

Fall 2 (Sachverhalt)

Im Niedersächsischen Polizei- und Ordnungsrecht wird das Schutzgut der "öffentlichen Ordnung" wieder eingeführt. Außerdem entbrennt in der Gesellschaft eine Diskussion über eine (angeblich notwendige) Wiederherstellung der Moral und des guten Benehmens in der Öffentlichkeit. Aus Protest gegen diesen (angeblichen) gesellschaftlichen Rückschritt treffen sich in einer abgelegenen niedersächsischen Kleinstadt mit Fachhochschule kritische Studenten zu sog. "Kiss-ins", bei denen sie sich in freizügiger Sommerbekleidung auf die Sitzbänke in der Fußgängerzone setzen und in kleineren oder größeren Gruppen mit wechselnden Partnern ausgiebig und intensiv küssen. Sie wollen dies als gewöhnliches Gebrauchmachen des Bürgers von seinen Freiheitsrechten im Alltagsleben des 21. Jahrhunderts verstanden wissen, und nicht etwa als Demonstration.

Nach kurzer Zeit wenden sich Polizeibeamte an solchermaßen beschäftigte Studenten und fordern sie nach erfolgloser Unterredung förmlich auf, bei ihrem Aufenthalt in der Fußgängerzone Intimitäten wie langes oder intensives Küssen zu unterlassen. Außerdem wird ihnen das Herumlaufen in "Strandkleidung oder ähnlicher freizügiger Oberbekleidung (Bodies, Netzhemden, Oberbekleidung ohne vollständige Bauchbedeckung etc.)" untersagt. Die Studenten fügen sich, erheben aber anschließend Klage vor dem Verwaltungsgericht mit dem Antrag, festzustellen, daß diese Aufforderung rechtswidrig war.

Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?

Zusatzfragen:

1. Wie wird das Verwaltungsgericht bei folgender Sachverhaltsvariante entscheiden: Die Studenten beginnen vor allem dann, sich in wechselnder Konstellation ausgiebig und intensiv zu küssen, wenn ältere Passanten oder "altmodisch" erscheinende Mitbürger vorbeigehen. Die Polizeibeamten greifen erst ein, nachdem sich eine Gruppe wütender Passanten angesammelt hat und ankündigt, sie würden jetzt mal aus eigener Kraft "ordentlich aufräumen".
2. Macht es für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer evt. Grundrechtsbeeinträchtigung einen Unterschied, ob das Tragen freizügiger Oberbekleidung in der Fußgängerzone oder den Schülern einer öffentlichen Schule im Unterricht untersagt wird?

Fall 2 (Besprechung)

THEMA: Fall zum Polizei- und Ordnungsrecht (Wiederholungsfall) nach dem am 10.12.2003 verabschiedeten "neuen" Nds.SOG; Fortsetzungsfeststellungsklage; Schutzgüter der Gefahrenabwehr, insbes. öffentliche Ordnung; polizei- und ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit; allgemeine Handlungsfreiheit.

LÖSUNGSSKIZZE:

A. Hauptfrage

Das Verwaltungsgericht wird in seinem Urteil feststellen, daß die Aufforderung der Polizeibeamten rechtswidrig war, wenn die darauf gerichtete Klage der Studenten zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

1) Verwaltungsrechtsweg: (+)

- nach § 40 I VwGO (→ Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit von Polizeimaßnahmen als typische öffentl.-rechtl. Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art - unproblematisch!)

2) Statthafte Klageart

a) Anfechtungsklage nach § 42 I VwGO: (-)

- die Aufforderung an die Studenten bezog sich auf ihren gegenwärtigen Aufenthalt in der Fußgängerzone und hat sich mit ihrer Befolgung durch die Studenten schon vor Klageerhebung erledigt

b) Feststellungsklage nach § 43 VwGO: (-)

- die Studenten begehren nicht die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses sondern die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit einer polizeilichen Maßnahme

c) Fortsetzungsfeststellungsklage analog (!) § 113 I S. 4 VwGO: (+)

- Bei der Aufforderung an die Studenten, Intimitäten zu unterlassen und keine freizügige Oberbekleidung zu tragen, handelt es sich um eine klassische Verbotsverfügung und damit um einen VA
- *analoge* Anwendung des § 113 I 4, da Erledigung des VA (durch Befolgung) schon vor Klageerhebung

3) Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Fortsetzungsfeststellungsklage

a) Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO: (+)

- Problem: Ein Recht auf Küssen in der Öffentlichkeit aus Art. 2 I GG?: (+)

- TEIL DER LIT.¹: Art. 2 I schützt nur die freie geistig-sittliche Persönlichkeitsentfaltung (sog. Persönlichkeitskerntheorie)

¹ Vgl. noch *Grimm*, abw. Meinung zu BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde), BVerfGE 80, 164 ff.

- GANZ HM, BVERFG²: Art. 2 I schützt als Auffang-Freiheitsgrundrecht tatbestandlich die allgemeine Handlungsfreiheit und damit die Freiheit zu jedem Tun und Unterlassen
 - und damit hier auch das freie Küssen in der Öffentlichkeit
 - beachte: das weite Verständnis des Grundrechts aus Art. 2 I als allg. Handlungsfreiheit bedeutet nicht notwendigerweise mehr Freiheit (weil die Freiheit durch die gesamte "verfassungsmäßige Ordnung" und damit durch jedes verhältnismäßige Gesetz eingeschränkt werden kann), wohl aber, daß *jedes* an den Bürger gerichtete Verbot oder Gebot verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden muß
 - Problem: Ein Recht auf Tragen freizügiger Oberbekleidung in der Öffentlichkeit aus Art. 2 I GG?: (+)
 - sofern der freizügige, körperbetonte Kleidungsstil gerade ein Ausdruck der Persönlichkeit ist und damit der Entfaltung der Persönlichkeit dient, wird das Recht darauf schon nach der Persönlichkeitskerntheorie durch Art. 2 I GG gewährleistet
 - jedenfalls aber als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit (s.o.)
 - beachte: hier keine Rechte aus der EMRK (→ dort kein Schutz der allg. Handlungsfreiheit)
 - b) Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO (analog): nicht erforderlich (HM)
 - siehe zu dieser Problemstellung Fall 1
 - c) Aber: kein Ablauf der Widerspruchsfrist gem. § 70 I VwGO: (+)
 - "anschließende" (= kurzfristige) Klageerhebung
 - d) Fortsetzungsfeststellungsinteresse: (+)
 - Wiederholungsgefahr
 - u.U. auch Rehabilitationsinteresse (Studenten wollen klarstellen lassen, daß ihr Verhalten ihnen nicht vorzuwerfen war)
- 4) Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen: (+)
- Klage richtet sich unmb. gegen die Polizeibehörde, bei der die Polizeibeamten in Diensten sind (vgl. §§ 78 I Nr. 2 VwGO, 8 II NdsVwGG); diese ist auch beteiligtenfähig (vgl. §§ 61 Nr. 3 VwGO, 8 I NdsVwGG)

Die Klage der Studenten gegen die Aufforderung der Polizeibeamten ist als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn die Aufforderung der Polizeibeamten rechtswidrig war und die Studenten in ihren Rechten verletzt hat.

- 1) Rechtswidrigkeit der Aufforderung
 - Art der Maßnahme: gefahrenabwehrrechtliche Verbotsvorfügung nach dem Nds.SOG
 - a) Formelle Rechtmäßigkeit
 - aa) Zuständigkeit der Behörde: (+)
 - sachl. Zuständigkeit hier nach § 1 II 1 Nds.SOG
 - ANMERKUNG: Es kann problematisiert werden, ob hier ein rechtzeitiges Einschreiten der Gemeinde als Verwaltungsbehörde nicht möglich erschien. Da die "Kiss-ins" aber bereits im Gange waren, d.h. die öff. Ordnung (ggf.) nicht nur gefährdet sondern schon gestört war, ist dies letztlich zu bejahen.
 - bb) Form und Verfahren
 - insbes. Anhörung nach § 28 I VwVfG i.V.m. § 1 I NVwVfG mit der "erfolglosen Unterredung" durchgeführt

² Seit BVerfGE 6, 32 (Elfen); siehe insbes. BVerfGE 54, 143 (Taubenfüttern); 80, 137 (Reiten im Walde); 90, 145 (Marihuana).

b) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Aufforderung der Polizeibeamten müßte auch materiell rechtmäßig sein. Problematisch ist hier die Rechtfertigung der Maßnahme durch eine Ermächtigungsgrundlage. Eine solche ist erforderlich, weil es sich bei der Aufforderung mit den darin enthaltenen Verboten um einen Eingriff in das GR der Studenten aus Art. 2 I handelt (s.o.) In Betracht kommt die Generalermächtigung des § 11 Nds.SOG. Diese setzt eine Gefahr i.S.d. Legaldefinition des § 2 Nr. 1 lit. a Nds.SOG³ voraus, d.h. eine Sachlage, bei der die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, daß in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder (nach der Wiedereinführung dieses Schutzgutes) für die öffentliche Ordnung eintreten wird.

aa) Die "Kiss-ins" als Gefahr für die öffentliche Sicherheit: (-)

- keine Verletzung von Individualrechtsgütern, keine Beeinträchtigung von Einrichtungen oder Veranstaltungen des Staates oder anderer Hoheitsträger
- kein Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung, und zwar auch nicht gegen § 118 I OWiG (Belästigung der Allgemeinheit)⁴, da die Studenten (1.) zumindest keine *grob* ungehörige Handlung vornehmen und (2.) keine Passanten bei ihren "Kiss-ins" bedrängen, weswegen ihre Handlungen nicht geeignet sind, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden

bb) Die "Kiss-ins" als Gefahr für die öffentliche Ordnung

α) Problem: öffentliche Ordnung als verfassungsmäßiges eigenständiges Schutzgut der Gefahrenabwehr?

- Dürfen *sittliche* (also nicht rechtlich verbindliche) Normen über den Weg des Polizei- und Ordnungsrechts durchgesetzt werden? Ist dies mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes, den Grundrechten, dem Grundsatz der Rechtssicherheit etc. vereinbar? Oder ist eine Auslegung des geänderten § 2 Nr. 1 lit. a Nds.SOG im Sinne eines Gesamtschutzgutes der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" geboten, das im wesentlichen dem der alten "öffentlichen Sicherheit" entspricht?
- Ergebnis: (+) (hier aus didaktischen Gründen angenommen, → argumentieren!)

β) Problem: Küssen in der Öffentlichkeit als Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung?

- *Begriff der öff. Ordnung*: Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerläßliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens betrachtet wird (GANZ HM)
- *Subsumtion unter den Begriff der öff. Ordnung*: Gibt es nach heute herrschender Anschauung eine ungeschriebene Verhaltensregel, sich in der Öffentlichkeit nicht ausgiebig und intensiv zu küssen?
 - beachte die *zeitliche Relativität der "öff. Ordnung"*: was vor 50 Jahren unvorstellbar war, kann heute normal sein... (→ argumentieren!)
 - beachte aber auch *örtliche Relativität der "öff. Ordnung"*: was in einer großen Universitätsstadt wie Göttingen normal ist, kann in einer abgelegenen niedersächsischen Kleinstadt auf allg. Ablehnung stoßen (→ argumentieren!)
 - beachte ferner das *Erfordernis der verfassungskonformen Auslegung* des Begriffes der "öffentl. Ordnung": Auch wenn ein solches Schutzgut verfassungsmäßig ist, können doch im Hinblick auf die Grundrechte der Betroffenen und den Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes nur solche nicht verbotenen Verhaltensweisen eingeschränkt werden, die wichtige verfassungsrechtliche Schutzgüter wie etwa den öffentlichen Frieden gefährden. Problem: Wie intensiv muß intimes Verhalten in der Öffentlichkeit sein, um diese Schwelle zu überschreiten?
 - Ergebnis: (-) (→ argumentieren!)

³ § 2 Nr. 1 lit.a Nds.SOG lautet nach der Gesetzesänderung vom 10.12.2003: "Im Sinne dieses Gesetzes ist 1.a) Gefahr: eine konkrete Gefahr, das heißt eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird".

⁴ § 118 I OWiG lautet: "Ordnungswidrig handelt, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen."

γ) Problem: Tragen freizügiger Oberbekleidung als Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung?: (-)

Die starke Verbreitung einschlägiger Modetrends in den vergangenen Sommern belegt zweifelsfrei, daß es in Deutschland wie in anderen europäischen Staaten weder in größeren noch in kleineren Städten den herrschenden Anschauungen widerspricht, freizügige Oberbekleidung zu tragen (eher im Gegenteil...). Dies gilt auch für abgelegene niedersächsische Gemeinden. Erst recht kann nicht davon die Rede sein, daß eine zurückhaltende Bekleidung als unerläßliche Voraussetz. für ein geordnetes Zusammenleben betrachtet werde. Jedenfalls nicht nach den *herrschenden* Anschauungen, auf die der Begriff der öff. Ordnung abstellt. Das Moralisieren einzelner gesellschaftlicher Kreise oder Eliten wäre indessen für eine Subsumtion unter den Begriff der öff. Ordnung irrelevant.

Es bestand also weder eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit noch die öffentliche Ordnung. Die Aufforderung an die Studenten ließ sich nicht auf § 11 Nds.SOG als Ermächtigungsgrundlage stützen.

Sie ist materiell rechtswidrig.

2) Verletzung der Studenten in ihren Rechten: (+)

- hier in ihren GRen aus Art. 2 I GG (s.o.)

Die Klage der Studenten ist nicht nur zulässig sondern auch begründet.

Das Verwaltungsgericht wird in seinem Urteil feststellen, daß die an die Studenten gerichtete Aufforderung der Polizeibeamten, in der Fußgängerzone Intimitäten wie langes oder intensives Küssen zu unterlassen und keine Strandkleidung oder ähnlich freizügige Oberbekleidung zu tragen, rechtswidrig war.

B. Zusatzfragen

I. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts in der Sachverhaltsvariante

- Mit der von den Passanten angedrohten Gewalt ("ordentlich aufräumen") bestand zwar eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit, doch konnten die Studenten nicht als Verhaltensverantwortliche i.S.d. § 6 I Nds.SOG in Anspruch genommen werden, weil nicht sie sondern die Passanten die nach der herrschenden UNMITTELBARKEITSTHEORIE maßgebliche unmittelbare Ursache dafür setzten.
- Die Studenten waren trotz ihres provokativen Verhaltens auch nicht als Zweckveranlasser anzusehen, denn die Reaktionen der Veranlaßten (der Passanten) richteten sich hier gerade gegen die Veranlasser (die Studenten), die zudem auf rechtmäßige Weise von ihrem Grundrecht der allg. Handlungsfreiheit Gebrauch machten. Die Polizeibeamten waren verpflichtet, *gegen den Störer einzuschreiten, nicht gegen den Angegriffenen*.

Das Verwaltungsgericht wird also auch in der Sachverhaltsvariante feststellen, daß die Aufforderung rechtswidrig war.

II. Unterschiedliche Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Grundrechtsbeeinträchtigung bei Verbot freizügiger Oberbekleidung in der Schule

- Die Schüler stehen in einem durch den Bildungs- und Ausbildungszweck der Schule geprägten Sonderstatusverhältnis zum Schulträger (früher sog. Besonderes Gewaltverhältnis). Nach heute allgemeiner Ansicht bedeutet dies nicht, daß die Grundrechte hier nicht gelten würden. Es können aber im Hinblick auf den Zweck des Verhältnisses bestimmte weitergehende Einschränkungen zulässig sein; die *Schwelle der Unangemessenheit* bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist insofern *höher*.
- Eine besonders freizügige Oberbekleidung in der Schule kann danach u.U. dann eingeschränkt werden, wenn der ablenkende Effekt (z.B. in Klassen mit bestimmten Altersgruppen) so stark ist, daß ein effektiver Unterricht mit einem Minimum an Konzentration aller Schüler nicht mehr möglich erscheint. Auch hier muß aber im Rahmen der Abwägung die allg. Handlungsfreiheit und evt. auch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit i.e.S. (s.o.) berücksichtigt werden. Außer-

dem müssen Beschränkungen wie bei jeder Grundrechtseinschränkung *im Einzelfall erforderlich und angemessen* sein. Ein pauschales Verbot wäre verfassungsrechtlich nicht zulässig.

ANMERKUNG

Am 10. Dezember 2003 hat der Niedersächsische Landtag das Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes verabschiedet. Danach trägt das NGefAG fortan wieder die Bezeichnung "Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds.SOG)". Durch eine Änderung des § 2 Nr. 1 lit.a wurde das gefahrenabwehrrechtliche Schutzgut der öffentlichen Ordnung wiedereingeführt. In der knappen Begründung dazu heißt es, daß es einer "Auffangnorm" bedürfe, um Störungen des Gemeinschaftslebens bei Fehlen einer spezialgesetzlichen Regelung begegnen zu können.⁵ Mit der Problematik, daß damit sittliche, also rechtlich unverbindliche Verhaltenspflichten über den Weg der Gefahrenabwehr durchgesetzt werden, setzt sich die Begründung nicht auseinander. - Außerdem wurden der finale Rettungsschuß wieder geregelt (vgl. § 76 II), einige Spezialermächtigungen geändert und eine neue Spezialermächtigung zur Überwachung der Telekommunikation (§ 33a) geschaffen.

VERTIEFUNGSHINWEIS:

Zur Problematik der öffentlichen Ordnung siehe *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2001, Rdnr. 122 ff.; *Waechter*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2000, Rdnr. 210 ff.; *Gusy*, Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 95 ff. Zur Pflicht zum Schreiten gegen den Störer und nicht den Angegriffenen siehe *Götz*, a.a.O., Rdnr. 200 m.w.N.

Weitere Informationen zur Veranstaltung finden Sie unter www.jura.uni-goettingen.de/schmitz. Für Fragen, Anregungen und Kritik bin ich außerhalb der Veranstaltungen im Verfügungsgebäude, Zimmer 208 (Tel. 39-46.37, E-mail tschmit1@gwdg.de) erreichbar.

(Datei: Fall 2 (Rep VwR II))

⁵ Drucks. 15/240, S. 9, abrufbar unter www.landtag-niedersachsen.de/drucksa/drucksachen_15_2500/0001-0500/15-0240.pdf.

A. Hauptfrage

I. Zulässigkeit der Klage

- 1) Verwaltungsrechtsweg
- 2) Statthafte Klageart
 - a) Anfechtungsklage nach § 42 I VwGO
 - b) Feststellungsklage nach § 43 VwGO
 - c) Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO
- 3) Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der FFKlage
 - a) Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)
 - Problem: Recht auf Küssen in der Öffentlichkeit aus Art. 2 I GG?
 - Problem: Recht auf Tragen freizügiger Oberbekleidung in der Öffentlichkeit aus Art. 2 I GG?
 - b) Problem: Fortsetzungswiderspruch analog §§ 68 ff. VwGO?
 - c) kein Ablauf der Widerspruchsfrist vor Klageerhebung
 - d) Fortsetzungsfeststellungsinteresse
- 4) Allgemeine (klageartunabhängige) Zulässigkeitsvoraussetzungen

II. Begründetheit der Klage

- 1) Rechtswidrigkeit der Aufforderung
 - a) Formelle Rechtmäßigkeit
 - aa) Zuständigkeit der Behörde
 - bb) Form und Verfahren
 - insbes. Anhörung nach §§ 28 I VwVfG i.S.m. 1 I NVwVfG
 - b) Materielle Rechtmäßigkeit
 - Ermächtigungsgrundlage: § 11 Nds.SOG (→ Legaldefin. "Gefahr" in § 2 Nr. 1 lit. a)
 - aa) Die "Kiss-ins" als Gefahr für die öffentliche Sicherheit
 - bb) Die "Kiss-ins" als Gefahr für die öffentliche Ordnung
 - Problem: öffentliche Ordnung als verfassungsmäßiges eigenständiges Schutzgut der Gefahrenabwehr?
 - Problem: Küssen in der Öffentlichkeit als Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung?
 - Problem: Tragen freizügiger Oberbekleidung als Beeinträchtigung der öff. Ordnung?
- 2) Verletzung der Studenten in ihren Rechten

B. Zusatzfragen

I. Die Entscheidung des VG in der SV-Variante

II. Unterschiedliche Beurteilung von Grundrechtsbeeinträchtigungen bei Verbot freizügiger Oberbekleidung in der Schule