

Einführung in das juristische Denken

Autorin: Claudia Lanzendorf

bisherige Ausgaben

1. AUSGABE 2010

Autorin: Claudia Lanzendorf, Eberswalde/Berlin

2. AUSGABE 2016

Autorin: Claudia Lanzendorf, Eberswalde/Berlin

© Verwaltungsakademie Berlin

Der Nachdruck sowie jede Art von Vervielfältigung und Weitergabe ist nur mit der Genehmigung durch die Verwaltungsakademie Berlin gestattet.

ÄNDERUNGSDIENST

Der Lehrbrief unterliegt einer ständigen Anpassung an neue Entwicklungen aus Politik, Wirtschaft und Verwaltung. Wünsche, Anregungen, Ergänzungen und Verbesserungsvorschläge zu diesem Lehrbrief richten Sie bitte mit dem Stichwort LEHRBRIEF an die:

Verwaltungsakademie Berlin
Ausbildungszentrum
Turmstraße 86
10559 Berlin
› service@vak.berlin.de

www.vak.berlin.de

Einführung in das juristische Denken

AUTORIN

Claudia Lanzendorf

INHALTSVERZEICHNIS

1. WESEN UND AUFGABEN DES RECHTS	7
1.1 Allgemeine Bedeutung des Rechts	7
1.2 Das Gerechtigkeitsprinzip	7
1.3 Objektives und subjektives Recht	9

2. DIE RECHTSORDNUNG	10
2.1 Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht und ihre Bedeutung	10
2.2 Subordinationstheorie, Sonderrechtstheorie	11
2.3 Das öffentliche Recht	11
2.4 Das Privatrecht (Zivilrecht)	12
2.5 Übersicht über die Rechtsgebiete	13
2.6 Bedeutung der Verfahrensrechte	14

3. RECHTSQUELLEN: RECHTSSETZUNG / RANGORDNUNG	16
3.1 Formelle Gesetze	17
3.2 Materielle Gesetze	17
3.2.1 Rechtsverordnungen	17
3.2.2 Autonome Satzungen	18
3.2.3 Ordnungsbehördliche Verordnungen	19
3.2.4 Verwaltungsvorschriften, Ausführungsvorschriften und rechtssetzende Vereinbarungen	19
3.2.5 Gewohnheitsrecht und Richterrecht	20

4. DER AUFBAU DER RECHTSPRECHUNG (JUDIKATIVE)	23
--	-----------

5. ARTEN VON RECHTSNORMEN	25
5.1 Verbots-/Gebotsnormen	25
5.2 Hilfsnormen	26
5.3 Gegennorm	27
5.4 Sonstiges	27
5.5 Antwortnormen	28
5.5.1 Allgemeines	28
5.5.2 Die Bestandteile der Antwortnorm	30
5.5.2.1 Tatbestandsmerkmale	30
5.5.2.2 Rechtsfolgen	32

6. AUSLEGUNG UNBESTIMMTER RECHTSBEGRIFFE	34
6.1 Auslegungskriterien	34
6.2 Analogie und ergänzende Auslegung	36
6.3 Die teleologische Reduktion	37

7. ARBEITSHILFE – STRUKTUR DER ANTWORTNORMEN	39
---	-----------

8. ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGEN	41
8.1 Was das mit dem »soll« soll	42
8.2 Das Entschließungsermessen	43
8.3 Ermessensfehler	44
8.4 Auswahlermessen	45
8.5 Die Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne)	47
8.6 Ermächtigungsgrundlagen und ihre Zielrichtungen	52

9. ANSPRUCHSGRUNDLAGEN	55
-------------------------------	-----------

10. DER GUTACHTENSTIL	56
10.1 Bedeutung	56
10.2 Aufbau	57
10.3 Die einzelnen Bestandteile des Gutachtens	58
10.4 Der Kern der juristischen Denktechnik	61
10.5 Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen im öffentlichen Recht	63
10.6 Besonderheiten der Fallbearbeitung im Privatrecht	65
10.7 Die Sprache im Gutachten	66
10.8 Aufbauschema für Vermerk und Verfügung	67

11. ANHANG FÄLLE	69
11.1 Beispiel für ein Gutachten zur Erarbeitung einer materiell rechtmäßigen Entscheidung	69
11.2 Beispiel für die gutachterliche Prüfung einer verfahrensrechtlichen Frage nach der Notwendigkeit einer Anhörung	72
11.3 Beispiel für ein zivilrechtliches Gutachten	75

12. FRAGEN ZUR SELBSTKONTROLLE	79
---------------------------------------	-----------

13. BEANTWORTUNG DER FRAGEN ZUR SELBSTKONTROLLE	82
--	-----------

Dieser Lehrbrief soll grundlegende Rechtsbegriffe erläutern und Sie mit dem Umgang mit Rechtsquellen und der Auslegung von Gesetzen und Verordnungen vertraut machen.

Begleitend zu diesem Lehrbrief werden

- › das **Grundgesetz (GG)**
- › das **Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)** und
- › das **Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)** empfohlen.

Er ist geeignet für Teilnehmende im Aus- und Fortbildungsbereich der mittleren Verwaltungsebene.

HINWEIS

Alle Personen- oder Funktionsbezeichnungen, die in diesem Lehrbrief in der männlichen oder weiblichen Sprachform gebraucht werden, gelten auch in der entsprechenden Sprachform des anderen Geschlechts.

1. WESEN UND AUFGABEN DES RECHTS



LERNZIELE

DER / DIE LERNENDE ERFÄHRT

01. welche Aufgabe das Recht hat,
02. was sich hinter dem Begriff Gerechtigkeit verbirgt und
03. welcher Unterschied zwischen subjektiven und objektiven Rechten besteht.

1.1 Allgemeine Bedeutung des Rechts

Es ist leicht, ein gütiger Mensch zu sein. Aber es ist schwierig, ein gerechter Mensch zu sein. (Victor Hugo)

Dass einem Unrecht getan wird, ist nichts – es sei denn, man vergisst es nicht. (Konfuzius)

Kein Streit würde lange dauern, wenn das Unrecht nur auf einer Seite wäre. (Larochefoucauld)

Kein Breitengrad, der nicht dächte, er wäre Äquator geworden, wenn alles mit rechten Dingen zugegangen wäre. (Mark Twain)

Diese Zitate lassen schon erahnen, dass das mit dem Recht wohl nicht so einfach ist und Recht allein kein Allheilmittel zu sein scheint. Das Recht beinhaltet die Grundregeln des Zusammenlebens der Menschen. Es besteht in einer Gesamtheit von geschriebenen und ungeschriebenen Normen. Dabei spiegelt sich in ihnen die soziale und kulturelle Einstellung der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung in einem bestimmten Staat wieder, jedenfalls dann, wenn es sich um eine Demokratie handelt. Das Recht schafft die Möglichkeit,

- › das Zusammenleben zu ordnen und
- › Übertretungen zu sanktionieren.

Doch ist dabei der oberste Zweck des Rechts tatsächlich die Verwirklichung der Gerechtigkeit? Was ist überhaupt Gerechtigkeit?

1.2 Das Gerechtigkeitsprinzip

Die **Gerechtigkeit** (griechisch: dikaiosýne, lateinisch: iustitia) kann man als einen wünschenswerten Zustand des sozialen Miteinanders bezeichnen, in dem es einen angemessenen, unparteilichen und beanspruchbaren Ausgleich der

Gerechtigkeit

Interessen zwischen den Beteiligten gibt. Zu den Prinzipien, deren Beachtung zur Gerechtigkeit beitragen, zählen u.a. das Vertragsprinzip, das Gleichheitsprinzip und das Gleichberechtigungsprinzip.

Zur Herstellung von Gerechtigkeit bedarf es daher auch bestimmter Handlungsnormen, die in Form von Rechtsnormen dazu geeignet sind, das gesellschaftliche Zusammenleben verbindlich zu gestalten. Solche Rechtsquellen finden sich im geschriebenen und ungeschriebenen Recht. Zu den Rechtsquellen zählen auch Vertragswerke. Letztere beziehen sich im Unterschied zu geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsquellen allerdings nur auf die Vertragspartner. Näheres dazu lesen Sie im Abschnitt 3 »Rechtsquellen«. Grundlage all dieser Rechtsquellen ist die verfassungsgemäße Ordnung, so wie sie im Grundgesetz normiert ist. Danach ist die Gesetzgebung an diese verfassungsmäßige Ordnung gebunden.

Gesetzgebundenheit
der Verwaltung

Darüber hinaus sind die vollziehende Gewalt (Exekutive) und die Rechtsprechung (Legislative) an Gesetz und Recht gebunden, nachzulesen in Art. 20 Abs. 3 GG. Bezogen auf die Exekutive spricht man auch von der **Gesetzgebundenheit der Verwaltung**. An diesen Grundsatz schließen sich weitere Grundsätze des öffentlich-rechtlichen Handelns an. Lesen Sie hierzu mehr im Abschnitt 2.3 »Das öffentliche Recht«.

Merkmal der Gerechtigkeit ist in dem hier interessierenden Zusammenhang die Rechtssicherheit:

- › zum einen in Form des sozial akzeptierten Handlungsspielraums, den jeder aufgrund der geschriebenen Rechtsquellen für sich herleiten kann
- › zum anderen durch die Gewissheit (Sicherheit), dass Übertretungen (Verletzungen) dieses Spielraums durch die hierfür zuständigen Organe auch geahndet werden.

Wenn Sie sich vorstellen, dass diese beiden Interessenskomplexe von zwei verschiedenen Personen beansprucht werden, wird Ihnen wahrscheinlich klar, dass oft eine Balance hergestellt werden muss zwischen den Interessen am Ausschöpfen des Handlungsspielraumes und denjenigen an der Verhinderung von Übertretungen. Weder das eine noch das andere Ziel darf der alleinige Zweck der Rechtsanwendung sein.

Die Grenzen eines Handlungsspielraums sind fließend. Im Recht ist sozusagen alles relativ. Nur dann, wenn es einem Staat möglich wäre, alle denkbaren Fallkonstellationen zu regeln, die in sämtlichen Lebensgebieten auftreten können und hierfür jeweils eine klare Grenze zu ziehen, würde die Rechtsanwendung einfach(er) zu handhaben sein. Das aber ist niemals möglich und das ist sicherlich auch von Vorteil (nicht nur als Daseinsberechtigung eines Juristen). So werden Sie sich bereits an dieser Stelle von der Vorstellung verabschieden müssen, dass schließlich alles irgendwo klar geregelt sei und man nur noch lernen müsse, wo etwas steht. Und wenn Sie schon dabei sind sich zu verabschieden, dann bitte auch gleich von der Vorstellung, dass Gerechtigkeit etwas ist, bei dem am Ende einer Recht hat und der andere nicht. Im Ergebnis geht es häufig einfach darum,

Rechtsfrieden, also die oben angesprochene Balance zwischen den Interessen der Beteiligten und Betroffenen, herzustellen. Auch deshalb endet ein erheblicher Teil der Rechtsstreite mit einem Vergleich.

1.3 Objektives und subjektives Recht

Ausgehend von der vorangegangenen Darstellung zur Aufgabe des Rechts zur Wahrung oder Herstellung von Gerechtigkeit können Sie nun noch unterscheiden zwischen dem objektiven Recht und dem subjektiven Recht. Im Recht ist es häufig so, dass man sich ausgehend von den Begriffen bereits eine Vorstellung von dem machen kann, was dahinter steckt. In Bezug auf das objektive und das subjektive Recht beginnt man am besten mit dem subjektiven Recht.

Ein **Subjekt** hat nach dem Wortsinn **Rechte**. Diese Rechte nennt man Ansprüche. Danach gibt es also im Recht individuelle Ansprüche des Bürgers. Wo es solche Ansprüche gibt, muss es auch jemanden geben, der diese Ansprüche erfüllen muss, also jemanden, der die Pflicht hat, in bestimmter Weise zu handeln. So bestehen auf viele Sozialleistungen, wie Sozialhilfe nach SGB XII, Leistungen nach SGB II usw., Ansprüche des Einzelnen, wenn er die Voraussetzungen der Leistungsgewährung erfüllt. Man spricht von der **Leistungsverwaltung der Exekutive**.

subjektives Recht

Leistungsverwaltung
der Exekutive

Dem gegenüber stehen die **objektiven Rechte**. Sie sind nicht an ein individuelles Subjekt geknüpft, sondern auf die generell abstrakte Regelung einer Mehrheit (Vielzahl) von Sachverhalten gerichtet. Es handelt sich also um Gesetze, Rechtsverordnungen und die später besprochenen weiteren Rechtsquellen.

objektives Recht

Wie bereits erwähnt, kann man unmöglich alle denkbaren Sachverhalte mit dem Recht regeln. Deshalb bilden Werte wie Sitte und Moral weitere Grenzen, des Zusammenlebens, die neben dem Recht bestehen.

ZUSAMMENFASSUNG

- ✓ Im Recht geht es um Gerechtigkeit. Unter ihr versteht man die Wahrung eines Handlungsspielraums durch das Recht und die Gewissheit, dass Übertretungen dieses Spielraums sanktioniert werden. Es gilt eine Balance herzustellen. Deshalb erschöpft sich die Gerechtigkeit nur in Ausnahmefällen in der Feststellung, dass eine Partei Recht hat und die andere Unrecht.
- ✓ Unter dem subjektiven Recht versteht man die Ansprüche des Einzelnen, während man mit dem Begriff objektives Recht generell abstrakte Regelungen zu einer Vielzahl von Sachverhalten bezeichnet.





LERNZIELE

2. DIE RECHTSORDNUNG

DER / DIE LERNENDE SOLL

04. das Wesen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts/Zivilrechts erfassen.
05. die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen diesen Rechtsgebieten kennen lernen.



MERKSATZ

Man unterteilt zwei große Rechtsgebiete:

1. *das öffentliche Recht und*
2. *das Privatrecht (auch als Zivilrecht bezeichnet).*

2.1 Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht und ihre Bedeutung

Die Unterscheidung ist wesentlich, um bestimmen zu können, welche Rechtswege einzuhalten sind. Während Sie im Zivilrecht einen oft langen und steinigen Weg bis zu einem Titel¹ gehen müssen, schafft sich die Behörde im öffentlichen Recht diese »Titel« in der Regel selbst. Die Vollstreckung der zivilrechtlichen Titel erfolgt nach den Regeln der Zivilprozessordnung (ZPO). Sie können diese Titel auch nicht selbst vollstrecken, sondern benötigen die Hilfe eines Vollstreckungsgerichts oder/und eines Gerichtsvollziehers.

Im öffentlichen Recht dagegen schafft sich die Behörde nicht nur die »Titel« selbst, sondern vollstreckt sie auch selbst, gemeint sind zum Beispiel Verwaltungsakte. Sie werden von der Behörde erlassen und, sofern sie bestandskräftig sind, auch von einer Behörde vollstreckt. Die Vollstreckung erfolgt nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (VvVG).

Es kann einen erheblichen Unterschied machen, ob Sie als Leiter einer Musikschule von säumigen Schülern die Kosten des Unterrichts begehren, als Mitarbeiterin der Bibliothek nachlässigen Lesern gegenüber Schadenersatzansprüche haben oder von zahlungsunwilligen Eltern Kitagebühren verlangen. In jedem Fall müssen Sie vor dem ersten Schritt überlegen, ob Sie gerade privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich tätig sind.

1 Ein Titel ist im Privatrecht die Voraussetzung für eine Zwangsvollstreckung. Unter einem Titel versteht man Entscheidungen wie Urteile, gerichtliche Vergleiche und Beschlüsse sowie beurkundete Erklärungen, aus denen durch Gesetz die Zwangsvollstreckung möglich ist (vgl. §§ 300 ff. ZPO).

Eine Bibliothek zum Beispiel kann sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich organisiert sein. Ist sie privatrechtlich organisiert, wird sie ihren säumigen Lesern nach der Mahnung vielleicht einen Mahnbescheid zustellen lassen, im Falle eines Widerspruchs Klage vor dem Amtsgericht erheben und mit der Vollstreckung des so erstrittenen Titels einen Gerichtsvollzieher beauftragen.

Ist die Bibliothek aber öffentlich-rechtlich organisiert, genügt ein Gebührenbescheid gegen die säumigen Leser. Zahlen diese nicht, wird durch die Behörde auf der Grundlage des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes aus diesem Gebührenbescheid (Verwaltungsakt) vollstreckt.

2.2 Subordinationstheorie, Sonderrechtstheorie

Woran aber erkennen Sie, auf welchem Rechtsgebiet Sie sich befinden?

Hierzu gibt es mehrere Theorien. Zwei Theorien mit wohlklingenden Namen sollen hier dargelegt werden. Die Rede ist von der Subordinationstheorie und von der Sonderrechtstheorie.

Subordinationstheorie bedeutet übersetzt: »**Unterordnung; Gehorsam**«. Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts erkennen Sie also an dem Über-/Unterordnungsverhältnis der Beteiligten – typischerweise der Behörde gegenüber dem Bürger. In diesem Fall wissen Sie, Sie befinden sich auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Stehen sich die Beteiligten dagegen gleichberechtigt gegenüber, handelt es sich um Privatrecht.

Subordinationstheorie

Die **Sonderrechtstheorie** geht, wie der Begriff schon sagt, von besonderen Rechten (sogenannten Sonderrechten) eines Beteiligten aus. Ein Träger hoheitlicher Gewalt ist auf gesetzlicher Grundlage zu einem bestimmten Handeln berechtigt, verpflichtet oder ermächtigt. Diese gesetzliche Grundlage ist irgendein öffentlich-rechtliches Gesetz. Sie können also zur Unterscheidung auch ermitteln, ob die Rechtsgrundlage des Handelns sich aus einer öffentlich-rechtlichen Rechtsquelle ergibt, dann wäre es Sonderrecht und damit öffentliches Recht.

Sonderrechtstheorie

2.3 Das öffentliche Recht

Das öffentliche Recht ist gekennzeichnet durch ein Über-/Unterordnungsverhältnis der Beteiligten, wobei die Exekutive dem Bürger übergeordnet gegenübersteht. Sie hat Sonderrechte, also öffentlich-rechtliche Vorschriften, auf deren Grundlage sie tätig wird. Die Exekutive kann im Rahmen ihrer Zuständigkeit in die Rechte der Bürger eingreifen, Sie sprechen dann von der **Eingriffsverwaltung**. Ebenfalls im Rahmen der Zuständigkeit kann die Exekutive über Leistungen an den Bürger entscheiden, dann sprechen Sie von der **Leistungsverwaltung**. Die Judikative kann auch auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften in die Rechte der Bürger eingreifen, denken Sie zum Beispiel an ein strafgerichtliches Urteil.

Eingriffsverwaltung

Leistungsverwaltung

Öffentlich-rechtliche Vorschriften finden Sie nicht zentral in einem Gesetz, sondern in vielen einzelnen Gesetzen.

Öffentlich-rechtliches Handeln wird von **drei Grundsätzen** geprägt:

- 1.**

Vorrang des Gesetzes **Vorrang des Gesetzes** meint kein Handeln gegen das Gesetz und bedeutet, dass das Handeln von Legislative, Exekutive und Judikative nicht gegen geltendes Recht verstoßen darf.
- 2.**

Vorbehalt des Gesetzes **Vorbehalt des Gesetzes** meint kein Handeln ohne Gesetz und bedeutet, dass insbesondere für Eingriffe in die Rechte des Einzelnen stets eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein muss. Der Vorbehalt beinhaltet dagegen zugleich, dass alles **wesentliche** Handeln im Rahmen der Leistungsverwaltung einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Wie Sie der Einschränkung durch das Wort »wesentlich« entnehmen können, beinhaltet der Vorbehalt **nicht**, dass **alles** Handeln der Leistungsverwaltung gesetzlich geregelt ist.
- 3.**

Verhältnismäßigkeiten im weiteren Sinne Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wird auch als Übermaßverbot oder als **Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne** (zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vgl. 8.5) bezeichnet. Es meint, dass der Staat nicht übermäßig (daher Übermaßverbot) in die Grundrechte, insbesondere in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen soll. Erinnern Sie sich an dieser Stelle bitte an die Ausführungen zur Gerechtigkeit im Zusammenhang mit der Aufgabe eine Balance herzustellen zwischen der Ausschöpfung des Handlungsspielraumes und der Einhaltung der Rechtsnormen.

Es kann deshalb sein, dass in einem Sachverhalt die Voraussetzungen für ein Eingreifen der Exekutive in die Rechte eines Bürgers vorliegen, dieses Eingreifen dennoch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde und deshalb rechtswidrig wäre. Daher ist immer auch zu fragen, ob die Anwendung einer bestimmten Rechtsfolge vor dem Hintergrund der Umstände des Einzelfalls und dem Sinn und Zweck des Gesetzes, sowie im Lichte des Art. 2 Abs. 1 GG verhältnismäßig, insbesondere auch erforderlich ist.

2.4 Das Privatrecht (Zivilrecht)

Im Privatrecht stehen sich die Beteiligten typischerweise gleichberechtigt gegenüber. Zentrale Norm des Privatrechts ist das BGB, auch wenn es darüber hinaus noch weitere privatrechtliche Gesetze gibt, so zum Beispiel zum Urheberrecht, Versicherungsrecht, Anfechtungsgesetz, Kündigungsschutzgesetz. Im Privatrecht herrscht Vertragsfreiheit, das heißt, Sie sind bei vertraglichen Vereinbarungen nicht an die im BGB erwähnten Vertragsarten gebunden, sondern frei in der Gestaltung. Die Grenze der Gestaltungsfreiheit ist der Verstoß gegen geltendes Recht (§ 134 BGB) und Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Es gibt darüber hinaus Regelungen im BGB, die nicht abdingbar sind, das heißt, zu denen die Vertragspartner zu Lasten eines Vertragspartners keine abweichende Regelung treffen dürfen.

Beispiel:

Gemäß § 475 Abs. 2 BGB darf die Mangelgewährleistungsfrist bei Kaufverträgen zwischen Verbrauchern und Unternehmern bei neuen Sachen nicht unter zwei Jahre reduziert werden, diejenige für gebrauchte Sachen nicht unter ein Jahr. Es handelt sich um eine zwingende Vorschrift. Gegenteilige Vereinbarungen in Verbraucherkaufverträgen wären nichtig, weil sie gegen geltendes Recht verstoßen würden, § 134 BGB.

Die Exekutive kann natürlich auch privatrechtlich handeln, denken Sie an Beschaffungsmaßnahmen, Mietverträge, Dienstverträge, Werkverträge usw. Man nennt diese Art des Verwaltungshandelns **fiskalisches Handeln**.

fiskalisches Handeln

2.5 Übersicht über die Rechtsgebiete

Öffentliches Recht gliedert sich in:

- › *Staats- und Verfassungsrecht*
 - › *Verwaltungsrecht*
 - › *Sozialrecht*
 - › *Steuerrecht*
 - › *Strafrecht*
-

**MERKSATZ**

Das **Staats- und Verfassungsrecht** beschäftigt sich zum Beispiel mit der Einhaltung des Grundgesetzes (GG) und der Verfassungen der Länder.

Das **Verwaltungsrecht** wird unterteilt in:

- › Allgemeines Verwaltungsrecht und
- › Besonderes Verwaltungsrecht.

Zum **Allgemeinen Verwaltungsrecht** gehören im Wesentlichen:

- › *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*
- › *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*
- › *Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG)* und das
- › *Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG)*.

In diesen Gesetzen geht es um allgemeine Vorschriften, die im Wesentlichen in allen Teilen des besonderen Verwaltungsrechts Anwendung finden.

Zum **Besonderen Verwaltungsrecht** gehören zum Beispiel Rechtsgebiete, wie:

- › Gewerberecht
- › Polizei- und Ordnungsrecht
- › Baurecht
- › Kommunalrecht.

Das **Sozialrecht** enthält Verfahrensvorschriften:

- › im SGB X
- › im SGB I und
- › im Sozialgerichtsgesetz (SGG).

Darüber hinaus gehören zum Sozialrecht die übrigen Bücher des SGB:

- › SGB II Grundsicherung für Arbeitssuchende
- › SGB III Recht der Arbeitsförderung
- › SGB IV Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
- › SGB V Gesetzliche Krankenversicherung
- › SGB VI Rentenversicherung
- › SGB VII Gesetzliche Unfallversicherung
- › SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe
- › SGB IX Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen.

Das **Steuerrecht** ist geregelt in verschiedenen Steuergesetzen (zum Beispiel Einkommensteuergesetz). Das dazugehörige Verfahrensrecht finden Sie in der Abgabenordnung (AO).

Das **Strafrecht** ist im Strafgesetzbuch (StGB) geregelt, das Verfahren in der Strafprozessordnung (StPO). Das Recht der Ordnungswidrigkeiten ist im Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG) normiert, Vorschriften zu Ordnungswidrigkeiten finden Sie darüber hinaus auch am Ende der Einzelgesetze nahezu im gesamten öffentlichen Recht. Die Verfahrensvorschriften für die Ordnungswidrigkeiten sind, soweit nicht im OwiG selbst geregelt, der Strafprozessordnung zu entnehmen.

2.6 Bedeutung der Verfahrensrechte

Verfahrensrechte Wie Sie der Übersicht des vorigen Abschnittes bereits entnehmen konnten, ist typischerweise jedem Rechtsgebiet ein bestimmtes Verfahrensrecht zugeordnet. Mit ihm werden Regeln für das Verfahren bestimmt, sozusagen die Spielregeln, also allgemeine Grundsätze, deren Beachtung zwingend erforderlich ist.

Deren Kenntnis verhindert, dass zum Beispiel ein Verwaltungsakt formell rechtswidrig ist, weil etwa die Anhörung versäumt wurde oder die Begründung fehlt.

Die Verfahrensrechte und die Bedeutung können Sie mit dem Autofahren vergleichen. Stellen Sie sich einmal vor, Sie könnten das Auto halbwegs gleichmäßig fahren, haben jedoch keine Ahnung, was die vielen bunten Zeichen auf den Straßen bedeuten sollen. Haben Sie Glück, werden Sie ohne diese Kenntnisse möglicherweise zufällig Ihr Ziel unbeschadet erreichen. Wahrscheinlicher ist aber, dass Sie und andere Verkehrsteilnehmer unterwegs zu Schaden kommen. Sie kannten einfach das Verfahrensrecht nicht. Das lässt sich natürlich mit entsprechender Ausbildung und Sorgfalt mühelos vermeiden.

ZUSAMMENFASSUNG

- ✓ Während sich im öffentlichen Recht die Beteiligten in einem Über-/Unterordnungsverhältnis gegenüber stehen (Subordinationstheorie) und auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften handeln (Sonderrechtstheorie), stehen sich die Beteiligten im Privatrecht gleichberechtigt gegenüber. Diese Unterscheidung hat Bedeutung für die Auswahl der Rechtsquellen und Rechtswege bis hin zur Beschaffung eines Titels und dessen Vollstreckung.
- ✓ In allen Rechtsgebieten sind Verfahrensvorschriften zu beachten.





LERNZIELE

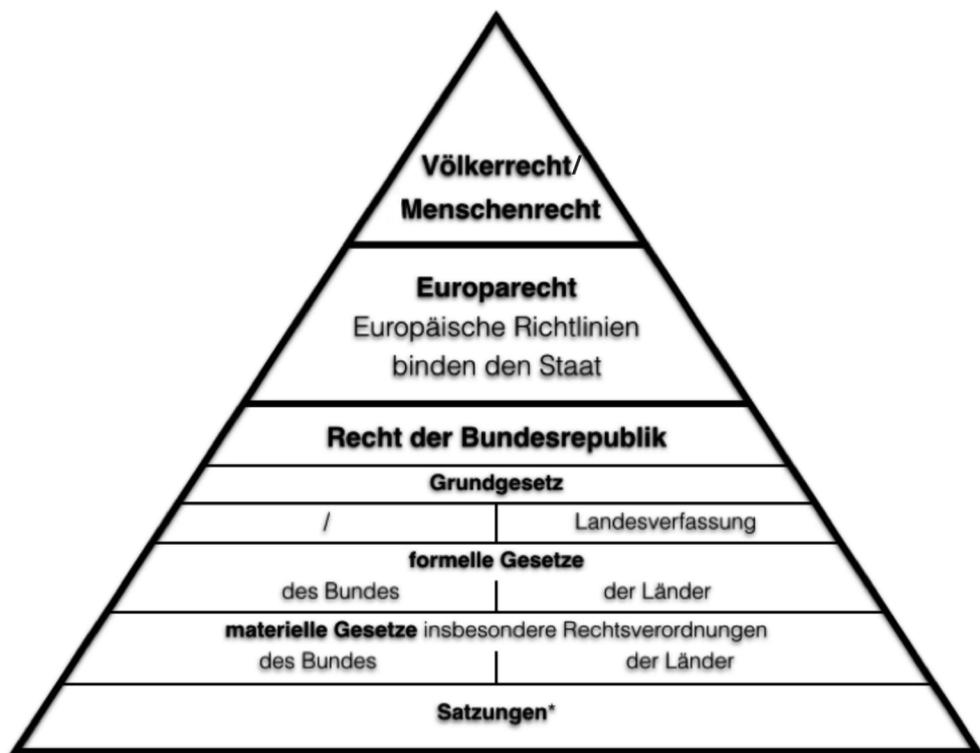
3. RECHTSQUELLEN: RECHTSSETZUNG / RANGORDNUNG

DER / DIE LERNENDE

06. erhält eine Übersicht über die geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsquellen. Er/Sie lernt zwischen formellem Recht und materiellem Recht sowie zwischen Rechtsquellen und bloßen Weisungen ohne Außenwirkung zu unterscheiden.

Rechtsquellen sind allgemeine Regelungen, die Befugnisse und Pflichten in abstrakt-genereller Weise festlegen (also objektives Recht) und die Außenwirkung haben. Sie werden später in der Ausbildung das Gegenstück hierzu finden = den Einzelfall, der einen konkret-individuellen Sachverhalt betrifft.

Rechtsquellen des geschriebenen Rechts:



Quelle:
Claudia Lanzendorf

* gemeint sind autonome Satzungen, siehe 3.2.2

3.1 Formelle Gesetze

Wie der Name schon vermuten lässt, handelt es sich um Gesetze, deren Erlass an bestimmte Formvorschriften gebunden ist. Formelle Gesetze finden Sie auf Bundes- und Landesebene. Die Gesetzgebungsverfahren für formelle Gesetze des Bundes sind im Grundgesetz (Art. 70 ff. GG) geregelt. Das Gesetzgebungsverfahren für die formellen Gesetze der Länder finden Sie in den jeweiligen Landesverfassungen.

Das bedeutet in diesem Zusammenhang, dass Sie zunächst nach einer passenden Norm aus dem Landesrecht suchen, ehe Sie auf Bundesrecht zurückgreifen.

3.2 Materielle Gesetze

Als materielles Gesetz bezeichnet man jede **abstrakt-generelle Regelung**, die Außenwirkung besitzt. Außenwirkung liegt vor, wenn ein außerhalb der Verwaltung liegender Lebenssachverhalt geregelt wird. Zu den materiellen Gesetzen zählen insbesondere Rechtsverordnungen, autonome Satzungen und ordnungsbehördliche Verordnungen.

Eine **abstrakt-generelle Regelung** gilt für eine unbestimmte Anzahl von Sachverhalten (also abstrakt) und eine unbestimmte Anzahl von Personen (also generell). Das Gegenstück dazu ist die **konkret-individuelle Regelung**, die sich auf einen Einzelfall bezieht (also auf einen oder mehrere ähnliche konkrete Sachverhalte). Konkret-individuell ist eine Regelung durch einen Verwaltungsakt.

3.2.1 Rechtsverordnungen

Rechtsverordnungen dienen dazu, den Inhalt formeller Gesetze auszugestalten, indem Gruppen von Sachverhalten (noch) genauer geregelt werden, als dies mit formellen Gesetzen möglich ist. Sie benötigen zu ihrem Erlass eine Verordnungsermächtigung. Eine Verordnungsermächtigung ist eine Norm in einem formellen Gesetz, die jemanden zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt, ihm also den Erlass der Rechtsverordnung erlaubt. Die Ermächtigten sind häufig die Landesregierungen oder bestimmte Minister.

Rechtsverordnungen

Zu Beginn jeder Rechtsverordnung ist zu zitieren, auf welche gesetzliche Ermächtigung sie sich bezieht. Dieses Erfordernis nennt man **Zitiergebot**, vgl. Art. 80 GG und die entsprechende Vorschrift der jeweiligen Landesverfassung.

Beispiel:

SGB XII (Sozialhilfe) enthält in § 40 SGB XII eine Verordnungsermächtigung, wonach

»Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ... im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften über Inhalt, Bemessung und Aufbau der Regelsätze nach § 28 sowie ihre Fortschreibung« erlässt.

Auf der Grundlage dieser Verordnungsermächtigung wurde die Verordnung zur Durchführung des § 28 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (Regelsatzverordnung) erlassen. An deren Beginn heißt es:

»Auf Grund des § 40 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Dezember 2003, BGBl. I S. 3022, 3023) verordnet das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit:

§ 1 Anwendungsbereich

Diese Verordnung regelt Inhalt, Bemessung und Aufbau der Regelsätze sowie ihre Fortschreibung. ...«

HINWEIS

An der Quellenangabe zu Beginn einer gesetzlichen Regelung können Sie diese Regelung dem Landesrecht oder dem Bundesrecht zuordnen. Das Bundesrecht (formelle und materielle Gesetze des Bundes) wird im Bundesgesetzblatt = BGBl veröffentlicht, Landesrecht dagegen im Gesetz- und Verordnungsblatt = GVBl.

3.2.2 Autonome Satzungen

Sie unterscheiden zwischen **autonomen Satzungen** und **privatrechtlichen Satzungen**.

autonome Satzungen **Autonome Satzungen** sind solche der Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie haben entweder Innen- oder Außenwirkung. Unter einer autonomen Satzung mit **Innenwirkung** versteht man eine Satzung deren Inhalt die Organe der öffentlich rechtlichen Körperschaft bindet, wie zum Beispiel die Hauptsatzung oder eine Haushaltssatzung. Eine autonome Satzung mit **Außenwirkung** regelt Rechtsverhältnisse außerhalb der Verwaltung, wie zum Beispiel eine Straßenreinigungssatzung. Auch in Bezug auf den Erlass von autonomen Satzungen gilt das **Erfordernis einer Ermächtigung**. Diese befindet sich für die **Selbstverwaltung** der Gemeinden in Art. 28 Abs. 2 GG. Danach sind die Gemeinden ermächtigt, ihre örtlichen Angelegenheiten durch Satzung selbst zu regeln.

Privatrechtliche Satzungen sind insbesondere solche von Vereinen. Sie haben lediglich den Status privatrechtlicher Vereinbarungen, **nicht** aber den Status einer **Rechtsquelle**.

3.2.3 Ordnungsbehördliche Verordnungen

Die Ordnungsbehörden sind durch eine Verordnungsermächtigung im Ordnungsrecht ermächtigt, unter bestimmten (Tatbestands-)Voraussetzungen **ordnungsbehördliche Verordnungen** zu erlassen. Im Unterschied zu einer Ordnungsverfügung regelt die Verordnung nicht einen Einzelfall, sondern eine Vielzahl von Sachverhalten und ist deshalb eine abstrakt-generelle Regelung und damit ein Gesetz im materiellen Sinne.

ordnungsbehördliche Verordnungen

3.2.4 Verwaltungsvorschriften, Ausführungsvorschriften und rechtssetzende Vereinbarungen

Verwaltungsvorschriften, Ausführungsvorschriften und rechtssetzende Vereinbarungen sind nur dann Rechtsquellen mit Außenwirkung, wenn für ihren Erlass in einem formellen Gesetz eine Ermächtigung enthalten ist. Ist das nicht der Fall, ist unbedingt zu beachten, dass es sich dann nicht um Rechtsquellen handelt. Einzelheiten hierzu im Kasten »Hinweis«.

Verwaltungs-
vorschriften, Aus-
führungsvorschriften
und rechtssetzende
Vereinbarungen

Beispiel:

§ 14 LImSchG Berlin Ausführungsvorschriften:

»Die für den Umweltschutz zuständige Senatsverwaltung wird ermächtigt, zur Durchführung dieses Gesetzes und der hierzu erlassenen Rechtsverordnungen Ausführungsvorschriften zu erlassen.«

Auf dieser Grundlage wurden die Ausführungsvorschriften zum Landes-Immissionsschutzgesetz Berlin (AV LImSchG Bln) vom 10. Juli 2013 erlassen. Dessen Einleitungstext lautet entsprechend dem **Zitiergebot**:

»Auf Grund des § 14 des Landes-Immissionsschutzgesetzes Berlin vom 5. Dezember 2005 (GVBl. S. 735), berichtigt am 13. Januar 2006 (GVBl. S. 42), geändert durch Gesetz vom 3. Februar 2010 (GVBl. S. 38) werden zur Ausführung dieses Gesetzes die folgenden Ausführungsvorschriften erlassen:«

Schließlich finden Sie, vornehmlich im Arbeitsrecht, sogenannte **rechtssetzende Vereinbarungen**. Gemeint sind vor allem Tarifverträge, die ebenfalls für den umfassten Personenkreis Außenwirkung haben.

rechtssetzende
Vereinbarungen

HINWEIS

Ohne ausdrückliche Verordnungsermächtigung sind Verwaltungsvorschriften, Ausführungsvorschriften, Richtlinien, Dienstanweisungen, Leitlinien u.ä. keine Rechtsquellen und haben daher keine Außenwirkung. Sie dienen dann lediglich der einheitlichen Auslegung von bestimmten Tatbeständen und damit einheitlicher Rechtsauslegung innerhalb der Verwaltung. Ein Verwaltungsakt oder irgendeine Entscheidung der Verwaltung, die sich an eine außerhalb der Verwaltung stehende Person richtet, darf deshalb keinesfalls mit dem Hinweis auf solche internen Anweisungen begründet werden.

3.2.5 Gewohnheitsrecht und Richterrecht

Gewohnheitsrecht Beide Rechtsquellen haben gemeinsam, dass es zu dem betroffenen Lebenssachverhalt keine (passende) geschriebene Rechtsnorm gibt. Mit dem Begriff **Gewohnheitsrecht** ist gemeint, dass über einen längeren Zeitraum in ständiger Übung in bestimmter Weise entschieden oder verfahren wurde und dass die Beteiligten davon überzeugt sind, dass diese Übung rechtlich geboten, also erforderlich war. Dann darf von dieser Praxis nicht plötzlich und ohne sachlich gerechtfertigten Grund abgewichen werden.

Richterrecht Sofern diese Entscheidungen von den Gerichten getroffen werden, spricht man von Richterrecht, das sich zu Gewohnheitsrecht verdichtet hat. **Richterrecht** kann entstehen, wenn es in der Praxis erforderlich wird, Lücken im Gesetz auszufüllen oder wenn die Anwendung einer Norm zu einem unbilligen Ergebnis führt. Es entsteht dann entweder durch eine Vielzahl von Entscheidungen über einen längeren Zeitraum (zu Gewohnheitsrecht verdichtetes Richterrecht). (1. Alternative)

Es kann aber auch durch eine oder mehrere Entscheidungen oberster oder oberer Gerichte – BVerfG, BVerwG, BGH, BAG, BSG, BFH – entstehen, vorausgesetzt, diese Entscheidungen befassen sich mit einem nicht ausdrücklich gesetzlich geregelten Sachverhalt. Hier fehlt das Merkmal »Vielzahl von Entscheidungen über einen längeren Zeitraum«, um zugleich auch von Gewohnheitsrecht sprechen zu können. (2. Alternative)

Zwei Beispiele für ursprünglich durch Richterrecht entstandenes Gewohnheitsrecht (1. Alternative). In beiden Fällen hat der Gesetzgeber inzwischen nachgebessert und die ursprünglich nicht geregelten Sachverhalte geregelt:

- › positive Vertragsverletzung (pVV) (1. Beispiel)
- › Wegfall der Geschäftsgrundlage (2. Beispiel)

1. Beispiel: positive Vertragsverletzung (pVV)

Nehmen Sie an, ein Käufer betritt einen Laden. Da er sich auf dem Weg zum Bahnhof befindet, wo er zum Ausgangspunkt einer Alpenüberquerung aufbrechen will, trägt er auf dem Rücken einen Rucksack, der im Umfang der Dauer der dreiwöchigen Überquerung angemessen ist. Während er durch die Reihen geht, in der Hand eine Packung Müsliriegel, bleibt sein Rucksack auf dem Weg zur Kasse immer mal wieder an den Auslagen hängen, die scheppernd zu Boden fallen. Der Wert der beschädigten Waren beträgt 200 €. Wären Sie Inhaber des Geschäfts, würden Sie jetzt vermutlich wissen wollen, ob der Wanderer den Schaden bezahlen muss.

Bis zum 01.01.2002 hätten Sie nach einem Blick ins BGB festgestellt, dass eine passende Anspruchsgrundlage fehlte. Dieses Fehlen einer Rechtsgrundlage für den Fall, dass ein Vertragspartner bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses der anderen Partei einen Schaden zufügt, wurde bereits seit Beginn des 20. Jahrhunderts von Juristen diskutiert. Das Problem wurde von der Rechtsprechung (also durch Richterrecht, was sich zu Gewohnheitsrecht verdichtete) durch die Entwicklung des **Rechtsinstituts der positiven Vertragsverletzung (pVV)** gelöst. Danach haftet der Schuldner = Schädiger (hier der Käufer mit dem Rucksack) aus pVV auf Schadenersatz, wenn er schuldhaft eine vertragliche (Neben-)Pflicht verletzt hat. Dieses Rechtsinstitut finden Sie heute im Gesetz wieder, nämlich seit dem 01.01.2002 in § 280 Abs. 1 BGB und § 241 Abs. 2 BGB.

2. Beispiel: Wegfall der Geschäftsgrundlage

Die Lehre vom **Wegfall der Geschäftsgrundlage** wurde vom Reichsgericht entwickelt. In den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts während der Inflation gingen Vertragspartner, die einen festen Preis für ihre Leistung vereinbart hatten, ein erhebliches Risiko ein. War die Leistung erbracht, die Inflation aber inzwischen fortgeschritten, war der vereinbarte Preis plötzlich viel weniger wert, als ursprünglich angenommen.

Das Gesetz sah noch bis zur Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2002 hierfür keine ausdrückliche Regelung vor. Andererseits liegt auf der Hand, dass die Interessen der Vertragspartner auch unter diesen Umständen – und natürlich auch danach in vergleichbaren Sachverhalten – zu schützen waren. Mit dem »Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage« gelang es dem Reichsgericht damals diese Interessen zu schützen. Danach entfiel der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn sich die Umstände, die Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag so nicht geschlossen hätten, sofern sie diese Änderung vorhergesehen hätten.

Seit dem 01.01.2002 enthält das BGB den § 313 BGB Störung der Geschäftsgrundlage. Dessen Sinn entspricht den vom Reichsgericht entwickelten Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage.

HINWEIS

Der populäre Spruch »Über dem Gericht nur noch der blaue Himmel« meint, dass jedes Gericht von den Entscheidungen anderer Gerichte abweichen darf, es sei denn, die Entscheidung wurde von einem höheren Gericht an das Ausgangsgericht zurückverwiesen. In diesem Fall hat das Ausgangsgericht die Rechtsansicht des höheren Gerichts zu beachten. Nur ausnahmsweise besteht für Gericht eine Vorlagepflicht, wenn sie von Entscheidungen gleich- oder höherrangiger Gerichte abweichen wollen. Nur bestimmte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG). In der Praxis werden die Gerichte zumindest die Entscheidungen der höchsten deutschen Gerichte bei der Urteilsfindung in der Regel berücksichtigen, um ein erfolgreiches Rechtsmittel gegen ihre Entscheidung zu verhindern.



ZUSAMMENFASSUNG

- ✓ Im Ergebnis bleibt festzuhalten:
Man unterscheidet formelle von materiellen Gesetzen.
- ✓ Das Gesetzgebungsverfahren für den Erlass formeller Gesetze ist im Grundgesetz und in den Landesverfassungen normiert.
- ✓ Das materielle Recht dient der näheren Ausgestaltung der formellen Gesetze. Alles materielle Recht (häufigster Fall = Rechtsverordnungen) hat eine Verordnungsermächtigung in einem formellen Gesetz.
- ✓ An diesem Merkmal unterscheiden Sie auch zwischen Rechtsquellen des materiellen Rechts, mit denen Sie Entscheidungen gegenüber dem Bürger begründen können und bloßen internen Weisungen.
- ✓ Diese Weisungen dürfen Sie zwar nach außen sinngemäß wiedergeben, jedoch nicht als Rechtsgrundlage Ihrer Entscheidung darstellen. Eine solche Rechtsgrundlage kann nur eine Rechtsquelle sein.
- ✓ Als Rechtsquellen vorhanden, aber von untergeordneter Bedeutung, sind Gewohnheitsrecht und Richterrecht.

4. DER AUFBAU DER RECHTSPRECHUNG (JUDIKATIVE)

Es handelt sich um einen Überblick, nicht alle Ausnahmen sind erwähnt.

ZIVILRECHT			
1. INSTANZ	Amtsgericht bis 5000 € Streitwert und § 23 Nr. 2 GVG	Familien- und Kindschaftssachen beim Amtsgericht	
1. INSTANZ		über 5000 € Streitwert Landgericht	
2. INSTANZ = BERUFUNG	Landgericht, Ausnahme Oberlandesgericht § 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG		
2. INSTANZ = BERUFUNG		Oberlandesgericht (OLG) heißt in Berlin Kammergericht (KG)	Oberlandesgericht (OLG) heißt in Berlin Kammergericht (KG)
3. INSTANZ = REVISION	Bundesgerichtshof (BGH)	Bundesgerichtshof (BGH)	Bundesgerichtshof (BGH)

STRAFRECHT			
1. INSTANZ	Strafrichter/Schöffengericht beim Amtsgericht		
1. INSTANZ		Landgericht	
2. INSTANZ = BERUFUNG	Landgericht	entfällt	
3. INSTANZ = REVISION	Oberlandesgericht (OLG) heißt in Berlin Kammergericht (KG)	Oberlandesgericht (OLG) heißt in Berlin Kammergericht (KG)	

ARBEITSRECHT	
1. INSTANZ	Arbeitsgericht
2. INSTANZ = BERUFUNG	Landesarbeitsgericht
3. INSTANZ = REVISION	Bundesarbeitsgericht

SOZIALRECHT	
1. INSTANZ	Sozialgericht
2. INSTANZ = BERUFUNG	Landessozialgericht
3. INSTANZ = REVISION	Bundessozialgericht

VERWALTUNGSRECHT	
1. INSTANZ	Verwaltungsgericht
2. INSTANZ = BERUFUNG	Oberverwaltungsgericht (zum Teil auch als Verwaltungsgerichtshöfe bezeichnet)
3. INSTANZ = REVISION	Bundesverwaltungsgericht

Sonderfälle: §§ 47, 48 und 50 VwGO

FINANZRECHT / STEUERRECHT	
1. INSTANZ	Finanzgericht
2. INSTANZ = BERUFUNG	entfällt
3. INSTANZ = REVISION	Bundesfinanzhof

5. ARTEN VON RECHTSNORMEN



LERNZIELE

DER / DIE LERNENDE SOLL

07. die verschiedenen Arten von Rechtsnormen kennen lernen, die sich in einzelnen Paragraphen, Absätzen oder Halbsätzen wiederfinden und unterschiedliche Wirkungen entfalten. Darüber hinaus wird erläutert, welche Prüfungsschritte in Bezug auf Tatbestandsvoraussetzungen erforderlich sind.

Einzelne Paragraphen, Absätze oder Halbsätze können in der Regel einer bestimmten Art von Rechtsnormen zugeordnet werden. Die Unterscheidung ist wesentlich, um eine Struktur zu erkennen, die bei der Anwendung des Rechts benötigt wird. Es eignen sich nur bestimmte Rechtsnormen als **Rechtsgrundlage (Antwortnorm)** einer Entscheidung, weil nur in ihnen eine Rechtsfolge vorgesehen ist. Andere Normen erklären Begriffe oder normieren Ausnahmen. Wie man die Normarten erkennt, unterteilt und mit ihnen arbeitet, lernen Sie in diesem Abschnitt.

Normarten:

1. Verbots-/Gebotsnormen
2. Hilfsnormen (Legaldefinitionen)
3. Gegennormen
4. Sonstiges
5. **Antwortnorm**

5.1 Verbots- / Gebotsnormen

Verbots-/Gebotsnormen sind Normen, die etwas verbieten oder gebieten. Sie enthalten Tatbestände (Tatbestandsmerkmale/Tatbestandsvoraussetzungen). Im Unterschied zu Antwortnormen **enthalten sie jedoch keine Rechtsfolgen**, das heißt, diese Normart enthält keine Regelung darüber, was bei einer Übertretung der Norm geschieht. Deshalb kann die Behörde ihr Handeln nicht allein auf eine solche Norm stützen. Sie können aus einem Verbot sprachlich ein Gebot formulieren und umgekehrt.

Verbots-/
Gebotsnormen

HINWEIS

Die Bezeichnung »Rechtsfolge« meint hier immer eine hoheitliche Handlungsbefugnis/Handlungsermächtigung oder Handlungsverpflichtung der Executive.

Beispiele:

§ 2 Abs. 1 LImSchG Bln. Immissionsschutzpflichten = **Gebote**

»Jeder hat sich so zu verhalten, dass schädliche Umwelteinwirkungen vermieden werden, soweit dies nach den Umständen des Einzelfalles möglich und zumutbar ist. Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, hat durch geeignete Maßnahmen für die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes zu sorgen.«

§ 5 LImSchG Berlin (Auszug) = **Verbot**

»Tonwiedergabegeräte und Musikinstrumente dürfen nicht in einer Lautstärke benutzt werden, durch die jemand erheblich gestört wird.«

5.2 Hilfsnormen

Hilfsnormen,
unbestimmter
Rechtsbegriff

Hilfsnormen werden auch Legaldefinitionen genannt. Sie definieren (erklären) einen unbestimmten Rechtsbegriff. Ein **unbestimmter Rechtsbegriff** ist ein Begriff, den der Gesetzgeber benutzt, der sich aber nicht ohne Weiteres selbst erklärt (und deshalb eine der wichtigsten Daseinsberechtigungen eines Juristen).

Beispiel:

Was verstehen Sie unter einem Verwaltungsakt?

Bei diesem Begriff handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, weil nicht allgemein von selbst verständlich ist, was der Gesetzgeber damit meint. Im § 35 VwVfG befindet sich dazu die Hilfsnorm. Allerdings wird häufig die Lektüre der Hilfsnorm allein zwar helfen, aber nicht ausreichen, um den Begriff klarer zu machen.

§ 35 S. 1 VwVfG:

»**Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.**«

Die Tatbestandsmerkmale der Hilfsnorm sind unterstrichen. Es stellen sich aber weitere Fragen, nämlich die nach dem Inhalt dieser Tatbestandsmerkmale. Was ist zum Beispiel eine hoheitliche Maßnahme, was eine Behörde usw.?

Ein **weiteres Beispiel** ist § 8 Abs. 1 SGB II:

»**Erwerbsfähig ist, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.**«

Welche Fragen würden Sie sich angesichts dieses Textes stellen? Zur weiteren Vorgehensweise, nämlich der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in diesen Fällen, wird auf den Abschnitt 6 »Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe« verwiesen.

5.3 Gegennorm

Der Gesetzgeber stellt Grundsätze auf. Häufig sieht er (gleich) anschließend Ausnahmen von diesen Grundsätzen vor. Diese Ausnahmen werden als Gegennormen bezeichnet. Deshalb reicht es in der Regel nicht aus, nur die Grundsätze zu lesen. Sie sollten darüber hinaus auch die Umgebung des Grundsatzes in Augenschein nehmen, auf der Suche nach der Möglichkeit einer Ausnahme.

Gegennorm

Beispiele:

§ 28 Abs. 2 und 3 VwVfG Ausnahmen von dem Grundsatz der Anhörungspflicht bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale (TBM) des Abs. 1; § 39 Abs. 2 VwVfG Ausnahmen vom Grundsatz der Begründungspflicht eines schriftlichen Verwaltungsaktes

oder

§ 6 LImSchG Bln:

»(1) Die Verbote der §§ 3 und 4 gelten nicht für Geräusche, die verursacht werden durch

1. das Glockenläuten zu kirchlichen Zwecken,
2. Maßnahmen, die der Verhütung oder Beseitigung einer Notlage dienen,
3. Maßnahmen, die der Winterglätte- und Schneebekämpfung dienen,
4. Ernte- und Bestellarbeiten landwirtschaftlicher Betriebe zwischen 5.00 Uhr und 6.00 Uhr sowie zwischen 22.00 Uhr und 23.00 Uhr.«

5.4 Sonstiges

Wie man im richtigen Leben auch nicht jeden Menschen einer Schublade zuordnen kann, kann man nicht jede vorhandene Rechtsnorm einem Absatz, Satz oder Halbsatz einer der dargestellten Arten der Rechtsnormen zuordnen. Es werden also bei dem Versuch, die Art der Norm zu bestimmen, immer wieder Normen übrig bleiben, die in keine der dargestellten Kategorien passen.

Beispiele:

- › Verordnungsermächtigungen
- › Zuständigkeitsbestimmungen

HINWEIS

Einige oder alle der dargestellten Arten von Rechtsnormen können auch in einem Paragraphen zusammen enthalten sein. Manchmal finden Sie zum Beispiel in einem Satz eine Verbotsnorm, eine Hilfsnorm und eine Gegennorm.

5.5 Antwortnormen

5.5.1 Allgemeines

Antwortnormen Antwortnormen bilden die wichtigste Normart.



MERKSATZ

Sie sind die zentralen Normen der Gesetze. Das gilt sowohl für das Privatrecht, als auch für das öffentliche Recht. Im Privatrecht werden sie als Anspruchsgrundlagen (oder Anspruchsnormen) bezeichnet, im öffentlichen Recht als Ermächtigungsgrundlagen. Antwortnorm ist deshalb ein Oberbegriff.

Sie **bestehen immer aus** einem oder mehreren **Tatbestandsmerkmalen** (auch Tatbestandsvoraussetzungen genannt und TBM abgekürzt) und einer oder mehrerer **Rechtsfolgen** (RF). Das Vorhandensein einer Rechtsfolge, im Sinne der bereits oben beschriebenen hoheitlichen Handlungsbefugnis, Handlungsermächtigung oder Handlungsverpflichtung unterscheidet die Antwortnorm von den sonstigen Normarten, insbesondere von den Verbots- und Gebotsnormen.



MERKSATZ

*Antwortnorm = Ermächtigungsgrundlage =
Anspruchsgrundlage = (x) TBM + (y)Rechtsfolge(n)*

Die richtige Norm finden:



MERKSATZ

Spezialgesetz geht dem allgemeinen Gesetz vor. Landesrecht hat Vorrang vor Bundesrecht, es sei denn, es widerspricht dem Bundesrecht, dann »bricht« Bundesrecht das Landesrecht.

Erfahrungsgemäß bestehen bei den Teilnehmern der Aus- und Fortbildungslehrgänge zunächst größte Bedenken dazu, wie sie denn jemals in der Lage sein sollen, aus der Fülle der Gesetze das richtige und dann auch noch darin die richtige Antwortnorm zu finden. Dazu ist es hilfreich, die Struktur des Gesetzes zu kennen und einige, oben bereits dargestellte und hier nochmals erwähnte Grundsätze zu beachten.

Darüber hinaus aber können Sie beruhigt sein. Weder im Rahmen des Unterrichts, noch in der Praxis wird in der Regel von Ihnen jemand erwarten, dass Sie auf Anheb jedem denkbaren Sachverhalt eine passende Antwortnorm zuordnen. Im Unterricht wird sich die Auswahl auf einige wenige öffentlich-rechtliche Gesetze und im Privatrecht in der Regel auf das BGB und dort auf typische Fallkonstellationen beschränken. Deshalb werden Sie bald in der Lage sein, typischen unterrichtsrelevanten Sachverhalten die Antwortnorm zuzuordnen.

In der Praxis werden Sie ein spezielles Aufgabengebiet haben, indem Sie und Ihre Kollegen Experten sind. Daher werden Sie nach einer Einarbeitungszeit die relevanten Ermächtigungsgrundlagen kennen und mit ihnen umgehen können. Sie werden aber auch, dank dieser Ausbildung in der Lage sein, zu bemerken, wann eine Ermächtigungsgrundlage auf den Sachverhalt nicht passt und daher eine andere Ermächtigungsgrundlage zu verwenden ist.

Die beiden relevanten Grundsätze bei der Auswahl der richtigen Antwortnorm sind:

Spezialgesetz geht dem allgemeinen Gesetz vor.



MERKSATZ

Damit ist gemeint, dass Sie zunächst in das für Ihre Frage konkreteste Gesetz schauen. Handelt es sich um eine Ruhestörung, drängt sich gedanklich ein Gesetz auf, das sich mit Lärm, also mit Immissionen beschäftigt. Dazu fällt Ihnen das Landesimmissionsschutzgesetz Berlin ein (LImSchGBIn.). Wir würden auch im Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetz (ASOG) eine passende Antwortnorm finden, nämlich den § 17 ASOG. Dessen Anwendung wäre hier aber fehlerhaft und würde den Verwaltungsakt rechtswidrig machen, weil es eine speziellere Ermächtigungsgrundlage (Antwortnorm) in einem spezielleren Gesetz, nämlich dem LImSchGBIn gibt. Hier zeigt sich die Bedeutung des Grundsatzes, dass das Spezialgesetz dem allgemeinen Gesetz vorgeht.

Landesrecht hat Vorrang vor Bundesrecht, es sei denn, es widerspricht dem Bundesrecht, dann »bricht« Bundesrecht das Landesrecht.



MERKSATZ

Dieser Grundsatz meint, dass auf Landesrecht zurückzugreifen ist, sofern es für diesen Sachverhalt welches gibt. Bleiben wir bei dem oben begonnenen Beispiel. Es gibt für Sachverhalte, in denen es laut wird (Lärmbelästigungen) ja auch noch das Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG). Da das Land Berlin aber eine landesrechtliche Vorschrift, das LImSchGBIn hat, hat dessen Anwendung Vorrang vor dem Bundesgesetz.

Ein anderes Beispiel: Betrachtet man das Gaststättenrecht im Land Berlin, findet man für die Erteilung von Gaststättenerlaubnissen keine landesrechtliche Vorschrift. Berlin hat kein Landesgaststättengesetz. Deshalb können Sie dann auf das Gaststättengesetz des Bundes zurückgreifen.

Dieser Vorrang des Landesrechts gilt, sofern es nicht dem Gedanken des Bundesrechts widerspricht. Davon können Sie in der Regel auch ausgehen. Ein Beispiel für einen bestehenden Widerspruch liefert uns die Landesverfassung des Landes Hessen. In dieser ist die Todesstrafe noch vorgesehen. Da diese Bestrafung aber im Grundgesetz (GG) ausgeschlossen ist, widerspricht hier das Landesrecht dem Bundesrecht. Jetzt »bricht« das Bundesrecht das Landesrecht. Die Todesstrafe darf auch in Hessen nicht verhängt werden

5.5.2 Die Bestandteile der Antwortnorm

5.5.2.1 Tatbestandsmerkmale

Tatbestandsmerkmale Tatbestandsmerkmale sind Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit die Rechtsfolge eintreten kann. Sie befinden sich in der Antwortnorm. Die Norm kann eines oder mehrere Tatbestandsmerkmale vorsehen, die alternativ oder kumulativ vorliegen sollen.

HINWEIS

Um Missverständnissen vorzubeugen, wird hier klargestellt, dass Tatbestandsmerkmale nicht nur in Antwortnormen vorkommen, sondern auch in allen anderen Normarten. In Antwortnormen müssen sie allerdings vorliegen, damit die Rechtsfolge eintreten kann.

Ob ein Tatbestandsmerkmal vorliegt oder nicht, wird in zwei Schritten geprüft.

Definition des TBM

- › **1. Schritt:**
Definition/allgemeine Erklärung des Tatbestandsmerkmal
Damit ist gemeint, dass Sie sich überlegen, was mit dem Begriff gemeint ist (siehe hierzu auch Abschnitt 6 – Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe). Sie überlegen an dieser Stelle noch **unabhängig vom Sachverhalt**.

Subsumtion

- › **2. Schritt:**
Subsumtion (des Sachverhalts) bedeutet Unterordnung unter einen allgemeinen Begriff.
Sie überprüfen, ob die in Schritt 1 gefundene allgemeine Erklärung zum Sachverhalt passt.

Nehmen Sie an, Sie haben sich unter 1. überlegt, was man ganz allgemein unter dem Tatbestandsmerkmal »Erwerbsfähigkeit« versteht, so schauen Sie in Schritt zwei im Sachverhalt nach, ob die allgemein gefundenen Merkmale dort vorliegen.

Im **Ergebnis** dieser beiden Schritte wissen Sie, ob das Tatbestandsmerkmal vorliegt oder nicht. So verfahren Sie mit jedem Tatbestandsmerkmal, das Sie benötigen (siehe hierzu auch Abschnitt 7 – Struktur der Antwortnorm). Das Verfahren klingt zunächst umständlich, ist aber durchaus sinnvoll, wie das **folgende Beispiel** zeigen wird.

Vorher wird zugegeben, dass man natürlich nicht in jedem Fall lange allgemeine Erklärungen für ein Tatbestandsmerkmal finden muss, nämlich dann nicht, wenn dessen Bedeutung nicht unklar ist, sondern auf der Hand liegt. Ist Tatbestandsmerkmal zum Beispiel ein Mensch, Hund usw. benötigen Sie keine allgemeine Erklärung des Merkmals. Die benötigen Sie auch dann nicht, wenn der Sachverhalt vorgibt, dass das Merkmal vorliegt. Sollen Sie das Vorliegen eines Anspruchs aus einem Kaufvertrag beurteilen und gibt der unstreitige Sachverhalt vor, dass die Parteien einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben, brauchen Sie sich keine Gedanken hinsichtlich der allgemeinen Erklärung des TBM Kaufvertrag zu machen, sondern subsumieren gleich und stellen kurz fest: Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass ein Kaufvertrag vorliegt. Das TBM ist gegeben.

Nun aber zu dem angekündigten **Beispiel**:

Nehmen Sie an, Sie treffen einen vollkommen ahnungslosen Menschen, zum Beispiel einen, von dem sie den Eindruck haben, er käme vom Mars. Den lassen Sie in Ihrem Garten Ostereier suchen (weil zufällig gerade Ostern ist, wenn nicht, dann eben einfach zu Testzwecken). Ohne weitere Erklärung schicken Sie das Marsmännchen los. Was glauben Sie, was er Ihnen bringen wird? Die Antwort hängt davon ab, was in Ihrem Garten herumliegt oder steht, es könnte sich zum Beispiel um Rasenmäher, Blumentöpfe, alternativ auch um schlafende Teenager handeln. Was haben Sie nämlich vergessen? Sie haben vergessen, dem Marsmännchen **ganz allgemein zu erklären**, woran er ein Osterei erkennt. Bezogen auf das Schema zur Prüfung der Tatbestandsmerkmale haben Sie die erste Stufe übersprungen.

Sie könnten dem Marsmännchen in einem zweiten Test ganz allgemein erklären, woran man ein Osterei erkennt. Wenn Sie eine Weile darüber nachdenken, fällt Ihnen auf, dass das gar nicht so einfach ist. Sie könnten zum Beispiel als kleinsten gemeinsamen Nenner erklären, dass es sich um ein ovales Ding mit fester Schale handelt. Schicken Sie ihn nun erneut auf die Suche. Er wird alle oben aufgezählten Beispiele im Rahmen der Subsumtion (passt die allgemeine Erklärung zum vorliegenden Sachverhalt?) aussortieren können und nun wirklich Ostereier finden, sofern welche da sind.

Zusammengefasst bleibt zu sagen, dass es wichtig ist, sich zunächst klar zu werden, was man sucht (**1. Schritt = Definition/allgemeine Erklärung**), um dann mit Blick auf den Sachverhalt beurteilen zu können, ob das Gesuchte vorliegt (**2. Schritt = Subsumtion**).

5.5.2.2 Rechtsfolgen

Grundsätzlich werden zwei unterschiedliche Rechtsfolgen unterschieden:

- › gebundene Entscheidungen und
- › Ermessensentscheidungen

Als gebundene Entscheidung bezeichnet man die Rechtsfolge einer Antwortnorm dann, wenn sie eine bestimmte Entscheidung vorgibt, ohne dass ein Handlungsspielraum besteht. Diese Rechtsfolge tritt dann »automatisch« ein, sobald die Tatbestandsmerkmale vorliegen. Im Privatrecht handelt es sich überwiegend um gebundene Entscheidungen.

Beispiel aus dem öffentlichen Recht:

§ 34a GewO Bewachungsgewerbe

»(1) Wer gewerbsmäßig Leben oder Eigentum fremder Personen bewachen will (Bewachungsgewerbe), bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Die Erlaubnis kann mit Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutze der Allgemeinheit oder der Auftraggeber erforderlich ist; unter denselben Voraussetzungen ist auch die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig.

Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, ...«

Die Versagung der Erlaubnis, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller unzuverlässig ist, ist eine gebundene Entscheidung. Liegt das Tatbestandsmerkmal »Unzuverlässigkeit« vor (zu diesem TBM enthält die Norm weitere Alternativen), ist die Rechtsfolge zwingend die Versagung der Erlaubnis. Es handelt sich deshalb um eine gebundene Entscheidung.

Ermessensentscheidungen finden Sie dagegen im öffentlichen Recht sehr häufig, damit die Behörde in der Lage ist, flexibel, sensibel und verhältnismäßig zu agieren.

Ermessen **Ermessen** bedeutet, dass, auch wenn die erforderlichen Tatbestandsmerkmale vorliegen, noch Handlungsspielraum (Ermessen) der Behörde besteht hinsichtlich des **ob** oder/und **wie** der Rechtsfolge. Bitte lesen Sie dazu im Abschnitt 8 – Ermächtigungsgrundlagen Näheres.



ZUSAMMENFASSUNG

- ✓ Sie unterscheiden fünf verschiedene Normarten, wobei in einem Paragraphen, Absatz oder Halbsatz auch mehrere dieser Normarten enthalten sein können.
- ✓ Die bedeutendste Normart ist die Antwortnorm.
Bei dieser Bezeichnung handelt es sich um einen Oberbegriff.
- ✓ Im öffentlichen Recht sprechen Sie von Ermächtigungsgrundlagen, im Privatrecht von Anspruchsgrundlagen.
- ✓ Die Prüfung der Tatbestandsmerkmale einer Antwortnorm ist die Voraussetzung dafür, entscheiden zu können, ob eine Rechtsfolge eintreten kann oder nicht.
- ✓ Diese Prüfung erfolgt immer in zwei Schritten, nämlich der Definition/allgemeinen Erklärung des Tatbestandsmerkmals und der Subsumtion dieser Erklärung unter den Sachverhalt.



LERNZIELE

6. AUSLEGUNG UNBESTIMMTER RECHTSBEGRIFFE

DER / DIE LERNENDE

08. erfährt, wie er/sie mit unbestimmten Rechtsbegriffen umgehen kann.

unbestimmte
Rechtsbegriffe

Bereits unter Punkt 5.2 wurde kurz auf den Begriff der unbestimmten Rechtsbegriffe eingegangen. Es handelt sich demnach um vom Gesetz oder Verordnungsgeber verwendete Begriffe, denen man nicht sofort eine allgemein bekannte eindeutige Bedeutung zuordnen kann. Sicher ist es leicht festzustellen, ob im Sachverhalt ein Mensch handelt, wenn denn ein Tatbestandsmerkmal Mensch wäre. Was aber verbirgt sich hinter Worten wie: **angemessen, absehbare Zeit, öffentliche Sicherheit, Betätigungen, die geeignet sind die Nachtruhe zu stören, Wohnung oder Verwaltungsakt** und vielen anderen Begriffen mehr? Diese Begriffe müssen im Rahmen der Definition der Tatbestandsmerkmale ausgelegt werden. Hierzu gibt es verschiedene Auslegungskriterien, die je nach Situation mehr oder weniger nützlich sein können.

6.1 Auslegungskriterien

1. Auslegung nach dem Wort
2. systematische Auslegung
3. historische Auslegung
4. Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm

1. Die Auslegung nach dem Wortsinn

Gemeint ist, was Sie unter dem Begriff im allgemeinen Sprachgebrauch verstehen.

2. Die systematische Auslegung

Diese meint, dass Sie sich an der Position der Norm im Gesetz orientieren. In welchem Zusammenhang steht die Norm? Aus diesem Zusammenhang versucht man dann auf den Inhalt des fraglichen unbestimmten Rechtsbegriffes zu schließen.

3. Die historische Auslegung

Die historische Auslegung erfolgt durch einen Rückblick in die Geschichte der Norm. Aus welcher Norm oder welchen Rechtsgrundsätzen hat sie sich entwickelt? Hierzu benötigen Sie allerdings Nachschlagewerke, zum Beispiel Kommentare oder entsprechende Informationen aus dem Internet.

4. Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm

Sie beinhaltet, dass Sie sich Gedanken darüber machen, welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Norm verfolgt. Was ist beabsichtigt, was sollte geregelt werden? Es handelt sich um die **wichtigste Auslegungsmethode**.

Beispiel:

Sachverhalt aus BVerwG, Urteil vom 15.07.2004, 3 C 12/04, FamRZ 2004, 840; NWVBl. 2004, 234-237

Eine katholische Beratungsstelle für Schwangere hatte Fördermittel nach dem damals geltenden Schwangerschaftsschutzgesetz (SchKG) beantragt. Der Antrag war mit der Begründung abgelehnt worden, dass die Fördervoraussetzungen nicht erfüllt seien. Die insoweit streitentscheidende Norm war § 4 Abs. 2 SchKG, wonach Fördermittel für Beratungsstellen gewährt wurden, die Beratungen nach § 3 und § 8 SchKG anboten. Die beklagte Behörde war der Ansicht, die Beratungsstelle müsse sowohl eine Beratung nach § 3 **als auch** eine solche nach § 8 SchKG (Schwangerschaftskonfliktberatung) anbieten. Die klagende Beratungsstelle der Kirche vertrat die Ansicht, es handele sich trotz der Verwendung des Wortes »und« um eine **alternative Aufzählung**, so dass eine Beratung nach § 3 (die sie unstreitig anbot) als Fördervoraussetzung ausreichte. Das Gericht hat die Norm nach allen oben erörterten Grundsätzen ausgelegt, weswegen sich das Beispiel zur Veranschaulichung des Inhalts der einzelnen Auslegungsmethoden zu eignen scheint. Es hat sinngemäß Folgendes ausgeführt:

Auslegung nach dem Wortsinn:

Der Wortlaut des § 4 Abs. 2 SchKG gibt für diese zwischen den Beteiligten streitige Auslegung nichts Entscheidendes her. Die Verwendung des Bindewortes »und« lässt sowohl die vom Kläger als auch die vom Beklagten vertretene Interpretation zu. Angesichts der Offenheit des Wortlauts ist § 4 Abs. 2 SchKG nach den allgemein anerkannten Methoden auszulegen, nämlich nach der Stellung im Gesetz (systematische Auslegung), nach der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) und nach dem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung).

Systematische Auslegung:

In Anbetracht der Systematik, insbesondere des Standorts des § 4 Abs. 2 SchKG im Gesamtgefüge des Gesetzes, ist zunächst festzustellen, dass sich diese Bestimmung im Abschnitt 1 des Gesetzes befindet, der mit der Überschrift »Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung« versehen ist. In diesem Abschnitt beschäftigt sich das Gesetz im Wesentlichen, nämlich in §§ 2 und 3 SchKG, mit der allgemeinen (Schwangerschafts-)Beratung. Wenn im Anschluss daran in demselben Abschnitt in einer weiteren Bestimmung, nämlich in § 4 SchKG, die öffentliche Förderung von Beratungsstellen geregelt ist, deutet dies darauf hin, dass damit gerade für die zuvor angesprochenen Beratungsstellen ein Förderanspruch begründet werden soll. Dass in dieser Bestimmung im Weiteren auch andere in einem anderen Abschnitt geregelte Beratungsstellen, nämlich die (Konflikt-)Beratungsstellen nach § 8 SchKG, erwähnt werden, kann nur so verstanden werden, dass diesen zusätzlich ein Förderanspruch zustehen soll.

Historische Auslegung:

Auch die historische Auslegung belegt, dass das Gesetz den ausschließlich ein Beratungsangebot nach § 2 SchKG anbietenden Beratungsstellen (also Beratungsstelle nach § 3 SchKG) einen eigenständigen Förderanspruch zuerkennt.

Die Förderung von Beratungsstellen, die eine den Anforderungen des § 2 SchKG entsprechende Beratung anbieten, war schon im Gesetz über Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung (Art. 1 des Gesetzes zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs vom 27.07.1992 – BGBl. I S. 1398 –) vorgesehen. Es besteht kein Anhalt für die Annahme, dass dieser Förderungsanspruch durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.08.1995 (BGBl. I S. 1050) dahingehend beschränkt werden sollte, dass eine Förderung nur noch gewährt werden soll, wenn in der Beratungsstelle zugleich auch eine Schwangerschaftskonfliktberatung i.S.v. §§ 5 und 6 SchKG (also Beratungsstelle nach § 8 SchKG) angeboten wird.

Auch die Gesetzesmaterialien vermögen dafür keinen Hinweis zu liefern. Vielmehr ist genau das Gegenteil festzustellen.

Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm:

Schließlich spricht auch eine am Sinn und Zweck orientierte Auslegung des § 4 Abs. 2 SchKG dafür, dass ein Förderanspruch auch dann besteht, wenn es sich zwar um eine Beratungsstelle nach § 3 SchKG, aber nicht zugleich um eine solche nach § 8 SchKG handelt. Der Gesetzgebung zum Schutz des ungeborenen Lebens, in die § 4 Abs. 2 SchKG eingebettet ist, liegt ein Konzept zu Grunde, das in der Frühphase der Schwangerschaft in Schwangerschaftskonflikten den Schwerpunkt auf die Beratung der schwangeren Frau legt, um sie für das Austragen des Kindes zu gewinnen. Dies trägt den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung.

Im Ergebnis kommt das Gericht zu der Überzeugung, dass es sich bei der Formulierung »§ 3 und § 8 SchKG« um eine alternative Aufzählung handelt.

6.2 Analogie und ergänzende Auslegung

planwidrige
Regelungslücke

Analogie bedeutet in der Rechtsanwendung, dass eine Rechtsfolge, die bekanntlich voraussetzt, dass ein bestimmter in der Norm beschriebener Tatbestand vorliegt, auf einen anderen ähnlichen Tatbestand analog angewendet wird. Natürlich kann man nicht einfach Rechtsfolgen von den Tatbeständen abkoppeln und für andere Tatbestände verwenden. Deshalb kommt eine Analogie nur in Betracht, wenn für einen bestimmten Sachverhalt eine planwidrige Regelungslücke besteht. Planwidrig meint, dass der Gesetzgeber diese Lücke nicht bewusst gelassen haben darf. Positiv formuliert, muss der Gesetzgeber den betroffenen Sachverhalt übersehen haben. Eine Analogie ist nur dann möglich, wenn die Sachverhalte (Interessenlagen) vergleichbar sind.

Beispiel:

Mit der Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften stieg auch die Notwendigkeit, einige Normen, die sich in ihrem Wortlaut ursprünglich nur auf Ehepartner bezogen, analog auf Lebensgemeinschaften anzuwenden. In der Regel wird der Gesetzgeber diese Lücke im Laufe der Zeit schließen, so dass eine Analogie dann nicht mehr notwendig ist.

Sofern das Gesetz selbst bereits die entsprechende Anwendung von anderen Vorschriften vorsieht, spricht man von **gesetzlicher Analogie**.

gesetzliche Analogie

Beispiel:

§ 31 Abs. 1 VwVfG verweist auf die analoge Anwendung der §§ 187 bis 193 BGB

6.3 Die teleologische Reduktion

Das Gegenteil zur Analogie ist die **teleologische Reduktion**. Dabei wird der Tatbestand einer Norm sehr eng ausgelegt, das heißt, obwohl der Wortlaut einer Norm eigentlich bestimmte Sachverhalte noch mit einschließen würde, werden diese Sachverhalte nicht mehr unter den Tatbestand subsumiert. Diese Auslegung führt zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Norm gegenüber ihrem Wortlaut. Begründet wird die teleologische Reduktion mit dem Ziel einer Norm.

Beispiel:

Gemäß § 828 Abs. 2 S. 1 BGB ist, wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, es sei denn er handelt vorsätzlich. Nach dem Wortlaut der Norm wäre das Kind auch dann nicht verantwortlich, wenn es mit einem Skateboard oder Fahrrad gegen ein ordnungsgemäß geparktes Fahrzeug gestoßen ist und dieses dabei beschädigt hat. Allerdings ist Sinn und Zweck der Norm, Kinder dieser Altersgruppe vor typischen Überforderungssituationen des motorisierten Straßenverkehrs zu schützen.

Deshalb nimmt die Rechtsprechung eine teleologische Reduktion der Vorschrift vor, wenn sich keine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des Straßenverkehrs verwirklicht hat. Das heißt, obwohl der Wortlaut der Norm den Sachverhalt umfassen würde, werden Kinder nicht von diesem Haftungsprivileg geschützt, die zum Beispiel mit einem Skateboard oder Fahrrad gegen ein ordnungsgemäß geparktes Auto stoßen und dieses dabei beschädigen – sie werden also dann nicht geschützt, wenn sich gerade nicht die typischen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs verwirklichen. Diese Einschränkung nennt man teleologische Reduktion.

HINWEIS

Wegen des Vorbehaltes des Gesetzes im Verwaltungsrecht sind Analogien als Grundlage für Grundrechtseingriffe durch die Verwaltung grundsätzlich verboten.



ZUSAMMENFASSUNG

- ✓ Sie unterscheiden folgende Auslegungsmethoden:
 - › Auslegung nach dem Wortsinn
 - › teleologische Auslegung (systematische Auslegung)
 - › historische Auslegung
 - › Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm.

- ✓ Einen unbestimmten Rechtsbegriff beleuchten Sie aus diesen vier Perspektiven, wobei in der Praxis sehr häufig die Frage nach dem Sinn und Zweck der Norm zu einer rechtssicheren Auslegung des Begriffs führen wird.

7. ARBEITSHILFE – STRUKTUR DER ANTWORTNORMEN



LERNZIELE

DER / DIE LERNENDE KANN

09. die Antwortnormen im Rahmen der Fallbearbeitung strukturieren.

Es bietet sich an, die **Antwortnormen zu Beginn der Fallbearbeitung zu strukturieren**, um einen besseren Überblick zu haben, auf welche Tatbestandsmerkmale es ankommen wird und welche Rechtsfolge(n) vorgesehen sind. Hierzu erhalten die Tatbestandsmerkmale, die kumulativ vorliegen müssen, Ziffern, und die Alternativen erhalten Buchstaben. Unter dem Strich wird die Rechtsfolge wiedergegeben.

Strukturierung der Antwortnorm

Beispiel:

§ 17 Abs. 1 ASOG (Berlin)

»Die Ordnungsbehörden und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 18 bis 51 ihre Befugnisse besonders regeln.«

(Der Textteil »soweit nicht die §§ 18 bis 51 ihre Befugnisse besonders regeln« ist systematisch gesehen eine Gegennorm. § 17 Abs. 1 ASOG Berlin wird auch als ordnungsbehördliche Generalklausel bezeichnet. Diese Ermächtigungsgrundlage ist nur dann anzuwenden, wenn die §§ 18 bis 51 nicht greifen. Man überprüft also in der Praxis zunächst deren Anwendbarkeit und kommt erst dann zu § 17 Abs. 1 ASOG Berlin.)

TBM	HINWEISE	
1.	im einzelnen Fall = Einzelfall	
2a)	öffentliche Sicherheit betroffen	
2b)	öffentliche Ordnung betroffen	
3.	Gefahr für 2a) oder 2b)	
Rechtsfolge	Behörden können = notwendige Maßnahmen treffen	Entschließungsermessen und Auswahlermessen

Beispiel:

§ 823 Abs. 1 BGB

»Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.«

TBM		HINWEISE
1 a	Vorsatz	
1 b)	Fahrlässigkeit	
2 a) bis 2 f)	Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, sonstiges Recht verletzt	
3.	widerrechtlich	
4.	daraus	Gemeint ist der Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung, Kausalität genannt.
5.	Schaden	
Rechtsfolge	Schadenersatzverpflichtung	

HINWEIS

Bei der Verwendung einer Struktur geht es nur um Ihre Übersicht. Es ist deshalb auch denkbar Reihenfolgen zu verändern, Tatbestandsmerkmale zusammenzufassen oder Alternativen wegzulassen, falls Sie bereits wissen, welche Alternative im Sachverhalt vorliegt. Geht es im Sachverhalt um einen Verkehrsunfall, bei dem ausschließlich Sachschaden entstanden ist, könnten Sie in die Struktur des § 823 Abs. 1 BGB auch einfach nur 2e) aufnehmen. Eine Möglichkeit zur Zusammenfassung bietet sich bei § 823 Abs. 1 BGB alternativ an, indem man das Tatbestandsmerkmal 2.) als Rechtsgutsverletzung bezeichnet.

Diese Methode eignet sich auch für Fortgeschrittene, jedenfalls dann, wenn es sich um lange Tatbestände handelt. Sie ermöglicht, auch während der Erarbeitung der Entscheidung, den Überblick zu behalten.

8. ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGEN, DIE ANWORTNORMEN IM ÖFFENTLICHEN RECHT / RECHTSFOLGEN



LERNZIELE

DER / DIE LERNENDE

10. erfährt, welche unterschiedlichen Rechtsfolgen im öffentlichen Recht vorgesehen sind.
11. lernt, zu unterscheiden zwischen gebundenen Entscheidungen, Ermessungsentscheidungen und Auswahlermessen.
12. erfährt, welche Ermessensfehler es gibt und wie im Rahmen des Auswahlermessens die Verhältnismäßigkeit geprüft wird.

Sie unterscheiden im öffentlichen Recht zwei unterschiedliche Rechtsfolgen: gebundene Entscheidungen und Ermessensentscheidungen. Bei Ermessensentscheidungen reicht es nicht aus, die Rechtsfolge einfach festzustellen. Sie haben vielmehr noch weitere Fragen zu beantworten und Entscheidungen zu treffen.

Gebundene Entscheidung = Tatbestandsmerkmale liegen vor › die vorgesehene Rechtsfolge tritt ein.

Beispiel:

*Wenn ... (Voraussetzungen) vorliegen, **hat/muss** die zuständige Behörde die Erlaubnis entziehen.*

*Wenn ... (Voraussetzungen) vorliegen, **ist** die Erlaubnis zu entziehen.*



MERKSATZ

hat/muss/ist –
Indikatoren für eine gebundene Entscheidung, kein Ermessungsermessen

Ermessensentscheidung = Tatbestandsmerkmale liegen vor › die vorgesehene Rechtsfolge kann (muss aber nicht) eintreten.

Beispiel:

*Die Behörde **kann/darf** notwendige Maßnahmen treffen, wenn ... (Voraussetzungen) vorliegen.*



MERKSATZ

kann/darf –
Indikatoren für Ermessungsermessen

Entschlie-
ßungs-
ermessen und
Auswahlermessen

Ermessen bedeutet, dass der Handelnde (im öffentlichen Recht die Behörde) einen Handlungsspielraum besitzt. Diesen unterteilt man nochmals in **Entschlie-ßungsermessen und Auswahlermessen**. Die oben markierten Indikatoren wie »kann«, »darf« usw. beziehen sich auf das Entschlie-ßungsermessen. Auswahlermessen erkennen Sie daran, dass der Behörde nicht nur **eine** bestimmte Handlungsmöglichkeit vorgegeben ist, zum Beispiel »notwendige Maßnahmen«, »ganz o. teilweise«.

8.1 Was das mit dem »soll« soll

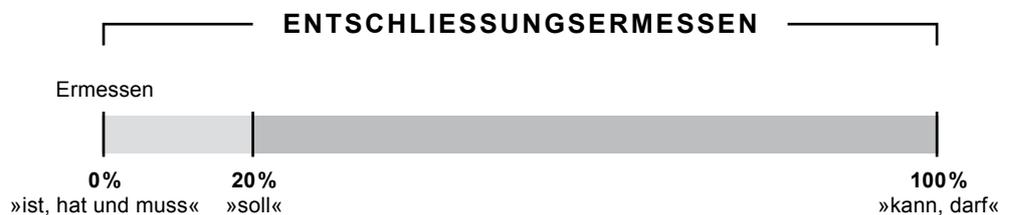
Manchmal finden Sie im Gesetz Formulierungen, wonach die Behörde in bestimmter Weise handeln **»soll«**. Es stellt sich die Frage, ob es sich bei dem »soll« um eine gebundene Entscheidung handelt oder eine Ermessensentscheidung. Manchmal lesen Sie auch, es handele sich um »gebundenes Ermessen«.

Das »soll« gehört zu den Ermessensentscheidungen, steht aber nicht gleichberechtigt neben den Worten »kann« oder »darf«. Während letztere der Behörde volles Ermessen eröffnen, meint die Formulierung soll:



MERKSATZ

Grundsätzlich (in der Regel) soll die Behörde die vorgesehene Rechtsfolge verwenden. In atypischen Sachverhalten kann sie aber von dieser Rechtsfolge abweichen. Das »soll« gewährt im Rahmen der Rechtsfolge sozusagen einen Notausgang für untypische Sachverhalte, in denen die Verwendung der eigentlich (regelmäßig) vorgesehenen Rechtsfolge nicht sachgerecht erscheint.



Quelle:
Claudia Lanzendorf

8.2 Das Entschließungsermessen

Reduzierung auf Null

Da es in manchen Sachverhalten unerträglich wäre, wenn die Behörde nichts unternehmen würde, mit dem Argument, das Gesetz enthalte schließlich Entschließungsermessen, ist folgende Besonderheit zu beachten:

Entschließungs-
ermessen

Das **Entschließungsermessen reduziert** sich immer dann auf »Null«, wenn **höherrangige Rechtsgüter (Individualrechtsgüter) in erheblicher Gefahr** sind. Die Folge ist, dass die Behörde in diesen Fällen etwas unternehmen muss. Anders ausgedrückt gibt es in diesen Fällen eine einzige fehlerfreie Möglichkeit für die Behörde sich hinsichtlich des Entschließungsermessens zu entscheiden, nämlich die, dass sie handeln muss. Unter höherrangigen Rechtsgütern versteht man sog. **Individualrechtsgüter** wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und Ehre.

Ermessens-
reduzierung auf
»Null«

Entschließungsermessen bedeutet Spielraum zu haben bei der Frage, ob Sie überhaupt handeln. Hierauf deuten Formulierungen der Rechtsfolge wie (die Behörde) »kann«, »darf« und eingeschränkt auch »soll« hin.



MERKSATZ

Beispiel:

Dackelweibchen Edith geht stets um 8.00 Uhr morgens mit ihrer Halterin Emelie Erdbeer spazieren. Sie laufen an einer Schule vorbei. Edith hat dabei die Angewohnheit entwickelt, rennende Schüler bis zum Eingang der Schule zu verfolgen. Ist Edith schneller als die Schüler, schnappt sie nach deren Beinen. In mehreren Fällen war es dabei zu Verletzungen der Schüler sowie zu zerrissenen Hosen gekommen. Frau Erdbeer kann nicht erkennen, was an dem Verhalten ihres nicht angeleinten Hundes verwerflich sein soll, schließlich tragen der Hund und die pensionierte Lehrerin so heute zu mehr Pünktlichkeit im Schulalltag bei.

Als Ermächtigungsgrundlage für ein Eingreifen der Ordnungsbehörde kommt das jeweils geltende Landesrecht in Betracht. In Berlin § 17 Abs. 1 ASOG Berlin, vorausgesetzt eine spezielle Hundehalterverordnung existiert nicht, wovon hier ausgegangen werden soll. §§ 18 bis 51 ASOG Berlin enthalten für diesen Fall keine spezielleren Vorschriften.

Vergleichen Sie bitte Wortlaut und Struktur der Norm unter Abschnitt 7.

Hier soll es jetzt nur um die Rechtsfolge gehen. Sie enthält u.a. Entschließungsermessen, erkennbar an »kann...«. Würde die Behörde hier ein Eingreifen ablehnen, würde ein nicht hinnehmbarer Zustand aufrechterhalten.

Hier sind höherrangige Rechtsgüter erheblich gefährdet, nämlich die Gesundheit und das Eigentum der (rennenden) Schüler. Daher reduziert sich in diesem Beispiel das Entschließungsermessen auf »Null«, so dass die Behörde etwas unternehmen muss.

Im Ergebnis handelt die Behörde in diesem Beispiel nur dann ermessensfehlerfrei in Bezug auf das Entschließungsermessen, wenn sie sich zum Eingreifen entschließt.

In dem dargestellten Beispiel war zu entscheiden, ob die Behörde etwas unternehmen wird. Je nach Fragestellung kann auch zu prüfen sein, ob die Entscheidung der Behörde rechtmäßig war. Dann aber hat sie sich schon entschieden, etwas zu unternehmen, so dass sich die Frage stellt, wie in diesen Fällen mit dem Entschließungsermessen umzugehen ist. Es ist dann auf Ermessenfehler zu prüfen.

Beispiel/Fallvariante:

Sachverhalt wie oben. Allerdings hat die Behörde gegenüber Emelie Erdbeer bereits verfügt, dass diese den Hund in die Hundeschule zu geben habe, um sicherzustellen, dass der Hund sein Verhalten zukünftig ändert.

Ihnen wird hier (im Unterschied zum ersten Beispiel) eine Maßnahme vorgegeben. Ihre Aufgabe ist es, zu prüfen, ob das Entschließungsermessen richtig ausgeübt wurde. Das wäre der Fall, wenn die Entscheidung zum Eingreifen ermessensfehlerfrei gewesen ist. Im Ergebnis ist die Entscheidung, etwas zu unternehmen, wegen der oben dargestellten Ermessensreduzierung auf »Null« ermessensfehlerfrei.

Beachten Sie aber, dass Sie sich bisher nur mit dem Entschließungsermessen beschäftigt haben, also mit der Frage, »ob« die Behörde handeln muss. Offen ist die Frage, ob die gefundene Maßnahme – Hundeschule – rechtmäßig ist, sie wird erst im Rahmen des Auswahlermessens erörtert.

8.3 Ermessensfehler

Sie unterscheiden drei Arten von Ermessensfehlern:

Ermessens-
nichtgebrauch

1. **Ermessensnichtgebrauch** = Das vorhandene Ermessen wird nicht erkannt, die Behörde entscheidet, als handele es sich um eine gebundene Rechtsfolge.

Beispiel:

Der Beagle Snoopy, der sich stets tadellos beträgt, kollidiert unglücklich mit einem Fahrrad, auf dem ein Schüler eilig versucht, pünktlich zum Unterricht zu erscheinen. In seiner Angst und Not verfängt sich Snoopy in der Hose des Schülers.

Die Behörde glaubt, in Bezug auf Snoopy wegen der Rechtsfolge des § 17(1) ASOG (Berlin) unbedingt etwas unternehmen zu müssen. Dann liegt Ermessensnichtgebrauch vor.

Im Unterschied zu dem oben erwähnten Sachverhalt wird sich hier das Entschließungsermessen nicht auf »Null« reduzieren, weil sich höherrangige Rechtsgüter nicht in erheblicher Gefahr befinden.

- 2. Ermessensüberschreitung** = Es wird eine nicht vorgesehene oder nicht notwendige Rechtsfolge gewählt. Eine unverhältnismäßige Entscheidung ist immer zugleich auch eine Ermessensüberschreitung. Ermessens-
überschreitung

Beispiel:

Bitte erinnern Sie sich an das typische Verhalten des Dackels Edith vor der Schule. Die Behörde ordnet nicht nur Leine und Maulkorb für Edith an, sondern zusätzlich, dass die Hundehalterin sich mit dem Hund jeweils vor Beginn des Spaziergangs persönlich bei der Ordnungsbehörde zu melden habe. Es handelt sich um Ermessensüberschreitung.

- 3. Ermessensfehlgebrauch** = Sachfremde, unzulässige Erwägungen tragen die Entscheidung. Ermessens-
fehlgebrauch

Beispiel:

Fall wie ursprünglich. Da die zuständige Sachbearbeiterin als Kind von einem Dackel gebissen wurde und sie seither traumatisiert ist, geht sie davon aus, dass alle Dackel eine potentielle Gefahr darstellen. Deswegen verfügt sie die Abgabe des Tieres im Tierheim.

Bei der Ausübung des Entschließungsermessens werden allerdings (jedenfalls im Rahmen Ihrer Ausbildung) selten Ermessensfehler vorliegen. Sie stellen dann im Rahmen eines Gutachtens einfach nur fest: Ermessensfehler sind nicht erkennbar.

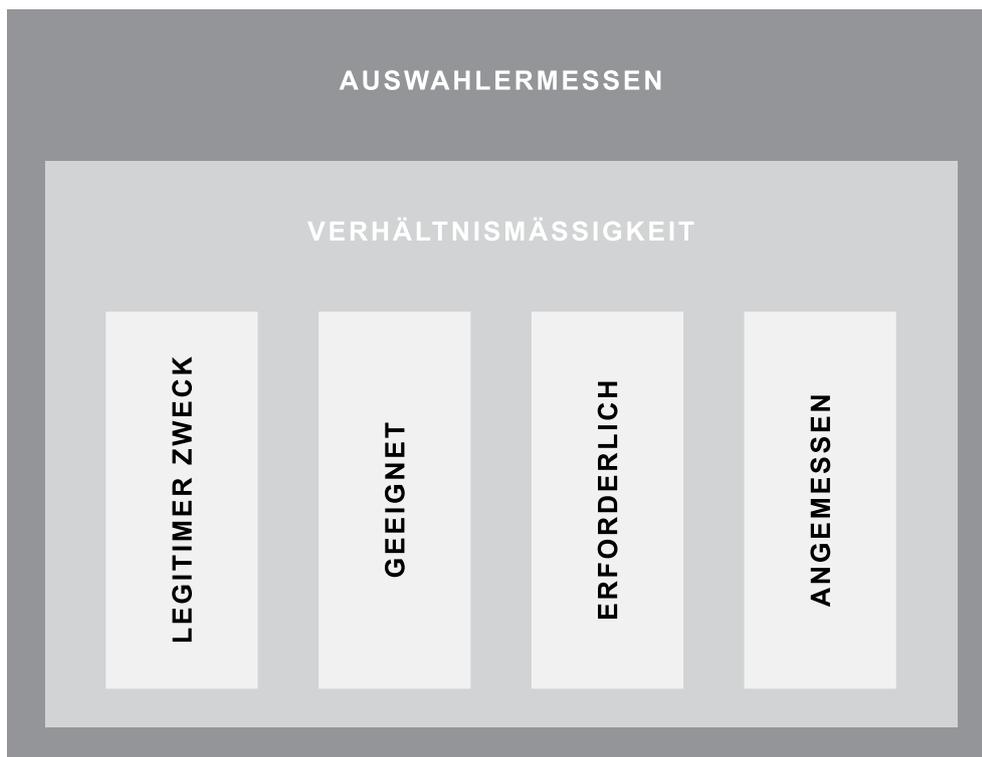
8.4 Auswahlermessen

Neben dem Entschließungsermessen enthalten viele Ermächtigungsgrundlagen auch Auswahlermessen. Auswahlermessen bedeutet, dass die Behörde für sich selbst entscheiden muss **»wie«** sie handelt, also welche Maßnahme sie wählt. Auswahlermessen
Auswahlermessen erkennen Sie an Formulierungen wie: »notwendige Maßnahmen treffen«, »ganz oder teilweise mit Wirkung für Vergangenheit oder Zukunft«, also immer daran, dass der **Behörde mehr als eine Handlungsmöglichkeit bleibt**. Ohne Auswahlermessen wäre die Ermächtigungsgrundlage nur auf einen sehr beschränkten Umfang von Sachverhalten anwendbar, so dass dieses Ermessen die Norm sehr flexibel anwendbar macht.

8.5 Die Verhältnismäßigkeit

Im **Rahmen** des Auswahlermessens ist grundsätzlich (bis auf wenige Ausnahmen) die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Diese wiederum hat vier Prüfungspunkte:

- › legitimer Zweck der Maßnahme
- › **G**eignetheit
- › **E**rforderlichkeit
- › **A**ngemessenheit



Insbesondere in der Eingriffsverwaltung muss die Maßnahme der Behörde verhältnismäßig sein. Das heißt, sie muss einem legitimen Zweck dienen und sowohl geeignet, als auch erforderlich und angemessen (GEA) sein.

Unter dem **legitimen Zweck** versteht man die Antwort auf die Frage welchen Zweck/ welches Ziel die Behörde mit der Maßnahme verfolgt. Dieser Zweck/dieses Ziel darf geltendem Recht nicht widersprechen, es muss legitim sein.

legitimer Zweck

Unter **Geeignetheit** der Maßnahme versteht man, dass zumindest denkbar sein muss, dass mit ihr das Ziel erreicht wird.

Geeignetheit

Erforderlichkeit meint, dass es sich um das mildeste, geeignete Mittel handeln muss, also dasjenige, was den einzelnen (und die Allgemeinheit) am wenigsten beeinträchtigt. Anders ausgedrückt darf es kein milderes Mittel geben, das ebenfalls das Ziel erreicht (also geeignet ist).

Erforderlichkeit

Hierzu vergleicht man die zu prüfende Maßnahme mit einer Alternative, die man selbst findet. Schwierigkeiten ergeben sich oft beim Auffinden dieser Alternative mit der man die zu prüfende Maßnahme vergleichen kann.

Einfach ist es, wenn die Behörde ein Maßnahmenpaket anordnet (zum Beispiel Leine und Maulkorb). Hier bietet sich an, bei der Erforderlichkeit einfach eine Maßnahme aus dem Paket zu nehmen (zum Beispiel Maulkorb). Dann wäre die Maßnahme milder. Die entscheidende Frage ist dann, ist die Maßnahme jetzt noch geeignet, führt sie also trotzdem noch zum Ziel. Ist die Antwort ja, ist die zu prüfende Maßnahme nicht erforderlich, es gibt eine mildere Maßnahme. Ist die Antwort nein, bleibt die zu prüfende Maßnahme als erforderlich stehen und Sie prüfen die Angemessenheit.

Handelt es sich nicht um ein Maßnahmenpaket, kann also nichts herausgenommen werden. Lassen Sie Ihre Phantasie nach einer milderen Alternative suchen. Ist die Suche nicht erfolgreich und wollen Sie trotzdem weiterarbeiten, kann man entweder ein einfaches Hinweisschreiben der Behörde (also keinen Bescheid) erwägen. Das ist immer milder als ein Bescheid (Bescheid = Verwaltungsakt), wird aber in der Regel in Ihren Übungsfällen nicht hinreichend geeignet sein, um das Ziel sicher zu erreichen. Manchmal schließen auch die Bearbeiterhinweise diese Vorgehensweise aus. Wird eine Verfügung (Verwaltungsakt) von Ihnen erwartet, ist die Erörterung dieser Alternative mitunter nicht erwünscht, so dass Sie die Verwendung dieses kleinen Tricks vorab mit dem Dozenten besprechen sollten.

Findet sich partout keine mildere Maßnahme nehmen Sie notgedrungen eine schärfere, beeinträchtigendere Alternative. Sie erörtern zum Beispiel die Alternative, den Hund im Tierheim abzugeben, anstelle von Leine und Maulkorb. Anschließend stellen Sie fest, dass es sich hierbei nicht um eine mildere Maßnahme handelt. Demnach verbleibt die von Ihnen zu prüfende Idee als erforderliche Maßnahme.

Angemessenheit Unter **Angemessenheit** versteht man, dass das Mittel nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen darf, vereinfacht ausgedrückt, sollen Sie nicht übertreiben. Sie finden in der Literatur in diesem Zusammenhang auch den Begriff der Rechtsgüterabwägung. Diese Erklärung ist so zu verstehen, dass die betroffenen **Rechtsgüter** der Allgemeinheit einerseits gegen die betroffenen Rechtsgüter des Einzelnen abzuwägen sind. Fällt diese Abwägung zugunsten der Allgemeinheit aus, so ist die Maßnahme angemessen, wenn nicht, ist sie unangemessen.

Rechtsgüter-
abwägung

Die Angemessenheit eignet sich, um hoffentlich aus dem Staatsrecht vorhandene Kenntnisse der Grundrechte zu verwenden. Sie stellen sich eine Waage mit zwei Waagschalen vor (Rechtsgüterabwägung) und legen nun die Rechtsgüter des Betroffenen in die eine Waagschale und diejenigen der Allgemeinheit in die andere Waagschale. Diese Rechtsgüter können berührte Grundrechte sein. Damit schlagen Sie gleich zwei Fliegen mit einer Klappe. Sie lassen Ihre Grundrechtskenntnisse erkennen und Sie haben gleichzeitig ausreichend Argumentationsmaterial zum Punkt Angemessenheit.

Fehlt eines der Merkmale der Verhältnismäßigkeit, kann die Maßnahme nicht verhältnismäßig sein. Eine unverhältnismäßige Maßnahme ist rechtswidrig und zugleich eine Ermessensüberschreitung.

Beispiele zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit:

Fallbeispiel wie in Abschnitt 8.2 (Dackel Edith), die Behörde hat im Rahmen ihres Auswahlermessens den Besuch der Hundeschule verfügt. Ist diese Maßnahme verhältnismäßig?

HINWEIS

Das folgende Beispiel wird gutachterlich gelöst, dabei finden Sie das Muster zum Umgang mit Tatbestandsmerkmalen wieder, nämlich:

1. allgemeine Erklärung
2. Subsumtion

Entsprechend der Definition des Begriffs Tatbestandsmerkmal als Voraussetzung, die vorliegen muss, damit die Rechtsfolge eintritt, sind die vier Prüfungsschritte:

- › Legitimer Zweck
- › Geeignetheit
- › Erforderlichkeit und
- › Angemessenheit

hier Tatbestandsmerkmale der Verhältnismäßigkeit.

Sie sind die Voraussetzung dafür, dass die Maßnahme verhältnismäßig ist. Diese Tatbestandsvoraussetzungen werden also mit dem Muster: 1. allgemeine Erklärung, 2. Subsumtion geprüft. Diese beiden Schritte werden zu Ihrer besseren Orientierung mit 1. und 2. gekennzeichnet.

Die Prüfung beginnt mit einer (Fall)frage, bei der es sich lediglich um die Wiederholung der Aufgabenstellung handelt, wobei Sie »Fraglich ist ...« oder »Zu prüfen ist ...« voranstellen sollten. Los geht's:

Fraglich ist, ob die Maßnahme »Hundeschule« verhältnismäßig ist. Dann müsste sie einem legitimen Zweck dienen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Zu prüfen ist zunächst, ob ein legitimer Zweck vorliegt.

1. Ein **legitimer Zweck** liegt vor, wenn das Ziel der Behörde im Einklang mit geltendem Recht steht. 2. Hier soll die Gefahr, die von dem Dackel Edith für die Schüler ausgeht beseitigt werden. Es handelt sich um eine Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit der Schüler, also eine Gefährdung von Individualrechtsgütern und damit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit. **Zwischenergebnis (Zw.erg.):** Ein legitimer Zweck liegt vor (Oder kürzer: Voraussetzung ist erfüllt, oder TBM liegt vor.)

Die Maßnahme müsste auch geeignet sein.

1. **Geeignet** ist die Maßnahme dann, wenn denkbar ist, dass mit ihr das Ziel erreicht wird. 2. Hier besteht das Ziel darin, sehr kurzfristig die Gefahr für die Schüler, die von der Hündin Edith ausgeht, zu beseitigen. Dazu müsste die Anordnung, die Hundeschule zu besuchen, führen. 2. Möglich wäre zwar, dass Edith in der Schule etwas lernt, sicher aber ist das nicht. Jedenfalls wird der Erfolg nicht kurzfristig eintreten. **Zw.erg.:** Die Maßnahme ist nicht geeignet.

Da für das Vorliegen der Verhältnismäßigkeit alle vier Tatbestandsvoraussetzungen erforderlich sind (legitimer Zweck, geeignet, erforderlich und angemessen) und bereits feststeht, dass die Maßnahme nicht geeignet ist, folgt daraus, dass sie auch nicht verhältnismäßig sein kann. Sofern keine andere Aufgabenstellung vorliegt (zum Beispiel die, in jedem Falle hilfsweise weiter zu prüfen), können Sie die Prüfung hier abbrechen und das Endergebnis formulieren. Das lautet hier:

Die Maßnahme ist nicht verhältnismäßig. Dieser Satz ist die Antwort auf die Fallfrage. Prüfen Sie deshalb stets am Ende Ihrer Ausführungen, ob Fallfrage und Ergebnissatz zueinander passen.

Ein weiteres Beispiel zur Verhältnismäßigkeit anhand einer Fallvariante:

Anstelle der Hundeschule wird die Abgabe des Tieres im Tierheim verfügt.

Fraglich soll wieder sein, ob die Maßnahme verhältnismäßig ist.

Los geht's mit der Fallfrage:

Zu prüfen ist, ob die Maßnahme »Abgabe im Tierheim« verhältnismäßig ist. Dann müsste sie einem legitimen Zweck dienen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Zu prüfen ist zunächst, ob ein legitimer Zweck vorliegt.

1. Ein **legitimer Zweck** liegt vor, wenn das Ziel der Behörde im Einklang mit geltendem Recht steht. 2. Hier soll die Gefahr, die von dem Dackel Edith für die Schüler ausgeht, beseitigt werden. Es handelt sich um eine Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit der Schüler, also eine Gefährdung von Individualrechtsgütern und damit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit. **Zwischenergebnis (Zw.erg.):** Ein legitimer Zweck liegt vor (Oder kürzer: Voraussetzung ist erfüllt, oder TBM liegt vor).

Die Maßnahme müsste geeignet sein.

1. **Geeignet** ist sie dann, wenn denkbar ist, dass mit ihr das Ziel erreicht wird. Hier besteht das Ziel darin, die Gefahr für die Schüler abzuwehren. 2. Wenn die Hündin im Tierheim abgegeben wird, kann sie die Schüler morgens nicht mehr angreifen. **Zw.erg.:** Die Maßnahme ist geeignet.

Zu prüfen ist nun die Erforderlichkeit.

1. **Erforderlich** ist die Maßnahme dann, wenn sie das mildeste Mittel darstellt, das heißt es darf keine Maßnahme geben, die ebenfalls geeignet ist, aber Halterin und Hund weniger beeinträchtigt. 2. Hier kämen Leinenzwang und Maulkorb für die Hündin Edith in Betracht. Diese Maßnahme wäre ebenfalls geeignet (geeignete, mildere Alternative), weil Edith dann weder den Schülern nachlaufen könnte, noch sie beißen würde. Diese Maßnahme würde im Vergleich zum Tierheim Halterin und Hündin weniger beeinträchtigen, weil Emelie weiter im Besitz des Tieres bleiben dürfte. **Zw.erg.:** Die Maßnahme Abgabe des Hundes im Tierheim ist nicht erforderlich. Es gibt eine mildere Alternative, nämlich Leine und Maulkorb.

Ergebnis (Antwort auf die Fallfrage): Die Maßnahme Edith im Tierheim abzugeben ist nicht erforderlich und kann daher auch nicht verhältnismäßig sein.

Schließlich noch ein **Beispiel**, bei dem Sie bis zum Ende der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommen:

Fallvariante:

Frau Erdbeer wird aufgegeben, ihren Hund Edith künftig in der Öffentlichkeit nur noch mit einer Leine, reißfest, nicht länger als zwei Meter, und einem Maulkorb zu führen. Wieder wird gefragt, ob die Maßnahme verhältnismäßig ist.

Fraglich ist, ob die Maßnahme »Tragen einer Leine (reißfest, nicht länger als zwei Meter) und eines Maulkorbes« verhältnismäßig ist. Dann müsste sie einem legitimen Zweck dienen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Zu prüfen ist zunächst, ob ein legitimer Zweck vorliegt.

1. Ein **legitimer Zweck** liegt vor, wenn das Ziel der Behörde im Einklang mit geltendem Recht steht. 2. Hier soll die Gefahr, die von dem Dackel Edith für die Schüler ausgeht, beseitigt werden. Es handelt sich um eine Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit der Schüler, also eine Gefährdung von Individualrechtsgütern und damit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit. **Zwischenergebnis (Zw.erg.):** Ein legitimer Zweck liegt vor (Oder kürzer: Voraussetzung ist erfüllt, oder TBM liegt vor).

Die Maßnahme müsste geeignet sein.

1. **Geeignet** ist sie dann, wenn denkbar ist, dass mit ihr das Ziel erreicht wird. Hier besteht das Ziel darin, die Gefahr für die Schüler abzuwehren. 2. Wenn die Hündin künftig mit Leine (reißfest, nicht länger als zwei Meter) und Maulkorb geführt wird, kann sie die Schüler morgens nicht mehr angreifen. **Zw.erg.:** Die Maßnahme ist geeignet.

Zu prüfen ist nun die Erforderlichkeit.

1. **Erforderlich** ist die Maßnahme dann, wenn sie das mildeste Mittel darstellt, das heißt, es darf keine Maßnahme geben, die ebenfalls geeignet ist, aber Halterin und Hund weniger beeinträchtigt.

2. Hier käme als mildere Alternative nur Leinenzwang in Betracht. Die Frage ist aber, ob diese Alternative auch hinreichend geeignet wäre um den legitimen Zweck zu erreichen. Da Edith (der Dackel) auch beißt und dieses Verhalten auch an einer Leine nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, erscheint die mildere Alternative nicht hinreichend geeignet, um den legitimen Zweck zu erreichen. Es verbleibt die von der Behörde gefundene Maßnahme als erforderliche Maßnahme.

Zw.erg.: Maßnahme ist erforderlich

Zu prüfen ist nun die Angemessenheit.

Fraglich ist auch, ob die Maßnahme angemessen ist.

1. **Angemessen** ist die Maßnahme dann, wenn sie nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel steht (Zweck/Mittel-Relation genannt). 2. Hier wird in die Rechte der Emelie am Eigentum in Bezug auf den Hund eingegriffen. Damit ist die in Art. 2 (1) GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit von Emelie betroffen. Dieses Grundrecht hat jedoch sog. Schranken, das heißt, es ist eingeschränkt durch den Zusatz, soweit er nicht Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Dem steht das Interesse der Allgemeinheit daran gegenüber, dass die Schüler unversehr die Schule erreichen können, also das Interesse der Allgemeinheit am Schutz des Individualrechtsguts körperliche Unversehrtheit und Eigentum. Die Abwägung der betroffenen Interessen ergibt, dass die Interessen der Schüler an körperlicher Unversehrtheit überwiegen. Die Interessen der Emelie daran, den Hund ohne Einschränkungen ausführen zu können, müssen dahinter zurücktreten. **Zw.erg.:** Die Maßnahme ist angemessen.

Ergebnis: Die Maßnahme Leine (reißfest, nicht länger als zwei Meter) und Maulkorb ist verhältnismäßig.

8.6 Ermächtigungsgrundlagen und ihre Zielrichtungen

repressive und präventive Maßnahmen

Ermächtigungsgrundlagen haben unterschiedliche Zielrichtungen. In der Eingriffsverwaltung bieten sie der Behörde die Möglichkeit, in die Rechte eines Beteiligten einzugreifen. Dabei unterscheiden Sie zwischen **repressiven** und **präventiven** Maßnahmen. Repressive Maßnahmen haben bestrafenden Charakter, natürlich verbunden mit der Hoffnung, dass der Betroffene sich zukünftig gesetzeskonform verhält. Letzteres ist mit einer repressiven Maßnahme aber nicht sichergestellt. Hierzu bedarf es ggf. einer präventiven Maßnahme. In Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt ist deshalb denkbar, dass die Behörde sowohl eine repressive als auch eine präventive Maßnahme ergreift.

Beispiel:

Sie fahren zu schnell und werden »geblitzt«. Sie erhalten einen Bußgeldbescheid. Das ist eine repressive Maßnahme der Behörde, mit der diese die Hoffnung verbindet, dass Sie sich künftig an die Geschwindigkeitsbegrenzungen halten, aber sicher ist das nicht. Wollte man eine sichere präventive Maßnahme ergreifen, käme nur ein Entzug der Fahrerlaubnis in Betracht.

Dann würden Sie jedenfalls Auto fahrend nicht mehr am Straßenverkehr teilnehmen und könnten auch keine Geschwindigkeitsübertretung mehr begehen. (Dieses Beispiel geht davon aus, dass nicht mit einer Straftat wie Fahren ohne Fahrerlaubnis zu rechnen ist.)

HINWEIS

In der Praxis wird überwiegend zunächst mit repressiven Maßnahmen reagiert. Oft werden Bußgeldverfahren eingeleitet, die mit der Hoffnung auf eine Änderung des Zustandes oder Verhaltens verbunden sind. Diese Änderung sicher herbeiführen, kann die repressive Maßnahme aber nicht, wie Sie dem Beispiel oben entnehmen können. Im Unterricht allerdings werden kaum repressive Maßnahmen erörtert. Dort erlernen Sie vor allem das Erarbeiten präventiver Maßnahmen. Da dies im Kontrast zu Ihren praktischen Erfahrungen steht, macht man sich diesen Unterschied am besten zusätzlich klar. Repressive Maßnahmen sind im Unterricht selten erwünscht.

Andere Ermächtigungsgrundlagen sind darauf ausgerichtet, etwas zu genehmigen, etwa eine Ausnahme oder Anträge im Rahmen der Leistungsverwaltung. Im Folgenden finden Sie drei Beispiele für Ermächtigungsgrundlagen aus dem Landes-Immissionsschutzgesetz Berlin (LImSchGBIn). Alle Beispiele haben eine unterschiedliche Zielrichtung.

§ 12 Anordnungen im Einzelfall = präventive Maßnahme

»Die zuständige Behörde kann im Einzelfall die erforderlichen Anordnungen zur Durchführung dieses Gesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen treffen.«

§ 10 Zulassung von Ausnahmen

... »(2) Die zuständige Behörde kann für den Betrieb von Schankvorgärten auf Antrag Ausnahmen von den Verboten der §§ 3 bis 5 widerruflich zulassen, soweit schutzwürdige Belange Dritter angesichts der örtlichen Gegebenheiten nicht erheblich beeinträchtigt werden.«

§15 Bußgeldvorschriften = repressive Maßnahme

»(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig 1. entgegen § 2 Abs. 2 ein Tier außerhalb landwirtschaftlicher Tierhaltungen so hält, dass jemand durch Immissionen, die durch das Tier hervorgerufen werden, erheblich belästigt wird, (...) 5. entgegen § 5 ohne eine zugelassene Ausnahme nach § 10 oder eine Genehmigung nach § 11 durch die Benutzung eines Tonwiedergabegerätes oder Musikinstrumentes Lärm erzeugt, durch den jemand erheblich gestört wird.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.«

9. ANSPRUCHSGRUNDLAGEN DIE ANTWORTNORMEN IM PRIVATRECHT



LERNZIELE

DER / DIE LERNENDE WEISS

13. wo die Anspruchsgrundlagen zu finden sind.

Sofern jemand im Privatrecht einen Anspruch geltend macht, benötigt er zur erfolgreichen Durchsetzung dieses Anspruchs eine Anspruchsgrundlage. Das Auffinden dieser Grundlage setzt die Kenntnis der Struktur des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) voraus. Es besteht aus fünf Büchern:

1. BUCH	2. BUCH	3. BUCH	4. BUCH	5. BUCH
Allgemeiner Teil	Schuldrecht	Sachenrecht	Familienrecht	Erbrecht

Je nachdem, um welchen Sachverhalt es sich handelt, ist die Anspruchsgrundlage in einem der Bücher zu finden. Nehmen Sie einmal an, Sie haben ein Problem, weil eine gekaufte Sache nach Ihrer Ansicht mangelhaft ist. Nehmen wir weiter an, Sie wüssten, dass mit dem **unbestimmten Rechtsbegriff Schuldrecht** gemeint ist, dass jemand einem anderen aufgrund eines Rechtsverhältnisses etwas schuldet. Dann würden Sie auf die Idee kommen, im 2. Buch des BGB nach einer Anspruchsgrundlage für Ihr Problem zu suchen, weil Sie wissen, dass es sich um ein Problem im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag = Schuldverhältnis handelt.

Dieses zweite Buch des BGB unterteilt sich noch einmal in allgemeine Vorschriften über Schuldverhältnisse und spezielle Vorschriften über ausgewählte Schuldverhältnisse. Der Gesetzgeber hat einige besonders häufig vorkommende Schuldverhältnisse besonders geregelt, so auch das Kaufrecht. Dort angelangt, orientiert man sich am besten an den Überschriften der Normen, abhängig von der Frage, die Sie sich stellen. Ist die gekaufte Sache defekt, würden Sie sich wahrscheinlich fragen, welche Rechte Sie in Bezug auf die Kaufsache haben. Deshalb gelangen Sie zu § 437 BGB. Dessen Überschrift lautet: »Rechte des Käufers bei Mängeln«.

An dieser Stelle werden Sie überprüfen, ob es sich um eine Anspruchsgrundlage handelt. Wir wissen, dass die Norm dann **Tatbestandsmerkmale und eine Rechtsfolge enthalten müsste**. Die Rechtsfolge des § 437 BGB finden Sie in folgender Formulierung:

»... kann (der Käufer), 1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen,
(erst anschließend) 2. ... und 3.«

Sie haben auf diesem Weg eine Anspruchsgrundlage gefunden, die eine Antwort auf Ihre (Fall)frage geben könnte.

10. DER GUTACHTENSTIL

10.1 Bedeutung

Das Gutachten ist das Spiegelbild des Bescheides. Jeder Bescheid setzt einen Entscheidungsfindungsprozess voraus. Im Bescheid selbst wird die (im Gutachtenstil) gefundene Antwort formuliert und anschließend begründet. Im Rahmen der Ausbildung in der Verwaltungsakademie werden Sie häufig auch aufgefordert, **Vermerk** und **Verfügung** zu schreiben.

Der **Aufbau des Vermerks** wird unter 10.8 dargestellt. Er wird im Gutachtenstil formuliert, weil er den Entscheidungsfindungsprozess darstellt. Die anschließend anzufertigende Verfügung entspricht im Wesentlichen dem Bescheid. Sie unterscheidet sich von ihm nur dadurch, dass an ihrem Ende noch interne Bearbeitungsvermerke, wie eine Wiedervorlage oder eine Notiz zur Kontrolle der Umsetzung der Verfügung Platz finden.

Kern der zu Unrecht ungeliebten **Gutachtentechnik** ist lediglich, dass Sie **von einer Idee zum Ergebnis** findet, anders ausgedrückt, von einer Hypothese zum Ergebnis. Dieser Arbeitsstil ist für sämtliche Wissenschaften unerlässlich und wir bewegen uns schließlich auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft.

Würden Sie das Verfahren umdrehen, hieße das, das Ergebnis zu erraten und dann irgendwie zu begründen. Das funktioniert tatsächlich, allerdings nur bei Routinetätigkeiten, wie immer wiederkehrenden und quasi standardmäßig abzufertigenden Sachverhalten (etwa Gebührenbescheide). Dafür benötigen Sie diese Ausbildung allerdings nicht. Sie werden an deren Ziel in der Lage sein, vollkommen unbekannte und unerwartete Sachverhalte angemessen zu bearbeiten und damit extrem flexibel einsetzbar sein.

Der Gutachtenstil wird überall da eingesetzt, wo Sachverhalte zu würdigen sind, die nicht routinemäßig behandelt werden können. Bei sorgfältiger Verwendung dieser Arbeitstechnik, kommen Sie in der Regel zu einem rechtmäßigen Ergebnis im Rahmen Ihres Vermerks, jedenfalls aber zu einem nachvollziehbaren Ergebnis. In der anschließend anzufertigenden Verfügung (im Bescheid) begründen Sie dann die entscheidungserheblichen Punkte aus Ihrem Vermerk im Bescheidstil. Das heißt, da Sie das Ergebnis ja Dank des Gutachtenstils nun kennen, präsentieren Sie erst dieses und begründen es dann.

Damit ist nicht gemeint, dass Sie künftig zu jedem Sachverhalt ein Gutachten über mehrere Seiten zu Papier bringen sollen, hierzu wird Ihnen regelmäßig die Zeit fehlen. Diese ausführlichen Gutachten zu schreiben, ist Gegenstand Ihrer Ausbildung und Voraussetzung dafür, dass Sie die gutachterliche Denkweise verinnerlichen und so in die Lage versetzt werden, in der Praxis in Denkschritten ggf. unter Verwendung einer Skizze eine Lösung im Gutachtenstil zu finden.

HINWEIS

In der Alltagssprache verwenden wir in der Regel den Bescheidstil, nicht aber den Gutachtenstil. Wir formulieren: »Ich bin zu spät gekommen, weil ich den Bus verpasst habe.« Das ist Bescheidstil, weil wir mit dem Ergebnis beginnen und dann die Begründung liefern. Wenn Sie erstaunte Gesichter sehen wollen, versuchen Sie es mal im Gutachtenstil: »Ich wäre pünktlich gewesen, wenn alle Voraussetzungen erfüllt worden wären (Idee). Dann hätte ich den Wecker hören müssen und der Bus hätte nicht zu früh kommen dürfen (Tatbestandsvoraussetzungen für pünktliches Erscheinen). Allerdings habe ich den Wecker nicht gehört und der Bus kam zu früh (Subsumtion). Deshalb bin ich zu spät gekommen (Ergebnis).«

Zunächst wird ausführlich der Aufbau eines Gutachtens erklärt. Anschließend wird auf den Kern dieser Denktechnik eingegangen, den Sie stets benutzen können, wenn Ihnen eine juristische Frage »über den Weg läuft«, die von Ihnen beantwortet werden soll.

10.2 Aufbau

Das Gutachten kann mit einer **Fallfrage** beginnen, anschließend benötigen Sie eine **Antwortnorm**, die Sie in bestimmter Weise prüfen. Schließlich kommen Sie zu einem Ergebnis, das Sie als Antwort auf die Fallfrage formulieren können, so dass sich der Kreis schließt.

DAS GUTACHTEN ALS ÜBERSICHT

1. FALLFRAGE = Wiederholung der Fragestellung ggf. mit eigenen Worten

2. FINDEN EINER ANTWORTNORM die geprüft werden soll

3. OBERSATZ = Hypothese

4. ÜBERPRÜFUNG aller erforderlichen Tatbestandsmerkmale durch

4.1 ALLGEMEINE DEFINITION / ERKLÄRUNG **4.2 SUBSUMTION**

Liegen die Tatbestandsmerkmale vor, tritt die Rechtsfolge ein.

5. RECHTSFOLGE	5.1 GEBUNDENE ENTSCHEIDUNGEN	5.2 ERMESSENS-ENTSCHEIDUNGEN
	= › Feststellung welche Rechtsfolge eintritt › anschließend Formulierung des Ergebnissatzes	5.2.1 ENTSCHEIDUNGS-ERMESSEN (5.2.2 NUR BEI ORDNUNGSVERFÜGUNGEN: Störerauswahl vornehmen = Ermittlung des Ordnungspflichtigen/Verantwortlichen)
		5.2.3 PRÜFUNG DER VERHÄLTNISSÄSSIGKEIT a) legitimer Zweck b) Geeignetheit c) Erforderlichkeit d) Angemessenheit
6. ERGEBNISSATZ	= stellt die Antwort auf die Fallfrage dar.	

10.3 Die einzelnen Bestandteile des Gutachtens

1. Fallfrage = Wiederholung der Aufgabenstellung

Die Frage nach dem Sinn dieses Schritts ist berechtigt. Allerdings zeigt die Erfahrung, dass nicht wenige Fragen beantwortet werden, die niemand gestellt hat. Um dieses »Rotkäppchensyndrom« (vom rechten Weg abkommen) zu verhindern, bietet sich die Formulierung einer Fallfrage an. Ihr Fehlen sollte aber nicht zu negativen Konsequenzen bei der Bewertung führen. Sie ist nur eine Hilfe, um auch wirklich diejenige Frage zu beantworten, die gestellt wurde.

2. Antwortnorm finden

3. Obersatz = Hypothese

Dieser Satz enthält folgende Bestandteile:

- a) die Bezeichnung der Antwortnorm, zum Beispiel. »gemäß § 17 ASOG«,
- b) deren Rechtsfolge,
- c) die Floskel »wenn die Tatbestandsmerkmale vorliegen« oder alternativ, die Aufzählung der Tatbestandsmerkmale.

Der Satz steht im **Konjunktiv**.

Beispiel für den Obersatz/die Hypothese, wenn Sie § 17 Abs. 1 ASOG Berlin als Ermächtigungsgrundlage ausgewählt haben:

»Die Behörde könnte gem. § 17 Abs. 1 ASOG Berlin notwendige Maßnahmen treffen, wenn die Tatbestandsmerkmale (dieser Norm) vorliegen (würden).«

(Die Erwähnung der §§ 18 bis 51 ASOG Berlin unterbleibt hier, weil deren Vorliegen schon bei der Auswahl der Ermächtigungsgrundlage geprüft wurde, vgl. Abschnitt 7.)

Anstelle der Floskel können die Tatbestandsmerkmale auch aufgezählt werden. Das birgt jedoch die Gefahr, dass ein oder mehrere Merkmale weggelassen werden und dadurch der Obersatz mangelhaft wird. Zusätzlich könnte er auch unverständlich werden, wenn Sie lange Tatbestände zitieren. Das Beispiel oben würde dann wie folgt lauten:

»Die Behörde könnte gem. § 17 Abs. 1 ASOG notwendige Maßnahmen treffen, wenn im einzelnen Falle eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung vorliegt.«

Eine weitere alternative Formulierung könnte lauten:

»Die Behörde könnte gem. § 17 Abs. 1 ASOG notwendige Maßnahmen treffen. Dann müssten die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.« (alternativ Aufzählung möglich)

HINWEIS

Die dargestellte Formulierung eignet sich für Fallfragen, in denen Sie für die Behörde eine Entscheidung treffen sollen. Formulierungsschwierigkeiten könnten sich ergeben, wenn Sie gebeten werden, eine bereits gefällte Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Sie können dann folgenden Satz einbauen: »Rechtmäßig wäre die Entscheidung der Behörde dann, wenn sie nicht gegen geltendes Recht verstoßen würde, also die Behörde eine Ermächtigungsgrundlage hatte und das Recht richtig angewandt hat.«

Anschließend können Sie die übliche Formulierung des Obersatzes verwenden. Aber auch die dargestellten Formulierungen sind kein Dogma. Sie dürfen durchaus kreativ tätig werden und alternativ formulieren, solange an der Formulierung zu erkennen ist, dass Sie nun eine bestimmte Antwortnorm daraufhin überprüfen, ob die Tatbestandsmerkmale vorliegen und die Rechtsfolge eintritt.

4. Überprüfung der Tatbestandsmerkmale

Nun werden die Tatbestandsmerkmale geprüft und zwar eins nach dem anderen. Jedes Tatbestandsmerkmal wird zunächst allgemein erklärt (definiert) und anschließend wird der Sachverhalt darunter subsumiert, so wie im Abschnitt 5.5.2.1 Tatbestandsmerkmale erklärt.

Zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen bietet sich ein **Zw.erg** (Zwischenergebnis) an. So verfahren Sie mit allen Tatbestandsmerkmalen, die Sie benötigen.

5. Rechtsfolge

Anschließend beschäftigen Sie sich mit der vorgesehenen Rechtsfolge.

5.1

Handelt es sich um eine **gebundene Entscheidung**, brauchen Sie die Rechtsfolge nur noch zu erwähnen, denn einen Handlungsspielraum haben Sie in der Regel nicht.

5.2

HINWEIS

In besonderen Sachverhalten wird hier die **Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne** zu erörtern sein (vgl. Abschnitt 2.3 und 10.5).

Sofern Sie aber **Ermessen in der Rechtsfolge** haben, müssen Sie die Prüfung fortsetzen. Sie stellen zunächst fest, welches Ermessen vorliegt (Entschließungsermessen oder/und Auswahlermessen vgl. S. 35 ff.).

5.2.1

Falls ein **Entschließungsermessen** vorliegt, überlegen Sie, ob die Behörde hier handeln sollte oder auch rechtmäßig untätig bleiben könnte. Beachten Sie auch die Möglichkeit, dass sich das Entschließungsermessen auf »Null« reduziert hat, sofern höherrangige Rechtsgüter erheblich gefährdet sind. Hat die Behörde schon gehandelt, stellen Sie kurz fest, ob diese Entscheidung ermessensfehlerfrei war (häufig). (Ermessensfehler siehe Abschnitt 8.3)

5.2.2

Die **Störerauswahl** ist eine **Spezialität des Ordnungsrechts**. Dort stellt sich häufig die Frage, wer zur Beseitigung der Störung heranzuziehen ist. Dabei geht es um die Effektivität der Gefahrenabwehr und nicht ausschließlich um die Verantwortlichkeit für die Verursachung der Gefahr. Die Grundsätze der Störerauswahl zwischen Verhaltensstörer und Zustandsstörer und die Voraussetzungen des Heranziehens eines nicht Verantwortlichen zur Gefahrenabwehr lernen Sie im Verwaltungsrecht/Polizei- und Ordnungsrecht kennen.

5.2.3

Anschließend gelangen Sie ggf. (also sofern in der Rechtsfolge vorgesehen) zum **Auswahlermessen**. Sofern der Sachverhalt noch keine Entscheidung vorgibt, müssen Sie sich nun für eine Maßnahme entscheiden. Sofern der Sachverhalt eine Maßnahme vorgibt, ist diese zu prüfen. **Im Rahmen des Auswahlermessens ist die Verhältnismäßigkeit zu prüfen** (Einzelheiten siehe Abschnitt 8.5). Dabei sind **Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit** zu erörtern. Die Begriffe sind jeweils allgemein zu erklären und dann auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden.

6. Ergebnis

Im **Ergebnis** wissen Sie dann, ob die von Ihnen gefundene oder von der Behörde gewählte Maßnahme rechtmäßig ist. Anschließend können Sie den Ergebnissatz formulieren. Dieser sollte die **Antwort auf die Fallfrage** sein.

HINWEIS

Unter Verwendung des oben dargestellten ausführlichen Gutachtenaufbaus beantworten Sie typischerweise Fragen wie:

- »Welche Maßnahme wird die Behörde ergreifen?« Oder:
- »Ist die Maßnahme der Behörde materiell rechtmäßig?«

Kern der juristischen Denktechnik

10.4 Der Kern der juristischen Denktechnik

Hinter dem oben dargestellten ausführlichen Gutachtenaufbau steckt im Kern folgende **Denktechnik**:

DER KERN

Diese Denktechnik verwenden Sie innerhalb eines Gutachtens vielfach. Mit ihr können Sie zu allen rechtlichen Fragen eine Antwort finden. Es ist deshalb außerordentlich wichtig, diesen Kern **wirklich zu verstehen**:

1. Sie gehen von einer Idee oder Frage aus und finden in der Regel eine passende Norm.
2. Sie ermitteln deren (Tatbestands)Voraussetzungen(en)/ (Tatbestands)merkmal(e) und klären unabhängig vom konkreten Sachverhalt für jede Voraussetzung, was unter ihr ganz allgemein zu verstehen ist. (Definition des Tatbestandsmerkmals)
3. Sie untersuchen den Sachverhalt daraufhin, ob diese Voraussetzung/ dieses Tatbestandsmerkmal hier vorliegt (Subsumtion).

4. Liegen die Voraussetzungen vor, kommen Sie zur (Rechts)folge* und formulieren ein Ergebnis.

*Wie unter 5.5.1 dargelegt, wird das Wort Rechtsfolge in der Methodik sowohl im Sinne von »hoheitlicher Handlungsbefugnis«, als auch im Sinne von »Folge, die sich aus dem Vorliegen der TBM ergibt«, verwendet. Zum Beispiel führt das Vorliegen der TBM des § 35 S. 1 VwVfG dazu, dass ein Verwaltungsakt vorliegt. Diese Norm ist methodisch gesehen eine Hilfsnorm und hat daher keine Rechtsfolge im Sinne einer hoheitlichen Handlungsbefugnis. Man spricht im Allgemeinen trotzdem von einer Rechtsfolge, meint damit aber nicht eine hoheitliche Handlungsbefugnis, sondern lediglich die Folge, die sich aus dem Vorliegen der TBM ergibt. Die Tücke entsteht also dadurch, dass dasselbe Wort »Rechtsfolge« in zwei unterschiedlichen Bedeutungen verwendet wird.

Die Arbeitsschritte 1. bis 4. sind an den Beispielen zur Verhältnismäßigkeit (vgl. 8.5) gut zu erkennen. Es wird zum Beispiel jeweils allgemein erklärt, was man unter »geeignet« versteht (»geeignet« ist ein TBM für das Vorliegen von Verhältnismäßigkeit). Anschließend wird der Sachverhalt subsumiert. Hier bieten sich für den Anfang Formulierungen wie »Hier« oder »Laut Sachverhalt« an. Danach wird ein Zwischenergebnis gebildet, zum Beispiel »Maßnahme ist geeignet.«

Mit dieser Technik können Sie beispielsweise auch folgende Fragen beantworten:

- › Ist dem A Akteneinsicht zu gewähren?
- › Ist der Widerspruch form- und fristgerecht eingelegt?
- › Ist der Bescheid hinreichend begründet?
- › Liegt ein Sachmangel vor?
- › ...

Beispiele (Vergleichen Sie die Beispiele mit dem Aufbau des Kerns):

Sie wollen mit diesem Kern des Gutachtenstils prüfen, ob es sich um einen Beteiligten im Sinne von § 13 VwVfG handelt.

Dann könnten Sie formulieren:

»Es müsste sich um einen Beteiligten handeln. Beteiligter ist gem. § 13 VwVfG unter anderem derjenige, an den die Behörde den Bescheid richten will. (allgemeine Erklärung des TBM Beteiligter, hier haben Sie zufällig eine Hilfsnorm, andernfalls müssen Sie die allgemeine Erklärung selbst definieren). Hier möchte die Behörde die Verfügung gegen X richten (Subsumtion). X ist deshalb Beteiligter (Ergebnis).«

HINWEIS:

Vergleichen Sie diese Formulierungen nun mit dem Bescheidstil:

Der X ist Beteiligter gem. § 13 VwVfG, weil die Behörde den Bescheid an ihn richten will. Hier kennen Sie das Ergebnis schon, teilen es mit und begründen es. Das Gutachten setzt aber gerade voraus, dass Sie das Ergebnis noch nicht kennen, sondern zunächst erarbeiten müssen, deshalb können Sie im Gutachten so nicht formulieren.

Gelingt es Ihnen, diesen Kern zu verinnerlichen, haben Sie gelernt, juristisch zu denken.

10.5 Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen im öffentlichen Recht

Man darf wohl annehmen, dass alle Mitarbeiter der Exekutive danach streben, Entscheidungen zu treffen, gegen die ein Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat. Wann hat ein Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg? Dann, wenn der Verwaltungsakt formell und materiell rechtmäßig ist.

Formelle Rechtmäßigkeit liegt vor, wenn die Entscheidung unter Beachtung aller Vorschriften über Zuständigkeit, Form und Verfahren ergangen ist.

Formelle
Rechtmäßigkeit

Materielle Rechtmäßigkeit können Sie noch einmal unterteilen in besondere materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und allgemeine materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.

Materielle
Rechtmäßigkeit

Ermächtigungsgrundlage und deren korrekte Anwendung, meinen also das, was Sie oben im Gutachtenstil zu prüfen gelernt haben.

Die **allgemeinen materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen** umfassen zusätzlich noch folgende Punkte:

allgemeine materielle
Rechtmäßigkeits-
voraussetzungen

- › Ist die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne beachtet?
- › Ist der Verwaltungsakt hinreichend bestimmt?
- › Ist der Verwaltungsakt frei von Ermessensfehlern?
- › Ist der Gleichheitsgrundsatz beachtet?

Hinsichtlich der Einzelheiten soll hier nur auf die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne eingegangen werden, weil Sie bereits die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne kennen gelernt haben. Im Übrigen werden Sie auf das Verwaltungsrecht verwiesen.

Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

Nehmen Sie an, Sie haben eine Ermächtigungsgrundlage, die bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eine gebundene Rechtsfolge vorsieht. Dann kommen Sie nach dem bisher erlernten nicht zu einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Es kommt in der Praxis aber vor, dass die eintretende Rechtsfolge unverhältnismäßig ist. Deshalb prüfen Sie in solchen Fällen (im Rahmen Ihrer Ausbildung eher selten vorkommend) trotzdem die Verhältnismäßigkeit der Entscheidung und nennen diesen Prüfungspunkt: Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne (denn die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinnen im Rahmen der Ermessensentscheidung haben Sie ja nicht). Die Prüfungspunkte: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit bleiben gleich.

Beispiel zur Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

(nach SG Duisburg, Beschluss vom 23.11.2007, Az. S 10 AS 163/07 ER):

Ein Leistungsempfänger nach SGB II (sog. Hartz IV) kann von der Behörde aufgefordert werden, eine Eingliederungsvereinbarung abzuschließen. In einer solchen Vereinbarung werden Rechte und Pflichten des Leistungsempfängers festgelegt, mit dem Ziel, ihn möglichst schnell wieder auf dem ersten Arbeitsmarkt zu vermitteln.

Wie die Bezeichnung »Vereinbarung« schon andeutet, ist die Unterzeichnung vom Willen des Leistungsempfängers abhängig. Es gibt allerdings eine Ermächtigung für die Behörde, die Leistungen des Betroffenen für einen bestimmten Zeitraum zu kürzen, wenn er sich weigert, die Vereinbarung zu unterzeichnen. Diese Vorschrift hat eine sogenannte gebundene Rechtsfolge, das heißt die Behörde hat kein Ermessen, sondern »muss« die Leistungen kürzen. Allerdings hat sie vom Gesetzgeber noch eine andere Handlungsmöglichkeit bekommen für den Fall, dass jemand seine Unterschrift unter die Vereinbarung verweigert. Sie kann die Vereinbarung durch einen Verwaltungsakt mit demselben Inhalt ersetzen. In diesem Sachverhalt hat sie das getan. Der Verwaltungsakt entsprach inhaltlich der Eingliederungsvereinbarung. Damit hatte die Behörde ihr Ziel erreicht, den Leistungsberechtigten zur Mitarbeit in bestimmter Weise zu verpflichten.

Zusätzlich erfolgte die Sanktion, also die Leistungskürzung gegen den Leistungsberechtigten. Durch den Erlass eines Verwaltungsaktes mit dem Inhalt der Eingliederungsvereinbarung war das Ziel des Gesetzgebers – alles für die Wiedereingliederung zu tun – jedoch schon erreicht. Das Gericht stellte deshalb die Rechtswidrigkeit der Sanktion fest, weil eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im weiteren Sinne hier ergeben hat, dass die Sanktionierung gegen das Übermaßverbot verstößt und deshalb unverhältnismäßig ist. Auch bei gebundenen Entscheidungen ist deshalb darauf zu achten, dass nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen wird. Das bezeichnet man als Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne.

An dieser Stelle soll Ihnen ein Prüfungsschema die Übersicht und Zuordnung der Prüfungspunkte der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes erleichtern:

PRÜFUNG DER RECHTMÄSSIGKEIT EINES VERWALTUNGSAKTES	
I. FORMELLE RECHTMÄSSIGKEIT	II. MATERIELLE RECHTMÄSSIGKEIT
A) Zuständigkeit	A) Besondere materielle Rechtmäßigkeit = korrekte Anwendung der speziellen Ermächtigungsgrundlage
B) Einhaltung der Formvorschriften	B) Allgemeine materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen
C) Einhaltung der Verfahrensvorschriften	

10.6 Besonderheiten der Fallbearbeitung im Privatrecht

Zunächst ist festzustellen: Der Kern der Denktechnik bleibt der gleiche! Wegen der Besonderheiten des Privatrechts hat sich dort ein spezieller Aufbau des Gutachtens entwickelt. Nach der Fallfrage formulieren Sie zunächst den so genannten **»www-Satz«** anstelle des Obersatzes:

»www-Satz«

Anschließend suchen Sie sich eine möglicherweise passende Anspruchsgrundlage heraus. Denken Sie dabei daran, dass es sich nur dann um eine Anspruchsgrundlage handelt, wenn eine Rechtsfolge enthalten ist. Diese überprüfen Sie nun, wie im öffentlichen Recht, nämlich auf Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen und das Eintreten der Rechtsfolge. Als Zwischenergebnis erhalten Sie die Antwort auf die Frage, ob ein Anspruch entstanden ist.

Im Privatrecht kommt es vor, dass ein einmal entstandener Anspruch wieder untergegangen ist und deshalb nicht mehr besteht. Möglich wäre auch, dass gegen seine Durchsetzung eine rechtshindernde Einrede (Beispiel: Einrede der Verjährung oder Verwirkung) besteht.

Diese Möglichkeiten werden im Aufbau des Gutachtens berücksichtigt, wie Sie im folgenden **Aufbauschema für das Privatrecht** erkennen können.

WER WILL WAS VOM WEM WORAUS?
1. FALLFRAGE
2. WER WILL WAS VOM WEM WORAUS
3. ANSPRUCHSGRUNDLAGE finden
4. TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN prüfen (siehe Abschnitt Tatbestandsmerkmale)
4.1 ALLGEMEINE DEFINITION / ERKLÄRUNG
4.2 SUBSUMTION
5. ANSPRUCH entstanden; Rechtsfolge feststellen
6. IST der Anspruch untergegangen?
7. STEHT dem Anspruch eine rechtshindernde Einrede entgegen?
8. ERGEBNIS

10.7 Die Sprache im Gutachten

Im Rahmen des Gutachtens müssen Sie nicht stets sprachlich »das Fahrrad neu erfinden.« Das heißt, Sie dürfen Floskeln vielfach verwenden. Häufig fragt sich der Bearbeiter, wie er denn von einem Teil des Gutachtens in den nächsten überleiten soll. Hierzu kann man jedes Mal die Floskel »Fraglich ist nun, ...« benutzen. Wem das auf Dauer zu eintönig ist, der wechselt von Zeit zu Zeit zu »Zu prüfen ist jetzt...«. Hilfreich sind bei den gutachterlichen Ausführungen Worte wie »insbesondere«, »unter anderem«, »zum Beispiel«. Wollen Sie zum Beispiel einen Tatbestand prüfen, der einige alternative Tatbestandsmerkmale besitzt oder vielleicht auch eine unvollständige Aufzählung – sog. **Regelbeispiele** – dann ist es häufig zeitraubend wie unnötig, alle Alternativen aufzuzählen, wenn man schon genau weiß, auf welche es hinausläuft. In einem solchen Fall könnten Sie formulieren: »Zum Tatbestand des § 823 Abs.1 BGB gehört unter anderem, dass die Handlung fahrlässig erfolgt ist.« Hier ist dem Leser klar, dass es noch eine oder mehrere Alternativen zur Fahrlässigkeit (nämlich Vorsatz) gibt, die aber für Ihre Falllösung nicht interessieren.

Regelbeispiele

Die Ausbildungspraxis zeigt auch, dass Auszubildende es lieben, eine Subsumtion mit der Floskel »Laut Sachverhalt« zu beginnen. Wem das auf Dauer zu lang erscheint, dem kann die Variante »Hier...« angeboten werden.

10.8 Aufbauschema für Vermerk und Verfügung

Unter einem **Vermerk** versteht man in dem hier interessierenden Zusammenhang eine ausführliche gutachterliche Erarbeitung der Entscheidung unter Berücksichtigung aller formellen und materiellen Voraussetzungen.

Vermerk Muster

1. Vermerk

- a) sachliche und örtliche Zuständigkeit
- b) zu beachtende Form- und Verfahrensvorschriften, regelmäßig u.a. das Erfordernis einer Anhörung
- c) Finden einer Ermächtigungsgrundlage einschließlich grundrechtlicher Überlegungen
- d) Prüfung der erforderlichen Tatbestandsmerkmale dieser Ermächtigungsgrundlage nach dem Muster:
 - 1. Definition/allgemeine Erklärung
 - 2. Subsumtion
 - 3. Zwischenergebnis
- e) Entschließungsermessen prüfen (falls in Ermächtigungsgrundlage enthalten)
- f) Auswahl der ordnungsrechtlich Verantwortlichen (dieser Schritt sollte nicht erst nach dem Auswahlermessen erfolgen, weil die dort zu prüfende Verhältnismäßigkeit auf die Person des in Anspruch genommenen abstellt. Daher muss diese zuerst feststehen, um sinnvoll das Auswahlermessen zu prüfen.)
- g) Auswahlermessen einschließlich Verhältnismäßigkeit (falls in Ermächtigungsgrundlage enthalten)
- h) Zwangsmittelandrohung
- i) Anordnung der sofortigen Vollziehung

HINWEIS:

Die Schritte c) bis g) finden Sie genau so in der Übersicht zum Aufbau des Gutachtens auf S. 57 wieder. Sie sehen also, dass der Vermerk umfangreicher als ein reines Gutachten ist, weil er eben die vollständige Erarbeitung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit umfasst.

Verfügung

Eine **Verfügung** ist im hier interessierenden Zusammenhang der Bescheid (Verwaltungsakt) zuzüglich interner Bearbeitungsvermerke, wie zum Beispiel Wiedervorlage.

Verfügung Muster

- › Verfügung
 - › Behörde
 - › Geschäftszeichen
 - › Datum
 - › Telefon
 - › V
 - 1.
 - › Zustellungsart
 - › Anrede
 - › Tenor (§§ 36, 37 Abs. 1 VwVfG)
 - › Begründung (§ 39 VwVfG)
 - › Zwangsmittelandrohung
 - › Rechtsbehelfsbelehrung
 - › Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Begründung
 - › Grußformel
 - 2.
 - › Wiedervorlage
 - › i.A.

HINWEIS:

Es handelt sich um einen in Berlin üblichen Aufbau der Verfügung. Auf andere Bundesländer ist dieser Aufbau nicht übertragbar. In diesem Muster wird ausdrücklich nur der Aufbau dargestellt, die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Punkte bleibt dem Verwaltungsrecht und dem Polizei- und Ordnungsrecht vorbehalten.

11. ANHANG FÄLLE

11.1 Beispiel für ein Gutachten zur Erarbeitung einer materiell rechtmäßigen Entscheidung

Die unerlaubte Sondernutzung

Sachverhalt:

Herr Nick ist Halter eines weißen Multicar (kleiner Lastwagen) mit dem amtlichen Kennzeichen B-GG 123, Fahrgestell Nr. 456. Das Fahrzeug befindet sich seit dem 01.02. an der Kreuzung Amtsstraße/Poststraße in einer Parktasche. Auf der Ladefläche sind Blumen gepflanzt. Die Pflanzungen wurden während der Vegetationsperiode vorgenommen. Im Herbst wurden die Pflanzen entfernt und die Ladefläche mit Tannengrün und Lichterketten dekoriert. Zusätzlich befindet sich auf beiden Fahrzeugseiten Werbeschrift für ihre Firma »Schöner Grün«. Das Fahrzeug selbst wurde seit dem 01.02. nicht bewegt. Das ist auch daran zu erkennen, dass die Reifen offensichtlich einen sehr geringen Reifendruck haben, mit dem das Fahrzeug in diesem Zustand ohnehin nicht zu bewegen wäre. Anwohner haben sich bereits darüber beschwert, dass damit der Parkplatz dauerhaft blockiert ist und so die bestehende Parkraumnot noch vergrößert wird. Nick teilt mit, dass es sich um ein Reservefahrzeug seines Gartenbaubetriebes handelt, das er dort parkt. Er kann nicht erkennen, warum es verboten sein soll, Blümchen auf einer Ladefläche zu pflanzen oder ein Logo am Fahrzeug anzubringen.

Welche Maßnahme wird die zuständige Behörde ergreifen, wenn das Fahrzeug inzwischen seit 18 Monaten nicht bewegt wurde?

Gutachten:

- › **Fallfrage:**
Fraglich ist, welche Maßnahme die zuständige Behörde ergreifen wird.

- › **Obersatz:**
Die Straßenbaubehörde könnte gemäß § 14 BlnStrG die erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung anordnen, wenn die Tatbestandsmerkmale vorliegen.

HINWEIS: TEXT DER EMGL § 14 BLNSTRG:

»Wird eine öffentliche Straße ohne die erforderliche Erlaubnis benutzt oder werden Gegenstände mit Ausnahme der Fahrzeuge nach Abs. 2 verbotswidrig abgestellt, oder kommt ein Erlaubnisnehmer seinen Verpflichtungen nicht nach, so kann die Straßenbaubehörde die Beseitigung von unerlaubten Anlagen im öffentlichen Straßenraum oder die sonst erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung oder zur Erfüllung der Auflagen anordnen. Sind solche Anordnungen nicht oder nur unter unverhältnismäßigem Aufwand möglich, oder nicht Erfolg versprechend, so kann sie den rechtswidrigen Zustand auf Kosten des Pflichtigen beseitigen oder beseitigen lassen.(...)«

Abs. 2 betrifft Fahrzeuge ohne gültiges amtliches Kennzeichen, ist daher hier nicht betroffen.

Struktur der Ermächtigungsgrundlage (EMGL):

› **Tatbestandsmerkmal:**

- 1a) öffentliche Straße ohne Erlaubnis benutzt
- 1b) Gegenstände verbotswidrig abgestellt
- 1c) kommt ein Erlaubnisnehmer seinen Verpflichtungen nicht nach

› **Rechtsfolge:**

- Straßenbehörde kann anordnen (Entschließungsermessen):
- a) die Beseitigung der unerlaubten Anlagen
 - b) erforderliche Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung
 - c) erforderliche Maßnahmen zur Erfüllung der Auflagen

a), b), c) stehen im Auswahlermessen der Behörde

› **Obersatzalternative:**

Der Obersatz geht bereits hinsichtlich der Rechtsfolge davon aus, dass erforderliche Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung getroffen werden. Das legt der Sachverhalt hier nahe. Wer das an dieser Stelle noch nicht entscheiden möchte, muss die alternativen Rechtsfolgen im Obersatz aufzählen: Die Straßenbaubehörde könnte gem. § 14 BlnStrG die Beseitigung unerlaubter Anlagen, erforderliche Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung oder zur Erfüllung der Auflagen anordnen, wenn die Tatbestandsmerkmale vorliegen = **Obersatzalternative.**

› **Nun sind die Tatbestandsmerkmale zu prüfen.**

Hier kommt in Betracht, dass eine öffentliche Straße ohne Erlaubnis benutzt wird.

› **1. TBM:**

Der Begriff der **öffentlichen Straße** (1. TBM) wird in § 2 BlnStrG erklärt (Hilfsnorm). Danach handelt es sich um Straßen, Wege und Plätze,

die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind. Hierzu zählen gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1b) BlnStrG auch Parkflächen (allgemeine Erklärung). Hier ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass es sich um eine Parkfläche auf öffentlichem Straßenland handelt (Subsumtion).

› **2. TBM:**

Diese Straße müsste **ohne Erlaubnis benutzt** (2. TBM) werden. **Fraglich ist** zunächst, welche Art von Benutzung einer Straße ohne Erlaubnis erfolgen darf, um anschließend zu beurteilen, ob die hier vorliegende Benutzung darüber hinausgeht. Gemäß § 10 Abs. 2 BlnStrG ist jedermann gestattet, die Straße im Rahmen der Widmung für den Verkehr zu benutzen. Diese Nutzung bezeichnet man als Gemeingebrauch.

Dagegen liegt kein Gemeingebrauch vor, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr sondern zu anderen Zwecken benutzt (allgemeine Erklärung für erlaubte und unerlaubte Straßennutzung). Hier hat Nick das Fahrzeug seit 18 Monaten nicht bewegt. Vielmehr wurden – offenbar zu Werbezwecken – auf der Ladefläche zunächst Blumen gepflanzt und anschließend Weihnachtsdekoration angebracht. Benutzung der Straße zum Verkehr bedeutet, dass das Fahrzeug dort abgestellt wird, um es zum Fahren zu benutzen. Dieses vorübergehende Abstellen ist dann nicht mehr anzunehmen, wenn seit 18 Monaten keine Nutzung mehr erfolgte. Vielmehr lässt der Sachverhalt den Schluss zu, dass das Fahrzeug dort ausschließlich zu Werbezwecken steht. Werbung gehört allerdings nicht mehr zur Nutzung der Straße für den Verkehr und stellt deshalb auch keinen Gemeingebrauch dar. Hierfür benötigt Nick eine Sondernutzungserlaubnis. Im Augenblick benutzt er die Straße daher ohne Erlaubnis (Subsumtion.) Das Tatbestandsmerkmal »Straße ohne Erlaubnis benutzt«, liegt hier vor (Zw.erg).

HINWEIS:

Da mit Blick auf die Struktur des § 14 BlnStrG (s.o.) klar wird, dass die übrigen TBM lediglich Alternativen darstellen, brauchen sie nicht mehr geprüft zu werden. Sie kommen zur Rechtsfolge.

› **Rechtsfolge:**

Die Behörde hat **Entschließungsermessen**. Eine Ermessensreduzierung auf »Null« liegt hier nicht vor, weil keine höherrangigen Rechtsgüter in erheblicher Gefahr sind. Allerdings wird die Behörde hier dennoch etwas unternehmen müssen, weil ein freiwilliges Ende der Benutzung nicht abzusehen ist und bei Untätigkeit zu befürchten ist, dass das Verhalten Nachahmer findet.

Die Behörde hat auch **Auswahlermessen**. Hier kann Sie zwischen verschiedenen Maßnahmen wählen (siehe Struktur a), b) oder c)) Hier kommen erforderliche Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung in Betracht. Die Behörde könnte dem Nick aufgeben, sein Fahrzeug zu beseitigen.

Die Maßnahme müsste auch verhältnismäßig sein. **Verhältnismäßig** ist eine Maßnahme dann, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Geeignet ist sie dann, wenn denkbar ist, dass mit ihr das Ziel erreicht wird. Ziel der Maßnahme ist die Beseitigung der Sondernutzung. Wenn das Fahrzeug entfernt ist, ist die Sondernutzung beendet. Die Maßnahme ist geeignet.

Sie müsste auch erforderlich sein. **Erforderlich** ist die Maßnahme dann, wenn sie das mildeste Mittel darstellt. Fraglich ist deshalb, ob hier mildere Mittel in Betracht kommen. Eine denkbare Alternative wäre, dem Nick aufzugeben, die Werbung zu unterlassen. Diese Maßnahmen müsste aber auch geeignet sein. Sie würde jedoch nicht sicher dazu führen, dass das Fahrzeug an diesem Ort nur vorübergehend und nicht dauerhaft abgestellt wird. Daher ist sie nicht geeignet. Mildere Maßnahmen, als die Anordnung der Beseitigung des Fahrzeuges, sind nicht erkennbar. Daher ist die Maßnahme auch erforderlich.

Schließlich müsste sie noch angemessen sein. **Angemessen** ist sie dann, wenn das gewählte Mittel nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel steht. Es ist eine Rechtsgüterabwägung vorzunehmen zwischen den Rechtsgütern des Nick und den betroffenen Rechtsgütern der Allgemeinheit. Hier hat die Allgemeinheit ein Interesse an der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, hier des BlnStrG. Hinter diesem Interesse muss dasjenige des Nick an der Fortsetzung dieses Verhaltens zurückstehen. Die Maßnahme ist auch angemessen. Im Ergebnis ist sie verhältnismäßig.

- › **Ergebnissatz (Antwort auf die Fallfrage):**
Die Straßenbaubehörde kann die Beseitigung des Fahrzeuges von diesem Parkplatz verfügen.

11.2 Beispiel für die gutachterliche Prüfung einer verfahrensrechtlichen Frage nach der Notwendigkeit einer Anhörung

- › **Aufgabe:**
Prüfen Sie gutachterlich, ob die Behörde den Nick vor Erlass des Bescheides hätte anhören müssen.
- › **Fallfrage:**
Fraglich ist, ob Nick hätte angehört werden müssen.
- › **Obersatz:**
Die Behörde hätte ihn anhören müssen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz) vorgelegen hätten und keine Ausnahme vorliegt.
- › **Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen:**
Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 VwVfG sind: Beteiligter, beabsichtigter Verwaltungsakt, der in die Rechte des Beteiligten eingreift.

› **1. TBM:**

Beteiligter ist gemäß § 13 VwVfG unter anderem derjenige, an den die Behörde den Verwaltungsakt richten will (allgemeine Erklärung). Hier will sie den Verwaltungsakt an Nick richten (Subsumtion). Er ist Beteiligter. (Zw.erg.).

› **2. TBM:**

Verwaltungsakt ist gemäß § 35 VwVfG eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Außenwirkung (allgemeine Erklärung).

Hier will die Behörde dem Nick aufgeben, sein Fahrzeug zu entfernen. Es handelt sich dabei offensichtlich um einen Verwaltungsakt, Tatbestandsmerkmal liegt vor (Subsumtion + Zw.erg.).

› **3. TBM:**

Der Verwaltungsakt müsste in die Rechte des Beteiligten eingreifen. Ein Verwaltungsakt greift u.a. dann in die Rechte ein, wenn er ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt (allgemeine Erklärung, diesmal haben Sie keine Hilfsnorm, Ihre Kreativität ist gefragt). Hier wird von Nick ein Tun verlangt. Er soll das Fahrzeug beseitigen (Subsumtion).

Der beabsichtigte Verwaltungsakt greift auch in die Rechte des Nick ein, das Tatbestandsmerkmal liegt vor (Zw.erg.).

› **Rechtsfolge:**

Da die Tatbestandsmerkmale vorliegen, tritt die Rechtsfolge ein. Sie lautet hier: »ist diesem Gelegenheit zu geben sich ... zu äußern.« Es ist also anzuhören, hier liegt eine gebundene Entscheidung vor.

› **(Zwischen)Ergebnis:**

Die Behörde hätte den Nick vor Erlass des Bescheides anhören müssen. Die Anhörungspflicht könnte entfallen, wenn eine Ausnahme des § 28 Abs. 2 oder Abs. 3 VwVfG vorliegen würde (Sie prüfen die Ausnahme erst jetzt, weil sie nur dann interessiert, wenn überhaupt eine Verpflichtung zur Anhörung gegeben ist).

› **(neuer) Obersatz:**

Die Anhörungspflicht könnte gem. § 28 Abs. 2 oder Abs. 3 VwVfG entfallen sein, wenn eine der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Absätze vorliegen würde.

› **Tatbestandsmerkmal:**

Sie wählen ein in Frage kommendes Merkmal aus und prüfen dessen Vorliegen.

Hier könnte ein Absehen von der Anhörung im öffentlichen Interesse möglich sein, § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG. Öffentliches Interesse liegt vor, wenn im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit von der Anhörung abgesehen werden sollte. Für die Allgemeinheit dürfte es aus Gründen, wie zum Beispiel Unzumutbarkeit oder Eilbedürftigkeit, nicht erträglich erscheinen, auch die kürzest mögliche Anhörungsfrist abzuwarten (allgemeine Erklärung). Hier wäre eine Anhörung binnen einer Woche denkbar. Dass die Allgemeinheit nicht noch eine weitere Woche den verbotswidrigen Zustand ertragen kann, ist nicht erkennbar (Subsumtion).

› **(Zwischen)Ergebnis:**

Im Ergebnis liegt hier keine Ausnahme von der Anhörungspflicht vor. (Sie können weitere Ausnahmen in dieser Weise prüfen, wenn Sie sie im Einzelfall für möglicherweise gegeben halten).

› **Ergebnis:**

Im Ergebnis hätte die Behörde den Nick vor Erlass des Bescheides anhören müssen.

HINWEIS:

- › Die zu diesem Sachverhalt verwendete Subsumtion zum Tatbestandsmerkmal »Verwaltungsakt« bietet Anlass für die Beantwortung einer typischen berechtigten Teilnehmerfrage:

Weshalb sind hier nicht die TBM des Verwaltungsaktes (hoheitliche Maßnahme ...) ausführlich erklärt und subsumiert worden?

- › Antwort: Weil hier auf der Hand lag, dass es sich um einen Verwaltungsakt handeln wird und die Aufgabenstellung nicht darauf hindeutete, dass hier die ausgiebige Erörterung der Tatbestandsmerkmale des Verwaltungspunktes Schwerpunkt der Lösung ist.

Aufgabenstellungen, bei denen diese ausführlichen Erörterungen erforderlich sind, könnten lauten:

Prüfen Sie gutachterlich, ob die Anhörung ein Verwaltungsakt ist.

In diesem Fall kommt es zur Beantwortung der Frage darauf an, ob alle Merkmale des Verwaltungsaktes vorliegen.

Hier müssten Sie erklären, was Sie unter den einzelnen Merkmalen verstehen, ein Thema, mit dem Sie verhältnismäßig viel Zeit im Verwaltungsrecht verbringen werden. (Übrigens, hier mit der Lösung, dass es an dem Tatbestandsmerkmal Regelung fehlt und deshalb die Anhörung kein Verwaltungsakt ist.)

11.3 Beispiel für ein zivilrechtliches Gutachten

Sachverhalt:

Im Zuge der Sanierung des Rathauses sollen neue Regale bestellt werden. Die hierfür zuständige Mitarbeiterin wählt die Firma Fix für die Lieferung aus und bestellt vier Regalsets zu einem Preis von insgesamt 400 €, in der Annahme, sie werde vier Regale erhalten. Die Bestellung wird bearbeitet, die Regale geliefert. Nach der Lieferung stellt sich heraus, dass in jedem Paket zwei Regale enthalten sind, so dass die Stadt nun über insgesamt acht Regale, also vier überzählige Regale verfügt. Die Mitarbeiterin ruft daraufhin unverzüglich bei der Firma Fix an und teilt mit, dass Sie nur vier Regale haben wollte, nicht acht und bittet die Firma Fix, die überzähligen Regale zurückzunehmen.

› Aufgabe:

Die Firma Fix besteht auf Bezahlung von acht Regalen (also vier Regalsets). Prüfen Sie gutachterlich, ob vier oder acht Regale zu bezahlen sind.

Gutachten:

› Fragesatz:

Fraglich ist, ob acht Regale zu bezahlen sind.

› »www-Satz«:

Die Firma Fix begehrt Bezahlung von acht Regalen von der Stadt aus einem Kaufvertrag, § 433 Abs. 2 BGB.

› Arbeitshilfe Struktur der Antwortnorm:

§ 433 Abs. 2 BGB

› Tatbestandsvoraussetzungen:

1. Sache
2. Kaufvertrag

› Rechtsfolge:

Anspruch des Verkäufers auf Abnahme der Ware und Bezahlung des Kaufpreises.

› Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen:

1. Sache

Allgemeine Erklärung/Definition hier nicht erforderlich, weil auf der Hand liegend, daher gehen Sie gleich zur Subsumtion über: Die Regale sind ohne Zweifel eine Sache.

2. Kaufvertrag

allgemeine Erklärung: Ein Kaufvertrag kommt zustande durch mindestens zwei übereinstimmende Willenserklärungen: Angebot (Antrag) und Annahme.

› **Subsumtion:**

Hier hat die Mitarbeiterin in Vertretung der Stadt vier Regalsets bestellt. Die Bestellung wurde nicht ausdrücklich angenommen, etwa durch ein Bestätigungsschreiben, sondern konkludent (= durch schlüssiges Handeln, also durch Handlungen, die darauf schließen lassen, dass der Antrag der Stadt angenommen wurde). Das konkludente Handeln besteht hier in der Bearbeitung der Bestellung und der Lieferung der bestellten Ware. Es handelt sich um zwei übereinstimmende Willenserklärungen.

› **Zw.erg.:**

Ein Kaufvertrag ist zustande gekommen.

Die Tatbestandsmerkmale liegen vor, die Rechtsfolge tritt ein (Hier können Sie sich an der oben erarbeiteten Struktur der Norm orientieren). Rechtsfolge ist, die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der Ware (hier unstreitig) und Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises.

› **Zw.erg.:**

Die Stadt als Käuferin hat den vereinbarten Kaufpreis für acht Regale (vier Sets) zu zahlen. Der Anspruch des Verkäufers (der Firma Fix) ist entstanden.

HINWEIS:

Der Anspruch könnte jedoch wieder untergegangen sein.
Ein Anspruch geht zum Beispiel unter, wenn er erfüllt ist oder wenn der Vertrag wirksam angefochten wurde.

Fraglich ist also, ob die Stadt den Vertrag wirksam angefochten hat. Die Anfechtung ist in §§ 119 ff BGB geregelt (An dieser Stelle benötigen Sie etwas Fachwissen über die Anfechtung.). Bei einer Anfechtung müssen Sie folgende Voraussetzungen prüfen:

1. Anfechtungsgrund
2. Anfechtungsfrist beachtet?
3. Anfechtungserklärung abgegeben?

› **Rechtsfolge:**

§ 142 Abs. 1 BGB Vertrag von Anfang an nichtig, soweit er angefochten wurde.

› **1. Anfechtungsgrund:**

Der Anfechtungsgrund könnte sich aus § 119 Abs. 1 1. Alternative BGB ergeben (neue Hypothese/Idee).

› **Voraussetzung:**

Dann müsste ein Inhaltsirrtum vorgelegen haben.

› **Allgemeine Erklärung:**

Ein Inhaltsirrtum liegt vor, wenn der Erklärende, zwar sagt oder schreibt, was er sagen oder schreiben wollte, sich aber über den Inhalt dieser Erklärung irrt (zum Beispiel falsche Vorstellungen über Maßeinheiten oder Stückzahlen in einem Paket).

› **Subsumtion:**

Hier wollte die Stadt vier Regale bestellen. Die Mitarbeiterin hat sich über den Inhalt eines Pakets geirrt. Sie glaubte, es würde sich jeweils um nur ein Regal handeln, tatsächlich waren es zwei.

› **Zw.erg.:**

Deshalb liegt hier ein Inhaltsirrtum vor (= Anfechtungsgrund).

Nächste Voraussetzung einer wirksamen Anfechtung = Anfechtungsfrist beachtet:

› **2. Anfechtungsfrist:**

Bei der Anfechtung wegen Inhaltsirrtums ist die Anfechtungsfrist des § 121 Abs. 1 BGB zu beachten.

› **Allgemeine Erklärung:**

Danach ist unverzüglich anzufechten.
Unverzüglich meint, ohne schuldhaftes Zögern.

› **Subsumtion:**

Hier ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass die Mitarbeiterin unverzüglich nach Entdeckung des Irrtums bei der Firma Fix angerufen hat und dort über ihren Irrtum informiert hat.

› **Zw.erg.:**

Die Anfechtungsfrist ist gewahrt.

› **3. Anfechtungserklärung:**

Schließlich muss die Mitarbeiterin im Namen der Stadt eine Anfechtungserklärung abgegeben haben, § 143 Abs. 1 BGB.

› **Allgemeine Erklärung:**

Aus der Erklärung muss hervorgehen, dass die Stadt sich wegen des Irrtums nicht an den Vertrag gebunden fühlt – ihn anfechtet.

› **Subsumtion:**

Hier ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass die Mitarbeiterin in dem Telefonat mitteilte, dass die Stadt nur vier Regale haben wollte, nicht acht und die Firma Fix bittet, die überzähligen Regale zurückzunehmen. Daraus lässt sich für die Firma erkennen, dass die Stadt an dem Vertrag hinsichtlich der überzähligen vier Regale nicht festhalten will.

› **Zw.erg.:**

Eine Anfechtungserklärung wurde abgegeben.

› **Ergebnis:**

Im Ergebnis liegen alle Voraussetzungen der Anfechtung vor. Die Rechtswirkung der Anfechtung ergibt sich aus § 142 Abs. 1 BGB. Der Vertrag ist von Anfang an nichtig. Im Ergebnis ist der Vertrag hinsichtlich der vier überzähligen Regale wirksam angefochten, der ursprünglich entstandene Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Bezug auf diese vier Regale untergegangen. Die Stadt muss lediglich vier Regale (zwei Sets) abnehmen und bezahlen.

› **Endergebnis (Antwort auf die Fallfrage):**

Die Stadt muss vier Regale (zwei Sets) bezahlen. Hinsichtlich der weiteren vier Regale (zwei Sets) ist der Kaufpreisanspruch zwar ursprünglich entstanden, aber anschließend wegen erfolgreicher Anfechtung wieder untergegangen. Ein Zahlungsanspruch besteht daher insoweit nicht.

**ABSCHNITT 1:**

1. Welche zwei wesentlichen Bedeutungen hat das Recht?

2. Erläutern Sie die Begriffe: objektives und subjektives Recht.

ABSCHNITT 2:

3. Woran unterscheiden Sie das öffentliche Recht vom Privatrecht?

4. Erläutern Sie die Begriffe: Subordinationstheorie und Sonderrechtstheorie.

5. Nennen und erläutern Sie die drei wesentlichen Grundsätze des öffentlich-rechtlichen Handelns.

ABSCHNITT 3:

6. Was verstehen Sie unter einem formellen Gesetz?

7. Was ist ein materielles Gesetz?

8. Nennen Sie drei Beispiele für materielle Gesetze.

9. Sind ermessenslenkende Weisungen, Dienstanweisungen oder Verwaltungsvorschriften Rechtsquellen?

ABSCHNITT 5:

10. Welche Arten von Rechtsnormen unterscheiden Sie?

11. Aus welchen Bestandteilen setzt sich eine Antwortnorm zusammen?



FRAGEN ZUR SELBSTKONTROLLE

12. Was verstehen Sie unter einem Tatbestandsmerkmal?

13. In welchen Schritten wird das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals geprüft?

14. Welche unterschiedlichen Rechtsfolgen kennen Sie?

ABSCHNITT 6:

15. Was verstehen Sie unter einem unbestimmten Rechtsbegriff?

16. Welche Auslegungskriterien kennen Sie?

ABSCHNITT 7:

17. Erarbeiten Sie zu selbst ausgewählten Antwortnormen die Struktur der Norm.

ABSCHNITT 8:

18. Was ist eine Ermächtigungsgrundlage?

19. Woran unterscheiden Sie gebundene Entscheidungen von Ermessensentscheidungen?

20. Welche Arten von Ermessen gibt es?

21. Nennen und erklären Sie die Arten der Ermessensfehler.

22. Welche Prüfungspunkte hat die Prüfung der Verhältnismäßigkeit?

**ABSCHNITT 10:**

-
23. Welche Bedeutung hat die Denktechnik: Gutachtenstil?
-
24. Aus welchen Bestandteilen besteht das Gutachten im öffentlichen Recht?
-
25. Welche Voraussetzungen muss ein Verwaltungsakt erfüllen, damit er rechtmäßig ist?
-
26. Was verstehen Sie unter Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne?
-
27. Welche Bestandteile hat ein Gutachten im Privatrecht?
-



ABSCHNITT 1:

1. Welche zwei wesentlichen Bedeutungen hat das Recht?
Das Zusammenleben zu ordnen und Übertretungen zu sanktionieren.

2. Erläutern Sie die Begriffe: objektives und subjektives Recht.
S. 9 ff

ABSCHNITT 2:

3. Woran unterscheiden Sie das öffentliche Recht vom Privatrecht?
Im Privatrecht stehen sich die Beteiligten gleichberechtigt gegenüber, im öffentlichen Recht in einem Über-/Unterordnungsverhältnis, siehe S. 9 ff.

4. Erläutern Sie die Begriffe:
Subordinationstheorie und Sonderrechtstheorie.
Unterscheidungskriterium zwischen öffentlichem und privatem Recht, Subordination bedeutet Über-/Unterordnung, Sonderrechtstheorie, dass sich die Rechtsgrundlage des Handelns aus sog. Sonderrechten, also öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen ergibt. Siehe S. 10

5. Nennen und erläutern Sie die drei wesentlichen Grundsätze des öffentlich-rechtlichen Handelns.

- › Vorrang des Gesetzes
- › Vorbehalt des Gesetzes und
- › die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne, siehe S. 11

ABSCHNITT 3:

6. Was verstehen Sie unter einem formellen Gesetz?
Gesetze, deren Erlass an bestimmte im GG und den Landesverfassungen verankerte Formvorschriften gebunden ist.

7. Was ist ein materielles Gesetz?
Jede abstrakt generelle Regelung mit Außenwirkung.



8. Nennen Sie drei Beispiele für materielle Gesetze.

- › Rechtsverordnungen
 - › autonome Satzungen und
 - › ordnungsbehördliche Verordnungen.
-

9. Sind ermessenslenkende Weisungen, Dienstanweisungen oder Verwaltungsvorschriften Rechtsquellen

Nein, grundsätzlich nicht, ihnen fehlt die Ermächtigung zum Erlass. Sie haben keine Außenwirkung.

ABSCHNITT 5:

10. Welche Arten von Rechtsnormen unterscheiden Sie?

- › Antwortnormen
 - › Ge- und Verbotsnormen
 - › Gegennormen
 - › Hilfsnormen (Legaldefinitionen) und (Sonstiges)
-

11. Aus welchen Bestandteilen setzt sich eine Antwortnorm zusammen. Tatbestandsmerkmal(e) und Rechtsfolge(n)

12. Was verstehen Sie unter einem Tatbestandsmerkmal?

Voraussetzung (eine oder mehrere), die vorliegen muss, damit die Rechtsfolge eintritt. Sie befindet sich im Gesetz.

13. In welchen Schritten wird das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals geprüft.

Allgemeine Erklärung/Definition, anschließend Subsumtion

14. Welche unterschiedlichen Rechtsfolgen kennen Sie?

Gebundene Entscheidungen und Ermessensentscheidungen



ABSCHNITT 6:

15. Was verstehen Sie unter einem unbestimmten Rechtsbegriff?
Begriff, den der Gesetzgeber verwendet und dessen Bedeutung nicht ohne weiteres selbstverständlich ist.

16. Welche Auslegungskriterien kennen Sie?
 › Systematische Auslegung
 › Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm
 › Auslegung nach dem Wortsinn und
 › historische Auslegung.

ABSCHNITT 7:

17. Erarbeiten Sie zu selbst ausgewählten Antwortnormen die Struktur der Norm:
vgl. zur Struktur der Antwortnorm S. 41 ff.

ABSCHNITT 8:

18. Was ist eine Ermächtigungsgrundlage?
Handlungsgrundlage im öffentlichen Recht für die Eingriffs- oder Leistungsverwaltung.

19. Woran unterscheiden Sie gebundene Entscheidungen von Ermessensunterscheidungen?
Die Unterscheidung ist erkennbar an der Formulierung der Rechtsfolgen, vgl. hierzu S. 41 ff.

20. Welche Arten von Ermessen gibt es?
Entschließungsermessen und Auswahlermessen

21. Nennen und erklären Sie die Arten der Ermessensfehler.
 › Ermessensnichtgebrauch
 › Ermessensüberschreitung und
 › Ermessensfehlergebrauch



-
22. Welche Prüfungspunkte hat die Prüfung der Verhältnismäßigkeit?
- › Geeignetheit
 - › Erforderlichkeit und
 - › Angemessenheit

ABSCHNITT 10:

-
23. Welche Bedeutung hat die Denktechnik: Gutachtenstil?
Sie dient der systematischen Erarbeitung einer rechtmäßigen Lösung.

-
24. Aus welchen Bestandteilen besteht das Gutachten im öffentlichen Recht?
vgl. Übersicht S. 57

-
25. Welche Voraussetzungen muss ein Verwaltungsakt erfüllen, damit er rechtmäßig ist?
Er muss formell und materiell rechtmäßig sein. Siehe S. 63 ff.

-
26. Was verstehen Sie unter Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne?
Sie ist eine der drei Grundprinzipien des öffentlich-rechtlichen Handelns. Sie erlangt Bedeutung, wenn die Ermächtigungsgrundlage eine gebundene Entscheidung vorsieht (sodass die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne im Rahmen des Ermessens hier nicht geprüft werden kann, weil Ermessen nicht vorgesehen ist), diese gebundene Entscheidung aber vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der Norm nicht verhältnismäßig erscheint.

-
27. Welche Bestandteile hat ein Gutachten im Privatrecht?
vgl. S. 65 ff

HINWEIS:

Die Antworten sind nur Stichpunkte und dienen als Anhaltspunkte und Erinnerungshilfen. Sollten Ihnen ähnliche Fragen im Rahmen einer Klausur gestellt werden, ist näheres auszuführen.

IMPRESSUM

Verwaltungsakademie Berlin
Ausbildungszentrum
Turmstraße 86
10559 Berlin
› (030) 90229 – 8080 | Service-Telefon
› service@vak.berlin.de
› www.vak.berlin.de

REDAKTION UND KOORDINATION

Anne Pfänder, ABZ 2, VAK Berlin

GESTALTUNG UND SATZ | AUSGABE 2016

C.CONCEPT . Catherina Deinhardt
www.cconcept-gestaltung.de

www.vak.berlin.de



Die Verwaltungsakademie Berlin ist der zentrale Bildungsdienstleister für die Verwaltung des Landes Berlin. Als Exzellenz-Zentrum für lebenslanges Lernen steht die Verwaltungsakademie für

- › Aktive Begleitung von Veränderungsprozessen
- › Impulse, Qualität, Praxisnähe
- › Kundenorientierung, Flexibilität, Professionalität
- › Mitarbeiterorientierung, Transparenz, Teilhabe
- › Aktualität, Interaktivität, Mobilität
- › Verbindung von Erfahrung und Innovation

Erfahren Sie mehr über unser Veranstaltungsangebot und kontaktieren Sie unsere Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner. Wir beraten Sie gerne persönlich und individuell.

www.vak.berlin.de



VERWALTUNGSAKADEMIE BERLIN
GEGRÜNDET 1919