



Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints
aus der Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter
Bonn
2003/1

Divergenz trotz Diffusion?

Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips in
Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union

von
Christoph Knill / Florian Becker

I. Einleitung*

Es ist eine inzwischen gut dokumentierte Erkenntnis, daß sich politische, soziale oder rechtliche Innovationen sowohl innerhalb eines Staates als auch zwischen verschiedenen Staaten bisweilen wie ein Flächenbrand ausbreiten können. Diese Prozesse der Nachahmung und Angleichung vollziehen sich dabei vollkommen freiwillig. Es bestehen weder rechtliche Zwänge (etwa durch verbindliche Regulierung übergeordneter Institutionen) noch ökonomische Notwendigkeiten (Stichwort Regulierungswettbewerb zwischen Staaten)¹, welche diese Entwicklungen hinreichend erklären können².

Derartige Diffusionsphänomene sind insbesondere zwischen den amerikanischen Bundesstaaten sehr häufig beobachtet worden³. So wurde beispielsweise der Grundstein für die Reform des amerikanischen Scheidungsrechts 1966 in New York gelegt. Die dort verabschiedete Regelung wurde 1970 von Kalifornien übernommen und hatte sich bis 1974 auf 41 weitere Einzelstaaten ausgedehnt.⁴ Ähnliche Entwicklungen finden sich auch in anderen Politikbereichen, wie etwa der Sozialpolitik, dem Steuerrecht oder der Umweltpolitik.⁵

Diffusionsphänomene beschränken sich jedoch keineswegs auf den amerikanischen Bundesstaat, sondern zeigen sich auch in anderen politischen und institutionellen Zusammenhängen. Dies gilt insbesondere für die transnationale Diffusion von Regulierungskonzepten und Politikmustern. So verweisen Studien auf eine frappierende Parallelität der Entwicklung von Steuerungsformen und staatlichen Handlungskapazitäten in sämtlichen OECD-Ländern und vielfach auch über die Grenzen der westlichen industrialisierten Welt hinaus.⁶ In zunehmendem Maße werden innovative Regulierungsansätze einiger weniger Vorreiterstaaten durch eine Vielzahl von Ländern

* Die Autoren danken Dr. Leonor Moral Soriano und Prof. Dr. Christoph Engel (beide Max-Planck-Projektgruppe „Recht der Gemeinschaftsgüter“, Bonn) für die kritische Lektüre dieses Textes und ihre ausgesprochen hilfreichen Anmerkungen.

1 Die Frage, ob der durch Marktliberalisierung ausgelöste Regulierungswettbewerb eher zu einem vielfach befürchteten Wettlauf nach unten führt oder gar in eine gegenteilige Richtung verläuft, ist von einer Vielzahl von Faktoren abhängig. Vgl. *Holzinger*, Aggregation Technology of Common Goods and its Strategic Consequences. *Global Warming, Biodiversity and Siting Conflicts*. *European Journal of Political Research*, 40 (2001), S. 117; *Scharpf*, Introduction: The Problem-solving Capacity of Multi-level Governance, *Journal of European Public Policy*, 4 (1997), S. 520. Die Tatsache, daß beide Szenarien in der Realität auftreten können, läßt sich anhand verschiedener Beispiele aus der amerikanischen Politik illustrieren. Vgl. dazu *Vogel*, Trading Up. Consumer and Environmental Regulation in the Global Economy, 1995.

2 Über die Rechtsvergleichung als Diffusionspfad: *Okruch*, Innovation und Diffusion von Normen, Berlin 1999, S. 178.

3 Vgl. beispielsweise *Gray*, Innovation in the States: A Diffusion Study, *American Political Science Review*, 67 (1973), S. 1174; ders., Competition, Emulation, and Policy Innovation, in: Lawrence / Jillson (Hrsg.), *New Perspectives on American Politics*, 1994, S. 230; *Mintrom*, Policy Entrepreneurs and the Diffusion of Innovation, *American Journal of Political Science*, 41 (1997), S. 738-770; *Mintrom / Vergari*, Policy Networks and Innovation Diffusion: The Case of State Education Reforms. *Journal of Politics*, 60 (1998), S. 126.

4 *Jacob*, Silent Revolution. The Transformation of Divorce Law in the United States, 1988.

5 *Kern*, Die Diffusion von Politikinnovationen. Umweltpolitische Innovationen im Mehrebenensystem der USA, 2000; ders., Horizontale und vertikale Politikdiffusion in Mehrebenensystemen, Berlin, 1998 (FFU-Report 98-6).

6 *Badaracco*, Loading the Dice. A Five-Country Study of Vinyl Chloride Regulation, 1985; *Brickman / Jasanoff / Ilgen*, Controlling Chemicals: The Politics of Regulation in Europe and the United States, 1985; *Jänicke* (Hrsg.), Umweltpolitik der Industrieländer. Entwicklung – Bilanz – Erfolgsbedingungen, 1996; *Jänicke / Weidner* (Hrsg.), National Environmental Policies. A Comparative Study of Capacity-Building, 1997.

übernommen. Transnationale Diffusionsprozesse beschränken sich dabei nicht nur auf einzelne Maßnahmen oder Instrumente, sondern erstrecken sich auch auf administrative Strukturen und übergeordnete Steuerungsansätze.⁷ Auch für die Europäische Union (EU) ist diese Bedeutung von Pionierländern in verschiedenen Studien herausgearbeitet worden.⁸

Wenngleich die Ursachen und Mechanismen, welche diese vielfältigen Prozesse der Diffusion begünstigen, noch nicht hinreichend erforscht sind, scheint doch weitgehend Einigkeit über die Auswirkungen und Folgen dieser Entwicklungen zu bestehen. So wird grundsätzlich davon ausgegangen, daß die weitreichende Übertragung und Nachahmung verschiedener Konzepte zu einer internationalen Angleichung politischer, sozialer und rechtlicher Muster und Strukturen führen. Es kommt also, so die generelle Vermutung, zu einer Konvergenz nationaler Konzepte in einem betroffenen Politik- oder Regelungsbereich. Nicht zuletzt aufgrund dieses Zusammenhangs werden die Phänomene der Diffusion und Konvergenz in der einschlägigen Literatur teilweise synonym verwendet oder zumindest in einem sehr engen Zusammenhang gesehen.⁹

Legt man diese Befunde zugrunde, könnte die internationale Ausbreitung des zunächst von der deutschen Rechtswissenschaft entwickelten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geradezu als Paradebeispiel für die Konvergenz nationaler Rechtsordnungen herangezogen werden. Dieses Prinzip war ursprünglich in den klassischen verwaltungsrechtlichen Bereichen des Ordnungsrechtes und der Gefahrenabwehr angewandt worden und wurde sehr schnell zu einem zentralen Grundsatz der deutschen Rechtsordnung. Es durchzieht heute nahezu alle Bereiche des Verwaltungs- und Verfassungsrechts¹⁰. Der Aufstieg des Verhältnismäßigkeitsprinzips beschränkt sich jedoch keineswegs auf die deutsche Entwicklung, sondern zeigt sich auch an seiner wachsenden Rezeption in anderen Rechtssystemen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere, daß sich darunter durchaus Rechtsordnungen finden, die von ihrer Tradition und ihrem Wesen her große Unterschiede gegenüber dem deutschen System aufweisen. Dies gilt vor allem für Großbritannien, wo sich eine – wenngleich sehr vorsichtige und inkrementelle – Etablierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips abzeichnet. Ebenfalls ist beachtlich, daß das Prinzip auch im Rahmen des Gemeinschaftsrechts von hervorgehobener Bedeutung ist und mit dem Vertrag über die Europäische Union erstmals ausdrücklich in das gemeinschaftliche Primärrecht integriert wurde.

7 Kern (FN 5) 1998; Kern / Jörgens / Jänicke, Die Diffusion umweltpolitischer Innovationen. Ein Beitrag zur Globalisierung von Umweltpolitik, *Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht*, 4 (2001), S. 507.

8 Héritier / Knill / Mingers, Ringing the Changes in Europe. Regulatory Competition and the Transformation of the State, 1996; Andersen / Liefferink, *European Environmental Policy: The Pioneers*, 1997.

9 Bennett, What Is Policy Convergence and What Causes It? *British Journal of Political Science* 2 (1991), S. 215; ders., Understanding Ripple Effects: The Cross-National Adoption of Policy Instruments for Bureaucratic Accountability, *Governance* 10 (1997), S. 213; Dolowitz / Marsh, Who Learns What From Whom: A Review of the Policy Transfer Literature, *Political Studies* 44 (1996), S. 343; dies., Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy Making, *Governance: An International Journal of Policy and Administration* 13 (2000), S. 5, Kern (FN 5) (2000); Kern / Jörgens / Jänicke (FN 7); Rose, *Lesson Drawing in Public Policy. A Guide to Learning Across Time and Space*, 1993.

10 Zu der Geschichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Wieacker, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: Lutter / Stimpel / Wiedemann (Hrsg.), *FS Robert Fischer*, 1979, S. 867; Stern, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Badura / Scholz (Hrsg.), *FS Peter Lerche*, 1993, S. 165; eingehend Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, 1995.

Offenkundig wird dieser Rechtsgrundsatz auch in anderen Rechtsordnungen als sinnvolles und nachahmenswertes Konzept angesehen.

In Anbetracht dieser Entwicklung erscheint es naheliegend, die internationale Diffusion des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Indikator für die Angleichung verschiedener Rechtsordnungen zu interpretieren. Eine vergleichende Betrachtung der konkreten Rezeption und Anwendung des Prinzips zeigt jedoch, daß diese durchaus plausible – von der Diffusionsforschung gestützte – Erwartung in dieser Form nicht zutrifft. So kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Deutschland, Großbritannien und der EU in unterschiedlicher Weise und in einem anderen rechtlichen Kontext zur Anwendung. Die Rezeption des Prinzips führt somit nicht automatisch zu einer Angleichung unterschiedlicher Rechtsordnungen; zwischen Diffusion und Konvergenz besteht kein unmittelbarer Zusammenhang. Wie im folgenden gezeigt wird, läßt sich dieser Befund vor allem auf die unterschiedlichen institutionellen und politischen Strukturen zurückführen, in die die jeweiligen Rechtsordnungen eingebettet sind.

Um diese Argumentation näher auszuführen, erfolgt zunächst ein kurzer Überblick über zentrale Befunde der Diffusionsforschung im Hinblick auf Muster, Voraussetzungen und Folgen von Diffusion (Kapitel 2). Die Bedeutung dieser Befunde wird anschließend für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland, Großbritannien und der EU illustriert (Kapitel 3, 4 und 5). Die Ergebnisse und theoretischen Implikationen dieser Analyse werden in Kapitel 6 zusammengefaßt.

II. Muster, Voraussetzungen und Folgen von Diffusionsprozessen

Wenngleich die Diffusionsforschung in verschiedenen Teilbereichen der Sozialwissenschaften eine lange Tradition hat, beschränkten sich die Analysen zumeist auf Diffusionsprozesse innerhalb politischer Systeme, wobei insbesondere das amerikanische Mehrebenensystem im Mittelpunkt des Interesses stand. Erst in den letzten Jahren wird in verstärktem Maße versucht, diese Thematik aus einer international vergleichenden Perspektive zu bearbeiten¹¹. In der Literatur findet sich dabei eine große Bandbreite unterschiedlicher Begriffe zur Bezeichnung von Diffusionsprozessen.¹² Diese reichen von „lesson drawing“¹³, Politiktransfer¹⁴, Emulation¹⁵ bis hin zu „policy convergence“^{16, 17}.

11 Frühe international vergleichende Studien waren bis dahin insbesondere im Bereich der Sozialpolitik durchgeführt worden. Vgl. zum Beispiel *Hecko*, *Modern Social Politics in Britain and Sweden: From Relief to Income Maintenance*, 1974; *Alber*, *Government Responses to the Challenge of Unemployment: The Development of Unemployment Insurance in Western Europe*, in: Flora / Heidenheimer (Hrsg.), *The Development of Welfare States in Europe and America*, 1981, S. 151.

12 *Kern / Jörgens / Jänicke* (FN 7).

13 *Rose* (FN 9).

14 *Dolowitz / Marsh* (FN 9).

15 *Hoberg*, *Globalization and Policy Convergence: Symposium Overview*. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 3 (2001), S. 127.

16 *Bennett* (FN 9).

Im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen dabei insbesondere die Hintergründe für die freiwillige Übernahme von bestimmten Initiativen oder Konzepten. Es geht also weniger um die Analyse der Effekte hierarchischer Intervention durch internationale, supranationale oder bundesstaatliche Regulierung, sondern um die Erklärung von Angleichungsprozessen, die unabhängig von rechtlichen oder politischen Zwängen zustande kommen. Auch mögliche Rückwirkungen eines Regulierungswettbewerbs zwischen Staaten in integrierten Märkten werden nicht im Sinne freiwilliger Diffusionsprozesse interpretiert.

Bei der Analyse von Diffusionsprozessen werden generell zwei Muster unterschieden. So bezeichnet die horizontale Diffusion die Ausbreitung von Konzepten zwischen den Subeinheiten eines politischen Systems, wie etwa den amerikanischen Bundesstaaten oder den Mitgliedstaaten der EU. Von vertikaler Diffusion kann dagegen gesprochen werden, wenn Initiativen nicht nur von anderen Staaten übernommen werden, sondern auch Auswirkungen auf die übergeordnete institutionelle bzw. politische Ebene haben. D.h., es kommt zum Transfer von Konzepten zwischen verschiedenen Ebenen eines Mehrebenensystems (beispielsweise zwischen den Mitgliedstaaten und der europäischen Ebene). Bei der horizontalen Diffusion lassen sich darüber hinaus zwei Untervarianten unterscheiden: der direkte Transfer zwischen den Einzelstaaten sowie der durch Institutionen auf der übergeordneten Ebene vermittelte Transfer¹⁸.

Eng verknüpft mit den konkreten Mustern der Diffusion ist die Frage nach den Voraussetzungen, welche im konkreten Fall den Transfer von einzelstaatlichen Initiativen begünstigen. Im Hinblick auf Diffusionsprozesse in Mehrebenensystemen wird in diesem Zusammenhang die Existenz übergeordneter Institutionen zur Koordination einzelstaatlicher Aktivitäten als zentraler Faktor identifiziert. So zeigt sich generell, daß sich der Politiktransfer zwischen den Einzelstaaten erheblich beschleunigt, wenn übergeordnete Institutionen existieren, welche den Informationsaustausch und die Koordination zwischen den nachgeordneten institutionellen Ebenen begünstigen. Der durch übergeordnete Institutionen vermittelte Transfer hat offenkundig schnellere und weitreichendere Effekte als der direkte Transfer zwischen einzelnen Staaten.¹⁹

Dieser Effekt wurde unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Mehrebenensystems beobachtet. So läßt sich der diffusionsbegünstigende Einfluß übergeordneter Strukturen nicht nur im Hinblick auf bundesstaatliche oder supranationale Institutionen beobachten, sondern auch im Bereich internationaler Organisationen. Die Existenz solcher Institutionen erleichtert die Interaktion zwischen den involvierten Staaten und begünstigt auf diese Weise die Entstehung von transnationalen Expertennetzwerken oder „epistemic communities“²⁰, in denen sich durch eine gemeinsame professionelle Orientierung und Sozialisation der beteiligten Akteure konvergierende

17 Wichtige konzeptionelle Verbindungen bestehen darüber hinaus zu Analysen über die Verbreitung von politischen Ideen oder Paradigmen, so *Hall*, *Policy Paradigms, Social Learning and the State*, *Comparative Politics*, 3 (1993), S. 275, sowie Untersuchungen über Lernen und Policy-Wandel bei *Sabatier / Jenkins-Smith* (Hrsg.), *Policy Change and Learning: An Advocacy Coalition Approach*, 1993.

18 *Kern* (FN 5), *Kern / Jörgens / Jänicke* (FN 7). S.a. *Dorf / Sabel*, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, *Columbia Law Review* Bd. 98 (1998), S. 267.

19 *Kern* (FN 5), S. 167.

20 *Haas*, *Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination*. *International Organization*, 1 (1992), S. 1.

Ideen, Annahmen und Überzeugungen herausbilden²¹. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob es sich bei diesen Institutionen um exekutive, legislative oder judikative Einrichtungen handelt.²²

Neben der Existenz übergeordneter Institutionen zur Koordination einzelstaatlicher Initiativen wirken sich Ähnlichkeiten in institutionellen und rechtlichen Strukturen beschleunigend auf die Diffusion aus. So werden Programme oder Konzepte, deren Übernahme lediglich zu inkrementellen Veränderungen bestehender Strukturen führt, eher übernommen als solche, die umfassende Reformen implizieren.²³ Insgesamt kann somit vermutet werden, daß das Ausmaß des durch die Übernahme neuer Konzepte induzierten Wandels für die Diffusionsgeschwindigkeit von entscheidender Bedeutung ist.²⁴

Wenngleich im Hinblick auf die konkreten Folgen von Diffusionsprozessen unterschiedliche Typen wahrgenommen werden, wird generell davon ausgegangen, daß der Transfer von Programmen und Konzepten zu einer Angleichung nationaler Muster führt. Am eindeutigsten ist dieser Zusammenhang, wenn Innovationen nahezu unverändert übernommen werden (Imitation und Emulation). Konvergierende Tendenzen werden auch vermutet, wenn bestehende und übernommene Ansätze kombiniert werden (Synthese) oder die Übernahme bestimmter Ideen auf nationaler Ebene in die Entwicklung qualitativ neuer Programme mündet (Inspiration).²⁵ Prinzipiell reicht das Spektrum also vom bloßen Abschreiben eines Gesetzestextes bis hin zur Diffusion von Ideen, die freilich empirisch wesentlich schwerer zu erfassen ist.²⁶

Die hier dargestellten Befunde der Diffusionsforschung werden im folgenden für die Ausbreitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips innerhalb der deutschen, britischen und europäischen Rechtsordnung überprüft. Diese Betrachtung beinhaltet sowohl horizontale (zwischen Deutschland und Großbritannien) als auch vertikale Diffusionsprozesse (zwischen der deutschen und der europäischen Ebene).

Nach heutigem gemeineuropäischen Verständnis ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwingendes Element jeder nationalen, supranationalen und auch völkerrechtlichen Rechtsordnung, soweit diese sich dem Rechtsstaatsprinzip verschrieben hat²⁷. Indessen sind mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den verschiedenen Rechtsordnungen nicht selten divergierende inhaltliche Vor-

21 *DiMaggio / Powell*, The Iron Cage Revisited. Institutionalised Isomorphism and Collective Rationality, dies. (Hrsg.), *Organizational Fields. The New Institutionalism in Organizational Analysis*, 1991, S. 63-82; *Joerges / Neyer*, Transforming strategic interaction into deliberative problem-solving. *European comitology in the foodstuffs sector. Journal of European Public Policy* 4 (1997), S. 609.

22 *Lutz*, Regional Leaders in the Diffusion of Tort Innovations Among the American States, *Publius*, 27 (1997), S. 39.

23 *Rose* (FN 9); vgl. auch *Knill*, European Policies: The Impact of National Administrative Traditions. *Journal of Public Policy*, 1 (1998), S. 1; *Knill / Lenschow*, Coping with Europe: The Implementation of EU Environmental Policy and Administrative Traditions in Britain and Germany. *Journal of European Public Policy*, 4 (1998), S. 595.

24 *Kern / Jörgens / Jänicke* (FN 7).

25 *Rose* (FN 9), S. 30 ff.; *Dolowitz / Marsh* (FN 9), S. 351.

26 *Drezner*, Globalization and Policy Convergence, *The International Studies Review*, 1 (2001), S. 53 (62).

27 *Pache*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, *NVwZ* 1999, S. 1033 (1033).

stellungen und Anforderungen verbunden. Hieran wird deutlich, daß begriffliche Übereinstimmungen zwischen Rechtsinstituten verschiedener Rechtsordnungen keinen unmittelbaren Schluß auf eine auch inhaltliche Übereinstimmung erlauben²⁸.

Es zeigt sich, daß die hohe Varianz in institutionellen und rechtlichen Strukturen, die zwischen diesen Rechtsordnungen besteht, eine nur partielle und schrittweise Übernahme des deutschen Prinzips auf britischer und europäischer Ebene begünstigt hat. Dies kommt insbesondere im Hinblick auf den horizontalen Transfer zwischen Deutschland und Großbritannien zum Ausdruck, wo Diffusionsprozesse durch völlig unterschiedliche Rechts- und Staatstraditionen grundsätzlich erschwert werden. Vor diesem Hintergrund kann die Tatsache, daß sich empirisch dennoch ein wenngleich vorsichtiger Transfer beobachten läßt, primär im Sinne einer durch das europäische Rechtssystem vermittelten Diffusion verstanden werden.

Während die Ausbreitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips somit sehr wohl im Einklang ist mit den in der Diffusionsforschung identifizierten Mustern und Voraussetzungen, können unsere empirischen Befunde die Vermutung einer generellen Konvergenz durch Diffusion nicht bestätigen. Vielmehr zeigt eine genauere Analyse der konkreten Einbettung und Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der verschiedenen Rechtsordnungen, daß trotz Diffusion keine automatische Angleichung stattfindet.

III. Ausgangspunkt der Diffusion: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland

Betrachtet man Wesen und Wirkmacht des Verhältnismäßigkeitsprinzips im internationalen Vergleich, ist festzustellen, daß dieses Prinzip nicht nur in entscheidender Weise von der deutschen Rechtsordnung geprägt wurde, sondern dort auch über die am deutlichsten ausdifferenzierte Dogmatik verfügt²⁹. Es gewährleistet eine umfassende materiell-rechtliche Disziplinierung der Staatsgewalt bei Eingriffen in die Freiheitssphäre der Grundrechtsträger. Es ist Passepartout für die Domestizierung aller Formen staatlichen Einwirkens auf den Bürger³⁰.

28 von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996, S. 163. Dies wird z.B. auch an den verschiedenen Aufgaben des ultra-vires-Prinzips in der deutschen bzw. der englischen Rechtsordnung deutlich, Becker, *Die Bedeutung der ultra vires-Lehre als Maßstab richterlicher Kontrolle öffentlicher Gewalt in England*, ZaöRV Bd. 61 (2001), S. 85 (85 f.).

29 Angesichts der zentralen verfassungsrechtlichen Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips überrascht es nicht, daß die zu ihm erschienene Literatur nicht mehr überschaubar – geschweige denn in Gänze nachweisbar ist. Siehe daher neben der im folgenden zitierten Lit. und Rspr. nur: Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981; Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1985; Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, S. 195 ff., 350 ff.; Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989; Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997, S. 98 ff., 234 ff., 467 ff.

30 Siehe nur BVerfGE 15, 226 (234); 16, 149 (202); 17, 232 (242); Ress, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, in: Kutscher / ders. u.a. (Hrsg.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, 1985, S. 5 (16 f.); Ossenbühl, *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*, in: Badura / Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche*, 1993, S. 151 (156 ff.). Aus interdisziplinärer Sicht: Engel, *Delineating the Proper Scope of Government: A Proper Task for a Constitutional Court?*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* Bd. 157 (2001), S. 187 (192) mit der These, daß die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch das Bundesverfassungsgericht das

Die weitreichende Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips läßt sich nur verstehen, wenn man die deutsche Staatstradition und den damit verbundenen institutionellen Hintergrund näher betrachtet. Wenngleich die deutsche Staatstradition aus vergleichender Perspektive den kontinentalen Typus einer „state-centred society“ repräsentiert, die generell dem britischen Typus der „stateless society“ gegenüber gestellt wird³¹, so darf nicht übersehen werden, daß die Herausbildung des deutschen Staates durch eine besondere Entwicklung gekennzeichnet ist. Dieser deutsche Sonderweg begünstigte eine spezifische Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft, die sich in dieser Form weder in der britischen noch in der französischen Staatstradition findet.³² Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Rechtsstaatsprinzip.³³

Im Gegensatz zu Frankreich, wo mit der Revolution von 1789 die Dominanz des Staates über die Gesellschaft aufgehoben wurde, war in Deutschland noch zur Zeit der Reichsgründung im späten 19. Jahrhundert eine Sichtweise vorherrschend, nach der der Staat als gesellschaftlichen Interessen übergeordnete Institution konzipiert wurde. Es bildete sich eine duale Konzeption von Staat und Gesellschaft heraus. Während die Gesellschaft die Ansammlung von Partikularinteressen reflektierte, war der Staat für die Verwirklichung aller höheren Werte des gemeinschaftlichen Zusammenlebens verantwortlich.³⁴

Führte die erfolgreiche Revolution in Frankreich dazu, daß das absolutistische durch eine demokratisches System abgelöst wurde, bestand in Deutschland ein Eigentümliches Kräftegleichgewicht, welches die Herausbildung des Rechtsstaates begünstigte. Während die Fürsten nicht mehr uneingeschränkt an ihrer absolutistischen Macht festhalten konnten, waren die auf Reformen drängenden Kräfte ihrerseits nicht stark genug, eine Demokratisierung gegen den Widerstand der Fürsten durchzusetzen. Das Ergebnis dieser Konstellation war ein historischer Kompromiß³⁵: Der Obrigkeitsstaat behielt seine dominante Rolle gegenüber der Gesellschaft, jedoch wurden seine Möglichkeiten, „von oben“ in gesellschaftliche Prozesse zu intervenieren, durch rechtliche Vorgaben eingeschränkt. Der Rechtsstaat zum Schutz der individuellen Sphäre vor autokratischen staatlichen Eingriffen diente somit der Kompensation für die fehlende Demokratisierung.³⁶

Gericht in eine Position zwischen Recht und Politik einweist. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist dann der Transmissionsriemen zwischen politischem und juristischem Diskurs.

31 *Dyson*, *The State Tradition in Western Europe. A Study of an Idea and Institution*, 1980.

32 *Grimm*, *The Modern State: Continental Traditions*, in: Kaufmann (Hrsg.) *The Public Sector – Challenge for Coordination and Learning*, 1991, S. 117 (128).

33 *Hellstern*, *When Courts Intervene: Judicial Control in a Comparative Institutional Perspective*, in: Kaufmann / Majone / Ostrom (Hrsg.), *Guidance, Control and Evaluation in the Public Sector*, 1986, S. 663.

34 *Grimm* (FN 32), S. 129.

35 *Lehmbruch*, *From State of Authority to Network State: The German State in a Comparative Perspective*, in: Muramatsu / Naschold (Hrsg.), *State and Administration in Japan and Germany: A Comparative Perspective on Continuity and Change*, 1997, S. 39.

36 *Hellstern* (FN 33), S. 669; *Ellwein*, *Tradition – Anpassung – Reform. Über die Besonderheit der Verwaltungsentwicklung in den neuen Bundesländern*, in: Seibel / Benz / Mäding (Hrsg.), *Verwaltungsreform und Verwaltungspolitik im Prozess der deutschen Einigung*, 1993, S. 30 (31); *König*, *Unternehmerisches oder exekutives Management – die Perspektive der klassischen öffentlichen Verwaltung*. *Verwaltungs-Archiv*, 1 (1996), S. 19 (25).

Das Konzept des Rechtsstaates zur Beschränkung obrigkeitsstaatlicher Macht spielte bereits vor der Reichsgründung von 1871 eine wichtige Rolle im deutschen politischen Denken³⁷. Allerdings wurden seine zentralen Prinzipien erst mit der Gründung der Bundesrepublik umfassend umgesetzt und ausgebaut.³⁸ Entsprechend hat das heutige Staatsverständnis nur noch wenig mit dem wilhelminischen Obrigkeitsstaat gemein, in dem die rechtliche Beschränkung staatlicher Gewalt noch vergleichsweise schwach ausgeprägt war. Wenngleich dem Staat nach wie vor eine zentrale Rolle zukommt, sind seine Möglichkeiten, in gesellschaftliche Prozesse zu intervenieren, umfassenden rechtlichen Schranken unterworfen.

Das Grundgesetz gestaltet das Verhältnis zwischen Staat und Bürger nach dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip³⁹. Die Verteilung von ungebundener Freiheit gesellschaftlich verwurzelter Individuen einerseits und staatsorganisatorisch verfaßter Bindung öffentlicher Gewalt andererseits hat die stete Rechtfertigungsbedürftigkeit allen staatlichen Handelns zur Konsequenz. Dieses spannungsvolle Gegenüber drückt sich in den kontrastierenden Kategorien von Kompetenz einerseits und subjektiv-öffentlichem Recht andererseits aus. Die beiden Funktionsbereiche von Staat und Gesellschaft sind unter dem Grundgesetz von unterschiedlichen Legitimationsmustern geprägt, die die rechtliche Anerkennung für ein Sein, ein Sollen oder ein Wollen auf kategorial unterschiedliche Weise bewirken⁴⁰ und sich aus zwei miteinander inkompatiblen Quellen speisen⁴¹: Grundrechtliche und demokratische Legitimation sind daher voneinander abzuschichten, auch wenn sie einen ähnlichen gemeinsamen Ursprung haben und die Begrenzung demokratisch legitimierter staatlicher Herrschaft durch grundrechtliche Freiheiten jener Herrschaft ein zusätzliches Maß an Legitimation verleihen kann⁴².

Die grundrechtlichen Freiheitsrechte sind der typische Fall eines subjektiv-öffentlichen Rechts. Bei allen Ausdifferenzierungen hinsichtlich Schutzbereich und -intensität sind sie doch alle nach demselben Bauplan konstruiert und dabei an ihrer primären Funktion – Kanalisierung, Mäßigung, Abwehr des staatlichen Eingriffs – ausgerichtet. Nach der – in diesem Zusammenhang zu vernachlässigenden – Festlegung von Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung ist der passende Schutzbereich zu ermitteln, an dem der staatliche Eingriff gemessen werden muß: Es macht einen Unterschied, ob die zur Prüfung anstehende staatliche Maßnahme etwa in die persönliche Freiheit oder das Eigentum (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG bzw. Art. 14 Abs. 1 GG), in die Meinungs- oder die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 GG) oder nur in das bei Fehlen spezifischen Schutzes einschlägige Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) eingreift: Jeder dieser Lebensbereiche ist in unterschiedlicher Intensität geschützt. Dies wird deutlich, wenn in einem zweiten Schritt nach Feststellung der Schutz-

37 Über das Werden des Rechtsstaatsprinzips in der deutschen Verfassungsgeschichte siehe nur: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 2. Aufl. 1984, S. 764 ff.

38 *Böckenförde*, The Origin and Development of the Concept of the Rechtsstaat, 1991.

39 Begriff von *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 126.

40 *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 26 ff.

41 Zu dem folgenden nur *Isensee*, Grundrechte und Demokratie. Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen, Der Staat Bd. 20 (1981), S. 161 (162 ff.).

42 *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: *Isensee / Kirchhof*, HdbStR Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 29 Rn. 2, 8.

bereichsberührung deren Rechtmäßigkeit zu analysieren ist. Nicht jeder Grundrechtseingriff ist ohne weiteres als Grundrechtsverletzung verfassungswidrig. Nahezu alle Grundrechte sind so weit gefaßt, daß die tatbestandlichen Schutzbereiche nicht uneingeschränkt gewährleistet werden können. Dies wird am deutlichsten an dem Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), das nach herrschender Meinung und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in seinem Schutzbereich nahezu jede menschliche Handlung schützt⁴³. Um hier überzogenen Erwartungen vorzubeugen, ist es ein Gebot der Redlichkeit, auf die Differenz zwischen dem grundrechtlichen Schutzbereich und der tatsächlich gewährten Freiheitssubstanz hinzuweisen. Diese aber läßt sich erst unter Einbeziehung der verfassungsmäßigen Einschränkungen des Grundrechts ermitteln, die ihrerseits unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit stehen.

Gegebene oder fehlende Verfassungskonformität eines Eingriffs kann somit erst nach genauerer Betrachtung der konkreten Grundrechtsstruktur festgestellt werden, da die meisten Grundrechte dem Gesetzgeber durch einen Eingriffsvorbehalt die Möglichkeit der Einschränkung eröffnen⁴⁴. Der Eingriff in den grundrechtlichen Schutzbereich muß – je nach Wortlaut der Norm – durch ein Gesetz oder zumindest auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgen. Ist diese Voraussetzung erfüllt, tritt das Verhältnismäßigkeitsprinzip als sog. Schranken-Schranke in Erscheinung. Auf seiner Grundlage ist eine Zweck-Mittel-Relation darzustellen, in der dasjenige Ziel Ausgangspunkt der Analyse ist, das von dem eingreifenden Staatsorgan verfolgt wird. Wichtig ist insoweit, daß bei einigen Grundrechten von vornherein nur ein begrenzter Kanon an Eingriffszwecken zum Tragen kommen kann; hier gelten „benannte Grundrechtsschranken“. Wo keine Eingriffszwecke benannt sind, kommt jede legitime Staatsaufgabe – nicht nur Schutzgüter mit grundrechtlichem Bezug, sondern auch „sonstige“ sachlich relevante oder gar vom einfachen Gesetzgeber erst geschaffene Güter⁴⁵ – in Betracht.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip i.w.S. (auch: Übermaßverbot) muß durch eine genauere Ausdifferenzierung in die Fragen nach Eignung⁴⁶, Erforderlichkeit⁴⁷ und Verhältnismäßigkeit i.e.S.⁴⁸ des Eingriffs praktisch nutzbar gemacht werden. Diese Trias untermauert vor dem Hintergrund

43 So zuletzt BVerfGE 80, 137 (152). Kritisch gegenüber dieser fast uferlosen Freiheitskonzeption, die aufgrund der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte nicht einlösen kann, was sie zu versprechen scheint: Sondervotum des Richters *Grimm* zu dieser Entscheidung (BVerfGE 80, 137 (164)).

44 Diejenigen Grundrechte, die ohne Eingriffsvorbehalt gewährt werden (etwa die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG) können nur dann und nur soweit eingeschränkt werden, wie durch ein entsprechendes Gesetz kollidierende Verfassungsgüter zur Geltung gebracht werden. Hier liegt dann kein Eingriff in die Schutzsubstanz des Grundrechts vor. Vielmehr wird eine immanente Schutzbereichsschranke durch den Gesetzgeber aufgedeckt; siehe *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders. / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 69.

45 *Lerche*, Grundrechtsschranken, in: *Isensee / Kirchhof* (FN 44), § 122 Rn. 15.

46 Beispiele bei BVerfGE 17, 306 (315 ff.); 19, 330 (338 f.); 55, 159 (165 ff.).

47 Beispiele bei BVerfGE 17, 269 (279 f.); 19, 342 (351 ff.); 30, 292 (319 ff.); 53, 135 (145 ff.); 63, 88 (115 ff.); 69, 209 (218 ff.); 70, 278 (287); 81, 156 (192 ff.); 85, 97 (107); 90, 145 (172 f., 182).

48 Beispiele bei BVerfGE 16, 194 (201 ff.); 22, 180 (218 ff.); 30, 292 (316 ff., 323); 33, 125 (171); 67, 157 (178 ff.); 81, 156 (194 ff.); 83, 1 (19); 90, 145 (183 ff.).

einer dem Staat vorgegebenen Freiheit des Individuums das Gebot, die jeweilige grundrechtliche Sphäre nicht weiter einzuschränken als dies vom Anlaß her erforderlich ist⁴⁹.

Die Bedeutung des ersten Prüfungspunktes liegt auf der Hand: Der Eingriff muß zur Erreichung des angestrebten, bereits zuvor als legitim identifizierten Zwecks überhaupt geeignet sein⁵⁰. In einem zweiten Schritt ist zu überprüfen, ob die grundrechtseinschränkende Maßnahme das mildeste Mittel darstellt, um das fragliche Ziel zu erreichen⁵¹. Bei mehreren zur Verfügung stehenden Mitteln ist das mildeste, d.h. das freiheitsschonendste zu wählen. Die dritte Prüfungsstufe ist die anspruchsvollste: Die grundrechtseinschränkende Maßnahme muß in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen⁵². Hier wird deutlich, daß eine staatliche Maßnahme, die ein verfassungsrechtlich anerkanntes Ziel wirksam und mit dem mildesten Mittel verfolgt, nicht verfassungsmäßig ist, wenn für die Zielerreichung aber der Preis so hoch sein würde, daß sich der Rechtsstaat hiermit nicht abzufinden vermag.

Bemerkenswert ist der verwaltungsrechtliche Ursprung des Verhältnismäßigkeitsprinzips⁵³. Es entfaltet seine Wirkung lange vor Entwicklung der modernen Grundrechtsdogmatik in der klassischen Eingriffsmaterie des Gefahrenabwehrrechts im Zusammenhang mit polizeilichen Einzel Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger⁵⁴. In den Polizei- und Ordnungsgesetzen der Bundesländer ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip ausdrücklich erwähnt (siehe etwa § 2 Abs. 1 und 2 PolG Nordrh.-Westf. bzw. § 15 Abs. 1 und 2 OBG Nordrh.-Westf.). Sein Anwendungsbereich ist indessen weit über diesen Bereich hinaus gewachsen und gilt nicht nur für die gesamte Eingriffsverwaltung. Auch etwa in den Bereich strafprozessualer Eingriffe in die persönliche Freiheit – man betrachte allein die Anordnung von Untersuchungshaft (§ 112 Abs. 1 StPO) – hat es Einzug gehalten⁵⁵.

Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte auch den Gesetzgeber. In Anbetracht der Vielzahl der den Grundrechten beigegebenen Gesetzesvorbehalte besteht hier die Gefahr einer Aushöhlung grundrechtlicher Freiheitssubstanz durch eine ausgreifende gesetzgeberische Tätigkeit, die unter Hinweis auf die Verfolgung legitimer Zwecke nahezu jeden Eingriff durch bloßen Hinweis auf die Existenz eines Gesetzesvorbehaltes legitimieren könnte. Die große Leistung der modernen Grundrechtsdogmatik, die zu einem großen Teil durch das Bundesverfassungsgericht entwickelt worden ist, liegt darin, das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch gegenüber dem Gesetzgeber zur Anwendung gebracht zu haben⁵⁶, da die Grundrechte nur auf diese Weise ihre

49 Grundlegend *ders.*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln 1961; eine ausführliche Darstellung der Genese dieses Prinzips findet sich bei *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* III/2, 1994, S. 762 ff. Zu der nahezu unüberschaubaren Literatur und Rechtsprechung, die sich dieses Themas annimmt, siehe auch die Nachweise bei *Lerche* (FN 45), Rn. 16 (dort Fn. 44 ff.).

50 *Stern* (FN 49), S. 776 ff.

51 Ebd., 779 ff.

52 Ebd., 782 ff. Grundlegend insoweit BVerfGE 16, 194 (202).

53 Zu den Wurzeln des Verhältnismäßigkeitsprinzips siehe nur *Stern* (FN 49), S. 765.

54 *Ossenbühl* (FN 30), S. 152. Genaueres hierzu bei *Stern*, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots*, ebd., S. 165 (insbes. 167 ff.).

55 BVerfGE 20, 144 (147).

56 St. Rspr., z.B. BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173, 176); 90, 145 (172); 100, 313 (373); 104, 337 (345).

Funktion als Freiheitsgewährleistungen vollumfänglich erfüllen können und nicht unter dem Vorbehalt unbegrenzten gesetzlichen Zugriffs stehen. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips stellt sicher, daß ein tragfähiger, grundrechtsschonender Ausgleich zwischen individueller Freiheitsentfaltung und gemeinwohllindizierter Freiheitsbeschränkung schon auf der Ebene des Gesetzes gefunden wird.

Bei Überprüfung einer konkreten Maßnahme der Verwaltung findet das Verhältnismäßigkeitsprinzip somit gleich zweifache Anwendung: In einem ersten Schritt ist zu überprüfen, ob das Gesetz, auf dessen Grundlage die Verwaltung in die Freiheitsrechte eines Bürgers eingreift, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Auch wenn diese Überlegung positiv ausfällt, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob die Anwendung des Gesetzes auf den konkreten Einzelfall ebenfalls verhältnismäßig ist. Die verfassungsrechtliche Dignität des mit unmittelbarer demokratischer Legitimation versehenen Gesetzgebers legt aber nahe, daß das Bundesverfassungsgericht bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf gesetzgeberische Akte dem Parlament ein hohes Maß an Einschätzungsprärogative und Gesetzgebungsermessen – etwa bei der Beurteilung der Eignung einer Maßnahme – einräumt⁵⁷. Der Unterschied zu der Handlungsfreiheit der eingreifenden Verwaltung wird daran deutlich, daß bei der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative Zweifel an der Eignung eines Gesetzes zur Lösung einer komplexen, u.U. naturwissenschaftlich hoch anspruchsvollen Problemlage regelmäßig zugunsten des Gesetzgebers wirken, während die Verwaltung nur dann schon im Zweifel zu Lasten eines einzelnen handeln darf, wenn sie ausdrücklich gesetzlich zur Gefahrenabwehr ermächtigt ist⁵⁸.

Bemerkenswert ist des weiteren, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur in grundrechtlichem, sondern auch in bundesstaatlichem Kontext diskutiert wird⁵⁹. Das Bundesverfassungsgericht lehnt die Übernahme des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Maßgabe für die kompetentiellen Beziehungen von Bund und Ländern indessen mit der Begründung ab, daß die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Schranken für Einwirkungen des Staates in den Rechtskreis des einzelnen im kompetenzrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis nicht anwendbar sind. Das Bundesverfassungsgericht führt insoweit aus:

„Dies gilt insbesondere für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; ihm kommt eine die individuelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion zu (vgl. BVerfGE 79, 311 [341]). Das damit verbundene Denken in den Kategorien von Freiraum und Eingriff kann weder speziell auf die von einem Konkurrenzverhältnis

57 Hierzu nur *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 881 ff., 926 ff.

58 Auf diese Differenzierung weist etwa *Ossenbühl*, Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 1976, S. 458 hin.

59 Hierzu – de constitutione lata – *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, S. 397 ff.; *ders.*, in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz II, 1998, Art. 70 Rn. 38 weist i.ü. darauf hin, daß sowohl die verschiedenen Kategorien der Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern als auch verschiedene Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darauf schließen lassen, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Verfassungsrecht und Verfassungsrechtsprechung zumindest subkutan wirkt.

zwischen Bund und Land bestimmte Sachkompetenz des Landes noch allgemein auf Kompetenzabgrenzungen übertragen werden.“⁶⁰.

Zudem wurde die für die Inanspruchnahme konkurrierender Gesetzgebungskompetenzen des Bundes relevante Bedürfnisklausel in Art. 72 Abs. 2 GG a.F.⁶¹ als abschließende Ausformung des Übermaßgedankens für die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern aufgefaßt. Die Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts ist wohl in erster Linie auf die Befürchtung zurückzuführen, die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips könnte in diesem Zusammenhang zu der – tatsächlich verheerenden – Fehldeutung führen, daß Gesetzgebungskompetenzen strukturelle Ähnlichkeiten mit Freiheitsrechten aufweisen. Ungeachtet dessen könnte aber die Änderung des Art. 72 GG im Jahre 1994 als Signal für eine Hinorientierung zu der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch in diesem bundesstaatlich-kompetenzrechtlichen Zusammenhang sein – zumal (wie zu zeigen sein wird) die Anwendung dieses Prinzips dem Gemeinschaftsrecht auch für die Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen nicht fremd ist⁶².

Hinzuweisen ist abschließend auf die im Zusammenhang mit der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates entwickelte Ergänzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: das Untermaßverbot. Prinzipiell sind Grundrechte gegen den Staat gerichtete Abwehrrechte (status-negativus). Sie konstituieren in diesem Sinne primär⁶³ eine private und eingriffsresistente Freiheit innerhalb einer verfaßten Gemeinschaft, um die öffentliche Macht gegenüber dem einzelnen auf das für die Allgemeinheit notwendige Maß zu beschränken⁶⁴. Auf dem Boden dieser status-negativus-Funktion sichern die Grundrechte die Lebens- und Freiheitssphäre des Individuums gegen staatliche Eingriffe. Gerade aber etwa mit Blick auf das Grundrecht auf Leben ist es evident, daß sich die Aufgabe des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG nicht in der status-negativus-Funktion erschöpfen kann. Das Grundrecht verkörpert die Grundentscheidung zugunsten des Rechtsguts Leben. Der Staat ist

60 Ausdrücklich BVerfGE 81, 310 (337 f.) für die Ausübung einer Weisungskompetenz durch den Bund im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung; s.a. BVerfGE 61, 256 (289);

61 In der bis zur Änderung des Jahres 1994 (BGBl. I 3146) geltenden Fassung traf Art. 72 Abs. 2 GG über die Kompetenz des Bundes zur konkurrierenden Gesetzgebung folgende Aussage: „Der Bund hat in diesem Bereiche das Gesetzgebungsrecht, soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht, weil (1.) eine Angelegenheit durch die Gesetzgebung einzelner Länder nicht wirksame geregelt werden kann oder (2.) die Regelung einer Angelegenheit durch ein Landesgesetz die Interessen anderer Länder oder der Gesamtheit beeinträchtigen könnte oder (3.) die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erfordern.“. Diese Klausel hat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine Bedeutung erlangt; siehe BVerfGE 2, 213 (224); 13, 230 (233 f.); 26, 338 (382 f.); 33, 224 (229 f.); 39, 96 (114 f.); 65, 1 (63); 78, 249 (270).

62 Hinzuweisen ist auch auf die Diskussion, ob und inwieweit das Verhältnismäßigkeitsprinzip Eingriffe des Gesetzgebers in die kommunalen Selbstverwaltungsgarantie diszipliniert; siehe BVerfGE 79, 127 (154); hierzu *Clemens*, Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG, NVwZ 1990 S. 834 (835 f.); *Schmidt-Aßmann*, Kommunale Selbstverwaltung „Nach Rastede“ – Funktion und Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG in der neueren Rechtsprechung, in: FS Horst Sendler, 1991, S. 121 (134 ff.); für eine Anwendung des Prinzips tritt z.B. *J. Ipsen*, Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie und Einwirkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers, ZG 1994, S. 194 (207 ff.) ein. Das Bundesverfassungsgericht hat das Verhältnismäßigkeitsprinzips aber auch bei der Überprüfung staatlicher Eingriffe in die kommunale Organisationseinheit nicht angewendet: BVerfGE 91, 228 (239 ff.).

63 *Isensee* (FN 44), Rn. 11.

64 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1, 1988, S. 558 ff.

nicht nur verpflichtet, das Rechtsgut zu beachten, sondern auch, es möglichst umfassend zur Geltung und Entfaltung zu bringen⁶⁵.

Hiermit wird den Grundrechten eine status-positivus-Funktion zugeordnet, die es dem Staat grundsätzlich gebietet, zur Verteidigung grundrechtlich geschützter Güter auch aktive Maßnahmen zu ergreifen⁶⁶. Dies ist erforderlich, weil Grundrechte allein den Staat, nicht aber private Dritte unmittelbar binden⁶⁷. Das grundrechtliche Schutzgebot kann zum einen aus Art. 1 Abs. 3 GG in Form der dort angeordneten Bindungswirkung der Grundrechte erklärt werden⁶⁸, zum anderen ist es auch auf die staatstheoretische Überlegung rückführbar, daß der Friedenspflicht des einzelnen die Pflicht des Staates korrespondiert, mittels seines Gewaltmonopols die Sicherheit des Bürgers zu gewährleisten⁶⁹. Im Gegensatz zur klassischen Eingriffssituation, in der der Staat dem betroffenen Bürger als potentieller Grundrechtsverletzer gegenüber steht, ist die Schutzpflichtsituation durch ein Dreiecksverhältnis gekennzeichnet: Grundrechtsgeschützter (Privater) – Grundrechtsbeeinträchtiger (Privater) – Grundrechtsschützer (Staat)⁷⁰. Der Staat wandelt sich vom Grundrechtsgefährder zum Grundrechtsschützer.

Während der status-negativus eine inhaltlich exakte Bestimmung der durch ihn geschützten Position zuläßt, gewährt der status-positivus regelmäßig kein bestimmtes Schutzrecht⁷¹. Es ist Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu beurteilen, welche Instrumente am ehesten geeignet sind, um der staatlichen Schutzpflicht zu genügen, so daß diesem zunächst ein weiter Spielraum für die Umsetzung der Schutzpflichten eingeräumt ist. Allerdings muß er sich hierbei am Wert des in Frage stehenden Rechtsguts und der Intensität des drohenden Schadens ausrichten. Gleichsam als Spiegelbild des in der herkömmlichen Grundrechtsdogmatik verankerten Verhältnismäßigkeitsprinzips (Übermaßverbot) ist bei der Erfüllung der staatlichen Schutzpflichten daher das „Untermaßverbot“ zu beachten⁷². Unvollständige und unwirksame Maßnahmen vermögen die staatliche Pflicht nicht zu erfüllen. Sie teilen mit einem das Übermaßverbot verletzenden Grundrechtseingriff das Schicksal der Verfassungswidrigkeit. Grundsätzlich muß sich

65 BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 107.

66 Diese Funktion wurde in einer Vielzahl verfassungsrechtlicher Entscheidungen bestätigt; neben den in FN 65 genannten sind u.a. noch zu erwähnen: BVerfGE 49, 89 (132, 141 f.); 53, 30 (57); 56, 54 (73); 77, 170 (214) und 382 (402 f.); 79, 174 (201 f.).

67 *Rüfner*, Grundrechtsadressaten, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts V, 2000 (2. Aufl.), § 117 Rn. 54 ff.

68 *Stern* (FN 64), S. 933 f.

69 *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 21.

70 Ebd., S. 34.

71 *Klein*, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, S. 1633; *Hermes* (FN 65), S. 201.

72 Der Sache nach erfolgen Überlegungen zu einer aus dem Menschenwürdesatz abzuleitenden staatlichen Schutzpflicht so weit ersichtlich erstmals bei *Dürig*, in: Maunz / ders. u.a. (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, Rn. 3, 16; s.a. *Erichsen*, Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, S. 85. Der Begriff des Untermaßverbots stammt von *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP Bd. 184 (1984), S. 201 (227 ff.); s.a. BVerfGE 88, 203 (254 f.); Isensee (FN 44), Rn. 165 f.; *Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot, DVBl. 1993, S. 982; *Merten*, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, 1994; *Dietlein*, Das Untermaßverbot, Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur, ZG 1995, S. 131; eher kritisch hinsichtlich Operationalisierbarkeit und eigenständiger Bedeutung des Untermaßverbots ist aber z.B. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (FN 59), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 184.

der Staat bei der Auswahl seiner Schutzmittel am Wert des in Frage stehenden Rechtsguts und der Intensität des drohenden Schadens ausrichten. In seltenen Ausnahmefällen kann sich eine grundrechtliche Schutzpflicht dahingehend verdichten, daß dem Gesetzgeber lediglich ein bestimmter verfassungsmäßiger Weg offensteht, sie umzusetzen. Das Strafrecht als schärfste Waffe staatlichen Sanktionierens muß demgemäß nur als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes eingesetzt werden, wenn kein anderes Mittel das geschützte Gut angemessen und vor allem umfangreich sichern kann⁷³.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland *der* zentrale Baustein des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips ist. Es bildet ein sensibles, die Ausübung aller staatlichen Gewalt umfassendes Regulativ für die Abwägung von Freiheit und Eingriff, für das Gegenüber von Gemeinwohl und Individualinteresse und vermag in seiner Ausformung als Untermaßverbot sogar in Ausnahmefällen eine staatliche Handlungspflicht zu begründen.

IV. Vertikale Diffusion: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Europäischen Union

Betrachtet man die Rezeption des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf europäischer Ebene, zeigt sich, daß das Prinzip im Hinblick auf die Überprüfung gemeinschaftlicher Eingriffe in private Rechte durchaus in sehr ähnlicher Weise zur Anwendung kommt, wie dies innerhalb der deutschen Rechtsordnung der Fall ist. Gleiches gilt auch für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Dieser generelle Eindruck einer Konvergenz der europäischen und deutschen Rechtsordnungen wird jedoch durch zwei Aspekte der Diffusionsentwicklung relativiert.

So ist erstens festzustellen, daß der Europäische Gerichtshof (EuGH) dem Prinzip je nach Anwendungsbereich einen unterschiedlichen Stellenwert beimißt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auf europäischer Ebene weitaus weniger umfassend und systematisch ausgearbeitet als im deutschen Rechtssystem. Insbesondere fällt in diesem Zusammenhang auf, daß der EuGH sehr strenge und ausdifferenzierte Prüfungsmaßstäbe anlegt, wenn es um die Wahrung mitgliedstaatlicher Kompetenzen bzw. die Kontrolle mitgliedstaatlicher Eingriffe geht. Steht hingegen die Ausweitung gemeinschaftlicher Kompetenzen und die Kontrolle gemeinschaftlicher Eingriffe im Vordergrund, fällt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit dieser Aktivitäten weitaus schwächer aus. Ein zentraler Faktor, der diese Entwicklung erklären mag, ist in der Eigenschaft

73 *Isensee* (FN 69), S. 40; *Stern* (FN 64), S. 939 ff. Mit Blick auf die strafrechtliche Würdigung der Abtreibung war das Bundesverfassungsgericht zunächst von einer gesetzgeberischen Pflicht zur Schutz des ungeborenen Lebens mit den Mitteln des Strafrechts ausgegangen (BVerfGE 39, 1 (52 ff.)), hat diese Ansicht indes in der zweiten Abtreibungsentscheidung partiell revidiert (BVerfGE 88, 203 (263 ff.)): die Strafanforderung könne grundsätzlich auch ein der Erhaltung des Lebens dienendes Beratungskonzept ersetzt werden. Hierzu *Hermes / Walther*, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht, NJW 1993, S. 2337; *Kluth*, Der rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch als erlaubte Handlung, FamRZ 1993, S. 1382; *Otto*, Die strafrechtliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, Jura 1996, S. 135.

des EuGH als korporativer Akteur zu sehen, der, weil ihm von den Mitgliedstaaten Rechte und Ressourcen übertragen wurden, über eigene Handlungskompetenzen verfügt. Im Gegensatz zu einem intergouvernementalen Akteur, dessen Interessen den aggregierten Individualinteressen entsprechen, verfolgt der EuGH neben gemeinschaftsweiten Zielen auch institutionelle Eigeninteressen, die den Vorstellungen einzelner Mitgliedsländer durchaus zuwiderlaufen können. Nicht zuletzt zur Wahrung dieser institutionellen Bestandsinteressen hat der EuGH mit seiner Entscheidungspraxis den Fortgang der europäischen Integration vorangetrieben.⁷⁴

Zweitens fällt bei der Rezeption des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf europäischer Ebene auf, daß dieser Grundsatz u.a. auch in einem völlig anderen systematischen Kontext als in der deutschen Rechtsordnung verwendet wird: bei der Abgrenzung gemeinschaftlicher und nationaler Regelungskompetenzen. Das Prinzip dient dort als Maßstab für die Allokation gemeinschaftlicher und mitgliedstaatlicher Souveränität. Vor dem Hintergrund der spezifischen Entwicklung und Ausgestaltung des politischen und rechtlichen Systems der EU impliziert die Übernahme des Verhältnismäßigkeitsprinzips insofern eine innovative Anwendung des Konzeptes, die in dieser Form auf nationaler Ebene nicht zu finden ist.

Durch den EU-Vertrag wurde das Verhältnismäßigkeitsprinzip erstmals ausdrücklich in das gemeinschaftsrechtliche Primärrecht eingefügt (zunächst Art. 3b Abs. 3, jetzt Art. 5 Abs. 3 EGV)⁷⁵. Auch wenn die rudimentäre Formulierung des Vertrags insoweit offen zu bleiben scheint, ist es doch unumstritten, daß das Prinzip umfassend und mit den drei aus der deutschen Rechtsordnung bekannten Prüfungsschritten vertraglich normiert wurde⁷⁶. Schon vor der expliziten Normierung hatte sich der EuGH zum Zwecke einer funktionsähnlichen Überprüfung gemeinschaftlicher Eingriffe in private Rechte solcher Begrifflichkeiten bedient, die der deutschen Verhältnismäßigkeitsdogmatik entlehnt waren⁷⁷. So hatte der EuGH das Verhältnismäßigkeitsprinzip bereits im Jahre 1956 – weit vor einer Anerkennung gemeinschaftlicher Grundrechte⁷⁸ – zumindest z.T. als Prüfungsmaßstab herangezogen⁷⁹. Allgemeine Anerkennung als übergreifendes Rechtsprinzip zur Begrenzung aller gemeinschaftsrechtlichen, individuell belastenden Maßnahmen hat der Grundsatz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs spätestens im Jahre 1970 erlangt⁸⁰. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz diente zu diesem Zeitpunkt in der europäischen Rechtsordnung v.a. als Substitut für einen ansonsten nicht vorgesehenen Schutz individueller

74 *Alter / Meunier-Aitsahalia*, *Judicial Politics in the European Community*. *European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision*. *Comparative Political Studies* 26 (1994), S. 535; *Shapiro*, *The European Court of Justice*, in: Sbraghia (Hrsg.), *Europolitics: Institutions and Policymaking in the New European Community*, 1992, S. 123.

75 Siehe hierzu auch das Protokoll zum Amsterdamer Vertrag über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit; *Abl. Nr. C 340* vom 10. November 1997, S. 105.

76 *von Bogdandy / Nettesheim*, in: *Grabitz / Hilf* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, (Loseblatt, Stand: Okt. 1999), Art. 3b Rn. 45; *Koenig / Haratsch*, *Europarecht*, 3. Aufl. 2000, Rn. 73; *Pache*, (FN 27), S. 1035.

77 Siehe z.B. *EuGHE* 1981, 1095 (1118) (Rs.112/80 – Dürbeck); auch Schlußanträge des Generalanwalts in *EuGHE* 1982, 1449 (1476) (Rs. 54/81 – Fromme).

78 Erstmals in *EuGHE* 1969, 419 (425) (Rs. 29/69 – Stauder).

79 *Kutscher*, *Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, in: *ders. / Ress u.a.* (Hrsg.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, 1985, S. 89, weist insoweit auf die Entscheidung *EuGHE* 1955/6, 297 (311) (Rs. 8/55 – Fédération de Charbonnière de Belgique) hin.

80 *EuGHE* 1970, 1125 (Rs. 11/70 – Internationale Handelsgesellschaft).

Interessen gegenüber den Rechtsakten der Gemeinschaft⁸¹. Bis zu seiner vertraglichen Normierung beruhte die Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf der Anerkennung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH⁸².

Zu dessen Herleitung hatte der Gerichtshof insbesondere auf diejenigen verstreuten Vorschriften in den Verträgen zurückgegriffen, in denen gemeinschaftliche Maßnahmen unter den Vorbehalt ihrer sachbezogenen Rechtfertigung bzw. ihrer Erforderlichkeit gestellt sind (siehe z.B. ex-Art. 36 Satz EGV; ex-Art. 40 Abs. 3 EGV). Von diesen vereinzelt Normierungen ausgehend und unter Bezugnahme auf die Verfassungstradition der Mitgliedsstaaten hatte der EuGH das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt, der auch Geltung über die Fälle hinaus beansprucht, anhand derer das Gericht das Prinzip entfaltet hatte. Diese Entwicklung spricht für eine Anwendung des Prinzips auch in solchen Fällen, die von der jetzigen vertraglichen Regelung nicht erfaßt sind⁸³.

Bemerkenswert bleibt der systematische Zusammenhang von Art. 5 Abs. 3 EGV: Die Vorschrift steht nicht – wie dies aufgrund mitgliedstaatlicher Rechtstraditionen zu erwarten gewesen wäre – im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten des Vertrages, sondern vielmehr im Zusammenhang mit wichtigen Eckdaten einer im Entstehen begriffenen, fundamentalen Kompetenzordnung, deren übrige Regelungen einer Domestizierung gemeinschaftlicher Regelungshypertrophie dienen (Subsidiaritätsprinzip, Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung). So kann es auch nicht verwundern, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf europäischer Ebene in drei voneinander zu unterscheidenden Zusammenhängen Anwendung findet, in denen die Prüfungsschritte zwar grundsätzlich denen des deutschen Rechts entsprechen⁸⁴, aber je nach Zusammenhang hinsichtlich ihrer Intensität variieren⁸⁵.

An erster Stelle steht die unmittelbare Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gem. Art. 5 Abs. 3 EGV. Insoweit bindet das Prinzip die Sekundärgesetzgebung der Gemeinschaft dahingehend, daß zu der Erreichung ihrer Ziele dasjenige Mittel zu wählen ist, welches am wenigsten in private Rechte eingreift⁸⁶. Hier ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip gleichermaßen Auslegungsmaßstab⁸⁷ und Rechtmäßigkeitsanforderung. Über diesen subjektiv-rechtlichen Ansatz hinaus entfaltet das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch in objektiv-rechtlicher Hinsicht Wirkung und wird deswegen ebenso in Fällen angewendet, in denen grundrechtliche Positionen nicht betroffen sind⁸⁸.

81 *Pollak*, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, 1991, S. 41

82 *Pache* (FN 27). S. 1034 m.w.N.

83 Ebd., S. 1035.

84 *von Bogdandy / Nettesheim* (FN 76) Art. 3b Rn. 42; s.a. *Pache* (FN 27) S. 1035 f.

85 *von Bogdandy / Nettesheim* (FN 76) Art. 3b Rn. 50 ff.; *Pernice*, in: Grabitz / Hilf (FN 76), Art. 164 Rn. 101.

86 So auch schon die Anwendung vor der vertraglichen Neuregelung bei EuGHE 1989, 2237 (2269) (Rs. 265/87 – Schröder) m.w.N.

87 EuGHE 1969, 419 (425) (Rs. 29/69 – Stauder).

88 Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip als objektiver Rechtsnorm bereits *Kutscher* (FN 79), S. 94.

In diesem Zusammenhang bindet das Verhältnismäßigkeitsprinzip alle Organe der Gemeinschaft, insbesondere natürlich die sekundäre Rechtsetzung durch den Rat, die auf oft kaum materiell begrenzten Ermächtigungsgrundlagen der Verträge beruht, so daß gerade hier die Vorgabe materieller Eingriffsgrenzen notwendig erscheint. Im Umkehrschluß bedeutet dies aber auch, daß gerade bei Vorliegen einer Kompetenznorm, die recht enge inhaltliche Vorgaben macht, dem Prinzip kaum eine eigenständige Bedeutung zukommt⁸⁹. In den Fällen, in denen der Erhalt gemeinschaftlicher Kompetenzen auf dem Spiel steht, durchschreitet der Gerichtshof die verschiedenen Prüfungsschritte des Verhältnismäßigkeitsprinzips allerdings nur recht zurückhaltend. Den Gemeinschaftsorganen wird regelmäßig ein besonders weiter Entscheidungsspielraum und entsprechende prognostische Freiheit zugestanden⁹⁰. Die eigentlich notwendige einzelfallbezogene Gewichtung des konkreten, auf dem Spiel stehenden Individualinteresses wird zugunsten einer Globalabwägung zwischen Vorteilen und Unzuträglichkeiten einer Maßnahme zurückgestellt⁹¹. Dies führt i.E. dazu, daß eine Maßnahme der Gemeinschaft nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit schon auf der ersten Stufe der Prüfung scheitert⁹²; ähnliches gilt für die Fragen der Erforderlichkeit⁹³ und der Verhältnismäßigkeit i.e.S.⁹⁴. Nur offenkundige Verstöße werden durch den EuGH gerügt⁹⁵. Ganze Regelungssysteme prüft der Gerichtshof erst gar nicht⁹⁶. Hier mag der Grund dafür zu finden sein, daß die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Gemeinschaftsrechtsakte nur äußerst selten zu deren Ungültigkeit geführt hat⁹⁷.

In seiner zweiten Funktion dient das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht primär dem Schutz individueller Rechte der Gemeinschaftsbürger, sondern vielmehr der Balance zwischen Gemeinschaftsintegration und mitgliedstaatlicher Souveränität. Hier wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Auslegungsmaßstab für das Recht der Mitgliedsstaaten angewendet, soweit dieses zur Umsetzung oder zum Vollzug gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben erlassen worden ist oder Ausnahmen von gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten vorsieht.

In den Politikbereichen, in denen den Mitgliedstaaten Reste von Rechtsetzungskompetenzen geblieben sind, kollidieren deren Aktivitäten nicht selten mit den Regelungsansprüchen der Gemeinschaft. Dies wird z.B. in Zusammenhang mit dem Verbot der sog. „Maßnahmen mit gleicher Wirkung“ wie mengenmäßige Beschränkungen im innergemeinschaftlichen Handelsverkehr deutlich. Für Mitgliedstaaten ist die Berufung auf die den gemeinschaftlichen Grundfreiheiten mitgegebenen Ausnahmeklauseln (v.a. Art 30 EGV) bei hierdurch bewirkter unverhältnismäßiger Einschränkung gemeinschaftlicher Regelungen nicht zulässig⁹⁸. Der Mitgliedstaat hat daher auch dann, wenn ihm gegenüber gemeinschaftlichen Freiheiten die Möglichkeit zu Aus-

89 von *Bogdandy / Nettesheim*, (FN 76) Art. 3b Rn. 49.

90 Siehe z.B. die Entscheidung über die in Deutschland besonders umstrittene europäische Bananenmarktordnung EuGHE 1994, 4973 (5068 ff.) (Rs. C-280/93 – Deutschland/Kommission)

91 von *Bogdandy / Nettesheim* (FN 76), Art. 3b Rn. 56.

92 EuGHE 1989, 2237 (2270) (Rs. 265/87 – Schröder); EuGHE 1992, I-2651 (Rs. C-256/90 – Mignini).

93 Ausnahme nur etwa bei EuGHE 1977, 1211 (1221) (Rs. 114/76 – Bela-Mühle).

94 von *Bogdandy / Nettesheim* (FN 76), Art. 3b Rn. 55.

95 EuGHE 1989, 2237 (2270) (Rs. 265/87 – Schröder).

96 EuGHE 1982, 517 (542) (Rs. 276/80 – Padana).

97 *Pache*, (FN 27) S. 1038.

98 *Schweizer / Hummer*, Europarecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 898.

nahmeregelungen eingeräumt ist, nur diejenige Maßnahme zu wählen, die den freien innergemeinschaftlichen Verkehr am wenigsten beeinträchtigt⁹⁹. Hier legt der Gerichtshof indes einen deutlich strengeren Maßstab bei der Prüfung von Eignung und Erforderlichkeit an, als dies bei Maßnahmen der Gemeinschaft der Fall ist. Anders als bei gemeinschaftlichen Rechtsakten werden nationale Ausnahmeregelungen regelmäßig als unverhältnismäßige Einschränkungen gemeinschaftlicher Freiheiten eingestuft, entweder weil sie als ungeeignet¹⁰⁰ oder als nicht erforderlich¹⁰¹ zur Erreichung des mit der Ausnahmeregelung angestrebten Ziels angesehen werden. Wenn behauptet wird, diese Diskrepanz hinsichtlich der gerichtlichen Prüfungsdichte sei schon deswegen nicht verwunderlich, weil gemeinschaftliche im Gegensatz zu nationalen Maßnahmen nicht mit dem überragenden Prinzip der Marktintegration in Konflikt geraten könnten¹⁰², so kann dem nur bedingt gefolgt werden: Eine solche Aussage blendet den Umstand aus, daß die fraglichen Ausnahmeregelungen dem Schutz mitgliedstaatlicher Eigenheiten dienen und damit gerade ein Gegengewicht zu dem Ziel der Marktintegration bilden sollen. Vor diesem Hintergrund mag man die Ausnahmenvorschriften zwar eng auslegen; die Notwendigkeit unterschiedlicher Kontrollmaßstäbe bei der Anwendung der so ausgelegten Vorschriften leuchtet dann aber nicht mehr ein, zumal sich die Frage aufdrängt, ob diese Kontrolldiskrepanz nicht eher allgemein der Durchsetzung gemeinschaftlicher Regelungsansprüche gegenüber den Mitgliedstaaten dient als dem Schutz individueller Marktfreiheiten. Wenn der Gerichtshof das Ausgreifen gemeinschaftlicher Regelungsansprüche tolerant, die normativ gleichwertige Wahrung mitgliedstaatlicher Eigenheiten hingegen kleinlich überprüft, so kann dieser Umstand nicht mit Argumenten der Vertragsauslegung, sondern nur mit dem Selbstverständnis des „einzig wirklich funktionierenden Gemeinschaftsorgans“ (so der ehemalige Richter am EuGH U. Everling¹⁰³) als „Motor der Integration“ begründet werden, das „durch kühn vorwärtsschreitende Entscheidungen die Geltung des Gemeinschaftsrechts zu sichern und zu stabilisieren“ sucht. Hier wird erneut deutlich, daß sich der EuGH über die traditionelle Rolle eines Gerichts hinaus mehrfach rechts(fort)bildend als Integrationsfaktor erster Ordnung verstanden hat¹⁰⁴.

Da das gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip die Gemeinschaft umfassend bindet, bietet es aber nicht nur eine Grundlage für die Beschränkung mitgliedstaatlicher Aktivitäten, sondern eröffnet auch den Mitgliedstaaten Schutz gegenüber gemeinschaftlichen Eingriffen in deren Souveränität. Insofern tritt das Verhältnismäßigkeitsprinzip neben das ebenfalls kodifizierte Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EGV (früher Art. 3b Abs. 2 EGV)¹⁰⁵, das zwar justiziabel ist, dessen Wirkmacht indes angesichts der oben geschilderten Zurückhaltung des

99 EuGHE 1982, 3961 (3976) (Rs. 261/81 – Rau).

100 EuGHE 1979, 649 (663) (Rs. 120/78 – REWE); EuGHE 1989, 229 (253 f.) (Rs. 274/84 – Kommission/Deutschland).

101 EuGHE 1988, 2085 (2135) (Rs.352/85 – Bond van Adverteerders).

102 von Bogdandy / Nettesheim (FN 76), Art. 3b Rn. 51.

103 Zitiert bei Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 148.

104 Ebd., S. 152.

105 von Bogdandy / Nettesheim (FN 76), Art. 3b Rn. 46, 48.

EuGH bei der Kontrolle gemeinschaftlicher Rechtsakte, die in die Regelungsbereiche der Mitgliedstaaten übergreifen, recht überschaubar bleibt¹⁰⁶.

Ein dritter Diffusionspfad des Verhältnismäßigkeitsprinzips verläuft von der Verabschiedung und EG-weiten Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) aus, die als Erkenntnisquelle für das Recht der EG von erheblicher Bedeutung ist¹⁰⁷. Insbesondere die in Art. 8 ff. EMRK niedergelegten Gewährleistungen (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) sind zwar durch Gesetz einschränkbar. Eingriffe sind aber ausdrücklich nur zulässig, wenn sie zu bestimmten Zwecken notwendig oder unentbehrlich sind¹⁰⁸. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und – noch wichtiger – deren nationale Vorwirkung bilden ein weiteres Einfalltor für das Konzept der Verhältnismäßigkeit auch in solchen Rechtsordnungen, die ihm bislang eher reserviert gegenüber stehen. Als Paradebeispiel kann insoweit das britische Rechtssystem gelten.

V. Horizontale Diffusion: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Großbritannien

Die umfassende Bedeutung, die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland und in den europäischen Rechtsordnungen zukommt, unterscheidet sich fundamental von seiner z.Zt. noch nachrangigen Rolle innerhalb der britischen Rechtsordnung. Diese Unterschiede erklären sich insbesondere aus der spezifischen Tradition und Konzeption des britischen Staates, die stark von der deutschen Entwicklung abweichen¹⁰⁹. Angesichts dieser besonderen Konstellation bestand und besteht eine wesentlich geringere Notwendigkeit, das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft durch detaillierte rechtliche Grundsätze zu regeln. Daher überrascht es nicht, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Großbritannien nur partiell rezipiert wurde und zu keiner grundlegenden Annäherung der deutschen und britischen Staats- und Verfassungsordnung geführt hat. Die großen Unterschiede zwischen der deutschen und britischen Rechtsordnung bewirken darüber hinaus, daß die Diffusionsentwicklung weniger auf direktem Weg erfolgt(e), sondern im Sinne eines durch übergeordnete Institutionen (EuGH, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) vermittelten Prozesses zu verstehen ist.

So entwickelte sich in Großbritannien keine ideologische Separierung von Staat und Gesellschaft wie etwa in der kontinentaleuropäischen Tradition. Der Staat als politische Denkfigur mit einer inhärenten Verantwortlichkeit zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bzw. als kollektiver

106 Zu dem Verhältnis von Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip: *Pache* (FN 27), S.1038.

107 *Hilf*, in: Grabitz / ders. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, (Loseblatt, Stand: Okt. 1999), Art. F, Rn. 20 ff.

108 Siehe hierzu z.B. *Ermacora*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im österreichischem Recht sowie aus der Sicht der EMRK, in: Kutscher / Ress u.a. (Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, 1985, S. 67 (70 ff.). S.a. *Christoph Engel*, Die Schranken der Schranken der Europäischen Menschenrechtskonvention, ÖZöRV 1986, 261.

109 Zu den ebenfalls erklärungsrelevanten unterschiedlichen Formen des Normenwandels in kontinentaleuropäischen bzw. im angelsächsischen Rechtssystem grundlegend: *Okruch*, (FN 2), S. 163. ff.

Akteur, der die Nation als Ganzes repräsentiert, wurde in dieser Form kaum thematisiert¹¹⁰. Großbritannien wird daher vielfach als „stateless society“¹¹¹ oder als „government by civil society“¹¹² charakterisiert.

Diese Tatsache läßt sich im wesentlichen auf die unterschiedliche historische Entwicklung seit dem Mittelalter zurückführen. Während in Kontinentaleuropa (Frankreich, Preußen, Österreich, Rußland) der 'Ständestaat' zugunsten absolutistischer Herrscher abgelöst wurde, fand in Großbritannien zwar ebenfalls eine Zentralisierung politischer Macht statt; sie wurde jedoch nicht auf den König, sondern auf das Parlament übertragen.¹¹³ In der Glorious Revolution von 1688 wurde der absolute Herrschaftsanspruch des Königs (Charles I.) gebrochen und die „Supremacy of Parliament“ definitiv etabliert.

Schon relativ früh (gegen Ende des 16. Jahrhunderts) basierte der politische Prozeß auf Verhandlungen zwischen der Krone und Großgrundbesitzern. Das House of Commons, in dem Großgrundbesitzer und das aufstrebende Bürgertum vertreten waren, etablierte sich als Organ, in dem sich territoriale Interessen artikulierten und aggregierten. Die Glorious Revolution erfolgte vor diesem Hintergrund zur Sicherung bereits erworbener Rechte des Parlaments gegenüber den zentralistischen Bestrebungen der Monarchie. „While the continental civil wars preceded absolutism which seemed to be the only means of restoring peace, in England, absolutism preceded the civil war, and the latter was fought to repulse it and to restore the traditional order“¹¹⁴.

Das Ergebnis war eine monarchische Exekutive, die einem wachsenden Herrschaftsanspruch des Parlaments gegenüberstand. Zwar blieb die monarchistische Tradition erhalten, die Kontrolle der Exekutivmacht wurde jedoch dem Parlament als Repräsentant der Gesellschaft unterstellt.¹¹⁵ Durch die Übertragung monarchischer Vorrechte auf das Parlament und die Verantwortlichkeit der Minister gegenüber dem Parlament kam es zu einer Personifizierung staatlicher Entscheidungsmacht:¹¹⁶

„The State as such does not act in England. (...) There is a bundle of individual officials, each exercising a measure of authority under the cognizance of the Courts, but none of them, not even the Prime Minister, wielding the authority of the State“.¹¹⁷

Entgegen der kontinentaleuropäischen Tradition entsprangen öffentliche Aktivitäten somit nicht zweckgerichtetem staatlichen Handeln, sondern der Konkurrenz gesellschaftlicher Gruppen, die versuchten, ihre jeweiligen Vorstellungen des allgemeinen Interesses über parlamentarische Rep-

110 *Dyson* (FN 31), S. 43.

111 *Nettl*, *The State as a Conceptual Variable*. *World Politics*, 7 (1968), S. 559ff (562).

112 *Badie / Birnbaum*, *The Sociology of the State*, 1983, 121.

113 *van Waarden*, *National Regulatory Styles. A Conceptual Scheme and the Institutional Foundations of Styles*, in: Unger / ders. (Hrsg.), *Convergence or Diversity? Internationalization and Economic Policy Response*, 1995.

114 *Grimm* (FN 32), S. 123.

115 *Badie / Birnbaum* (FN 112), S. 122.

116 Ebd.

117 *Barker* 1930, 173 zitiert nach *Dyson* (FN 31), S. 5.

räsentation zur Geltung zu bringen.¹¹⁸ Die große Bedeutung der Selbstregulierung der Gesellschaft begünstigte die Entstehung repräsentativer Regierungsformen und die Entwicklung des Marktes. Dies verhinderte die Herausbildung eines starken Staates, ja machte ihn sogar überflüssig:

„Whereas in other countries such as France and Germany it was economic backwardness that led to the creation of a strong state, in Great Britain it was the very rapid growth of capitalism and the market that resulted in the backwardness of the state, with civil society maintaining its position of dominance. (...) In Great Britain the market reigns supreme, not the state“.¹¹⁹

Das britische Staatsverständnis hat unmittelbare Rückwirkungen auf die rechtliche Konzeption des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft. Im Gegensatz zu Deutschland oder Frankreich verhinderte die fehlende Trennung zwischen Staat und Gesellschaft die Herausbildung eines eigenständigen Systems öffentlich-rechtlicher Prinzipien zur Anleitung und Kontrolle staatlichen Handelns. Während das Römische Recht auf dem Kontinent eine Separierung von Staat und Gesellschaft begünstigte, verdeutlicht das britische Recht die von der Staatstradition her typische Verschmelzung beider Sphären, die in der Souveränität des Parlaments in ihren Ausdruck findet¹²⁰. Diese konstitutionellen Rahmenbedingungen haben wichtige Auswirkungen auf die Rolle des Verhältnismäßigkeitsprinzips innerhalb der britischen Rechtsordnung.

Aufgrund der Souveränität des Parlaments ist jeder *Act of Parliament* Ausdruck prinzipiell unbeschränkbarer Gesetzgebungsgewalt¹²¹. Er ist nur durch lex posterior aufheb- oder veränderbar. Zumindest dem Grunde nach verfügt kein Parlament über die Kompetenz, nachfolgende Parlamente dauerhaft zu binden. Wichtige Konsequenz dieser unbeschränkten und – auf nationaler Ebene¹²² – traditionell nicht durch höherrangiges Recht beschränkbarer Parlamentsouveränität ist die grundsätzliche gerichtliche Unangreifbarkeit gesetzgeberischer Akte. Parlamentarische Gesetze sind von den Gerichten anzuwenden. Die Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit oder gar ihrer Wirksamkeit stellt sich nicht; die Aufhebung oder Nichtanwendung eines Gesetzes wegen unverhältnismäßiger Inanspruchnahme privater Freiheit ist vor diesem dogmatischen Hintergrund undenkbar. Das Gericht kann nach der traditionellen britischen Doktrin ein solches Gesetz nur im Wege der Auslegung den Erfordernissen materieller Gerechtigkeit anpassen.

118 *Knill*, Staatlichkeit im Wandel. Großbritannien im Spannungsfeld innenpolitischer Reformen und europäischer Integration, 1995, S. 23.

119 *Badie / Birnbaum* (FN 112), S. 123f.

120 *van Waarden* (FN 113).

121 Zur Parlamentsouveränität siehe nur *Wade / Forsyth*, Administrative Law, 7. Aufl. 1994, S. 25 ff.; *Barnet*, Constitutional and Administrative Law, 3. Aufl. 2000, S. 209 ff. Für ein verändertes Verständnis angesichts der ausufernden gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung aber v.a. *Allan*, Fairness, Equality, Rationality: Constitutional Theory and Judicial Review, in: Forsyth / Hare (Hrsg.), The Golden Metwand and the crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC, Oxford, S. 15 (19 ff.).

122 Auf die grundlegenden Systemveränderungen, die sich in dieser Hinsicht mit Blick auf das Recht der EU ergeben haben, kann an dieser Stelle nicht i.e. eingegangen werden. Es sei nur so viel gesagt, daß sich trotz allen verfassungsrechtlichen und -politischen Widerstandes die Ansicht durchgesetzt hat, daß die Wirksamkeit der Gemeinschaftsakte zwar auf dem englischen Zustimmungsgesetz (European Communities Act 1972) zu den Verträgen beruht, Inhalt und Geltungsanspruch dieser Akte indes nicht mehr aufgrund der Parlamentsouveränität angreifbar ist. Das Zustimmungsgesetz bindet daher ausnahmsweise alle folgenden Parlamente; siehe die berühmten Fälle *Factortame I* und *II*, [1990] 2 AC 85 und [1991] 1 AC 603 und hierzu *Barnet* (FN 121), S. 252 ff.

Mit Blick auf die Ausübung *exekutiver* öffentlicher Gewalt hat die Rechtsprechung allerdings von je her eine Kontrollkompetenz unter dem Vorzeichen des *ultra-vires* Prinzips wahrgenommen¹²³. Wo der Verwaltung öffentliche Gewalt (*vis*) durch Parlamentsakt übertragen wird, nehmen und nehmen die Gerichte für sich in Anspruch, die Ausübung dieser Gewalt auf Konformität mit dem gesetzgeberischen Übertragungsakt zu überprüfen; mithin darauf, ob eine kontrollierte Verwaltungsentscheidung die Grenzen der durch Parlamentsakt übertragenen Rechtsmacht überschritten hat; ob sie *ultra vires* ist¹²⁴. Hierbei wird zunächst festgestellt, ob die Verwaltung den zu regelnden Sachverhalt vollständig und richtig ermittelt sowie die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale der zur Anwendung kommenden Norm vertretbar ausgelegt hat. Desweiteren wurden mit der Zeit von Gerichten – auch ohne ausdrücklichen gesetzlichen Anhaltspunkt oder Auftrag – eine Reihe formeller und inhaltlicher Maßstäbe entwickelt, denen jede Verwaltungsentscheidung genügen muß: Allgemeine Anerkennung und zentrale Bedeutung haben hier die Regeln über die Befangenheit von Entscheidungsträgern¹²⁵ und die grundsätzliche Pflicht zur Anhörung eines Betroffenen vor dem Erlaß einer ihn betreffenden Maßnahme¹²⁶ erlangt. Noch in der Entstehung begriffen, wohl aber kurz vor dem Durchbruch zu allgemeiner Anerkennung ist die allgemeingültige Rechtspflicht des öffentlichen Entscheidungsträgers, seine Entscheidung zu begründen¹²⁷. Unter Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber – auch wenn er davon in seinem Gesetz nichts verlauten läßt – in allen Fällen, in denen er der Verwaltung Ermessen einräumt, erwartet, daß dieses ordnungsgemäß ausgeübt wird, wurde von der Rechtsprechung des weiteren eine ausdifferenzierte Ermessensfehlerlehre entwickelt. Als Ermessensfehler wurden etwa die Vorwegbindung des Ermessens, das unangebrachte Festhalten an den Einzelfall nicht berücksichtigenden Regeln für die Ermessensausübung, die unrechtmäßige Delegation der Ermessensausübung, die Berücksichtigung nicht sachgerechter Aspekte bei der Entscheidungsfindung oder die Berücksichtigung unlauterer Zwecke sowie die *unreasonableness* im Sinne einer völligen Unnachvollziehbarkeit einer Ermessensentscheidung (auch *Wednesbury-unreasonableness*¹²⁸) entwickelt¹²⁹.

Die richterrechtliche Genese des verwaltungsrechtlichen Schutzsystems in Großbritannien macht deutlich, daß dessen Dogmatik durchaus Ansatzpunkte für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen bietet.

Dementsprechend wurde in der wenn auch nicht von dem höchsten britischen Gericht gefällten so doch berühmten GCHQ-Entscheidung ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip als

123 Zu beachten ist, daß in England keine eigenständige Verwaltungsgerichtsbarkeit existiert; der Verwaltungsschutz wird von den ordentlichen Gerichten gewährt; siehe *Wade / Forsyth* (FN 121), S. 26. Allerdings wurde die zuständige Abteilung des High Court im Jahre 2000 in „Administrative Court“ umbenannt (siehe <http://www.lawreports.co.uk/qbjul7.htm>; 20. August 2002).

124 Zu Entwicklung und Perspektive der *ultra-vires* Lehre im englischen Recht siehe *Becker* (FN 28) und außer den Nachweisen dort nun auch *Allan*, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Cambridge Law Journal Bd. 61 (2002), S. 87.

125 *Craig*, *Administrative Law*, 4. Aufl. 1999, S. 451 ff.

126 Ebd., S. 401 ff.

127 *Cane*, *An Introduction to Administrative Law*, 3. Aufl. 1996, S. 188 ff.

128 Benannt nach dem Fall *Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223. Hierzu ausf. *Laws*, *Wednesbury*, in: *Forsyth / Hare* (FN 121), S. 185 ff.

129 Siehe die systematische Darstellungen bei *Cane* (FN 127), S. 139 ff.; *Craig* (FN 125), S. 507 ff.

ein möglicher Aufhebungsgrundgrund für eine Verwaltungsentscheidung auf Basis der ultra vires Doktrin genannt¹³⁰. Indessen hat die ausschließliche Berufung auf dieses Prinzip – soweit ersichtlich – bislang noch nicht zur gerichtlichen Aufhebung einer Verwaltungsentscheidung mit rein nationalem Bezug geführt. Dies ist um so erstaunlicher als das Verhältnismäßigkeitsprinzip der britischen Richterschaft aufgrund der Integration zweier europäischer Rechtsordnungen in das britische Rechtssystem alles andere als fremd ist: Zu recht wurde darauf hingewiesen, daß das Parlament mit dem Beitritt zu den Europäischen Gemeinschaften durch den European Communities Act 1972 das Verhältnismäßigkeitsprinzip – soweit es bei der Anwendung des primären Gemeinschaftsrechts durch nationale Stellen zu beachten ist – bereits in die britische Rechtsordnung implantiert hat¹³¹. Daher findet das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei britischen Urteilen mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug ausdrückliche Anwendung¹³².

Des weiteren bildete auch die Übernahme der EMRK ein Einfalltor für die Diffusion des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Zwar wurde die Möglichkeit einer sich insbesondere in Fällen mit menschenrechtlichem Bezug auswirkenden vorgängigen Übernahme des Prinzips abgelehnt.

„Unless and until Parliament incorporates the convention into domestic law, a course which it is well known has a strong body of support, there appears to me to be at present no basis upon which the proportionality doctrine applied by the European Court can be followed by the courts of this country“¹³³.

Erwartungsgemäß hat dann aber die Umsetzung der EMRK durch den am 1. Oktober 2000 in Kraft getretenen *Human Rights Act 1998* (HRA)¹³⁴ der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Großbritannien ein weiteres Anwendungsfeld eröffnet, das sich sogar auf die Kontrolle gesetzgeberischer Akte des eigentlich doch souveränen Parlaments erstreckt¹³⁵. Parlamentsgesetze müssen konventionskonform ausgelegt werden. Soweit dies nicht möglich ist, kann das Gericht – anders als bei einem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht¹³⁶ – ein Parlamentsge-

130 Council of the Civil Service Union v. Minister for the Civil Service [1985] AC 374 (410); auf die Entscheidung wird in der Literatur als GCHQ-Entscheidung Bezug genommen, da sie sich mit der Gewerkschaftszugehörigkeit von Bediensteten in dem *Government Communications Headquarter* befaßte.

131 Fordham, Common Law Proportionality, Vortragsmanuskript für die Veranstaltung “Proportionality and Wednesbury: new directions for administrative review”, veranstaltet am 16. Januar 2002 durch das Centre for Public Law der Universität Cambridge, S. 3.

132 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Pegasus Holdings (London) Ltd. and Airbro (U.K.) Ltd. [1989] 2 All ER 481.

133 R. v. Home Secretary, ex parte Brind [1991] 1 AC 696 (763).

134 Siehe <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1998/19980042.htm> (20. August 2002).

135 Die Einpassung der EMRK in die englische Rechtsordnung bereitete und bereitet angesichts der Vorgabe der strengen Parlamentsouveränität ebensolche Schwierigkeiten wie sie für das Gemeinschaftsrecht zu beobachten sind. Siehe dazu den Vortrag des *Rt Hon Lord Bingham of Cornhill* (Lord Chief Justice of England), *The British Legal System and the European Convention on Human Rights*, EUI Working Paper Law No. 99/5, S. 24 ff. (abzurufen unter http://www.iue.it/LAW/WP-Texts/law99_5.pdf; 19. August 2002); s.a. *Fieldman*, *Convention Rights and Substantive Ultra Vires*, in: Forsyth (Hrsg.), *Judicial Review and the Constitution*, 2000, S. 245 (251 ff.); s.a. *Barnet* (FN 121), S. 260 ff.

136 R. v. Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission [1995] 1 AC 1.

setz zwar nicht außer Kraft setzen, wohl aber seine Unvereinbarkeit mit der Konvention erklären (Declaration of incompatibility; sec. 3 und 4 HRA¹³⁷).

Nach sec. 2 Abs. 1. lit. (a) HRA muß jedes britische Gericht bei seiner eigenen Rechtsprechung die Entscheidungen des Menschenrechtsgerichtshofs berücksichtigen („take into account“). Hierdurch entfaltet sich im britische Rechtssystem eine erhebliche Vorwirkung der Straßburger Rechtsprechung, in der das Verhältnismäßigkeitsprinzip bekanntlich eine zentrale Rolle spielt. Inzwischen gehört die Rüge eines Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu dem üblichen Repertoire jedes Klägers, der eine Angelegenheit mit inhaltlichem Bezug zu den Verbürgungen der EMRK vor einem britischen Gericht anhängig macht. Dementsprechend wächst die Zahl der richterlichen Ausführungen zu diesem Prinzip¹³⁸ – wobei der staatlichen Seite stets eine erhebliche Einschätzungsprärogative zugestanden wird¹³⁹. Nachdem der Menschenrechtsgerichtshof in diesem Zusammenhang aber festgestellt hatte, daß die Anwendung der eher zurückhaltenden *Wednesbury*-Formel bei der Überprüfung von Eingriffen in Konventionsrechte, nicht den Anforderungen entspricht, die an den gerichtlichen Menschenrechtsschutz durch die Mitgliedsstaaten zu stellen sind¹⁴⁰, erhöhte die Rechtsprechung in den durch die EMRK abgedeckten Schutzbereichen die Prüfungsintensität der zunächst wie im nationalen Kontext angewendeten *Wednesbury-unreasonableness* in dem Maße, daß eine Funktionsäquivalenz zum Verhältnismäßigkeitsprinzip eintrat¹⁴¹.

Der z.T. erbitterte Widerstand gegen die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Akte der öffentlichen Gewalt in nationalem Kontext mag durchaus darauf zurückzuführen sein, daß dieses Prinzip als ein kontinentaleuropäischer Fremdkörper empfunden wird, der das britische Rechtssystem durch die Rechtsprechung europäischer Gerichte infiltriert¹⁴².

Doch wie bereits angedeutet, verfügt auch der traditionelle und allein auf nationale Fälle bezogene britische Verwaltungsrechtsschutz über Prüfungsmaßstäbe, die nicht weit von der Struktur einer Verhältnismäßigkeitsprüfung entfernt sind. Für Entscheidungen mit rein nationalem Bezug bevorzugen die Gerichte die Prüfung der *unreasonableness* einer Maßnahme gegenüber einer Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Was übermäßig oder unverhältnismäßig in die

137 Zu den insofern diskutierten Auslegungsschwierigkeiten: *Clayton*, Proportionality and the Human Rights Act, Vortragsmanuskript für die in FN 131 genannte Veranstaltung, S. 18 m.w.N.

138 Neuere Entscheidungen sind z.B.: *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte R* [2000], *The Times*, 29. November 2000; *R. (Samaroo) v. Secretary of State for the Home Department* [2001], *Times LR*, 18. September 2001 (jeweils Abschiebungsfälle); *R. v. Offen and Others* [2000], *The Times*, 10. November 2000 (Lebenslange Freiheitsstrafe); *Wilson v. First County Trust Ltd (No 2)* [2001], *Times LR*, 16. Mai 2001 (Zwangsvollstreckung); *R. v. Shayler*, *Times LR* [2001], 10. Oktober 2001; weitere Nachweise und Erläuterungen bei *Blake*, *Importing Proportionality: Clarification oder Confusion*, *E.H.R.L.R.* 2002, S. 19 (20 ff.)

139 Nachweise bei *Wade / Forsyth* (FN 121), S. 185.

140 *Smith v. United Kingdom* [1999] *I.R.L.R.* 734 unter Bezugnahme auf die englische Entscheidung in der gleichen Sache (Entlassung Homosexueller aus der Armee) *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] *Q.B.* 517 (540 ff.).

141 Hierzu i.e. *Fordham* (FN 131), S. 6 f.

142 Als Befürchtung geäußert von *Wade / Forsyth* (FN 121), S. 368.

Rechte eines Bürgers eingreift, wird aber in der Regel auch unvernünftig sein¹⁴³. Insoweit wurde ausgeführt:

„It is established in the jurisprudence of the European Court of Human Rights that ... interference with freedom of expression should be no more than is proportionate to the legitimate aim pursued. I have no reason to believe that English law, as applies in the courts, leads to any different conclusion“¹⁴⁴.

Aus analytischer Sicht steht es den Gerichten offen, das Verhältnismäßigkeitsprinzip als eigenständigen Prüfungsmaßstab zu etablieren oder es hinter der *Wednesbury-unreasonableness* zu verbergen¹⁴⁵. Allerdings hat das *House of Lords* darauf hingewiesen, daß die Überprüfung der Frage, ob eine Maßnahme erforderlich – also die mildeste zur Verfügung stehende – ist, das Gericht dazu zwingt, alternative Maßnahmen zu erwägen und damit in den Ermessensbereich der Verwaltung einzugreifen¹⁴⁶. In der einschlägigen Entscheidung würdigte Lord Ackner das mit der Berufung des Antragstellers auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verbundene Eingeständnis

„... that there is a clear distinction between an appeal on the merits and a review based on whether the principle of proportionality has been satisfied. He was prepared to accept that to stray into the realms of appellate jurisdiction involves the courts in a wrongful usurpation of power“.

Dennoch überzeugte die Argumentation das Gericht nicht.

„Yet in order to invest the proportionality test with a higher status than the *Wednesbury* test, an inquiry into and a decision upon the merits cannot be avoided. Mr Pannick's (Mr Lester's junior) formulation – could the minister reasonably conclude that his direction was necessary? – must involve balancing the reasons, pro and con, for his decision ..., albeit allowing him 'a margin of appreciation' to use the European concept of the tolerance accorded to the decision-maker in whom a discretion has been vested. The European test of 'whether the interference complained of corresponds to a pressing social need' (see *Sunday Times v UK* (1979) 2 EHRR 245 at 277) must ultimately result in the question – is the particular decision acceptable? – and this must involve a review of the merits of the decision“.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann also höhere Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs stellen als die Frage, ob eine Verwaltungsentscheidung völlig unvernünftig oder irrational ist (so die *Wednesbury*-Formel)¹⁴⁷. Diese höheren Anforderungen bergen die Gefahr eine

143 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Pegasus Holdings (London) Ltd. [1988] 1 WLR 990 (1001); R. v. General Medical Council, ex parte Colman [1989] 1 Admin. LR 469 (489); s.a. R. v. Barnsley M.B.C., ex parte Hook [1976] 1 WLR 1052 wo eine Entscheidung sogar ausdrücklich als „disproportionate to the offence“ bezeichnet wird; des weiteren. R. v. London Borough of Brent ex. p. Assegai, *The Times*, 18. Juni 1987.

144 Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2) [1990] 1 A.C. 109 (283).

145 So schon *De Smith / Woolf / Jowell*, *Judicial Review of Administrative Action*, 5. Aufl. 1995, S. 607. Zu weiteren funktionalen Äquivalenten des Verhältnismäßigkeitsprinzips im common law s.a. *Fordham* (FN 131), S. 5 f.

146 R. v. Home Secretary, ex parte Brind [1991] 1 AC 696.

147 Zu dem Verhältnis zwischen der *Wednesbury*-Formel und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ausführlich: *Jowell / Birkinshaw*, *English Report*, in: Schwarze, *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 273 (282 ff.). Zu der aus verfassungsrechtlichen Gründen eher auf den Entscheidungsweg als das Entscheidungsergebnis fixierten Denkweise des Judicial Review: *Elliott*, *The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review*, *Cambridge Law Journal*, 60 (2001), S. 301 (302 ff., 311 ff.).

Kollision mit der grundlegenden Differenzierung im britischen Rechtssystem in sich – der Differenzierung zwischen *Judicial Review* und *appeal*: Ein *Judicial Review* ist auch möglich, wenn der Gesetzgeber dem Betroffenen kein Recht auf einen die Verwaltungsentscheidung vollumfänglich nachprüfenden *appeal* eingeräumt hat. In der gegenüber der *Wednesbury*-Formel oft subtileren Überprüfung der Verwaltungsentscheidung anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist dann aber wegen der zunehmenden Funktionsgleichheit und Prüfungsintensität beider Rechtsmittel eine Grenzverwischung zwischen gesetzlich zugestandenem *appeal* und richterrechtlich entwickeltem *Judicial Review* angelegt. Allerdings macht nicht nur die europäische, sondern auch die deutsche Rechtsprechung zum Verhältnismäßigkeitsprinzip deutlich, daß dessen Anwendung je nach Kontext in durchaus abgestufter Intensität und unter Berücksichtigung von graduell je nach v.a. demokratischer Dignität des Handelnden zunehmenden Einschätzungsspielräumen bei den verschiedenen Prüfungsschritten erfolgen kann.

Es wurde schon vor dem Inkrafttreten der EMRK prognostiziert, daß die von der Konvention vorgegebene Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch auf die Überprüfung von Rechtsakten mit rein nationalem Bezug ausstrahlen würde¹⁴⁸. Dies zog das House of Lords in seiner *Alconbury*-Entscheidung¹⁴⁹ aus dem Mai 2001 mit den folgenden Ausführungen – soweit ersichtlich – erstmals explizit in Erwägung:

51. The European Court of Justice does of course apply the principle of proportionality when examining such acts and national judges must apply the same principle when dealing with Community law issues. There is a difference between that principle and the approach of the English courts in *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223. But the difference in practice is not as great as is sometimes supposed. The cautious approach of the European Court of Justice in applying the principle is shown inter alia by the margin of appreciation it accords to the institutions of the Community in making economic assessments. I consider that even without reference to the Human Rights Act the time has come to recognise that this principle is part of English administrative law, not only when judges are dealing with Community acts but also when they are dealing with acts subject to domestic law. Trying to keep the *Wednesbury* principle and proportionality in separate compartments seems to me to be unnecessary and confusing. Reference to the Human Rights Act however makes it necessary that the court should ask whether what is done is compatible with Convention rights. That will often require that the question should be asked whether the principle of proportionality has been satisfied: see *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Turgut* [2000] Imm LR 306; *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Mahmood*. *The Times*, 9 January 2001

52. This principle does not go as far as to provide for a complete rehearing on the merits of the decision. Judicial control does not need to go so far. It should not do so unless Parliament specifically authorises it in particular areas.

148 *Fieldman*, Proportionality and the Human Rights Act 1998, in: Ellis (Hrsg.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1999, S. 117.

149 *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd.) v. Secretary of State for Environment, Transport and the Regions* [2001] 2 WLR 1389.

Diese Aussage macht deutlich, daß die europäischen Rechtsordnungen einen Gegenpol zu Beharrungsmomenten der britischen Doktrin bilden. Sie drängen die Rechtsprechung schon heute bei Fällen mit entsprechendem europäischen Bezug zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Dadurch wird nicht nur eine Gewöhnung der britischen Richterschaft an den Umgang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ermöglicht. Es entwickelt sich auch ein stets zunehmender Rechtfertigungsdruck auf alle diejenigen, die an dem Nebeneinander zweier Rechtsmassen mit unterschiedlichen Rechtsprinzipien innerhalb einer Rechtsordnung festzuhalten gedenken.

VI. Schlußbetrachtung

Aus dem hier untersuchten Transfer des Verhältnismäßigkeitsprinzips zwischen der deutschen, britischen und europäischen Rechtsordnung ergeben sich wichtige Rückschlüsse für die Erforschung von Diffusionsprozessen. So verweist unsere Analyse einerseits auf verschiedene Zusammenhänge, die im Einklang mit zentralen Aussagen der Diffusionsforschung sind. Dies gilt zunächst für den Befund, daß das Ausmaß und die Geschwindigkeit der Übernahme von rechtlichen Konzepten deutlich niedriger ist, wenn damit umfassende Anpassungserfordernisse verbunden sind. So fand das Prinzip relativ schnelle Aufnahme in der im Entwicklungsprozeß befindlichen und damit für die Rezeption neuer Konzepte offeneren europäischen Rechtsordnung. In Großbritannien hingegen, wo das Prinzip mit institutionellen und rechtlichen Traditionen kollidiert, wurde es vergleichsweise spät und zurückhaltend rezipiert. Darüber hinaus verdeutlicht der britische Fall die diffusionsbegünstigende Wirkung übergeordneter Institutionen. So ist die Tatsache, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Großbritannien überhaupt eine – wenngleich (noch) nachrangige – Bedeutung erlangt hat, in entscheidendem Maße auf die Aktivitäten des EuGH und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zurückzuführen.

Die Tatsache, daß unsere empirischen Befunde insoweit die theoretischen Erwartungen durchaus bestätigen, gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Von besonderer Bedeutung ist hierbei, daß sich der generell postulierte Zusammenhang zwischen Diffusion und Konvergenz in unseren empirischen Ergebnissen nicht zweifelsfrei nachweisen läßt. Im Hinblick auf die europäische Ebene wird vielmehr deutlich, daß der Transfer des Prinzips nur partiell mit konvergierenden Entwicklungen einher geht. Statt dessen impliziert seine kontextspezifische Rezeption in verschiedener Hinsicht eine insbesondere hinsichtlich der jeweiligen Prüfungsdichte unterschiedliche Anwendung und systematische Ausgestaltung des Konzeptes. Noch deutlicher tritt dieser Zusammenhang im britischen Fall zu Tage, wo der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufgrund der besonderen rechtlichen Traditionen bei Fällen mit rein nationalem Bezug bislang nur eine untergeordnete Bedeutung entfaltet.

Ausschlaggebend für die lange sehr zurückhaltende, divergierende britische Übernahme des Prinzips ist der spezifische staatsrechtliche Hintergrund. Das hier geprägte Verständnis der Parlamentssouveränität verbietet die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen – die Frage nach deren Verhältnismäßigkeit stellt sich somit gar nicht. Auch die richterliche Zurückhaltung

gegenüber der durch den Souverän ermächtigten Verwaltung ist Ausdruck des Respekts vor der souveränen Gesetzgebung: Wenn das Gesetz der Verwaltung eine Kompetenz zur Entscheidung im Einzelfall überträgt, so bedarf es eines Anhaltspunktes für den Willen des Gesetzgebers, daß die Gerichte diese Entscheidung überwachen sollen. Ein intensiv angewendetes Verhältnismäßigkeitsprinzip verändert das Verhältnis der politischen Institutionen zueinander, indem es den Gerichten weitgehende Kontroll- und Gestaltungsrechte im Verhältnis zu der primär gesetzlich ermächtigten Verwaltung zubilligt. Die mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verbundene Suche nach einem milderen Mittel zur Erreichung eines gegebenen Zwecks wurde unter diesen Bedingungen zumindest im nationalen Kontext als zu intensiver Übergriff in den vom Souverän zugewiesenen Vorbehaltsbereich der Verwaltung empfunden.

Die Ablehnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist daher auch zu einem Teil Ausdruck der tief verwurzelten Unsicherheit über die verfassungsrechtliche Fundierung des Judicial Review und seiner Abgrenzung zu dem gesetzlich zugestandenen *appeal*. Solange sich die These hält, daß alle unter dem Vorzeichen der ultra-vires-Lehre entwickelten Rechtmäßigkeitsanforderungen einem hypothetischen Willen des Parlaments entsprechen müssen¹⁵⁰, dürfte die Zurückhaltung britischer Gerichte gegenüber einer „freiwilligen“ Anwendung des nach einem milderen Mittel Ausschau haltenden Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht grundsätzlich geringer werden. Der Respekt vor dem Gesetzgeber, der der Verwaltung eigenständige Entscheidungsmacht überträgt und gegen die Entscheidung keinen *appeal* vorsieht, setzt insoweit der Entwicklung neuer und besonders intensiver Rechtmäßigkeitsanforderungen im Rahmen des allein richterrechtlich entwickelten Judicial Review Grenzen.

Auch die auf das staatsrechtliche Fundament Großbritanniens zurückzuführende und sich erste langsam umkehrende Perspektive des öffentlichen Rechts bzw. des Verwaltungsrechtsschutzes im common law, die nicht das Freiheitsrecht des einzelnen, sondern die Machtausübung der öffentlichen Gewalt als Basis ihrer Systembildung wählt¹⁵¹, spielt bei den Widerständen gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine erhebliche Rolle – wurde dieses Prinzip doch ganz maßgeblich innerhalb einer Rechtsordnung konturiert, deren dogmatischer Ausgangspunkt gerade umgekehrt das individuelle Freiheitsrecht ist.

Ein weiterer wichtiger Faktor, der die Herausbildung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in einer Rechtsordnung zwar nicht herausfordert, wohl aber begünstigt, ist in Großbritannien nicht gegeben: die Mehrstufigkeit der Rechtsordnung, bei der die übergeordneten Normen aus Prinzipien

150 Zu dieser fundamentalen verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung, die hier nicht vertieft werden kann, insbesondere: *Oliver*, *Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?*, und *Forsyth*, *Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review*, jeweils in: Forsyth (Hrsg.), *Judicial Review and the Constitution*, 2000, S. 3 bzw. S. 29 sowie die übrigen Beiträge zu diesem Sammelband.

151 Dieser dogmatisch fundamental andersartige Ansatz wird durch die folgende Aussage prägnant umschrieben: „Public law is at base not about rights, even though abuses of power may and often do invade private rights; it is about wrongs – that is to say misuses of public power.“ (R. v. Somerset County Council, ex parte Dixon [1998] EnvLR 111 (121)); s.a. *Fordham* (FN 131), S. 13 f.

und nicht aus Regeln bestehen¹⁵². Regeln sind Normen, die definitiv etwas gebieten. Sie sind definitive – kategorische oder bedingte – Gebote, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Demgegenüber sind Prinzipien Normen, die gebieten, daß etwas in einem – relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten – möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote. Als solche sind sie dadurch charakterisiert, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Ein Prinzip kann nur dann optimal zur Geltung gebracht werden, wenn es in möglichst geringem Ausmaß beeinträchtigt wird. Nichts anderes stellt das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Relation von staatlicher Zweckverfolgung und hierdurch bedingten privaten Freiheitseinbußen sicher.

Zwar erforderte es keine seherischen Fähigkeiten um zu prognostizieren, daß es eines immer intensiveren Begründungsaufwandes auf Seiten der britischen Rechtsprechung bedurft hätte, wenn diese sich – trotz der gemeinschafts- und konventionsrechtlich erzwungenen Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in bestimmten Bereichen – einem spill-over-effekt auf Rechtsakte rein nationaler Herkunft weiter hätte prinzipiell entziehen wollen – zumal die britische Verwaltungsrechtswissenschaft der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Teilen sehr offen gegenüberstand¹⁵³. Insofern kam die entsprechende Aussage der Alconbury-Entscheidung keineswegs völlig überraschend. Daß sich nach der ersten einschlägigen Entscheidung die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einem Lauffeuer gleich in der britischen Rechtsprechung verbreiten wird, ist aber aufgrund der spezifisch britischen Konzeption von Staat und Gesellschaft, die sich auch in der dogmatischen Fundierung des Individualrechtsschutzes wieder spiegelt, und der lange gepflegten und daher auch nur schwer abzulegenden Skepsis vieler, in den Traditionen des common law erzogener Richter kaum denkbar.

Aus alledem wird aber deutlich, was i.E. festzuhalten bleibt: Die internationale Rezeption von politischen oder rechtlichen Konzepten wird durch spezifische Kontextbedingungen „gebrochen“, die im Rahmen des jeweiligen adaptierenden Systems gegeben sind. Dies hat zur Folge, daß Diffusion nicht zwangsläufig mit Konvergenz einher gehen muß, sondern je nach Konfiguration der Kontextbedingungen bisweilen sogar zu divergierenden Ergebnissen führen kann.

152 Zu der Unterscheidung *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl. 1996, S. 71 ff. Zu der Diskussion, welche Auswirkung ein Verstoß gegen Grundsätze des ungeschriebenen britischen Verfassungsrechts auf ein Parlamentsgesetz haben kann: *Fordham* (FN 131), S. 12 f.

153 *Allan* (FN 121), S. 33 f.; *Jowell / Lester*, *After 'Wednesbury': Substantive Principles of Judicial Review*, *Public Law* 1987, S. 368; *dies.*, *Proportionality: neither Novel nor Dangerous*, in: *Jowell / Oliver* (Hrsg.), *New Directions in Judicial Review*, London 1988, S. 51.