

# Methodische Hinweise zur Fallbearbeitung im Öffentlichen Recht

von Prof. Dr. Andreas Haratsch / Prof. Dr. Katharina von Schlieffen / Dr. Anke Holljesiefken

## I. Einleitung

### 1. Öffentliches Recht wozu?

#### a) Öffentliches Recht als Einübung in das juristische Denken der Praxis

Öffentliches Recht ist besonders praxisnah. Es ist nicht so abstrakt wie die Kerngebiete des Zivil- oder Strafrechts. Zu den Beteiligten im öffentlich-rechtlichen Fall zählen regelmäßig die Länder, der Bund oder andere Hoheitsträger, womit eine Schleuse für die Einwirkung des Politischen, insbesondere der öffentlichen Diskussion oder der veröffentlichten Meinung geöffnet wird. Das braucht nicht so greifbar zu sein, wie bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Abschusses eines gekaperten, als Mordwaffe eingesetzten Flugzeugs; es kann auch nur um Obergrenzen für Rundfunkgebühren gehen oder darum, dass sich ein Tierfreund gegen die Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft wehrt.

Im Öffentlichen Recht begegnen Sie deshalb schon in kleiner Dosis der Komplexität, die für den Juristen später das „wirkliche Leben“ wird. Nicht ohne Grund ist es für Anfänger daher leichter, mit der mehr geschlossenen Dogmatik des BGB AT zu beginnen. Das Öffentliche Recht ist jedoch ein erstes Training für die Unwägbarkeiten der Praxis.

Im Verfassungs- und im Verwaltungsrecht lernen Sie, wie man mit *Ordnungen gestufter Verbindlichkeit* und einigen *Kreativitätsschemata* juristische Fälle löst – auch wenn man sich auf Neuland bewegt.

#### b) Zur praktischen Relevanz des Öffentlichen Rechts

Die Probleme, die in der Rechtswirklichkeit auf Sie warten, sind meist eine Gemengelage. Oft sind mehrere Rechtsgebiete zugleich berührt, und nicht selten entdecken Sie, nachdem Sie sich in einen Fall vertieft haben, dass Sie anfangs noch Aspekte übersehen haben. Der zunächst scheinbar „rein zivilrechtliche Fall“ kann über Brückenprobleme (Arbeitnehmer, Soziales, Umwelt) in das Europa- oder das Verwaltungsrecht führen. Fast schon gewöhnlich

sind die europarechtlichen Bezüge zu den zivil- und öffentlich-rechtlichen Teilrechtsgebieten sowie der Kontrollblick auf steuerrechtliche und strafrechtliche Fragen.

Je nach Arbeitsgebiet fällt die Bedeutung des Öffentlichen Rechts natürlich unterschiedlich aus. Insgesamt hat man jedoch den Eindruck, dass angesichts des supranationalen Regelungsvolumens, der Schnellebigkeit und Verzahnung von nationaler und europäischer Normgebung – trotz aller Deregulierungsversuche – der Anteil der Maßnahmen, die nach Öffentlichem Recht zu beurteilen sind, zunimmt.

Deshalb wird man sagen können, dass eine Falllösung, deren Vorprüfung ohne Blick auf die öffentlich-rechtlichen Bezüge erfolgt, unvollständig ist. Dies gilt vor allem, wenn Sie sich auf politiknahes Terrain begeben: Behörden, Verbände, Parteien, Steuerung, Aufsicht, Kontrolle. Je mehr Gewicht ein ökonomisches Problem hat und je höher Sie in der Hierarchiespitze eines Unternehmens stehen, z.B. als AssistentIn des Vorstands, desto unerlässlicher ist es, mit der öffentlich-rechtlichen (und damit auch in Grundzügen der strafrechtlichen) Dimension des Rechts vertraut zu sein.

Unter Einschränkungen gilt dies aber auch für das Studium. Ohne Wissen um die Grundlagen des Rechtsstaats, seine Anforderungen an Normen, Verfahren und Entscheidungen, ohne Kenntnis der Grundrechte und Grundzüge des Europarechts kann weder ein alltägliches noch gar ein innovatives Zivilrecht betrieben werden.

## 2. Die Fallbearbeitung im Verfassungsrecht

Im Folgenden möchten wir Ihnen nach einigen einführenden allgemeinen Anmerkungen zur Fallbearbeitung im Verfassungsrecht (II.) methodische Hinweise zur Prüfung einer Grundrechtsverletzung anhand eines Ausgangsfalls geben (III.).

Der Bereich der Grundrechte wurde aus didaktischen Gründen exemplarisch zur Erörterung verfassungsrechtlicher Fragestellungen gewählt. Nicht eingegangen wird also etwa auf verfassungsprozessuale Fragen und Aspekte des Staatorganisationsrechts.

Ergänzend werden die Besonderheiten des Verwaltungsrechts dargestellt (IV.), bevor wir abschließend einige „Bearbeitungshinweise“ zusammengestellt haben, die wir Ihnen aufgrund von immer wiederkehrenden Fehlern in Klausuren geben möchten (V.).

**Ausgangsfall** (nachgebildet BVerfGE 80, 137): Nachdem es auf Waldspazierwegen bereits mehrfach zu Unfällen gekommen ist, an denen Freizeitreiter beteiligt waren, wird ein Gesetz verabschiedet, nach dem das Reiten im Wald grundsätzlich verboten und nur auf den von der zuständigen Behörde speziell gekennzeichneten Wegen erlaubt ist. Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass es erforderlich sei, die Interessen der Spaziergänger zu schützen, da durch die Begegnung mit Reitern – insbeson-

dere auf engen Wegen – Gefahren für die Spaziergänger entstehen könnten. Auch im Übrigen sei mit Beeinträchtigungen zu rechnen, da die vorbeilaufenden Pferde häufig ein Gefühl der Bedrohung schafften und das Reiten die Waldwege zerstöre.

A, der mehrere Reitpferde besitzt und regelmäßig ausreitet, hält diese Regelung für übertrieben: Der verantwortungsbewusste Reiter verhalte sich so, dass Gefahren nicht entstehen können. Die übrigen angesprochenen Beeinträchtigungen seien tatsächlich nicht völlig zu verhindern; der Schutz vor ihnen könne aber keinesfalls größeres Gewicht besitzen als sein Interesse, seinem Reithobby in der freien Natur nachzugehen. Zudem weist er darauf hin, dass auch für andere Waldwegebenutzer – wie z.B. Skiläufer oder Wanderer – keine entsprechenden Beschränkungen vorgesehen seien.

**Frage:** A bittet Sie daher um ein Gutachten zu der Frage, ob das Gesetz gegen Grundrechte verstößt. (Von der formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ist auszugehen.)

## II. Allgemeine Anmerkungen zur Fallbearbeitung im Verfassungsrecht

Zur methodischen Vorgehensweise bei der Fallbearbeitung im Verfassungsrecht ist vor allem in der Stresssituation einer Klausur ein strukturiertes Herangehen zu empfehlen, um im „Eifer des Gefechts“ nichts zu übersehen.

Die folgende Darstellung ist hauptsächlich auf die Klausurbearbeitung zugeschnitten (etwa bezüglich der Zeiteinteilung), gilt im Übrigen aber auch für die Bearbeitung von Einsendeaufgaben.

### 1. Sachverhalt/Fallfrage

Da in der Regel ein konkreter Fall zu lösen und nicht ein allgemeiner Besinnungsaufsatz zu verfassen ist, kommt es entscheidend auf das Verständnis von Sachverhalt und Fallfrage an!!! Berücksichtigen Sie unbedingt auch Bearbeitervermerke.

Lesen Sie den *Sachverhalt* genau! Der häufig ca. eine Seite umfassende Text enthält grundsätzlich keine überflüssigen Angaben. Vielmehr sollen alle Angaben bei der Falllösung „verwertet“ werden. Vor allem im Sachverhalt gegebene Begründungen haben in der Regel eine Bedeutung; auf solche Begründungen ist bei der Falllösung einzugehen. Dabei gibt bereits der Umfang der Darstellung eines Problems im Sachverhalt Anhaltspunkte für die Gewicht-

tung: Finden sich zu einem Problemkreis mehrere Sätze, ist davon auszugehen, dass die Erörterung des Problems in der Lösung einigen Raum einnehmen wird.

**Beispiel** Laut Sachverhalt ist die Behörde der Meinung, dass A sich nicht auf die Berufsfreiheit berufen könne, da er nicht Träger dieses Grundrechts sei. Hier ist die Grundrechtsträgerschaft des A in der Falllösung zu problematisieren.

Zu vermeiden sind demgegenüber Sachverhaltsspekulationen. Es ist davon auszugehen, dass der Sachverhalt alle Angaben enthält, die notwendig sind, um die vom Prüfer erwarteten Rechtsausführungen zu veranlassen. Lesen Sie daher keine bekannten Streitfragen in den Sachverhalt hinein, die dort nicht angelegt sind, und vermeiden Sie es umgekehrt, durch Sachverhaltsspekulationen rechtlichen Problemen aus dem Weg zu gehen.

Von essentieller Bedeutung ist die *Fallfrage*. Nur wer sich über die Fallfrage im Klaren ist, vermeidet es, kostbare Zeit auf die Erörterung von Problemen zu verwenden, nach denen nicht gefragt ist. Es kann daher sogar durchaus helfen, die Fallfrage vor dem Sachverhalt zu lesen, um von Anfang an zu wissen, worauf es ankommt.

So kann einmal nur nach der Verfassungsmäßigkeit einer Maßnahme gefragt sein. Es können jedoch bei identischer Sachverhaltsgestaltung, aber anders formulierter Fallfrage, die Zulässigkeitsvoraussetzungen und die Begründetheit einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit beim Bundesverfassungsgericht zu prüfen sein.

Immer wieder finden sich in Klausuren seitenlange Erörterungen zur Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde, ohne dass hiernach gefragt war. Entsprechend wenig Zeit bleibt für die Erörterung der „eigentlichen“ Probleme.

(1) Häufig kommen folgende Fragestellungen vor:

- Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden?
- Hat die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?  
⇒ Aufbau der Arbeit: A. Zulässigkeit des Antrags; B. Begründetheit des Antrags (meist Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der fraglichen Maßnahme bzw. Prüfung der Verletzung von Grundrechten).

(2) Einzelfragen:

- (a)
  - Ist diese Regelung mit dem Grundgesetz vereinbar?
  - Nehmen Sie in einem Gutachten zur Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz Stellung!
  - Ist A in seinem Grundrecht aus Art. 14 GG verletzt?

⇒ Aufbau der Arbeit: Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Regelung bzw. Prüfung der Verletzung von Grundrechten (hier wäre es falsch, prozessuale Fragen zu erläutern).

(b)

- In welchem Verfahren kann eine Überprüfung beim Bundesverfassungsgericht erreicht werden?

⇒ Aufbau der Arbeit: Prüfung der Zulässigkeit aller ernsthaft in Betracht kommenden Verfahren; keine Prüfung der Begründetheit.

**Zum Ausgangsfall:** Es handelt sich um eine Einzelfrage nach der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes. Die Prüfung der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde wäre falsch.

## 2. Zeiteinteilung

Nicht zu unterschätzen ist in einer Klausur die Frage der Zeiteinteilung (siehe dazu auch Teil 3, H.III). Sie sollten sich vor Beginn der Bearbeitung zumindest grob überlegen, wie viel Zeit jeweils benötigt wird für das:

- **Konzipieren/Strukturieren:** Fertigen Sie eine Gliederung oder besser eine kurze Lösungsskizze an, anhand derer es Ihnen möglich ist, eine saubere Niederschrift der Lösung vorzunehmen (siehe auch unten V.).
- **Formulieren der Klausur:** Setzen Sie vor allem Schwerpunkte (siehe auch unten V.2, allgemein zum Formulieren: unten VI.).
- 

Leider gibt es kein Patentrezept dafür, wie viel Zeit auf das Konzipieren und Formulieren der Klausur verwendet werden soll, da die Zeiteinteilung stark individuell geprägt ist. Auf jeden Fall sollte aber spätestens nach der Hälfte der Bearbeitungszeit mit der endgültigen Formulierung begonnen werden.

## 3. Vorüberlegungen

Vorab sollten Sie sich insbesondere die folgenden Fragen stellen:

1. Welche **Maßnahme** ist Gegenstand der Prüfung (vor allem: Gesetz oder Einzelakt)? Diese Frage ist wichtig sowohl für die prozessuale Prüfung (insbesondere Fragen der Rechtswegerschöpfung, Fristen etc.) als auch für die materielle Prüfung (bei einem Einzelakt folgt die Prüfung in einem gestuften Aufbau, siehe dazu den Hinweis unter III.).

2. Was ist **Prüfungsmaßstab**? Erforderlich ist zunächst die Auswahl der einschlägigen Grundrechte/verfassungsrechtlichen Bestimmungen.

Dabei ist zu beachten, dass die im Sachverhalt genannten, etwa vom Beschwerdeführer vorgebrachten Grundrechte/verfassungsrechtlichen Bestimmungen oder Grundsätze keinesfalls erschöpfend sein müssen – je nach Fallfrage können *alle in Betracht kommenden* Grundrechte/Bestimmungen, gegen die möglicherweise verstoßen wurde, zu prüfen sein.

3. **Reihenfolge** der Prüfung: Steht fest, welche verfassungsrechtlichen Bestimmungen oder Grundsätze überhaupt in Betracht kommen, so ist eine Prüfungsreihenfolge festzulegen (bei der Grundrechtsprüfung: erst Freiheitsrechte, dann Gleichheitsrechte; innerhalb dieser beiden Gruppen: erst das speziellere, dann das allgemeinere Grundrecht).

**Zum Ausgangsfall:** In Betracht kommt hier eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit), Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichheitssatz) und Art. 11 GG (Freizügigkeit). Zunächst sind die Freiheitsgrundrechte (Art. 2 Abs. 1 und Art. 11 GG) zu prüfen und hier wiederum zunächst Art. 11 GG als das speziellere Grundrecht. Anschließend ist Art. 3 Abs. 1 GG zu prüfen (auf die Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG wird im Folgenden verzichtet).

#### 4. Hilfgutachten

Ist die Fallfrage darauf angelegt, sowohl Zulässigkeits- als auch Begründetheitserwägungen anzustellen, kann u.U. die Anfertigung eines Hilfgutachtens erforderlich sein. Dies gilt, wenn der Bearbeiter in seiner Prüfung zur Unzulässigkeit eines Antrags gelangt und kein weiterer parallel zu prüfender Antrag sich als zulässig erweist. Laufen hingegen zwei Verfahren eines Antragstellers parallel, von denen eines unzulässig, das andere aber zulässig ist, ist meist kein Hilfgutachten anzufertigen, da die weiteren im Sachverhalt angelegten Rechtsprobleme in der Regel in der Begründetheitsprüfung des zulässigen Verfahrens zu prüfen sind.

##### **Beispiele:**

1. A erhebt eine Verfassungsbeschwerde. Der Antrag erweist sich als unzulässig.  
⇒ Hilfgutachten zur Begründetheit der Verfassungsbeschwerde.
2. Das Land L leitet eine abstrakte Normenkontrolle und ein Bund-Länder-Streitverfahren ein, da es sich durch ein grundgesetzwidriges Bundesgesetz in

seinen Rechten verletzt wähnt. Der Bund-Länder-Streit erweist sich als unzulässig, die abstrakte Normenkontrolle als zulässig.

⇒ Kein Hilfsgutachten zur Begründetheit des Bund-Länder-Streits erforderlich, da ohnehin alle im Sachverhalt angelegten Probleme in der Begründetheitsprüfung der abstrakten Normenkontrolle behandelt werden müssen.

Ein Hilfsgutachten ist nicht anzufertigen, wenn sich eine Maßnahme (z.B. ein Gesetz) als formell verfassungswidrig erweist (z.B. wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz) und noch weitere formell- oder materiell-rechtliche Probleme im Sachverhalt angedeutet werden. Hier ist normal in der Prüfung fortzufahren. Eine Maßnahme ist in einem Gutachten, sofern der anzulegende Prüfungsmaßstab dies verlangt, regelmäßig auf alle in Betracht kommenden Verfassungsverstöße zu überprüfen. Der Bearbeiter hält in einem solchen Fall als Zwischenergebnis fest, dass die Maßnahme aus dem gegebenen Grund formell verfassungswidrig ist, und prüft (ohne Hilfsgutachten) weiter, ob darüber hinaus sich die Maßnahme auch aus anderen Gründen als formell oder als materiell verfassungswidrig erweist.

## 5. Aufbau/Konzept

Auf der Grundlage der genannten Vorüberlegungen empfiehlt es sich, eine kurze Gliederung für die eigentliche Prüfung zu erstellen. Damit soll vermieden werden, dass Prüfungspunkte übersehen werden! Bereits an dieser Stelle sind zwei Punkte zu beachten, die auch beim Formulieren maßgeblich sind:

1. Formulieren Sie **Überschriften** für einzelne Prüfungsabschnitte! Die Strukturierung des Textes hilft nicht nur dem Leser, sondern auch dem Verfasser selbst!

Bei einer Verfassungsbeschwerde: Zu gliedern ist vor allem nach der Zulässigkeit (alle Sachurteilsvoraussetzungen) und der Begründetheit (betrifft die Frage, ob die geltend gemachte Rechtsverletzung tatsächlich vorliegt); im Rahmen der Begründetheit müssen die Grundrechte einzeln und in der festgelegten Reihenfolge geprüft werden.

2. Setzen Sie **Schwerpunkte**! Unproblematische Punkte sind kurz abzuhandeln, problematische/nicht eindeutige Fragen hingegen ausführlich zu bearbeiten!

Bei der Frage nach den Erfolgsaussichten eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht gilt in der Regel, dass der Schwerpunkt auf der Begründetheitsprüfung liegt und die Zulässigkeit weniger problematisch ist – daher sollte man sich hier nicht in unstreitige Einzelheiten „verrennen“.

## 6. Formulieren

Grundsätzlich gilt für das Formulieren der Klausur: Arbeiten Sie mit dem Sachverhalt, aber vermeiden Sie seitenlange Wiederholungen. Im Übrigen sind beim Formulieren eines verfassungsrechtlichen Gutachtens verschiedene Punkte zu beachten, die in Kurs 3 bereits erörtert wurden. Die wichtigsten Punkte sind hier noch einmal knapp zusammengestellt:

### a) Gutachtenstil/Urteilsstil

In der Regel ist ein Rechtsgutachten anzufertigen. Das bedeutet jedoch nicht, dass jeder Prüfungspunkt unterschiedslos im so genannten Gutachtenstil abzuhandeln ist. Vielmehr können unproblematische Punkte im Urteilsstil abgehandelt werden (d.h., dass das Ergebnis vorangestellt wird und dann die Begründung folgt). Problematische, also nicht eindeutige Fragen sind jedoch immer im Gutachtenstil zu behandeln (siehe dazu bereits Teil 3, G.II.1).

Bei der Anwendung des Gutachtenstils sind **folgende Schritte** einzuhalten:

**(1) Obersatz:** Bildung des Obersatzes im Konjunktiv; er soll das mögliche Ergebnis enthalten.

**(2) Norm/Definition:** Die Norm, die zum Ergebnis beitragen soll, muss möglichst präzise genannt werden. Die darin enthaltenen Tatbestandsmerkmale müssen definiert werden. Ggf. sind die Inhalte der einzelnen Begriffe durch Auslegung (siehe unten 2.) zu ermitteln.

**(3) Subsumtion:** Subsumtion bedeutet die Verbindung zwischen konkretem Fall und einschlägiger Norm: Ist der konkrete Sachverhalt von der genannten Norm erfasst?

**(4) Ergebnis:** Das Ergebnis folgt aus der Subsumtion und stellt die Beantwortung der im Obersatz aufgeworfenen Frage dar.

**Beispiel** Der sachliche Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst das Äußern von Meinungen. Daher müsste es sich bei der Äußerung des X um die Kundgabe einer „Meinung“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG handeln (Schritt 1). Unter „Meinung“ wird verstanden ... (Schritt 2). Im vorliegenden Fall hat der X ... (Schritt 3). Sein Verhalten stellt somit eine Meinungsäußerung dar. Der sachliche Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit ist daher betroffen (Schritt 4).

Es gilt der Grundsatz: Keine Behauptung ohne Begründung! Begründungen können nicht durch Wendungen wie „offensichtlich“, „zweifelsohne“, „ohne jeden Zweifel“ oder „unstreitig“ ersetzt werden. Diese Formulierungen sind in einer juristischen Argumentation fehl am Platze. Derartige Ausdrücke verdecken häufig Probleme, die der Bearbeiter nicht gesehen hat oder nicht sehen wollte. Zwar kann bei offensichtlich erfüllten oder nicht erfüllten Voraussetzungen die Prüfung verkürzt werden, und eine Begründung kann weitgehend entfallen (z.B.

„Auf die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG können sich nur deutsche Staatsangehörige berufen. A ist laut Sachverhalt Deutscher.“). Aber selbst in einem solchen Fall soll unter keinen Umständen einer der genannten Begriffe verwendet werden.

#### b) Auslegungsmethoden

Ist die Bedeutung eines Gesetzes nicht eindeutig erkennbar, kommt es auf die Auslegung an. Hier sind die unterschiedlichen Auslegungsmethoden heranzuziehen (grammatische, systematische, teleologische und historische Auslegung, siehe dazu im Einzelnen Teil 3, F.II.).

#### c) Argumentation/Streitentscheidung

Beim Erstellen eines juristischen Gutachtens wird die Darstellung von Meinungsverschiedenheiten bzw. Streitentscheiden strukturiert aufgebaut:

- (1) Worum geht es? (Bsp.: Bezüglich der Frage X herrschen insbesondere in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansichten.)
- (2) Erste Ansicht kurz darstellen, Argumente hierfür bringen, Ergebnis der Frage bei Anwendung dieser Meinung beschreiben.
- (3) Dasselbe Vorgehen nun bei der Gegenmeinung.
- (4) Bei unterschiedlichen Ergebnissen: Positionen gegeneinander abwägen und mit eigenen Argumenten für eine Lösung entscheiden.

#### d) Terminologie

Achten Sie – soweit möglich – auf die Terminologie! Bei der Grundrechtsprüfung sind vor allem „Grundrechtseingriff“ und „-verletzung“ zu unterscheiden.

### III. Prüfung einer Grundrechtsverletzung

Im Folgenden soll ein Schema zur Prüfung eines Freiheitsgrundrechts dargestellt und kurz erläutert werden (zur Unterscheidung von Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten siehe Teil 3, VII. 1. b) bb) und cc). Wie bei allen Schemata ist auch hier zu beachten, dass es nicht sklavisch zu befolgen ist, sondern ein Gerüst liefern soll, anhand dessen die Prüfung erleichtert werden soll.

Der Aufbau der Prüfung von Freiheitsrechten richtet sich danach, ob eine Einzelmaßnahme oder ein Gesetz zu prüfen ist. Im Folgenden wird – entsprechend dem Ausgangsfall – eine Grundrechtsverletzung durch Gesetz zugrunde gelegt. Findet der Eingriff durch eine Einzelmaßnahme statt, so ist (1) die Eingriffsgrundlage zu benennen, und es ist zu prüfen, ob (2) die Eingriffsgrundlage formell und materiell verfassungsmäßig und (3) die darauf gestützte Einzelmaßnahme formell und materiell rechtmäßig ist.

## 1. Schutzbereich

Zunächst muss der Schutzbereich des Grundrechts in personaler und sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

Im Rahmen des personalen Schutzbereichs ist zu fragen, ob der Beschwerdeführer Träger des jeweiligen Grundrechts ist. Besonderheiten ergeben sich bei folgenden Fallgruppen:

(1) Bürgerrechte: anders als bei den sog. Menschenrechten können sich auf Bürgerrechte nur Deutsche berufen (Bsp.: Art. 12 Abs. 1 GG); (2) Personenmehrheiten, insbes. juristische Personen: maßgeblich ist Art. 19 Abs. 3 GG; (3) Beginn und Ende der Grundrechtsfähigkeit natürlicher Personen.

Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet, wenn die Regelung – bzw. das durch sie berührte Verhalten – in den Schutzbereich des Grundrechts fällt.

### **Zum Ausgangsfall:**

#### A. Art. 11 GG

Das Gesetz, durch das die Ausübung des Reithobbys auf bestimmte Waldwege beschränkt wird, könnte gegen das Grundrecht der Freizügigkeit des Art. 11 GG verstoßen. Der Schutzbereich von Art. 11 GG umfasst das Recht, an jedem Orte innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen, auch zu diesem Zwecke in das Bundesgebiet einzureisen. Freizügigkeit hat somit mit der räumlichen Veränderung des alltäglichen Lebenskreises einer Person zu tun. Wird der Lebenskreis selbst verlassen oder verlagert, ist der Schutzbereich der Freizügigkeit eröffnet (z.B. Wohnungswechsel), während Fortbewegungsvorgänge, die sich innerhalb des Lebenskreises abspielen, von Art. 11 GG nicht geschützt werden (z.B. Gang zum Bäcker). Die Benutzung eines bestimmten Beförderungsmittels und die Bereitstellung dafür geeigneter Wege werden vom Schutzbereich dieses Grundrechts daher nicht umfasst. Mangels Schutzbereichseröffnung kann die Freizügigkeit nicht verletzt sein. Die weitere Prüfung von Art. 11 GG erübrigt sich damit.

## B. Art. 2 Abs. 1 GG

Das Reiten im Walde könnte aber vom Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst sein. Die Reichweite des Schutzes aus Art. 2 Abs. 1 GG ist umstritten:

a) Nach der früher vertretenen Persönlichkeitskerntheorie wurde die allgemeine Handlungsfreiheit als bestimmter, begrenzter Lebensbereich verstanden und auf den „Kernbezirk des Persönlichen“ oder eine „engere persönliche Lebenssphäre“ bezogen. Das Reiten im Wald gehört nicht zu diesem eng begrenzten Bereich der Persönlichkeitsentfaltung. Nach dieser Auffassung wäre der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG somit nicht eröffnet.

b) Nach einer neueren vermittelnden Auffassung schützt Art. 2 Abs. 1 GG (nur) die Freiheitsbetätigungen, die nicht den Schutz spezieller Grundrechte gefunden haben, für die Persönlichkeitsentfaltung aber gleichwohl von erheblicher Bedeutung sind. Eine solche Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung besitzt das Reiten im Walde nicht. Auch nach dieser Ansicht wäre somit die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG zu verneinen.

c) Das BVerfG legt den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG weit aus. Die Vorschrift schützt danach die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne. Geschützt ist damit nicht nur ein begrenzter Bereich der Persönlichkeitsentfaltung, sondern jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt. Hiernach wäre der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG eröffnet.

d) Stellungnahme: Eine Einengung des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 GG ist nicht gerechtfertigt. Ihr stünde nicht nur die Entstehungsgeschichte der Grundrechtsnorm entgegen. Der umfassende Schutz menschlicher Handlungsfreiheit erfüllt neben den benannten Freiheitsrechten auch eine wertvolle Funktion in der Freiheitssicherung, denn trotz der weiten Beschränkungsmöglichkeiten gewährleistet das Grundrecht einen Schutz von substantiellem Gewicht. Jeder Versuch einer wertenden Einschränkung des Schutzbereichs würde danach zu einem Verlust des Freiheitsraums für den Bürger führen, der nicht schon deshalb geboten sein kann, weil andere Grundrechte einen engeren und qualitativ abgehobenen Schutzbereich haben, und für den auch sonst keine zwingenden Gründe ersichtlich sind. Eine Einschränkung etwa auf die Gewährleistung einer engeren, persönlichen Lebenssphäre oder nach ähnlichen Kriterien würde überdies schwierige, in der Praxis kaum befriedigend lösbare Abgrenzungsprobleme mit sich bringen.

e) Zwischenergebnis: Das Reiten im Wald fällt als Betätigungsform menschlichen Handelns somit in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG.

## 2. Eingriff

Stellt sich die Maßnahme als Eingriff dar? Ein Eingriff liegt vor, wenn das Grundrecht aufgrund einer hoheitlichen Maßnahme nicht mehr im Rahmen seines Schutzzumfanges ausgeübt werden kann.

**Zum Ausgangsfall** Die Regelung müsste einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darstellen. Dies ist der Fall, wenn das Grundrecht infolge einer hoheitlichen Maßnahme nicht mehr im Rahmen seines Schutzzumfanges ausgeübt werden kann. Hier liegt eine hoheitliche Maßnahme in Form eines Gesetzes vor. Das in dem Gesetz enthaltene grundsätzliche Verbot des Reitens im Wald beschränkt die Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit und stellt damit einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG dar. (Damit ist noch nicht gesagt, dass Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist.)

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Auch der Grundrechtsschutz hat Grenzen; die grundrechtlichen Positionen sind nicht schlechthin geschützt. Vielmehr ist dem Staat erlaubt, innerhalb der jeweiligen Schranken in den Schutzbereich des Grundrechts einzugreifen. Hier stellt sich also die Frage, ob der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dies ist der Fall, wenn das eingreifende Gesetz formell und materiell verfassungsmäßig ist.

### a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Die formelle Verfassungsmäßigkeit richtet sich nach den folgenden Fragen:

- Hatte der Gesetzgeber die Kompetenz zum Erlass des Gesetzes?
- Ist das vorgesehene Gesetzgebungsverfahren eingehalten worden?

### b) Materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Ein Gesetz ist nur dann materiell rechtmäßig, wenn es die Schrankenregelung des jeweiligen Grundrechts und die so genannten Schranken-Schranken beachtet.

#### aa) Schrankenregelung des Grundrechts beachtet?

Zu unterscheiden sind verschiedene Arten von Schrankenregelungen:

- bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt: einfacher Gesetzesvorbehalt („durch Gesetz“, Bsp.: Art. 8 Abs. 2 GG ) oder qualifizierter Gesetzesvorbehalt (wenn das Grundgesetz verlangt, dass das Gesetz an bestimmte Situationen anknüpft, bestimmten Zwecken dient oder bestimmte Mittel benutzt, Bsp.: Art. 11 Abs. 2, Art. 5 Abs. 2 GG) beachtet?
- bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten (Bsp.: Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG; nicht anwendbar sind die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG und des Art. 5 Abs. 2 GG): Ergibt sich die Einschränkung aus anderen Verfassungsnormen (sog. verfassungsimmanente Schranken)? In Betracht kommen: (1) kollidierende Grundrechte Dritter; (2) andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte.

**Zum Ausgangsfall** Das Gesetz, das das Reiten im Wald und somit die allgemeine Handlungsfreiheit beschränkt, muss der Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 1 GG entsprechen. Die allgemeine Handlungsfreiheit unterliegt nach Art. 2 Abs. 1 GG den Schranken, die sich aus den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz ergeben. Die Bestimmung über die Beschränkung auf bestimmte Reitwege könnte zur verfassungsmäßigen Ordnung i. S. d. Art. 2 Abs. 1 GG gehören. Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung ist weit zu interpretieren. Danach kann die allgemeine Handlungsfreiheit nicht nur durch die Verfassung und elementare Verfassungsgrundsätze, sondern auch durch jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm eingeschränkt werden. Die Schrankenregelung des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit wird durch das vorliegende Gesetz beachtet.

bb) Schranken-Schranken beachtet?

Ein Grundrecht kann nicht beliebig eingeschränkt werden. Auch die Befugnis zur Grundrechtsbeschränkung muss ihrerseits gewissen Schranken unterliegen. Dies leisten die so genannten Schranken-Schranken.

(1) Art. 19 Abs. 1, Abs. 2 GG

Verbot des Einzelfallgesetzes, Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG; Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 Abs. 2 GG.

Die ausdrücklichen Schranken des Art. 19 Abs. 1 und 2 GG sind nur zu prüfen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Verletzung vorliegen!

(2) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Auf der Verhältnismäßigkeitsprüfung liegt hingegen in der Regel ein Schwerpunkt der Klausur. Hier ist der Bearbeiter zum eigenständigen Argumentieren und Abwägen

aufgefordert. Auch wenn die Verhältnismäßigkeitsprüfung erst am Ende der Klausur erfolgt, sollten Sie daher darauf achten, dass Ihnen noch genug Zeit zur Verfügung steht.

Voraussetzung ist, dass das Mittel zur Verfolgung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist:

- legitimer Zweck: wenn er nicht verfassungsrechtlich verboten ist;
- geeignetes Mittel: wenn durch das Mittel die Zielerreichung zumindest gefördert werden kann;
- erforderliches Mittel: wenn kein gleich wirksames, aber weniger beeinträchtigendes (= milderer) Mittel ersichtlich ist;
- angemessenes Mittel: wenn die Freiheitsbeeinträchtigung nach Art und Intensität nicht außer Verhältnis zu dem Rechtsgut steht, dessen Schutz Zweck des Grundrechtseingriffs ist (Güterabwägung).

### (3) Verstoß gegen andere materielle Verfassungsnormen

Schließlich darf kein Verstoß gegen andere Verfassungsnormen vorliegen.

#### **Zum Ausgangsfall:**

##### 1. Formelle Verfassungsmäßigkeit des eingreifenden Gesetzes

Die formelle Verfassungsmäßigkeit setzt voraus, dass das Gesetz in Übereinstimmung mit den grundgesetzlichen Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften erlassen worden ist. Dies ist laut Sachverhalt der Fall.

##### 2. Materielle Verfassungsmäßigkeit des eingreifenden Gesetzes

Das eingreifende Gesetz müsste materiell verfassungsgemäß sein. Dies ist nur der Fall, wenn es verhältnismäßig ist. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass das grundrechtseinschränkende Gesetz geeignet und erforderlich ist, um den vom Gesetzgeber erstrebten legitimen Zweck zumindest zu fördern. Ferner muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs einerseits und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe andererseits die Grenze der Zumutbarkeit für den Eingriffsadressaten noch gewahrt sein.

###### a) Legitimes Regelungsziel

Das Gesetz ist darauf angelegt, dass den Reitern einerseits und den sonstigen Erholungssuchenden (vor allem Fuß- und Radwanderern) andererseits jeweils getrennte Wege zugewiesen werden. Der Gesetzgeber wollte damit in erster Linie die Gefahren und sonstigen Beeinträchtigungen vermeiden, welche sich für erholungssuchende

Wanderer aus einer Begegnung mit Pferden und aus der mit dem Reiten verbundenen Zerstörung der Waldwege ergeben. Dieser Zweck ist als Gemeinwohlbelang legitim. Weiterhin versucht der Gesetzgeber so, verschiedene Betätigungsformen der allgemeinen Handlungsfreiheit in ein geordnetes Nebeneinander zu bringen.

b) Geeignetheit des Eingriffs zur Erreichung dieses Schutzzwecks

Die Regelung müsste geeignet sein, den verfolgten Schutzzweck, nämlich die Vermeidung von Gefahrensituationen für Fußgänger bei Begegnung mit Pferden und den Schutz der Waldwege zu erreichen. Dadurch, dass die Reiter auf besondere Wege verwiesen werden, werden die gemeinsame Nutzung von Waldwegen durch Wanderer und Reiter und damit die sich hieraus für die Wanderer ergebenden Gefahren und Unzuträglichkeiten von vornherein vermieden. Auch wird hierdurch die Auflockerung des Waldbodens und damit seine Beschädigung eingeschränkt.

c) Erforderlichkeit

Die Trennung von Reitern und sonstigen Erholungssuchenden im Wald müsste weiterhin dem Gebot der Erforderlichkeit genügen. Dies ist der Fall, wenn der erstrebte Zweck nicht in einfacherer, gleich wirksamer, aber die Grundrechte weniger einschränkender Weise erreicht werden könnte. Ein milderer Mittel, mit welchem die beiden verfolgten Teilziele, nämlich einerseits Schutz der Wanderer vor der Tiergefahr und andererseits Erhaltung eines für das Wandern geeigneten Wegezustandes in einer vergleichbar wirksamen Weise erreicht werden könnten, ist nicht ersichtlich.

d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Weiterhin müsste nach Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit einerseits und dem Gewicht der den Eingriff rechtfertigenden Gründe andererseits die Grenze der Zumutbarkeit für den Eingriffsadressaten noch gewahrt sein. Von besonderer Bedeutung ist hier, dass sich die beiden Gruppen, deren konkurrierende Nutzungsinteressen das Gesetz zum Ausgleich bringen will, nämlich Reiter und sonstige Erholungssuchende, gleichermaßen auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können. Bei der Trennung des Erholungsverkehrs musste der Gesetzgeber die konkurrierenden Nutzungsansprüche an das vorhandene Wegenetz in einer den Interessen aller Beteiligten gerecht werdenden Weise ordnen. Dass er dabei diese Trennung durch Ausgrenzung der Reitwege aus der Gesamtzahl der zur Verfügung stehenden privaten Waldwege und nicht etwa umgekehrt durch eine Ausgrenzung besonderer Wanderwege vorgenommen hat, ist nicht zu beanstanden. Angesichts der gegenüber den Wanderern geringeren Zahl der Reiter und der von diesen beanspruchten intensiveren Bodennutzung kann hierin eine Verfehlung des dem Gesetzgeber aufgetragenen gerechten Interessenausgleichs nicht gesehen werden.

IV. Zwischenergebnis

Die hier vorliegende Beschränkung des Reitens im Walde ist mithin nicht übermäßig belastend und nicht unzumutbar. Die Regelung ist somit verhältnismäßig. Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit ist damit gerechtfertigt. Ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG liegt nicht vor.

#### 4. Ergebnis

Am Ende der Klausur ist jeweils ein Ergebnis zur Fallfrage zu formulieren.

**Zum Ausgangsfall** Das Gesetz verstößt nicht gegen Grundrechte.

### IV. Besonderheiten des Verwaltungsrechts

Die für das Verfassungsrecht dargestellten Grundsätze sind im Wesentlichen auf das Verwaltungsrecht übertragbar. Deshalb soll hier nur kurz auf die Besonderheiten eingegangen werden.

#### 1. Materielles Recht

**Ausgangsfall** G betreibt einen kleinen Gebrauchtwagenhandel in der Stadt S im Bundesland L. Da die Geschäfte seit einiger Zeit nicht mehr so gut laufen, hat er sich entschlossen, seinem Glück ein wenig nachzuhelfen. Er kauft Unfallfahrzeuge auf, richtet sie technisch notdürftig wieder her, bringt sie optisch auf Hochglanz und verkauft sie dann zu hohen Preisen, ohne seine Kunden über die Vorbelastung des Fahrzeuges zu informieren. Nachdem es mit diesen nicht verkehrssicheren Fahrzeugen mehrfach zu Unfällen mit Personenschäden gekommen ist, wird gegen G strafrechtlich ermittelt. Schon vor Abschluss der Ermittlungen untersagt die örtlich und sachlich zuständige Behörde der Stadt S dem G nach einem kurzen Erörterungsgespräch auf dem Betriebsgelände schriftlich jegliche Fortführung seines Gewerbes. Er habe sich wegen seiner kriminellen Handlungen als unzuverlässig erwiesen, und die Untersagung sei zum Schutze der Allgemeinheit, insbesondere potentieller Käufer seiner Fahrzeuge erforderlich.

G ist der Auffassung, die Untersagung sei rechtswidrig. Insbesondere sei sie unverhältnismäßig, da sie seinen Betrieb vernichte und ihm die Möglichkeit nehme, in seinem gewählten Beruf seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Außerdem habe die Gemeinde zunächst den Ausgang der strafrechtlichen Ermittlungen abwarten müssen.

**Frage 1:** Hat er Recht?

**Frage 2:** Wie kann er sich gegen die Untersagungsverfügung wehren, nachdem er bereits erfolglos Widerspruch eingelegt hat?

Zu prüfen ist in der Regel die Rechtmäßigkeit einer verwaltungsrechtlichen Maßnahme. Über die Art der Maßnahme muss sich der Bearbeiter im Rahmen der Vorüberlegungen klar werden und diese genau benennen.

In den häufigsten Fällen ist die **Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes** zu prüfen. Die Prüfung erfolgt dabei in den folgenden Schritten:

#### a) Gesetzliche Grundlage

In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, ob eine gesetzliche Grundlage überhaupt erforderlich ist; falls ja sollte die in Betracht kommende gesetzliche Grundlage benannt werden.

Auch wenn es nicht dem üblichen zweistufigen Aufbau der Rechtmäßigkeitsprüfung entspricht (1. formelle Rechtmäßigkeit, 2. materielle Rechtmäßigkeit), empfehlen wir, vorab zu prüfen, welche gesetzliche Grundlage einschlägig ist, da dies unabdingbar schon für die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit sein kann.

#### **Zum Ausgangsfall**

##### A. Gesetzliche Grundlage

Wegen des Eingriffs in die Grundrechte des G aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG ist hier eine gesetzliche Grundlage erforderlich. In Betracht kommt § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO, wonach die Ausübung eines Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit untersagt werden kann.

**Hinweis** Die allgemeine Untersagungsermächtigung des § 35 GewO bezieht sich auf alle stehenden Gewerbe (§§ 14 ff. GewO) ohne Rücksicht auf ihre Erlaubnispflichtigkeit.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

Ein Verwaltungsakt muss, um rechtmäßig zu sein, von der zuständigen Behörde im vorgesehenen Verfahren und in der vorgesehenen Form erlassen werden.

##### aa) Zuständigkeit der Behörde

Die erlassende Behörde muss a) sachlich und b) örtlich (nach Spezialgesetz oder § 3 VwVfG) zuständig sein.

Bei entsprechenden Hinweisen im Sachverhalt kann zusätzlich die instanzielle Zuständigkeit (richtige Behörde innerhalb des Behördenzweiges) zu prüfen sein.

**Hinweis** Die Vorschriften des VwVfG gelten für die Behörden der Länder, Gemeinden und Landkreise nicht unmittelbar, sondern erst aufgrund von Verweisen in den Landes-Verwaltungsverfahrensgesetzen. Dies trifft auch auf die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder zu (vgl. § 1 Abs. 1 VwVfG). Zuweilen werden die Regelungen des VwVfG durch Regelungen in den Landes-Verwaltungsverfahrensgesetzen oder in Spezialgesetzen verdrängt. Die maßgeblichen Landesregelungen sind i.d.R. in der Aufgabenstellung als Landesvorschriften des fiktiven Bundeslandes L abgedruckt. Will der Bearbeiter ergänzend weitere Landesvorschriften heranziehen, so kann er auf das Landesrecht des jeweiligen Bundeslandes zurückgreifen, über dessen Gesetzestexte er verfügt.

#### bb) Verfahren

Zunächst einmal sind die allgemeinen Verfahrensanforderungen nach § 9 ff. VwVfG zu beachten. Häufig ist insoweit zu prüfen, ob eine Anhörung gem. § 28 VwVfG stattgefunden hat. Darüber hinaus können besondere Verfahrensanforderungen nach spezialgesetzlichen Vorschriften eingreifen (insbesondere öffentliche Bekanntmachungen, Mitwirkung anderer Behörden).

#### cc) Form

Bezüglich der Form i.e.S. besteht grundsätzlich Formfreiheit, § 37 Abs. 2 Satz 1 VwVfG. Nur in Ausnahmefällen ist die Schriftform gesetzlich angeordnet (vgl. z.B. § 69 Abs. 2 VwVfG, § 66 AuslG, § 10 Abs. 4 BImSchG). Grundsätzlich ist der Verwaltungsakt zu begründen, § 39 VwVfG (d.h., dass die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Entscheidungsgründe sowie die ermessensleitenden Gesichtspunkte bei Ermessensentscheidungen mitzuteilen sind, § 39 Abs. 1 Satz 2 und 3 VwVfG). Zudem ist der Verwaltungsakt mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen, §§ 58, 59 VwGO.

**Beachte** Das Fehlen oder die Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung führt nur zur Ablaufhemmung der Rechtsbehelfsfrist, § 58 Abs. 1 VwGO, nicht zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. Keine Rechtmäßigkeits-, sondern Wirksamkeitsvoraussetzung ist die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes nach § 43 VwVfG.

### **Zum Ausgangsfall**

#### **B. Formelle Rechtmäßigkeit**

I. Zuständigkeit: Laut Sachverhalt ist die handelnde Behörde der Stadt S örtlich und sachlich zuständig.

II. Verfahren: Es sind keine Verfahrensfehler ersichtlich. Insbesondere hat die gem. § 28 VwVfG erforderliche Anhörung im Wege des Erörterungsgesprächs stattgefunden.

III. Form: Schließlich ist die Untersagung hier sogar schriftlich ergangen und i.S.d. § 39 VwVfG begründet worden, so dass auch die Formvorschriften beachtet wurden.

## **2. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes**

Die materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes setzt voraus, dass er auf eine wirksame gesetzliche Grundlage gestützt ist, sich an den richtigen Adressaten richtet, den allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen entspricht und ermessensfehlerfrei ist.

a) Wirksamkeit der gesetzlichen Grundlage (Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht)

aa) Zunächst einmal muss die gesetzliche Grundlage mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Als solches ist bei einer landesrechtlichen gesetzlichen Grundlage zu beachten:

- das Recht der Europäischen Gemeinschaft (sonst Unanwendbarkeit der gesetzlichen Grundlage nach dem Grundsatz des Vorranges des Gemeinschaftsrechts);
- das Grundgesetz, insbes. die Grundrechte (→ Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Grundlage)
- Bundesrecht
- ggf. die Landesverfassung
- ggf. im Falle einer Rechtsverordnung oder Satzung: die einschlägigen Gesetze

bb) Zudem müssen die Tatbestandsvoraussetzungen dieser gesetzlichen Grundlage erfüllt sein.

## b) Auswahl des richtigen Adressaten

Weiterhin muss – sofern eine Auswahlmöglichkeit besteht – der richtige Adressat gewählt werden (relevant ist dies vor allem im Allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht und im Umweltrecht).

## c) Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Der Verwaltungsakt muss den allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen entsprechen:

### aa) Bestimmtheit, § 37 Abs. 1 VwVfG

Der Verwaltungsakt muss hinreichend bestimmt sein, insbesondere muss er eine vollstreckungstaugliche Bestimmung der ver-/gebotenen Handlung bzw. des herbeizuführenden Erfolges enthalten und darf nicht in sich widersprüchlich sein.

### bb) Möglichkeit der Ausführung

Es darf keine tatsächliche Unmöglichkeit (sonst ist der Verwaltungsakt immer nichtig, § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) oder rechtliche Unmöglichkeit (sonst u.U. nichtig, § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG) bestehen.

### cc) Verhältnismäßigkeit

Der Verwaltungsakt muss zudem den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügen, d.h. er muss a) einen legitimen Zweck verfolgen sowie b) geeignet, c) erforderlich und d) angemessen (verhältnismäßig i.e.S.) sein (siehe dazu oben III.3.b) bb) (2)).

### dd) Kein Verstoß gegen (sonstige) Rechtsvorschriften

Als sonstige relevante Rechtsvorschriften, gegen die nicht verstoßen werden darf, kommen insbesondere Vorschriften aus dem Umfeld der gesetzlichen Grundlage in Betracht.

### ee) Bei Ermessensentscheidungen: keine Ermessensfehler

Knüpft das Gesetz an einen Tatbestand nicht *eine* Rechtsfolge, sondern ermächtigt es die Verwaltung, die Rechtsfolge selbst zu bestimmen, kann es bei der Auswahl zu Ermessensfehlern kommen. Das Ermessen kann sich darauf beziehen, *ob* die Verwaltung überhaupt tätig werden soll, oder darauf, *welche* der möglichen und zulässigen Maßnahmen im konkreten Fall getroffen werden soll.

Dementsprechend kommen folgende Kategorien von Ermessensfehlern in Betracht:

- Ermessensnichtgebrauch: wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen keinen Gebrauch macht
- Ermessensüberschreitung: wenn die Behörde eine nicht mehr im Rahmen der Ermessensvorschrift liegende Rechtsfolge wählt
- Ermessensfehlgebrauch (Ermessensmissbrauch): wenn sich die Behörde nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensvorschrift leiten lässt
- Verstoß gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungsgrundsätze.

### **Zum Ausgangsfall:**

#### C. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

##### I. Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO:

Voraussetzung für eine Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO sind konkrete, beweisbare Tatsachen, aus denen sich die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ergibt sowie die Erforderlichkeit der Untersagung.

1. Unzuverlässigkeit: G müsste in Bezug auf sein Gewerbe unzuverlässig sein. Unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er das von ihm ausgeübte Gewerbe ordnungsgemäß betreibt. Indem G die Kunden über sicherheitsrelevante Mängel der verkauften Fahrzeuge systematisch täuscht, geht er einer nicht ordnungsgemäßen Geschäftspraxis als Gebrauchtwagenhändler nach. Die Strafbarkeit dieser Geschäftspraxis (z.B. nach § 263 StGB) ist ein besonderes Indiz, nicht aber die Voraussetzungen der Annahme der Unzuverlässigkeit, so dass ein Abwarten der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft schon deshalb nicht erforderlich war. Vielmehr lässt sich die Annahme der Unzuverlässigkeit auf Tatsachen stützen, nachdem die mangelnde Verkehrssicherheit der verkauften Fahrzeuge bei mehreren Unfällen bekannt geworden ist. Dies ist ausreichend. Ein Abwarten der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft oder gar des Strafverfahrens ist zur Feststellung dieser Tatsachen daher nicht erforderlich.

2. Erforderlichkeit der Untersagung: Zudem muss die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich sein (Gebot des mildesten Mittels). Hier war die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit, insbesondere der potentiellen Kunden des G mangels milderer, gleich geeigneten Mittels auch erforderlich.

##### II. Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen:

Weiterhin müssen die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Problematisch ist hier allenfalls die von G geltend gemachte Rechtmäßigkeitsvorausset-

zung der Verhältnismäßigkeit des in der Gewerbeuntersagung liegenden Eingriffs in seine Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG. Die Gewerbeuntersagung verfolgt den legitimen Zweck des Schutzes der potentiellen Kunden des G vor Unfällen. Dadurch, dass G keine Unfallwagen mehr verkaufen kann, wird dieser Zweck gefördert, das Mittel ist also geeignet. Es ist auch erforderlich (siehe dazu bereits oben, I.2.). Hinsichtlich der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) bestehen keine Bedenken, da G seinen Beruf als Gebrauchtwagenhändler schließlich im Angestelltenverhältnis (unter der Überwachung eines Vorgesetzten) weiterhin ausüben darf (daher liegt keine unangemessene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit vor) und seinen Gewerbebetrieb ggf. nach einem Antrag nach § 35 Abs. 2 GewO durch einen zuverlässigen Stellvertreter fortführen lassen kann (daher keine unangemessene Beeinträchtigung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb).

Verstöße gegen sonstige Rechtsvorschriften (etwa in § 35 Abs. 2 - 9 GewO) sind nicht ersichtlich.

III. Ergebnis: Damit ist die Gewerbeuntersagung materiell rechtmäßig.

### 3. Prozessrecht

Im Verwaltungsrecht spielt das Prozessrecht eine wesentlich größere Rolle als im Verfassungsrecht. Zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes steht insbesondere die Anfechtungsklage zur Verfügung, die daher im Folgenden anhand des Ausgangsfalles kurz vorgestellt werden soll. Besonders häufig ist zudem die Verpflichtungsklage, mit der der Erlass eines begehrten Verwaltungsaktes durchgesetzt werden soll.

Weitere wichtige Verfahrensarten sind die Folgenden:

- Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (Erledigung des Verwaltungsaktes nach Klageerhebung, bzw. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog (Erledigung vor Klageerhebung): wenn gegen einen Verwaltungsakt vorgegangen wird, der sich bereits erledigt hat
- Allgemeine Leistungsklage (nicht explizit geregelt, vorausgesetzt in § 43 Abs. 2, § 111, § 113 Abs. 4 VwGO): gerichtet auf eine Leistung, die nicht im Erlass eines Verwaltungsaktes liegt, sondern in einem schlichthoheitlichen Verhalten (Tun oder Unterlassen)
- Allgemeine Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO: Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes
- Normenkontrollverfahren, § 47 VwGO: Überprüfung der Gültigkeit von Satzungen, die nach den Vorschriften des BauGB erlassen bzw. von anderen, im Rang unter

dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt

- einstweiliger Rechtsschutz: Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO, Verfahren nach § 80a VwGO, Verfahren nach § 123 VwGO
- Widerspruchsverfahren: Vorverfahren gemäß §§ 68 ff. VwGO vor Erhebung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage

Die Anfechtungsklage zielt auf die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes.

**Beachte** Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes allein begründet noch nicht die Anfechtungsklage. Hinzukommen muss die Verletzung von subjektiven Rechten des Klägers (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO)!

### **Zum Ausgangsfall**

#### A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Da keine aufdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist, ist auf die Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO abzustellen, wonach der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet ist, die nicht durch Gesetz einer anderen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist dann gegeben, wenn die streitentscheidende Norm eine solche des öffentlichen Rechts ist (sog. modifizierte Subjektstheorie). Eine Norm des öffentlichen Rechts ist dabei eine solche, die einen Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet.

Streitentscheidende Norm ist hier die Rechtsgrundlage für den Erlass der Gewerbeuntersagung. Diese ergibt sich aus § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO. Diese Norm ermächtigt ausschließlich die zuständige Behörde, die Ausübung eines Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit zu untersagen. Die streitentscheidende Norm ist folglich öffentlich-rechtlicher Natur, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist. Diese Streitigkeit ist mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Da auch keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

#### II. Statthafte Klageart

Die Statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO. G möchte, dass die Untersagungsverfügung beseitigt wird. In Betracht kommt somit die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1, 1. Var. VwGO. Dann müsste es sich bei der Untersagungsverfügung um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Abs. 1 VwVfG handeln. Die Untersagungsverfügung wurde von der Behörde der Stadt S erlassen, um

den G von der Fortführung seiner Geschäfte abzuhalten. Sie ist damit als hoheitliches Handeln zur Regelung eines Einzelfalles mit Außenwirkung erlassen worden. Die Untersagungsverfügung ist mithin ein Verwaltungsakt und statthafte Klageart damit die Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1, 1. Var. VwGO.

### III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

G müsste ferner gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein, also geltend machen können, durch den Verwaltungsakt möglicherweise in seinen Rechten verletzt zu sein. Als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist G jedenfalls möglicherweise in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG verletzt und folglich klagebefugt (sog. Adressatentheorie).

### IV. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Vor Erhebung der Anfechtungsklage ist gem. §§ 68 ff. VwGO ein Vorverfahren durchzuführen. G hat gegen den Bescheid erfolglos Widerspruch eingelegt und damit das Vorverfahren i.S.d. §§ 68 ff. VwGO ordnungsgemäß durchgeführt.

### V. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs.1 Nr. 1 VwGO die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Dies ist hier S.

### VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

G ist gem. §§ 61 Nr. 1, 63 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 2 VwGO prozessfähig.

S ist gem. §§ 61 Nr. 3, 63 Nr. 2 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig. Sie wird durch ihren Bürgermeister bzw. ihre Bürgermeisterin vertreten.

### VII. Form und Frist

G muss die Klage form- und fristgerecht erheben. Die Klagefrist der Anfechtungsklage beträgt gem. § 74 Abs. 1 VwGO einen Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheids. Die Schriftform richtet sich nach § 81 Abs. 1 VwGO.

### VIII. Zwischenergebnis

Die Klage des G ist unter der Voraussetzung der Wahrung der Frist- und Formvorschriften zulässig.

## V. Bearbeitungshinweise

Aufgrund unserer Erfahrungen mit der Korrektur von Klausuren möchten wir Ihnen zusammenfassend folgende 10 Hinweise an Herz legen.

1. Gliedern Sie Ihre Bearbeitung! Ihre Ausführungen werden für den Leser, aber auch für Sie selbst übersichtlicher, wenn Sie mit Gliederungszeichen und Überschriften arbeiten.

2. Setzen Sie Schwerpunkte! Konzentrieren Sie sich auf die wesentlichen Fragen des Falles, behandeln Sie Unproblematisches dagegen kurz. Insbesondere Ausführungen zu Rechtsfragen, zu denen der Sachverhalt nichts mitteilt, sind entbehrlich; sie kosten nur Zeit, die Ihnen am Ende fehlt.
3. Teilen Sie sich die Zeit vor Beginn der Bearbeitung ein! Überlegen Sie sich insbesondere, wie viel Zeit Sie in etwa jeweils zum Erstellen eines Konzeptes und zur Ausarbeitung benötigen.
4. Aufbauschemata dienen der Systematisierung der Bearbeitung und der Kontrolle, dass nichts Wichtiges vergessen wurde. Sie müssen aber nicht sklavisch befolgt und – unabhängig vom konkreten Fall – Punkt für Punkt abgearbeitet werden.
5. Sagen Sie Prüfungsschritte niemals an („zu prüfen ist nun, ob...“), sondern nehmen Sie die Prüfung einfach vor.
6. Vermeiden Sie lehrbuchartige Ausführungen ohne Bezug zum konkreten Fall!
7. Schreiben Sie nicht das Gesetz ab, sondern definieren Sie die Gesetzesbegriffe! Vergessen Sie nicht, im Anschluss daran den konkreten Sachverhalt unter diese Definitionen zu subsumieren! In der Regel erfolgt dies im Gutachtenstil; nur in unproblematischen (weil offensichtlichen) Fällen darf ausnahmsweise auf den Urteilstil zurückgegriffen werden.
8. Werten Sie in Ihrer Argumentation die Hinweise im Sachverhalt aus! Insbesondere abgedruckte Gesetzestexte sollen in die Bearbeitung einbezogen werden.
9. Bemühen Sie sich um begriffliche Präzision! So ist ein „Grundrechtseingriff“ nicht dasselbe wie eine „Grundrechtsverletzung“. Eine Grundrechtsverletzung liegt nur dann vor, wenn ein Grundrechtseingriff nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.
10. Lassen Sie keine Fragen offen, auf die es für das Ergebnis ankommt! Beziehen Sie in der Begründetheitsprüfung einer Klage selbst Stellung! Es reicht also nicht, die Argumente pro und contra aufzuführen. Ist nach Ihrer Lösung eine der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klage nicht gegeben, so prüfen Sie im Hilfgutachten weiter.