

## Der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsvorbehalt

Von Liesa Plappert, Berlin\*

*In der Rechtsprechung des EuGH ist in jüngerer Zeit die Tendenz zu erkennen, aus dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das Erfordernis einer umfassenden Einzelfallabwägung bei der Anwendung nationaler Regelungen abzuleiten. Insbesondere wenn eine nationale Regelung keinen Spielraum für eine solche Prüfung lässt, wirft dies Fragen des Zusammenspiels von nationalem Recht und Unionsrecht auf. Der Beitrag stellt beispielhaft einige dieser Entscheidungen vor und analysiert sie mit Blick auf ihre Auswirkungen für das nationale Recht.*

### I. Einleitung

Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt als eines der tragenden Prinzipien der deutschen sowie der europäischen Rechtsordnung zentrale Bedeutung zu. Prägte zunächst die deutsche Dogmatik der Verhältnismäßigkeit maßgeblich die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf europäischer Ebene<sup>1</sup>, so beeinflusst der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Auslegung des EuGH – wie dieser Beitrag zeigen wird – zunehmend auch die deutsche Rechtsordnung.

Der EuGH berücksichtigt die Verhältnismäßigkeit als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts.<sup>2</sup> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient dabei nicht nur als Maßstab zur Überprüfung von Maßnahmen der EU, sondern findet – im Anwendungsbereich des Unionsrechts – auch auf Handlungen nationaler Stellen Anwendung.<sup>3</sup> Anfänglich stand dabei die Realisierung eines europäischen Binnenmarktes im Vordergrund. So müssen mitgliedstaatliche Beschränkungen der Grundfreiheiten, die sich auf geschriebene oder ungeschriebene Rechtfertigungegründe stützen

\* Dr. Liesa Plappert, LL.M. (KCL), Maître en droit (Paris II) ist Rechtsanwältin in der Kanzlei lindenpartners (Berlin). Der Aufsatz entstand im Rahmen der Wahlstation des juristischen Vorbereitungsdienstes am EuGH. Die Verfasserin dankt herzlich Dr. Michael Schwarz, LL.M. und Robin Miller für ihre wertvollen Hinweise.

- 1 Vgl. *M. Klatt/M. Meister*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus, JuS 2014, S. 193 („Exportschlager“).
- 2 *D. Merten*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte III, 1. Auflage 2009, § 68 Rn. 21. Ein Überblick zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den EuGH findet sich bei *C. Haguenaou-Moizard/Y. Sanchez*, The principle of proportionality in European law, in: Ranchordáz/de Waard (Hrsg.), The Judge and the Proportionate use of Discretion, 2016, S. 151 ff.; *T.-I. Harbo*, The Function of the Proportionality Principle in EU Law, European Law Journal 2010 S. 171 ff.
- 3 EuGH, Rs. C-534/06 (Industria Lavorazione Carni Ovine Srl), ECLI:EU:C:2008:319, Slg. 2008, I-14129, Rn. 25. Zudem werden auch Abweichungen der Mitgliedstaaten vom Unionsrecht am Maßstab der Verhältnismäßigkeit gemessen, vgl. EuGH, Rs. 178/84 (Reinheitsgebot), ECLI:EU:C:1987:126, Slg. 1987, 1227, Rn. 43 ff.

können, außerdem verhältnismäßig sein. Zunehmend sichern Anforderungen der Verhältnismäßigkeit auch den Individual- und Grundrechtsschutz.<sup>4</sup>

Diese Tendenz fortsetzend hat der EuGH in jüngerer Zeit vermehrt aus dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das Erfordernis einer konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anwendung des nationalen Rechts abgeleitet. Eine solche umfassende Abwägung kann in besonderem Maße Individualrechtsschutz gewährleisten, da sie es ermöglicht, die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen. Allerdings erscheint die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgabe einer konkreten Einzelfallprüfung im nationalen Recht nicht unproblematisch. Denn in Konstellationen, in denen eine nationale Regelung keinen Spielraum für eine solche Abwägung im Einzelfall vorsieht – sei es durch unbestimmte Rechtsbegriffe, sei es durch Ermessensvorschriften – ist der Rechtsanwender grundsätzlich an diese gesetzgeberische Wertung gebunden.<sup>5</sup> Eine Korrektur unter Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet grundsätzlich nicht statt. Vor diesem Hintergrund gewährt eine originär unionsrechtliche Vorgabe zur umfassenden Einzelfallabwägung dem nationalen Rechtsanwender, entgegen der nationalen gesetzlichen Vorgabe, weitreichende Entscheidungsspielräume.

Diese Tendenz zu unionsrechtlich geforderten Einzelfallabwägungen soll im Folgenden anhand einiger Entscheidungen nachgezeichnet, analysiert und bewertet werden. Dabei wird in einem ersten Schritt die Rechtsprechung des EuGH in verschiedenen Bereichen dargestellt, um – ausschließlich und ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die durch den EuGH entwickelten Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit besonderem Augenmerk auf die soeben beschriebene Problematik zu illustrieren. Darauf aufbauend werden in einem zweiten Schritt Erwägungen zu den Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf die nationale Rechtsordnung angestellt.

## II. Rechtsprechung des EuGH

### 1. Erfordernis der Einzelfallabwägung im Bereich Familiennachzug

Erste Diskussionen hinsichtlich der Umsetzung unionsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsanforderungen in nationales Recht lösten Entscheidungen des EuGH

4 Vgl. zur Rolle des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Beschränkungen der Grundfreiheiten und Grundrechten *V. Trstenjak/E. Beysen*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, S. 265, 274; zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH *C. Hagenau-Moizard/Y. Sanchez* (Fn. 2), S. 155 f.

5 Vgl. *H. D. Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Auflage 2018, Art. 20 Rn. 127. Hier kann das Gesetz selbst auf seine Verhältnismäßigkeit zu überprüfen sein. Die Reichweite des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei gebundenen Entscheidungen wird jedoch in jüngerer Zeit kontrovers diskutiert, vgl. *T. Barczak*, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch 2014, S. 142; *K. Naumann*, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen, DÖV 2014, S. 541; *L. Plappert*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen, 2020; *B. Vogt*, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, 2019.

im Zusammenhang mit Regelungen zum Ehegattennachzug aus. In diesem Bereich sind insbesondere die Maßstäbe der Richtlinie 2003/86/EG<sup>6</sup> („Familienzusammenführungs-RL“) zu berücksichtigen, die vom EuGH im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als allgemeinem Grundsatz des Unionsrechts ausgelegt wird.

### a) *Dogan*

Im Fall *Dogan* ging es in einem Verfahren vor dem VG Berlin zentral um die Regelung des § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, welche den Anspruch auf Ehegattennachzug eines Ausländers vom Nachweis einfacher Sprachkenntnisse abhängig machte. Eine von der Regelung betroffene türkische Staatsangehörige rügte hier einen Verstoß gegen die „Stillhalteverpflichtung“ des Assoziierungsabkommens mit der Türkei (Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen<sup>7</sup>). Die Stillhalteverpflichtung verbietet grundsätzlich neue Maßnahmen, die bezwecken oder bewirken, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs durch einen türkischen Staatsangehörigen in einem Mitgliedstaat strenger Voraussetzungen als denjenigen unterworfen wird, die für ihn galten als das Zusatzprotokoll in Bezug auf den betreffenden Mitgliedstaat in Kraft trat. Eine Integrationsmaßnahme kann nach der Rechtsprechung des EuGH – ähnlich wie bei einer Prüfung der Grundfreiheiten – unter dem Aspekt der zwingenden Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein, sofern die mit der Maßnahme einhergehende Beschränkung verhältnismäßig ist.<sup>8</sup>

Der im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens angerufene EuGH beanstandete in seiner Entscheidung die Unverhältnismäßigkeit eines Sprachnachweises, wie er in der deutschen Regelung vorgesehen war. Eine solche Regelung gehe über das hinaus, was zur Erreichung des verfolgten Ziels – hier die Bekämpfung von Zwangsehen und die Förderung der Integration – erforderlich sei. Denn der fehlende Nachweis des Erwerbs hinreichender Sprachkenntnisse führe bei der betreffenden Regelung automatisch zur Ablehnung des Antrags auf Familienzusammenführung, ohne dass die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt würden.<sup>9</sup> Das Unionsrecht<sup>10</sup> stehe demnach einer Regelung wie der des Ausgangsverfahrens entgegen.

6 RL 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 (ABl. EU 2003 L 251/12).

7 Zusatzprotokoll zum Abkommen vom 12.9.1963 zur Gründung einer Assoziation der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei für die Übergangsphase der Assoziation.

8 Vgl. EuGH, Rs. C-138/13 (*Dogan*), ECLI:EU:C:2014:2066, Rn. 37 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-225/12 (*Demir*), ECLI:EU:C:2013:725, Rn. 40.

9 EuGH, Rs. C-138/13 (*Dogan*), ECLI:EU:C:2014:2066, Rn. 37. Vgl. bereits kritisch zur deutschen Richtlinienumsetzung *R. Göbel-Zimmermann*, Verfassungswidrige Hürden für den Ehegattennachzug nach dem Richtlinienumsetzungsgesetz, ZAR 2008, S. 169 ff.

10 Konkret Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls und die darin enthaltene Stillhalteklausel.

### b) Niederländischer Integrationstest

In einem niederländischen Fall hatte der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens über die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 Familienzusammenführungs-RL im Hinblick auf eine nach niederländischem Recht geregelte Integrationsprüfung zu entscheiden. Art. 7 Abs. 2 Familienzusammenführungs-RL sieht vor, dass die Mitgliedstaaten gemäß nationalem Recht von Drittstaatsangehörigen verlangen können, dass sie Integrationsmaßnahmen nachkommen.

Der EuGH führte zur Verhältnismäßigkeit einer Integrationsmaßnahme aus, dass das Erfordernis, Sprachkenntnisse zu erwerben, legitime Ziele verfolge, nämlich insbesondere die Schaffung einer Bindung von Drittstaatsangehörigen zum Aufnahmestaat.<sup>11</sup> Allerdings verlange das Kriterium der Verhältnismäßigkeit, dass die Anwendungsvoraussetzungen für ein solches Erfordernis nicht über das hinausgehen dürften, was erforderlich sei, um das genannte Ziel zu erreichen. Diesen Anforderungen sei nicht genügt, wenn durch die Anwendung der nationalen Regelung der Nachzug von Familienangehörigen automatisch ausgeschlossen sei, und zwar auch dann, wenn diese Familienangehörigen zwar die Integrationsprüfung nicht bestanden, aber ihre Bereitschaft zur erfolgreichen Ablegung der Prüfung und ihre dafür unternommenen Anstrengungen nachgewiesen hätten.<sup>12</sup> Außerdem seien die besonderen individuellen Umstände, wie Alter, Bildungsniveau, finanzielle Lage oder Gesundheitszustand der Betroffenen zu berücksichtigen, um die Familienangehörigen von dem Erfordernis der erfolgreichen Ablegung einer Basis-Integrationsprüfung zu befreien, falls sie aufgrund dieser Umstände nicht in der Lage seien, die Prüfung abzulegen oder zu bestehen.<sup>13</sup> Demnach könne ein Mitgliedstaat von Drittstaatsangehörigen zwar verlangen, dass diese eine Integrationsprüfung wie die nach niederländischem Recht vorgesehene erfolgreich ablegten. Die Anwendungsvoraussetzungen für ein solches Erfordernis dürften die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung jedoch nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Dies sei der Fall, wenn besondere Umstände nicht berücksichtigt werden könnten, die die Betroffenen objektiv daran hinderten, die Prüfung erfolgreich abzulegen.<sup>14</sup>

## 2. Erfordernis der Einzelfallabwägung im Bereich Unionsbürgerschaft

Ähnlich wie in den Fällen des Familiennachzugs fordert der EuGH auch in Fällen des Verlusts der Unionsbürgerschaft eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung. Als Anknüpfungspunkt für die unionsrechtliche Prüfung dient dabei Art. 20 AEUV.

11 EuGH, Rs. C-153/14 (Minister van Buitenlandse Zaken/K und A), ECLI:EU:C:2015:453, Rn. 54.

12 EuGH, Rs. C-153/14 (Minister van Buitenlandse Zaken/K und A), ECLI:EU:C:2015:453, Rn. 56.

13 EuGH, Rs. C-153/14 (Minister van Buitenlandse Zaken/K und A), ECLI:EU:C:2015:453, Rn. 58.

14 EuGH, Rs. C-153/14 (Minister van Buitenlandse Zaken/K und A), ECLI:EU:C:2015:453, Rn. 71.

a) *Rottmann*

Im Fall *Rottmann* ging es um die Rücknahme einer deutschen Einbürgerung. Durch die Einbürgerung in Deutschland hatte Herr Rottmann nach nationalem Recht Österreichs die österreichische Staatsbürgerschaft verloren. Die deutsche Verwaltungsbehörde stützte die Rücknahme darauf, dass Herr Rottmann ein anhängiges österreichisches Strafverfahren bewusst verschwiegen und damit die Einbürgerung erschlichen habe.<sup>15</sup> Gegen die Entscheidung beschritt Herr Rottmann den deutschen Rechtsweg bis zum BVerwG. Dieses setzte den Rechtsstreit aus und legte dem EuGH die Frage zur Entscheidung vor, ob das Unionsrecht der Rechtsfolge des Verlusts der Staatsbürgerschaft entgegenstehe, wenn sich der Verlust daraus ergibt, dass eine – nach deutschem Recht rechtmäßige – Rücknahme einer durch arglistige Täuschung erschlichenen Einbürgerung erfolgt, die dazu führt, dass der Betroffene staatenlos wird.

Der EuGH entschied, dass eine Rücknahme der Einbürgerung wegen betrügerischer Handlungen grundsätzlich (unions-)rechtmäßig erfolgen könne.<sup>16</sup> Sie verfolge einen im Allgemeininteresse liegenden legitimen Zweck, nämlich den Schutz des zwischen einem Mitgliedsstaat und seinen Staatsbürgern herrschenden Verhältnisses besonderer Verbundenheit und Loyalität. Dies gelte grundsätzlich auch, wenn die Rücknahme zur Folge habe, dass der Betroffene die Staatsbürgerschaft verliere.<sup>17</sup> In einem solchen Fall habe das Gericht jedoch – „*gegebenenfalls über die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach nationalem Recht hinaus*“ – zu prüfen, ob die Rücknahmeentscheidung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die unionsrechtliche Stellung des Betroffenen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahre.<sup>18</sup> Insbesondere sei zu prüfen, ob der Verlust gerechtfertigt sei mit Blick auf die Schwere des vom Betroffenen begangenen Verstoßes und die Möglichkeit für den Betroffenen, seine ursprüngliche Staatsangehörigkeit wieder zu erlangen.<sup>19</sup> Mithin verstoße es nicht gegen das Unionsrecht, wenn ein Mitgliedsstaat einem Staatsbürgern eine durch Täuschung erschlichene Einbürgerung bzw. die dadurch erworbene Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaates wieder entziehe, sofern die Rücknahmeentscheidung den (unionsrechtlichen) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahre.<sup>20</sup>

15 Die Rücknahme erfolgte gem. § 48 Abs. 1 S. 1 BayVwVfG: „*Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder die Vergangenheit zurückgenommen werden. [...] Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, wenn er 1. den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat. [...].*“

16 EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), ECLI:EU:C:2010:104, Slg. 2010, I-01449, Rn. 51 ff.

17 EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), ECLI:EU:C:2010:104, Slg. 2010, I-01449, Rn. 54.

18 EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), ECLI:EU:C:2010:104, Slg. 2010, I-01449, Rn. 55.

19 EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), ECLI:EU:C:2010:104, Slg. 2010, I-01449, Rn. 56.

20 EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), ECLI:EU:C:2010:104, Slg. 2010, I-01449, Rn. 59.

b) *Tjebbes u.a.*

Anknüpfend an die Entscheidung im Fall *Rottmann* entschied der EuGH jüngst im Rahmen eines niederländischen Vorabentscheidungsersuchens den Fall *Tjebbes u.a.* Auslöser war eine niederländische Regelung, die vorsah, dass Staatsangehörige unter bestimmten Voraussetzungen kraft Gesetzes die niederländische Staatsangehörigkeit verlieren, wenn sie zugleich eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzen und (volljährig) während eines ununterbrochenen Zeitraums von 10 Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb der Niederlande und der Gebiete haben, auf die der EUV Anwendung findet.

Der EuGH verwies zunächst auf seine Entscheidung im Fall *Rottmann* und führte aus, dass das Unionsrecht einer solchen Regelung grundsätzlich nicht entgegenstehe, auch wenn der Verlust der Staatsangehörigkeit den Verlust des Unionsbürgerstatus zur Folge habe.<sup>21</sup> Das Kriterium des gewöhnlichen Aufenthalts im Staatsgebiet knüpfte legitim an das Vorhandensein einer Bindung des Betroffenen zum Mitgliedsstaat an.<sup>22</sup> Es sei jedoch Sache der zuständigen Behörden und der nationalen Gerichte zu prüfen, ob hinsichtlich der Auswirkungen auf die unionsrechtliche Stellung des Betroffenen und gegebenenfalls seiner Familienangehörigen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werde.<sup>23</sup> Der Verlust der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates kraft Gesetzes verstieße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn das nationale Recht zu keinem Zeitpunkt eine Einzelfallprüfung der Folgen dieses Verlusts für die Situation der Betroffenen aus unionsrechtlicher Sicht erlaubte.<sup>24</sup> Erfolge ein Verlust der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats kraft Gesetzes und ziehe dies auch den Verlust des Unionsbürgerstatus nach sich, so müssten die zuständigen nationalen Behörden und Gerichte in der Lage sein, bei der Beantragung eines Reisedokuments (oder eines anderen Dokuments zur Bescheinigung der Staatsangehörigkeit) durch eine betroffene Person inzident die Folgen dieses Verlusts der Staatsangehörigkeit zu prüfen.<sup>25</sup> Gegebenenfalls sei die Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen rückwirkend wiederherzustellen.<sup>26</sup>

### 3. Analyse der Rechtsprechung zu Familiennachzug und Unionsbürgerschaft

Sowohl für Regelungen zum Familiennachzug als auch im Bereich der Unionsbürgerschaft fordert der EuGH damit in bestimmten Fällen die Möglichkeit einer konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung zur umfassenden Berücksichtigung aller

21 EuGH, Rs. C-221/17 (*Tjebbes u.a.*), ECLI:EU:C:2019:189, Rn. 39.

22 EuGH, Rs. C-221/17 (*Tjebbes u.a.*), ECLI:EU:C:2019:189, Rn. 36.

23 EuGH, Rs. C-221/17 (*Tjebbes u.a.*), ECLI:EU:C:2019:189, Rn. 40.

24 EuGH, Rs. C-221/17 (*Tjebbes u.a.*), ECLI:EU:C:2019:189, Rn. 41.

25 EuGH, Rs. C-221/17 (*Tjebbes u.a.*), ECLI:EU:C:2019:189, Rn. 42.

26 EuGH, Rs. C-221/17 (*Tjebbes u.a.*), ECLI:EU:C:2019:189, Rn. 42.

Umstände des Einzelfalls. Für die Auslegung des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den EuGH macht es dabei keinen Unterschied, ob die dem Fall zugrunde liegende nationale Regelung für eine Einzelfallabwägung Spielraum lässt (*Rottmann*)<sup>27</sup>, oder nicht (*Tjebbes*). Für die Einpassung dieser Vorgabe in das nationale Recht ist die Unterscheidung jedoch erheblich. Denn in Konstellationen, in denen eine nationale Regelung keinen Spielraum für eine solche Abwägung im Einzelfall vorsieht, beispielsweise durch unbestimmte Rechtsbegriffe oder durch Einräumung von Ermessen, sind Rechtsanwendende grundsätzlich an die gesetzgeberische Wertung gebunden.<sup>28</sup> Besteht kein normativer Anknüpfungspunkt für eine solche Prüfung in der nationalen Regelung, begründet die geforderte Einzelfallprüfung mithin einen originär unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, der in das nationale Regelungsregime zu integrieren ist.<sup>29</sup> Dennoch erwähnt der EuGH in diesem Zusammenhang nicht einmal die den nationalen Rechtsanwendenden zur Berücksichtigung des Unionsrecht zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der unionsrechtskonformen Auslegung und des Anwendungsvorrangs, sondern geht wohl davon aus, dass die geforderte Einzelfallabwägung auf Rechtsanwendungsebene erfolgen kann.

Zurückhaltender hatte Generalanwalt Mengozzi in seinen Schlussanträgen im Fall *Tjebbes* plädiert. Er vertrat die Auffassung, die unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung könne durchaus zu dem Ergebnis kommen, dass die nationale Vorschrift abstrakt („*ihrer allgemeinen Natur nach*“) mit den unionsrechtlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit im Einklang stehe, auch wenn sie eine konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Berücksichtigung aller individueller Umstände des Einzelfalles nicht vorsehe.<sup>30</sup> Für diese auf die abstrakte Ebene beschränkte Prüfung führte er insbesondere die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten sowie den Respekt vor Entscheidungen des Gesetzgebers an. Die These, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebiete – über die Berücksichtigung der konkreten Umstände bei Anwendung der Tatbestandsvoraussetzung der nationalen Regelung hinaus – eine umfassende Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, laufe „*unter dem Vorwand, die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht zu fordern, darauf hinaus, dem nationalen Gericht vorschreiben zu wollen, an die Stelle des Kriteriums [...] das der nationale Gesetzgeber im Einklang mit dem internationalen*

27 Dort wurde die Rücknahme auf § 48 Abs. 1 S. 1 BayVwVfG gestützt, wonach ein rechtswidriger Verwaltungsakt bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zurückgenommen werden „*kann*“.

28 Vgl. Fn. 5.

29 Zum „Wie“ dieser Integration noch näher unter III.

30 GA *Mengozzi*, Schlussanträge vom 12.7.2018 in der Rs. C-221/17 (*Tjebbes* u.a.), ECLI:EU:C:2018:572, Rn. 63, 88 und 91, mit Verweis auf die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-650/13 (*Delvigne*), ECLI:EU:C:2015:648 (Dort nahm der EuGH eine abstrakte Verhältnismäßigkeitsprüfung bzgl. einer nationalen Regelung vor, die den Verlust des aktiven Wahlrechts zum Europäischen Parlament in Fällen der Verurteilung für bestimmten Verbrechen vorsah, ohne in diesem Zusammenhang die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu fordern).

*Recht und ohne Verstoß gegen das Unionsrecht gewählt hat, andere Kriterien [...] zu setzen [...].*“<sup>31</sup>

#### 4. Uneinheitliche Dogmatik

Bei einem Blick auf andere Bereiche zeigt sich, dass die Dogmatik zu Anforderungen der Verhältnismäßigkeit und Auswirkungen auf das nationale Recht bisher uneinheitlich ist. Dies zeigt sich beispielsweise an Entscheidungen des EuGH zur Verhältnismäßigkeit von Sanktionsregelungen. Zwar betont der EuGH auch hier das Erfordernis einer Einzelfallbetrachtung, insbesondere die Möglichkeit einer Härtefallberücksichtigung. Der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordere, dass die Härte der Sanktion in angemessenem Verhältnis zur Schwere des Verstoßes stehe. Zur Sanktionierung von Mautverstößen entschied der EuGH beispielsweise, dass eine nationale Regelung dem unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gerecht werde, wenn sie unabhängig von der Art und Schwere des Verstoßes (bspw. ohne Nutzungsberechtigung zurückgelegte Kilometer, Entrichtung des Mautbetrags im Vorhinein) die Verhängung einer Geldbuße in pauschaler Höhe vorsehe.<sup>32</sup> In der Folge habe das nationale Gericht die Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung genauer zu prüfen.<sup>33</sup> Gegen eine solche spreche allerdings, dass eine Rechtsvorschrift die Höhe der Geldbußen genau festlege, ohne die Möglichkeit der Herabsetzung vorzusehen oder zu verlangen, dass sie mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehe.<sup>34</sup> In einem solchen Fall habe das nationale Gericht die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts dadurch zu gewährleisten, dass es notfalls jede Bestimmung unangewendet lasse, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem unionsrechtswidrigen Ergebnis führe.<sup>35</sup> Hinsichtlich der Folgen des unionsrechtlichen Erfordernisses einer Härtefallberücksichtigung greift der EuGH damit die Spannungslage zwischen (gebundener) nationaler Regelung und unionsrechtlich geforderter Einzelfallprüfung – anders als beispielsweise in *Tjebbes u.a.* – explizit auf und ruft diesbezüglich die Grundsätze und Grenzen der unionsrechtskonformen Auslegung in Erinnerung. Kann eine unionsrechtskonforme Auslegung aufgrund deren Grenze der *contra legem*-Auslegung nicht erfolgen, so gilt allgemein der Anwendungsvorrang des Unionsrechts und eine nationale Regelung muss unangewendet bleiben.

31 GA Mengozzi, Schlussanträge vom 12.7.2018 in der Rs. C-221/17 (Tjebbes u.a.), ECLI:EU:C:2018:572, Rn. 106.

32 EuGH, verb. Rs. C-497/15 und C-498/15 (Euro-Team), ECLI:EU:C:2017:229, Rn. 47 ff. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-210/10 (Urbán), ECLI:EU:C:2012:64.

33 EuGH, Rs. C-384/17 (Link Logistic), ECLI:EU:C:2018:810, Rn. 60.

34 EuGH, Rs. C-384/17 (Link Logistic), ECLI:EU:C:2018:810, Rn. 60.

35 EuGH, Rs. C-384/17 (Link Logistic), ECLI:EU:C:2018:810, Rn. 61. Ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. u.a. bereits EuGH, Rs. 157/86 (Murphy), ECLI:EU:C:1988:62, Slg. 1988, 673, Rn. 11; EuGH, Rs. C-357/06 (Frigerio Luigi), ECLI:EU:C:2007:818, Slg. 2007, I-12311, Rn. 28; EuGH, Rs. C-187/15 (Pöppel), ECLI:EU:C:2016:550, Rn. 45.

Auch hier hatte sich der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen für eine andere Lösung ausgesprochen, in diesem Fall jedoch gerade für eine weitergehende Wirkweise des Unionsrechts. Der Generalanwalt argumentierte für eine Ersetzungsbefugnis der nationalen Rechtsanwendenden. Nationale Stellen sollten demnach ermächtigt sein, jedenfalls solange der nationale Gesetzgeber keine neue, mit dem Unionsrecht vereinbare Sanktionsregelung erlassen habe, die verhängten Sanktionen im Hinblick auf die Schwere der fraglichen Zu widerhandlung und der Umstände des Einzelfalls abzumildern.<sup>36</sup> Die verschiedenen Lösungsansätze verdeutlichen, dass im Zusammenhang mit der Reichweite und Wirkweise des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch einige Fragen offen sind.

### III. Bewertung der Rechtsprechung und Folgen für die nationale Rechtsordnung

In den soeben vorgestellten Fällen stellt sich die Frage nach der Einpassung einer unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung in die nationale Rechtsordnung. Es entsteht ein Spannungsfeld zwischen der unionsrechtlich zur Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit geforderten individualisierenden Einzelfallabwägung einerseits und der – Rechtssicherheit Rechnung tragenden – generellen nationalen Regelung andererseits.<sup>37</sup> Unionsrechtliche Vorgaben werden im nationalen Recht im Wege der europarechtskonformen Auslegung berücksichtigt. Sind deren Grenzen erreicht, sichert der Anwendungsvorrang die Durchsetzung des Unionsrechts. Die soeben vorgestellten Fälle bewegen sich gerade an der Grenze der Auslegungsmöglichkeiten. Es handelt sich gewissermaßen um eine Umkehrung der *Alcan*-Situation: Nach der *Alcan*-Entscheidung des EuGH kann das Unionsrecht eine Ermessensreduktion auf Null begründen.<sup>38</sup> Dagegen sollen durch das unionsrechtliche Gebot einer Einzelfallabwägung die Entscheidungsspielräume von Rechtsanwendenden Zwecke der Einzelfallgerechtigkeit erweitert werden. Unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung ist die Einräumung von gesetzlich ursprünglich nicht vorgesehenen Entscheidungsspielräumen für die Verwaltung problematischer als eine Ermessensreduktion auf Null.<sup>39</sup> Denn hier ist durch die gesetzgebende Gewalt ursprünglich gerade keine von den Rechtsanwendenden zunehmende umfassende Abwägung vorgesehen. Vielmehr werden die Entscheidungsbefugnisse des Rechtsanwenders entgegen der gesetzgeberischen Vorgabe

36 GA *Bobek*, Schlussanträge vom 26.6.2018 in der Rs. C-348/17 (Link Logistic), ECLI:EU:C:2018:494, Rn. 96.

37 Zu Art. 267 AEUV als Instrument der Kohärenzsicherung *E. Schmidt-Abmann*, Einheit und Kohärenz der europäischen Mehrebenenrechtsordnung, EuGRZ 2016, S. 85, 91 f.

38 EuGH, Rs. C-24/95 (Alcan), ECLI:EU:C:1997:163, Slg. 1997, I-1591, insbesondere Rn. 34, wonach den Verwaltungsbehörden bei der Durchführung einer Kommissionsentscheidung – im vorliegenden Fall eine Beihilfenförderung – keinerlei Ermessensspielraum zusteht, auch wenn die nationale Rechtsgrundlage einen solchen vorsieht (vgl. zur unionsrechtlich bedingten Ermessensreduktion auf Null, *M. Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 48 Rn. 271).

39 Eine solche kann sich insbesondere aus den Grundrechten und anderen Verfassungsgrundsätzen sowie aus dem Unionsrecht ergeben, vgl. *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage 2017, § 7 Rn. 25.

erweitert. Dadurch können die vom Gesetzgeber bereits auf generell-abstrakter Ebene getroffenen Wertungen weitgehend unterlaufen werden. Dies erscheint umso problematischer, wenn der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsvorbehalt sich nicht auf einen Härtefallvorbehalt zur Berücksichtigung von atypischen Einzelfällen beschränkt, die der Gesetzgeber in seiner generell-abstrakten Regelung naturgemäß nicht sämtlich erfassen kann, sondern eine allgemeine Abwägungsscheidung bedingt.

Die Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben könnte einerseits durch den Rechtsanwender als ungeschriebene Ausnahme unter Berufung auf eine unionsrechts- bzw. verfassungskonforme Auslegung erfolgen.<sup>40</sup> Andererseits könnte eine Normierung durch den Gesetzgeber gefordert werden.<sup>41</sup> Im Sinne ersterer Vorgehensweise, also der Integration unionsrechtlicher Anforderungen in die nationale Regelung, wurde ein Unterfall der unionsrechtskonformen Auslegung, die richtlinienkonforme Auslegung, in jüngerer Zeit zunehmend extensiv gehandhabt.<sup>42</sup> Eine Lösung des Konflikts von unionsrechtlichen Vorgaben und nationalem Recht wurde in diesem Zusammenhang überwiegend auf Rechtsanwendungsebene gesucht. Dabei besteht die Tendenz, dass es – unter Berufung auf unionsrechtliche Vorgaben – zu einer weitgehenden Lösung vom Wortlaut der nationalen Regelung kommt. Für den Verhältnismäßigkeitsvorbehalt kann dies die Geltung einer – bis zur Tätigkeit des Gesetzgebers ungeschriebenen – Ausnahme<sup>43</sup> oder die Annahme einer Ersetzungsbefugnis<sup>44</sup> bedeuten. Eine solche Integration des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsvorbehalts in die nationale Regelung birgt zum einen die Gefahr, dass keinerlei Anreiz für Gesetzgeber besteht, eine Neuregelung vorzusehen. Zum anderen kann ein unionsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsvorbehalt gewissermaßen als „salvatorische Klausel“ ausdifferenzierte nationale Regelungsregime einebnen und aufweichen und dazu führen, dass die gesetzgeberischen Wertungen weitgehend unterlaufen werden.

40 Vgl. zur Figur der unionsrechtskonformen Auslegung als Ausfluss des Anwendungsvorrangs des Unionsrecht *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 24.

41 Unionsrechtlich ergibt sich eine Pflicht zur Anpassung unionswidrigen nationalen Rechts aus dem Gebot der loyalen Zusammenarbeit, Art. 4 Abs. 3 EUV, vgl. *H. Jarass/S. Beljin*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtssetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S. 1, 7.

42 Kritisch diesbezüglich *L. Michael/M. Payandeh*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zwischen Unionsrecht und Verfassungsrecht, NJW 2015, S. 2392 ff.

43 Bspw. im Fall *Dogan* eine ungeschriebene Ausnahme im Regel-Ausnahme-System des § 30 Abs. 1 AufenthG, vgl. dazu auch die Entscheidungsbesprechung von *H. Tewocht*, Aller guten Dinge sind drei? Der Sprachnachweis vor dem EuGH, NVwZ 2014, S. 1067, 1069. In der Folge der Entscheidung im Fall *Dogan* hat sich der Gesetzgeber zur Umsetzung der Anforderungen des EuGH mit der Regelung des § 30 Abs. 1 Satz 3 Nr. 6 AufenthG für die Einführung einer allgemeinen Härteklausel betreffend Fälle der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit entschieden (vgl. auch BT-Drucks. 18/5420, S. 26).

44 Im Sinne Bobeks, vgl. GA *Bobek*, Schlussanträge vom 26.6.2018 in der Rs. C-348/17 (Link Logistic), ECLI:EU:C:2018:494, Rn. 96.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Der EuGH fordert, gestützt auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in einigen Bereichen verstärkt eine individualisierende Betrachtung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Die unionsrechtliche Vorgabe einer umfassenden konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung steht – in Fällen, in denen das nationale Recht eine solche nicht vorsieht – in einem Spannungsverhältnis zur Typisierungsbefugnis des nationalen Gesetzgebers und ist mit Blick darauf, dass gesetzgeberische Typisierungen insbesondere Effizienz, Rechtssicherheit und Verhinderung von Willkür erreichen sollen, nicht unproblematisch. Ungeachtet dessen wird die Rechtsprechung des EuGH für die Dogmatik zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Zukunft eine immer größere Rolle spielen. Dabei ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „weicher“ Maßstab sehr wandelbar und ermöglicht eine – je nach Kontext unterschiedliche – unionsrechtliche und durch die Rechtsprechung des EuGH geprägte Durchdringung nationaler Regelungen. In diesem Zusammenhang besteht insbesondere die Herausforderung, die europäischen Anforderungen in das jeweilige nationale Regelungsregime einzupassen. Ein originär unionsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsvorbehalt führt dabei zu einer weitreichenden Verlagerung von Entscheidungsbefugnissen auf die Rechtsanwendungsebene.