

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 83

Die Selbstbindung der Verwaltung

Freiheit und Gebundenheit
durch den Gleichheitssatz

Von

Maximilian Wallerath



Duncker & Humblot · Berlin

MAXIMILIAN WALLERATH

Die Selbstbindung der Verwaltung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 83

Die Selbstbindung der Verwaltung

Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz

Von

Dr. Maximilian Wallerath



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1968 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 63
Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	9
Einleitung	11

Erstes Kapitel

Begriff der Selbstbindung

§ 1 Herkömmliche Umschreibungen der Selbstbindung	13
§ 2 Kritische Betrachtung der traditionellen Auffassungen	15
1. Selbstbindung im Bereich eigener Wertungsmöglichkeiten der Verwaltung	15
a) Bindung im Bereich abschließend determinierter Verwaltungs- tätigkeit	15
b) Bindung im Bereich eigenen Entscheidungsspielraums	16
aa) Ermessen	17
bb) Beurteilungsspielraum	17
cc) Subordinationsrechtliche Verträge	18
2. Erfordernis der Verwaltungsübung	18
3. Eigene Definition der Selbstbindung — Umgrenzung des Themas	19

Zweites Kapitel

Abgrenzung zu ähnlichen Erscheinungsformen

§ 3 Das Verhältnis von Fremdbindung und Selbstbindung	20
1. Das Wesen der Fremdbindung	20
2. Das Wesen der Selbstbindung	20
§ 4 Formen staatlicher Selbstbindung außerhalb der Gleichbehandlungspflicht der Verwaltung	21
1. Gleichheitsbindung anderer staatlicher Gewalten	21
2. Selbstbindung auf Grund subordinationsrechtlicher Verträge und Zusagen	22
§ 5 Gleichheitsbindung im privatrechtlichen Bereich	22
1. Unmittelbare Drittwirkung des Art. 3 GG im bürgerlichen Recht	23
2. Gleichbehandlungspflicht im Arbeits- und Gesellschaftsrecht	25

*Drittes Kapitel***Historische Entwicklung und rechtsphilosophische Grundlagen**

§ 6 Historische Entwicklung des Prinzips der Selbstbindung	27
§ 7 Rechtsphilosophische Grundlagen der Gleichheitsbindung	30
1. Geschichtsphilosophischer Überblick über die Entwicklung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots	30
2. Gleichheit im Gegensatz zur Identität	33

*Viertes Kapitel***Rechtsgrundlagen der Selbstbindung**

§ 8 Der Gleichheitssatz als Rechtsgrundlage	35
1. Deutung des Gleichheitssatzes als Verbot „willkürlicher“ Unter- scheidungen	35
2. Andere Deutungen des Gleichheitssatzes	36
3. Konkretisierung des Verbots „willkürlicher“ Unterscheidungen ..	39
a) Willkür bei fehlender Ausrichtung an erheblichen Verschieden- heiten	40
b) Unzulänglichkeit des Willkürbegriffs im Hinblick auf die Ermessenslehre	41
c) Kriterien für die Erheblichkeit unterscheidender Merkmale ..	43
aa) Zweck der Norm	43
bb) Grundentscheidungen der Verfassung	45
cc) Grundforderungen der Gerechtigkeit	48
4. Das Verbot sachlich nicht gerechtfertigter Unterscheidungen als Erklärung der Selbstbindung	49
a) Verstoß gegen den Gleichheitssatz auch bei der unterschied- lichen Bewertung an sich zulässiger Gesichtspunkte	49
b) Differenzierung zwischen ermessensfehlerhafter Entscheidung und sachlich nicht gerechtfertigter Unterscheidung	50
§ 9 Der Grundsatz von Treu und Glauben als Rechtsgrundlage der Selbstbindung	52
1. Subsidiarität des Grundsatzes von Treu und Glauben	52
2. Die materielle Bedeutung von Treu und Glauben für die Selbst- bindung	53

*Fünftes Kapitel***Inhaltliche Konkretisierung der Bindung durch den Gleichheitssatz**

§ 10 Zeitliche Grenzen der Gleichheitsprüfung	55
1. Zeitlich unbeschränkte Gleichbehandlungspflicht	55
2. Gleichbehandlungspflicht hinsichtlich aller konkret zur Entschei- dung stehenden Fälle	58
§ 11 Voraussetzungen für eine Abänderung der bisherigen Praxis	59

1. Einordnung des Gleichheitssatzes in das Ermessen der Verwaltung	59
2. Maßgeblichkeit subjektiver Momente bei der Praxisänderung	64
3. Einzelne Voraussetzungen für eine Änderung der Praxis	66
a) Änderung in der Bewertung bisher maßgeblicher Gesichtspunkte	68
b) Leistungsgrenze als Grund für eine Änderung	69
aa) Finanzielle Leistungsfähigkeit	69
bb) Organisatorische Leistungsfähigkeit	73
cc) Die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes bei begrenzter Leistungsfähigkeit	74
c) Stufenweise Änderung	75
§ 12 Räumliche und organisatorische Grenzen der Gleichheitsprüfung	76
§ 13 Rechtsstellung des einzelnen auf Grund des Gleichheitssatzes	80
1. Form der Berechtigung aus dem Gleichheitssatz	81
a) Das — materielle oder formelle — Recht auf personelle Rechtsgleichheit	81
b) Der materielle Anspruch auf sachliche Rechtsgleichheit	82
c) Das formelle Recht auf Berücksichtigung der Gleichheit mehrerer Situationen	83
2. Selbstbindung und unrichtige Rechtsanwendung	88
3. Selbstbindung als gesetzesunabhängige Normsetzung	90

Sechstes Kapitel

Einzelne Voraussetzungen einer Selbstbindung

§ 14 Verwaltungshandeln als Voraussetzung einer Selbstbindung	93
1. Längere Verwaltungspraxis	93
2. Einmalige Entscheidung	94
3. Verwaltungsübung in mehreren verhältnismäßig ungleichen Fällen	96
4. Rechtmäßigkeit der Verwaltungsübung	98
5. Bindung durch Unterlassen	100
6. Verwaltungshandeln auf rechtlicher Ebene	101
§ 15 Verwaltungsverordnung als Grundlage einer Selbstbindung	101
1. Unmittelbare normative Wirkung von Verwaltungsverordnungen	102
2. Verbindlichkeit der Verwaltungsverordnung als solcher auf Grund des Art. 3 Abs. 1 GG	104
3. Mittelbare Bindung durch tatsächliches Befolgen einer Verwaltungsverordnung	105

Siebentes Kapitel

Geltungsbereich der Selbstbindung

§ 16 Selbstbindung im Bereich vorbehaltstfreier Leistungsverwaltung	108
---	-----

1. Zulässigkeit eines Verwaltungshandelns ohne ausdrückliche Ermächtigung	108
2. Geltung des Gleichheitssatzes im Bereich nicht gesetzessanwendender Verwaltung	109
3. Vorbehaltsfreie und rechtsfreie Verwaltung	112
§ 17 Selbstbindung im Bereich privatrechtlicher Betätigung der Verwaltung	114
1. Bindung bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlichen Formen	115
2. Bindung bei rein fiskalischer Betätigung von Verwaltungsträgern	118
a) Gleichstellung von Fiskus und Privatrechtssubjekten	118
b) Unmittelbare Fiskalgeltung der Grundrechte	119
c) Gesteigerte mittelbare Geltung der Grundrechte	122
§ 18 Die Selbstbindung der Verwaltung im Bereich „freien“ Beurteilungsspielraums	127
1. Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum	127
2. Beurteilung schulischer und dienstlicher Leistungen	128
§ 19 Selbstbindung im Bereich subordinationsrechtlicher Verträge	130
1. Vergleichsverträge	131
a) Unklarheit über die tatsächlichen Verhältnisse	131
b) Unklarheit im rechtlichen Bereich	132
2. Austauschverträge	135
<i>Achtes Kapitel</i>	
§ 20 Zusammenfassung und Ergebnis	139
Schrifttumsverzeichnis	142

Abkürzungsverzeichnis

(Allgemein gebräuchliche Abkürzungen sind nur zum Teil in dieses Verzeichnis aufgenommen. Soweit bei Zeitschriften nähere Angaben fehlen, werden sie im folgenden nach Jahr und Seite zitiert)

a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Anh.	= Anhang
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ArbRSammlung	= Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Band/Seite)
Aufl.	= Auflage
BayVGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Der Betriebs-Berater
Bd.	= Band
BFH	= Bundesfinanzhof, auch Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Bundesfinanzhofs (Band/Seite)
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band/Seite)
BK	= Bonner Kommentar
BStBl	= Bundessteuerblatt, Teil I—III (Jahr/Teil/Seite)
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band/Seite)
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band/Seite)
ders.	= derselbe
Der Staat	= Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
GewArch	= Gewerbearchiv, Zeitschrift für Verwaltungs- und Gewerberecht
GrünhZ	= Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GWG	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (Bundesgesetzblatt I S. 1081)
HansRZ	= Hanseatische Rechtszeitschrift für Handel, Schifffahrt und Versicherung

HdbDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts
insbes.	= insbesondere
Jahrb.	= Jahrbücher des sächsischen königlichen Oberverwaltungsgerichts
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JUS	= Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
Lehrb.	= Lehrbuch
LM	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LS	= Leitsatz
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MittDStT	= Mitteilungen des Deutschen Städtetages
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
PrOVG	= Preußisches Oberverwaltungsgericht, auch Entscheidungen des (bis 1918: Königlichen) Preußischen Oberverwaltungsgerichts (Band/Seite)
PrVBl	= Preußisches Verwaltungsblatt
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RdA	= Recht der Arbeit
Rdn.	= Randnote
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band/Seite)
RuPrVBl	= Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
RzW	= Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
Sp.	= Spalte
ständ.Rspr.	= ständige Rechtsprechung
Steuerber.Jahrb.	= Steuerberater-Jahrbuch
VerwArch	= Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
VerwRspr	= Verwaltungs-Rechtsprechung in Deutschland, Sammlung der oberstrichterlichen Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
Vorbem.	= Vorbemerkung
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Heft/Seite)
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	= Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 (Reichsgesetzblatt S. 1383)
Württ.-Bad.VGH	= Württembergisch - Badischer Verwaltungsgerichtshof
Zeitschr.	= Zeitschrift für Badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege

Einleitung

Zu den vornehmlichen Aufgaben der Verwaltung gehört es, im Rahmen der Gesetze ihre Entscheidungen den stetig wechselnden Verhältnissen anzupassen und sie zweckmäßig zu regeln. Diese Aufgabe stellt sich ihr immer dort, wo ihr Handeln nicht durch Äußerungen anderer Staatsorgane abschließend determiniert, sondern ihr ein Entscheidungsspielraum überlassen ist, innerhalb dessen sie ihre eigenen Vorstellungen maßgeblich zugrunde legen kann. Die Freiheit zu selbständigen Entscheidungen findet ihre Grenze am Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, dessen nivellierende Anwendung die individuelle Behandlung jedes einzelnen Falles zugunsten der „generellen Gleichmäßigkeit“¹ in der Behandlung mehrerer Fälle zurücktreten läßt. Indem so der für den Einzelfall gedachten Ermessensentscheidung Wirkungen beigelegt werden, wie sie eigentlich dem — „abstrakte Gerechtigkeit“ verwirklichenden — Gesetz zukommen², wird die „individuelle Gerechtigkeit“ zugunsten einer „schablonisierenden“ verdrängt³ und so der Sinn des gesetzlich eingeräumten Ermessens, das gerade die Gerechtigkeit im Einzelfall erstrebt⁴, wieder verkehrt.

Die der Verwaltung eingeräumte Möglichkeit zu selbständigen, dem jeweiligen Einzelfall angepaßten Entscheidungen auf der einen und die Pflicht zur grundsätzlich gleichen Behandlung gleicher Lebenssachverhalte auf der anderen Seite ergeben die besondere Problematik einer Abgrenzung von gerechter und ungerechter Ungleichbehandlung, deren Bewältigung um so notwendiger erscheint, als sich die Betroffenen immer wieder auf eine — wirkliche oder vermeintliche — Verletzung der als Selbstbindung bezeichneten Gleichheitsbindung der Verwaltung im Rahmen eines ihr zustehenden eigenen Entscheidungsspielraums berufen. Seit der französischen Revolution, in der das in seinem Selbstbewußtsein erstarkte Bürgertum das Prinzip der Rechtsgleichheit zu einem seiner wichtigsten Leitgedanken erhob, zeigt der Gleichheitssatz eine immanente Tendenz, sich selbst zu radikalisieren⁵. Das Bestreben

¹ Lehner, Diss. S. 57.

² Vgl. Stern, Ermessen S. 26 Anm. 80.

³ So mit Recht: Mertens, Selbstbindung S. 101.

⁴ Stern, Ermessen S. 17; ähnl. Ehmke, Ermessen S. 50; Maunz/Dürig in Maunz-Dürig Art. 20 Rdn. 91.

⁵ Leibholz, Gleichheit S. 25; vgl. auch Hesse AÖR 77, 167, der Beispiele dafür anführt, daß der Gedanke der Gleichheit dem der Freiheit den Rang

zur extensiven Auslegung von Rechts(grund)sätzen wie des Gleichheitssatzes erscheint heute unaufhaltsam; es bildet eine auffällige Parallele zu jener allgemeinen Entwicklung, die das Risiko des einzelnen auf die Allgemeinheit und den Staat abzuwälzen versucht⁶. So ist es durchaus erklärlich, daß der Gleichheitssatz als „bequeme Aushilfe“ rasch bei der Hand ist⁷, daß die Zahl der einschlägigen Entscheidungen als „Legion“ bezeichnet wurde⁸. Die eminent große Bedeutung, die der Gleichheitssatz in der Praxis der Gerichte gefunden hat, aber auch die hohe Zahl der erfolglosen Rügen einer Verletzung des Gleichheitssatzes zeigen, daß der Gleichheitssatz nach wie vor von seiner Aktualität nichts eingebüßt hat, daß er trotz eingehender Untersuchungen über Jahrzehnte hinaus noch nicht eine übereinstimmende Auslegung erfahren hat.

Im folgenden soll versucht werden, Grundlage und Umfang der Selbstbindung im Rahmen des geltenden Verfassungssystems zu analysieren und den bisher weitgehend als selbstverständlich hingenommenen Gedanken der Selbstbindung der Verwaltung kritisch zu würdigen; dabei wird sich die Untersuchung auf die Fragestellung konzentrieren, inwieweit das Gleichheitsrecht des einzelnen eine vorrangige Berücksichtigung gegenüber der Handlungsfreiheit der Verwaltung verlangt, ohne mit verfassungsmäßigen Grundentscheidungen in Widerspruch zu geraten.

abzulaufen scheine und u. a. die hessische Verfassung erwähnt, deren erster Unterabschnitt der „Rechte der Menschen“ mit „Gleichheit und Freiheit“ (!) betitelt ist.

⁶ Vgl. dazu *Menger* DÖV 1955, 588.

⁷ So *Bachof* JZ 1962, 401.

⁸ *Baring* JÖR n. F. Bd. 9 (1960) S. 147; vgl. auch *Curti* S. 4 Anm. 6 für das schweizerische Recht.

Erstes Kapitel

Begriff der Selbstbindung

§ 1 Herkömmliche Umschreibungen der Selbstbindung

Die mit dem Begriff der Selbstbindung umschriebene spezifische Gleichheitsbindung der Verwaltung im Bereich „freier“ Entscheidungsmöglichkeiten stellt heute einen festen Bestandteil der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur dar¹.

So führt der *Württemberg-Badische Verwaltungsgerichtshof*² aus, die Verwaltungsbehörde könne sich „in der Ausübung ihres Ermessens durch längere Zeit anhaltende, gleichmäßige“ Ermessenshandhabung im Sinne ihrer bisherigen Praxis binden.

Das *Oberverwaltungsgericht Münster*³ äußert sich ähnlich: Wenn ein Verwaltungsakt in das Ermessen der Behörde gestellt sei, so werde die Behörde „durch längere gleichbleibende Handhabung des Ermessens“ derart gebunden, daß sie von ihrer bisherigen Übung nur noch bei Nachweis neuer Umstände abweichen könne.

Der *Bundesgerichtshof*⁴ nimmt im Zusammenhang mit der Gewährung von Beihilfen einen möglichen Verstoß gegen den Gleichheitssatz und damit eine Bindung an die bisherige Handhabung (nur) an, wenn der Betroffene geltend machen kann, daß die Gewährung von Beihilfen „zur Regel“ geworden sei.

Das *Bundesverwaltungsgericht* beruft sich in seiner Entscheidung vom 28. Mai 1958⁵ auf „einen allgemeinen Grundsatz des Verwaltungs-

¹ Vgl. außer den im folgenden Genannten: BVerwGE 2, 225; 5, 338; 26, 155; OVG Lüneburg VerwRspr 1955, 981; OVG Münster VerwRspr 1955, 329; VG Frankfurt RzW 1962, 574; Hamann Art. 3 Anm. C 3; Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht S. 166; Forsthoff, Lehrbuch S. 91; Ipsen, Gleichheit S. 148; Franz Klein, Gleichheitssatz und Steuerrecht S. 237; König, Diss. S. 132, 136; Lanz NJW 1960, 1797; Menger VerwArch 51, 71; Mertens, Selbstbindung, passim, insbes. S. 53, 81 f.; Ossenbühl AÖR 92, 13; Oswald MDR 1960, 20 f.; Scheerbarth S. 115; Schmidt - Bleibtreu, BVerfGG § 90 Rdn. 111; Schüle VerwArch 34, 23; krit. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre S. 120; LG Berlin NJW 1966, 1364; Schaumann JZ 1966, 723.

² VerwRspr 1952, 557.

³ OVG 4, 9; ähnlich OVG 6, 202.

⁴ BGHZ 19, 354.

⁵ BVerwGE 8, 10.