

Übungsfall: Laserkampf

Von Prof. Dr. Uwe Kischel, LL.M. (Yale), Greifswald*

Die nachfolgende Klausurlösung in einem Fall auf Examensniveau nimmt für sich in Anspruch, konsequent und Wort für Wort realistisch zu sein. Das heißt, sie ist exakt so geschrieben, wie es von einem hervorragenden Kandidaten im Staatsexamen erwartet wird. Anders als sonst oft üblich, wurden zu diesem Zweck alle lehrbuchhaften oder didaktischen Ausführungen – gerade auch bei Streitständen oder an sonst schwierigen Stellen – ebenso vermieden wie eine sprachliche Glättung in Richtung auf einen wissenschaftlichen Aufsatz. Damit soll fortgeschrittenen Studenten bei einer Reihe von Problemen geholfen werden, die typischerweise in der Examensvorbereitung auftreten, wie etwa:

- die gekürzte Darstellung von Problemen im Hinblick auf die richtige Schwerpunktsetzung;
- die Abwägung wann – und vor allem wie – vom klassischen Gutachtenstil abgewichen werden kann, der an vielen Stellen zu Überlängen und damit fehlerhafter Gewichtung führen würde;
- die gedrängte, aber möglichst inhaltsreiche Ausführung eines Streitstandes mit Hilfe bekannter Stichworte und Argumentationsmuster;
- das tatsächlich vom Prüfer erwartete Maß an dogmatischer Vertiefung.

Probleme dieser Art werden den Kandidaten meist erst bewußt, wenn sie die Grundlagen des Gutachtenstils schon hinreichend beherrschen. Ihre Lösung läßt sich dann aber klassischen Lehrbüchern oder didaktisch aufbereiteten Falllösungen kaum oder nur in sehr abstrakter Form entnehmen. Ergänzend wurde die Lösung mit typographisch abgesetzten Einschüben versehen, die vor allem Aufbauprobleme erläutern. Zusätzlich finden sich kurze Fußnoten zur Nacharbeitung zentraler Problempunkte.

Sachverhalt

Der rührige Geschäftsmann O ersteht in Greifswald eine alte Lagerhalle mit 400 m² Fläche, die von außen nicht eingesehen werden kann.

In dieser Halle möchte O das „Quasar“-Spiel anbieten. Die Spieler werden dabei jeweils mit einem Sende- und einem Empfangsgerät ausgestattet. Mit dem Sendegerät, das wie eine Maschinenpistole aussieht, wird auf die Mitspieler gezielt. Diese tragen eine Weste, die mit Empfangsgeräten im Brust und Rückenbereich ausgestattet ist. Dadurch wird es möglich festzustellen, ob ein Mitspieler getroffen wurde. Jeder Spieler startet mit einem Punktekonto von 30 Punkten. Für jeden Treffer erhält der Schütze einen Punkt, wird er selbst getroffen, erhält er einen Punkt Abzug. Ziel des Spieles

ist es, möglichst viele Punkte zu bekommen. Die Spieler, deren Punktekonto weniger als 10 Punkte aufweist, scheidet aus dem Spiel aus, es sei denn, sie laden ihr Sendegerät an einer dafür vorgesehenen Ladestation auf. Das Spiel wird von den Spielern als deutlich spannender empfunden als Spiele vor dem Bildschirm und ist ein großer Renner.

Im Inneren der Halle läßt O durch die Greifswalder Firma Pommern-Bau mit Hilfe von Stahlträgern, Mauern und Stellwänden ein futuristisches Labyrinth errichten, das als Austragungsort für das Spiel dient. Anfang März ist es so weit: O öffnet die Halle unter dem Namen Laser-Hall. Der Zutritt wird auf Personen über 18 Jahren beschränkt.

Durch Beschwerden von drei Greifswalder Bürgern erfährt die Verwaltung in Gestalt des Oberbürgermeisters der Stadt Greifswald erstmals am 16. März 2007, was in der Halle vor sich geht. Der Oberbürgermeister erläßt nach ordnungsgemäßer Anhörung gegenüber O einen Bescheid mit im Kern folgendem Wortlaut:

„Ihnen wird untersagt, in Ihrer Betriebsstätte Spielabläufe zu ermöglichen bzw. zu dulden, die durch ein gezieltes Beschießen von Menschen mittels Laserstrahl oder sonstiger technischer Einrichtungen ein Töten von Menschen simulieren.“

Zur Begründung führt die Behörde aus, daß es nicht angehe, in Greifswald Krieg zu simulieren. Dadurch würden Gewalt und Tötungen verharmlost, was den Wertvorstellungen der Bevölkerung und der grundgesetzlich verankerten Menschenwürde grob zuwiderlaufe und eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle. Dem allgemeinen Sittenverfall könne nicht zugehört werden und dringendes Handeln sei erforderlich.

O fühlt sich vor den Kopf gestoßen. Ärgerlich sei der inflationäre Rekurs auf das Konzept der Menschenwürde. Aus zahlreichen Besuchen der Szenekneipe „École de Francfort“ während seiner Studienzeit weiß O, daß hierauf einige tausend Jahre Philosophiegeschichte lasten. Eine Anwendung auf den Einzelfall sei daher zwangsläufig von den subjektiven Vorstellungen des Anwenders abhängig. Außerdem habe sich das deutsche Parlament inzwischen gegen ein Verbot solcher Spiele ausgesprochen. Denn die SPD-Fraktion habe im Jahr 1995 einen Gesetzesentwurf zum Verbot solcher Spiele eingebracht, dieser sei aber nach einer ablehnenden Beschlußempfehlung im Wirtschaftsausschuß nicht weiter verfolgt worden (Anmerkung: von der Richtigkeit dieser Tatsachen ist bei der Lösung auszugehen). Deshalb könne man nicht davon ausgehen, daß das deutsche Parlament der Ansicht sei, die Spiele müßten unterbunden werden.

Mit dieser Begründung legt O am 11. April 2007 Widerspruch ein. Dieser wird vom Oberbürgermeister der Stadt Greifswald am 18. Juli 2007 mit folgendem Wortlaut abschlägig beschieden: „Auch unter vollster Berücksichtigung der von Ihnen vorgebrachten Argumente kommen wir zu keinem anderen Ergebnis. Im übrigen verweisen wir auf die Begründung im Ausgangsbescheid. Gegen diese Entscheidung kann bei dem Verwaltungsgericht Greifswald [...] Klage

* Prof. Dr. Uwe Kischel, LL.M. (Yale), attorney-at-law (New York), Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Nordosteuropa) - Mercator-Stiftungslehrstuhl, Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald; der Verfasser dankt seiner früheren Mitarbeiterin, Dr. Bärbel Sachs, und seinem Mitarbeiter Martin Dietz für die wertvollen Vorarbeiten.

erhoben werden. [...]“ Dieser Bescheid wurde dem O am 20. Juli 2007 zugestellt.

O ist erbost. Er will geklärt haben, ob ein solches Verhalten zulässig ist oder nicht. Deshalb bittet er seine Anwältin, die Erfolgsaussichten einer entsprechenden Klage zu prüfen.

Bearbeitervermerk: Baurechtliche und europarechtliche Vorschriften sind nicht zu prüfen.

Lösung

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisungen richtet sich der Rechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. dieser Norm liegt vor, da die streitentscheidenden Normen – hier solche des SOG M-V – allein den Staat als solchen berechtigen oder verpflichten und damit nach der Sonderrechtstheorie öffentlich-rechtlicher Natur sind. Der Streit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da hier keine Verfassungsorgane über ihre verfassungsmäßigen Rechte oder Pflichten streiten. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO. Hier wendet sich der O gegen die Untersagungsverfügung, die als hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung einen Verwaltungsakt i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG M-V darstellt. Statthafte Klageart ist daher die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO.

III. Klagebefugnis

Als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist O auch klagebefugt i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO.

IV. Vorverfahren

O hat form- und fristgemäß Widerspruch eingelegt und damit das Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO eingehalten.

V. Form und Frist

O muß gemäß § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO die Klage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides am 20. Juli 2007 erheben.

VI. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 14 Abs. 2 AGGerStrG M-V der Oberbürgermeister der Stadt Greifswald.

VII. Beteiligten- und Prozeßfähigkeit

O ist als natürliche Person gem. §§ 61 Nr. 1, 1. Alt., 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozeßfähig, der Oberbürgermeister der Stadt Greifswald gem. §§ 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. 14 Abs. 1 AGGerStrG M-V, 62 Abs. 3 VwGO, vertreten durch den Behördenleiter.

Die Klage ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO ist die Klage begründet, wenn der VA rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt. Die Untersagungsverfügung müßte also zunächst rechtswidrig gewesen sein.

I. Ermächtigungsgrundlage

1. § 15 Abs. 2 S. 1 GewO

Als Ermächtigungsgrundlage kommt zunächst § 15 Abs. 2 S. 1 GewO in Betracht.

a) Gewerbe

Dann müßte das Betreiben des Quasar-Spiels ein Gewerbe darstellen. Gewerbe ist jede selbständige, erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit mit Ausnahme von Urproduktion, freien Berufen und der bloßen Verwaltung eigenen Vermögens.

aa) Selbstständige Tätigkeit

Beim Betreiben des Quasar-Spiels war O selbständig tätig, da er nicht in persönlicher Abhängigkeit oder Weisungsgebundenheit von einer anderen Person handelte.

bb) Erlaubte Tätigkeit

Die Tätigkeit müßte aber auch erlaubt gewesen sein. Erlaubt ist eine Tätigkeit, die mit der Rechtsordnung in Einklang steht, d.h. nicht generell verboten ist. Generell verboten ist eine Tätigkeit jedenfalls dann, wenn sie die Voraussetzungen eines Straf- oder anderen Verbotsgesetzes erfüllt.¹ Ein Gesetz, das das Laserspiel verbietet, ist hier nicht ersichtlich. Das Spiel könnte aber als nicht erlaubt gelten, wenn es sozial unwertig wäre, also den allgemein anerkannten sittlichen und moralischen Wertvorstellungen zuwiderliefe. Darauf kommt es aber nur an, wenn sozial unwertige Tätigkeiten überhaupt mangels Erlaubtheit aus dem Gewerbebegriff herausfallen.

Hinweis: In diesem Prüfungsaufbau liegt ein Abweichen von den Gepflogenheiten des Gutachtenstils insofern, als üblicherweise zunächst eine Subsumtion unter die verschiedenen Ansichten verlangt wird, um dann festzustellen, ob diese zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Nur bei unterschiedlichen Ergebnissen ist es zulässig, der einen oder anderen Meinung mit entsprechender Begründung den Vorzug zu gewähren. Dieses übliche Vorgehen würde hier allerdings dazu führen, daß bereits an dieser Stelle das Problem des Art. 1 Abs. 1 GG ausführlich anzusprechen wäre. Die Arbeit würde damit „kopflastig“. Das Argument der Kopflastigkeit eines Prüfungsaufbaus ist letztlich zwar mehr ästhetischer als sachlicher Natur, wird hier jedoch dadurch zusätzlich gestützt, daß die einschlägigen Probleme jedenfalls noch an anderer Stelle zu behandeln sind. Auch würde eine Erör-

¹ Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, S. 190.

terung der Menschenwürde an dieser Stelle gegebenenfalls dazu führen, daß der gewerberechtliche Grundlagenstreit über den Begriff des Erlaubtseins nicht ausgeführt werden könnte. Entscheidend ist aber letztlich, daß der übliche und in so gut wie allen Fällen zwingende Aufbau von Meinungsstreitigkeiten vor allem einem praktischen Zweck dient. Er soll nämlich verhindern, daß der Jurist sich ausführlich mit einem abstrakten Meinungsstreit beschäftigt, auf den es ausweislich einer kurzen Subsumtion letztlich gar nicht ankommt. Es geht also darum, überflüssige Arbeit zu ersparen. Der vorliegende Fall ist jedoch insofern gänzlich ungewöhnlich gelagert, als die Subsumtion – d.h. die ausführliche Diskussion des Menschenwürdearguments – letztlich sehr viel aufwendiger wäre als eine schlichte Entscheidung des Streits gerade auch im Hinblick auf das Ergebnis der herrschenden Meinung. Der Sinn der üblichen Gutachtenregel spricht also hier ganz ausnahmsweise dafür, sie nicht anzuwenden.

Dafür spricht,² daß eine solche Auffassung der Funktion des Merkmals „Erlaubtheit“ entspricht, das gerade bestimmte Verhaltensweisen aus dem Gewerberecht verbannen soll. Zudem ermöglicht das Merkmal der sozialen Unwertigkeit eine klare Abgrenzung zwischen Gewerberecht und allgemeinem Polizeirecht. Denn das allgemeine Polizeirecht wird immer dann anwendbar, wenn die Voraussetzungen des Gewerbebegriffs nicht erfüllt sind. Für eine weite Definition des „Erlaubtseins“ spricht weiterhin, daß auf diese Weise auch Tätigkeiten erfaßt werden können, die insbesondere gegen geltendes Verfassungsrecht verstoßen. Schließlich kann nicht erwartet werden, daß der Gesetzgeber vollständig das Erlaubtsein aller denkbaren, insbesondere auch ganz neuen Tätigkeiten abschließend regelt.

Gegen einen Ausschluß sozialschädlicher Tätigkeiten aus dem Gewerbebegriff spricht hingegen,³ daß hier auf einen schwer zu bestimmenden moralischen Maßstab abgestellt wird. So ist etwa schon unklar, auf die Meinung welcher etwa geographischen oder soziologischen Bevölkerungsschichten für die Beurteilung abzustellen sein soll. Die Bestimmung der rechtlich verbindlichen Maßstäbe für das Handeln der Bürger ist aber in der Demokratie allein Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und kann nicht einer gesetzlich kaum gelenkten Entscheidung der Rechtsprechung überlassen werden. Auch die Systematik der GewO spricht gegen den Ausschluß sozialschädlicher Tätigkeiten, da zumindest § 33a Abs. 2 Nr. 2 GewO einen Fall der Sittenwidrigkeit im Anwendungsbereich der Gewerbefreiheit kennt. Schließlich entspricht ein Zurückweisen des vagen Maßstabs der Sozialschädlichkeit der weithin anerkannten Rechtslage beim Be-

rufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG,⁴ dessen teilweiser Ausfüllung der Gewerbebegriff schließlich dient.

Auf eine eventuelle soziale Unwertigkeit der Tätigkeit kommt es daher hier nicht an. Eine erlaubte Tätigkeit liegt vor.

cc) Weitere Voraussetzungen

O betreibt das Quasar-Spiel auch in der Absicht, einen Gewinn zu erzielen. Das Betreiben des Spiels ist weder ein Fall der Urproduktion noch Ausübung eines freien Berufs, noch bloße Nutzung oder Verwaltung eigenen Vermögens.

Das Betreiben des Spiels stellt damit ein Gewerbe dar.

b) Genehmigungsbedürftigkeit

Das Gewerbe müßte auch genehmigungsbedürftig sein.

aa) §§ 33c, 33d GewO

Die Genehmigungsbedürftigkeit könnte sich aus §§ 33c, 33d GewO ergeben. Dann müßte es sich um Spielgeräte oder andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit handeln. Unter Gewinn sind Geld oder Sachpreise zu verstehen, wobei der erzielbare Gewinn im Wert über dem jeweiligen Einsatz liegen muß. Hier ermöglichen die Treffer den Teilnehmern des Quasar-Spiels nur weiterzuspielen, selbst wenn sie einmal getroffen wurden. Ein Geld- oder Sachpreis liegt damit nicht vor.

bb) § 33i GewO

Das Quasar-Spiel stellt ein Unterhaltungsspiel ohne Gewinnmöglichkeit i.S.v. § 33i GewO dar und könnte deshalb genehmigungsbedürftig sein. Die Norm verlangt jedoch zusätzlich eine Aufstellung des Spiels. Aufgestellt werden können aber vom Wortsinn her nur stationäre Geräte, zu denen die Laserpistolen nicht zählen. Die gesamte Halle ist zwar stationär, aber als Gebäude vom Wortsinn her kein „Gerät“. Die Voraussetzungen des § 33i GewO sind nicht erfüllt.

Mangels Genehmigungsbedürftigkeit des Spiels ist § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO keine geeignete Ermächtigungsgrundlage.

2. § 35 GewO

§ 35 GewO kommt als Ermächtigungsgrundlage für die Untersagungsverfügung schon deshalb nicht in Betracht, weil die Untersagung hier nicht deshalb erging, weil der O unzuverlässig gewesen wäre, also keine Gewähr dafür geboten hätte, daß er in Zukunft sein Gewerbe ordnungsgemäß ausüben würde.

3. §§ 13, 16 SOG M-V

Als Ermächtigungsgrundlage kommt weiterhin die polizeirechtliche Generalklausel in Betracht.

² Für die einschlägigen Argumente vgl. u.a. *Kahl*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), *Gewerbeordnung, Kommentar*, Einleitung Rn. 38; *Ruthig/Storr*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2005, § 3 Rn. 148 f.

³ Für die einschlägigen Argumente vgl. *Schliesky* (Fn. 1), S. 190.

⁴ Vgl. hierzu auch *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte, Staatsrecht II*, 23. Aufl. 2007, § 21 Rn. 810.

a) Sperrwirkung der Gewerbeordnung?

Die Anwendung des Polizeirechts könnte jedoch deshalb gesperrt sein, weil hier ein Gewerbe vorliegt und deshalb grundsätzlich der Anwendungsbereich der Gewerbeordnung eröffnet ist. Allerdings wird nicht der Betrieb des Quasar-Spiels gänzlich untersagt, sondern nur bestimmte Spielabläufe. Solange aber nicht die Ausübung eines Gewerbes als solches in Frage steht, sondern lediglich Art und Weise der Gewerbeausübung beschränkt werden sollen, kann ohne Verstoß gegen § 1 GewO auf der Grundlage des Polizei- und Ordnungsrechts gegen einzelne Erscheinungsformen der Gewerbeausübung vorgegangen werden.⁵

Hinweis: Denkbar, aber in einer Klausur keinesfalls zu erwarten, wäre zusätzlich ein Eingehen auf eine mögliche Sperrwirkung des § 131 StGB oder der §§ 6 ff. JuSchG, die jedoch jeweils abzulehnen wäre.

b) Spezialgesetz statt Generalklausel erforderlich?

Hinweis: Der folgende Streit wird in der allgemeinen Literatur zum Polizei- und Ordnungsrecht – zu recht – so gut wie nicht behandelt. Er wird jedoch im Zusammenhang gerade mit Fällen der vorliegenden Art immer wieder einmal angesprochen.

Im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG könnte allerdings bezweifelt werden, ob eine bloße Generalklausel wie §§ 13, 16 SOG M-V eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage darstellt⁶. Dagegen spricht, daß der Gesetzgeber durch den Gesetzesvorbehalt aufgerufen ist, sich Gedanken über die konkrete Lebenssituation zu machen und diese in konkret auf bestimmte Fälle zugeschnittenen Fachgesetzen niederzulegen. Das könnte insbesondere dann gelten, wenn – wie hier – ein mit Wertungen und möglicherweise unterschiedlichen Weltanschauungen aufgeladener Konflikt zu lösen ist. Generalklauseln wären dadurch zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, dürften aber nur in Fällen verwendet werden, in denen auf Grund fehlender Typizität oder Erfahrung dem Gesetzgeber eine Regelung noch nicht zuzumuten wäre. Gerade Fälle wie das Laserspiel sind aber – so könnte argumentiert werden – in den letzten Jahren gehäuft und typisch aufgetreten, so daß der Gesetzgeber ohne weiteres die Gelegenheit hatte, hier mit einem Spezialgesetz – insbesondere in der Gewerbeordnung – einzugreifen.

Dem ist schon im Grundsatz entgegenzuhalten, daß das notwendige flexible Eingreifen der Verwaltung im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der möglichen Sachverhaltskonstellationen nur durch einen Rückgriff auf die polizeirechtliche Generalklausel gewährleistet werden kann. Selbst wenn man sich auf die Gegenmeinung einließe, wäre zudem deren faktische Einschätzung keinesfalls gesichert: Laserspiele müssen nicht zwingend als schon besonders verbreitet angesehen werden. Die bestehende Unsicherheit bei der Bewertung

dieser tatsächlichen Frage zeigt zudem, daß das von der Gegenmeinung aufgestellte Abgrenzungskriterium in der Praxis ungeeignet ist. Auch greift die Gegenansicht intensiv in den Entscheidungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein. Sie will dem Gesetzgeber nicht zugestehen, die Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Regelung eigenständig und unkontrolliert zu bewerten, sich gegebenenfalls noch einen längeren Beobachtungsspielraum zuzugestehen oder das Landesrecht in Form der polizeirechtlichen Generalklausel für ausreichend zu halten. Das gilt um so mehr, als der Gesetzgeber über die Spezialnorm des § 33i GewO bereits eine ganze Reihe von ähnlich gelagerten Fällen spezialgesetzlich erfaßt hat.

Die polizeirechtliche Generalklausel ist damit als hinreichende Ermächtigungsgrundlage anzusehen; eine besondere gesetzliche Regelung ist darüber hinaus nicht erforderlich.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Sachlich zuständig ist gem. § 4 Abs. 2 SOG M-V die örtliche Ordnungsbehörde, also gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 SOG M-V für die kreisfreie Stadt Greifswald der Oberbürgermeister. Örtlich zuständig ist nach § 5 Abs. 1 SOG M-V die Ordnungsbehörde, in deren Bezirk die zu schützenden Interessen verletzt oder gefährdet werden, hier also der Oberbürgermeister der Stadt Greifswald.

2. Verfahren und Form

Verfahrensbedenken bestehen nicht; insbesondere wurde eine Anhörung nach § 28 VwVfG M-V laut Sachverhalt ordnungsgemäß durchgeführt. Ebenso liegt eine hinreichende Begründung i.S.v. § 39 VwVfG M-V vor.

Die Untersagungsverfügung ist mithin formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. §§ 13, 16 SOG M-V

a) Öffentliche Sicherheit

Nach §§ 13, 16 SOG M-V müßte zunächst die öffentliche Sicherheit betroffen sein. Die öffentliche Sicherheit⁷ umfaßt die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates.

aa) § 118 OWiG

In Betracht kommt hier zunächst ein Verstoß gegen § 118 OWiG als Bestandteil der von der öffentlichen Sicherheit erfaßten objektiven Rechtsordnung. Dann müßte eine grob ungehörige Handlung vorliegen, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Eine Handlung ist nur dann für die Allgemeinheit belästigend, wenn sie geeignet ist, das physische oder psychische Empfinden der Bevölkerung nicht

⁵ Ruthig/Storr (Fn. 2), § 3 Rn. 218.

⁶ Vgl. insbesondere BVerwGE 115, 189; Degenhardt, Klausurenkurs im Staatsrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 601 f.

⁷ Vgl. zum Begriff der öffentlichen Sicherheit Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, S. 133 ff. m.w.N.

nur unerheblich zu beeinträchtigen. Diese Eignung setzt aber voraus, daß die Handlung von der Allgemeinheit unmittelbar wahrgenommen werden kann.⁸ Vorliegend ist die für das Spiel vorgesehene Halle zwar für Personen ab 18 Jahren frei zugänglich, doch ist die Halle von außen nicht einsehbar und kann insofern von der Allgemeinheit nicht unmittelbar wahrgenommen werden. Das Spiel ist daher nicht i.S.v. § 118 Abs. 1 OWiG geeignet, die Allgemeinheit zu belästigen.

Hinweis: Hier wurde nicht in der von § 118 OWiG vorgegebenen Reihenfolge der Voraussetzungen vorgegangen, sondern eine klar nicht erfüllte Voraussetzung herausgesucht und sogleich verneint. Dies ist klausurtechnisch nur ausnahmsweise zulässig, da grundsätzlich alle Merkmale einer Norm in ihrer Reihenfolge abgearbeitet werden sollen. Anderenfalls wäre ein planbarer Klausurinhalte kaum möglich. Andererseits kann ein gegenteiliges Vorgehen aber auch geradezu zwingend sein, insbesondere wenn es sich erkennbar nur um Randaspekte der Klausur handelt oder wenn die Nichtanwendbarkeit einer Norm dieser geradezu auf die Stirn geschrieben steht. So liegt es hier. Darüber hinaus kann ein Kandidat mangels klarer Hinweise im Sachverhalt nicht davon ausgehen, daß ein Schwerpunkt einer öffentlich-rechtlichen Klausur im Ordnungswidrigkeitenrecht liegt. Das gilt umso mehr, als das – theoretisch auch hier einbringbare – Kernproblem des Menschenwürdeverstößes auch im Anschluß noch an klar geeigneterer Stelle unterzubringen ist.

bb) Art. 1 Abs. 1 GG

Die öffentliche Sicherheit könnte aber auch betroffen sein, wenn das Laserspiel einen Verstoß gegen die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde darstellte.

(1) Menschenwürde als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit

Ob die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG überhaupt als ein Fall der öffentlichen Sicherheit einzuordnen ist, könnte insofern zweifelhaft sein, als nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht die Menschenwürdegarantie selbst kein Grundrecht darstellen soll⁹ sondern ein objektives Ordnungsprinzip. Dafür spricht der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG, der von den „nachfolgenden Grundrechte[n]“ spricht, während Art. 1 Abs. 1 GG gerade nicht nachfolgt sondern voransteht. Wenn mit dieser Meinung der Menschenwürde der subjektiv-rechtliche Charakter fehlt, dann läge in ihr auch kein „subjektives Recht“ oder „Rechtsgut des Einzelnen“ i.S. der Definition der öffentlichen Sicherheit. Würde die Menschenwürde somit gleichsam in den Bereich des Staatsorganisationsrechts verschoben, so ließe sich zusätzlich argumentieren, daß sie auch nicht unter das Merkmal der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung i.S. der Definition der öffentlichen Sicherheit zu subsumieren wäre. Denn für diese Unverletz-

lichkeit könnten – so ließe sich behaupten – nur solche Normen in Betracht kommen, die durch menschliches Verhalten i.S. der Handlungen eines Bürgers verletzt werden können. Das aber wäre bei Normen des Staatsorganisationsrechts zu bezweifeln.¹⁰

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Menschenwürde ohne weiteres als Grundrecht angesehen werden kann, wie schon ihre Einordnung in dem ersten Abschnitt des Grundgesetzes unter der Überschrift „Die Grundrechte“ zeigt. Zudem gelingt auch anderenfalls eine Versubjektivierung der Menschenwürde ohne weiteres im Wege über die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Davon unabhängig ist Schutzgut der öffentlichen Sicherheit gerade nicht nur die Unverletzlichkeit einer subjektiv-rechtlich interpretierten Rechtsordnung, sondern nach üblicher Formulierung eben gerade das gesamte geschriebene Recht, d.h. die objektive Rechtsordnung, zu der Art. 1 Abs. 1 GG aber jedenfalls gehört.

Ein Verstoß gegen die Menschenwürde wäre daher als Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit i.S. der polizeirechtlichen Generalklausel anzusehen.

Hinweis: Daß die Einordnung der Menschenwürde als Teil der objektiven Rechtsordnung und damit als Unterfall der öffentlichen Sicherheit überhaupt problematisiert werden kann, ist letztlich nur vor dem Hintergrund einer Eigentümlichkeit in der Rechtsprechung zu verstehen: Sowohl das BVerwG als auch das OVG NRW¹¹ erwähnen in ihren einschlägigen Entscheidungen die öffentliche Sicherheit mit keinem Wort. Sie führen die gesamte Diskussion unter dem Stichwort der öffentlichen Ordnung. Die Literatur hat hier gelegentlich versucht, diese Einordnung des Problems nachträglich zu rationalisieren und einen Grund zu finden, warum die öffentliche Sicherheit möglicherweise schon *rechtlich* nicht einschlägig sein könnte. Solche oder andere Begründungen finden sich in den betreffenden Gerichtsentscheidungen hingegen gerade nicht. Die Literatur versucht, der Rechtsprechung komplexe Gedankengänge zu unterstellen, die sie weder erkennbar angestellt hat noch anstellen mußte. Denn die Gerichte sind nicht an ein klassisches Prüfungsschema gebunden. Auch liegt es aus praktischer Sicht durchaus nahe, das zentrale Problem der Menschenwürde als solches zu erörtern, ohne sich über seine genaue Einordnung im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel – die ja jedenfalls einschlägig ist – genauere Gedanken zu machen.

(2) Anwendbarkeit von Art. 1 Abs. 1 GG bei privatem statt staatlichem Handeln

Als Verstoß gegen die Menschenwürde kommt hier allein ein Verhalten der Spieler (simuliertes Töten) in Betracht, nicht hingegen ein staatliches Handeln. Damit stellt sich die Frage,

⁸ Vgl. VG München GewArch 1994, 332 (333).

⁹ Dazu Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 1 Abs. 1 Rn. 124 ff.

¹⁰ Zu dieser – ungewöhnlichen und eher konstruiert wirkenden – Meinung vgl. Aubel, Die Verwaltung 37 (2004), 229 (236 f.); Kramer, NVwZ 2004, 1083 (1084).

¹¹ Vgl. BVerwGE 115, 189; OVGNRW DÖV 2001, 217.

ob die Menschenwürde nicht nur den Staat sondern auch den Bürger im Verhältnis zu einem anderen Bürger unmittelbar bindet.

Für eine solche unmittelbare Drittwirkung spräche¹², daß anderenfalls die Menschenwürde nur unvollkommen geschützt würde, da ihr gerade auch von nichtstaatlicher Seite Gefahr drohen kann. Es könnte auch argumentiert werden, daß aus der im Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Pflicht des Staates, die Menschenwürde zu schützen, auch die Pflicht folge, die Menschenwürde gegen Angriffe von Privaten zu schützen und Private somit gebunden seien. Jedoch wäre ein solcher, direkter Schluß von der Schutzpflicht auf die unmittelbare Wirkung dogmatisch zwar nicht völlig ausgeschlossen, würde jedoch zwei völlig verschiedene Rechtsinstitute in unklarer Weise miteinander vermischen. Zu unterscheiden ist nämlich zwischen einerseits der grundrechtlichen Schutzpflicht¹³, d.h. der Verpflichtung des Staates, den Einzelnen vor Eingriffen durch Dritte zu bewahren, und andererseits der unmittelbaren Drittwirkung, d.h. der direkten Geltung und Grundrechtsbindung zwischen zwei Privatpersonen. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG sieht schon vom Wortlaut her eine Schutzpflicht des Staates für die Menschenwürde vor, doch ist daraus kein Schluß auf das Vorliegen einer unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürde möglich. Das ist auch nicht zwingend notwendig, da es Aufgabe des Gesetzgebers ist, den Schutz der Menschenwürde einfachgesetzlich sicherzustellen. Vor allem aber reicht es in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation vollkommen aus, von einer Schutzpflicht auszugehen, da es hier nur um die Frage geht, ob der Staat mittels Untersagungsverfügung gegen einen Menschenwürdeverstoß seitens der Spieler oder Spielbetreiber vorgehen darf. Der dogmatischen Figur einer unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürde bedarf es dafür nicht.

Hinweis: Die übliche Trennung der zwei dogmatischen Figuren von Schutzpflicht und unmittelbarer Drittwirkung kann durchaus etwa in einer Seminararbeit hinterfragt werden. In einer Examensklausur ist dies aber keinesfalls zu erwarten.

(3) Eingriff in den Schutzbereich

Die Spieler könnten durch das simulierte Töten im Rahmen des Spiels in den Schutzbereich der Menschenwürde eingreifen und diese daher – mangels Rechtfertigungsmöglichkeit – verletzen. Die Garantie der Menschenwürde verlangt nach der sog. Objektformel, daß der Mensch nicht zum bloßen Objekt, zu einem bloßen Mittel, zu einer vertretbaren Größe herabgewürdigt werden darf. Insbesondere ist keine Behandlung zulässig, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage

stellt oder die Ausdruck der Verachtung des Wertes wäre, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt.

Hinweis: Dieser Objektformel andere Definitionsversuche der Literatur gegenüberzustellen ist in einer Klausur keinesfalls erforderlich. Daneben ist zu beachten, daß die Objektformel letztlich nicht subsumtionsfähig ist. Das BVerfG, das diese Formel in ständiger Rechtsprechung verwendet,¹⁴ wies bereits früh darauf hin, daß solch allgemeine Formeln lediglich die Richtung andeuten könnten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können.¹⁵ Denn strenggenommen ist der Mensch nicht selten Objekt staatlichen Handelns und insbesondere des Rechts, dem er sich ohne Rücksicht auf eigene Interesse fügen muß.¹⁶ Darauf weist auch der bekannte Satz hin, daß auf der Menschenwürde 2500 Jahre Philosophiegeschichte lasten.¹⁷

Gegen einen so verstandenen Menschenwürdeverstoß durch das Laserspiel spricht hier zunächst,¹⁸ daß die Spieler sich mit gleichen Chancen gegenüberstehen und schon deshalb kein Mitspieler im Vergleich zu anderen zum Objekt erniedrigt wird. Alle Beteiligten sind zugleich sowohl Ziel als auch Schütze, so daß nicht klar ist, welche konkrete Person überhaupt in ihrer Menschenwürde verletzt werden soll. Auch wird hier nicht gezielt auf Menschen, sondern nur auf die Weste geschossen. Hinzu kommt, daß alle Beteiligten von einem bloß spielerischen Geschehen ausgehen und ein Kampf unter Gleichen nicht unbedingt den dem Menschen zukommenden Achtungsanspruch leugnet. Alle Teilnehmer spielen zudem freiwillig mit, ohne daß hier erkennbar ein nur in Extremfällen einschlägiger, indisponibler, objektiver Kern berührt wäre. Das Spielen ist vielmehr als Ausdruck der eigenen Entfaltung und der personalen Identität zu sehen, die selbst wieder gerade Bedingungen für die Realisierung von Menschenwürde sind. Insofern gehört es auch nicht zur Würde, zur Leistung von Würde gezwungen zu werden; anderenfalls könnten menschenwürdebezogene Argumente die Freiheit des Einzelnen verkürzen. Letztlich geht es in Fällen wie dem vorliegenden um eine abwägungsbedürftige Konfliktlage, deren Lösung nicht durch den Rückgriff auf die nicht abwägungsfähige Menschenwürde umgangen werden sollte.

Dem kann entgegengehalten werden, daß es für einen Verstoß gegen die Menschenwürde gerade nicht auf die etwaige Freiwilligkeit des Verhaltens ankommt. Das zeigt sich etwa am Beispiel der Sklaverei, die auch dann gegen die Menschenwürde verstieße, wenn ein Mensch sich tatsächlich freiwillig in Sklaverei begäbe. Daß hier das Töten von Menschen zum Spiel gemacht wird, läßt auf ein gewisses sadisti-

¹² Vgl. dazu *Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Rn. 35.

¹³ Vgl. zur Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 1 Rn. 46 f.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Rn. 74; *Dreier* (Fn. 9), Art. 1 Rn. 149.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 87, 209 (228); 109, 133 (149 f.).

¹⁵ BVerfGE 30, 1 (25 f.).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 30, 1 (25 f.); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rn. 23; *Dreier* (Fn. 9), Art. 1 Abs. 1 Rn. 39.

¹⁷ *Riedel*, EuGRZ 1986, 469 (473).

¹⁸ Für die einschlägigen Argumente vgl. *Störmer*, NWVB1. 1997, 313 (315 f.).

sches Vergnügen schließen, also eine Einstellung, die den fundamentalen Achtungsanspruch jedes Menschen leugnet. Gewalt wird hier bejaht und bagatellisiert und das menschliche Leben für verfügbar erklärt, der Mensch mithin zum Objekt herabgewürdigt. Daß hier möglicherweise nicht die Menschenwürde konkreter Personen betroffen ist, ist unbeachtlich, da im Rahmen der Menschenwürde auch auf die Würde des Menschen als Gattungswesen abgestellt werden kann.

Die Menschenwürde ist somit durch das Laserspiel verletzt, die öffentliche Sicherheit i.S.v. §§ 13, 16 SOG M-V betroffen.

Hinweis: Gerade auch bei so wert- und emotionsbeladenen Fragen wie dieser sollte der Kandidat immer darauf achten, daß es hier nicht um die Lösung realer Fälle geht. Für welche Lösung der Kandidat sich in einer Klausur entscheidet, sollte daher allein klausurtaktisch und nicht nach seiner wahren Meinung entschieden werden. (Auch der *Verfasser* dieser Zeilen vertritt in der Realität die gegenteilige Auffassung.) Dabei ist wie immer zu beachten, daß Klausuren regelmäßig so aufgebaut sind, daß alle relevanten Probleme nur dann sinnvoll abgearbeitet werden können, wenn der Kandidat jeweils der herrschenden Meinung folgt. Den Verstoß gegen die Menschenwürde hier zu bejahen, entspricht der Rechtsprechung des BVerwG¹⁹.

b) Störung oder Gefahr, § 16 Abs. 1 Nr. 1, 2 SOG M-V

Die öffentliche Sicherheit müßte auch gestört sein. Störung ist jede Sachlage, bei der das öffentliche Sicherheit oder Ordnung schädigende Ereignis bereits eingetreten ist, § 3 Abs. 3 Nr. 2 SOG M-V. Hier ist die Menschenwürde durch die Spiele bereits beeinträchtigt worden. Eine Störung liegt vor. Zudem liegt auch eine Gefahr i.S.v. § 3 Abs. 3 Nr. 1 SOG M-V vor, da bei ungehindertem Ablauf weitere Spiele und damit weitere Beeinträchtigungen der Menschenwürde mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu erwarten sind.

c) Störerauswahl

Der O durfte als Verhaltensverantwortlicher nach § 69 Abs. 1 SOG M-V herangezogen werden.

d) Ermessensfehler

Ein Entschließungsermessen der Verwaltung in bezug auf das Ob des Einschreitens gegen das Laserspiel bestand nicht, da bei einem Verstoß gegen die Menschenwürde von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen ist.

Im Hinblick auf das Auswahlermessen sind keinerlei Ermessensfehler zu erkennen; insbesondere ist ein Vorgehen gegen den Betreiber auch geeignet, mangels gleich wirksamen milderer Mittels erforderlich und im Hinblick auf den Verstoß gegen den obersten Wert der Verfassung auch angemessen.

2. Verstoß gegen parlamentarische Erlaubnis des Spiels?

Hinweis: Die im Sachverhalt ausdrücklich angelegte Fragestellung paßt in keines der üblichen Schemata. Es kommt daher nur darauf an, diese Frage an irgendeiner geeigneten Stelle überhaupt anzusprechen. Da sich hier kein Prüfungspunkt des üblichen Prüfungsschemas besonders aufdrängt, ist eine schlichte Prüfung als völlig eigenständiger Punkt ohne weiteres angemessen. Inhaltlich ist die Frage keiner Norm des Grundgesetzes klar zuordbar. Hier ist eine gewisse Kreativität gefragt, die sich aber gerade nicht im Schreibstil („Besinnungsaufsatz“) niederschlagen darf.

Fraglich ist, ob die Tatsache, daß der Gesetzgeber von einem Verbot des Spiels ausdrücklich absah, Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung hat. Das könnte dann der Fall sein, wenn der Gesetzgeber das Spiel ausdrücklich erlauben wollte, als er den Entwurf eines Verbotsgesetzes fallen ließ. Gegen einen solchen unmittelbaren Schluß vom Nichterlaß eines Verbots auf einen positiven Willen zur Erlaubnis spricht jedoch, daß der Gesetzgeber einen Gesetzesentwurf auch aus völlig anderen Gründen fallen lassen kann. Insbesondere ist es denkbar, daß er auf andere Lenkungs- und Gestaltungsmittel zurückgreifen wollte, oder daß er ein auf den Einzelfall bezogenes Vorgehen nach den landespolizeirechtlichen Generalklauseln für besser und angemessener hielt. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers und dem Fallenlassen des Entwurfs kann daher nicht der Schluß gezogen werden, daß Laserspiel sei nach dem Willen des Gesetzgebers als erlaubt zu betrachten. Selbst wenn dem aber nicht so wäre, würde ein entsprechender Wille des Gesetzgebers ebenfalls gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen und wäre damit unbeachtlich.

Die Untersagungsverfügung auf der Grundlage von §§ 13, 16 SOG M-V war daher auch materiell rechtmäßig.

Ergebnis

Die Klage des O ist zulässig, aber unbegründet.²⁰

¹⁹ Vgl. BVerwGE 115, 189.

²⁰ Der Fall kann auch unter Einbeziehung europarechtlicher Aspekte gestellt werden, vgl. dazu etwa *Degenhart* (Fn. 6), Rn. 618 ff.; *Frenz*, NVwZ 2005, 48.