

Fortgeschrittenenklausur: „Hängt die Orangen!“

Von PD Dr. Nils Grosche, Dipl.-Jur. Sven Wedemeyer, Göttingen*

Der vorliegende Fall wurde in Anlehnung an den Beschluss des OVG Bautzen v. 21.9.2021 – 6 B 360/21¹ konzipiert. Er war Gegenstand einer Klausur, die im Sommersemester 2022 an der Georg-August-Universität im Zuge der Fortgeschrittenenübung im Öffentlichen Recht von PD Dr. Nils Grosche angeboten wurde.

Sachverhalt

Im Stadtgebiet der niedersächsischen Stadt G hat die Partei „Nationaler Aufbruch“ (N-Partei) am 14.9.2021 zur Bundestagswahl am 26.9.2021 mehrere Wahlplakate in der Farbe Orange aufgehängt. Die N-Partei, deren Parteifarbe Orange ist, ist als Partei zur Bundestagswahl zugelassen. Dabei hat sie bislang keine nennenswerten Erfolge bei Wahlen auf Bundes- oder Landesebene erzielen können. Dies ist anders bei der Partei „Die Orangen“, die bei Bundes- und Landtagswahlen regelmäßig erfolgreich ist und für Ziele streitet, die denen der Partei „Nationaler Aufbruch“ entgegenstehen. In der breiten Öffentlichkeit wird die Farbe Orange politisch allein mit der Partei „Die Orangen“ assoziiert.

Die Plakate der N-Partei sind wie folgt gestaltet: Die obere Hälfte des Plakats wird von der Aufschrift „HÄNGT DIE ORANGENEN!“ ausgefüllt. Der gesamte Hintergrund ist Orange. Die untere Hälfte bestimmt zunächst ein kleinerer Schriftzug mit dem Wortlaut „Wählt Deutsch!“ neben einem Kreuz für eine Stimmenabgabe. Ganz unten in kleineren Buchstaben findet sich der Satz: „Macht unsere nationalrevolutionäre Bewegung durch Plakatwerbung in unseren Parteifarben in Stadt und Land bekannt.“ Hier findet sich auch ein Verweis auf die Homepage von N.

In einem Telefonat am 15.9.2021 und nach Anhörung verfügte die Ordnungsbehörde der Stadt gegenüber Y, dem Vorsitzenden der N-Partei, dass die Wahlplakate mit dem Aufdruck „HÄNGT DIE ORANGENEN!“ unverzüglich an allen Standorten in der Stadt zu entfernen sind. Zudem ordnete die Stadtverwaltung gleichzeitig die sofortige Vollziehung an und drohte die Ersatzvornahme an, wobei die Kosten der Ersatzvornahme vorläufig auf 250 € beziffert wurden. Y verlangt noch im Telefongespräch, dass der Vorgang „verschriftlicht“ werde.

In der Begründung der die Verfügung bestätigenden E-Mail führte die Stadtverwaltung von G aus, dass der Versuch, hier Mehrdeutigkeiten zu kreieren, um sich den Schutz der Kommunikationsgrundrechte zu erschleichen, allzu durchschaubar sei. Hier werde klar zum Hass gegen Anhänger einer politischen Richtung aufgestachelt und damit strafrechtlich relevant gehetzt (§ 130 StGB). Auch werde das Billigkeitsgefühl der anständigen Bevölkerung schwer missachtet.

* Der Verf. Nils Grosche vertritt den Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Verf. Sven Wedemeyer ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und Europarecht, Abteilung Europarecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717.

Nach Auffassung der G bestand keine andere Wahl, als gegen die Plakate einzuschreiten.

Die N-Partei ist notorisch schlecht bei Kasse, da sie aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 21 Abs. 3 S. 1 GG von der Parteienfinanzierung ausgeschlossen, nicht aber verboten wurde. Daher und weil Y der Auffassung ist, dass die zusätzliche Aufmerksamkeit durch den Vorwurf der „Zensur“ eher nützt als schadet, beschließt er, die Plakate von Parteimitgliedern unverzüglich abhängen zu lassen.

Nachdem die Bundestagswahl für die N-Partei aber nicht erfolgreich gelaufen ist, will sie den „Skandal vor die Gerichte“ bringen. Sie ist der Auffassung, ihre Wahlchancen seien durch das Plakatverbot zunichte gemacht worden, und sieht sowohl in der Abhängpflicht als auch in der Androhung der Ersatzvornahme eine „antinationale Schikane“. Meinungsfreiheit stehe nur auf dem Papier, wenn der Staat Äußerungen einen boshaften Sinn einfach willkürlich unterstellen dürfe. Sie will die Rechtmäßigkeit klären lassen und erhebt am 10.10.2021 Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht.

Aufgabe

Wird die Klage Erfolg haben? Gehen Sie auf die aufgeworfenen Rechtsfragen ein.

Bearbeitungsvermerk

Es ist davon auszugehen, dass ein Aufruf zum Hängen politischer Anhänger einer Partei den objektiven Tatbestand des § 130 Abs. 1 StGB erfüllen würde. Unabhängig hiervon ist die Frage zu beantworten, ob die Verwaltung die Aussage auf dem Plakat in tatsächlicher Hinsicht so verstehen durfte.

Lösungsvorschlag

Die Klage der N-Partei wird Erfolg haben, wenn sie zulässig (A.) und soweit sie begründet ist (B.).

A. Zulässigkeit der Klagen

Die Klage ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

Hinweis: Die Abhängpflicht und die Androhung der Ersatzvornahme stellen zwei selbstständige Streitgegenstände dar. Es liegen zwei Klagen vor, deren Zulässigkeitsprüfungen in diesem Lösungsvorschlag gemeinsam erfolgen. Aufbautechnisch können auch die Zulässigkeit einer Klage gegen die Abhängpflicht und die Androhung der Ersatzvornahme separat geprüft werden.

I. Verwaltungsrechtsweg

Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich, sodass sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO bestimmt.

Zunächst müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Eine solche Streitigkeit liegt vor, wenn die Streitigkeit

nach öffentlich-rechtlichen Normen zu entscheiden ist.

Die Parteien streiten über die Rechtmäßigkeit der Abhängpflicht und der Androhung der Ersatzvornahme als polizeiliche Maßnahmen im Gefahrenabwehrrecht. Streitentscheidend sind die Ermächtigungen der §§ 11, 70 Abs. 1 NPOG². Die Vorschriften berechtigen die Ordnungsbehörden gerade in ihrer Funktion als Trägerinnen hoheitlicher Gewalt, einseitig Maßnahmen zur Abwehr einer Gefahr zu ergreifen bzw. Zwangsmittel anzudrohen. Nach Maßgabe der sog. modifizierten Subjektstheorie handelt es sich daher um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Die Stadtverwaltung ist kein Verfassungsrechtssubjekt, sodass die doppelte Verfassungsunmittelbarkeit fehlt. Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung liegt nicht vor.

Hinweis: Bei Gefahrenabwehr- und Ordnungsmaßnahmen der Polizei wäre eine Abgrenzung zwischen präventiven und repressiven Maßnahmen entsprechend der Differenzierung der abdrängenden Sonderzuweisung des § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG erforderlich. Bei Maßnahmen der Ordnungsbehörde stellt sich die Abgrenzungsfrage nicht.

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, vgl. §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO. Die N-Partei möchte gerichtlich gegen die für rechtswidrig empfundene Abhängpflicht sowie die Androhung der Ersatzvornahme vorgehen.

1. Anfechtungsklage

Auf die Aufhebung eines Verwaltungsakts ist die Anfechtungsklage bezogen, § 42 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 VwGO, vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, Art. 19 Abs. 4 GG. Bei den Maßnahmen müsste es sich zunächst um Verwaltungsakte nach der Legaldefinition des § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG³ handeln. Beide streitgegenständlichen Maßnahmen sind einseitige Maßnahmen der Stadtverwaltung als Behörde,

² Beim § 11 NPOG handelt es sich um die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel, vgl. Art. 11 BayPAG; §§ 1, 3 BWPoIG; § 8 Abs. 1 PoIG NRW; § 14 OBG NRW. § 70 Abs. 1 NPOG betrifft die Ermächtigung zur Ergreifung einer Vollstreckungsmaßnahme im gestreckten Verfahren, vgl. Art. 53 Abs. 1 BayPAG; § 18 BWVwVG; § 50 Abs. 1 PoIG NRW, § 55 Abs. 1 NRWwVG.

³ § 1 Abs. 1 NVwVfG verweist bis auf wenige Ausnahmen pauschal auf das Bundes-VwVfG. Als einziges Landesverwaltungsverfahrensgesetz verweist der niedersächsische Gesetzgeber nicht dynamisch, sondern statisch. Damit muss der Landesgesetzgeber bei jeder Änderung des Bundes-VwVfG „nachziehen“, vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 5 Rn. 19. Im weiteren Verlauf des Gutachtens wird bei der Zitation der Vorschriften des Bundes-VwVfG auf die landesrechtliche Verweisungsvorschrift des § 1 Abs. 1 NVwVfG verzichtet.

§ 1 Abs. 4 NVwVfG⁴, die auf Ermächtigungsgrundlagen des öffentlichen Rechts ergangen sind. Bei der Regelungswirkung der beiden streitgegenständlichen Maßnahmen ist zu differenzieren. Die Abhängpflicht regelt eine Handlungspflicht der N-Partei, die Androhung legt den Fortgang des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens in spezifischer Weise fest. Die Androhung ist zumindest in Ansehung der Festsetzung eines konkreten Zwangsmittels unabdingbare Voraussetzung für den Übergang in den folgenden Abschnitt des Vollstreckungsverfahrens, sodass ihr selbst ein regelnder Charakter anhaftet.⁵ Es liegen zwei belastende Verwaltungsakte vor.

Da die Anfechtungsklage auf die Gestaltung durch Aufhebung zielt, könnte es der Statthaftheit der Anfechtungsklage entgegenstehen, wenn sich der Verwaltungsakt i.S.v. § 43 Abs. 2 VwVfG in anderer Weise erledigt hat. Eine Aufhebung des Verwaltungsakts durch das Gericht ginge ins Leere, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, § 42 Abs. 2 VwVfG.⁶ Die belastenden Regelungswirkungen sind spätestens nach der Bundestagswahl entfallen, sodass die N-Partei nicht länger beschwert ist.

2. Fortsetzungsfeststellungsklage

In Betracht kommt eine Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Danach kann das Gericht die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts zumindest feststellen, wenn sich dieser nach Klageerhebung erledigt hat. Hier hat sich der angegriffene Verwaltungsakt bereits vor der Klageerhebung durch die N-Partei erledigt. Einer direkten Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO steht der Wortlaut entgegen.

Möglich ist eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Neben einer planwidrigen Regelungslücke setzt dies eine vergleichbare Interessenlage voraus.⁷

a) Planwidrige Regelungslücke

An einer planwidrigen Regelungslücke fehlt es, sofern die subsidiäre Feststellungsklage als statthafte Klageart eine Rechtsschutzmöglichkeit bietet, § 43 VwGO. Der weite Anwendungsbereich, der sich unter dem Begriff des Rechtsverhältnisses eröffnet, schließt die Feststellung des Bestehens eines rechtswidrigen Rechtsverhältnisses anhand der Regelungswirkungen der in Rede stehenden Verwaltungsakte nicht von vornherein aus.⁸

Die VwGO unterscheidet bei den Klagearten allerdings grundsätzlich dahingehend, ob die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts in Streit steht und hat hier in § 42 Abs. 1 VwGO

⁴ Eine Verweisung auf den identischen § 1 Abs. 4 VwVfG findet nicht statt, da § 1 Abs. 1 NVwVfG den § 1 VwVfG von der Verweisung ausnimmt.

⁵ BVerwG NVwZ-RR 1989, 337 (337).

⁶ *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Bände zur VwGO, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, § 113 Rn. 11.

⁷ Vgl. paradigmatisch die ständige Rechtsprechungslinie des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwGE 87, 23 (25).

⁸ *Glaser*, NJW 2009, 1043 (1044); ähnlich *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 262.

besondere Klagearten geschaffen, die in § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO zu Ende gedacht werden. Es ist wenig überzeugend, dass der zufällige Zeitpunkt der Erledigung den entscheidenden Unterschied für die statthafte Klageart machen soll.⁹ Zudem spricht der Wortlaut des § 43 Abs. 1 VwGO hiergegen. Neben dem Rechtsverhältnis erfasst Var. 3 auch den Verwaltungsakt als tauglichen Verfahrensgegenstand und zwar nur, wenn es um die Feststellung seiner Nichtigkeit geht – ein Fall, der ebenfalls unter Rechtsverhältnis hätte subsumiert werden können. Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit sieht die VwGO die Fortsetzungsfeststellungsklage vor, sodass die Begrenzung der Feststellung auf die Nichtigkeit des Verwaltungsakts als abschließend zu verstehen ist. Insoweit besteht im Hinblick auf die vorliegende Situation der Erledigung vor Klageerhebung eine planwidrige Regelungslücke,¹⁰ § 43 Abs. 1 Var. 3 VwGO e contrario.¹¹

b) Vergleichbare Interessenlage

Aus der Sicht eines Klägers tritt die Erledigung zufällig ein, sodass die Interessenslagen bei Erledigung sowohl vor als auch nach Klageerhebung gleichartig gelagert sind.

3. Zwischenergebnis

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist statthaft, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

III. Klagebefugnis

Die N-Partei müsste klagebefugt sein, § 42 Abs. 2 VwGO analog.

Die Klagebefugnis ist zwar ausdrücklich eine besondere Sachentscheidungsvoraussetzung nur für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Die Voraussetzung drückt jedoch zwei übergreifende Grundsätze des Rechtsschutzsystems der VwGO aus. Die Klagebefugnis schließt erstens durch das Erfordernis subjektiver Betroffenheit des Adressaten Popularklagen aus¹² und zweitens ist der verwaltungsprozessrechtliche Rechtsschutz repressiv ausgerichtet und steht einem vorbeugenden Rechtsschutz entgegen.¹³ Daher findet die Klagebefugnis auf alle Klagearten der VwGO ggf. analog Anwendung.

Die N-Partei ist klagebefugt, wenn sie geltend macht, möglicherweise durch die Maßnahmen in ihren subjektiven Rechten verletzt zu sein. Es genügt bereits die Möglichkeit, sodass die subjektive Rechtsverletzung der Klägerin durch die Verwaltungsakte nicht offensichtlich ausgeschlossen sein darf.¹⁴ Im Fall der Fortsetzungsfeststellungsklage geht es um die Möglichkeit einer in der Vergangenheit liegenden Verletzung.

Als Adressatin der belastenden Verfügungen kann die N-Partei potenzielle Verletzungen ihrer Betätigungsfreiheit und Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 und 2, Art. 3 Abs. 1 GG geltend machen. Zudem erscheint eine Verletzung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen.

Jedoch könnte eine Rechtsverletzung der N-Partei, insbesondere aus Art. 21 Abs. 1 GG, dadurch ausgeschlossen sein, dass ihre Verfassungsfeindlichkeit vom BVerfG festgestellt und sie von der Parteienfinanzierung ausgeschlossen wurde. Art. 21 Abs. 3 GG hat die Verfassungsfeindlichkeit allerdings als einen Ausnahmetatbestand ausgestaltet. Darauf aufbauend darf gegen eine Partei ausschließlich das Sanktionsinstrument des Ausschlusses von der staatlichen Finanzierung ergriffen werden. Im Übrigen ist die Unterscheidung zwischen verfassungswidrigen und verfassungsgemäßen Parteien und damit verbunden das Gebot, dass ein weiterreichendes administratives Einschreiten gegen den Bestand einer politischen Partei schlechthin ausgeschlossen ist, erhalten geblieben.¹⁵ Eine andere Auslegung würde zudem die hohen Anforderungen an ein Parteiverbot, die das Grundgesetz, aber auch die EMRK stellt, umgehen. Eine verfassungsfeindliche Partei darf zwar politisch bekämpft werden, aber auch sie soll – abgesehen von dem nunmehr möglichen Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung – in ihrer politischen Aktivität von jeder Behinderung frei sein, sodass der Verwaltung Grenzen gesetzt werden.¹⁶ Die Geltendmachung von Verletzungen subjektiver Rechte der N-Partei bleibt daher möglich.

Hinweis: Dieser Punkt kann auch in der Begründetheit angesprochen werden.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Als besondere Sachentscheidungsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage wird verlangt, dass die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit hat. Es genügt jedes schützenswerte Interesse rechtlicher, ideeller oder wirtschaftlicher Art.¹⁷ Aus dieser allgemeinen Maßgabe heraus haben sich für die Fortsetzungsfeststellungsklage im Laufe der Zeit mit erstens der Wiederholungsfahr, zweitens dem Rehabilitationsinteresse, drittens dem Präjudizinteresse und viertens der besonders schweren, anders nicht gerichtlich überprüfbaren Grundrechtsverletzung verschiedene Fallgruppen herausgebildet.¹⁸

Mit Blick auf die Abhängpflicht kommt das Rehabilitationsinteresse in Betracht. Ein derartiges Interesse besteht, wenn sich aus der angegriffenen Maßnahme eine Stigmatisierung des Betroffenen ergibt, die geeignet ist, sein Ansehen in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld herabzusetzen. Diese Stigmatisierung muss Außenwirkung erlangt haben und noch in der Gegenwart andauern.¹⁹ Hier wird die Pflicht zum

⁹ OVG Koblenz NJW 1982, 1301 (1302); *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow* (Fn. 8), § 43 Rn. 141.

¹⁰ Vgl. *Schenke*, NVwZ 2000, 1255 (1257).

¹¹ *Happ*, in: *Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 16. Aufl. 2022, § 43 Rn. 16.

¹² BVerwGE 121, 57 (59).

¹³ *Frenz*, *Öffentliches Recht*, 8. Aufl. 2019, Rn. 1045.

¹⁴ BVerwGE 117, 93 (95 f.).

¹⁵ BVerfGE 144, 20 (201); 164, 1 (12).

¹⁶ BVerfGE 144, 20 (201); 164, 1 (13).

¹⁷ BVerwGE 26, 161 (168).

¹⁸ BVerwGE 151, 179 (181); *Götz/Geis*, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 17. Aufl. 2022, § 25 Rn. 21.

¹⁹ BVerwGE 146, 303 (309).

Abhängen damit begründet, es lägen strafbare Inhalte vor. Es handelt sich auch um einen Vorgang, der für die Öffentlichkeit erkennbar ist, weil er im öffentlichen Raum stattfindet. Dies ist gegenüber N stigmatisierend. Insoweit hat N ein berechtigtes Interesse an der Klärung.

Hinweis: Daneben kann auch die Fallgruppe der schwerwiegenden Grundrechtseingriff, namentlich Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, herangezogen werden. Hingegen dürfte eine Wiederholungsfahrgefahr mangels Anzeichen ausscheiden.

Die Androhung der Ersatzvornahme als Teil der Vollstreckung des Grundverwaltungsakts hat dagegen keinen eigenständigen herabsetzenden Charakter und vertieft auch nicht eine etwaige Grundrechtsbeeinträchtigung. Bei der Androhung fehlt daher ein berechtigtes Interesse an einer Feststellung.

V. Vorverfahren

Die Frage, ob auch bei der Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung ein Vorverfahren durchzuführen ist, muss grundsätzlich anhand der Sinnhaftigkeit in Ansehung der Schutzzwecke dieses Verfahrens beurteilt werden.

Die Auseinandersetzung mit dieser Frage könnte in diesem Fall ausnahmsweise entfallen, sofern das Vorverfahren ohnehin unstatthaft ist. Der Bundesgesetzgeber hat die Möglichkeit eröffnet, Abweichungen per Gesetz von dem regelmäßig vor Klage vorgesehenen Vorverfahren zuzulassen, § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO.²⁰ Das Land Niedersachsen hat hiervon Gebrauch gemacht, § 80 Abs. 1 NJG. Dabei formuliert das Gesetz einen umgekehrten Regel-Ausnahme-Mechanismus zur VwGO.²¹ Grundsätzlich findet ein Vorverfahren vor Erhebung der Anfechtungsklage nicht statt. Für polizei- und ordnungsrechtliche Maßnahmen werden keine Ausnahmen in § 80 Abs. 2 NJG formuliert, sodass ein Vorverfahren entbehrlich ist.

VI. Klagefrist

Ob im Falle einer analogen Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO die Klagefrist aus § 74 VwGO zu beachten ist, erscheint zweifelhaft. Der rechtsstaatliche Grundsatz der Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes, der sich hinter einem Fristerfordernis verbirgt, liefe im Falle der Erledigung ins Leere. Auch sonstige aus der Rechtsstaatlichkeit hergeleitete Gesichtspunkte würden bei fehlender Regelungswirkung nicht greifen.²² Einer Entscheidung bedarf es in diesem Fall jedoch nicht. Die N-Partei hat am 10.10.2021 innerhalb der möglicherweise geltenden Monatsfrist aus § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO die Klage erhoben.

²⁰ Übersicht zu den einzelnen ausdifferenzierten landesrechtlichen Ausnahmen, siehe *Dolde/Posch*, in: Schoch/Schneider (Fn. 6), 27. Lfg., Stand: Oktober 2014, Rn. 14 f.

²¹ *Jochum*, in: Hartmann/Mann/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, Studienbuch, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 19 f.

²² *Hufen*, JuS 2000, 720 (720).

VII. Klagegegnerin

Die richtige Klagegegnerin ist nach Maßgabe des in § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO kodifizierten Rechtsträgerprinzips die Stadt G als Gebietskörperschaft. Die Ausnahme des § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 79 Abs. 2 NJG gilt in Niedersachsen nur für landesunmittelbare Behörden.²³

VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit der N-Partei folgt aus § 61 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 3 S. 2 PartG und § 62 Abs. 3 VwGO. Im Prozess wird sie durch den Vorsitzenden Y als gesetzlicher Vertreter vertreten.

Die Stadt ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts, § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Im Prozess ist sie fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen, sofern sie durch den Hauptverwaltungsbeamten vertreten wird, § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG.

IX. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Klage ist mit Blick auf die Abhängpflicht zulässig. In Bezug auf die Androhung der Ersatzvornahme ist sie mangels Fortsetzungsfeststellungsinteresses jedoch unzulässig.

B. Begründetheit der Klage (Abhängpflicht)

Die Klage ist begründet, soweit die Abhängpflicht rechtswidrig gewesen ist (I.) und die N-Partei in ihren Rechten verletzt hat (II.), § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

I. Rechtmäßigkeit der Abhängpflicht

Die Rechtmäßigkeit beurteilt sich danach, ob die Abhängpflicht auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht (1.), von der formell (2.) und materiell rechtmäßig (3.) Gebrauch gemacht wurde.

1. Ermächtigungsgrundlage

Belastende Maßnahmen bedürfen nach Maßgabe des Vorbehalts des Gesetzes zwingend einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage. Eine spezielle Regelung ist nicht ersichtlich, sodass allein die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel (§ 11 NPOG) in Betracht kommt.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Abhängpflicht müsste in formell rechtmäßiger Weise erlassen worden sein.

§ 11 NPOG erklärt die Polizei und die Ordnungsverwaltungsbehörden sachlich für zuständig. Dass bei der Verhütung von Straftaten nach § 1 Abs. 1 S. 3 NPOG²⁴ die Polizei nicht subsidiär zuständig ist, schließt die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden nicht aus, § 97 Abs. 1 NPOG.²⁵ Die örtliche

²³ Übersicht über landesunmittelbare Behörden des Landes Niedersachsen, *Jochum* (Fn. 21), Rn. 22.

²⁴ § 1 Abs. 1 S. 2 PolG NRW.

²⁵ *Weiner*, in: Möstl/Weiner, Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, Stand: 1.8.2022, NPOG § 97 Rn. 4.

Zuständigkeit trifft die Behörde, in deren Bezirk die zu schützende Interessen verletzt oder gefährdet werden, § 100 Abs. 1 S. 2 NPOG. Die Ordnungsbehörde der Stadt G ist daher sachlich und örtlich zuständig.

Etwaige Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich. Insbesondere hat telefonisch eine Anhörung stattgefunden, § 28 Abs. 1 VwVfG.

Ein Verwaltungsakt ergeht grundsätzlich formfrei, § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG, sodass ein mündlicher Erlass möglich ist. Hier wurde der mündliche Verwaltungsakt elektronisch via E-Mail bestätigt, nachdem Y im Gespräch verlangt hat, der Vorgang müsse „verschriftlicht“ werden, § 37 Abs. 2 S. 2 VwVfG. Ein elektronischer Verwaltungsakt ist auf unverzügliches Verlangen schriftlich zu bestätigen, sofern ein Interesse an der Bestätigung besteht, § 37 Abs. 2 S. 3 VwVfG. Hier hat aber Y nach Erhalt der E-Mail nicht unverzüglich eine schriftliche Bestätigung verlangt. Das Verlangen nach Verschriftlichung im Anschluss an das Telefonat kann zudem auch nicht als Verlangen *nur* nach Schriftform gedeutet werden. Vielmehr lässt es sich nach Maßgabe eines objektiven Empfängerhorizonts in erster Linie als Aufforderung verstehen, eine verschriftlichte Fassung der Verfügung zu erhalten, die auch elektronisch übermittelt werden kann. Schließlich wurde die Verfügung mit einer entsprechenden Begründung versehen. Insofern liegen auch keine Formfehler vor.

Die nach § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG auch bei einem elektronisch bestätigten Verwaltungsakt erforderliche Begründung liegt vor.

Die Abhängpflicht erging in formell rechtmäßiger Weise.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Abhängpflicht ist in materiell rechtmäßiger Weise erlassen worden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und von der vorgesehenen Rechtsfolge fehlerfrei Gebrauch gemacht wurde.

a) Tatbestand

Nach der Generalklausel können die Polizei- und die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.

aa) Gefahr

Die Gefahr bedeutet 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, § 2 Nr. 1 NPOG.²⁶

bb) Öffentliche Sicherheit

Öffentliche Sicherheit umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und das Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der

Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen.²⁷ In Betracht kommt hier die Unversehrtheit der Rechtsordnung, namentlich ein Verstoß gegen die Strafrechtsbestimmung des § 130 StGB.

Hinweis: Daneben kann auch der Straftatbestand des Öffentlichen Aufforderns zu Straftaten in Betracht nach § 111 StGB, vgl. OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1718).

Fraglich ist zunächst mit Blick auf die Meinungsfreiheit der N-Partei aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, ob der Sinn der Äußerung auf dem Plakat seitens der Stadtverwaltung zutreffend erfasst wurde.²⁸ Nach der Rechtsprechung des BVerfG umfasst die Meinungsfreiheit auch überspitzte und polemische Formen der Kritik und findet ihre Grenze allein in den allgemeinen Gesetzen, insbesondere den Strafgesetzen, die keine Meinung als solche verbieten, sondern dem Rechtsgüterschutz dienen.²⁹ Die Maßnahmen der Stadtverwaltung gegen die N-Partei betreffen Verbote der Verbreitung der Plakate. Das Verbot knüpft an den Inhalt an und berührt daher die Meinungsfreiheit.

Die Stadtverwaltung legt ihrer Entscheidung die Deutung zugrunde, dass das Wahlplakat den Tod von Anhängern einer bestimmten politischen Richtung fordere. Dabei verlangt die Meinungsfreiheit nicht, bei der Deutung einer Aussage, die subjektive Absicht des Äußernden oder Betroffenen zugrunde zu legen. Vielmehr geht es um den objektiven Sinn, den die Äußerung bei einem unvoreingenommenen und verständigen Publikum hat.³⁰ Sofern es sich um eine nach diesem Maßstab mehrdeutige Äußerung handelt, darf der Äußerung eine sanktionierte Bedeutung nur dann beigemessen werden, wenn zuvor alle in Betracht kommenden sanktionslosen Bedeutungen mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen wurden.³¹

Die Deutung der Stadtverwaltung muss aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums anhand der Gesamtheit der vorliegenden Umstände des Einzelfalls als eindeutig qualifiziert werden. Dies ist der Fall, wenn Umstände, die für einen eindeutigen Sinngehalt sprechen, jene Umstände, die die Annahme eines mehrdeutigen Sinngehalts rechtfertigen, in den Hintergrund drängen.

Für die Mehrdeutigkeit des auf dem Plakat enthaltenen Sinngehalts könnte sprechen, dass die Parteien unter der gleichen Farbe identifiziert werden. Zudem findet sich am unteren Ende des Plakats der Hinweis, dass es um das Aufhängen von Plakaten der N-Partei gehe.³²

Für die Eindeutigkeit des von der Stadtverwaltung zugrunde gelegten Sinngehalts spricht dagegen, dass die überwiegende Mehrheit den kleinen Schriftzug zum Aufhängen der Plakate der N-Partei wegen der Größe nicht wahrnehmen wird. Das Format des Plakats wird vom Beobachter gerade

²⁷ OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1718).

²⁸ Vgl. zur Maßgabe BVerfGE 94, 1 (9).

²⁹ BVerfG NJW 2009, 3505 (3505).

³⁰ BVerfGE 93, 266 (295).

³¹ OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).

³² OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).

²⁶ Das Land Niedersachsen hat die unterschiedlichen Gefahrenbegriffe aus der Rechtsprechung per Legaldefinition in den Gesetzestext aufgenommen.

nicht detailgetreu studiert, sondern nur flüchtig gelesen.³³ Es ist anzunehmen, dass der überwiegende Teil aus dem Kreis der Beobachter das Plakat lediglich anhand des dominierenden Schriftzugs „HÄNGT DIE ORANGENEN“ deuten wird. Der durchschnittliche Plakatbetrachter wird den Schriftzug nur auf die Mitglieder der wesentlich bekannteren Partei „Die Orangenen“, nicht aber auf weitere orange eingefärbte Plakate der N-Partei selbst beziehen. Die Aufforderung zum Aufhängen von Plakaten ist ohne die kleingedruckte Erläuterung als Mittel des Wahlkampfes nicht naheliegend.³⁴ Typischerweise wird das Anbringen von Wahlplakaten regelmäßig als „Plakate kleben“ oder „Plakate aufhängen“ bezeichnet, dagegen nicht als „hängen“ und in Verbindung mit einer Farbbezeichnung verwendet.³⁵ Die Formulierung, jemanden „zu hängen“, versteht sich bei verständiger Beobachtung, jemanden aufzuhängen oder in einem übertragenen Sinn die betroffene Person in sonstiger Weise zu schädigen oder herabzuwürdigen.³⁶

Bessere Gründe sprechen für den von der Stadtverwaltung zugrunde gelegten Sinn, der den Tod von Anhängern einer bestimmten Richtung fordert. Damit erfüllen die Plakate den objektiven Tatbestand des § 130 Abs. 1 StGB. Eines Vorsatzes oder einer Schuld bedarf es im Gegensatz zum Strafrecht im präventiv ausgerichteten Polizeirecht nicht.

Eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit liegt vor.

cc) Öffentliche Ordnung

Fraglich ist, ob auch ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung angeführt werden kann, um Meinungsinhalte oder Äußerungen im politischen Wettbewerb zu beschränken.

Die öffentliche Ordnung umfasst die Gesamtheit ungeschriebener Regeln, 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.³⁷ Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist dagegen ein Recht, das auch auf den Schutz von Minderheiten gerichtet ist. Diese zentrale Stoßrichtung des Schutzbereichs würde vollständig unterlaufen werden, wenn die Ausübung dieses Grundrechts unter den Vorbehalt gestellt wird, dass die geäußerten Meinungsinhalte herrschenden sozialen oder ethischen Auffassungen nicht widersprechen.³⁸

Eine Beschränkung der Meinungsfreiheit kann nicht tatbestandlich auf den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gestützt werden.

b) Störerauswahl

Die N-Partei ist als Verhaltensstörerin i.S.d. § 6 NPOG³⁹ richtige Adressatin.

c) Rechtsfolge

§ 11 NPOG stellt ein Handeln der Verwaltungsbehörde grundsätzlich in ihr Ermessen. Der Maßstab der gerichtlichen Nachprüfung reduziert sich auf die gesetzlichen Grenzen des Ermessens, sog. Ermessensfehler, § 114 S. 1 VwGO.⁴⁰

Zu differenzieren ist zunächst zwischen den Ebenen der Entschließung und der Auswahl.⁴¹

Fraglich ist, ob hier das Ermessen in Bezug auf die Entschließung zu einem Einschreiten ermessensfehlerhaft war. Die Stadtverwaltung war der Auffassung, dass sie keine andere Wahl hatte, als einzuschreiten. In Betracht kommt der Fehlertypus eines Ermessensnichtgebrauchs (Ermessensausfalls). Die Ausübung des Ermessens stellt eine Pflicht der Behörde dar. Verkennt die Behörde ihren Ermessensspielraum, indem sie überhaupt keine Ermessenserwägungen anstellt, handelt sie grundsätzlich rechtswidrig.⁴²

Der Ermessensnichtgebrauch wäre ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn die Behörde in rechtlicher Hinsicht wirklich keine andere Wahl hatte. Das Ermessen kann im Einzelfall auf null reduziert sein, sodass nur das konkrete Einschreiten sich als rechtmäßig herausstellt.⁴³ Ob eine solche Ermessensreduzierung vorliegt, ist anhand einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls und des Zwecks der Ermessen einräumenden Vorschrift im Wege einer umfassenden Wertung zu ermitteln.⁴⁴

Kriterien können hierbei im Ordnungsrecht die Wertigkeit des bedrohten Rechtsguts, die Intensität der Gefahr und die Folgen eines behördlichen Einschreitens, aber auch die Ausgestaltung des jeweiligen Rechtsgebiets sein.⁴⁵ Hier hat sich die Gefahr für die öffentliche Sicherheit bereits realisiert. Mit Blick auf den Straftatbestand der Volksverhetzung geht es um einen Verstoß gegen ein Rechtsgut von erheblichem Gewicht, der weiterhin andauert. Hinzu tritt die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates gegenüber den Anhängern der Partei „Die Orangenen“ als betroffenes Rechtsgut, die hier zugunsten eines Einschreitens streitet. Diese Erwägungen erbringen in diesem Einzelfall die Rechtfertigung zur Annahme des Ausnahmetatbestandes der Ermessensreduzierung auf null.

Hinweis: Wertungsfragen in öffentlich-rechtlichen Klausuren verlangen bei der Bearbeitung eine Argumentation,

³³ OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).

³⁴ OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).

³⁵ OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).

³⁶ OVG Bautzen NVwZ 2021, 1717 (1719).

³⁷ BVerfGE 69, 315 (352).

³⁸ BVerfGE 111, 147 (156). Insofern besteht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wertungsmäßig eine Parallele zur Einschränkungsmöglichkeit der Versammlungsfreiheit durch den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, vgl. BVerfGE 69, 315 (353); Schröder, GRZ 2021, 12 (13).

³⁹ Art. 7 BayPAG; § 6 BWPoIG; § 4 PoIG NRW; § 17 OBG NRW.

⁴⁰ Wolff (Fn. 8), § 114, Rn. 80 ff.

⁴¹ Götz/Geis (Fn. 18), § 16, Rn. 6.

⁴² Schübel-Pfister, in: Eyermann (Fn. 11), § 114 Rn. 17.

⁴³ OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.2.2022 – 1 LA 153/20, Rn. 18 f.

⁴⁴ Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, VwGO § 114 Rn. 21; vgl. bereits BVerfGE 11, 95 (97).

⁴⁵ Götz/Geis (Fn. 18), § 16 Rn. 6.

die plausibel und im Ansatz auf die Angaben im Sachverhalt zurückführbar ist. Sie sind in der Regel ergebnisoffen ausgestaltet, sodass eine andere Auffassung vertretbar ist. Beim Vorliegen eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist zu beachten, dass die Anforderungen zur Durchbrechung des Regelfalls hoch sind und deshalb ein entsprechender Begründungsaufwand im Gutachten erforderlich wird.⁴⁶

Fehler auf der Ebene der Ermessensauswahl sind im Hinblick auf die Mittel zur Gefahrenabwehr und der Störer dagegen nicht ersichtlich. Insbesondere erscheint eine Vorgabe, die bloß eine Veränderung der äußerlichen Gestaltung der aufgehängten Plakate verlangt, angesichts der das gesamte Plakat betreffenden Gestaltung nicht in gleicher Weise unkompliziert umsetzbar. Auch im Übrigen sind keine Anzeichen für einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus § 4 NPOG⁴⁷ erkennbar. Eine Ermessensüberschreitung lag somit nicht vor.

4. Zwischenergebnis

Die Abhängpflicht war rechtmäßig.

II. Subjektive Rechtsverletzung

Der Eingriff in die subjektiven Rechte der N-Partei durch die Abhängpflicht war gerechtfertigt, sodass die N-Partei nicht in ihren Rechten verletzt wurde.

C. Endergebnis

Die Klage ist teilweise zulässig, aber insoweit nicht begründet. Daher wird sie insgesamt keinen Erfolg haben.

D. (Hilfsweise) Begründetheit im Hinblick auf die Androhung der Ersatzvornahme

Es ist möglich, die Voraussetzungen der Androhung der Ersatzvornahme im Wege eines Hilfsgutachtens zu prüfen. Die Schriftlichkeit der Androhung, § 70 Abs. 1 S. 1 NPOG, hat nur „möglichst“ zu erfolgen, sodass ihr Fehlen nicht zur Rechtswidrigkeit führen dürfte.⁴⁸ Im Übrigen sind im Sachverhalt keine weiteren Anhaltspunkte niedergelegt, die an der Rechtmäßigkeit der Androhung zweifeln lassen.⁴⁹ Da gerade der Sachverhalt die weiteren Fragen nicht aufwirft, kann auf ein Hilfsgutachten verzichtet werden.

⁴⁶ Vgl. Schwarz (Fn. 44), VwGO § 114 Rn. 21.

⁴⁷ Art. 4 BayPAG; § 5 BWPoG; § 2 PoG NRW; § 15 OBG NRW.

⁴⁸ Heinemann, in: Möstl/Weiner (Fn. 25), NPOG § 70 Rn. 2.

⁴⁹ Vgl. die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen, angemessene Frist (§ 70 Abs. 1 S. 2 NPOG), Verbindung mit dem Verwaltungsakt (§ 70 Abs. 2 NPOG).