

## Einführung in die juristische Arbeitstechnik

Klausuren - Hausarbeiten - Seminararbeiten - Dissertationen

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Peter J. Tettinger, Prof. Dr. Thomas Mann

5. Auflage 2015. Buch. XVI, 248 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 67795 3  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen >  
Allgemeines, Einführungen, Gesamtdarstellungen, Nachschlagewerke

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Bisweilen kann eine teleologische Betrachtung den Befund der Wortlautauslegung aber auch bekräftigen.

**Beispiel:** A beantragt den Erlass einer Baugenehmigung. Die zuständige Behörde lehnt dieses Ansinnen ab. A trägt daraufhin vor, gem. § 28 I VwVfG hätte die Behörde ihn zunächst anhören müssen. Ist dieser Rechtsansicht zuzustimmen?

Der Wortlaut des § 28 I VwVfG sieht eine Anhörung vor, wenn ein Verwaltungsakt „in die Rechte eines Beteiligten eingreift“. Danach löst also nicht jeder belastende Verwaltungsakt, sondern nur ein „eingreifender“ Verwaltungsakt, der bereits bestehende Rechte tangiert, die Anhörungspflicht aus. Gleichwohl gibt es Stimmen in der Literatur, die § 28 I VwVfG über seinen Wortlaut hinaus bei sämtlichen belastenden Verwaltungsakten, also auch bei Ablehnung eines zuvor gestellten Antrags, für anwendbar halten.<sup>367</sup> Unter der zusätzlichen teleologischen Erwägung, dass der rechtsstaatlich motivierte Zweck der Vorschrift darin liegt, den Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern, hat das BVerwG<sup>368</sup> entschieden, dass eine Anhörung nach § 28 I VwVfG nur dann erforderlich ist, wenn der zu erlassende Verwaltungsakt die bisherige Rechtsstellung des Beteiligten zu seinem Nachteil verändert (Umwandlung eines status quo in einen status quo minus), nicht aber dann, wenn der Erlass eines Verwaltungsaktes abgelehnt wird, der eine bessere Rechtsposition erst gewähren soll. Der Adressat hatte schließlich bei seiner Antragstellung bereits hinreichend Gelegenheit, alle für ihn relevanten Tatsachen vorzutragen. Die Rechtsansicht des A wäre demnach unzutreffend.

Von der Frage nach der Reihenfolge der Prüfung ist diejenige nach einer eventuellen *Rangordnung* der Auslegungselemente zu unterscheiden. Eine von vornherein geltende Rangordnung lässt sich nicht begründen, sondern es hängt von den Besonderheiten der einzelnen Rechtsnorm ab, welchem Kriterium jeweils letztlich der Vorrang gebührt.<sup>369</sup> Daraus wird zugleich wiederum ersichtlich, dass es sich bei dem Katalog der Auslegungselemente nicht um ein strikt einzuhaltendes, sichere Ergebnisse verbürgendes System handelt, sondern um die Auflistung von Kriterien, die eine methodisch geordnete Gesetzesinterpretation überhaupt erst ermöglichen. Die Auslegungselemente sind lediglich rationale Anleitungen zur Begründung von interpretativen Entscheidungen.<sup>370</sup> Ihre umfassende Berücksichtigung schließt aus, dass wesentliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen werden, verhindert aber nicht, dass widersprechende Zwischenergebnisse zu den einzelnen Auslegungselementen gefunden werden. Deren abschließende Zusammenschau und die Rechtfertigung des Vorranges eines der Interpretationselemente im konkreten Einzelfall bedarf dann einer sorgfältig zu begründenden Abwägung.<sup>371</sup> Folglich gibt es oftmals nicht ausschließlich eine einzige richtige Lösung bei der Auslegung des Rechts, sondern der Rechtsanwender hat sich auf „die Suche nach der überzeugendsten Begründung“<sup>372</sup> zu begeben. Gute Klausuren und Hausarbeiten zeichnen sich zumeist nicht durch das Finden des einen „richtigen“ Ergebnisses, sondern durch eine gelungene, sich im Rahmen der Rechtsstaatlichkeit bewegende, Begründung aus.

Bei der sorgfältigen Abwägung wird dann etwa zu berücksichtigen sein, dass mit zunehmendem Alter eines Gesetzes eher der teleologischen Auslegung als der his-

<sup>367</sup> Diese Argumentation stößt in der Literatur allerdings weiterhin auf Ablehnung; vgl. umfassend m. w. N. *Engel/Pfau*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 28 Rn. 32 f.

<sup>368</sup> BVerwGE 66, 184 (186); 68, 267 (270).

<sup>369</sup> Ebenso *Butzer/Epping*, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 46.

<sup>370</sup> Ob sie *allein* überzeugende richterliche Entscheidungen gewährleisten oder ob ergänzend auf Präjudizien, rechtswissenschaftliche Dogmatik und allgemeine Argumentationslehren (Topik) zurückgegriffen werden soll und muss, ist Gegenstand streitiger Diskussion in der Methodenlehre.

<sup>371</sup> Vgl. beispielhaft die umfassende Anwendung des juristischen Auslegungskanons zur Frage, ob ein Berufsbetreuer einen freien Beruf ausübt, bei *Mann*, NJW 2008, 121 ff.

<sup>372</sup> *Staahe*, Jura 2011, 178, 183 f.

torischen Interpretation zu folgen sein dürfte, weil eine zeitgemäße Interpretation eine Einbeziehung der gegenwärtigen Lebenswirklichkeit auf dem Hintergrund des mit der Norm bezweckten Erfolgs notwendig macht.

**Beispiel:** Ein Rechtsanwalt, der zwar kein Hörfunk- oder Fernsehgerät bereithält, muss für seinen internetfähigen PC Rundfunkgebühren bezahlen, vgl. BVerfG NJW 2012, 3423 f. (Computer als „neuartige Rundfunkempfangsgeräte“)<sup>373</sup> – § 10 I 2 bay. PresseG macht den Abdruck einer Gegendarstellung in einer Zeitung abhängig von der eigenhändigen Unterzeichnung seitens des Berechtigten. Ist hierfür eine Übermittlung per Telefax ausreichend? Dazu OLG München NJW 1990, 2895: „Die Fernkopie liefert zwar bei Übermittlung einer eigenhändigen unterzeichneten Vorlage dem Empfänger nur eine Ablichtung mit bildlicher Wiedergabe der Unterschrift und entspricht deshalb nicht dem Wortlaut des § 10 I 2 bay. PresseG. Bei einer am Zweck des Unterzeichnungserfordernisses orientierten Auslegung muss jedoch auch die Möglichkeit einer Übermittlung durch Fernkopie als zulässig angesehen werden. Durch die Unterzeichnung soll der Inhalt der Gegendarstellung festgelegt sowie die Verantwortlichkeit und Identität des Verfassers in überprüfbarer Weise dokumentiert werden. Dieser Zweck wird auch bei einer Übermittlung durch Fernkopien in vollem Umfang sichergestellt.“ Vgl. auch zur zulässigen Übermittlung einer Berufungsbegründung mittels Computerfaxes, obwohl dieses keine handschriftliche Unterschrift enthält *GmS-OGB* BGHZ 144, 160 (162).

Die seinerzeitigen Motive der gesetzgebenden Organe können demgegenüber schwerlich Aufschluss über den Zweck- und Funktionszusammenhang der zeitgenössischen Gesamtrechtsordnung geben.

**Beispiel:** In BGHZ 50, 325 (333 f.) hat der BGH den Gewerkschaften trotz § 50 ZPO unter Berufung auf ihre „vom Gesetzgeber im Laufe der Zeit in zunehmendem Maße übertragene materielle Rechtsstellung“ die aktive Parteifähigkeit zuerkannt und argumentiert: „Eine einseitig ‚verkrüppelte‘, nämlich auf die Passivseite beschränkte Parteifähigkeit, wie sie sich aus § 50 ZPO im Wege des Umkehrschlusses ergibt, würde mit der jetzigen materiellen Gesetzeslage in unlösbarem Widerspruch stehen.“

Gesetze jüngerer Datums sind dagegen am ehesten bei umfassender Würdigung ihrer Entstehungsgeschichte zu begreifen,<sup>374</sup> weshalb Gerichte bei den zeitlich ersten Entscheidungen nach dem Inkrafttreten eines neuen Gesetzes regelmäßig auch mit den Erkenntnissen aus den entsprechenden Parlamentsdrucksachen (Rn. 77 ff.) argumentieren. Methodisch ist jedoch zu beachten, dass es sich bei der Favorisierung eines bestimmten Auslegungselements schon nicht mehr nur um eine reine Auslegung, sondern bereits um normorientierte Wertung handelt.

## II. Korrekte Subsumtion

- 248 Als Subsumtion bezeichnet man die im Rahmen eines Rechtsanwendungsvorgangs erfolgende gedankliche Zuordnung eines Lebenssachverhalts zu einer Norm. Dieser Vorgang ist theoretisch unschwer einsehbar, bereitet den Studierenden aber oftmals große Schwierigkeiten. Es ist zu untersuchen, ob die von einer Norm abstrakt aufgestellten Voraussetzungen auch im konkret zu beurteilenden Sachverhalt erfüllt sind. Grundlage dieser juristischen Operation ist eine seit der antiken Logik des *Aristoteles* tradierte logische Denkfigur, der sog. syllogistische Schluss, bei dem jeweils zwei Prämissen, der Obersatz und der Untersatz, eine Konklusion zulassen.<sup>375</sup>

<sup>373</sup> Seit der Reform des Rundfunkbeitragsrechts 2013 hat sich die Problematik jedoch erübrigt, weil die Zahlungspflicht nicht mehr an das Vorhalten von Rundfunkgeräten gekoppelt ist („eine Wohnung – ein Beitrag“).

<sup>374</sup> BVerfGE 1, 117 (127); 62, 1 (45).

<sup>375</sup> Zur Struktur und den möglichen Differenzierungen dieser mittelbaren Schlüsse sehr instruktiv und empfehlenswert *Schneider/Schnapp*, Logik für Juristen, 6. Aufl. 2006, S. 107 ff.; siehe auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 123 f.

<b>Beispiel:</b>		
Obersatz:	Alle Menschen sind sterblich.	Prämisse 1
Untersatz:	Alle Studierenden sind Menschen.	Prämisse 2
Schlussatz:	Alle Studierenden sind sterblich.	Konklusion

Ausgehend von dieser Grundstruktur bildet im Rahmen einer juristischen Subsumtion die Rechtsnorm den Obersatz, der Lebenssachverhalt den Untersatz und die juristische Beurteilung den Schlussatz (*conclusio*).<sup>376</sup>

**Beispiel:** §§ 55 I, 55 II Nr. 2 AufenthG: Ein Ausländer kann insbesondere ausgewiesen werden, wenn er einen nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften begangen hat.

Der Ausländer A ist bereits dreimal rechtskräftig wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt worden.

A kann ausgewiesen werden.

Die Subsumtion hat dabei stets *im Anschluss* an die Norminterpretation zu erfolgen, nie vorher.<sup>377</sup>

## 1. Kumulative und alternative Tatbestandsmerkmale

Nun ist es aber regelmäßig so, dass eine bestimmte Rechtsfolge, die in einer Norm angeordnet wird, nicht nur von einem, sondern von mehreren Tatbestandsmerkmalen abhängt. Hier muss nacheinander mittels Subsumtion unter die einzelnen Begriffe untersucht werden, ob der Sachverhalt in allen Punkten der betreffenden Rechtsnorm zugeordnet werden kann, so dass dann insgesamt Kongruenz vorliegt. Hat auch nur eines der *kumulativ* aufgezählten Tatbestandsmerkmale keine Entsprechung im Sachverhalt, so greift die Norm im Ergebnis nicht ein. 249

**Beispiel:** Wird bei Art. 12 I GG nicht beachtet, dass nur „alle Deutschen“ die freie Berufswahl genießen, wendet der Bewerber statt dessen diese Grundrechtsbestimmung auch auf außereuropäische<sup>378</sup> Ausländer an und prüft demzufolge intensiv, ob eine im konkreten Fall ausgeübte Betätigung einen Beruf im Sinne des Art. 12 GG darstellt, so ist der Weg zu einer richtig begründeten Falllösung, die hier an Art. 2 I GG anknüpfen müsste, versperrt.

Häufig werden von Rechtsnormen allerdings auch *alternativ* zu erfüllende Tatbestandsmerkmale vorgegeben. Bei solchen Konstellationen genügt es freilich, wenn eine der Alternativen erfüllt ist. 250

**Beispiel:** Gemäß §§ 11, 2 Nr. 1a) NSOG können die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.

Bis in das Examen hinein scheitern aber immer wieder Klausurbearbeiter bereits an der banalen Aufgabe, zu erkennen, ob eine Rechtsvorschrift nun kumulative oder alternative Tatbestandsmerkmale enthält oder aber sogar beide Konstellationen miteinander kombiniert.

<sup>376</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 81 ff.; *Engisch*, Einführung in das Juristische Denken, 11. Aufl. 2010, S. 83 ff.

<sup>377</sup> Zu Recht weisen *Diederichsen/Wagner*, Die BGB-Klausur, 9. Aufl. 1998, S. 173 darauf hin, dass gegen dieses Erfordernis in Fallbearbeitungen selbst im Examen noch vielfach verstoßen wird.

<sup>378</sup> Vgl. zu dieser Einschränkung *Mann*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 33 ff.

**Beispiel:** Einer Begründung zu einem Verwaltungsakt bedarf es nach § 39 II Nr. 1 VwVfG nicht, soweit die Behörde einem Antrag entspricht *oder* einer Erklärung folgt *und* der Verwaltungsakt nicht in Rechte eines anderen eingreift. Hier besteht also nur hinsichtlich der erstgenannten Fallkonstellationen eine *Alternativvorgabe*. Die zuletzt genannte Aussage ist als *kumulative Anforderung* zu verstehen.<sup>379</sup>

## 2. Negative und ergänzende Tatbestandsmerkmale

- 251 Die einer Subsumtion bedürftigen Voraussetzungen einer Rechtsnorm sind zudem erst dann vollständig erfasst, wenn auch die sie beschränkenden normativen Aussagen berücksichtigt wurden.

**Beispiel:** Nichtigkeit eines Verwaltungsakts gem. § 44 VwVfG. Hier ist nicht nur der Positivkatalog in § 44 II VwVfG und die Grundregel in § 44 I VwVfG zu prüfen, sondern auch der Negativkatalog des § 44 III VwVfG, der das Vorliegen der Nichtigkeit ausschließt.

Bei einigen Normen sind die Tatbestandsvoraussetzungen darüber hinaus erst dann vollständig geprüft, wenn auch die durch Rechtsprechung und Literatur erarbeiteten weiteren Voraussetzungen für ein Eingreifen der Norm berücksichtigt worden sind.

### Beispiele:

- Vermögensverfügung beim Betrugstatbestand (§ 263 StGB).
- Gleichstellung des unentgeltlichen mit dem rechtsgrundlosen Besitzerwerb im Rahmen des § 988 BGB, wodurch der gesetzliche Tatbestand gewissermaßen um eine neue Tatbestandsalternative ergänzt wird.<sup>380</sup>
- Ergänzung der Behördendefinition in § 1 IV VwVfG um das Merkmal „mit Außenwirkung“.<sup>381</sup>
- Obwohl aus dem Wortlaut der Grundrechtsbestimmungen des GG häufig nicht ersichtlich, ist dennoch als Ausfluss des umfassenden Geltungsbereichs des Rechtsstaatsprinzips bei jedem Grundrechtseingriff als Schranken-Schranke die Beachtung des Übermaßverbots zu fordern.

- 252 Schließlich müssen auch weitere Normen in den Blick genommen werden, wenn sie Erläuterungen zu einzelnen relevanten Tatbestandsmerkmalen geben, wie das vor allem bei Vorschriften der Fall ist, die Legaldefinitionen enthalten (dazu bereits Rn. 228).

**Beispiel:** Art. 9 GG bestimmt, dass alle Deutschen das Recht haben, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Treten bei der Prüfung Schwierigkeiten hinsichtlich des Merkmals „Deutsche“ auf, so muss auf die grundgesetzliche Erläuterung des Begriffs des Deutschen in Art. 116 I GG zurückgegriffen werden.

- 253 Die Bearbeiter sollten bei alledem immer im Auge behalten, dass die in einer Klausur erforderlichen Subsumtionen unter die einzelnen im Tatbestand verwendeten Begriffe nicht etwa völlig separat und ohne Beziehung nebeneinander erfolgen, sondern dass der Leser zu diesen einzelnen Stationen der Klausurlösung geführt werden muss, indem vorhandene Verbindungslinien aufgezeigt werden und der Gesamtkontext gewahrt bleibt.

**Beispiel:** Dies gelingt regelmäßig durch rekursive Bezugnahmen auf den Stand der Prüfung, der sich etwa ausdrückt in Wendungen wie „Als weitere Voraussetzung für einen Anspruch

<sup>379</sup> Näher *Weiß*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 39 Rn. 49.

<sup>380</sup> Diese Erweiterung ist durch die Rspr. entwickelt worden. Das überwiegende Schrifttum lehnt die Gleichstellung ab. Vgl. dazu nur *Bassenge*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 988 Rn. 8.

<sup>381</sup> Unter Hinweis auf § 9 VwVfG, vgl. *Ule/Laubinger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl. 1995, § 9 III 2b; *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 21 Rn. 33; *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 1 Rn. 46; a. A. *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 233.

des A gegen B auf Herausgabe der Uhr ist gemäß § 812 I 1 BGB zu verlangen, dass ...“ oder „Darüber hinaus müsste der Verwaltungsakt aber auch materiell rechtmäßig sein. Das ist der Fall, wenn...“ bzw. „Über die Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale hinaus müsste A auch den subjektiven Tatbestand des § 242 StGB erfüllt haben. Hierzu ist erforderlich, dass er ...“

### 3. Grundanforderungen

Nach alledem erfordert eine gelungene Subsumtion über den eigentlichen syllogistischen Schluss (Rn. 248) hinaus die Einhaltung gewisser Grundregeln. Um nicht bereits an den Grundanforderungen zu scheitern, sollten folgende Empfehlungen bei der gedanklichen Operation der Subsumtion beherzigt werden:<sup>382</sup> 254

- Vor dem eigentlichen Subsumtionsvorgang ist durch Aufbereitung und Zergliederung des Tatbestandes sorgfältig zu prüfen, welche und wie viele kumulativ einschlägige Tatbestandsmerkmale insgesamt eine Rechtsnorm enthält und welche Alternativ-Tatbestandsmerkmale die Norm bereitstellt.
- Da die Subsumtion jeweils bei dem einzelnen Tatbestandsmerkmal zu erfolgen hat, bedarf es insgesamt so vieler Subsumtionen, wie die Norm Tatbestandsmerkmale aufweist.
- Die Subsumtion hat vollständig und genau zu erfolgen. Beispielsbildungen vermögen sie nicht zu ersetzen.
- Auch bloße Sachverhaltswiederholungen genügen nicht für eine Subsumtion.

Gerade die beiden zuletzt genannten Anforderungen sind typische Fehlerquellen in der Klausur. Bis in die Examensklausuren hinein verfallen Bearbeiter in die Unsitte, den eigentlichen Subsumtionsvorgang durch schlichte Beispielsbildungen oder Sachverhaltswiederholungen zu ersetzen.

#### Beispiele:

- „Die Fuckparade müsste eine Versammlung im Sinne des Art. 8 GG sein. Das BVerfG hat zum Beispiel die Love Parade nicht als Versammlung angesehen, weil ... Gleiches muss auch für die hier in Rede stehende Fuckparade gelten.“
- „Fraglich ist, ob A unzuverlässig im Sinne des § 35 GewO ist. Er ist laut Sachverhalt schon mehrfach wegen Verstößen gegen die Sozialversicherungspflicht aufgefallen und neigt dazu, sich in Stresssituationen zu betrinken. Also ist er als unzuverlässig anzusehen.“ (beide Beispiele sind negative Lesefrüchte aus dem Examens-Klausurenkurs)

Mit solchen Ausführungen wird bereits die für eine korrekte Subsumtion methodisch erforderliche Bildung von Obersatz und Untersatz (Rn. 248) verfehlt. Insbesondere bei Klausuren, die bekannten Gerichtsentscheidungen nachgebildet sind und deren „Ergebnis“ die meisten Bearbeiter daher zu kennen glauben, unterscheiden sich die guten von den schlechten Klausurbearbeitungen gerade durch die Sorgfalt und methodische Sicherheit, mit der die Subsumtionen vorgenommen werden. Hier findet sich ein objektiv nachvollziehbarer Ansatzpunkt für Notendifferenzierungen.

### 4. Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe

Nach diesen Erörterungen könnte man nun den Eindruck gewinnen, dass jede Subsumtion eigentlich auf Anhieb gelingen müsste, sofern man nur die vorgenannten „technischen“ Operationsschritte beherrscht. Jedoch enthält ein gesetzlicher Tatbestand nicht selten „offene“ Begriffe, sog. *unbestimmte Rechtsbegriffe*, die zunächst 255

<sup>382</sup> Vgl. hierzu auch *Diederichsen/Wagner*, Die BGB-Klausur, 9. Aufl. 1998, S. 174 f.

einmal einer Konkretisierung, einer strukturierenden Verdichtung bedürfen, um eine Subsumtion überhaupt erst zu ermöglichen.<sup>383</sup>

**Beispiele:** Die Genehmigung zur Aufbewahrung von Kernbrennstoffen außerhalb der staatlichen Verwahrung wird nur erteilt, wenn u. a. die nach dem „Stand von Wissenschaft und Technik“ erforderliche Vorsorge gegen Schäden getroffen ist (§ 6 II Nr. 2 AtomG) – Abfälle sind gemäß § 15 II 1 KrWG so zu beseitigen, dass das „Wohl der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt“ wird – § 55 I AufenthG erlaubt eine Ausweisung, wenn die Anwesenheit des Ausländers „erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ beeinträchtigt. – Der Begriff der „wissenschaftlich nicht allgemein anerkannten Methoden“ ist im Sozialrecht für erstattungspflichtige Leistungen relevant.<sup>384</sup> – Die Ausübung eines Gewerbes kann gem. § 35 I 1 GewO untersagt werden, wenn Tatsachen die „Unzuverlässigkeit“ des Gewerbetreibenden dartun.<sup>385</sup>

Mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen an eine Norm stellt es das BVerfG dem Gesetzgeber anheim, ob er im Normtext Begriffe wählt, die einen großen Kreis von Sachverhalten abdecken, oder ob er engumschriebene Tatbestandsmerkmale aufstellt.<sup>386</sup> Ein hohes Maß an Unbestimmtheit weisen die sog. Generalklauseln auf, bei denen der Gesetzgeber – um ihren Sinn als Auffangtatbestände zu verwirklichen – bewusst darauf verzichtet, den Tatbestand der Norm konturenscharf zu präzisieren. Sie sollen mit der sich ständig ändernden Alltagswirklichkeit Schritt halten, ohne dass die Norm angepasst werden müsste.

**Beispiel:** Deliktsrechtliche Generalklausel des § 826 BGB: Wer in einer gegen die *guten Sitten* verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“

Lediglich „vage Generalklauseln“ werden als verfassungswidrige Blankette attackiert.<sup>387</sup>

**Beispiele:** Zu den Anforderungen an die Erlangung des Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften gehört über die Gewähr der Einhaltung zentraler Verfassungsprinzipien hinaus nicht, dass sie eine „Loyalität zum Staat“ aufweisen, so BVerfGE 102, 370 (395 f.): „Loyalität“ ist ein vager Begriff, der außerordentlich viele Deutungsmöglichkeiten eröffnet, bis hin zu der Erwartung, die Religionsgemeinschaft müsse sich bestimmte Staatsziele zu Eigen machen oder sich als Sachwalter des Staates verstehen. Der Begriff zielt nämlich auch auf eine innere Disposition, auf eine Gesinnung, und nicht nur auf ein äußeres Verhalten. Damit gefährdet er nicht nur die Rechtssicherheit, sondern führt auch in eine Annäherung von Religionsgemeinschaft und Staat, die das Staatskirchenrecht des Grundgesetzes weder verlangt noch billigt.“ – Geschwindigkeitsbegrenzungen im Straßenverkehrsrecht mit dem Zusatzschild „Bei Nässe“ sind hingegen von der Rechtsprechung nicht als verfassungswidrige Blankettnormen angesehen worden.<sup>388</sup>

---

<sup>383</sup> Bei dem Versuch einer Subsumtion unter den Rechtsbegriff „Behörde“ in einer verwaltungsrechtlichen Norm etwa muss zunächst dessen bereichsspezifischer Gehalt geklärt werden. In Orientierung an dem jüngeren Schrifttum empfiehlt es sich dabei, zwischen dem organisationsrechtlichen, dem verwaltungsverfahrenrechtlichen und dem verwaltungsprozessrechtlichen Behördenbegriff zu differenzieren. Dazu näher *Schnapp*, NWVBl. 1989, 425 (429).

<sup>384</sup> Vgl. OVG NRW DÖD 2002, 182 f. zu therapeutischem Reiten (Hippotherapie).

<sup>385</sup> § 35 GewO ist durch eine inzwischen jahrzehntelange Judikatur konkretisiert worden, die bestimmte Gründe gewerblicher Unzuverlässigkeit erarbeitet hat, so dass dem Rechtsanwender bei Kenntnis dieser Auffächerung eine Subsumtion leichter möglich ist, vgl. *Tettinger/Wank/Ennuschat*, GewO, 8. Aufl. 2011, § 35 Rn. 27 ff.

<sup>386</sup> Vgl. BVerfGE 21, 73 (79); 31, 255 (264); 49, 89 (133 ff.); 78, 205 (212); 78, 214 (226).

<sup>387</sup> Vgl. BVerfGE 6, 32 (42); 8, 274 (325); 13, 153 (160); 56, 1 (12).

<sup>388</sup> BGH NJW 1978, 652.

Die Warnung vor der Flucht des Gesetzgebers in solche Generalklauseln ist alt,<sup>389</sup> die Frage nach der gerichtlichen Überprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe ist auch heutzutage immer noch ein beliebtes Klausurproblem.<sup>390</sup>

### a) Typisierung und Spezifizierung durch die Rechtsprechung

In solchen Fällen ist durch Typisierung und Spezifizierung den gesetzlichen Grundgedanken bei der Subsumtion zum Durchbruch zu verhelfen, was am ehesten durch Rückgriff auf eine umfängliche höchstrichterliche Judikatur zu der speziellen Normierung gelingen mag. Erwähnt seien hier nur die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel (vgl. § 11 NSOG) sowie § 242 BGB („Treu und Glauben“).<sup>391</sup> Aus diesem Grund sollten die Grundzüge der zentralen Judikate zu den gängigsten Formeln der juristischen Hauptfächer jedenfalls den fortgeschrittenen Studierenden stets präsent sein. Nur so sind sie in der Examensklausur in der Lage, sich den Subsumtionsvorgang zu erleichtern, indem sie solchen Begriffen durch differenzierende Aufgliederung in Subkategorien schärfere Konturen verleihen.

**Beispiel:** Gemäß § 626 I BGB ist die fristlose Kündigung eines Dienstverhältnisses „aus wichtigem Grund“ möglich. Hier verspricht der Versuch einer unmittelbaren Subsumtion unter dieses Merkmal wenig Erfolg. Deshalb empfiehlt sich auch hier zunächst die Bildung von Subkategorien.

Eine derartige „Zwischennormbildung“ durch Herausarbeitung von „Mittelbegriffen“, wie sie üblicherweise durch den Richter geschieht, stellt in Fortführung der gesetzgeberischen Gedanken einen nicht rein kognitiv begreifbaren, aber doch im Kern interpretativen Akt dar, der die Sphäre der rechtlich zweifelhaften Fälle sukzessiv verengt. Typisierend werden einzelne Fälle oder Fallgruppen speziellen Subkategorien des Gesetzesbegriffs zugeordnet, andere Fallgruppen werden – im Wege einer vergleichenden Argumentationsführung – ausgeschlossen.

Auf diese Weise hat die Rechtsprechung zum Zwecke der Konkretisierung im Laufe der Zeit ein „Netz von Orientierungspunkten“<sup>392</sup> geknüpft, dessen Vorhandensein es in der Folgezeit erlaubt, konkrete Fälle nach Maßgabe der entwickelten Typen im Wege der Fallvergleiche – nicht unähnlich dem anglo-amerikanischen case-law – zu beurteilen.<sup>393</sup> Dieser Vorgang der typisierenden Spezifizierung, der durch vorsichtige Herausbildung tragfähiger antithetischer Subkategorien beginnt, kann, wie uns die Geschichte der Rechtsprechung zur polizeirechtlichen Generalklausel lehrt, lange Jahre dauern, ehe eine einigermaßen praktikable Abschichtung erreicht ist. Eine solche Herausbildung sachlich differenzierender Zwischennormen wird vom Gesetzgeber oftmals durch Einfügung von Definitionen, (Regel-)Beispielen oder Vermutungen in den Gesetzestext erleichtert.

---

<sup>389</sup> Die berühmte Schrift von *Justus Wilhelm Hedemann*, „Die Flucht in die Generalklausel. Eine Gefahr für Recht und Staat“, stammt aus dem Jahre 1933.

<sup>390</sup> Zwar hat das BVerfG festgestellt, dass unbestimmte Rechtsbegriffe grds. der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen, BVerfGE 103, 142 (156), doch erkennt die Rspr. für einige anerkannte Ausnahmefälle (z. B. Prüfungsentscheidungen, beamtenrechtliche Beurteilungen) einen behördlichen Beurteilungsspielraum an, der der gerichtlichen Kontrolle nur eingeschränkt zugänglich ist, vgl. dazu nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 35 ff.

<sup>391</sup> Zur Auffächerung dieser Norm durch die Judikatur siehe bereits Rn. 100.

<sup>392</sup> Begriff von *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 143.

<sup>393</sup> Näher *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl. 2011, S. 8 f.

**Beispiele:**

- Der Begriff der „erheblichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ in § 55 I AufenthG orientiert sich hinsichtlich der Gewichtigkeit an der beispielhaften Auflistung in § 55 II AufenthG.
- Die verfassungsrechtliche Kompetenzbestimmung des Art. 74 I Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) wird durch den nachfolgenden Klammerzusatz erläutert.
- Bei der Bestimmung des Standes der Technik sind gemäß § 3 VI 2 BImSchG insbesondere die im Anhang zum BImSchG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.
- Zur näheren Präzisierung der Fälle, in denen durch Bauen im Außenbereich öffentliche Belange beeinträchtigt werden (§ 35 II BauGB), hat der Gesetzgeber in § 35 III BauGB eine beispielhafte („insbesondere“) Auflistung in das Gesetz aufgenommen.

Durch die zur Sachentscheidung notwendigen Subsumtionen trägt die Judikatur – ungeachtet des jeweils erzielten positiven oder negativen Ergebnisses – also zur zunehmenden Klärung des Bedeutungsgehaltes einer gesetzlichen Formulierung bei und erhöht auf diese Weise durch kasuistische Anreicherung des Vergleichsmaterials auch die Interpretationssicherheit der mit ihr vertrauten Studierenden.

Sind dem Klausurbearbeiter die Ansätze der Judikatur zu einer fallwesentlichen Gesetzesformulierung nicht präsent – und dies wird gerade in Examensklausuren nicht selten passieren –, so gilt es, in Anlehnung an die Grundideen des jeweiligen Gesetzes und die ratio legis der konkreten Norm, durch Heranziehung allgemeiner Rechtsprinzipien und Vergleiche mit ähnlichen Regelungskomplexen selbständig Subkategorien herauszuarbeiten, um eine überzeugende Subsumtion zu ermöglichen. Diese Fertigkeit lässt sich aber nur durch ständige Übung erwerben, was ein erneutes (s. Rn. 10, 153) Petitum beinhaltet, möglichst frühzeitig an allen angebotenen universitären Klausurangeboten teilzunehmen.

**b) Zur Einbeziehung von Wertungen**

- 259 Bei der *Auslegung* „offener“ Normen muss sich der Bearbeiter darüber im Klaren sein, dass Rechtsfindung hier in der Tat kein reiner Erkenntnisprozess ist, der in vollem Umfang durch objektive Kriterien im Vorhinein festgelegt ist. Er muss vielmehr berücksichtigen, dass bei ihrer Interpretation – nicht nur im Rahmen der teleologischen Auslegung – in nicht unerheblichem Umfang Wertungen einzubeziehen sind. Dies allein führt bereits dazu, dass es hier eine einzige, von allen Normanwendern akzeptierte richtige Entscheidung nicht gibt. Nichtsdestotrotz muss der Bearbeiter aber, um der ihm gestellten Aufgabe zu genügen, auch hier das vorgestellte methodische Rüstzeug im Rahmen der Gesetzesanwendungsprozedur benutzen und dabei die Zulässigkeit, den Inhalt und den Umfang der von ihm getroffenen Wertentscheidungen mitteilen sowie nach Möglichkeit methodisch rechtfertigen.

Leider findet man selbst in Examensklausuren noch vielfach allgemeine Billigkeitserwägungen und höchst subjektiv gefärbte Einschätzungen als alleinige Entscheidungsgrundlage. Das sollen einige *Negativbeispiele* aus Originalklausurbearbeitungen verdeutlichen:

**Beispiele:**

- (zur Frage, ob Drogenkonsum die Unzuverlässigkeit eines Gastwirts bedingt:) „Die irrationale Hatz auf Haschischkonsumenten verkennt, dass Haschischkonsum im Vergleich zu der gesellschaftlich tolerierten Droge Alkohol die Menschen nicht aggressiv macht, sondern entspannt. Bekiffte Jugendliche sind für die Gesellschaft unschädlicher als besoffene Randalierer.“
- (zum Fall Rn. 168) „Würde man bei der X-AG eine Grundrechtsfähigkeit bejahen, so würde das bedeuten, dass ausländische Unternehmen durch den Erwerb von Mehrheitsbeteiligungen in der Bundesrepublik grundrechtsfähig würden. Dieses Ergebnis ist jedoch sowohl aus wirtschaftspolitischen wie diplomatischen Erwägungen nicht wünschenswert.“