

## Öffentliches Recht im Nebenfach

Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Europarecht mit Übungsfällen

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Steffen Detterbeck

5. Auflage 2017. Buch. XXX, 322 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 8006 5487 1  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

**Beachte: In Prüfungsarbeiten sollte vor allem an die Feststellungsklage gedacht werden.** Sie bietet fast immer eine Möglichkeit, das mit der Verfassungsbeschwerde verfolgte Interesse verwaltungsgerichtlich durchzusetzen. Hier sollte zunächst das Interesse des Beschwerdeführers ermittelt und dieses Interesse so dann in einen **konkreten Feststellungsantrag** formuliert werden<sup>203</sup>.

**Beispiele:**

- Ein Gesetz ordnet die Zwangsmitgliedschaft in einer Studentenschaft an. Ein Student hält dieses Gesetz für verfassungswidrig. Er kann auf Feststellung klagen, dass er nicht Mitglied der Studentenschaft ist. Das ist er nämlich nicht, wenn das Gesetz tatsächlich verfassungswidrig sein sollte (vgl. zu einem ähnlichen Fall BVerwG NJW 1983, 2208).
- Ein Gesetz ordnet an, dass die Landesrundfunkanstalt durch den Landesrechnungshof kontrolliert wird. Die Landesrundfunkanstalt kann auf Feststellung klagen, dass sie der Kontrolle nicht unterliegt (BVerfGE 74, 69/76).
- Ein Gesetz bestimmt, dass ab 1.1.2017 KFZ ohne Dreieckskatalysator am Straßenverkehr nicht mehr teilnehmen dürfen. KFZ-Halter K klagt auf Feststellung, dass er mit seinem (Alt-)Pkw auch ohne Dreieckskatalysator am Straßenverkehr teilnehmen darf.

Verbietet oder gebietet das Gesetz eine bestimmte Tätigkeit, können die hiervon Betroffenen auf Feststellung klagen, dass sie – weil das Gesetz verfassungswidrig und nichtig sei – die gesetzlich verbotene Tätigkeit ausüben dürfen bzw. die gesetzlich gebotene Tätigkeit nicht ausüben müssen<sup>204</sup>, wenn die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage erfüllt sind.

Es ist nicht erforderlich, alle in Betracht kommenden verwaltungsgerichtlichen Klagearten durchzuprüfen. Es genügt, wenn die **Möglichkeit einer Klageart** dargelegt wird.

Ist jedweder verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz unzulässig und bestand für den Beschwerdeführer auch schon vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde keine Möglichkeit verwaltungsgerichtlichen (bzw. fachgerichtlichen) Rechtsschutzes, ist seine Verfassungsbeschwerde zulässig, wenn die anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

*c) Entsprechende Geltung von § 90 II 2 BVerfGG*

Auch wenn die Möglichkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes besteht, ist die Verfassungsbeschwerde damit noch nicht zwingend unzulässig. Das BVerfG wendet nämlich § 90 II 2 BVerfGG **entsprechend** an<sup>205</sup>.

<sup>203</sup> Dazu exemplarisch BVerfGK NVwZ 2004, 977 (979); NVwZ-RR 2002, 2; NVwZ-RR 2000, 473 f.; NVwZ 1999, 867 f.

<sup>204</sup> BVerfGK NVwZ 2004, 977 (979 m. w. N.); NVwZ-RR 2000, 473; BVerwGE 129, 199 (201 i. V. m. Rn. 16); 124, 47 (53 f.); ähnlich BVerfGK 4, 113 (114); vgl. auch BVerwGE 111, 276 (278).

<sup>205</sup> BVerfGE 90, 128 (137); 91, 294 (306); 93, 319 (338); 95, 193 (208); 97, 157 (168); 97, 298 (309).

Danach ist die Verfassungsbeschwerde vor allem dann zulässig, wenn die Verweisung auf die Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes dem Beschwerdeführer unzumutbar wäre (Zumutbarkeitsvorbehalt).

**Beispiele:**

- Es wird eine Rechtsvorschrift erlassen, die ein bislang erlaubtes Verhalten unter Androhung von Strafe oder Bußgeld verbietet. Für einen Beschwerdeführer gegen dieses Gesetz wäre es unzumutbar, wenn man ihn auf die Möglichkeit verweisen würde, diese Rechtsvorschrift nicht zu beachten und dann in einem nachfolgenden Straf- oder Bußgeldverfahren die Verfassungswidrigkeit der Rechtsvorschrift geltend zu machen (BVerfGE 97, 157/165; 81, 70/82 f.). Allerdings kann es dem Beschwerdeführer zumutbar sein, auf verwaltungsgerichtliche Feststellung zu klagen, dass er das gesetzliche Ge- oder Verbot nicht befolgen müsse, wenn die Einhaltung des Verbots von den Verwaltungsbehörden überwacht wird. Auch kann es dem Beschwerdeführer zumutbar sein, eine **verwaltungsgerichtliche Eilentscheidung** zu beantragen, dass er das gesetzliche Ge- oder Verbot bis zur endgültigen Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht befolgen müsse. Für eine Nichtbefolgung des Gesetzes vor der endgültigen Entscheidung dürfte dann keine Strafe oder Geldbuße verhängt werden. Das BVerfG hat die Zumutbarkeit derartigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes auch im Falle straf- oder bußgeldbewehrter Gesetze schon bejaht (BVerfGK 4, 113/114; NVwZ 2004, 977 ff.; ebenso HessStGH NVwZ-RR 2009, 588 f.).
- Aufgrund einer gesetzlichen Änderung des Ärzteniederlassungsrechts ist es dem frisch approbierten Arzt A verwehrt, die Arztpraxis seines verstorbenen Vaters zu übernehmen. A könnte zwar versuchen, seinen Anspruch auf Praxisübernahme unter Hinweis auf die Verfassungswidrigkeit der Gesetzesänderung vor den Fachgerichten (auch durch vorläufigen Rechtsschutz) durchzusetzen. Dies ist dem A aber unzumutbar, wenn er nur aufgrund einer verbindlichen bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung über das neue Ärzteniederlassungsrecht gesicherte Entscheidungen und Dispositionen hinsichtlich der Arztpraxis treffen kann (vgl. die ganz ähnliche Argumentation, freilich zu einem anderen Fall, von BVerfGE 77, 84/100 f.).

Außerdem hält das BVerfG die Inanspruchnahme vorherigen fachgerichtlichen Rechtsschutzes für entbehrlich und eine sofortige Verfassungsbeschwerde für zulässig, wenn es im fachgerichtlichen Prozess **ausschließlich um die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes** ginge und **keine weiteren einfachrechtlichen Fragen oder tatsächlichen Umstände** zu klären wären<sup>206</sup>. Allerdings handhabt das BVerfG dieses Kriterium sehr flexibel. Insoweit ist fast immer jede Auffassung gut vertretbar.

In Prüfungsarbeiten sind **weitschweifende Ausführungen** zu § 90 II 2 BVerfGG zu **vermeiden**. Hier ist jedes **vernünftig begründete Ergebnis** vertretbar.

Ausführungen zu den folgenden Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in Prüfungsarbeiten in der Regel nicht mehr erforderlich.

<sup>206</sup> BVerfGE 123, 148 (173); NJW 2017, 217 Rn. 211.

## 7. Form

Verfassungsbeschwerden sind gem. § 23 I 1 BVerfGG schriftlich zu erheben. Telegramm, Telex oder Telefax genügen<sup>207</sup>. §§ 23 I 2, 92 BVerfGG verlangen eine schriftliche Begründung.

## 8. Frist

Für Verfassungsbeschwerden gegen Verwaltungsakte **und gerichtliche Entscheidungen** gilt gem. § 93 I BVerfGG eine **Monatsfrist**.

Für Verfassungsbeschwerden gegen **Gesetze** - dazu zählen auch Rechtsverordnungen und Satzungen - gilt gem. § 93 III BVerfGG eine **Jahresfrist**. Sie beginnt auch dann zu laufen, wenn behördliche Entscheidungen, die aufgrund des Gesetzes erlassen werden, vor den Verwaltungsgerichten angegriffen werden (müssen).

## Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die angegriffene Maßnahme den Beschwerdeführer tatsächlich in seinen Grundrechten verletzt.

## Annahmeverfahren

Bevor über eine Verfassungsbeschwerde in der Sache entschieden wird, muss sie zunächst **zur Entscheidung angenommen** werden. Dieses Annahmeverfahren ist in den §§ 93a ff. BVerfGG geregelt. Über die Annahme entscheiden zunächst die Kammern (§ 15a BVerfGG). Im weiteren Verlauf sind auch Annahmeentscheidungen durch den Senat möglich (§ 93b S. 2 BVerfGG).

**Beachte:** Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung. In Prüfungsarbeiten sind Ausführungen zum Annahmeverfahren in aller Regel nicht erforderlich. Allenfalls kann auf das Erfordernis der Annahme kurz hingewiesen werden.

## VI. Kommunale Verfassungsbeschwerde, Art. 93 I Nr. 4b GG, § 13 Nr. 8a, §§ 91 ff. BVerfGG

## Allgemeines

Mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4b GG können sich Gemeinden und Gemeindeverbände (Landkreise) gegen Gesetze wehren, die ihr Recht auf Selbstverwaltung nach Art. 28 II GG verletzen.

---

<sup>207</sup> BVerfGE 32, 365 (368); 74, 228 (235).

**Anwendungsbeispiele:**

- Zwei Gemeinden werden durch eine Rechtsverordnung zusammengelegt.
- Ein formelles Landesgesetz untersagt den Gemeinden die Erhebung von Hundesteuer.
- Durch ein formelles Bundesgesetz wird im Gebiet der Gemeinde G ein Standort zur Lagerung von Atomwaffen bestimmt.

**Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde****1. Beschwerdefähigkeit**

Beschwerdefähig sind gem. Art. 93 I Nr. 4b GG nur Gemeinden (dies sind auch Städte) und Gemeindeverbände (insbesondere Landkreise). Einen Beschwerdegegner gibt es nicht.

**2. Beschwerdegegenstand**

Angriffsgegenstand können gem. Art. 93 I Nr. 4b GG **nur Gesetze** sein: Formelle Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen des **Bundes-** und des **Landesrechts**.

**3. Beschwerdebefugnis***a) Möglichkeit der Verletzung von Art. 28 II GG*

Es muss die Möglichkeit bestehen und dargetan werden, dass der Beschwerdeführer durch das Gesetz in seinem **Recht auf Selbstverwaltung** nach Art. 28 II GG verletzt ist (Möglichkeitstheorie).

**Beachte:** Ein möglicher Verstoß gegen andere Grundgesetzbestimmungen begründet grundsätzlich keine Beschwerdebefugnis<sup>208</sup>.

*b) Betroffenheit*

Der Antragsteller muss durch das Gesetz **selbst** und **gegenwärtig** betroffen sein. Das Kriterium der **Unmittelbarkeit** gilt nur, wenn das angegriffene Gesetz durch eine rangniedere **Rechtsvorschrift** (Rechtsverordnung, Satzung) vollzogen wird. Wird das angegriffene Gesetz durch eine **behördliche Einzelmaßnahme** (insbesondere Verwaltungsakt) vollzogen, gilt das Erfordernis der Unmittelbarkeit **nicht**. Denn diese Ausführungsakte sowie etwaige gerichtliche Entscheidungen, die eine Klage gegen die Ausführungsakte abweisen, können nicht mit der kommunalen Verfassungsbeschwerde angegriffen werden; und eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG können die Gemeinden nicht erheben.

**4. Rechtswegerschöpfung**

§ 90 II 1 BVerfGG gilt auch für kommunale Verfassungsbeschwerden. In Betracht kommen nur verwaltungsgerichtliche Normenkontrollen nach § 47 VwGO.

---

<sup>208</sup> Dazu näher BVerfGE 119, 331 (356 f.).

## 5. Subsidiarität

Die Verfassungsbeschwerde gegen ein **Landesgesetz** (formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen) ist gem. Art. 93 I Nr. 4b GG, § 91 S. 2 BVerfGG unzulässig, wenn gegen dieses Landesgesetz **Verfassungsbeschwerde** zum **Landesverfassungsgericht** erhoben werden und dort die Verletzung der **landesverfassungsrechtlichen** kommunalen Selbstverwaltungsgarantie geltend gemacht werden kann<sup>209</sup>.

Ob der (ungeschriebene) Grundsatz der allgemeinen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde<sup>210</sup> auch für kommunale Verfassungsbeschwerden gilt, ist umstritten.

## Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde

Die kommunale Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der Beschwerdeführer durch das angegriffene Gesetz tatsächlich in seinem Recht auf kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 II GG verletzt ist.

## VII. Konkrete Normenkontrolle, Art. 100 I GG, § 13 Nr. 11, §§ 80 ff. BVerfGG

### Allgemeines

Nach Art. 100 I GG entscheidet das BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit formeller Gesetze, wenn sie von den Fachgerichten für verfassungswidrig gehalten und dem BVerfG vorgelegt werden. Deshalb wird die konkrete Normenkontrolle auch als **Richtervorlage** bezeichnet.

Die konkrete Normenkontrolle ist der bedeutsamste Anwendungsfall von Art. 93 I Nr. 5 GG.

### Anwendungsbeispiele:

- Ein Landesgesetz schreibt die Erhebung von Studiengebühren vor. Gegen den Studenten S ergeht aufgrund dieses Gesetzes ein Gebührenbescheid (= Verwaltungsakt). S ficht den Gebührenbescheid vor dem Verwaltungsgericht an. Das Verwaltungsgericht hält das Studiengebührengesetz für grundgesetzwidrig und möchte deshalb den Gebührenbescheid aufheben. Hier muss es das Gesetz dem BVerfG nach Art. 100 I GG vorlegen. Erst wenn das BVerfG das Gesetz für verfassungswidrig und nichtig erklärt hat, darf das Verwaltungsgericht den Gebührenbescheid aufheben.
- Ein Landesgesetz stellt den unbefugten Gebrauch von Sachen unter Strafe. A hat unbefugt ein dem B gehörendes juristisches Lehrbuch durchgearbeitet. A wird vor dem Strafgericht wegen Verstoßes gegen das Gesetz angeklagt. Das Strafgericht möchte A deshalb freisprechen, weil es das Gesetz wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz

<sup>209</sup> In den meisten Bundesländern besteht diese Möglichkeit.

<sup>210</sup> Oben S. 137 ff.

des Landes für grundgesetzwidrig hält. Auch hier muss das Strafgericht das Gesetz dem BVerfG gem. Art. 100 I GG vorlegen und darf A erst freisprechen, wenn das BVerfG das Gesetz für verfassungswidrig und nichtig erklärt hat.

## Zulässigkeit einer Normenkontrolle

Die meisten Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in Art. 100 I GG genannt.

### 1. Anhängiges Gerichtsverfahren

Es muss ein konkretes Gerichtsverfahren bei einem bestimmten Gericht anhängig sein. In Betracht kommt grundsätzlich jedes deutsche Gericht und jede Instanz.

### 2. Vorliegen eines formellen und nachkonstitutionellen Gesetzes

In diesem Gerichtsverfahren muss es um die Anwendung eines **formellen** Gesetzes gehen. Dies können sowohl **Bundes-** als auch **Landesgesetze** (Art. 100 I 2 GG) sein. Rechtsverordnungen und Satzungen scheiden als Vorlagegegenstand aus. Hält ein Gericht eine Rechtsverordnung oder Satzung für grundgesetzwidrig, muss es diese unter den Voraussetzungen von § 47 VwGO selbst für nichtig erklären oder auf ihnen beruhende Vollzugsakte (VA) aufheben.

Außerdem muss es sich um ein **nachkonstitutionelles** Gesetz handeln. D.h., das in Rede stehende Gesetz muss grundsätzlich nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes - also nach dem 23.5.1949 - verkündet worden sein.

**Beachte:** Vorlagefähig sind nicht nur die gesamten Gesetzeswerke, die häufig aus mehr als 100 Paragraphen bestehen. Auch einzelne Paragraphen und sogar einzelne Sätze sind vorlagefähig.

### 3. Überzeugung des Gerichts von der Grundgesetzwidrigkeit des Gesetzes (bzw. von der Bundesrechtswidrigkeit eines Landesgesetzes)

Das Gericht muss von der **Grundgesetzwidrigkeit** des Gesetzes überzeugt sein. Bloße Zweifel des Gerichts genügen nicht.

Bei **Landesgesetzen** kommt gem. Art. 100 I 2 GG auch eine Vorlage in Betracht, wenn das Gericht von der Unvereinbarkeit des Landesgesetzes mit einem sonstigen Bundesgesetz (formelle Bundesgesetze sowie bundesrechtliche Rechtsverordnungen und Satzungen)<sup>211</sup> überzeugt ist.

### 4. Entscheidungserheblichkeit

Es muss bei der vom Gericht **im konkreten Fall** zu treffenden Entscheidung **auf die Gültigkeit des Gesetzes ankommen**.

Diese in Prüfungsarbeiten wichtigste Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn die Entscheidung des Gerichts im Falle der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes anders

---

<sup>211</sup> BVerfGE 1, 283 (291 f.); 1, 202 (207).

lauten würde als im Falle der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes (**Entscheidungsdivergenz**).

### In Prüfungsarbeiten ist die „Nagelprobe“ zu machen. Beispiele:

Ist im oben genannten Studiengebührenfall<sup>212</sup> das Gesetz verfassungsmäßig, ist der Gebührenbescheid rechtmäßig. Die Anfechtungsklage ist in diesem Fall abzuweisen. Ist das Gesetz verfassungswidrig, ist der Gebührenbescheid rechtswidrig (und verletzt S in Art. 12 I oder in Art. 2 I GG). Der Anfechtungsklage ist in diesem Fall stattzugeben (das Verwaltungsgericht hebt den Gebührenbescheid auf). Die Gültigkeit des Studiengebührengesetzes ist deshalb entscheidungserheblich.

Stellt sich im oben genannten Fall des Strafgesetzes (gegen den unbefugten Gebrauch von Sachen<sup>213</sup>) im Laufe der Verhandlung heraus, dass A das dem B gehörende Buch gar nicht benutzt hat, gilt Folgendes: Ist das Strafgesetz verfassungsmäßig, muss A freigesprochen werden, weil er nicht gegen das Gesetz verstoßen hat. Ist das Strafgesetz verfassungswidrig, muss A (natürlich) auch freigesprochen werden. A muss also auf jeden Fall freigesprochen werden, egal ob das Strafgesetz verfassungsmäßig oder verfassungswidrig ist. Die Gültigkeit des Strafgesetzes ist deshalb nicht entscheidungserheblich, eine Vorlage zum BVerfG ist unzulässig.

**Beachte:** Die Gültigkeit eines Gesetzes ist auch dann nicht entscheidungserheblich, wenn das Gesetz gegen **EU-Recht** verstößt und deshalb wegen des Vorranges des EU-Rechts<sup>214</sup> nicht anwendbar ist<sup>215</sup>.

### Begründetheit einer Normenkontrolle

Die Normenkontrolle ist begründet, wenn das dem BVerfG vorgelegte Gesetz tatsächlich verfassungswidrig ist (oder wenn das **Landesgesetz** gegen sonstiges Bundesrecht verstößt).

## VIII. Einstweilige Anordnung, § 32 BVerfGG

Hinzuweisen ist schließlich auf die in § 32 BVerfGG vorgesehene Möglichkeit, durch **einstweilige Anordnungen vorläufige Regelungen** zu treffen. Von dieser Möglichkeit macht das BVerfG nicht selten Gebrauch. Einstweilige Anordnungen werden erlassen, wenn die Hauptsacheentscheidung zu spät käme. Das ist vor allem der Fall, wenn dem Betroffenen das Zuwarten nicht zumutbar ist, weil ihm dann nicht oder nur schwer rückgängig zu machende gravierende Nachteile entstünden.

<sup>212</sup> Oben S. 143.

<sup>213</sup> Oben S. 143.

<sup>214</sup> Dazu unten S. 253 f.

<sup>215</sup> BVerfGE 85, 191 (203 ff.); NJW 2003, 1232.



**Übersicht 13: Bundesverfassungsgerichtliche Verfahrensarten (Prüfschema)****Organstreitverfahren, Art. 93 I Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG****I. Zulässigkeit eines Antrags****1. Parteifähigkeit**

Antragsteller und Antragsgegner: § 63 BVerfGG, Art. 93 I Nr. 1 GG

**2. Angriffsgegenstand**

Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners, § 64 I BVerfGG

**3. Antragsbefugnis**

Möglichkeit der Verletzung oder Gefährdung des Antragstellers in seinen **grundgesetzlichen** Rechten (oder des Organs, dem er angehört - Prozesstandschaft), § 64 I BVerfGG

**4. Form und Frist**

§§ 23 I, 64 II BVerfGG - § 64 III BVerfGG

**II. Begründetheit eines Antrags**

Wenn die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung den Antragsteller (bzw. das Organ, dem er angehört) tatsächlich in seinen grundgesetzlichen Rechten verletzt oder gefährdet

**Abstrakte Normenkontrolle, Art. 93 I Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, §§ 76 ff. BVerfGG****I. Zulässigkeit eines Antrags****1. Antragsteller**

§ 76 I BVerfGG, Art. 93 I Nr. 2 GG

**2. Antragsgegenstand**

Bundes- und Landesrecht (Normen) grundsätzlich jeder Rangstufe

**3. Klarstellungsinteresse**

Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Grundgesetzmäßigkeit des Bundes- oder Landesrechts oder über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht (§ 76 I BVerfGG geht über die Anforderung des Art. 93 I Nr. 2 GG indes hinaus)

**4. Form**

§ 23 I BVerfGG

**II. Begründetheit eines Antrags**

Wenn das Gesetz gegen das Grundgesetz verstößt oder wenn Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht unvereinbar ist