Bearbeitet von Stud. jur. Sarah Baudis, Greifswald*

Klausur – Zwischenprüfung im Öffentlichen Recht

Sachverhalt

K ist Abtreibungskritiker. Er und zehn weitere Mitstreiter protestieren jede Woche vor Arztpraxen in ihrer Nachbarschaft, in denen auch Abtreibungen vorgenommen werden, gegen die Möglichkeit legaler Abtreibungen. K meldet diese Protestaktionen jeweils als Versammlung bei der zuständigen Behörde an. A ist Arzt mit gynäkologischer Praxis, der im Rahmen seiner ärztlichen Tätigkeit in gewöhnlichem Umfang legale Abtreibungen vornimmt. Nachdem K und seine Mitstreiter schon einmal mit Schildern vor der Praxis des A standen, beschwert sich A bei der Stadt.

Vor dem Hintergrund, dass grundsätzlich auch die Rechte Einzelner zur öffentlichen Sicherheit i. S. d. § 15 VersammlG zählen, untersagt die zuständige Behörde daraufhin dem K schriftlich, ohne mit ihm vorher Kontakt aufzunehmen, die nächste angemeldete Versammlung vor dem Haus des A. Zur Begründung führt sie aus, die Versammlung gefährde die öffentliche Sicherheit, da durch sie das allgemeine Persönlichkeitsrecht des A verletzt werde. A werde zufällig aus der Menge der Abtreibungen vornehmenden Ärzte herausgegriffen und an den Pranger gestellt. K und seine Mitstreiter könnten ihre weiteren Veranstaltungen auf dem Marktplatz anmelden; dort würden sie sogar mehr Personen für ihr Anliegen erreichen. An einer weiteren Versammlung vor dem Haus des A hätten sie dagegen kein berechtigtes Interesse. Es bliebe der Behörde daher keine andere Rechtsfolge als ein Verbot.

K ist empört. Seine Versammlungs- und Meinungsfreiheit werde durch das Verbot mit Füßen getreten. Eine Demonstration auf dem Marktplatz weise keine Nähe zum Problem auf und sei daher kein Ersatz für eine Demonstration vor Arztpraxen. Er legt – erfolglos – Widerspruch ein. Der ergangene Widerspruchsbescheid enthält keine Rechtsmittelbelehrung. K berät sich zunächst mit seinem Anwalt und erhebt zwei Monate nach Zustellung des Widerspruchsbescheids Klage vor dem Verwaltungsgericht.

Frage 1: Hat die Klage des K Aussicht auf Erfolg?

Zusatzfragen (ohne Bezug zum Fall)

Frage 2: Was bedeutet die Aussage, dass die Bundesrepublik Deutschland ein „demokratischer" Staat ist (Art. 20 Abs. 1 GG)? Erläutern Sie einige Ausprägungen dieses Grundsatzes, die sich im Grundgesetz befinden!

Frage 3: Wann muss der Bundesrat einem Gesetz zustimmen?

Anlagen

Auszug aus dem Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (VersammlG):

Abschnitt III Öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel

§ 15

(1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

[…]

Auszug auf dem Gesetz zur Ausführung des Gerichtsstrukturgesetzes des Landes Mecklenburg Vorpommern (AGGerStrG M-V):

§ 14 Behörden als Verfahrensbeteiligte

(1) Behörden sind fähig, am Verfahren vor den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit beteiligt zu sein.

(2) Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen sind gegen die Behörde zu richten, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat.

---

* *Sarah Baudis* studiert Rechtswissenschaft an der Universität Greifswald. Die Klausur wurde im Rahmen der Vorlesung Allgemeines Verwaltungsrecht im Sommersemester 2010 vom Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht *(Prof. Dr. Claus Dieter Classen)* gestellt. Sie wurde mit 16 Punkten bewertet. Für die kursivgedruckten (nachträglichen) Korrekturanmerkungen dankt die Redaktion Herrn Ass. jur. *Paul Schächterle,* wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa und Völkerrecht.

Gutachten

Frage 1

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

A. Zulässigkeit

Die Klage müsste zulässig sein. Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein und die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste zunächst eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung könnte die Generalklausel gemäß § 40 I VwGO greifen.

Demnach müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handeln und es dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung greifen.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlich sind. Die Untersagung beruht auf § 15 I VersammlG. Diese berechtigt und verpflichtet ausschließlich einen Hoheitsträger zur Untersagung der Versammlung. Mithin sind die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlich, eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor.

Es handelt sich um einen Streit nicht verfassungsrechtlicher Art, wenn keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit vorliegt. D. h., unmittelbar Beteiligte des Verfassungslebens streiten um Rechte und Pflichten aus der Verfassung. K gibt zwar an, dass er in seiner Meinungs- und Versammlungsfreiheit verletzt wurde, mithin Verfassungsrecht, K und die Stadt sind aber keine Verfassungsbeteiligte.

Also handelt es sich um eine Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung greift nicht. Also ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Zu prüfen ist, welche Klageart statthaft ist. Nach § 88 VwGO richtet sich dies nach dem Klägerbegehren.

[Erläuterung: § 88 VwGO legt fest, dass das entscheidende Gericht das Rechtsschutzziel des Klägers, so wie es sich aus dem Parteivorbringen ergibt zugrunde legen muss und ggf. an falsch formulierte Anträge nicht gebunden ist.]

K will die Versammlung vor dem Haus des A durchführen. Die Untersagung hindert ihn allerdings daran. K könnte die Aufhebung der Untersagung begehren, eine Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 *[VwGO]* könnte statthaft sein. Dazu müsste die Untersagung einen VA i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG darstellen.

Ein VA i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG ist eine hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Einzelfallregelung mit Außenwirkung.

Die Untersagung ist ein Verbot der zuständigen Behörde, das sich auf die Versammlung – ein konkreter SV – bezieht. Die Untersagung betrifft aber nicht nur den K, sondern alle Versammlungsteilnehmer, also einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmbaren Personenkreis. Demnach liegt eine Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 Alt. 1 VwVfG vor, ein Unterfall des VA.

[Hier sollte von einem Einzel-VA ausgegangen werden, der an den Veranstalter (Anmelder) der Versammlung gerichtet ist.

Ein Versammlungsverbot betrifft zwar alle potentiellen Teilnehmer einer Versammlung und damit einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten Personenkreis. Es kann damit als Allgemeinverfügung i. S. d. § 35 S. 2, 1. Alt VwVfG qualifiziert werden. Um wirksam zu werden, müsste eine solche Allgemeinverfügung dem betroffenen Personenkreis irgendwie bekanntgegeben werden, z. B. durch öffentliche Bekanntmachung. Hierzu ist aus dem Sachverhalt nichts ersichtlich.

Das Versammlungsverbot wurde vorliegend zunächst an den Veranstalter gerichtet, der im Vorfeld einer Versammlung in erster Linie die pflichtige Person ist (Bodo Pieroth/Berhardt Schlink/Michael Kniesel: Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 5. Aufl. 2008, § 21 Rn. 39 und 26.). Er ist dabei im Gegensatz zu den übrigen potentiellen Versammlungsteilnehmern eindeutig individualisiert, so dass insoweit von einem Einzel-VA ausgegangen werden muss. Dieser Einzel-VA besteht ggf. neben einer etwaigen an die potentiellen Teilnehmer gerichteten Allgemeinverfügung.

Es ist aber erfreulich, dass die Bearbeiterin die Problematik einer evtl. Allgemeinverfügung gesehen hat. Auch wenn man nur eine Allgemeinverfügung annimmt, die dem Veranstalter schriftlich mitgeteilt wurde, sind allerdings noch die Ausführungen unten zur Anhörungspflicht zu beachten.]

Mithin ist eine Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO statthaft.

III. Klagebefugnis

K müsste klagebefugt sein. Nach § 42 II *[VwGO]* muss K geltend machen können, in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies muss zumindest möglich erscheinen, es darf nur nicht von vornherein ausgeschlossen sein. Die Möglichkeit besteht, dass K in seinen Rechten aus Art. 8 I und 5 I 1 Alt. 1 GG verletzt ist. Somit ist er klagebefugt.

IV. Vorverfahren

K müsste gemäß § 68 I VwGO vor Klageerhebung ordnungsgemäß und erfolglos das Vorverfahren durchführen, soweit es nicht nach § 68 I S. 2 VwGO entbehrlich ist.

[Das Vorverfahren wird von der Behörde auf den Widerspruch des K hin durchgeführt.]

Eine Ausnahme nach S. 2 greift nicht.

K hat erfolglos Widerspruch eingelegt, von der ordnungsgemäßen Widerspruchserhebung ist auszugehen. Also hat er das Vorverfahren gemäß § 68 I VwGO durchgeführt.

V. Klagefrist

K müsste die Klagefrist nach § 74 I VwGO eingehalten haben. Die Klage muss innerhalb eines Monats nach Erhalt des Widerspruchsbescheides ergehen. K erhebt erst nach 2 Monaten Klage. Grds. ist dies verfristet. Es könnte jedoch § 58 II VwGO greifen, wonach sich die Klagefrist auf 1 Jahr verlängert.

Nach § 58 II VwGO verlängert sich die Frist bei unrichtiger oder fehlender Rechtsmittelbelehrung. Dem Widerspruchsbescheid war keine Rechtsmittelbelehrung beigefügt. Also verlängert die Klagefrist sich auf 1 Jahr. Somit hat K die Klagefrist eingehalten.

VI. Klagegegner

Zu prüfen ist, wer der richtige Klagegegner ist.

[Stilistisch wäre besser: „Die Klage müsste gegen den richtigen Klagegegner gerichtet sein."

Zur Information: Nach a. A. regelt die Vorschrift des § 78 VwGO nicht die passive Prozessführungsbefugnis, also keine Zulässigkeitsvoraussetzung, sondern die Passivlegitimation. Folgte man dieser Auffassung, wäre § 78 VwGO in der Begründetheit zu prüfen. Ausführungen hierzu werden in einer Klausur, zumal einer Anfängerklausur, allerdings nicht erwartet.]

Nach § 78 I Nr. 2 VwGO i. V. m. § 14 II AGGerStrG ist die Behörde der richtige Klagegegner, die den VA erlassen hat.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

K und die zuständige Behörde müssten beteiligten- und prozessfähig sein.

Für K als natürliche Person richtet sich die Beteiligtenfähigkeit nach § 61 Nr. 1 VwGO und für die Behörde nach § 61 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 14 I AGGerStrG. Für die Prozessfähigkeit richtet es sich für K nach § 62 I Nr. 1 VwGO, es bestehen keine Anhaltspunkte für eine fehlende Geschäftsfähigkeit. Für die Behörde handelt nach § 62 III VwGO der gesetzliche Vertreter.

Also sind K und die zuständige Behörde beteiligten- und prozessfähig.

VIII. Zuständiges Gericht

K müsste das zuständige Gericht angerufen haben. Gemäß § 45 V VwGO ist das Verwaltungsgericht sachlich zuständig, örtlich richtet sich das Gericht nach § 52 Nr. 1 VwGO.

[Man konnte (musste aber nicht) noch die Form ansprechen. Die Klage ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Geschäftsstelle zu erheben, § 81 Abs. 1 VwGO.]

IX. Ergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet und die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen sind erfüllt. Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage müsste begründet sein. Die Untersagung müsste gemäß § 113 I 1 VwGO rechtswidrig sein und K dadurch in seinen Rechten verletzt sein.

[Besser: „Die Klage ist begründet, soweit der VA rechtswidrig ist und …"]

I. RM der Untersagung

Die Untersagung ist rechtmäßig, wenn sie auf einer EGL beruht und formell und materiell rechtmäßig ergangen ist.

1. EGL

Die Untersagung müsste auf einer EGL beruhen. Dies erfordert der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Der Grundsatz ergibt sich aus der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung und der wiederum aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 III GG. Die Verwaltung darf nur aufgrund einer Ermächtigung handeln. Das stellt keinen Totalvorbehalt dar; muss aber v. a. in der Eingriffsverwaltung streng bewahrt werden. Die Untersagung ist ein Eingriff in die Rechte des K, demnach ist eine Ermächtigung erforderlich. Die Untersagung beruht hier auf § 15 I VersammlG.

[An der Verfassungsmäßigkeit von § 15 Abs. 1 VersammlG bestehen keine Zweifel, sofern die Vorschrift verfassungskonform ausgelegt wird. U. a. darf die das Verbot begründende Verletzung der öffentlichen Sicherheit nicht zwangsläufig aus der Versammlungsausübung einer Vielzahl von Personen folgen (vgl. BVerfGE 69, 315 (Brokdorf) Rn. 77 ff. und 79 ff.).]

2. Formelle RM

Die Untersagung müsste formell rechtmäßig ergangen sein. Die zuständige Behörde müsste die Verfahrens- und Formvorschriften gewahrt haben.

[Besser: „Es müsste die zuständige Behörde gehandelt haben und dabei die …"]

a) Zuständigkeit

Die zuständige Behörde müsste die Untersagung erlassen haben. Dies ist geschehen.

[Besser: „Laut Sachverhalt hat die zuständige Behörde gehandelt."]

b) Verfahren

Die Verfahrensvorschriften müssten beachtet worden sein. Insbesondere kommt hier die Anhörung nach § 28 I VwVfG in Betracht.

[Besser: Zu prüfen ist, ob eine Anhörungspflicht nach § 28 Abs. 1 VwVfG bestand.]

Zu prüfen ist, ob eine Anhörungspflicht besteht. Vor Erlass eines belasteten VA ist der Beteiligte anzuhören. Die Untersagung ist ein solcher VA und K ist nach § 13 I Nr. 2 VwVfG Beteiligter. Demnach besteht eine Anhörungspflicht.

Dies müsste ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. Dies ist hier nicht geschehen.

Zu klären ist, ob eine Anhörungsausnahme nach Abs. 2 vorliegt.

In Betracht könnte § 28 II Nr. 4 VwVfG für Allgemeinverfügungen kommen. Der VA betrifft hier nicht nur den K, sondern alle seine Mitstreiter. Demnach einen nach allg. Merkmalen bestimmbaren Personenkreis. Also greift hier die Ausnahme.

[Das ist in dieser Form nicht vertretbar. Auch bei Annahme einer Allgemeinverfügung (vgl. die Anmerkung oben) ist die Anhörung nicht ohne weiteres entbehrlich. Nach § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG kann dann von einer Anhörung abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalles nicht geboten ist. Die Behörde hat bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Ermessen bezüglich der Anhörung. Hierbei wird sie zu beachten haben, dass wegen der Individualität des Anmelders diejenigen Gründe, die sonst bei der Allgemeinverfügung gegen eine Anhörung sprechen, nicht vorliegen (vgl. Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer: VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 28 Rn. 69.). Dabei ist auch zu beachten, dass die Verfahrensvorschriften grundrechtsfreundlich angewandt werden müssen (Pieroth/Schlink/Kniesel: a. a. O., § 21 Rn. 12 u. 34; BVerfGE 69, 315 (Brokdorf) Rn. 84). In Betracht käme allenfalls ein Absehen wegen Gefahr im Verzug (§ 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG), hierfür ist dem Sachverhalt jedoch nichts zu entnehmen. Ein anderes Ergebnis als die Pflicht zur Anhörung wäre jedenfalls genauer zu begründen.]

Allenfalls könnte die Anhörung auch nach § 45 I Nr. 3 VwVfG geheilt sein.

[Besser: „Darüber hinaus könnte ein etwaiger Anhörungsmangel geheilt worden sein."]

Dazu ist es nötig, dass ein formeller Fehler vorliegt, das ist der Fall, und dass der VA nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist. Weder der Negativkatalog nach S. 3, die Nichtigkeitsgründe nach S. 2, noch die Generalklausel nach S. 1 sind hier einschlägig. Die Anhörung kann laut § 45 II VwVfG bis zur letzten Tatsacheninstanz nachgeholt werden. Dies ist im Widerspruchsverfahren geschehen. Also ist der Sinn und Zweck der Anhörung gewahrt.

[Das ist etwas knapp. Gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG muss sich der Betroffene zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen äußern können. Dies kann er im Widerspruchsverfahren nur, wenn ihm bekannt ist, welches diese Tatsachen sind, d. h. wenn die Entscheidung ausreichend begründet wurde. Dies ist vorliegend der Fall. Da die Ausgangsbehörde dem Widerspruch abhelfen kann (§ 72 VwGO), wird durch das Widerspruchsverfahren in einem solchen Fall die Funktion der Anhörung erfüllt. Dies ist allerdings strittig (vgl. Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 45 Rn. 43.).]

Für die fehlende Anhörung besteht auch die Möglichkeit der Heilung.

[Überflüssig, da die Heilung – nicht nur die Möglichkeit – bereits bejaht wurde.]

Also sind die Verfahrensvorschriften beachtet worden.

c) Form

Auch die Formvorschriften müssten beachtet worden sein. Nach § 37 II 1 VwVfG besteht grundsätzlich Formfreiheit. Die Untersagung erging schriftlich. Daraus ergibt sich die Begründungspflicht nach § 39 I VwVfG. Laut Sachverhalt ist eine ausführliche Begründung gegeben. Insbesondere wurde auch auf die Begründung der Ermessensentscheidung nach S. 3 eingegangen. Die Formvorschriften wurden beachtet.

3. Materielle RM

[Hier fehlt ein korrekter Obersatz, z. B.: „Das Verbot ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandvoraussetzungen der Ermächtigungsnorm vorliegen und die Behörde eine darin vorgesehene Rechtsfolge fehlerfrei gewählt hat."]

a) Tatbestandsvoraussetzungen der EGL

Die TB-Voraussetzungen müssten erfüllt sein.

aa) Versammlung

Es müsste sich um eine Versammlung handeln. Eine Versammlung liegt vor, wenn mindestens 2 Personen sich zur gemeinsamen Meinungsbildung und -äußerung versammeln. Es genügt, wenn es einen beliebigen Zweck zur inneren Verbundenheit der Personen zu finden gibt.

[Diese Ausführungen sind so etwas knapp und zudem sachlich zweifelhaft. Der Versammlungsbegriff des VersammlG orientiert sich an dem des Art. 8 GG. Die einzelnen Merkmale einer Versammlung sind umstritten. Dies gilt für die Anzahl der Personen und besonders für den Zweck, der mit der Zusammenkunft verfolgt wird. Das BVerfG verlangt mittlerweile für das Vorliegen einer Versammlung eine Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung. Reine Musik- und Tanzveranstaltungen, wie z. B. die „Love Parade", fallen nicht unter den Begriff der Versammlung (BVerfG, 1 BvQ 28/01 u. a. vom 12.7.2001 (Love Parade), Abs. 16ff.), so dass die Aussage, jeder Zweck genüge, im Widerspruch zur Rspr. des BVerfG steht.

Besser, man lässt diesen Streit dahinstehen, da die Versammlung des K auf die öffentliche Meinung einwirken will und damit nach allen Auffassungen eine Versammlung darstellt.]

K und 10 Mitstreiter wollen sich vor dem Haus des A treffen, um gegen die Möglichkeit der legalen Abtreibung zu protestieren.

Also liegt eine Versammlung vor.

bb) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

Zum Zeitpunkt des Erlasses müsste erkennbar sein, dass durch die Durchführung der Versammlung die öffentliche Sicherheit unmittelbar gefährdet wird. Die öffentliche Sicherheit umfasst die Rechtsordnung und v. a. die Rechte Einzelner.

[Die Formulierung ist etwas ungenau. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit stammt aus dem Polizei- und Ordnungsrecht und ist auch im Versammlungsrecht als besonderem Ordnungsrecht anzuwenden. Zur öffentlichen Sicherheit in diesem Sinne gehören die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie des Bestandes, der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und der sonstigen Träger von Hoheitsgewalt. Die vollständige Beherrschung dieses Begriffes wurde in der Klausur von Anfängern nicht

erwartet. Im Sachverhalt war deswegen angegeben, daß auch die Rechte einzelner zur öffentlichen Sicherheit zählen.]

Durch die Versammlung vor dem Haus des A sieht die zuständige Behörde das allg. Persönlichkeitsrecht unmittelbar gefährdet. A wird zufällig aus der Menge gezogen und an den „Pranger" gestellt. Somit ist das Recht des A aus Art. 2 I Alt. 1 i. V. m. Art. 1 I GG unmittelbar gefährdet.

[Da es sich um eine Anfängerklausur handelt, wurde keine ausführliche Prüfung der Gefahr verlangt. Daher mussten sie sich auch nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob für das Vorliegen einer Gefahr für ein Rechtsgut mit offenem Tatbestand wie das allg. Persönlichkeitsrecht bereits eine Abwägung mit der Versammlungsfreiheit erforderlich ist.

Besonders schön wäre es allerdings gewesen, den Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts etwas näher zu beschreiben, um klarzumachen, weshalb eine Versammlung dieses Recht beeinträchtigen kann. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann aus Art. 1 Abs. 1 (Menschenwürde) und Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) abgeleitet werden. Es schützt die Integrität der Person in geistig-seelischer Beziehung (Starck in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck: GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 (Abs. 1) Rn. 86.) bzw. die Qualität der Person als Subjekt (Bodo Pieroth/Bernhard Schlink: Grundrechte, 24. Aufl. 2008, Rn. 373.). Darunter fällt auch der Schutz des Ansehens der Person und ihre Rückzugsmöglichkeit bzw. der Schutz der Privatsphäre. Beide sind durch eine Demonstration vor der Praxis zumindest teilweise betroffen, wobei die Demonstration als solche nicht zwingend ehrenrührig und bei einer Demonstration vor dem Arbeitsplatz nicht die engere Privatsphäre, sondern die Sozialsphäre betroffen ist. Das Zusammenspiel beider Elemente kann aber zu einer Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führen.

Nicht unvertretbar wäre es gewesen, auch auf eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG abzustellen. Der Schutz des objektiven Gehaltes der Grundrechte im Rahmen der öffentlichen Sicherheit ist allerdings problematisch, da es dann möglicherweise an einer einfachgesetzlichen Konkretisierung mangelt, vgl. dazu noch die Anmerkung unten bei der Angemessenheit.]

cc) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen der EGL sind erfüllt.

b) Rechtsfolge

Die Behörde müsste eine zulässige Rechtsfolge gewählt haben und insbesondere ermessensfehlerfrei gehandelt haben. Die EGL beinhaltet ein Entschließungsermessen und Auswahlermessen. Die Behörde hat sich für das Entschließungsermessen, dem Verbot der Versammlung entschieden.

[Die Trennung in Auswahl- und Entschließungsermessen bringt an dieser Stelle keinen Vorteil. Die Formulierung ist zudem verfehlt. Die Behörde kann sich nicht für ein Entschließungsermessen entscheiden, sondern dieses steht ihr zu.]

Dies stellt eine zulässige Rechtsfolge dar.

Die Behörde müsste aber ihr Ermessen im Rahmen der EGL und dem Zweck der Ermächtigung *[entsprechend]* ausgeübt haben, *[dies kann vom Gericht überprüft werden,]* § 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO.

aa) Ermessensunterschreitung

Die Behörde dürfte nicht verkannt haben, dass ihr Ermessen zusteht. Aus der Begründung lässt sich entnehmen, dass ihr bewusst war, dass ihr Ermessen zusteht.

bb) Ermessensfehlgebrauch

Die Behörde dürfte ihr Ermessen nicht dem Zweck zuwider ausgeübt haben, insbesondere keine sachfremden Erwägungen herangezogen haben. Auch dies ist nicht der Fall; sie hat ihr Ermessen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit ausgeübt, demnach nicht zweckwidrig.

[Es ist Ansichtssache, ob man einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ermessensüberschreitung oder als -fehlgebrauch einordnet. Für eine Einordnung wie hier als Ermessensüberschreitung spricht, dass unverhältnismäßige Rechtsfolgen von der Behörde in keinem Fall angeordnet werden dürfen (Fehler im Ergebnis der Entscheidung).]

cc) Ermessensüberschreitung

Die Behörde dürfte ihr Ermessen nicht überschritten haben. Hier ist insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit einzugehen. Die Behörde müsste einen legitimen Zweck verfolgen, der geeignet, erforderlich und angemessen ist.

[Diese Formulierung ist nicht richtig. Nicht der Zweck muss geeignet usw. sein, sondern die Maßnahme. Die anschließende Prüfung ist aber richtig.]

(1) Zweck

Die Untersagung müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Der Zweck ist legitim, wenn er auf das Wohl der Allgemeinheit gerichtet ist bzw. für ihn ein staatlicher Schutzauftrag besteht. Die Behörde übt ihr Ermessen in Hinblick auf die öffentliche Sicherheit und v. a. in Hinblick auf die Rechte Einzelner, hier das Persönlichkeitsrecht des A aus.

[Da durch das Versammlungsverbot nicht nur in Art. 8 Abs. 1 GG, sondern auch in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG (Meinungsfreiheit) eingegriffen wird, hätte man hier noch prüfen können, ob das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit die Voraussetzungen des qualifizierten Gesetzesvorbehaltes erfüllt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist dabei als allgemeines Gesetz i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG anzusehen.]

(2) Geeignet[heit]

Die Untersagung müsste auch geeignet sein. Sie ist geeignet, wenn sie den Zweck zumindest fördert. Durch das Verbot die Versammlung vor dem Haus des A durchzuführen ist das allg. Persönlichkeitsrecht des A geschützt. Die Untersagung ist geeignet.

(3) Erforderlich[keit]

Die Untersagung müsste erforderlich sein. Die Untersagung ist erforderlich, wenn es kein gleich wirksames, aber milderes Mittel gibt. Die EGL bietet auch die Möglichkeit des Auswahlermessens. Die Behörde könnte auch eine Auflage erlassen. Zum Beispiel, dass die Versammlung nicht unmittelbar vor dem Haus stattfinden darf; dass sie keine Schilder benutzen dürfen; dass die Mitglie-

derzahl begrenzt wird. Diese stellen aber keine milderen Mittel dar, da die Versammlungsteilnehmer ja gerade die betreffenden Ärzte „anprangern" wollen, um so eine Nähe zu dem Thema Abtreibung zu bekommen. Ebenso wenig sind diese Maßnahmen gleich effektiv, das Recht des A ist immer noch gefördert.

[Das ist sehr schön gesehen bzw. sehr gut vertretbar. Eine Auflage i. S. d. VersammlG (beschränkende Anordnung), die der Versammlung ihren Zweck vollständig nimmt, stellt tatsächlich in der Sache ein Verbot dar (Pieroth/Schlink/Kniesel a. a. O., § 21 Rn. 27.) und ist insoweit kein milderes Mittel.]

Ein gleich wirksames aber milderes Mittel ist nicht ersichtlich, die Untersagung ist erforderlich.

(4) Angemessen[heit]

Die Untersagung müsste aber auch angemessen sein. Das verfolgte Ziel darf in seiner Wertigkeit gegenüber den Folgen für den K nicht außer Verhältnis stehen. Das verfolgte Ziel ist der Schutz des allg. Persönlichkeitsrechts des A, ein Teil der öffentlichen Sicherheit. Das Persönlichkeitsrecht hat Verfassungsrang Art. 2 I Alt. 1 i. V. m. Art. 1 I GG.

Die Folgen der Untersagung betreffen aber ebenfalls Grundrechte. K gibt, an in seinen Rechten aus Art. 8 I und 5 I 1 Alt. 1 GG verletzt zu sein.

Wie bereits geprüft liegt eine Versammlung vor, durch die Untersagung wird in das Recht eingegriffen.

Versammlungsfreiheit ist ein wichtiges Gut der Menschen. Sie können sich versammeln, um ihre Vorstellungen gemeinsam kundzutun.

Das „Kundgetane" wird gleichzeitig durch die Meinungsfreiheit geschützt. Zu prüfen ist, ob eine Meinung vorliegt. Meinung ist jede Stellungnahme, jedes Dafürhalten, jedes Meinen im Rahmen einer geistig, sittlichen Auseinandersetzung, unabhängig von Wert und Richtigkeit. Die Versammelten äußern ihre Meinung über die Möglichkeit der legalen Abtreibung. Dies stellt eine Meinung dar. Geschützt wird das Haben, Äußern, Verbreiten der Meinung; auch im Rahmen einer Versammlung.

Die freie Meinungsäußerung und das Versammlungsrecht sind für die Konstituierung des demokratischen Rechtsstaats von äußerster Wichtigkeit.

Die Meinung des Volkes wird im Parlament aufgegriffen. Die Versammelten können mit ihren Versammlungen und ihrer Meinung noch mehr Anhänger finden, sodass sich möglicherweise eine Mehrheit auch im Parlament finden lässt. Dadurch könnte vielleicht ein Gesetz gegen die Möglichkeit der legalen Abtreibung erlassen werden.

Doch zu beachten ist, dass die Behörde die Versammlung nur direkt vor dem Haus des A verbietet. Sie schlägt selbst vor, dass die Versammlung auf dem Marktplatz stattfinden kann. Dort würde sie auch mehr Personen für ihr Anliegen erreichen als in der Nachbarschaft. Die Untersagung soll nur verhindern, dass die einzelnen Ärzte „herausgepickt" werden. Dies könnte nicht nur ihr Persönlichkeitsrecht, sondern womöglich auch ihre Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG beeinträchtigen.

[Diese Argumentation ist problematisch. Bei der Einführung von Grundrechten in die Abwägung von Rechtsgütern muss beachtet werden, dass bei Störungen grundrechtlich geschützter Positionen durch Privatpersonen nicht die Abwehrfunktion der Grundrechte einschlägig, sondern ihr sog. objektiv-rechtlicher Gehalt, der von der Staatsgewalt vor Beeinträchtigungen geschützt werden und damit als Rechtfertigung von GR-Eingriffen dienen kann. Dies hat jedoch grundsätzlich durch ein Parlamentsgesetz zu geschehen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist richterrechtlich als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt und somit auch ein Institut des einfachen Rechts. Für die Berufsfreiheit ist dies fraglich. Als einfachrechtliches Schutzgut könnte eher noch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geprüft werden, auf das die Behörde jedoch nicht abgestellt hat. Das sind allerdings Erwägungen, die von Anfängern nicht erwartet werden können.]

Dies kann dadurch geschehen, dass Patienten durch die Versammlungen abgeschreckt werden und der Praxis fernbleiben. A wäre demnach in seiner Berufsfreiheit betroffen.

Unter Beachtung, dass lediglich die Versammlung vor dem Haus des A verboten ist und die Möglichkeit, diese auf dem Marktplatz zu veranstalten besteht, ist die Untersagung nicht unangemessen. Die Untersagung ist verhältnismäßig.

[Dieses Ergebnis ist in dieser Klausur gut vertretbar. Bei der Angemessenheitsprüfung müssen richtigerweise die Nachteile der Maßnahme (d. h. die Beeinträchtigung des grundrechtlich geschützten Position) die Vorteile (die Förderung des gesetzgeberischen Ziels, hier der Schutz vor der Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) deutlich überwiegen, damit man zum Verdikt der Unangemessenheit kommt. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man allerdings, wenn man bedenkt, dass es sich beim allg. Persönlichkeitsrecht um ein Rechtsgut mit einem sog. offenen Tatbestand handelt. Bei einem solchen Rechtsgut ist die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung nicht indiziert, sondern muss durch Abwägung der widerstreitenden Interessen ermittelt werden. Sofern man dies nicht bereits im Tatbestand berücksichtigt (vgl. Anm. oben), spricht dies für eine strengere Prüfung der Angemessenheit (vgl. BVerfG – 1 BvR 1745/06 vom 08.06.2010, Rn. 21 ff.). Die Kenntnis von offenen Tatbeständen kann freilich von Anfängern nicht erwartet werden.]

dd) Zwischenergebnis

Die Behörde hat ihr Ermessen im Rahmen der Ermächtigung und zu diesem Zweck ausgeübt. Es liegen keine Ermessensfehler vor.

c) Zwischenergebnis

Die Untersagung ist materiell rechtmäßig ergangen.

4. Zwischenergebnis

Die Untersagung ist rechtmäßig ergangen.

II. Rechtsverletzung des K

Die Untersagung der Versammlung ist rechtmäßig ergangen. K ist dadurch nicht in seinen Rechten verletzt.

C. Ergebnis

Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet. Sie hat keine Aussicht auf Erfolg.

Frage 2

Demokratie bedeutet, dass bestimmte Grundsätze in der BRD bestehen.

Ein wichtiger Teil ist davon die Gewaltenteilung. Die Staatsgewalt ist aufgeteilt in die Exekutive, die ausführende Gewalt; die Legislative, die gesetzgebende Gewalt; und die Judikative, die rechtssprechende Gewalt.

Diese Gewalten haben verschiedene Aufgaben. Die Legislative mit Bundestag und Bundesrat erlässt die Gesetze; die Exekutive mit Bundesregierung und v. a. der Verwaltung führt sie aus und die Judikative richtet bei Streitigkeiten.

In der BRD besteht aber keine strikte Trennung der Gewalten, sondern es treten Vermischungen auf. Die eine Gewalt darf jedoch nicht in den Kernbereich der anderen eingreifen.

Es soll ein System darstellen, in der gegenseitige Kontrolle herrscht „checks and balances". Die Legislative kontrolliert die Exekutive durch das Interpellationsrecht, die Untersuchungsausschüsse, die Wahl des BK.

Die Judikative überprüft die Verfassungsmäßigkeit der erlassenen Gesetze der Legislative und kann die Rechtmäßigkeit der Exekutivhandlungen prüfen.

Ein System gegenseitiger Kontrolle und Balance.

[Die Ausführungen zur Gewaltenteilung betreffen das demokratische Prinzip allenfalls am Rande. Hilfreicher sind dagegen die folgenden Ausführungen.]

Ein weiterer Grundsatz ist die demokratische Legitimation.

Die drei Gewalten sind in ihren jeweiligen Funktionen und Aufgaben konstituiert. Dies stellt die institutionelle Legitimation dar. Die personelle Legitimation besagt, dass im Prinzip jeder Amtswalter durch das Volk oder durch das Volk gewählte Organe gewählt wurde, und es somit zu einer ununterbrochenen Legitimationskette kommt.

Sachlich-inhaltlich besteht die Legitimation, indem alle 3 Gewalten an die Gesetze gebunden sind, der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes Art. 20 III GG.

Das Wichtigste an dem Grundsatz ist jedoch, dass das Volk Vertreter wählt, Art. 38 I GG. In Deutschland herrscht repräsentative Demokratie. Durch die regelmäßigen Wahlen gibt das Volk ihre Macht nicht für immer ab, sondern kann stets prüfen, und ggf. neu entscheiden. Die politische Meinung vollzieht sich von unten nach oben.

Frage 3

Dass der Bundesrat einem Gesetz zustimmen muss, ist die Ausnahme. Es ist enumerativ im Gesetz aufgezählt. Der Regelfall ist das Einspruchsgesetz.

Der Bundesrat muss zustimmen: bei Belangen der Verfassung Art. 79 GG, der Verwaltung Art. 84 I, 85 I GG und z. T. der Finanzen z. B. 104a III GG.

Insgesamt kann man sagen, dass jeweils bei besonders wichtigen Entscheidungen der Bundesrat einem Gesetz zustimmen muss. Denn wenn der Bundesrat einem Gesetz nicht zustimmt, so scheitert es und kann nicht in Kraft treten.

[Die Zustimmung ist i. d. R. dann angeordnet, wenn die Interessen der Länder besonders betroffen sind.]

Es stellt also die Möglichkeit dar, ein Gesetz zu verhindern.

[Anmerkung zur Bewertung: Es handelt sich im Rahmen einer Anfängerklausur um eine herausragende Bearbeitung, die eine Bewertung mit 16 Punkten rechtfertigt. Die Bearbeiterin prüft nahezu fehlerfrei und beantwortet auch noch die Zusatzfragen im Wesentlichen korrekt. Bei einem etwas näheren Eingehen auf das Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Angemessenheit wäre auch die Höchstnote (18 Punkte) erreichbar gewesen.]