

Ö8/Klausurenkurs im Öffentlichen Recht

Klausur am 1. April 2006

Klausurerstellerin: Wiss. Mit. Dr. Julia Platter

Vorbemerkung

Begleitend zur Unterrichtseinheit „Europarecht“ des UNIREPs (Frau Dr. Schönrock) wurde als letzte Ferienklausur ein ordnungsrechtlicher Fall mit Bezügen zum Europarecht gestellt. Der Sachverhalt beruht auf der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum „**Laserdrome**“, Beschl. v. 24. 10. 2001, 6 C3/01, BVerwGE 115, 189 ff.=NVwZ 2005, 599 und der Vorab-Entscheidung des EuGH auf Vorlage-Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichts in dieser Sache, Urt. v. 14. 10. 2004, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-0000, EuGH I 2004, 9609-9655-**Omega**, EuZW 2004, 753=NvWZ 2004, 1471 (im folgenden –*Omega*). Hingewiesen sei auf die Besprechung von *Je-staedt*, Polizeirecht in den Grenzen des Binnenmarktes, JURA 2006, 127-133.

Da hier die Fallfrage so gestaltet ist, daß nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts gefragt wird, können die Bearbeiter die Frage nach der Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht und der Zulässigkeit einer Vorlage an den EuGH auf verschiedene Weise einbinden. Entweder man ist – wie das Bundesverwaltungsgericht – der Auffassung, daß eine Vorlage an den EuGH erforderlich ist. Dann hat man gutachterlich die Entscheidung des EuGH vorwegzunehmen. Oder man ist der Auffassung, daß das Verwaltungsgericht die Vereinbarkeit der Ordnungsverfügung mit Gemeinschaftsrecht selbst prüfen kann, weil keine grundlegenden Auslegungsprobleme hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts bestehen und/oder keine Vorlagepflicht für das erstinstanzliche Gericht besteht. In diesem Fall wird man nicht unbedingt Anlaß haben, (in vollem Umfang) auf die Zulässigkeit des Vorlageverfahrens gem. Art. 234 EG innerhalb der Prüfung der Anfechtungsklage einzugehen. Die Zulässigkeit einer Vorlage an den EuGH kann dann in einem eigenen Abschnitt dargestellt werden. Im Rahmen der materiellen Prüfung zur Dienstleistungsfreiheit kam man, da die Grundfreiheiten sehr ähnlich strukturiert sind, mit der analogen Anwendung der Cassis-Formel (Warenverkehrsfreiheit) jedenfalls bis zur Stufe der Rechtfertigung, Einzelheiten der Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit wurden nicht erwartet.

In der **Bewertung** sollte sich die Zulässigkeitsprüfung der Klage ca. mit 5% niederschlagen, die Begründetheitsprüfung mit 95 % (davon 45% auf die nationalrechtlichen Fragen, 50 % auf die verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Fragen des Europarechts).

LÖSUNGSHINWEISE

I. ZULÄSSIGKEIT EINER ANFECHTUNGSKLAGE

1) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gem. § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art eröffnet. Die Anfechtung einer Ordnungsverfügung ist als öf-

fentlich-rechtliche Streitigkeit einzuordnen, da sich die Verwaltung bei Erlass einer Ordnungsverfügung auf nur sie berechtigendes Sonderrecht stützt. Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, bei der Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, liegt nicht vor. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

2) Statthafte Klageart

Gegen eine Ordnungsverfügung als belastenden Verwaltungsakt ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I VwGO statthaft.

3) Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO

Im Falle eines belastenden Verwaltungsakts ist der Klägerin als Adressatin schon aus dem Gesichtspunkt heraus klagebefugt, daß jedenfalls ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG nicht ausgeschlossen werden kann. In konkreten Fall kann aber auch ein Eingriff in Art. 12 I G (Berufsfreiheit) oder auch in Art. 14 I GG (eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb) nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

4) Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO

Das gem. §§ 68 ff. VwGO erforderliche Vorverfahren wurde laut Sachverhalt erfolglos durchgeführt.

5) Frist

Die Klagefrist gem. § 74 I 1 VwGO wurde von der Klägerin eingehalten.

Zwischenergebnis: Die Klage ist zulässig.

II. BEGRÜNDETHEIT EINER ANFECHTUNGSKLAGE

Die Klage ist begründet, wenn die Ordnungsverfügung rechtswidrig ist und die Rechte des Klägers eingreift, § 113 I 1 VwGO.

1. Ermächtigungsgrundlage

Das Bezirksamt durfte in die (Grund-)Rechte der Klägerin nur dann eingreifen, wenn es durch Gesetz dazu ermächtigt worden ist (Gesetzesvorbehalt).

a) § 15 II GewO

Für die Verhinderung der Fortsetzung des Spiels „warrior camp“ kann sich die Behörde möglicherweise auf § 15 II GewO stützen. Diese Ermächtigungsgrundlage kommt dann in Betracht, wenn ein erlaubnispflichtiges Gewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird. Hier könnte man daran denken, daß die Spielanlage von vornherein gem. § 33 i GewO (Spielhallen)erlaubnispflichtig war. Das Spiel „warrior camp“ ist jedoch weder ein Spiel, bei dem Spielgeräte aufgestellt werden, noch wird hier ein Spiel mit (finanzieller) Gewinnmöglichkeit angeboten. Die bloße Veran-

staltung von Unterhaltungsspielen wird von § 33 i GewO nicht umfaßt. Die Behörde konnte sich demnach nicht auf § 15 II GewO stützen.¹

b) § 35 I 1 GewO

Als Ermächtigungsgrundlage könnte auch § 35 I GewO in Betracht gezogen werden. Entsprechend dieser Vorschrift kann einem Gewerbetreibenden die Ausübung eines Gewerbes dann untersagt werden, wenn er sich als unzuverlässig erweist. Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, daß er künftig sein Gewerbe ordnungsgemäß betreiben wird. Im vorliegenden Fall geht es aber gar nicht um die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder der mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person (z. B. den Geschäftsführer des FUNPARKS in Zehlendorf). Vielmehr geht es der Behörde darum, eine bestimmte Spielmöglichkeit zu untersagen. § 35 I 1 GewO kommt demnach als Ermächtigungsgrundlage nicht in Betracht.

c) §§ 17 I, 13 ASOG Bln.

Da die sonderrechtlichen Regelungen aus der GewO nicht einschlägig sind, bleibt zu prüfen, ob sich das Bezirksamt für die Ordnungsverfügung auf die polizeiliche Generalklausel stützen konnte. Das könnte indes dann problematisch sein, wenn davon auszugehen ist, daß die GewO das ordnungsrechtliche Einschreiten gegen Gefahren, die sich aus dem Betrieb eines Gewerbes ergeben abschließend regelt, ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel also eine Umgehung der spezifischen Tatbestandsvoraussetzungen der GewO für den Betrieb eines Gewerbes wäre. Jedoch geht es hier zunächst nicht darum, dem Gewerbetreibenden das Gewerbe insgesamt zu untersagen. Vielmehr soll eine bestimmte Art von Spiel, eine bestimmte Spielvariante verboten werden. Der Gesetzgeber der GewO hatte bisher noch keinen Anlaß, einen Sondertatbestand für diese spezifische Spiel zu schaffen, da es bisher in Deutschland noch nicht verbreitet war. Unter diesen Bedingungen muß der Behörde ein Rückgriff die allgemeinen ordnungsrechtlichen Ermächtigungen des Landesrechts möglich sein.²

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Sowohl die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Bezirksamtes als auch die fehlerfreie Form des Bescheides dürfen laut Sachverhalt unterstellt werden.

¹ Im Rahmen der Klausur soll es als noch vertretbar angesehen werden, das Einschreiten der Behörde auf eine „analoge“ Anwendung von § 15 II GewO zu stützen. Wenn schon gegen Gewerbetreibende vorgegangen werden darf, die ohne Erlaubnis ein erlaubnispflichtiges Gewerbe betreiben, darf evtl. erst recht gegen Gewerbetreibende vorgegangen werden, die ein Gewerbe betreiben, daß von vornherein nicht erlaubnisfähig ist.

² BVerwG, aaO., 601.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Gefahr für die/Störung der öffentliche(n) Sicherheit

Das Bezirksamt durfte sich dann auf § 17 I ASOG stützen, wenn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorlag. Von der öffentlichen Sicherheit umfaßt sind objektive Rechtsordnung, die subjektiven Rechte des Einzelnen, wie Leib, Leben und Gesundheit, Ehre, Eigentum, Freiheit, und die Einrichtungen des Staates und sonstiger Träger von Hoheitsgewalt.

Man könnte hier daran denken, daß die Veranstaltung des Spiels den Tatbestand des „grobe Unfugs“ gem. § 118 OWiG erfüllt. In diesem Fall läge eine Störung der öffentlichen Sicherheit vor. Da es hier am Außenbezug fehlt, ist dieser Tatbestand letztendlich nicht erfüllt. Die öffentliche Sicherheit ist somit nicht verletzt.

b) Gefahr für die/Störung der öffentliche(n) Ordnung

Die Veranstaltung des Spiels könnte möglicherweise unsittlich sein und deshalb gegen die öffentliche Ordnung verstoßen.

Unter der öffentlichen Ordnung versteht man die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerläßliche Voraussetzung eines geordneten Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebietes angesehen wird.

Bei der öffentlichen Ordnung handelt es sich um eine wertausfüllende Generalklausel, deren Auslegung von grundrechtlichen Maßstäben beeinflußt wird. Das Menschenbild des Grundgesetzes wird wesentlich durch die in Art. 1 I GG geschützte Menschenwürde, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit geprägt. Die „Unsittlichkeit“ könnte sich hier aus dem möglicherweise im Licht von Art. 1 I GG als menschenverachtend zu qualifizierenden Charakter des Spiels warrior camp ergeben.

Dem Rückgriff auf das Tatbestandsmerkmal öffentliche Ordnung als auslegungsbedürftige Auffangklausel kann man indes möglicherweise entgegenhalten, daß für den Bereich der Unterhaltung insbesondere im Jugendschutzgesetz (siehe § 15 II Nr. 1-3) bereits abschließend gesetzlich definiert ist, was im Lichte des Menschenbildes des Grundgesetzes nicht mehr hingenommen werden kann. Echtzeit-Unterhaltungs-Spiele für (junge) Erwachsene werden vom JuSchG nicht erfaßt. Diese Sichtweise verkennt jedoch, daß die Regelungen des JuSchG schon aus kompetenzrechtlichen Gründen nur den Bereich des Jugendschutzes abdecken (siehe Art. 74 I Nr. 7 GG als kompetenzrechtliche Grundlage für Jugendschutzgesetzgebung). Das JuSchG repräsentiert daher in diesem Zusammenhang kein abschließendes Schutzkonzept und schließt nicht etwa landesrechtliche Regelungen sowie darauf beruhende Verwaltungsakte aus.³ Ein Rückgriff auf § 17 I ASOG verbietet sich aus diesem Gesichtspunkt nicht.

Beinhaltet das Tatbestandsmerkmal öffentliche Ordnung insoweit auch den Schutz der Menschenwürde als objektivem Bestandteil der Werteordnung, so ist weiter zu fragen, ob das Spiel warrior camp tatsächlich unvereinbar mit der Menschenwürde

³ BVerwG, NVwZ 2002, 598 (601); die vom BVerwG genannten Bestimmungen § 1 GJS und § 8 JöSchG sind mittlerweile im Jugendschutzgesetz (JuSchG) v. 23. Juli 2002 zusammengefaßt.

ist. Ungeachtet aller Auslegungsfragen im Zusammenhang mit diesem obersten und grundlegenden Verfassungssatz besteht Einigkeit darüber, daß die Menschenwürde jedenfalls dann verletzt ist, wenn Personen in menschenverachtender Weise ihre Menschlichkeit abgesprochen wird und sie zum Objekt eines beliebigen Verhaltens erniedrigt werden.

Im konkreten Fall könnte man daran zweifeln, ob durch den Spielablauf von warrior Camp tatsächlich Mitspieler zum Objekt herabgewürdigt werden. Die Treffer auf den Sensoren der Spielanzüge erinnern zwar an Verletzungen oder Tötungen von Menschen, doch stehen sich die Spieler in diesem Kampfgeschehen prinzipiell „chancengleich“ gegenüber. Dies legt es nicht nahe, in dem einen Mitspieler ein Objekt zu sehen, welches dem anderen oder den übrigen Mitspielern hilflos ausgeliefert ist.⁴ Deshalb aber nun Warrior camp als mit einer Art sportlichen Wettkampf wie dem Fechten oder Boxen zu vergleichen, berücksichtigt die besondere Motivation, die für die Spieler das Spiel reizvoll macht, nicht hinreichend. In diesem Spiel kann sich der Teilnehmer mit der Gewaltausübung gegen Menschen und der Tötung von Menschen, gerade weil es sich um ein Echt-Zeit-Spiel handelt, in besonderer Weise identifizieren. Ein solches simuliertes Töten zu Unterhaltungszwecken läßt den gebotenen Respekt vor der Individualität, Identität und Integrität der menschlichen Persönlichkeit vermissen. Es banalisiert und trivialisiert gerade diejenigen Rechtsgüter, an deren Schutz dem Grundgesetz in besonderem Maße gelegen ist. Die Freiwilligkeit der Teilnahme sowie das gegenseitige Einvernehmen der Spieler ist rechtlich unerheblich, weil die aus Art. 1 I und Art. 2 II 1 GG objektiv herzuleitende Werteordnung der Verfassung nicht zur Disposition des Einzelnen steht. Die Veranstaltung des Spiels verletzt die Menschenwürde als objektiven Verfassungsgrundsatz.

Es liegt somit eine Gefahr/Störung für die von der öffentlichen Ordnung geschützten Werte in Form einer Gefahr für die Menschenwürde vor.⁵

c) Polizeipflichtigkeit der FUNPARK-GmbH⁶

Die FUNPARK-GmbH müßte gem. § 13 ASOG auch polizeipflichtig sein. Grundsätzlich können im Wege der Verfügung auch juristische Personen des Privatrechts polizeipflichtig sein, weil in diesem Zusammenhang die §§ 11, 13 VwVfG Anwendung finden. Die FUNPARK ist Veranstalterin des Spiels und somit im konkreten Fall auch Verhaltensstörerin.

d) Ausübung des Ermessens und Verhältnismäßigkeit

Die von der Behörde angeordnete Maßnahme muß, um rechtmäßig sein, auch ermessensfehlerfrei ergangen und insbesondere verhältnismäßig sein.

⁴ BVerwG, aaO., 603.

⁵ BVerwG, aaO., 603; eine anderer Auffassung genauso wie ein anderer Ansatz zum Verhältnis der Tatbestandsmerkmale „öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“ ist ebenso vertretbar; kritisch zum Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts beispielsweise *Aubel*, Das menschenunwürdige Laserdrome, JURA 2004, 255-260.

⁶ Ebenso zulässig ist es, die Polizeipflichtigkeit erst bei der Störerauswahl im Rahmen des Ermessens zu prüfen.

Die Behörde muß zunächst unter den verschiedenen Störern eine ermessensfehlerfreie Störerauswahl getroffen haben. Sie hat hier die Veranstalterin des Spiels als Verhaltensstörerin gem. § 13 ASOG. Denken könnte man noch daran, daß auch gegen die Teilnehmer des Spiels als Verhaltensstörer vorgegangen werden könnte. Fraglich ist aber schon, ob die Teilnahme an warrior camp in gleicher Weise als „unsittlich“ betrachtet werden kann, wie die Veranstaltung dieses Spiels. Die Unsittlichkeit des Spiels ergibt sich aus seinem Gesamtkonzept. Der einzelne Teilnehmer hat über das Gesamtkonzept keine Übersicht, propagiert oder beeinflußt es auch nicht aktiv, sondern nimmt am Spiel als Konsument teil. Selbst wenn man dies anders sieht, ist es jedenfalls sehr viel effektiver, gegen die Veranstalterin vorzugehen als gegen einzelne Teilnehmer. Die Störerauswahl erfolgte demnach ermessensfehlerfrei. Die in der Ordnungsverfügung angeordnete Maßnahme müßte im Weiteren auch verhältnismäßig sein. Da durch den Betreiber der Anlage das Schutzgut der Menschenwürde beeinträchtigt wird, ist eine Abwägung mit anderen Schutzgütern auf Seiten der FUNPARK, insbesondere deren Grundrecht auf Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG nicht möglich. Ein milderer Mittel, beispielsweise eine Zugangsbeschränkung in zeitlicher Hinsicht oder für Jugendliche kommt damit von vornherein nicht in Betracht. Die Menschenwürde steht einer Abwägung nicht offen. Somit kommt als einzig ermessensfehlerfreie Maßnahme nur das Verbot des Spieles warrior camp in Betracht.⁷

5. Vereinbarkeit des Verbots mit Gemeinschaftsrecht

Die im Rahmen des nationalen Rechts getroffene Auslegung des Tatbestandsmerkmals „öffentliche“ Ordnung und das daraus folgende Verbot des Spiels warrior camp könnte indes in Widerspruch zu den Vorschriften des EG-Vertrages über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr stehen.

Im Sinn des vom EuGH entwickelten Grundsatzes des „Effet utile“ (siehe Art. 10 und 249 EG) besitzen Normen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts sind von den nationalen Behörden bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu beachten. Gegen die mit Anwendungsvorrang ausgestatteten Normen des EG zur Freiheit des Dienstleistungs- und Warenverkehrs (zwischen den Mitgliedstaaten) kann indes nur dann verstoßen werden, wenn ein grenzüberschreitender Bezug besteht. Die Klägerin ist hier Franchise-Nehmerin einer britischen Firma. Das nach nationalem Recht auszusprechende Verbot behindert damit zugleich die Franchise-Geblerin, Dienstleistungen in Form eines Franchise-Vertrages an seine deutschen Kunden zu erbringen und Waren an sie zu verkaufen, während sie in ihrem Sitz-Staat solche Geschäfte legal erbringen kann.

Soweit Zweifel an der Vereinbarkeit der hier nach nationalem Recht zu treffenden Entscheidung (Abweisung der Klage) mit Freiheit des Dienstleistungs- und Warenverkehrs bestehen, wäre das Verwaltungsgericht möglicherweise berechtigt oder gar

⁷ In diesem Sinne auch das BVerwG, aaO., 603; kritisch dazu beispielsweise *Aubel*, aaO., 260.

verpflichtet, diese Frage dem EuGH vorzulegen und die Entscheidung im Hauptsacheverfahren auszusetzen. In Betracht käme eine Vorlage gem. Art. 234 I EGV

a) Zulässigkeit eines Vorlageverfahrens

aa) Vorlageberechtigung des Verwaltungsgerichts

Dem EuGH vorlegen können gem. Art. 234 II EGV alle Gerichte der Mitgliedstaaten, somit auch das Verwaltungsgericht Berlin. Eine Vorlageverpflichtung besteht jedoch nicht.

bb) Zulässige Vorlage

Die Vorlagefrage um die es hier geht, ist die Frage, ob die Waren- und Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EGV eine Aufhebung des Verbotes, das Spiel warrior Camp anzubieten, gebietet.⁸

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist es dabei Sache der nationalen Gerichte im Hinblick auf den zu entscheidenden Einzelfall darüber zu befinden, ob die vorgelegte Frage entscheidungserheblich sind, als auch, ob eine Vorab-Entscheidung des EuGH zum Erlaß des Urteils erforderlich ist.

Mithin kann der Gerichtshof die Entscheidung über die vorgelegte Frage nur ablehnen, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind.⁹

Betrachtet man diese Ausschlußkriterien, wäre eine Vorlage des Verwaltungsgerichts Berlin mit der oben gestellten Vorlagefrage zulässig. Da das Verwaltungsgericht jedoch nicht letztinstanzlich entscheidet, wäre das Verwaltungsgericht zur Vorlage nicht verpflichtet.

cc) Erforderlichkeit der Vorlage

Das deutsche Gericht hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob eine Vorlage an den EuGH tatsächlich erforderlich ist.¹⁰ Hier könnte eine Vorlage deshalb erforderlich sein, weil vom EuGH bisher nicht geklärt sein könnte, inwieweit nationale Wertentscheidungen der Verfassung wie der Schutz der Menschenwürde Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können. Insbesondere, ob es für eine Rechtfertigung erforderlich ist, daß diese nationale Wertentscheidung zugleich Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten ist. Wäre dies Voraussetzung der Rechtfertigung des Eingriffs, so hätte die nach nationalem Recht rechtmäßige Ordnungsverfügung gemeinschaftsrechtlich keinen Bestand, da eine gemeinsame Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten über die Zulässigkeit des Warrior camp Spiels offensichtlich nicht besteht. Da der EuGH in Bezug auf die

⁸ Nach dem Wortlaut des Art. 243 EGV ist der EuGH nur für die Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Normen, die nationalen Gerichte hingegen (weiterhin) für dessen Anwendung zuständig.

⁹ EuGH, aaO., -*Omega*, Rn. 20.

¹⁰ BVerwG, Beschluß vom 20.03.1986 - 3 B 3/86, NJW 1987, 601 (601).

Menschenwürde bisher in seinen dazu ergangenen Entscheidungen¹¹ auf die gemeinsame Rechtsüberzeugung abgestellt hat, bedarf diese Frage der Klärung.¹²

Eine Vorlage wäre daher zwar aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht zwingend, im Hinblick auf den nach nationalem Recht gem. Art. 101 I GG geltenden Rechtssatz vom Recht auf den gesetzlichen Richter jedoch geboten, wenn sich - wie hier - für das Verwaltungsgericht abzeichnet, daß die Entscheidung über den Rechtsstreit von der oben aufgeworfenen Vorlagefrage abhängt. Das Verwaltungsgericht wird daher das Verfahren gem. § 94 VwGO aussetzen und die Entscheidung des EuGH in der Vorlagefrage gem. Art. 234 EG einholen.

b) Verbotsverfügung als Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht (Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 50 EG)

aa) Anwendungsbereich

Durch Art. 50 EG wird das Recht gewährt, eine Dienstleistung über die Grenze hinweg in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen, ohne dort eine dauerhafte Niederlassung haben zu müssen. Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrages sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und die nicht bereits dem Waren-, Kapital-, oder Personenverkehr unterliegen. Für das grenzüberschreitende Element genügt es, daß nur die Dienstleistung die Grenze überquert, während Dienstleister und Dienstleistungsempfänger in ihrem jeweiligen Heimatstaat verbleiben (Korrespondenzdienstleistung). Hier vermarktet die TECHNOGAMES die Verwendung ihrer Spielidee warrior camp gegenüber einer deutschen Vertragspartnerin. Der sachliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist damit gegeben. Juristische Personen des Bürgerlichen Rechts sind im übrigen gem. Art. 55, 48 EG in bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich dieser Grundfreiheit den natürlichen Personen gleichgestellt. Das Franchisegeschäft zwischen der FUNPARK und der TECHNOGAMES beinhaltet indes sowohl Dienstleistungselemente (Spielidee) als auch den Verkauf von Waren (Ausrüstungsgegenstände). Näher in den Blick zu nehmen sein könnte damit auch die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff EG). Der Gerichtshof prüft jedoch eine nationale Maßnahme nur am Maßstab *einer* der genannten Grundfreiheiten,

¹¹ Insbesondere EuGH, Rs. C 275/92 Slg. 1994, I-1039 – *Schindler*, EuZW 1994, 311ff=NJW 1994, 2013 ff.

¹² So die Überlegungen des BVerwG, aaO., 604 im Laserdrome-Fall; dem zustimmend *Bröhmer*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14. 10. 2004, C-36/02, EuZW 2004, 755. Allgemein kritisch gegenüber eines allzu großzügig gesehenen Vorlageberechtigung in Hinblick auf das damit konkret erheblich verlängerte Verfahren und auf die Verantwortung der nationalen Gerichte als funktionale Gemeinschaftsgerichte *Groh*, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und Vorlagepflicht nach Art. 234 EG – Plädoyer für eine zielorientierte Konzeption, EuZW 2002, 460. In der Klausur wäre es auch vertretbar, davon auszugehen, daß nicht vorgelegt werden muß und im Folgenden die Vereinbarkeit des Gemeinschaftsrecht als Vorfrage, die das angerufene Gericht selbst prüft, zu behandeln. Das könnte man entweder mit der mittlerweile ergangenen Entscheidung in Sachen *Omega* (sollte der Bearbeiter sie bereits kennen) begründen oder damit, daß der EuGH in vorangegangenen Entscheidungen (soweit man diese kennt) bereits genug Auslegungshilfen zur Klärung der hier anstehenden Frage gegeben hat (immerhin bezieht sich der EuGH in Erwägung Nr. 38 der genannten Entscheidung selbst wiederum auf die hier in Fn. 11 genannte Rechtsprechung)

wenn sich herausstellt, daß im konkreten Fall einer der beiden Freiheiten gegenüber der anderen völlig zweitrangig ist.¹³ Im vorliegenden Fall betrifft der Eingriff schwerpunktmäßig die Spielidee für das Spiel warrior camp. Soweit die Verbotsverfügung auch die Einfuhr der entsprechenden Ausrüstungsgegenstände beschränkt, ist dies eine zwangsläufige Folge in Bezug auf die von TECHNOGAMES erbrachten Dienstleistungen.¹⁴ Die Dienstleistungsfreiheit ist damit die (sogar ausschließlich) einschlägige Grundfreiheit. Die Freiheit des Warenverkehrs tritt dahinter zurück.

bb) Diskriminierungsverbot/Beschränkungsverbot/Eingriff

In diese Grundfreiheit müßte auch eingegriffen worden sein. Ein möglicher Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit ist in zweierlei Hinsicht zu prüfen. Einerseits darf eine nationale Maßnahme keine diskriminierende Wirkung gerade gegenüber Dienstleistungserbringern in anderen Mitgliedsstaaten entfalten. Ein solcher Verstoß liegt hier allerdings nicht vor, da das Verbot des Bezirksamtes weder unmittelbar darauf abstellt, daß die Dienstleistungserbringerin ihren Sitz nicht in Deutschland hat, noch in sonstiger Weise Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten die Erbringung ihrer Dienstleistung im Vergleich mit nationalen Anbietern erschwert. Vielmehr handelt es sich um ein unterschiedsloses Verbot dieser Dienstleistung.

Andererseits beinhaltet die Dienstleistungsfreiheit aber auch das Recht, seine Dienstleistung ungehindert anbieten zu können. Ein Eingriff liegt also dann vor, wenn eine Maßnahme geeignet ist, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat tätig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern (Beschränkungsverbot).¹⁵

Möglicherweise könnte hier jedoch ein Eingriff deshalb verneint werden, weil die Verbotsverfügung zu Lasten der FUNPARK nicht das Franchising der Spielidee als solches verbietet. Jedoch schützt diese Grundfreiheit nicht nur vor direkten Verböten, sondern auch vor mittelbaren Beeinträchtigungen. Hier verhält es sich so, daß die Franchise-Geberin ihre Dienstleistungen gegenüber ihrer Kundin FUNPARK überhaupt nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll erbringen kann; gegenüber potentiellen weiteren Kunden ist ihr die Vermarktung ihrer Spielidee jedenfalls nur unter erschwerten Bedingungen möglich.¹⁶ Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit unter dem Aspekt des Beschränkungsverbotes liegt also vor.

¹³ EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, 1088 f. - *Schindler*.

¹⁴ EuGH, aaO., - *Omega*, Rn. 27.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 25. 7. 1991, Rs C-76/90, Slg. 1991, I-4221 Rn. 12– *Säger*, NJW 1991, 2693 (2693); Urt. v. 3. 10. 2000, Rs. C 58/98, EuGHE I 2000, 7919-7961, Rn. 33 - *Corsten*, EuZW 2000, 763=NvWZ 2001, 182f.f

¹⁶ Der EuGH hält sich in *Omega* erst gar nicht mit einer längeren Prüfung auf, sondern stellt den Eingriff schlicht fest; etwas ausführlicher die Generalanwältin in ihrem Schlußantrag zur Rechtssache C-36/02, Rn. 33. Ob der hier angewandte Eingriffsbegriff unter dem Gesichtspunkt der analogen Anwendung der sog. *Keck*-formel (EuGH, , Urt. v. 24. 11. 1993, Rs. 267 und 268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck*, EuZW 1993, 770 ff.) wieder dahingehend eingeschränkt werden muß, daß unterschiedslos angewandte Maßnahmen über die Ausübungsmodalitäten nicht als Verstoß gegen die Beschränkungsverbot zu gelten haben (grundsätzlich dagegen GA in Stix-Hackl im Schlußantrag v. 18. 3. 2004, - *Omega*, Rn. 71, wegen der Unkörperlichkeit von Dienstleistungen), kann hier wohl

cc) Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit gem. Art. 55, 46 EG gerechtfertigt sein. Dem Wortlaut nach beziehen sich diese Rechtfertigungsgründe nur auf Sonderregelungen für Ausländer. Entgegen dem Wortlaut gilt diese Rechtfertigungsmöglichkeit aufgrund eines Erst-Recht-Schlusses aber auch für unterschiedslos anwendbare Maßnahmen.¹⁷

Es kommt mithin darauf an, unter welchen Umständen sich ein Mitgliedstaat für eine Maßnahme, die in die Dienstleistungsfreiheit eingreift, auf die öffentliche Ordnung gem. Art. 46 EG berufen kann.

Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist Bestandteil des Gemeinschaftsrechts (d. h., er ist nicht identisch mit dem Begriff der öffentlichen Ordnung im nationalen Recht, wie beispielsweise in § 17 I ASOG). Damit ist er zunächst der gerichtlichen Nachprüfung zugänglich.¹⁸

Da mit dem Begriff der öffentlichen Ordnung Ausnahmen von den Grundfreiheiten gerechtfertigt werden sollen, ist er zudem eng auszulegen. Ein Mitgliedstaat kann sich nur dann auf die öffentliche Ordnung berufen, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.¹⁹ Hier wird das Verbot des Spieles warrior camp mit dem Schutz der Menschenwürde als objektivem Bestandteil der verfassungsrechtlichen Wertordnung begründet. Eine darauf gestützte Rechtfertigung der Dienstleistungsfreiheit ist grundsätzlich mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, da auch die Grundrechte und mit ihnen die Menschenwürde zu denjenigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, die der Gerichtshof zu sichern hat.²⁰ Problematisch ist hier jedoch, ob daraus auch folgt, daß die Menschenwürde als Rechtfertigungsgrund rein gemeinschaftsrechtlich ausgelegt werden muß. Wäre dem so, gelänge eine allgemeine Rechtfertigung des Eingriffs in die Grundfreiheiten nur, wenn die Einschränkung auf einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsauffassung beruht (Vorlagefrage). Konkret gelänge sie hier nicht, da sich die Rechtsauffassungen in Deutschland von der in Großbritannien bezüglich der Legalität des Spiels warrior camp unterscheidet. Jedoch ist hierbei der Zweck der Rechtfertigungsgründe des Art. 46 EG in den Blick nehmen. Die Rechtfertigungsgründe dienen den spezifischen nationalen Schutzinteressen.²¹ Sie sind daher

dahingestellt bleiben, weil jedenfalls hier das Verbot über Maßnahmen zur Regelung der Ausübungsmodalitäten hinausgeht.

¹⁷ So der Lösungsweg des EuGH in *-Omega*, aaO. Rn. 28 f., siehe dazu auch beispielsweise *Hobe*, Europarecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 321, *Jestaedt*, Polizeirecht in den Grenzen des Binnenmarkts, JURA 2006, 127 (130); wer sich hingegen am Wortlaut orientiert (so beispielsweise *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 894), müßte nunmehr Fragen, ob zwingende Gründe des Allgemeininteresses (Ungeschriebener Rechtfertigungsgrund) das Verbot rechtfertigen können (siehe EuGH, Urt. v. 10. 5. 1995, Rs. C-384/93, EuGHE 1995, S. 1141ff. - *Alpine Investments*, EuZw 1995, 404). Im Ergebnis wird wohl auch auf diesem Lösungsweg eine Rechtfertigung des Verbotes gelingen.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 4. 12. 1974, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337, Rn. 7 – *Van Duyn*.

¹⁹ EuGH, Urt. V. 14. 3. 2000, Rs. C-54/99, Slg. 2000 I 1335, Rn. 17 – *Eglise de scientologie*.

²⁰ EuGH, aaO., - *Omega*, Rn. 35.

²¹ *Frenz*, Menschenwürde und Dienstleistungsfreiheit, NVwZ 2005, 48 (49).

im Ansatzpunkt aus der Perspektive des jeweiligen Mitgliedstaates zu interpretieren. Einer gemeinsamen Rechtsauffassung in allen Mitgliedstaaten zu einem Rechtfertigungsgrund bedarf es daher nicht.

Aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung heraus muß sich aber der vom Mitgliedstaat herangezogene Rechtfertigungsgrund wiederum im Lichte der Verhältnismäßigkeit an den Grundfreiheiten messen lassen.²² Damit muß die Verbotsverfügung zunächst dem Grad des Schutzes der Menschenwürde entsprechen, der mit dem Grundgesetz im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik sichergestellt werden sollte. Hierzu ist festzustellen, daß der Menschenwürde innerhalb der nationalen Rechtsordnung der Höchststrang zukommt. Ein Verbot des Spiels warrior camp scheint dementsprechend dem zu schützenden Rechtsgut angemessen. Darüber hinaus, darf die von den nationalen Behörden in eine Grundfreiheit eingreifende Maßnahme auch nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des von den zuständigen Behörden verfolgten Zieles erforderlich ist. Da hier die Menschenwürde geschützt werden soll, kommt eine beispielsweise eine Zugangsbeschränkung für Jugendliche oder ähnliches als weniger einschneidende Maßnahme nicht in Betracht. Das Verbot ist damit im Lichte der gem. Art. 46 EG möglichen Rechtfertigung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit auch erforderlich.

Ergebnis eines Vorlageverfahrens vor dem EuGH: Das Verbot verstößt nicht gegen die gemeinschaftsrechtlich verbürgte Dienstleistungsfreiheit.

Endergebnis: Die Klage gegen die Verbotsverfügung gegenüber der FUNPARK-GmbH ist zulässig, jedoch nicht begründet. Das Verwaltungsgericht wird die Klage abweisen.

²² EuGH, aaO.,– *Omega*, Rn. 36.