

ÜBUNG ÖFFENTLICHES RECHT I

Diplomstudium der Rechtswissenschaften (K 101) Bachelorstudium Wirtschaftsrecht (K 033/500)

148.006/148.008

Bruno Binder/Carsten Roth/Gudrun Trauner

140.120

DIE GRÜNDUNG EINER BANK

DIE DENKSCHRITTE DER FALLLÖSUNG

DIE DENKSCHRITTE DER FALLLÖSUNG

[I]. **SACHVERHALT**

[II]. **TATBESTAND** (= GESETZ) und **TATBESTANDSANALYSE**

1. Tatbestandselemente
2. bestimmte und unbestimmte Tatbestandselemente (Auslegung)
3. kumulative und alternative Tatbestandselemente

[III]. **SUBSUMTION**

1. Relevanter (!) Sachverhalt
2. Subsumtion

[IV]. **RECHTSFOLGE**

1. gebundene Entscheidung
2. Ermessensentscheidung

Österreich ist ein demokratischer Rechtsstaat. Im demokratischen Rechtsstaat macht das Volk das Recht und schreibt es durch parlamentarische Vertreter in allgemein kundzumachenden Gesetzen nieder. Die staatliche Verwaltung setzt das Recht um und im Leben der Menschen durch. Wenn das Handeln der Verwaltung gefordert ist, macht die Verwaltung nach dem Gesetzmäßigkeitsgebot des Art 18 Abs 1 B VG („Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden“) das – und nur das –, was im Gesetz angeordnet ist. Anhand der kundgemachten Gesetze ist das Verhalten der Behörden für die Menschen vorhersehbar und berechenbar. So muss auch für X anhand der Gesetze vorhersehbar und berechenbar sein, ob seine nach seinen Vorstellungen organisierte X-Bank-GmbH eine Bankkonzession erhalten wird.

Für den Juristen bedeutet in diesem Sinn der „Fall“ immer die **Anwendung des Gesetzes auf einen konkreten Sachverhalt. Die Methode der Falllösung ist die Methode der Gesetzesanwendung.**

Wer auf einen „Fall“ das Gesetz anwenden und ein konkretes Ergebnis als „Falllösung“ erzielen will, muss **diszipliniert** eine bestimmte Reihenfolge **typischer Gedankengänge** einhalten. Dieser Denkvorgang ist vielschichtig, kompliziert und erfordert Präzision. **Das Schlampen auch nur in einem Punkt der Gedankenkette gefährdet das Ergebnis.** Konkret sind folgende **Denkschritte** in **zwingender Reihenfolge** einzuhalten:

- ♦ **[Sachverhalt]**. Die Falllösung beginnt mit einem **Sachverhalt**. Der Sachverhalt hält **tatsächliche Ereignisse** fest, die rechtlich zu bewerten sind.
- ♦ **[Tatbestand]**. Die rechtliche Bewertung eines Sachverhalts kann **nur** nach dem **Gesetz** erfolgen. Die für die Bewertung maßgebende Rechtsvorschrift nennt man **Tatbestand** oder **Tatbild**. Die Tatbestände sind in den Gesetzen, konkret in den die Rechtsvorschriften kundmachenden Gesetzblättern, aufzufinden. Der Text des gesetzlichen Tatbestands bedarf der **Tatbestandsanalyse**, damit – etwa im Wege der **Auslegung** – Unklarheiten im Inhalt und im Sinn der gesetzlichen Regelung klargestellt werden.
- ♦ **[Subsumtion]**. Ist der gesetzliche Tatbestand aufgefunden, sind sein Inhalt und sein Sinn klargestellt, so erfolgt die **Subsumtion**. Die Subsumtion untersucht, ob der Sachverhalt unter den gesetzlichen Tatbestand tatsächlich passt.
- ♦ **[Rechtsfolge]**. Bei **gelungener Subsumtion** tritt die vom Gesetzgeber an einen Tatbestand geknüpfte **Rechtsfolge** ein. Welche Kategorie von Rechtsfolge das Gesetz vorsieht, und ob die Rechtsfolge im Sinne einer „**gebundenen Entscheidung**“ zwingend oder einer „**Ermessensentscheidung**“ offen ist, bestimmt das Gesetz.

I. SACHVERHALT

X ist mit seinem Studium der Betriebswirtschaftslehre fertig. Er hat dieses Studium gewählt, weil er schnell reich werden will. Er hat auch schon einige Jobangebote, doch scheinen sie ihm allesamt mit viel Arbeit und ohne Garantie, schnell reich zu werden, verbunden. Im Wirtshaus zu später Stunde im Gespräch mit Freunden kommt X auf die Idee, seinen Job selbst zu schaffen. Er will eine Bank gründen und dort Bankdirektor sein. X versteht nichts vom Bankgeschäft, daher will er sich als Bankdirektor auf die innerbetrieblichen Angelegenheiten beschränken, für das Bankgeschäft nach außen aber zwei bankfachlich ausgewiesene Geschäftsleiter, die für den Geschäftserfolg sorgen, finden und in der Bank anstellen.

X hat von seinem Opa € 100.000,- ererbt. Dieses Vermögen will er einsetzen. X möchte über Inserate in Zeitungen und in seinem Bekanntenkreis weitere 49 Personen finden, die bereit sind, sich auch mit je € 100.000,- als Gesellschafter an einer mit einem Stammkapital von € 5.000.000,- ausgestatteten X-Bank-GmbH zu beteiligen. Wenn die Interessenten das Geld nicht hätten, könnten sie es sich ja bei Verwandten und Banken ausleihen.

Am Morgen nach der Wirtshausnacht hat X Zweifel, ob er seine Geschäftsidee rechtlich verwirklichen können. In seinem Studium hat er den zweistündigen Kurs aus Recht absolviert und weiß, dass es für Unternehmer nicht nur die Betriebswirtschaftslehre sondern auch Rechtsvorschriften gibt. X macht sich auf, seinen Freund Y, der schon einige Semester – wenn auch mit mäßigem Erfolg – Rechtswissenschaften studiert, zu besuchen und bittet ihn um die rechtliche Beurteilung, ob die X-Bank-GmbH die behördliche Bankkonzession bekommen kann.

Y's Beurteilung fällt vernichtend aus: Die X-Bank-GmbH würde die behördliche Konzession nie bekommen. Die Rechtsform der GmbH reiche für eine Bank nicht aus, es müsse eine Aktiengesellschaft sein. Ein Stammkapital von € 5.000.000,- sei viel zu wenig für eine Bank. Ein gerade fertig gewordener Student ohne Berufserfahrung könne nicht Geschäftsführer einer Bank sein, auch wenn er zwei bankfachlich ausgewiesene Geschäftsleiter einstellt. Personen, die sich an einer Bank beteiligen, müssen dies mit eigenem Kapital tun; von Verwandten oder von Banken ausgeliehenes Geld dürfen die Gesellschafter für die Beteiligung nicht verwenden. Außerdem stehe die Erteilung einer Bankkonzession im Ermessen der Behörde; und die Behörden mögen die Studierenden nicht.

Hat Y Recht ?

Der **Sachverhalt** beschreibt **Ereignisse, die sich in der Wirklichkeit tatsächlich zugetragen haben**. Der Sachverhalt erzählt eine Geschichte, die das Leben schrieb. Der Sachverhalt hat an sich und vorerst mit dem Recht nichts zu tun. Ein **Sachverhalt** ist die oben dargelegte Geschäftsidee des X, eine Bank unter den beschriebenen Einzelheiten zu gründen, auch wenn sie noch nicht in die Wirklichkeit umgesetzt wurde.

Ein Sachverhalt erlangt rechtliche Bedeutung, wenn man ihn mit einer **rechtlich relevanten Frage** verknüpft. Die rechtlich relevante Frage will wissen, ob der Sachverhalt bestimmte rechtliche Konsequenzen, eine bestimmte „**Rechtsfolge**“ nach sich zieht. Man kann zu einem Sachverhalt auch zwei oder mehrere rechtlich relevante Fragen stellen. Zu unserem Fall stellen wir fünf Rechtsfragen:

- ♦ **[Erste Rechtsfrage:]** Reicht es für eine Bankkonzession aus, dass die Bank in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) errichtet ist ?
- ♦ **[Zweite Rechtsfrage:]** Reicht es für eine Bankkonzession aus, dass das Stammkapital der Bank nur € 5.000.000,- beträgt ?
- ♦ **[Dritte Rechtsfrage:]** Erhält eine GmbH eine Bankkonzession, auch wenn ein Geschäftsführer ohne Berufserfahrung tätig ist ?
- ♦ **[Vierte Rechtsfrage:]** Erhält eine GmbH eine Bankkonzession, wenn sich Gesellschafter an der Bankgesellschaft nicht nur mit eigenem, sondern auch mit geliehenem Kapital beteiligt haben ?
Und
- ♦ **[Fünfte Rechtsfrage:]** Ist die Erteilung einer Konzession eine Rechtsentscheidung oder steht sie im Ermessen der Verwaltungsbehörde ?

Nach präziser Abarbeitung aller Denkschritte können wir die konkret geprüfte rechtlich relevante Frage beantworten. Haben wir zwei oder mehrere Rechtsfragen gestellt, dann müssen wir jede einzelne Rechtsfrage anhand der dargelegten Denkschritte beurteilen. Erst nach Abarbeitung aller fünf Rechtsfragen werden wir in unserem Fall wissen, ob die X-Bank-GmbH unter den fünf genannten Gesichtspunkten eine behördliche Bankkonzession erhalten wird.

II. TATBESTAND UND TATBESTANDSANALYSE

Der Rechtsanwender kann die zu einem Sachverhalt gestellte rechtlich relevante Frage nur beurteilen, wenn er das für die Frage maßgebende **Gesetz** kennt. **Unter Tatbestand meint man jene Rechtsvorschrift, die als allgemeine Rechtsregel auf den konkreten Sachverhalt Bezug hat.** Im Tatbestand beschreibt der Gesetzgeber ein Verhaltensmuster als abstraktes Bild, das im Wege des Gesetzesvollzugs auf einen Sachverhalt angewendet und im Verhalten der Menschen durchgesetzt werden muss. **Während der Sachverhalt eine wirkliche Geschichte, die das Leben schrieb, festhält, beschreibt der Tatbestand ein abstraktes Bild, das der Gedankenwelt des Gesetzgebers entstammt und an dem die Wirklichkeit des Lebens zu messen ist.** Statt „Tatbestand“ wird gelegentlich der Begriff „Tatbild“ verwendet. In schlampiger Juristensprache werden die Begriffe „Sachverhalt“ und „Tatbestand“ synonym gebraucht; eine exakte Fachsprache sollte dies im Hinblick auf die dargelegten Bedeutungsunterschiede vermeiden.

Als Tatbestände kommen in erster Linie die **Gesetze** im formellen Sinn, aber auch **sonstige Rechtsnormen** in Betracht, die man im öffentlichen Recht nach einer Terminologie des Art II Abs 2 EGVG als **Verwaltungsvorschriften** bezeichnet. Die „Verwaltungsvorschriften“ umfassen neben den Gesetzen und (unmittelbar anzuwendenden) Staatsverträgen auch Verordnungen und unmittelbar geltende Vorschriften des Gemeinschaftsrechts.

- ♦ **[Erste Rechtsfrage:]** Reicht es für eine Bankkonzession aus, dass die Bank in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) errichtet ist ?

§ 5 Abs 1 Z 1 BWG

Die Konzession ist zu erteilen, wenn 1. Das Unternehmen als Kreditinstitut in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Sparkasse geführt werden soll;

- ♦ **[Zweite Rechtsfrage:]** Reicht es für eine Bankkonzession aus, dass das Stammkapital der Bank nur € 5.000.000,- beträgt ?

§ 5 Abs 1 Z 5 BWG

Die Konzession ist zu erteilen, wenn ... 5. das Anfangskapital oder die Anfangsdotation mindestens 5 Millionen Euro beträgt und den Geschäftsleitern unbeschränkt und ohne Belastung im Inland zur freien Verfügung steht;

- ♦ **[Dritte Rechtsfrage:]** Erhält eine GmbH eine Bankkonzession, auch wenn ein Geschäftsführer ohne Berufserfahrung tätig ist ?

§ 2 Z 1 lit a BWG

Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind: Geschäftsleiter: a) Diejenigen natürlichen Personen, die nach dem Gesetz oder der Satzung zur Führung der Geschäfte und zur organschaftlichen Vertretung des Kredit- oder Finanzinstitutes nach außen vorgesehen sind;

- ♦ **[Vierte Rechtsfrage:]** Erhält eine GmbH eine Bankkonzession, wenn sich Gesellschafter an der Bankgesellschaft nicht nur mit eigenem, sondern auch mit geliehenem Kapital beteiligt haben ?

Das BWG kennt keine Vorschrift, wonach die Beteiligung an einer Bank nur mit eigenem Kapital – und nicht mit ausgeliehenem Kapital – erfolgen dürfte. Auch in anderen Gesetzen findet sich keine bezügliche Beschränkung.

- ♦ **[Fünfte Rechtsfrage:]** Ist die Erteilung einer Konzession eine Rechtsentscheidung oder steht sie im Ermessen der Verwaltungsbehörde ?

§ 5 Abs 1 BWG

Die Konzession ist zu erteilen, wenn ...

Die Texte der Rechtsvorschriften sind differenziert und oft weitschweifig. Sie beschreiben den eigentlichen Tatbestand (= **Tatbestand** im engen Sinn) **und** die in der Regel an den Tatbestand geknüpften **Rechtsfolgen**. Die Texte folgen einem **Wenn-Dann-Schema**. **Wenn** jemand bestimmte Voraussetzungen erfüllt, **dann** erhält er eine Konzession. Die im Gesetzestext niedergeschriebene Rechtsfolge stellt den Zusammenhang mit der zu einem Sachverhalt gestellten rechtlich relevanten Frage her.

Um den **eigentlichen Tatbestand (= Tatbestand im engen Sinn)** zu ermitteln, muss man den Text der Rechtsvorschrift um den **die Rechtsfolge(n) beschreibenden Textteil** vermindern. Gelegentlich sind im Gesetzestext noch **besondere Textteile** eingebettet, die weder zum Tatbestand (im engen Sinn) noch zur Rechtsfolge zählen. Es handelt sich hier beispielsweise um **Verfahrensvorschriften** oder **erklärende Worte des Gesetzgebers ohne eigenständige normative Bedeutung**. Auch diese Textteile sind zum Erkennen von Tatbestand (und Rechtsfolge) aus dem Text auszuschneiden.

Für unseren zur ersten relevanten Rechtsfrage (Reicht es für eine Bankkonzession aus, dass die Bank in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) errichtet ist ?) gefundenen Tatbestand (§ 5 Abs 1 Z 1 BWG) bedeutet das:

§ 5 Abs 1 Z 1 BWG

~~*Die Konzession ist zu erteilen, wenn 1. Das Unternehmen als Kreditinstitut in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Sparkasse geführt werden soll;*~~

Die Worte „**Die Konzession ist zu erteilen**“ zählen im „Wenn-Dann-Schema“ zum „Dann“, also zur Rechtsfolge. Sie beschreiben, was die Verwaltungsbehörde in der Folge tun muss, **wenn** ein bestimmter Tatbestand erfüllt ist. Der verbleibende **Tatbestand im engen Sinn** lautet also:

§ 5 Abs 1 Z 1 BWG

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, wenn 1. Das Unternehmen als Kreditinstitut in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Sparkasse geführt werden soll;

Das Ausschneiden des die Rechtsfolge betreffenden Textteils aus einer für den Sachverhalt maßgebenden Rechtsvorschrift ergibt den eigentlichen **Tatbestand** (= Tatbestand im engen Sinn). Dieser Tatbestand ist vom Gesetzgeber **mit den Mitteln der Sprache** schriftlich vorgegeben und bedarf einer eingehenden **Tatbestandsanalyse** mit dem Ziel, die im **Text** festgeschriebenen Anordnungen des Gesetzgebers richtig zu verstehen. **Diese Tatbestandsanalyse erfolgt auf drei Ebenen:**

- ♦ **[Tatbestandselemente]**. Jeder **Tatbestand** besteht aus mehreren **Tatbestandselementen**. Die Tatbestandsanalyse beginnt mit der **Zerlegung des Textes der Rechtsvorschrift in die einzelnen Tatbestandselemente**.
- ♦ **[Bestimmte und unbestimmte Tatbestandselemente]**. Jedes Tatbestandselement im Text einer Rechtsvorschrift ist als „**bestimmt**“ oder „**unbestimmt**“ zu qualifizieren. Unbestimmte Tatbestandselemente lassen die Anordnung des Gesetzgebers nicht allein schon aus dem Text der Rechtsvorschrift erkennen, der Text bedarf weiterer Überlegungen, der Text bedarf der **Auslegung**.

- ♦ **[Kumulative und alternative Ordnung der Tatbestandselemente]**. Die einzelnen Tatbestandselemente stehen zueinander in einer **strukturellen Beziehung**. Bei **kumulativer Beziehung** der Tatbestandselemente müssen alle Tatbestandselemente vom Sachverhalt her erfüllt sein, damit die Rechtsfolge eintreten kann. Bei **alternativer Beziehung** der Tatbestandselemente reicht dazu das Zutreffen bloß eines Tatbestandselementes aus.

1. Die Tatbestandselemente

Der Text eines für den Sachverhalt maßgebenden gesetzlichen Tatbestands besteht in der Regel aus mehreren **Textteilen**. Ein Textteil bildet ein eigenständiges **Tatbestandselement**, wenn **der Textteil einen selbständigen, vom anderen Text unabhängigen Gedanken der Rechtsvorschrift ausdrückt**. **Tatbestandselement** kann ein **Wort**, eine **Wortgruppe**, ein **Satz** oder ein **Satzteil** sein. Gelegentlich spricht man anstelle von „Tatbestandselementen“ auch von Tatbestands„merkmalen“. Die Tatbestandsanalyse des § 5 Abs 1 Z 1 BWG zerlegt den Tatbestand in insgesamt vier Tatbestandselemente:

		Tatbestandselemente § 5 Abs 1 Z 1 BWG			
01			das Unternehmen als Kreditinstitut geführt werden soll		
02			in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft		
03			in der Rechtsform einer Genossenschaft		
04			in der Rechtsform einer Sparkasse		

Die **vier** Tatbestandselemente in § 5 Abs 1 BWG sind **taxativ** (= abschließend) aufgezählt. Auf diese und **nur** auf diese Tatbestandselemente kommt es nach dem Gesetz an.

Manchmal wählt das Gesetz auch eine **demonstrative** (= beispielsweise) Aufzählung. Das Gesetz nennt nur verschiedene Beispiele und lässt Raum für weitere, ähnliche, im Text nicht mehr beschriebene Tatbestände. Eine demonstrative Aufzählung ergibt sich aus dem Gesetzestext, häufig durch Worte wie „**insbesondere**“, „**wie**“ oder „**beispielsweise**“ eingeleitet.

2. Bestimmte und unbestimmte Tatbestandselemente

Manche Tatbestandselemente sind nach ihrer sprachlichen Bedeutung eindeutig, die gesetzliche Anordnung, das gesetzliche Verhaltensmuster ist **allein aufgrund des Textes** von vornherein jedermann – wohl zumindest dem Fachmann – verständlich. Diese Tatbestandselemente sind **bestimmt**. **In diesem Sinn bezeichnen „bestimmte“ Tatbestandselemente solche Textteile einer Rechtsvorschrift, deren Bedeutung jedermann von vornherein klar ist (= bestimmte Gesetzesbegriffe = bestimmte Formulierungen)**.

Bei den **unbestimmten** Tatbestandselementen ist dies anders. Der Gesetzgeber verwendet Worte und Formulierungen, die ohne Präzision nur eine ungefähre Vorstellung von der gesetzlichen Anordnung vermitteln. **In diesem Sinn beschreiben „unbestimmte“ Tatbestandselemente Textteile einer Rechtsvorschrift, deren präzise Bedeutung von vornherein nicht jedermann klar ist (= unbestimmte Gesetzesbegriffe = unbestimmte Formulierungen)**.

Sonderfälle stellen jene unbestimmten Gesetzesbegriffe dar, für die das Gesetz selbst festlegt, wie sie zu verstehen sind (= **Legaldefinition**). Als Beispiele können etwa folgende Rechtsvorschriften dienen.

In vielen Fällen sind Gesetzesbegriffe nicht eindeutig als „bestimmt“ oder „unbestimmt“ einzustufen; viele Begriffe, die auf den ersten Blick bestimmt scheinen, stellen sich bei näherer Betrachtung als unbestimmte Begriffe dar. Jeder glaubt etwa, bestimmt zu wissen, was ein „Wald“ ist. Ein Baum ist jedenfalls kein Wald. Wie viele Bäume müssen vorhanden sein, wie müssen sie angeordnet sein, dass man von einem „Wald“ sprechen kann ?

Wenn wir die vier Tatbestandselemente des § 5 Abs 1 Z 1 BWG im dargelegten Sinn als „bestimmt“ oder „unbestimmt“ sortieren, so können wir die Tatbestandselemente **02**, **03** und **04** als „bestimmt“ bewerten. Zumindest in Zusammenschau mit dem Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG) und dem Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz 1965) ist klar, dass eine Kapitalgesellschaft eine GmbH oder eine AG ist; in Zusammenschau mit dem Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz) ist klar, was eine Genossenschaft ist; in Zusammenschau mit dem Sparkassengesetz ist klar, was eine Sparkasse ist. Was ein Kreditinstitut ist, ist nach dem Wortlaut nicht von vornherein klar, sodass wir das Tatbestandselement **01** als „unbestimmt“ bewerten.

Wenn wir die vier Tatbestandselemente des § 5 Abs 1 Z 1 BWG im dargelegten Sinn als „bestimmt“ oder „unbestimmt“ sortieren, so können wir die Tatbestandselemente **02**, **03** und **04** als „bestimmt“ bewerten. Zumindest in Zusammenschau mit dem Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG) und dem Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz 1965) ist klar, dass eine Kapitalgesellschaft eine GmbH oder eine AG ist; in Zusammenschau mit dem Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz) ist klar, was eine Genossenschaft ist; in Zusammenschau mit dem Sparkassengesetz ist klar, was eine Sparkasse ist. Was ein Kreditinstitut ist, ist nach dem Wortlaut nicht von vornherein klar, sodass wir das Tatbestandselement **01** als „unbestimmt“ bewerten.

	bestimmt	unbestimmt	Tatbestandselemente § 5 Abs 1 Z 1 BWG		
01		X	das Unternehmen als Kreditinstitut geführt werden soll		
02	X		in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft		
03	X		in der Rechtsform einer Genossenschaft		
04	X		in der Rechtsform einer Sparkasse		

Die Auslegung

Unklar ist, was „Kreditinstitut“ in § 5 Abs 1 Z 1 BWG bedeutet. Ist die von X geplante X-Bank-GmbH ein „Kreditinstitut“ ? Da **unbestimmte Gesetzesbegriffe** die gesetzliche Anordnung, das gesetzliche Verhaltensmuster **allein nach dem Text** nicht eindeutig und präzise erkennen lassen, muss der Rechtsanwender im Hinblick auf die vom Sachverhalt vorgegebenen Probleme die in den konkreten Tatbestandselementen enthaltenen gesetzlichen Anordnungen erforschen. **Diesen Vorgang, den Inhalt einer wegen Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe oder unbestimmter Formulierungen im Text unklaren Rechtsvorschrift zu ergründen, nennt man Auslegung (= Interpretation).**

Die **Auslegung** gehört zu den wichtigsten, gleichzeitig aber auch zu den sensibelsten und umstrittensten Themen der Rechtswissenschaft. Dabei geht es um ein **Kommunikationsproblem**, um die Kommunikation des **Gesetzgebers** mit dem **Rechtsanwender**. Der Gesetzgeber entwirft ein gene-

rell-abstraktes Bild einer Regelung und beschreibt dieses Bild in Worten. Er hat nur die **Sprache**, mit der er das Bild erfassen kann. Der **Rechtsanwender**, der das Bild übernehmen, verstehen und individuell-konkret umsetzen soll, hat gleichfalls nur die **Sprache**, um den Gesetzgeber zu verstehen. **Die Kommunikation zwischen Gesetzgeber einerseits und Rechtsanwender andererseits kann bestenfalls so präzise sein, wie die Sprache es zulässt.** Am Beispiel „Wald“ zeigen wir die Grenzen der Präzision der Sprache auf. Jeder weiß, was ein „Wald“ ist. Ein Baum ist jedenfalls kein Wald. Wie viele Bäume müssen aber vorhanden, wie müssen sie zueinander angeordnet sein, dass man von einem „Wald“ sprechen kann ?

Diese Probleme zeigen, welche wichtige Bedeutung der Auslegung in der Rechtsanwendung zukommt. Der Rechtsanwender muss immer das sprachlich formulierte Bild des Gesetzgebers zuerst verstehen, um es umsetzen zu können. Dieses „Verstehen“ lässt viele Fragen und viel Raum für Missverstehen offen. Welche Methoden kennt die Rechtswissenschaft, um der Herausforderung der Auslegung einigermaßen gerecht zu werden ?

- ♦ Es gibt **verschiedene Gesichtspunkte**, nach denen ein Gesetzestext ausgelegt werden kann. So könnte man einen Gesetzestext etwa vor allem **nach dem Wortsinn (= Wortinterpretation)** = „grammatikalische Interpretation“), nach dem vom Gesetzgeber **beabsichtigten Zweck (= Zweckinterpretation = teleologische Interpretation)** oder nach jedem anderen sich anbietenden Gesichtspunkt auslegen. In der Theorie des Rechts sind **alle plausiblen Gesichtspunkte** als **Auslegungsmethoden** zugelassen. Die Wortinterpretation und die Zweckinterpretation sind die wichtigsten Auslegungsmethoden.
- ♦ Auf die Frage, welche Auslegungsmethoden konkret anzuwenden sind, folgt die Frage nach der **Hierarchie der Auslegungsmethoden**. Denn die Anwendung mehrerer Auslegungsmethoden ist nur unproblematisch, wenn jede angewandte Auslegungsmethode für sich allein zum selben Auslegungsergebnis führt. Ergibt die Anwendung verschiedener Auslegungsmethoden auch verschiedene Auslegungsergebnisse, so steht man vor dem Problem, **welcher Auslegungsmethode der Vorzug gebührt**. Nach der Theorie des Rechts ist ein bestimmter Vorrang einer Auslegungsmethode, ist eine bestimmte Hierarchie der Auslegungsmethoden nicht vorgegeben. Es gilt **Methodenfreiheit**, doch muss der Rechtsanwender die bevorzugten Auslegungsmethoden und das dadurch erzielte Auslegungsergebnis in Übereinstimmung mit den Grundsätzen und Wertungen der Rechtsordnung plausibel **begründen**. Da Objekte der Auslegung **Sprache und Worte** sind, steht am Beginn des Interpretationsvorganges notwendigerweise die **Wortinterpretation**.

Im **öffentlichen Recht** steht die **Wortinterpretation** nicht nur am Beginn des Interpretationsvorganges, ihr gebührt auch in Fällen, in denen verschiedene Auslegungsmethoden unterschiedliche Auslegungsergebnisse bringen, der Vorzug.

Was „Kreditinstitut“ in § 5 Abs 1 Z 1 BWG bedeuten soll, wirft keine großen Auslegungsprobleme auf. Denn der Gesetzgeber selbst gibt eine Klarstellung in der Legaldefinition des § 1 Abs 1 BWG. Danach ist ein Kreditinstitut, „*wer auf Grund ... dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben.*“ Das ist eindeutig.

3. Kumulative und alternative Tatbestandselemente

Nachdem wir im Rahmen der Tatbestandsanalyse die (vier) Tatbestandselemente des § 5 Abs 1 Z 1 BWG nach „bestimmt“ und „unbestimmt“ qualifiziert und das unbestimmte Tatbestandsmerkmal „Kreditinstitut“ ausgelegt haben, verstehen wir nun, was der Gesetzgeber in § 5 Abs 1 Z 1 BWG als Konzessionsvoraussetzung angeordnet hat. Bevor wir nun an die „Subsumtion“, die uns sagen wird,

ob die Rechtsform einer GmbH für die Erteilung der Konzession ausreicht, gehen, müssen wir noch die **innere Struktur** der Tatbestandselemente klären.

Die **Tatbestandselemente** einer Rechtsvorschrift stehen zueinander im Hinblick auf die an den Tatbestand anknüpfende Rechtsfolge in einer **strukturellen Beziehung**. Diese Beziehung kann in einer **kumulativen** oder in einer **alternativen** Struktur der Tatbestandselemente liegen:

- Bei einer **kumulativen Struktur** der Tatbestandselemente müssen **alle** Tatbestandselemente vom Sachverhalt erfüllt sein, damit die vorgegebene Rechtsfolge eintreten kann. Erfüllt der Sachverhalt bei mehreren Tatbestandselementen **auch nur ein** Tatbestandselement nicht, so kann die vorgegebene Rechtsfolge nicht eintreten. **Ein vom Sachverhalt nicht gedecktes kumulatives Tatbestandselement verhindert in diesem Sinn die Rechtsfolge des Tatbestands, auch wenn nach dem Sachverhalt die übrigen Tatbestandselemente gegeben wären.**
- Bei einer **alternativen Struktur** der Tatbestandselemente tritt die Rechtsfolge des Tatbestands ein, wenn der Sachverhalt **auch nur ein** Tatbestandselement erfüllt. **In diesem Sinn bewirkt das Vorliegen auch nur eines Tatbestandselements (von zwei oder mehreren) im Sachverhalt die Rechtsfolge des Tatbestands unabhängig davon, ob auch die anderen Tatbestandselemente vom Sachverhalt gedeckt sind.**

Nicht immer besteht ein Tatbestand **nur** aus kumulativen Tatbestandselementen oder **nur** aus alternativen Tatbestandselementen. Häufig bilden einzelne Tatbestandselemente im Tatbestand einer Rechtsvorschrift eine **Gruppe von Tatbestandselementen**, die zu Tatbestandselementen innerhalb der Gruppe etwa in einer alternativen, zu den Tatbestandselementen außerhalb der Gruppe oder zu anderen Gruppen von Tatbestandselementen in kumulativer Beziehung stehen. Das gilt für unseren weiteren Fall „Martins Festnahme“. Für unseren Fall „Gründung einer Bank“ stehen die Tatbestandselemente **02**, **03** und **04** zueinander in **alternativer Ordnung**. Es reicht aus, wenn eines der drei Elemente erfüllt wird und **kumulativ** zu **01** hinzutritt, damit die Rechtsfolge (Konzession) eintreten kann.

	bestimmt	unbestimmt	Tatbestandselemente § 5 Abs 1 Z 1 BWG	alternativ	kumulativ
01		X	das Unternehmen als Kreditinstitut geführt werden soll		K
02	X		in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft	A	K
03	X		in der Rechtsform einer Genossenschaft	A	
04	X		in der Rechtsform einer Sparkasse	A	

III. DIE SUBSUMTION

1. Der relevante (!) Sachverhalt

Mit der Zerlegung des Tatbestands einer Rechtsvorschrift in die Tatbestandselemente, mit der Bewertung der einzelnen Tatbestandselemente als „bestimmt“ oder „unbestimmt“, mit der Auslegung der unbestimmten Gesetzesbegriffe und der unbestimmten Formulierungen, mit der Einreihung der Tatbestandselemente als kumulative oder alternative Tatbestandselemente ist die **Tatbestandsanalyse** abgeschlossen. Der Rechtsanwender versteht nun die gesetzliche Anordnung, das gesetzliche Verhaltensmuster.

Als nächsten Denkschritt zur Falllösung prüft er, ob der Sachverhalt dem gesetzlichen Verhaltensmuster entspricht; **ob der durch die rechtlich relevante Frage mit dem gesetzlichen Tatbestand verbundene Sachverhalt tatsächlich präzise auf den Tatbestand passt.** Der Rechtsanwender versucht, den Sachverhalt unter den Tatbestand zu „**subsumieren**“. Unter **Subsumtion** versteht man die Prüfung, ob ein (relevanter) Sachverhalt mit seinen Details unter den gesetzlichen Tatbestand (unter die einzelnen Tatbestandselemente) passt.

Damit diese Überprüfung, ob der Sachverhalt unter den Tatbestand einer Rechtsvorschrift passt, erfolgen kann, muss der Sachverhalt auf das im Tatbestand abstrakt vorgegebene Bild hin aufbereitet werden. Beim Sachverhalt handelt es sich ja um eine Geschichte, die das Leben schrieb, die an sich und vorerst mit dem Recht nichts zu tun hat, zu der lediglich jemand eine rechtlich relevante Frage stellte. **Diese Aufbereitung des Sachverhalts für die Subsumtion unter eine Rechtsvorschrift** nennt man die **Feststellung des „relevanten“ Sachverhalts**. Die Feststellung des relevanten Sachverhalts erfolgt in zweierlei Hinsicht:

- ♦ Rechtlich sind für die Subsumtion nur Sachverhaltsdetails von Bedeutung, die **thematisch** im gesetzlichen Tatbestand, im gesetzlichen Verhaltensmuster vorgegeben sind. Ein Sachverhalt enthält viele Sachverhaltsdetails, die im Hinblick auf den Tatbestand der Rechtsvorschrift keine Bedeutung haben. Als erster Schritt der Aufbereitung des Sachverhalts für die Subsumtion unter einen gesetzlichen Tatbestand erfolgt in diesem Sinn die **Reduktion des Sachverhalts** auf die **relevanten Teile des Sachverhalts**. Der – um die zum gesetzlichen Tatbestand in keinem Bezug stehenden Sachverhaltsdetails – reduzierte Sachverhalt stellt den **rechtlich relevanten Sachverhalt** dar, welcher der Subsumtion zugrunde zu legen ist.

Es bedeutet eine besondere Qualität des Juristen, aus einer Geschichte, die das Leben schrieb, möglichst rasch die für die Subsumtion unter einen Tatbestand wesentlichen Teile herauszufinden, also das Wesentliche vom Unwesentlichen im Sachverhalt unterscheiden zu können.

- ♦ Die Aufbereitung des Sachverhalts für die Subsumtion unter den Tatbestand einer Rechtsvorschrift kann zeigen, dass die dem Rechtsanwender bekannten Teile der Geschichte, die das Leben schrieb, **unvollständig** sind, dass die Geschichte bestimmte Einzelheiten, die für die Subsumtion Bedeutung hätten, nicht erzählt. In diesen Fällen muss der Rechtsanwender nach den unbekannt Einzelheiten der tatsächlichen Ereignisse forschen und so den Sachverhalt **um relevante Teile ergänzen**. Dieser Vorgang hat insbesondere im Verwaltungsverfahren bei der **Sachverhaltsermittlung** Bedeutung.

Der Sachverhalt (unter I.) enthält eine Reihe von Sachverhaltsdetails, die für die Subsumtion unter die gesetzlichen Tatbestände im Zusammenhang mit keiner der fünf zum Sachverhalt gestellten Rechtsfragen von Bedeutung sind, nämlich:

„**X hat sein Studium der Betriebswirtschaftslehre gewählt, weil er schnell reich werden will**“. Dieses Sachverhaltsdetail ist irrelevant. Es nimmt keinen Bezug auf die Fragen, ob es ausreicht, dass die Bank in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) errichtet ist; dass ein Stammkapital von nur € 5.000.000,- vorhanden ist; ob der Geschäftsführer einer Bank ohne Berufserfahrung tätig sein kann; ob sich die Gesellschafter an einer Bankgesellschaft nur mit eigenem Kapital beteiligen dürfen und ob die Erteilung einer Konzession eine Rechtsentscheidung ist oder im Ermessen der Verwaltungsbehörde steht. Gleiches gilt für „**X hat auch schon einige Jobangebote, doch scheinen sie ihm allesamt mit viel Arbeit und ohne Garantie, schnell reich zu werden, verbunden.**“ Genauso für „**Im Wirtshaus zu später Stunde im Gespräch mit Freunden kommt X auf die Idee, seinen Job selbst zu schaffen.**“ Ebenso, dass X „**von seinem Opa**“ geerbt hat. Ohne Bedeutung für die Subsumtion sind auch die Zweifel des X an der rechtlichen Verwirklichbarkeit für seine Geschäftsidee, seine Nachfrage bei seinem Freund Y und die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch Y.

Sohin bleibt vom eingangs erzählten Sachverhalt als für die Subsumtion **relevanter Sachverhalt** folgende reduzierte Geschichte übrig:

X ist mit seinem Studium der Betriebswirtschaftslehre fertig. Er will eine Bank gründen und dort Bankdirektor sein. X versteht nichts vom Bankgeschäft, daher will er sich als Bankdirektor auf die innerbetrieblichen Angelegenheiten beschränken, für das Bankgeschäft nach außen aber zwei bankfachlich ausgewiesene Geschäftsleiter, die für den Geschäftserfolg sorgen, finden und in der Bank anstellen.

X hat € 100.000,-. Dieses Vermögen will er einsetzen. X möchte weitere 49 Personen finden, die bereit sind, sich auch mit je € 100.000,- als Gesellschafter an einer mit einem Stammkapital von € 5.000.000,- ausgestatteten X-Bank-GmbH zu beteiligen. Wenn die Interessenten das Geld nicht hätten, könnten sie es sich ja bei Verwandten und Banken ausleihen.

Die **Reduktion des relevanten Sachverhalts** belässt im Sachverhalt nur jene Sachverhaltsdetails, die **thematisch** für ein Tatbestandselement einer Rechtsvorschrift von Bedeutung sind. **Diese Reduktion des Sachverhalts nimmt die Subsumtion nicht vorweg.** Der **thematische Zusammenhang** ist gegeben, wenn aufgrund eines Sachverhaltsdetails die **Prüfung ansteht**, ob der Sachverhalt unter den Tatbestand passt. **Mit welchem Ergebnis die Prüfung endet, ist damit noch nicht gesagt.**

2. Die Subsumtion

Ist der relevante Sachverhalt festgestellt, so erfolgt die **Subsumtion**. Der Rechtsanwender überprüft **zu jedem Tatbestandselement**, ob Sachverhaltsdetails im relevanten Sachverhalt diesem Tatbestandselement präzise entsprechen. **Passt der Sachverhalt unter das Tatbestandselement, so ist die Subsumtion in diesem Teil des Tatbestands gelungen. Passt der Sachverhalt unter dieses Tatbestandselement nicht, so ist die Subsumtion in diesem Tatbestandsteil misslungen.** Misslingt die Subsumtion unter ein Tatbestandselement, so kann bei kumulativer Struktur der Tatbestandselemente die Rechtsfolge nicht eintreten. Bei alternativer Struktur der Tatbestandselemente ist die Rechtsfolge dennoch denkbar.

In unserem Fall des **§ 5 Abs 1 Z 1 BWG gelingt** die Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale **01** und **02**. Wir können den Sachverhalt unter das Tatbestandselement **01** – „**das Unternehmen**

als Kreditinstitut geführt werden soll [wir haben „Kreditinstitut“ ausgelegt und wissen, dass die **X-Bank-GmbH** ein Kreditinstitut im Sinne des BWG ist] und unter **02** „in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft“ [die X-Bank-GmbH ist eine GmbH und als solche eine „Kapitalgesellschaft“] subsumieren. Die Subsumtion des Sachverhalts unter die Tatbestandselemente **03** und **04** hingegen **scheitert**, weil die „Rechtsform einer Genossenschaft“ und die „Rechtsform einer Sparkasse“ nach dem Sachverhalt [GmbH und nicht Genossenschaft oder Sparkasse] nicht vorliegen. **Obwohl die Subsumtion nicht unter alle Tatbestandselemente des § 5 Abs 1 Z 1 BWG gelingt, kann dennoch die Rechtsfolge eintreten:** Denn die Tatbestandselemente **02**, **03** und **04** stehen zueinander in **alternativer Ordnung**. Es reicht aus, dass eines der drei Elemente gegeben ist. **01** und [**02**, **03**, **04**] hingegen stehen zueinander in kumulativer Ordnung. Es müssen beide vorliegen, damit die Rechtsfolge eintreten kann. **01** („das Unternehmen als Kreditinstitut geführt werden soll“) ist gegeben. Und eines der alternativen Elemente [**02**, **03**, **04**], nämlich **02** („in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft“), auch. **Die Subsumtion insgesamt ist daher gelungen, die Rechtsfolge kann eintreten.**

	bestimmt	unbestimmt	Tatbestandselemente § 5 Abs 1 Z 1 BWG	alternativ	kumulativ
01		X	das Unternehmen als Kreditinstitut geführt werden soll		K
02	X		in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft	⚡	K
03	X		in der Rechtsform einer Genossenschaft	⚡	
04	X		in der Rechtsform einer Sparkasse	⚡	

IV. DIE RECHTSFOLGE

Hatte die Subsumtion des (relevanten) Sachverhalts unter den Tatbestand (im engen Sinn) Erfolg, so knüpft sich an den Tatbestand die im Gesetz vorgesehene **Rechtsfolge**. Dazu stellen wir uns zwei Fragen:

- ♦ **Worin besteht die Rechtsfolge ?** Die Rechtsfolge besteht in der Regel in einem **konkreten Handeln der Verwaltungsorgane**. Wir haben **sechs Kategorien von Verwaltungshandeln** kennen gelernt. Rechtsfolge kann eine dieser Kategorien des Verwaltungshandelns sein. Denkbar ist aber auch, dass die Rechtsfolge „**ex lege**“ ohne Dazwischentreten eines staatlichen Handelns als Rechtsfolge eintritt. In Ausnahmefällen verzichtet der Gesetzgeber überhaupt auf Rechtsfolgen, es liegt eine „**lex imperfecta**“ vor.
- ♦ **Tritt die Rechtsfolge nach erfolgreicher Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand notwendig und zwingend ein, oder gibt es hier einen Spielraum ?** Wir werden sehen, dass bei Rechtsfolgen, die im staatlichen Handeln bestehen, in der Regel die Rechtsfolge zwingend eintritt. Es gibt jedoch Ausnahmen, wenn der Gesetzgeber den Vollziehungsbehörden „**freies Ermessen**“ eingeräumt hat.

Die **Gesetzgebung** legt fest, welche **Rechtsfolge** sich an den eigentlichen Tatbestand (= Tatbestand im engen Sinn) knüpft. Soweit es um Verwaltungshandeln geht, besteht die Rechtsfolge **in einer bestimmten Kategorie des Verwaltungshandelns**. Wir haben **sechs** Kategorien von Verwaltungshandlungen kennen gelernt. Als Rechtsfolge kommen daher ein **Bescheid**, eine **Verordnung**, eine **Maßnahme**, ein **schlicht-hoheitliches Handeln**, ein **verwaltungsrechtlicher**

Vertrag oder ein **nicht-hoheitliches Handeln** in Betracht. In unserem Fall, Gründung einer Bank, besteht die Rechtsfolge in einem **Bescheid**, die Verwaltungsbehörde erteilt die **Bankkonzession**.

Die Rechtsfolge des Tatbestands einer Rechtsvorschrift besteht in der Regel – wie oben ausgeführt – in einem **bestimmten Handeln der Verwaltungsorgane**. Gleiche Überlegungen gelten für das Handeln der **Gerichte**. In besonderen Fällen sehen die Gesetze allerdings nicht das Handeln eines Vollziehungsorgans als Rechtsfolge des Tatbestands vor, sondern es tritt bei Vorliegen des Tatbestands als Rechtsfolge **automatisch (= ex lege)** eine bestimmte **Gestaltung der Rechtslage** ein. Rechtsfolge ist also die **Gestaltungswirkung eines Tatbestands**.

In seltenen Ausnahmen knüpft die Gesetzgebung **keine Rechtsfolge** an den Tatbestand einer Rechtsvorschrift (**= lex imperfecta**). Sofern es sich hier nicht um redaktionelle Versehen des Gesetzgebers handelt, kommen Tatbestände ohne Rechtsfolge etwa bei der gesetzlichen Vorkehrung sanktionsfreier **Ordnungsvorschriften** vor.

1. Gebundene Entscheidung und 2. Ermessensentscheidung

Ist die Subsumtion eines Sachverhalts unter den Tatbestand einer Rechtsvorschrift gelungen, ist sohin die im Gesetz vorgegebene Rechtsfolge vom Sachverhalt gedeckt, so stellt sich bei den in einem bestimmten Verwaltungshandeln bestehenden Rechtsfolgen die Frage, **ob der Eintritt der Rechtsfolge wirklich zwingend ist**; ob aufgrund des gegebenen Tatbestands das Verwaltungsorgan handeln **muss** oder ob das Verwaltungsorgan bloß handeln **kann**; ob der Gesetzgeber das Verwaltungsorgan zum Knüpfen der Rechtsfolge zwingend verpflichtet hat, oder ob die Gesetzgebung dem Verwaltungsorgan dabei einen gewissen Spielraum, einen gewissen eigenen freien Willen belassen hat.

Diese Problematik besteht bei allen Kategorien von Rechtsfolgen, sie wird aber vor allem beim **Bescheid** erörtert:

- ♦ Sieht das Gesetz bei Vorliegen des Tatbestands einer Rechtsvorschrift die Rechtsfolge (Bescheid) zwingend vor, so spricht man von einer **gebundenen Entscheidung**, aus der Sicht einer Partei im Verfahren von **Rechtsentscheidung** der Verwaltungsbehörde. Die gebundene Entscheidung stellt den Regelfall des verwaltungsbehördlichen Gesetzesvollzugs dar. Dies ist nach dem Gesetzmäßigkeitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG („Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden“) selbstverständlich. Der Verwaltung kommt – aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen – beim Gesetzesvollzug kein eigener Spielraum für die nach dem Gesetz zu treffenden Anordnungen zu.
- ♦ Trotz der strengen Gesetzesbindung nach Art 18 Abs 1 B-VG stellt es die Verfassung dem (einfachen) Gesetzgeber frei, in einzelnen Fällen von der zwingenden Bindung der Verwaltung beim Gesetzesvollzug abzusehen und der Verwaltung einen Freiraum bei der Frage, ob und mit welchem Inhalt ein Bescheid bei Vorliegen des Tatbestands einer Rechtsvorschrift erlassen wird, einzuräumen. Gestattet der Gesetzgeber der Verwaltung einen solchen Freiraum, so spricht man vom freien **Ermessen**. Dass der Gesetzgeber der Verwaltung in einzelnen Fällen trotz der strengen verfassungsrechtlichen Gesetzesbindung in Art 18 Abs 1 B-VG beim Gesetzesvollzug freies Ermessen einräumen darf, ergibt sich nach Art 130 Abs 2 B-VG aus der Verfassung selbst: Danach liegt Rechtswidrigkeit bei der Erlassung eines Bescheids nicht vor, „**soweit die Gesetzgebung von einer bindenden Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde absieht und die Bestimmung dieses Verhaltens der Behörde selbst überlässt, die Behörde aber von diesem freien Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat.**“ Das freie Ermessen

bedeutet nicht Willkür. Auch im Ermessensbereich muss die Verwaltungsbehörde sachlich „im Sinn des Gesetzes“ handeln.

Hat man verwaltungsbehördliches Handeln zu beurteilen, so ist wegen des Gesetzmäßigkeitsgebots ohne weiteres davon auszugehen, dass die Verwaltungsbehörde einen Bescheid **in gebundener Entscheidung** zu erlassen hat. Der Gesetzestext, welcher der verwaltungsbehördlichen Entscheidung zugrunde liegt, lässt die gebundene Entscheidung häufig ausdrücklich durch Formulierungen wie „**hat**“, „**ist**“, „**muss**“ erkennen.

Der Gesetzgeber sieht Ermessensentscheidungen **in der Regel** nicht vor. Glaubt der Rechtsanwender, in einem konkreten Fall **ausnahmsweise** eine Ermessensentscheidung annehmen zu müssen, so hat er dies **aus dem Gesetzestext** – gegebenenfalls im Wege der Auslegung – genau zu begründen. Im Sinne der Ermessensdefinition (Art 130 Abs 2 B-VG) kann nämlich eine Ermessensentscheidung nur und nur insoweit vorliegen, als der Gesetzgeber durch das Gesetz der Verwaltungsbehörde freies Ermessen im Gesetzesvollzug **eingeräumt** hat. Das Wort „**kann**“ im Gesetzestext ist häufig ein Indiz für die Einräumung freien Ermessens durch den Gesetzgeber.

Trotz der Verwendung des Wortes „**kann**“ im Gesetzestext ist nicht zwingend von der Einräumung freien Ermessens durch den Gesetzgeber auszugehen. Manchmal stellt sich das Wort „**kann**“ als reines „Kompetenz-Kann“ im Sinne einer Zuständigkeitsregelung oder Ermächtigung an die Behörde vor. Die behördlichen Entscheidungen sind in diesen Fällen **als gebundene Entscheidung** zu erlassen. Zum Beispiel: § 21 Abs 1 VStG, BGBl 1991/52, lautet: „Die Behörde **kann** ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. ...“ Die Judikatur hat das „**Kann**“ in ein „**Muss**“ umgedeutet.

Der Unterschied von „gebundener Entscheidung“ und „Ermessensentscheidung“ lässt sich anhand der Begriffe und Strukturen, die wir in der Falllösung kennenlernten, präzise beschreiben:

- ♦ Ausgangspunkt ist ein Sachverhalt. Anhand der rechtlich relevanten Frage, die wir zum **Sachverhalt** stellen, suchen wir den gesetzlichen **Tatbestand**. Den Sachverhalt **subsumieren** wir unter den Tatbestand. Ist die Subsumtion erfolgreich, stellt sich die Frage der **Rechtsfolge**.
- ♦ Sieht das Gesetz nur **eine einzige richtige Rechtsfolge** des Tatbestands vor, dann haben wir eine „**gebundene Entscheidung**“. Die Verwaltungsbehörde muss die einzig richtige Rechtsfolge an den Tatbestand knüpfen. Jede Abweichung von dieser Rechtsfolge, jede andere Rechtsfolge macht die Entscheidung der Verwaltungsbehörde rechtswidrig.
- ♦ Auch bei der „**Ermessensentscheidung**“ subsumieren wir zunächst den Sachverhalt unter den Tatbestand. Soweit besteht kein Unterschied zur „gebundenen Entscheidung“. **Der Unterschied tritt in der Rechtsfolge ein**. Während bei der gebundenen Entscheidung der Gesetzgeber nur eine einzige richtige Rechtsfolge zulässt, gestattet der Gesetzgeber bei der Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde die freie sachliche Auswahl aus **mehreren denkbaren Rechtsfolgen**, wobei **jede der denkbaren Rechtsfolgen rechtmäßig** ist. Den vom Gesetz gesteckten Rahmen der Ermessensentscheidung darf die Verwaltungsbehörde bei ihrer freien Entscheidung nicht durchbrechen. Tut sie es dennoch, liegt eine gesetzwidrige **Ermessensüberschreitung** oder ein rechtswidriger **Ermessensmissbrauch** vor.

Wir dürfen die Frage der „**gebundenen Entscheidung**“ und der „**Ermessensentscheidung**“ nicht mit der Frage des „subjektiven Rechts“ und des „objektiven Rechts“ verwechseln. Wir dürfen nicht

meinen, weil der Gesetzgeber das Verhalten der Verwaltungsbehörde im Sinne einer gebundenen Entscheidung genau determiniert hat, hat er damit schon ein subjektives Recht eingeräumt.

Die Entscheidungen der Verwaltungsorgane unterliegen einer **Gesetzmäßigkeitskontrolle**. Soweit das Gesetz subjektive Rechte einräumte, überprüft der Verwaltungsgerichtshof (und der Verfassungsgerichtshof) die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns in Beschwerdefällen. Wir haben aber auch gesehen, dass etwa die Handlungen der Gemeindeorgane der **Rechtsaufsicht** des Landes und des Bundes unterliegen. Diese Kontrollen überprüfen die Gesetzmäßigkeit des Handelns der Verwaltung. Das Handeln der Verwaltung kann nur beanstandet werden, wenn es wirklich gegen ein Gesetz verstößt. **Gebundene Entscheidungen** der Verwaltung unterliegen voll der Kontrolle. **Ermessensentscheidungen**, die im gesetzlich eingeräumten Ermessensrahmen bleiben, können die kontrollierenden Organe nicht beanstanden, auch wenn sie meinen, die Entscheidung hätte anders ausfallen sollen. Das Gesetz räumt ja der **Verwaltung** die freie Entscheidung ein. Eine Kontrolle kann nicht erfolgen, weil der **Maßstab** der Kontrolle, das **Gesetz**, für die Ermessensentscheidung gar nicht existiert. Im Sinne des Art 130 Abs 2 B-VG sieht der Gesetzgeber von der bindenden Regelung des Verhaltens der Verwaltung gerade ab, es gibt keinen gesetzlichen Maßstab, an dem das Verhalten der Verwaltung gemessen werden könnte.

DIE LÖSUNG DES FALLS

Nach Durchführung der einzelnen Denkschritte der Falllösung (Sachverhalt, Tatbestand, Subsumtion, Rechtsfolge) liegt die Lösung unseres Falls vor. Wir können nun alle fünf zum Sachverhalt gestellten Rechtsfragen mit „ja“ beantworten. X hätte der rechtlichen Beurteilung seines Freundes Y misstrauen sollen:

- ♦ [**Erste Rechtsfrage:**] Reicht es für eine Bankkonzession aus, dass die Bank in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) errichtet ist ? **Die Antwort ist „ja“.**

§ 5 Abs 1 Z 1 BWG

Die Konzession ist zu erteilen, wenn 1. Das Unternehmen als Kreditinstitut in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Sparkasse geführt werden soll;

Tatbestand zur gestellten Frage ist **§ 5 Abs 1 Z 1 BWG**. Wir haben dem Text des § 5 Abs 1 Z 1 BWG nach der „Wenn-Dann“-Frage den **Tatbestand (im engen Sinn)** entnommen und dann den Tatbestand (im engen Sinn) **analysiert**. Wir haben den Tatbestand in seine **Tatbestandselemente** zerlegt, die Tatbestandselemente als „**bestimmt**“ und „**unbestimmt**“ qualifiziert und ein unbestimmtes Tatbestandselement mit Hilfe einer Legaldefinition **ausgelegt**. Den Sachverhalt haben wir auf den **relevanten Sachverhalt** reduziert. Die Subsumtion des relevanten Sachverhalts unter die Tatbestandselemente ist zwar nur in zwei der vier Fälle gelungen. Weil aber einige Tatbestandselemente zueinander in **alternativer Ordnung** stehen, ist die **Subsumtion insgesamt gelungen**.

Wir wissen daher, dass – unter dem Gesichtspunkt der Rechtsform GmbH – die Rechtsfolge „Konzession“ eintreten kann. **Es reicht für eine Bankkonzession aus, dass die Bank in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) errichtet ist.**

- ♦ [**Zweite Rechtsfrage:**] Reicht es für eine Bankkonzession aus, dass das Stammkapital der Bank nur € 5.000.000,- beträgt ? **Die Antwort lautet „ja“.**

§ 5 Abs 1 Z 5 BWG

Die Konzession ist zu erteilen, wenn ... 5. das Anfangskapital oder die Anfangsdotation mindestens 5 Millionen Euro beträgt und den Geschäftsleitern unbeschränkt und ohne Belastung im Inland zur freien Verfügung steht;

Tatbestand zur gestellten Frage ist **§ 5 Abs 1 Z 5 BWG**. Mit diesem Tatbestand konkret haben wir uns oben anders als mit § 5 Abs 1 Z 1 BWG nicht näher auseinandergesetzt, wir gehen aber genauso wie bei § 5 Abs 1 Z 1 BWG vor. Wir entnehmen dem Text des § 5 Abs 1 Z 5 BWG den **Tatbestand (im engen Sinn)** und **analysieren** ihn [wenn ... 5. das Anfangskapital oder die Anfangsdotation mindestens 5 Millionen Euro beträgt und den Geschäftsleitern unbeschränkt und ohne Belastung im Inland zur freien Verfügung steht]. Die **fünf Tatbestandselemente** sind **01** „Anfangskapital“, **02** „Anfangsdotation“, **03** „mindestens 5 Millionen Euro“, **04** „den Geschäftsleitern unbeschränkt im Inland zur Verfügung steht“, **05** „den Geschäftsleitern ohne Belastung zur Verfügung steht“. **01**, **02** und insbesondere **03** („5 Millionen Euro“) sind klar und damit **bestimmt**. In **04** und **05** ist der Begriff „Geschäftsleiter“ unklar, insbesondere in Abgrenzung des gesellschaftsrechtlichen Begriffs „Geschäftsführer“, und damit **unbestimmt**. Der unbestimmte Begriff „Geschäftsleiter“ wird durch die **Auslegung** anhand der **Legaldefinition in § 2 Z 1 lit a BWG** („Geschäftsleiter: Diejenigen natürlichen Personen, die nach dem Gesetz oder der Satzung zur Führung der Geschäfte und zur organschaftlichen Vertretung des Kredit- oder Finanzinstituts nach außen vorgesehen sind“) klar. Die Tatbestandselemente stehen zueinander in teils **kumulativer Ordnung**, teils **alternativer Ordnung**. [**01** und **02** alternativ], diese zu **03**, **04** und **05** kumulativ. Die Subsumtion des relevanten Sachverhalts unter die Tatbestandselemente **01**, **03**, **04** und **05** gelingt jedenfalls, **sodass die Subsumtion insgesamt jedenfalls erfolgreich ist**.

Wir wissen daher, dass – unter dem Gesichtspunkt des Stammkapitals von € 5.000.000,- – die Rechtsfolge „Konzession“ eintreten kann. **Es reicht für eine Bankkonzession aus, dass das Stammkapital der Bank nur € 5.000.000,- beträgt**. Allerdings müssen ausschließlich die Geschäftsleiter darüber verfügen dürfen.

- ♦ **[Dritte Rechtsfrage:]** Erhält eine GmbH eine Bankkonzession, auch wenn ein „Geschäftsführer“ ohne Berufserfahrung tätig ist ? **Die Antwort lautet „ja, aber ...“**

§ 2 Z 1 lit a BWG

Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind: Geschäftsleiter: a) Diejenigen natürlichen Personen, die nach dem Gesetz oder der Satzung zur Führung der Geschäfte und zur organschaftlichen Vertretung des Kredit- oder Finanzinstitutes nach außen vorgesehen sind;

§ 2 Z 1 lit a BWG bindet die fachliche Befähigung für Bankgeschäfte an die „Geschäftsleiter“ der Bank. Wir wissen daher, dass – unter dem Gesichtspunkt, dass der unbefähigte X „Geschäftsführer der Bank“ mit dem Aufgabenkreis „innere Angelegenheiten“ sein will – die Rechtsfolge „Konzession“ eintreten kann. **Eine GmbH erhält eine Bankkonzession, auch wenn ein „Geschäftsführer“ ohne Berufserfahrung tätig ist. Aber nach der GmbH-Satzung muss die Führung der Geschäfte und die organschaftliche Vertretung der X-Bank-GmbH nach außen zur Gänze den Geschäftsleitern vorbehalten sein.**

- ♦ **[Vierte Rechtsfrage:]** Erhält eine GmbH eine Bankkonzession, wenn sich Gesellschafter an der Bankgesellschaft nicht nur mit eigenem, sondern auch mit geliehenem Kapital beteiligt haben ? **Die Antwort lautet „ja“.**

Das BWG kennt keine Vorschrift, wonach die Beteiligung an einer Bank nur mit eigenem Kapital – und nicht mit ausgeliehenem Kapital – erfolgen dürfte. Auch in anderen Gesetzen findet sich keine bezügliche Beschränkung.

Der Rechtsstaat, die Trennung von Staat und Gesellschaft, die Privatautonomie sagen uns, **dass jeder in seinen privaten, insbesondere auch wirtschaftlichen Beziehungen frei ist**, soweit keine gesetzlichen Regelungen dagegen stehen. Findet sich in den Gesetzen keine Einschränkung, darf ein Gesellschafter sich an einer Bank-GmbH auch mit geliehenem Geld beteiligen. **Eine GmbH erhält daher eine Bankkonzession, wenn sich Gesellschafter an der Bankgesellschaft nicht nur mit eigenem, sondern auch mit geliehenem Kapital beteiligt haben.**

- ♦ **[Fünfte Rechtsfrage:]** Ist die Erteilung einer Konzession eine Rechtsentscheidung oder steht sie im Ermessen der Verwaltungsbehörde? **Die Antwort lautet „eine Rechtsentscheidung“.**

§ 5 Abs 1 BWG

Die Konzession ist zu erteilen, wenn ...

Verwaltungsbehördliche Entscheidungen sind im Hinblick auf das Gesetzmäßigkeitsgebot grundsätzlich **Rechtsentscheidungen** (gebundene Entscheidungen). Gemäß Art 130 Abs 2 B-VG kann der Gesetzgeber von diesem Grundsatz abweichen und der Verwaltungsbehörde freies Ermessen einräumen. Eine solche Einräumung muss aus dem Gesetzestext erkannt und begründet werden. Das BWG hat der Verwaltungsbehörde für die Konzessionserteilung nicht nur kein Ermessen eingeräumt, sondern im Gegenteil mit der Formulierung „**ist zu erteilen**“ die Rechtsentscheidung bekräftigt. Der Wunsch, im Bankgeschäft tätig zu sein, ist zudem durch das Grundrecht der Erwerbsfreiheit (Art 6 Abs 1 StGG 1867) geschützt. Im Schutzbereich der Grundrechte gibt es in aller Regel kein Ermessen der Verwaltungsbehörden.

Gemäß § 5 Abs 1 BWG ist die Erteilung einer Bankkonzession eine Rechtsentscheidung. [Zuständig für die Erteilung einer Bankkonzession nach BWG ist die „Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA)“]. Zumindest **unter den Gesichtspunkten der Rechtsfragen eins bis vier** (das BWG kennt noch eine Reihe anderer Voraussetzungen) **muss** die X-Bank-GmbH die Bankkonzession bekommen. Die Rechtswege gegen eine negative Entscheidung führen bis zum Verfassungsgerichtshof. Ohne Bedeutung für die Konzessionsentscheidung ist die Frage, ob die Behörden die Studierenden mögen oder nicht. Das wäre auch bei einer Ermessensentscheidung ein unsachlicher und damit unzulässiger Grund für eine Verweigerung.