

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](http://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 tiefempfundener 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
<i>A. 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 Rechtsfolgenseite .....	150
1. Überkommene Dogmatik zur Verhältnismäßigkeit auf Rechtsfolgenseite .....	151
a) Geringe Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgedankens auf Rechtsfolgenseite .....	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 Rechtsfolgemerkmalen .....	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
<i>B. 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,<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Andererseits – und das ist hier zentral – fasst es in personell-sachlicher Hinsicht zusammen, d.h. alle den Normtatbestand erfüllenden Sachverhalte werden ohne weitergehende Ansehung der betroffenen Personen oder Berücksichtigung tatbestandsexterner Fallmerkmale derselben Rechtsfolge unterworfen.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Vgl. nur *Weyreuther*, DÖV 1997, 521 (523).

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

<sup>3</sup> *Hofmann*, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes, 9 (34).

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> Man wird hier zwar relativierend ergänzen müssen, dass konkret-individuelle Entscheidungen natürlich nicht ausschließlich der Exekutive und Judikative vorbehalten sind,<sup>8</sup> unter bestimmten Voraussetzungen vielmehr auch legislativ im Einzelfall entschieden werden kann – man denke nur an Legalenteignungen.<sup>9</sup> Ein gewisser Zusammenhang zwischen Allgemeinheitsgebot und Gewaltenteilung lässt sich aber dennoch nicht leugnen.<sup>10</sup>

Wegen des Wortlauts von Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG und seiner Stellung im Grundrechtsteil<sup>11</sup> wird die *ratio* des Allgemeinheitspostulats aber weniger in der Verwirklichung der Gewaltenteilung als im Schutz der Grundrechte ge-

---

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

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

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> *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.

<sup>9</sup> 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.

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

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

sehen.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup> Sie setzt deshalb das allgemeine, für alle gleichermaßen geltende Gesetz voraus.<sup>17</sup>

#### b) Wahrung von Einzelfallgerechtigkeit

Diesem formal verstandenen Prinzip der Gerechtigkeit wird oft ein materielles Prinzip der Gerechtigkeit gegenübergestellt<sup>18</sup> – je nach Terminologie mal Einzelfallgerechtigkeit, mal Billigkeit genannt –,<sup>19</sup> nach dem ein Rechtssatz in

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

<sup>13</sup> G. Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, S. 615 f.

<sup>14</sup> Hierzu noch ausführlich infra B.IV. 1., S. 73 f.

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

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

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> Nun ist freilich völlig unklar, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsanwendungsergebnis als gerecht bezeichnet werden kann,<sup>21</sup> und der Versuch, an dieser Stelle eine abstrakte Antwort auf die immerwährende Frage „Was ist Gerechtigkeit?“ zu finden, scheint weder erfolgversprechend<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> Formal gerecht ist nur die Gleichbehandlung von Gleichem.<sup>24</sup> Gleiches ist aber nur in Bezug auf einen konkreten Vergleichsgegenstand, das *tertium comparationis*, und nie in jeglicher Hinsicht gleich.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.

<sup>20</sup> So *Weinberger*, in: GS Marcic, 409 (425).

<sup>21</sup> So auch *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 11.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> *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.

<sup>24</sup> *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.

<sup>25</sup> 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).

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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,<sup>28</sup> 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 Herausforderungen<sup>29</sup> und zeichnet das Spannungsfeld<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> Er kann erstens versuchen, die konkret widerstreitenden Interessen durch detailreiche Regelungen bereits in der Norm selbst auszu-

<sup>27</sup> 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“.

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

<sup>29</sup> 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“.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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 Rechtsbegriffs<sup>33</sup> oder ein Ermessensspielraum auf Rechtsfolgenseite zukommt, gerichtlich voll überprüft werden. Der Rechtsschutz des Betroffenen wird so effektiver.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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

---

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Vgl. *Barczak*, in: *Richterliche Abhängigkeit*, 333 (353).

<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>

Auf die Frage, wann ein Sachverhalt vorhergesehen werden kann – genauer: welchen Anforderungen der Gesetzgeber hierbei unterliegt –, wird später eingegangen.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup>

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

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

<sup>38</sup> Möglichkeiten zur Auflösung solcher Normfehlwirkungen werden im zweiten Teil dieser Arbeit untersucht.

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

<sup>40</sup> Vgl. *Bumke*, 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> Die allermeisten Tatbestandsmerkmale sind aber mehrdeutig und können prinzipiell auf verschiedene Weise verstanden werden. Das ist schlicht der Begrenztheit menschlicher Sprache geschuldet.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>

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 StVO<sup>45</sup> 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 Ermenssverwaltung (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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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.

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

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> Weil die Bezeichnung „unbestimmter Rechtsbegriff“ in der Verwaltungslehre ganz überwiegend in einem solchen technischen Sinne verwendet wird,<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup> Ob und vor allem wie stark sich einzelne Wertungen letztlich im Auslegungsergebnis niederschlagen, hängt dabei nicht zuletzt von der Person des Rechtsanwenders ab.<sup>50</sup> Die eigentliche Entscheidung in der Sache wird infolgedessen nicht allein von der Norm vorge-

---

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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).

<sup>48</sup> 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).

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

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

# Sachregister

- allgemeiner Rechtsgrundsatz
  - Begriff 186 ff.
  - Grundsatzabwägung 189 ff.
  - Subsidiarität 192 f.
- allgemeines Gesetz 2 ff., 76 f.
- atypischer Fall
  - Begriff 12 ff., 44 f.
  - Bezugnahme in der Rechtsprechung 14 ff.
  - und Typisierung 29 ff.
  - und Typuslehre 19 ff.
- Aufopferungsanspruch
  - Abgrenzung vom Kompensationsgedanken 200 ff., 214 ff.
  - und Eigentum 221 ff., 229 f.
  - und Gleichheit 204, 228
  - für immaterielle Beeinträchtigungen 236 f.
  - und immaterielle Rechtsgüter 224 f.
  - und Lehre vom Erfolgsunrecht 197 f.
  - Rechtsgutsneutralität 226 ff.
  - und reine Vermögensschäden 238 f.
  - und Staatsunrechtshaftung 196 ff.
  - und Typisierungsbefugnis 219
- aufopferungsgleicher Eingriff 198 ff.
- Auslegungsspielraum
  - auf Rechtsfolgenseite 169 ff.
  - auf Tatbestandsseite s. unbestimmter Rechtsbegriff
- Ausnahmeklauseln
  - analoge Anwendung 165 f.
  - Nachteile 96 f.
  - Normierung 93 ff.
  - Verhältnis zur Kompensation 99, 111
  - Wirkung 92 f.
- Bestimmtheitsgebot 57, 94 ff.
- Differenzierungsgebot 32 ff., 35 ff., 115 ff.
- EMRK-konforme Gesetzesauslegung 167 ff.
- enteignender Eingriff 221 ff.
- Ermessen 11
- Ersatzmerkmal 37 f., 41
- Experimentiergesetz 59 ff., 141
- fehlgehender Schuss 52 ff.
- finanzielle Ausgleichsvorschriften
  - Abgrenzung vom Aufopferungsanspruch 200 ff., 214 ff.
  - ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung 99 ff., 110
  - und Berufsfreiheit 102 ff., 109
  - funktionale Äquivalenz 106 ff.
  - und Gleichheitsrechte 109 f.
  - Normierung 110 ff.
  - Verhältnis zu Ausnahmeklauseln 99, 111
  - und Versammlungsfreiheit 105 f.
  - Wirkung 98, 201
- Freiheitsrechte
  - typisierungsfeindliche Freiheitsrechte 69, 83 f.
  - und Typisierung 72 ff.
  - Unterscheidung von Gleichheitsrechten 74 ff., 84 f.
- gebundene Rechtsanwendung 7 f.
- Gerechtigkeit
  - Einzelfallgerechtigkeit 4 ff.
  - formelle Gerechtigkeit 4 f.
  - materielle Gerechtigkeit s. Einzelfallgerechtigkeit
  - durch Normpraktikabilität 90 f.
- Gesetzesbindung 152 ff., 181 ff.
- Gleichheit
  - und Aufopferungsanspruch 204, 228
  - und Differenzierungsgebot 33 f., 115 ff.
  - und Gerechtigkeit 4 ff.

- und Typisierung 113 ff.
- Unterscheidung von Freiheitsrechten 74 ff., 84 f.
- und Verhältnismäßigkeit 74 ff., 121 ff.
- Grundrechte
  - und allgemeines Gesetz 3 f.
  - und legislative Voraussicht 56, 59
  - als Optimierungsgebote 180 f.
- Grundrechtsbindung
  - Verhältnis zur Gesetzesbindung 183 ff.
  - und Verhältnismäßigkeitsbindung 180 f.
- Haftungsprivileg des Gesetzgebers 216 ff.
- Härtefall
  - und Aufopferungsanspruch 204, 206 ff., 213
  - Kompensation durch Gesetz s. finanzielle Ausgleichsvorschriften
  - infolge einer Typisierung 73 f., 138
  - Vermeidung durch Ausnahmeklauseln 92 f.
- Härtefallklausel 92 ff., 147 f.
- Häufigkeit 16 ff., 24 f., 43, 50, 205 f., 214
- Kompensationsgedanke s. finanzielle Ausgleichsvorschriften
- Menschenwürde 66 ff., 84
- Minusmaßnahme 171 ff.
- Nichtberücksichtigung von Fällen
  - Kumulation der Gründe 62 ff.
  - infolge mangelnder Vorhersehbarkeit 45 ff.
  - als Typisierungsfolge 61 f.
- nichtgebundene Entscheidung 8 ff.
- Normfehlwirkung 37, 40, 41 f., 44, 73 f., 113 ff.
- Optimierungsgebot 180 f., 190 f.
- Praktikabilität der Normanwendung 36 ff., 88 ff.
- Querschläger s. fehlgehender Schuss
- Regelungsfähigkeit 57 ff.
- Regelungsziel
  - und Anwendung abstrakter Maßstäbe 122 ff.
  - und Ersatzmerkmal 37 f., 41
  - primäres Regelungsziel 35 f.
  - sekundäres Regelungsziel 35 f.
  - Verfehlen des Regelungsziels s. Normfehlwirkung
- Sonderopfer
  - Begriff 204 f.
  - in Typisierungsfällen 211 ff.
  - und Vorhersehbarkeit 205 ff.
  - und der Wille des Gesetzgebers 205, 206 f.
  - und Zurechnung der Schadensfolge 208 ff.
- Sozialstaatsprinzip 69 f.
- Stufenlos-Formel 119
- teleologische Reduktion 174 f.
- Typenbildung
  - anhand empirischer Merkmale 24 ff., 28
  - anhand normativer Kriterien 26 ff., 28 f.
- typischer Fall s. atypischer Fall
- Typisierung
  - und Aufopferungsanspruch 211 ff.
  - als bewusster Vorgang 38 f.
  - und Differenzierungsgebot 32 ff.
  - und Ersatzmerkmal 36 ff., 41
  - und Gleichheitssatz 113 ff.
  - und Menschenwürde 66 ff., 84
  - und Normpraktikabilität 36 ff.
  - und rechtliches Gehör 71 f.
  - und Sozialstaatsprinzip 69 f.
  - und Tatbestandsbildung 31 f., 38
  - und typisierende Rechtsanwendung 29 ff.
  - und unbeabsichtigte Nebenfolge 38 ff.
  - und Verhältnismäßigkeitsprinzip 72 ff.
  - Vorteile einer Typisierung 87 ff.
  - Zulässigkeitskriterien 118, 133 ff.
- Typus
  - und Begriff 20 ff.
  - und Durchschnittsbetrachtung 25
  - und Häufigkeit 24 f., 28
  - Idealtypus 22 ff.
  - und Normauslegung 26 ff., 28 f.
  - Realtypus 22 ff.

- unbestimmter Rechtsbegriff 9 ff., 94 ff., 148 f., 156 f.
- verfassungskonforme Auslegung 148 ff., 169 ff.
- Verhältnismäßigkeit
  - als allgemeiner Rechtsgrundsatz 186 ff.
  - und Auslegungsspielräume 148 ff., 169 ff.
  - Berücksichtigung auf Rechtsfolgenseite 150 ff.
  - Berücksichtigung auf Tatbestandsseite 146 ff.
  - Bindung des Rechtsanwenders 180 f.
  - und Entsprechungsprüfung 121, 131 ff.
  - Erforderlichkeit 86 f., 125 ff.
  - Geeignetheit 82, 125 ff.
  - generalisierende Betrachtungsweise 76 ff.
  - und Gleichheit 74 ff., 121 ff.
  - Güterabwägung 82 ff., 98, 129 ff., 133 ff.
  - Qualität der Belastung 83 ff.
  - Quantität der Belastung 78, 85 f.
  - als Typisierungsgrenze 72 ff.
  - verfassungsunmittelbare Anwendung 179 ff.
- und Zumutbarkeitsprinzip 79 ff.
- Vorhersehbarkeit
  - absolute Unvorhersehbarkeit 47 ff.
  - und abstrakte Gefahr 46 f.
  - Anforderungen an die Voraussicht 56, 58 f.
  - Begriff 45 f., 54 f.
  - Bezugnahme in der Rechtsprechung 18
  - und Experimentierrecht 59 f.
  - und Häufigkeit 50, 205 f.
  - und Nachbesserungspflicht 61
  - und Normsetzung anderer Gesetzgeber 50 ff.
  - von Querschlägern s. fehlgehender Schuss
  - und Sonderopfer 205 ff.
- Wesentlichkeitstheorie 55 f., 59
- Zumutbarkeitsprinzip 79 ff.
- Zweck
  - einer Gleichheitswidrigkeit 122 ff.
  - interne und externe Zwecke 123 f.
  - einer Typisierung 87 ff., 125