

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XV
A. Einführung . . . . .	1
I. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung – Mosaikstein in den Reformbestrebungen der französischen Justiz . . . . .	1
II. Zielsetzungen der Arbeit . . . . .	5
III. Begriffliche Grundlagen . . . . .	7
IV. Gang der Untersuchung . . . . .	20
B. Bestandsaufnahme der Rechtsprechung der Cour de cassation und des Conseil d'Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit . . . . .	23
I. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation . . . . .	23
II. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Conseil d'Etat	62
III. Résumé – gegenläufige Entwicklungen in der Rechtsprechung der Cour de cassation und des Conseil d'Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit . . . . .	77
C. Fundamentale Kritikpunkte an der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung . . . . .	81
I. Rechtsstaatliche Konfliktpunkte . . . . .	82
II. Unvereinbarkeit der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung mit dem erklärten Auftrag der Cour de cassation . . . . .	106
III. Résumé – Unterschiedlichkeit der Reaktionen auf die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung der Cour de cassation und des Conseil d'Etat . . . . .	110

D.	Justizkulturelle Zusammenhänge . . . . .	113
I.	<i>Historische Hintergründe</i> . . . . .	114
II.	<i>Selbstbehauptung der Cour de cassation im innerstaatlichen Gerichtsgefüge</i> . . . . .	128
III.	<i>Anpassung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte</i> . . . . .	151
IV.	<i>Résumé – Festigung der verfassungsinstitutionellen Rolle der Cour de cassation in der V. Republik</i> . . . . .	159
E.	Ausblick: Vergleichende Perspektiven . . . . .	163
I.	<i>Auswirkungen der konkreten Verhältnismäßigkeitskontrolle auf die Verfassungsmäßigkeitskontrolle des Conseil constitutionnel – zu erwartende Konkretisierung der Prüfungsweise?</i> . . . . .	163
II.	<i>Vergleich zu der deutschen Diskussion über die Verhältnismäßigkeitskontrolle gebundener Verwaltungsentscheidungen</i> . . . . .	169
F.	Zusammenfassung in Leitsätzen . . . . .	201
	Quellen . . . . .	205
	Anhang . . . . .	233
	Sachregister . . . . .	215

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XV
A. Einführung . . . . .	1
I. <i>Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung – Mosaikstein in den Reformbestrebungen der französischen Justiz</i> . . . . .	1
II. <i>Zielsetzungen der Arbeit</i> . . . . .	5
III. <i>Begriffliche Grundlagen</i> . . . . .	7
1. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung französischer Gerichte „an sich“ . . . . .	7
2. Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung als Untersuchungsobjekt dieser Arbeit . . . . .	11
a) Definitionsannäherung . . . . .	11
b) Abgrenzung zu der abstrakten Verhältnismäßigkeitsprüfung . . . . .	14
c) Abgrenzung zu der „réserve d’interprétation“ . . . . .	16
d) Abgrenzung zu der „technique des distinctions“ . . . . .	18
e) Abgrenzung zu der Ermessenskontrolle . . . . .	18
IV. <i>Gang der Untersuchung</i> . . . . .	20
B. Bestandsaufnahme der Rechtsprechung der Cour de cassation und des Conseil d’Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit . . . . .	23
I. <i>Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation</i> . . . . .	23
1. Das Urteil vom 4. Dezember 2013 – die Geburtsstunde der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung? . . . . .	23
a) Das Recht auf Eheschließung im Widerstreit mit dem Verbot der Heirat zwischen Verschwägerten . . . . .	23
b) Nova der Entscheidung . . . . .	26

c)	Einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu dem Recht auf Eheschließung . . . .	27
aa)	Rechtsprechung zu Art. 12 EMRK – die Entscheidung „B. und L. gegen das Vereinigte Königreich“ . . . . .	27
bb)	Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK – die Entscheidung „Pascaud gegen Frankreich“ . . . . .	28
d)	Rezeption der europäischen Rechtsprechung in der Entscheidung vom 4. Dezember 2013 . . . . .	31
e)	Rechtspolitische Hintergründe der Entscheidung vom 4. Dezember 2013 . . . . .	32
2.	Verbreitung der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung vor den und durch die Kammern der Cour de cassation . . . . .	33
a)	Restriktive Rechtsprechung der zweiten Zivilkammer zu Normen des Zivilverfahrensrechts . . . . .	36
b)	Progressive Rechtsprechung der Strafkammer zu der konkreten Verhältnismäßigkeit verhängter Sanktionen . . . .	38
c)	Entwicklungsoffene Rechtsprechung der Sozialkammer zu dem Anwendungsbereich der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung . . . . .	40
3.	Struktur der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Cour de cassation . . . . .	43
a)	„Contrôle étendu“ beziehungsweise „contrôle lourd“ . . . .	46
b)	„Contrôle restreint“ beziehungsweise „contrôle léger“ . . . .	48
c)	Umsetzung der Vorgaben durch die Kammern der Cour de cassation . . . . .	49
4.	Prozessuale Blickwinkel auf die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung . . . . .	51
a)	Gerichtliche Klärung der Zuständigkeit für die Prüfung der Völkerrechtmäßigkeit staatlicher Gesetze . . . . .	51
aa)	Entscheidung „Interruption volontaire de la grossesse“ – Erklärung der Unzuständigkeit durch den Conseil constitutionnel . . . . .	53
bb)	Entscheidung „Jacques Vabre“ – Wahrnehmung der Prüfungskompetenz durch die Cour de cassation . . . . .	54
cc)	Entscheidung „Nicolo“ – Einlenken des Conseil d’Etat . . . .	55
dd)	Mittelbare Verfassungsmäßigkeitskontrolle durch die Übernahme der Völkerrechtmäßigkeitsprüfung . . . . .	57
b)	Zuständigkeit für die Prüfung der konkreten Verhältnismäßigkeit . . . . .	58
c)	Pflicht zur Prüfung von Amts wegen . . . . .	59
5.	Résumé . . . . .	61

<i>II.</i>	<i>Die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Conseil d'Etat</i>	62
1.	Das Urteil vom 31. Mai 2016 – Einstimmung des Conseil d'Etat? . . . . .	62
a)	Das Recht leiblicher Elternschaft im Widerstreit mit dem Verbot posthumer Befruchtung . . . . .	62
b)	Nova der Entscheidung . . . . .	64
c)	Rechtspolitische Hintergründe . . . . .	68
2.	Entwicklungen in der Rechtsprechung des Conseil d'Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit . . . . .	69
a)	Einschränkung durch die Entscheidung „Société Edenred“ vom 4. Dezember 2017? . . . . .	69
b)	Einschränkung durch die Entscheidung „Molénat“ vom 28. Dezember 2017 . . . . .	71
c)	Restanwendungsbereich der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rechtsprechung des Conseil d'Etat . . . . .	72
3.	Struktur der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den Conseil d'Etat und prozessuale Blickwinkel . . . . .	75
<i>III.</i>	<i>Résumé – gegenläufige Entwicklungen in der Rechtsprechung der Cour de cassation und des Conseil d'Etat zu der konkreten Verhältnismäßigkeit . . . . .</i>	<i>77</i>
<i>C.</i>	<i>Fundamentale Kritikpunkte an der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung . . . . .</i>	<i>81</i>
<i>I.</i>	<i>Rechtsstaatliche Konfliktpunkte . . . . .</i>	<i>82</i>
1.	Vereinbarkeit der konkreten Kontrolle mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung . . . . .	84
a)	Spannungsfeld: Einführung eines zusätzlichen Kontrollmechanismus . . . . .	85
b)	Spannungsfeld: Überwindung der gesetzgeberischen Wertentscheidung . . . . .	86
c)	Spannungsfeld: Aufruf zu der Nichtanwendung des Gesetzes	88
d)	Résumé – Fortsetzung des Distanzierungsprozesses von der „tradition légicentrisme“ . . . . .	89
2.	Vereinbarkeit der konkreten Kontrolle mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit . . . . .	91
3.	Vereinbarkeit der konkreten Kontrolle mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bürger . . . . .	93
4.	Lösungsvorschläge und Forderungen der Doktrin . . . . .	94
a)	Alternative Zielerreichung mittels der Erklärung einer „réserve conventionnelle“ . . . . .	94

b) Konturierung und Limitierung des Anwendungsfeldes . . . . .	96
c) Etablierung einer Verhältnismäßigkeitsdoktrin mit ausführlicheren Entscheidungsbegründungen . . . . .	97
aa) Begriffliche Anmerkung zu der Etablierung einer Verhältnismäßigkeits-„doktrin“ . . . . .	98
bb) Entwicklung einer „Verhältnismäßigkeitsdoktrin“ in Orientierung an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte . . . . .	99
cc) Unumgängliche Konsequenz: ausführlichere Entscheidungsbegründungen . . . . .	102
5. Résumé . . . . .	105
II. <i>Unvereinbarkeit der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung mit dem erklärten Auftrag der Cour de cassation</i> . . . . .	106
III. <i>Résumé – Unterschiedlichkeit der Reaktionen auf die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung der Cour de cassation und des Conseil d’Etat</i> . . . . .	110
D. Justizkulturelle Zusammenhänge . . . . .	113
I. <i>Historische Hintergründe</i> . . . . .	114
1. Die Angst vor der Rückkehr des „bon juge Magnaud“ . . . . .	114
2. Aus der Geschichte der Cour de cassation – langanhaltender Kampf um die Anerkennung als veritables Gericht . . . . .	117
a) Anfängliche Zuordnung des Kassationsorgans zu der Exekutiv- und Legislativgewalt . . . . .	117
b) Fortwirkendes Misstrauen gegenüber dem Kassationsorgan . . . . .	119
c) Befreiungsschläge des Kassationsorgans von seiner Schirmherrschaft . . . . .	121
3. Zu der Geschichte des Conseil d’Etat . . . . .	121
4. Résumé . . . . .	125
II. <i>Selbstbehauptung der Cour de cassation im innerstaatlichen Gerichtsgefüge</i> . . . . .	128
1. Bedrohungsanalyse . . . . .	129
a) Bedeutungszuwachs des Conseil constitutionnel seit 1958 . . . . .	129
b) Zusammenwirken von Conseil constitutionnel und Conseil d’Etat . . . . .	131
c) Restriktive Auslegung der „liberté individuelle“ im Sinne des Art. 66 Abs. 2 Const. 1958 . . . . .	133
d) Einengende Rechtsprechung des Tribunal des conflits zu der „voie de fait“ . . . . .	135

2. Prägende Entscheidungen der Cour de cassation . . . . .	137
a) Entscheidungen zu der „garde à vue“ – Neutralisierung einer Verfassungswidrigkeitserklärung des Conseil constitutionnel	138
b) Entscheidungen zu der Weiterleitung von „questions prioritaires de constitutionnalité“ – Ausdruck der Unbeugsamkeit der Cour de cassation gegenüber dem neu eingeführten Kontrollmechanismus . . . . .	141
aa) Infragestellung der Vorrangigkeit der „question prioritaire de constitutionnalité“ durch die Cour de cassation . . . . .	142
bb) Ausspielen der Filterfunktion durch die Cour de cassation	146
cc) Deutungsansätze für die anfängliche Zurückhaltung der Cour de cassation . . . . .	147
c) Einordnung der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung in diesen Emanzipationsprozess . . . . .	149
III. <i>Anpassung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte</i> . . . . .	151
1. Forderung konkreter Prüfungen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte? . . . . .	151
2. Würdigung der Bemühungen der französischen Gerichte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte . . . . .	155
IV. <i>Résumé – Festigung der verfassungsinstitutionellen Rolle der Cour de cassation in der V. Republik</i> . . . . .	159
E. <i>Ausblick: Vergleichende Perspektiven</i> . . . . .	163
I. <i>Auswirkungen der konkreten Verhältnismäßigkeitskontrolle auf die Verfassungsmäßigkeitskontrolle des Conseil constitutionnel – zu erwartende Konkretisierung der Prüfungsweise?</i> . . . . .	163
1. Konkretisierung der eigenen Prüfungsweise durch die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel . . . . .	164
2. Beweggründe des Conseil constitutionnel und verbleibende Konkretisierungsmöglichkeiten . . . . .	168
II. <i>Vergleich zu der deutschen Diskussion über die Verhältnismäßigkeitskontrolle gebundener Verwaltungsentscheidungen</i> . . . . .	169
1. Fallkategorisierung deutscher Gerichtsentscheidungen mit konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfungen . . . . .	170
a) „Auslöser-“Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts . .	171
b) Folgende Entwicklung: Herausbildung von Fallkategorien . .	172
c) Fazit und vergleichende Betrachtung . . . . .	174

2. Begriffliche Annäherung und methodische Einordnung der Verhältnismäßigkeitsprüfung gebundener Verwaltungsentscheidungen . . . . .	176
a) Fall verfassungskonformer Auslegung? . . . . .	177
b) Fall zulässiger verfassungskonformer Rechtsfortbildung? . . . . .	179
aa) Analogieschluss? . . . . .	179
bb) Teleologische Reduktion? . . . . .	180
c) Fallgruppe „zwingende Ausweisungen“ – methodischer Sonderfall auf dem Spannungsfeld zwischen Gesetzesbindung und Pflicht zur konventionskonformen Auslegung . . . . .	181
d) Fazit: Problematische Fälle der Verhältnismäßigkeitsprüfung gebundener Verwaltungsentscheidungen in vergleichender Betrachtung . . . . .	185
3. Reaktionen im verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskurs . . . . .	187
a) Rechtsstaatliche Kritikpunkte . . . . .	188
b) Verfassungsprozessualer Konfliktpunkt . . . . .	191
c) Lösungsvorschläge im rechtswissenschaftlichen Diskurs . . . . .	193
d) Fazit und vergleichende Perspektiven . . . . .	195
4. Beweggründe für den Rechtsprechungswandel des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	197
5. Vergleichendes Fazit . . . . .	199
 F. Zusammenfassung in Leitsätzen . . . . .	 201
 Quellen . . . . .	 205
 Anhang . . . . .	 233
 Sachregister . . . . .	 215