

Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee

Von *Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis*, Berlin*

A. Einleitung

Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird häufig als beispielhaft für die Rezeption deutschen Verfassungsdenkens im transnationalen Verfassungsdiskurs herangezogen.¹ Schon von prominenten Stimmen im deutschen Schrifttum einerseits als „der archimedische Punkt des deutschen öffentlichen Rechts, ja des deutschen Rechts überhaupt, soweit es von Grundrechten mitbestimmt wird“ gelobt,² andererseits als „Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe“ kritisiert,³ ist allerdings die praktische Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in vielerlei Hinsicht nicht unumstritten. Ob als Voraussetzung für den effektiven Grundrechtsschutz oder aber als Einladung zu einer beliebigen Abwägung, ist die vergleichende Auseinandersetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bislang selten Gegenstand des wissenschaftlichen Interesses gewesen. Vor diesem Hintergrund wird dieser Beitrag nach einem Überblick über Funktion

* *Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis*, Dr. iur. (Freie Universität Berlin), LL.M. (Harvard), Diplom (Athen). Der Beitrag ist die überarbeitete Fassung eines Vortrags auf der Jahrestagung des Arbeitskreises für Überseeische Verfassungsvergleichung am 3. Juli 2010 in Regensburg. E-Mail: koutnatzis@post.harvard.edu. Soweit nichts anders angegeben, werden im Folgenden die deutschen Übersetzungen der Verfassungstexte verwendet, die unter www.verfassungen.de heruntergeladen werden können (zuletzt abgerufen am 21.10.2010).

¹ Vgl. etwa *Peter Häberle*, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I, Heidelberg, 2004 [im Folgenden: HGR I], § 7, Rn. 16, 36; *Vassilios Skouris*, Die mitgliedstaatlichen Verfassungen nach fünfzig Jahren europäischer Integration – Bemerkungen am Beispiel des Grundgesetzes, in: Klaus Stern (Hg.), *60 Jahre Grundgesetz. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland im europäischen Verfassungsvorstand*, München 2010, S. 37-53 (40); *Alec Stone Sweet/Jud Mathews*, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), S. 73-165 (z. B. S. 75); zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Teil des „postwar constitutional paradigm“ s. auch *Lorraine E. Weinrib*, The postwar paradigm and American exceptionalism, in: *Sujit Choudhry* (Hg.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge/New York 2006, S. 84-111 (89 ff., insb. S. 96 f.).

² *Philip Kunig*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht, in: ders./Makoto Nagata (Hg.), *Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog*, Köln 2007, S. 169-186 (185); vgl. auch *Christian Pestalozza*, Die Endlichkeit von Verfassungen, in: *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht. Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche*, Berlin 2008, S. 31-54 (50): Verfassungsrechtssatz, „vor dem sich jeder Staat, wenn er Grundrechtsbezirk betritt, zu behaupten hat“.

³ *Fritz Ossenbühl*, Diskussionsbeitrag, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39 (1981), S. 189 f. (189).

und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im deutschen Verfassungsrecht (B.) auf die Rezeption dieses Grundsatzes in Europa und vor allem in Übersee skizzieren (C.). Im Anschluss daran werden einige vergleichende Anmerkungen zu Leitbegriffen und Anwendungsschritten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angestellt werden (D.). Im Vordergrund der folgenden Überlegungen steht zum einen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als *verfassungsrechtlicher* Grundsatz, zum anderen seine Aktualisierung für die *Grundrechtsdogmatik*. Außerhalb des Rahmens des vorliegenden Beitrags bleibt demzufolge die äußerst interessante Problematik der außerjuristischen Verwurzelung des Verhältnismäßigkeitsgebots in verschiedenen Kulturen ebenso wie seine mögliche Ausstrahlung auf andere Rechtsgebiete, etwa auf Bereiche des Staatsorganisationsrechts, des Zivilrechts oder des Arbeitsrechts.

B. Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Verfassungsrecht

I. Der Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der verfassungsdogmatische Sitz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im deutschen Recht befindet sich vor allem in den allgemeinen Grundrechtslehren.⁴ Bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen stellt die Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit⁵ die praktisch wichtigste sog. „Schranken-Schranke“ dar. Während die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Deutschland erst prätorisch entwickelt wurde,⁶ wurden davon explizit institutionalisierte Vorgaben des Grundgesetzes, wie etwa die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, schließlich überlagert.⁷

War der Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zunächst auf die Freiheitsrechte beschränkt, so ist er nun auch auf den Gleichheitssatz ausgedehnt worden.⁸

⁴ Zusammenfassend *Ingo von Münch*, in: ders./Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 5. Aufl., München 2000 [im Folgenden: v. Münch/Kunig, GGK], Vorbemerkungen zu den Art. 1-19, insb. Rn. 55 ff.; *Klaus Stern*, Die Grundrechte und ihre Schranken, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 1-34 (8 ff.); *Horst Dreier*, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 2004, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, Rn. 144 ff. alle m. w. N.

⁵ Für die Terminologie „Übermaßverbot“ bereits *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln u.a. 1961, S. 21; dezidiert auch *Walter Krebs*, Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbotes, *Jura* 23 (2001), S. 228-234 (228 f.) m. w. N. (auf S. 228, Fn. 2).

⁶ Grundlegend BVerfG, BVerfGE 7, 377 (409 ff.) (Apotheken-Urteil).

⁷ Vgl. etwa *Philip Kunig*, Gedanken zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: *Recht genau. Liber amicorum für Jürgen Pröß zum 70. Geburtstag*, München 2009, S. 143-152 (149); *Walter Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GGK, Art. 19, Rn. 24; kritisch *Benjamin Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, Tübingen 2009, S. 72.

⁸ Wegweisend *Michael Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980, S. 54 ff.; zusammenfassend *Hans D. Jarass*, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die

Allerdings ist die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der Gleichheitsprüfung prinzipiell⁹ ebenso wie in der Anwendung und den Prüfungsschritten im Einzelnen¹⁰ nicht unumstritten. Vor allem wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in Gleichheitsfällen in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur nicht durchgehend praktiziert. Vielmehr ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeiterfordernisse reichen.¹¹ Bereichsspezifische Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind wiederum für die Meinungsfreiheit, die Berufsfreiheit und die Eigentumsfreiheit entwickelt worden.¹² Darüber hinaus wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Bestimmung des Ausmaßes grundrechtlicher Schutzpflichten zunehmend herangezogen.¹³ Demgegenüber beschränkt sich der Geltungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die freiheitlichen Abwehrrechte in Gegenüberstellung zu sozialen Grundrechten, also Rechten auf soziale Leistungen.¹⁴ Diese Beschränkung entspricht zwar der Konzeption des Grundgesetzes, das prinzipiell keine sozialen Grundrechte kennt, ist aber auf eine andere Grundrechtsordnung, die Grundrechte auf staatliche Leistungen enthält, nicht ohne weiteres übertragbar.

Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 50 (1997), S. 2545-2550 (2549).

⁹ Grundsätzliche Kritik etwa bei *Paul Kirchhof*, Gleichmaß und Übermaß, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslbens*. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 133-149 (insb. S. 143 ff.).

¹⁰ Differenzierend *Stefan Huster*, Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993, S. 239 ff.; vgl. außerdem *Lothar Michael*, Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: Jan-R. Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, S. 123-149 (140 ff.) und *Manfred Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GGK, Art. 3, Rn. 29, wonach eine Erforderlichkeitsprüfung beim allgemeinen Gleichheitssatz nicht stattfindet.

¹¹ Zum Beispiel BVerfGE 88, 87 (96); 89, 15 (22); 99, 367 (388).

¹² Dazu eingehend *Markus Heintzen*, Die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Deutsches Verwaltungsblatt 119 (2004), S. 721-727.

¹³ S. etwa *Georg Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987, S. 253 ff. m. w. N.; vgl. außerdem *Eckart Klein*, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, Neue Juristische Wochenschrift 42 (1989), S. 1633-1640 (1638); *Wolfram Cremer*, Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen, Tübingen 2003, S. 269 ff.

¹⁴ Vgl. etwa *Andreas von Arnault*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, Baden-Baden 1999, S. 230.

II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Grundrechten und Grundrechtsschranken

Die Frage nach der rechtsstaatlichen¹⁵ oder grundrechtlichen¹⁶ Verortung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Grundgesetz ist umstritten.¹⁷ Schon der Struktur der Grundrechtsnormen des Grundgesetzes ist aber zu entnehmen, dass die Schutzbereiche von Grundrechten *grundsätzlich* individuelle Freiräume abgrenzen, die vom staatlichen Eingriff freigestellt werden. Dabei werden Schranken nur *ausnahmsweise* zugelassen. Dies führt dazu, dass die Grundrechtsschranken nur insoweit Eingriffe in den jeweiligen Schutzbereich legitimieren können, wie dies verhältnismäßig ist.¹⁸ Dabei stellt die nur ausnahmsweise Begrenzung der grundrechtlichen Sphäre die eigentliche Rechtfertigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dar. In der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts sind zwar unterschiedliche Verortungsansätze des Verhältnismäßigkeitsprinzips anzutreffen.¹⁹ Nur

¹⁵ So die insbesondere früher herrschende Meinung im Schrifttum; z. B. *Klaus Stern*, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 165-175 (172 ff.); *Roman Herzog*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), *Grundgesetz Kommentar*, Art. 20 VII, Rn. 72; *Michael Sachs*, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz: Kommentar*, 5. Aufl., 2009, Art. 20, Rn. 146.

¹⁶ Grundlegend *Philip Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986, S. 350 ff. (insb. S. 354), dort auch weitere Nachweise in der Fn. 228; *Detlef Merten*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: ders./Hans-Jürgen Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. III, Heidelberg 2009, § 68, Rn. 35 ff.; außerdem *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985, S. 100 ff.: Herleitung „aus den Grundrechtsnormen, soweit sie Prinzipiencharakter haben“ (a. a. O., S. 103).

¹⁷ Teile der Literatur betrachten beide möglichen Stützen des Verhältnismäßigkeitsprinzips als sich ergänzend; in diesem Sinne etwa *Bernhard Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 445-465 (447 ff.).

¹⁸ Hervorhebung der Verbindung zwischen dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von Grundrechten und Grundrechtsschranken einerseits und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz andererseits vor allem bei *Philip Kunig*, Der Rechtsstaat, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 421-444 (432 f.); *Merten*, oben Fn. 16, Rn. 38 ff.; *Josef Franz Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2005, S. 221 ff.; *Andreas von Arnauld*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *Juristen Zeitung* 55 (2000), S. 276-280 (278 f.); *Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis*, Kompromisshafte Verfassungsnormen. Grundlagen und Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der Verfassung, Baden-Baden 2010, S. 347 ff.; allgemeine Herleitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus normativen Regel-Ausnahme-Verhältnissen im Rahmen systematisch-teleologischer Interpretation bei *Erich Vraneš*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Herleitungsalternativen, Rechtsstatus und Funktionen, *Archiv des Völkerrechts* 47 (2009), S. 1-35 (12 f.; Beispiele aus dem Völkerrecht: a. a. O., S. 27 ff.).

¹⁹ Unterschiedliche Verortungsansätze z. B. in BVerfGE 19, 342 (348 f.) („aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst“); BVerfGE 29, 312 (316) („im Rechtsstaatsprinzip wurzelnd“); BVerfGE 65, 1 (44) („aus dem Wesen der Grundrechte selbst“).

unter Zugrundelegung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Grundrechten und Grundrechtsschranken können allerdings die konkreten Prüfungsstufen des Verhältnismäßigkeitsprinzips verstanden werden, nämlich dass die Grundrechtsschranken einerseits einen *legitimen Zweck* verfolgen und andererseits *geeignet, erforderlich* und *zumutbar bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne* sein müssen.²⁰ Die mehrstufige Struktur der Verhältnismäßigkeitskontrolle spricht *gegen* eine begriffliche Gleichsetzung von Verhältnismäßigkeit und Abwägung. Nicht selten hat aber die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung die Kritik einer kurSORischen Auseinandersetzung mit den sonstigen Verhältnismäßigkeitsstufen hervorgerufen, um sodann das Ergebnis der Grundrechtsprüfung von einer ergebnisorientierten Abwägung abhängig zu machen.²¹

C. Zur Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im ausländischen Verfassungsrecht

I. Zur Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Europa

1. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention bzw. der Europäischen Union

Während der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als verfassungsrechtlicher Grundsatz außerhalb Deutschlands zunächst nur in der Schweiz ausgeprägt war,²² haben sowohl direkt das deutsche Verfassungsrecht als auch das europäische Recht – als Vehikel – zu seiner Diffusion beigetragen.²³ So sieht die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vor, dass einige der darin geschützten Rechte nur denjenigen Einschränkungen unterliegen, die „erforderlich in einer demokratischen Gesellschaft“ sind,²⁴ und legt damit die rechts- und

Rechtfertigung der verfassungsgerichtlichen „Verlegenheit, die Menschenwürde und das rechtsstaatliche Prinzip mit letzterer Genauigkeit voneinander abzugrenzen“ in der Rechtsprechung zur Verortung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Herzog, oben Fn. 15, Art. 20 I, Rn. 18.

²⁰ Ständige Rechtsprechung, z. B. BVerfGE 19, 342 (348 f.); 55, 159 (165).

²¹ Kritisch zur Abwägungsstufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung etwa *Schlink*, oben Fn. 17, S. 453 ff.; *Thomas Groß*, Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle des Gesetzgebers, *Die Öffentliche Verwaltung* 59 (2006), S. 856-861 (858 f.).

²² Umfassend schon *Ulrich Zimmerli*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht. Versuch einer Standortbestimmung, *Zeitschr. f. Schweizerisches Recht* 97 II (1978), S. 1-131.

²³ Zu den europäischen Rechtsordnungen im Einzelnen vgl. die Beiträge in: *Hans Kutscher/Georg Ress/Francis Teitgen/Felix Ermacora/Giovanni Übertazzi*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, Heidelberg 1985, S. 5 ff.; zusammenfassend *Jürgen Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, S. 663 ff.; *Juliane Kokott*, Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: *HGR I*, oben Fn. 1, § 22, Rn. 98 ff.; darüber hinaus *Stone Sweet/Mathews*, oben Fn. 1, S. 112 ff.

²⁴ Die EMRK legt zugleich die Ziele fest, zu deren Förderung die EMRK-Rechte eingeschränkt werden dürfen. Vgl. Art. 6 Abs. 1 S. 2 (Recht auf faires Verfahren [Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren]) Art. 8 Abs. 2 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens); Art. 9 Abs. 2 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit); Art. 10 Abs. 2 (Freiheit der Meinungsäußerung);

verfassungsvergleichende Ansatzweise bei der Schrankenziehung nahe. Denn Erforderlichkeit in einer demokratischen Gesellschaft kann nicht nach engen Nationalmaßstäben beurteilt werden. Darüber hinausgehend hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eine allgemeine Verhältnismäßigkeitskontrolle bei der Anwendung nahezu aller EMRK-Rechte eingeführt.²⁵ Ebenso stellt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften bzw. Union (EuGH)²⁶ einen Prüfungsmaßstab des gemeinschaftlichen bzw. unionalen sowie des mitgliedstaatlichen Handelns dar.²⁷

Im Einzelnen bestehen hinsichtlich der Prüfungspraxis freilich Unterschiede: So fokussiert sich der EGMR in aller Regel auf eine Gesamteinschätzung der Umstände des Einzelfalls, um eine „fair balance“ zwischen den konkurrierenden Grundrechtspositionen und öffentlichen Interessen herauszuarbeiten. Aus der Sicht der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung würde es sich dabei um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne handeln.²⁸ Auch die Rechtsprechung des EuGH nimmt je nach Einzelfall eine zweistufige oder dreistufige Prüfung vor und stellt dementsprechend auf Geeignetheit, Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ab, wobei die gerichtliche Prüfungsrichtung zwischen gemeinschaftlichen und nationalen Maßnahmen wesentliche Unterschiede aufweist.²⁹

Art. 11 Abs. 2 (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit); Protokoll Nr. 4, Art. 2 Abs. 3-4 (Freizügigkeit).

²⁵ Ausführlich dazu *Julia Iliopoulos-Strangas*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Praxis der Straßburger Organe am Beispiel des Verhältnismäßigkeitsprinzips, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 63 (1999), S. 414-451 (428 ff.); *Marc-André Eissen*, The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: Ronald St. J. Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold (Hg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht u.a. 1993, S. 125-146; zuletzt *Jörg Gundel*, Beschränkungsmöglichkeiten, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VI/1, Heidelberg 2010 [im Folgenden: HGR VI/1], § 147, insb. Rn. 8, 12, 34 ff.

²⁶ Der EuGH berief sich dazu vor allem auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten sowie die EMRK. Vgl. bereits EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH gegen Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rechtssache 11/70, Sammlung 1970, S. 1125 ff. (Rn. 7-12).

²⁷ Dazu statt vieler *Schwarze*, oben Fn. 23, S. 690 ff.; *Oliver Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 2003, insb. S. 158 ff., 290 ff.; *Gráinne de Búrca*, The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, *Yearbook of European Law* 13 (1993), S. 105-150 (114 ff.).

²⁸ Zu Recht kritisch *Iliopoulos-Strangas*, oben Fn. 25, S. 449 f.; *Jürgen Kühling*, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, S. 657-704 (693 f.); tendenziell positiver *Christoph Grabenwarter/Thilo Marauhn*, Grundrechtseingriff und –schranken, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hg.), *EMRK/GG – Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen 2006, Kap. 7, Rn. 45.

²⁹ Vgl. etwa *Koch*, oben Fn. 27, insb. S. 254 ff.; *Angelika Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, Berlin 2000, S. 214 ff.; *Meinhard Hilf*, Die Schranken der EU-Grundrechte, in: HGR VI/1, oben Fn. 25, § 164, Rn. 22 ff.

2. Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im nationalen Verfassungsrecht

Vor allem seit den 1980er Jahren rezipierten Lehre und Rechtsprechung in den südeuropäischen Staaten den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.³⁰ Dem folgten seit den 1990er Jahren fast ausnahmslos die Verfassungsgerichte der Staaten *Zentral- und Osteuropas*.³¹ Auf größere Vorbehalte stieß die Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Verfassungsordnungen, die traditionell die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des gesetzgeberischen Handelns nicht kannten und die Verwaltungstätigkeit anhand von großzügigen Maßstäben wie „*reasonableness*“ im *Vereinigten Königreich*³² oder „*erreur manifeste*“ in *Frankreich* überprüften.³³ Teile des Schrifttums in diesen Ländern haben – trotz des Fehlens des *Grundsatzes* der Verhältnismäßigkeit – den Verhältnismäßigkeitsbegriff als Bestandteil der richterlichen Prüfung herausgestellt³⁴ oder sogar explizit den Unterschied zwischen herkömmlichen Ansätzen und Verhältnismäßigkeit als relativiert betrachtet.³⁵ Jedenfalls haben die Einflüsse der Rechtsvergleichung und des europäischen Rechts³⁶ auch

³⁰ Vgl. etwa zu Griechenland *Julia Iliopoulos-Strangas*, Der Einfluß des Grundgesetzes auf griechisches Verfassungsrecht, in: Klaus Stern (Hg.), 40 Jahre Grundgesetz. Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung, München 1990, S. 259-270 (269); zu Spanien *Francisco Balaguer Callejón/Miguel Azpitarte Sánchez*, Das Grundgesetz als ein Modell und sein Einfluss auf die spanische Verfassung von 1978, Jahrbuch des öffentlichen Rechts – Neue Folge (JöR NF) 58 (2010), S. 15-39 (25); zu Portugal *José Manuel M. Cardoso da Costa*, Landesbericht, in: Christian Starck (Hg.), Grundgesetz und deutsche Verfassungsgerichtsprägung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1990, S. 171-191 (181).

³¹ Vgl. hierzu die Beiträge von *Rainer Grote*, Das Rechtsstaatsprinzip in der mittel- und osteuropäischen Verfassungsgerichtspraxis, und *Andreas Zimmermann*, Bürgerliche und politische Rechte in der Verfassungsgerichtsprägung mittel- und osteuropäischer Staaten unter besonderer Berücksichtigung der Einflüsse der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, beide in: *Jochen Frowein/Thilo Marauhn* (Hg.), Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Berlin u.a. 1998, S. 3-64 (54 ff.); 89-124 (92 ff.).

³² Klassisch *Associated Provincial Picture Houses Ltd. gegen Wednesbury Corporation*, King's Bench (Entscheidungssammlung) 1948, S. 223 (228 ff.). Rechtsprechungsbericht bei *Gráinne de Búrca*, Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law, European Public Law 3 (1997), S. 561-586 (563 ff.).

³³ Vgl. statt vieler *Xavier Philippe*, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, Aix-Marseille 1990, S. 61 ff., 81 ff.

³⁴ S. etwa *Philippe*, oben Fn. 33, S. 108.

³⁵ Repräsentativ *Paul Craig*, in: *Evelyn Ellis* (Hg.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, Oxford/Portland 1999, S. 85-106 (94 ff.); vgl. auch *Vranes*, oben Fn. 18, S. 18, 19.

³⁶ Zum Einfluss der EMRK vgl. die Beiträge in: *Helen Keller/Alec Stone Sweet* (Hg.), A Europe of Rights, Oxford/New York 2008; zu Frankreich *Elisabeth Lambert-Abdelgawad/Anne Weber*, The Reception Process in France and Germany, a. a. O., S. 107-164 (147 ff.); zum Vereinigten Königreich *Samantha Besson*, The Reception Process in Ireland and the United Kingdom, a. a. O., S. 31-106 (82 ff.); s. auch *Andreas von Arnould*, Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in

hier zur graduellen Durchsetzung des Verhältnismäßigkeitstests jenseits des Anwendungsbereichs von EMRK und EU-Recht geführt.³⁷

Inzwischen ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im primären Europarecht als Kompetenzausübungsschranke der Gemeinschaft bzw. Union³⁸ sowie auch in der Grundrechtecharta der Europäischen Union als Voraussetzung zulässiger Grundrechtseinschränkung festgeschrieben.³⁹ Insbesondere in den letzten Jahren sind zunehmend allgemeine Schrankenvorbehalte in einige nationale Verfassungen⁴⁰ aufgenommen worden, die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wörtlich nennen.⁴¹ Dies war zunächst 1991 der Fall in *Rumänien*⁴² und dann folgten *Moldawien*⁴³, *Albanien*⁴⁴, die *Schweiz*⁴⁵, *Kroatien*⁴⁶, *Griechenland*⁴⁷ und die *Türkei*.⁴⁸ Hinzu kommen Grundrechtskataloge, die zwar nicht den

Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Europarecht Beiheft 1/2008, S. 41-64 (insb. S. 49 f., 61 f.).

³⁷ Vergleichend zur Verhältnismäßigkeitsprüfung der britischen Gerichte und des EGMR und zu den Unterschieden in der Prüfungspraxis *Julian Rivers*, Proportionality and Variable Intensity of Review, Cambridge Law Journal 65 (2006), S. 174-207 (177 ff.); tendenziell einseitige Fokussierung auf die immer noch bestehenden Unterschiede im Einzelnen bei *Christoph Knill/Florian Becker*, Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union, Die Verwaltung 36 (2003), S. 447-481 (insb. S. 469 ff., 478 ff.).

³⁸ Vgl. in diesem Sinne Art. 5 Abs. 3 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ex-Art. 3B Abs. 3) nach dem Vertrag von Maastricht sowie das Protokoll des Amsterdamer Vertrags (1997) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Vgl. inzwischen (nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon) Art. 5 Abs. 1 S. 2 des Vertrags über die Europäische Union.

³⁹ Art. 52 Abs. 1 der Charta erwähnt zwar das Wort „Verhältnismäßigkeit“ nicht, schreibt aber vor, dass Grundrechtseinschränkungen nur dann vorgenommen werden dürfen, „wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen“.

⁴⁰ Vgl. auch aus den deutschen Landesverfassungen Art. 5 Abs. 2 S. 1, Art. 23 Abs. 2 Verf. Brandenburg; Art. 20 Abs. 2 S. 1 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 42 Abs. 4 S. 1 Verf. Thüringen.

⁴¹ Plädoyer für die Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in die jeweilige Verfassungsurkunde bei *Pestalozza*, oben Fn. 2, S. 50.

⁴² Art. 49 Abs. 2 der rumänischen Verfassung (1991).

⁴³ Art. 54 Abs. 4 der moldawischen Verfassung (1994, Nummerierung nach der Revision von 2001).

⁴⁴ Art. 17 Abs. 1 der albanischen Verfassung (1998).

⁴⁵ Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 der schweizerischen Bundesverfassung (1999).

⁴⁶ Art. 16 Abs. 2 der kroatischen Verfassung (Revision von 2000).

⁴⁷ Art. 25 Abs. 1 S. 1 der griechischen Verfassung (Revision von 2001).

⁴⁸ Art. 13 der türkischen Verfassung (Revision von 2001). Vor 2001 verankerte Art. 13 der türkischen Verfassung von 1982 den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwar nicht ausdrücklich, schrieb aber vor, dass die Grundrechtseinschränkungen „den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaftsordnung nicht entgegenstehen“ dürfen und hallte insoweit äußerlich die Formulierung der Art. 8-11 EMRK (vgl. oben Fn. 24) teilweise wider.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als solchen, doch aber einzelne seiner Komponenten oder Ausprägungen, vor allem die Erforderlichkeit von Grundrechtseinschränkungen, ausdrücklich verankern, so etwa zunächst in *Portugal* schon seit 1982⁴⁹ sowie in *Estland*⁵⁰ und *Russland*⁵¹. Allerdings garantiert die verfassungstextliche Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weder seine konsistente noch seine einheitliche Anwendung in der verfassungsgerichtlichen Praxis. So sieht sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einerseits der Konkurrenz anderer verfassungstextlich garantierter Möglichkeiten zu Grundrechtseinschränkungen ausgesetzt,⁵² andererseits steht ihm teilweise eine langjährige Zurückhaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Ausübung ihrer Kontrollbefugnisse immer noch entgegen.⁵³ Somit hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht immer als Schranken-Schranke von Grundrechten, sondern auch als Freibrief für Grundrechtseinschränkungen fungiert.⁵⁴ Trotz der weitgehenden Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Europa wird ihm übrigens nicht durchweg der hervorragende Stellenwert in der Schrankenproblematik eingeräumt, der ihm im deutschen Verfassungsrecht zukommt. Während also die grundgesetzliche Wesensgehaltsgarantie vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach herrschender Meinung überlagert wird,⁵⁵ genießen ähnliche Gewährleistungen in anderen europäischen Verfassungsordnungen über die Verhältnismäßigkeiterfordernisse hinausgehende und damit eigenständige Bedeutung, so etwa in *Spanien*.⁵⁶

⁴⁹ Art. 18 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung (Revision von 1982).

⁵⁰ Art. 11 der estnischen Verfassung (1992).

⁵¹ Art. 55 Abs. 3 der russischen Verfassung (1993).

⁵² Solche Möglichkeiten stellen etwa in der *Türkei* das Verbot des Missbrauchs von Grundrechten und Grundfreiheiten (Art. 14) sowie auch die „Notwendigkeiten der laizistischen Republik“ als (zurzeit unter Diskussion stehende) Einschränkungsgrundlage (Art. 13) dar. Vgl. dazu *Ibrahim Özden Kaboğlu/Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis*, The Reception Process in Greece and Turkey, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hg.), *A Europe of Rights*, Oxford/New York 2008, S. 451-529 (512 f.); *Hüseyin Yıldız*, Der neue türkische Verfassungsentwurf und die daraus resultierenden Einflüsse auf die demokratische Entwicklung der Türkei, *JöR NF* 58 (2010), S. 353-386 (361 ff., 378).

⁵³ Zu Griechenland und der Türkei *Kaboğlu/Koutnatzis*, oben Fn. 52, S. 509 ff., 512 f., 514; zu Russland *Angelika Nußberger*, The Reception Process in Russia and Ukraine, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hg.), *A Europe of Rights*, Oxford/New York 2008, S. 603-674 (662 f.).

⁵⁴ Vgl. etwa zur Zulässigkeit außerordentlich starker Grundrechtseinschränkungen in der Türkei (vor der Verfassungsänderung von 2001) *Ernst E. Hirsch*, Die Verfassung der Türkischen Republik vom 9. November 1982. Eine Einführung, *JöR NF* 32 (1983), S. 507-551 (527 f., 549).

⁵⁵ Nachweise hierzu oben Fn. 7.

⁵⁶ *Luis Lopez Guerra*, Constitutional Court Judges' Roundtable – Spain, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), S. 567-569 (569); darüber hinausgehend *Peter Häberle*, Das GG als „Exportgut“ im Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Christian Hillgruber/Christian Waldhoff (Hg.), *60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine gegückte Verfassung?*, Göttingen 2010, S. 173-203 (182), wonach die Wesensgehaltsklausel die „vielleicht weltweit erfolgreichste GG-Norm“ ist.

II. Zur Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Übersee

1. Direkte Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deutscher bzw. europäischer Prägung

Richten wir den Blick über die Grenzen Europas hinweg, so ist festzustellen, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als verfassungsrechtlicher Grundsatz auch im Verfassungsrecht außereuropäischer Länder intensiv rezipiert worden ist.⁵⁷ Obwohl die jeweilige Rezeptionsgeschichte Eigenarten aufweist, fungiert das deutsche Verfassungsrecht in Ländern wie Brasilien, Korea und Japan als Ursprung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und als eigentliche Inspirationsquelle für die grundrechtsdogmatische Aufarbeitung.

a. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Brasilien

In lateinamerikanischen Verfassungsordnungen durfte Spanien und Portugal eine Brücke-rolle zwischen deutschen bzw. europäischen Ansätzen und lateinamerikanischer Rezeption zugekannt werden.⁵⁸ So spricht sich die Lehre, beispielsweise in *Brasilien*, in den letzten Jahren für die Verhältnismäßigkeitskontrolle aus,⁵⁹ wobei eine relativ große Unsicherheit in Bezug auf die Anwendung der Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe herrscht.⁶⁰ Häufig werden die aus dem deutschen Recht bekannten Prüfungsschritte der Verhältnismäßigkeit nicht in einer bestimmten Reihenfolge angewendet, was wiederum zu grundsätzlicher Kritik im Schrifttum gegen Verhältnismäßigkeit und Abwägung – nicht selten beides in einem Atemzug genannt – führt.⁶¹ Teile des Schrifttums tendieren übrigens dazu, den Schutz des grundrechtlichen Wesensgehalts als Mittel aufzufassen, das vor maßlosen oder unverhäl-

⁵⁷ Während die folgenden Ausführungen in erster Linie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als verfassungsrechtlichen Grundsatz und seine Anwendung im Grundrechtsbereich betreffen, ist das darüber hinausgehende Gebot der Verhältnismäßigkeit allen staatlichen Handelns gegenüber dem Einzelnen keine allein europäische Idee und ist auch in außereuropäischen Kulturen durchaus verwurzelt. S. auch *Philip Kunig*, Macht und Recht in den internationalen Beziehungen, VRÜ 38 (2005), S. 105-113 (111).

⁵⁸ Vgl. dazu aus allgemeiner Sicht *Peter Häberle*, Mexiko – Konturen eines Gemeinamerikanischen Verfassungsrechts – ein jus commune americanum, JÖR NF 52 (2004), S. 581-609 (597 f.).

⁵⁹ Vgl. etwa *Andreas Krell*, 10 Jahre brasiliанische Bundesverfassung: Rechtsdogmatische und rechtssoziologische Aspekte der Entwicklung des Grundrechtsschutzes, VRÜ 32 (1999), S. 8-30 (17).

⁶⁰ So auch die Einschätzung von *Winfried Brugger/Ingo Wolfgang Sarlet*, Moderner Konstitutionalismus am Beispiel der US-Verfassung, des Grundgesetzes und der brasiliāischen Verfassung: eine rechtsvergleichende Perspektive, JÖR NF 56 (2008), S. 613-638 (629).

⁶¹ Kritisch etwa *Alonso Reis Freire*, Evolution of Constitutional Interpretation in Brazil and the Employment of Balancing „Method“ by Brazilian Supreme Court in Judicial Review, S. 7 ff., verfügbar unter [www.enelsyn.gr/gr/workshops/workshop15\(gr\).htm](http://www.enelsyn.gr/gr/workshops/workshop15(gr).htm) (zuletzt abgerufen am 8.10.2010).

nismäßigen Einschränkungen des Grundrechtsgehalts schützt.⁶² Die Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen wird insoweit durch den Schutz des grundrechtlichen Wesensgehalts konkretisiert – statt umgekehrt, wie es bei der in der Bundesrepublik herrschenden Grundrechtsdogmatik der Fall ist.⁶³

b. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Republik Korea

In der *Republik Korea* greift der allgemeine Schrankenvorbehalt der geltenden Verfassung von 1987 die Erforderlichkeit (ebenso wie die Wesensgehaltsgarantie) als materielle Voraussetzungen von Grundrechtseinschränkungen explizit auf.⁶⁴ Dabei zieht der Verfassungsgerichtshof in der Anwendung dieses Schrankenvorbehalts das deutsche Verhältnismäßigkeitsvokabular weitgehend heran. Allerdings wird die Frage nach dem legitimen Ziel der Einschränkung meistens nicht als Vorfrage, sondern als erste Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung betrachtet, der dann als weitere Stufen die *Geeignetheit der Einschränkung*, die *Erforderlichkeit minimaler Einschränkung* und die *Interessenabwägung* folgen.⁶⁵ In der Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung lassen sich aber kaum Entscheidungen finden, in denen die Erforderlichkeit bejaht, die Angemessenheit jedoch verneint wird, wobei bei wenig schwerwiegenden Eingriffen die ganze Verhältnismäßigkeitsprüfung auf eine Willkürkontrolle reduziert wird.⁶⁶ Bei den in der koreanischen Verfassung enthaltenen sozialen Grundrechten findet übrigens keine Verhältnismäßigkeitskontrolle statt; bei der

⁶² Vgl. etwa *Gilmar Mendes*, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die brasilianische Verfassung von 1988, *JöR NF* 58 (2010), S. 95-117 (105).

⁶³ Die Fokussierung auf die Wesensgehaltsgarantie als grundrechtliche Schranken-Schranke ist auch in anderen lateinamerikanischen Verfassungsordnungen anzutreffen, so etwa in *Kolumbien*, dazu *Andreas Timmermann*, Der Schutz der subjektiven Rechte in der kolumbianischen Verfassung, *VRÜ* 32 (1999), S. 31-48 (42 f.).

⁶⁴ Gemäß Art. 37 Abs. 2 der Verfassung: „Alle Freiheiten und Rechte der Staatsbürger können nur in den Fällen, in denen es für die Staatssicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung oder das Gemeinwohl erforderlich ist, durch Gesetz eingeschränkt werden, und selbst wenn eine solche Einschränkung vorgenommen wird, darf der Wesensgehalt der Freiheiten und Rechte nicht verletzt werden“ (Hervorhebung v. Verf.). Deutsche Übersetzung von *Seon-Taek Kim*, Die Interpretation der Grundrechte nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und nach der Verfassung der Republik Korea, Diss., Köln 1992, S. 313 f.; zu den aufgezählten Einschränkungszielen vgl. auch *Kolja Naumann*, Korean Constitutional Law Confronted with the Possibility of Reunification: Can German Experiences Help?, *VRÜ* 41 (2008), S. 510-533 (520 f.).

⁶⁵ Vgl. dazu die Beiträge von *Hak-Seon Jeon*, L’application du principe de proportionnalité dans la Justice constitutionnelle en Corée, S. 27 f. und *Chee Youn Hwang*, Critics on the Constitutional Complaint against the Ordinary Courts’ Judgments in Terms of Balancing and Proportionality Test in Korean Constitutional Review, S. 13 f., beide verfügbar unter [www.enelsyn.gr/gr/workshops/workshop15\(gr\).htm](http://www.enelsyn.gr/gr/workshops/workshop15(gr).htm) (zuletzt abgerufen am 8.10.2010).

⁶⁶ *Kolja Naumann*, Die verfassungsgerichtliche Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der Republik Korea, *JöR NF* 58 (2010), S. 685-712 (693, 710 f.) m. w. N. aus der koreanischen Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung (auf S. 693, Fn. 28-31).

Prüfung nach dem Gleichheitssatz sind wesentliche Unterschiede in der Prüfungsdichte je nach Regelungsbereich festzustellen.⁶⁷ Insoweit lassen sich Parallelen zur Lage im deutschen Verfassungsrecht ziehen, während die Fokussierung auf die Erforderlichkeitsprüfung jedoch eine Besonderheit der koreanischen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Vergleich zu ihren deutschen Ursprüngen darstellt.

c. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Japan

Dass Rezeption von ausländischen Verfassungskonzepten nicht unbedingt Übernahme bedeutet, zeigt sich vor allem am Beispiel *Japans*. Dort enthält die seit 1947 unverändert geltende Verfassung im Gegensatz zur koreanischen Verfassung keine ausdrückliche Gewährleistung jeglicher Verhältnismäßigkeitskomponenten und beruht stattdessen auf dem Konzept des Gemeinwohls als Grundlage von Grundrechtseinschränkungen.⁶⁸ Lehre und Rechtsprechung stimmen aber darin überein, dass die Grundrechte um des Gemeinwohls willen *nur* unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingeschränkt werden dürfen.⁶⁹ In der gerichtlichen Praxis wird allerdings eine verwässerte Version der Verhältnismäßigkeitsprüfung weitgehend praktiziert. Dies betrifft die Anwendungsschritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung, ebenso wie die Dichte der gerichtlichen Kontrolle. So bezieht sich der oberste Gerichtshof Japans gelegentlich auch auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit des staatlichen Handelns als die ersten beiden Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Den Schwerpunkt der gerichtlichen Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen bildet aber in aller Regel die Güter- bzw. Interessenabwägung zwischen Einschränzungszweck und Grundrechtsbeeinträchtigung. Hinzu kommt, dass das Ergebnis der Abwägung in aller Regel zu Gunsten des Einschränzungszwecks ausfällt.⁷⁰ So

⁶⁷ Vgl. *Jeon*, oben Fn. 65, S. 28.

⁶⁸ Vgl. vor allem Art. 12 („Das Volk wird unablässig bestrebt sein, die durch diese Verfassung garantierten Rechte und Freiheiten aufrechtzuerhalten. Es wird sich jeden Mißbrauchs dieser Rechte und Freiheiten enthalten und immer dafür verantwortlich sein, dass sie im Interesse des öffentlichen Wohles wahrgenommen werden“) und Art. 13 der japanischen Verfassung („Jeder Staatsbürger wird als Persönlichkeit respektiert. Sein Recht auf Leben, Freiheit und Streben nach Glück soll, soweit es das allgemeine Wohl nicht gefährdet, oberster Gesichtspunkt in der Gesetzgebung und in allen übrigen Staatsangelegenheiten sein“); in ähnlichem Sinne auch Art. 22 Abs. 1 (Recht auf Wahl und Wechsel des Wohnsitzes sowie Recht der freien Berufswahl) und Art. 29 (Recht auf Eigentum) der japanischen Verfassung.

⁶⁹ S. etwa *Akira Morita*, Die Wirkung der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft auf Praxis und Lehre der japanischen Verfassung, in: *Ulrich Battis/Ernst Gottfried Mahrenholz/Dimitris Tsatsos* (Hg.), *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen. 40 Jahre Grundgesetz*, Berlin 1990, S. 189-206 (198); vgl. auch am Beispiel des Umweltschutzes als Einschränkungsgrundlage *Kazuhiro Matsumoto*, *Grundrechtlicher Umweltschutz in Japan*, *VRÜ* 41 (2008), S. 467-476 (472 f.).

⁷⁰ Vgl. etwa *Hisao Kuriki*, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit aus dem Blickwinkel des japanischen Verfassungsrechts, in: *Ulrich Battis/Philip Kunig/Ingolf Pernice/Albrecht Randelzhofer* (Hg.), *Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden 2000,

hat der Oberste Gerichtshof von 1947 bis 2004 nur sechs Gesetzesnormen für nichtig oder verfassungswidrig erklärt⁷¹ und auch die neuere Rechtsprechung lässt die gleiche Zurückhaltung erkennen. Die deutlichen Unterschiede in der Strukturierung und Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Japan im Vergleich zur deutschen Praxis sind mitunter auf die Konkurrenz mit US-amerikanischen Verfassungs- und Grundrechtsvorstellungen zurückzuführen,⁷² die die Verabschiedung und Auslegung der japanischen Verfassung wesentlich geprägt haben.⁷³

2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kanadischer Prägung

a. Der allgemeine Schrankenvorbehalt der kanadischen Grundrechtecharta (1982)

Außer der Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im deutschen Recht hat sich auch seine Strukturierung in *Kanada* im verfassungsvergleichenden Diskurs als einflussreich erwiesen. Der allgemeine Schrankenvorbehalt der kanadischen Grundrechtecharta von 1982 lässt nur „*reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*“ als Grundrechtseinschränkungen zu.⁷⁴ Im bahnbrechenden Urteil im Fall *Regina gegen Oakes* aus dem Jahre 1986⁷⁵ und seitdem in ständiger Rechtsprechung hat der kanadische Supreme Court aus dem Schrankenvorbehalt des Grundrechtskatalogs Verhältnismäßigkeitserfordernisse abgeleitet, wobei dazu lange Zeit auf

S. 227-241 (237 f.): „asymmetrische Güter- bzw. Interessenabwägung“; auch *Hiroshi Nishihara, Constitutional Meaning of the Proportionality Principle in the Face of „Surveillance State“*, verfügbar unter [www.enelsyn.gr/gr/workshops/workshop15\(gr\).htm](http://www.enelsyn.gr/gr/workshops/workshop15(gr).htm) (zuletzt abgerufen am 8.10.2010); ähnlich zur Gleichheitsrechtsprechung des japanischen Obersten Gerichtshofes *Noriyuki Inoue, Der allgemeine Gleichheitssatz der japanischen Verfassung im Spiegel der Rechtsprechung und der Verfassungslehre*, JöR NF 48 (2000), S. 489-509 (insb. S. 503 ff.).

⁷¹ *Yoichi Higuchi, Lösung politischer Streitfragen durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Christian Starck (Hg.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil II*, Baden-Baden 2006, S. 35-44 (36) m. w. N. aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes.

⁷² Zur häufigen Gleichsetzung von Abwägung und Verhältnismäßigkeit in der US-amerikanischen Verfassungspraxis vgl. unten unter C. II. 4. a.

⁷³ Überblicksweise hierzu *Kazuyuki Takahashi, Why Do We Study Constitutional Laws of Foreign Countries, and How?*, in: Vicki C. Jackson/Mark Tushnet (Hg.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Westport, Connecticut/London 2002, S. 35-59 (40 ff.); vgl. auch *Bin Takada, Der Einfluß des Grundgesetzes auf ausländisches Verfassungsrecht mit Schwerpunkt auf der Verfassungsdiskussion in Japan*, in: Klaus Stern (Hg.), *40 Jahre Grundgesetz. Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung*, München 1990, S. 271-278 (272); Andeutungen eines differenzierten Bildes bei *Heinrich Wilms, Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung der Verfassung Japans und Deutschlands im Vergleich*, in: Rainer Wahl (Hg.), *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation*, Berlin 2008, S. 107-117 (114 ff.).

⁷⁴ Verfassung Kanadas (Constitution Act, 1982) Part I (Canadian Charter of Rights and Freedoms), Section 1.

⁷⁵ *Supreme Court Reports 1/1986*, S. 103 ff. [im Folgenden: *Oakes*] hinsichtlich der Vereinbarkeit der kanadischen Drogengesetzgebung mit der in der Charta verankerten Unschuldsvermutung.

keine ausländische Quelle Bezug genommen wurde.⁷⁶ Erst nach mehr als zwei Jahrzehnten von Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die kanadischen Gerichte unternahm der Supreme Court zuletzt den Schritt, um den deutschen und europäischen Einfluss auf die Entwicklung des kanadischen Verhältnismäßigkeitskonzepts explizit anzuerkennen.⁷⁷ Bei den einzelnen Prüfungsschritten der Verhältnismäßigkeitskontrolle sind aber trotz aller Unterschiede im Einzelnen auffallende Parallelen zwischen deutscher und kanadischer Praxis festzustellen.⁷⁸

b. Die Prüfungsschritte der Verhältnismäßigkeit in der kanadischen Rechtsprechung

So muss bei der Vorfrage der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach der kanadischen Rechtsprechung das *Einschränkungsziel* nicht nur wie in Deutschland zulässig, sondern darüber hinaus von hinreichender Wichtigkeit und Dringlichkeit sein, um den Einstieg in die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu rechtfertigen.⁷⁹ Im Anschluss daran wird geprüft, inwieweit ein *vernünftiger Zusammenhang* zwischen Mitteln und Ziel der Einschränkung vorhanden ist⁸⁰ und inwieweit die Einschränkung das betroffene Grundrecht *möglichst wenig beeinträchtigt*.⁸¹ Damit sind bei allen Formulierungsunterschieden deutliche Parallelen zur Geeignetheits- und Erforderlichkeitsstufe der Verhältnismäßigkeitskontrolle deutscher Prägung festzustellen, wobei die möglichst minimale Beeinträchtigung, nach deutscher Diktion die Erforderlichkeit der Einschränkung, den Kern der Verhältnismäßigkeit kanadischer Prägung bildet. Bemerkenswerterweise wurde im *Oakes-Urteil*⁸² sowie in der kanadi-

⁷⁶ Die Zurückhaltung gegenüber der ausdrücklichen Rezeption zunächst im Ausland entwickelter Verfassungskonzepte ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil sich der kanadische Supreme Court grundsätzlich nicht davor scheut, ausländisches Verfassungsrecht als Erkenntnisquelle zu zitieren. So enthielt schon das *Oakes-Urteil* eine ausführliche Diskussion zur Unschuldsvermutung im US-amerikanischen Verfassungsrecht sowie im Recht der EMRK; s. *Oakes*, oben Fn. 75, Rn. 50-55.

⁷⁷ Vgl. das Urteil *Attorney General of Canada gegen JTI-Macdonald Corp.*, Supreme Court Reports 2/2007, S. 610 ff., Rn. 36: „The concept of proportionality finds its roots in ancient and scholastic scholarship on the legitimate exercise of government power. Its modern articulations may be traced to the Supreme Court of Germany and the European Court of Human Rights, which were influenced by earlier German law“.

⁷⁸ Überblick bei *Dieter Grimm*, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, University of Toronto Law Journal 57 (2007), S. 383-397.

⁷⁹ *Oakes*, oben Fn. 75, Rn. 69: „It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are *pressing and substantial in a free and democratic society* before it can be characterized as sufficiently important“ (Hervorhebung v. Verf.).

⁸⁰ *Oakes*, oben Fn. 75, Rn. 70: „[The] measures adopted [...] must be rationally connected to the objective“.

⁸¹ *Oakes*, oben Fn. 75, Rn. 70: „[T]he means [...] should impair as little as possible the right or freedom in question“.

⁸² *Oakes*, oben Fn. 75, Rn. 66: „It is clear from the text of [section] 1 that limits on the rights and freedoms enumerated in the Charter are *exceptions* to their general guarantee. The presumption is

schen Lehre⁸³ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die in der Charta verankerten Grundrechte zwar nicht absolut sind, ihre Einschränkungen allerdings Ausnahmen darstellen und als solche nur unter besonderen Voraussetzungen gerechtfertigt werden können. Inzwischen wird zwar überwiegend von einer größeren Großzügigkeit bei der Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der kanadischen Judikatur ausgegangen. So wird die Notwendigkeit hervorgehoben, die gerichtliche Prüfungsdichte kontextbezogen zu differenzieren und die gesetzgeberischen Spielräume vor allem bei Prognoseentscheidungen nicht zu sehr einzuzengen.⁸⁴ Verhältnismäßigkeiterwägungen müssen allerdings in Kanada auch auf vorbeugender Basis, also im Rahmen des Normsetzungsverfahrens, herangezogen werden. Bei aller Kritik zur tatsächlichen Ausgestaltung der Beurteilung der Grundrechtskonformität von Gesetzentwürfen⁸⁵ kann daher davon ausgegangen werden, dass sich eine intensive gerichtliche Überprüfung anhand von Verhältnismäßigkeitsmaßstäben deswegen nicht selten als überflüssig erweist.⁸⁶

Jedenfalls wird die Bedeutung der dritten Verhältnismäßigkeitsstufe im kanadischen Schrifttum nicht selten gering geschätzt.⁸⁷ Dementsprechend hebt auch der kanadische Supreme Court zwar regelmäßig das Erfordernis eines Verhältnismäßigkeitsverhältnisses zwischen den Effekten der einschränkenden Maßnahme und dem Ziel der Einschränkung hervor.⁸⁸ Allerdings hält sich das oberste Gericht quasi ausnahmslos zurück, anhand einer *Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls* eine Grundrechtseinschränkung als verfassungswidrig zurückzuweisen.⁸⁹ Aus deutscher Sicht ist sogar bemängelt worden, dass der rationalisierende Effekt des Verhältnismäßigkeitstests reduziert werde, wenn die Verhäl-

that the rights and freedoms are guaranteed unless the party invoking [section] 1 can bring itself within the *exceptional* criteria which justify their being limited“ (Hervorhebung v. Verf.).

⁸³ Vgl. etwa *Lorraine Weinrib*, Comment, in: Georg Nolte (Hg.), European and US Constitutionalism, Cambridge 2005, S. 70-74 (72); „primacy of the rights“.

⁸⁴ Vor allem *Sujit Choudhry*, So What is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis Under the Canadian *Charter's* Section 1, Supreme Court Law Review 34 (2006), S. 501-535 (506 ff., 521 ff.); gründliche Kritik bei *Lorraine E. Weinrib*, Canada's *Charter of Rights*: Paradigm Lost?, Review of Constitutional Studies 6 (2002), S. 119-178 (157 ff., insb. S. 164 ff.).

⁸⁵ Kritisch zu ihrer Gerichtszentriertheit etwa *Janet L. Hiebert*, Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?, Modern Law Review 69 (2006), S. 7-28 (12 f., 27).

⁸⁶ In diesem Sinne etwa *Stone Sweet/Mathews*, oben Fn. 1, S. 122.

⁸⁷ Von der Überflüssigkeit der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne im kanadischen Kontext ausgehend etwa *Peter W. Hogg*, Constitutional Law of Canada, Ontario 2001 (Student Edition), S. 765 f.

⁸⁸ *Oakes*, oben Fn. 75, Rn. 70: „proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of ‚sufficient importance‘“.

⁸⁹ Vgl. *Hogg*, oben Fn. 87, S. 765: „So far as I can tell [...] this step has never had any influence on the outcome of any case“.

nismäßigkeitsstufen im Einzelnen vermischt würden.⁹⁰ Angesichts der inhaltlichen Anreicherung der Vorfrage der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach der kanadischen Rechtsprechung kann zwar davon ausgegangen werden, dass für eine selbstständige Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne wenig Raum bleibt. Vor diesem Hintergrund scheint aber wiederum der kanadische Ansatz nicht abwägungsfrei zu sein, sondern die tatsächlich vorgenommenen Abwägungen sind nur an anderer Stelle der Verhältnismäßigkeitsprüfung lokalisiert.

c. Der internationale Einfluss der kanadischen Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung

Vor allem in Common-Law-Rechtssystemen hat sich die kanadische Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung von ihren deutschen bzw. europäischen Ursprüngen abgekoppelt und wurde als Vorbild an sich betrachtet. So haben die Gerichte in Ländern wie *Namibia* und *Neuseeland* aus den Schrankenvorbehalten der nationalen Rechts- bzw. Grundrechtskataloge⁹¹ das Gebot einer Verhältnismäßigkeitskontrolle abgeleitet und dabei auf die kanadische Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung Bezug genommen⁹² – dies obwohl in Namibia die Formulierung des Schrankenvorbehalts den Einfluss des deutschen Grundgesetzes deutlich erkennen lässt.⁹³

Demgegenüber wurden in *Israel* bei der Auslegung des im Grundgesetz über menschliche Würde und Freiheit⁹⁴ enthaltenen allgemeinen Schrankenvorbehalts⁹⁵ von Lehre und

⁹⁰ Kritisch etwa *Grimm*, oben Fn. 78, S. 396 f.

⁹¹ Vgl. zu Namibia Art. 22 der Verfassung von 1990: „Whenever or wherever in terms of this Constitution the limitation of any fundamental rights or freedoms contemplated by this Chapter is authorised, any law providing for such limitation shall: a) be of general application, shall not negate the essential content thereof, and shall not be aimed at a particular individual; b) specify the ascertainable extent of such limitation and identify the Article or Articles hereof on which authority to enact such limitation is claimed to rest“ (deutsche Übersetzung bei Herbert Baumann, *Namibia*, in: ders./Gerhard Brehme/Matthias Ebert [Hg.], *Die Verfassungen der anglophonen Staaten des subsaharischen Afrikas*, Berlin 2002, S. 319 ff.); zu Neuseeland Bill of Rights Act 1990, 1990 No. 109, § 5: „[The] rights and freedoms contained in this Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by laws as can be demonstrably justified in a free and democratic society“.

⁹² Vgl. etwa *Kauesa gegen Minister of Human Affairs*, Supreme Court of Namibia, Butterworths Constitutional Law Reports 11 (1995), S. 1540 ff.; *Ministry of Transport gegen Noort*, New Zealand Court of Appeal, New Zealand Law Reports 3 (1992), S. 260 ff.

⁹³ In diesem Sinne auch *Edzard Schmidt-Jortzig*, *The Constitution of Namibia: An Example of a State Emerging under Close Supervision and World Scrutiny*, German Yearbook of International Law 34 (1991), S. 413-428 (S. 424, Fn. 21).

⁹⁴ Während Israel keine eigentliche Verfassung besitzt, hat der israelische Oberste Gerichtshof den im üblichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedeten Grundgesetzen, darunter vor allem dem Grundgesetz über menschliche Würde und Freiheit aus 1992, Vorrang gegenüber den einfachen Parlamentsgesetzen zuerkannt. Vgl. dazu ausführlich *Albrecht Gundermann*, *Die Rolle des Obersten Gerichtshofes bei der Entwicklung der israelischen Verfassung*, Baden-Baden 2002, S. 167 ff.

Rechtsprechung sowohl deutsche als auch kanadische Quellen herangezogen.⁹⁶ Im Gegensatz zur kanadischen Rechtsprechung misst aber der israelische Oberste Gerichtshof der Zulässigkeit des Einschränkungsziels in der Regel eine marginale Bedeutung bei der Verhältnismäßigkeitskontrolle bei.⁹⁷ Er weicht außerdem nicht davor zurück, das staatliche Handeln auch anhand der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu beurteilen.⁹⁸ Exemplarisch sei an dieser Stelle auf das viel beachtete Urteil aus dem Jahre 2004 hinsichtlich des Verlaufs einer entlang der palästinensischen Gebiete zur Terrorbekämpfung errichteten Mauer verwiesen.⁹⁹ Dabei wurden weder die *Geeignetheit* noch die *Erforderlichkeit* der von den Militärbehörden vorgezogenen Linienführung beanstandet, der Sicherheitsgewinn sei aber dem Gericht zufolge im Vergleich zu alternativen Linienführungen zu gering gewesen, weshalb sich die erhebliche Beeinträchtigung der Rechte der lokalen Bevölkerung angesichts dessen als *unzumutbar* erweise.¹⁰⁰ Obwohl deutsche und kanadische Einflüsse in der israelischen Auseinandersetzung um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkurrieren, kann insoweit von der besonderen Vorbildhaftigkeit des deutschen Verhältnismäßigkeitsmodells ausgegangen werden. So vollzieht sich die Verhältnismäßigkeitskontrolle in drei Stufen; die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wird aber tendenziell mit besonderer Intensität geprüft, wogegen den vorigen Verhältnismäßigkeitsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit nicht immer ausreichend Rechnung getragen wird.¹⁰¹

⁹⁵ Vgl. Basic Law: Human Dignity and Liberty von 1992, Section 8: „There shall be no violation of rights under this Basic Law except by a law befitting the values of the State of Israel, enacted for a proper purpose, and to an extent no greater than is required.“

⁹⁶ Nachweise dazu bei *Stone Sweet/Mathews*, oben Fn. 1, S. 134 f.

⁹⁷ Hierzu kritisch *Aharon Barak*, Proportional Effect: The Israeli Experience, University of Toronto Law Journal 57 (2007), S. 369-382 (371).

⁹⁸ Vgl. die ausführliche Verteidigung und Konkretisierung der Verhältnismäßigkeitskontrolle im engeren Sinne seitens des ehemaligen Präsidenten des israelischen obersten Gerichtshofes bei *Aharon Barak*, Proportionality and Principled Balancing, Law & Ethics of Human Rights 4 (1) (2010), S. 1-18 (7 ff., insb. S. 14 ff.).

⁹⁹ *Beit Sourik Village Council gegen Government of Israel*, Piskei Din (Entscheidungssammlung des israelischen Obersten Gerichtshofes) 58 (5) (2004), S. 807 ff., englische Übersetzung in International Legal Materials 43 (2004), S. 1099 ff. [im Folgenden: *Beit Sourik*]; zusammenfassend *Daphne Barak-Erez*, Israel: The security barrier – between international law, constitutional law, and domestic judicial review, International Journal of Constitutional Law 4 (2006), S. 540-552 (542 ff.).

¹⁰⁰ *Beit Sourik*, oben Fn. 99, Rn. 44 ff.

¹⁰¹ In diesem Sinne kritisch zum *Beit Sourik*-Urteil *Marco Pertile*, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel: A Matter of Principle (and Neglected Rules)*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 65 (2005), S. 677-734 (712 ff.).

3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz südafrikanischer Prägung

Konzentriert sich die Verhältnismäßigkeitskontrolle kanadischer Prägung auf die Erforderlichkeitsstufe, so werden Verhältnismäßigkeit und Abwägung im südafrikanischen Verfassungsrecht quasi gleichgesetzt.

a. Der allgemeine Schrankenvorbehalt der Verfassung von 1993

Nach dem allgemeinen Schrankenvorbehalt der sog. vorläufigen Verfassung Südafrikas, die nach dem Ende der Apartheid-Ära im Jahre 1993 verabschiedet wurde, müssen die Grundrechtseinschränkungen „*reasonable and justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality*“ sein und darüber hinaus das Wesen des betroffenen Grundrechts nicht negieren; bezüglich einer Unterkategorie von Grundrechten, etwa Menschenwürde, Verbot der Zwangsarbeit und Religionsfreiheit sowie Meinungsäußerungsfreiheit mit einem Bezug zu politischer Tätigkeit, wurde darüber hinaus die Erforderlichkeit als zusätzliche ausdrückliche Voraussetzung einer Grundrechtseinschränkung normiert.¹⁰² Überwiegend kanadische Einflüsse sind in dieser Formulierung – ebenso in ihrer Kommentierung in der Literatur und den ersten Entscheidungen der unteren Gerichte – deutlich wahrzunehmen, wobei sich Verhältnismäßigkeitsansätze deutscher Prägung in erster Linie mittelbar, also über den kanadischen Umweg, ausgewirkt haben.¹⁰³

Demgegenüber legte der südafrikanische Verfassungsgerichtshof bei der Anwendung des Schrankenvorbehalts zunächst eine deutliche Zurückhaltung an den Tag, Verhältnismäßigkeitsanforderungen zu rezipieren. Dabei wurde hervorgehoben, dass der allgemeine Schrankenvorbehalt der südafrikanischen Verfassung selbst die maßgeblichen Einschränkungskriterien festlege, so dass zumindest in dem behandelten Fall kein Grund bestünde, dem kanadischen Verhältnismäßigkeitsmuster zu folgen.¹⁰⁴ Schon bald danach wurden aber sowohl die Zurückhaltung gegenüber einer Verhältnismäßigkeitskontrolle als auch die Gleichsetzung dieser Kontrolle mit ihrer Ausgestaltung in Kanada aufgegeben. So hat der südafrikanische Verfassungsgerichtshof aus dem allgemeinen Schrankenvorbehalt der vorläufigen Verfassung die Prüfung der Verhältnismäßigkeit „implizit“ abgeleitet¹⁰⁵ und

¹⁰² Art. 33 Abs. 1 der südafrikanischen Verfassung von 1993.

¹⁰³ Umfassende Schilderung zur Entstehungsgeschichte und Diskussion in Literatur und Rechtsprechung bei Jörg Fedtke, Die Rezeption von Verfassungsrecht: Südafrika 1993-1996, Baden-Baden 2000, S. 142 ff.; Stuart Woolman, Limitation, in: Matthew Chaskalson/Janet Kentridge/Jonathan Klaaren/Gilbert Marcus/Derek Spitz/Stuart Woolman (eds), Constitutional Law of South Africa, Kenwyn 1996, Kap. 12, S. 4 ff. m. w. N.

¹⁰⁴ Urteil *State gegen Zuma and Others*, Constitutional Court, South African Law Reports 2 (1995), S. 642 ff., Rn. 35: „[S]ection 33(1) [der vorläufigen Verfassung Südafrikas] itself sets out the criteria which we are to apply, and I see no reason, in this case at least, to attempt to fit our analysis into the Canadian pattern.“

¹⁰⁵ Urteil *State gegen Makwanyane and Another*, Constitutional Court, South African Law Reports 3 (1995), S. 391 ff. [im Folgenden: Makwanyane], Rn. 104: „The limitation of constitutional rights

die Verhältnismäßigkeitspraxis des kanadischen Supreme Court, des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zitiert.¹⁰⁶ Die lange rechtsvergleichende Tradition Südafrikas,¹⁰⁷ vor allem die ausdrückliche verfassungstextliche Ermächtigung des Verfassungsgerichtshofes, ausländisches Verfassungsrecht bei der gerichtlichen Interpretation des Grundrechtskatalogs zu berücksichtigen,¹⁰⁸ würden für die Bereitschaft sprechen, ausländische Verfassungsinhalte zu rezipieren. Nichtsdestotrotz entwickelte der südafrikanische Verfassungsgerichtshof ein eigenes Verhältnismäßigkeitsmodell. Dabei wurde die Kontextabhängigkeit und Situationsbezogenheit der Verhältnismäßigkeitsprüfung betont und ein nicht abschließender Katalog von abwägungsrelevanten Faktoren aufgestellt.¹⁰⁹ Obwohl Aspekte wie Geeignetheit und Erforderlichkeit der Einschränkung in die Gesamtabwägung einbezogen wurden, waren sie – teilweise entgegen dem Verfassungswortlaut – keine selbstständigen Stufen des Verhältnismäßigkeitstests, sondern lediglich Abwägungsgesichtspunkte.

b. Der allgemeine Schrankenvorbehalt der Verfassung von 1996

In den allgemeinen Schrankenvorbehalt der südafrikanischen Verfassung von 1996 wurden diese Rechtsprechung und damit auch der Katalog von Abwägungsfaktoren in den Verfassungstext aufgenommen. Ohne eine der vorläufigen Verfassung oder dem deutschen Grundgesetz entsprechende Wesensgehaltsgarantie ausdrücklich zu normieren,¹¹⁰ legt

for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality. This is implicit in the provisions of section 33 (1)“.

¹⁰⁶ Makwanyane, oben Fn. 105, Rn. 105 ff.

¹⁰⁷ Überblick zu Geschichte und Gegenwart der Verfassungsvergleichung in Südafrika bei *Laurie W.H. Ackermann*, Constitutional Comparativism in South Africa, in: Basil Markeninis/Jörg Fedke (Hg.), *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London u.a. 2006, S. 263-286; speziell zum Einfluss des deutschen Verfassungsrechts *Lourens Marthinus du Plessis*, German Verfassungsrecht under the Southern Cross. Observations on South African-German Interaction in Constitutional Scholarship in Recent History with particular reference to Constitution-making in South Africa, in: Friedhelm Hufn (Hg.), *Verfassungen. Zwischen Recht und Politik*. Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider, Baden-Baden 2008, S. 524-536.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 35 Abs. 1 der Verfassung von 1993: „may have regard to comparable foreign case law“; Art. 39 Abs. 1 der Verfassung von 1996: „may consider foreign law“.

¹⁰⁹ *Ebd.*: „In the balancing process, the relevant considerations will include the nature of the right that is limited, and its importance to an open and democratic society based on freedom and equality; the purpose for which the right is limited and the importance of that purpose to such a society; the extent of the limitation, its efficacy, and particularly where the limitation has to be necessary, whether the desired ends could reasonably be achieved through other means less damaging to the right in question“.

¹¹⁰ Einleuchtend dazu *Woolman*, oben Fn. 103, S. 15: „there is nothing that the essential content requirement can do that cannot be accomplished by simply tightening the rest of the tests undertaken during limitation analysis“.

nämlich Art. 36 Abs. 1 der südafrikanischen Verfassung von 1996 wiederum fest, dass die Einschränkungen der Grundrechte „reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom“ sein müssen – dies unter Berücksichtigung aller diesbezüglichen Erwägungen, von denen die Natur des Grundrechts, die Bedeutung des Einschränkungszwecks, die Art und Weise sowie das Ausmaß der Einschränkung, das Verhältnis zwischen der Einschränkung und ihrem Zweck sowie auch das Vorhandensein von mildernden Mitteln zur Erreichung des Einschränkungszwecks im Verfassungstext ausdrücklich aufgezählt werden. Die Verfügbarkeit von mildernden Mitteln zur Erreichung der Einschränkungsziels reduziert sich auf diese Weise wiederum lediglich zu einem unter mehreren Abwägungsgesichtspunkten.¹¹¹ Im Rahmen seiner Kompetenz, den Grundrechtskatalog der Verfassung auf dessen Konformität mit den schon beim Aushandeln der vorläufigen Verfassung zwischen den politischen Akteuren vereinbarten „Constitutional Principles“ zu überprüfen,¹¹² sah sich der Verfassungsgerichtshof mit der Frage konfrontiert, ob die fehlende Selbstständigkeit der Erforderlichkeitsprüfung gegen die allgemein anerkannten Menschenrechtsnormen verstößt.¹¹³ Der Verfassungsgerichtshof bestätigte zwar die Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Beurteilung von Grundrechtseinschränkungen, verneinte aber die Frage nach der Selbstständigkeit der Erforderlichkeitsprüfung. Denn Erforderlichkeit als die geeignete Einschränkungsbasis sei im nationalen Verfassungsrecht nicht allgemein anerkannt. Stattdessen würden alle vorgebrachten Auslegungen des Erforderlichkeitsbegriffs dem Verfassungsgerichtshof zufolge auf das angemessene Verhältnis zwischen Grundrecht und Einschränkungszweck – also auf den Vorgang der Abwägung – besonderen Wert legen.¹¹⁴

c. Die Gleichsetzung von „proportionality“ und „balancing“

Demzufolge werden Begriffe wie „proportionality“ und „balancing“ in Südafrika wechselseitig austauschbar verwendet. Einige Kommentatoren der südafrikanischen Entwicklungen betrachten zwar Erforderlichkeitserwägungen als den praktisch wichtigsten Teil der Abwä-

¹¹¹ Zur Entstehungsgeschichte des allgemeinen Schrankenvorbehalts der Verfassung von 1996 vgl. Fedtke, oben Fn. 103, S. 173 f.

¹¹² Vgl. zu dieser aus verfassungsvergleichender Sicht einmaligen verfassungsgerichtlichen Kompetenz Jörg Lücke, Die Entstehung der neuen südafrikanischen Verfassung und deren „Bill of Rights“, JöR NF 47 (1999), S. 467-502 (470 ff.); Brun-Otto Bryde, Der Verfassungsstaat in Afrika, in: Martin Morlok (Hg.), Die Welt des Verfassungsstaates, Baden-Baden 2001, S. 203-216 (214 ff.); Koutnatzis, oben Fn. 18, S. 236 f. m. w. N.

¹¹³ Maßstab der verfassungsgerichtlichen Überprüfung war Constitutional Principle II, wonach: „Everyone shall enjoy all universally accepted fundamental rights, freedoms and civil liberties, which shall be provided for and protected by entrenched and justiciable provisions in the Constitution, which shall be drafted after having given due consideration to inter alia the fundamental rights contained in Chapter 3 of this Constitution“ (Hervorhebung v. Verf.).

¹¹⁴ Dazu das Urteil *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, Constitutional Court, South African Law Reports 4 (1996), S. 744 ff., Rn. 90.

gung in der südafrikanischen Judikatur.¹¹⁵ Der Entscheidung der Verfassungsinterpreten steht allerdings nichts im Wege, dem einen oder dem anderen Abwägungsgesichtspunkt im konkreten Fall den Vorzug zu geben. In diesem Sinne könnte es fragwürdig erscheinen, inwieweit die kasuistische Handhabung der Verhältnismäßigkeitskontrolle zum effektiven Grundrechtsschutz beitragen kann. So hat das südafrikanische Verhältnismäßigkeitsmodell mit der Kritik zu kämpfen, dass es dem verfassungsgerichtlichen Dezisionismus Tür und Tor für die Besiegelung vorverfassungsrechtlicher Vorverständnisse öffne.

4. *Die Ablehnung der Verhältnismäßigkeit als echter oder vermeintlicher verfassungsrechtlicher Sonderweg?*
 - a. Die Zurückhaltung gegenüber Verhältnismäßigkeitswägungen im US-amerikanischen Verfassungsrecht

Bei allen unterschiedlichen Akzentsetzungen: Vor dem Hintergrund dieser verfassungsvergleichenden Konvergenz zum Verhältnismäßigkeitsmaßstab als Voraussetzung zulässiger Grundrechtseinschränkungen, könnte davon ausgegangen werden, dass diejenigen Verfassungsordnungen, die immer noch den Verhältnismäßigkeitsmaßstab ganz und gar ablehnen, einen Sonderweg gehen. So ist in den *Vereinigten Staaten von Amerika* in aller Regel eine deutliche Zurückhaltung gegenüber der *expliziten* Aufnahme von Verhältnismäßigkeitswägungen in die grundrechtliche Argumentation festzustellen.¹¹⁶ Zum einen bleibt die zweistufige Strukturierung der Grundrechtsprüfung, die zunächst nach dem grundrechtlichen Schutzbereich und im Anschluss daran nach den Einschränkungsmodalitäten fragt, in der US-amerikanischen Lehre und Rechtsprechung überwiegend unausgesprochen¹¹⁷ und hinter der Fassade von „*balancing*“ bei der Anwendung von in Betracht kommenden Verfassungspositionen verdeckt.¹¹⁸ Zum anderen und damit zusammenhängend sind Verhältnismäßigkeitelemente in der US-amerikanischen Judikatur kaum *als solche* thematisiert worden; vor allem genießen sie keine Allgemeingültigkeit im Grundrechtsbereich. So ent-

¹¹⁵ So etwa *Stephen Gardbaum*, Limiting Constitutional Rights, *UCLA Law Review* 54 (2007), S. 789-854 (842 f.); *Stone Sweet/Mathews*, oben Fn. 1, S. 130; auch nach *Fedtke*, oben Fn. 103, S. 169, bilde die Erforderlichkeitsprüfung einen Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der südafrikanischen Praxis.

¹¹⁶ Eine Ausnahme hierzu bildet die herrschende Judikatur zum 8. Zusatzartikel der US-amerikanischen Verfassung (Verbot von übermäßigen gerichtlichen Sicherheitsleistungen, übermäßigen Geldstrafen, grausamen oder ungewöhnlichen Strafen). Vgl. etwa das Supreme Court-Urteil im Fall *Ewing gegen California*, *United States Reports (U.S.)* 538 (2003), S. 11 (20 ff., 32 ff., 35 ff.); gegen die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch in diesem Zusammenhang die Sondervoten der Richter Scalia und Thomas, a. a. O., S. 31 f., 32.

¹¹⁷ Für eine lesenswerte Ausnahme s. *Gardbaum*, oben Fn. 115, S. 797 ff. (insb. S. 808 ff.).

¹¹⁸ Zu Bedeutung und Grenzen von „*balancing*“ im US-amerikanischen Verfassungsrecht vgl. statt vieler den inzwischen klassischen Artikel von *T. Alexander Aleinikoff*, Constitutional Law in the Age of Balancing, *Yale Law Journal* 98 (1987), S. 943-1005 (963 ff., 972 ff.).

hält die vom US-Supreme Court vorgenommene „*strict scrutiny*“ von Einschränkungen der Meinungs- und Pressefreiheit sowie von sog. verdächtigen Differenzierungen auf der Grundlage etwa der Rasse oder der ethnischen Herkunft aus der Sicht des Equal-Protection-Grundsatzes zwar durchaus Verhältnismäßigkeitselemente.¹¹⁹ Einschränkungen müssen demzufolge einem „*compelling state interest*“, also einem dringenden Ziel, dienen und dazu „*narrowly tailored*“, also erforderlich zur Erreichung des Einschränkungsziels,¹²⁰ sein. Verhältnismäßigkeitselemente enthält ebenfalls die sog. „*intermediate scrutiny*“, wonach Differenzierungen auf der Grundlage von Geschlecht oder Unehelichkeit wichtige öffentliche Ziele verfolgen und des Weiteren substantiell auf die Erreichung dieser Ziele bezogen sein müssen.¹²¹ Doch kennt das US-amerikanische Verfassungsrecht auch sehr großzügige Maßstäbe der gerichtlichen Kontrolle, wie etwa „*rational basis scrutiny*“, deren Anforderungen allenfalls auf die erste Verhältnismäßigkeitsstufe reduziert sind.¹²² Dafür prädeterriniert die Anwendung der „*strict scrutiny*“, größtenteils ebenso der „*intermediate scrutiny*“ – im Gegensatz zur im konkreten Fall ergebnisoffenen Verhältnismäßigkeitsprüfung – den Ausgang der gerichtlichen Kontrolle, anhand der eine Grundrechtseinschränkung in aller Regel verworfen wird.¹²³

¹¹⁹ Von einer Parallelität von „*strict scrutiny*“ und Verhältnismäßigkeitstest ausgehend *Winfried Brugger*, Comment, in: Georg Nolte (Hg.), European and US Constitutionalism, Cambridge 2005, S. 75-82 (77 f.).

¹²⁰ Nach *Mattias Kumm*, Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice, International Journal of Constitutional Law 2 (2004), S. 574-596 (580), geht allerdings die Erforderlichkeitsstufe der Verhältnismäßigkeitssanalyse weiter als die diesbezügliche Rechtsprechung des US-Supreme Court: „[The ‚necessity‘ requirement] allows for the consideration of alternative means rather than insisting on refining the means already chosen to address the problem“.

¹²¹ S. etwa *Craig gegen Boren*, U.S. 429 (1976), S. 190 ff. (Geschlecht); *Clark gegen Jeter*, U.S. 486 (1988), S. 456 ff. (Unehelichkeit).

¹²² Dabei wird die Verfassungsmäßigkeit fast jeder Klassifizierung unter der einzigen Voraussetzung bejaht, dass sie eine gewisse vernünftige Basis hat, was praktisch nie verneint wird. Vgl. etwa *Federal Communications Commission gegen Beach Communications Inc.*, U.S. 508 (1993), S. 307 (313): Eine Differenzierung „must be upheld against equal protection challenge if there is any reasonably conceivable state of facts that could provide a rational basis for the classification“. In diese Richtung schon *Williamson gegen Lee Optical of Okla., Inc.*, U.S. 348 (1955), S. 483 ff.; *United States Railroad Retirement Board. gegen Fritz*, U.S. 449 (1980), S. 174 ff.

¹²³ Einflussreich schon *Gerald Gunther*, The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, Harvard Law Review 86 (1972), S. 1-48 (37): „*Strict scrutiny*“ als „*strict in name, but fatal in fact*“. Vgl. allerdings das Urteil des Supreme Court im Fall *Adarand Constructors, Inc. gegen Pena*, U.S. 515 (1995), S. 200 (237), in dem zumindest sechs Richter die Auffassung zurückwiesen, dass die strikte Überprüfung nach dem Gleichheitssatz „*strict in theory, but fatal in fact*“ ist.

Trotzdem hat die seit langem geäußerte Kritik gegen die gestaffelte Strukturierung der US-amerikanischen Grundrechtsjudikatur¹²⁴ Teile von Lehre¹²⁵ und Rechtsprechung¹²⁶ jüngst veranlasst, ausdrücklich für die Übernahme eines Verhältnismäßigkeitsansatzes zu plädieren. Vor dem Hintergrund der in den USA im verfassungsrechtlichen Schrifttum und auch innerhalb des Supreme Court heftig geführten Debatte über die Möglichkeit der Berücksichtigung ausländischer Verfassungsansätze bei der Verfassungsinterpretation¹²⁷ wurde allerdings Wert darauf gelegt, Verhältnismäßigkeitsansätze schon in der bisherigen US-amerikanischen Verfassungsdogmatik zu lokalisieren¹²⁸ und dementsprechend für ihre Weiterentwicklung statt lediglich für die Rezeption ausländischer Vorbilder einzutreten.¹²⁹

¹²⁴ Kritik etwa bei *Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis*, Affirmative Action in Education: The Trust and Honesty Perspective, *Texas Forum on Civil Liberties and Civil Rights* 7 (2002), S. 187-286 (203 ff.) m. w. N.

¹²⁵ Entschieden vor allem *Alec Stone Sweet/Jud Mathews*, All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing, *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2010, verfügbar unter http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/35 (zuletzt abgerufen am 8.10.2010), S. 74 f.; *David M. Beatty*, The Ultimate Rule of Law, Oxford/New York 2004, S. 187.

¹²⁶ Dieser Ansatz findet sich vor allem in Sondervoten des Richters *Breyer* des US-Supreme Court; s. etwa *Nixon gegen Shrink Missouri Government PAC*, U.S. 528 (2000), S. 377 (402 f.); *District of Columbia gegen Heller*, Supreme Court Reporter 128 (2008), S. 2783 (2852) [im Folgendem: *Heller*]: „[W]here a law significantly implicates competing constitutionally protected interests in complex ways, the Court generally asks whether the statute burdens a protected interest in a way or to an extent that is *out of proportion* to the statute's salutary effects upon other important governmental interests [...]. Any answer would take account both of the statute's effects upon the competing interests and the existence of any *clearly superior less restrictive alternative*“ (Hervorhebung v. Verf.).

¹²⁷ Repräsentativ hierzu *Antonin Scalia/Stephen Breyer*, A conversation between U.S. Supreme Court Justices. The relevance of foreign legal materials in U. S. constitutional cases, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), S. 519-541; aus der Fülle des Schrifttums vgl. beispielsweise *Vicki C. Jackson*, Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, *Harvard Law Review* 119 (2005), S. 109-128; *Mark Tushnet*, When is Knowing Less Better than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law, *Minnesota Law Review* 90 (2006), S. 1275-1302; *Jo Eric Khushal Murkens*, Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Objections, *VRÜ* 41 (2008), S. 32-50.

¹²⁸ Vgl. wiederum *Stone Sweet/Mathews*, oben Fn. 125, S. 19 ff., 32 ff., dort ausführliche Nachweise zu den Verhältnismäßigkeitswurzeln in der Rechtsprechung des US-Supreme Court seit Ende des 19. Jahrhunderts; zum Zusammenhang zwischen Verhältnismäßigkeit und dem in den USA weit verbreiteten pragmatischen Rechtsdenken *Beatty*, oben Fn. 125, S. 182 ff.; s. auch *Vicki C. Jackson*, Being Proportional about Proportionality, *Constitutional Commentary* 21 (2004), S. 803-859 (848) („in some areas of constitutional law current doctrine approximates forms of proportionality analysis“) sowie das Sondervotum von Richter *Breyer* in *Heller*, oben Fn. 126, S. 2852 („[T]he Court has applied [the proportionality approach] in various constitutional contexts, including election-law cases, speech cases, and due process cases“).

¹²⁹ Kritisch dazu *Moshe Cohen-Eliya/Iddo Porat*, The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, *San Diego Law Review* 46 (2009), S. 367-413 (384, 413).

Die schon in Südafrika, Japan und Brasilien festgestellte Tendenz, „Verhältnismäßigkeit“ und „Abwägung“ gleichzusetzen, ist aber vor allem in den USA noch herrschend. So weist die Mehrheit der Richter im US-Supreme Court die Übernahme von Verhältnismäßigkeitsansätzen als „*freestanding, interest-balancing*“ zurück.¹³⁰ Angesichts der mehrstufigen, strukturierten Prüfung, wofür sich auch die US-amerikanischen Vertreter von Verhältnismäßigkeitsansätzen einsetzen,¹³¹ kann die These der Supreme Court-Mehrheit kritisch hinterfragt werden.¹³² Hinzukommt, dass die gegenläufige geschichtliche Entwicklung von „balancing“ und Verhältnismäßigkeit¹³³ gegen die Gleichsetzung der beiden Begriffe spricht. Ungeachtet dessen sind Verhältnismäßigkeitsansätze im US-amerikanischen Verfassungsrecht nicht unbekannt; sie kommen nur überwiegend unter anderem Namen vor.

b. Verhältnismäßigkeitsansätze ohne gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen

Sogar in Rechtsordnungen, die grundsätzlich keine gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen vorschreiben, ist schließlich das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Grundrechten und Grundrechtsschranken – damit in ureigener Form auch der Gedanke der Verhältnismäßigkeit – durchaus präsent. So verpflichtet sich der Staat in der *Volksrepublik China*, die Menschenrechte zu respektieren und zu gewährleisten,¹³⁴ wobei die Bürger „bei der Ausübung ihrer Freiheiten und Rechte die Interessen des Staates, der Gesellschaft und des Kollektivs oder die rechtmäßigen Freiheiten und Rechte anderer Bürger nicht verletzen“ dürfen.¹³⁵ Unter Einfluss der deutschen

¹³⁰ Heller, oben Fn. 126, S. 2821.

¹³¹ Vgl. die von Richter Breyer vorgenommene Verhältnismäßigkeitsanalyse in seinem Sondervotum im selben Urteil (a. a. O., S. 2854 ff.), wo zunächst die Wichtigkeit des Einschränkungsziels, im Anschluss daran das Ausmaß der Einschränkung, die Verfügbarkeit von mildereren Alternativen der gleichen Effektivität und schließlich das Verhältnismäßigkeitsverhältnis zwischen Ausmaß der Einschränkung und Grundrechtsbeeinträchtigung geprüft wurde.

¹³² Vgl. gegen die Gleichsetzung von „proportionality“ und „balancing“ Moshe Cohen-Eliya/Iddo Porat, American balancing and German proportionality: The historical origins, International Journal of Constitutional Law 8 (2010), S. 263-286 (268); Jackson, oben Fn. 128, S. 833 f.; Frederick Schauer, Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text, Law & Ethics of Human Rights 4 (1) (2010), S. 33-45 (36 f., 39 f.); in ähnlichem Sinne die Differenzierung zwischen „general common law balancing“ und „constitutional balancing“ bei Gardbaum, oben Fn. 115, S. 828: „[c]onstitutional balancing does not involve just any cost-benefit analysis but is centrally about the quality of the proffered justification“.

¹³³ Ausführlicher Vergleich bei Cohen-Eliya/Porat, oben Fn. 132, S. 271 ff.; s. auch Jacco Bomhoff, Genealogies of Balancing as Discourse, Law & Ethics of Human Rights 4 (1) (2010), S. 107-139 (123 ff.).

¹³⁴ Art. 33 Abs. 3 der chinesischen Verfassung von 1982 nach der Verfassungsrevision von 2004.

¹³⁵ Art. 51 der Verfassung von 1982; vgl. auch das prinzipielle Bekenntnis zum Verfassungsvorrang in Art. 5 Abs. 3 derselben Verfassung, wonach kein Gesetz, keine administrative oder lokale Verordnung oder Vorschrift im Widerspruch zur Verfassung stehen darf.

Grundrechtsdogmatik werden Verhältnismäßigkeitsansätze vor allem im chinesischen straf- und verwaltungsrechtlichen Schrifttum zunehmend geltend gemacht,¹³⁶ was aber in der gerichtlichen Praxis bislang geringen Widerhall gefunden hat. Zum einen werden Verhältnismäßigkeitswägungen in aller Regel nicht ausdrücklich als solche thematisiert und beschränken sich inhaltlich auf Aspekte von Geeignetheit und Erforderlichkeit, ohne sich auf die Zumutbarkeit des staatlichen Handelns zu erstrecken. Zum anderen und vor allem gelten Grundrechtseinschränkungen in der chinesischen Rechtsordnung überwiegend als nicht justitiabel.¹³⁷ Die in der Verfassung aufgezählten Rechte sind einer unmittelbaren Anwendung durch Gerichte grundsätzlich nicht zugänglich¹³⁸ und laufen damit Gefahr, von der Behauptung des Vorrangs von Gesamtinteressen entleert zu werden.¹³⁹ Ebenso gehört in der *Islamischen Republik Iran* die präventive Prüfung, ob die Beschlüsse der Islamischen Beratenden Versammlung (d. h. des Parlaments) den Vorschriften der Verfassung widersprechen zu den Kompetenzen des sog. Wächterrates¹⁴⁰ – eines hybriden Gebildes, das sowohl legislative als auch judikative Komponenten aufweist.¹⁴¹ Allerdings kann das Verhältnismäßigkeitskonzept schon dann verwirklicht werden, wenn durchaus Unterschiede in die Rolle der Justiz bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung bestehen.¹⁴² Hinzu kommt, dass das Verhältnismäßigkeitspostulat selbst dann gilt, wenn die Entwicklung der Rechtswirklichkeit starke Zweifel aufkommen lässt, ob und inwieweit die staatlichen Institutionen die Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe bei Grundrechtseinschränkungen tatsächlich

¹³⁶ Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im chinesischen Strafrecht vgl. zuletzt die diesjährige (2010) „Herbert-Krüger-Gedächtnisvorlesung“ vor dem Arbeitskreis für Überseeische Verfassungsvergleichung: *Shizhou Wang, On Development of Criminal Law in the People’s Republic of China*, VRÜ 43 (2010), S. 292-303.

¹³⁷ Vgl. etwa *Robert Heuser*, What “Rule of Law”? The Traditional Chinese Concept of Good Government and Challenges of the 21st Century, *ZaöRV* 64 (2004), S. 723-734 (728).

¹³⁸ S. etwa *Björn Ahl*, Normative oder semantische Verfassung? Der Diskurs in der Volksrepublik China um die Vereinbarkeit des Sachenrechtsgesetzes mit der Verfassung, VRÜ 41 (2008), S. 477-509 (483).

¹³⁹ S. auch *Robert Heuser*, Gegenwärtige Lage und Entwicklungsrichtung des chinesischen Rechtssystems. Eine Skizze, VRÜ 38 (2005), S. 137-153 (147 f.).

¹⁴⁰ Art. 72 der iranischen Verfassung: „Die Islamische Beratende Versammlung kann keine Gesetze erlassen, die den Grundsätzen und Vorschriften der offiziellen Religion des Landes oder der Verfassung widersprechen. Die Entscheidung hierüber ist [...] dem Wächterrat vorbehalten“ (deutsche Übersetzung bei *Behzad Khamehi*, Die schiitischen doktrinären Grundlagen des politischen Systems der Islamischen Republik Iran, Münster u.a. 2003, S. 143 ff.).

¹⁴¹ Dazu zuletzt *Foroud Shirvani*, Der Wächterrat im institutionellen Kontext der iranischen Verfassung, VRÜ 43 (2010), S. 244-258 (insb. S. 250 ff.).

¹⁴² Wegweisend *Philip Kunig*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – ein notwendiger Bestandteil der Rechtskultur?, in: Legal History Research Center of China University of Political Science and Law (Hg.), Symposium on China’s Legal Family, 2006, S. 338-346 (346).

einhalten.¹⁴³ Vieles spricht daher dafür, in allen diesen Fällen von keinem echten Sonderweg, sondern nur von der unterschiedlichen Ausgestaltung von durchaus vorhandenen Verhältnismäßigkeitsansätzen auszugehen.¹⁴⁴

D. Verfassungsvergleichende Schlussbemerkungen

Aus verfassungsvergleichender Sicht ist daher eine beachtenswerte Konvergenz festzustellen: Verhältnismäßigkeitserwägungen – sei es prätorisch, durch Verfassungsnormen, ausdrücklich oder der Sache nach – stellen in der heutigen Entwicklung des Verfassungsstaates die maßgebliche Zulässigkeitsvoraussetzung von Grundrechtseinschränkungen dar. *Grundrechtsfragen* gelten überwiegend als *Verhältnismäßigkeitsfragen*.¹⁴⁵

Dabei konkurrieren jedoch unterschiedliche Rezeptionsmodelle des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit miteinander: Einerseits handelt es sich um den zentralen Durchsetzungsmechanismus des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Grundrechten und Grundrechtsschranken, andererseits um die Eröffnung der Möglichkeit zu interpretatorischer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls. Die kanadische und die koreanische Verfassungsordnung mit der Fokussierung auf die Erforderlichkeitsstufe der Verhältnismäßigkeitprüfung gelten als repräsentativ für das erste, die südafrikanische Verfassungsordnung hingegen mit der Aufzählung von Abwägungsfaktoren für das zweite Verhältnismäßigkeitsmodell. Hinzu kommen Verfassungsordnungen, die zwar Verhältnismäßigkeitserwägungen wörtlich oder der Sache nach aufnehmen, die *gerichtliche* Verhältnismäßigkeitprüfung aber nachlässig oder inkonsistent durchführen oder sogar prinzipiell ablehnen.

Trotz der deutschen bzw. europäischen Ursprünge des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergeben sich aus seinen Rezeptionsmodellen in Übersee erkenntnisreiche Lehren für die hiesige Diskussion. Will man den Grundrechten *grundsätzliche* Geltung verleihen und sie nur ausnahmsweise einschränken lassen, dann sind „Verhältnismäßigkeit“ und „Abwägung“ prinzipiell zu unterscheiden. Denn die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit reduziert

¹⁴³ Diese Feststellung kann gleichermaßen für die Verfassungen des südostasiatischen Raums Gelten beanspruchen, die zwar – mit Ausnahme Bruneis – in unterschiedlicher Detailliertheit und Schwerpunktsetzung Grundrechte garantieren, die aber in der Praxis weitgehend nicht respektiert werden. Vgl. dazu den instruktiven Überblick bei Jörg Menzel, Domestizierung des Leviathan? Südostasiens Verfassungen und ASEAN's neues Homogenitätskriterium demokratischer Verfassungsstaatlichkeit, VRÜ 41 (2008), S. 534-559 (547 f.) m. w. N.

¹⁴⁴ In diese Richtung schon Kunig, oben Fn. 142, S. 345: Denkschritte und Leitbegriffe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als „jeglicher Rechtsordnung denknotwendigerweise immanent“; nachdrücklich auch Beatty, oben Fn. 125, S. 159 ff., z. B. S. 162: „Proportionality is a universal criterion of constitutionality. It is an essential, unavoidable part of every constitutional text“.

¹⁴⁵ Vgl. etwa Lorraine E. Weinrib, Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism, in: Vicki C. Jackson/Mark Tushnet (Hg.), Defining the Field of Comparative Constitutional Law, Westport, Connecticut/London 2002, S. 3-34 (18); Stone-Sweet/Mathews, oben Fn. 1, S. 74 sowie Barak, oben Fn. 98, S. 14: „Just as we are currently living in an era of rights, we are also living in an era of proportionality“.

sich nicht – insoweit im Gegensatz zur südafrikanischen, tendenziell auch japanischen und brasilianischen Praxis – auf eine ergebnisoffene Abwägung aller möglichen Gesichtspunkte des Einzelfalls, sondern geht von dem prinzipiellen Bekenntnis zu einem Grundrecht aus.¹⁴⁶ Auch trägt die Fokussierung der kanadischen und koreanischen Lehre und Rechtsprechung auf die Erforderlichkeitsstufe des Verhältnismäßigkeitstests dem Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Grundrechten und Grundrechtsschranken besser Rechnung – und dies nicht nur im Vergleich zum südafrikanischen Ansatz, sondern unter Umständen auch im Vergleich zur Verhältnismäßigkeitspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts und jedenfalls des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte oder des Gerichtshofes der Europäischen Union. Sicherlich sind durchaus Fallkonstellationen vorstellbar, in denen nach Anwendung der ersten Stufen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch keine Grundrechtsverletzung zutage tritt, gleichwohl aber sich das Einschränkungsziel als unzumutbar erweist. Man braucht aber nicht so weit zu gehen, mit dem kanadischen Supreme Court die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne auf einen nur noch theoretischen Vorbehalt herabzusetzen, um den Vorrang der Erforderlichkeitsstufe anzuerkennen. Im Übrigen würde die in der kanadischen Rechtsprechung praktizierte inhaltliche Anreicherung der Vorfrage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, also der Bedeutung des Einschränkungsziels, nicht selten eine angemessene Antwort auf solche Problemlagen darstellen, zugleich aber wiederum Raum für Abwägungen bieten. Bei aller Rationalisierung und Disziplinierung, die die strukturierte und konsistente Verwendung des Verhältnismäßigkeitsstests in der Grundrechtsprüfung mit sich bringt, kann schließlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung kein subsumtionsfähiger Vorgang sein. In dem einem oder dem anderen Fall werden die unterschiedlichen vorverfassungsrechtlichen Vorverständnisse der jeweiligen Verfassungsinterpreten das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung trotzdem beeinflussen oder sogar prägen. In der tatsächlichen Anwendung hält sich daher das Potential der Verhältnismäßigkeitsprüfung, Neutralität in der Ausübung der Verfassungsgerichtsbarkeit sicherzustellen,¹⁴⁷ in Grenzen.

¹⁴⁶ Vor dem Hintergrund der Gleichsetzung von „proportionality“ und „balancing“ haben sich Teile des Schrifttums zuletzt nicht ohne Grund vehement gegen die Verhältnismäßigkeitsprüfung gewandt. Vgl. mit Nachdruck in diese Richtung *Stavros Tsakyrakis*, Proportionality: An assault on human rights?, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), S. 468-493. Davon unberührt bleiben aber Verhältnismäßigkeitsmodelle, die dem Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Grundrechten und Grundrechtsschranken angemessen Rechnung tragen und auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne die Grundrechte statt ihren Schranken in den Vordergrund stellen. In diesem Sinne auch *Madhav Khosla*, Proportionality: An assault on human rights?: A reply, *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), S. 298-306 (insb. S. 306); vgl. aber auch die Erwiderung von *Stavros Tsakyrakis*, Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla, *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), S. 307-310.

¹⁴⁷ Entschiedene Verteidigung der Neutralität der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei *Beatty*, oben Fn. 125, S. 161 ff., z. B. S. 166: „proportionality offers judges a clear and objective test to distinguish coercive action by the state that is legitimate from that which is not. When they stick to the facts, the personal sympathies of the judges towards the parties in the case never come into play“.

Letztlich gilt die weltweite Resonanz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zu Unrecht als exemplarisch für die Rezeption deutschen bzw. europäischen Verfassungsdenkens. Aus der weiteren Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Übersee könnten und sollten sich aber wichtige Impulse auch für die innereuropäische Diskussion ergeben. Die Rezeption von Verfassungsgrundsätzen und -inhalten ist schließlich keine Einbahnstraße, sondern ein anhaltender Prozess wechselseitiger Beeinflussung im transnationalen Verfassungsdiskurs.¹⁴⁸ Trotz aller anfänglichen Zurückhaltung in der Anerkennung der deutschen bzw. europäischen Wurzeln des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wäre überdies zu hoffen, dass die europäische Aufnahme überseeischer Rezeptionsmodelle ihrerseits durch eine offene Auseinandersetzung mit konkurrierenden Verhältnismäßigkeitsansätzen erfolgt.

¹⁴⁸ Im Rahmen des Arbeitskreises für Überseeische Verfassungsvergleichung und dieser Zeitschrift wird damit freilich kein Neuland betreten; aufschlussreich vor allem die erste „Herbert-Krüger-Gedächtnisvorlesung“ von *Peter Häberle*, Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textstufendifferenzierung des Verfassungsstaates, VRÜ 23 (1990), S. 225-296 (insb. S. 254 ff., 295 f.) sowie der Jubiläumsbeitrag von *Brun-Otto Bryde*, Überseeische Verfassungsvergleichung nach 30 Jahren, VRÜ 30 (1997), S. 452-464 (459 ff.); vgl. außerdem *Juliane Kokott*, From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – with Special Reference to the German Basic Law, in: Christian Starck (Hg.), Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis, Baden-Baden 1999, S. 71-134 (78 f.); *Helmut Schulze-Fielitz*, Verfassungsvergleichung als Einbahnstraße? Zum Beispiel der Menschenwürde in der biomedizinischen Forschung, in: Alexander Blankenagel/Ingolf Pernice/Helmut Schulze-Fielitz (Hg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 355-379 (insb. S. 374); *Markus Kotzur*, Rechtskulturen und Rechtssysteme im weltweiten Vergleich, VRÜ 37 (2004), S. 362-370 (368); *Ulrich Karpen*, Das (deutsche) Grundgesetz im Ausland. Möglichkeiten und Grenzen des ‘Rechtsexports’, in: Caroline Y. Robertson-von Trotha (Hg.), 60 Jahre Grundgesetz: Interdisziplinäre Perspektiven, Baden-Baden 2009, S. 235-248 (236, 246).