

Die öffentlich-rechtliche Aufsichtsarbeit in der Ersten juristischen Staatsprüfung

– „Zwergenwerfen“ und Menschenwürde* –

Von Prof. Dr. Martin Stock, Bielefeld

Sachverhalt:

U betreibt im Münsterland einen Freizeit- und Unterhaltungspark mit Diskothek. Er kündigt auf Plakaten und Handzetteln folgende Neuheit an: „Die neue Sensation aus den USA, Zwergenweitwurf, zuerst im Fernsehen, jetzt live in Eurer Disco, Bonsai-Warrior...“. Dabei soll der kleinwüchsige K, der sich dafür gegen Entgelt freiwillig zur Verfügung stellen will, von kräftigen Personen aus dem Publikum in Wettkämpfen möglichst weit geworfen werden. K bezeichnet sich als Artist und sieht in der Beherrschung des Flugverhaltens, das er auf derartigen Veranstaltungen im Ausland gelernt hat, eine akrobatische Leistung. U fragt sich, ob er hierfür eine Erlaubnis nach § 33 a Abs. 1 GewO (Sartorius I Nr. 800) bedürfe. Er neigt zu der Ansicht, es handele sich um erlaubnisfreie Darbietungen mit überwiegend sportlichem und akrobatischem

Charakter. Vorsorglich beantragt er aber dennoch eine Erlaubnis nach der genannten Vorschrift.

Die zuständige Behörde lehnt den Antrag unter Berufung auf § 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO ab. Dazu führt sie aus, die beabsichtigten

* Der Fall ist im Mai 1993 in der ersten juristischen Staatsprüfung als öffentlich-rechtliche Klausur gestellt worden. Im WS 1993/94 war er Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Examenklausurenkurses der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld. Materiell-rechtlich liegt im wesentlichen der Beschluß des VG Neustadt vom 21. 5. 1992 – 7 L 1271/92 –, GewArch. 1992, 296 f. – NVwZ 1993, 98 ff. zugrunde. Im folgenden handelt es sich nicht um eine klausurmäßig ausformulierte Musterlösung. Die Lösungsskizze enthält aber Hinweise auf rechtliche Aspekte, die von den Bearbeitern jedenfalls berücksichtigt werden sollten. Dazu finden sich Erläuterungen und Belege, die in einer Klausur, wie sich versteht, so nicht möglich wären.

Darbietungen seien erlaubnispflichtig, aber nicht erlaubnisfähig. Sportliche und akrobatische Aspekte stünden dabei nicht im Vordergrund. Vielmehr handele es sich um eine derbe Volksbelustigung, bei der ein Kleinwüchsiger in diskriminierender Weise als „Zwerg“ bezeichnet, wie ein Sportgerät gehandhabt und zum bloßen Objekt der Werfer und des amüsierten Publikums gemacht werden solle. Dadurch könne die Sensibilität gegenüber Behinderten beeinträchtigt und einer allgemeinen Verrohung im Umgang mit anderen Menschen Vorschub geleistet werden. Der „Zwergenweitwurf“ würde die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verletzen und deshalb den guten Sitten zuwiderlaufen. Daß sich K. an diesem Treiben freiwillig beteiligen wolle, sei unerheblich.

Hiergegen legt U erfolglos Widerspruch ein. Auch seine verwaltungsgerichtliche Klage bleibt ohne Erfolg. Nach Erschöpfung des Rechtswegs erhebt U Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Er rügt eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG. Zur Begründung trägt er vor, K. betätige sich beim „Zwergenweitwurf“ professionell-akrobatisch und fühle sich dadurch nicht gedemütigt. Er mache damit von seinem Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG Gebrauch. Das sei keineswegs menschenunwürdig und sittenwidrig.

Ist die Verfassungsbeschwerde zulässig und begründet?

Zusatzfrage:

Wie wäre die Erfolgsaussicht einer Verfassungsbeschwerde des K. mit der dieser – parallel zu der Verfassungsbeschwerde des U – dessen Anliegen nach Erschöpfung des Rechtswegs auch im eigenen Namen weiterverfolgen würde?

Lösungshinweise

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde des U

Maßgeblich ist Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. m. §§ 90 ff. BVerfGG.¹

1. Antragsberechtigung

Die Antragsberechtigung (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) richtet sich nach der Grundrechtsfähigkeit. Dafür kommt es auf das jeweils als verletzt gerügte Grundrecht an.² Das ist hier Art. 12 Abs. 1 GG. Es ist zu unterstellen, daß U eine natürliche Person und Deutscher ist. Er ist somit grundrechtsfähig und antragsberechtigt.

2. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand können Maßnahmen der öffentlichen Gewalt (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) in allen drei klassischen Erscheinungsformen (vgl. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) sein. Hier kommen Akte der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung in Frage. Im Sachverhalt ist nicht genau angegeben, wogegen sich die Beschwerde richtet. Insoweit sind zweckentsprechende ergänzende Unterstellungen angezeigt. Als angegriffene Maßnahme kommt zunächst die Ablehnung des Erlaubnisanspruchs des U (Ausgangsbescheid) in Betracht. Der Ablehnungsbescheid stellt einen zulässigen Beschwerdegegenstand dar. Daneben sind allerdings auch der Widerspruchsbescheid sowie die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen. Nach Erschöpfung des Rechtswegs ist es nicht angängig, nur den Ausgangsbescheid anzugreifen. Vielmehr kann sich die Beschwerde in solchen Fällen wahlweise gegen sämtliche ergangenen Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen oder lediglich gegen die letztinstanzliche Gerichtsentscheidung richten.³ Es wird davon ausgegangen, daß hier sämtliche ergangenen Entscheidungen angegriffen werden. Es liegt eine sog. Urteilsverfassungsbeschwerde vor, die den Anforderungen des § 90 Abs. 1 BVerfGG entspricht.

3. Beschwerdebefugnis

a) Art. 12 Abs. 1 GG ist nach § 90 Abs. 1 BVerfGG ein zulässiger Prüfungsmaßstab.

b) Die Beschwerdebefugnis setzt außerdem die Behauptung des U voraus, in dem genannten Grundrecht verletzt zu sein (vgl. § 90 Abs. 1 BVerfGG). Fragen der subjektiven Betroffenheit des U⁴ werden hier nicht weiter zu erörtern sein. Um die Möglichkeit der behaupteten Grundrechtsverletzung darzutun, muß das Beschwerdevorbringen entsprechend substantiiert sein.⁵ U macht einen Erlaubnisanspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG geltend und sieht sein Vorhaben im Einklang mit den „guten Sitten“. Insoweit erscheint ein Grundrechtsverstoß möglich.⁶

4. Erschöpfung des Rechtswegs

U mußte nach § 90 Abs. 2 Satz 1 GG vorweg den zulässigen Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO) beschreiten und bis zur letzten Instanz durchlaufen. Das ist geschehen.

5. Form

Daß Schriftform und Begründungserfordernisse (§§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG) gewahrt sind, ist zu unterstellen.

6. Frist

Die Einhaltung der Monatsfrist nach § 93 Abs. 1 BVerfGG ist gleichfalls zu unterstellen.

Die Verfassungsbeschwerde des U ist demnach zulässig.⁷

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde des U

Es ist zu prüfen, ob U durch die angegriffenen Maßnahmen in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt ist.

1. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG

a) Beruf i. S. der Freiheitsgarantie ist grundsätzlich jede auf Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer materiellen Lebensgrundlage dienende Tätigkeit.⁸ Für den Berufsbegriff ist hier nicht nur auf die Veranstaltung von Schaustellungen des K. abzustellen, sondern auf die gesamte unternehmerische Tätigkeit des U in der Freizeitbranche. Beim Betreiben eines Freizeit- und Unterhaltungsparks mit Diskothek handelt es sich um eine Tätigkeit innerhalb des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG.

b) Dazu gehört auch die Veranstaltung des „Zwergenweitwurfs“, es sei denn, dieser Berufsteil wird als „unerlaubt“ bzw. „sozial unwertig“ klassifiziert und deshalb bereits aus dem grundrechtlichen Schutzbereich ausgeschieden.⁹ Indes ist bei solchen Vorwegentscheidungen – an der Schrankenfrage vorbei – große Zurückhaltung angezeigt.¹⁰ Vorliegend würde dies zu unangebrachten Verkürzungen führen.

c) Für U geht es hier lediglich um einen kleinen Ausschnitt aus seiner Tätigkeit in der Freizeitbranche. Er ist nur in der Freiheit der „Berufsausübung“ (vgl. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) betroffen. Diese ist aber in Art. 12 Abs. 1 GG mitgeschützt (was der Wortlaut nicht klar erkennen läßt). Gewährleistet wird dort die Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht.¹¹

1 Aufbau und Terminologie in Anlehnung an *Schlaich*, JuS 1982, 41 ff. Ähnlich *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl. 1991, S. 117 ff. Die Handhabung ist in Rechtsprechung und Literatur in den Grundzügen einheitlich. Im Detail gehen die Empfehlungen jedoch z. T. auseinander. Siehe etwa *Benda/Klein*, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, S. 154 ff.; *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, S. 169 ff.; *Erichsen*, Jura 1991, 585 ff., 638 ff.; *Weber*, JuS 1992, 122 ff.; *Robbers*, JuS 1993, 737 ff., 1022 ff.

2 Vgl. *Gusy*, Die Verfassungsbeschwerde, 1988, S. 31. Anders *Pestalozza* (Fn. 1), S. 171: Die Grundrechtsfähigkeit in concreto sei eine Frage der Beschwerdebefugnis bzw. der Begründetheit der Beschwerde. Siehe auch *Kley*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), BVerfGG, 1992, § 90 Rdnr. 7. So die pragmatische Handhabung in der Judikatur, in der aber i. e. noch manches ungeklärt ist. Siehe *Pestalozza* (Fn. 1), S. 174 m. w. N. Näher *Schmidt-Bleibtreu*, in: *Maunz u. a.*, BVerfGG, § 90 Rdnrn. 151, 179; *Benda/Klein* (Fn. 1), S. 188 ff.

4 Gemäß der richterrechtlichen Formel, wonach der Antragsteller „selbst, unmittelbar und gegenwärtig“ betroffen sein muß. Siehe *Pestalozza* (Fn. 1), S. 180 ff. m. w. N. Ob und inwiefern auch Grundrechte des K involviert sind, sollte an dieser Stelle noch nicht näher ausgeführt werden.

5 Vgl. *Gusy* (Fn. 2), S. 44, für eine Analogie zu § 42 Abs. 2 VwGO. Ähnlich *Dörr*, Die Verfassungsbeschwerde in der Prozeßpraxis, 1990, S. 72 ff. Siehe auch *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl. 1988, S. 254 ff.; *Kley* (Fn. 2), Rdnr. 48.

6 Hier ist ein gesteigerter argumentativer Aufwand in dieser Klausur nicht veranlaßt. Dadurch würden die Bearbeiter ohne Not der Begründetheitsprüfung vorgreifen (unnötige Doppelarbeit, Zeitverlust).

7 Das Erfordernis der Annahme zur Entscheidung nach §§ 93 a ff. BVerfGG ist hier auszuklammern. Es läßt sich klausurmäßig kaum praktizieren. Das war schon bisher schwierig und ist seit der Novellierung vom 2.8.1993 (BGBl. I S. 1442) so gut wie unmöglich geworden. Zu der Neufassung *Klein*, NJW 1993, 2073 ff. Kritisch *Zuck*, ebd. 2641 ff. Die Annahme gehört nicht zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen und sollte nicht erörtert werden, wenn der Sachverhalt dazu nicht ausdrücklich Anlaß gibt.

8 Vgl. nur *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 2. Aufl. 1992, Art. 12 Rdnr. 4 m. w. N.

9 Vgl. *Scholz*, in: *Maunz u. a.*, GG, Art. 12 Rdnrn. 24 ff. m. w. N.

10 Siehe etwa *Scholz* (Fn. 9); *Friauf*, JA 1984, 537 (538 f.); *Breuer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, S. 877 (910 f.); *Jarass* (Fn. 8), Rdnr. 6.

11 Statt aller *Breuer* (Fn. 10), S. 902 ff. Insoweit kann bereits hier die sog. Dreistufentheorie einbezogen werden, die im übrigen die Schrankenregelung des Art. 12 Abs. 1 GG betrifft (unten 3.b)).

2. Eingriff

Der Ablehnungsbescheid der Ausgangsbehörde i. V. m. den weiteren angegriffenen Entscheidungen stellt insofern einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit dar, als dem U die Möglichkeit genommen wird, im Rahmen seiner sonstigen Berufsausübung auch „Zwergenweitwurf“ zu veranstalten. Näherhin stellt sich die Eingriffslage wie folgt dar: Behörden und Fachgerichte halten § 33 a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 GewO für einschlägig. Dabei handelt es sich um ein (präventives) gesetzliches Verbot mit gebundenem, durch das Kriterium der Sittenwidrigkeit begrenztem Erlaubnisvorbehalt. Die Erlaubnis wird wegen eines zu erwartenden Sittenverstößes versagt, womit den U die materielle gesetzliche Verbotswirkung trifft.¹²

3. Verfassungsmäßige gesetzliche Eingriffsgrundlage?

a) Die genannte gewerberechtliche Gesetzesgrundlage¹³ müßte verfassungsmäßig sein. In formeller Hinsicht genügt hier die knappe Feststellung, daß sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 70, 72 Abs. 2, 74 Nr. 11 GG ergibt und daß Fehler im Gesetzgebungsverfahren nicht ersichtlich sind. Näher zu erörtern ist aber die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes. Hier liegt – was leicht verkannt wird – ein erster Schwerpunkt der Klausur.

b) Es ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber die Schrankenregelung der Berufsausübungsfreiheit beachtet hat. Als Schranke sollte nicht etwa „das Sittengesetz“ nach Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen werden.¹⁴ Vielmehr ist von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG auszugehen. Dort findet sich ein dem Wortlaut nach „unbenannter“ Gesetzesvorbehalt, der aber anhand der Dreistufentheorie bzw. ihrer heute verfochtenen Weiterentwicklungen oder Äquivalente¹⁵ zu konkretisieren ist. Wer vom Apothekenurteil ausgeht, wird festzuhalten haben, daß es hier um die erste Stufe des dort entwickelten Schrankensystems geht und daß die Freiheit der Berufsausübung aufgrund „vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls“¹⁶ beschränkt werden kann, wobei der Eingriff auch im übrigen verhältnismäßig i. w. S. sein muß.¹⁷

Neben Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG wird im Bereich der gewerberechlichen Sittenkontrolle gelegentlich Art. 1 Abs. 1 GG als verfassungsunmittelbare Schranke der Berufsfreiheit herangezogen. Diese Konstruktion ist durchaus zugänglich¹⁸ und kann wahlweise oder zusätzlich auch im vorliegenden Fall praktiziert werden. Sie läuft wiederum auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen einer Konkordanzlösung hinaus.

c) Der gebundene Erlaubnisvorbehalt des § 33 a Abs. 1 Satz 1 GewO als solcher wird durch diese Schranke(n) ohne weiteres gedeckt. Ob das auch für das gesetzliche Verbot sittenwidriger Schaustellungen gilt, ist dagegen in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten. Dafür kommt es zunächst darauf an, was unter den „guten Sitten“ i. S. des § 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO näherhin verstanden wird. Dieser Schlüsselbegriff und sein Menschenwürdegehalt sind – auch im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Freiwilligkeit – ausführlich behandelt worden in der Peep-Show-Diskussion seit dem Urteil des OVG Münster vom 28. 9. 1979,¹⁹ aufgehoben durch das Urteil des BVerwG vom 15. 12. 1981.²⁰

Das OVG Münster hat 1979 gemeint, der Begriff der „guten Sitten“ sei im hiesigen Kontext kein rechtlich transformierter, abstrakt-normativer „Moralbegriff“; § 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO bezwecke nicht, „die Sittlichkeit um ihrer selbst willen zu wahren oder den Menschen ein Mindestmaß an Sittlichkeit vorzuschreiben“, sondern er diene der gewerbepolizeilichen Ordnung sozialrelevanten menschlichen Verhaltens im Hinblick auf konkrete anderweitige Schutzgüter (Jugendschutz, Schutz von Passanten vor Belästigung u. ä.).²¹ Letztere Auslegung hat das BVerwG indes 1981 als zu eng erachtet. Es hat statt dessen auf die vorherrschenden, „maßgeblichen“ „sozialethischen Wertvorstellungen“ abgestellt.²² Der moralisierende Ansatz des BVerwG hat dann eine lebhaft, bis heute fortdauernde grundsätzliche Kontroverse ausgelöst.²³ Er ist verschiedentlich als verfassungsrechtlich unhaltbar bewertet worden. Aus dieser kritisch-liberalen Sicht ist die Schrankendeckung für eine abstrakt-ethisch motivierte Sittenkontrolle verneint worden: der Standard der „guten Sitten“ nach § 33 a GewO sei nur in einer verfassungskonform-restruktiven Auslegung, etwa i. S. des OVG Münster 1979, grundrechtlich unbedenklich.²⁴ Das BVerwG beharrt freilich auch heute noch auf seinem Ansatz.²⁵ Es legt dabei allerdings einige Unsicherheit an den Tag, was die empirische Seite der fraglichen Wertvorstellungen betrifft.²⁶

d) 1981 ist das BVerwG den Schwierigkeiten empirischer Absicherung aus dem Wege gegangen, indem es entscheidend auf die im Grundgesetz verankerten Wertentscheidungen, insbesondere auf das Menschenwürdeprinzip (Art. 1 Abs. 1 GG), abgestellt hat: Veranstaltungen gemäß § 33 a GewO, die durch die Umstände ihres Ablaufs die Würde eines Menschen verletzen, seien sittenwidrig.²⁷ Der Verfassungskonsens verkörpert in der Tat einen Kern- und Mindestbestand an Werten, welche von der gewerberechlichen Sittenklausel jedenfalls mitumfaßt werden. Daß die Berufsausübungsfreiheit durch anderweitige konstitutionelle Grundwerte eingeschränkt werden kann, versteht sich von selbst. Dafür kann auf Art. 1 Abs. 1 GG als verfassungsunmittelbare Schranke rekurriert werden, und/oder es kann von dem Schrankenvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG ausgegangen werden. Soweit § 33 a GewO Schutz und Achtung der Menschenwürde bezweckt, handelt es sich ohne weiteres um ein vernünftiges Gemeinwohlmotiv. Schrankendeckung läßt sich insoweit mühelos dartun.

Behörden und Fachgerichte berufen sich laut Sachverhalt ausschließlich auf das Menschenwürdeprinzip. Dadurch wird die Fallsubstanz auch vollständig erfaßt. Ob und inwiefern § 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO auch noch sonstige, nicht verfassungskräftige gesellschaftliche Wertorientierungen schützen soll, kann deshalb dahingestellt bleiben.²⁸

e) Die Peep-Show-Kontroverse betrifft nun hauptsächlich die Frage, was diesbezüglich die Freiwilligkeit der Teilnahme der in jenen Veranstaltungen auftretenden Frauen bedeutet. Ebenso auch beim „Zwergenweitwurf“ nach dem VG Neustadt: Das VG faßt das Menschenwürdeprinzip unter Berufung auf das BVerwG²⁹ als objektivrechtliches, unverzichtbares Schutzgut und kehrt es als

12 Nicht zu verwechseln mit einer administrativen Untersagungsverfügung nach § 15 Abs. 2 GewO, wie sie in dem vom VG Neustadt NVwZ 1993, 98 ff. entschiedenen Fall zusätzlich ergangen und für sofort vollziehbar erklärt worden war. Dagegen hatte dort (nur) der betroffene Kleinwüchsige Widerspruch eingelegt und einen Wiederherstellungsantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt. Er hatte sich im übrigen auf eine dem dortigen Freizeitunternehmer früher erteilte allgemeine Erlaubnis berufen, welche sich jedoch nach ihrem Inhalt nicht auf sittenwidrige Schaustellungen erstreckte. Das Erlaubnisverfahren wird vom VG Neustadt ausgeklammert. Das führt zu Schwierigkeiten, welche hier zu einer Abwandlung der Fallgestaltung Anlaß gegeben haben.

13 Einzelne Bearbeiter haben schon hier die Erlaubnispflichtigkeit der Veranstaltung nach § 33 a Abs. 1 Satz 2 GewO geprüft und z. T. verneint. Bejaht wurde in letzterem Fall z. B. ein überwiegend akrobatischer Charakter der Darbietungen (woraufhin sie erlaubnisfrei sind und außer Reichweite der Sittenklausel des Abs. 2 Nr. 2 bleiben). So wurde dann angenommen, es fehle überhaupt an einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage – womit ein Grundrechtsverstoß bereits feststand. Das ist bei angemessener Begründung eine vertretbare Variante. Siehe unten 4.a).

14 Das wäre ein Anfängerfehler. Siehe *Scholz* (Fn. 9), Rdnrn. 287 ff.

15 Siehe etwa *Friauf* (Fn. 10), 541 ff.; *Ipsen*, JuS 1990, 634 ff.; *Gusy*, JA 1992, 257, 259 ff. m. w. N.

16 Vgl. BVerfGE 7, 377 (378, 405).

17 Zusammenfassend *Gubelt*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 1992, Art. 12 Rdnrn. 41 ff. Bei schulmäßigem Aufbau wird dies heute gern unter die Rubrik „Schranken-Schranken“ gebracht (desgleichen vorab das Bestimmtheitsgebot).

18 Vgl. *Scholz* (Fn. 9), Rdnr. 289.

19 GewArch. 1980, 56 ff.

20 BVerwGE 64, 274 ff.

21 Vgl. GewArch. 1980, 56.

22 BVerwGE 64, 276. Siehe auch die „live-show“-Entscheidung ebd. 280 ff.

23 *Gusy*, DVBl. 1982, 984 ff.; v. *Olshausen*, NJW 1982, 2221 ff.; *Häfling/Gern*, NJW 1983, 1582 ff./1585; *Hoerster*, JuS 1983, 93 ff.; *Heid*, ebd. 407 ff.; *Kirchberg*, NVwZ 1983, 141 ff.; *Gusy*, GewArch. 1984, 151 ff.; *Gronimus*, JuS 1985, 174 ff.; *Hoerster*, ebd. 743; *Redeker*, BayVBl. 1985, 73 ff.; *Starosta*, GewArch. 1985, 290 ff.; *Dickersbach*, WiVerw. 1986, 1 ff. Überblick: *Dickersbach*, in: *Friauf* (Hrsg.), GewO, § 33 a Rdnrn. 20 ff., 29; *Marcks*, in: *Landmann/Rohmer*, GewO, § 33 a Rdnrn. 19 ff.; *Sieg/Leifermann/Tettinger*, GewO, 5. Aufl. 1988, § 33 a Rdnrn. 9 ff. Das Revisionsurteil BVerwGE 64, 274 ff. war Gegenstand einer erfolglosen Verfassungsbeschwerde, BVerfG GewArch. 1987, 194 = NJW 1987, 3246 f. (Kammerbeschl.). Gleichwohl verweigerten einige Instanzgerichte dem BVerwG die Gefolgschaft. Hiergegen BVerwG NVwZ 1987, 411. Abweichend zuletzt wieder OVG Hamburg GewArch. 1987, 298 ff. Dagegen erneut BVerwGE 84, 314 ff., wiederum bestätigt durch das BVerfG GewArch. 1990, 275 (Kammerbeschl.). Dazu *Discher*, JuS 1991, 642 ff.

24 So zuerst *Gusy*, DVBl. 1982, 986 ff.

25 BVerwGE 84, 317 ff., gegen OVG Hamburg GewArch. 1987, 298 ff.

26 Vgl. *Discher*, JuS 1991, 648 f.

27 BVerwGE 64, 277.

28 Die Bearbeiter sollten sich also auf diesen Ausschnitt der „guten Sitten“ konzentrieren. (Anders aber 1990 BVerwGE 84, 317 ff.)

29 BVerwGE 64, 279 f.

solches auch gegen die Person, um deren Würde es an nächster Stelle geht und die sich selbst nicht unwürdig behandelt fühlt.³⁰ Das BVerwG hat damit seinerzeit Zustimmung, aber auch heftige Kritik hervorgerufen. Liberale Einwände gehen dahin, die Menschenwürde drücke sich gerade in der Selbstbestimmung und personalen Autonomie aus, die auch ihrerseits durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt sei. Letzterer Gesichtspunkt müsse hier den Vorrang haben und schließe bei freiwilliger Teilnahme einen Menschenwürde- und Sittenverstoß aus.³¹

f) Hier sind bei vertretbarer Argumentation verschiedene Resultate akzeptabel. Dabei sollte auch geklärt werden, wie es mit der Menschenwürde der jeweiligen weiteren Akteure und Konsumenten (rustikale Werfer, gaffendes Publikum) steht.³² Die Bearbeiter sollten in differenzierter Weise auf die näheren Umstände derartiger Veranstaltungen eingehen und eine Gesamtbeurteilung im Lichte der einschlägigen Verfassungsnormen vornehmen. Dies sollte dazu führen, daß die gewerberechtliche Sittenklausel als solche – ggf. in verfassungskonform-einschränkender Interpretation – der Nachprüfung standhält und daß sie auch als mit dem Bestimmtheits- und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar erachtet wird. Für eine entsprechende Auslegung läßt § 33 a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 GewO genügend Raum. Als gesetzliche Eingriffsgrundlage ist er demnach verfassungsmäßig, soweit es sich um Achtung und Schutz der Menschenwürde als Inhalt der „guten Sitten“ handelt. Alles weitere ist dann eine Frage der richtigen Anwendung des Gesetzes durch Behörden und Fachgerichte.

4. Verfassungsmäßige Gesetzesanwendung?

a) Hier ist zunächst zu prüfen, ob es sich um erlaubnisfreie Darbietungen „mit überwiegend künstlerischem, sportlichem, akrobatischem oder ähnlichem Charakter“ nach § 33 a Abs. 1 Satz 2 GewO handelt. Sollte das bejaht werden, so wäre die Versagung der Erlaubnis wegen Sittenwidrigkeit gesetzeswidrig. Erlaubnisfreie Darbietungen unterliegen keiner gewerberechtlichen Sittenkontrolle. Mangels gesetzlicher Eingriffsgrundlage läge ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG vor. Angesichts der ausgeprägten Grundrechtsrelevanz solcher Veranstaltungen wird, auch bei Beschränkung der Prüfungsmaßstäbe auf „spezifisches Verfassungsrecht“,³³ eine entsprechende Kontrolldichte anzunehmen sein.

Der genannte Ausnahmetatbestand ist jedoch vorliegend nicht gegeben.³⁴ Nach den Gesamtumständen handelt es sich nicht um eine zirkusähnliche akrobatische Vorführung. Soweit eine sportliche Komponente angenommen wird, kann sie jedenfalls nicht als dominierend erachtet werden. Von künstlerischen Einschlägen ist schon gar nichts zu sehen. Im Vordergrund steht vielmehr der triviale, gewalthaltige Charakter der Veranstaltung als derber Volksbelustigung im Disko-Milieu.³⁵ Dafür ist nicht nur das – evtl. deformierte, die Dinge beschönigende – Selbstverständnis des Kleinwüchsigen nach dessen Einlassung maßgeblich.

b) Schließlich ist zu klären, ob der „Zwergenweitwurf“ nach den konkreten Umständen den menschenunwürdig und darum sittenwidrig ist, obwohl er von K freiwillig-„professionell“ und zum Zweck des Broterwerbs betrieben bzw. erduldet wird. Hier liegt der zweite Schwerpunkt der Klausur. Auch insoweit wird eine hohe verfassungsgerichtliche Kontrolldichte anzunehmen sein.³⁶

Das VG Neustadt bejaht einen Menschenwürdeverstoß mit Argumenten, wie sie auch in die hiesige Aufgabenstellung aufgenommen worden sind: objektive Rolle „wie ein Sportgerät“ in den Händen kräftiger Männer, welche an dem Kleinwüchsigen unter dem Beifall des Publikums ihre körperliche Überlegenheit demonstrieren; Risiko des Abbaus von Hemmschwellen; Freiwilligkeit unter den gegebenen, objektiv entwürdigenden Umständen unerheblich, Menschenwürde insoweit – auch wegen möglicher Auswirkungen auf dritte Schwache und Behinderte – für Darsteller und Unternehmer indisponibel, staatliche Schutzpflicht (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG) im von dem Erlaubnisvorbehalt umfaßten, öffentlich kontrollierten gewerblichen Raum.³⁷ Das sind beachtliche Gesichtspunkte, die gegen einen Erfolg der Verfassungsbeschwerde sprechen. Dies versteht sich auch vor dem Hintergrund der heutigen allgemeinen Debatte über die Gewaltproblematik, über Brutalisierung durch TV-Unterhaltung, „Reality-TV“ u. ä.³⁸

Die Verfassungsbeschwerde ist demnach unbegründet.

Wer demgegenüber dem Vorbringen des U folgt, wird zu dem Ergebnis kommen, daß ein verfassungskräftiger Erlaubnisanspruch besteht und daß die Versagung der Erlaubnis durch den grundrechtskonform ausgelegten § 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO nicht

gedeckt ist, d. h. hiernach wäre die Verfassungsbeschwerde begründet. Auch diese Lösung ist vertretbar, wenn sie unter Ausschöpfung des Sachverhalts angemessen begründet wird.

Zusatzfrage:

Hier wird eine weitere vollständige und ausführliche gutachtliche Prüfung nicht erwartet. Es genügt, wenn die Bearbeiter einzelne bei einer eigenen Verfassungsbeschwerde des K³⁹ sich ergebende Besonderheiten kurz umreißen und im übrigen auf das zu der Hauptfrage Ausgeführte verweisen. Gegebenenfalls können hier auch Pluspunkte erworben werden. Eingegangen werden kann etwa auf folgende Fragen:

– Auch K wird sich zweckmäßigerweise auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Bei „personaler“ Interpretation der Berufsfreiheit⁴⁰ wird in dieses Grundrecht auch der – gerade auch von K selbst geltend zu machende – Gesichtspunkt der Selbstbestimmung einbezogen werden können. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG kann hier aber auch neben Art. 12 Abs. 1 GG herangezogen werden.

– Hinsichtlich des Berufsbegriffs gilt Ähnliches wie für U. Bei K betrifft die fragliche Veranstaltung aber nicht nur einen Berufsteil, sondern dessen gesamte Erwerbsgrundlage (es sei denn, er befindet sich auf Tournee und kann auch noch andernorts auftreten). Hier ist also die Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) involviert.

– Um eine Eingriffsfrage darzutun, müßte ein Anspruch des K auf eine nicht ihm selbst, sondern dem U zu erteilende Erlaubnis

30 Vgl. NVwZ 1993, 99.

31 So zuerst Gusy, DVBl. 1982, 984 ff. und v. Olshausen, NJW 1982, 2222 ff. Angesichts solcher – bis heute anhaltender – Kritik hat das BVerwG kürzlich offengelassen, ob Peep-Shows auf der Hamburger Reeperbahn die Menschenwürde verletzen, und sich auf einen anderweitigen Sittenverstoß zurückgezogen, BVerwGE 84, 317 ff. Damit ist das Gericht indes keineswegs auf sicheren Boden gelangt. Siehe nur Discher, JuS 1991, 645 ff., 648. Man sollte schon bei dem Würdeproblem – auch als Autonomieproblem – bleiben.

32 Etwaige Verstöße gegen Grundrechte anderer bzw. sonstige objektiverrechtliche Verfassungsnormen können hier einbezogen werden, soweit sie zur Verfassungswidrigkeit des Schrankengesetzes auch im Blick auf die Berufsfreiheit des U führen können. Auf einschlägige Rechte des K sollte allerdings erst bei der Beantwortung der Zusatzfrage eingegangen werden.

33 Zu dieser schillernden, klausurmäßig nicht leicht zu handhabenden richterrechtlichen Kategorie etwa Schlaich, JuS 1982, 278 ff.; ders., Das Bundesverfassungsgericht, S. 166 ff.; Benda/Klein (Fn. 1), S. 248 ff.; Erichsen, Jura 1992, 141 (148 f.) m. w. N.

34 Der Gesetzgeber wollte ihn allerdings bei der Novellierung 1984, wie es scheint, so weit fassen, daß fortan nur noch „geschlechtsbezogene“ Schaustellungen erlaubnispflichtig sein sollten. Das kommt aber im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck und entspricht auch nicht der seitherigen Handhabung. Vgl. Dickersbach, in: Friauf (Hrsg.), GewO, § 33 a Rdnrn. 5 ff.; Marcks (Fn. 23), Rdnrn. 3 f. m. w. N.

35 So auch das VG Neustadt NVwZ 1993, 99, das daraufhin in jenem Fall die Erlaubnisfreiheit verneint hat. Die Bearbeiter können hier ergänzende Unterstellungen vornehmen, sie sollten aber den Sachverhalt nicht verbiegen und in rosiges Licht tauchen.

36 Allg. oben Fn. 33. In den Peep-Show-Verbotsfällen hat das BVerfG freilich eine sehr geringe Kontrolldichte praktiziert und „spezifisches Verfassungsrecht“ weithin als unberührt angesehen. Daraufhin hat es die Verfassungsbeschwerden schon im Annahmeverfahren scheitern lassen, GewArch. 1987, 194; 1990, 275.

37 Vgl. NVwZ 1993, 99; ebenso die dort S. 98 angeführten staatlichen und EG-Stellungnahmen. Für diese Bewertung hat sich auch die große Mehrzahl der Bearbeiter der Examensklausur 1993 entschieden.

38 Dazu etwa Lilienthal, Medium spezial 1993, 17 ff.; Plog, in: ARD (Hrsg.), ARD-Jahrbuch 93, 1993, S. 17 ff.; Stock, ZUM 1993, 379 ff.; Teichert, Tendenz 1993, Heft 3, 21. Unklar Ring, ebd. S. 2 Zaghaft Schulz, RuF 1993, 339 ff. Im Fall des VG Neustadt war das Unternehmen anscheinend durch eine Fernsehsendung inspiriert: „... zuerst bei Gottschalk, jetzt live in Eurer Disco ...“, NVwZ 1993, 98.

39 Von den Bearbeitern der Examensklausur ist die Zusatzfrage vielfach dahingehend mißverstanden worden, K verfolge hiernach (nicht nur das Anliegen – Interesse, sondern auch) ein Grundrecht des U im eigenen Namen weiter. Daraufhin hat man z. B. die Zulässigkeit einer Prozeßstandschaft im Verfassungsbeschwerdeverfahren erörtert, was dann meist zu einer Verneinung der Beschwerdebefugnis geführt hat. Siehe aber Zuck (Fn. 5), S. 250 f.; Kley (Fn. 2), Rdnr. 51. – Bei ungewohnter Deutung der Aufgabe wird sich ohne weiteres zeigen: Bei der Zusatzfrage geht es um den Grundrechtsstatus des K, als des eigentlichen Urhebers der Würde- und Autonomieproblematik. Demgemäß ist zu unterstellen, daß K auch selbst (zugunsten des U als des gewerblichen Veranstalters) eine Erlaubnis begehrt, den Rechtsweg erschöpft hat usw.

40 Vgl. Bryde, NJW 1984, 2177, 2182.

angenommen werden. Das versteht sich nicht von selbst, kann aber wohl vertretbar bejaht werden.⁴¹

- § 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO stellt sich insoweit als Berufswahlregelung (objektive Zulassungsschranke) dar. Er muß also höheren Anforderungen i. S. der Stufentheorie genügen.⁴²

Dennoch sollten die Darlegungen von hier ab in das oben zu den Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde des U Gesagte einmünden. Soweit es um die Wahrung des Menschenwürdegehalts der gewerberechtlichen Sittenklausel geht, wird die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und seiner Anwendung im Ergebnis nicht

anders zu beurteilen sein als im Fall des U. Auch eine Verfassungsbeschwerde des K wäre mithin unbegründet. Bei vertretbarer Argumentation können indes auch beide Beschwerden als begründet erachtet werden.

41 Im Fall des VG Neustadt ist von dem dortigen Kleinwüchsigen anscheinend nur die dort zusätzlich ergangene Untersagungsverfügung angegriffen worden. Insoweit hat das VG Drittbetroffenheit und Antragsbefugnis im Eilverfahren bejaht, NVwZ 1993, 98 f., was sich wohl in der Bejahung eines Erlaubnisanspruchs fortsetzen könnte.

42 Statt aller Gubelt (Fn. 17), Rdnr. 45 m. w. N.