

Fall 1
(Sachverhalt)

In der Gesellschaft entbrennt eine Diskussion über die angeblich notwendige Wiederherstellung der Moral und des guten Benehmens in der Öffentlichkeit. Die meisten Studenten sehen darin einen gesellschaftlichen Rückschritt. In einer niedersächsischen Kleinstadt treffen sich die Studenten der örtlichen Fachhochschule deswegen zu sogenannten "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 gewöhnliche Ausübung der Freiheitsrechte des Bürgers 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, 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 eventuellen Grundrechtsbeeinträchtigung einen Unterschied, ob das Tragen freizügiger Oberbekleidung in der Fußgängerzone oder den Schülern einer öffentlichen Schule im Unterricht untersagt wird?

Fall 1 (Besprechung)

THEMA: Fall zum Polizei- und Ordnungsrecht; 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 der Generalklausel des § 40 I VwGO
- 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 Verbotserfügung* und damit um einen *Verwaltungsakt (= VA)*
 - *analoge* Anwendung des § 113 I 4 VwGO, da Erledigung des VA (durch Befolgung) schon vor Klageerhebung
- 3) Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Fortsetzungsfeststellungsklage
 - a) Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO: (+)
 - Die Klage der Studenten ist nur dann zulässig, wenn sie geltend machen können, durch die Verfügung in eigenen Rechten verletzt zu sein. In Betracht kommt hier eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 I GG
 - 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 (sogenannte Persönlichkeitskerntheorie)

¹ Vergleiche noch *Grimm*, abweichende 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 (→ es gibt ein Grundrecht auf freies Küssen!)
 - 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?: (+)
 - jedenfalls als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit (siehe oben)
 - beachte: Hier können keine Rechte aus der EMRK geltend gemacht werden. Diese gewährleistet die allgemeine Handlungsfreiheit nicht.
- b) Ein Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO (analog) ist bei der Fortsetzungsfeststellungsklage nicht erforderlich (HM); hier war auch nicht die Frist für einen möglichen Widerspruch abgelaufen.
- c) Fortsetzungsfeststellungsinteresse: (+)
- Die Fortsetzungsfeststellungsklage setzt eine *besonderes* Interesse an der Feststellung des VA voraus, denn dieser hat sich ja bereits vor der Klageerhebung erledigt.
 - hier: Wiederholungsgefahr und Rehabilitationsinteresse (Studenten wollen klarstellen lassen, daß ihr Verhalten ihnen nicht vorzuwerfen war)

4) Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen: (+)

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 Verbotsverfügung 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 öffentliche Ordnung (ggf.) nicht nur gefährdet sondern schon gestört war, ist dies letztlich zu bejahen.

bb) Form und Verfahren

- insbes. Anhörung nach § 28 I VwVfG (in Verbindung mit § 1 I NVwVfG) mit der "erfolglosen Unterredung" durchgeführt

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 Grundrecht der Studenten aus Art. 2 I handelt (siehe oben) In Betracht kommt die Generalermächtigung des § 11 Nds.SOG. Diese setzt eine Gefahr im Sinne der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 lit. a Nds.SOG voraus, d.h. eine Sachlage, bei der die hinreichende

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

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 Ordnungswidrigkeitengesetz (Belästigung der Allgemeinheit)³, 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 etwa eine verfassungskonforme Auslegung des § 2 Nr. 1 lit. a Nds.SOG im Sinne eines Gesamtschutzgutes der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" geboten, das dem der "öffentlichen Sicherheit" in den Gefahrenabwehrgesetzen der anderen Länder entspricht?)
- Ergebnis: (+) (hier aus didaktischen Gründen angenommen, → argumentieren!)

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

- *Begriff der öffentlichen 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 öffentlichen 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 "öffentlichen Ordnung"*: was vor 50 Jahren unvorstellbar war, kann heute normal sein. (Fragen Sie also besser nicht ihre Großeltern, vielmehr muß hier argumentiert werden!)
 - beachte aber auch *örtliche Relativität der "öffentlichen Ordnung"*: was in einer großen Universitätsstadt wie Göttingen oder Kaliningrad normal ist, kann in einer abgelegenen niedersächsischen Kleinstadt auf allgemeine Ablehnung stoßen (→ argumentieren!)
 - beachte ferner das Erfordernis der verfassungskonformen Auslegung des Begriffes der "öffentlichen 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!)

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 Voraussetzung für ein geordnetes Zusammenleben betrachtet werde. Jedenfalls nicht nach den *herrschenden* Anschauungen,

³ § 118 I Ordnungswidrigkeitengesetz 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."

auf die der Begriff der öffentlichen Ordnung abstellt. Das Moralisieren einzelner gesellschaftlicher Kreise oder Eliten wäre indessen für eine Subsumtion unter den Begriff der öffentlichen 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 ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG (siehe oben).

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 im Sinne des § 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. Diese besondere polizei- und ordnungsrechtliche Rechtsfigur greift hier also nicht. 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 Schulträger⁴. 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 dann eingeschränkt werden, wenn der ablenkende Effekt (zum Beispiel 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 allgemeine Handlungsfreiheit berücksichtigt werden. Außerdem müssen Beschränkungen wie bei jeder Grundrechtseinschränkung *im Einzelfall erforderlich und angemessen* sein. Ein pauschales Verbot, etwa durch einen Erlaß des Kultusministeriums (das für Schulangelegenheiten zuständig ist), wäre verfassungsrechtlich nicht zulässig.

⁴ Ähnliches gilt für die Strafgefangenen in einem Gefängnis und für die Soldaten in der Armee.

VERTIEFUNGSHINWEIS:

Zur Problematik der öffentlichen Ordnung siehe *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Auflage 2001, Randnummer (= Rdnr.) 122 ff.; *Waechter*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2000, Rdnr. 210 ff.; *Gusy*, Polizeirecht, 5. Auflage 2003, Rdnr. 95 ff. Zur Pflicht zum Schreiten gegen den Störer und nicht den Angegriffenen siehe *Götz*, Rdnr. 200.

Weitere Informationen zur Veranstaltung finden Sie unter www.jura.uni-goettingen.de/schmitz (unter "Lehre" / "Sonstige"). Für Nachfragen bin ich auch nach dem Ende der Veranstaltung per E-mail erreichbar (tschmit1@gwdg.de).

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 Fortsetzungsfeststellungsklage
 - 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) Kein versäumtes Widerspruchsverfahren
 - c) Fortsetzungsfeststellungsinteresse
- 4) Allgemeine 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 (in Verbindung mit § 1 I NVwVfG)
 - b) Materielle Rechtmäßigkeit
 - Ermächtigungsgrundlage: § 11 Nds.SOG
(→ Legaldefinition "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 öffentlichen Ordnung?
- 2) Verletzung der Studenten in ihren Rechten

B. Zusatzfragen

I. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts in der Sachverhaltsvariante

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

