



Torben Westerhoff

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen

Zur Berücksichtigung einzelfallbezogener
Gerechtigkeits- und Billigkeitserwägungen
bei gesetzlich gebundenem Verwaltungshandeln

Einleitung

A. Problemstellung

Einer der ersten Grundsätze, die der Rechtswissenschaftler im Allgemeinen Verwaltungsrecht anzuwenden lernt, lautet, dass im Rahmen einer Ermessen einräumenden Rechtsgrundlage der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Ebenso gehörte es lange Zeit zu den gesicherten Erkenntnissen der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei gebundenen Entscheidungen nicht angewendet werden kann.¹ Wenn der Verwaltung bindende Standards vom Gesetzgeber vorgegeben seien, dürfe sie diese nicht mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes korrigieren.² Sowohl die Verwaltung als auch die Rechtsprechung seien nach Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 97 Abs. 1 GG an den strikten Wortlaut des Gesetzes gebunden.³

Einen neuen Diskussionsanstoß zu diesem Thema gaben jedoch einige Entscheidungen von Verwaltungs- und Sozialgerichten in den letzten Jahren, in denen diese auch bei gebundenen Entscheidungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführten, da sie die in der jeweiligen Rechtsgrundlage angeordnete zwingende Rechtsfolge auf der Einzelaktsebene als unverhältnismäßig und daher nicht mit den Grundrechten vereinbar ansahen.⁴ Aufgegriffen wurde diese neue Entwicklung zunächst von *Naumann*⁵, später von *Barczak*⁶ und *Mehde*⁷, die der Forderung von *Naumann*⁸ nach einer Beleuchtung dieser neuen Rechtsfigur und der sich daraus ergebenden dogmatischen Folgefragen nachkamen. Eine dieser Fragen formulierte *Naumann* folgendermaßen: „Ist dies der bisher

1 Vgl. *Naumann*, DÖV 2011, 96, 96 und *Mehde*, DÖV 2014, 541, 542, die insoweit von einem „Fremdkörper in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik“ sprechen; s. auch *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rn. 53; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 90a; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 40 Rn. 18, 48; *Graf von Kielmannsegg*, JuS 2013, 312, 314.

2 *Barczak*, *VerwArch* 2014, 142, 155; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 90a.

3 OVG Hamburg NordÖR 2011, 43, 44; LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 18.12.2013, L 13 AS 161/12, juris, Rn. 22.

4 Vgl. nur BVerwG NJW 2009, 2905; BVerwG NVwZ 2012, 1188; OVG Hamburg InfAusR 2009, 435; OVG Münster, Beschl. v. 18.06.2008, 19 B 870/08, juris.

5 *Naumann*, DÖV 2011, 96.

6 *Barczak*, *VerwArch* 2014, 142.

7 *Mehde*, DÖV 2014, 541.

8 Vgl. *Naumann*, DÖV 2011, 96, 104.

fehlende Schlussstein im Gewölbe des Grundrechtsschutzes, ein notwendiger Schritt zum umfassenden Schutz des Einzelnen vor den gelegentlich unbilligen Härten des allgemeinen Grundgesetzes? Oder handelt es sich um die Hypertrophie des Grundrechtsstaats, wo Grundrechte alles sind, der klar geäußerte Wille des Gesetzgebers jedoch nichts mehr zählt?⁹

Damit nahm er die seit einiger Zeit in der Literatur und Rechtsprechung vorherrschende Diskussion auf, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seinem Anwendungsbereich begrenzt werden müsse, da er anderenfalls zu einem „Weichmacher der Rechtsordnung“¹⁰ werde, der die Verfassung in Verhältnismäßigkeit aufweiche.¹¹ Diese Diskussion erhält durch die von einigen Gerichten geforderte Erweiterung des Anwendungsbereichs des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf gebundene Entscheidungen neue Nahrung.

Auffällig ist insoweit, dass selbst viele Standardwerke des allgemeinen Verwaltungsrechts keine klare Aussage enthalten, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei einer gebundenen Entscheidung von der Verwaltung bzw. der Rechtsprechung zu beachten ist;¹² von einer dogmatischen Begründung für oder gegen seine Anwendbarkeit ganz abgesehen. Trotz der Vielzahl der zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erschienenen Monographien¹³ fehlt es auch in diesem Bereich an einer grundlegenden Aufarbeitung seiner Geltung im Rahmen gebundener Entscheidungen. Regelmäßig wird diese Fragestellung lediglich als Unterpunkt der jeweiligen umfassenden Bearbeitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mitbehandelt.¹⁴ Die zu diesem Aspekt gemachten Aussagen sind daher oftmals vage und bewegen sich an der Oberfläche.¹⁵ Auch den neueren

9 Naumann, DÖV 2011, 96, 96.

10 Schnapp, JuS 1983, 850, 850 unter Berufung auf *Isensee*; vgl. auch *Gentz*, NJW 1968, 1600, 1601 („Einfallstor eines unkontrollierbaren und unkontrollierten Gerechtigkeitsgefühls“); *Götz*, NVwZ 1984, 211, 215 („Alleskleber“).

11 *Leisner*, Der Abwägungsstaat, S. 6 ff.

12 So auch *Barczak*, VerwArch 2014, 142, 155.

13 Vgl. nur *Lerche*, Übermass; v. *Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot; *Wellhöfer*, Das Übermassverbot.

14 Vgl. *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 177–245; *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 145–151; *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, S. 124–139; *Wellhöfer*, Das Übermassverbot, S. 170–182.

15 Vgl. nur *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 242, der die Beantwortung der Frage, ob in der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf gebundene Entscheidungen eine Überdehnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegt, ausdrücklich offen lässt.

Gerichtsentscheidungen, die sich für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen gebundener Entscheidungen ausgesprochen haben, fehlt es in aller Regel an einer diesbezüglichen belastbaren dogmatischen Begründung.¹⁶

Der Vielzahl von monographischen Erörterungen zu allgemeinen Aspekten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes soll daher nicht eine weitere hinzugefügt werden. Vielmehr hat es sich diese Arbeit zur Aufgabe gemacht, den Teilaspekt der Zulässigkeit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen sowie die sich hieraus ergebenden dogmatischen Folgefragen zu untersuchen.

B. Methode und Gang der Untersuchung

Die Frage nach der Zulässigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen gebundener Entscheidungen ist im Kern eine rechtsphilosophische Frage, die bereits von *Aristoteles* in der „Nikomachischen Ethik“ und der „Rhetorik“ behandelt wurde.¹⁷ Darin führte er aus, das geschriebene Recht könne als allgemeine Bestimmung nicht in jedem individuellen Fall ein gerechtes Ergebnis herbeiführen. Es bedürfe vielmehr der „Billigkeit“ als neben der Gesetzesgerechtigkeit stehendem und diese ergänzenden Teil der Gerechtigkeit.

Ziel der Arbeit ist es jedoch nicht, sich der oben genannten Fragestellung durch eine rechtsphilosophische Betrachtungsweise anzunähern in dem Sinne, ob nicht auch bei gebundenen Entscheidungen der Billigkeit durch eine gerechtigkeitsgebote Korrektur der strukturellen Schwächen des geschriebenen Rechts in Sonderfällen zum Durchbruch verholfen werden sollte,¹⁸ sondern einen Beitrag zu einer dogmatischen Aufarbeitung dieses Themas zu leisten.

Zur Veranschaulichung der sich in diesem Rahmen stellenden Fragen werden im ersten Teil zunächst einige Entscheidungen von Verwaltungs- und Sozialgerichten dargestellt, in denen diese sich mit der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf gebundene Entscheidungen zu befassen hatten. Die Judikate betreffen ganz unterschiedliche Rechtsgebiete und Lebensbereiche und machen damit die Relevanz dieses Themas für das gesamte Verwaltungsrecht deutlich. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt insoweit nicht auf der Sachverhaltsdarstellung, sondern auf den rechtlichen Ausführungen des jeweiligen

16 Vgl. nur OVG Hamburg GewArch 1996, 425, 426; VGH München, Beschl. v. 24.10.2012, 22 ZB 12.853, juris.

17 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 5. Buch, 11. Kap., 1137a; *ders.*, Rhetorik, 1. Buch, 13. Kap., 1374 a.

18 Vgl. *Höffe*, Gerechtigkeit, S. 59.

Gerichts, insbesondere zur Fragestellung, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angewendet werden darf oder nicht. Der erste Teil schließt mit einer kritischen Bewertung der herausgearbeiteten dogmatischen Begründungen der Rechtsprechung zu diesem Thema ab.

Im zweiten Teil sollen zur Klärung des terminologischen Fundaments zunächst die Hauptbegrifflichkeiten des Themas erläutert werden. Hierzu wird im ersten Schritt der Begriff der gebundenen Entscheidung vorgestellt und von den weiteren Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Gesetzes abgegrenzt. Sodann werden die Funktion, der Inhalt und der (bisher) anerkannte Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dargelegt. Im Anschluss werden die dogmatischen Grundlagen für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gelegt. Dies erfordert zunächst eine kurze Darstellung der historischen Wurzeln des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, bevor auf seine exakte verfassungsrechtliche Verortung eingegangen werden kann. In diesem Rahmen werden die in der Literatur und Rechtsprechung vorgefundenen Ableitungsversuche beschrieben und bewertet und einer eigenen Stellungnahme zugeführt. Zuletzt werden die rechtstheoretische Qualität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für seinen Anwendungsbereich untersucht.

Im dritten Teil wird zunächst das Spannungsfeld aufgezeigt, in dem sich die Frage entscheidet, ob eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bei gebundenen Entscheidungen dogmatisch zulässig ist oder nicht. Hierzu werden die hinter der gebundenen Entscheidung stehenden Rechtsgrundsätze der Gewaltenteilung, des Vorrangs des Gesetzes, der Rechtssicherheit und des effektiven Rechtsschutzes erläutert und bezüglich einer möglichen Kollision mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz überprüft. Anschließend werden in der Literatur und Rechtsprechung diskutierte Wege zur Auflösung dieses Spannungsfelds vorgestellt und einer kritischen Würdigung zugeführt. Nach einer kurzen Befassung mit der allgemeinen Kritik an der Vergrundrechtlichung der Rechtsordnung wird sodann eine eigene dogmatische Begründung für die Zulässigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen gebundener Entscheidungen entwickelt. Abschließend wird überprüft, ob eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei den den Gerichtsentscheidungen im ersten Teil zugrundeliegenden gebundenen Entscheidungen unter Berücksichtigung der eigenen Erwägungen möglich ist.

Der vierte Teil befasst sich sodann mit den Folgefragen der neuen Rechtsfigur. Nach einer Einordnung der gebundenen Entscheidung unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt in die klassische Handlungsformenlehre wird zunächst untersucht, inwieweit die Verwaltung das Ergebnis, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im

Rahmen der gebundenen Entscheidung im Einzelfall anwendbar ist oder nicht, nach § 39 Abs. 1 VwVfG zu begründen hat. Daraufhin wird die Anwendbarkeit des § 114 S. 2 VwGO auf die neue Rechtsfigur geprüft. Schließlich wird untersucht, ob der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG auf die Rechtsfigur der gebundenen Entscheidung unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt angewendet werden kann.