

MAX WEBER

Atypischer Einzelfall und allgemeines Gesetz

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

59

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 59



Max Weber

Atypischer Einzelfall und allgemeines Gesetz

Die Berücksichtigung atypischer Sachverhalte im
Zusammenspiel von Rechtsetzung und gebundener
Rechtsanwendung

Mohr Siebeck

Max Weber, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Nordosteuropa) der Universität Greifswald; Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.

ISBN 978-3-16-161966-3 / eISBN 978-3-16-161967-0
DOI 10.1628/978-3-16-161967-0

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Greifswald als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von August 2021.

Mein tiefempfunder Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Uwe Kischel, LL.M. (Yale) für seine wissenschaftliche Unterstützung und Betreuung dieser Arbeit. Er hat immer ein offenes Ohr für meine Fragen und Probleme gehabt und mir insbesondere in der herausfordernden Anfangsphase meines Dissertationsprojektes viele grundsätzliche und gerade deshalb unschätzbar wertvolle Hinweise zur Gliederung des Themas und zum anschließenden Schreibprozess gegeben.

Danken möchte ich außerdem Prof. Dr. Sabine Schlacke für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens.

Meinen ehemaligen Kollegen Dr. Philipp Mende, Jytte Lauenstein und Julius Fromm danke ich für die sehr angenehme Arbeitsatmosphäre am Lehrstuhl, ihre Hilfe bei der Durchsicht des Manuskripts und vor allem ihre Gesprächsbereitschaft. Ihr Verständnis für die fachlichen und nichtfachlichen Probleme, die die Erstellung einer solchen Arbeit zwangsläufig mit sich bringt, war mir in manch schwieriger Phase des Schreibprozesses eine Hilfe.

Bedanken möchte ich mich schließlich bei meinen Eltern, die mich stets unterstützt und gefördert haben. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen.

Pinneberg im Januar 2023

Max Weber

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Erster Teil: Atypische Einzelfälle in der Rechtsetzung	1
<i>A. Die Berücksichtigung atypischer Einzelfälle durch den Gesetzgeber</i>	1
I. Gedankliche Grundlegung: Die abstrakt-generelle Erfassung von Einzelfällen	2
1. Rechtsetzung im Spannungsfeld von Allgemeinheit und Einzelfallgerechtigkeit	2
a) Allgemeinheit des Gesetzes	2
b) Wahrung von Einzelfallgerechtigkeit	4
2. Legislative Möglichkeiten der Berücksichtigung von Einzelfällen	6
a) Vorwegnahme der Entscheidung im Einzelfall durch den Gesetzgeber	7
b) Übertragung der eigentlichen Entscheidung auf die Rechtsanwendungsebene	8
aa) Lockerung der Gesetzesbindung durch unbestimmte Rechtsbegriffe	9
bb) Lockerung der Gesetzesbindung durch Einräumung von Ermessen	11
cc) Auswirkungen auf die Rechtsanwendung in atypischen Fällen	12
II. Terminologische Grundlegung: Die zentralen Begriffe „typisch“ und „atypisch“	12
1. Typik als Zuordnung einer Erscheinung anhand charakteristischer Merkmale	13
2. Bereichsspezifische Verwendung des Begriffs „typisch“ in der Rechtsprechung	14
a) Der typische Fall als Ergebnis teleologischer Normauslegung	15
b) Häufigkeit als Maßstab der Typik	16
c) Der Schluss von der Vorhersehbarkeit eines Falls auf seine Typik	18

d) Zusammenfassung	18
3. Begriffliche Annäherung anhand der Typuslehre	19
a) Typus und Begriff	20
b) Arten von Typen	22
aa) Real- und Idealtypus	22
bb) Empirische Realtypen	24
cc) Normative Realtypen	26
c) Übertragung der Ansätze zur Typenbildung auf den Untersuchungsgegenstand	28
4. Begriffliche Annäherung anhand der Typisierungsdogmatik	29
a) Legislative Typisierung und typisierende Rechtsanwendung	29
b) Dogmatische Einordnung der Typisierung	31
aa) Typisierung als spezielle Form der Tatbestandsbildung	31
bb) Durchbrechung eines Differenzierungsgebots	32
cc) Abstellen auf den Grad der Gleichbehandlung?	33
dd) Typisierung als nur partielle Umsetzung des Regelungsziels	34
(1) Differenzierungsgebot infolge normimmanenter Regelungsziele	35
(2) Durchbrechung des Differenzierungsgebots durch die Verwendung von Ersatzmerkmalen	36
(3) Zusammenfassung zum Begriff der Typisierung	38
ee) Typisierung und unvorhergesehene Folgen abstrakt- genereller Regelungen	38
c) Nutzen für die Definition von „typisch“	41
5. Zusammenfassende Begriffsbestimmung	42
a) Empirische Ansätze zur Begriffsbestimmung	42
b) Normative Ansätze zur Begriffsbestimmung	44
c) Befund zur begrifflichen Grundlegung	45
III. Gründe für die Nichtberücksichtigung durch den Gesetzgeber	45
1. Nichtberücksichtigung schwer vorhersehbarer Fälle	45
a) Der Schlüsselbegriff „Vorhersehbarkeit“	45
aa) Von abstrakten Gefahren und konkreten Folgen	46
bb) Absolute Unvorhersehbarkeit als Fiktion	47
cc) Der Grad der Vorhersehbarkeit	49
(1) Vorhersehbarkeit als wandelbare Kategorie	49
(2) Sachverhaltsantizipation durch Berücksichtigung fremder Normsetzung	50
(3) Grenzen legislativer Voraussicht am Beispiel des fehlgehenden Schusses	52

dd) Zusammenfassung	54
b) Konsequenzen für die Gesetzgebung	55
aa) Ausgangspunkt: Pflicht zur Regelung wesentlicher Angelegenheiten	55
bb) Mangelnde Regelungsfähigkeit als Grenze legislativer Regelungspflichten	57
(1) Ultra posse nemo obligatur?	57
(2) Sorgfaltsanforderungen an die Gesetzgebung	58
(3) Zusammenfassung	59
cc) Das zeitliche Moment: Experimentierrecht und Nachbesserungspflicht	59
2. Nichtberücksichtigung von Fällen als Typisierungsfolge	61
3. Bikausale Nichtberücksichtigung: Kumulation und Wechselwirkung der Gründe	62
IV. Fazit	64
<i>B. Verfassungsmäßigkeit der typisierungsbedingten Nichtberücksichtigung atypischer Fälle</i>	65
I. Typisierung und Menschenwürde	66
1. Vernachlässigung individueller Besonderheiten durch Typisierungen	66
2. Übermäßige Beschränkung der Menschenwürdegarantie im Einzelfall	67
II. Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die typisierende Leistungsverwaltung?	69
III. Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs durch Typisierungen?	71
IV. Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rahmen der Prüfung von Freiheitsrechten	72
1. Von der typisierungsbedingten Normfehlwirkung zur Härte im Einzelfall	73
2. Freiheits- und Gleichheitsdimension von Typisierungen	74
3. Bedeutung des Einzelfalls für die Verhältnismäßigkeit von Gesetzen	76
a) Individuelle Interessenlage und allgemeines Gesetz	76
b) Keine eigenständige Bedeutung des Zumutbarkeitsprinzips	79
4. Typisierungsspezifische Aspekte einer Verhältnismäßigkeitsprüfung	82
a) Belastungswirkung einer Typisierung	82
aa) Qualitative Belastungswirkung: Die Intensität einzelner Härten	83
bb) Quantitative Belastungswirkung: Die Anzahl einzelner Härten	85

cc) Legislative Möglichkeiten zur Verringerung der Belastungswirkung	86
b) Vorteile einer Typisierung	87
aa) Einfachere Ermittlung der entscheidungsrelevanten Tatsachen	88
bb) Fiskalische Vorteile	88
cc) Höhere Rechtssicherheit	90
c) Zusammenfassung	91
5. Auswirkungen von Härtefallklauseln auf die Verhältnismäßigkeit	92
a) Ausnahmeklauseln	92
aa) Vermeidung von Härten durch Modifikationen des Anwendungsbereichs	92
bb) Erfassbarkeit atypischer Fälle durch Ausnahmeklauseln	93
cc) Nachteile der Verwendung von Ausnahmeklauseln	96
dd) Zusammenfassung	97
b) Finanzielle Ausgleichsvorschriften	97
aa) Auswirkungen auf die Verhältnismäßigkeit	98
bb) Anerkennung des Kompensationsgedankens in der Eigentumsdogmatik	99
cc) Übertragung des Kompensationsgedankens auf andere Grundrechte	102
(1) Anwendung des Kompensationsgedankens auf Art. 12 I GG	102
(2) Anwendung des Kompensationsgedankens auf sonstige Freiheitsrechte	105
(a) Inadäquanz finanzieller Kompensation bei immateriellen Beeinträchtigungen	105
(b) Funktionale Äquivalenz als Kriterium des Kompensationsgedankens	106
(c) Zusammenfassung und exemplarische Anwendung auf weitere Freiheitsrechte	108
(3) Exkurs: Anwendung des Kompensationsgedankens auf Gleichheitsrechte?	109
dd) Normierungsprobleme bei finanziellen Ausgleichsvorschriften	110
6. Zusammenfassung	112
V. Gleichheitssatz, Art. 3 I GG	113
1. Typisierungen als Gleichheitsproblem	113
a) Normfehlwirkungen als Ursache von Gleichheitswidrigkeiten	113

b) Gleichbehandlung durch Nichtberücksichtigung wesentlicher Unterschiede	115
c) Ungleichbehandlung durch Nichtberücksichtigung von Gemeinsamkeiten	117
2. Gleichheitsrechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit einer Typisierung	118
a) Bestimmung des Rechtfertigungsmaßstabs	119
b) Besonderheiten typisierungsbedingter Gleichheitswidrigkeiten und ihre Bedeutung für die Prüfungsstruktur	121
aa) Das Problem der Zweckbestimmung	122
(1) Von echten Regelungszwecken und der Anwendung abstrakter Maßstäbe	122
(2) Die Gleichheitswidrigkeit als bloße Abwägungsfolge	124
(3) Normvereinfachung als externer Gesetzeszweck	125
bb) Fortsetzung der Zweckproblematik bei Geeignetheit und Erforderlichkeit	125
(1) Fehlen eines Ansatzpunktes für die Prüfungen ...	126
(2) Geeignetheit und Erforderlichkeit bei der Verfolgung externer Zwecke	127
cc) Gegenüberstellung von Zweck und Mittel	129
dd) Mehrwert einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Typisierungen	131
c) Die Zulässigkeitskriterien für Typisierungen als spezielle Aspekte einer Güterabwägung	133
aa) Kriterien zur Gewichtung der Gleichheitswidrigkeit	134
(1) Das Intensitätskriterium	134
(2) Die Zahl betroffener Personen	136
(3) Die realitätsgerechte Orientierung am „typischen“ Fall	137
(4) Bevorzugende und benachteiligende Typisierungen	138
bb) Kriterien zur Gewichtung des Typisierungszwecks ...	139
cc) Auf die Regelungsfähigkeit abstellende Aspekte der Güterabwägung	139
(1) Das Vermeidbarkeitskriterium	140
(2) Auswirkungen des legislativen Experimentierrechts	141
C. Zwischenbefund zum ersten Teil	141

Zweiter Teil: Atypische Einzelfälle und die gebundene Rechtsanwendung	145
A. <i>Der Verhältnismäßigkeitsgedanke in der gebundenen Verwaltung</i>	146
I. Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgedankens auf Tatbestandsseite	146
1. Verhältnismäßigkeit als eigenständiges Tatbestandsmerkmal	147
2. Verhältnismäßigkeit und die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen	148
II. Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgedankens auf Rechtsfolgenreite	150
1. Überkommene Dogmatik zur Verhältnismäßigkeit auf Rechtsfolgenreite	151
a) Geringe Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgedankens auf Rechtsfolgenreite	151
b) Verhältnismäßigkeitsbindung von Gesetzgeber und Rechtsanwender	152
2. Vermeintlich gegenläufige Entwicklungstendenz in der Rechtsprechung	155
a) Fälle mit Auslegungsspielräumen auf Tatbestandsseite als Sonderfall	155
b) Affirmation einer ungeschriebenen Verhältnismäßigkeitskontrolle	158
c) Deutliche Ablehnung einer ungeschriebenen Verhältnismäßigkeitskontrolle	162
d) Bewertung und Einordnung der Rechtsprechung	163
3. Möglichkeiten einer methodengerechten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in atypischen Fallkonstellationen	164
a) Verhältnismäßigkeitsprüfung mithilfe eines Rechtsfolgendispenses	165
aa) Herleitung einer Dispensvorschrift	165
bb) Exkurs: Verhältnismäßigkeitsprüfung durch EMRK-Vorbehalt?	167
b) Verfassungskonforme Auslegung von Rechtsfolgenreiten	169
aa) Auslegungsbedürftigkeit der Rechtsfolge	169
bb) Umwandlung einer gebundenen Entscheidung in eine Ermessensentscheidung?	170
cc) Modifikation des Rechtsfolgenregimes und die Figur der Minusmaßnahme	171

dd) Zusammenfassung	173
c) Verhältnismäßigkeit, Rechtsfortbildung und der Wille des Gesetzgebers	173
aa) Verhältnismäßigkeit durch teleologische Reduktion	174
bb) Gedanke der vom Gesetzgeber mitgemeinten Prüfungskompetenz	175
cc) Prüfungskompetenz bei nichtabschließendem Regelungskonzept	177
dd) Zusammenfassung	179
d) Verfassungsunmittelbare Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgedankens	179
aa) Der Bindungskonflikt zwischen Verhältnismäßigkeit und Gesetz	180
(1) Von der Grundrechts- zur Verhältnismäßigkeitsbindung	180
(2) Die Gesetzesbindung des Rechtsanwenders als kollidierender Verfassungsbelang	181
(3) Kein Schluss vom Geltungs- auf den Anwendungsvorrang der Grundrechte	183
(4) Zwischenergebnis	185
bb) Kollision des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit dem Vorrang des Gesetzes	186
(1) Verhältnismäßigkeit als allgemeiner Rechtsgrundsatz	186
(2) Auflösung der Kollisionslage im Wege einer Grundsatzabwägung?	189
(3) Subsidiarität allgemeiner Rechtsgrundsätze	192
cc) Zusammenfassung	193
III. Fazit zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgedankens in der gebundenen Verwaltung	193
B. <i>Kompensation hinzunehmender Härten mithilfe des Aufopferungsgedankens</i>	195
I. Aufopferung neben Staatsunrechtshaftung und Ausgleichsvorschriften	195
1. Rechtmäßiges Staatshandeln als Merkmal der Aufopferungskonstellation	196
a) Handlung oder Erfolg? – Zum Anknüpfungspunkt der Rechtmäßigkeitsprüfung	196
b) Aufopferung und aufopferungsgleicher Eingriff	198
2. Aufopferung und finanzielle Ausgleichsvorschriften	200
a) Überschneidung des Aufopferungs- mit dem Kompensationsgedanken?	200

b) Funktionale Unterschiede	201
c) Konsequenzen für das Verhältnis von Kompensation und Aufopferung	203
II. Atypik und Sonderopfer	204
1. Das Sonderopfer als ungleich intensive Beeinträchtigung	204
2. Klassischer Anwendungsbereich: Sonderopfer in schwer vorhersehbaren Fällen	205
a) Häufigkeit als gemeinsames Kriterium für Atypik und Sonderopfer	205
b) Besondere Intensität der Härte	206
c) Die Zurechnung der Schadensfolge	208
d) Zusammenfassung	211
3. Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Typisierungsfälle	211
a) Gemeinwohlbezug in den Typisierungsfällen	211
b) Vergleichbare Intensität schwer vorhersehbarer und typisierungsbedingter Schadensfolgen	213
c) Die quantitative Sonderopferschwelle als Hemmschuh	214
d) Typisierung und Regelungspflicht des Gesetzgebers	214
e) Zusätzliche Beschränkung der Aufopferungshaftung bei typisierenden Gesetzen?	216
aa) Kein Haftungsprivileg des Gesetzgebers	216
bb) Keine signifikante Beeinträchtigung der legislativen Typisierungsbefugnis	219
4. Zusammenfassung	220
III. Beschränkung des Aufopferungsgedankens auf bestimmte Rechtsgüter?	221
1. In der Rechtsprechung anerkannte Anwendungsfelder	221
a) Fokussierung auf Eigentumsbeeinträchtigungen	221
b) Begrenzte Ausweitung des Aufopferungsgedankens durch den BGH	224
2. Grundsätzliche Universalität von Aufopferungsansprüchen	226
a) Rechtsgutsneutralität des Aufopferungsgedankens	226
aa) Keine ideengeschichtliche Perpetuierung der Schutzrichtung	226
bb) Zweck und Gleichheitsbezug des Aufopferungsgedankens	227
cc) Vergleichbarkeit und Gleichwertigkeit grundrechtlicher Schutzgüter	229
b) Das Scheinproblem der fehlenden Rechtsgrundlage	230
c) Fiskalische Gegenargumente	232
aa) Geringe Überzeugungskraft rein finanzieller Erwägungen	232

bb) Ausmaß finanzieller Folgewirkungen	233
cc) Vergleich mit dem Staatshaftungsgesetz von 1982	235
3. Auswirkungen des Rechtsfolgenregimes auf den Anwendungsbereich	235
a) Entschädigungsfähigkeit immaterieller Beeinträchtigungen	236
b) Keine Kompensation bloßer Vermögensschäden	238
IV. Fazit zur Bedeutung des Aufopferungsgedankens in atypischen Fällen	239
Untersuchungsergebnisse	241
Literaturverzeichnis	247
Sachregister	261

Atypische Einzelfälle in der Rechtsetzung

Unter dem Grundgesetz hat sich ein Zusammenspiel von Gesetzgebung und Rechtsanwendung etabliert: Die Legislative trifft für das Zusammenleben notwendige allgemeine Wertentscheidungen und schafft auf deren Grundlage abstrakt-generelle Gesetze, die dann durch den Rechtsanwender in konkrete Einzelfallentscheidungen umgesetzt werden. Nun treten in der Rechtspraxis allerdings immer wieder Fallkonstellationen auf, in denen eine vom Gesetzgeber geschaffene Regelung bei strikter Anwendung zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt, obwohl die zugrunde liegende abstrakte Wertentscheidung für sich genommen durchaus nachvollziehbar erscheint. Nicht immer ist in diesen Fällen die Schuld beim Gesetzgeber zu suchen. Das Problem liegt vielmehr häufig in der Natur der Rechtsetzung selbst, denn einige Fallgestaltungen – so scheint es – wollen sich nicht recht in die Form abstrakt-genereller Gesetze gießen lassen. Was aber ist der genaue Grund für derlei Unstimmigkeiten im Zusammenspiel von Gesetzgebung und Rechtsanwendung? Lassen sich etwaige Probleme möglicherweise auf ein gemeinsames Charakteristikum der jeweiligen Fälle zurückführen? Wie und in welchem Umfang kann der Gesetzgeber diese Fälle gleichwohl normieren und welche verfassungsrechtlichen Anforderungen muss er dabei beachten? Das durch diese Fragen umschriebene Konfliktfeld soll im ersten Teil der vorliegenden Arbeit näher untersucht werden.

A. Die Berücksichtigung atypischer Einzelfälle durch den Gesetzgeber

Die legislative Erfassung von Einzelfällen verursacht grundlegende Schwierigkeiten, die letztlich Ausdruck eines der abstrakt-generellen Rechtsetzung immanenten Widerspruchs sind (I.). In zugespitzter Form treten diese Schwierigkeiten bei atypischen Einzelfällen auf. Um die Gründe hierfür aufzuzeigen, sollen zunächst der Begriff des atypischen Falls präzisiert (II.) und auf dieser Grundlage anschließend einzelne Fallgruppen atypischer Sachverhalte herausgearbeitet werden (III.).

I. Gedankliche Grundlegung: Die abstrakt-generelle Erfassung von Einzelfällen

Jegliche Form abstrakt-genereller Rechtsetzung ist letztlich ein Kompromiss zwischen der allgemeinen Geltung einer Norm und dem Anspruch, bei ihrer Anwendung in möglichst jedem Fall ein gerechtes Ergebnis zu erreichen: Während das Gebot der Allgemeinheit eine gleiche Rechtsanwendung in vergleichbaren Fällen fordert und so zur Vernachlässigung vermeintlich irrelevanter Sachverhaltsmerkmale führt,¹ können einzelfallgerechte Ergebnisse nur bei Berücksichtigung möglichst vieler Besonderheiten eines Sachverhalts erreicht werden (1.). Die Aufgabe des Gesetzgebers ist es nun, zu einem Ausgleich dieser zwei sich diametral gegenüberstehenden Gebote zu gelangen (2.).

1. Rechtsetzung im Spannungsfeld von Allgemeinheit und Einzelfallgerechtigkeit

a) Allgemeinheit des Gesetzes

Mit der allgemeinen Geltung von Gesetzen ist die normative Zusammenfassung einer Vielzahl von Lebenssachverhalten zur gemeinsamen Regelung gemeint. Anders formuliert: Ein Gesetz ist dann allgemein, wenn es mehrere hinsichtlich bestimmter Merkmale ähnliche Sachverhalte derselben Rechtsfolge unterwirft.² Das allgemeine Gesetz behandelt also verschiedene Sachverhalte im Ergebnis gleich. Diese vereinheitlichende Wirkung zeigt sich in mehrfacher Hinsicht: Einerseits erfasst das allgemeine Gesetz wegen seiner grundsätzlichen Dauerhaftigkeit mehrere dem Tatbestand unterfallende Sachverhalte unabhängig vom Zeitpunkt ihres Auftretens, vereinheitlicht also in der Zeit.³ Andererseits – und das ist hier zentral – fasst es in personellsachlicher Hinsicht zusammen, d.h. alle den Normtatbestand erfüllenden Sachverhalte werden ohne weitergehende Ansehung der betroffenen Personen oder Berücksichtigung tatbestandsexterner Fallmerkmale derselben Rechtsfolge unterworfen.⁴

¹ Vgl. nur Weyreuther, DÖV 1997, 521 (523).

² Ausführlich und weiterführend zum Allgemeinheitsbegriff Hofmann, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 9 (33 ff.); vgl. auch Bydlinski, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 49 (51).

³ Hofmann, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 9 (34).

⁴ Vgl. Sachs, in: ders., Art. 19 Rn. 20; Hofmann, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 9 (37 ff.) differenziert zwischen personeller und sachlicher Allgemeinheit. Es dürfte sich aber um ähnliche Kategorien handeln, die sich sinnvoll kaum trennen lassen, so auch Starck in der anschließenden Diskussion, Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, S. 76.

Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes ist in Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich normiert. Nun ist Allgemeinheit aber kein verfassungsrechtlicher Selbstzweck, sondern Ausdruck mehrerer rechtsstaatlicher Grundsätze: Dass sich aus einem allgemeinen Gesetz abstrakt ergibt, welche Sachverhaltsmerkmale für den Eintritt einer konkreten Rechtsfolge maßgeblich sind, dient etwa der Rechtssicherheit.⁵ Das allgemeine Gesetz wird zudem von anderen rechtsstaatlichen Grundsätzen vorausgesetzt: Die durch Art. 97 Abs. 1 GG gewährte Unabhängigkeit der Richter etwa korrespondiert mit der Bindung der Richter an allgemeine Gesetze und schließt dadurch beispielsweise aus, dass der Gesetzgeber durch Einzelfallgesetze systematisch Einfluss auf den Ausgang konkreter Rechtsstreitigkeiten nehmen kann.⁶ Die grundsätzliche Beschränkung der Legislative auf abstrakt-generelle Rechtsetzung und die damit einhergehende Übertragung von Einzelfallentscheidungen an Exekutive und Judikative kann schließlich auch als Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes gedeutet werden.⁷ Man wird hier zwar relativierend ergänzen müssen, dass konkret-individuelle Entscheidungen natürlich nicht ausschließlich der Exekutive und Judikative vorbehalten sind,⁸ unter bestimmten Voraussetzungen vielmehr auch legislativ im Einzelfall entschieden werden kann – man denke nur an Legalenteignungen.⁹ Ein gewisser Zusammenhang zwischen Allgemeinheitsgebot und Gewaltenteilung lässt sich aber dennoch nicht leugnen.¹⁰

Wegen des Wortlauts von Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG und seiner Stellung im Grundrechtsteil¹¹ wird die *ratio* des Allgemeinheitspostulats aber weniger in der Verwirklichung der Gewaltenteilung als im Schutz der Grundrechte ge-

⁵ Vgl. *Bydlinski*, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 49 (53); *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 256 f. Vgl. auch *Selmer*, DÖV 1972, 551 (553).

⁶ So schon *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 155; s.a. *Detterbeck*, in: *Sachs*, Art. 97 Rn. 12; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, Art. 97 Rn. 23.

⁷ Grundlegend insoweit *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 151; s.a. *Volkmar*, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, S. 229, 234; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, 42. EL, Art. 19 Abs. 1 Rn. 27. Parallelen zwischen den Anforderungen des Gewaltenteilungsgrundsatzes und denen des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG werden auch in BVerfGE 139, 321 (365 Rn. 131) festgestellt.

⁸ *Dreier*, in: ders., Art. 19 I Rn. 15; *Lege*, HGR III, § 66 Rn. 17; *Hofmann*, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 9 (43 f.) will immerhin einen faktischen Verwaltungsvorbehalt für Einzelfallentscheidungen erkennen.

⁹ Zum Verhältnis von Legalenteignung und Allgemeinheitsgebot *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 1 Rn. 28 ff.; *P. Kirchhof*, HStR VIII, § 181 Rn. 144. Infolge äußert restriktiver Anwendung des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG durch das BVerfG können darüber hinaus weitere echte Einzelfallgesetze zulässig sein, vgl. *Sachs*, in: ders., Art. 19 Rn. 23.

¹⁰ So auch *Lege*, HGR III, § 66 Rn. 17. Siehe zudem *P. Kirchhof*, HStR VIII, § 181 Rn. 152.

¹¹ *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 1 Rn. 14.

sehen.¹² Betrachtet man zunächst nur die Freiheitsrechte, so ist der Zusammenhang zwischen Allgemeinheitspostulat und Grundrechtsschutz indes alles andere als eindeutig. Zwar verteilt das allgemeine Gesetz Belastungen gleichmäßig auf eine Vielzahl von Normadressaten, vermindert damit die Last des Einzelnen und schützt so dessen Freiheit.¹³ Auf der anderen Seite vernachlässigt das allgemeine Gesetz der Vereinheitlichung wegen aber notwendig vermeintlich irrelevante Sachverhaltsmerkmale. Es erfasst deshalb mitunter auch Fälle, auf die es gar nicht zugeschnitten ist, und das erhöht die Gefahr einer besonders intensiven Inanspruchnahme atypischer Normadressaten.¹⁴ Evident wird die enge Verbindung zwischen Allgemeinheit des Gesetzes und grundrechtlichen Gewährleistungen aber im Bereich der Gleichheitsrechte: Rechtsetzungsgleichheit ohne die vereinheitlichende Wirkung eines allgemeinen Gesetzes ist schlicht nicht vorstellbar.¹⁵

Gerade wegen dieses Zusammenhangs von Allgemeinheit und Gleichheit wird im Allgemeinheitspostulat auch ein Ausdruck der Gerechtigkeitsidee selbst erkannt. Gerechtigkeit liegt immer in einem gewissen Maß an Gleichbehandlung – ja formal verstanden *ist* Gerechtigkeit Gleichheit.¹⁶ Sie setzt deshalb das allgemeine, für alle gleichermaßen geltende Gesetz voraus.¹⁷

b) Wahrung von Einzelfallgerechtigkeit

Diesem formal verstandenen Prinzip der Gerechtigkeit wird oft ein materielles Prinzip der Gerechtigkeit gegenübergestellt¹⁸ – je nach Terminologie mal Einzelfallgerechtigkeit, mal Billigkeit genannt –,¹⁹ nach dem ein Rechtssatz in

¹² Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 1 Rn. 14; Lege, HGR III, § 66 Rn. 17.

¹³ G. Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, S. 615 f.

¹⁴ Hierzu noch ausführlich infra B.IV. 1., S. 73 f.

¹⁵ Ausdrücklich Hofmann, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 9 (44); Schmitt, Verfassungslehre, S. 154. Vgl. auch P. Kirchhof, HStR VIII, § 181 Rn. 135.

¹⁶ Vgl. Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 153 ff.; Perelman, Über die Gerechtigkeit, S. 22, 105 f.; Weinberger, in: GS Marcic, 409 (417).

¹⁷ Ausdrücklich Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 258; Radbruch, in: Der Mensch im Recht, 23 (27); vgl. auch Bydlinski, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 49 (53); Lege, in: Republik Rechtsverhältnis Rechtskultur, 351 (353); Weinberger, in: GS Marcic, 409 (417); Weyreuther, DÖV 1997, 521 (522).

¹⁸ Diese Gegenüberstellung von abstraktem Gesetz und Billigkeit geht letztlich zurück auf Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch 5, Kap. 14 und war seither Gegenstand zahlreicher rechtsphilosophischer Untersuchungen, vgl. nur Perelman, Über die Gerechtigkeit, S. 44 ff.; Weinberger, in: GS Marcic, 409 (passim, insb. 426); s.a. Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, § 7 Rn. 12.

¹⁹ Die Begriffe werden im Rahmen dieser Untersuchung synonym verstanden. Ähnliches Verständnis bei Bydlinski, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 49 (49 f.); vgl. auch Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 158, 160. Lege, in: Republik Rechtsverhältnis Rechts-

möglichst jedem Anwendungsfall zu einem gerechten Ergebnis führen soll.²⁰ Nun ist freilich völlig unklar, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsanwendungsergebnis als gerecht bezeichnet werden kann,²¹ und der Versuch, an dieser Stelle eine abstrakte Antwort auf die immerwährende Frage „Was ist Gerechtigkeit?“ zu finden, scheint weder erfolgversprechend²² noch wäre er zielführend.

Welche Bedeutung dem Gebot der Einzelfallgerechtigkeit im Kontext des allgemeinen Gesetzes zukommt, kann einfacher aus einer anderen Richtung erschlossen werden: Oben wurde festgestellt, dass Gerechtigkeit ein gewisses Maß an Gleichheit erfordert. Nun ist aber offensichtlich, dass hiermit keine absolute Gleichheit gemeint sein kann: Jedem immer und ohne Rücksicht auf tatsächlich bestehende Unterschiede das Gleiche zu gewähren, ist nicht nur wirklichkeitsfremd, sondern erscheint auch von einem theoretischen Standpunkt aus nicht als richtig.²³ Formal gerecht ist nur die Gleichbehandlung von Gleichem.²⁴ Gleiches ist aber nur in Bezug auf einen konkreten Vergleichsgegenstand, das *tertium comparationis*, und nie in jeglicher Hinsicht gleich.²⁵ Die einer Rechtsregel unterworfenen Sachverhalte werden daher immer hinsichtlich eines Aspekts gleich, hinsichtlich eines anderen aber aufgrund spezifischer Besonderheiten der Fälle ungleich sein. Auf welchen Aspekt es zur Beurteilung der Gleich- oder Ungleichheit zweier Sachverhalte nun aber ankommt, kann nicht mithilfe formaler Gerechtigkeitskriterien beantwortet werden, denn dafür fehlt ihnen der materielle Gehalt.²⁶ Das Prinzip formaler Gerechtigkeit muss hier durch ein anderes Prinzip ergänzt werden –

kultur, 351 (355) hält demgegenüber den Begriff „Angemessenheit“ für vorzugswürdig, ohne dass damit inhaltliche Unterschiede verbunden wären.

²⁰ So Weinberger, in: GS Marcic, 409 (425).

²¹ So auch Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 11.

²² Vgl. nur Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 152; Rzepka, BayVBl 1995, 289 (290); Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 52, krit. zu den oft inhaltsleeren Definitionsansätzen *ibid.*, S. 32 ff.

²³ Weinberger, in: GS Marcic, 409 (417); vgl. auch Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 146; Perelman, Über die Gerechtigkeit, S. 24 f. („Pseudo-Gerechtigkeit“). Anders aber wohl de Tourtoulon, Les Trois Justices, S. 46 f., der vollkommene Gleichheit als höchste Form der Gerechtigkeit darstellt.

²⁴ Weinberger, *ibid.* In dieser Form ist das Gleichheitsprinzip allgemein anerkannt, vgl. nur Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 156; Perelman, Über die Gerechtigkeit, S. 27 f.; Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, § 7 Rn. 5.

²⁵ Das ist im Grunde selbstverständlich und wird auch vom BVerfG in st. Rspr. betont, vgl. nur BVerfGE 74, 182 (200); BVerfGE 83, 395 (401); BVerfGE 94, 241 (260). Vgl. auch Boysen, in: Kempny/Reimer, 35 (36); Payandeh, AöR 136 (2011), 578 (586); Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 156; Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 34; *ders.*, Reine Rechtslehre, S. 256; Weinberger, in: GS Marcic, 409 (418).

²⁶ Vgl. Perelman, Über die Gerechtigkeit, S. 48 f.; Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, § 7 Rn. 9; vgl. auch Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 34 f.

die Einzelfallgerechtigkeit.²⁷ Um den für einen Vergleich maßgeblichen Aspekt eines Falls feststellen zu können, müssen aber zunächst alle relevanten Sachverhaltsmerkmale erfasst werden. Zentral sind hierbei vor allem die spezifischen Besonderheiten eines Falls, denn sie sind es, die ihn von anderen Fällen unterscheiden. Erst auf dieser Grundlage lässt sich dann entscheiden, ob ein Sachverhalt den von der Norm erfassten Fällen hinreichend gleicht, um ihn derselben Rechtsfolge zu unterwerfen. Das Postulat der Einzelfallgerechtigkeit fordert daher in einem ersten Schritt die Berücksichtigung aller rechtlich relevanten Merkmale eines konkreten Falls durch die Norm,²⁸ um dann in einem zweiten Schritt feststellen zu können, ob die Unterschiede zwischen den Sachverhalten so erheblich sind, dass sie eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen und fordern.

Der Gesetzgeber steht damit vor einem Dilemma: Um ein allgemeines Gesetz zu verfassen, muss er vereinheitlichen, abstrahieren und bestimmte Sachverhaltsmerkmale vernachlässigen. Um gerechte Ergebnisse im Einzelfall zu garantieren, muss er dagegen jeden zu regelnden konkreten Fall in den Blick nehmen und seine spezifischen Besonderheiten vorhersehen und erfassen. Der Ausgleich dieser gegenläufigen Postulate stellt den Gesetzgeber in der Praxis vor ganz erhebliche Herausforderungen²⁹ und zeichnet das Spannungsfeld³⁰ vor, in dem sich diese Untersuchung bewegt.

2. Legislative Möglichkeiten der Berücksichtigung von Einzelfällen

Um diesen gegenläufigen Anforderungen gerecht zu werden, stehen dem Gesetzgeber zwei vom Ansatz her unterschiedliche Normsetzungstechniken zur Verfügung.³¹ Er kann erstens versuchen, die konkret widerstreitenden Interessen durch detailreiche Regelungen bereits in der Norm selbst auszu-

²⁷ Grundlegend zur Ergänzung der Gerechtigkeit durch die Billigkeit bereits *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, Buch 5, Kap. 14. *Perelman*, Über die Gerechtigkeit, S. 48 f. umschreibt die Billigkeit aufgrund dieser Ergänzungsfunktion metaphorisch als „Krücke der Gerechtigkeit“.

²⁸ *Bydlinski*, in: *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 49 (59); *Rzepka*, BayVBl 1995, 289 (290). Ähnlich auch *Vogt*, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, S. 28.

²⁹ Das BVerfG gesteht dem Gesetzgeber hierbei allerdings einen Gestaltungsspielraum zu, vgl. BVerfGE 35, 41 (47). *Rzepka*, BayVBl 1995, 289 (292) weist zu Recht darauf hin, dass absolute Gerechtigkeit in einer Rechtsordnung nicht zu verwirklichen sei und verpflichtet den Gesetzgeber daher nur zur Schaffung eines „relative[n] Maximum[s] an Gerechtigkeit“.

³⁰ Vgl. zu diesem Spannungsfeld auch *Vogt*, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, S. 17 f. In diesem Sinne auch *Selmer*, DÖV 1972, 551 (552), der die Spannung zwischen Allgemeinheit des Gesetzes und Besonderheit des Einzelfalls als „unaufhebbar“ bezeichnet.

³¹ Vgl. zum Folgenden auch eingehend *Herzog*, NJW 1999, 25 (26).

gleichen, und die zu treffende Rechtsfolge verbindlich vorgeben (a.). Alternativ kann er die eigentliche Entscheidung im Einzelfall aber auch dem Rechtsanwender überlassen, indem er diesem weite Spielräume auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite einräumt (b.).

a) Vorwegnahme der Entscheidung im Einzelfall durch den Gesetzgeber

Eine Norm, aus der sich die konkret zu treffende Entscheidung bereits verbindlich ergibt, weist in rechtsstaatlicher Hinsicht einige Vorteile auf. Dass die Rechtsfolge bei Vorliegen des Tatbestands feststeht, macht nicht nur den behördlichen Entscheidungsprozess leichter vorhersehbar und nachvollziehbar, sondern garantiert auch eine weitgehend gleiche Rechtsanwendung.³² Zudem kommt eine Norm, die den Tatbestand klar definiert und die Rechtsfolge verbindlich vorgibt, ohne Entscheidungsspielräume des Rechtsanwenders aus. Die Entscheidung kann so anders als bei nichtgebundenen Entscheidungen, bei denen der Behörde ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs³³ oder ein Ermessensspielraum auf Rechtsfolgenseite zukommt, gerichtlich voll überprüft werden. Der Rechtsschutz des Betroffenen wird so effektiver.³⁴ Der Verzicht auf einen Spielraum des Rechtsanwenders hat schließlich noch einen weiteren, wenngleich eher theoretischen Vorzug: Der vom Volk gewählte Gesetzgeber hat bei gebundenen Normen nämlich einen größeren Einfluss auf das Rechtsergebnis im konkreten Fall. Das verkürzt die Legitimationskette vom Wahlvolk zur konkreten Entscheidung und erhöht so deren demokratische Anbindung.³⁵ Damit ist natürlich nicht gesagt, dass nichtgebundene Rechtsanwendung undemokratisch und insofern verfassungsrechtlich problematisch wäre. Rein abstrakt betrachtet ist die demokratische Legitimation einer gebundenen Entscheidung aber stärker.

Diesen Vorteilen der gebundenen Entscheidung steht allerdings ein massiver praktischer Nachteil gegenüber: Soll sich die im künftigen Streitfall zu treffende Entscheidung bereits verbindlich aus der Norm ergeben und soll diese Entscheidung auch in jedem Einzelfall zu einem gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen führen, so muss der Gesetzgeber die zu regelnden Fälle in all ihren Facetten bereits bei der Normsetzung im Blick

³² Vgl. *Barczak*, *VerwArch* 105 (2014), 142 (173); *ders.*, in: *Richterliche Abhängigkeit*, 333 (353); *Naumann*, *DÖV* 2011, 96 (99 f.); *Vogt*, *Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen*, S. 24 ff.

³³ Das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums bei der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs stellt dabei die Ausnahme dar. Grundsätzlich kann das behördliche Auslegungsergebnis gerichtlich voll überprüft werden, vgl. nur *Maurer/Waldhoff*, *Allg. VwR*, § 7 Rn. 31 ff.

³⁴ Vgl. *Barczak*, in: *Richterliche Abhängigkeit*, 333 (353).

³⁵ Zu diesem Gedanken vgl. *Barczak*, in: *Richterliche Abhängigkeit*, 333 (353).

haben, also lange bevor sie dann tatsächlich auftreten. So geschaffene Normen müssen sehr detailreich sein, um möglichst viele Eventualitäten künftiger Fälle zu erfassen, und über Ausnahmetatbestände verfügen, damit sie nicht in Fällen angewendet werden, auf die sie nicht zugeschnitten sind. Das begründet nicht nur die Gefahr unübersichtlicher und schwer verständlicher Gesetze.³⁶ Vor allem verlangt diese Normsetzungstechnik dem Gesetzgeber ein hohes Maß an Voraussicht und Akribie ab, und genau hier liegt das Problem: Das Leben bietet eine solche Fülle an unterschiedlichsten Sachverhaltskonstellationen, dass man vom Gesetzgeber kaum realistisch verlangen kann, jeden denkbaren Aspekt eines Sachverhalts mitsamt all seiner Folgen zu antizipieren. Insbesondere schwer vorhersehbare Sachverhaltskonstellationen können deshalb bei der Normsetzung regelmäßig unberücksichtigt bleiben. Sie sind nur begrenzt regelungsfähig.³⁷ Wird eine Norm mit gebundener Rechtsfolge auf einen bei der Normierung nicht berücksichtigten, weil regelungsunfähigen, Sachverhalt angewendet, führt das häufig zu Fehlwirkungen wie dem Auftreten extremer Härten oder Gleichheitsverstößen. Sofern diese nicht bereits zur Verfassungswidrigkeit der Norm führen, müssen sie im Rahmen der Rechtsanwendung oft umständlich behoben oder letztlich hingenommen werden.³⁸

Auf die Frage, wann ein Sachverhalt vorhergesehen werden kann – genauer: welchen Anforderungen der Gesetzgeber hierbei unterliegt –, wird später eingegangen.³⁹ Festgehalten werden soll hier nur, dass eine Vorwegnahme der zu treffenden Entscheidung durch den Gesetzgeber mehrere Vorteile gegenüber Normen mit Rechtsanwendungsspielräumen aufweist und deshalb theoretisch durchaus wünschenswert, allerdings nur bis zur Grenze der Regelungsfähigkeit unproblematisch möglich ist.

b) Übertragung der eigentlichen Entscheidung auf die Rechtsanwendungsebene

Die zweite Normsetzungstechnik ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gesetzgeber den Interessenausgleich im Einzelfall überwiegend an den Rechtsanwender delegiert, indem er ihm im Tatbestand der Norm (aa) oder hinsichtlich der Rechtsfolge (bb) Spielräume belässt. Man spricht dann von einer nichtgebundenen Entscheidung.⁴⁰

³⁶ Diesen Aspekt betont *Herzog*, NJW 1999, 25 (26) insb. mit Blick auf das Steuerrecht.

³⁷ Begriff nach *Jaschinski*, Der Fortbestand des Anspruchs aus enteignendem Eingriff, S. 185. Hierzu noch *infra* A.III.1.b)bb), S. 57 ff.

³⁸ Möglichkeiten zur Auflösung solcher Normfehlwirkungen werden im zweiten Teil dieser Arbeit untersucht.

³⁹ Siehe hierzu ausführlich *infra* A.III.1.b)bb)(2), S. 58 f.

⁴⁰ Vgl. *Bunke*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 72. In der Literatur finden sich zur Beschreibung dieser Form des Verwaltungshandelns auch die Ausdrücke

aa) Lockerung der Gesetzesbindung durch unbestimmte Rechtsbegriffe

Auf Tatbestandsseite können solche Spielräume durch die Verwendung sehr vager und damit offener Begriffe geschaffen werden. Solche Tatbestandsmerkmale werden in der Verwaltungslehre „unbestimmte Rechtsbegriffe“ genannt. Diese Bezeichnung ist indes wenig glücklich, weil es kein Antonym gibt, von dem man die hiermit beschriebenen Begriffe sinnvoll abgrenzen könnte.⁴¹ Zwar können einzelne Tatbestandsmerkmale durchaus auch sehr bestimmt sein. Wenn etwa Art. 38 II GG die Ausübung des Wahlrechts von der Vollendung des 18. Lebensjahrs abhängig macht, lässt dies nicht viel Raum für Interpretation.⁴² Die allermeisten Tatbestandsmerkmale sind aber mehrdeutig und können prinzipiell auf verschiedene Weise verstanden werden. Das ist schlicht der Begrenztheit menschlicher Sprache geschuldet.⁴³ In einem untechnischen Sinne ist somit jedes Tatbestandsmerkmal mehr oder weniger unbestimmt. Unbestimmtheit ist deshalb keine starre Eigenschaft, die ein Tatbestandsmerkmal entweder aufweist oder nicht, sondern ein Begriff mit graduellen Abstufungen.⁴⁴

In der Regel lassen sich auch wenig bestimmte Tatbestandsmerkmale mithilfe der konkreten Sachverhaltsumstände relativ einfach präzisieren. So ist etwa der Begriff der Dämmerung aus § 17 I StVO⁴⁵ abstrakt durchaus unbestimmt. Berücksichtigt man aber etwa die Jahreszeit, den Ort des jeweiligen Geschehens und damit zusammenhängend die Zeit von Sonnenaufgang bzw. -untergang, lässt sich der hiermit umschriebene Zeitraum stark eingrenzen

„gelockerte Gesetzesbindung“ (z.B. *Maurer/Waldhoff*, Allg. VwR, § 7 Rn. 6) oder Ermessensverwaltung (z.B. *Detterbeck*, Allg. VwR, Rn. 313). Letzterer ist als Gegenbegriff zur gebundenen Verwaltung aber ungeeignet, da er Lockerungen der Gesetzesbindung durch unbestimmte Rechtsbegriffe nicht erfasst, vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 17.

⁴¹ Deutlich *Schoch*, JURA 2004, 612 (613): „suggeriert ein Gegensatzpaar, dass es so nicht gibt“ und ihm folgend *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 24. Ebenso v. *Mutius*, JURA 1987, 92 (93). Vgl. insofern auch *Cattepoel*, Rechtstheorie 10 (1979), 231 (237), der zwar von der Existenz sog. „bestimmter Rechtsbegriffe“ ausgeht, in Fn. 13 aber bezeichnenderweise feststellt, dass man sich über die Frage, was damit eigentlich gemeint sein soll, kaum Gedanken mache.

⁴² Vgl. in diesem Zusammenhang aber etwa *Cattepoel*, Rechtstheorie 10 (1979), 231 (237 f.), der darauf hinweist, dass grundsätzlich auch Nummern und Zahlwörter auf unterschiedliche Weise verstanden werden können.

⁴³ Vgl. *Middelschulte*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und das Bestimmtheitsgebot, S. 21 ff.; *Schoch*, JURA 2004, 612 (613).

⁴⁴ So *Detterbeck*, Allg. VwR, Rn. 348; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 24; *Middelschulte*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und das Bestimmtheitsgebot, S. 54 f.; *Schoch*, JURA 2004, 612 (613). Vgl. auch *Maurer/Waldhoff*, Allg. VwR, § 7 Rn. 27 f. mit einer (wohl nicht abschließenden) Aufzählung einzelner Bestimmtheitsgrade.

⁴⁵ Beispiel nach *Maurer/Waldhoff*, Allg. VwR, § 7 Rn. 27. Ausführlich hierzu etwa KG Berlin VersR 1975, 54 (54 f.).

und das Tatbestandsmerkmal recht eindeutig konkretisieren. Der dem Rechtsanwender zukommende Auslegungsspielraum ist infolgedessen gering.

Wenn in der Literatur von unbestimmten Rechtsbegriffen gesprochen wird, geht es nicht um solche vergleichsweise leicht bestimmbar Merkmale, sondern um Begriffe, die einen noch höheren Grad an Vagheit und Unbestimmtheit aufweisen.⁴⁶ Eine wirklich trennscharfe Definition findet sich aber nicht. Sie dürfte angesichts der oben angesprochenen graduellen Abstufungen und der damit einhergehenden fließenden Übergänge auch kaum möglich sein. Die Literatur behilft sich deshalb meist mit kasuistischen Beschreibungen. Als Beispiele für unbestimmte Rechtsbegriffe werden dabei etwa das Tatbestandsmerkmal der Unzuverlässigkeit aus § 35 Abs. 1 S. 1 GewO oder das der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aus den polizeirechtlichen Generalklauseln genannt.⁴⁷ Weil die Bezeichnung „unbestimmter Rechtsbegriff“ in der Verwaltungslehre ganz überwiegend in einem solchen technischen Sinne verwendet wird,⁴⁸ soll dieses Verständnis trotz der damit einhergehenden Unschärfe auch dieser Arbeit zugrunde gelegt werden.

Enthält eine Norm einen unbestimmten Rechtsbegriff so kann aus ihr nicht mehr direkt entnommen werden, welche Rechtsfolge in einem konkreten Fall einzutreten hat. Der Rechtsanwender muss dann nämlich zunächst die Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffs erschließen, indem er zwischen den verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten wählt, die ihm dieser belässt. Das Ergebnis eines solchen Auslegungsprozesses ist für eine Vielzahl verschiedener Wertungen offen.⁴⁹ Ob und vor allem wie stark sich einzelne Wertungen letztlich im Auslegungsergebnis niederschlagen, hängt dabei nicht zuletzt von der Person des Rechtsanwenders ab.⁵⁰ Die eigentliche Entscheidung in der Sache wird infolgedessen nicht allein von der Norm vorge-

⁴⁶ Deutlich etwa *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 24; *Middelschulte*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und das Bestimmtheitsgebot, S. 55. In diesem Sinne auch die Beschreibung unbestimmter Rechtsbegriffe als „generalklauselartige Aussagen“ bei *Erbguth/Guckelberger*, Allg. VwR, § 14 Rn. 26. Vgl. weiterführend die ausführliche Begriffsanalyse bei *H.-J. Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, S. 14 ff., der das Kriterium der Vagheit als Definitionsmerkmal aber *ibid.*, S. 38 f. verwirft.

⁴⁷ Vgl. etwa die Aufzählung von Beispielen bei *Detterbeck*, Allg. VwR, Rn. 349; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, § 11 Rn. 23; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VwR, § 7 Rn. 28; v. *Mutius*, JURA 1987, 92 (93).

⁴⁸ Vgl. neben den in Fn. 46 zitierten Nachweisen etwa auch *Cattepoel*, Rechtstheorie 10 (1979), 231 passim; *Detterbeck*, Allg. VwR, Rn. 348 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VwR, § 7 Rn. 28; v. *Mutius*, JURA 1987, 92 (93 f.); *Schoch*, JURA 2004, 612 (613).

⁴⁹ Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allg. VwR, § 7 Rn. 29; v. *Mutius*, JURA 1987, 92 (94).

⁵⁰ Vgl. v. *Mutius*, JURA 1987, 92 (94). Allgemein zu den Folgen richterlicher Wertungsentscheidungen auch *Larenz*, in: FS Glockner, 149 (157).

geben, sondern in nicht unerheblichem Maße vom Rechtsanwender festgelegt. Dessen Einfluss ist dabei umso stärker, je unbestimmter das jeweilige Tatbestandsmerkmal ist und je mehr Auslegungsmöglichkeiten es ihm belässt.⁵¹ Ob die Letztentscheidung dabei bereits der Exekutive zukommt, weil diese bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs über einen Beurteilungsspielraum verfügt,⁵² oder die Gerichte das behördliche Rechtsanwendungsergebnis noch kontrollieren und gegebenenfalls abändern können, ist letztlich nicht entscheidend. In beiden Fällen hat der Gesetzgeber seinen Einfluss auf die konkrete Entscheidung nämlich zumindest zu einem gewissen Grad aufgegeben.⁵³

bb) Lockerung der Gesetzesbindung durch Einräumung von Ermessen

Für die Einräumung von Ermessensspielräumen auf Rechtsfolgenseite gilt Entsprechendes. Hier überlässt der Gesetzgeber bei Erfüllung des Tatbestands einer Norm dem exekutiven Rechtsanwender die Wahl der konkreten Rechtsfolge. Dieser ist hierbei zwar nicht völlig frei, sondern unterliegt gemäß § 40 VwVfG rechtlichen Bindungen. Diese Bindungen verpflichten ihn aber nur im Ausnahmefall der Ermessensreduzierung auf Null zur Wahl einer bestimmten Rechtsfolge.⁵⁴ Eine stärkere Bindung kann der Gesetzgeber mithilfe von Sollvorschriften erreichen. Diese schreiben dem Rechtsanwender für den Regelfall eine bestimmte Rechtsfolge vor, ermöglichen ihm aber ein Abweichen in Ausnahmefällen.⁵⁵ Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist jedoch wieder eine Frage der Rechtsanwendung, auf deren Beantwortung der Gesetzgeber nur bedingt Einfluss hat.⁵⁶ Die Einräumung von Ermessen führt also grundsätzlich dazu, dass sich das konkrete Rechtsanwendungsergebnis nicht länger direkt aus der Norm ergibt, sondern primär auf einer wertungs-offenen Entscheidung des jeweiligen Rechtsanwenders beruht.

⁵¹ Vgl. nur *Middelschulte*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und das Bestimmtheitsgebot, S. 56 f.

⁵² Ein solcher Beurteilungsspielraum der Verwaltung, der die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs weitgehend der gerichtlichen Kontrolle entzieht, wird von der Rechtsprechung in bestimmten Fallgruppen anerkannt, vgl. statt vieler *Detterbeck*, Allg. VwR, Rn. 362 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VwR, § 7 Rn. 37 ff.

⁵³ Vgl. *Seedorf*, in: Jestaedt/Lepsius, 129 (150).

⁵⁴ *Detterbeck*, Allg. VwR, Rn. 336; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VwR, § 7 Rn. 24 f.

⁵⁵ *Detterbeck*, Allg. VwR, Rn. 321; *Erbguth/Guckelberger*, Allg. VwR, § 14 Rn. 37.

⁵⁶ Das Vorliegen eines Ausnahmefalles kann von den Gerichten uneingeschränkt überprüft werden, vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2007, 147 (149). Wertungen des Gesetzgebers kommt dabei aber nur indirekt Bedeutung zu, soweit sie bei der Auslegung berücksichtigt werden können.