

**Simulierte mündliche Prüfungen im Öffentlichen Recht
Kurzvortrag am 22.02.2011**

VerwR 8

1.

Der in Neukölln wohnende S mietet in Kreuzberg einen kleinen Laden. Dort eröffnet er eine „Galerie“ und verkauft Bilder und Skulpturen, die er bei jungen Künstlern aufkauft. Da er trotz wiederholter Aufforderungen seinen Betrieb nicht anmeldet, gibt ihm die zuständige Stelle mit Bescheid vom 14.1. auf, sein Gewerbe bis zum 10.2. anzumelden und droht bei Nichtbefolgung ein Zwangsgeld von 100 € an. A legt Widerspruch ein und macht geltend, seine künstlerische Tätigkeit sei kein Gewerbe, außerdem fehle es an der Ermächtigung zum Erlass derartiger Verwaltungsakte, so dass der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und das Rechtsstaatsprinzip verletzt seien.

Woraus leiten sich der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und das Rechtsstaatsprinzip ab und welchen Geltungsbereich hat ersterer? Ist danach der Bescheid vom 14.1. in jeder Hinsicht rechtmäßig?

2.

Angenommen, S gibt den Betrieb mangels Rentabilität auf. Er will eine Gaststätte eröffnen und beantragt hierfür die Erlaubnis. Diese wird mit Bescheid vom 20.3. abgelehnt, weil er zwei Monate zuvor bei einer polizeilichen Kontrolle mit 10 Päckchen Heroin angetroffen worden ist. In seinem Widerspruch macht S geltend, für ihn streite die gesetzliche Unschuldsvermutung, vor einer rechtskräftigen Verurteilung könne ihm der Besitz dieser harmlosen Päckchen nicht entgegeng gehalten werden. Hat der Widerspruch Erfolg?

3.

Angenommen, S habe die Gaststätte mit Genehmigung schon zwei Jahre lang betrieben. Nunmehr wird der zuständigen Behörde der kürzliche Heroinbesitz bei der Kontrolle durch die Polizei bekannt. Kann die Behörde die Gaststättenerlaubnis widerrufen und die Schließung der Gaststätte anordnen? Die Normen des Datenschutzes sind jeweils beachtet worden.

Tragen Sie die Sachverhalte kurz vor und nehmen Sie zu den relevanten Fragen Stellung

Zugelassene Hilfsmittel: Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Sammlung Berliner Gesetze

Wir wünschen gutes Gelingen

Simulierte mündliche Prüfungen im Öffentlichen Recht Kurzvortrag am 22.02.2011

Vermerk:

Der nachfolgende Vermerk ist keine Musterlösung. Er soll auf die Hauptprobleme des Falles hinweisen und mögliche Lösungsansätze aufzeigen. Er erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Von den Studenten/innen kann nicht erwartet werden, dass sie die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen in gleicher Weise wie hier vertiefen. Der Fall enthält zahlreiche Probleme, wobei bei den Bearbeitern/innen nicht davon ausgegangen werden kann, dass sie diese sämtlich in der kurzen Bearbeitungszeit erkennen und lösen. Die Hauptfragen sollten jedoch angesprochen werden, zumal sie teils im Sachverhalt angedeutet werden und die Studenten/innen diesen stets entsprechend kritisch lesen sollten. Der Fall enthält ohne weiteres erkennbare Grundfragen des Verfassungs- und des Gewerberechts, gibt aber auch zu differenzierenden Überlegungen Anlass, zumindest in dem sich anschließenden Vertiefungsgespräch.

Der Fall ist frei gestaltet. Es werden im Wesentlichen folgende Fragen zu behandeln sein:

Zu Frage 1:

Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung besteht, was zum juristischen Allgemeingut gehört, aus zwei Elementen, dem Vorrang des Gesetzes und dem Vorbehalt des Gesetzes. Der Gesetzesvorrang bedeutet, dass sich unter anderem alle Maßnahmen der Verwaltung an die Bindungen der Rechtsordnung halten müssen. In bestimmten Bereichen, insbesondere bei belastenden Verwaltungsakten, ist die Exekutive an den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gebunden, d.h., ihre Entscheidungen bedürfen einer formellgesetzlichen Grundlage (vgl. Maurer, Staatsrecht I, 5. Auflage, § 8 Rdn. 19 ff.). Nach klassischem Verständnis besagt der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, dass jeder Eingriff in Freiheit und Eigentum, oder erweiternd, dass jeder Grundrechtseingriff einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. Leisner in Sodan, Grundgesetz, Art. 20 Rdn. 49). Ausdrücklich normiert ist nur der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes, nämlich in Art. 20 Abs. 3 GG.

Der Vorbehalt des Gesetzes ist nicht ausdrücklich im Grundgesetz angelegt. Zwar verweist das Bundesverfassungsgericht teils auch insoweit auf Art. 20 Abs. 3 GG (vgl. u.a. BVerfGE 49, 89, 126), doch ist dies mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar. Die Rechtsprechung ist auch nicht einheitlich. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1987 zitiert das Bundesverfassungsgericht Art. 20 GG allgemein, was in dieser pauschalen Form ebenfalls nicht überzeugen kann (BVerfGE 77, 170, 230), während in der Entscheidung BVerfGE 78, 179, 197 von dem „dem Rechtsstaatsprinzip immanenten Vorbehalt des Gesetzes“ die Rede ist. Dieser dogmatische Ansatz – das Rechtsstaatsprinzip - wird auch in der Literatur ganz überwiegend zur Begründung und zur Abgrenzung des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts genannt, teils neben dem Demokratieprinzip (vgl. Maurer, aaO., Rdn. 19; Schnapp in von Münch/Kunig, GG, 5. Auflage, Art. 20, Rdn. 53; Leisner in Sodan, Grundgesetz, Art. 20 Rdn. 50; Leibholz/Rinck, GG, Art. 20 Rdn. 1026 und 1036; Schulze-Fielitz in Dreier, GG, 2. Auflage, Art. 20, Rechtsstaat Rdn. 105; Hopfauf in Schmidt-Bleibtreu-Hofmann- Hopfauf, GG, 11. Auflage, Einleitung Rd. 128 ; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog, GG, spricht vom Verfassungsgewohnheitsrecht, das dem Art. 20 GG insgesamt zuzuordnen sei.

Mit der Ableitung des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Rechtsstaatsprinzip ist allerdings noch wenig gewonnen. Dieses Prinzip ist seinerseits nicht normativ ausgestaltet. Zwar wird insoweit allgemein Art. 20 GG zitiert, doch ist dort der Begriff nicht einmal verwendet. Es ist unbestritten, dass das Rechtsstaatsprinzip zu den tragenden Verfassungsprinzipien gehört. Er wird ausdrücklich in Art. 28 GG (betreffend die verfassungsmäßige Ordnung der Länder) und in Art. 23 GG (Mitwirkung der Bundesrepublik in der EU) genannt. Darüber hinaus wird das Rechtsstaatsprinzip in der Geltung zahlreicher Einzelregelungen als allgemeines Verfassungsprinzip erkannt, etwa in Art. 1 Abs. 1 GG (die Menschenwürde), Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG (strikte Bindung an Grundrechte und das geltende Recht), Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG (Gewaltenteilungsprinzip), Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsschutzgarantie) und Art. 101 ff. GG (prozessuale Grundrechte). Über diese Einzelregelungen hinaus hat es aber eine allgemein prägende Bedeutung (vgl. Maurer, § 8 Rdn. 1 ff.; Schnapp in von Münch/Kunig, GG, 5. Auflage, Art. 20 Rdn. 24 ff.).

Der dogmatische Zusammenhang des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes mit dem Rechtsstaatsprinzip (teils auch mit dem Demokratieprinzip) hat zu einem gewandelten Verständnis des Gesetzesvorbehalts geführt. Bedeutete er ursprünglich, wie dargelegt, dass jede belastende Maßnahme einer formellgesetzlichen Ermächtigungsnorm bedarf, wurde dessen Geltung für den Bereich der Leistungsverwaltung grundsätzlich verneint. Ausnahmen galten dort, wo Leistungsgewährung an einen Bürger zugleich eine Belastung für einen anderen darstellen konnte (etwa im Bereich von Subventionen, insbesondere auch im Pressebereich). Positivrechtliche Ausnahmen waren und sind darüber hinaus § 2 Bundesbesoldungsgesetz (keine beamtenrechtlichen Leistungen ohne formelles Gesetz) und § 2 SGB I (alle sozialrechtlichen Leistungen bedürfen gesetzlicher Legitimation). Diese Unterscheidung ist durch die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts und durch das veränderte Grundrechtsverständnis überholt.

Mit Recht betont das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 49, 89, 126), dass sich das Verständnis des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes gewandelt hat. Der formelle Gesetzgeber sei verpflichtet, losgelöst vom Merkmal des „Eingriffs“, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (BVerfGE aaO.; BVerfGE 77, 170, 230). Der parlamentarische Gesetzgeber hat alle wesentlichen Angelegenheiten im Staat-Bürger-Verhältnis selbst zu regeln, d.h. alles, was für die Verwirklichung der Grundrechte von Bedeutung ist. Daher kommt der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts auch in der Leistungsverwaltung zum Tragen, soweit die Grundrechtssphäre Dritter betroffen ist, etwa wenn Subventionen die Pressefreiheit, die Religionsfreiheit, die Berufsfreiheit oder die wirtschaftliche Situation von Konkurrenten tangiert (vgl. BVerwGE 75, 109, 117; BVerwGE 90, 112, 126; Maurer, aaO., § 8 Rdn. 21 f.; Schnapp in von Münch/Kunig, aaO., Art. 20 Rdn. 55 ff.; Sachs, GG; 5. Auflage, Art. 20 Rdn. 116 ff., der von einer Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes spricht und die Verknüpfung dieser Ausdehnung mit dem Rechtsstaatsprinzip hervorhebt).

Von den Bearbeitern kann eine Vertiefung der Problematik nicht erwartet werden. Eine kurze Skizzierung der Grundsätze reicht und dürfte gut zu bewältigen sein, da es sich um Kernfragen des Verfassungsrechts handelt. Für die konkrete Beurteilung der Rechtmäßigkeit des streitigen Bescheides kommt es auf die dogmatische Ableitung und Entwicklung des Gesetzesvorbehalts nicht an. Es handelt sich um den klassischen Fall der Eingriffsverwaltung, da dem S eine Pflicht auferlegt wird. Rechtsgrundlage hierfür ist § 14 GewO, wonach jeder Gewerbetreibende bestimmte Angaben in einer Mitteilung an die zuständige Behörde machen muss. Dem ist S nicht nachgekommen. Sein Hinweis, er betreibe kein Gewerbe, ist unzutreffend. Der Begriff des Gewerbes wird gesetzlich nicht definiert. Er wurde von der Rechtsprechung dahin entwickelt, dass er jede nicht sozial unwertige, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte Tätigkeit umfasst. Ausgenommen wird unter anderem die freie künstlerische Tätigkeit (vgl. BVerwG in DÖV

1995, 644: Tettinger in Tettinger/Wank, GewO, 6.Auflage, § 1 Rdn. 2). Mit künstlerischer Tätigkeit ist die schöpferische Tätigkeit gemeint, die auch Art. 5 GG unterfällt, nicht die Vermarktung durch Dritte. Insofern handelt es sich um Kunstgewerbe, auf das die Gewerbeordnung in vollem Umfang anwendbar ist (Tettinger, aaO., § 1 Rdn. 52, Friauf, GewO, § 1 Rdn. 185 f.) Die Erfüllung der auch für S geltenden Pflicht nach § 14 GewO kann durch einen Verwaltungsakt und mit Zwangsmitteln (vgl. § 1 Bln. VwVfG und §§ 9, 11 VwVG) durchgesetzt werden. Die materiellrechtliche Pflicht nach § 14 GewO ist ausreichende Rechtsgrundlage für den gegen S erlassenen Bescheid, einer gesonderten Verwaltungsaktsbefugnis bedarf es nicht (vgl. Heß in Friauf, aaO., § 14 Rdn. 74). Durch Gesetz begründete öffentlichrechtliche Pflichten des Bürgers kann die Verwaltungsbehörde ohne zusätzliche Spezialermächtigung durch Verwaltungsakte als ihrer klassischen Handlungsform durchsetzen (vgl. allgemein hierzu Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, 12. Auflage, § 45 Rdn. 1 ff.). Etwas anderes kann auch nicht etwa aus § 49a VwVerfG hergeleitet werden, in dem ausdrücklich normiert ist, dass dies in § 49a geregelte Erstattungsanspruch mittels eines Verwaltungsaktes durchgesetzt werden kann. Damit soll nur zum Ausdruck gebracht werden, dass die Behörde – anders als beim Widerrufs- und Rücknahmeverwaltungsakt – kein Ermessen hat (Kopp/Ramsauer, VerwVerfG, 11. Auflage, § 49a Rdn. 11).

Der angefochtene Bescheid erweist sich damit in materiellrechtlicher und in verfahrensrechtlicher Hinsicht als rechtmäßig. Das angedrohte Zwangsmittel ist auch nicht unverhältnismäßig, der Betrag erscheint angesichts zahlreicher vorangegangener fruchtloser Aufforderungen angemessen.

Zu Frage 2:

Anders als bei einem Gewerbebetrieb, der grundsätzlich nur anzeigepflichtig ist, bedarf man zum Betrieb einer Gaststätte grundsätzlich einer Erlaubnis, § 2 GastG. § 4 GastG regelt, wann diese Erlaubnis zu versagen ist, so dass grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung dieser Erlaubnis besteht. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GastG kommt eine Versagung der Erlaubnis dann in Betracht, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten oder die Vorschriften des Gesundheitsrechts nicht einhalten wird. Zur Versagung der Erlaubnis reicht es, dass bei Würdigung aller bekannten Umstände eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, der Gewerbetreibende werde seinen Betrieb nicht ordnungsgemäß führen. Beachtliche ernstliche Zweifel an einer ordnungsgemäßen Betriebsführung reichen aus. Selbst einmaliges Fehlverhalten kann ausreichen, wenn die Tatsachen schwerwiegend sind (Metzner, GastG, 6. Auflage, § 4 Rdn. 22 ff., 26). Von besonderer Bedeutung ist strafrechtlich relevantes Verhalten. Dabei zählen zu den nach § 4 relevanten Tatsachen aber nicht die strafrechtliche Verurteilung als solche, sondern die ihr zugrunde liegenden Handlungen (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, Das Gaststättengesetz, 14. Auflage, § 4 Rdn. 18; Metzner, GastG, aaO., § 4 Rdn. 40, jeweils mit umfassenden Nachweisen).

Angesichts dieser Rechtslage greift die Berufung des S auf die Unschuldvermutung nicht. Diese folgt aus § 6 Abs. 2 EMRK und besagt, dass jemand als im strafrechtlichen Sinne schuldig erst nach einer rechtskräftigen Verurteilung angesehen werden kann. Die Norm gilt – nur – für Verfahren, die Strafverfahren sind. Andere staatliche Stellen als die Strafverfolgungsbehörden dürfen allerdings ebenfalls nicht vor einer rechtskräftigen Verurteilung zum Ausdruck bringen, sie hielten den Betroffenen für schuldig (vgl. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Art. 6 Rdn. 85 und 86; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, Art. 6 Rdn. 267). Dies schließt aber nicht aus, dass in anderen als Strafverfahren, etwa Zivil- oder Verwaltungsgerichtsprozessen, strafrechtlich relevante Tatsachen unbeschadet ihrer strafrechtlichen Relevanz selbständig geprüft und beurteilt werden und dabei von einem erwiesenen Verhalten, ohne strafrechtliche Zuordnung, ausgegangen wird (Frowein/Peukert,

aaO., Rdn. 271). Dies ist auch im GastG zu beachten. Die Annahme der Unzuverlässigkeit setzt keine Strafbarkeit des Handelnden voraus. Die gewerberechtliche Bewertung ist von der strafrechtlichen Subsumtion zu trennen, Art. 6 Abs. 2 EMRK ist insoweit also unerheblich (Michel/Kienzle/Pauly, aaO., Rdn. 18, insbesondere Seite 215 unten).

Der Heroinbesitz ist also unabhängig von einem eventuellen Strafverfahren zu bewerten. S hat des Besitz des Rauschgiftes und die polizeiliche Feststellung nicht bestritten, etwa mit dem Hinweis, ihm sei etwas untergeschoben worden. Er will dem Besitz des Rauschgiftes sogar bagatellisieren.. Es handelt sich um eine erhebliche Menge, die auf eine Tätigkeit als Dealer hinweist. Dies offenbart einen erheblichen Charaktermangel und begründet nachhaltige Zweifel an seiner gewerberechtlichen Zuverlässigkeit. Man muss befürchten, dass S nicht nur einmalig versagt hat, ähnliches Fehlverhalten vielmehr auch künftig nicht ausgeschlossen werden kann. Es erscheint sogar wahrscheinlich, dass S seine Tätigkeit auch auf künftige Gäste in seinem Betrieb ausdehnen, also seine Dealertätigkeit ausweiten wird. Insofern kann seine Unzuverlässigkeit keinem vernünftigen Zweifel unterliegen. An diesem Ergebnis ändert sich nichts, wenn die Heroinpäckchen für den eigenen Verbrauch bestimmt waren. Dann belegt der Besitz der erheblichen Menge Rauschgift die Abhängigkeit des S von dieser schweren Droge, was seine Eignung zur Führung einer Gaststätte, in der dem Gastwirt Leben und Gesundheit vieler Gäste anvertraut sind, ausschließt. Demzufolge hat der Widerspruch des S keine Aussicht auf Erfolg.

Zu Frage 3:

Nachträglich bekannt gewordene Tatsachen, die zur Annahme der Unzuverlässigkeit führen, rechtfertigen nach § 15 Abs. 2 GastG den Widerruf der Erlaubnis Für die Beurteilung der Unzuverlässigkeit gilt kein anderer, insbesondere kein strengerer Maßstab als im Zeitpunkt der Erteilung der Gaststättenerlaubnis. Allerdings ist wie stets das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten. Eine langjährige beanstandungsfreie Betriebsführung kann einen Widerruf unverhältnismäßig machen (Metzner, aaO., § 15 Rdn. 21). Bei einem derart schwerwiegenden Fehlverhalten wie dem des S kann dies allerdings nicht gelten, jedenfalls dann nicht, wenn S keine Umstände angibt, die den Heroinbesitz in einem milderem Licht erscheinen lassen können. Da es daran fehlt, kommt der Aufgabe der Gewerbeaufsicht, Gefahren von der Allgemeinheit, insbesondere von den Besuchern der Gaststätte abzuwenden, ein deutlicher Vorrang zu. Die Behörde ist mithin zum Widerruf der Erlaubnis berechtigt, sogar verpflichtet. Der Widerruf der Erlaubnis hat zur Folge, dass die für den Betrieb der Gaststätte erforderliche Erlaubnis fehlt und daher gemäß § 31 GastG in Verbindung mit § 15 Abs. 2 GewO der Weiterbetrieb untersagt werden kann. Insoweit hat die Behörde ein Ermessen, doch spricht nichts für eine dem S günstige Entscheidung. Es dürfte eine Ermessensreduzierung auf Null im Sinne einer Schließungsverfügung in Betracht kommen.

Sehr gute Bearbeiter werden erkennen, dass es in verfahrensmäßiger Hinsicht nicht nur einer vorherigen Anhörung des S bedarf, dass vielmehr das förmliche Verfahren nach Nr. 9 der Anlage zur Verordnung über das förmliche Verwaltungsverfahren einzuhalten ist, was in den §§ 63 ff VwVfG näher geregelt ist. Erörterungen hierzu können nach der Aufgabenstellung nicht erwartet werden, wer diesen Aspekt allerdings anspricht, erwirbt sich hierdurch einen besonderen Pluspunkt. Außerdem kann es sich anbieten, diesen Punkt in dem sich anschließenden Vertiefungsgespräch zu behandeln und hierbei kurz auf die Besonderheiten dieses Verfahren einzugehen (förmliche Beweisaufnahme, kein Widerspruchsverfahren).

Unabhängig von der vorgenannten Ergänzungsfrage können unter anderem noch folgende Zusatzfragen behandelt werden:

Zusatzfrage 1: Wer ist in der ersten Sachverhaltsvariante die zuständige Behörde?

Zuständig ist das Bezirksamt nach Nr. 21 der Anlage ASOG. Die örtliche Zuständigkeit bemisst sich nach § 1 Berliner Verwaltungsverfahrensgesetz in Verbindung mit § 3 VwVfG des Bundes. Danach ist das Bezirksamt Kreuzberg zuständig.

Zusatzfrage 2: Wer entscheidet bei der 2. Sachverhaltsvariante über den Widerspruch?

Zuständig ist das Bezirksamt, § 67 ASOG, vgl. auch § 27 AZG und Sonderregelungen, unter anderem in § 86 BauO Bln.

Zusatzfrage 3: Hätte der Bund für den Bereich der GewO das Verwaltungsverfahren wegen der besonderen Bedeutung dieses Rechtsgebietes regeln können?

Die Frage ist zu verneinen, da eine derartige Regelung Art. 83 und Art. 84 GG widersprechen würde. Allerdings ist auch das Widerspruchsverfahren Teil des Verwaltungsverfahrens, zu dem der Bund in den §§ 68 ff. VwGO Regelungen erlassen hat. Dies wurde als zulässig angesehen, weil sich der Bund auf die Annexkompetenz zum Prozessrecht stützen konnte, war allerdings umstritten.

Bü.