup>2</sup> (2005) 686 ff.

<sup>4</sup> Vgl etwa *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961); *Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1981); *Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission* (Hrsg.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen* (1985); *Ellis* (Hrsg.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (1999); *Pirker*, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review* (2013).

<sup>5</sup> *Soyez*, *Die Verhältnismäßigkeit des Dopingkontrollsystems* (2002).

<sup>6</sup> *Otto*, *Zur Verhältnismäßigkeit der Festlegung von Ersatzpflanzungen für geschützte Bäume*, *LKV* 2000, 293.

<sup>7</sup> Zur Beziehung von Gerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit siehe Kapitel II.B u II.C unten.

<sup>8</sup> Zu dieser Problematik für den Begriff der Gerechtigkeit vgl *Isensee*, *Gerechtigkeit – die vorrechtliche Idee des richtigen Rechts*, in: *Kirchhof/Papier/Schäffer* (Hrsg.), *Rechtsstaat und Grundrechte*, *FS Merten* (2007) 3 (4).

<sup>9</sup> *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, Buch VI, 1131 a 30.

Besondere Bedeutung erlangte der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Dogmatik der Grundrechte, da er die mit Abstand wichtigste materielle Schranke für Grundrechtseingriffe darstellt. Er zielt darauf ab, eine angemessene Relation zwischen dem Zweck (Ziel) und dem Mittel des Grundrechtseingriffs zu gewährleisten.<sup>10</sup> Nach der in Österreich und Deutschland vorherrschenden Meinung wird das Zweck-Mittel-Verhältnis in drei Teilschritten geprüft: Eingriffe in Grundrechte müssen i) geeignet sein, das verfolgte legitime Ziel zu fördern, ii) das gelindeste Mittel zur Förderung dieses Ziels darstellen und iii) darüber hinaus verhältnismäßig i.e.S. sein, dh die Intensität des Grundrechtseingriffs muss in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewicht des verfolgten legitimen Ziels stehen.<sup>11</sup>

Allerdings beschränkt sich der Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weder im nationalen Recht noch im Recht der EU auf grundrechtliche Fragestellungen. Im Besonderen gilt dies für das Unionsrecht, da der Grundsatz (unter anderem) auch für die Frage der Rechtmäßigkeit von Beschränkungen der Grundfreiheiten und für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gegenüber den Mitgliedstaaten von Relevanz ist.<sup>12</sup> Seine überragende Stellung wird von GA *Jacobs* treffend wie folgt beschrieben: „*Was den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angeht, so gibt es, wenn überhaupt, wenige Bereiche des Gemeinschaftsrechts, in denen er keine Bedeutung hat.*“<sup>13</sup>

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eng mit der gerichtlichen Kontroll-dichte verknüpft.<sup>14</sup> Kontrolldichte bezeichnet in diesem Zusammenhang die Bereitschaft eines Gerichts, Entscheidungen der zuständigen Organe zu hinterfragen und durch eigene Beurteilungen zu ersetzen.<sup>15</sup> Je höher die gerichtliche Kontrolldichte ist, desto eher verwerfen Gerichte Akte der Legislative und Exekutive aufgrund von Unverhältnismäßigkeit.

---

<sup>10</sup> Vgl etwa *Gentz*, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1600 (1601).

<sup>11</sup> Vgl etwa *Ress*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristen- Kommission (Hrsg.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen* (1985) 5 (13); *Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1981) 2 mwN aus der Judikatur des BVerfG; *Michael/Morlok*, *Grundrechte*<sup>5</sup> (2016) Rz 618 ff; *Pollak*, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs* (1991) 121 ff.

<sup>12</sup> Vgl Art 5 Abs 4 EUV: „*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.*“

Für weitere Funktionen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes siehe Kapitel II.G.5 unten.

<sup>13</sup> GA *Jacobs*, Schlussanträge Kommission/Griechenland, C-120/94, EU:C:1995:109, Rz 70.

<sup>14</sup> Vgl *Emiliou*, *The Principle of Proportionality in European Law* (1996) 171 ff.

<sup>15</sup> *Koch*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (2004) 526.

Die Bestimmung der anzulegenden Kontrolldichte ist stets ein Balanceakt: Eine zu zurückhaltende Prüfung hat zur Folge, dass Individualrechtspositionen möglicherweise nicht ausreichend geschützt werden, während eine zu strenge Prüfung dazu führt, dass Gerichte eine Exekutiv- bzw. Legislativfunktion einnehmen, die ihnen in Rechtsordnungen, die vom Gewaltenteilungsprinzip getragen sind, nicht zukommt. Die Frage der Kontrolldichte stellt sich auf allen drei Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und kann auf verschiedenen Ebenen unterschiedlich zu beantworten sein.

Die Frage nach der anzulegenden gerichtlichen Kontrolldichte bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von legislativen und exekutiven Entscheidungen betrifft in letzter Konsequenz das Machtverhältnis zwischen den verschiedenen Gewalten im Staat. Mit den Worten von *Arnauld* „geht es um die Frage nach dem Verhältnis von Recht (Judikative) und Politik (Legislative, Exekutive), von Rechtsstaat (bzw. rule of law) und Demokratie.“<sup>16</sup> Denn längst fungiert die Judikative in Gestalt der Verfassungsgerichte (im westlichen Verfassungsstaat) nicht nur als Kontrollinstanz für die Macht der Legislative und der Exekutive, sondern ist „selbst zum Machttträger geworden.“<sup>17</sup>

In einem politischen Mehrebenensystem wie der EU bewegt sich die Gerichtsbarkeit in einem zusätzlichen Spannungsfeld, da nicht nur ein Gleichgewicht der drei Gewalten, sondern auch zwischen den Mitgliedstaaten einerseits und der Union andererseits anzustreben ist. Wenn der EuGH bspw. über die Verhältnismäßigkeit von nationalen Beschränkungen der Grundrechte oder Grundfreiheiten abspricht, betrifft dies nicht nur sein Verhältnis – als Organ der Judikative – zur Exekutive oder Legislative, sondern auch sein Verhältnis – als Organ der Union – zu den Mitgliedstaaten. Er ist dabei nicht nur eine der drei Gewalten, sondern fungiert gleichsam als Waage, welche die Gewalten im Gleichgewicht hält.<sup>18</sup>

## I.B. Problemstellung

Aufgrund der Tatsache, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in vielen Verfahren vor dem EuGH für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidend ist und dabei die Prüfung der Verhältnismäßigkeit mit variierender Kontrolldichte vorgenommen wird,<sup>19</sup> soll diese Thematik einer genauen Betrachtung unterzogen

---

<sup>16</sup> *Arnauld*, EuR 2008, Beiheft 1, 43.

<sup>17</sup> *Lepsius*, Grundrechtspluralismus in Europa, in: Masing/Jestaedt/Capitant/Le Divillec (Hrsg.), Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa (2015) 45 (47 f).

<sup>18</sup> *Kirschner*, Grundfreiheiten und nationale Gestaltungsspielräume (2014) 47.

<sup>19</sup> *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung (2000) 586.

werden. Die Bedeutung dieser Untersuchung ergibt sich vor allem aus dem Umstand, dass gerichtliche Entscheidungen in gewissem Maße vorhersehbar und nachvollziehbar sein müssen, um die Akzeptanz des Rechts in der Bevölkerung zu gewährleisten. Darüber hinaus soll die vorliegende Arbeit den Rechtsunterworfenen bzw dessen Berater in die Lage versetzen, die Chancen in einem etwaigen Verfahren vor dem EuGH besser einschätzen zu können.

Der erste Kernpunkt der Arbeit ist die Untersuchung, wie der EuGH bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung methodisch vorgeht, insbesondere, ob er Überlegungen zu den Teilgrundsätzen der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. vornimmt.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die drei Teilgrundsätze in der Literatur und Judikatur zum Teil unterschiedlich benannt werden:<sup>20</sup> Der Aspekt der Eignung wird auch als „Geeignetheit“, „Tauglichkeit“ oder „Zwecktauglichkeit“, jener der Erforderlichkeit als „Notwendigkeit“, „Übermaßverbot“ oder „Grundsatz des mildesten bzw schonendsten Mittels“ und jener der Verhältnismäßigkeit i.e.S. als „Proportionalität“, „Angemessenheit“, „Adäquanz“ oder „Übermaßverbot“ bezeichnet. Zur besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit zur Bezeichnung der Teilgrundsätze auf die Begriffe „Eignung“, „Erforderlichkeit“, „Notwendigkeit“ und „Verhältnismäßigkeit i.e.S.“/„Angemessenheit“ zurückgegriffen.

Die Frage, welche Faktoren die Kontrolldichte des EuGH bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Beschränkungen der Grundrechte und Grundfreiheiten bestimmen, stellt den zweiten Kernpunkt der vorliegenden Arbeit dar. Wenngleich sich die gerichtliche Kontrolldichte auch auf die Beurteilung, ob der Schutzbereich eines Rechts eröffnet ist oder eine Beschränkung eines Rechts vorliegt, auswirken kann,<sup>21</sup> sollen lediglich ihre Auswirkungen auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung behandelt werden.

Schließlich ergibt sich aus Art 52 Abs 1 GRC<sup>22</sup> und der Judikatur auch die mit der Verhältnismäßigkeit zusammenhängende Frage, wie der EuGH die zweite materielle Schranke für Grundrechtseingriffe – die Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte – auslegt. Dabei ist zu untersuchen, ob der Gerichtshof einem absoluten oder relativen Wesensgehaltsbegriff folgt.

---

<sup>20</sup> Vgl zur Uneinheitlichkeit des Sprachgebrauchs bereits *Hirschberg*, Grundsatz 19 ff mwN.

<sup>21</sup> Vgl zu dieser Thematik auf dem Gebiet der Grundfreiheiten *Kirschner*, Grundfreiheiten 123 ff.

<sup>22</sup> Art 52 Abs 1 GRC: „Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten.“

Der Fokus der vorliegenden Arbeit liegt auf der Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH im Grundrechtsbereich und den maßgeblichen Faktoren, welche die Kontrolldichte des Gerichtshofes auf diesem Gebiet beeinflussen. Dieser Themenkomplex ist von besonderem Interesse, da der EuGH häufig mit Vorwürfen konfrontiert wird, wonach dessen Grundrechtsschutz ungenügend sei,<sup>23</sup> wobei vor allem die mangelnde Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung,<sup>24</sup> die mangelnde Berücksichtigung des betroffenen Individualinteresses<sup>25</sup> sowie die zu große Zurückhaltung gegenüber Maßnahmen von Unions-Unionsorganen<sup>26</sup> kritisiert werden. Darüber hinaus erfolgten auf diesem Gebiet mit dem Inkrafttreten der GRC durch den VvL beachtliche Änderungen im geschriebenen Unionsrecht, wobei fraglich ist, ob die GRC den Grundrechtsschutz in der Union lediglich sichtbar gemacht hat oder auch substantielle Auswirkungen auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes hat.<sup>27</sup>

## I.C. Aufbau der Arbeit

Zu Beginn der Arbeit werden die historischen Ursprünge des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, insbesondere die Gedanken in der antiken Philosophie, sowie der Einfluss des Liberalismus und der Aufklärung auf dessen Entwicklung beleuchtet. In weiterer Folge wird die Herausbildung der Verhältnismäßigkeitsidee in den Rechtssystemen Österreichs, Deutschlands, Frankreichs und Englands dargestellt. Anhand dieses Rechtsvergleichs wird dargelegt, dass sich das

---

<sup>23</sup> *Berrisch*, Zum „Bananen“-Urteil des EuGH vom 5.10.1994 – Rs. C-280/93, Deutschland ./ Rat der Europäischen Union, EuR 1994, 461 (465 ff); *Huber*, Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen, EuZW 1997, 517 (520 f); *Nettesheim*, Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, EuZW 1995, 106 (107); wohl auch *Pache*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, 1033 (1040); *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta (2005) 203 ff; aA vgl etwa *Kischel*, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, 380 (390); *Craig/de Bürca*, EU Law<sup>5</sup> (2011) 372 ff.

<sup>24</sup> *Bühler*, Einschränkung 203 f; *Ehlers*, Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten<sup>4</sup> (2014) § 14 Rz 114 mwN.

<sup>25</sup> *von Danwitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 2003, 393 (401); *Nettesheim*, EuZW 1995, 106; *Bühler*, Einschränkung 205 mwN aus der Judikatur des EuGH; *Emmerich-Fritsche*, Grundsatz 652.

<sup>26</sup> *Bühler*, Einschränkung 206; *Ehlers*, Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte § 14 Rz 114; *Storr*, Zur Bonität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union, Der Staat 1997, 547 (564 ff).

<sup>27</sup> *Hauke*, Verhältnismäßigkeit im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht: Eine Untersuchung zur Kontrolldichte des Europäischen Gerichtshofs (2005) 195, ging in ihrer Arbeit davon aus, dass das Inkrafttreten der GRC keine Veränderung der Rechtsprechung des EuGH bewirken würde.

englische und französische Verständnis von Grundrechten und Verhältnismäßigkeit wesentlich von jenem in Österreich und Deutschland unterscheidet. Die daran anschließende Diskussion um die möglichen Geltungsgründe des Grundsatzes soll ebenfalls dazu beitragen, Verhältnismäßigkeit in einem breiteren Kontext zu begreifen. Den Abschluss dieses Teils der Arbeit bilden Ausführungen zum Geltungsgrund sowie zu den Funktionen des Grundsatzes im Unionsrecht (Kapitel II).

Im folgenden Kapitel werden die einzelnen Teilelemente des Grundsatzes und die Bedeutung der Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte nach der österreichischen und deutschen Lehre sowie nach der Rechtsprechung von VfGH und BVerfG dargestellt (Kapitel III).

Danach werden die Urteile des EuGH, welche sich mit Beschränkungen der Grundrechte beschäftigen, einer eingehenden Analyse unterzogen. Hierbei werden die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte untersucht. In diesem Zusammenhang werden auch Entscheidungen berücksichtigt, in welchen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vom Gerichtshof auch ohne Bezug zu einem beeinträchtigten Grundrecht als selbständiger Rechtmäßigkeitsmaßstab zum Schutz vor übermäßigen Belastungen des Einzelnen herangezogen wird (Kapitel IV.B).

Ergänzt wird diese Analyse durch die Untersuchung der Frage, welche Deutungsmöglichkeiten Art 52 Abs 1 GRC hinsichtlich der Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der Bedeutung des Wesensgehalts der Grundrechte nahelegt (Kapitel IV.B.6). Anschließend wird die Frage behandelt, inwiefern der EGMR bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer bestimmten Struktur folgt und worin er sich in diesem Aspekt von der Rechtsprechung des EuGH unterscheidet (Kapitel IV.C).

Im folgenden Kapitel wird die Verhältnismäßigkeitsthematik von dem Bereich der Grundrechte auf jenen der Grundfreiheiten verlagert. Auf Basis einer Analyse der einschlägigen Judikatur des EuGH soll die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Beschränkungen der Grundfreiheiten dargestellt werden (Kapitel IV.D).

Das für den Ausgang eines Rechtsstreits bedeutende Thema der gerichtlichen Kontrolldichte wird in Kapitel V erörtert. Eingangs werden die verschiedenen Arten beschrieben, auf die Gerichte im Allgemeinen und der EuGH im Besonderen richterliche Zurückhaltung zeigen können (Kapitel V.B). Für die Frage nach den Determinanten der Kontrolldichte in der EuGH-Rechtsprechung zu den Grundrechten wird in einem ersten Schritt der Meinungsstand in der Literatur in

Bezug auf die Determinanten der Kontrolldichte in der Rechtsprechung des EGMR<sup>28</sup> dargestellt (Kapitel V.C), bevor in einem zweiten Schritt eine Analyse der einschlägigen Urteile des EuGH erfolgt (Kapitel V.D). Im folgenden Kapitel werden die maßgeblichen Determinanten in der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten dargestellt (Kapitel V.E). Abschließend wird untersucht, ob Unterschiede in der Kontrolldichte zwischen Grundrechtseingriffen durch die Union und mitgliedstaatlichen Beschränkungen der Grundfreiheiten bestehen (Kapitel V.F).

Im Gegensatz zu den Ausführungen in den ersten Kapiteln stützen sich jene in den Kapiteln IV und V deutlich stärker auf die einschlägige Judikatur als auf die Literatur. Dies ist einerseits durch den Umstand bedingt, dass vor allem die jüngere Rechtsprechung des EuGH umfassend ausgewertet wurde,<sup>29</sup> die in den Monographien zu der Thematik noch nicht verarbeitet wurde. Andererseits liegt der Grund auch darin, dass die zitierten Judikate im Hinblick auf die genannten Fragestellungen in der vorliegenden Arbeit zum Teil deutlich intensiver untersucht wurden als dies in der Literatur der Fall ist. Zuletzt ist noch darauf hinzuweisen, dass die Untersuchung auf dem Gebiet der Grundfreiheiten nicht in gleichem Maße intensiv und ausführlich ist, wie auf dem Gebiet der Grundrechte, da die EuGH-Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten für den Rahmen der vorliegenden Arbeit zu umfangreich ist, um umfassend dargestellt zu werden. Aus diesem Grund wurde der Fokus auf jene Bereiche der Judikatur gelegt, welche für die Forschungsfragen besonders ergiebig sind.

---

<sup>28</sup> *Mahoney*, The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice – Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism, 19 HRLJ 1998, 1; *Schokkenbroek*, The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice – The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, 19 HRLJ 1998, 30; *Lavender*, The Problem of the Margin of Appreciation, 4 EHRLR 1997, 380; *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 1996, 240; *Prepeluh*, Die Entwicklung der Margin of Appreciation-Doktrin im Hinblick auf die Pressefreiheit, ZaöRV 2001, 771.

<sup>29</sup> Judikatur wurde bis 31.12.2016 berücksichtigt.



## II. Historische Entwicklung und mögliche Geltungsgründe des Grundsatzes

### II.A. Vorbemerkung

Das folgende Kapitel beschäftigt sich in den Abschnitten II.B-II.D mit den ersten vorchristlichen Ansätzen der Verhältnismäßigkeitsidee und deren Weiterentwicklung in der antiken Rechtsphilosophie sowie während der Zeit der Aufklärung und des Liberalismus. In Abschnitt II.E wird die jüngere Geschichte sowie der aktuelle Status des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Deutschland, Österreich, Frankreich und England dargestellt. Aufgrund der Schwerpunktsetzung der vorliegenden Arbeit wird auf eine umfassende Auseinandersetzung mit diesen Themen verzichtet und lediglich versucht die maßgeblichen Entwicklungslinien darzustellen. In Abschnitt II.F werden die möglichen Geltungsgründe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit diskutiert, bevor in Abschnitt II.G untersucht wird, inwiefern diese sowie weitere Herleitungsalternativen dessen Geltung im Unionsrecht begründen können.

### II.B. Erste Ansätze in vorchristlichen Strafkatalogen

Die Verhältnismäßigkeit ist mit der schwer objektivierbaren Idee von Gerechtigkeit<sup>30</sup> eng verknüpft und war bereits im 18. Jahrhundert v. Chr. in Gestalt von Talionsgeboten im Kodex des babylonischen Herrschers *Hammurabi* verankert. So besagte § 196 des Kodex Hammurabi: „*Wenn jemand einem Andern das Auge zerstört, so soll man ihm sein Auge zerstören.*“<sup>31</sup> Auch andere Bestimmungen des Kodex bringen zum Ausdruck, dass Gleiches nur mit Gleichem vergolten werden soll.<sup>32</sup> Es geht folglich um einen angemessenen Ausgleich zwischen dem durch einen Täter bei seinem Opfer verursachten Schaden und der für diese Tat geübten Vergeltung. Auf diese Weise sollte die häufig ausufernde Privatrache auf ein erträgliches Maß eingeschränkt werden.<sup>33</sup>

Die Ähnlichkeiten einiger Talionsgebote mit einer bekannten Passage des Alten Testaments fallen bereits beim ersten Blick ins Auge. Im 2. Buch Mose kommt das bereits im Kodex Hammurabi enthaltene Prinzip des „Auge um Auge, Zahn

---

<sup>30</sup> *Ress*, Grundsatz 16.

<sup>31</sup> *Winckler*, Die Gesetze Hammurabis<sup>4</sup> [1906] 32.

<sup>32</sup> Vgl etwa § 200 (zitiert nach *Winckler*, Gesetze 32): „*Wenn jemand die Zähne von einem andern seinesgleichen ausschlägt, so soll man seine Zähne ausschlagen.*“

<sup>33</sup> *Koch*, Grundsatz 40.

um Zahn“ wie folgt zum Ausdruck: „Ist aber ein weiterer Schaden entstanden, dann muss gegeben werden: Leben für Leben, Auge für Auge, Zahn für Zahn, Hand für Hand, Fuß für Fuß, Brandmal für Brandmal, Wunde für Wunde, Strieme für Strieme.“<sup>34</sup> Die starre Festlegung von Tat und der dafür gerechten Vergeltung gilt nach dem Alten Testament nicht für sämtliche Untaten. Zum Teil wird bereits darauf abgestellt, ob eine Tat vorsätzlich oder nur fahrlässig begangen wird.<sup>35</sup> Die Einbeziehung der Frage nach einem etwaigen Tatvorsatz für die Bemessung einer gerechten Strafe wurde später auch von *Aristoteles* aufgegriffen<sup>36</sup> und fand zunehmend Aufnahme in den verschiedenen Rechtsordnungen.<sup>37</sup>

## II.C. Gedanken in der antiken Rechtsphilosophie

### II.C.1. Verhältnismäßigkeit in der griechischen Philosophie und Staatskunde

Auch in der griechischen Philosophie wurde die Idee der Verhältnismäßigkeit bzw des rechten Maßes behandelt. Bereits um 700 v. Chr. grenzte der griechische Dichter *Hesiod* die Rechtsgottheit *Dike* von den drei Gegenspielerinnen *Bia* (Gewalt), *Eris* (Streit) und *Hybris* (Maßlosigkeit) ab.<sup>38</sup> Darüber hinaus spielte das Prinzip *pan métron ariston* (dt. alles in Maßen) eine wichtige Rolle in den philosophischen Werken von *Sokrates* (um 400 v. Chr.) und *Platon* (um 400 v. Chr.).<sup>39</sup> Auch im Bereich der Kunst stellte *Demokrit* (um 400 v. Chr.) das anzustrebende Ideal des Gleichmaßes dem Übermaß gegenüber.<sup>40</sup> Von besonderer Relevanz für die vorliegende Arbeit ist schließlich der Umstand, dass *Solon* (um 600 v. Chr.) schon Jahrhunderte vor modernen Verfassungsgerichten forderte, dass der Gesetzgeber Ziele nicht mit unverhältnismäßigen Mitteln anstreben solle.<sup>41</sup>

Nichtsdestotrotz hatten primär die aus der Idee der Gerechtigkeit hervorgegangenen Konzepte der *iustitia vindicativa* und der *iustitia distributiva* sowie die Überlegung, dass Recht nützlich sein müsse, den nachhaltigsten Einfluss auf die

<sup>34</sup> 2. Buch Mose, Kapitel 21, Vers 23 ff in der neuen evangelistischen Übersetzung (zitiert nach <bibleserver.com/text/NeÜ/2.Mose21>, abgerufen am 12.12.2017).

<sup>35</sup> Vgl 2. Buch Mose, Kapitel 21, Vers 13 f in der neuen evangelistischen Übersetzung (zitiert nach <bibleserver.com/text/NeÜ/2.Mose21>, abgerufen am 12.12.2017).

<sup>36</sup> Siehe Kapitel II.C.1 unten.

<sup>37</sup> Vgl etwa die unterschiedliche Strafandrohung für Mord nach § 75 StGB und fahrlässige Tötung nach § 80 StGB im österreichischen Recht.

<sup>38</sup> *Verdross*, *Abendländische Rechtsphilosophie*<sup>2</sup> (1963) 3.

<sup>39</sup> *Vranes*, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, ArchVR 2009, 1 (9) mwN.

<sup>40</sup> *Emmerisch-Fritsche*, *Verhältnismäßigkeit* 51.

<sup>41</sup> *Verdross*, *Rechtsphilosophie*<sup>2</sup> 6.

Entwicklung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit.<sup>42</sup> Unter *iustitia vindicativa* ist in diesem Zusammenhang vor allem die Beschränkung von Vergeltungsmaßnahmen auf proportionale Tatvergeltung zu verstehen, während *iustitia distributiva* die Forderung nach Verteilungsgerechtigkeit beschreibt.<sup>43</sup>

Allerdings blieb die Forderung nach angemessener Proportion iSd *iustitia vindicativa* nicht auf Maßnahmen zur Vergeltung beschränkt, sondern auch Maßnahmen, die im Notstand oder zur Selbstverteidigung ergriffen wurden, mussten verhältnismäßig zum (drohenden) Schaden sein.<sup>44</sup> Diese Ideen wirken in den modernen Strafrechtsordnungen fort. Im österreichischen Recht muss bspw im Fall der sogenannten Bagatelnotwehr die Abwehrhandlung zu dem – aus der Angriffshandlung – drohenden Nachteil in einem angemessenen Verhältnis stehen.<sup>45</sup>

Eine wesentliche Weiterentwicklung erfuhr das Konzept der *iustitia vindicativa* durch *Aristoteles*, indem er die meist starren Strafregele des Kodex Hammurabi und des Alten Testaments kritisierte und undifferenzierte Wiedervergeltung ablehnte.<sup>46</sup> Nach seiner Auffassung sollte Vergeltung als gerecht angesehen werden, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zur zu vergeltenden Tat stand, wobei spezifische Sachverhaltselemente, wie bspw die Frage des Vorsatzes, zu bedenken seien.<sup>47</sup>

Auf *Aristoteles* ist auch die Ausweitung der Proportionalität auf die *iustitia distributiva* zurückzuführen,<sup>48</sup> welche ursprünglich von *Anaximander* entwickelt wurde.<sup>49</sup> Nach *Wieacker* hatte diese einen noch größeren Einfluss auf die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als die *iustitia vindicativa*.<sup>50</sup> Aus der Perspektive der *iustitia distributiva* ist die Aufgabe der Gerechtigkeit einem

---

<sup>42</sup> *Wieacker*, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: Lutter/Stimpel/Wiedmann (Hrsg.), FS Fischer (1979) 867 (874 f). Wenngleich die Überlegung, dass Recht nützlich sein müsse, bereits im antiken Griechenland bekannt war, wird sie erst in Kapitel II.C.2 unten umfassend dargestellt, da sie durch den römischen Rechtsgelehrten *Ulpian* eine deutliche Aufwertung erfahren hat.

<sup>43</sup> *Wieacker*, Wurzeln 875, spricht von „zuteilender Gerechtigkeit“, welche im heutigen Sprachgebrauch als Verteilungsgerechtigkeit bezeichnet wird.

<sup>44</sup> *Vranes*, ArchVR 2009, 9.

<sup>45</sup> Vgl § 3 Abs 1 Satz 2 StGB: „Die Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, daß dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist.“

<sup>46</sup> *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 8, 1132 b 20.

<sup>47</sup> *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 8, 1132 b 30.

<sup>48</sup> *Koch*, Grundsatz 41.

<sup>49</sup> *Emmerisch-Fritsche*, Verhältnismäßigkeit 51.

<sup>50</sup> *Wieacker*, Wurzeln 876.