

Studien  
zu Staat, Recht und Verwaltung

30

Liesa Plappert

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz  
bei gebundenen  
Verwaltungsentscheidungen



**Nomos**

Studien zu Staat, Recht und Verwaltung

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Gabriele Britz  
Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem  
Prof. Dr. Jens-Peter Schneider

Band 30

Liesa Plappert

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz  
bei gebundenen  
Verwaltungsentscheidungen



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, HU, Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-5767-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9941-9 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 von der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Nach diesem Zeitpunkt veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur konnte nur noch punktuell berücksichtigt werden.

Ich danke zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. Martin Eifert für die Betreuung dieser Arbeit. Seine scharfsinnige und lösungsorientierte Herangehensweise hat mir gerade in Momenten des Zweifels sehr geholfen. Ebenfalls möchte ich Prof. Dr. Matthias Ruffert für das zügig erstellte Zweitgutachten danken.

Mein besonderer Dank gilt auch allen, die mich in der Promotionszeit unterstützt und die Entstehung dieser Arbeit begleitet haben. Hervorzuheben sind insbesondere Mascha Hesse und Ilya Levin, die mir in jeglichen Belangen mit Rat und Tat zur Seite standen sowie Jenny Dorn, Rebekka Janke, Christine Schweikard und Sinje Kalikat, denen ich für ihre wertvollen Anregungen zum Manuskript danken möchte.

Schließlich möchte ich dem Promotionskolleg EPEDER der Humboldt-Universität zu Berlin sowie der Studienstiftung des deutschen Volkes für die Unterstützung dieses Promotionsvorhabens danken.

Berlin im Oktober 2019

Liesa Plappert



## Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Gegenstand der Arbeit	17
B. Gang der Untersuchung	19
1. Teil: Der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt in der Rechtsprechungspraxis	21
1. Abschnitt: Rechtsgebiete und Rechtsprechungsanalyse	21
A. Berufsrecht	22
I. Gewerberecht, § 35 GewO	22
1. Normstruktur und Verhältnismäßigkeit der Untersagungsverfügung	22
2. Möglichkeit der Rechtsfolgenbegrenzung in extremen Ausnahmefällen	25
3. Extremer Ausnahmefall in der Rechtsprechung zu § 35 GewO	27
4. Berücksichtigung weiterer betroffener Grundrechte	30
5. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im Gewerberecht: Der extreme Ausnahmefall als Hintertür für eine konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung	30
II. Gaststättenrecht, §§ 4 Abs. 1, 15 GastG	32
1. Besonderheiten aufgrund landesrechtlicher Regelungen	33
2. Minusmaßnahmen und unbillige Härten als mögliches Anwendungsfeld eines Verhältnismäßigkeitsvorbehalts	34
3. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit durch die Verwaltungsgerichte im Rahmen des Tatbestands des § 15 GastG	37
III. § 3 LogG (Logopädengesetz)	38
IV. § 6 Abs. 2 BApO (Apothekerordnung)	39
V. § 5 Abs. 2 BÄO (Bundesärzteordnung)	42
VI. § 25 PBefG (Personenbeförderungsgesetz)	43
VII. Zusammenfassung zum Berufsrecht	44

*Inhaltsverzeichnis*

B. Kostenrecht	45
I. Kostentragung der Verwaltungsvollstreckung, insbesondere Abschleppfälle („Wanderschilder“)	46
II. Notbestattungen	48
1. Bedeutung unterschiedlicher landesrechtlicher Regelungen für die Fragen der Kostentragungspflicht und der Billigkeitskorrektur	49
2. Uneinheitliche Entscheidungspraxis der Gerichte	50
a) Rechtsfolgenkorrektur unter Rückgriff auf einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt zur Berücksichtigung atypischer Fallgestaltungen	50
b) Alternative: Rückgriff auf Billigkeitsklauseln	51
c) Rechtsfolgenkorrektur bei Verstoß gegen die Menschenwürde	52
d) Keine Rechtsfolgenkorrektur aufgrund bestehender Ausgleichsmechanismen	53
e) Maßstab für die Korrektur	55
3. Zusammenfassung zum Bestattungsrecht	57
III. Kostentragung bei konsularischen Hilfeleistungen, § 5 Abs. 5 KonsularG	57
IV. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im Kostenrecht: Billigkeitskorrektur in atypischen Fällen zur Vermeidung unzumutbarer Härten	59
C. Prüfungsrecht	60
I. § 37 Abs. 2 i.V.m. § 23 Abs. 3 APO-GO NRW	60
II. § 14 Abs. 1 S. 1 SächsJAPO a. F.	61
III. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im Prüfungsrecht: Konkrete Verhältnismäßigkeit als Kehrseite gesetzgeberischer Typisierung	62
D. Beamtenrecht	64
E. Aufenthaltsrecht	65
I. § 53 AufenthG a. F. – Normstruktur und Anwendungsbereich	66
II. Vorgaben des EGMR bezüglich der Konventionskonformität einer Ausweisung	70
III. „Systemwechsel“ im Ausweisungsrecht	71
1. Grundsatzentscheidungen des BVerfG und BVerwG betreffend die Regel-Ausweisung	73
a) BVerfG	73

b) BVerwG	76
c) Vergleich der Lösungsansätze mit Blick auf die Wirkweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	79
2. Berücksichtigung von Verhältnismäßigkeitserwägungen bei der Ist- Ausweisung	80
IV. Rechtsfolgenkorrekturen im Aufenthaltsrecht – Fallkonstellationen	82
V. Besonderheit Europarechtsbezug	85
VI. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt im Aufenthaltsrecht: Vom Vorbehalt für extreme Ausnahmefälle zu generellem Vorbehalt und umfassender Abwägung	87
VII. Reaktionen und Aktivierung des Gesetzgebers als Folge der Rechtsprechungspraxis	89
F. Gegenbeispiele	92
I. Straßenverkehrsrecht („Ungeeignetheit“ zum Führen eines Kraftfahrzeugs)	93
1. § 3 Abs. 1 StVG i.V.m. § 46 Abs. 1 FeV	93
2. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 StVG (ehemals: § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 StVG)	94
II. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Merkmals „wichtiger Grund“	96
3. Studienförderung, § 7 Abs. 3 BAföG	96
4. Meldeversäumnis, § 32 Abs. 1 SGB II	97
III. Durchsetzung des Kopftuchverbots	98
G. Exkurs: Bindung an Europarecht	98
H. Zusammenfassung der Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse und Folgerungen	106
2. Abschnitt: Kategorienbildung anhand der Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse	108
A. Mehrfache Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit	108
I. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit durch Gesetzgeber und Rechtsanwender	109
II. Verhältnismäßigkeit als Argument	110

*Inhaltsverzeichnis*

B. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit als Kehrseite gesetzgeberischer Typisierung bzw. Generalisierung	112
I. Härtefallberücksichtigung	112
1. Verallgemeinerungen als Folge der Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers	113
2. Härtefallberücksichtigung durch den Rechtsanwender	115
3. Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Prüfung eines Ausnahmefalls	117
II. Allgemeine Flexibilisierung gesetzlicher Regelungen	119
1. Klare Typisierung zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit durch den Gesetzgeber	119
2. Generelle Flexibilisierung der Regelung zur Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls durch den Rechtsanwender	120
3. Verhältnismäßigkeit als Maßstab	121
C. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	122
3. Abschnitt: Scheinprobleme und Probleme	123
A. Anknüpfungspunkte für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im gesetzlichen Tatbestand	124
I. Verfassungskonforme Auslegung zur Konkretisierung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	125
II. Fälle des Berufsrechts als Scheinprobleme	128
B. Keine Anknüpfungspunkte für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im gesetzlichen Tatbestand	131
I. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit als verfassungskonforme Auslegung	132
1. Implikationen und Begründung verfassungskonformer Auslegung	132
2. Grenzen verfassungskonformer Auslegung	135
a) Rolle des Wortlauts bei verfassungskonformer Auslegung	137
b) Verwischte Grenzen verfassungskonformer Auslegung	138
c) Ablehnung eines hypothetisch verfassungskonformen Gesetzgeberwillens	141
3. Zusammenfassung	144

II. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit als Rechtsfortbildung	145
1. Verschiedene Begründungsansätze	146
a) Schließung von Ausnahmelücken im Wege teleologischer Reduktion	147
b) Analoge Anwendung von Härteklauseln	148
2. Voraussetzungen und Grenzen für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung als Rechtsfortbildung	151
a) Kriterien zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens als Grenze der Rechtsfortbildung	153
b) Weitere Grenzen bei Entscheidung zugunsten des Betroffenen?	154
3. Argumentationslinien für die Begründung oder Ablehnung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung als Rechtsfortbildung	156
a) Abgestuftes Rechtsfolgenregime spricht gegen die Annahme einer Regelungslücke	156
b) Folgerungen aus dem Zweck der anzuwendenden Regelung	157
c) Billigkeit der Kostenerhebung zur Begründung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Kostenrecht	159
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	160
III. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit bei Europarechtsbezug	162
1. Berücksichtigung der EMRK im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung	163
a) EMRK-inkorporierende Rechtsanwendung?	165
b) Stellungnahme	167
2. Richtlinienkonforme Auslegung im Unionsrecht	171
3. Schlussfolgerungen	172
IV. Atypische Härtefälle und generelle Flexibilisierung als relevanter Anwendungsbereich eines verfassungsrechtlich zu begründenden Verhältnismäßigkeitsvorbehalts	173
C. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	174

*Inhaltsverzeichnis*

2. Teil: Grund und Grenzen eines verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsvorbehalts	176
1. Abschnitt: Verhältnismäßigkeit im Spannungsfeld von Grundrechtsschutz und Gesetzesbindung	176
A. Gewährleistung individuellen Grundrechtsschutzes	178
I. Verfassungsbedingter Rückgriff auf die Verhältnismäßigkeit	178
II. Konflikt von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit	180
B. Spannungen zur Gesetzesbindung des Rechtsanwenders als Ausdruck der Gewaltenteilung	183
I. Gesetzesbindung im Kontext des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts	185
1. Allgemeines Gesetz als Garant von individueller Freiheit und Gefahr für individualisierende Gerechtigkeit	185
2. Implikationen der Gesetzesbindung	186
3. Gesetzesbindung als Problem der Bindungsvielfalt	188
4. Relativierungen der Gesetzesbindung	189
II. Auswirkungen eines Verhältnismäßigkeitsvorbehalts auf die Bedeutung des Gesetzes	191
1. Befreiung von der Notwendigkeit einer Maßstabsbegründung	192
2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „weicher“ Entscheidungsmaßstab	193
3. Verlust der Steuerungswirkung des Gesetzes	197
4. Schwächung der demokratischen Legitimation verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen	199
III. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	201
C. Ansätze zur Auflösung der Spannung zwischen Grundrechts- und Gesetzesbindung des Rechtsanwenders	202
I. Gesetzesvermittelte Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit	203
II. Individualisierende Betrachtung	207
III. Von gesetzesvermittelter Verhältnismäßigkeitsberücksichtigung zum Verhältnismäßigkeitsvorbehalt	209

IV. Dogmatische Begründungsansätze für einen Härtefallvorbehalt	211
1. Konkreter, punktueller Grundrechtsdurchgriff zur Begrenzung der Rechtsfolge im Einzelfall	211
2. Zumutbarkeit als Mindestgebot der Rechtsanwendung	212
3. Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund einer „mitgemeinten Prüfungskompetenz“	216
4. Grundrechtsunmittelbarkeit der Rechtsanwendung	217
5. Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund einer allgemeinen Billigkeitskompetenz	218
V. Zusammenfassung	222
D. Ansatzübergreifende Kritikpunkte und Schlussfolgerungen	222
2. Abschnitt: Der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als Kehrseite gesetzgeberischer Typisierungen	223
A. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als Herausforderung für den gewaltenteiligen Verfassungsstaat	224
I. Der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als Kompetenzproblem	225
II. Funktionale Gewaltenteilung als Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Bewertung des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts bei gebundenen Entscheidungen	227
B. Gesetzgebung im Kontext des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts	229
I. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit vom Gesetzgeber im Rahmen abstrakt-genereller Regelungen	229
1. Aufgabe, Zusammensetzung und Verfahren	229
2. Gesetzgeberische Prärogative zur abstrakten Gewichtung von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit	230
3. Verhältnismäßigkeit und gesetzgeberische Typisierung	232
a) Typisierung und Generalisierung	232
b) Die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers	233
aa) Grundrechte als Grenze gesetzgeberischer Typisierung	234
bb) Grundrechte i.V.m. Art. 3 GG als Grenze gesetzgeberischer Typisierung	236

*Inhaltsverzeichnis*

cc) HärteklauseIn zu Wahrung der Verfassungsmäßigkeit einer Typisierung	237
c) Schlussfolgerung	240
4. Keine Pflicht des Gesetzgebers zur umfassenden Härtefallberücksichtigung	240
II. Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers	242
III. Typisierungsbefugnis als „Schaltstelle“ für die Reichweite eines Verhältnismäßigkeitsvorbehalts	243
C. Rechtsanwendung im Kontext des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts	244
I. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit von den Verwaltungsgerichten im Rahmen konkret-individueller Entscheidungen	244
1. Aufgabe, Zusammensetzung und Verfahren	244
2. Mögliche Gründe für die unmittelbare Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit durch die Verwaltungsgerichte	246
a) Verhältnismäßigkeit als Maßstab der Zweck- Mittel-Relation	246
b) Gerechtigkeit als Argument zur unmittelbaren Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit	248
c) Berücksichtigung auf Rechtsanwendungsebene als historische Gegebenheit	249
d) Berücksichtigung aufgrund der Funktionsgrenzen der Gesetzgebung	252
3. Schlussfolgerungen	252
II. Verhältnis der Verwaltungsgerichte zur Verwaltung	253
1. Handlungsmaßstab der Verwaltung als Grenze des Kontrollmaßstabs der Verwaltungsgerichte	254
a) Rolle der Verwaltung	254
b) Reichweite komplementärer Verhältnismäßigkeitsberücksichtigung auf Rechtsanwendungsebene	256
2. Unterschiede des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts zu der Figur der Ermessensreduktion auf Null	257
III. Zusammenfassung	258

D. Anwendungsbereich und Gefahren eines Verhältnismäßigkeitsvorbehalts als Kehrseite gesetzgeberischer Typisierungen	258
3. Abschnitt: Art. 100 GG im Kontext des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts	260
A. Konsequenzen der Annahme eines generellen Verhältnismäßigkeitsvorbehalts im Zusammenhang mit Art. 100 GG	262
I. (Zu) weites Verständnis gesetzgeberischer Typisierungsbefugnisse bei gleichzeitiger Entwertung derselben	263
II. (Dys-) Funktionalität des Art. 100 GG als verfassungsrechtliches Instrument zur Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung	264
B. Bedeutung des Art. 100 GG als verfassungsrechtlicher Mechanismus der Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber, Fachgerichtsbarkeit und BVerfG	265
I. Zweck und Funktion des Vorlageverfahrens – Rückschlüsse für den Verhältnismäßigkeitsvorbehalt	265
II. Voraussetzungen und Anwendungsbereich des Art. 100 GG in Konstellationen des Verhältnismäßigkeitsvorbehalts	268
1. Unmöglichkeit verfassungskonformer Auslegung als Zulässigkeitsvoraussetzung der Vorlage	269
2. Exkurs: Strukturelle Überschneidungen von (Teil-)Nichtigkeit und verfassungskonformer Auslegung	270
3. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes als Voraussetzung der Vorlage	273
III. Schlussfolgerungen für die Problemfälle des Prüfungs- und Beamtenrechts	276
C. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	278

*Inhaltsverzeichnis*

4. Abschnitt: Rückschlüsse für den Verhältnismäßigkeitsvorbehalt bei gebundenen Entscheidungen	279
A. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als zu begrenzendes Ausnahmephänomen kein Instrument zur allgemeinen Flexibilisierung des Rechts	280
B. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt zur Härtefallberücksichtigung im Einzelfall	282
I. Härtefälle im „Graubereich individuellen Grundrechtsschutzes“	283
II. Verhältnismäßigkeitsvorbehalt als Ausnahmeverbehalt	286
C. Abschließende Bewertung der Rechtsprechungspraxis der Verwaltungsgerichte	288
Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	290
Literaturverzeichnis	295