

LARA ZWIFFELHOFFER

Die Figur des
Durchschnittsmenschen
im Verwaltungsrecht

Beiträge zum Verwaltungsrecht

Mohr Siebeck

Beiträge zum Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Wolfgang Kahl, Jens-Peter Schneider
und Ferdinand Wollenschläger

12



Lara Zwifelhoffer

Die Figur des
Durchschnittsmenschen im
Verwaltungsrecht

Mohr Siebeck

Lara Zwiffelhoffer, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg und Durham (USA); wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verfassungsrecht und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin; 2018 Promotion; 2019 zweites juristisches Staatsexamen am Kammergericht Berlin; 2020 Verwaltungsrichterin in Hamburg.

ISBN 978-3-16-157707-9 / eISBN 978-3-16-157708-6

DOI 10.1628/978-3-16-157708-6

ISSN 2509-9272 / eISSN 2569-3859 (Beiträge zum Verwaltungsrecht)

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

© 2020 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 aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Für Philipp und Paul

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2017 von der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Danach erschienene Rechtsprechung und Literatur wurden im Wesentlichen bis zur Drucklegung berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Prof. Dr. Christoph Möllers, danke ich für die Betreuung dieser Arbeit, für seinen Rat, seine untrügliche Kritik und die freie, vertrauensvolle und inspirierende Atmosphäre an seinem Lehrstuhl. Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser danke ich für das Zweitgutachten.

Die Studienstiftung des Deutschen Volkes hat dankenswerterweise die Erstellung dieser Arbeit mit einem Promotionsstipendium gefördert.

Ich danke meinen Freundinnen und Freunden, ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, die mich in Diskussionen unterstützt und so manches Argument inspiriert oder geschärft haben. Für die kritische Lektüre von Teilen des Manuskripts danke ich insbesondere Johannes Bethge, Johannes Buchheim, Alexander Tischbirek und Tim Wihl.

Der größte Dank für Ermunterung und Korrektur gilt meinem Mann Philipp Winter, meinen Eltern Dorothee Zwiffelhoffer und Eckhard Meyer-Zwiffelhoffer sowie meinen Freunden Silvia Ernst und Wendt Nassall.

Hamburg im März 2020

Lara Zwiffelhoffer

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Der Forschungsstand zur Maßstabsfigur in der modernen Rechtswissenschaft	6
1. Die Maßstabsfigur im Zivilrecht	6
a) Die zivilrechtliche Maßstabsfigur im Spiegel der Forschung	8
b) Die Figur des informierten und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers	13
2. Die objektive Zurechnung und der objektive Fahrlässigkeitsbegriff im Strafrecht	19
a) Bedeutung und Probleme der Verkehrskreisbildung	20
b) Die strafrechtliche Maßstabsfigur im Spiegel der Forschung	24
3. Die <i>reasonable person</i> im anglo-amerikanischen Recht	30
II. Zur Geschichte der Maßstabsfigur im Recht	37
1. Die Zwitterrolle des <i>pater familias</i> : Soziale Norm und Maßstab im Recht	40
a) Der ‚spoudaios anēr‘ in der griechischen Philosophie	42
b) Der ‚bonus vir‘ und ‚pater familias‘ als ethisches Leitbild und Sorgfaltsmaßstab	45
c) Zwischenergebnis	51
2. Der <i>diligens pater familias</i> in den nachantiken Rechtstraditionen	52
3. Die Entwicklung einer Maßstabsfigur im Öffentlichen Recht	54
B. Die Maßstabsfigur des besonnenen Amtswalters	57
I. Die Maßstabsfigur des besonnenen Polizisten im Recht der Gefahrenabwehr	58
1. Die Perspektive auf das Gefahurteil	60
a) Die Gesetzeslage zum Recht der Gefahrenabwehr	61
b) Die Elemente des Gefahurteils	65
c) Der ‚vernünftige Asylsuchende‘	69
d) Zusammenfassung	71
2. Zur Geschichte der Gefahrenabwehr	72

3. Das Problem: Die Unsicherheit, Dringlichkeit und Zeitlichkeit des Gefahrurteils	74
4. Die Maßstabsfigur des besonnenen Polizisten in der Rechtsprechung zum Polizeirecht	79
a) Die Vorläufer des ‚besonnenen Polizisten‘ in der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts	81
b) Die Maßstabsfigur des besonnenen Polizisten in der Rechtsprechung der Bundesrepublik	88
aa) Der Ursprung des ‚besonnenen Polizisten‘	89
bb) Die Rationalitätsanforderungen aus der Figur des besonnenen Polizisten	93
cc) Die Externalisierung prozeduraler Unsicherheiten durch den ‚besonnenen Polizisten‘	95
dd) Der ‚besonnene Polizist‘ als dynamischer Maßstab	98
ee) Zusammenfassung	100
5. Die Maßstabsfigur und die Kontroverse um den richtigen Gefahrbegriff in der Literatur	101
6. Die Funktionen der Maßstabsfigur im Recht der Gefahrenabwehr	106
a) Relativierung normativer Anforderungen	106
b) Rationalisierung individuell-situativer Fehlleistungen	107
c) Der ‚besonnene Polizist‘ als Verhinderung einer hindsight bias?	110
d) Die Externalisierung prozeduraler Unsicherheiten	112
II. Die Maßstabsfigur des pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten im Staatshaftungsrecht	116
1. Die Gesetzeslage zum Staatshaftungsrecht	119
a) Die Haftung der Union und der Mitgliedstaaten	121
b) Zur Geschichte des Staatshaftungsrechts	123
2. Das Problem: Die Vermittlung zwischen subjektiv-individuellem Verschulden und allgemeinem Maßstab	127
3. Die Maßstabsfigur des pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten in der Rechtsprechung	129
a) Zu den Grundlagen des ‚pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten‘: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	130
b) Der ‚pflichtgetreue Durchschnittsbeamte‘ in der Rechtsprechung der Bundesrepublik	138
c) Zusammenfassung	144
4. Die Objektivierung des Verschuldens durch den ‚pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten‘ in der Literatur	145
5. Analyse: Der ‚pflichtgetreue Durchschnittsbeamte‘ als Scharnier zwischen § 839 BGB und Art. 34 GG	151
III. Zusammenfassung	155

C. Die Maßstabsfigur des Durchschnittsbürgers	159
I. Die Maßstabsfigur des Durchschnittsbetrachters im Recht der Verunstaltungsabwehr	160
1. Die Gesetzeslage zum Verunstaltungsverbot	161
2. Das Problem: Die Normativität des ästhetischen Urteils	165
3. Der ‚Durchschnittsbetrachter‘ in der Rechtsprechung zur Verunstaltungsabwehr	167
a) Die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zum ‚Durchschnittsbetrachter‘	168
b) Die Rechtsprechung zum ‚ästhetisch gebildeten Durchschnittsbetrachter‘ in der Bundesrepublik	178
aa) Das sozial-moralische Ästhetikverständnis	182
bb) Das politisch-ethische und das funktionale Ästhetikverständnis	184
cc) Zusammenfassung	188
4. Die Rezeption des ‚Durchschnittsbetrachters‘ in der Literatur zur Verunstaltungsabwehr	191
5. Versuch einer Antwort: Die Maßstabsfigur und die Normativität des ästhetischen Urteils	196
II. Die Maßstabsfigur des verständigen Durchschnittsmenschen im Immissionsschutzrecht	201
1. Die Gesetzeslage zum Immissionsschutzrecht	203
2. Das Problem: Die Unwägbarkeit der Empfindung und Normalität als Maßstab	208
3. Die Maßstabsfiguren des normalen und des verständigen Durchschnittsmenschen in der Rechtsprechung	209
a) Die Rechtsprechung des Preußischen und des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts	211
aa) Der ‚empfindsame Mensch‘ des Preußischen Oberverwaltungsgerichts	211
bb) Der ‚normale Durchschnittsmensch‘ des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts	214
cc) Der ‚Mensch mit normaler oder durchschnittlicher Gesundheit‘ des Preußischen Oberverwaltungsgerichts	215
b) Der ‚verständige Durchschnittsmensch‘ in der Rechtsprechung der Bundesrepublik	220
aa) Stereotypisierung durch die Maßstabsfigur	221
bb) Wertung: Zumutbarkeit als Interessenabwägung	223
cc) Messung: Die Unwägbarkeit von Immissionen	225

dd) Der ‚verständige Durchschnittsmensch‘ als gemeinwohlgebundene Figur	226
ee) Zulässigkeit der Maßstabsfigur	232
ff) Die Richterin als Maßstabsfigur	233
4. Die Rezeption der immissionsschutzrechtlichen Maßstabsfigur in der Literatur	235
5. Der ‚verständige Durchschnittsmensch‘ zwischen Sensitivität und Gemeinwohl	239
D. Fazit	243
I. Zusammenfassung der Ergebnisse	243
II. Funktionen der Maßstabsfigur	251
III. Kritik	255
Literaturverzeichnis	261
Register	277

A. Einleitung

Das Recht einer Gesellschaft dient dazu, tatsächliche Vorgänge aus normativer Perspektive zu bewerten und zu gestalten. Die Aufgabe der Rechtsanwendung besteht darin, die Kluft zwischen juristischer Norm und Lebenssachverhalt, zwischen Regel und Einzelfall einerseits durch die Konstruktion des Sachverhalts und andererseits durch die Konkretisierung¹ der Rechtsnormen zu schließen.² Dazu bedient sich der Jurist verschiedener Instrumente: der Auswahl entscheidungsrelevanter Tatsachen, der darauf bezogenen Beweiserhebung, der Auslegung von Normen, der Entwicklung von Definitionen und der Abwägung von Interessen. Auf diese Weise gewinnt er Entscheidungsgrundlagen, an denen sich die Rechtsanwender orientieren können oder müssen. Rechtsanwendung ist somit immer auch Normkonkretisierung. Deren große Bedeutung spiegelt sich in der rechtswissenschaftlichen und rechtstheoretischen Diskussion wider. Doch gibt es ein Konkretisierungsinstrument, das häufig eingesetzt, theoretisch aber gerade im Öffentlichen Recht wenig beleuchtet und auch in seiner Anwendung kaum reflektiert wird: die Maßstabsfigur des ‚Durchschnittsmenschen‘.

¹ Konkretisierung hier verstanden als Normausfüllung im Sinne einer ‚gebundenen Rechtsbildung‘. Vergleiche dazu *Anne Röthel*, Normkonkretisierung, S. 21 und zu den verschiedenen Normkonkretisierungskonzepten S. 14–24 m.w.N.; *René A. Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik, S. 177 f.

² Dabei handelt es sich, so *Karl Engisch* in seinen immer wieder zitierten Logischen Studien zur Gesetzesanwendung, „um eine ständige Wechselwirkung, ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“, S. 15. Zur Rezeption dieses Gedankens *Andreas Maschke*, Gerechtigkeit durch Methode, S. 255 ff.; *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation S. 281 f.; *Joachim Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles S. 55 f., *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre, S. 101 f. Diese Formulierung greift zu kurz, wie *Sabine Müller-Mall* überzeugend darlegt: „(...), weil sie die jeweils spezifische Oszillation der Interpretation des Sachverhalts und des Maßstabs ebenso wenig beschreiben kann wie die Koppelung dieser beiden Vorgänge in der Urteilsbildung“, Zwischen Fall und Urteil, in: Hilgers u. a. (Hrsg.), Affekt und Urteil, S. 117 (122 f.). Es handelt sich also nicht um zwei unabhängig voneinander gegebene Entitäten, die zueinander ins Verhältnis gebracht werden müssten, sondern es lässt sich der Sachverhalt nur im Hinblick auf eine anzuwendende Rechtsnorm überhaupt ermitteln, der anzuwendende Maßstab sich nur im Hinblick auf einen Sachverhalt finden und auslegen.

Das Phänomen der Maßstabsbildung durch die Typisierung von Personen ist im Recht keineswegs neu: Sie wird seit langem im Zivilrecht und im Strafrecht ebenso verwendet wie im Öffentlichen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen. Die Rechtsprechung bedient sich ihrer in vielen Situationen, um unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren. Trotz der sehr unterschiedlichen Anwendungsbereiche folgt die Verwendung der Maßstabsfigur einem ähnlichen Muster, denn die Leitfrage lautet stets: Was hätte ein durchschnittlicher Mensch, im Öffentlichen Recht: was hätte ein durchschnittlicher Bürger bzw. ein besonnener Amtswalter in dieser Situation empfunden, gedacht, entschieden, getan? Wie hätte ein durchschnittlicher Empfänger das Schreiben der Behörde verstanden, wie ein durchschnittlicher Lastwagenfahrer die schwierige Verkehrssituation gemeistert? Ist der Lärm einem durchschnittlich empfindlichen Menschen zumutbar? Hätte ein besonnener Amtswalter eine herrenlose Tasche im Flughafen für eine Gefahr gehalten? Die Maßstabsfigur dient hier als außerrechtlicher Bezugspunkt zur Entwicklung einer Entscheidungsperspektive. Sie wird zwar mit Bezug auf die soziale Welt konzipiert, aber nicht im streng empirischen Sinn einer Durchschnittserhebung, weil sie einer normativen Zweckbestimmung unterliegt. Aufgabe der Typisierung ist es, die durch Normen eröffneten Bewertungsspielräume auf der Tatbestandsseite auszufüllen. Mit ihrer Hilfe lässt sich von den vielfältigen Erscheinungsformen individueller Handlungskonstellationen normativ abstrahieren, wobei die Norm an der Lebenswirklichkeit ausgerichtet wird.

Angesichts der Beliebtheit der Maßstabsfigur und ihrer häufig nur impliziten Verwendung in der Rechtsprechung ist es erstaunlich, dass die Wissenschaft ihr besonders im Öffentlichen Recht bislang wenig Aufmerksamkeit geschenkt hat. Für das Zivilrecht gibt es einige übergreifende systematische Untersuchungen,³ für das Strafrecht finden sich solche schon weniger⁴ und für das Öffentliche Recht fehlen sie ganz. Hier weckte die Maßstabsfigur bisher nur problembezogen im Kontext einzelner Rechtsbereiche Aufmerksamkeit.⁵ Die vorliegende Arbeit soll dazu beitragen, diese Lücke zu schließen und die impliziten und expliziten Konzeptionen dieser Figur und ihrer Begründung in Rechtsprechung und Literatur zu untersuchen. Die Begrenzung auf das Öffentliche Recht hat ihren

³ *Elena Barnert*, Der eingebildete Dritte; *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse; *Jörn Eckert*, Der „objektive Beobachter“; *Anne Röthel*, Normkonkretisierung, widmet ihr ein Kapitel, S. 188–204.

⁴ Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab im Fahrlässigkeitsurteil s. *Niclas Börgers*, Gefahurteil; *Dieter Lorenz*, Der Maßstab des einsichtigen Menschen.

⁵ Nachweise finden sich in den Analysen der Literatur zur Durchschnittsfigur in den vier untersuchten Rechtsbereichen. Hervorzuheben sind insbesondere *Monika Böhm*, Der Normmensch, und *Ralf Poscher*, Gefahrenabwehr.

Grund nicht nur in dem dort bestehenden Forschungsbedarf, sondern auch darin, dass sich im Verhältnis von öffentlicher Verwaltung und Bürger ganz eigene Fragen stellen. Im Öffentlichen Recht sind daher auch zwei Konstellationen der Typisierung von Personen zu unterscheiden: die Maßstabsfigur des Durchschnittsbürgers und die des besonnenen Amtswalters. Diese Unterscheidung ist schon deshalb von Bedeutung für die Untersuchung, weil der Durchschnittsbürger einem anderen Anforderungsprofil unterliegt als der besonnene Amtswalter. Ein Hinweis auf die unmittelbare Grundrechtsbindung der Verwaltung soll hier vorerst genügen.

Gegenstand dieser Untersuchung sind die vier Rechtsbereiche, in denen die Maßstabsfigur am häufigsten benutzt wird: der ‚besonnene Polizist‘ im Polizeirecht (B.I.), der ‚pflichtgetreue Durchschnittsbeamte‘ im Staatshaftungsrecht (B.II.), der ‚für ästhetische Eindrücke offene Durchschnittsbetrachter‘ im Recht der Verunstaltungsabwehr (C.I.) und der ‚verständige Durchschnittsmensch‘ im Immissionsschutzrecht (C.II.). Diese Darstellung im Öffentlichen Recht ist also keineswegs erschöpfend; die Figur wird auch in anderen Bereichen angewandt.⁶ Im Verfassungsrecht ist ihre Verwendung deutlich seltener als im Verwaltungsrecht: Sie dient gelegentlich als Auslegungsmaßstab im Rahmen der Meinungsfreiheit und der Kunstfreiheit⁷ und als Konkretisierungsinstrument für das Tatbe-

⁶ Zum Beispiel bei der Konkretisierung des Begriffes der „schädlichen Bodenveränderungen“ im Sinne von § 2 Abs. 3 BBodSchG, im Rahmen von § 1 Abs. 7 BauGB bei der Berücksichtigung der Belange planbetroffener Nachbarn in der Abwägung, wo auf „das Empfinden eines Durchschnittsmenschen“ und nicht auf die Umstände der individuell Betroffenen abgestellt wird (BVerwG, Beschluss vom 5. Oktober 2005, ZfBR 2006, 177) und im Prüfungsrecht, wo mit Hilfe der Maßstabsfigur des Durchschnittsprüflings die Zumutbarkeit von Störungen in einer Prüfungssituation beurteilt werden (BerlVerfGH, Beschluss vom 28. Mai 2004, NVwZ 2004, 1351).

⁷ Im Rahmen der Meinungsfreiheit bei der Sinnermittlung von Äußerungen ist für die Deutung weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis der von der Äußerung Betroffenen maßgeblich, sondern der Sinn, den diese nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums haben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 1995, E 93, 266 (295), BVerfG, Beschluss vom 22. März 2007, NJW-RR 2007, 1055 (1056)). Zur Prangerwirkung einer Äußerung BVerfG, Beschluss vom 18. Februar 2010, NJW 2010, 1587 (1589): „ein schwerwiegendes Unwerturteil des Durchschnittspublikums oder wesentlicher Teile desselben nach sich ziehen könnte“. Seltener die Formulierung „am Maßstab des unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittsrezipienten“, BVerfG, Beschluss vom 8. September 2010, NJW 2010, 3501 (3502); eine alternative Beschreibung ist zum Beispiel „bei einer kontextbezogenen objektivierenden Betrachtung“, BVerfG, Beschluss vom 28. November 2011, NJW 2012, 1273 (1275). Vgl. zur Entwicklung der Beurteilungsperspektive für die Meinungsfreiheit *Rupert Scholz/Karlheinz Konrad*, Meinungsfreiheit, AöR 123 (1998), 60 (73 ff.). Im Rahmen der Kunstfreiheit spielt die Maßstabsfigur keine Rolle für die Frage, was Kunst ist (s. dazu S. 177 ff.), wohl aber für die Deutung der Kunst im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz: „Gleichwohl vermag ein literarisch verständiger Leser zu erken-

standsmerkmal der ‚Gefahr‘.⁸ Deshalb beschränkt sich diese Untersuchung weitgehend auf das Verwaltungsrecht. Mit Hilfe der ausgewählten Rechtsbereiche werden Erscheinungsformen der Maßstabsfigur untersucht, die einerseits eine wichtige Rolle für die Konkretisierung von Normen in den entsprechenden Rechtsbereichen spielen und aus deren Untersuchung sich andererseits verallgemeinerungsfähige Aussagen über die Maßstabsfigur im Öffentlichen Recht und den mit ihr verbundenen Begründungsmustern gewinnen lassen.

Die Terminologie zur Maßstabsfigur ist weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur einheitlich; sie variiert auch in den einzelnen Rechtsbereichen.⁹ Dieser Uneinheitlichkeit trägt diese Untersuchung Rechnung – eine Harmonisierung der Bezeichnungen würde eine Stringenz vorspiegeln, die es bei der Verwendung der Figur nicht gibt. Die Vielfalt der Benennungen rührt auch daher, dass die Maßstabsfigur durch ethische Prädikate qualifiziert wird.

Diese Untersuchung nimmt nicht die Möglichkeiten einer theoretischen Beschreibung der Maßstabsfigur mit Hilfe von Konzepten wie denen des Typus¹⁰ oder prozesshaft ausgedrückt der Typisierung,¹¹ des Standards,¹² der Fiktion¹³

nen, dass sich der Text nicht in einer reportagehaften Schilderung von realen Personen und Ereignissen erschöpft, sondern dass er eine zweite Ebene hinter dieser realistischen Ebene besitzt.“; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007, E 119, 1 (31); in der Mephisto-Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht den Maßstab eines ‚nicht unbedeutenden Leserkreises‘ des Bundesgerichtshofs nicht beanstandet, BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1971, E 30, 173 (198).

⁸ S. dazu S. 63.

⁹ Das gilt zum Beispiel auch für das Zivilrecht, *Jörn Eckert*, Der ‚objektive Beobachter‘, S. 16 ff.

¹⁰ Die Literatur setzt sich dabei überwiegend mit der Typisierung von Sachverhalten und weniger mit der von Personen auseinander. Zum Typus vgl. vor allem *Karl Larenz*, Methodenlehre, S. 460 ff.; *Detlef Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 34: „elastisches Merkmalsgefüge“; *Arthur Kaufmann*, Analogie und ‚Natur der Sache‘, S. 47: „er hat zwar einen festen Kern, aber keine festen Grenzen, so daß von den für einen Typus charakteristischen ‚Zügen‘ auch der eine oder andere fehlen kann, ohne daß damit die Typizität eines bestimmten Sachverhalts in Frage gestellt zu sein braucht“; *Susanne Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 223 (229). Kritisch im Bezug auf die Typisierung von Sachverhalten, sie bedinge die Entfernung des Rechts von der Wirklichkeit, *Josef Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 63.

¹¹ Vgl. zur Verwendung der beiden Bezeichnungen *Detlef Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 25 ff.

¹² Als „realer, in der sozialen Wirklichkeit akzeptierter Normalmaßstab korrekten sozialen Verhaltens“, aber nicht als Spiegelbild herrschender Gegebenheiten, sondern als „Realtypus, aber zugleich immer axiologischer Idealtypus“, *Karl-Heinz Strache*, Denken in Standards, S. 16 und 94. Als axiologischen Idealtypus beschreibt er auch die Figur des ‚idealen Beamten‘, ebd. S. 48.

¹³ Zur Rechtsfiktion zwischen Lebenssachverhalt und Norm, *Monika Jachmann*, Die Fiktion, S. 64 ff. und in Abgrenzung von der Typisierung und Pauschalierung, S. 202 ff.

oder des Leitbildes¹⁴ in den Blick.¹⁵ Zwar vermögen diese Beschreibungen Aspekte der Maßstabsfigur im Öffentlichen Recht hervorzuheben, die ihre Beliebtheit und ihre Problematik etwas erhellen, so zum Beispiel ihre (Wertungs-¹⁶) Offenheit und Flexibilität insbesondere im Vergleich zu Begriffen,¹⁷ ihren Wirklichkeitsbezug, ihre Vorbildlichkeit¹⁸ und ihre verkürzende Wirkung. Darüber hinaus bleiben sie aber erstaunlich unergiebig.¹⁹ Ein besseres Verständnis der Maßstabsfigur verspricht die Analyse ihrer Verwendung durch die Gerichte und die Verwaltung im Kontext der Problemstellung des jeweiligen Rechtsbereiches. Darauf liegt der Fokus dieser Arbeit. Dabei steht die Verwendung der Figur des Durchschnittsmenschen in Entscheidungen der Rechtsprechung und nicht der Verwaltung im Vordergrund. Das hat vor allem seinen Grund darin, dass Verwaltungsentscheidungen in der Regel nicht publiziert werden. Trotzdem bleibt die Verwaltung als Rechtsanwenderin nicht außer Acht, da sich ihre Argumente und Entscheidungen in den vor den Gerichten verhandelten Fällen wiederfinden.

Im Folgenden wird im Rahmen der Einleitung zunächst der Stand der Forschung zur Maßstabsfigur im Zivilrecht, im Strafrecht und im anglo-amerikanischen Recht zusammengefasst (I). Auch wenn der Typisierung von Personen im Öffentlichen Recht teilweise andere Grenzen gezogen sind, weil sie zur Bewältigung spezifisch öffentlich-rechtlicher Problemlagen benutzt wird, lassen sich doch Gemeinsamkeiten aller Maßstabsfiguren im Recht herausarbeiten. Anschließend wird die Geschichte der Typisierung von Personen im Recht skizziert (II). Die Betrachtung der historischen Dimension der Maßstabsfigur kann dazu

¹⁴ So *Susanne Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 223 (233) in Abgrenzung zum Typus. Das Leitbild, sei offen und lade zur Deutung ein, während „Typen und Modelle eine primär ausgrenzende, schließende Funktion“, ebd. S. 230 f.

¹⁵ Ebenso wenig soll ein Vergleich mit anderen Figuren wie der des *homo oeconomicus* angestrengt werden, der zunächst in der ökonomischen Analyse des Rechts große Beliebtheit erfuhr, dann aber, als Verkürzung durch Privilegierung einer „spezifische(n) Rationalität“ beschrieben wurde, *Susanne Baer*, *Der Bürger*, S. 14.

¹⁶ Zuordnung zum Typus nicht durch reine Subsumtion, sondern in wertender Weise, *Detlef Leenen*, *Typus und Rechtsfindung*, S. 62 ff.; *Karl Larenz*, *Methodenlehre*, S. 275.

¹⁷ *Monika Jachmann*, *Die Fiktion*, S. 203.

¹⁸ Anders der Idealtypus *Max Webers*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, S. 192: „In seiner begrifflichen Reinheit ist dieses Gedankenbild nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar, es ist eine Utopie, und für die historische Arbeit erwächst die Aufgabe, in jedem einzelnen Fall festzustellen, wie nahe oder wie fern die Wirklichkeit jenem Idealbilde steht (...).“ Es sei deshalb hervorzuheben, dass „der Gedanke des Sein sollenden, ‚Vorbildlichen‘ von diesem im rein logischen Sinn ‚idealen‘ Gedankenbildern, die wir besprechen, hier zunächst sorgsam fernzuhalten ist.“, ebd.

¹⁹ S. dazu auch schon *Jutta Limbach*, *Der verständige Rechtsgenosse*, S. 13 f.

beitragen, die methodischen Probleme, die Rechtsprechung und Literatur mit ihrer Konstruktion und Begründung haben, aufzuhellen.

I. Der Forschungsstand zur Maßstabsfigur in der modernen Rechtswissenschaft

Auch außerhalb des Öffentlichen Rechts besitzt die Maßstabsfigur als Konkretisierungsinstrument große Bedeutung. Hier soll deshalb ein kurzer Blick auf die mit der Figur verknüpften Diskussionen im Zivilrecht, Strafrecht und anglo-amerikanischen Recht geworfen werden. Dabei handelt es sich nicht um eine abschließende Darstellung; eine solche würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Interessant ist ein Blick über die Grenzen des Öffentlichen Rechts hinaus, da er Erkenntnisse zu Fragen liefern kann, die sich hier wie dort stellen, und weil er hilft, die Popularität der Maßstabsfigur als Konkretisierungsinstrument im Recht zu erklären.

Insbesondere im Zivilrecht hat die Maßstabsfigur einen großen Anwendungsbereich und ihre Funktionsweisen reichen vom Handlungsmaßstab bis zur Auslegungsperspektive. Hierzu finden sich auch einige übergreifende theoretische Untersuchungen der Figur, die methodische und gesellschaftspolitische Aspekte in den Blick nehmen (1.). Im Strafrecht ist der ‚besonnene Mensch‘ mit der Diskussion um den objektiven Sorgfaltsbegriff verbunden. Interessant für das Öffentliche Recht ist dabei die Konkretisierung der Maßstabsfigur über Verkehrskreise und das Verhältnis normativer und empirischer Elemente innerhalb der Figur (2.). Schließlich lohnt auch ein Blick auf das anglo-amerikanische Recht, wo die *reasonable person* ein sehr prominentes Konkretisierungsinstrument ist. Sie ist auch vor dem Hintergrund der für das *Common Law* üblichen Jurys zu verstehen, für die sie eine Hilfe zur Erklärung rechtlicher Maßstäbe darstellt. Hier werden in der Forschung außerdem andere Themen als in der deutschen Rechtswissenschaft diskutiert, insbesondere die drohende diskriminierende Stereotypenbildung durch die Verwendung der Maßstabsfigur (3.).

1. Die Maßstabsfigur im Zivilrecht

Das Zivilrecht ist das einzige deutsche Rechtsgebiet, in dem die Maßstabsfigur nicht nur von der Rechtsprechung verwendet wird, sondern auch selbst Tatbestandsmerkmal geworden ist. So kommt sie zum Beispiel als Sorgfaltsmaßstab des ‚ordentlichen Kaufmannes‘ in §§ 86 Abs. 3, 90, 347 Abs. 1, 384 Abs. 1, 390 Abs. 1 HGB, des ‚ordentlichen Geschäftsmannes‘ in § 43 Abs. 1 GmbHG und des ‚ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters‘ in § 93 Abs. 1 AktG, § 34

Abs. 1 GenG vor. Ihre größte Bedeutung liegt aber auch hier in der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe²⁰ wie zum Beispiel des Begriffes der ‚im Verkehr erforderlichen Sorgfalt‘ in § 276 BGB – hier lassen sich Erkenntnisse für das Staatshaftungsrecht gewinnen, das denselben Verschuldensmaßstab benutzt – oder der Perspektive des objektiven Empfängerhorizontes in §§ 133, 157 BGB. Es gibt sie in zahllosen Varianten: als ‚durchschnittlichen Anleger‘ im Rahmen der börsengesetzlichen Prospekthaftung,²¹ als Erforderlichkeitsmaßstab für Verkehrssicherungspflichten – es müssen solche Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden, die ein „vernünftiger Angehöriger eines bestimmten Verkehrskreises“ erwarten darf²² – und im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Maßstab für die unangemessene Benachteiligung.²³ Unter Einfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat sich außerdem die Figur eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers entwickelt, aus dessen Perspektive die Irreführung durch Werbung und die Erkennbarkeit von Marken beurteilt wird. Die Figur hat darüber hinaus Überschneidungen mit dem Maßstab von Treu und Glauben in § 242 BGB und dem der guten Sitten in § 138 und § 826 BGB, der schon seit den Anfängen des Bürgerlichen Gesetzbuches als das ‚Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden‘ konkretisiert wurde.²⁴

²⁰ Der Begriff ist insofern selbst nicht präzise, als die Unbestimmtheit von Tatbestandsmerkmalen ein graduelles Phänomen (abgesehen von Zahlen, die bestimmt sind) und insofern jeder Begriff in gewissem Maße unbestimmt ist. ‚Unbestimmte Rechtsbegriffe‘ sind die besonders Ausfüllungsbedürftigen unter den Unbestimmten.

²¹ Vgl. zum Beispiel BGH, Urteil vom 12. Juli 1982, NJW 1982, 2823 (2824): Entscheidend sei „nicht der Buchstabe, sondern der Gesamteindruck auf einen durchschnittlichen Anleger, der zwar eine Bilanz zu lesen versteht, aber nicht unbedingt mit der in eingeweihten Kreisen gebräuchlichen Schlüsselsprache vertraut zu sein braucht.“; *Rüdiger Veil*, Der Schutz des verständigen Anlegers, ZBB 2006, 162 (164 ff.), referiert die Kritik an diesem Maßstab und fordert zu einer stärkeren Konturierung der Figur auf. Er wirft auch die Frage auf, welche Motive der Maßstabsfigur zugrunde gelegt werden sollen: Ist sie eigennützig oder handelt sie fair?, ebd. S. 167.

²² BGH, Urteil vom 9. Juli 1985, NJW 1986, 52 (53).

²³ OLG Frankfurt, Urteil vom 26. März 1987, NJW-RR 1989, 1523 (1524): „AGB sind ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden“; ebenso BGH, Urteil vom 29. September 1960, NJW 1961, 212 (213); BGH, Urteil vom 29. Mai 2008, NJW 2008, 2495 (2496) m. w. N. Eine Aufstellung bis 1980 zu den verschiedenen Kontexten, in denen die Figur im Zivilrecht benutzt wird, findet sich bei *Jörn Eckert*, Der ‚objektive Beobachter‘.

²⁴ Vgl. *Elena Barnert*, Der eingebildete Dritte, S. 22 f.

a) Die zivilrechtliche Maßstabsfigur im Spiegel der Forschung

Die erste grundsätzliche Untersuchung der Maßstabsfigur im Zivilrecht stammt von *Jutta Limbach* aus dem Jahr 1977. Sie analysiert den ‚verständigen Rechtsgegnossen‘ insbesondere im Hinblick auf seine argumentative Funktion innerhalb der Rechtsprechung und die Frage, ob er „empirische und normative Aussagen in ein durchschaubares Verhältnis zueinander zu bringen vermag.“²⁵ Dazu überprüft sie vierzehn Bände der Amtlichen Sammlung des Bundesgerichtshofs mit insgesamt 824 Entscheidungen, von denen in 34 Urteilen die Maßstabsfigur vorkommt.²⁶

Der Reiz der Maßstabsfigur liegt nach *Limbachs* Einschätzung darin, dass sie vorgibt, dem Richter als Denkhilfe zu dienen und „einen Weg zu weisen, wie das Allgemeine von dem Individuellen abgehoben und darüber hinaus das Übliche zum Vorbildlichen verfeinert werden kann.“²⁷ Dabei erschöpfe sich die Erwartungshaltung nicht in der Suche nach einem „gemeinsamen sozialen Wertverständnis“, sondern sei auch mit der Vorstellung verbunden, dass das Gemeinsame auch Qualität verbürge.²⁸ Die Figur werde von der zivilrechtlichen Methodenlehre als „Doppelwesen“ mit normativer und soziologischer Dimension gesehen,²⁹ dessen normativer Gehalt aber im Dunkeln bleibe.³⁰ Letztlich – und das erwähnt *Limbach* nicht – ist aber auch ihre soziologische Bedeutung ungeklärt.

In ihrer Auswertung der Urteile des Bundesgerichtshofs kommt *Limbach* zu dem Schluss, dass die Figur entweder „inhaltsarm“ am Ende einer Argumentation „auf dem bereits gewonnenen Boden gesetzlicher Rechtsfortbildung“ genutzt wird³¹ oder aber – gleichsam ohne Subsumtion – das in der strittigen Situation erwünschte Verhalten als fraglos vorgibt und somit vom Richter suggestiv als Redensart benutzt wird.³² Damit verwandele die Rechtsprechung die Maßstabsfigur in ein Rechtfertigungs- und Immunisierungsinstrument:³³

²⁵ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgegnosse, S. 14.

²⁶ Bände 51 bis 64, *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgegnosse, S. 18.

²⁷ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgegnosse, S. 2.

²⁸ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgegnosse, S. 6.

²⁹ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgegnosse, S. 9.

³⁰ „Die Einsichten des Schrifttums lassen sich dahin zusammenfassen: Die Figur vom verständigen Rechtsgegnossen vereint Realitätstüchtigkeit mit Vorbildlichkeit. Ihr Wert liegt in ihrem kritischen Verhältnis zur Realität begründet. Auf welche Weise man mit Hilfe dieser Denkfigur über das empirisch Gegebene hinausgelangen kann, bleibt weitgehend im Dunkeln.“, *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgegnosse, S. 13.

³¹ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgegnosse, S. 92.

³² *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgegnosse, S. 93; in eine ähnliche Richtung zielt später auch *Jörn Eckert*, Der ‚objektive Beobachter‘, S. 109 zu der Maßstabsfigur im Rahmen von § 950 BGB: „Die Verwendung des ‚objektiven Beobachters‘ erspart dem Gericht in diesem Zusammenhang die Entscheidungsbegründung.“

³³ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgegnosse, S. 93.

„Nicht die Integration des Denkens und Meinens ist ihr Ziel, sondern der Ausschluß, die Isolation des Andersdenkenden. Diese Deformation der Denkfigur zum Apodiktischen und Suggestiven stellt sich offenbar unversehens dann ein, wenn sie sich auf gesellschaftlich Umstrittenes bezieht.“³⁴

Limbach plädiert für einen offenen Austrag gesellschaftlicher Konflikte, statt auf einen ‚verständigen Rechtsgenossen‘ zu verweisen, dem sie gerade in solchen Bereichen „Sprachlosigkeit“ attestiert, die über den individuellen Lebensbereich der Prozessparteien hinausreichen.³⁵ Er personalisiere den Konflikt im Kontext des zivilrechtlichen Austauschverhältnisses.³⁶ Letztlich bleibt die Figur in dieser Analyse bestenfalls ein „Denkanstoß“³⁷ für das Erwägungsspiel des Richters (auf dessen Person es am Ende ankomme³⁸), mit ihr werde aber keine Aussage über das Resultat dieses Spiels getroffen, im schlechtesten Fall breche sie es sogar ab. Mehr kann die Maßstabsfigur nach *Limbachs* Ansicht nicht leisten, wolle man sie nicht nach Mehrheitsansicht („das plebiszitäre Mißverständnis“) oder elitär-moralisierend bilden.³⁹

Fünf Jahre später erschien *Jörn Eckerts* Untersuchung zum ‚objektiven Beobachter‘, in der er *Limbachs* Arbeit nicht einmal erwähnt.⁴⁰ Nach der Durchsicht aller bis dahin veröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs fällt seine Analyse eher dünn aus: Die Maßstabsfigur – so seine Kernthese, die der von *Limbach* entgegengesetzt ist – sei ein Feind der Privatautonomie, da sie die „Beurteilung des Rechtsverhältnisses aus der Sicht der daran beteiligten Parteien“ verdränge.⁴¹ Und ebenso sei sie ein Feind der Objektivität, da sie anstelle einer

³⁴ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse, S. 93 f.

³⁵ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse, S. 94.

³⁶ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse, S. 98.

³⁷ *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse, S. 100.

³⁸ „Der Richter selbst ist die Person, die Wertwidersprüche und Interessenkonflikte zu lösen hat.“, *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse, S. 100.

³⁹ „Wollte man aus dem moralischen Anspruch des über sich selbst hinausdenkenden und darum verständigen Rechtsgenossen dessen Fähigkeit ableiten, im Falle widerstreitender Wertansichten gesellschaftlicher Gruppen den Weg zu einem Einverständnis zu ebnet, so würde man das plebiszitäre Mißverständnis durch ein elitäres auszuräumen versuchen.“, *Jutta Limbach*, Der verständige Rechtsgenosse, S. 98.

⁴⁰ Vgl. seine Übersicht zu den bisherigen Veröffentlichungen zur Maßstabsfigur ohne die Arbeit von *Limbach* aber mit dem Kommentar, die rechtswissenschaftliche Literatur habe sich mit dieser Figur bisher nur am Rande beschäftigt, *Jörn Eckert*, Der ‚objektive Beobachter‘, S. 14 f.

⁴¹ „Seine Verwendung schränkt die Bedeutung des Parteiwissens und -willens wesentlich ein. Der ‚objektive Beobachter‘ soll den richterlichen Wertungen das Ansehen der Objektivität verschaffen, kann dies aber nur auf Kosten der Privatautonomie tun“, *Jörn Eckert*, Der ‚objektive Beobachter‘, S. 129, s. auch S. 91, 104, 108, 118. Nicht nur die Interessen der Parteien würden unter Verweis auf die Maßstabsfigur vernachlässigt, der Richter verzichte außerdem auf die Einholung von Sachverständigengutachten, S. 129. Auf diese Weise bewirke die Ver-

nachvollziehbaren Begründung die bloße Behauptung einer fiktiven Person setze.⁴² *Eckert* kommt zu dem auf der einen Seite naheliegenden, auf der anderen Seite in seiner Pauschalität doch nicht richtigen Ergebnis, der ‚objektive Beobachter‘ sei kein anderer als der Richter selbst und die Entscheidung damit subjektiv und irrational.⁴³ Es wäre interessant zu wissen, ob die Maßstabsfigur stärker als andere Konkretisierungsinstrumente die Richterinnen dazu veranlasst, sachfremde Maßstäbe anzuwenden oder dazu, unreflektiert persönliche Präferenzen in das rechtliche Urteil einfließen zu lassen. Indem *Eckert* in seiner Untersuchung jede Verwendung der Maßstabsfigur als Angriff auf die Privatautonomie und als bloße Behauptung wertet, versäumt er zu differenzieren, wie zu verfahren wäre, wenn der Parteiwille nicht ermittelbar ist oder wenn gerade die Berücksichtigung einer parteiübergreifenden Perspektive angebracht sein könnte.

Anders als *Eckert* hat *Anne Röthel* in ihrer Arbeit zur „Normkonkretisierung im Privatrecht“ keine ablehnende Haltung gegenüber der Maßstabsfigur. In ihrer Untersuchung, die 2004 erschien, widmet sie sich der Figur in einem Kapitel über „Beurteilungsmaßstäbe“. Darunter versteht sie „allgemeine Direktiven für die Ausfüllung gesetzlicher Delegationsbegriffe.“⁴⁴ Bei den Konkretisierungsfiguren der ‚verständigen Beurteilung‘, des ‚verständigen Durchschnittsmenschen‘ im privaten Nachbarrecht oder des inzwischen außer Gebrauch kommenden ‚verständigen Patienten‘ im Arzthaftungsrecht handele es sich um „Beurteilungsmaßstäbe“, mit denen die Rechtsprechung eine „Bewertungstendenz“ für die Konkretisierung von Rechtsbegriffen erarbeitet habe, indem sie mit „stellvertretenden Sinnbildern besondere Betrachtungs- und Empfindungsperspektiven postuliert.“⁴⁵ Diese Form des Konkretisierungstypus zeichne eine große Norm-

wendung der Maßstabsfigur „für die Gerichte eine Arbeiterleichterung, da sie eine Beweiserhebung entbehrlich macht.“, S. 101.

⁴² „Behauptung an die Stelle einer Begründung“, *Jörn Eckert*, *Der ‚objektive Beobachter‘*, S. 80, 92, 101, 109, 129.

⁴³ *Jörn Eckert*, *Der ‚objektive Beobachter‘*, S. 131, „Dieser gibt seine notwendig persönlichen Überzeugungen als die eines ‚objektiven Beobachters‘ aus. Der ‚objektive Beobachter‘ kann daher seine Aufgabe, richterlichen Wertungen einen unparteiischen Charakter zu verschaffen, nicht erfüllen. Daneben kann die Verwendung des ‚objektiven Beobachters‘ die Entscheidungen nicht konsensfähiger und so die ihnen zugrunde liegenden Wertungen allgemeingültiger machen. Dazu müßten die ‚objektiven Beobachter‘ ihre Begründungen offenlegen (...). Die Wertungen des Richters erscheinen als Tatsachen, seine Deutungen als Wahrnehmungen. Die Argumentation unter Berufung auf den ‚objektiven Beobachter‘ erhöht folglich nicht die Rationalität, sondern die Irrationalität richterlicher Entscheidungsfindung. Seine Verwendung kann die richterliche Wertungstätigkeit nicht legitimieren. Der Richter entzieht sich mit seiner Hilfe der Bindung an das Gesetz und den Parteiwillen. Seine subjektiven Überzeugungen werden zur Grundlage der an die Parteien gerichteten Mitteilung, was sie als Recht hinzunehmen haben.“

⁴⁴ *Anne Röthel*, *Normkonkretisierung*, S. 169 f.

⁴⁵ *Anne Röthel*, *Normkonkretisierung*, S. 188.

Register

- abstrakte Gefahr 60, 64 f.
Abstraktion 19, 34, 37, 64, 153, 240, 248
Abwägung 1, 11, 22, 30, 91, 188, 194, 202, 205, 216, 223, 224, 229
Allgemeinheit 12, 44, 109, 167 f., 173 ff., 186 f., 194, 197 f., 203, 209, 227 f., 242, 250, 257
Amt 54, 105, 109 f., 133, 148, 151, 156, 168
Amtshaftung 41, 117 ff., 130, 248
Amtsträger 41, 54 f., 110, 117, 120, 123, 129, 146, 148, 153, 248
Amtswalter 2 f., Kapitel B. (S. 57–157), 160, 193, 200, 241, 246, 248, 252
anlasslose Kontrollen 99
Anschaulichkeit, anschaulich 12, 33, 108, 187, 191, 197, 244
Anscheinsgefahr 60 ff., 66, 68, 80, 88 ff., 98, 101, 103 f., 114
Anscheinsverursacher/-störer 93, 105
Anstandsgefühl (aller billig und gerecht Denkenden) 7, 13
aristokratisch, Aristokratie 44 f., 53, 245
ästhetisch/Ästhetik 3, 73, 159, Kapitel C. I. (S. 160–201), 221, 227, 231, 235, 249, 251, 253 ff.
– konsensorientierte Ästhetik 166, 175, 178, 191, 201, 249
– sozial-moralische Ästhetik 182 ff.
– politisch-ethische Ästhetik 166, 178, 184 f., 249
– funktionale Ästhetik 166, 178, 184 f., 249, 258
ästhetisches Urteil 161, 163, 166, 177, 190, 197, 200
Asylrecht 59, 69 ff.
Augenschein 189, 225, 234
Auslegung 3, 12, 31, 90, 132, 151, 173, 180 ff., 220, 260
außerrechtlich 2, 33, 108, 167, 187, 194, 197, 243, 254
Beamtenhaftung 117, 119, 124, 127, 148, 248
begründete Furcht vor Verfolgung 69 ff.
Bestimmtheit 7, 101, 178, 180 f., 188, 258
boni homines 46, 52, 53
boni mores 45, 47, 52, 245
bonus vir 24, 40, 45 ff., 244 f., 254
common sense (s. Gemeinsinn)
Dauerverwaltungsakt 65, 68, 72
Deliktsrecht 31, 33, 34, 49, 52, 120 f., 123, 259
Denkmalschutz 162, 181, 190
Diagnose, diagnostisch 61, 64 ff., 74 ff., 81, 87, 89, 91 f., 102, 107, 115, 246 f.
Dienst- und Laufbahnrecht 109
Diskriminierung 6, 34 f., 37, 244
Disziplinierung 57, 73, 258
Doppelnatur der Maßstabsfigur 8, 150, 155, 243 f., 249
Drittsschutz, drittsschützend 161, 203, 241
Durchschnitt 25, 28, 89, 118, 139, 142, 167, 192, 194, 214, 235 f., 240, 257 f.
Durchschnittsverbraucher 13, 15 f., 18, 202, 244
effektiv, Effektivität 57, 59, 61, 63, 77, 83, 96, 103, 107
empfindlich 2, 37, 159, 180 f., 183, 202 f., 212 ff., 216, 219 f., 222, 232 f., 235 f., 239, 241, 250
Empirie, empirisch 2, 5, 6, 8, 13 f., 16, 18, 21 f., 27, 32, 34, 39, 55, 87, 140, 146, 151, 165, 171, 183, 187 f., 192, 198, 209, 211, 231, 235, 240, 244, 251, 253 f., 256

- Entindividualisierung 129, 146 f.
 epistemisch 26, 76 f., 247
 Erfahrungswissen 17 f., 25, 75, 100
 erhebliche Nachteile / Belästigungen 159,
 203, 205, 208, 221 f., 224, 227 f., 230 f.,
 235, 237
 Erkenntnisgrenzen 57, 75, 78, 91, 246
 Ermessen 46, 51, 55, 63, 84, 86, 103, 108,
 143
 ethisch 4, 40 ff., 45 ff., 50, 185, 245, 257 f.
 ex ante 25, 29 f., 61, 63, 65, 68, 77 ff., 82,
 90, 93, 99, 10 f., 106, 110 ff., 247
 Expertise (s. Sachkunde)
 Externalisierung prozessualer Unsicher-
 heiten 95 f., 106, 112
 ex post 20, 61, 77 ff., 82, 93, 101, 247
- Fiktion, fiktiv 4, 33, 78, 128, 159, 197, 201,
 209, 237
 Fahrlässigkeit 12, 19 ff., 29 ff., 34, 38, 42,
 48 f., 52 f., 57, 116 ff., 127, 130, 132 f.,
 136 ff., 141, 143, 145 ff., 152
 Flüchtigkeitsfehler 139
- Gefährerforschungsmaßnahmen 68, 86
 Gefahrverdacht 60, 67 f., 72, 75, 80, 85 ff.,
 91 f., 95, 98, 101, 112, 113, 252
 Gefühl 70, 94, 110, 159, 181, 185, 193, 198,
 237, 240, 254 f.
 Gemeinwohl 198, 200
 Gemeinwohl 43, 125, 160, 221, 226, 230,
 235, 239, 240, 245, 250, 256
 Generalklausel 58, 61, 63, 64, 71, 73, 74,
 208, 211, 213 f., 220
 Gerichtsreden 41, 245
 Geschmack 160, 164, 166 f., 178, 181, 190,
 192, 198 ff., 218, 249
 gruppentypische Besonderheiten 133, 236,
 239
- Habitus 200
 Haftungüberleitung 117, 120, 131
 Handlungsmaßstab 6, 60, 72, 100, 109, 129,
 246
 hindsight bias 79, 110 ff., 247
 hinreichende Überzeugung 67 f., 95 f., 100,
 107, 114, 252
 hinreichend qualifizierter Rechtsverstoß 122
- Ideal 4 f., 28 f., 35, 43 ff., 55, 57, 119, 131,
 146 f., 152 f., 180, 212, 245
 idealer Beobachter 62 f., 79 f., 82, 102, 113,
 247
 Idealtypus, idealtypisch 4 f., 89, 151, 256
 Identität 37, 228, 239, 257, 259
 Ideologie, ideologisch 73, 100, 164, 168,
 174 ff., 191, 258
 Ideologisierung 87
 Immissionsschutzrecht 37, 100, 102, 159,
 161, 171, 176, 201 ff., 244, 249 f., 252 f.,
 256, 258 f.
 Individualisierung, individualisiert 19 f., 23,
 37, 39, 134 f., 146, 235, 259
 Individuum 19 f., 26, 39, 89, 151, 153, 155,
 160, 249
 Industrialisierung 163, 206 f.
 innere Tatsachen 92
 intersubjektive Gültigkeit 198
 Intuition 166, 177, 230, 244, 255, 258
 irrational 10 f., 160, 192
 Irrtum 48 f., 61, 66 f., 82, 88, 98, 104, 131,
 133, 141
 Irrtumsrisiko 76, 115, 143, 247
- Jury 6, 30, 32 f., 254
- Kollegialgerichtsrichtlinie 137, 143 f.
 kommunikativ-pragmatisch 32, 240 f., 254,
 256, 259
 Konfliktverfahren 82 f., 124
 Konsens 10, 166 f., 175 f., 178, 191, 195,
 197, 201, 249
 konserviert 21, 153, 167, 199 f.
 Kreuzberg-Erkenntnis/Kreuzberg-Urteil 73,
 161, 163, 168, 189
 Kunstfreiheit 3, 160
- (Lebens)Wirklichkeit 2, 4 f., 13, 16, 24, 147,
 168
 Leitbild 5, 13 ff., 18, 21, 27, 43 f., 45, 187,
 254, 257
- Marken- und Wettbewerbsrecht 13 ff.
 Meinungsfreiheit 3, 177
 Meinungsumfrage 17 f., 188, 193, 197
 Menschenbild 36, 168, 203, 240, 254, 259
 Minderheit 36, 39, 176

- Moral 9, 13, 28, 35, 40 f., 104 f., 138, 147, 165 f., 179, 182 ff., 198, 242, 245, 249, 258, 260
 mos maiorum 45 f.
- Nationalsozialismus 73, 87, 100, 164, 168, 173 ff.
- Nichtstörer 58
- Normalität 34 f., 153, 175, 190, 202, 208 ff., 214, 216, 219 f., 229, 235, 240 ff., 244, 250, 259 f.
- ordentlicher Hausvater 37 ff., 43, 48, 117
- pater familias 25, 38 ff., 116, 118, 244 f., 248, 250, 254
- Präzedenzfall 33
- Privatautonomie 9, 10, 19
- Prognose 59 ff., 74 f., 77, 79, 81, 87, 89 f., 92, 94, 96, 99, 102 f., 106 f., 112 f., 115, 246 ff.
- prozessuale Rationalität 109
- qualitativ 39, 183, 193, 200, 205, 240, 257
- quantitativ 39, 183, 193, 205, 226, 257
- Quote 14, 16, 18, 139, 244
- Racial Profiling 35, 107
- Rationalisierungsfunktion 57, 106 ff., 151, 155
- reasonable man 30, 35, 36, 41, 259
- reasonable person 6, 30 ff., 259
- reasonable woman 36, 238, 259
- Reklame (Werbung) 7, 13, 16, 163, 167, 172, 175, 179, 182, 185, 190
- Relativierungsfunktion 57, 106 f., 116, 246
- Representative Bureaucracy 156
- Rücksichtnahme 11, 46 f., 223 f., 228, 237, 239 f.
- Sachkunde/sachkundig 17, 50 ff., 57, 59, 89 f., 93 f., 98 ff., 108, 143, 162, 178, 192 f., 196
- Sachverhaltsaufklärung 64, 66, 76 f., 113, 115, 233 f., 247
- Sachverständiger, sachverständig 9, 16 ff., 25, 50, 65, 80, 83 ff., 87, 99, 139, 143 f., 162, 167, 170 f., 181, 192 f., 195 ff., 204, 212, 215, 233 f., 240
- Scheingefahr 67, 93
- Schiedsrichter 45 f., 245, 254
- Sekundärebene 61, 98, 106
- Simulationsgefahr 209, 237 f., 250
- Sittenwidrigkeit/gute Sitten 13, 17, 26
- soziale Norm 40, 42, 45, 50, 55, 240, 245, 254, 256 ff.
- spoudaios anēr 42 ff., 51
- Staatshaftungsrecht 3, 7, 20, 29 f., 57, 100, 107, 116 ff., 160, 176, 209, 246, 248, 251 ff., 256
- standard of taste 199 f.
- statistisch 62, 140, 235
- Stereotyp 31, 35, 37, 221, 259 f.
- Störer 61, 75, 93, 106, 246, 253
- subjektives Recht 201, 203, 250
- Subjektivierung des Gefährbegriffs 68, 80, 96, 103 f., 106, 113, 116
- Tugend 43 ff.
- Typisierung 2, 4, 5, 26, 152 f., 156, 174, 176, 188, 194, 211, 224, 231, 233, 235, 241 f., 244, 256
- Typus 4, 10, 27 f., 179, 186 f.
- überdurchschnittlich empfindlich 202 f., 216, 231 f., 235, 236, 241
- Überdurchschnittliche Fähigkeiten 20, 23, 24, 100
- Überzeugung (Gefahrenabwehr) 10, 64, 67 f., 85, 95, 97, 100 f., 107, 112, 114 f., 247, 252, 255
- richterliche Überzeugung 96, 113, 255
- unbestimmter Rechtsbegriff 7, 103, 173, 176, 186, 243
- Ungleichheit 35, 110, 244
- Unmöglichkeit normkonformen Verhaltens 105
- Unparteilichkeit der Verwaltung 110, 151
- Unsicherheit 59 f., 66 f., 72, 74 ff., 84, 87, 94 ff., 104 f., 107, 112 ff., 145, 163, 175, 185, 197, 200, 246 f., 252 ff.
- Unterdurchschnittliche Fähigkeiten 23, 133, 135
- Unwägbarkeit 202, 206, 208 f., 225, 250
- Verkehrsanschauung 17, 27, 89, 148

- Verkehrskreis 6 f, 18, 20 ff., 29, 32, 39, 50,
98 ff., 119, 133 ff., 147, 154, 176, 181,
241, 251, 255, 257
- Vermittlungsfunktion 42, 119, 127
- verständige Würdigung 91 f., 94, 260
- Verunstaltungsurteil 102, 166, 170, 173,
178, 181 ff., 185, 188, 191 f., 195, 197,
199 f., 249
- grobe Verunstaltung 164, 170 f., 174 f., 178,
180
- Verunstaltungskontrolle 164, 168 f.
- Verunzierung 170, 175, 178, 180
- Vorbild 5, 8, 28, 33, 39 ff., 45, 50 f., 55, 57,
78, 125, 240, 245, 252 ff., 259
- Vorurteil 183, 187, 200, 230, 254, 260
- Wahrscheinlichkeitsurteil 59, 62, 65, 71,
74 f., 76, 78, 81, 97, 102, 104, 106 f.,
114 f., 246 f.
- Wissenshorizont 60, 62 ff., 71 f., 76, 78 ff.,
90, 93, 101 f., 107, 109, 114, 246, 252
- Zeitdruck/Zeitnot 57 ff., 64 ff., 75 ff., 94,
96 f., 107, 115, 246
- Zeitlichkeit 74, 78
- Zeuge 46, 53, 213, 229 ff., 233 ff., 240, 245,
254, 258
- Zwitterrolle 40, 45, 245