

**LMU**

LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

FACHSCHAFT JURA - KLAUSURENSAMMLUNG



# Klausuren

# Öffentliches Recht

## Grundkurs

# §

Ausgabe 2012



**1. Probeklausur**

1	Prof. Dr. Moris Lehner	WiSe 2009/2010	12 Punkte	3
2	Prof. Dr. Jens Kersten	WiSe 2008/2009	14 Punkte	9
3	Prof. Dr. Peter M. Huber	WiSe 2003/2004	16 Punkte	15

**2. Probeklausur**

4	Prof. Dr. Moris Lehner	WiSe 2009/2010	13 Punkte	21
5	Prof. Dr. Jens Kersten	WiSe 2009/2010	14 Punkte	29
6	PD Dr. Christian von Coelln	WiSe 2006/2007	13 Punkte	35
7	PD Dr. Heike Krieger	WiSe 2005/2006	15 Punkte	43

**1. Grundkursklausur**

8	Prof. Dr. Jens Kersten	SoSe 2010	12 Punkte	53
9	Prof. Dr. Moris Lehner	SoSe 2008	11 Punkte	59
10	PD Dr. Christian von Coelln	SoSe 2007	15 Punkte	69
11	PD Dr. Heike Krieger	SoSe 2006	14 Punkte	81

**2. Grundkursklausur - Zwischenprüfungsklausur –**

12	PD Dr. Matthias Knauf	SoSe 2011	13 Punkte	91
13	PD Dr. Matthias Knauf	SoSe 2011	15 Punkte	99
14	Prof. Dr. Gregor Kirchhof	SoSe 2011	13 Punkte	107
15	Prof. Dr. Mario Martini	SoSe 2009	14 Punkte	117

## Vorwort

Bei den Klausuren handelt es sich um Aufgaben, die den Studenten in den letzten Jahren in den Grundkursen gestellt wurden.

Diese stellen keine von den Lehrstühlen autorisierten Musterlösungen dar, sondern zeigen echte studentische Lösungen, welche überdurchschnittlich bewertet wurden. Sie wurden soweit möglich, wort- und gestaltungsgetreu übernommen. Es kann jedoch durch den Verarbeitungsprozess zu Verschiebungen bei der Schrift, den Abständen und anderen Formalitäten gekommen sein.

Wir erheben daher keinen Anspruch auf eine fehlerfreie Arbeit. Bitte beachtet auch, dass die Benotung durchaus unterschiedlich ausfallen kann.

Die ausgewählten Prüfungen sollen euch dazu dienen, die vielfältigen Möglichkeiten zu sehen einen Fall gut zu lösen.

Die Fachschaft Jura bedankt sich herzlich bei den Lehrstühlen, für die Erlaubnis die folgenden Klausuren im Rahmen der Klausurensammlung veröffentlichen zu dürfen.

Zusätzlich bedanken wir uns bei den Autoren, dass sie uns ihre Arbeiten zur Verfügung gestellt haben.

**Eure Fachschaft Jura**

*PS: Auch ihr könnt einen Beitrag zur Erweiterung und Fortführung der Klausurensammlung leisten. Wenn ihr zu den Glücklichen gehört, die zweistellige Ergebnisse in den Klausuren erzielen, dann bringt diese doch bitte im Fachschaftsbüro vorbei. Das Kopieren dauert nur wenige Minuten und der Dank zukünftiger Erstsemester ist euch sicher!*

## Impressum

Herausgeber: Fachschaft Jura der Ludwigs-Maximilians-Universität München,  
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München (Büro: Ludwigstr. 29/EG R013)

Redaktion: Michael Templeton

V.i.S.d.P.: Noemi Kucharz

Druck: Kopierfabrik, Adalbertstr. 34, 80799 München

**Klausur 1**

**12 Punkte**

1. Probeklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

Prof. Dr. Moris Lehner

Wintersemester 2009/2010

Fachschaft Jura

LMU München

## Grundkurs Öffentliches Recht - Prof. Dr. Moris Lehner - Wintersemester 2009/10

### 1. Klausur am 15.01.2010

Angesichts der Klimakonferenz in Kopenhagen gibt insbesondere die Erderwärmung durch vermehrten  $CO_2$ -Ausstoß erneut Anlass zur Diskussion. Im September 2009 wird zudem der Klimabericht des UN-Klimarates veröffentlicht, in dem auf die weitere Erderwärmung hingewiesen wird. Unterstrichen wird hierbei die Mitverantwortung der Menschen an der Erderwärmung durch die Emissionen von Treibhausgasen, vor allem  $CO_2$ . In der Nutzung von Kernenergie sehen die Autoren eines von mehreren erforderlichen Mitteln, um den  $CO_2$ -Ausstoß zu verringern und damit die Erderwärmung in Grenzen zu halten. Nach Veröffentlichung des Berichts, kommt es im Bundestag zu einer kleinen Anfrage. Die Abgeordneten wollen in der 14. Plenarsitzung wissen, ob der Einsatz von Kernkraftwerken Auswirkungen auf die  $CO_2$ -Belastung hat. Der zuständige Minister für Umwelt und Strahlenschutz beantwortet die Fragen. Hieran schließt sich der Abgeordnete A nach einigem politischen Geplänkel mit einer Zusatzfrage an:

*"Herr Minister, wie können Sie begründen, dass die Atomenergie zwischen 70 und 80 Milliarden € Steuersubventionen erhalten hat?*

*Und ist Ihnen überhaupt bekannt, dass die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages aus dem Jahre 2002 gesagt hat, um eine Reduktion des  $CO_2$ - Ausstoßes um 50 % hinzubekommen, müssten allein in Deutschland 70 bis 120 neue Atomkraftwerke installiert werden? Das kann doch keine nachhaltige Lösung des Klimaproblems sein!"*

Es folgen verschiedene Zwischenbemerkungen und weitere Zusatzfragen, die ordnungsgemäß beantwortet werden. Die Fragen des A bleiben hingegen unbeantwortet. A ist empört und fühlt sich in seinen Rechten verletzt. Es könne doch nicht angehen, dass nur angenehme Fragen beantwortet werden. Sobald es aber politisch unangenehm werde, versuche sich die Regierung um eine Antwort zu drücken. A wendet sich daher mit form- und fristgerechtem Antrag an das Bundesverfassungsgericht. In der mündlichen Verhandlung trägt der Vertreter der Bundesregierung vor, dass er hinsichtlich der ersten Frage schon keinen Zusammenhang zu den Fragen der kleinen Anfrage sehe. Würden immer noch mehr Fragen an die eigentliche kleine Anfrage angehängt werden, die mit der eigentlichen Frage nichts zu tun haben, käme man vom Hundertsten ins Tausendste und der Bundestag könnte sich mit den wirklich wichtigen Dingen nicht mehr beschäftigen. Außerdem müsse man auch Rücksicht auf die anderen Abgeordneten nehmen, die die eigentliche Anfrage gestellt haben. Hinsichtlich der zweiten Frage, so die Bundesregierung, konnte nach Art der Fragestellung davon ausgegangen werden, dass es sich um eine rhetorische Frage gehandelt habe, die keiner Antwortbedürfte, da sie nicht der Informationsbeschaffung des Abgeordneten diene. Es handle sich vielmehr um eine politische Äußerung des A, wonach die Kernkraft nicht zur  $CO_2$ -Reduzierung beitragen könne. Schließlich widerspreche der Bau von 70 bis 100 neuen Kernkraftwerken jeder gesetzlichen und politischen Realität. Der Antrag des A sei daher in jedem Fall unbegründet.

#### **Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?**

**Bearbeitervermerk:** Prüfen Sie die Erfolgsaussichten des Antrags des A an das Bundesverfassungsgericht in einem umfassenden Gutachten. Es ist für die Bearbeitung davon auszugehen, dass der Bund für die Atomenergie und die Subventionierung der Atomenergie die Gesetzgebungskompetenz besitzt.

**Anlage: § 105 GOBT i.V.m. Anlage 4**  
**Richtlinien für die Fragestunde und für die schriftlichen Einzelfragen**

**I. Fragerecht**

1. ...

2. Zulässig sind Fragen aus den Bereichen, für die die Bundesregierung unmittelbar oder mittelbar verantwortlich ist.

...

3. ...

4. Der Präsident soll weitere Zusatzfragen durch andere Mitglieder des Bundestages zulassen, soweit dadurch die ordnungsgemäße Abwicklung der Fragestunde nicht gefährdet wird.

5. Zusatzfragen, die nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Hauptfrage stehen, weist der Präsident zurück.

Der Antrag hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

## **A. Zulässigkeit**

### **I. Zuständigkeit**

Fraglich ist, ob das BVerfG für das Organstreitverfahren zuständig ist.

Gemäß Art.93 I Nr.1 GG, §§ 13 Nr.5, 63 ff. BVerfGG steht die Kompetenz dem BVerfG zu.

### **II. Beteiligtenfähigkeit**

Weiter müsste auch der Antragssteller beteiligtenfähig sein. Laut Art.93 I Nr.1 GG sind dies Teile der obersten Bundesorgane, die durch das GG oder die Geschäftsordnungen dieser Organe mit eigenen Rechten ausgestattet sind. § 13 Nr.5 BVerfGG nimmt hierauf Bezug. A ist als Abgeordneter des obersten Bundesorgans Bundestag auch mit eigenen Rechten versehen (Art. 38 I 2 GG) und somit beteiligtenfähig.

Der Antragsgegner müsste auch beteiligtenfähig sein.

Die Bundesregierung ist auch beteiligtenfähig.

### **III. Streitgegenstand**

Fraglich ist, ob ein tauglicher Streitgegenstand vorliegt. Gemäß § 64 II BVerfGG ist jede Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners, die rechtserheblich ist, ein statthafter Antragsgegenstand. Der Minister hat die Beantwortung der Anfragen des A unterlassen. Dadurch könnte A in seinen Statusrechten als Abgeordneter (insbesondere in seinen Frage- und Informationsrecht)

Verletzt sein, infolge dessen auch die Rechtserheblichkeit indiziert ist. [**ungenau**]

### **IV. Antragsbefugnis**

A sollte auch antragsbefugt sein. Er müsste plausibel geltend machen, dass er in einem ihm durch das GG verliehenen Recht verletzt worden ist. Diese Möglichkeit sollte von vornherein und unter jeder rechtlichen Sichtweise nicht ausgeschlossen werden.

In Art. 38 II GG sind die Statusrechte der Abgeordneten verankert, die in GOBT weiter konkretisiert sind. Um ihr Mandat frei ausüben zu können, steht den Abgeordneten das Frage- und Informationsrecht zu. Durch die Verweigerung der inhaltlichen Beantwortung der Anfragen des A besteht die Möglichkeit, dass A in einem seiner Statusrechte verletzt worden ist. A ist somit antragsbefugt.

### **V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

Das Allg. RSB ist grundsätzlich durch das Vorliegen der Antragsbefugnis indiziert. Es ist kein leichter oder schneller Weg zur Durchsetzung seiner Rechte ersichtlich, folglich bedarf A der Hilfe des BVerfG.

### **VI. Form und Frist**

Laut Sachverhalt hat sich A mit form- und fristgerechtem Antrag an das BVerfG gewendet (schriftlicher und begründeter Antrag - § 23 I BVerfGG, mit Darstellung des verletzten Rechts - § 64 II BVerfGG, innerhalb einer 6-Monatsfrist § 64 III BVerfGG)

- VII. Zwischenergebnis  
Der Antrag des A ist zulässig.

**B. Begründetheit**

Ferner müsste der Antrag auch begründet sein. Dies wäre der Fall, wenn A einen verfassungsmäßigen Anspruch auf Beantwortung der Anfragen hat und wenn diesem Anspruch keine verfassungsrechtlichen Schranken entgegenstehen.

I. Anspruchsgrundlage

Fraglich ist, auf welche Vorschrift A seinen Anspruch auf Beantwortung seiner Fragen stützen kann.

**1. Art. 43 I GG**

Ein solcher Anspruch könnte sich aus Art. 43 I GG ergeben. Laut dieser Norm kann der Bundestag die Anwesenheit jedes Mitgliedes der Bundesregierung verlangen. Eine bloße Anwesenheit nütze aber keinem Zweck, es sei denn, dieses Mitglied der Bundesregierung beteiligt sich auch in der Diskussion im Plenum. Auf ein unbegrenztes Fragerecht der Abgeordneten gegenüber der Regierung lässt sich aber nach dem klaren Wortlaut nicht schließen. Art 43 I GG scheidet somit als Anspruchsgrundlage aus.

**2. § 105 GOBT**

In Betracht kommt auch § 105 GOBT. Dieser setzt voraus, dass jedes Mitglied des Bundestages kurze Einzelfragen an die Bundesregierung richten kann. Diese Vorschrift ist aber Teil der GO des Bundestages, dient folglich nur der innerlichen Organisation dieses Bundesorgans und kann keine Auswirkungen auf die anderen Bundesorgane (hier: die Bundesregierung) auslösen. § 105 GOBT ist dennoch keine taugliche Anspruchsgrundlage.

**3. Art. 38 I 2 GG**

Ein solcher Anspruch könnte aber in Art. 38 I 2 GG verankert sein. Darin sind zwar ausdrücklich keine Statusrechte der Abgeordneten benannt, die lassen sich aber durch Auslegung ab ableiten. Damit jeder Abgeordnete sein Mandat frei ausüben kann, bedarf er des Rechts, die für seine Aufgaben erforderliche Information frei beschaffen zu können. Dem Bundestag und folglich seinen Mitgliedern, steht eine Kontrollfunktion ggB. Exekutive zu ( insbesondere ggB. Der Regierung). In dieser Weise wird das Demokratieprinzip verstärkt und erfolgt auch mittelbar demokratische Legitimation der Regierung. A kann sich auf sein aus Art. 38 I 2 GG stammendes Fragerecht berufen.

II. Reichweite des Anspruchs

Der Antrag des A wäre aber unbegründet, wenn sein Fragerecht einschränkbar ist und solche Schranken auch im konkreten Fall dem Anspruch des A gegenüber stehen.

**1. Kollidierende Rechtsgüter von Verfassungsrang.**

Das Fragerecht des Abgeordneten könnte ein anderes Rechtsgut von Verfassungsrang beeinträchtigen. Der Bundestag soll Arbeits- und funktionsfähig sein, um seine von der Verfassung vorgeschriebene Aufgaben durchführen zu können. Seine Arbeitsfähigkeit könnte z.B. dadurch gefährdet werden, wenn im Plenum unerhebliche, vom Thema abschweifende Frage gestellt werden. Zwischen den Anfragen und dem Gegenstand der Diskussion sollte ein klarer Zusammenhang bestehen § 105 V GOBT, damit auch jedes Thema schnell, aber auch sachkundig behandelt werden kann. Insofern stößt aber die Anfrage des A gegen keine Grenzen, indem sich seine Fragen auf die Atomenergie beziehen. Als Kollegialorgan ist der Bundestag aber von der Arbeitsfähigkeit jedes einzelnen Abgeordneten abhängig. Damit sie ihre Statusrechte gegeneinander nicht beeinträchtigen und jeder Abgeordnete die Möglichkeit bekommt, seine Frage an die Bundesregierung zu richten, ist Rücksicht auf die anderen Abgeordneten erforderlich § 105 IV GOBT. Die Fragen des A aber sind weder unbedeutend (Atomenergie und ihre Finanzierung), noch zu abstrakt oder rhetorischer Natur [**Definition fehlt**], wie die Bundesregierung behauptet. Solche die Zukunft der Atomenergie betreffenden Fragen sollten Vorrang gegenüber „weitere Zusatzfragen“ haben, insbesondere wenn sie durch „verschiedene Zwischenbemerkungen“ als erheblich charakterisiert sind. Insofern besteht das Fragerecht des A immer noch.

## **2. Zuständigkeit des Bundes**

Der Anspruch auf Beantwortung der Anfragen könnte aber seine Grenzen in der Zuständigkeit des Bundes solche Materien zu regeln, finden. Gemäß § 105 II GOBT kann die Bundesregierung nur solche Fragen beantworten, die aus Bereichen stammen, für die die BReg unmittelbar zuständig ist. Laut Bearbeitervermerk besitzt der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Atomenergie und die Subventionen und die zweite die Realisierbarkeit des Zieles, den CO<sub>2</sub>-Ausstoß zu reduzieren. Mangels anderweitiger Information im Sachverhalt lässt sich auch schließen, dass diese Materien auch zur Zeit auch nicht Gegenstand laufender Verhandlungen in der Bundesregierung sind, d.h. die Regierung kann das Argument des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung nicht angeführt werden. Der Anspruch des A ist somit auch nicht erloschen.

III. Zwischenergebnis  
Der Antrag ist begründet.

## **C. Ergebnis**

Der Antrag des A ist zulässig und begründet. Er wird Erfolg haben.

***Ihre Arbeit behandelt fast alle Themen der Arbeit, wenn auch nicht immer mit zutreffendem Ergebnis. Daher insgesamt 12 Punkte.***

**Klausur 2**

**14 Punkte**

1. Probeklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

Prof. Dr. Jens Kersten

Wintersemester 2008/2009

Fachschaft Jura

LMU München

**Erste (Probe-)Klausur**  
**Grundkurs Öffentliches Recht**  
**Studentische Lösung: 14 Punkte**

Kurz vor Ende der Legislaturperiode verabschiedet der Deutsche Bundestag ein Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes (BWahlG). Damit wird der § 6 Abs. 6 Satz 1 BWahlG wie folgt geändert:

„Bei Verteilung der Sitze auf Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 10 von Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten haben“.

Darüber hinaus wird der letzte Satzteil von § 6 Abs. 6 Satz 1 („oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben“) – die sog. Grundmandatsklausel – ersatzlos gestrichen.

Die Y-Partei, die in den beiden zurückliegenden Wahlen nie mehr als 4% der Stimmen erreicht hatte, aber über drei bzw. vier errungene Direktmandate in den Bundestag eingezogen war, will die beiden Änderungen des Bundeswahlgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht klären lassen. Beide Neuregelungen verstoßen ihres Erachtens gegen die verfassungsrechtlich festgelegten Wahlrechtsgrundsätze. Da im Rahmen der Gewährleistung dieser allgemeinen Wahlrechtsgrundsätze auch die durch Art. 21 Abs. 1 GG gewährleistete Chancengleichheit der Parteien im politischen Wettbewerb zu beachten sei, bilde das gesetzgeberische Handeln der Bundestagsmehrheit zugleich eine Verletzung der der Y-Partei von Verfassungswegen zustehenden Rechte. Aufgrund des den Parteien durch Art. 21 GG zugesprochenen besonderen verfassungsrechtlichen Status müssten Parteien auch in ihren Rechtsschutzmöglichkeiten den anderen Verfassungsorganen gleichgestellt werden. Zwei Monate nach Verabschiedung des Gesetzes wendet sich Y daher an das Bundesverfassungsgericht mit dem Antrag, das Handeln des Bundestages für verfassungswidrig zu erklären.

Der Bundestag ist der Auffassung, die Partei sei für das angestrebte Verfahren vor dem Verfassungsgericht schon gar nicht antragsberechtigt. Parteien seien keine Staatsorgane, deren Streitigkeiten mit anderen Staatsorganen verfassungsgerichtlich zu klären seien, sondern Einrichtungen des Gesellschaftslebens, denen als verfassungsgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeit allenfalls das Verfahren der Verfassungsbeschwerde offen stehe. Im Übrigen stehe es dem Gesetzgeber frei, wie er das Wahlverfahren ausgestalte, solange dabei die grundlegenden Erfordernisse des Demokratieprinzips beachtet würden. Das sei hier der Fall.

Hat der Antrag der Y-Partei Erfolg?

*Bearbeiterhinweis: Es ist ein Gutachten zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen zu entwerfen. Sollte die Bearbeitung an einem Punkt zu einem negativen Prüfungsergebnis gelangen, sind die weiteren Fragen hilfsgutachtlich zu beantworten.*

*Bearbeitungszeit: 2 Stunden. Viel Erfolg!*

**Lösung:**

Der Antrag der Y-Partei beim Bundesverfassungsgericht hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Zulässig ist der Antrag, wenn er die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt.

## I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht ist gem. Art 93 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§13 Nr. 5, 63ff BVerfGG für das Organstreitverfahren zuständig.

## II Beteiligtenfähigkeit

Der Antragssteller, als auch der Antragsgegner müsste beteiligtenfähig sein.

### 1. Antragssteller

Fraglich ist, ob die Y-Partei zulässiger Antragssteller ist. Zulässig für das Organstreitverfahren sind gem. Art. 93 Abs. 1 ein oberstes Bundesorgan oder andere Beteiligte, denen durch das GG, oder der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans eigene Rechte und Pflichten zugesprochen sind.

Die Y-Partei ist kein oberstes Bundesorgan, fraglich ist somit, ob die Y-Partei als anderer Beteiligter bezeichnet werden kann.

Parteien sind aus der Gesellschaft entsprungene Vereinigungen von natürlichen Personen (§2 I 1 PartG). Sie haben nicht die Stellung eines Verfassungsorgans. Jedoch sind sie durch das GG in Art. 21 mit eigenen, für die Demokratie zentralen Rechten ausgestattet. Sie wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Hierdurch tragen sie zentrale Verantwortung für die demokratische Gestaltung des Staates. Parteien könnten als Vermittler zwischen der Bevölkerung und den Verfassungsorganen wirken. Überdies ist die Partei eine wichtige Organisation und als Abgeordnete nach Art. 38 in den dt. Bundestag gewählt zu werden. Dieses Parteiprivileg zeigt ihre besondere Stellung auf.

Parteien sind somit andere Beteiligte, die durch Art. 21 GG mit eigenen Rechten ausgestattet sind.

§63 BVerfGG erwähnt die anderen Beteiligten nicht in seiner Auflistung der Antragssteller. Dies ist jedoch zu vernachlässigen, da das GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 diese Beteiligten vorsieht und höherrangiges Recht darstellt.

Die Y-Partei ist somit Antragssteller für das Organstreitverfahren.

### 2. Antragsgegner

Der Bundestag ist zulässiger Antragsgegner, da er ein oberstes Bundesorgan gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ist.

Die Beteiligtenfähigkeit ist somit gegeben.

## III. Streitgegenstand

Fraglich ist ob die Verabschiedung der Novelle zum BWahlG zulässiger Streitgegenstand ist. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §64 II BVerfGG ist jede Maßnahme oder Unterlassung, welche den Antragssteller in Rechten und Pflichten, die er durch das GG zugesprochen bekommen hat, beschränkt, zulässiger Streitgegenstand.

Die Novelle zum BWahlG könnte Parteien in ihren Gleichheitschancen gem. Art. 21 Abs. 1 S. 1 beschränken. Die Verabschiedung des Gesetzes ist somit zulässiger Streitgegenstand.

## IV. Antragsbeteiligter

Fraglich ist, ob die Y-Partei antragsbeteiligt ist.

Antragsbeteiligt ist ein Antragssteller, wenn er konkret in seinem vom GG gegebenen Rechten und Pflichten durch eine Maßnahme des konkreten Antragsstellers verletzt sein könnte.

Die Y-Partei könnte durch die Erhebung der 5%-Klausel auf 10%, sowie durch die Abschaffung der Grundmandatsklausel in ihren Rechten, der Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 verletzt sein.

Die Y-Partei ist daher antragsberechtigt.

#### V. Allg. Rechtsschutzbedürfnis

Es müsste ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis vorliegen. Dies wird generell durch zulässige Antragssteller, sowie Antragsbefugnis indiziert.

Es soll klargestellt werden, ob ein Rechtsbruch durch den Antrag bestehen könnte, oder ob der Antrag, da er bereits in ähnlichen Verfahren entschieden das allg. Rechtsschutzbedürfnis nicht erfüllt.

Es sind im Sachverhalt keine Anhaltspunkte für ein solches Verhalten ersichtlich.

Das allg. Rechtsschutzbedürfnis ist somit erfüllt.

#### VI. Form

Aus fehlenden Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der Antrag der Y-Partei die im §23 I BVerfGG geforderte Schriftform, sowie Begründung aufweist. **[fehlt: §64 II]**

#### VII. Frist

Die verfassungsrechtliche Frist müsste eingehalten sein.

Diese beträgt gem. §4 II BVerfGG sechs Monate. Die Y-Partei reicht ihren Antrag nach zwei Monaten ein.

Die Fristvorschriften sind somit erfüllt.

#### VIII. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

#### B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die Y-Partei in ihren von GG zugesprochenen Rechten durch die gesetzliche Maßnahme des Bundestages eingeschränkt **[verletzt]** worden ist.

#### I. formelle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich ist ob die Maßnahme der Gesetzgebung durch den BT formell verfassungsgemäß war.

Aus mangelnden Informationen im Sachverhalt, der vorgibt, dass der Bundestag das Gesetz „verabschiedet“ ist von der formellen Verfassungsmäßigkeit der Maßnahme auszugehen.

**[fehlt: Art. 38 II = Kompetenz]**

#### II. materielle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich ist, ob die Maßnahme des Bundestages materiell verfassungswidrig war.

Dies ist zu bejahen, wenn die Maßnahme gegen höherrangiges Recht, in diesem Fall das GG verstößt.

#### 1. Verstoß gegen die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1.

Die Novelle zum BWahlG könnte gegen die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 verstoßen.

Nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 werden die Abgeordneten des dt. Bundestages in allgemeiner, freier und geheimer Wahl gewählt.

Diese Grundsätze beziehen sich jedoch rein auf den Wahlakt der Bundestagsabgeordneten an sich. Bei einer solchen Betrachtung des reinen Wahlaktes, verstößt die Novelle, die sich auf die Bedingungen vor der Wahl begrenzt nicht gegen die Wahlrechtsgrundsätze.

Nichtsdestotrotz schließen die Grundsätze einen gewissen Prozess vor der Wahl mit ein.

Sie verweisen auf den Art. 21 Abs. 1, den Rechten der Parteien.

#### 2. Verstoß gegen Art. 21 Abs. 1 S. 1

Es könnte ein Verstoß gegen Art. 21 Abs. 1 S. 1 vorliegen. In diesem Satz wird den Parteien verfassungsrechtlich eine Aufgabe zugewiesen.

Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit.

Die Benennung der Parteien im Plural weist bereits auf die im Art. 21 Abs. 1 S. 1 indizierte Chancengleichheitssatz der Parteien hin. Da den Parteien das Recht zur Mitwirkung bei der polit. Willensbildung zugesprochen wird, ist eine Unterscheidung zwischen den Parteien nicht möglich. Solange diese nicht durch das BVerfG als verfassungswidrig gem. Art. 21 Abs. 2 erklärt worden sind, darf keine Ungleichheit bestehen.

a) Einschränkung der Chancengleichheit durch Erhöhung der 5% Klausel auf 10%

Folglich ist es fraglich, ob die Erhöhung der 5% Klausel auf 10% die Parteien in eben dieser Chancengleichheit einschränkt.

Bis zum gegebenen Zeitpunkt konnten alle Parteien, die bei der Zweitstimme mehr als 5% aller Stimmen auf sich vereinigen konnten, (*in den dt. BT einziehen*).

Eine Erhöhung dieses Prozentsatzes schränkt die Parteien in der Möglichkeit ein, auch bei Prozentzahlen von 5% - 10% in den dt. Bundestag einzuziehen. Der Einzug in den Bundestag hat erhebliche Folgen. Die Mitwirkung im Bundestag ist das zentrale Ziel jeder Partei. Dort kann sie ihre Aufgabe zur Mitwirkung am Willensbildungsprozess am besten wahrnehmen. Besonders die Öffentlichkeitsarbeit ist zu beachten. Durch Mandate im Bundestag wird auf die inhaltlichen Ziele einer Partei mehr Wert gesetzt. Überdies können die Abgeordneten sich im dt. Bundestag zu parteinahen Fraktionen zusammenschließen und an der Regierungs- bzw. Oppositionsarbeit mitwirken.

Dies ist für Parteien, die in Zukunft weniger als 10% der 2. Wahlstimmen auf sich vereinigen nicht mehr möglich. Es liegt somit eine Einschränkung der Chancengleichheit vor.

**[fehlt: Erfolgswertgleichheit ?]**

b) Rechtfertigung

Es ist fraglich, ob eine solche Einschränkung der Chancengleichheit zu rechtfertigen ist.

aa) Ziele

Die Novelle soll das Ziel haben, stabile Mehrheiten im Bundestag zu schaffen **[ermöglichen]**. Beim Einzug zu vieler kleiner Parteien, wird eine Regierungsbildung mühsam. Beim bloßen Einzug derer Parteien, die mehr als 10% der Zweitstimmen auf sich vereinigen, wird es in Zukunft weniger Parteien geben, die im dt. Bundestag vertreten sind. Die Regierungsarbeit wird erleichtert, gerade dadurch, dass man nicht unbedingt auf Anmerkungen und Einreden der kleineren Fraktionen eingehen muss. Überdies soll einer Rechtszersplitterung des Parteispektrums vorgebeugt werden. Die Gefahr, dass zu viele Parteien einziehen und damit keine Regierungsbildung mehr stattfinden kann, ist durch die Maßnahme minimiert.

**[fehlt: Wichtigkeit folgt aus Art. 20 II 2]**

bb) Geeignetheit

Die Erhöhung der 5% Klausel müsste für ein genanntes Ziel geeignet sein.

Die Erhöhung der 5% Klausel verhindert es den kleineren Parteien, die unter 10% der Zweitstimmen haben in den Bundestag einzuziehen.

Die Maßnahme ist somit geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Die Maßnahme müsste für genanntes Ziel erforderlich sein. Dies bedeutet, dass es kein milderes Mittel gibt, das es auszuschöpfen gilt, welches nicht gegen die Chancengleichheit verstößt. Ein Mittel mit derselben Wirkung, nämlich alle Parteien, die unter 10% der Zweitstimmen erhalten den Einzug in den Bundestag zu verwehren, ist nicht ersichtlich.

dd) Angemessenheit

Das Mittel müsste angemessen sein.

Hier gilt es abzuwägen, ob das Rechtsproblem so erheblich ist, dass eine Einschränkung von z.B. einem Chancengleichheitsgrundsatz legitim ist. Die Gefahr der Zersplitterung des Parlamentes muss geprüft werden. Bereits bei Anwendung der 5% Klausel, wird der Einzug einiger zu kleiner Parteien verhindert. Die Regierungsbildung ist nicht immer völlig unproblematisch, da es zumeist Koalitionsregierungen gab, jedoch fand diese immer statt. Überdies greift das Heraufsetzen der 5% Klausel drastisch in das Parteileben ein. Es läuft nahezu auf ein zwei Parteien System hinaus. Die übrigen Parteien in der Gesellschaft, welche ebensolche Rechte wie große Parteien zur Beeinflussung der Willensbildung des Volkes haben werden in der Öffentlichkeit des Bundestages nicht mehr beachtet. Es wird ihnen deshalb deutlich schwerer fallen, sich und ihre Ziele in der Öffentlichkeit durchzusetzen. Folglich ist eine Angemessenheit nicht ersichtlich, besonders da auch die 5% Klausel große Teile der Ziele abdecken würde.

Die Maßnahme ist somit nicht angemessen.

ee) Eine Einschränkung der Chancengleichheit ist nicht angemessen.

b) Die Heraufsetzung der 5% Klausel ist somit materiell verfassungswidrig.

c) Abschaffung der Grundmandatsklausel

Fraglich ist ob die Abschaffung materiell verfassungsgemäß ist.

Die Abschaffung der Grundmandatsklausel hat grundsätzlich dieselben Ziele wie die Erhöhung der 5% Klausel. Jedoch ist hier anzumerken, dass der Grundsatz hier in Kombination mit einer Klausel bestehen kann. Da er sozusagen eine Ausnahme für diejenigen Parteien bietet, die mehr als drei Direktmandate aufweisen können.

Somit wäre eine Anschaffung nicht materiell verfassungswidrig, wenn zugleich die 5% Klausel generell abgeschafft werden würde.

Die Abschaffung der Grundmandatsklausel ist aus gleicher Begründung wie die Erhöhung der 5% Klausel verfassungswidrig.

3. Zwischenergebnis

Die Gesetzesnovelle ist materiell verfassungswidrig.

C. Der Antrag ist zulässig und begründet und hat deshalb Aussicht auf Erfolg.

**Insgesamt eine erfreuliche Leistung:**

**\* Stil + Aufbau gelungen**

**\* Inhaltlich gut**

**\* Die Abschaffung der Grundmandatsklausel ist dann verfassungswidrig, wenn diese Klausel verfassungsrechtlich geboten ist. Dies war zu diskutieren.**

**14 P.**

**Klausur 3**

**16 Punkte**

1. Probeklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

Prof. Dr. Peter M. Huber

Wintersemester 2003/2004

Fachschaft Jura

LMU München

**Prof. Dr. Huber, Prof. Dr. Streinz, Prof. Dr. Koriath**  
**Grundkurs Öffentliches Recht**  
**Wintersemester 2003/2004**  
**1. Probeklausur**  
**Studentische Lösung: 16 Punkte**

**Aufgaben**

1. Stellen Sie in einem Schema (nur die Begriffe anführen) die Normenhierarchie des in Deutschland geltenden Rechts (ohne Berücksichtigung des Völkerrechts) dar. Zeigen Sie durch knappe Erläuterung, ggf. unter Nennung einschlägiger Vorschriften den jeweiligen Vorrang auf. (25 BE)

2. Das Grundgesetz verwendet an mehreren Stellen den Begriff der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“.

Wo steht dieser Begriff im Grundgesetz (nur Artikel angeben)?

Wer hat diesen Begriff näher definiert?

Zeigen Sie den Leitgedanken und die Prinzipien die „mindestens“ zu dieser Ordnung zu zählen sind auf, und weisen Sie deren Verankerung im Grundgesetz nach.

In welchen Rechtsgebieten spielt der Begriff eine besondere Rolle (nur die Gebiete nennen, ggf. ein Satz zur Begründung). (25 BE)

3. Wo ist das Rechtsstaatsprinzip im Grundgesetz verankert? Was sind die wichtigsten Grundsätze (Ausprägungen), die daraus hergeleitet werden? (5 Beispiele genügen; Begriffe und knappe Erläuterung). (25 BE)

4. Um der Politikverdrossenheit der Bürger, für die u.a. unzureichende Beteiligungsrechte verantwortlich gemacht werden, entgegenzuwirken, beschließt der Bundestag mit zwei Dritteln seiner Mitglieder „zur Erfüllung des Auftrags des Art. 20 II 1 GG“ ein Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, das für bestimmte, näher aufgeführte Fragen, unter bestimmten, näher ausgeführten Voraussetzungen, einen Volksentscheid vorsieht. Der Bundesrat stimmt mit zwei Dritteln seiner Stimmen zu. Das Gesetz wird ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet.

Nachdem der erste Volksentscheid nicht zu ihrer Zufriedenheit ausging, bereut die F-Fraktion, die über ein Drittel der Mitglieder des Bundestages verfügt, von denen die meisten dem Gesetz zugestimmt hatten, ihre Entscheidung. Ihr kommen Bedenken, da sich doch „das Grundgesetz für eine andere Form der Demokratie entschieden habe“. Sie beauftragt daher ihren Justiziar Dr. Schneemoser, zu klären, ob man die Verfassungsänderung „in Karlsruhe rückgängig machen könne“.

Das Gutachten des Dr. Schneemoser ist zu fertigen. Achten Sie auf die wirklich problematischen Fragen. (25 BE)

**Lösung**

Aufgabe 1

a) Gemeinschaftsrecht der EU soweit Art. 79 II und damit Art. 1 und Art. 20 nicht angetastet;

Zu unterscheiden: primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht. **[Gut]**

b) Grundgesetz für die BRD; Art 20 III bestimmt die Bindung und Legislative an das GG, somit sind Gesetze des Bundes als dem Grundgesetz nachrangig anzusehen; ebenso bindet Art 1 III die Gewalten; das Grundgesetz als grundlegende Normensammlung des deutschen Gemeinschaftswesens steht auch schon aus einer gewissen Normenlogik über dem nachrangigen Recht, wie Gesetzen/ Verordnungen.

c) Die Nächste Stufe der Normenhierarchie ist das Bundesgesetz, eine Rechtsnorm, die vom deutschen Bundestag, dem vom Souverän (Volk) unmittelbar gewählten Repräsentativorgan, in einem besonderen Verfahren geschaffen wird. Art. 20 III bindet Exekutive und Judikative an Gesetz und Recht, stellt das Bundesgesetz also beispielsweise über die Rechtsverordnung des Bundes.

d) Nächste Rangstufe ist die Bundesverordnung. Sie ist dem Bundesgesetz nachrangig, da sie immer einer gesetzlichen Grundlage bedarf (Art. 80 I GG), somit das Gesetz zur Verordnungsgebung ermächtigt.

c) Schließlich ist noch die Bundessatzung als rangniedrigstes Bundesrecht zu nennen.

d) Nach dem Bundesrecht kommen die Landesverfassungen in der Normhierarchie.

Art. 31 GG besagt, dass jegliches Landesrecht durch Bundesrecht gebrochen wird, somit auch die vermeintlich höher stehende Landesverfassung.

Aus normlogischen Gründen und speziellen Regelungen in den Landesverfassungen ergibt sich die Vorrangstellung gegenüber übrigen Landesrecht.

e) Landesgesetze sind die höchsten Normen nach der Landesverfassung. Sie werden von den Landtagen, den demokratisch legitimierten Volksvertretungen geschaffen.

f) Landesverordnungen bedürfen gesetzlicher Grundlage, wenn dies die Landesverfassung nicht vorschreibt, so ist dies aus dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes abzuleiten. Sie sind demnach den Landesgesetzen nachrangig.

g) Satzungen der Länder

## Aufgabe 2

Art 21 II, 1 beinhaltet diesen Begriff.

Näher definiert wurde dieser Begriff durch das Bundesverfassungsgericht.

Der Begriff der freiheitlich demokratischen Grundordnung hat zum einen die Demokratie als Leitprinzip. Demokratie bedeutet „Herrschaft des Volkes“. Die Souveränität liegt also beim Volk. Die Herrschaft der Regierenden beruht demnach nicht auf eigenem Recht, sondern muss lückenlos in einer Legitimationskette auf das Volk zurückgeführt werden.

Da die Masse der Staatsbürger aber nur beschränkt handlungsfähig ist, delegiert das Volk nach den Bestimmungen des Grundgesetzes seine Herrschaftsmacht an Repräsentanten. Zur demokratischen Grundordnung des Art. 20 I gehört also die

Möglichkeit des Volkes über Wahlen und Abstimmung über die sie Regierenden zu bestimmen.

Zur Freiheitlichkeit der Grundordnung gehört gewiss die Freiheit des Einzelnen. Diese Freiheit spiegelt sich in den Grundrechten der Art. 1 – 19 wider, die den Einzelnen vor staatlicher Willkür schützt. Andererseits wird aber auch die Freiheit des anderen gewährt.

Zur Vermeidung staatlicher Willkür bedarf es aber auch einer sicheren Rechtsordnung, was durch Prinzipien, die man unter dem Begriff des Rechtsstaats (Art. 20 III, 28 I) zusammenfasst.

### Aufgabe 3

Das Rechtsstaatsprinzip ist im Art. 20 III festgehalten, auch wenn dort der Begriff Rechtsstaat nicht explizit steht. In Art 28 I fällt der Begriff Rechtsstaat dann und gibt vor, dass alle Länder auch diesem Prinzip verpflichtet sind (Homogenitätsprinzip). Allerdings lässt sich das Rechtsstaatsprinzip auch aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes ableiten. **[Sehr gut]** Zu den verschiedenen Ausprägungen gehören u.a.

a) Die Gewaltenteilung.

Sie ist die verfassungsorganisatorische Ausprägung des Rechtsstaatsprinzip. Die Verfassungswirklichkeit des Grundgesetz hat allerdings seine Gewaltenteilung- oder Funktionenverschränkung auf personeller, funktionaler und organisatorischer Ebene geschaffen. Gewaltenteilung bedeutet die Herrschaftsmacht auf Organe der Legislative, Exekutive und Jurisdiktion zu verteilen.

b) Eine weitere Ausprägung des Rechtsstaates ist die Rechtssicherheit. Der Normadressat muss sich also auf die Beständigkeit der Rechtsordnung verlassen können. Wichtig ist auch die Klarheit und Verständlichkeit der Gesetze. Normen müssen deshalb ausreichend bestimmt sein. Das grundsätzliche Rückwirkungsverbot von Strafgesetzen (Art 103 II) ist ebenfalls für die Rechtssicherheit wichtig.

c) Der Vorrang des Gesetzes stellt ebenso einen elementaren Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit dar. Art. 20 III bindet die Verwaltung und Gerichte an Recht und Gesetz.

d) Darüber hinaus spielt der Vorbehalt des Gesetzes eine wichtige Rolle. Dieser besagt, dass die Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung nicht handeln darf. Dies betrifft vor allem die Eingriffsverwaltung, die durch Verbote und Gebote den Adressaten einengt. Bei der Leistungsverwaltung wird der Vorbehalt des Gesetzes allerdings verneint. **[Gut]** Allerdings muss bei Eingriffen, die grundrechtsrelevant sind, also die Grundrechte des Einzelnen mittelbar oder unmittelbar berühren, ein Vorbehalt des Gesetzes bejaht werden.

e) Verhältnismäßigkeit

Das Übermaßverbot oder die Verhältnismäßigkeit gehört ebenfalls zum Rechtsstaatsprinzip. Es besagt, dass staatlicher Eingriff nur nach den Grundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit erfolgen darf.

#### Aufgabe 4

Der Antrag der F-Fraktion auf abstrakte Normenkontrolle hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

Das BVerfG ist nach Art 93 I, Nr.2 für die Klärung über Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz zuständig. **[Bitte gliedern! Zuständigkeit]** Die Verfassungsänderung durch ein verfassungsänderndes Gesetz ist als Bundesrecht aufzufassen. **[Antragsgegenstand]** Antragsberechtigt ist nach Art 93 I Nr.2 ein Drittel der Mitglieder des Bundestages. **[Antragsberechtigung]** Da die F-Fraktion eine solche Stärke umfasst, ist sie zwar nicht selbst aber ihre Mitglieder als Ganzes antragsberechtigt, wenn ein einheitlicher Fraktionswille vorliegt.

Art. 93 I Nr.2 geht von Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln aus, § 76 BVerfGG spricht aber von der Überzeugung von der Nichtigkeit des Gesetzes. **[Antragsgrund]** Somit würden Bedenken der F-Fraktion nicht ausreichen. Da das Grundgesetz dem BVerfGG vorgeht, reichen solche Bedenken aus, der Antragsgrund ist somit gegeben. Ein objektives Klarstellungsinteresse ist der F-Fraktion zu unterstellen. **[Rechtsschutzbedürfnis]** Sie hat zwar dem Gesetz zunächst zugestimmt, hat aber nun Bedenken, die ein Klarstellungsbedürfnis begründen. Die Form des § 23 BVerfGG wird eingehalten. **[Form]** Eine Frist ist nicht gegeben, da die Norm noch gültig ist. Somit ist der Antrag vor dem BVerfG zulässig.

Der Antrag ist begründet, wenn das Gesetz formell oder materiell verfassungswidrig ist.

Von der formellen Richtigkeit des Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 70 ff. GG kann ausgegangen werden.

Bei der Grundgesetzänderung ist allerdings auch das Inkorporationsgebot des Art. 79 II zu beachten. Auch davon kann ausgegangen werden.

Somit ist das Gesetz formell verfassungskonform.

Das verfassungsändernde Gesetz ist materiell verfassungswidrig, wenn es Bestimmungen des Grundgesetz zuwider läuft.

**[Problem des Art. 79 III GG]** Art. 20 II sieht neben Wahlen auch ausdrücklich Abstimmungen vor. Das Gesetz würde damit dem Art. 20 II nun volle Geltung verschaffen. Ebenso spricht sich das Grundgesetz auch nicht gegen Plebiszite explizit aus.

Somit wäre die Verfassungsänderung auch materiell mit dem Grundgesetz vereinbar. Allein der Grund, dass der erste Volksentscheid nicht zur Zufriedenheit einer bestimmten politischen Gruppierung ausfiel, kann ja nicht schon genügen, um an der Vereinbarkeit mit der Verfassung zu zweifeln. Allerdings sieht das Grundgesetz natürlich eine „andere Form der Demokratie“ vor. Die Verfassungsgeber, also die Mitglieder des parlamentarischen Rats, haben sich bewusst für die repräsentative, parlamentarische Demokratie aus vermeintlichen Lehren aus der Weimarer Republik, wo es wohl zu einer Instrumentalisierung des Volkes kam, entschieden. Ob diese Entscheidung aber auch den heutigen Gesetzgeber noch bindet ist zweifelhaft. Dass eine Bindung an die durch Art 79 III geschützten Grundprinzipien besteht, steht außer Frage. Doch werden diese

nicht in der Weise angetastet, dass man von einer Verletzung dieses Artikels sprechen kann.

Das Grundprinzip der Demokratie bleibt bestehen, Rechts- und Bundesstaat werden nicht angetastet. Von einer Bindung an die rein repräsentative Demokratie darf nicht ausgegangen werden. Sie würde den Gesetzgeber zu stark einengen und ihm somit hindern auf aktuelle Entwicklungen einzugehen.

Der Antrag ist deshalb zulässig aber unbegründet.

**Anm. des Korrektors:**

Eine hinreichende, ausgezeichnet fundierte und logisch aufgebaute Arbeit. Sie haben alle Probleme erkannt und umfassend bearbeitet. Achten Sie nur darauf den Gutachtenstil durchzuhalten sowie mit Nummerierungen und Überschriften zu gliedern.

16 Punkte

**Klausur 4**

**13 Punkte**

2. Probeklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

Prof. Dr. Moris Lehner

Wintersemester 2009/2010

Fachschaft Jura

LMU München

**Grundkurs Öffentliches Recht I**  
**Wintersemester 2009/2010**  
**Prof. Dr. Moris Lehner**

In der Vergangenheit gab es vor und nach etlichen Spielen der Fußballbundesliga gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen alkoholisierten Fans beider Mannschaften. Dabei wurden nicht nur diese Fans, sondern auch Polizisten und unbeteiligte Passanten zum Teil erheblich verletzt. Die Sachschäden, insbesondere an umliegenden Geschäften und parkenden Fahrzeugen, waren beträchtlich.

Als es erneut zu schweren Krawallen kommt, möchte die Bundesregierung nicht länger tatenlos zusehen. Sie möchte daher bei Spielen der Fußballbundesliga die Sicherheit der Besucher, Polizisten und Anwohner erhöhen und beabsichtigt, beim Bundestag eine bundeseinheitliche Regelung zum Alkoholverkauf um und in Bundesligastadien einzubringen. Die Bundesregierung entwirft daher ein entsprechendes Gesetz. Der Entwurf sieht vor, dass an Spieltagen in einem Radius von 10 km um die jeweilige Stadien, in denen Spiele der ersten und zweiten Fußballbundesliga stattfinden, in Einzelhandelsgeschäften (Supermärkte, Tankstellen, Kioske etc.) und gastronomischen Betrieben kein Branntwein und keine branntweinhaltigen Getränke verkauft werden dürfen. Andere alkoholische Getränke dürfen nur bis vier Stunden vor Beginn des jeweiligen Spiels verkauft werden.

Die Bundesregierung bringt den Entwurf in den Bundestag ein. Dort stößt das Gesetz auf die Zustimmung der die Regierung tragenden Fraktionen. Die Oppositionsfraktionen haben hingegen formelle Bedenken. Sie sehen keine Zuständigkeit des Bundes. Die Mehrheit hingegen geht davon aus, dass der Bund den Schutz der Zivilbevölkerung ja wohl sicherstellen dürfe. Es handele sich zudem um genussmittelbezogene Vorschriften. Außerdem betreffen die Regelungen unmittelbar die wirtschaftliche Betätigung der Gewerbetreibenden, so dass auch aus diesem Grund eine Bundeskompetenz bestehe. Dieser Kompetenztitel werde weit verstanden. Zwar seien für den Bereich der Gefahrenabwehr (Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) die Länder zuständig. Aber allein die Tatsache, dass der Zweck des Gesetzes auch auf Gefahrenabwehr gerichtet sei, nehme dem Bund nicht die Kompetenz, ein derartiges Gesetz zu erlassen. Denn viele Regelungen des Wirtschaftsrechts dienen unmittelbar oder mittelbar der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Jedenfalls dürfe sich der Bundesgesetzgeber auf die Regelungskompetenz des Zivilrechts stützen, schließlich gehe es darum, dass zu bestimmten Zeiten nichts verkauft werden dürfe. Nach zwei Lesungen beschließt der Bundestag mit 65 zu 25 Stimmen das *Gesetz zur Abwehr von alkoholbedingten Gefahren während Spielen der Fußballbundesliga – Fußballgefahrenabwehrgesetz*

(FGAG). Nach ordnungsgemäßer Beteiligung des Bundesrates wird das Gesetz vom Bundespräsidenten ordnungsgemäß ausgefertigt, im Bundesgesetzblatt verkündet und tritt in Kraft.

Die Bayerische Staatsregierung ist hingegen von der Nichtigkeit des Gesetzes überzeugt. Sie bezweifelt – wie die Opposition – die Zuständigkeit des Bundes. Eine Bundesgesetzgebungskompetenz hinsichtlich des Schutzes der Zivilbevölkerung sei nicht auf den zivilen Sektor von Fußballspielen zu beziehen, sondern beziehe sich nur auf verteidigungsbedingte Gefahrenlagen. Auch die Regelungskompetenz des Zivilrechts könne nicht herangezogen werden: das Zivilrecht umfasse lediglich die Ausgestaltung vertraglicher Beziehungen, nicht dagegen die äußeren Umstände eines Kaufgeschäfts. Das Recht der Genussmittel erfasse nur Gefahren, die direkt von dem Genussmittel ausgehen. In diesem Fall handle es sich aber gerade nicht um solche Gefahren. Der Kompetenztitel „Wirtschaft“ sei

2

nicht einschlägig, weil die Regelung sich ausschließlich auf das Gefahrenabwehrrecht beziehe

und Gefahrenabwehr ausschließlich Ländersache sei. Im Übrigen seien im Bundestag während der Abstimmung zu wenig Abgeordnete anwesend gewesen. Auch aus diesem Grund sei das Gesetz verfassungswidrig. Die Staatsregierung möchte daher vor dem Bundesverfassungsgericht gegen das FGAG vorgehen.

### **Hätte ein Antrag Aussicht auf Erfolg?**

#### **Bearbeitervermerk:**

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten eines Antrags der Bayerischen Staatsregierung. In der Begründetheit des Antrags ist die Prüfung auf die **formelle** Verfassungsmäßigkeit des FGAG zu beschränken. Gehen Sie von der **materiellen** Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes aus, so dass diese von Ihnen **nicht** zu prüfen ist. Sollte die Bearbeitung an einem Punkt zu einem negativen Prüfungsergebnis gelangen, sind die weiteren Fragen hilfsgutachtlich zu beantworten.

(alle Art. Aus dem GG, alle §§ aus dem BVerfGG, wenn nicht anders angegeben)

Der Antrag der bayerischen Staatsregierung hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

## **A. Zulässigkeit**

### **I. Zuständigkeit des BVerfG**

Das BVerfG ist nach Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr.6, 76 ff BVerfGG für abstrakte Normenkontrollen zuständig.

### **II. Antragsberechtigung**

Die Bayerische Staatsregierung müsste zunächst antragsberechtigt sein.

Der Kreis der Antragberechtigten bei der abstrakten Normenkontrolle ist in Art. 93 I Nr. 2 GG iVm § 76 I BVerfGG enumerativ benannt. Da die Bayerische Staatsregierung eine Landesregierung ist, ist sie somit antragsberechtigt.

### **III. Antragsgegenstand**

Auch ein zulässiger Antragsgegenstand müsste gegeben sein.

Nach Art. 93 I Nr. 2 GG iVm § 76 BVerfGG stellt diesen Bundes- und Landesrecht jeder Rangstufe dar. Voraussetzung ist hierbei die Verkündung der Norm.

Bei dem FGAG handelt es sich um ein formelles Bundesgesetz, das auch verkündet ist. Somit ist ein zulässiger Antragsgegenstand ebenfalls gegeben.

### **IV. Antragsgrund**

Fraglich ist jedoch, ob auch ein zulässiger Antragsgrund gegeben ist.

Nach Art. 93 I Nr. 2 GG stellen diesen Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem GG dar. § 76 I Nr. 1 BVerfGG stellt jedoch strengere Voraussetzungen und verlangt, dass der Antragsteller das Gesetz für nichtig hält. Die Bayerische Staatsregierung hält das FGAG für nichtig. Somit sind auch die strengeren Voraussetzungen des § 76 BVerfGG erfüllt, der Streit muss somit nicht entschieden werden.

Ein zulässiger Antragsgrund liegt deshalb vor.

### **V. Objektives Klarstellungsinteresse**

Das objektive Klarstellungsinteresse wird durch den Antragsgrund indiziert und ist lediglich zu verneinen, wenn die Norm bereits außer Kraft getreten ist und somit keine Rechtswirkung mehr erzeugt oder die Streitfrage schon in einem Parallelverfahren geklärt wurde, da es der Abwehr eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens dienen soll.

Das Fehlen eines objektiven Klarstellungsinteresses ist vorliegend nicht ersichtlich.  
*[Korrektorvermerk: zu breit, da unproblematisch]*

### **VI. Form und Frist des Antrags**

Der Antrag ist nach § 23 I BVerfGG schriftlich und begründet beim BVerfG einzureichen. Da es sich bei der abstrakten Normenkontrolle um ein objektives Beanstandungsverfahren handelt, ist keine Frist einzuhalten.

### **VII. Zwischenergebnis**

Der Antrag wäre somit zulässig.

## **B. Begründetheit**

Der Antrag ist begründet, wenn das FGAG verfassungswidrig ist, also formell und/oder materiell gegen Normen der Verfassung verstößt.

### **I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Das FGAG ist formell verfassungsgemäß, wenn der Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass des FGAG besitzt, das notwendige Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde und die Form in Form von ordnungsgemäßer Ausfertigung und Verkündung des Gesetzes gewahrt wurde.

#### **1. Gesetzgebungskompetenz**

Fraglich ist, ob der Bund die notwendige Gesetzgebungskompetenz zum Erlass des FGAG besitzt.

##### **a) Grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der Länder**

Nach Art. 30 GG obliegt die Ausübung staatlicher Befugnisse grundsätzlich den Ländern. Dies wird in Art. 70 I GG in Bezug auf die Gesetzgebung näher konkretisiert. Somit haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz solange und soweit diese im GG nicht ausdrücklich dem Bund zugeordnet wird. Diese Ausnahmen, in denen dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz zugesprochen wird, sind vornehmlich in den Art. 71-74 GG in Form der ausschließlichen und konkurrierenden Gesetzgebung benannt.

##### **b) Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das FGAG**

Zu prüfen ist demnach, ob dem Bund eine ausdrückliche Kompetenz für den Erlass des FGAG in der Verfassung zugebilligt wird. Wenn dies nicht der Fall ist, sind automatisch die Länder für die Gesetzgebung zuständig.

###### **aa) aus Art. 73 I Nr. 1 GG**

Eine derartige Bundeskompetenz könnte sich aus Art. 73 I Nr. 1 ergeben. Dieser normiert die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes für auswärtige Angelegenheiten sowie die Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung. Fraglich ist, ob sich ein derartiger Schutz der Zivilbevölkerung jedoch auch gerade auf die Prävention von Krawallen bei Fußballspielen beziehen soll. Jedoch normiert der Artikel vornehmlich Angelegenheiten, die sich mit dem Umgang von zwischenstaatlichen Konflikten beschäftigen bzw. Konflikten, die zumindest von der Schwere einem Verteidigungsfall her gleich kommen.

Dieser ist jedoch nach Art. 115 a I GG nur zu bejahen, wenn das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein derartiger Angriff unmittelbar droht.

Der Schutz der Zivilbevölkerung hat sich, um dem verfolgten Sinn und Zweck der Norm nicht zu verfehlen, auf ein derartiges Ereignis zu beziehen. Dies ist jedoch bei randalierenden Fußballfans nicht der Fall.

Wichtig ist in diesem Fall, dass es sich bei Art. 73, 74 GG um Ausnahmeschriften zu Art. 70 handelt [*Korrektorvermerk: Aufbau!*]. Die dort genannten Vorschriften dürfen gerade deshalb nicht zu weit ausgedehnt werden, da die Zuständigkeit der Länder sonst immer weiter beschnitten werden könnte [*Korrektorvermerk: guter Gedanke!*]. Das FGAG auf diesen Kompetenztitel zu stützen, würde den Artikel folglich definitiv überdehnen. Eine Kompetenz nach Art. 73 I Nr. 1 GG ist somit zu verneinen.

[*Korrektorvermerk: Aufbau: ausschließliche GK, => konkurrierende GK*]

### **bb) aus Art. 74 I Nr. 20 GG**

Eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes könnte sich jedoch möglicherweise aus Art. 74 I Nr. 20 GG ergeben, der das Recht der Genussmittel normiert. Genussmittel sind Stoffe, die zum Verzehr bestimmt sind, jedoch lediglich dem Genuss und nicht oder zumindest nicht vornehmlich der Ernährung dienen.

Somit wäre der Alkohol als Genussmittel per se von diesem Kompetenztitel erfasst.

Jedoch stellt sich die Frage, ob dieser Kompetenztitel den Zweck verfolgt, durch ein temporäres Alkoholverbot Fußballspiele vor Krawallen zu schützen.

Dafür würde sprechen, dass Alkohol als Genussmittel von diesem Kompetenztitel erfasst ist. Jedoch soll der Artikel vornehmlich den Verbraucherschutz dienen und unmittelbare Gefahren, die direkt von dem Genussmittel ausgehen vermeiden helfen, wie auch den Schutz der Produktionsgüter selbst gewähren. Bei den Krawallen in den Fußballstadien handelt es sich jedoch um Gefahren, die lediglich mittelbar mit dem Konsum von Alkohol in Verbindung stehen. Der Alkohol ist somit nur einer von mehreren Faktoren, die zu diesen Ausschreitungen führen.

Auch eine Subsumtion der Gesetzgebungskompetenz für das FGAG unter den Art. 74 I Nr. 20 ist somit zu verneinen.

### **cc) aus Art. 74 I Nr. 11 GG**

Fraglich ist jedoch, ob die Gesetzgebungskompetenz für das FGAG möglicherweise von Art. 74 I Nr. 11 GG gedeckt ist, der das Recht der Wirtschaft, somit auch des Gewerbes normiert.

Das FGAG bezieht sich jedoch sowohl auf Einzelhandelsgeschäfte wie auch auf gastronomische Betriebe und gerade letztere sind in Art. 74 I Nr. 11 GG explizit von der Bundeskompetenz ausgeschlossen.

Zudem handelt es sich nicht um Kompetenzen, die wirtschaftlichen Bezug haben, sondern lediglich der Gefahrenabwehr dienen.

Es wäre für die Allgemeinwirtschaft sogar eher schädlich, da Lokalitäten um Bundesligastadien herum Standortnachteile drohten, dadurch, dass ihnen die Möglichkeit zum Alkoholausschank genommen wird, und sie möglicherweise Geschäftseinbußen erleiden.

Somit würde es auch diesen Kompetenztitel überspannen, das FGAG darauf zu stützen.

### **dd) aus Art. 74 I Nr. 1 GG**

Fraglich ist jedoch, ob man eine Bundeskompetenz möglicherweise aus Art. 74 I Nr. 1 GG, nämlich der konkurrierenden Gesetzgebung für das bürgerliche Recht herleiten kann.

Das Zivilrecht umfasst grundsätzlich das Verhältnis zweier Individuen auf Grundlage der Gleichordnung. Hier ist gerade die Vertragsfreiheit essentiell. Jedoch handelt es sich bei dem Gesetz um eine ordnungsrechtliche Maßnahme, deren primäres Ziel es ist, Krawalle in Fußballstadien zu vermeiden und nicht, einen ordnungsgemäßen Vertragsschluss zu ermöglichen und eine ausgewogene Risikoverteilung bei diesem zu gewähren.

Somit würde auch dieser Kompetenztitel überdehnt, wenn man aus ihm eine Kompetenz des Bundes zum Erlass des FGAG herleiten wollte.

Eine Kompetenz des Bundes liegt somit nicht vor.

*[Korrektorvermerk: Art. 74 I Nr. 7 GG!]*

### **Ergebnis**

Der Antrag der bayerischen Staatsregierung ist zulässig und begründet, da das Gesetz formell verfassungswidrig ist.

*[Korrektorvermerk: Ans Ende der Arbeit zu stellen]*

## Hilfsgutachten

### 2. Gesetzgebungsverfahren

Fraglich ist, ob das notwendige Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß eingehalten wurde

#### a) Gesetzesinitiative

Die Bundesregierung müsste das Recht haben, die Gesetzesvorlage in den Bundestag einzubringen.

Der Kreis der zur Einbringung Ermächtigten ist in Art. 76 I GG enumerativ benannt. Die Bundesregierung ist dort genannt und somit berechtigt, die Gesetzesinitiative einzubringen. Davon, dass das Gesetz dem Bundesrat ordnungsgemäß zugeleitet wurde gem. Art. 76 II GG ist auszugehen, da im Sachverhalt nichts anderes angegeben ist.

#### b) Lesungen im Bundestag

Problematisch könnte sein, dass lediglich zwei Lesungen vor dem Bundestagsbeschluss stattfanden und nicht drei, wie es § 78 I GOBT vorschreibt.

Jedoch wird dies lediglich von der GOBT verlangt, das GG verlangt diese drei Lesungen nicht, es muss lediglich dem Abgeordneten die Möglichkeit gegeben werden, sich eine Meinung über das zu beschließende Gesetz zu bilden, da er sonst in Art. 38 beschränkt wird, da ihm eine Entscheidung nach bestem Wissen und Gewissen nur möglich ist, wenn er die Möglichkeit hatte, sich reflektiert mit dem Thema auseinanderzusetzen. Somit stellen die zwei Lesungen lediglich einen Verstoß gegen die GOBT [*Korrektorvermerk: als autonomes niederrangiges Satzungsrecht*], nicht aber gegen das GG dar.

Sie sind somit nicht schädlich.

#### c) Beschluss im Bundestag

Fraglich ist jedoch, ob der Bundestag beschlussfähig war, da lediglich 65 Mitglieder der in § 1 iVm § 6 V BWahlG normierten Gesamtmitgliederzahl von 622 Abgeordneten anwesend war.

[*Korrektorvermerk: s. § 45 I BVerfGG*]

Eine Beschlussfähigkeit des Bundestages ist nach § 45 I GOBT gegeben, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder im Sitzungssaal anwesend sind.

Das war nicht der Fall.

Jedoch muss nach § 45 II GOBT die Beschlussfähigkeit explizit festgestellt werden, sonst wird die Beschlussfähigkeit vermutet. Die Beschlussfähigkeit wurde nicht festgestellt, somit war der Bundestag beschlussfähig. Der Beschluss wurde auch mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst (40 gegen 25), wie es Art. 42 II GG vorschreibt.

Ein ordnungsgemäßer Beschluss des Bundestages liegt somit vor.

#### d) Beteiligung des Bundesrates

Von einer ordnungsgemäßen Beteiligung des Bundesrates ist nach Sachverhalt auszugehen.

Das Gesetzgebungsverfahren wurde somit ordnungsgemäß durchgeführt.

### 3. Form

Das Gesetz müsste zudem ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet worden sein gem. Art. 82 GG.

Laut Sachverhalt wurde es ordnungsgemäß von Bundespräsidenten ausgefertigt, im Bundesgesetzblatt verkündet und trat in Kraft.

Somit wurde auch die Form ordnungsgemäß gewahrt.

#### **4. Ergebnis**

Das Gesetz ist somit formell verfassungswidrig, da der Bund nicht die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass des FGAG und die Form bezüglich Ausfertigung und Verkündung hingegen ordnungsgemäß eingehalten.

#### **II. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Von der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ist laut Bearbeitervermerk auszugehen.

#### **Endergebnis**

Der Antrag der bayerischen Staatsregierung hätte Erfolg, da das FGAG formell verfassungswidrig ist.

#### ***Korrektorvermerk***

*Eine weit überdurchschnittliche Arbeit.*

*Inhaltlich, argumentativ und stilistisch arbeiten Sie sehr überzeugend und erfassen die einschlägigen Normen richtig und analysieren sie genau.*

*Der Aufbau könnte noch strukturierter und logischer sein.*

**13 Punkte**

**Klausur 5**

**14 Punkte**

2. Probeklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

Prof. Dr. Jens Kersten

Wintersemester 2009/2010

Fachschaft Jura

LMU München

**WS 09/10**  
**2. Klausur**  
**Prof. Lehner/ Kersten/ Koriath**

In der Vergangenheit gab es vor und nach etlichen Spielen der Fußballbundesliga gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen alkoholisierten Fans beider Mannschaften. Dabei wurden nicht nur diese Fans, sondern auch Polizisten und unbeteiligte Passanten zum Teil erheblich verletzt. Die Sachschäden, insbesondere an umliegenden Geschäften und parkenden Fahrzeugen, waren beträchtlich.

Als es erneut zu schweren Krawallen kommt, möchte die Bundesregierung nicht länger tatenlos zusehen. Sie möchte daher bei Spielen der Fußballbundesliga die Sicherheit der Besucher, Polizisten und Anwohner erhöhen und beabsichtigt, beim Bundestag eine bundeseinheitliche Regelung zum Alkoholverkauf um und in Bundesligastadien einzubringen. Die Bundesregierung entwirft daher ein entsprechendes Gesetz. Der Entwurf sieht vor, dass an Spieltagen in einem Radius von 10 km um die jeweilige Stadien, in denen Spiele der ersten und zweiten Fußballbundesliga stattfinden, in Einzelhandelsgeschäften (Supermärkte, Tankstellen, Kioske etc.) und gastronomischen Betrieben kein Branntwein und keine branntweinhaltigen Getränke verkauft werden dürfen. Andere alkoholische Getränke dürfen nur bis vier Stunden vor Beginn des jeweiligen Spiels verkauft werden.

Die Bundesregierung bringt den Entwurf in den Bundestag ein. Dort stößt das Gesetz auf die Zustimmung der die Regierung tragenden Fraktionen. Die Oppositionsfraktionen haben hingegen formelle Bedenken. Sie sehen keine Zuständigkeit des Bundes. Die Mehrheit hingegen geht davon aus, dass der Bund den Schutz der Zivilbevölkerung ja wohl sicherstellen dürfe. Es handele sich zudem um genussmittelbezogene Vorschriften. Außerdem betreffen die Regelungen unmittelbar die wirtschaftliche Betätigung der Gewerbetreibenden, so dass auch aus diesem Grund eine Bundeskompetenz bestehe. Dieser Kompetenztitel werde weit verstanden. Zwar seien für den Bereich der Gefahrenabwehr (Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) die Länder zuständig. Aber allein die Tatsache, dass der Zweck des Gesetzes auch auf Gefahrenabwehr gerichtet sei, nehme dem Bund nicht die Kompetenz, ein derartiges Gesetz zu erlassen. Denn viele Regelungen des Wirtschaftsrechts dienen unmittelbar oder mittelbar der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Jedenfalls dürfe sich der Bundesgesetzgeber auf die Regelungskompetenz des Zivilrechts stützen, schließlich gehe es darum, dass zu bestimmten Zeiten nichts verkauft werden dürfe. Nach zwei Lesungen beschließt der Bundestag mit 65 zu 25 Stimmen das

*Gesetz zur Abwehr von alkoholbedingten Gefahren während Spielen der Fußballbundesliga – Fußballgefahrenabwehrgesetz*

(FGAG). Nach ordnungsgemäßer Beteiligung des Bundesrates wird das Gesetz vom Bundespräsidenten ordnungsgemäß ausgefertigt, im Bundesgesetzblatt verkündet und tritt in Kraft.

Die Bayerische Staatsregierung ist hingegen von der Nichtigkeit des Gesetzes überzeugt. Sie bezweifelt – wie die Opposition – die Zuständigkeit des Bundes. Eine Bundesgesetzgebungskompetenz hinsichtlich des Schutzes der Zivilbevölkerung sei nicht auf den zivilen Sektor von Fußballspielen zu beziehen, sondern beziehe sich nur auf verteidigungsbedingte Gefahrenlagen. Auch die Regelungskompetenz des Zivilrechts könne nicht herangezogen werden: das Zivilrecht umfasse lediglich die Ausgestaltung vertraglicher Beziehungen, nicht dagegen die äußeren Umstände eines Kaufgeschäfts. Das Recht der Genussmittel erfasse nur Gefahren, die direkt von dem Genussmittel ausgehen. In diesem Fall handle es sich aber gerade nicht um solche Gefahren. Der Kompetenztitel „Wirtschaft“ sei

nicht einschlägig, weil die Regelung sich ausschließlich auf das Gefahrenabwehrrecht beziehe und Gefahrenabwehr ausschließlich Ländersache sei. Im Übrigen seien im Bundestag während der Abstimmung zu wenig Abgeordnete anwesend gewesen. Auch aus diesem Grund sei das Gesetz verfassungswidrig. Die Staatsregierung möchte daher vor dem Bundesverfassungsgericht gegen das FGAG vorgehen.

## **Hätte ein Antrag Aussicht auf Erfolg?**

### **Bearbeitervermerk:**

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten eines Antrags der Bayerischen Staatsregierung. In der Begründetheit des Antrags ist die Prüfung auf die **formelle** Verfassungsmäßigkeit des FGAG zu beschränken. Gehen Sie von der **materiellen** Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes aus, so dass diese von Ihnen **nicht** zu prüfen ist. Sollte die Bearbeitung an einem Punkt zu einem negativen Prüfungsergebnis gelangen, sind die weiteren Fragen hilfsgutachtlich zu beantworten.

(alle Art. Aus dem GG, alle §§ aus dem BVerfGG, wenn nicht anders angegeben)

Der Antrag der Bayerischen Staatsregierung hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### **A) Zulässigkeit**

Der Antrag müsste zunächst zulässig sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen.

#### **I. Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit einer derartigen (**Korrektur: Begründen Sie warum hier eine abstrakte Normenkontrolle vorliegt**) abstrakten Normenkontrolle ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 2, §§ 13 Nr. 6, 76ff.

#### **II. Antragsberechtigung**

Der Kreis der Antragsberechtigten wird in Art. 93 I Nr. 2 abschließend genannt, § 76 nimmt hierauf Bezug. Antragsberechtigt sind demnach die Bundesregierung, die Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestags. Die Bayerische Staatsregierung ist damit als Landesregierung antragsberechtigt.

#### **III. Antragsgegenstand**

Des Weiteren müsste ein tauglicher Antragsgegenstand vorliegen. Dies ist gem. Art. 93 I Nr. 2, § 76 I „Bundesrecht oder Landesrecht“, also jedes Gesetz im formellen und materiellen Sinne. Das Fußballgefahrenabwehrgesetz (FGAG) ist ein formelles Gesetz. Ein tauglicher Antragsgegenstand ist somit gegeben.

#### **IV. Antragsgrund**

Antragsgrund ist gemäß Art. 93 I Nr. 2, dass der Antragssteller Zweifel über die Vereinbarkeit des Gesetzes mit dem Grundgesetz hat. § 76 I verlangt darüber hinaus, dass der Antragssteller das Gesetz für nichtig hält. Da die Bayerische Staatsregierung im konkreten Fall von der Nichtigkeit des Gesetzes (FGAG) überzeugt ist, kann der Streit dahingestellt bleiben, ob Zweifel wegen des Vorrangs der Verfassung genügen oder § 76 I eine zulässige Konkretisierung des Art. 93 I Nr. 2 ist. Die strengen Voraussetzungen des § 76 I Nr. 1 sind erfüllt. Ein tauglicher Antragsgrund liegt vor.

#### **V. Objektives Klarstellungsinteresse**

Das objektive Klarstellungsinteresse wird durch den Antragsgrund indiziert. Anzeichen für das Fehlen des Klarstellungsinteresses sind hier nicht ersichtlich.

## **VI. Form und Frist**

Mangelnder entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der Antrag gem. § 23 I schriftlich beim Bundesverfassungsgericht eingereicht und begründet wird. Eine Frist gibt es bei der abstrakten Normenkontrolle nicht.

## **VII. Zwischenergebnis**

Der Antrag ist zulässig.

## **B) Begründetheit**

Der Antrag ist begründet, wenn das FGAG nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn es in formeller oder materieller Hinsicht gegen die Normen des Grundgesetzes verstößt.

## **I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Der Normenkontrollantrag wäre formell verfassungsgemäß, wenn dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zusteht, das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist und die vorgeschriebene Form eingehalten wurde.

### **1. Zuständigkeit/Gesetzgebungskompetenz**

Fraglich ist, ob der Bund zur Gesetzgebung befugt war.

Nach Art. 30 ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben grundsätzlich Sache der Länder. Art. 70 konkretisiert dies dahingehend, dass auch die Gesetzgebung grundsätzlich Ländersache ist, soweit das Grundgesetz nicht ausdrücklich den Bund dazu ermächtigt (Art. 70 I). Dies kann gemäß Art. 70 II durch ausschließende oder konkurrierende Gesetzgebung erfolgen.

Fraglich ist, ob sich das FGAG auf einen Kompetenztitel der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72, 74) stützen kann.

#### **a) Art. 74 I Nr. 20**

Da es hier um die Abwehr von alkoholbedingten Gefahren geht, könnte sich der Bund auf den Kompetenztitel „Recht der Genussmittel“ stützen. Genussmittel sind Mittel, die zu sich genommen werden ohne der Ernährung zu dienen. Alkohol fällt unter den Kompetenztitel des Rechts der Genussmittel. Im vorliegenden Fall geht es aber um Gefahren, die mittelbar durch Alkohol bedingt werden. Die Bayerische Staatsregierung weist darauf hin, dass von dem Recht der Genussmittel nur Gefahren erfasse, die direkt von dem Genussmittel ausgehen, also bei Alkohol z.B. Leberschäden. Im Hinblick auf den gesamten Art. 74 I Nr. 20 ist dieser Ansicht zu folgen. Auf den Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 20 kann sich der Bund also nicht stützen.

#### **b) Art. 74 I Nr. 1**

Das Gesetz könnte sich auch auf den Kompetenztitel „Zivilrecht“ stützen, da zu bestimmten Zeiten nichts verkauft werden dürfte. Dies ist hier nicht einschlägig, da der Sinn des Gesetzes der der Gefahrenabwehr ist.

#### **c) Art. 74 I Nr. 11**

Der Bundesgesetzgeber könnte sich auf die Regelungskompetenz des „Rechts der Wirtschaft“ des Art. 74 I Nr. 11 stützen. Fraglich ist, ob sich das Gesetz zur Gefahrenabwehr unter diesem

Titel subsumieren lässt. Die Regelung betreffen, wie die Regierungsfractionen einbringen, unmittelbar die wirtschaftliche Betätigung der Gewerbebetreibenden. Da Art. 74 I Nr. 11 die Gaststätten explizit ausklammert, hat der Bund keine Kompetenz zum Erlass von Regelungen in gastronomischen Betrieben, sowie es das Gesetz vorsieht.

Das Verbot des Branntweinverkaufs in Einzelhandelsgeschäften könnte sich jedoch auf diesen Kompetenztitel stützen. Die Regelung beziehe sich aber ausschließlich auf das Gefahrenabwehrrecht, welches Sache der Länder ist, wendet die Bayerische Landesregierung ein. Der Sinn des Gesetzes ist nicht, das Gewerbe des Alkoholhandels zu ändern, sondern nur die Gefahren, die durch alkoholisierte Fans verursacht werden, abzuwenden. Auch auf diesen Kompetenztitel kann sich der Bundesgesetzgeber nicht stützen.

Ein Fall der konkurrierenden Gesetzgebung des Art. 74 liegt demnach nicht vor.

**d) Art. 73 Nr. 1 (Korrektur: Dies ist ausschließliche Gesetzgebung und müsste vor der konkurrierenden geprüft werden)**

Der Bund könnte jedoch gemäß Art. 73 Nr. 1 die ausschließliche Gesetzgebung (Art. 72, 73) innehaben, wenn sich das FGAG auf den Titel „Schutz der Zivilbevölkerung“ stützen lässt. Es ist jedoch fraglich, ob darunter auch eine „Abwehr von alkoholbedingten Gefahren während Spielen der Fußballbundesliga“ gefasst werden kann. Im Hinblick auf Wortlaut des Art. 73 Nr. 1 lässt sich schließen, dass es um auswärtige Angelegenheiten sowie Verteidigung geht. Der Schutz der Zivilbevölkerung bezieht sich auf die Verteidigung. **(Korrektur: zutreffend, aber noch genauer argumentieren)**. Der Ansicht der Staatsregierung, dass dieser Titel nicht auf den zivilen Sektor von Fußballspielen stützbar ist, ist demnach zu folgen.

Eine ausschließliche Gesetzgebung des Bundes liegt demnach nicht vor.

**e) „Natur der Sache“**

Der Zweck des FGAG ist die Gefahrenabwehr alkoholisierter Fans bei Fußballbundesligaspielen. Der Bund könnte kraft Natur der Sache die Kompetenz zum Erlass einer einheitlichen Regelung haben. Da es hier nicht nur um einzelne Spiele in verschiedenen Bundesländern geht, sondern um die Fußballbundesliga, steht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für das FGAG zu. **(Korrektur: Argumentation zu knapp. Trauen Sie sich, Kompetenzen abzulehnen.)**

**2. Gesetzgebungsverfahren**

Das Gesetzgebungsverfahren müsste ordnungsgemäß durchgeführt worden sein.

**a) Gesetzesinitiative**

Nach Art. 76 I können Gesetzesvorlagen beim Bundestag durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestags oder durch den Bundesrat eingebracht werden. Im konkreten Fall bringt die Bundesregierung den Entwurf beim Bundestag ein.

**b) Beratung und Beschlussfassung**

Probleme könnte sich aber im Bundestag hinsichtlich der Beratung und Beschlussfassung ergeben. Nach § 78 GOBT müssen drei Beratungen (Lesungen) erfolgen, bevor das Bundesgesetz vom Bundestag beschlossen wird. Laut Sachverhalt sind nur zwei Lesungen erfolgt. Ein Verstoß gegen § 78 GOBT führt jedoch nicht zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, da die GOBT keinen Verfassungsrang hat. **(Korrektur: zutreffend, aber knapp, halten Sie sich zudem mehr an den Gutachtenstil)**

Des Weiteren könnte das Gesetzgebungsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sein, weil laut Antragsteller bei der Abstimmung zu wenig Abgeordnete anwesend gewesen

sind. Gemäß Art. 77 werden die Bundesgesetze vom Bundestag geschlossen. Laut Art. 42 II ist zu einem Beschluss des Bundestags die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich. Im konkreten Fall beschließt der Bundestag mit 65 zu 25 Stimmen das Gesetz. Das ist eindeutig die Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

Da nur 90 Abgeordnete anwesend waren, stellt sich die Frage, ob der Bundestag bei der Abstimmung beschlussfähig war. Gem. § 45 I GOBT ist der Bundestag beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder des Bundestags anwesend sind. Gemäß § 1 i.V.m. § 6 V BWahlG gibt es mind. 598 Abgeordnete, also müssten mindestens 299 Abgeordnete anwesend sein. Im konkreten Fall sind aber nur 90 Mitglieder anwesend. Gem. § 45 II GOBT wird die Beschlussfähigkeit jedoch vermutet, wenn nicht zu Beginn der Abstimmung die Beschlussunfähigkeit festgestellt worden ist. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt war der Bundestag also beschlussfähig. Das FGAG ist ordnungsgemäß vom Bundestag beschlossen worden (Art. 77 I).

### **c) Mitwirkung des Bundesrates**

Gegen die Mitwirkung des Bundesrates gem. Art. 77 ist nicht einzuwenden.

### **3. Form**

Das Gesetz wurde ordnungsgemäß vom Bundespräsidenten ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet. In Kraft getreten ist es auch. Damit sind die Formvorschriften des Art. 82 I eingehalten worden.

### **4. Zwischenergebnis**

Das Gesetz ist gem. Art. 78 zustande gekommen. Das Gesetzgebungsverfahren ist ordnungsgemäß durchgeführt worden.

## **II. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Von der materiellen Verfassungsmäßigkeit ist laut Bearbeitervermerk auszugehen.

### **C) Gesamtergebnis**

Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet, er wird nur teilweise Erfolg haben. (**Korrektur: ungenau formuliert**)

### **Kommentar:**

Eine gelungene Arbeit.

Sie prüfen sicher und zutreffend.

Die Zulässigkeit prüfen Sie ordentlich, allerdings gehen Sie davon aus, dass der Antrag schon eingereicht ist.

In der Begründetheit prüfen Sie die Kompetenzen grds. schön, allerdings die konkurrierende Gesetzgebung vor der ausschließlichen und bejahen eine Kompetenz kraft Natur der Sache.

Das Gesetzgebungsverfahren prüfen Sie ebenfalls gut, unterscheiden aber sehr wenig.

Insgesamt daher 14 Punkte

**Klausur 6**

**13 Punkte**

2. Probeklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

PD Dr. Christian von Coelln

Wintersemester 2006/2007

Fachschaft Jura

LMU München

## **Grundkurs im Öffentlichen Recht**

**Wintersemester 2006/07**

### **2. Probeklausur**

Der Bund sieht die mittlerweile von Bundesland zu Bundesland sehr unterschiedlichen Ladenöffnungszeiten mit großer Sorge. Um den vermeintlichen „Wildwuchs“ ein klein wenig zurückzustutzen, erlässt der Bundestag unter ordnungsgemäßer Beteiligung des Bundesrates Anfang Januar 2007 ein „Einkaufsexzess-Begrenzungsgesetz“ (EEBG), das Einzelhandelsbetriebe dazu verpflichtet, ihre Verkaufsstätten mindestens von 23 Uhr abends bis 4 Uhr morgens geschlossen zu halten. Da sich unter den Abgeordneten zudem die Auffassung durchgesetzt hat, dass die zu weit gehende Liberalisierung der Öffnungszeiten ein unerwünschtes Ergebnis der Föderalismusreform aus dem Herbst 2006 sei, enthält das Gesetz eine Bestimmung, nach der es bereits zum 1. Oktober 2006 in Kraft tritt. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur nächtlichen Schließung soll – so das EEBG – von diesem Zeitpunkt an eine Ordnungswidrigkeit darstellen.

In der Öffentlichkeit werden Zweifel geäußert, ob der Bund zum Erlass des EEBG befugt war. Außerdem halten etliche Zeitungen die rückwirkende Geltung des „Strafgesetzes“ für bedenklich.

Der Bundespräsident teilt diese Einwände. Er gibt am 20. Januar 2007 bekannt, dass er das Gesetz nicht ausfertigen werde.

Der Bundestag will sich das nicht gefallen lassen. Er möchte vom Bundesverfassungsgericht überprüfen lassen, ob der Bundespräsident zur Verweigerung der Ausfertigung berechtigt war.

#### **Bearbeitervermerk:**

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten eines Antrags des Bundestags an das Bundesverfassungsgericht.

Für den Bundestag käme es gemäß Art. 93 I Nr.1– soweit kein anderes Gesetz bestimmt ist, handelt es sich bei den zitierten Normen um solche des Grundgesetzes – und §§ 13 Nr.5, 63 ff. BVerfGG in Betracht, ein Organstreitverfahren gegen den Bundespräsidenten einzuleiten.

Der Antrag des Bundestages hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

- I. Zunächst müsste das Bundesverfassungsgericht für Organstreitverfahren zuständig sein. Diese Voraussetzung ist nach Art. 93 I Nr.1; §§ 13 Nr.5 BVerfGG erfüllt.
- II. Des Weiteren müssten der Bundestag als Antragsteller und der Bundespräsident als Antragsgegner parteifähig sein. Parteifähig sind nach Art. 93 I Nr.1 ein oberstes Bundesorgan oder andere Beteiligte, die durch das Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind. § 63 BVerfGG schränkt den Kreis der Parteifähigen zwar ein, doch sind Bundestag und Bundespräsident nach beiden genannten Vorschriften parteifähig.
- III. Zudem müssen die Beteiligten prozessfähig sein. Diese Voraussetzung ist bei natürlichen Personen erfüllt, wohingegen z.B. Kollegialorgane vertreten werden müssen.  
Der Bundespräsident als natürliche Person ist prozessfähig.  
Der Bundestag wird nach § 7 I 1 GOBT durch den Bundestagspräsidenten vertreten, somit ist er auch prozessfähig.
- IV. Weiterhin notwendig ist das Vorliegen eines zulässigen Antragsgegenstands. Ein solcher ist nach Art. 93 I Nr.1 i.V.m. § 64 I jede rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung durch den Antragsgegner.  
Die Verweigerung der Ausfertigung des EEBG durch den Bundespräsidenten ist eine rechtserhebliche Unterlassung.  
Ein zulässiger Antragsgegenstand liegt hiermit vor.
- V. Als weitere Voraussetzung müsste der Antragsteller antragsfähig sein.  
Nach § 64 I BVerfGG ist er antragsbefugt, wenn er die Möglichkeit, durch den Antragsgegner in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten

und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet worden zu sein, plausibel darlegen kann (Möglichkeitstheorie).

Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn eine Verletzung seiner Rechte unter allen Umständen ausgeschlossen wäre.

Im vorliegenden Fall kommt jedoch eine Verletzung des Rechts zur Gesetzgebung (vgl. Art. 76-78, 80 I 1) in Betracht.

Daher ist der Bundestag antragsbefugt.

VI. Zudem muss der Antrag formgerecht eingereicht werden. Nach §§ 23 I, 64 II BVerfGG muss der Antrag schriftlich, begründet, unter Angabe der erforderlichen Beweismittel und unter Bezeichnung der Bestimmung des Grundgesetzes, gegen die verstoßen wird, eingereicht werden.

Der Bundestag muss diese Erfordernisse bei der Stellung des Antrags einhalten.

VII. Ebenfalls zu beachten ist die Einhaltung der Frist, die in § 64 III BVerfGG vorgeschrieben wird: Der Antrag ist binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme dem Antragsteller bekannt geworden ist, einzureichen. Im Falle einer Unterlassung ist der Zeitpunkt, in dem die Maßnahme erstmalig endgültig verweigert wurde, ausschlaggebend für die Fristberechnung. Der Bundestag hat folglich ab dem 20.01.07 noch sechs Monate Zeit, den Antrag zu stellen.

VIII. Schließlich kann noch geprüft werden, ob ein Rechtsschutzbedürfnis des Bundestags vorliegt. In Ermangelung entgegenstehender Hinweise im Sachverhalt ist hiervon auszugehen. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis wird durch Antragsbefugnis indiziert.

IX. Der Antrag des Bundestags wäre somit zulässig.

## B. Begründetheit

Der Antrag des Bundestags wäre begründet, wenn der Bundestag durch die Unterlassung des Bundespräsidenten in den ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten verletzt wäre.

Dies wäre der Fall, wenn der Bundespräsident entweder nicht das Recht hätte, die Ausfertigung von Gesetzen zu verweigern, oder wenn er zwar das Recht hätte, aber das EEBG verfassungsmäßig wäre.

I. Fraglich ist also, ob der Bundespräsident ein Prüfungsrecht hat, das ihn dazu berechtigt, Gesetze nicht auszufertigen.

1. In Betracht kommt zunächst ein formelles Prüfungsrecht.

Ein solches könnte sich aus Art. 82 I 1 ergeben. Dort wird vorgeschrieben, dass der Bundespräsident die nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze ausfertigt.

Daraus folgt, dass der Bundespräsident überprüfen muss, ob die Gesetze nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommen sind (vgl. Art 79).

Der Bundespräsident hat daher ein formelles Prüfungsrecht.

2. Des Weiteren könnte er auch ein materielles Prüfungsrecht haben.

a) Ein solches könnte sich aus dem Amtseid (Art. 56) ergeben. Dort verpflichtet sich der Bundespräsident, das Grundgesetz zu wahren und zu verteidigen. Hätte er die Pflicht zur Prüfung der Gesetze vor der Ausfertigung, würde er durch die Ausfertigung verfassungswidriger Gesetze gegen Art. 56 verstoßen.

Hat er dieses Recht jedoch nicht, verstößt er gerade durch die Verweigerung der Unterschrift gegen Art. 56.

Da hier ein Zirkelschluss vorliegt, kann aus Art. 56 nicht auf ein materielles Prüfungsrecht geschlossen werden.

b) Fraglich ist, ob aus Art. 61 auf ein materielles Prüfungsrecht geschlossen werden kann. Da sich hier ein ähnlicher Zirkelschluss wie oben ergibt, ist auch die Präsidentenanklage kein eindeutiges Indiz für ein materielles Prüfungsrecht.

c) Die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen zuständig ist, könnte gegen ein Prüfungsrecht des Bundespräsidenten sprechen.

a. Allerdings stellt der Bundespräsident durch die Verweigerung der Ausfertigung überhaupt nicht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes fest, sondern er verhindert bereits das Inkrafttre-

ten dieses Gesetzes. Insofern besteht keine direkte Konkurrenz zum BVerfG.

- b. Auch kann gegen die Prüfung durch den Bundespräsidenten nicht eingewendet werden, das BVerfG sei für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit zuständig, weil das BVerfG nicht „automatisch“ jedes Gesetz überprüft, sondern nur auf Antrag tätig wird (wobei der Bundespräsident nicht antragsberechtigt ist, vgl. Art 93 I Nr.1).
- c. Die Aufgabe des BVerfG der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen steht einem Prüfungsrecht des Bundespräsidenten nicht entgegen.
- d) Umgekehrt steht es dem Bundestag offen, gegen das Unterlassen des Bundespräsidenten vor dem BVerfG vorzugehen (wie hier der Fall).
- e) Schließlich wäre es dem Ansehen des Bundespräsidenten als Staatsoberhaupt abträglich, wenn er evident materiell verfassungswidrige Gesetze unterschreiben müsste.
- f) Daher steht dem Bundespräsidenten in Fällen evidenter materieller Verfassungswidrigkeit ein materielles Prüfungsrecht zu.

3. Der Bundespräsident hat also ein formelles und materielles Prüfungsrecht.

II. Fraglich ist nun jedoch, ob das EEBG verfassungsmäßig ist.

- 1. Zunächst müsste es formell verfassungsmäßig sein.
  - a) Dafür müsste der Bund die Kompetenz zu seinem Erlass gehabt haben.
    - a. Grundsätzlich haben die Länder das Gesetzgebungsrecht (Art. 30, 70 I). Sie könnte jedoch gesperrt sein, wenn der Bund von einem Gesetzgebungsrecht abschließend Gebrauch gemacht hätte.
    - b. Er könnte eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz (Art. 70) haben. Dafür müsste ein Titel aus dem Katalog des Art. 72, an anderer Stelle im Grundgesetz oder eine ungeschriebene Kompetenz vorliegen.  
Dies ist nicht der Fall.
    - c. Er könnte jedoch auch eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz (Art. 71) haben. Dafür müsste ein Titel aus Art. 73,

an anderer Stelle im Grundgesetz oder eine ungeschriebene Kompetenz einschlägig sein.

Da das Recht des Ladenschlusses jedoch ausdrücklich aus Art. 74 I Nr.11 ausgenommen ist, liegt keine konkurrierende Kompetenz vor.

d. Das Gesetz ist daher formell verfassungswidrig.

2. Fraglich ist, ob das EEBG materiell den Anforderungen der Verfassung genügt.

In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, da ein Art. 20 III i.V.m. 1 III, 20 II bestimmt und von den Art. 16 II, 28 I vorausgesetzt wird.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich die Forderung nach der Bestimmtheit, Klarheit und Verlässlichkeit der Rechtsordnung.

Aus dem Gebot der Verlässlichkeit der Rechtsordnung ergibt sich das Verbot der echten (retroaktiven) Rückwirkung.

Eine solche liegt vor, wenn der Gesetzgeber an Sachverhalte, die in der Vergangenheit begonnen und abgeschlossen wurden, nachträglich ungünstigere Rechtsfolgen knüpft. Echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig.

Fraglich ist nun, ob das EEBG einen Fall echter Rückwirkung darstellt.

- a) Wie oben dargestellt, müssten die Rechtsfolgen für Sachverhalte gelten, die in der Vergangenheit begonnen wurden.

Da das EEBG nachträglich zum 1.10.06 wirken soll, ist dieses Merkmal erfüllt.

- b) Zudem müssten die Sachverhalte auch in der Vergangenheit abgeschlossen worden sein.

a. Dagegen spricht, dass das EEBG auch für die Zukunft gilt und die (meisten) Ladenbesitzer ihre Läden auch in der Zukunft öffnen werden.

b. Dafür spricht jedoch, dass die Öffnung der Läden seit 1.10.06 insoweit jeden Tag abgeschlossen werden, dass sich daran im Nachhinein nichts mehr ändern lässt.

c. Die Sachverhalte wurden somit in der Vergangenheit abgeschlossen.

- c) Schließlich müssten sich bei dem Unter-Straße-Stellen der Ladenöffnung zu bestimmten Zeiten um eine ungünstigere Rechtsfolge als die Nichtbestrafung handeln. Auch diese Voraussetzung ist erfüllt.
- d) Das EEBG stellt also einen Fall echter Rückwirkung dar. Daher verstößt es gegen das Rechtsstaatsprinzip und ist somit materiell verfassungswidrig.

3. Das EEBG ist sowohl formell als auch materiell verfassungswidrig.

III. Der Bundespräsident hat somit das Recht, die Ausfertigung des EEBG zu verweigern.

### C. Ergebnis

Der Antrag des Bundestags ist zwar zulässig, aber unbegründet. Er hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

**=> Eine recht erfreuliche Arbeit. 13 Punkte.**

**Klausur 7**

**15 Punkte**

2. Probeklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

PD Dr. Heike Krieger

Wintersemester 2005/2006

Fachschaft Jura

LMU München

**PD Dr. Heike Krieger**  
**Grundkurs Öffentliches Recht**  
**Wintersemester 05/06**

**2. Probeklausur am 27.01.06**  
**Studentische Lösung: 15 Punkte**

**Sachverhalt ( fiktiv )**

***Teil I:***

Die Bundesregierung möchte erreichen, dass die Hochschulen bis zum ersten berufsqualifizierenden Abschluss keine Studiengebühren erheben. Zu diesem Zweck soll

§ 5a in das Hochschulrahmengesetz (HRG) eingefügt werden, der ein Studiengebührenverbot für das Erststudium beinhaltet. Damit soll das Ziel verfolgt werden, möglichst breiten Kreisen der Bevölkerung den Zugang zum Hochschulstudium zu eröffnen und damit der Herstellung bzw. Bewahrung gleichwertiger Lebensverhältnisse dienen.

Die Bundesregierung bringt daher einen Gesetzesentwurf - nach vorheriger Zuleitung an den Bundesrat - in den Bundestag ein. Der Bundestag beschließt mit der Mehrheit seiner Mitglieder, in das HRG den neuen § 5a einzufügen, wobei das Gesetzesvorhaben zuvor in drei Lesungen beraten wurde. Der Bundestagspräsident leitet den Gesetzesbeschluss dann dem Bundesrat zu. Im Bundesrat wird dieser kontrovers diskutiert. Schließlich legt der Bundesrat mit 2/3 Mehrheit Einspruch gegen das Vorhaben ein. Der Einspruch des Bundesrates wird von der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages zurückgewiesen. Der Bundespräsident fertigt das Gesetz nach Gegenzeichnung aus. Das Gesetz wird im Bundesgesetzblatt verkündet.

Die Landesregierung X hat an der Verfassungsmäßigkeit des § 5 a HRG Zweifel. Zweifelhaft sei zum einen, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zustehe. § 5a HRG regle wohl nicht nur allgemeine Grundsätze. Zudem sei die Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung fraglich. Der Aspekt, dass Unterschiede in der Erhebung von Studiengebühren zwischen den Ländern erhebliche Wanderungsbewegungen der Studierenden auslösen könnten und es dadurch zu Kapazitätsengpässen und Qualitätsverlusten der studiengebührenfreien Hochschulen kommen könne, rechtfertige eine bundeseinheitliche Regelung nicht. Zu berücksichtigen seien nämlich auch Faktoren, die solche Bewegungen ausgleichen können. So sei denkbar, dass

Hochschulen in Ländern ohne Gebühren durch Überbelegung unattraktiver würden und dass Hochschulen in Ländern ohne Gebühren ihr Lehrangebot verbessern und dadurch attraktiver werden könnten.

Dass es zu Wanderbewegungen zwischen den Ländern kommen könnte, sei dem bundesstaatlichen System immanent. Zum anderen ist sich die Landesregierung nicht sicher, ob das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß abgelaufen ist. Es hätte über die Zustimmungsbedürftigkeit des § 5 a HRG nachgedacht werden müssen, jedenfalls sei aber ja Einspruch eingelegt worden. Daher stellt die Landesregierung X beim Bundesverfassungsgericht einen Antrag auf „Überprüfung des neuen § 5a HRG“.

Die Bundesregierung macht hingegen deutlich, dass die Frage, ob die Studierenden eine Studiengebühr zu entrichten haben, die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens

betreffe. Außerdem führe die Mehrbelastung, die durch die Erhebung von Studiengebühren

entstehe, dazu, dass Studierende aus weniger privilegierten Verhältnissen in diesen Ländern

nicht mehr an Hochschulen studieren könnten. Ein Zustimmungsgesetz liege keinesfalls vor.

In Frage käme nur Art. 84 I GG. Es gehe hier aber ja gerade nicht um die Einrichtung von

Behörden. Vielmehr enthalte § 5 a HRG eine materiell-rechtliche Regelung, nämlich ein Verbot von Studiengebühren für das Erststudium.

**Bearbeitervermerk:** Prüfen Sie gutachterlich die Erfolgsaussichten des gestellten Antrags! Unterstellen Sie, dass § 5 a HRG materiell verfassungsgemäß ist.

## **Teil II:**

Der Bundespräsident hält § 5a HRG für formell und materiell verfassungswidrig. Kann der Bundespräsident die Ausfertigung verweigern?

Könnte er die Ausfertigung auch dann verweigern, wenn er das Gesetz nur für materiell verfassungswidrig hält und dieses auch nur materiell verfassungswidrig ist?

## **Lösung**

### Teil I

Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

Der Antrag ( abstrakte Normenkontrolle ) ist zulässig, wenn die Voraussetzungen des

Art. 93 I Nr. 2 GG sowie der §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG vorliegen. [ **es fehlt: Zuständigkeit des BverfG** ]

#### I. Antragsberechtigung

Die Antragsstellerin müsste antragsberechtigt sein, Art. 93 I Nr. 2 GG sowie §76 I BVerfGG. Dies sind abschließend die Bundesregierung, eine Landesregierung und ein Drittel der Mitglieder des Bundestages. Die Landesregierung X ist damit antragsberechtigt.

#### II. Antragsgegenstand

Ferner müsste ein zulässiger Antragsgegenstand vorliegen, Art. 33 I Nr. 2 GG, §76 I BVerfGG, d.h. Bundes- oder Landesrecht. Das HRG ist als Bundesgesetz Bestandteil des Bundesrechts und damit zulässiger Antragsgegenstand.

#### III. Antragsbefugnis

Art. 93 I Nr. 2 GG verlangt, dass der Antragssteller Zweifel über die förmliche und sprachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht hat.

§76 I BVerfGG fordert darüber hinaus, dass der Antragssteller es für nichtig halte.

§76 I BVerfGG legt also einen engeren Maßstab an als Art. 93 I Nr. 2 GG.

Fraglich ist, ob nun schon Zweifel als zulässiger Antragsgrund ausreichen können.

Im Grundsatz konkretisiert das BVerfGG die Anforderungen des Grundgesetzes.

Hier hat es aber dem Wortlaut des Art. 93 I Nr. 2 GG, nach dem Zweifel genügen, eindeutig überschritten. Art. 93 I Nr. 2 GG geht als (höherrangiges) Verfassungsrecht §76 I BVerfGG vor. Damit sind auch Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Antragsgegenstandes ausreichend.

Im konkreten Fall hat die Landesregierung X gerade solche Zweifel an Verfassungsmäßigkeit des §5a HRG. Sie ist daher antragsberechtigt.

#### IV. Objektives Klarstellungsinteresse

Weiter bedarf es eines (objektiven) Klarstellungsinteresses. Dieser wird regelmäßig durch die Antragsbefugnis indiziert. Lediglich solche Fälle sollen „herausfallen“, in der das BverfG etwa bereits außer Kraft getretene oder gegenstandslose Normen überprüfen müsste. [ **bzw. wenn Rechtsfrage bereits in einem Parallelverfahren entschieden wurde** ]

Im vorliegenden Fall ist dem Sachverhalt nichts zu entnehmen, dass die Vermutung des Klarstellungsinteresses widerlegen würde. Diese Voraussetzung ist also gegeben.

#### V. Form

Der Antrag müsste schriftlich gestellt und begründet worden sein, §23 I BverfGG. Von der Einhaltung dieses Formerfordernisses kann ausgegangen werden.

#### VI. Frist

Der Einhaltung einer Frist bedarf es nicht.

#### VII. Zwischenergebnis Zulässigkeit

Der Antrag erfüllt die Voraussetzungen des Art. 93 I Nr. 2 GG sowie der §§13 Nr. 6, 76 ff. BverfGG und ist somit zulässig.

#### B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn §5a HRG formell oder materiell mit dem Grundgesetz unvereinbar ist.

##### I. formelle Verfassungswidrigkeit

§5a HRG ist formell verfassungswidrig, wenn es nicht nach dem Gesetzgebungsvorschriften des Grundgesetzes zustande gekommen ist.

##### 1. Zuständigkeit [ **besser Gesetzgebungskompetenz** ]

Zunächst müsste der Bund zum Erlass des §5a HRG befugt gewesen sein.

Grundsätzlich sind die Länder zur Gesetzgebung befugt, wenn nicht das Grundgesetz dem Bund ausdrücklich Gesetzgebungskompetenzen zuweist ( Art. 70 I GG ).

Dem Bund könnte hier das Recht zur Gesetzgebung aus Art. 75 I 1 Nr. 1a GG erwachsen.

(1) Dazu müsste §5a HRG zunächst einmal die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens regeln. §5a beinhaltet ein Studiengebührenverbot für das Erststudium. Zweifelsohne wird damit das Hochschulwesen geregelt. Fraglich ist

aber, ob damit lediglich allgemeine Grundsätze geregelt werden. Dies konkretisiert Art. 75 II GG: Rahmenvorschriften dürfen grundsätzlich gerade nicht in Einzelheiten gehende Regelungen enthalten. Dem Landesgesetzgeber muss also noch ein gewisser eigenständiger Entscheidungsspielraum verbleiben. Rahmenvorschriften müssen in der Regel ausfüllungsfähig und ausfüllungsbedürftig sein. §5a HRG verbietet Studiengebühren für das Erststudium absolut; insoweit bleibt dem Landesgesetzgeber keinerlei Spielraum. Dies kann jedoch in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein. Das Ziel, das der Bund verfolgt, möglichst breiten Kreisen der Bevölkerung den Zugang zum Hochschulstudium zu eröffnen, kann aus seiner Sicht nur so erreicht werden. Es ist durchaus einsichtig, dass – dieser Argumentation folgend – damit jegliche Form von Studiengebühren verboten bleiben müsse. In diesem Fall war der Bund berechtigt, trotz der Beschränkung auf die allgemeinen Grundsätze ein absolutes Studiengebührenverbot für das Erststudium zu erlassen.

Dem Landesgesetzgeber verbleibt ja immerhin noch ein Entscheidungsspielraum bezüglich des Langzeit- oder Zweitstudiums.

(2) Von der Rahmengesetzgebungskompetenz darf der Bund jedoch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des Art. 72 II GG Gebrauch machen. Danach müsste das bundesweite Studiengebührenverbot für das Erststudium des §5a HRG zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit erforderlich sein.

Die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit kommt nicht in Betracht.

Jedoch könnte das Studiengebührenverbot zur Herstellung / Bewahrung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich gewesen sein.

(a) Dafür spricht, dass es durch unterschiedliche Studiengebührenregelungen zu Wanderungsbewegungen der Studierenden innerhalb des Bundesgebietes kommen könnte. Dies brächte evtl. Kapazitätsengpässe und Qualitätsverluste mit sich. Andere Länder seien dann – gegen ihren Willen – genötigt, ebenso Studiengebühren einzuführen. Ferner muss bundeseinheitlich dafür gesorgt werden, dass alle Bevölkerungsschichten gleichen Zugang zu den Hochschulen – unabhängig von der finanziellen Lage – hätten. Nur so könnten gleichwertige Lebensverhältnisse erhalten bleiben.

(b) Dagegen spricht, dass gar nicht sicher ist, dass tatsächlich solche Wanderungsbewegungen entstehen. Studierende wählen ihre Hochschule ganz sicher nicht nur nach dem Aspekt der Studiengebühren, sondern vielmehr nach dem Lehrangebot, der Qualität oder auch etwa der Lebensqualität am

Hochschulort. Gerade das Argument durch Studiengebühren werden solche Hochschulen durch bessere Studienbedingungen attraktiv, ist gut nachvollziehbar. Gerade viele Deutsche studieren aufgrund von Engpässen in Deutschland in Österreich – trotz Studiengebühren dort.

(c) Letzterer Auffassung ist zu folgen: Die Herstellung / Bewahrung gleichwertiger Lebensverhältnisse setzt voraus, dass eine das bundesstaatliche Sozialgefüge in erheblicher Weise belastende Auseinanderentwicklung der Lebensverhältnisse vorliegt oder sich konkret abzeichnet. Sie liegt ganz sicher noch nicht vor. Aus unter (b) aufgeführten Argumenten ist jedoch auch deutlich, dass sie sich wenigstens nicht konkret abzeichnet.

Die Regelung des §5a ist also nicht zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich. Damit darf der Bund von seiner Rahmengesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch machen. [ **vertretbar** ]

## 2. Verfahren

Ferner müsste das Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 76 ff. GG vonstatten gegangen sein.

(1) Die Gesetzesinitiative wurde von der Bundesregierung eingebracht, Art. 76 I Var. 1 GG. Sie wurde gem. Art 76 II 1 GG dem Bundesrat vorher zugeleitet.

(2) Der Bundestag wurde schließlich gem. der GOBT in drei Lesungen beraten und schließlich gem. Art. 77 I 1 GG von der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages beschlossen. Sodann wurde das Gesetz nach Art. 77 I 2 GG vom Präsidenten des Bundestages dem Bundesrat zugeleitet.

(3) Fraglich ist zunächst, ob es sich bei dem Hochschulrahmengesetz bzw. dessen Änderungsgesetz um ein Zustimmungsgesetz i.S.d. Art. 77 Abs. 2a und 3 GG handelt.

Grundsätzlich ist ein Gesetz lediglich Einspruchsgesetz, wenn nicht das Grundgesetz die Zustimmung des Bundesrats vorschreibt.

In Betracht käme allenfalls Art. 84 I GG. Es handelt sich jedoch um eine rein materiell-rechtliche Regelung, auf die Art. 84 I GG nicht anwendbar ist. Das Gesetz bedurfte daher nicht der Zustimmung des Bundesrates.

Der Bundesrat hat jedoch gegen das Änderungsgesetz Einspruch eingelegt. Art. 77 III 1 GG verlangt jedoch als Voraussetzung zur Einlegung des Einspruchs die vorherige Beendigung des Vermittlungsausschussverfahrens ( Art. 77 II GG ). Diesen hatte der Bundesrat jedoch nicht angerufen. Der Einspruch ist damit

unzulässig und unwirksam. Er gilt somit als nicht erfolgt.

Der Zurückweisung des Einspruchs durch den Bundestag ( Art. 77 IV GG), der im übrigen mit 2/3 Mehrheit hätte erfolgen müssen, bedurfte es daher nicht.

Gem. Art. 78 GG ist das §5a HRG mangels wirksamen Einspruchs des Bundesrates zustande gekommen.

### 3. Form

Das Änderungsgesetz wurde gem. Art. 82 I 1 GG vom Bundespräsidenten nach Gegenzeichnung ( Art. 58 I 1 GG ) ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet.

### 4. Zwischenergebnis formelle Verfassungsmäßigkeit

Dem Bund steht mangels Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung i.S.d. Art 72 II GG das Recht zur Gesetzgebung nicht zu. Das Gesetz ist damit formell verfassungswidrig.

### II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Von der materiellen Verfassungsmäßigkeit ist laut Bearbeitervermerk auszugehen.

### III. Zwischenergebnis Begründetheit

§5a HRG ist formell verfassungswidrig. Der Antrag ist damit begründet.

### C. Ergebnis

Der Antrag ist zulässig und auch begründet. Gem. §78 I 1 BverfGG wird das BverfG

§5a HRG wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz für nichtig erklären.

## **Teil II**

Der Bundespräsident kann die Ausfertigung verweigern, wenn das GG ihm dazu das Recht/ die Befugnis verleiht.

(1) Relativ unstrittig ist, dass der Bundespräsident im Falle formeller Verfassungswidrigkeit die Ausfertigung verweigern kann. Art. 82 I 1 GG spricht von der Ausfertigungspflicht des Bundespräsidenten, wenn das Gesetz nach den Vorschriften des GG zustanden gekommen ist. Einigkeit besteht darin, dass mit „den Vorschriften des GG“ jedenfalls die unmittelbar vorhergehenden Artikel des VII. Abschnitts gemeint sind

( Art. 77 ff. GG ). Ob das Gesetz auch noch materiell verfassungswidrig ist oder nicht, ist im Falle formeller Verfassungswidrigkeit unerheblich. Der Bundespräsident könnte also die Ausfertigung des Änderungsgesetzes des HRG verweigern.

(2) Strittig ist hingegen, ob der Bundespräsident die Ausfertigung auch im Falle bloßer materieller Verfassungswidrigkeit verweigern darf.

Der Wortlaut des Art. 82 I 1 GG ist wie bereits oben angedeutet nicht eindeutig. Bezieht sich der Ausdruck „nach den Vorschriften“ nur auf den VII. Abschnitt oder auf das gesamte Grundgesetz?

(a) Für eine Beschränkung auf den VII. Abschnitt, d.h. ein formelles Prüfungsrecht, spricht, dass es oft gar nicht eindeutig ist, ob ein materieller GG – Verstoß vorliegt. Soll sich der Bundespräsident also über den Willen von Bundestag und Bundesrat, zwei gleichrangige Verfassungsorgane, hinwegsetzen können?

Aus der Gesamtstellung des Bundespräsidenten im Verfassungsgefüge ergibt sich seine Beschränkung auf die rein repräsentative Funktion. Er ist bewusst ( Erfahrung der Weimarer Republik ) mit geringer Machtbefugnis ausgestattet worden. Auch dies spricht für eine Beschränkung auf ein formelles Prüfungsrecht (systematisches Argument).

Sinn und Zweck des Art. 82 GG ist außerdem, lediglich den Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zu dokumentieren und die Übereinstimmung des Wortlautes des Gesetzesbeschlusses mit der Ausfertigung ( „Notarfunktion“, teleologisches Argument ).

Durch seine Unterschrift soll der Bundespräsident die Verbindlichkeit des Gesetzes für alle als Staatsoberhaupt unterstreichen.

Zudem könnte sonst die Funktion des BverfG mit dem Verwerfungsmonopol unterlaufen werden, wenn Gesetze schon am Bundespräsidenten scheitern.

(b) Andererseits verbleibt im Falle der Nicht-Ausfertigung durch den Bundespräsidenten die Möglichkeit der Organklage vor dem BverfG. Die Stellung der anderen Verfassungsorgane Bundestag, Bundesrat und BverfG wird also nicht ausgehöhlt.

Unter der Herrschaft des GG kann es nicht angehen, dass ein Verfassungsorgan wie der Bundespräsident von Verfassungs wegen dazu verpflichtet ist, verfassungswidrige Gesetze passieren zu lassen.

Aus seiner gleichrangigen Stellung mit den anderen Verfassungsorganen ergibt

sich sein von Bundestag und Bundesrat unabhängiges Prüfungsrecht.

(c) Es ist letzter Auffassung zu folgen. Der Bundespräsident kann unter der Herrschaft des GG nicht verpflichtet sein, verfassungswidrige Gesetze zu erlassen.

Der Ausdruck „nach den Vorschriften“ in Art. 82 bezieht sich also auf das gesamte Grundgesetz. Er kann daher auch im Falle bloßer materieller Verfassungswidrigkeit die Ausfertigung verweigern.

**Korrekturanmerkung:**

**Eine gelungene Arbeit. 15 Punkte.**

**Klausur 8**

**12 Punkte**

1. Grundkursklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

Prof. Dr. Jens Kersten

Sommersemester 2010

Fachschaft Jura

LMU München

**Grundkursklausur Ö-Recht  
Sommersemester 2010  
Prof. Kersten/ Papier/ Koriath**

Der Häftling B verbüßt eine langjährige Freiheitsstrafe in der Justizvollzugsanstalt J. Bei dieser Haftanstalt handelt es sich um eine Einrichtung mit zwei getrennten Hafthäusern, wobei ein Haus ausschließlich mit männlichen, das andere Haus ausschließlich mit weiblichen Gefangenen belegt ist. Für das gesamte Anstaltsgelände gilt die höchste Sicherheitsstufe des Strafvollzugs.

B erfährt im Jahr 2009 von „Vergünstigungen“ für weibliche Gefangene. Diese dürfen nach ständiger Praxis des Haftvollzugs eigenes Geld aufwenden, um monatlich bis zu 30,- € für Telefonate an einem speziell im Hafthaus eingerichteten Gefangenen-Fernsprechgerät auszugeben. Zudem können diese monatlich für 25,- € Kosmetikartikel kaufen. Ein Antrag des B, ebenfalls Telefonzeiten und Kosmetikartikel zu erwerben, wird vom Leiter der Anstalt abgelehnt. Auch die gegen die Ablehnungsentscheidung gerichtete Klage des B bleibt in allen Instanzen erfolglos.

Das letztinstanzliche Gericht begründet seine Entscheidung damit, dass kein Rechtsanspruch auf die beantragten Leistungen bestehe:

§ 32 Satz 1 StVollzG sehe lediglich die Möglichkeit der Gestattung von Telefonaten vor. Im Hafthaus des B stünden jedoch anders als im Hafthaus der weiblichen Gefangenen keine speziellen Gefangenenfernsprechgeräte zur Verfügung. Die männlichen Gefangenen müssten vielmehr für Dienstgespräche der Anstaltsmitarbeiter bestimmte Telefone benutzen, so dass die Situation nicht vergleichbar sei. Darüber hinaus müssten vielmehr für Dienstgespräche der Anstaltsmitarbeiter bestimmte Telefone benutzen, so dass die Situation nicht vergleichbar sei. Darüber hinaus müssten Telefonate männlicher Gefangener wegen deren Gefährlichkeit zudem jeweils überwacht werden, so dass es sich um einen erheblichen personellen wie räumlichen Vollzugsaufwand handele. Außerdem müsse berücksichtigt werden, dass die Gestattung zugunsten des B unzählige weitere Häftlinge zu entsprechenden Anträgen bewegen würde, was den Aufwand noch einmal drastisch erhöhe.

Auch die Beschränkung des Kosmetikeinkaufs auf weibliche Gefangene sei gem. § 22 StVollzG rechtmäßig, da mit dieser Einschränkung des Warenangebots den „Besonderheiten des Frauenvollzugs“ Rechnung getragen werde. Es handele sich dabei „aufgrund der grundsätzlichen Unterscheide zwischen Männern und Frauen“ nicht um vergleichbare Sachverhalte. Jedenfalls sei die Bevorzugung der weiblichen Gefangenen gerechtfertigt, denn eine solche Praxis entspreche „dem üblichen Gebrauch auch außerhalb der Anstalt, da das Erfordernis von Kosmetika bei weiblichen Personen offensichtlich einem erhöhten natürlichen Bedürfnis entspricht“.

Diese Urteile will B nicht hinnehmen. Deshalb wendet er sich mit form- und fristgerechter Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht. Er macht geltend, er sei in seinem Recht auf Gleichbehandlung verletzt: Was seitens der Anstaltsleitung den Frauen innerhalb des geschlossenen Vollzugs an Vergünstigungen gewährt werde, dürfe ihm als Mann nicht vorenthalten bleiben. Dies gelten bei den Telefonaten umso mehr, als – was zutrifft – in der Haftanstalt ausschließlich Schwerkriminelle der höchsten Sicherheitsstufe untergebracht seien, so dass keine unterschiedlichen Sicherheits- bzw. Sicherheitsstufe gegenüber Männern und Frauen bestünden. Hinsichtlich des Gebrauchs von Kosmetik genüge ein Blick auf das geänderte Konsumverhalten und die sich auch an Männer richtende Werbung der Kosmetikindustrie, um zu erkennen, dass grundsätzliche Unterschiede zwischen Männern und Frauen nicht bestünden.

**Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?**

### **Bearbeitervermerk:**

Bitte prüfen Sie gutachterlich die Zulässigkeit und Begründetheit. Gehen Sie dabei auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – ein. Dastellung zu § 93a BVerfGG (Annahme zur Entscheidung) sind entbehrlich.

§ 32 Satz 1 StVollzG lautet:

„Dem Gefangenen kann gestattet werden, Ferngespräche zu führen oder Telegramme aufzugeben.“

§ 22 StVollzG lautet auszugsweise:

„(1) Der Gefangene kann sich [...] aus einem von der Anstalt vermittelten Angebot Nahrungs- und Genußmittel sowie Mittel zur Körperpflege kaufen. Die Anstalt soll für ein Angebot sorgen, das auf Wünsche und Bedürfnisse der Gefangenen Rücksicht nimmt.

(2) Gegenstände, die die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt gefährden, können vom Einkauf ausgeschlossen werden.“

Weitere einfachgesetzliche Ausgestaltungen des Strafvollzugs durch das StVollzG sind für die Bearbeitung außer Acht zu lassen.

Die Verfassungsbeschwerde des B hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A) Zulässigkeit

##### I. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des BVerfGG ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8, 90ff BVerfGG. [-> **Verfassungsbeschwerde**]

##### II. Beschwerdefähigkeit

B müsste zunächst beschwerdefähig sein. Nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90ff BVerfGG kann jedermann Verfassungsbeschwerde erheben, d.h. jeder Grundrechtsträger. B ist als natürliche Person Träger von Grundrechten und damit beschwerdefähig.

##### III. Beschwerdegegenstand

Des Weiteren müsste ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen.

Beschwerdegegenstand ist nach § 90 I BVerfGG jeder Akt öffentlicher Gewalt, also jede Maßnahme der Exekutive, Legislative oder Judikative. Ein derartiger Akt öffentlicher Gewalt ist durch die letztinstanzliche Entscheidung (Maßnahme der Judikative) gegeben.

Damit liegt ein tauglicher Beschwerdegegenstand vor. [**Auch richtet sich B gegen den Ablehnungsbescheid**]

##### IV. Beschwerdefähigkeit [befugnis]

B müsste beschwerdefähig sein, d.h. die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung geltend machen können. Die geltend gemachte Grundrechtsverletzung müsste den B zudem selbst, gegenwärtig und unmittelbar betreffen.

##### 1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Die behauptete Grundrechtsverletzung müsste möglich sein, d.h. nicht von vornherein unter jedem Gesichtspunkt ausgeschlossen sein. Hier kann nicht von vornherein ausgeschlossen werde, dass B durch die Urteile in seinem Grundrecht aus Art. 3 III GG verletzt worden ist.

##### 2. Selbstbetroffenheit

Selbst betroffen ist derjenige der sich auf die Verletzung eigener grundrechtlicher Positionen beruft. Die mögliche Verletzung von Art. 3 III GG betrifft B in eigener Person, also selbst.

### 3. gegenwärtige Beschwer

Zudem müsste die Beschwer gegenwärtig sein, also den Beschwerdeführer schon oder noch betreffen. Die Entscheidung des letztinstanzlichen Gerichts entfaltet bereits jetzt Rechtswirkung für B.

Die Beschwer ist gegenwärtig.

### 4. unmittelbare Beschwer

Die Beschwer ist unmittelbar, da sie ohne weitere Vollzugsakte auf B wirkt.

### 5. Zwischenergebnis

B ist beschwerdebefugt.

## V. Rechtswegerschöpfung

Nach § 90 II BVerfGG kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Laut Sachverhalt hat B alle Möglichkeiten des Rechtswegs erschöpft.

## VI. Subsidiarität

Da andere Möglichkeiten, die Grundrechtsverletzung aus dem Weg zu schaffen, nicht ersichtlich sind, ist auch der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt.

## VII. Form und Frist

Der Antrag ist gem. § 23 I 1 BVerfGG schriftlich und begründet (§§ 23 I 2, 92 BVerfGG) beim Bundesverfassungsgericht einzureichen. Zudem muss er fristgerecht, also binnen Monatsfrist (§ 93 I 1 BVerfGG) seit dem letztinstanzlichen Urteil eingereicht werden.

Form und Frist wurden laut Sachverhalt gewahrt.

## VIII. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

## B) Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn B durch das Urteil tatsächlich in seinem Grundrecht aus Art. 3 III GG verletzt ist.

Gem. Art. 3 III 1 GG darf niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden. Im vorliegenden Fall könnten jedoch die weiblichen Gefangenen in der Justizvollzugsanstalt J bevorzugt behandelt werden.

B ist in seinem Grundrecht aus Art. 3 I GG verletzt, wenn der Gesetzgeber eine Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen vornimmt, die verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

### I. Ungleichbehandlung

Für eine Verletzung des Art. 3 III GG müsste zunächst eine Ungleichbehandlung vorliegen. Eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung ist gegeben, wenn sich zu der von der Regelung erfassten Gruppe eine Vergleichsgruppe bilden lässt, die durch die Regelung anders behandelt wird als die Ausgangsgruppe, obwohl beide Gruppen durch ein gemeinsames Merkmal einem einenden Oberbegriff unterstellt werden können.

Im vorliegenden Fall haben die Betroffenen alle das gleiche Merkmal. Der Oberbegriff ist hier „Häftlinge der Justizvollzugsanstalt J **[mit gleicher Sicherheitsstufe]**“. Jedoch werden Männer und Frauen unterschiedlich behandelt. Denn Frauen bekommen Vergünstigungen, sie dürfen monatlich 30€ für Telefonate und 25€ für Kosmetikartikel ausgeben. Der Antrag des B, dies ebenfalls zu dürfen wird vom Leiter der Anstalt J abgelehnt. Demnach werden Frauen in der Haftanstalt bevorzugt behandelt.

Eine Ungleichbehandlung nach Geschlecht ist somit gegeben.

## II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob diese Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

### 1. Rechtfertigungsmaßstab

Fraglich ist, an welchem Rechtfertigungsmaßstab sich die Ungleichbehandlung messen lassen muss. In Frage kommen Art. 3 II oder III GG.

Art. 3 II GG ist das allgemeine Gleichberechtigungsverbot.

Art. 3 III 1 GG ist spezieller und verbietet dem Staat Menschen wegen ihres Geschlechts zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Prüfungsmaßstab ist demnach Art. 3 III GG. **[gut!]**

Eine Ungleichbehandlung nach Geschlecht kann nur durch zwingende schwerwiegende Gründe gerechtfertigt werden. Dies wären Unterscheidungen aufgrund objektiver biologischer Unterschiede oder wenn durch die Ungleichbehandlung eine Annäherung an das Gleichberechtigungsgebot von Art. 3 II 1 GG erreicht wird. Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall die Ungleichbehandlung ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann.

### 2. Rechtfertigung wegen objektiver biologischer Unterschiede und technischer Unterschiede in Bezug auf die Telefonate

Es müsste ein biologischer Unterschied bestehen, der es rechtfertigt, den Frauen zu genehmigen monatlich 30€ für Telefonate auszugeben und männlichen Gefangenen dies nicht zu gestatten. § 32 S.1 StVollzG sieht die Möglichkeit der Gestattung von Telefonaten vor. Dem Wortlaut nach unterscheidet diese Norm nicht nach Geschlecht. Demnach können Hafthäuser Gefangen fernsprechgeräte zur Verfügung stellen. Es besteht aber keine Pflicht. Biologische Gründe warum Telefonate den Frauen gewährt werden sollten und den Männern nicht, sind nicht ersichtlich.

Fraglich ist ob technische Gründe vorliegen. Im Hafthaus der weiblichen Gefangenen steht ein Gefangen fernsprechgerät zur Verfügung, in dem der männlichen jedoch nicht. Dies stellt eine Ungleichbehandlung dar. Somit liegen technische Gründe vor, jedoch könnte man auch im Hafthaus des B einen anbringen oder es den Frauen auch verbieten. Dass die Telefonate männlicher Gefangener wegen deren Gefährlichkeit überwacht werden müssen ist kein stichhaltiges Argument, da für das gesamte Anstaltsgebäude höchste Sicherheitsstufe gilt, somit auch für die Frauen. Würde von den Frauen keine Gefährlichkeit ausgehen würden sie nicht in der Anstalt sitzen.

Auch wenn unzählige weitere Häftlinge wie B auch einen Anspruch auf Telefonzeiten erheben würden, müsste ihnen dies gewährt werden, da in dem Hafthaus der Frauen auch alle Gefangenen Telefonzeiten zur Verfügung haben.

Es ist kein erheblicher Aufwand Telefone anzubringen. Es gibt weder technische noch biologische Gründe die rechtfertigen, den Frauen monatliche Telefonzeiten zu gewähren und den männlichen Gefangenen nicht.

### 3. Rechtfertigung wegen objektiver biologischer und technischer Unterschiede hinsichtlich von Kosmetikartikeln

Fraglich ist, ob die Beschränkung des Kosmetikeinkaufs auf weibliche Gefangene gerechtfertigt ist. Technische Gründe, warum Frauen Kosmetikartikel kaufen dürfen sollten und Männer nicht, sind nicht ersichtlich. Fraglich ist, ob es zwingende biologische Gründe dafür gibt. §22 StVollzG unterscheidet nicht zwischen Männern und Frauen. Demnach ist es Gefangenen erlaubt, Mittel zur Körperpflege zu kaufen.

Besonderheiten des Frauenvollzugs darf es nicht geben **[Das kommt drauf an]** Auch ist die Bevorzugung nicht aus dem Grund gerechtfertigt, dass Frauen mehr Kosmetika benötigen als Männer, da es sowohl Frauen als auch Männer gibt, die viel Kosmetik verwenden. **[Zudem geht es nicht um tradierte Rollenbilder]** Heutzutage benötigen viele Männer sogar mehr als Frauen. Hier darf also nicht unterschieden werden.

Die Ungleichbehandlung hinsichtlich der Kosmetika ist nicht gerechtfertigt.

#### 4. Rechtfertigung wegen Art. 3 II GG [Art. 3 III ist spezieller]

Weder die Bevorzugung weiblicher Gefangener hinsichtlich der monatlichen Telefonzeiten noch hinsichtlich der Kosmetikartikel wirkt auf das Gleichberechtigungsgebot hin.

Die Ungleichbehandlung kann auch demnach nicht gerechtfertigt werden.

#### III. Zwischenergebnis

Die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen in der Haftanstalt ist nicht gerechtfertigt.

#### C) Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet.

**Eine gelungene Arbeit. Sie erkennen die meisten Probleme und lösen diese zutreffend. Schön erkennen Sie den korrekten Rechtfertigungsmaßstab und argumentieren entsprechend. Diese Argumentation ist stichhaltig und logisch aufgebaut. An manchen Stellen hätten sie noch mehr schreiben.**

**12 Punkte**

**Klausur 9**

**14 Punkte**

1. Grundkursklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

Prof. Dr. Moris Lehner

Sommersemester 2008

Fachschaft Jura

LMU München

Grundkurs Öffentliches Recht SS 2008

1. Grundkursklausur

Studentische Lösung: 14 Punkte

**„Tempolimit“**

Der Bundestag beschließt ein Gesetz, in dem durch einen neuen § 1 a StVG ein allgemeines, auch auf Autobahnen geltendes Tempolimit von 120 km/h eingeführt werden soll. Verstöße gegen das Tempolimit werden als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße geahndet.

Geschützt werden sollen durch die Regelung insbesondere besonnene Verkehrsteilnehmer, die durch Rase einem erhöhten Unfallrisiko ausgesetzt sind. Zudem soll es dadurch zu einer Minimierung von Schadstoffemissionen kommen und damit sowohl dem Umweltschutz als auch der Gesundheit der Bevölkerung dienen. Das Gesetz wird vom Bundespräsidenten nach Gegenzeichnung ausgefertigt und am 10. 1. 2008 im Bundesgesetzblatt verkündet. Es soll am 1. 2. 2008 in Kraft treten.

I. Am 10. 2. 2008 erhebt B, der ausschließlich in seiner Freizeit, dort jedoch viel und gerne, Auto fährt gegen die Neuregelung Verfassungsbeschwerde. Er ist der Ansicht, dass in einem liberalen Rechtsstaat, der dem Bürger einen grundrechtlich verbürgten Freiraum in allen Lebenslagen vor staatlicher Beschränkung garantiere, der Grundsatz „freie Fahrt für freie Bürger“ gelte. Das Grundrecht auf Mobilität sei auch verletzt.

II. Am 11. 2. 2008 erhebt der nicht rechtsfähige Verein der freien Autofahrer mit denselben Argumenten wie B ebenfalls Verfassungsbeschwerde gegen die Neuregelung.

III. Der 17jährige S leidet an starkem Asthma, das mit großer Wahrscheinlichkeit auf die erhöhten Schadstoffwerte in der Luft zurückzuführen ist. S ist der Ansicht, dass die Regelung völlig unzureichend ist. Er schreibt daher im März 2008 einen Brief an das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe. In dem Brief führt er aus, dass er von dem Tempolimit gehört habe und es auch gut findet, dass endlich mal was passiert. Allerdings zeige er sich enttäuscht darüber, dass man nicht härter durchgreifen wolle. Ein Tempolimit von 100 km/h sei nach seiner Vorstellung das mindeste. Auch sei fraglich, ob der Schutz

besonnener Fahrer vor Rasern und anderen Verkehrsrowdies auf diese Weise (Tempolimit und Bußgeld) überhaupt möglich sei. Es müsse zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zudem ein Verbot für Altfahrzeuge geben, die keinen geregelten Katalysator haben. der Staat habe angesichts der Gefahren, die für andere Verkehrsteilnehmer von Rasern ausgehen, die Pflicht, sich schützend vor die Schutzgüter Gesundheit und Leben zu stellen und eine weitergehende Regeleung zu erlassen.

IV. Auch der Polizeibeamte P, der seit Jahren seinen Dienst bei der Autobahnpolizei leistet, möchte sich gegen das Gesetz zur Wehr setzen. Er sieht sich durch die mit zunehmender Raserei steigenden Abgase ebenfalls in seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit und Gesundheit verletzt und möchte eine strengere gesetzliche Regelung erreichen.

Vertreter des Bundes äußern sich zu der Verfassungsbeschwerde des B dahingehen, dass B erst dann gegen das Gesetz vorgehen könne, wenn er einen Bußgeldbescheid wegen Geschwindigkeitsübertretung bekommen hätte und der Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten hiergegen nicht erfolgreich wäre. Zudem handle es sich um einen unwesentliche Beeinträchtigung. Aber auch wenn man davon ausginge, dass es sich um einen Eingriff handelt, so sei dieser Eingriff zumindest gerechtfertigt. Hinsichtlich der Verfassungsbeschwerde des Vereins sei schon fraglich, ob ein Verein überhaupt eine Verfassungsbeschwerde erheben könne. Bezüglich der Verfassungsbeschwerde des S bezweifeln Vertreter des Bundes, ob mittels eines Briefes Verfassungsbeschwerde erhoben werden kann. Außerdem sei fraglich, ob der Gesetzgeber zu einer weitergehenden Regelung aus grundrechtlicher Perspektive überhaupt verpflichtet sei.

Bei P sei schon fragwürdig, ob sich Polizeibeamte überhaupt auf Grundrechte berufen können.

Bearbeitervermerk:

- I. Hat die Verfassungsbeschwerde des B Aussicht auf Erfolg?
- II. Ist die Verfassungsbeschwerde des Vereins zulässig?
- III. Hat die Verfassungsbeschwerde des S Aussicht auf Erfolg?
- IV. Hat die Verfassungsbeschwerde des P Aussicht auf Erfolg?

Hinweis: Von der formellen Rechtmäßigkeit des Gesetzes ist auszugehen. Auf Art. 14 GG ist bei der Bearbeitung nicht einzugehen.

Lösung:

Alle Art. Sind solche des GG, alle Paragraphen solche des BVerfGG soweit nicht anders gekennzeichnet.

I

Die Verfassungsbeschwerde des B hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit

1.1. Das BVerfG ist gem. Art. 93, I Nr. 4a, §13 Nr. 8a, 90ff. zuständig.

1.2. B müsste beschwerdeberechtigt sein. Dies ist gem. Art. 93, I Nr. 4a „jedermann“, also zumindest jede natürliche Person. B ist also beschwerdeberechtigt.

1.3. § 1a StVG müsste ein zulässiger Beschwerdegegenstand sein. Zulässig sind alle Akte „öffentlicher Gewalt“ Art. 93, I Nr. 4a (**vgl. Art. 1, II GG**), also Akte aller drei Staatsgewalten, auch der Legislative. § 1a StVG ist damit ein zulässiger Antragsgegenstand.

1.4. B müsste beschwerdeberechtigt sein, also eine mögliche Grundrechtsverletzung durch § 1a StVG geltend machen. Hier macht B geltend, in Art. 11, I und Art. 2, I verletzt zu sein, angesichts dessen, dass § 1a StVG ein Tempolimit einführt ist eine solche Verletzung möglich.

a) B müsste durch § 1a StVG selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

B ist problemlos selbst betroffen. (**eigene Rechte als Autofahrer**)

Da § 1a StVG bereits in Kraft ist, ist B auch gegenwärtig betroffen. (**schon und noch**)

Fraglich ist, ob B auch unmittelbar betroffen ist. Das Gesetz bedarf, um seine Wirkung zu entfalten, erst eines Bußgeldbescheides (**gut erkannt!**). Allerdings bedürfen alle Gesetze, um faktische Wirkung zu erlangen eines Vollzugsaktes. Daher ist darauf abzustellen, ob die Verwaltung bei der Vollziehung einen Ermessensspielraum hat. Dies ist hier nicht der Fall. B ist damit auch unmittelbar betroffen.

B ist beschwerdebefugt.

1.5. B müsste gem. § 90, II S.1 den Rechtsweg, soweit gegeben, erschöpft haben. Da der Begriff „öffentliche Gewalt“ in Art. 19, IV S.1 sich nur auf die Verwaltung bezieht, steht gegen Gesetze der Rechtsweg nicht offen.

1.6. B müsste aber, da das BVerfG keine Superrevisionsinstanz ist (**dieser Begriff passt am besten bei VB gegen ein Urteil!**), alles zumutbare getan haben, um die mögliche Verletzung anderweitig abzuwehren. Die Verfassungsbeschwerde ist ein subsidiärer Rechtsbehelf. Hier hätte B gegen das Gesetz verstoßen und gegen den ihm dann erteilten Bußgeldbescheid den Rechtsweg bestreiten können.

Allerdings kann der Staat nicht von seinen Bürgern verlangen, gegen Gesetze zu verstoßen. Andere, zumutbare Abhilfen hat B also nicht.

1.7. B müsste form- und fristgerecht die Beschwerde erheben. Gegen Gesetze besteht gem. § 93,III Jahresfrist. Die Beschwerde des B vom 10.02.08 ist damit fristgerecht. Die Form bestimmt sich nach § 23, 92. B müsste die Beschwerde schriftlich, begründet und unter Angabe der Beweismittel und der Handlung des Organs, von dem die Verletzung ausgehen soll, erheben. Davon, dass B dies tut, ist auszugehen.

Die Beschwerde ist zulässig.

2. Die Beschwerde ist begründet, wenn B in einem seiner Grundrechte verletzt ist. (**Genauere Obersätze! Schutzbereich eröffnet, nicht gerechtfertigter Eingriff**)

2.1. B könnte in Art. 11,I verletzt sein.

2.2. Dazu müsste zunächst der Schutzbereich eröffnet sein. Art. 11,I schützt die Freizügigkeit in Bundesgebiet, also die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit. Allerdings umfasst er nicht die Art des Transportmittels, das für die Mobilität benutzt wird. B fällt daher mit seinem Autofahren nicht in den Schutzbereich des Art. 11,I. (**Da hier offensichtlich nicht die Freiheit der Wohnort- bzw. Aufenthaltsortwahl einschlägig ist, können sie dies auch ganz kurz fassen. Ein Satz bei der Subsidiarität des Art. 2, I GG genügt völlig.**)

2.3. B könnte aber in Art. 2,I verletzt sein.

2.4. Dazu müsste der Schutzbereich eröffnet sein. Fraglich ist, was unter „freie Entfaltung seiner Persönlichkeit“ zu verstehen ist. Dem Wortlaut nach könnte man darunter einen engen Persönlichkeitskern oder aber auch im weiten Sinne jede menschliche Handlung verstehen. In systematischer Betrachtung ergibt sich, dass Art. 2,I als Auffanggrundrecht (**Gut!**) vor den speziellen Freiheitsgrundrechten steht, die quasi nur ein Substrat besonderer Bereiche darstellen sollen, die besonders schutzwürdig sind. Ein früherer Entwurf des Art. 2,I sollte auch lauten: „Jeder kann tun und lassen was er will“. Eine Eingrenzung dessen, was zur Persönlichkeitsentfaltung gehört, wäre immer eine ideologische Wertung. Davon sollen die Grundrechte aber frei sein. Sie sollen dem Bürger einen umfassenden Schutz vor dem Staat bieten. Art. 2,I schützt daher die allgemeine Handlungsfreiheit. Das Autofahren des B ist darum geschützt.

2.5. Allerdings dürfte kein anderes Grundrecht einschlägig gewesen sein. Ein weites Verständnis des Art. 2,I macht diesen subsidiär, da es einer Entwertung der anderen Grundrechte gleich käme, wäre dessen Schutzbereich auch dann eröffnet, wenn bereits der eines speziellen eröffnet war. Hier war aber kein anderes Grundrecht einschlägig. Art. 2,I ist also anwendbar.

2.6. In Art. 2,I müsste nun eingegriffen worden sein. Ein Eingriff liegt im modernen Sinne – der der Entwicklung vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat Rechnung trägt – , dann vor, wenn ein Verhalten des Beschwerdeführers, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich gemacht wird. Durch § 1a StVG ist es dem B nicht erlaubt, auf Autobahnen so schnell zu fahren, wie er will. Ein Eingriff liegt vor.

- 2.7. Der Eingriff müsste nun ungerechtfertigt sein. Gerechtfertigt ist ein Eingriff dann, wenn das betroffene Grundrecht einschränkbar ist und die konkrete Schranke sich in den Schranken-Schranken hält. **(Schöner Obersatz)**
- 2.8. Die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2, I gilt nur, soweit nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung, Rechte anderer oder das Sittengesetz verstoßen wird (Schrankentrias). Fraglich ist, was unter der verfassungsmäßigen Ordnung zu verstehen ist. Da die meisten speziellen Freiheitsgrundrechte unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stehen, kann Art. 2, I als Auffanggrundrecht keine engen Schranken enthalten **(Gut!)**, wenn auch mit „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 9, II ein engerer Begriff verstanden wird. Fähige Schranke ist also jedes mit der Verfassung im Einklang stehende Gesetz, was auch die Rechte anderer und das Sittengesetz inkludiert.
- 2.9. § 1a StVG müsste also verfassungsgemäß sein. Die formelle Verfassungsmäßigkeit ist gegeben.
- 2.10. Fraglich ist die materielle.
- 2.11. Da in Art. 2, I nicht von „einschränken“ die Rede ist, ist das Ziliargebot von Art. 19, I S. 2 nicht verletzt. **(Es ist gar nicht anwendbar.)**
- 2.12. § 1a StVG ist auch kein Einzelfallgesetz (Art. 19, I S. 1).
- 2.13. Da § 1a StVG immer noch eine hohe Geschwindigkeit erlaubt, ist auch der Wesensgehalt nach Art. 19, II nicht angetastet.
- 2.14. § 1a StVG müsste aber verhältnismäßig sein, also ein legitimes Ziel verfolgen. **(Gut)**  
Die Bestimmungen des § 1a StVG müssten zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein.
- a) § 1a StVG will insgesamt das Unfallrisiko senken und dem Umweltschutz und der Gesundheit der Bevölkerung dienen. Diese Ziele sind nicht zu beanstanden.
  - b) § 1a StVG müsste zur Erreichung der Ziele geeignet sein. Durch geringere Geschwindigkeiten kommt es zu weniger Unfällen, gleichzeitig zu weniger Schadstoffausstoß bei Autos. Durch weniger Schadstoffe in der Luft treten weniger Erkrankungen auf. § 1a StVG ist damit geeignet.
  - c) Er müsste auch erforderlich sein. Erforderlich ist er, wenn es kein gleich geeignetes, milderes Mittel gibt. Milder wäre nur ein höheres Tempolimit, dieses wäre aber nicht gleich geeignet. § 1a StVG ist damit auch erforderlich.
  - d) § 1a StVG müsste angemessen sein. Abzuwägen ist das Interesse des B, so schnell zu fahren, wie er will einerseits, und das Ziel die Unfallraten zu senken und Umwelt und Gesundheit der Bürger zu schützen andererseits **(Gut!)**. § 1a StVG beschränkt das Tempolimit auf 120 km/h. B kann auch in Zukunft mit einem relativ hohen Tempo fahren, der Unterschied zu den bisher auf Autobahnen üblichen 130-170 km/h ist von keinem übertriebenen Ausmaß. Dieses Interesse nun gegenüber dem überragend wichtigen

Gesundheitsschutz und dem Umweltschutz, die als Ziele- bzw. Abwehrrechte/Schutzpflichten im Grundgesetz verankert sind (Art. 2,II, 20a) zurückstehen. § 1a StVG ist damit angemessen und im Ergebnis verfassungsgemäß. Die Beschwerde ist nicht begründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

## II

### 1. Zulässigkeit

- 1.1. Der Verein müsste beschwerdeberechtigt sein. Juristische Personen sind gem. Art. 19,III, soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Fraglich ist, ob ein nicht rechtsfähiger Verein eine jur. Person ist. Jur. Personen sind Personenvereinigungen, die von der Rechtsordnung als selbstständige Träger von Rechten anerkannt sind. Da auf den nicht-rechtsfähigen Verein die Regeln über den rechtsfähigen Verein analog angewendet werden, ist der Verein hier eine jur. Person. **(Machen sie deutlich, dass er keine juristische Person im zivilrechtlichen Sinne ist: Art. 19,III GG als höherrangiges Recht wird aber dadurch nicht beschränkt und ist weiter gefasst!)** Fraglich ist, ob Art. 2,I seinem Wesen nach auf den Verein anwendbar ist. Er müsste sich in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage befinden (anders als z.B. deren „Leben“, Art. 2,II). Da auch die allgemeine Handlungsfreiheit einer jur. Person beschränkt werden kann, ist dies der Fall ist der Verein beschwerdeberechtigt. **(Hobby der Mitglieder wird durch den Verein ausgeübt.)**
- 1.2. Beschwerdegegenstand, Befugnis, Rechtswegerschöpfung, Subsidiarität, Form und Frist siehe oben bei I,1 ff. Die Beschwerde ist zulässig.

## III

Die Beschwerde hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### 1. Zulässigkeit

- 1.1. S müsste beschwerdeberechtigt sein, was gem. Art. 93,I Nr.4a „jedermann“, also jede natürliche Person ist. Fraglich ist, ob die Grundrechte aber auch für Minderjährige gelten. **(Trennen Sie zwischen der Grundrechtsfähigkeit und der Grundrechtsmündigkeit. Erstere umfasst die Fähigkeit, Träger von Grundrechten zu sein, dies sind alle natürlichen Personen. Letztere umfasst die Fähigkeit, diese Rechte auch geltend zu machen. Dabei kommt es v.a. auf die Einsichtsfähigkeit an! Dies ist bei S wegen des juristisch formulierten Briefs zu bejahen.)** Da die Grundrechte aber (bis auf wenige Ausnahmen, z.B. Art. 12a,I) keine Altersschränken haben und als Abwehrrechte konzipiert sind, stehen sie grundsätzlich jedem, unabhängig von seinem Alter, zu. S ist beschwerdeberechtigt.
- 1.2. § 1a ist ein zulässiger Antragsgegenstand (s.o.). S müsste beschwerdeberechtigt sein. Hier macht S geltend, dass der Gesetzgeber einer Schutzpflicht aus Art. 2,II mit Art. 2,II nicht

ausreichend nachkommt. **(Gut)** Da, wie §92 und § 95,I S.1 durch die Verwendung des Begriffs Unterlassung, was a fortiori auch unechte Unterlassungen mit einschließt, indiziert, auch mögliche Verletzungen einer Schutzpflicht justitiabel sind und es nicht auszuschließen ist, dass §1a StVG einer möglichen Schutzpflicht aus Art. 2,II nicht genügt, ist S antragsbefugt.

1.3. Zu Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität siehe oben.

1.4. Die Jahresfrist §93,III war im März `08 gewahrt. Da Beschwerden gem. § 23,I,S.1 schriftlich zu erheben sind, genügt der Brief diesem Erfordernis. Die Beschwerde ist damit zulässig.

2. Die Beschwerde ist begründet, indem man dem Staat aus Art. 2,II eine Schutzpflicht für die Gesundheit der Menschen erwächst und §1a StVG dieser Pflicht nicht genügt.

2.1. Grundsätzlich stellen die Grundrechte Abwehrrechte dar. Der Einzelne soll seine Freiheit vom Staat haben. Allerdings konstatieren die Grundrechte auch, dass gewisse Güter wertvoll sind. Sie etablieren damit eine objektive Wertordnung. Da Deutschland ein Sozialstaat ist, hat der Staat das Verhältnis der Bürger zueinander zu regeln (Dreiecksverhältnis). **(Gut)** Auch weist Art. 2,II S.1 einen engen Bezug zur Menschenwürde auf, die gem. Art. 1,I,S.1 sogar wortwörtlich dem Schutz des Staates unterliegt. Eine Schutzpflicht des Staates bezüglich Art. 2,II ist damit evident.

2.2. Fraglich ist, wer der Adressat dieser Schutzpflicht ist. Gem. Art. 1,III sind dies alle drei Gewalten. Da bei der Erfüllung einer Schutzpflicht aber notwendigerweise die Rechte anderer begrenzt werden müssen und dies bei den Grundrechten – wenn überhaupt – nur per Gesetz möglich ist, steht an vorderster Stelle der Gesetzgeber in der Pflicht. §1a StVG ist also daraufhin nachprüfbar, ob er der Schutzpflicht genügt.

2.3. Fraglich ist deren Reichweite. Da einerseits ein Recht geschützt werden muss, hier Art. 2,II, andererseits ein Recht beschränkt werden muss, Art. 2,I, kann es nur um eine Optimierung beider Rechte gehen, also eine Beachtung sowohl des Untermaß- als auch des Übermaßverbots. Die Beschränkung von Art. 2,I ist marginal(s.o.). Allerdings verbietet §1a StVG nur das Fahren mit einer gewissen Geschwindigkeit, nicht aber mit gewissen Autos. Die höchste Emission geht aber gerade von Autos ohne KAT aus. Ein Verbot des Fahrens mit solchen Autos wäre aber gleichwohl, weil hier nur ein gewisser Wagentyp verboten wird, ein kleiner Eingriff in Art. 2,I. Das Übermaßverbot wäre gewahrt. Demgegenüber genügt das Nichtverbot nicht dem Untermaßverbot. Das Limit von 120 km/h ist auf Grund der guten Sicht und der Qualität auf/der deutschen Autobahnen vom Sicherheitsaspekt nicht zu beanstanden. **(Guter Ansatz, aber sie übersehen, dass der Gesetzgeber hierbei einen sehr weiten Ermessensspielraum hat, zu diesem er vom Volke demokratisch legitimiert ist. Daher ist, solange das Untermaßgebot beachtet wurde das „Wie“ der Regelung nur sehr eingeschränkt prüfbar.)** §1a StVG genügt der Schutzpflicht nicht. Die Beschwerde ist begründet und hat Aussicht auf Erfolg. **(Im Ergebnis, auch wenn Ihre Argumentation stichhaltig ist, hier aber eher vertretbar, dass die VB des S unbegründet ist.)**

## IV

Die Beschwerde hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### 1. Zulässigkeit

1.1. P müsste beschwerdeberechtigt sein, was „jedermann“ ist (s.o.). Fraglich ist, ob er als Beamter in einem besonderen Gewaltverhältnis steht und er sich daher nicht auf Grundrechte berufen kann. **(Gut)** Die Auffassung von besonderen Gewaltverhältnissen ist allerdings in Hinblick auf Art. 1,III, der eine absolute Bindung der Staatsgewalten an die Grundrechte, also für immer und jede Zeit, festlegt, nicht haltbar. P ist beschwerdeberechtigt.

### 1.2. S.o.

1.3. Da P eine Verletzung von Art. 2,II geltend macht und diese nicht auszuschließen ist, ist er beschwerdeberechtigt. Er ist selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

Zum Rest der Zulässigkeit s.o., Beschwerde ist zulässig.

### 2. Die Beschwerde ist begründet (Gründe s.o.) **(konsequent)**

## **Beurteilung:**

**Ihnen gelingt eine weit überdurchschnittliche Klausur. Sie arbeiten gut mit Obersätzen, definieren die verwendeten Begriffe, subsumieren den Sachverhalt und verwenden schön den Gutachtenstil. Bis auf kleinere Ungenauigkeiten zeigen sie nahezu keine Schwächen. Auch Ihre Argumentation zu Fall 3 ist stichhaltig und vertretbar, auch wenn sie einen Aspekt übersehen.**

**Insgesamt eine überzeugende Leistung (14 Punkte)**



**Klausur 10**

**15 Punkte**

1. Grundkursklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

PD Dr. Christian von Coelln

Sommersemester 2007

Fachschaft Jura

LMU München

**Grundkurs Öffentliches Recht II**  
**Sommersemester 2007**  
**1. Klausur**

Die seit langem andauernde Amtszeit des Ministerpräsidenten M des Bundeslandes B ist geprägt von einer Vielzahl politischer Affären. Immer wieder gerät M in den Verdacht, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge private Freunde aus der Wirtschaft zu begünstigen. Zu einem strafrechtlichen Verfahren gegen M kam es jedoch nie. Sein Ansehen bei großen Teilen der Landesbevölkerung leidet nicht darunter, da M in seiner leutselig-polternden Art für viele „das echte B“ verkörpert und nie um einen Spruch verlegen ist. Als wieder einmal ein großer Bauauftrag des Landes an einen Unternehmer vergeben wird, mit dem M eine langjährige Männerfreundschaft verbindet, erscheint in der Satirezeitschrift „speziell“ eine Karikatur des Hobby-Zeichners Z, in der sich zwei Schweine, von denen eins erkennbar die Gesichtszüge des M trägt, gegenseitig einseifen und das eine zum anderen sagt: „Gell M, eine Hand wäscht die andere!“. Darunter steht: „Satire darf alles, M auch?“. Daraufhin erstattet M Anzeige bei der zuständigen Staatsanwaltschaft gegen Z wegen Beleidigung. M lässt verkünden, dass er seine Verdienste nicht von „solchem Drecksgesindel, Künstlergeschmeiß und Staatsschmarotzern“ schmälern lassen werde.

Noch während des laufenden Ermittlungsverfahrens erscheint eine zweite Karikatur des Z, die wiederum den M als Schwein zeigt, das mit einem anderen Schwein, das eine Justizrobe trägt, kopuliert. Im Untertitel steht: „M und Justiz vereint!“. Auch hinsichtlich dieses Bildes erstattet M Strafanzeige.

Z wird wegen der zwei Karikaturen vom zuständigen Amtsgericht wegen Beleidigung gem. § 185 StGB in zwei Fällen zu einer Geldstrafe verurteilt, obwohl Z sich auf die verfassungsrechtlich geschützte Kunstfreiheit beruft. Nach erfolgloser Berufung weist das OLG auch seine Revision als unbegründet zurück. Zwar fielen beide Karikaturen unter den Begriff der Kunstfreiheit, gerade Satire dürfe aber nicht alles. Das Kennzeichen von Satire sei nämlich meist die aggressive Form des Spotts, die leicht die Grenzen zur Beleidigung überschritte. Es sei daher ein besonders strenger Maßstab an die Zulässigkeit von Satire zu legen. In den vorliegenden Fällen handele es sich um gravierende Angriffe auf die Menschenwürde des M. Bereits die Darstellung des M als Schwein sei eine grobe Beleidigung. Karikatur 2 könne auch nicht durch ein „Recht auf Gegenschlag“ gerechtfertigt

tigt werden. Z fragt, ob er gegen das Urteil des OLG mit Aussicht auf Erfolg Verfassungsbeschwerde einlegen könne.

**Bearbeitungsvermerk:** Die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde sind in einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, zu untersuchen. Zu unterstellen ist, dass § 185 StGB dem Bestimmtheitsgebot genügt.

**§ 185 StGB:** *Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

Die Verfassungsbeschwerde des Z hätte Erfolg, wenn sie angenommen würde (§ 93 a BVerfGG), zulässig und begründet wäre.

## A. Zulässigkeit

### I. Zuständigkeit

Das Bundesverfassungsgericht müsste für Verfassungsbeschwerden zuständig sein. Dies ist nach Art. 93 I Nr. 4a, – soweit nicht anders angegeben, handelt es sich bei den mit Artikelzusatz genannten Vorschriften um Artikel des Grundgesetzes - §§ 13 Nr. 8a, 90 ff BVerfGG der Fall.

### II. Beschwerdefähigkeit

Z müsste beschwerdefähig sein. Nach Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG ist jedermann beschwerdefähig, der Träger von Grundrechten sein kann. Z ist eine natürliche Person und damit beschwerdefähig.

### III. Behandlungsgegenstand

Weiter müsste das Urteil des OLG ein zulässiger Beschwerdegegenstand sein. Dies trifft nach Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG auf jeden Akt der öffentlichen Gewalt zu. Darunter versteht man, anders als bei Art. 19 IV, Akte der Legislative, Judikative und Exekutive. Da das Urteil ein Akt der Judikative ist, das letztinstanzliche Urteil des OLG, ist es ein zulässiger Beschwerdegegenstand.

### IV. Beschwerdebefugnis

Z müsste beschwerdebefugt sein, nach Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG.

1. Dafür muss zunächst die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung bestehen. Da es nicht ausgeschlossen ist, dass Z in seinen Rechten aus Art. 5 III 1, 1. Var. sowie Art. 9 I 1, 1.HS verletzt ist, ist das erfüllt.
2. Weiter müsste er selbst betroffen sein. Da Z hier eine Verletzung seiner eigenen Grundrechte rügt, ist dies erfüllt.
3. Auch muss er unmittelbar betroffen sein, d.h. es darf keiner Vollzugsakte bedürfen. Das Urteil betrifft ihn unmittelbar.
4. Schließlich muss auch eine gegenwärtige Beschwerde gegeben sein, d.h. er muss schon und noch betroffen sein. Auch dies ist erfüllt.
5. Folglich ist Z beschwerdebefugt.

- V. Nach § 90 II a BVerfGG (gestützt auf Art. 94 II 2) muss Z den Rechtsweg erschöpft haben. Da ein Urteil des BGH noch nicht erfolgt ist und aus dem Sachverhalt auch nicht hervorgeht, dass ein solches nicht erwirkt werden kann, hat Z den Rechtsweg noch nicht erschöpft.  
Die Verfassungsbeschwerde ist daher nicht zulässig.

#### Hilfsgutachten:

- VI. Subsidiarität  
Das BVerfGG hat aus § 90 II 1 BVerfGG das Kriterium der Subsidiarität entwickelt, d.h. Z muss alles Zumutbare getan haben, um gegen die Grundrechtsverletzung vorzugehen. Das ist hier der Fall.
- VII. Form und Frist  
Z muss die Verfassungsbeschwerde nach §§ 23 I, 92 BVerfGG schriftlich und begründet einlegen.  
Dies muss nach § 93 I BVerfGG innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils geschehen.
- VIII. Zwischenergebnis  
Die Verfassungsbeschwerde wäre nicht zulässig.

#### B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde des B wäre begründet, wenn er durch das Urteil des OLG in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt wird, also ein ungerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich vorliegt.

- I. Art. 5 III 1, 1.Var.  
1. Schutzbereich  
Fraglich ist, ob der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet ist.  
a) Unter den persönlichen Schutzbereich fallen Künstler und Kunstmittler. Z ist Hobby-Zeichner und somit Künstler. Der persönliche Schutzbereich ist daher eröffnet.  
b) Fraglich ist, ob auch der sachliche Schutzbereich eröffnet ist.

- a. Das BVerfG verwendet mehrere Kunstbegriffe nebeneinander, da Kunst sehr schwer zu definieren ist
  - i. Nach dem formalen Kunstbegriff ist Kunst, was typischen Werktypen zugeordnet werden kann. Die Zeichnungen des Z können dem Werktyp der satirischen Zeichnung zugeordnet werden.
  - ii. Nach dem materiellen Kunstbegriff ist Kunst, was als Ausdruck der freien schöpferischen Gestaltung des Urhebers gewertet werden kann. Da Z seiner freien schöpferischen Gestaltung in den beiden gegenständlichen Zeichnungen Ausdruck verleiht, ist auch dieser Begriff erfüllt.
  - iii. Schließlich sieht der offene kommunikationstheoretische Kunstbegriff alles als Kunst an, was einen mannigfaltigen Aussagegehalt hat. Die Zeichnungen des Z eröffnen zahlreiche Interpretationsmöglichkeiten, so dass auch diese Definition erfüllt ist.
  - iv. Fraglich ist jedoch, ob diese Zeichnungen nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit zuzuordnen sind.  
 Satire fällt nämlich dann nicht in den Schutzbereich der Kunstfreiheit, wenn die Meinungsäußerung im Vordergrund steht.  
 Z äußert jedoch nicht lediglich seine Meinung, sondern fertigt Zeichnungen an. Der Hobby-Zeichner Z äußert daher nicht lediglich eine Meinung, sondern fertigt Kunstwerke an.
  - v. Die Zeichnungen des Z stellen daher Kunst dar.
- b. Der Umfang der Gewährleistung der Kunstfreiheit umfasst den Werk- und Wirkungsbereich. Die Veröffentlichung der Karikaturen fällt in den Wirkungsbereich der Kunstfreiheit und ist daher geschützt.
- c. Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.
- c) Der Schutzbereich der Kunstfreiheit ist eröffnet.

## 2. Eingriff

Fraglich ist, ob in den Schutzbereich eingegriffen wird.

Nach dem klassischen Eingriffsbegriff ist das bei einem Akt der Fall, der final, unmittelbar und mit rechtlicher Wirkung ist und mit Befehl und Zwang durchgesetzt wurde. Das trifft auf das Urteil des OLG zu, so dass bereits nach dem engen klassischen Begriff ein Eingriff vorliegt.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff wäre jedoch gerechtfertigt, wenn das Urteil von den Schranken des Art. 5 III 1, 1.Var. unter der Berücksichtigung der Schranken-Schranken gedeckt wäre.

a) Fraglich ist, ob Art. 5 III 1, 1.Var. Schranken hat.

- a. Es existiert kein geschriebener Schrankenvorbehalt.
- b. Fraglich ist, ob die Schranke des Art. 5 III auf Art. 5 III analog anzuwenden ist. Dem steht jedoch eindeutig die Systematik des Art. 5 entgegen, so dass dies zu verneinen ist.  
Jedoch könnte die Schrankentrias des Art. 2 I analog auf Art. 5 III angewendet werden. Auch dem steht jedoch die Systematik des Grundgesetzes entgegen, dass nur das weite Auffanggrundrecht Art. 2 I mit der Schrankentrias versehen hat.
- c. Jedoch könnte Art. 5 III 1, 1. Var. eine verfassungsimmanente Schranke haben, wenn es durch kollidierendes Verfassungsrecht einschränkbar ist.  
Art. 1 I kollidiert hier mit Art. 5 III 1, 1. Var. Es liegt eine verfassungsimmanente Schranke vor.
- d. Jedoch muss diese Kollision auf Grund des Vorbehalts des Gesetzes durch ein Gesetz gelöst worden sein. Ein solches stellt § 185 StGB dar.

b) § 185 StGB muss jedoch die Schranken-Schranken erfüllen.

- a. Dafür muss § 185 StGB zunächst verfassungsgemäß sein.
  - i. § 185 StGB ist formell verfassungsgemäß, wenn Kompetenz-, Verfahren- und Formbestimmungen eingehalten wurden.

(1) Fraglich ist, ob der Bund befugt war, § 185 StGB zu erlassen.

Grundsätzlich liegt die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern, Art.30, 70 I.

Der Bund könnte jedoch eine ausschließliche Kompetenz (Art. 71, 73) gehabt haben. Jedoch ist dies nicht der Fall.

Weiter könnte der Bund eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz (Art. 72, 74) gehabt haben. Einen solchen Titel enthält Art. 74 I.

Der Bund durfte § 185 StGB daher erlassen.

(2) Es ist davon auszugehen, dass die Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten wurden.

(3) § 185 StGB ist daher formell verfassungsmäßig.

ii. Fraglich ist jedoch, ob § 185 StGB auch materiell verfassungsmäßig ist.

(1) Es liegt kein Einzelfallgesetz vor (Art. 19 I a).

(2) Das Zitiergebot (Art. 19 I 2) ist auf Art. 5 III nicht anwendbar.

(3) Das Bestimmtheitsgebot, welches sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet, ist laut Sachverhalt erfüllt.

(4) Fraglich ist, ob § 185 StGB auch verhältnismäßig ist.

Dafür müsste es zunächst einen legitimen Zweck verfolgen.

§185 StGB schützt Art. 2 I und Art. 1 I betroffener Grundrechtsträger, so dass ein legitimer Zweck vorliegt – hier Schutz der persönlichen Ehre.

Weiter müsste § 185 StGB geeignet sein, um diesen Zweck zu erreichen, d.h. § 185 StGB müsste diesen Zweck zumindest fördern.

Da dadurch Grundrechtsträger vor Beleidigungen geschützt werden können, ist § 185 StGB geeignet.

Auch muss die Norm erforderlich sein, also das mildeste aller gleichwirksamen Mittel sein. Da kein milderer gleichwirksames Mittel vorhanden ist, ist diese Voraussetzung erfüllt. Schließlich muss § 185 StGB auch angemessen sein, d.h. das Mittel darf nicht außer Verhältnis stehen zum Zweck. Generell ist § 185 StGB angemessen, da ein Auslegungsspielraum bei der Rechtsanwendung besteht, durch den auf den Einzelfall reagiert werden kann.

§ 185 StGB ist daher verhältnismäßig.

(5) § 185 StGB ist materiell verfassungsmäßig.

iii. §185 StGB ist daher insgesamt verfassungsmäßig.

b. Weiter müsste jedoch auch die konkrete Rechtsanwendung durch das OLG verfassungsmäßig gewesen sein.

i. Da das BVerfG keine Superrevisionsinstanz ist, prüft es nur auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts hin.

ii. Spezifisches Verfassungsrecht ist verletzt, wenn das Gericht den Einfluss des Grundrechts verkannt hat, wenn es von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist, wenn es eine falsche Vorstellung über den Schutzbereich des Grundrechts hatte oder wenn es zwischen kollidierenden Verfassungsgütern eine falsche Abwägung getroffen hat.

Fraglich ist nun, ob einer der Tatbestände erfüllt ist. Zunächst könnte das Gericht eine falsche Vorstellung von der Kunstfreiheit gehabt haben, da es äußert, es sei „ein besonders strenger Maßstab an die Zulässigkeit von Satire zu legen“. Dies ist unzutreffend, da lediglich eine besonders genaue Abgrenzung zwischen

dem Schutzbereich der Kunstfreiheit und dem der Meinungsfreiheit getroffen werden muss.

Doch ist diese Vorstellung nicht völlig falsch. Es handelt sich lediglich um eine unpräzise Formulierung. Weiter könnte das Gericht jedoch eine verfassungswidrige Abwägung zwischen dem Recht des Z aus Art. 5 III 1, 1. Var. und der Menschenwürde des M getroffen haben.

Nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz musste das OLG die gegenteiligen Interessen in einen schonenden Ausgleich bringen.

Der Kunstfreiheit kommt ein sehr hoher Stellenwert zu, so dass sie auch vor verfassungsimmanenten Schranken unterliegt.

Daher muss es grundsätzlich möglich sein, dass Z politische Satire-Zeichnungen veröffentlicht. Gerade wegen des Wesens von Satire darf eben nicht jede Überspitzung oder provozierende Kritik unterbunden werden. Vielmehr ist darauf abzustellen, welche verfassungskonformen Interpretationsmöglichkeiten das Kunstwerk bietet.

Auch muss bedacht werden, dass es sich bei dem seit lange amtierenden Ministerpräsidenten M um eine Persönlichkeit der Zeitgeschichte handelt. Gerade wegen seiner öffentlichen Präsenz, seiner politischen Affären und seiner Eigenart, „selbst nie um einen Spruch verlegen zu sein“, muss die Kunstfreiheit bei der Abwägung höher bewertet werden als wenn M eine unbekannte Privatperson wäre.

Hinzu könnte in Bezug auf die zweite Zeichnung kommen, dass es ein „Recht zum Gegenschlag“, wie es bei der Meinungsfreiheit anerkannt ist, auch bei der Kunstfreiheit geben könnte. Da Kunstfreiheit, speziell Satire, auch auf die Darstellung einer Mei-

nung gerichtet sein kann, scheint es konsequent, das „Recht zum Gegenschlag“ auch für die Kunstfreiheit anzunehmen.

Da Z von M als „Drecksgesindel, Künstlergeschmeiß und Staatsschmarotzer“ bezeichnet wurde, bestand grundsätzlich ein Recht zum Gegenschlag in dem Ausmaß wie es notwendig war um darauf zu reagieren.

Dennoch erscheint es fraglich, ob Art. 1 I, der laut Verfassungstext „unantastbar“ ist, bei einer Abwägung, der Kunstfreiheit untergeordnet werden darf. Dafür müsste zunächst tatsächlich die Menschenwürde des M betroffen sein. Die Darstellung als kopulierendes Schwein betrifft den Intimbereich des M und daher seine Menschenwürde.

Da diese unantastbar ist, kann sich Z auch nicht auf sein „Recht zum Gegenschlag“ berufen, da der Gegenschlag über das gebotene Maß hinausgeht.

Jedoch zeigt die erste Zeichnung nur zwei sich einseifende Schweine, so dass hier die Menschenwürde des M nicht betroffen ist. Hier wird lediglich das allgemeine Persönlichkeitsrecht des M berührt.

Fraglich ist, ob das OLG eine richtige Abwägung zwischen dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des M und der Kunstfreiheit des Z getroffen hat.

In Anbetracht der oben genannten Argumente ist die Kunstfreiheit hier dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des M vorzuziehen. Auch muss bedacht werden, dass Z durch seine Wortwahl verschiedene Interpretationsmöglichkeiten bietet.

Das OLG hätte hier eine andere Abwägung treffen müssen.

Im Bezug auf die zweite Zeichnung hat das OLG den Grundsatz der praktischen Konkordanz erfüllt, im Bezug auf die erste Zeichnung jedoch nicht.

iii. Die Rechtsanwendung war daher im Bezug auf die erste Zeichnung verfassungswidrig.

c. Die Schranken-Schranken wurden nicht erfüllt.

c) Der Eingriff in Art. 5 III 1, 1. Var. ist nicht teilweise gerechtfertigt.

4. Z wurde in seinem Recht aus Art. 5 III 1, 1. Var. verletzt.

II. Art. 5 I 1 HS 1

Fraglich ist, ob auch eine Verletzung der Meinungsfreiheit vorliegt.

D diese jedoch leichter einschränkbar ist als die Kunstfreiheit, ist sie subsidiär.

Da der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet ist, wird Art. 5 I 1 HS 1 nicht geprüft.

III. Die Verfassungsbeschwerde des Z ist begründet, da Z in Art. 5 III 1, 1. Var. verletzt ist.

C. Die Verfassungsbeschwerde des Z ist nicht zulässig, aber begründet.

**=> Eine sehr erfreuliche Arbeit! Die Bearbeiterin erkennt den richtigen Aufbau und argumentiert gut anhand des Sachverhalts. Richtigerweise wurden die beiden Karikaturen differenziert betrachtet. 15 Punkte.**

**Klausur 11**

**14 Punkte**

1. Grundkursklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

PD Dr. Heike Krieger

Sommersemester 2006

Fachschaft Jura

LMU München

**PD Dr. Heike Krieger**  
**Grundkurs Öffentliches Recht**  
**1. Klausur (SS 06)**  
**Studentische Lösung: 14 Punkte**

**Sachverhalt (fiktiv):**

Jeden Sommer erregen hohe Ozonwerte die öffentliche Aufmerksamkeit, lassen Gesundheitsschädigungen befürchten und sorgen in der Bevölkerung für Verunsicherung. Um gegen die hohen Ozonwerte anzugehen, verabschiedet der Bundestag ein formell verfassungsgemäßes „Gesetz zur Verbesserung der Luftqualität in Deutschland“. Das am 23. März 2006 in Kraft getretene Gesetz enthält die Möglichkeit, ein allgemeines Fahrverbot zu verhängen. Dazu bestimmt es in §3, dass der Kraftfahrzeugverkehr in einer bestimmten Region für eine Dauer von bis zu 48 Stunden untersagt werden kann, wenn bestimmte Ozonwerte erreicht werden. Vom Ozonsmog sind mind. 30 % der Bevölkerung gesundheitlich bedroht. Die zahlreichen schädlichen Wirkungen des Ozonsmogs beschränken sich nicht auf bloß vorübergehende gesundheitliche Belästigungen. Fachwissenschaftliche Studien haben ergeben, dass ein Fahrverbot die negativen Wirkungen des Ozonsmogs erheblich abmildern kann.

Allerdings sieht das Gesetz in §4 Ausnahmen vor. Fahrten in Notfällen, der öffentliche Nahverkehr, der Transport lebender Tiere und verderblicher Güter sind erlaubt. Taxis fallen hingegen nicht unter diese Ausnahmeregelung.

Der Taxifahrer T sieht sich durch dieses Gesetz in seiner Berufsfreiheit beeinträchtigt. Ein Arbeitsausfall von bis zu 48 Stunden könne für ihn vor allem in den Sommermonaten existenzbedrohend wirken. Gerade im Sommer werden die Ozonwerte häufig überschritten. Damit seien mehrere Fahrverbote von jeweils 48 Stunden innerhalb eines Monats sehr wahrscheinlich. Zudem sei für ihn dieser Arbeitsausfall völlig unkalkulierbar. Er verstehe auch nicht, weshalb Taxis nicht unter die Ausnahmeregelungen fallen. Fachwissenschaftliche Studien hätten ergeben, dass eine Zusatzbelastung durch Taxis nur eine unwesentlich und nahezu vernachlässigbare Mehrbelastung für die Gesundheit der Bevölkerung bedeuten würde, was zutreffend ist. Eine Ausnahmeregelung für Taxen sei auch deshalb von besonderer Bedeutung, weil insbesondere Menschen mit körperlichen Beeinträchtigungen auf die Benutzung von Taxen angewiesen seien.

**Aufgabe 1:**

Prüfen sie, ob T in seinem grundrecht aus Art. 12 I GG verletzt ist.

Ein Verstoß gegen andere Grundrechte, wie z.B. Art. 3 I GG, ist **nicht zu prüfen**.

A ist seit Jahren erkrankt. Eine Reihe wissenschaftlicher Untersuchungen belegen, dass das eingeatmete Ozon bis in die feinsten Verästelungen der Bronchien gelangt und auf diese Weise mit großer Wahrscheinlichkeit Asthmaanfälle auslöst. A litt im letzten Sommer wiederholt an schweren lebensbedrohlichen Asthmaanfällen. A hält die Regelungen zum Fahrverbot im „Gesetz zur Verbesserung der Luftqualität in Deutschland“ für ungenügend. Die Gefahren, die vom Ozonsmog für Asthmatiker ausgehen, könnten durch ein Gesetz, das vielfältige Ausnahmen von einem Fahrverbot erlaube, nicht bekämpft werden. Würde der Gesetzgeber alle Kraftfahrzeuge in die Regelungen aufnehmen, d.h. alle Ausnahmeregelungen streichen, könnte die Smogbelastung um weitere 10 % reduziert werden. Gerade für gefährdete Personengruppen wie ihn sei jede weitere Reduzierung lebensnotwendig. Der Staat werde daher seiner grundrechtlichen Schutzpflicht nicht gerecht.

**Aufgabe 2:**

In einem Gutachten, dass auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen hat, ist zu klären, ob eine Klage des A vor dem Bundesverfassungsgericht Aussicht auf Erfolg hätte. Die Prüfungspunkte Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität sind dabei **nicht zu prüfen**.

**Lösung:**

### **Aufgabe 1:**

T ist in seinem Grundrecht aus Art. 12 I GG verletzt, wenn dessen Schutzbereich eröffnet ist, ein Eingriff in diesen vorliegt und dieser verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

#### I. Schutzbereich

##### 1. persönlich:

T ist als Deutscher Träger des Grundrechts aus Art. 12 I GG. Der persönliche Schutzbereich ist somit eröffnet.

##### 2. sachlich:

Auch der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. [**Art. 12 I GG = Berufswahl- und ausübungsfreiheit!**]

Beruf ist jede (erlaubte) Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. T übt als Taxifahrer damit einen Beruf iSd. Art. 12 I GG aus. Auch der sachliche Schutzbereich ist demnach eröffnet.

#### II. Eingriff

In den Schutzbereich müsste auch eingegriffen worden sein. Eingriff ist dabei jede staatliche Tätigkeit, die ein grundrechtlich geschütztes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht. [= **moderner Begriff; (klassischer Begriff?)**]

Die staatliche Maßnahme muss aber auch eine gewisse berufsregelnde Tendenz aufweisen. Das Gesetz zur Verbesserung der Luftqualität in Deutschland (im Folgenden: Gesetz) macht durch die Möglichkeit der Anordnung eines Fahrverbotes es dem T jedenfalls teilweise unmöglich, seiner beruflichen Tätigkeit nachzugehen.

Indes ist es nicht final und unmittelbar darauf gerichtet; es mangelt an einer subjektiv berufsregelnden Tendenz.

Andererseits wirkt das Gesetz für T, der erhebliche Umsatzeinbußen befürchtet, existenzbedrohend. Die Intensität der Wirkung ist daher erheblich. Damit aber kommt dem Gesetz eine objektiv berufsregelnde Tendenz zu.

Ein Eingriff liegt somit vor. [**gut**]

#### III. verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

##### 1. Eingriffsmöglichkeit in Art. 12 I GG

Art. 12 I GG gestattet es seinem Wortlaut nach, die Berufsausübung durch Gesetz zu regeln. Art. 12 I GG schützt allerdings einheitlich die Berufsfreiheit. Die Berufswahl wird in der Berufsausübung ständig bestätigt und mit der Berufswahl beginnt erst die Berufsausübung. Entsprechend diesem einheitlichen Schutzbereichsverständnis ist auch Art. 12 I GG von einem einheitlichen Schrankenvorbehalt erfasst.

Art. 12 I GG kann demnach durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. [schön]

## 2. gesetzliche Regelung

### a) formelle Verfassungsmäßigkeit

Von der formellen Verfassungsmäßigkeit ist laut Sachverhalt auszugehen.

### b) materielle Verfassungsmäßigkeit

Das Gesetz müsste materiell verfassungsgemäß sein. Insbesondere könnte es hier unverhältnismäßig sein.

### aa) legitimer Zweck, 3-Stufen-Theorie

Nach der vom BVerfG aufgestellten und weithin anerkannten 3-Stufen-Theorie gilt für Art. 12 I GG zwar ein einheitlicher Schrankenvorbehalt, doch gelten andererseits für die unterschiedlich intensiven Eingriffsstufen unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen. Während bei einer reinen Berufsausübungsregelung schon vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls genügen, sind bei Berufswahlregelungen gewichtige Güter des Gemeinwohls erforderlich.

Im vorliegenden Fall wird der Taxifahrer nicht etwa Berufswahlregelungen unterworfen, sondern lediglich die Ausübung geregelt. An gewissen Tagen mit erhöhten Ozonwerten darf eben nicht gefahren werden. Andererseits wird dem Taxigewerbe faktisch die Berufsausübung gänzlich unmöglich gemacht, wenn sich Fahrverbote derart häufen, dass dies existenzbedrohend wirkt. Dennoch aber unterscheidet sich dieser Fall etwa von Bedürfnisklauseln oder staatlichen Monopolen, die eindeutig (objektive) Berufswahlbeschränkungen wären. Bei dem Gesetz handelt es sich demnach um eine Berufsausübungsregelung. [**das ist relativ unproblematisch, -> kürzer**]

Der Gesundheitsschutz der Bevölkerung, sogar ein Gut von Verfassungsrang (Art. 2 II GG), ist jedenfalls eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls. Damit liegt ein legitimer Zweck vor.

### bb) Geeignetheit

Wie wissenschaftliche Studien belegen, ist die Regelung eines Fahrverbotes auch zur Zweckereichung geeignet.

### cc) Erforderlichkeit

Es müsste auch erforderlich sein. Dies bedeutet insbesondere, dass es kein Mittel auf einer niedrigeren Stufe der Eingriffsintensität geben darf. Da es sich hier bereits um eine Berufsausübungsregelung handelt, ist ein solches nicht denkbar. Dennoch könnte es ein weniger belastendes Mittel auf gleicher Stufe geben. [**gut**] So könnte man das Fahrverbot beispielsweise auf bestimmte Abgasnormen beschränken. Dies ist aber wohl schon nicht gleich geeignet. [**was wäre mit einem Gesetz, das Taxis ebenfalls aus Verbot ausnimmt?**] Jedenfalls aber hat der Gesetzgeber seinen Entscheidungsspielraum hier nicht überschritten. [**noch vertretbar**]

### dd) Angemessenheit

Die Gesetzliche Regelung müsste auch angemessen sein. Hier bedarf es einer Abwägung zwischen der Berufsfreiheit der von der gesetzlichen Regelung Betroffenen und des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung andererseits.

Dabei ist jedenfalls schon von Bedeutung, dass der Schutz der breiten Bevölkerung (30%!) vor gesundheitlichen Gefährdungen ein besonders hohes Gut von Verfassungsrang ist (Art. 2 II GG). Der Gesetzgeber hat auch

Ausnahmeregelungen getroffen, die die Folgen des Fahrverbotes abmildern sollen. Taxis freilich sind davon nicht betroffen. Zu Recht wird angeführt, dass ein Einschließen von Taxis in diese Ausnahmeregelung kaum zu Belastungen an Smog führen würde. Andererseits wird wohl die Transportbranche, die gleichfalls vom Fahrverbot erheblich betroffen ist, ebenfalls eine Ausnahme für sich reklamieren wollen. **[mit diesem Argument ist ihr Ergebnis noch vertretbar]** Menschen mit körperlicher Behinderung, die als Argument ins Feld geführt werden, können aber auch den ÖPNV benutzen. In Notfällen freilich greift das Fahrverbot ebenso nicht. Hier ist jedenfalls der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ebenfalls nicht überschritten. Vielmehr war auch aus seiner Schutzpflicht heraus ein Handeln geboten. Er konnte ohne Verstoß gegen Art. 12 I GG die gesetzliche Regelung erlassen.

#### IV Ergebnis

T ist nicht in seinem Grundrecht aus Art. 12 I GG verletzt.

#### **Aufgabe 2:**

Die Verfassungsbeschwerde (VB) hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### **A. Zulässigkeit**

Die VB ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Art. 93 I Nr. 4a GG und der §§ 13, Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG vorliegen.

#### I. Zuständigkeit

Die VB fällt gem. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG in die Zuständigkeit des BVerfG. **[§§ 90 ff.]**

#### II. Beschwerdeberechtigung

Die VB kann gem. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG „jedermann“, d.h. jeder Grundrechtsträger, erheben. A ist Träger des Grundrechts aus Art. 2 II GG und damit beschwerdeberechtigt.

#### **[Prozessfähigkeit?]**

#### III. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein, Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG. Dies gilt auch für ein Unterlassen (vgl. § 92 BVerfGG). **[genauer: unechtes Unterlassen!]**

Hier wendet sich A gegen die unzureichende Regelung der §§ 3,4 des Gesetzes, einem Akt der Legislative und damit der öffentlichen Gewalt. Ein zulässiger Beschwerdegegenstand liegt vor.

#### IV. Beschwerdebefugnis

Eine Grundrechtsverletzung müsste zumindest möglich erscheinen, § 90 I BVerfGG. Hier ist eine Verletzung des Art. 2 II GG durch Nichterfüllung der

staatlichen Schutzpflicht jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen. Eine solche Schutzpflicht könnte sich nämlich aus Art. 1 I 2 GG bzw. der objektiven Wertordnung ergeben. **[davon zu unterscheiden: die Frage, ob ein subjektives Recht (ggf. einklagbar) besteht!**

(1) selbst

A rügt eine Verletzung in eigenen Grundrechten. Er ist somit selbst betroffen.

(2) gegenwärtig

A müsste gegenwärtig betroffen sein. Er ist schon und noch (anhaltende Gesundheitsgefährdung) betroffen.

(3) unmittelbar

Ohne weiterreichende gesetzliche Regelung kann die Gesundheitsgefährdung des Smog nicht weiter eingedämmt werden, da für weiterreichende Eingriffe in die Rechte anderer (Art. 2 I GG) eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist (Gesetzesvorbehalt). A ist insoweit also unmittelbar betroffen. **[gut]**

A ist damit beschwerdebefugt.

V. Form und Frist

Die Frist des § 93 III BVerfGG (1 Jahr) ist einzuhalten (unechtes Unterlassen). Die Klage ist schriftlich einzureichen und zu begründen (§§ 23 I, 92 BVerfGG).

VI. Rechtswegerschöpfung, Subsidiarität

sind nicht zu prüfen.

VII. ZE Zulässigkeit

Die VB wäre zulässig.

**B. Begründetheit**

Die VB ist begründet, wenn der Beschwerdeführer in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt ist, d.h. wenn es eine (einklagbare) Schutzpflicht des Staates gibt, in sie eingegriffen ist und sie auch verletzt ist.

I. Schutzpflicht

1. allgemein

Fraglich ist, ob es staatliche Schutzpflichten gibt bzw. wie weit sie reichen.

(1) Eine Auffassung leitet sie aus Art. 1 I 2 GG („und zu schützen“) ab. Sie reiche aber nur so weit, wie auch der der Menschenwürdekern in den einzelnen Grundrechten reiche.

(2) Einer anderen Auffassung zufolge ergebe sich die Schutzpflicht des Staates aus der objektiven Werteordnung der Grundrechte, vor die sich der Staat fördernd und sichernd stellen müsse. Art und Ausmaß folgten so aus jedem Grundrecht selbst.

(3) Schließlich wird noch vertreten, dass mit der Beanspruchung des Gewaltmonopols durch den Staat auch eine staatliche Schutzpflicht einhergehe.

(4) Richtiger Ansicht nach folgt die Schutzpflicht aus der objektiven Werteordnung. Mit dem Wandel vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat ist auch anerkannt, dass sich Freiheit nicht nur in Abwesenheit des Staates ausdrückt, sondern dieser vielmehr erst ihre Bedingungen schaffen muss (status positivus). Das Argument des Gewaltmonopols kann dabei unterstützend angeführt werden. **[gut dargestellt]**

Die Grundrechte in ihrer ursprünglichen Funktion als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat verbürgen das subjektive Recht des Einzelnen auf Unterlassung einer grundrechtsverletzenden staatlichen Maßnahme. Nichts anderes kann im Hinblick auf die freiheitssichernde Funktion auch für die Einklagbarkeit des Einzelnen auf Erfüllung der staatlichen Schutzpflichten gelten.

Ansonsten liefe der soeben gewonnene Aspekt des Grundrechtsschutzes leer. **[schön]**

### 2. Schutzpflicht aus Art. 2 II GG

Vor allem hat die Schutzpflicht bei Art. 2 II GG zu greifen: körperliche Unversehrtheit / Leben ist Voraussetzung für die Wahrung der anderen Grundrechte und sind daher besonders hohe verfassungsrechtliche Güter. Zudem sind bei Nichteinschreiten des Staates regelmäßig irreparable Schäden zu besorgen. **[gut]**

### 3. im konkreten Fall

Im konkreten Fall ist das Leben oder doch jedenfalls die körperliche Unversehrtheit des Asthmatikers A durch die Smogbelastung konkret und erheblich bedroht.

Eine staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 II GG ist daher im konkreten Fall zu bejahen. **[etwas kurz -> keine bloße Alltagsbelästigung]**

## II. Eingriff

Durch die nicht weit genug gehende Regelung der §§ 3,4 bzw. der Schaffung von Ausnahmetatbeständen hat der Gesetzgeber auch in die Schutzpflicht eingegriffen.

## III. Pflichtverletzung

Der Gesetzgeber müsste jedoch auch seine Schutzpflicht aus Art. 2 II GG verletzt haben. Im vorliegenden Fall könnte er sie jedoch auch durch die geschaffene Regelung erfüllt haben.

Fraglich ist daher, welcher Prüfungsmaßstab anzulegen ist.

### 1. Evidenzkontrolle

Die Evidenzkontrolle prüft, ob der Gesetzgeber überhaupt keine gesetzliche Regelung getroffen hat oder ob die vorhandenen Regelungen offensichtlich gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind.

Dabei kann auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Aufgabe 1 verwiesen werden. Danach ist die geschaffene Regelung weder gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich, wenn es um den Gesundheitsschutz der Bevölkerung geht.

### 2. Untermaßverbot

Das Untermaßverbot prüft differenzierter.

Eine gesetzliche Regelung hat der Gesetzgeber geschaffen.

Andere gesetzliche Maßnahmen, die einen besseren Schutz bieten, aber gleichzeitig weniger in die Rechte anderer eingreifen, sind nicht ersichtlich. Die Abschaffung der Ausnahmen jedenfalls würde stärker in die Rechte Dritter eingreifen.

Fraglich ist daher, ob dem Beschwerdeführer der Verzicht auf eine weitergehende gesetzliche Regelung zumutbar ist. Dabei sind insbesondere die widerstreitenden Interessen abzuwägen.

Auf der einen Seite steht dabei Art. 2 II GG, der, wie oben dargestellt, ein besonders hohes Gut ist. Andererseits ist die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) oder etwa die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) Dritter, ja der gesamten Bevölkerung einer Region betroffen. Einschränkungen der Mobilität haben immer auch ganz erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen. Durch die geschaffene gesetzliche Regelung ist die Ozonbelastung immerhin schon um 30% reduziert. Dass eine noch weitergehende Regelung mit noch intensiveren Grundrechtseingriffen breiter Bevölkerungsschichten verbunden ist, wurde bereits dargetan.

Alle Ausnahmeregelungen abzuschaffen ist zudem schlechthin unvorstellbar: So würde der Staat, so er auch Fahrten in Notfällen verbieten würde, seinerseits wiederum das Leben und die körperliche Unversehrtheit von Notfallpatienten gefährden. Der Gesetzgeber hat jedenfalls durch die getroffene Ausnahmeregelung wirtschaftlichen Interessen und Gesundheitsschutz in einen vernünftigen, verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Ausgleich gebracht. Besonders ist auch zu berücksichtigen, dass im Falle des Einklagens von Schutzpflichten der Gewaltenteilungsgrundsatz und das Demokratieprinzip besondere Zurückhaltung verfassungsgerichtlicher Vorgaben verlangen (judicial self-restraint).

Nach alledem ist die verbleibende Smogbelastung (10%) dem Beschwerdeführer zuzumuten.

### 3. Streitentscheidung

Einer Entscheidung für einen Prüfungsmaßstab bedarf es hier nicht. Sie kommen beide zu gleichen Ergebnissen.

#### IV. Zwischenergebnis Begründetheit

Die VB ist unbegründet.

#### **C. Ergebnis**

Die VB ist zulässig, aber unbegründet. Sie hätte daher keine Aussicht auf Erfolg.

## **Bewertungsbogen**

### **Aufgabe 1:** (40% der Klausur)

Verstoß gegen Art. 12 I GG, insb. Eingriffsprüfung und Verhältnismäßigkeitsprüfung

**[schöne Prüfung, Schwerpunkte richtig gesetzt -> gut]**

### **Aufgabe 2:**

#### **A. Zulässigkeit** (20% der Klausur)

- Beschwerdebefugnis
- Beschwerdegegenstand (Schutzpflichten und subjektives Recht auf Schutz)

**[im Beschwerdegegenstand unechtes Unterlassen nicht explizit bennant, keine scharfe Trennung Schutzpfl. – subj. R -> gut – vollbefr.]**

#### **B. Begründetheit** (40% der Klausur)

##### I. Schutzpflicht

- a) Allgemeine Herleitung
- b) Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG
- c) Schutzpflicht im konkreten Fall (Art und Ausmaß der Gefahr)

##### II. Eingriff

##### III. Verletzung der Schutzpflicht?

- a) Kontrollmaßstab
- b) Abwägung der widerstreitenden Interessen

**[zu I.c) -> hier etwas kurz, ansonsten sehr erfreuliche Prüfung; zu III.a) -> gut]**

**Gesamtbewertung: (14 Punkte) – Durch und durch gelungene Klausur, mit wirklich nur kleinen Flüchtigkeitsfehlern.**

**Schöner Gutachtenstil, trotz relativ komplexer Thematik**

**Schwerpunkte richtig gesetzt und gut argumentiert.**



**Klausur 12**

**13 Punkte**

2. Grundkursklausur im Grundkurs Öffentliches Recht  
- Zwischenprüfungsklausur -  
PD Dr. Matthias Knauff LL.M  
Sommersemester 2011

Fachschaft Jura

LMU München

**Grundkurs Öffentliches Recht II**  
**Sommersemester 2011**  
**Zwischenprüfungs- und Grundkursklausur**  
**PD. Dr. Matthias Knauff LL.M**

R, der die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, ist ein begeisterter Reiter und Besitzer mehrerer Ponys, mit denen er regelmäßig Ausritte in den nahegelegenen Wäldern unternimmt. Neben dem Reitsport begeistert sich R seit jeher aber auch für den Rock'n'Roll. Zu seinen großen Idolen gehören insbesondere die Rolling Stones, nach denen R auch seine Pferde benannt hat: Mick, Ron, Charlie und Keith sind sein ganzer Stolz. Um seine Liebe zu den Tieren und zur Musik zum Ausdruck zu bringen, plant R, seine Pferde „individuell zu verschönern“. Zu diesem Zweck rasierte er die hintere Flanke des Schimmelponys „Keith“, um die Stelle nach Vorlage mit etwa 15 cm großen „Rolling-Stones-Zunge“ zu tätowieren. Nach etwa zwei Stunden brach R den ersten Versuch der Vortätowierung ab, da sich das hierzu von ihm verwendete Werkzeug als ungeeignet erwies.

Noch bevor R sein Vorhaben fortsetzen konnte, untersagte die von Tierschützern informierte zuständige Tierschutzbehörde gestützt auf §16a S. 1 i.V.m. §§5 Abs. 1 S. 1, 1 S. 2 TierSchG dem R die Tätowierung der Pferde zu „Verschönerungszwecken“. Diese verstoße nach Ansicht der Behörde gegen die Vorgaben des Tierschutzgesetzes, da den Tieren ohne vernünftigen Grund Schmerzen zugefügt würden. Bei einer Tätowierung mittels Nadelstichen, die bis zu 3000-mal pro Minute in die Haut eindringen, werden Farbpigmente in die mittlere von drei Hautschichten eingebracht. Das ständige Eindringen der Nadeln führe zu Gewebeerstörungen und Reizungen der Schmerzrezeptoren, die bei einem Tier zu einem nicht unerheblichen Schmerzempfinden führen. Zwar erfolgen Tätowierungen am Menschen im Regelfall ohne Betäubung, was allerdings nicht bedeute, dass der mit derartigen Eingriffen verbundene Schmerz bei einem Tier zu vernachlässigen sei. Gegen die Zulässigkeit des Eingriffes bei einem Tier sprächen Angst und seine Unfähigkeit, den Sinn des Schmerzes einzusehen und dessen zeitliche Dimensionen abzuschätzen.

Durch diese Anordnung der Behörde sieht sich R in seinen Freiheiten beschnitten. Er klagt deshalb vor den Verwaltungsgerichten gegen das behördliche Verbot. Zur Begründung führt er aus, dass es doch wohl seiner Entscheidung überlassen sein muss, wie er mit seinen eigenen Tieren verfare. Zwar sehe er ein, dass Tätowierungen mit Schmerzen verbunden seien. Es dürfe aber nicht verkannt werden, dass Ponys widerstandsfähige Tiere seien.

Nachdem seine Klage auch in letzter Instanz abgewiesen worden war, erhob R form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Neben den im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bereits vorgebrachten Argumenten rügt R zudem eine Verletzung der Berufsfreiheit. Das Tätowieren seiner Ponys sollte auch eine Art „Probelauf“ darstellen, da R mit dem Gedanken spielt, in einigen Jahren sein Geld als Tätowierer zu verdienen, sollten seine „Werke“ beim Publikum gut ankommen. Überdies hätten die Gerichte auch die künstlerische Qualität dieser Arbeit nicht ausreichend gewürdigt.

**Bearbeitervermerk:** Beurteilen Sie in einem Rechtsgutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde des R. Auf die umseitig abgedruckten Vorschriften des TierSchG wird verwiesen. Von der formellen Verfassungsmäßigkeit des TierSchG ist auszugehen.

### **Auszug aus dem TierSchG:**

#### **§ 1 [Zweck und Grundsatz des Gesetzes]**

<sup>1</sup>Zweck dieses Gesetzes ist es, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen. <sup>2</sup>Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen.

#### **§ 5 [Betäubung]**

(1) <sup>1</sup>An einem Wirbeltier darf ohne Betäubung ein mit Schmerzen verbundener Eingriff nicht vorgenommen werden. <sup>2</sup>Die Betäubung warmblütiger Wirbeltiere sowie von Amphibien und Reptilien ist vom Tierarzt vorzunehmen. (...)

#### **§ 16 [Behördliche Anordnungen]**

<sup>1</sup>Die zuständige Behörde trifft die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und die zur Verhütung künftiger Verstöße notwendigen Anordnungen. (...)

## **Lösung:**

Die Verfassungsbeschwerde des A hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist. Sich aus Art. 93 I Nr.

### A. Zulässigkeit

#### I. Zuständigkeit des BVerG

Die Zuständigkeit des BVerG für Verfassungsbeschwerden ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff, BVerGG.

#### II. Beschwerdefähigkeit

A müsste beschwerdefähig sein. Die Beschwerdefähigkeit ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 I BVerGG. Danach ist „jedermann“ beschwerdefähig, der Träger von Grundrechten ist. Als natürliche Person ist A grundrechtsfähig und somit beschwerdefähig.

#### III. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand ist jeder Akt öffentlicher Gewalt. Damit ist jedes Tun oder Unterlassen der Exekutive, Judikative oder Legislative gemeint. A legt laut Sachverhalt Verfassungsbeschwerde gegen das letztinstanzliche Urteil ein (= Akt der Judikative). Es liegt somit ein tauglicher Beschwerdegegenstand vor.

#### IV. Beschwerdebefugnis

A ist beschwerdebefugt, wenn er durch den angegriffenen Akt unmittelbar selbst und gegenwärtig beeinträchtigt ist und eine nach dem Vortrag des A möglich erscheint.

1. M  
Möglichkeitstheorie  
Eine Grundrechtsverletzung des A erscheint möglich, da sie nicht von vornerein und unter jeder Betrachtungsmöglichkeit ausgeschlossen werden kann.
2. E  
Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit  
A ist durch das Urteil des Gerichts, solche Äußerungen zukünftig zu unterlassen, unmittelbar, selbst und gegenwärtig betroffen. Somit liegt die Beschwerdebefugnis des A vor.

#### V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Nach § 90 II S.1 BVerGG ist die Verfassungsbeschwerde nur zulässig, wenn der Rechtsweg erschöpft ist. Laut Sachverhalt wird A letztinstanzlich verurteilt, somit ist der Rechtsweg erschöpft. Des Weiteren muss die Verfassungsbeschwerde subsidiär sein, d.h. es darf keine anderen prozessualen Möglichkeiten geben, um das Recht des A geltend zu machen. Laut Sachverhalt liegen solche Möglichkeiten nicht vor, die Verfassungsbeschwerde ist also subsidiär.

#### VI. Form und Frist

A müsste den Antrag form- und fristgerecht eingereicht haben. Laut Sachverhalt ist sowohl die vorgegebene Form (§ 23 I S.1 BVerGG, Schriftform) als auch die Frist (1 Monat, § 93 I S.1 BVerGG) eingehalten worden.

## VII. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig

### B. Begründetheit

Der Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn das Urteil in den Schutzbereich eines Grundrechts des A eingreift und dieser Eingriff verfassungsmäßig nicht gerechtfertigt werden kann.

#### I. Schutzbereich

Der Schutzbereich müsste eröffnet sein. Hier könnte der A in seinem Recht auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S.1 HS.1 GG verletzt sein. Persönlich schützt die Meinungsfreiheit jeden, also auch den A. Die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs ist nachfolgend zu prüfen.

1.

A

#### Begrenzung Meinung/Tatsachen/Behauptung

Fraglich ist, ob die Äußerungen des A durch die Meinungsfreiheit nach Art. 5 I HS a GG geschützt sind. Die Meinungsfreiheit schützt grundsätzlich Meinungen. Das sind Werturteile, unabhängig davon auf welchen Gegenstand sie sich beziehen und welchen Inhalt sie haben. Entscheiden sind damit Elemente der „Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung.“ Strittig ist, ob auch Tatsachenbehauptungen in dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen. Darunter versteht man Äußerungen über vergangene oder gegenwärtige Zustände oder Ereignisse, die dem Beweise zugänglich sind. Allgemein abgelehnt wird, Tatsachenbehauptung unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit zu subsumieren, die bewiesen oder bewusst unwahr sind oder keine Voraussetzungen für die Meinungsbildung darstellen. (**gut**) Das BVerG vertritt, dass auch Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen, wenn sie durch „Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens und des Meinens“ geprägt sind und „Voraussetzungen für die Bildung einer Meinung“ darstellen. Die erste Äußerung des A qualifiziert den F als „Auftragskiller“, der aus reiner Gewinnsucht Baby hinterrücks ermordet. Hier handelt es sich um ein Werturteil im dargelegten Sinne, da A in diese Äußerung seine Meinung über Frauenärzte, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, darlegt. Die Elemente des Werturteils sind also gegeben, A hat sich geistig mit der Tätigkeit des F auseinandergesetzt und diese dann (negativ) bewertet. Im Hinblick auf die erste Äußerung ist der Schutzbereich also eröffnet. Bei der zweiten Äußerung des A ist das schon problematischer, da diese relativ meinungsneutral wirkt. Der A gibt nur die Rechtslage wieder. Elemente eines Werturteils sind darin nicht zu finden. Es handelt sich also um eine Tatsachenbehauptung, diese könnte aber auch Voraussetzung für die Meinungsbildung sein. Das ist der Fall, wenn die erste und die zweite Aussage so aufeinander bezogen sind, dass sie einheitlich in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen. Dazu ist anzuführen, dass A seine Meinung über den F als Auftragskiller dadurch gebildet hat, dass Abtreibungen rechtswidrig sind. Demnach wäre die zweite Aussage Voraussetzung für die Bildung der

Meinung des A. Dem ist zuzustimmen, somit ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit für beide Äußerungen eröffnet.

2. A

Abgrenzung Pressefreiheit

Fraglich ist, ob die Aktionen des A nicht unter den Schutz der Pressefreiheit fallen. Die Pressefreiheit schützt insbesondere Pressespezifisches, also die Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit die Presse ihrer Aufgaben im Kommunikationsprozess nachkommen kann. Die Aktion des A verbreitet jedoch nur seine Meinung in Form von Presseerzeugnissen, daher ist die Meinungsfreiheit einschlägig.

3. K

Verbreitungsmodalitäten

Art. 5 I S.1 HS. 1 GG zählt explizit die Meinungsverbreitung in Wort und Schrift und Bild auf. Die Aufzählung ist jedoch nur beispielhaft nicht abschließend. Geschützt sind alle Formen der Meinungsverbreitung.

4. Z

Zusammenfassendes Ergebnis

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist eröffnet.

## II. Eingriff

Fraglich ist, ob das letztinstanzliche Urteil auch einen Eingriff darstellt. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff ist ein Eingriff jede freiheitsverkürzende Maßnahme, die final, unmittelbar, rechtsförmig und imperativ erfolgt. Die Finalität ist zu bejahen, wenn die Beeinträchtigung bezweckt und nicht nur bloße Nebenfolge ist. Der Eingriff ist unmittelbar, wenn durch ihn selbst die beeinträchtigende Wirkung ausgelöst wird. Die Maßnahme ist rechtsförmig, wenn sie durch Rechtsakt und nicht durch rein tatsächliche Handlung erfolgt. Imperativ ist die Freiheitsverkürzung, wenn sie einen Ge- oder Verbot erhält, das ggf. mit Befehl und Zwang durchgesetzt werden kann. Das letztinstanzliche Urteil gegen den A ist somit eine freiheitsverkürzende Maßnahme, die final, unmittelbar, rechtsförmig und imperativ ist. Es liegt also ein Eingriff nach dem strengen, klassischen Eingriff vor.

## III. Verfassungsmäßige Rechtfertigung

1. S

Schranke (Gesetzesvorbehalt)

Die Rechte des Art.3/ 5 I GG finden nach Art.5 II GG ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. Die Meinungsfreiheit unterliegt also einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt(**gut**). Fraglich ist, was unter allgemeinen Gesetzen zu verstehen ist. Die Sonderrechtslehre versteht darunter alle Gesetze, die sich nicht gegen Meinungen als solches richten. Eine andere Theorie, die sog. Abwägungstheorie, versteht darunter Gesetze, die dem Schutz eines der Meinungsfreiheit höherrangigen Rechts dienen. Das BVerfG hat diese beiden Lehren kombiniert und versteht unter allgemeinen Gesetzen alle materiellen Gesetze, die

sich nicht gegen die Meinung als solchen richten, sondern vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung schutzwürdigen Rechtsgut dienen. Solch ein Rechtsgut ist in der Rechtsordnung allgemein und unabhängig davon geschützt, ob es durch Meinungsäußerungen oder in sonstiger Weise verletzt werden kann. Bei den §§ 823, 1004 BGB handelt es sich um ein allgemeines Gesetz nach obiger Definition. Desweiteren ist laut Bearbeitungsvermerk von der Verfassungsmäßigkeit der §§ 823, 1004 BGB auszugehen Sie stellen somit die taugliche Schranke der Meinungsfreiheit dar.

2.

W

### echselwirkungslehre

Eine taugliche Schranke heißt aber nicht, dass der Eingriff ohne Weiteres verfassungsmäßig gerechtfertigt werden kann. Vielmehr ist nach der sog. Wechselwirkungslehre zu prüfen, ob das Gesetz im konkreten Einzelfall im Lichte der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit für einen freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat ausgelegt und angewendet wurde. Die Meinungsfreiheit beschränkt ihrerseits das allgemeine Gesetz also mir ihre schlechthin konstituierenden Bedeutung für eine freiheitliche Rechtsordnung.

a)

E

### ingeschränkter Prüfungsmaßstab

Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Urteilsverfassungsbeschwerde. Hier ist auf dem eingeschränkten Prüfungsmaßstab bei Urteilsverfassungsbeschwerden hinzuweisen. Das BVerG ist keine Superrevisionsinstanz und prüft nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des einfachen Rechts. Vielmehr beschränkt sich die Prüfung auf spezifische Verfassungsverletzungen die einerseits vorliegen, wenn das Gericht bei einem Urteil verkannt hat, dass es sich bei seiner Entscheidung im grundrechtsrelevanten Bereich befindet, andererseits wenn das Gericht mit seiner Entscheidung die Bedeutung eines Grundrechts grundsätzlich verkannt hat.

b)

P

### raktische Konkordanz

#### aa) Inhalt der ersten Äußerung

Fraglich ist, ob die erste Äußerung mehrdeutig interpretiert werden kann. Bei der Interpretation ist dabei auf ein verständiges und unvoreingenommenes Durchschnittspublikum abzustellen. Der A bezeichnet den F als Auftragskiller, der aus reiner Gewinnsucht Babys hinterrücks ermordet. Es ist schwierig, bei dieser Äußerung eine „milde Deutung“ zu finden. Im mildesten Fall könnte man den A wohl so verstehen, dass er nur wenn man ihn beauftragt, rechtswidrige Abtreibungen durchführt, die man als Mord bezeichnen könnte. (**naja**) Die härteste Deutung wäre wohl, dass der F in berechnender Weise ungeborene Babys heimtückische oder grausam im Sinne des Tatbestandes des § 211StGB ermordet. (wohl die einzige Auslegungsmöglichkeit)

(1)

M

#### aßstab

Im ersten Fall handelt es sich um ein Unterlassungsurteil, das auf die Zukunft bezogen ist. Da der A in Zukunft sein Verhalten neu planen kann, ist auf die härteste Deutungsmöglichkeit abzustellen.

(2)

A

Abwägung

Es ist nun abzuwägen, welches Rechtsgut im konkreten Fall höher zu bewerten ist, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I S.1) des F oder die Meinungsfreiheit des A. Mit seiner Äußerung verletzt der A das APR des F erheblich, da er ihm Mord, Gewinnsucht und Hinterlistigkeit vorwirft. Damit würdigt die A die berufliche Fähigkeit in unzumutbarer Weise öffentlich herab. Demnach hat seine Meinungsfreiheit hier gegenüber des APRs des F zurückzutreten. (nicht nur die berufliche Tätigkeit → F selbst als Privatperson wird beleidigt Art.12GG)

bb) Inhalt der zweiten Äußerung

In der zweiten Äußerung sagt A in der mildesten Interpretation, dass der F in seiner Praxis staatlich geduldete Abtreibungen durch führt. Die härteste Deutung wäre, dass der F in seiner Praxis Abtreibungen durch führt, die nicht mit dem Gesetz vereinbar sind, aber lediglich nicht bestraft werden.

(1)

M

aßstab

Es ist auf oben zu verweisen. Die härteste Interpretationsmöglichkeit wird angewendet.

(2)

A

Abwägung

Wie der A richtig darstellte, äußerte er „nur“ die geltende Rechtslage. Eine unzumutbare Beeinträchtigung des APR des F ist darin nicht zu sehen, da er sich bewusst für diese Tätigkeit entschieden hat und somit auch nicht unzumutbar herabgewürdigt wird, wenn der A die Rechtslage öffentlich darstellt. Somit hat seine Meinungsfreiheit Vorrang. (**sehr knapp**)

#### IV. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist teilweise begründet.

#### C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und teilweise begründet.

#### **Kommentar des Korrektors:**

**Eine insgesamt erfreuliche Arbeit. Du baust die Lösung klar und verständlich auf und gehst auf die Schwerpunkte der Klausur ein. Die Arbeit überzeugt auch durch vertiefte Kenntnisse. Zum Schluss ist die Abwägung etwas zu knapp.**

**13 Punkte**

**Klausur 13**

**15 Punkte**

2. Grundkursklausur im Grundkurs Öffentliches Recht  
- Zwischenprüfungsklausur -  
PD Dr. Matthias Knauff LL.M  
Sommersemester 2011

Fachschaft Jura

LMU München

**Grundkurs Öffentliches Recht II**  
**Sommersemester 2011**  
**Zwischenprüfungs- und Grundkursklausur**  
**PD. Dr. Matthias Knauff LL.M**

R, der die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, ist ein begeisterter Reiter und Besitzer mehrerer Ponys, mit denen er regelmäßig Ausritte in den nahegelegenen Wäldern unternimmt. Neben dem Reitsport begeistert sich R seit jeher aber auch für den Rock'n'Roll. Zu seinen großen Idolen gehören insbesondere die Rolling Stones, nach denen R auch seine Pferde benannt hat: Mick, Ron, Charlie und Keith sind sein ganzer Stolz. Um seine Liebe zu den Tieren und zur Musik zum Ausdruck zu bringen, plant R, seine Pferde „individuell zu verschönern“. Zu diesem Zweck rasierte er die hintere Flanke des Schimmelponys „Keith“, um die Stelle nach Vorlage mit etwa 15 cm großen „Rolling-Stones-Zunge“ zu tätowieren. Nach etwa zwei Stunden brach R den ersten Versuch der Vortätowierung ab, da sich das hierzu von ihm verwendete Werkzeug als ungeeignet erwies.

Noch bevor R sein Vorhaben fortsetzen konnte, untersagte die von Tierschützern informierte zuständige Tierschutzbehörde gestützt auf §16a S. 1 i.V.m. §§5 Abs. 1 S. 1, 1 S. 2 TierSchG dem R die Tätowierung der Pferde zu „Verschönerungszwecken“. Diese verstoße nach Ansicht der Behörde gegen die Vorgaben des Tierschutzgesetzes, da den Tieren ohne vernünftigen Grund Schmerzen zugefügt würden. Bei einer Tätowierung mittels Nadelstichen, die bis zu 3000-mal pro Minute in die Haut eindringen, werden Farbpigmente in die mittlere von drei Hautschichten eingebracht. Das ständige Eindringen der Nadeln führe zu Gewebeerstörungen und Reizungen der Schmerzrezeptoren, die bei einem Tier zu einem nicht unerheblichen Schmerzempfinden führen. Zwar erfolgen Tätowierungen am Menschen im Regelfall ohne Betäubung, was allerdings nicht bedeute, dass der mit derartigen Eingriffen verbundene Schmerz bei einem Tier zu vernachlässigen sei. Gegen die Zulässigkeit des Eingriffes bei einem Tier sprächen Angst und seine Unfähigkeit, den Sinn des Schmerzes einzusehen und dessen zeitliche Dimensionen abzuschätzen.

Durch diese Anordnung der Behörde sieht sich R in seinen Freiheiten beschnitten. Er klagt deshalb vor den Verwaltungsgerichten gegen das behördliche Verbot. Zur Begründung führt er aus, dass es doch wohl seiner Entscheidung überlassen sein muss, wie er mit seinen eigenen Tieren verfare. Zwar sehe er ein, dass Tätowierungen mit Schmerzen verbunden seien. Es dürfe aber nicht verkannt werden, dass Ponys widerstandsfähige Tiere seien.

Nachdem seine Klage auch in letzter Instanz abgewiesen worden war, erhob R form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Neben den im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bereits vorgebrachten Argumenten rügt R zudem eine Verletzung der Berufsfreiheit. Das Tätowieren seiner Ponys sollte auch eine Art „Probelauf“ darstellen, da R mit dem Gedanken spielt, in einigen Jahren sein Geld als Tätowierer zu verdienen, sollten seine „Werke“ beim Publikum gut ankommen. Überdies hätten die Gerichte auch die künstlerische Qualität dieser Arbeit nicht ausreichend gewürdigt.

**Bearbeitervermerk:** Beurteilen Sie in einem Rechtsgutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde des R. Auf die umseitig abgedruckten Vorschriften des TierSchG wird verwiesen. Von der formellen Verfassungsmäßigkeit des TierSchG ist auszugehen.

## Auszug aus dem TierSchG:

### **§ 1 [Zweck und Grundsatz des Gesetzes]**

<sup>1</sup>Zweck dieses Gesetzes ist es, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen. <sup>2</sup>Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen.

### **§ 5 [Betäubung]**

(1) <sup>1</sup>An einem Wirbeltier darf ohne Betäubung ein mit Schmerzen verbundener Eingriff nicht vorgenommen werden. <sup>2</sup>Die Betäubung warmblütiger Wirbeltiere sowie von Amphibien und Reptilien ist vom Tierarzt vorzunehmen. (...)

### **§ 16 [Behördliche Anordnungen]**

<sup>1</sup>Die zuständige Behörde trifft die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und die zur Verhütung künftiger Verstöße notwendigen Anordnungen. (...)

Die Verfassungsbeschwerde hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

## **A. Zulässigkeit**

### **I. Zuständigkeit des BVerfG**

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für eine Verfassungsbeschwerde ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG.

### **II. Beschwerdefähigkeit**

Gem. Art. 93 I Nr. 4a, §§ 13 Nr. 8a, 90 I BVerfGG kann "jedermann" Verfassungsbeschwerde erheben, also jede natürliche Person und somit auch der R. **[Grundrechtsfähigkeit]**

### **III. Prozessfähigkeit**

Die Prozessfähigkeit ist nicht im BVerfGG geregelt. Sie bezeichnet die Fähigkeit, Prozesshandlungen selbst oder durch Bevollmächtigte vorzunehmen und folgt der Grundrechtsmündigkeit. Vorliegend bestehen keine Zweifel an der Prozessfähigkeit des R.

### **IV. Beschwerdegegenstand**

Es müsste auch ein tauglicher Beschwerdegegenstand gegeben sein. Dies kann gem. Art. 93 I Nr. 4a GG, §90 I BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein, d.h. jede Maßnahme oder Unterlassung von Legislative, Exekutive und Judikative (vgl. auch Art. 1 III GG). Hier wendet sich R gegen die Anordnung der Behörde, also gegen einen Akt der Exekutive. Die Anordnung wurde durch das verwaltungsgerichtliche Urteil bestätigt. Auch wenn mehrere Beschwerdegegenstände vorliegen, handelt es sich nur um eine Verfassungsbeschwerde, da die einzelnen Beschwerdegegenstände inhaltlich aufeinander aufbauen. Ein tauglicher Beschwerdegegenstand liegt somit vor.

## **V. Beschwerdebefugnis**

R müsste zudem beschwerdebefugt sein. Die Beschwerdebefugnis setzt gem. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG voraus, dass der Beschwerdeführer hinreichend substantiiert behaupten kann, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Dazu muss die Grundrechtsverletzung zumindest möglich sein (1.) und muss den Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betreffen (2.).

### **1. Möglichkeit**

Hier kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass R durch die behördliche Anordnung, die ihm die Tätowierung seiner Pferde untersagt, in seinen Grundrechten aus Art. 12 I, 5 III, 14 I, 2 I GG verletzt ist. **[12 I fraglich]**

### **2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwerde**

Die behördliche Anordnung betrifft R in eigener Person, also selbst. Sie entfaltet auch Rechtswirkung, indem sie R verbietet, seine Pferde zu tätowieren. Somit ist R auch gegenwärtig betroffen. Schließlich ist die Beschwerde unmittelbar, da keine weiteren Vollzugsakte erforderlich sind. **[etwas knapp]**

### **3. Zwischenergebnis**

R ist beschwerdebefugt.

## **VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität**

Gem. Art. 90 II 1 BVerfGG kann der Beschwerdeführer erst dann Verfassungsbeschwerde erheben, wenn er den gesamten Rechtsweg erschöpft hat, soweit gegen die Verletzung der Rechtsweg eröffnet ist. Hier hat R den gesamten Instanzenzug durchlaufen und folglich den möglichen Rechtsweg erschöpft.

Eine andere Möglichkeit, sein Rechtsschutzbegehren durch Verfahren vor einfachen Gerichten durchzusetzen, ist nicht erforderlich. Auch dem Grundsatz der Subsidiarität ist damit Genüge getan.

## **VII. Form und Frist**

Die Verfassungsbeschwerde ist schriftlich (§ 23 I 1 BVerfGG) und begründet (§§ 23 I 2, 92 BVerfGG) innerhalb eines Monats zu erheben. Laut Sachverhalt hat R Form und Frist gewahrt.

## **VIII. Zwischenergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

## **B. Begründetheit**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn R tatsächlich in einem seiner Grundrechte verletzt ist. Dies ist der Fall, wenn ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt, der nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

### **I. Verletzung von Art. 12 I GG**

B könnte in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG verletzt sein.

#### **1. Schutzbereich**

Zunächst müsste der Schutzbereich eröffnet sein. Der Schutzbereich ist eröffnet, wenn R in persönlicher Hinsicht und das vorliegende Gesetz in sachlicher Hinsicht vor dem Grundrecht geschützt ist.

#### **a) Persönlicher Schutzbereich**

Art. 12 I GG ist ein Deutschengrundrecht und gewährleistet daher allen Deutschen i.S.d. Art. 116 GG die Berufsfreiheit. R ist deutscher Staatsangehöriger. Der persönliche Schutzbereich ist somit eröffnet.

#### **b) Sachlicher Schutzbereich**

Das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit schützt sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung. Fraglich ist indes, ob es sich bei der Tätigkeit des R, seine Pferde zu tätowieren, um einen Beruf i.S.d. Art. 12 I GG handelt. Darunter ist jeder erlaubte, auf eine gewisse Dauer angelegte Tätigkeit zu verstehen, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Zwar kann die Tätigkeit des Tätowierers grundsätzlich als Beruf klassifiziert werden. Hier dient sie jedoch nicht zur Erhaltung der Lebensgrundlage des R, da er erst in einigen Jahren beabsichtigt, sein Geld als Tiertätowierer zu verdienen. Derzeit übt R nicht den Beruf des Tätowierers aus und unterfällt daher auch nicht dem Schutz des Art. 12 I GG. Der Schutzbereich ist demnach nicht eröffnet. **[gut]**

### **2. Zwischenergebnis**

R ist nicht in seinem Grundrecht aus Art. 12 I GG verletzt.

## **II. Verletzung von Art. 5 III GG**

R könnte jedoch in seiner Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG verletzt sein.

### **1. Schutzbereich**

#### **a) Kunstbegriff**

Nach Art. 5 III GG ist die Kunst frei. Fraglich ist, was unter Kunst i.S.d. Art. 5 III GG zu verstehen ist. Aufgrund der Eigengesetzlichkeit von Kunst lässt sich kein eindeutiger Begriff bestimmen. Das BVerfG wendet verschiedene Kunstbegriffe nebeneinander an. Nach dem formellen Kunstbegriff ist Kunst das Ergebnis und die Tätigkeit herkömmlich anerkannter typisierter Gestaltungsformen der Kunst. Bei der Tätigkeit des Tätowierers handelt es sich nicht um eine typische Kunstform. Hierunter sind vielmehr traditionelle Gattungen wie Malerei, Dichtung, Musik oder Theater zu fassen. Nach dem materiellen Kunstbegriff ist Kunst die freie, schöpferische Gestaltung, in der die Eindrücke, Erlebnisse und Erfahrungen des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Das Tätowieren beinhaltet keinen tiefen Sinn, es sollen lediglich die Pferde des R verschönert werden. In dieser Absicht manifestieren sich keine Eindrücke oder Erlebnisse des R. Letztlich liegt Kunst nach dem offenen Kunstbegriff vor, wenn sich das Werk im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer neuer Deutungen erschließt. Die Tätowierung des Ponys weist keinerlei metaphorischen Gehalt auf, die unterschiedliche Interpretationen zulässt. R beabsichtigt dem Pony lediglich eine „Rolling-Stones-Zunge“ zu tätowieren. Somit liegt keine Kunst i.S.d. Art. 5 III GG vor. Der Schutzbereich ist demnach nicht eröffnet. **[Schön]**

### **2. Zwischenergebnis**

R ist nicht in seinem Grundrecht aus Art. 5 III GG verletzt.

### **III. Verletzung von Art. 14 I GG**

R könnte jedoch in seinem Recht auf Eigentum aus Art. 14 GG verletzt sein.

#### **1. Schutzbereich**

##### **a) Persönlicher Schutzbereich**

Art. 14 GG ist ein normgeprägtes Grundrecht, das allen Menschen zusteht und somit auch dem R. Der persönliche Schutzbereich ist daher eröffnet.

##### **b) Sachlicher Schutzbereich**

Art. 14 I GG gewährleistet das Eigentum. Eigentum in diesem Sinne sind alle vermögenswerten Rechte, die in der alleinigen Verfügungsmacht des Grundrechtsträgers stehen. Fraglich ist, ob das Tätowieren der Ponys des R in den Schutzbereich des Eigentums fällt. Nach § 90a BGB sind Tiere zwar keine Sachen, werden rechtlich jedoch so behandelt. Tiere können daher Eigentum i.S.d. Art. 14 I GG darstellen. Eigentum bezeichnet indes nicht nur die Gewährleistung des Innehabens der Rechtsposition, sondern auch die Verfügungs- und Nutzungsmacht über sein Eigentum. Sofern R seine Pferde also tätowieren möchte, unterfällt dies dem Schutz des Art. 14 I GG. Der Schutzbereich ist demnach eröffnet.

#### **2. Eingriff**

Fraglich ist, ob ein Eingriff vorliegt. Das behördliche Verbot verkürzt die Eigentumsfreiheit des R final und unmittelbar. Es ist zudem rechtsförmig, da es durch einen Verwaltungsakt vollzogen wurde. Somit liegt ein Eingriff selbst nach dem engen, klassischen Eingriffsbegriff vor. **[Definition fehlt]**

#### **3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Fraglich ist, ob der Eingriff gerechtfertigt ist. Dies ist der Fall, wenn sich der Eingriff auf eine taugliche gesetzliche Grundlage als Schranke stützen lässt, die verfassungsgemäß ist, und der Eingriff die Schranken-Schranken des Grundrechts wahrt, die Einzelanordnung also in verfassungsgemäßer Weise von der gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch macht.

##### **a) Einschränkung**

Nach Art. 14 I 2 GG kann das Eigentum durch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung eingeschränkt werden. Nach Art. 14 III GG kann jedoch auch mittels Enteignung die Eigentumsfreiheit eingeschränkt werden. **[ungenauer Ausdruck]** Fraglich ist, welche der Einschränkungsalternativen hier vorliegt.

##### **aa) Abgrenzung Inhalts- und Schrankenbestimmung/ Enteignung**

Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ist eine generell-abstrakte Festlegung der gesetzlichen Grenzen der ausschließlichen Nutzungsbefugnis des Eigentümers. Eine Enteignung hingegen ist ein zielgerichteter Entzug konkreter Vermögenspositionen. Hier wird R sein Eigentum, nämlich die Ponys, nicht entzogen. Sein Eigentumsrecht wird lediglich dahin-reichend beschränkt, dass er seine Pferde nicht mehr tätowieren darf. Auch liegt keine Teilenteignung vor, da Pferde keine rechtlich abtrennbaren, subjektiven Rechtspositionen in sich vereinen. Somit liegt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor. Diese ist im vorliegenden Fall durch das TierSchG gegeben. **[gut]**

##### **b) Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes**

###### **aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Von der formellen Verfassungsmäßigkeit ist laut Sachverhalt auszugehen.

## **bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Fraglich ist, ob das TierSchG materiell verfassungsgemäß ist.

Da die Norm die Grundlage für die Einschränkung des Art. 14 GG bildet, muss sie den Voraussetzungen genügen, die das Grundgesetz an eine derartige gesetzliche Schranke stellt. Hier kommt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Betracht. Das Gesetz muss einen legitimen Zweck verfolgen, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich sein und zu ihm in angemessenem Verhältnis stehen.

### **(1) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit**

Zweck des Gesetzes ist es, das Leben und Wohlbefinden der Tiere zu schützen. Insbesondere in der Bundesrepublik Deutschland, in der der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ein Wert von Verfassungsrang ist nach Art. 20a GG, stellt dies einen legitimen Zweck dar. Das TierSchG ist auch geeignet, Verstöße gegen diesen Grundsatz zu ahnden und somit die Erreichung des Ziels zu fördern. Insoweit kommt dem Gesetzgeber hier auch ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu. Ein milderer Mittel ist nicht ersichtlich, da keine behördlichen Anordnungen bei Verstößen zu treffen – gemessen an dem Ziel – nicht gleich geeignet ist.

### **(2) Angemessenheit**

Fraglich ist, ob die Norm auch angemessen ist. Hierfür lässt sich einführen, dass es im Ermessen der Behörde liegt, Anordnungen zu treffen. Es ist daher im konkreten Fall im Zuge verfassungskonformer Auslegung stets zu überprüfen, ob eine Anordnung angemessen ist oder nicht. Das Gesetz ist somit auch i.e.S. verhältnismäßig. **[knapp]**

## **cc) Zwischenergebnis**

Das TierSchG ist formell und materiell verfassungsgemäß.

## **c) Verfassungskonforme Anwendung im Einzelfall (Schranken – Schranken)**

Fraglich ist. Ob das Gesetz im konkreten Fall auch verfassungsgemäß angewandt wurde. Hierbei ist zunächst auf den eingeschränkten Prüfungsmaßstab im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde hinzuweisen. Denn das BVerfG überprüft nicht die Anwendung einfachen Rechts. Dies ist vielmehr Aufgabe der Fachgerichte, das BVerfG ist demgegenüber keine Supervisionsinstanz. Es überprüft lediglich das Vorliegen spezifischer Verfassungsverletzungen. Diese liegt vor, wenn das letztinstanzliche Gericht das Grundrecht verkannt (grundrechtliche Anwendungsausfall) oder falsch angewandt hat (grundrechtliche Fehleinschätzung oder –gewichtung).

Zu fragen ist daher, ob dem Grundrecht des R auf Eigentum aus Art. 14 GG angemessen Rechnung getragen wurde. Dies ist erneut im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung festzustellen. **[gut]**

### **aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit**

das Verbot, die Pferde weiter zu tätowieren, dient dem legitimen Zweck das Leben und Wohlbefinden der Pferde zu schützen, da die Tätowierung mit Schmerzen verbunden ist. Das Verbot ist auch geeignet, da der R nun seine Pferde nicht weiter tätowieren darf. Ein milderer Mittel wäre es, ein kleineres Tattoo zu tätowieren, das weniger Zeit und somit eine geringere Belastung des Pferdes mit sich brächte. Doch auch eine nur kurzzeitige Zufügung von Schmerzen kann das Pferd in seinem Wohlbefinden beeinträchtigen und dauerhaft traumatisieren. Ein milderer Mittel ist daher nicht ersichtlich.

### **bb) Angemessenheit**

Schließlich ist zu fragen, ob die behördliche Anordnung im konkreten Fall angemessen ist. Dies ist durch eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihm rechtfertigenden Gründe andererseits zu ermitteln.

Einerseits ließe sich anführen, dass Pferde widerstandsfähige Tiere sind, die Schmerzen leichter aushalten als Menschen. Selbst für einen Menschen ist eine Tätowierung ohne Betäubung der Regelfall. Dagegen spricht jedoch, dass die Schmerzen bei einem Tier nicht gänzlich zu vernachlässigen sind. Das Eindringen der Nadeln kann zu erheblichen Schmerzen führen, die ein Mensch mit dem Wissen um seine Situation freiwillig auf sich nimmt. Das Pferd hingegen könnte sich bedroht fühlen, da es den Sinn der Situation nicht versteht, was zu schwerwiegenden psychischen Schäden führen kann. Hinzu kommt, dass es nicht abschätzen kann, wie lange es sich den Qualen aussetzen muss, was beim Menschen aufgrund seiner Kommunikationsfähigkeit nicht der Fall ist. Zwar sind die Tiere Eigentum des R, aber dies berechtigt ihn nicht, alles Erdenkliche mit den Tieren anzustellen. Trotz allem handelt sich bei den Pferden um Lebewesen, die nach Art. 20a GG geschützt werden. Daher ist der Eingriff in die Eigentumsfreiheit des R hier angemessen, da die Staatsschutzbelange hier überwiegen. Die Anordnung ist mithin verhältnismäßig. **[toll]**

### **cc) Zwischenergebnis**

Das Gesetz wurde verfassungskonform angewandt.

### **d) Zwischenergebnis**

Der Eingriff ist gerechtfertigt.

## **4. Ergebnis**

R ist nicht in seinem Recht aus Art. 14 I GG verletzt.

## **IV. Verletzung von Art. 2 I GG**

R könnte jedoch in seinem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 II GG verletzt sein. Hierbei handelt es sich um ein umfassendes Grundrecht, das das gesamte Verhalten des Einzelnen schützt. Aufgrund der Weite des Schutzbereiches wird es daher auch als Auf-fanggrundrecht bezeichnet und ist gegenüber den speziellen Freiheitsrechten streng subsidiär. Sofern also nicht bereits ein anders Grundrecht einschlägig ist, findet Art. 2 I GG keine Anwendung. Hier ist Art. 14 I GG war nicht verletzt, jedoch einschlägig. Der Schutzbereich des Art. 2 I GG ist demnach nicht eröffnet. R ist nicht in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt. **[gut]**

## **V. Ergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

## **C. Gesamtergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Sie wird keinen Erfolg haben.

**Eine sehr schöne Arbeit, die sowohl durch die Argumentation, als auch durch die Schwerpunktsetzung überzeugt. An manchen Stellen sind die Ausführungen etwas zu knapp und ungenau.**

**Daher 15 Punkte, weiter so!**

**Klausur 14**

**13 Punkte**

2. Grundkursklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

- Zwischenprüfungsklausur -

Prof. Dr. Gregor Kirchhof

Sommersemester 2011

Fachschaft Jura

LMU München

## Zwischenprüfungsklausur Öffentliches Recht

SoSe 2011

Prof. Dr. Dres. h.c. H-J Papier

Prof. Dr. Gregor Kirchhof, LL.M.

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. EUR.

13 Punkte

### Sachverhalt

Frauenarzt F betreibt in München eine Praxis, in der er auch Schwangerschaftsabbrüche durchführt. Auf dieses Angebot weist F im Internet hin. Im Mai und im Juni 2009 postiert sich der überzeugte Abtreibungsgegner A vor der Praxis des F und macht mit Plakaten und Flugblättern, die er an Passanten verteilt, auf sich aufmerksam. Diese Plakate und Flugblätter enthalten folgende zwei Aussagen:

*„F ist ein Auftragskiller, der aus reiner Gewinnsucht Babys hinterrücks ermordet!“*

*„F führt hier rechtswidrige Abtreibungen durch, die der deutsche Gesetzgeber erlaubt und nicht unter Strafe stellt.“*

Weitere Aussagen tätigt A nicht. F hält dieses Verhalten für berufsschädigend und ehrverletzend. Er verklagt A, diese und vergleichbare Aktionen zu unterlassen. Entsprechend dem Antrag des F wird A letztinstanzlich - gestützt auf §§ 1004, 823 BGB – verurteilt, es zu unterlassen, die getätigten Aussagen oder vergleichbare Aktionen zu wiederholen.

In seinen Urteilsgründen betont das Gericht, dass die Äußerungen des A von F nicht hinzunehmen seien. Die erste Äußerung sei ein zu drastisches Unwerturteil. Die zweite Aussage entspreche zwar der geltenden Rechtslage – Abtreibungen sind rechtswidrig, jedoch unter bestimmten Voraussetzungen straffrei. Als schlichte Tatsachenbehauptung müsse diese Äußerung aber dem Schutz der Ehre des F weichen. Schließlich sei zu befürchten, dass sich die Patientinnen des F eine andere Praxis suchen, wenn sie vor der Praxistür des F mit so harschen Aussagen konfrontiert würden.

A fühlt sich durch diese Entscheidung in seinen Grundrechten verletzt, die auch vor den Zivilgerichten eine Rolle spielen müssten. Mit seinen Aktionen gehe es ihm nicht darum, F persönlich anzugreifen. Vielmehr wolle er in möglichst plakativer Weise darauf aufmerksam machen, dass jede Abtreibung eine Tötung sei. Man dürfe ihm wohl kaum verbieten, die Wahrheit zu sagen. A erhebt form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde gegen das letztinstanzliche Urteil.

**Bearbeitervermerk:** Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde des A in einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht. Von der Verfassungsmäßigkeit der §§ 1004, 823 BGB ist auszugehen.

## **Auszug aus dem BGB**

### **§ 823 Schadenersatzpflicht**

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

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

### **§ 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch**

(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

(2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

## **Auszug aus dem StGB**

### **§ 211 Mord**

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,  
heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder  
um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

einen Menschen tötet.

### **§ 212 Totschlag**

(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

## **Lösung:**

Die Verfassungsbeschwerde des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A) Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde müsste zulässig sein.

#### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht ist gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff BVerfGG zuständig für Verfassungsbeschwerden.

#### II. Beschwerdefähigkeit

A müsste beschwerdefähig sein. Dies ist laut Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG jedermann. „Jedermann“ bedeutet jeder Grundrechtsträger, der natürliche Person ist. Dies trifft auf A zu, der somit beschwerdefähig ist.

#### III. Prozessfähigkeit

Die nicht im GG geregelte Prozessfähigkeit kann bei A unterstellt werden.

#### IV. Beschwerdegegenstand

Es müsste ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Dies ist laut Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt. Im vorliegenden Fall wendet sich A gegen ein letztinstanzliches Urteil, welches einen Akt der Judikative darstellt. Dieses Urteil ist demnach ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

#### V. Beschwerdebefugnis

A müsste auch befugt sein, Verfassungsbeschwerde einzulegen. Dies ist laut Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG der Fall, wenn er eine Grundrechtsverletzung geltend machen kann, die ihn selbst und gegenwärtig betrifft. Zudem müsste sie möglich sein. Dies ist nach der Möglichkeitstheorie zu bejahen, wenn eine Grundrechtsverletzung nicht schon völlig undenkbar ist. Hier ist ein Eingriff in As Recht aus Art. 5 I 1 Hs. 1 GG durch das Urteil zumindest denkbar.

Durch das Urteil ist A auch gegenwärtig, selbst und unmittelbar betroffen, es entfaltet bereits jetzt Rechtswirkungen gegen ihn ohne weitere Vollzugsakte.

A ist demnach beschwerdebefugt.

#### VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Gemäß § 90 II 1 BVerfGG müsste A vor Einlegen der Verfassungsbeschwerde den Rechtsweg erschöpft haben und auch alle anderen Mittel, die ihm zusätzlich offenstehen, um seinen Grundrechtsverletzung geltend zu machen, ausgenutzt haben.

A erlag hier letztinstanzlich und subsidiäre Mittel sind nicht ersichtlich.

## VII. Form und Frist

A müsste auch die Formerfordernisse der §§ 23 I, 92 BVerfGG gewahrt haben und den Antrag schriftlich und begründet eingereicht haben. Zudem müsste er die einmonatige Frist des § 93 I BVerfGG ab dem letztinstanzlichen Urteil gewahrt haben. Form- und Fristenfordernisse wurden laut Sachverhalt gewahrt.

## VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des A ist zulässig.

### B) Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde müsste auch begründet sein. Die wäre der Fall, wenn A in seinem Handeln von einem Grundrecht geschützt wird, in dieses Grundrecht eingegriffen wurde und es dafür keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gibt.

#### I. Schutzbereich

Im vorliegenden Fall könnte die Meinungsfreiheit des A aus Art. 5 I 1 Hs. 1 GG betroffen sein. Dazu müsste der Schutzbereich des Grundrechts eröffnet sein.

##### 1. Persönlicher Schutzbereich

Die wäre der Fall, wenn A persönlich von Art. 5 I 1 Hs. 1 GG geschützt wird. Art. 5 I 1 Hs. 1 GG schützt als Menschenrecht jede natürliche Person. Dies trifft auf A zu, weswegen der persönliche Schutzbereich des Art. 5 I 1 Hs. 1 GG eröffnet ist.

##### 2. Sachlicher Schutzbereich

Zudem müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein, was der Fall ist, wenn das Handeln des A in selbigen fällt.

##### a) Abgrenzung von Werturteilen und Tatsachenbehauptungen

Art. 5 I 1 Hs. 1 GG schützt Meinungen. Eine Meinung ist ein Werturteil, das Elemente der Stellungnahme, des Dafür- oder Dagegenhaltens und der geistigen Auseinandersetzung beinhaltet. Sie ist dem Beweis nicht zugänglich.

Abzugrenzen ist sie von Tatsachenbehauptungen, dem Beweis zugänglichen Äußerungen, die zunächst nicht in den sachlichen Schutzbereich des Grundrechts fall. Jedoch trifft dies nur zu, wenn die Tatsachenbehauptung für sich steht, bei Verknüpfung mit einem Werturteil ist eine Abgrenzung oft nicht möglich. Demnach fallen auch Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 Hs. 1 GG, wenn sie die Grundlage eines Werturteils bilden. Nicht geschützt sind jedoch bewusst oder erwiesen falsche Tatsachenbehauptungen.

**[Korrektor: schön! Jedoch sollten Sie zukünftig Ihr Wissen an der relevanten Stelle ausbreiten, d.h. noch fallbezogener arbeiten.]**

##### aa) Erste Aussage des A

Die erste Aussage des A macht F den Vorwurf ein „Auftragskiller“ zu sein, der aus Gewinnsucht Säuglinge „ermordet“. Dies könnte ein Vorwurf sein, dass F die Tatbestandsmerkmale des § 211 StGB erfülle. Jedoch spricht die Wortwahl des A

(„Auftragskiller“, „hinterrücks“) dafür, dass hier Elemente des Dagegenhaltens und der Wertung vorliegen. Aussage 1 ist somit ein Werturteil und fällt somit in den sachlichen Schutzbereich des Art. 5 I 1 Hs. 1 GG.

**[Korrektor: schöne Subsumtion]**

bb) Zweite Aussage des A

Fraglich ist nun, ob die zweite Aussage des A eine Tatsachenbehauptung darstellt und wenn dem so ist, ob sie in den sachlichen Schutzbereich des Grundrechts fällt. Dies wäre der Fall, wenn sie untrennbar mit einer Meinungsäußerung zusammenhängt oder deren Grundlage bildet.

Die Äußerung enthält die Aussage, dass Abtreibungen rechtswidrig sind, jedoch nicht unter Strafe stehen. Diese Aussage entspricht dem geltenden Recht, wenn auch A verschweigt, dass der Straffreiheit noch Voraussetzungen voranstehen. Jedoch nimmt dies der Äußerung des A nicht den Charakter einer Tatsachenbehauptung. Eine solche liegt demnach vor.

Nun steht diese Aussage hier jedoch nicht für sich allein, zum Beispiel um zu informieren. Sie ist zusammen mit Aussage 1 auf Flugblätter und Plakate gedruckt und steht auch inhaltlich mit der 1. Aussage in Zusammenhang. Sie bildet unter anderem die Grundlage der Empörung des A und ist untrennbar mit seinem Dagegenhalten verknüpft.

**[Korrektor: sehr schön]**

Folglich fällt auch Aussage 2 trotz ihres Charakters einer Tatsachenbehauptung unter dem Schutz des Art. 5 I 1 Hs. 1 GG.

cc) Zwischenergebnis

Beide Aussagen des A fallen unter den Schutz der Meinungsfreiheit.

b) Kundgabemodalität

Laut Art. 5 I 1 Hs. 1 GG schützt die Meinungsfreiheit die Äußerung und Verbreitung selbiger in Wort, Bild und Schrift. Diese Aufzählung ist jedoch exemplarisch und daher nicht abschließend.

Die ist jedoch hier unproblematisch, denn A druckt hier seine Meinung auf Flugblätter und Plakate, was eine Meinungsverbreitung in Schrift darstellt.

c) Zwischenergebnis

Der sachliche Schutzbereich des Art. 5 I 1 Hs. 1 GG ist eröffnet.

3. Zwischenergebnis

Sowohl der persönliche als auch der sachliche Schutzbereich sind eröffnet.

II. Eingriff

Es müsste nun auch durch das letztinstanzliche Urteil ein Eingriff im klassischen Sinne in die Meinungsfreiheit vorliegen. Die wäre der Fall, wenn die Maßnahme der öffentlichen Gewalt final, unmittelbar, rechtsförmig und imperativ ist. Das Urteil ist final darauf gerichtet, in die Meinungsfreiheit einzugreifen, es wirkt unmittelbar ohne weitere Vollzugsakte und entfaltet Rechtswirkung. Es ist als Akt der Judikative ein Rechtsakt, nicht bloß tatsächliches Handeln

und es enthält ein Verbot, welches mit Befehl und Zwang durchgesetzt werden kann. Daher ist es auch imperativ.

Ob hier die Voraussetzungen des modernen Eingriffsbegriffs vorliegen, kann wegen des Vorliegens des klassischen Eingriffs dahinstehen. Es liegt folglich ein Eingriff in die Meinungsfreiheit des A vor.

### III. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Dies wäre der Fall, wenn das Grundrecht beschränkbar ist und im Anwendungsfall alle Schranken-Schranken berücksichtigt wurden. Die Tatsache, dass ein Zivilprozess vorliegt, hindert nicht die Anwendung von Grundrechten, die grundsätzlich mittelbare Drittwirkung auf einfache Gesetze entfalten.

**[K: schön!]**

#### 1. Schranken

Art. 5 I 1 Hs. 1 GG könnte einer Schranke unterliegen. Diese ergibt sich aus Art. 5 II GG. Demnach ist (unter anderem) die Meinungsfreiheit durch die allgemeinen Gesetze und den Gesetzen zum Schutz der Jugend und dem Schutz der persönlichen Ehre einschränkbar.

Zum Begriff der allgemeinen Gesetze existiert die Sonderrechts und die Abwägungslehre, welche vom BVerfG in Kombination angewendet werden. **[K: schön!]**

Demzufolge ist ein allgemeines Gesetz eine Norm, die sich nicht gegen eine Meinung als solche richtet, sondern vielmehr ein eventuell höherrangiges Rechtsgut schützt.

Art. 5 I 1 Hs. 1 GG unterliegt somit einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt.

#### 2. Schranken-Schranken

Fraglich ist, ob durch die Rechtsanwendung auch sämtliche Schranken-Schranken gewahrt wurden. Zunächst ist jedoch die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage zu prüfen. Diese ist hier §§ 1004, 823 BGB.

##### a) Verfassungskonformität der Rechtsgrundlage

Von der Verfassungskonformität der Rechtsgrundlage für das letztinstanzliche Urteil ist laut Sachverhalt auszugehen.

##### b) Verfassungskonforme Anwendung im Einzelfall

Fraglich ist, ob die §§ 1004, 823 BGB im vorliegenden Fall verfassungskonform angewendet wurden.

##### aa) Prüfungsmaßstab

Der Prüfungsmaßstab einer wie hier vorliegenden Urteilsverfassungsbeschwerde ist ein eingeschränkter, da das BVerfG zuständig ist. Dieses prüft nicht die Anwendung des einfachen Rechts, damit es nicht zu einer Superrevisionsinstanz verkommt, sondern lediglich verfassungsspezifische Anwendung im Zivilprozess. **[K: schön!]**

In diesem Zusammenhang muss geprüft werden, ob der Richter ein Grundrecht übersehen hat oder es bewusst verkannt hat.

### bb) Wechselwirkungslehre

Die Wechselwirkungslehre besagt, dass die Gesetze, die das Grundrecht einschränken, hier die §§ 1004, 823 BGB, ihrerseits zugunsten des Grundrechts einschränkbar sein müssen, somit mit ihm in Wechselwirkung stehen. **[K: schön!]**

Dies ist ein Fall der praktischen Konkordanz, die Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 III GG, darstellt.

#### (1) Erste Aussage des A

Fraglich ist, ob der Richter bei der ersten Aussage des A die Meinungsfreiheit des A verkannt hat.

##### (a) Deutung Aussage 1

Zunächst ist fraglich, ob Aussage 1 mehrdeutig ist.

Sie kann bedeuten, dass A gegenüber F ein drastisches Werturteil abgibt und ihn als Mörder aus Habgier gemäß § 211 II StGB hinstellt.

Eine weitere Deutung ist aus Sicht eines verständigen unvoreingenommenen Publikums nicht ersichtlich. Aussage 1 ist ein deutliches Werturteil.

##### (b) Abwägung Aussage 1

Fraglich ist, aus welchem Grund die Meinungsfreiheit des A eingeschränkt werden soll. §§ 1004, 823 BGB schützen auch „sonstige Rechte“. F müsste somit auch betroffen sein. Er fühlt sich in seiner Berufsfreiheit und in seiner Ehre verletzt. Besonders letzteres ist hier zu beachten.

Der Schutz der persönlichen Ehre des F durch § 823 BGB könnte hier ein höheres Rechtsgut als die Meinungsfreiheit des A darstellen.

F möchte auf den Tötungscharakter der Abtreibungen hinweisen, bezieht sich dabei aber direkt auf F- Ein allgemeiner Protest wäre hier auch zur Aufklärung möglich gewesen. Indem F durch die Behauptung, ein „Auftragskiller“ zu sein, in seiner persönlichen Ehre verletzt wird, ist zu bejahen. Demgegenüber stellt die Meinungsfreiheit jedoch eines der vornehmsten Menschenrechte dar, welche für eine demokratische Grundordnung konstituierend sei. **[K: schön!]**

Doch eine Einschränkung des § 823 BGB zugunsten der Meinungsfreiheit wäre hier wohl unverhältnismäßig. Zudem erzielt der Unterlassungsanspruch, keine solchen Aussagen gegenüber F zu tätigen, keine einschüchternde Wirkung. A kann seine negative Meinung zur Abtreibung weiterhin vertreten, nur ohne dabei Bezug auf F zu nehmen.

##### (c) Zwischenergebnis

Die Meinungsfreiheit wurde durch das Urteil nicht verkannt.

#### (2) Aussage 2

Auch hier ist fraglich, ob die Meinungsfreiheit anerkannt wurde.

##### (a) Deutung Aussage 2

Die zweite Aussage des A hat nur eine Deutungsmöglichkeit durch ihre klare Formulierung. Erst im Zusammenhang mit Aussage 1 entfaltet sie Meinungscharakter.

(b) Abwägung

Der Schutz der Ehre des F soll hier Rechnung getragen werden.

Indem er persönlich in der Äußerung fällt, ist er auch selbst davon betroffen. Auch steht die Aussage zusammen mit dem Unwerturteil aus Äußerung 1. Jedoch ist es unverhältnismäßig, dem F zukünftig eine solche Aussage zu verbieten, da sie für sich allein genommen nur Tatsachen enthält, die zwar Grundlage der Meinung des A sind und deshalb unter den Schutz des Art. 5 I 1 Hs. 1 GG fallen, aber nicht die Ehre des F berühren.[K: schön!]

Eine zukünftige Unterlassung ist damit unverhältnismäßig.

**Korrektor:**

**Lieber Klausurersteller,**

**Sie schreiben eine erfreuliche Arbeit, die Zulässigkeit gelingt Ihnen vollumfänglich und auch die Begründetheit enthält die relevanten Probleme**

**Dabei schreiben Sie immer schön im Gutachtenstil und setzen sich an den relevanten Stellen übersichtlich mit dem jeweils relevanten Sachverhalt auseinander.**

**Zur Qualität Ihrer Arbeit trägt überdies bei, dass Sie die Aussagen getrennt prüfen und dabei die relevanten Unterschiede erkennen (Werturteil/ Tatsache). Diese Erkenntnis schlägt sich richtigerweise auch auf die Ebene der Rechtfertigung durch.**

**Negativ fällt lediglich auf, dass Sie die theoretischen Ausführungen hinsichtlich des Schutzbereichs zu abstrakt vor die eigentliche Prüfung ziehen. Achten Sie zukünftig noch stärker auf den Fallbezug. Ein Gesamtergebnis hätte Ihre Arbeit noch abgerundet. Eine über der durchschnittlichen Bearbeitung liegende Arbeit, daher 13 Punkte.**



**Klausur 15**

**14 Punkte**

2. Grundkursklausur im Grundkurs Öffentliches Recht

- Zwischenprüfungsklausur -

Prof. Dr. Mario Martini

Sommersemester 2009

Fachschaft Jura

LMU München

**Zwischenprüfung  
Öffentliches Recht  
Grundkurs SoSe 09 / 03.07.09  
Prof. Dr. Mario Martini**

**Angabe**

Der Architekt A ist Mitglied eines Kulturvereins der Stadt M, dessen Mitglieder sich regelmäßig zu Vortrags- und Diskussionsabenden treffen. Anlässlich eines Vortrags des A über kommunale Integrationsbemühungen im Schulbereich schildert dieser unter anderem seinen Eindruck, dass sich die Verhältnisse am dortigen Gymnasium bedingt durch gestiegene Anteile von Schülern mit Migrationshintergrund verglichen mit seiner dort verbrachten Schulzeit gravierend verschlechtert hätten. Nachdem er diese Einschätzung geäußert hat unterbricht der Zuhörer Z den Vortrag des A, indem er dazwischen ruft: „Der A war auf einer Schule? – Das kann ich gar nicht glauben!“ In Erwiderung auf diesen Zwischenruf bezeichnet A den Z als „Dummschwätzer“ und fährt mit seinem Vortrag fort.

Z verlangt in der Folgezeit eine Entschuldigung von A, da er sich in seiner Ehre verletzt sieht und in seinem Bekanntenkreis häufig auf seinen „neuen Spitznamen“ angesprochen wird. Diese verweigert A indes. Ein auf Strafantrag des Z eingeleitetes Ermittlungsverfahren wegen Beleidigung führt zur Anklage durch die Staatsanwaltschaft. Strafgerichtlich wird A zur Zahlung einer Geldstrafe wegen Beleidigung gem. § 185 StGB verurteilt. Das letztinstanzliche Gericht urteilt, die Bezeichnung als Dummschwätzer sei als eine herabsetzende Äußerung zu verstehen, die allein zum Zweck der persönlichen Diffamierung geäußert worden sei. Dem Z werde durch die Bezeichnung generalisiert die persönliche Eignung abgesprochen, einen sinnvollen Beitrag in öffentlichen Debatten zu liefern. Eine derartige „Schmähung“ könne sich nicht auf den Schutz der Meinungsfreiheit berufen. Hilfsweise käme jedenfalls in einer Abwägung dem Ehrschutz des Z evidenter Vorrang zu, so dass eine Verurteilung wegen Beleidigung erfolgen müsse.

A fühlt sich durch die Verurteilung in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit verletzt und wendet sich form- und fristgerecht an das Bundesverfassungsgericht. Er macht geltend, das Gericht habe die Situation, in der die Äußerung gefallen sei, nicht hinreichend berücksichtigt: Es sei nicht beachtet worden, dass es sich bei seiner Äußerung lediglich um einen „Gegenschlag“ auf provozierendes Verhalten gehandelt habe. Deshalb sei keinesfalls eine persönliche Schmähung gegeben, sondern allein ein polemischer Beitrag im Rahmen öffentlicher politischer Meinungsbildung. Im Übrigen dürfe im Rahmen der Abwägung nicht außer Betracht bleiben, dass die durch ihn erfolgte Titulierung des Z lediglich im Zusammenhang konkreter Äußerung des Z stand und – aus dem Gesamtzusammenhang eindeutig ersichtlich – diesem keinesfalls dessen generelle Eignung zu sinnvollen Beiträgen abgesprochen wurde. Zuletzt müsse berücksichtigt werden, dass es sich im Vergleich zu anderen möglichen alltagssprachlichen Bezeichnungen um eine äußerst zurückhaltende Formulierung gehandelt habe, die angesichts des berechtigten verfolgten Zwecks gerade im Hinblick auf den Ehrschutz des Z angemessen sei.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde.

**Bearbeitervermerk:**

- Bitte erstellen Sie ein Gutachten zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen, ggf. hilfsgutachtlich
- Darstellungen zu § 93a BVerfGG (Annahme zur Entscheidung) sind entbehrlich.

- § 185 StGB lautet: „Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“
- Weitere Normen des StGB sind in der Bearbeitung außer Acht zu lassen.
- Die Bearbeitungszeit beträgt 2 Stunden

## Lösung

Der Antrag des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, wenn er die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt

#### 1. Zuständigkeit

Das BVerfG ist nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff BVerfGG für Verfassungsbeschwerden zuständig

#### 2. Beschwerdeführer

##### a) Beschwerdefähig

A müsste beschwerdefähig sein. Nach Art. 93 I Nr. 4a GG und § 90 I ist „jedermann“ beschwerdefähig. Als natürliche Person erfüllt A diese Voraussetzung.

##### b) Prozessfähig

A müsste sich selbst oder durch selbst bestimmten Vertreter vor Gericht verteidigen können. Dies ist ebenfalls der Fall.

A ist somit zul. Beschwerdeführer.

#### 3. Beschwerdegegenstand

Zul. BG ist nach Art. 93 I Nr 4a GG, § 90 I jeder Akt öffentlicher Gewalt. Hierzu zählen nach Art. 1 III Legislative, Judikative und Exekutive. Das Urteil des letztinstanzliche Gerichts ist damit tauglicher Beschwerdegegenstand.

#### 4. Beschwerdebefugnis

A müsste geltend machen, dass zumind. die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung vorliegt, und er gegenwärtig, selbst und unmittelbar betroffen ist, nach § 90 I BVerfGG.

##### a) Möglichkeit

A könnte in seinem Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I S.1 1 Hs GG verletzt sein. **[Wodurch?]** Da es nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, liegt die Möglichkeit vor.

##### b) Selbst

A müsste ein eigenes Grundrecht geltend machen. Dies ist hier der Fall.

##### c) unmittelbar

Es dürfte kein weiterer Vollzugsakt zur Beeinträchtigung nötig sein. Das Urteil entfaltet unmittelbar seine Wirkung geg. A.

d) gegenwärtig

A müsste schon oder noch durch das Urteil betroffen sein. Auch dies ist der Fall.

A ist beschwerdebefugt.

5. Rechtswegerschöpfung

Nach §90 II S. 1 BVerfGG müsste der Rechtsweg erschöpft sein. Laut SV hat A den Rechtsweg bestritten.

6. Subsidiarität

Des Weiteren dürfte es keinen einfacheren anderen Rechtsweg, z.B. über Verwaltungsbehörden geben, was hier zutrifft.

7. Form und Frist

A müsste die VB schriftl. gemäß § 23 I S. 1 und begründet nach § 23 I S.2, 92 BVerfGG in der 1-Monats-Frist nach § 93 I S. 1 BVerfGG eingereicht haben. Laut SV hat er Form und Frist gewahrt.

8. Zwischenergebnis

Die VB des A ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn A geltend machen kann in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsähnlicher Rechte verletzt zu sein. Dies ist der Fall, wenn der Schutzbereich des Art. 5 I S.1 1Hs. GG eröffnet ist und ein nicht verfassungsmäßiger Eingriff vorliegt.

Die Verfassungsbeschwerde des A richtet sich gegen das letztinstanzliche Urteil (sowie seine Verurteilung durch das Strafgericht).

Das BVerfG ist jedoch keine „Superrevisionsinstanz“ **[Gut!]**. Es entscheidet somit nicht neu, sondern überprüft spezifisches Verfassungsrecht. Es untersucht lediglich ob das letztinst. Gericht ein Grundrecht verkannt oder falsch angewendet hat.

A könnte sich auf seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I S.1 1Hs. GG berufen.

1. Schutzbereich

a) persönl. SB

Art. 5 I S.1 enthält keine Einschränkungen bzgl. des pers. SB.

b) sachlicher SB

Die Meinungsfreiheit ist grundsätzlich weit auszulegen und umfasst einerseits Werturteile. Diese sind ein Ausdruck der individuellen Auseinandersetzung und beinhalten Elemente des Dafürhaltens und der Stellungnahme. Sie sind keinem Beweis zugänglich. Tatsachenbehauptungen, die Vorgänge der inneren und äußeren Lebenswelt beschreiben sind ebenfalls in SB der Meinung, solange sie zur Meinungsbildung beitragen, und nicht bewusst oder bewiesen unwahr sind.

Der Ausruf „Dummschwätzer“ des A ist mit einem Element der Stellungnahme und der ind. Auseinandersetzung behaftet.

Die Meinungsfreiheit umfasst auch die Modalitäten. A darf nach Art. 5 I S.1 1Hs. seine Meinung äußern und verbreiten, an jedem Ort zu jeder Zeit und durch Wort, Schrift und Bild. Die Äußerung in Wort in der Diskussion ist ebenfalls geschützt.

## 2. Eingriff

Des Weiteren müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

Nachdem klassischen Eingriffsbegriff liegt ein Eingriff vor, wenn er unmittelbar, also nicht nur eine mittelbare Folge ist, final, also zweckgerichtet durch Rechtsakt und imperativ, mittels Befehl oder Zwang ist.

Das Urteil des Gerichts ist ein Rechtsakt, das unmittelbar gegenüber A seine Wirkung entfaltet, und final auf A gezielt ist.

Da ein kl. Eingriff bereits vorliegt, ist der moderne Eingriffsbegriff nicht weiter zu berücksichtigen.

Ein Eingriff in den SB des Art. 5 I S.1 1Hs liegt vor.

## 3. Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsmäßig gerechtfertigt sein, wenn Art. 5 I S.1 GG eine Schrankenregelung beinhaltet und der Eingriff sich auf diese Schranke stützt. Die Schranke müsste ebenfalls verfassungsmäßig sein und ihrerseits den Schranken-Schranken genügen.

### a) Schranke

Art. 5 II beinhaltet eine Schranke für die Meinungsfreiheit. Genannt werden allgemeine Gesetze und Gesetze die dem Schutze der Jugend und dem Recht der persönliche Ehre bestimmt sind.

§ 185 StGB müsste um als Schranke für Art. 5 I S.1 1Hs. angewendet werden zu können, ein allg. Gesetz sein.

#### α) allg. Gesetze

Fraglich ist, welche Kriterien an allg. Gesetze gestellt werden.

Es genügt nicht, nach Art. 19 I S. 1 allgemein zu sein.

Die entwickelte Sonderrechtslehre besagt, dass allgemeine Gesetze nicht gegen eine bestimmte Meinung oder die Meinungsfreiheit als solches gerichtet sind und somit Meinungsneutral sein müssen.

Eine andere Deutung könnte nach der Abwägungslehre bestehen, die besagt, dass das Gesetz ein höherrangiges Rechtsgut schützen muss.

Da beide Lehren alleine nicht genügen würden, wurden sie kombiniert. **[Schön]**

Ein allg. Gesetz ist somit meinungsneutral und richtet sich nicht geg. best. Meinung oder Meinungsfreiheit oder schützt ein höherrangiges RG.

§ 185 StGB könnte jedoch nicht allg. sein, da es best. Meinungen die eine Beleidigung darstellen unter Strafe setzt. § 185 StGB soll aber die pers. Ehre schützen, die durch Beleidigungen verletzt wird. Es ist demnach allg. nach der Abwägungslehre und dient der weiteren Schranke in Art. 5 II „dem Recht der pers. Ehre.“ **[Die Schranke wird jedoch bereits durch allg. Gesetze gemahnt]**

### b) Schranken-Schranken

Der § 185 StGB müsste seinerseits verfassungskonform sein, d.h. formell und materiell verfassungsmäßig.

#### α) formelle Verf.

§ 185 ist formell verfassungsmäßig, wenn die Kompetenz beim Bund lag, das Verfahren richtig angewendet wurde und die Form gewahrt wurde.

Nach Art. 74 I Nr. 1 hatte der Bund konkurrierende Gesetzgebungskompetenz

Von der Einhaltung der Verfahren und der Form kann ausgegangen werden.

β) materiell Verfassungsmäßigkeit. **[Diese Prüfung ist nicht zwingend nötig. Gut, dass Sie sich relativ kurz fassen]**

§ 185 StGB müsste materiell verfassungskonform sein.

Dies ist der Fall, wenn es das GR auf freie Meinungsfreiheit nicht unzulässig beschränkt.

Es müsste verhältnismäßig nach Art. 20 III GG sein.

Dies könnte der Fall sein, da es dem log. Ziel des Schutzes der pers. Ehre dient und dafür auch geeignet ist.

Es ist auch erforderlich, da kein milderes, gleich effektives Mittel ersichtlich ist.

Es könnte jedoch unangemessen sein, da es in die Meinungsfreiheit eingreift. Da Beleidigungen (insb. Schmähkritik und Formalbeleidigungen) jedoch die pers. Ehre und Würde des Menschen schützen und Beleidigungen grundsätzlich nicht der Kommunikation förderlich sind, ist § 185 StGB auch angemessen.

§ 185 StGB ist formell und materiell verfassungskonform.

c) Anwendung im Einzelfall

§ 185 StGB müsste verfassungskonform angewendet worden sein.

Nach der Wechselwirkungslehre müsste die Einschränkung des Art. 5 I S.1 1Hs. in Abwägung mit einem zu schützenden GR eines Dritten erfolgt worden sein. Die unmittelbare Drittwirkung der GR muss gewahrt sein. Die Äußerung des A müsste richtig gedeutet worden sein, und § 185 StGB richtig ausgelegt und angewendet worden sein

α) Deutungsebene

Die Äußerung des A könnte eine Schmähkritik des V sein, was ihn in seinem Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I iVm Art. 1 I verletzen würde.

Das Wort „Dummschwätzer“ könnte eine Formalbeleidigung sein. Es ist eine herabsetzende Äußerung.

Es kommt hier jedoch nicht auf die Diffamierung des V an, womit es keine Schmähkritik ist **[Ja]**, da A auf die Äußerung des V antwortet und das Ziel war, sich selber zu verteidigen. Es muss auf die Situation geachtet werden, in welchem die Äußerung fiel. Es handelt sich hierbei um keine Schmähkritik

β) Abwägung

Es muss demnach eine Abwägung im Wege der praktischen Konkordanz zwischen der Meinungsfreiheit des A und des allg. Persönlichkeitsrecht des V erfolgen. **[Gibt es verschiedene Auslegungen bzgl. des Inhalts von A's Aussage?]**

V hat nach Art. 2 I iVm Art. 1 I das Recht im autonomen Bereich privater Lebensgestaltung sich zu entwickeln und zu wahren.

Er hat das Recht auf Selbstbestimmung, Selbstdarstellung und Selbstwahrung. Die Äußerung des A könnte sein Bild und seine Ehre in der Öffentlichkeit verletzen. Die Äußerung ist eine Verletzung seiner Privatsphäre, welche besonders geschützt werden muss, womit der Eingriff in die Meinungsfreiheit legitimiert wäre.

C) Verhältnismäßigkeit

Der Eingriff in die Meinungsfreiheit müsste verh. d.h. zweckmäßig, erforderlich, geeignet und angemessen sein.

a) Zweck

Der Zweck ist hier der Schutz des GR von V auf Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit. Dies ist ein schutzwürdiger Zweck

b) Geeignetheit

Die Geldstrafe müsste geeignet sein. Dies ist der Fall, da sie zumindest zweckdienlich ist, da A ohne Geldstrafe nicht zu einer Entschuldigung bereit ist.

c) Erforderlich

Die Geldstrafe ist erforderlich, wenn kein gleich effektives aber milderes Mittel zu Erreichung ersichtlich ist. Nach der staatl. Einschätzungsprärogative kann davon ausgegangen werden.

d) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

Die Geldbuße müsste aber auch angemessen sein.

Hier ist darauf abzustellen, dass es hier einerseits um den Schutz der pers. Ehre des V geht und andererseits um die Meinungsfreiheit.

Die Meinungsfreiheit bildet eine wichtige Voraussetzung für die pol. Meinungsbildung. Die Äußerung des A unterst. jedoch nicht die Meinungsbildung. Andererseits muss die Situation beachtet werden, in welcher die Meinung geäußert wurde. A und V befanden sich in einem Vortrags- und Diskussionsabend, bei dem es schon mal zu hitzigen verbalen Auseinandersetzungen kommen kann. Des Weiteren hat A nur auf eine Beleidigung seiner pers. Ehre von V geantwortet. Des Weiteren kann die Äußerung „Dummschwätzer“ unterschiedliche Bedeutungen haben. Es muss nicht nur auf die schlimmste Deutung, dass V die pers. Eignung sinnvolle Beiträge in öffentliche Debatten abgesprochen wird, sondern es kann auch nur bedeuten [**Sehr gut**], dass V mit seiner Äußerung dummes Zeug gesagt hat, welches nicht stimmt. Da es sich um eine Meinung in der Vergangenheit handelt, muss die meinungsfreundliche Deutung genommen werden, sodass es dem Recht der freien Rede gerecht wird. Ansonsten würde man A eine fremde Meinung zuordnen, da er womöglich etwas anderes gemeint hat. Dies würde gegen die neg. Meinungsfreiheit verstoßen. Des Weiteren würde eine Deutung des schlimmsten Falles zu einem Einschüchterungseffekt führen. Auf der anderen Seite ist die pers. Ehre ein hohes schutzwürdiges Gut, welches den Menschenwürdekern beinhaltet, der nicht verletzt werden darf.

Da die Äußerung des A jedoch keine Schmähekritik beinhaltet und nur ein Gegenschlag auf das provozierende Verhalten des V war, welches in einer hitzigen Diskussion gefallen war, muss auf die wichtige Stellung der Meinungsfreiheit abgestellt werden.

Das Einstufen der Äußerung „Dummschwätzer“ ohne auf die Situation zu achten in der es viel und ohne auf die deutungsfreundliche Auslegung Rücksicht zu nehmen, als Beleidigung gemäß. § 185 ist nicht angemessen.

Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt.

Die VB ist begründet.

Ergebnis

Die VB ist zulässig und begründet und hat danach Aussicht auf Erfolg.

**[Sie bauen die Klausur strukturiert und nachvollziehbar auf und erkennen auch die Schwerpunkte. Erfreulich ist Ihre Argumentation im Rahmen der Angemessenheit. Im übrigen zeigen Sie gute vertiefte Rechtskenntnisse. 14 Punkte]**

