



Zusatzmaterial zu

Der Vorbehalt des Gesetzes (VerwR, Rn. 62-65)

I. Relevanz

Hört man in der Vorlesung zum ersten Mal etwas vom „Vorbehalt des Gesetzes“, klingt das abstrakt und wenig praxisrelevant. Aus Studierendenperspektive lohnt sich eine nähere Auseinandersetzung aber und es kann mit wenigen Handgriffen gepunktet werden. Dieser Aufsatz legt daher den Fokus auf den Vorbehalt des Gesetzes als Gegenstand in Klausuren.

II. „Vorbehalt des Gesetzes“ – was ist das?

Zur Veranschaulichung der Thematik dient das folgende Beispiel: Eine Jurastudentin wird eines Tages auf ihrem Fahrrad fahrend von der Polizei angehalten und im weiteren Verlauf befragt. Plötzlich wendet der freundliche Beamte den Polizeigriff an und führt sie – vor den Augen schaulustiger Passanten – zum Polizeiwagen. Eine typische verwaltungsrechtliche Klausur beschäftigt sich nun mit der Frage: Waren diese Maßnahmen jeweils rechtmäßig? Das Aufbauschema dafür ist bereits geläufig:

1. Ermächtigungsgrundlage
2. Formelle Rechtmäßigkeit
3. Materielle Rechtmäßigkeit

Gewöhnlich wird der erste Punkt des Schemas recht stiefmütterlich abgearbeitet. Häufig ist in einem Satz zu lesen: „§ xy stellt eine taugliche Ermächtigungsgrundlage dar.“ Im Folgenden werden dann die formellen und materiellen Anforderungen geprüft. Richtig ist, dass unter dem Prüfungspunkt die Rechtsgrundlage genannt werden sollte, die dem Staat erlauben könnte, die Maßnahme durchzuführen. Das kann oft auch ausreichend sein.¹ Es verkennt aber, dass in komplexeren und weniger eindeutigeren Fällen an dieser Stelle auf weit mehr eingegangen werden sollte. Zum einen sollte – eher formelmäßig und deshalb vor einer Klausur gut einzuprägen – kurz (!) erläutert werden, warum es überhaupt für dieses staatliche Handeln einer Ermächtigungsgrundlage bedarf.² Grundsätzlich ist der Bürger frei, das zu tun, was er gegenwärtig für richtig hält. Das ergibt sich

¹ *Vofßkuhle*, JuS 2007, 118 (119).

² *Maurer/Waldhoff*, VerwR AT, 21. Aufl. 2024, § 6, Rn. 3 ff.; *Vofßkuhle*, JuS 2007, 118 (119).



bereits aus dem Konzept der Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).³ Verbietet der Staat nun ein bestimmtes Verhalten, tut etwas gegen den Willen (im obigen Fall das Anhalten und Abführen) oder bemächtigt sich bestimmter Daten (das Befragen), ist der Bürger plötzlich nicht mehr frei in dem, was er tun will. Darin kann regelmäßig ein Eingriff in Grundrechte liegen, sei es auch „nur“ ein solcher in die Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG. Immer dann, wenn der Staat in Grundrechte eingreift, braucht er dazu eine Ermächtigungsgrundlage.⁴ Erforderlich ist ein formelles Parlamentsgesetz, das ihm den Eingriff in das Grundrecht gestattet.⁵ Der *terminus technicus* für diese Notwendigkeit ist der Vorbehalt des Gesetzes. Dieser wird überwiegend aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitet.⁶ Darüber hinaus ist immer dann ein solches Gesetz erforderlich, wenn es sich um Fragen von wesentlicher Bedeutung für den Staat oder die Allgemeinheit handelt (sog. Wesentlichkeitslehre).⁷

III. Aufbauvorschlag für die Klausur

Betrachtet man aus dem obigen Beispiel das Anhalten durch die Polizei, könnte in einer Klausur wie folgt vorgegangen werden:

„Es müsste eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Eine solche ist in Form eines formellen Parlamentsgesetzes wegen des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) jedenfalls immer dann erforderlich, wenn der Staat in Grundrechte des Betroffenen eingreift. In Betracht kommt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG. (...) In Betracht kommt hier § 9 Abs. 1 S. 2 PolG NRW. Dieser stellt die notwendige taugliche Ermächtigungsgrundlage für das Anhalten dar.“

Die Bearbeitung hebt sich von anderen dadurch ab, dass erst einmal erklärt wird, warum es einer Ermächtigungsgrundlage bedarf, und sodann bereits die möglicherweise einschlägigen Grundrechte genannt werden. Man kann – bei Einbettung des Falles in eine Klage – auch häufig auf die Prüfung der Klagebefugnis verweisen, wo regelmäßig etwas zu möglichen Grundrechtseingriffen geschrieben wird. Außerdem wird eine mögliche Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit vorbereitet. Dort werden die Belange des Staates gegenüber den betroffenen Grundrechten des Bürgers abgewogen. Im Anschluss muss dann die einschlägige Ermächtigungsgrundlage genannt werden. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die Richtige zu finden: Entweder es handelt sich um eine alltägliche Maßnahme und die Norm ist bekannt. Unbekannte Normen lassen sich mithilfe des Inhaltsverzeichnisses (z. B. durch die Überschriften der einzelnen Abschnitte) und/oder unter Zuhilfenahme des Stichwortverzeichnisses finden.

³ Erstmals BVerfGE 6, 32 – Elfes.

⁴ *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 65; *Vofßkuhle*, JuS 2007, 118 (118).

⁵ *Maurer/Waldhoff*, VerwR AT, 21. Aufl. 2024, § 6, Rn. 3 ff.; *Vofßkuhle*, JuS 2007, 118 (119).

⁶ BVerfGE 40, 237 (248); a. A. *Maurer/Waldhoff*, VerwR AT, § 6, Rn. 4. Er ist vom sog. Vorrang des Gesetzes zu unterscheiden, der die Bindung der Verwaltung an bestehende Gesetze beschreibt, vgl. *Vofßkuhle*, JuS 2007, 118 (118).

⁷ *Vofßkuhle*, JuS 2007, 118 (119).



Die Ermächtigungsgrundlage muss zudem mit höherrangigem Recht vereinbar sein.⁸ Das erklärt sich von selbst: Eine Norm des Polizeigesetzes kann nicht als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden, wenn sie z. B. gegen das Grundgesetz verstößt. Hier ließe sich in Klausuren problemlos eine Inzidentprüfung einbauen, im Rahmen derer festzustellen ist, ob das Gesetz verfassungskonform ist.

IV. Wann braucht es keine Ermächtigungsgrundlage?

Es gibt Fälle, in denen nach der herrschenden Meinung eine Ermächtigungsgrundlage nicht erforderlich ist. Ein häufiges Klausurbeispiel ist die Begünstigung eines Bürgers durch die staatliche Maßnahme in Form der Gewährung von Subventionen an Unternehmen (Leistungsverwaltung). In den Lehrbüchern findet sich nun stets ein „Meinungsstreit“. Es ist ratsam, das kurz (!) zu erwähnen. Vereinzelt wird die sog. Lehre vom Totalvorbehalt vertreten.⁹ Danach sei bei ausnahmslos jeder staatlichen Maßnahme eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Begründet wird das damit, dass eine potentielle Versagung einer staatlichen Leistung einem Eingriff gleichkomme. Nach Rechtsprechung und anderen Teilen der Lehre ist es aber – überzeugend – ausreichend, wenn die Gewährung von Subventionen sich z. B. im Haushalt des Parlaments wiederfindet.¹⁰ Es bedarf keiner formellen Ermächtigungsgrundlage für das staatliche Handeln.¹¹

Autor: Sandro Plenker, Kommunalwissenschaftliches Institut (KWI) der Universität Münster

⁸ *Voßkuhle*, JuS 2007, 118 (119).

⁹ Erwähnend, aber ablehnend *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 65. Wird nur noch sehr selten vertreten.

¹⁰ Zum gesamten Abschnitt *Voßkuhle*, JuS 2007, 118 (118) m. w. N.

¹¹ BVerfGE 68, 1 (109); *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 65.