

# Menschenwürde und Dienstleistungsfreiheit

Alle Rechte vorbehalten: Dr. Rolf Schmidt – Februar 2005

## I. Einführung

Mit Urteil v. 14.10.2004 (NVwZ 2004, 1471) hat der EuGH die Untersagung eines sog. Laserdromes, bei dem spielerisch die Tötung von Menschen simuliert wird, für mit dem EG-Vertrag vereinbar erklärt. Dem Urteil lag eine Verfügung der Oberbürgermeisterin der Stadt Bonn zugrunde, die das Spiel auf der Grundlage der nordrhein-westfälischen ordnungsbehördlichen Befugnisgeneralklausel wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung<sup>1</sup> untersagte. Ob diesem Urteil, das aufgrund einer Vorlage des BVerwG erging, gefolgt werden kann, soll im Folgenden untersucht werden. Die Untersuchung erfolgt im Rahmen einer Gesamtdarstellung der ordnungsrechtlichen Generalklausel.

## II. Schutzgut „öffentliche Ordnung“

Neben dem Schutzgut öffentliche Sicherheit nennen einige Ordnungsbehörden- und Polizeigesetze auch das Schutzgut *öffentliche Ordnung*. Dieses ist aber gegenüber dem Schutzgut *öffentliche Sicherheit* subsidiär, darf in der Fallbearbeitung also erst dann geprüft werden, wenn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit nicht vorliegt.

Im Anschluss an die amtliche Begründung zu § 14 PreußPVG wird die öffentliche Ordnung wie folgt verstanden:

Unter **öffentlicher Ordnung** wird die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln verstanden, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird.<sup>2</sup>

Wie dieser Definition zu entnehmen ist, kommt es weniger auf ein rechtliches als auf ein gesellschaftliches, also soziologisches Verständnis an. Da die öffentliche Ordnung konstituierenden, herrschenden sozialen und ethischen Wertvorstellungen oft aber nur **schwer feststellbar** sind, ist fraglich, ob die Einbeziehung der öffentlichen Ordnung in den Schutzbereich der Generalklausel unter dem Aspekt des **Bestimmtheitsgrundsatzes** nicht zu einer partiellen **Verfassungswidrigkeit** derselben führt.<sup>3</sup>

⇒ Als Argument für die Annahme der Verfassungswidrigkeit wird vorgebracht, dass eine pauschale Verweisung auf ungeschriebene, unbestimmte gesellschaftliche Vorstellungen die demokratischen und rechtsstaatlichen Grenzen der Verwaltung überschreitet.

<sup>1</sup> Unzutreffend *Frenz*, NVwZ **2005**, 48, der das Urteil des EuGH auch auf die öffentliche Sicherheit bezieht. Denn die entscheidende Frage ging gerade dahin, ob die öffentliche Ordnung (nicht die öffentliche Sicherheit!) die Gewerbeuntersagung rechtfertigen könne.

<sup>2</sup> BVerfG NJW **2004**, 2814, 2815; BVerfG NVwZ **2004**, 90, 91; *Szczekalla*, JA **2002**, 992, 994; *Tölle*, NVwZ **2001**, 153, 154; *Schenke*, POR, Rn 63; *Friauf*, POR, Rn 39; *Heckmann*, JuS **1999**, 986, 992. Vgl. dazu auch BVerfG-K NJW **2001**, 1409 und die Legaldefinitionen in § 3 Nr. 2 SachsAnhSOG und § 54 Nr. 2 ThürOBG.

<sup>3</sup> Entsprechendes gilt mit Blick auf § 118 OWiG. Nach dieser Vorschrift handelt ordnungswidrig, „wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen“. Ein paralleles Problem ergibt sich hinsichtlich Art. 2 I GG („Sittengesetz“).

Nur das Parlament könne – mit der rechtsstaatlich notwendigen Bestimmtheit – den Kreis der schützenswerten Gemeinschaftsgüter verbindlich festlegen.<sup>4</sup>

- ⇒ Die Gegenposition führt an, dass die ordnungsbehördliche bzw. polizeiliche Generalklausel in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt sei.<sup>5</sup> Selbst das Grundgesetz setze den Schutz der öffentlichen Ordnung in Art. 13 VII, 35 II GG voraus und verlange dabei erkennbar nicht, dass die Parlamente den Kreis der hiervon erfassten Güter abschließend festlege. Schließlich könne es mit Blick auf das Demokratieprinzip nicht zu beanstanden sein, an die Vorstellungen der Mehrheit anzuknüpfen.<sup>6</sup>
- ⇒ Auch das BVerfG ist (in Bezug auf § 15 I VersG) der Auffassung, dass der Rückgriff auf diesen unbestimmten Rechtsbegriff erforderlich bleiben könne, allerdings durch verfassungskonforme Auslegung sicherzustellen sei, dass es bei der Rechtsanwendung nicht zu unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen komme. So seien Beschränkungen der Versammlungsfreiheit, darunter auch zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung, verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie ein aggressives oder provokatives, die Bürger einschüchterndes Verhalten der Versammlungsteilnehmer verhindern sollen, durch das ein Klima der Gewaltdemonstration und potentieller Gewaltbereitschaft erzeugt werde. Die öffentliche Ordnung könne auch verletzt sein, wenn Rechtsextremisten einen Aufzug an einen speziell der Erinnerung an das Unrecht des Nationalsozialismus und des Holocaust dienenden Feiertag so durchführten, dass von seiner Art und Weise Provokationen ausgingen, die das sittliche Empfinden der Bürger erheblich beeinträchtigten. Gleiches gelte, wenn ein Aufzug sich durch sein Gesamtgepräge mit den Riten und Symbolen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft identifiziere. In solchen Fällen sei unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu klären, durch welche Maßnahmen die Gefahr abgewehrt werden könne. Dafür kämen in erster Linie Auflagen in Betracht. Reichten sie zur Gefahrenabwehr nicht aus, könne die Versammlung verboten werden<sup>7</sup>

**Stellungnahme:** Da der Gesetzgeber auch in anderen Bereichen (siehe z.B. §§ 138, 242 BGB, § 1 UWG) bei von ihm getroffenen Regelungen an gesellschaftliche Anschauungen anknüpft, ohne dass hieran bisher grundsätzliche Bedenken geäußert wurden, sollte auch bezüglich der öffentlichen Ordnung von der Verfassungsmäßigkeit ausgegangen werden. Aufgrund der **schweren Bestimmbarkeit der sozialen und ethischen Wertvorstellungen ist aber eine restriktive Praxis bezüglich der Annahme einer Gefahr für die öffentliche Ordnung** angezeigt. Hinzu kommt, dass sich die sozialen und ethischen Wertvorstellungen im Laufe der Zeit „liberalisieren“. Das wird besonders am Beispiel des „Oben-ohne-Badens“ deutlich. Während dies in den 50er Jahren noch als verwerflich galt und somit wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung untersagt werden konnte, besteht heute keine Möglichkeit des polizeilichen Einschreitens mehr, was zur Folge hat, dass diesbezüglich nicht mehr danach gefragt werden muss, ob die Aufnahme der öffentlichen Ordnung in die Befugnisgeneralklausel zu deren partiellen Nichtigkeit führt. Als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung wurden jüngst aber noch angesehen:

---

<sup>4</sup> Götz, POR, Rn 98; *Habermehl*, POR, Rn 103, wiedergegeben bei *Rüfner/Muckel*, BesVerwR, S. 38 und *Schenke*, POR, Rn 42 ff. Vgl. auch BVerfG NJW **2001**, 1048 ff.; *W. Schmidt*, NJW **2001**, 1035, 1036.

<sup>5</sup> BVerfGE **54**, 143, 144 ff. Vgl. auch BVerwGE **115**, 189, 195 ff.

<sup>6</sup> *Rüfner/Muckel*, BesVerwR, S. 38. Im Ergebnis ebenso *Schenke*, POR, Rn 65 f.; *Friauf*, POR, Rn 39 ff.

<sup>7</sup> BVerfG NJW **2004**, 2814, 2815 f. unter Berufung auf BVerfG NJW **2001**, 1409 als Beweis für die Richtigkeit seiner Auffassung.

- (1) Hissen der Reichskriegsflagge<sup>8</sup>
- (2) Nacktes Auftreten in der Öffentlichkeit<sup>9</sup>
- (3) Veranstaltung einer Peepshow<sup>10</sup>
- (4) Aggressives Betteln
- (5) Verrichtung menschlicher Bedürfnisse in der Öffentlichkeit
- (6) Verspotten alter oder hilfloser Personen

### III. Insbesondere: Simulierte Tötungshandlungen

Bei der gewerblichen Veranstaltung des Spiels „Quasar“, in dem mit **Laserpistolen Tötungshandlungen an Menschen simuliert werden**, ist zu differenzieren: Zwar ist das Laserspiel als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung (Verstoß gegen die Menschenwürde) angesehen worden<sup>11</sup>, allerdings reicht nach Auffassung des BVerwG die Befugnisgeneralklausel nicht *schlechthin* aus, ein entsprechendes Verbot, das in Art. 12 I GG auf Seiten des Veranstalters eingreift, zu erlassen. Dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I S. 2 GG gerecht werde grds. nur eine Spezialermächtigung, etwa aus dem Gewerbeberecht. Soweit eine solche nicht greife (insbesondere, wenn sich der Veranstalter gewerberechtlich ordnungsgemäß verhält), könne das Laserspiel nur *im Einzelfall* auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde untersagt werden. Komme demzufolge eine Untersagungsverfügung in Betracht, müsse aber – wenn wie im zu entscheidenden Fall der deutsche Veranstalter mit einem britischen Ausrüster von Laserpistolen einen Franchisevertrag geschlossen hatte – deren Vereinbarkeit mit dem Recht auf freien Dienstleistungs- und Warenverkehr des EG-Vertrags beachtet werden.

Da die Auslegung des EG-Vertrags aber nur dem EuGH zusteht (vgl. Art. 234 I lit. a EG), musste das BVerwG das Verfahren aussetzen und die Frage dem EuGH vorlegen.<sup>12</sup> Dieser hat – wie einleitend erwähnt – am 14.10.2004 entschieden. Da sich der Fall hervorragend als Klausur oder Hausarbeit eignet, soll er gutachterlich dargestellt werden:

**Sachverhalt<sup>13</sup>:** Der deutsche Unternehmer K nahm als Franchisenehmer der Firma Pulsar International Ltd. aus Großbritannien in der in Nordrhein-Westfalen gelegenen Stadt B in einer alten Fabrikhalle den Betrieb eines sog. Laserdromes auf. Dabei handelt es sich um ein mit Hilfe von Stellwänden aufgebautes weitläufiges Labyrinth, in dem folgendes „Spiel“ stattfindet: Die Spieler werden mit maschinenpistolenähnlichen Laserzielgeräten und Stoffwesten ausgerüstet, an denen im Brust- und im Rückenbereich jeweils ein Sensorempfänger befestigt ist. Zur optischen Darstellung der „Schüsse“ wird zugleich mit einem Infrarotstrahl ein Laserstrahl projiziert. Treffer werden durch ein akustisches und optisches Signal angezeigt. Ziel des Wettkampfes ist es, innerhalb einer Spielzeit von 15 Minuten eine möglichst hohe Punktzahl zu erreichen. Für jeden Treffer auf die an Brust und Rücken installierten Empfänger erhalten die Spieler Punkte. Getroffene Spieler werden mit Punktabzügen belastet. Ein Spieler, der fünf Treffer erhalten hat, muss an einer Ladestation sein Zielgerät neu aufladen.

<sup>8</sup> OVG Münster NJW **1994**, 2909.

<sup>9</sup> OVG Münster NJW **1997**, 1180.

<sup>10</sup> BVerwGE **64**, 274; BVerwG NVwZ **1987**, 411; **1990**, 668.

<sup>11</sup> OVG Koblenz NVwZ-RR **1995**, 30 f.; OVG Münster NVwZ-RR **1996**, 39 L; im Ergebnis ebenso, ohne jedoch zwischen der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung zu unterscheiden, BVerwGE **115**, 189, 195 ff. Vgl. dazu auch *Heckmann*, JuS **1999**, 986 ff.; *Szczekalla*, JA **2002**, 992 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BVerwGE **115**, 189, 195 ff.; *Szczekalla*, JA **2002**, 992 ff.

<sup>13</sup> Nach EuGH NVwZ **2004**, 1471 ff.; BVerwGE **115**, 189 ff.; vgl. auch *Streinz*, JuS **2005**, 63; *Frenz*, NVwZ **2005**, 48 ff.; *Kramer*, HessPÖR, 231 ff.

Gegen dieses „Spiel“ erhoben sich in einem Teil der Bevölkerung Proteste. Als die Ordnungsbehörde, der ursprünglich von K erklärt worden war, es gehe lediglich um das Schießen auf an Schießbahnen fest installierte Objekte (was neben dem beschriebenen „Spiel“ auch stattfand), von diesem Sachverhalt erfuhr, erließ sie gegenüber K nach dessen Anhörung eine Verfügung, mit der ihm untersagt wurde, in seiner Betriebsstätte „Spielabläufe zu ermöglichen bzw. zu dulden, die ein spielerisches Beschießen und Töten von Menschen mittels Laserstrahls oder sonstiger technischer Einrichtungen (wie z.B. Infrarot) zum Gegenstand haben“. Die Verfügung wurde für sofort vollziehbar erklärt und u.a. damit begründet, dass eine Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliege, weil die simulierten Tötungshandlungen und die damit einhergehende Verharmlosung von Gewalt gegen die grundlegenden Wertvorstellungen der Allgemeinheit verstießen.

Unmittelbar nach Zustellung der Verfügung erreichte K im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes durch Beschluss des zuständigen Verwaltungsgerichts eine einstweilige Betriebsgenehmigung, worauf er die Anlage in Betrieb nahm.

Um die Ordnungsverfügung nicht bestandskräftig werden zu lassen, legte K fristgerecht Widerspruch ein. Nachdem dieser zurückgewiesen worden war, erhob K Klage in der Hauptsache, die vom Verwaltungsgericht abgewiesen wurde. Nach erfolgloser Berufung legte K Revision ein.

Insgesamt begründete K sein Vorhaben damit, dass die „Spieler“ freiwillig an einem rein spielerischen Wettkampf teilnahmen. Außerdem beruft er sich auf die abschließende Regelung des rechtlichen Rahmens für die „Simulation von Gewalt“ durch den Gesetzgeber im StGB und im JuSchG. Diese lasse keinen Raum für die Anwendung einer allgemeinen Norm, die zudem verfassungsrechtlichen Bedenken begegne und ein derartig umfangreiches Berufs- und Erwerbsverbot nicht tragen könne. Schließlich macht K auch seine Grundrechte und die europäischen Marktfreiheiten geltend, zumal z.B. in Großbritannien Laserdrome erlaubt seien.

Das BVerwG war der Auffassung, VG und OVG hätten zu Recht in der gewerblichen Veranstaltung eines „gespielten Tötens“ im „Laserdrome“ eine Verletzung der in Art. 1 I GG verankerten Menschenwürde gesehen. Wegen des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit und möglicherweise die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) seien jedoch die gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die Einschränkung einer bestimmten Art von Dienstleistungen oder der Einfuhr bestimmter Waren einer weiteren Klärung zuzuführen. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH sei es zwar einerseits ohne Belang, dass die Mitgliedstaaten unterschiedliche Schutzregelungen erlassen hätten; andererseits sei nach dem Urteil des EuGH im Fall Schindler<sup>14</sup> fraglich, ob eine gemeinsame Rechtsüberzeugung in allen Mitgliedstaaten Voraussetzung für die Befugnis der Staaten ist, eine bestimmte Art von durch den EG-Vertrag geschützten Dienstleistungen nach ihrem Ermessen einzuschränken. Es legte daher dem EuGH gem. Art. 234 EG die Frage vor, ob es mit den Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr vereinbar sei, dass nach nationalem Recht eine bestimmte gewerbliche Betätigung – hier der Betrieb eines sog. Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen – untersagt werden müsse, weil sie gegen die grundgesetzlichen Wertentscheidungen verstoße.

Beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung. Dabei ist zu unterstellen, dass der Fall in einem Bundesland stattfindet, in dem die polizeigesetzliche Befugnisgeneralklausel auch das Schutzgut öffentliche Ordnung umfasst.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> EuGH, Slg. **1994**, I-1039.

<sup>15</sup> Auch im Originalfall, der in Nordrhein-Westfalen spielt, ist in § 14 I OBG das Schutzgut *öffentliche Ordnung* aufgenommen.

## Lösungsgesichtspunkte:

### I. Rechtsgrundlage

Da die Untersagungsverfügung nach Auffassung des BVerwG<sup>16</sup> in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I S. 1 GG) eingreift<sup>17</sup>, bedarf die Behörde einer Rechtsgrundlage. Gemäß dem Gesetzesvorbehalt in Art. 12 I S. 2 GG ist zunächst nach einer spezialgesetzlichen Rechtsgrundlage zu suchen, die der Behörde die Ermächtigung zum Erlass der Untersagungsverfügung verleiht. Als solches Spezialgesetz kommt zwar zunächst das **WaffenG** in Betracht, ein Vorgehen nach diesem Gesetz scheidet aber letztlich aus, weil bei den benutzten „Laserwaffen“ keine Geschosse austreten und sie daher keine Waffen i.S.d. § 1 II WaffenG i.V.m. Anlage 1 zum WaffenG darstellen. Auch in der **GewO** lässt sich keine Rechtsgrundlage für die Behörde finden: § 15 II GewO regelt die Untersagung eines genehmigungspflichtigen Gewerbes, das ohne die erforderliche Genehmigung betrieben wird.<sup>18</sup> Das Betreiben eines Laserdromes ist jedoch nicht erlaubnispflichtig, da die Voraussetzungen der §§ 33c, d, h, i GewO nicht vorliegen. § 35 I GewO regelt zwar die Untersagung eines nicht genehmigungspflichtigen Gewerbes, knüpft jedoch an die (personenbezogene) Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ab.<sup>19</sup> Dass K unzuverlässig sein könnte, wird von der Behörde nicht bezweifelt und auch nicht vorgebracht.

Schließlich wäre an eine Untersagung gem. § 51 GewO zu denken. Nach dieser Vorschrift kann wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl die Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage (soweit sie nicht dem BImSchG unterfällt, § 51 S. 3 GewO) durch die zuständige Behörde zu jeder Zeit untersagt werden. Dabei ist unerheblich, ob es sich um ein genehmigungsfreies oder genehmigungspflichtiges Gewerbe handelt. Da jedoch dem Betreiber alsdann für den erweislichen Schaden Ersatz geleistet werden muss (§ 51 S. 2 GewO), der Betroffene bei rechtmäßiger Inanspruchnahme als polizei- und ordnungsrechtlicher Verantwortlicher gerade keinen Ersatzanspruch hat, sondern nur in die Grenzen seines Rechts verwiesen wird, besteht jedenfalls Einigkeit darüber, dass § 51 GewO die polizei- und ordnungsrechtlichen Befugnisnormen nicht ausschließt, soweit das Gewerbe noch nicht aufgenommen wurde. Lediglich wenn das Gewerbe im Zeitpunkt der Untersagungsverfügung bereits ausgeübt wurde, wird man aus systematischen Gründen (das Gewerbe ist ein besonderes, gegenüber dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht spezielles Gefahrenabwehrrecht) § 51 S. 1 GewO gegenüber den Befugnisnormen des POR den Vorrang einräumen müssen.

Da die Ordnungsbehörde vor Aufnahme des Gewerbes die Untersagungsverfügung gegenüber K erlassen hat, konnte (und musste) sie die Maßnahme auf das Ordnungsbehörden- bzw. Polizeigesetz stützen.<sup>20</sup>

Da innerhalb dieses Gesetzes wiederum keine Standardmaßnahme greift, bleibt als Rechtsgrundlage im Ergebnis nur die Befugnisgeneralklausel.

---

<sup>16</sup> BVerwGE **115**, 189, 193 f.

<sup>17</sup> Bei Beachtung der vom BVerfG aufgestellten Definition des Berufs, wonach nur jede erlaubte Tätigkeit, die auf Dauer angelegt sei und in ideeller und materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage diene, dem Schutzbereich zugeordnet sei, hätte das BVerwG streng genommen die Eröffnung des Schutzbereichs nicht ohne jedes Problembewusstsein als eröffnet ansehen dürfen. Denn wenn es der Auffassung ist, dass die simulierte Tötung von Menschen gegen die Menschenwürde verstöße, hätte es bereits den Schutzbereich verneinen müssen. Denn wie ein Verhalten, das gegen die Menschenwürde verstößt, „erlaubt“ i.S.d. der Berufsdefinition des BVerfG sein soll, verschließt sich dem vernünftigen Betrachter.

<sup>18</sup> Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, BesVerwR II, Kap. 1.

<sup>19</sup> Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, BesVerwR II, Kap. 1.

<sup>20</sup> Insbesondere ist ein Rückgriff auf die ordnungsbehördliche bzw. polizeiliche Generalklausel nicht deshalb ausgeschlossen, weil eine Sonderordnungsbehörde gehandelt hat. Denn auch diese ist „Polizeibehörde“ und kann Maßnahmen nach dem Ordnungsbehörden- bzw. Polizeigesetz treffen, sofern keine abschließenden Spezialgesetze greifen.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

Die Untersagungsverfügung ist rechtmäßig, wenn sie unter Beachtung von Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften erlassen wurde.

1. Die Ordnungsbehörde war **zuständig**. Denn auch sie ist „Polizeibehörde“ i.S.d. allgemeinen POR und kann Maßnahmen nach dem Ordnungsbehörden- bzw. Polizeigesetz treffen, sofern keine abschließenden Spezialgesetze greifen. Eine Zuständigkeit wäre auch dann nicht ausgeschlossen gewesen, wenn es sich um einen sog. „Eilfall“ gehandelt hätte, der in den Zuständigkeitsbereich der Vollzugspolizei fällt.<sup>21</sup>

2. Auch Verfahrens- und Formvorschriften wurden eingehalten. Insbesondere wurde K vor Erlass der Untersagungsverfügung **angehört** (§ 28 I VwVfG). Die Untersagungsverfügung enthielt auch die gem. § 39 I VwVfG erforderliche **Begründung**.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

Die Untersagungsverfügung ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisgeneralklausel vorliegen und die Behörde sich im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bewegt bzw. den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten hat.

### 1. Öffentliche Sicherheit

Öffentliche Sicherheit ist die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt.<sup>22</sup> Zum Schutzgut „objektive Rechtsordnung“ gehören insbesondere **Strafrechtsnormen** und Normen des **Ordnungswidrigkeitenrechts** als Bestandteil der geschriebenen Rechtsordnung. Verwirklicht etwa eine Person den Tatbestand einer Strafrechtsnorm oder einer Ordnungswidrigkeit, liegt damit eine Störung der öffentlichen Sicherheit vor.

Im vorliegenden Fall könnte an einen Verstoß gegen das Gewaltdarstellungsverbot des **§ 131 StGB** gedacht werden, allerdings steht das Spiel „Quasar“ in keinem Zusammenhang mit einer Schrift oder einem Rundfunk und ist daher kein taugliches Tatobjekt i.S.v. § 131 StGB. Auch muss ein Verstoß gegen § 118 OWiG, wonach ordnungswidrig handelt, „wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen“, verneint werden. Denn das Geschehen in der alten Fabrikhalle ist von außen nicht einsehbar, nur die (einwilligenden) Mitspieler erkennen es, sodass die Allgemeinheit nicht belästigt wird. Damit ist das Schutzgut öffentliche Sicherheit unter dem Aspekt der objektiven Rechtsordnung nicht betroffen.

Fraglich ist, ob die öffentliche Sicherheit unter dem Aspekt der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen betroffen ist. In Betracht kommt ein Verstoß gegen die **Menschenwürde** (Art. 1 I GG), die auch von Privaten verletzt werden kann. Jedoch spielen alle Teilnehmer freiwillig an dem Geschehen mit, was einen Grundrechtsverzicht bedeuten könnte. Ob allerdings die Menschenwürde disponibel ist, scheint fraglich. Überzeugend scheint es, nur den in Extremfällen berührten objektiven Kern der Menschenwürde für indisponibel zu erachten, was wiederum nur dann angenommen werden sollte, wenn dem Betroffenen (im Vergleich zu anderen) in menschenverachtender Weise seine Menschlichkeit abgesprochen wird und er zum Objekt eines beliebigen Verhaltens erniedrigt wird. Ob das im vorliegenden Fall angenommen werden muss, darf bezweifelt werden. Denn bei dem „Kampf“ im Laserdrome bestehen prinzipiell die gleichen Chancen für alle, sodass kein Mitspieler im Vergleich zu anderen in irgendeiner Weise zum Objekt erniedrigt wird. Dennoch hat das BVerwG – ohne einen Hinweis zu geben, ob es den Fall am Maßstab des Schutzguts öffentliche Sicherheit oder an dem der öffentlichen Ordnung prüft – entschieden, dass sich die Teilnehmer mit der Gewaltanwendung gegen andere identifizierten, die dadurch bagatellisiert werde. Sie

<sup>21</sup> Zum „Zuständigkeitskonflikt“ vgl. *R. Schmidt*, BesVerwR II, Kap. 1.

<sup>22</sup> Vgl. dazu *Szczekalla*, JA **2002**, 992, 993; *Kniessel*, NJW **2000**, 2857, 2864; *Braun*, NVwZ **2000**, 375, 376 sowie die Legaldefinition bspw. in § 2 Nr. 2 BremPolG; § 3 Nr. 1 SachsAnhSOG; § 54 ThürOBG.

verspürten ein Vergnügen an simulierten Tötungshandlungen, wenn sie mit ihren an Maschinenpistolen erinnernden Waffen im Nahkampf auf den „Gegner“ zielten und nur durch gezielte Schüsse die nötigen Punkte erreichten. Es gehe mithin um das „spielerische Töten“ von Menschen, nicht nur um sportlichen Wettkampf, sodass die menschliche Individualität, Identität und Integrität banalisiert und damit die Wertvorstellungen des Grundgesetzes konkretisiert würden.<sup>23</sup> Mit Blick auf die Verbrechen des nationalsozialistischen Regimes verstießen daher auch lediglich simulierte Tötungshandlungen generell gegen die Menschenwürde. Auch sei eine Einwilligung der betroffenen Spieler unbeachtlich, denn die aus Art. 1 I und Art. 2 II S. 1 GG herzuleitende Wertordnung der Verfassung stehe nicht im Rahmen eines Unterhaltungsspiels zur Disposition.<sup>24</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Es sollte deutlich geworden sein, dass das BVerwG nicht zwischen den Schutzgütern *öffentliche Sicherheit* und *öffentliche Ordnung* differenziert, obwohl § 14 OBG NRW, auf den sich die Prüfung des BVerwG bezog, eine solche Differenzierung vornimmt. So etwas ist im Rahmen des juristischen Studiums unzulässig und führt zur Beanstandung durch den Korrektor. Richtigerweise ist in Fällen, in denen der Sachverhalt in einem Bundesland stattfindet, in dem die Befugnisgeneralklausel auch das Schutzgut *öffentliche Ordnung* beinhaltet, grundsätzlich eine differenzierte Prüfung vorzunehmen, wobei anzumerken ist, dass auf das (subsidiäre) Schutzgut *öffentliche Ordnung* nur dann eingegangen werden darf, wenn eine Beeinträchtigung des (zuvor geprüften) Schutzguts *öffentliche Sicherheit* verneint worden ist. Da nach Auffassung des BVerwG eine Verletzung der Menschenwürde vorlag und das Gericht damit auch bei einer differenzierten Prüfung zu keinem anderen Ergebnis gekommen wäre, hat es auf eine Differenzierung verzichtet.

**Zwischenergebnis:** Nach der (zweifelhaften) Auffassung des BVerwG verstößt das Spiel „Quasar“ gegen die Menschenwürde und führt dazu, dass die Ordnungsbehörde auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel einschreiten durfte. Die nicht vorgenommene Differenzierung zwischen den Schutzgütern *öffentliche Sicherheit* und *öffentliche Ordnung* ist daher im Ergebnis unschädlich, rechtsdogmatisch aber abzulehnen.

## 2. Öffentliche Ordnung

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, wonach nur der in Extremfällen berührte objektive Kern der Menschenwürde der Disposition entzogen ist und daher im vorliegenden Fall die Menschenwürde als nicht verletzt angesehen und daher das Schutzgut öffentliche Sicherheit nicht beeinträchtigt ist, bleibt Raum für die Prüfung der öffentlichen Ordnung. Darunter wird die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln verstanden, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird.<sup>25</sup>

Da es demnach weniger auf ein rechtliches als auf ein gesellschaftliches, also soziologisches Verständnis ankommt, die herrschenden sozialen und ethischen Wertvorstellungen oft aber nur schwer feststellbar sind, ist fraglich, ob die Einbeziehung der öffentlichen Ordnung in den Schutzbereich der Generalklausel nicht gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verstößt oder zumindest nicht in der Lage ist, das Grundrecht aus Art. 12 I S. 1

<sup>23</sup> BVerwGE **115**, 189, 201 f.

<sup>24</sup> BVerwGE **115**, 189, 202.

<sup>25</sup> BVerfG NJW **2004**, 2814, 2815; BVerfG NVwZ **2004**, 90, 91; *Szczekalla*, JA **2002**, 992, 994; *Tölle*, NVwZ **2001**, 153, 154; *Schenke*, POR, Rn 63; *Friauf*, POR, Rn 39; *Heckmann*, JuS **1999**, 986, 992. Vgl. dazu auch BVerfG-K NJW **2001**, 1409 und die Legaldefinitionen in § 3 Nr. 2 SachsAnhSOG und § 54 Nr. 2 ThürOBG.

GG einzuschränken.<sup>26</sup> Die h.M. ist jedoch der Auffassung, dass die ordnungsbehördliche Generalklausel (ohne zwischen der öffentlichen Sicherung und öffentlichen Ordnung zu unterscheiden) in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt sei.<sup>27</sup> Selbst das Grundgesetz setze den Schutz der öffentlichen Ordnung in Art. 13 VII, 35 II GG voraus und verlange dabei erkennbar nicht, dass die Parlamente den Kreis der hiervon erfassten Güter abschließend festlege. Schließlich könne es mit Blick auf das Demokratieprinzip nicht zu beanstanden sein, an die Vorstellungen der Mehrheit anzuknüpfen.<sup>28</sup> Immerhin gesteht BVerfG (in Bezug auf § 15 I VersG) ein, dass durch verfassungskonforme Auslegung sicherzustellen sei, dass es bei der Rechtsanwendung nicht zu unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen komme.<sup>29</sup>

Wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber auch in anderen Bereichen (siehe z.B. §§ 138, 242 BGB, § 1 UWG) bei von ihm getroffenen Regelungen an gesellschaftliche Anschauungen anknüpft, ohne dass hieran bisher grundsätzliche Bedenken geäußert wurden, sollte auch bezüglich der öffentlichen Ordnung von der Verfassungsmäßigkeit ausgegangen werden. Aufgrund der schweren Bestimmbarkeit der sozialen und ethischen Wertvorstellungen ist aber eine restriktive Praxis bezüglich der Annahme einer Gefahr für die öffentliche Ordnung angezeigt.

Ob demnach im vorliegenden Fall ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung angenommen werden kann, ist zweifelhaft. Verneint man mit der hier vertretenen Auffassung eine Verletzung des nur in Extremfällen berührten objektiven Kern der Menschenwürde, liegt auch keine Beeinträchtigung des Schutzguts der öffentlichen Ordnung vor.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Selbstverständlich ist ein anderes Ergebnis vertretbar, zumal das BVerfG einen Verstoß gegen die Menschenwürde angenommen hat. Der Bearbeiter sollte aber stets darauf achten, nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen zu kommen:

- ⇒ Verneint er eine Beeinträchtigung des Schutzguts öffentliche Sicherheit, hat er zwar Raum für eine Prüfung der öffentlichen Ordnung, muss dann aber zunächst deren Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz diskutieren und sodann erheblichen Argumentationsaufwand betreiben, wenn er eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung trotz Verneinung der Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit bejahen möchte.<sup>30</sup>
- ⇒ Bejaht der Bearbeiter hingegen eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit, ist von vornherein kein Raum für eine Prüfung der öffentlichen Ordnung.

**Zwischenergebnis:** Nach der hier vertretenen Auffassung beeinträchtigt das Spiel „Quasar“ auch nicht die öffentliche Ordnung.

#### IV. Vereinbarkeit des Verbot mit EU-Recht?

Da K Franchisenehmer der in Großbritannien ansässigen Firma Pulsar International Ltd. ist, könnte mit der Untersagung seines Betriebs auch eine Einschränkung der **Dienstleistungs-**

<sup>26</sup> In der Fallbearbeitung müsste an dieser Stelle der oben dargestellte Streit angeführt werden. Um jedoch eine Wiederholung zu vermeiden, wurde vorliegend darauf verzichtet.

<sup>27</sup> BVerfGE **54**, 143, 144 ff. Vgl. auch BVerwGE **115**, 189, 195 ff.

<sup>28</sup> *Rüfner/Muckel*, BesVerwR, S. 38. Im Ergebnis ebenso *Schenke*, POR, Rn 65 f.; *Friauf*, POR, Rn 39 ff.

<sup>29</sup> BVerfG NJW **2004**, 2814, 2815 f. unter Berufung auf BVerfG NJW **2001**, 1409 als Beweis für die Richtigkeit seiner Auffassung.

<sup>30</sup> Nicht überzeugend *Kramer*, HessPOR, Rn 239, der zudem übersieht, dass das BVerwG die Menschenwürde gerade nicht am Maßstab der öffentlichen Ordnung, sondern undifferenziert prüft. Auch *Frenz*, NVwZ **2005**, 48, missversteht einiges, wenn er meint, der EuGH habe die Zulässigkeit des Laserspiels (auch) am Maßstab der öffentlichen Sicherheit geprüft.



**freiheit** gem. Art. 49 EG und der **Warenverkehrsfreiheit** gem. Art. 28 EG vorliegen, die der Rechtfertigung bedarf.<sup>31</sup>

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der EuGH eine nationale Maßnahme, wenn sie sowohl den freien Dienstleistungsverkehr als auch den freien Warenverkehr beeinträchtigt, grundsätzlich nur im Hinblick auf *eine* dieser beiden Grundfreiheiten prüft, wenn sich herausstellt, dass im konkreten Fall eine der beiden Freiheiten der anderen gegenüber völlig zweitrangig ist und ihr zugeordnet werden kann.

Wenn man im vorliegenden Fall davon ausgeht, dass die Untersagungsverfügung die Einfuhr von Waren nur hinsichtlich der speziell für die untersagte Laserspielvariante entwickelten Ausrüstung beschränkt und dies eine zwangsläufige Folge der Beschränkung in Bezug auf die von Pulsar erbrachten Dienstleistungen ist, tritt der Aspekt der Warenverkehrsfreiheit hinter dem der Dienstleistungsfreiheit zurück. Prüfungsmaßstab ist im vorliegenden Fall daher allein die Warenverkehrsfreiheit.

Als Rechtfertigung kommen somit die ausdrücklich in Art. 46 I EG i.V.m. Art. 55 EG genannten „Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ in Betracht, wobei zu beachten ist, dass eine Einschränkung grundsätzlich nur bei **unterschiedslos** angewandten nationalen Maßnahmen gerechtfertigt werden kann, die aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten sind.

Die Behörde im Ausgangsverfahren führt in der Begründung der Untersagungsverfügung ausdrücklich aus, dass die betroffene Betätigung des K eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstelle. Die Bezugnahme auf eine Gefahr für die öffentliche Ordnung findet sich auch in der Befugnisgeneralklausel (im Originalfall war dies § 14 I OBG NRW), die die Ordnungsbehörde ermächtigte, die notwendigen Maßnahmen zur Abwehr einer solchen Gefahr zu treffen. Diese Untersagungsverfügung hat die Behörde auch gerade ohne Ansehung der Staatszugehörigkeit der Erbringer oder Empfänger der von der Beschränkung betroffenen Dienstleistungen erlassen, mithin unterschiedslos angewandt. Da aber die Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung unter eine in Art. 46 EG aufgezählte Ausnahme vom freien Dienstleistungsverkehr fallen, könnte die Frage, ob diese Maßnahme unterschiedslos sowohl auf im Inland ansässige Dienstleistungserbringer als auch auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistungserbringer ergangen ist, letztlich aber auch dahin stehen.

Im Übrigen ist der Begriff der öffentlichen Ordnung in Art. 46 I EG für unterschiedliche Beurteilungen von Land zu Land offen. So ist es aus europarechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wenn eine nationale Behörde zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Verhalten eines Bürgers rechtswidrig sei und dieses Ergebnis – gemessen am Maßstab der Verfassung ihres Landes – zutrifft. Insoweit ist den zuständigen innerstaatlichen Behörden ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den EG-Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen.<sup>32</sup>

Ist also die nationale Behörde der Ansicht, dass die von der Untersagungsverfügung betroffene Betätigung eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstelle, weil die gewerbliche Veranstaltung von Unterhaltungsspielen mit simulierten Tötungshandlungen an Menschen nach der in der öffentlichen Meinung vorherrschenden Auffassung gegen eine in der nationalen Verfassung verankerte grundlegende Wertvorstellung verstoße, nämlich gegen die Menschenwürde, und steht diese Rechtsauffassung im Einklang mit dem Grundgesetz, verstößt das Verbot auch nicht gegen Art. 46 I EG.

**Ergebnis:** Folgt man der Rechtsauffassung des BVerwG, das die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung am Prüfungsmaßstab des Grundgesetzes bejaht kommt, steht diesem Ergebnis auch nicht das EU-Recht entgegen.

---

<sup>31</sup> Zur Notwendigkeit der Vereinbarkeit einer staatlichen Maßnahme nicht nur mit nationalem Verfassungsrecht, sondern auch mit EU-Recht vgl. *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn XXX ff.

<sup>32</sup> So ausdrücklich EuGH NVwZ **2004**, 1471, 1472 f.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Sofern es um die Vereinbarkeit einer auf die Befugnisgeneralklausel gestützten Polizeiverfügung mit nationalem Recht geht, muss der Klausurbearbeiter eines Bundeslandes, dessen Polizeigesetz lediglich das Schutzgut *öffentliche Sicherheit* kennt, das zu untersuchende Verhalten auch nur am Maßstab dieses Schutzguts prüfen. Insofern ergeben sich keine Probleme bei der Handhabung des Schutzguts *öffentliche Ordnung*, denn es existiert nicht.

Auch in Bundesländern, bei denen das Schutzgut *öffentliche Ordnung* (noch) Bestandteil der Generalklausel ist, muss der Bearbeiter zunächst untersuchen, ob das fragliche Verhalten eine Gefahr für die *öffentliche Sicherheit* darstellt.

- ⇒ Ist das der Fall, kann eine entsprechende Gefahrenabwehrverfügung (bei unterstelltem fehlerfreiem Ermessensgebrauch bzw. unterstellter Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) in rechtmäßiger Weise ergehen. Zur *öffentlichen Ordnung* ist dann wegen ihrer Subsidiarität zur *öffentlichen Sicherheit* auf keinen Fall mehr etwas zu sagen.<sup>33</sup>
- ⇒ Sollte eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit aber zu verneinen sein, ist zu prüfen, ob das fragliche Verhalten eine Gefahr für die *öffentliche Ordnung* darstellt. Dazu muss zunächst die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung in Frage gestellt werden. Hier ist der o.g. Meinungsstreit darzustellen. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, ist die Befugnisgeneralklausel, soweit sie die *öffentliche Ordnung* umfasst, nicht verfassungswidrig, muss aber restriktiv gehandhabt werden. Sodann ist danach zu fragen, ob das zu prüfende Verhalten unter den Begriff der *öffentlichen Ordnung* subsumiert werden kann. Dabei kann es vorkommen, dass ein und dieselbe Handlung zwar keine Gefahr für die *öffentliche Sicherheit* darstellt, wohl aber eine Gefahr für die öffentliche Ordnung. Das ist kein Widerspruch, da die beiden Begriffe nicht identisch sind.<sup>34</sup>
- ⇒ Verhaltensweisen, die zwar keine Gefahr für die *öffentliche Sicherheit* darstellen, wohl aber eine Gefahr für die *öffentliche Ordnung*, werden besonders problematisch, wenn der Fall in einem Bundesland spielt, das die *öffentliche Ordnung* nicht in der Befugnisgeneralklausel aufgenommen bzw. aus dieser gestrichen hat. Das wird bei dem Spiel „Quasar“ besonders deutlich, denn die Vertreter, die das Spiel „Quasar“ als Verstoß gegen die *öffentliche Ordnung* ansehen, verneinen ausdrücklich einen Verstoß gegen die *öffentliche Sicherheit*.<sup>35</sup> Stellt das Spiel also keinen Verstoß gegen die *öffentliche Sicherheit* dar und enthält die Befugnisgeneralklausel nicht das Tatbestandsmerkmal *öffentliche Ordnung*, muss man konsequenterweise zu dem Ergebnis kommen, dass eine Gefahrenabwehrmaßnahme nicht ergehen kann, auch wenn eine Gefahr für die *öffentliche Ordnung* vorläge, wenn sie im Tatbestand der Generalklausel aufgenommen wäre. Es kann also vorkommen, dass ein Verhalten, das zwar keine Gefahr für die *öffentliche Sicherheit* darstellt, wohl aber eine Gefahr für die *öffentliche Ordnung*, in einem Bundesland untersagt werden kann, und einem anderen Bundesland nicht. Das ist eine Konsequenz des Föderalismus. Gleichwohl können zumindest dann einheitliche Ergebnisse erzielt werden, wenn man einen

<sup>33</sup> Folgt man dagegen der gegen alle anerkannten juristischen Auslegungsgrundsätze verstoßenden Auffassung *Knemeyers* (POR, Rn 102), der die öffentliche Ordnung als selbstständiges Schutzgut neben der öffentlichen Sicherheit betrachtet, müsste man beide Schutzgüter nebeneinander prüfen.

<sup>34</sup> So hat das BVerwG (NJW 1980, 1640 ff.) bestimmt, dass die öffentliche Ordnung durch Lärm gestört werde, der zwar noch keine Gesundheitsgefahr darstelle (und deshalb nicht die öffentliche Sicherheit beeinträchtige), gleichwohl aber das nach allgemeiner Anschauung zumutbare Maß überschreite.

<sup>35</sup> Das können sie deshalb, weil bei ihnen das Spiel, das verboten werden soll, in einem Bundesland ausgetragen wird, in dem die öffentliche Ordnung noch Bestandteil der Befugnisgeneralklausel ist.

Verstoß gegen § 118 OWiG annimmt und diesen Verstoß als Störung der *öffentlichen Sicherheit* qualifiziert.<sup>36</sup> Im Fall „Quasar“ war dies jedoch nicht möglich.

---

<sup>36</sup> § 118 OWiG übersehen *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR § 8 Rn 46 ff.; *Aubel*, Jura **2004**, 255 ff.