

Leitsätze des Referenten über:

Leistungsfähigkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips

I. Maßhalten

II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Grundsatz vermittelnden Ausgleichs

1. Annäherung

a) Bedeutung, Verbreitung, Variabilität

- (1) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erweist sich als ebenso global erfolgreich wie umstritten.
- (2) Die verzweigte und stets adaptive Rezeption findet ihre Entsprechung in einer bemerkenswerten Formenvielfalt.

b) Offene Fragen, Defizite, Überforderungen: Ein Grundsatz in der Krise?

- (3) So verbreitet wie der Grundsatz selbst ist die an ihm geübte Kritik. Offene Fragen, Defizite und Überforderungen scheinen eher zu- als abgenommen zu haben.
- (4) Dass sich die Kritik dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von diametral entgegengesetzten Extremen her nähert, der Grundsatz also keine Seite im Sinne einer „reinen Lehre“ zufriedenzustellen vermag, muss nicht gegen, sondern kann am Ende sogar für seine Leistungsfähigkeit sprechen.

2. Grundsatz vermittelnden Ausgleichs

- (5) Die zentrale Annahme des Referats lautet, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Kern auf einen vermittelnden Ausgleich abzielt.

a) Ausgleich

- (6) Das Kernanliegen des Ausgleichs wird nicht durch die zahlreichen weiteren Erwartungen infrage gestellt, die an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerichtet werden. Diese erfüllen unterstützende, dienende und flankierende Funktionen.
- (7) Der Ausgleichsgedanke erstreckt sich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz insgesamt.

b) Vermittlungsleistung

- (8) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zielt auf einen *vermittelnden* Ausgleich ab.
- (9) Die spezifische Vermittlungsleistung wird im Rahmen eines dynamischen Prozesses erzielt, der widerstreitende Interessen unter Wahrung von Spielräumen miteinander in Ausgleich bringt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein vermittelndes Regulativ an einem Ort dynamischer Begegnung.

III. Dimensionen

- (10) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein multidimensionaler Grundsatz.

1. Ebenenimmanente Dimensionen

a) Strukturierte Vermittlung von Einzelfall und Allgemeingültigkeit

- (11) Innerhalb einer Rechtsordnung fungiert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Scharnier zwischen Einzelfall und Allgemeingültigkeit.
- (12) Die Vermittlungsleistung wird durch die formale Struktur befördert, die einen Rationalitätsgewinn bewirken kann.

b) Mehrseitiger Ausgleich von Rechtsgütern

- (13) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zielt auf einen vermittelnden Ausgleich von Rechtsgütern ab, der sich nach mehreren Seiten hin entfalten kann.
- (14) Seine vornehmste Funktion liegt in der Gewährleistung effektiven Grundrechtsschutzes.
- (15) Eine zentrale Leistung ist es, die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers zu effektuieren, grundrechtlichen Ausgleich damit in Breite und Tiefe in den Gesetzgebungsprozess hineinzutragen.

2. Ebenen- und zeitübergreifende Dimensionen

- (16) Als Grundsatz vermittelnden Ausgleichs muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit über seine klassischen Dimensionen hinausgedacht werden.

a) Ebenenübergreifende Konkordanzräume

- (17) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eröffnet ebenenübergreifende Konkordanzräume.
- (18) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hilft bei der Koordinierung grundrechtlicher Schutzpluralität.

b) Intertemporaler Ausgleich

- (19) Durch die Herstellung zeitübergreifender Relationen ermöglicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einen intertemporalen Ausgleich.

- (20) Jenseits der intertemporalen Freiheitssicherung im engeren Sinne erlaubt bzw. erzwingt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch Differenzierungen anhand des Faktors Zeit.

IV. Gewalten

- (21) Bei der Frage nach der Verhältnismäßigkeit geht es immer auch um Machtfragen – und damit um die Mechanik der horizontalen und föderativen Gewaltenbalance. Das damit aufgerufene Verhältnis von Verfassungsrecht und Politik reicht weit über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinaus, findet in ihm aber einen spezifischen Ausdruck.

1. Horizontale Gewaltenbalance

a) Handlungsperspektive: Gewaltenspezifität als Herausforderung

- (22) Die Leistungsfähigkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist nicht gleichzusetzen mit seiner gerichtlichen Kontrollierbarkeit.
- (23) Die Entwicklung einer gewaltenspezifischen, d.h. genuin an den legitimatorischen und institutionellen Eigenheiten Erster und Zweiter Gewalt ausgerichteten Konzeption der Verhältnismäßigkeit ist auch bis heute noch weitestgehend unterblieben.

b) Kontrollperspektive: Kontrolldichte und Spielräume

- (24) Die notwendige Balance zwischen Erster und Dritter Gewalt versuchen die Gerichte in der Kontrollperspektive durch das Regulativ variabler Kontrolldichte herzustellen. Dies generiert Flexibilität in der Kontrollperspektive, führt aber zu Defiziten bei Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit in der Handlungsperspektive.
- (25) Die Spielraum- und Kontrolldichtefrage ist eine kompetenzrechtliche Frage der Zuteilung von Entscheidungsrechten. Sie ist *keine* verhältnismäßigkeits*spezifische* Frage, findet im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber einen rechtsdogmatisch spezifischen Ort.

2. Föderative Gewaltenbalance

a) Föderative Spielräume

- (26) Föderative Spielräume und Verhältnismäßigkeitsprüfung sind wohl nirgendwo so stark ineinander verwoben wie in der EMRK-rechtlichen Figur der *Margin of Appreciation*.
- (27) Föderative Spannungslagen drohen umso mehr, je stärker der EGMR einen auf nationaler Ebene bereits hergestellten Ausgleich ersetzt und nicht nur rahmenhaft prüft.

b) Föderative Kompetenzabgrenzung?

- (28) Art. 5 Abs. 4 EUV setzt als *Kompetenzausübungsschranke* eine bestehende Unionskompetenz voraus, dient also gerade nicht der *Kompetenzabgrenzung*.
- (29) Seine föderative Bedeutung besteht in einem autonomiewahrenden Schutz vor einer übermäßigen Lastentragung der Mitgliedstaaten.

V. Modifikationen und Alternativen

1. Antworten auf judikativ-legislative Irritationen?

a) (Schein-)Alternative: Reduktion der Angemessenheitsprüfung

(30) Der Versuch, den Abwägungsvorgang durch Reduktion der Angemessenheitsprüfung zurückzudrängen, erweist sich als wenig hilfreiche (Schein-)Alternative.

b) Verarbeitung legislativer Kompromisse: prozedurale Vermittlungssicherung

(31) Der Grundsatz vermittelnden Ausgleichs scheint nicht in der Lage, einen legislativ bewirkten Ausgleich rechtsdogmatisch befriedigend zu verarbeiten.

(32) Dieses Paradox besteht aber bei Lichte besehen v.a. in der judikativen Kontrollperspektive. Es lässt sich bis zu einem gewissen Grad durch einen Ansatz prozeduraler Vermittlungssicherung auflösen.

2. Umgang mit Krisen

a) Reaktion auf Ungewissheit, Dynamik, Handlungsdruck

(33) Es ist im Grundsatz überzeugend, die vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geforderten Einschätzungen und Bewertungen im Angesicht von Ungewissheit, Dynamik und Handlungsdruck zunächst verstärkt in die Hände der handelnden Legislative und Exekutive zu legen.

(34) Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der zeitlichen Dimension begrenzend zu entfalten.

b) Wesensgehaltsschutz und Verkernung?

(35) Bei der Operationalisierung abwägungsfester Garantien ist äußerste Zurückhaltung geboten.

(36) Dem Rückgriff auf die Wesensgehaltsgarantie wohnt als Reaktion auf die Krise selbst etwas Krisenhaftes inne.

VI. Fazit und Ausblick

(37) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erweist sich trotz aller bestehenden Defizite in der Gesamtschau als leistungsfähiges Instrument vermittelnden Ausgleichs.