

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1410

**Die verhältnismäßige Anwendung  
„gebundener“ Normen**

Von

**Benedikt Vogt**



**Duncker & Humblot · Berlin**

BENEDIKT VOGT

Die verhältnismäßige Anwendung  
„gebundener“ Normen

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1410

# Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen

Von

Benedikt Vogt



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
hat diese Arbeit im Jahr 2019  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 61

Alle Rechte vorbehalten  
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: TextFormA(r)t Daniela Weiland, Göttingen  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-15800-3 (Print)  
ISBN 978-3-428-55800-1 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85800-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Wintersemester 2017/2018 als Dissertation angenommen. Tag der mündlichen Prüfung war der 29. März 2019.

Von ganzem Herzen möchte ich mich bei meinem Doktorvater *Prof. Dr. Lothar Michael* bedanken. Die von ihm eingeräumte Freiheit, sein Verständnis von wissenschaftlicher Arbeit und sein großes Vertrauen werden mir – neben der schönen Zeit an der Professur für Öffentliches Recht – in prägender Erinnerung bleiben. Er stand mir zu jeder Zeit für inspirierende Gespräche zur Verfügung.

Für die Erstellung des Zweitgutachtens und die Unterstützung im Studium danke ich mich ebenfalls herzlich bei Herrn *Prof. Dr. Martin Morlok*.

Meinen Eltern, *Petra Vogt* und *Hans-Peter Vogt*, danke ich für die Vermittlung grundlegender Werte und ihre bedingungslose Liebe. Sie haben mich während meiner gesamten Ausbildung in jeder erdenklichen Weise unterstützt und mir vermittelt, dass ich immer im Leben auf meine Stärken vertrauen kann. Auch wesentliche Teile des Korrekturlesens, u. a. während ihres Sommerurlaubs, verdanke ich ihnen.

Am intensivsten erlebte die Höhen und Tiefen, die ein Promotionsvorhaben mit sich bringt, meine künftige Ehefrau *Anne*. Neben ihrer Bedeutung in meinem Leben gebührt ihr auch fachlicher Dank: Die unzähligen und langen Gespräche über das Thema, ihre beharrliche konstruktive Kritik und ihr selbstloser Einsatz für das Gelingen dieses Projekts bedeuten mir viel. Ohne sie gäbe es diese Arbeit nicht.

Berlin, im Juni 2019

*Benedikt Vogt*



## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	15
<b>B. Der Konflikt von Einzelfallgerechtigkeit und gesetzlicher Determination im Verständnis der klassischen Rechtsfolgenlehre</b> .....	17
I. Die divergierende Bindungsdichte einer Norm als Folge von Formulierungsoptionen .....	19
1. Der Zusammenhang von Wortlaut und Bindungsintensität als Erkenntnis des Zivilrechts .....	19
2. Das begrenzte Erklärungsvermögen einer strengen Dreiteilung von Rechtsfolgentypen .....	20
3. Anlass für eine Neubewertung „gebundener“ Normen .....	22
II. Die unverhältnismäßige Einzelfallmaßnahme auf „gebundener“ Normbasis: Ausnahmslos ein Problem der Norm oder gar Kollateralschaden? .....	22
III. Umfassende Einzelfallgerechtigkeit als Anspruch von Normanwendung .....	24
1. Eingeschränkte Rechtssicherheit durch „gebundene“ Normen .....	24
2. Der vermeintlich gleichheitssichernde Charakter „gebundener“ Normen ..	26
3. Einzelfallgerechtigkeit als übergeordnetes Ziel staatlichen Handelns .....	28
IV. Unterschiedliche Vorstellungen des Gesetzgebers von der Bindungsintensität von Normen .....	30
1. Beispiele für ein schwächeres Determinationsverständnis .....	30
2. Beispiele für eine strenge Alternativenbildung zwischen Rechtsfolgentypen durch den Gesetzgeber .....	32
3. Veränderungen in der Wahrnehmung des Gesetzgebers .....	34
V. Alternativkonzepte zu „gebundenen“ Normen .....	35
1. Geschriebene Härtefallklauseln .....	35
2. Verhältnismäßigkeit als Tatbestandsmerkmal .....	37
3. Unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand .....	39
4. Unbestimmte Rechtsbegriffe in der Rechtsfolge .....	42
5. Die Nichtbeachtung von Sachverhalten (Vollzugsdefizit) .....	43
6. Steuerung der Ermessensausübung durch Verwaltungsvorschriften .....	45



VI. Der Kern des Konflikts: Das Spannungsfeld zwischen Einzelfalladäquanz und gesetzgeberischer Gerechtigkeitsvorstellung .....	45
<b>C. Partielle Abkehr vom klassischen Rechtsfolgenverständnis in der Rechtsprechung des vergangenen Jahrzehnts .....</b>	<b>46</b>
I. Die Rechtsprechung bis etwa 2007: Grundsätzliche Übereinstimmung mit der klassischen Rechtsfolgenlehre .....	46
1. Grundsatz: Keine Anwendung der Verhältnismäßigkeit bei der Ausführung „gebundener“ Normen .....	47
2. Die frühen Ausnahmen im Kosten- und Gewerberecht .....	47
II. Die Neuorientierung der Rechtsprechung in verschiedenen Rechtsgebieten in den vergangenen Jahren .....	50
1. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Ausländerrecht im Jahr 2007: Verbote einer neueren Entwicklung .....	51
2. Die Ausweisung im Ausländerrecht .....	53
3. Verwaltungsvollstreckungs- und Kostenrecht .....	55
a) Geiselfreieung .....	56
b) Bestattungskosten naher Angehöriger .....	57
c) Umfangreiche Berücksichtigung von Einzelfallerwägungen im Kosten- und Vollstreckungsrecht .....	58
4. Prüfungsrecht .....	59
a) Fehlverhalten vor einer Prüfung: Versäumnis eines Abiturprüfungstermins .....	59
b) Fehlverhalten während einer Prüfung: Mitführen eines Handys .....	61
c) Fehlverhalten nach einer Prüfung: Kontaktaufnahme zum Prüfer im Staatsexamen .....	62
d) Verhältnismäßigkeit als Schutzmechanismus zugunsten von Prüflingen .....	64
5. Sozialhilferecht .....	64
6. Entscheidungen mit beruflichem Bezug .....	66
a) Gewerberecht .....	67
b) Beamtenrecht .....	67
c) Berufserlaubnis .....	68
d) Hygienerecht .....	69
e) Abfallrecht .....	70
f) Differenzierte Verhältnismäßigkeitsanwendung im beruflichen Bereich .....	71
III. Anforderungen an Justiz und Wissenschaft als Konsequenz der neueren Rechtsprechungsentwicklung .....	71
1. Einheitlichkeit durch eine höchstrichterliche Klärung .....	72

2. Maßstabbildung durch Wissenschaft und Rechtsprechung	72
3. Aufarbeitung des Begründungsdefizits durch die Wissenschaft	73
<b>D. Die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit durch ein verändertes Verständnis der Gesetzesbindung und die Verhältnismäßigkeit als Modus</b>	74
I. Der Bedeutungsinhalt der Gesetzesbindung	75
1. Die historische Wandlung der administrativen Gesetzesbindung	75
2. Der Aussagegehalt der Gesetzesbindung: Grundsätzliche Anwendungspflicht des Gesetzes	78
a) Anwendungsgebot des Gesetzes	78
b) Abweichungsverbot vom Gesetz als zweite Folgerung?	79
3. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Gesetzesbindung	80
a) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Gesetzesbindung der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 3 GG und Rechtsstaatsprinzip)	80
b) Grundrechtsbindung von Verwaltung und Rechtsprechung (Art. 1 Abs. 3 GG)	81
c) Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG)	82
aa) Bürgerliche Möglichkeiten zur Einflussnahme und das Mehrheitsprinzip	82
bb) Minderheitenschutz	83
cc) Transparenzgebot und Öffentlichkeit	84
dd) Die Gesetzesbindung als Vehikel zur Realisierung des Volkswillens	85
d) Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG)	85
e) Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	86
f) Gesetzesunterworfenheit der Judikative (Art. 97 Abs. 1 GG)	88
g) Die Gesetzesbindung als verfassungsrechtliches Mosaikkonstrukt	89
4. Rechtfertigungsbedürftigkeit von Grundrechtseingriffen auch bei der Anwendung „gebundener“ Normen	90
II. Abwägungsmodell (Modell 1): Die Gesetzesbindung im Sinne einer Wortlautbindung als prinzipientheoretisches Verfassungsprinzip	91
1. Das Verständnis der Gesetzesbindung im Abwägungsmodell	92
a) Norminterpretation und Gesetzesbindung	92
b) Die Prinzipientheorie nach R. Dworkin und R. Alexy	93
c) Zurückhaltung bei der Einordnung der Gesetzesbindung in das Dworkin/Alexy-Modell	94
2. Darlegung der Gesetzesbindung als Prinzip	96
a) Die Gesetzesbindung und klassische Regel- bzw. Prinzipienmerkmale	96
b) Das Prinzipienverständnis als Normalfall	98

c) Die Gesetzesbindung als grundgesetzliches Prinzip .....	98
d) Gesetzesbindung als Konglomerat aus Prinzipien .....	103
III. Auslegungsmodell (Modell 2): Die Gesetzesbindung als Ergebnis verfassungsgeleiteter Norminterpretation .....	103
1. Das Verständnis der Gesetzesbindung im Auslegungsmodell .....	103
2. Erklärungen für eine auslegungsbestimmte Gesetzesbindung .....	106
a) Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit von Regeln .....	106
b) Mangelnde Bindungswirkung einer verfassungswidrigen Norm(auslegung) .....	107
c) Anknüpfungsfähigkeit an herkömmliche Standards .....	108
d) Flexibilität durch die Ausstrahlung der Verfassung bei der Anwendung des einfachen Rechts .....	109
e) Das Gebot der frühzeitigen und nachhaltigen Durchsetzung der Normenhierarchie .....	110
f) Die Möglichkeit zu einer verfassungsgeprägten Interpretation des einfachen Rechts .....	111
IV. Die Wandlungsfähigkeit der Gesetzesbindung .....	111
<b>E. Apologie einer Neubestimmung der Gesetzesbindung .....</b>	<b>113</b>
I. Grundsätze einer dynamischen Gesetzesbindung .....	113
1. Gesetzesbindung als Zielverständnis des Gesetzgebers .....	114
2. Der modale Charakter der Verhältnismäßigkeit als Instrument zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit .....	115
a) Die Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	115
b) Verhältnismäßigkeit als Modus .....	117
3. Die Vorbehaltlosigkeit „gebundener“ Normen .....	118
4. Normenhierarchie als Folge des Stufenbaus der Rechtsordnung .....	119
5. Die überbewertete (abstrakte) Verhältnismäßigkeit einer Norm .....	119
6. Art. 3 Abs. 1 GG als Schutz vor willkürlicher Gesetzesanwendung .....	121
7. (Prozedurale) Vorkehrungen zum Schutz der Bürger .....	123
a) Auskunftsansprüche .....	123
b) Besondere Hinweispflicht bei bürgerbegünstigenden Abweichungen ..	123
c) Begründungserfordernis (§ 39 Abs. 1 VwVfG) .....	124
d) Meldung an Dienstvorgesetzte .....	124
e) Trial-and-Error-Prinzip .....	124
f) Kodifikation im einfachen Recht (VwVfG, IFG) .....	125
8. Der Umgang der Administrative mit verfassungswidrigen Normen .....	125

9. Der missverständliche Rekurs auf G. Radbruch	127
II. Unterschiede und Parallelen zwischen einem dynamischen Gesetzesbindungsverständnis und der verfassungskonformen Auslegung	128
1. Der Streit um die Zulässigkeit der verfassungskonformen Auslegung	129
2. Gemeinsamkeiten von verfassungskonformer Auslegung und der Dynamisierung der Gesetzesbindung	130
a) Die Berücksichtigung von Verfassungsbelangen bei der Gesetzesausführung	130
b) Die besondere Bedeutung des Vorrangs der Verfassung	131
c) Der Grundsatz der Normerhaltung (favor legis)	132
d) Prozesse im Grenzbereich von Norminterpretation und (vorgezogener) Normenkontrolle	133
e) Eine dritte Stufe der Normbewertung: Zwischen Verfassungsmäßigkeit und Verfassungswidrigkeit	134
f) Die Kongruenz zahlreicher Elemente	135
3. Unterschiede zwischen verfassungskonformer Auslegung und einem flexiblen Gesetzesbindungsverständnis	135
a) Unterschiedliche Ausgangssituationen	136
b) Einzelentscheidungen und Fallgruppenentscheidungen	137
c) Unterschiedliche Grenzen: Prinzipienkollisionsauflösungen auch jenseits des Wortlauts des Gesetzes und des gesetzgeberischen Willens	138
d) Keine Notwendigkeit der Bindung an die fachgerichtliche höchstrichterliche Rechtsprechung bei der Bestimmung der Rechtsfolge	140
e) Wesentliche Divergenzen	140
4. Die Übertragbarkeit von Argumenten aus der Diskussion über die verfassungskonforme Auslegung	141
a) Die Einheit der Rechtsordnung als verbindendes Ziel	141
b) Die Schonung des Gesetzgebers	142
c) Die Grenzen aus Art. 100 Abs. 1 GG für Rechtsfolgenkorrekturen	145
aa) Art. 100 Abs. 1 GG als verfassungsunmittelbare Prozessnorm	146
bb) Die Bewahrung der Kernaussage der konkreten Normenkontrolle	146
cc) Das Normverwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts	147
dd) Verbleibender Anwendungsbereich für Art. 100 Abs. 1 GG	148
ee) Die konkrete Normenkontrolle im System der Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht	148
ff) Der Schutzzweck der Normenkontrolle	149
gg) Die Unzulässigkeit eines konkreten Normenkontrollverfahrens bei einer einzelfallbezogenen Rechtsfolgenkorrektur	149
hh) Art. 100 Abs. 1 GG im Eilrechtsschutz	150

ii) Kein Dispensverbot aus Art. 100 Abs. 1 GG	150
d) Das Bundesverfassungsgericht als Superrevisionsinstanz	150
e) Die Konfrontation des Gesetzgebers mit unverhältnismäßigen Einzelfällen	151
f) Restriktive Handhabung als Absicherung des Gesetzgebers	152
5. Die verfassungskonforme Auslegung als Schwester der verfassungskonformen Rechtsfolgenbestimmung	152
III. Rechtfertigungsfähigkeit einer Neubestimmung der Gesetzesbindung angesichts der Steuerungsmöglichkeiten des Gesetzgebers	152
1. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG als Grundentscheidung des Verfassungsgebers	153
2. Kein Raum für Imperfektion in der Rechtsanwendung	154
3. Steuerungsmöglichkeiten des Gesetzgebers	155
a) Weiterer Einsatz „gebundener“ Normen	155
b) Das legislative „Rückholrecht“	156
c) Parlamentarische Evaluierung und Auskunftsansprüche der Legislative	157
d) Einfluss des Haushaltsgesetzgebers	158
e) Landesgesetzgeber, Landesregierung und Landesverwaltung	158
4. Gewaltenunterstützung: Kooperation im ausgleichenden Verfassungsstaat	159
IV. Vorteile einer flexiblen Bindung an das Gesetz	160
1. Einzelfallgerechtigkeit als Voraussetzung des gesetzgeberischen Generalisierungsprivilegs	160
2. Transparenzerhöhung	160
3. Privatisierungsoptionen	162
4. Bürgerschützende Mäßigung von Staatsgewalt durch erhöhte Kontrollmöglichkeiten	163
5. Föderalismus und Stärkung der Länder	165
V. (Begriffs-)Kritik zu „gebundenen“ Normen	165
<b>F. Die Rechtsfolgenbestimmung i. w. S. als Entscheidungsfindungsprozess der Verwaltung zur Festlegung der einzelfallgerechten Rechtsfolge</b>	<b>168</b>
I. Der Sondierungsschritt (Schritt 1)	169
II. Der Konkordanzschritt (Abwägungsschritt) bzw. Interpretationsschritt (Schritt 2)	170
1. Die Unterschiede zwischen Abwägungs- und Auslegungsmodell	170
a) Der Konkordanzschritt im Abwägungsmodell	171
b) Der Interpretationsschritt im Auslegungsmodell	172
2. Die Konkordanzherstellung bei „gebundenen“ Verwaltungsentscheidungen durch Abwägung bzw. Auslegung	173

a)	Adressatenbelastende Verwaltungsentscheidungen ohne Drittbezug . . .	174
b)	Adressatenbegünstigende Verwaltungsentscheidungen ohne Drittbezug	174
c)	Adressatenbegünstigende Verwaltungsentscheidungen mit belastendem Drittbezug . . . . .	176
d)	Adressatenbelastende Verwaltungsentscheidungen mit begünstigendem Drittbezug . . . . .	177
e)	Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit durch Auflösungen von Prinzi- pienkollisionen . . . . .	178
3.	Abwägungsprozesse bei Verwaltungsentscheidungen auf der Grundlage von Soll-Vorschriften . . . . .	178
III.	Die Rechtsfolgenbestimmung i. e. S. (Schritt 3) . . . . .	179
1.	Die Ermittlung der einzelfallgerechten Rechtsfolge . . . . .	180
2.	Der Rechtsfolgenkorridor . . . . .	180
3.	Die Festsetzung der Rechtsfolge in multipolaren Verhältnissen . . . . .	181
4.	Die Rechtsfolgenbestimmung i. e. S. bei Ermessensentscheidungen im Lichte der klassischen Ermessenslehre . . . . .	181
5.	Die Berücksichtigung nicht-verfassungsrechtlicher Belange . . . . .	182
IV.	Gestufte administrative Entscheidungsfindung durch Normgestaltung . . . . .	183
<b>G.</b>	<b>Die Kontrolle der Rechtsfolgenbestimmung i. w. S. durch die Verwaltungsge- richte . . . . .</b>	<b>184</b>
I.	Die Kontrolle des Sondierungsschritts (Schritt 1) . . . . .	185
II.	Die Kontrolle des Konkordanzschritts (Abwägungsschritts) bzw. Interpreta- tionsschritts (Schritt 2) . . . . .	185
1.	Konkordanzherstellung durch Abwägung oder Auslegung als voll überprüf- bare Verwaltungsentscheidung . . . . .	186
2.	Abweichungsrecht und Abweichungspflicht beim „gebundenen“ und beim intendierten Gesetz . . . . .	186
a)	Entscheidungen auf der Grundlage „gebundener“ Normen . . . . .	187
b)	Entscheidungen auf der Grundlage von Soll-Vorschriften . . . . .	188
III.	Die Kontrolle der Rechtsfolgenbestimmung i. e. S. (Schritt 3) . . . . .	188
1.	Fallkonstellationen . . . . .	188
2.	Die Vertretbarkeitsprüfung innerhalb des Rechtsfolgenkorridors . . . . .	189
3.	Die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts als Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichten . . . . .	192
<b>H.</b>	<b>15 zusammenfassende Thesen . . . . .</b>	<b>195</b>

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	198
<b>Sachregister</b> .....	211

In dieser Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit grundsätzlich die männliche Form verwendet. Sofern sich aus dem Zusammenhang nicht etwas anderes ergibt, sind damit selbstverständlich aber auch weibliche Personen und Personen weiteren Geschlechts gemeint.

## A. Einleitung

Zur allgemeinen Frage, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Ausführung „gebundener“ Normen angewendet werden darf, lassen sich unterschiedlichste Antworten geben. In der letzten Zeit hat sich eine Kontroverse zu jenem Thema entzündet, die erstaunlicherweise in der Literatur recht einmütig geführt wird und eher einen Frontverlauf zwischen Schrifttum und Justiz erkennen lässt. Inspiration verspricht vor allem der Zweifel an vermeintlich gesicherten Erkenntnissen. Die kritische Auseinandersetzung mit scheinbar unveränderlichen Prämissen belebt den Diskurs.

Allein in den vergangenen sieben Jahren sind zwei Aufsätze<sup>1</sup>, ein Archivbeitrag<sup>2</sup> und eine Dissertation<sup>3</sup> just zu jener Fragestellung erschienen. Der Anstoß für die neueren Bewegungen kam aus der Rechtsprechung<sup>4</sup>, die sich in Teilen von dem seit längerem herrschenden Verständnis zu lösen beginnt. Das erneute Ringen um Erkenntnis hängt auch mit der eigentümlichen Vernachlässigung dieses Diskussions-themas<sup>5</sup> in genau jener zugespitzten Form zusammen, obwohl (oder gerade weil?) sie sich im Zentrum der Dogmatik befindet, auf reichlich existierender Vorarbeit beruht und grundlegende Fragen aufwirft.

Die Suche nach einer dogmatischen Verortung darf den Blick nicht für die Vor- und Nebenfragen verstellen, die aufzuwerfen für die Beantwortung der Hauptfrage unerlässlich ist. Ob die Verhältnismäßigkeit bei der Ausführung „gebundener“ Normen zu prüfen ist, lässt sich natürlich auf ein knappes Ergebnis kondensieren. So man denn nicht weiter ausholt, ist die Antwort indes verkürzt.

Eine dogmatische Antwort zu geben, ist unerlässlich, aber in zweierlei Hinsicht nicht allein ausreichend. Zum einen ist der Rekurs auf Grundsätzliches – so knapp er ausfallen muss – zwingend erforderlich. Zum anderen muss die abstrakte Erörterung des Problems durch praktische Handlungsanweisungen ergänzt werden, um insbesondere in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis zu bestehen.<sup>6</sup> Die Dogmatik ist kein Selbstzweck als *Antwort* auf die Frage, sondern das *Ergebnis einer Antwort*.

---

<sup>1</sup> K. Naumann, DÖV 2011, S. 96 ff.; V. Mehde, DÖV 2014, S. 541 ff.

<sup>2</sup> T. Barczak, VerwArch 105 (2014), S. 142 ff.

<sup>3</sup> T. Westerhoff passim.

<sup>4</sup> Siehe insbesondere Abschnitt C. dieser Arbeit.

<sup>5</sup> So auch L. Michael, VVDStRL 75 (2016), S. 138, Fn. 25.

<sup>6</sup> Mahnend insoweit auch P. Tettinger, DÖV 1993, S. 238: „(...) Dissertationsschriften gefallen sich allzu oft in Forderungen nach immer stärkeren Verästelungen der einzelnen Verwaltungsrechtsgebiete, deren Überschaubarkeit doch bereits für den hiermit befaßten Richter leidet, vom fassungslosen Laien ganz zu schweigen.“



Dogmatische Figuren und Konstruktionen sind als greifbares Ergebnis notwendig, ergeben sich aber erst als Anschluss an eine inhaltliche Auseinandersetzung.

Die vorliegende Untersuchung entfernt sich – insbesondere deutlicher als alle genannten Arbeiten der vergangenen Jahre – von dem klassischen Verständnis von Verhältnismäßigkeit und Rechtsfolgenlehre. Ziel der hier entwickelten Alternative ist der Versuch, Einzelfallgerechtigkeit durch ein modales Verständnis von Verhältnismäßigkeit einzulösen.<sup>7</sup> Den Konflikt zwischen legitimer gesetzgeberischer Pauschalisierung und Einzelfalladäquanz aufzulösen, wird auch dieses Verständnis nicht ausnahmslos leisten können. Es beabsichtigt nichtsdestoweniger einen Schritt in diese Richtung zu unternehmen und bemüht sich um vermittelnde Lösungen.

---

<sup>7</sup> Von einem anderen Verständnis geht *T. Westerhoff*, S. 3, aus, der in einer dogmatischen Aufarbeitung des Themas und der Ermöglichung von Einzelfallgerechtigkeit einen Widerspruch sieht.

## **B. Der Konflikt von Einzelfallgerechtigkeit und gesetzlicher Determination im Verständnis der klassischen<sup>1</sup> Rechtsfolgenlehre**

Gesetzgeberische Tätigkeit ist mit der Erwartung verbunden, die mehrheitsfähigen Vorstellungen von Gerechtigkeit nicht bloß in Normen zu festigen, sondern auch die Lebenswirklichkeit und damit Einzelfälle gerecht zu gestalten. Obwohl mit dem Anspruch an verfassungsmäßige Normen auch das Streben nach Gerechtigkeit im Einzelfall verbunden ist, gerät der Gestaltungswille durch die prognostische und hypothetisch-antizipierende Art des Gesetzes oftmals mit sonstigen Wertungen der Verfassung in Konflikt. Namentlich die Grundrechte bilden (nicht nur) für den Gesetzgeber eine Grenze von Gestaltungsoptionen, denn Gesetze müssen abstrakt so allgemein gefasst sein, dass sie zwar für eine unbestimmte Anzahl von Fällen gelten, die Grundrechte im Anwendungsfall aber nicht unverhältnismäßig einschränken. Dabei ist es jedoch im Voraus kaum möglich, sämtliche (sowohl verhältnismäßigen als auch unverhältnismäßigen) Anwendungsfälle zu erdenken.<sup>2</sup> Durch diese generalisierende Gestaltung kann nicht immer sicher die übermäßige Belastung eines Grundrechtsträgers im Einzelfall ausgeschlossen werden. Darin liegt das Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Gesetzesschaffung.

Das Gestaltungspotential der gesetzgebenden Gewalt lässt sich – im Zusammenspiel mit der Definition von Voraussetzungen im Tatbestand – gerade auch durch die Anordnung von Rechtsfolgen in Normen verwirklichen, weil diese selbst auf die Änderung der Lebenswirklichkeit ausgerichtet sind. Dass die rein faktische Existenz einer Voraussetzungs- und einer Folgenseite in Normen bei der Rechtsfolgenbestimmung gegebenenfalls an Bedeutung verlieren kann, steht dazu nicht in Widerspruch.<sup>3</sup> Zur Determination gesetzesausführender Stellen nutzt das Parlament drei Arten von Rechtsfolgentypen: Neben „gebundenen“ Normen und Ermes-

---

<sup>1</sup> Skeptisch zu dieser Einordnung *T. Barczak*, *VerwArch* 105 (2014), S. 153, der sich unsicher ist, ob „diese Annahme der noch herrschenden Auffassung in der Verwaltungs- und Verfassungsrechtslehre entspricht (...)“. Auf S. 155 kommt er zu Recht zu der Erkenntnis, dass sich selbst Standardwerke zu diesem Problem oft nicht ausreichend verhalten. Zustimmend *T. Westerhoff*, S. 2.

<sup>2</sup> So etwa auch *K.A. Bettermann*, S. 38. *H. Simon*, *EuGRZ* 1974, S. 87, nennt dies eine „schwierige Aufgabe“.

<sup>3</sup> Siehe dazu das im späteren Teil dieser Arbeit entwickelte Auslegungsmodell in Abschnitt D.III.