

ZLVR

Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht

Herausgegeben von:
Hannes Berger
Lukas C. Gundling

Schriftleitung:
Sebastian R. Bunse

Forschungsstelle Öffentliches
Recht der Länder

Inhalt dieses Heftes

**Wiederholungswahl in Niedersachsen?
Auswirkung von Verstößen gegen zwingen-
des Satzungsrecht auf die Gültigkeit der
Landtagswahl**

Seite 85

Grafe

**Überlegungen zur Problematik des Begriffs
der öffentlichen Sicherheit**

Seite 91

Gmeiner

Rezensionsteil

Seite 94

*Kopp/Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung,
VwGO, Kommentar, C.H. Beck, 29. Aufl. 2023
(Fuchs)*

*Lisa Pientak, Die kommunale Sitzungsöffentlichkeit und
ihre Ausnahmetatbestände. Duncker & Humblot, Berlin
2023 (Gmeiner)*

Rechtsprechungsteil

Seite 105

VGH Mannheim - 9 S 15/22 – Ausnahmen von
der Schulpflicht

VGH Mannheim - 13 S 1640/22 – Anordnung
einer Fahrradstraße

VGH Kassel - 28 E 803/23.D – rechtsextreme
Chatgruppe

VG Gelsenkirchen - 4 L 1374/23 – Widerruf
eines Lehrauftrags an einer Polizeihochschule

3/2023

Wiederholungswahl in Niedersachsen? Auswirkung von Verstößen gegen zwingendes Satzungsrecht auf die Gültigkeit der Landtags- wahl

von Alexander Grafe, Oldenburg/Hannover*

Das Niedersächsische Landeswahlgesetz (NLWG) sieht in §18 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 vor, dass Parteien die Möglichkeit einer Delegiertenversammlung als Abweichung vom Normalfall der Mitgliederversammlung, zwecks Aufstellung eines Landeswahlvorschlags, in ihren Satzungen zu regeln haben. Dieser Satzungsvorbehalt bezieht sich insbesondere auf eine konkrete Festlegung des Verteilungsschlüssels von Delegierten einer Vertreterversammlung und stellt eine zwingende Konkretisierung der Mitgliederrechte aus § 6 Abs. 2 Nr. 7 PartG dar.¹ Die Satzungsautonomie beschränkt sich in diesem Zusammenhang lediglich auf die Festlegung der Gesamtzahl von Delegierten² und das anzuwendende Wahlsystem³. Parteien steht es somit grundsätzlich frei, nach welchem Verfahren sie ihre Wahlvorschlagslisten zusammenstellen, solange dies in der Satzung entsprechend geregelt ist. Eine Übertragung der Beteiligungsrechte von der Gesamtheit der Mitglieder auf wenige Delegierte ist demnach unproblematisch (und zudem gängige Praxis), wenn dies zuvor durch eine Entscheidung der Mitglieder in der Satzung verankert wurde. Doch welche Rechtsfolgen zieht es nach sich, wenn entgegen der Satzung ein Landeswahlvorschlag durch eine Vertreterversammlung aufgestellt worden ist? Stellt dies einen Verstoß gegen zwingendes Wahlrecht sowie das Parteiengesetz dar und bewirkt in der Folge ein Demokratiedefizit des anschließenden Wahlaktes?

I. Der Stein des Anstoßes

Im Zuge der Wahl zum Niedersächsischen Landtag am 9. Oktober 2022 erzielte die AfD ein Ergebnis von 11%.⁴ In der

*Alexander Grafe ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Rechtstheorie, Informations- und Telekommunikationsrecht von Prof. Dr. Dr. Volker Boehme-Neßler an der Carl v. Ossietzky Universität in Oldenburg. Zuvor war der Autor als Referent für Rechts- und Verfassungsfragen sowie Justizvollzug und Straffälligenhilfe bei der FDP-Fraktion im Niedersächsischen Landtag beschäftigt. Gemeinsam mit dem ehemaligen Mitglied des Landtages, Dr. iur. Marco Genthe, hat Alexander Grafe ein Einspruchsverfahren gegen die Gültigkeit der Landtagswahl in

Folge zogen 18 Abgeordnete über die Landeswahlvorschlagsliste der Partei, sprich über das Zweitstimmenergebnis, in das Parlament ein.⁵ Im Vorfeld zur Wahl wurden unter anderem Vorwürfe seitens des ehemaligen AfD-Landtagsabgeordneten und stellv. Landesvorsitzenden Christopher Emden laut, dass es Ungereimtheiten beim Aufstellungsverfahren des Landeswahlvorschlags gegeben haben soll. Unter anderem hätten Kandidaten Geldzahlungen auf ein privates Konto (sog. Kriegskasse) leisten müssen, damit für sie entsprechende Mehrheiten bei der Aufstellungsverammlung sichergestellt werden können.

Auch die Frage, ob der aktuelle Landesvorstand, welcher den Wahlvorschlag offiziell bei der Landeswahlleitung einreicht, satzungskonform ins Amt gekommen ist, wird öffentlich in Frage gestellt.⁶ Diese Aspekte sollen jedoch an dieser Stelle unbeachtet bleiben. Vielmehr geht es um die Frage, ob das Aufstellungsverfahren in Form einer Vertreterversammlung überhaupt zulässig gewesen ist und die daraus resultierende Liste zur Wahl gestellt werden durfte. Daher konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Satzungsautonomie von Parteien, sowie die Auswirkungen etwaiger Verstöße gegen einfachgesetzliches oder Satzungsrecht auf die Gültigkeit der angesprochenen Landtagswahl.

II. Sachverhalt zum Aufstellungsverfahren

Der AfD-Landesverband Niedersachsen hat seinen Landeswahlvorschlag durch eine Delegiertenversammlung am 2. und 3. Juli 2022 aufgestellt. Dieser wurde in der Folge vom Landeswahlausschuss zur Wahl zugelassen. Anders als alle anderen AfD-Landesverbände (mit Ausnahme von Sachsen-Anhalt und Bremen), die in ihren Satzungen genaue Vorgaben und den Verteilungsschlüssel für eine Delegiertenversammlung vorsehen, enthält die Satzung der AfD-Niedersachsen keine Möglichkeit zur Durchführung einer solchen Vertreterversammlung. Die Entscheidung des Landesvorstandes, dennoch eine Vertreterversammlung durchzuführen, wird auf einen Parteitagbeschluss vom 28.

Niedersachsen vom 9. Oktober 2022 angestrengt, mit dem sich derzeit der Wahlprüfungsausschuss des Landtages befasst.

¹ Lenski (2011) PartG § 13, Rn. 1.

² Lenski (2011) PartG § 13, Rn. 1.

³ Lenski (2011) PartG § 9, Rn. 8 i.V.m. § 15 Rn. 1.

⁴ Landesamt für Statistik Niedersachsen: Endgültiges amtliches Ergebnis der Landtagswahl am 9. Oktober 2022.

⁵ Landesamt für Statistik Niedersachsen: Endgültiges amtliches Ergebnis der Landtagswahl am 9. Oktober 2022.

⁶ ZDF-Interview mit Christopher Emden vom 02. Oktober 2022.

Mai 2022 i.V.m. § 11 Abs. 6 der Landessatzung gestützt. Inhalt des Antrages war, für einen fest definierten „Notfall“ die einmalige Möglichkeit einer Delegiertenversammlung zu schaffen. Auf eine entsprechende Satzungsänderung wurde verzichtet. Diese Notfallregelung sollte greifen, falls keine entsprechende Räumlichkeit zur Durchführung einer Mitgliederversammlung zur Verfügung stehen würde.⁷ Zuvor genannter § 11 Abs. 6 der AfD-Landessatzung sieht im Wortlaut vor, dass der Landesparteitag befugt ist, jegliche Entscheidungsgewalt an sich zu ziehen.⁸ Abgesehen davon, dass der selbst definierte „Notfall“ durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hannover und einen entsprechend festgestellten Überlassungsanspruch von Räumlichkeiten zur Durchführung eines Landesparteitags abgewendet wurde,⁹ stellen sich grundsätzliche verfassungs- und insbesondere wahlrechtliche Fragen.

Genügt eine Generalklausel wie in § 11 Abs. 6 der AfD-Landessatzung, um dem Satzungsvorbehalt einer Vertreterversammlung zu entsprechen, stellt eine Missachtung einen Verstoß gegen die demokratischen Grundsätze der inneren Parteistruktur aus Art. 21 Abs. 1 Satz 3 GG dar und wie ist in diesem Fall die Wahlrechtsrelevanz einzuschätzen? Diesen Fragen möchte sich dieser Beitrag nähern.

III. Verfassungsrechtliche Einordnung

Die Frage nach dem Verfahren zur Aufstellung von Bewerbern für öffentliche Wahlen betrifft eine Nahtstelle zwischen der Autonomie der inneren Parteiordnung und dem Gebot der Einhaltung demokratischer Grundsätze.¹⁰ Dies leitet sich insbesondere aus der Rekrutierungsfunktion¹¹ von Parteien im Verfassungsstaat ab, wodurch den Parteien eine elementare Bedeutung bei der Auswahlmöglichkeit des politischen Führungspersonals gegenüber dem Wähler zukommt.¹²

Daher ist es folgerichtig, dass Wahlvorschläge nur dann dem Wahlakt unterzogen werden dürfen, wenn zuvorderst die grundlegenden innerparteilichen Verfahrensvor-

schriften eingehalten worden sind, soweit durch diese das innerparteiliche Demokratiegebot und die zwingenden Vorgaben des Wahl- und Parteienrechts verwirklicht werden.¹³ Das Prinzip der demokratischen Legitimation zieht sich somit rückwirkend von der Wahl eines Regierungsoberhauptes, über die Wahl des Parlaments, bis hin zur Aufstellung von Bewerbern und, im Falle einer Vertreterversammlung, sogar bis hinunter zur Wahl von Delegierten.¹⁴ Diese Vorgaben der Spiegelbildlichkeit zwischen den Anforderungen an die Durchführung der Wahl selbst und den vorgelagerten Verfahren zur Aufstellung von Bewerbern wird auch durch das Parteiengesetz untermauert.¹⁵ Da es in der Praxis von großer Bedeutung ist, ob ein Wahlvorschlag, auf dessen Zusammensetzung der Wähler keinen Einfluss hat, durch eine Mitglieder- oder eben eine Vertreterversammlung aufgestellt wird,¹⁶ definiert das Parteiengesetz in § 13 den Satzungsvorbehalt für die Zusammensetzung von Vertreterversammlungen als Grundbedingung repräsentativ-demokratischer Organe.¹⁷ Ein wesentliches Merkmal der Anforderungen an die innere Struktur von Parteien stellt die Wahrung von Mitgliederrechten dar.¹⁸ Abgeleitet vom Grundsatz aus Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“), ist die parteiinterne Entscheidungsgewalt in wesentlichen Teilen auf die Mitgliederversammlung abzustellen.¹⁹ Ein Eingriff in diese Entscheidungsgewalt bedarf daher zwingend einer entsprechenden Verankerung in der Satzung. Dies betrifft sowohl die Frage nach Urabstimmungen, Mitgliederbefragungen aber insbesondere auch Online-Parteitage.²⁰ Gar höhere Ansprüche an die demokratische Verfasstheit werden aufgrund der spezifischen Verzahnung mit dem staatlichen Bereich an die Kandidatenauswahl im Vorfeld von Wahlen gestellt.²¹ Bezogen auf den beschriebenen Sachverhalt findet durch den Wechsel von einer Mitglieder- auf eine Delegiertenversammlung eine Übertragung von Mitbestimmungsrechten aller Mitglieder auf wenige Vertreter statt.

Dieser Vorgang stellt einen weitgehenderen Eingriff in die mitgliedschaftlichen Rechte dar und unterliegt in

⁷ Protokoll Landesparteitag AfD Landesverband Niedersachsen am 28. Mai 2022.

⁸ Satzung AfD Landesverband Niedersachsen (Stand: 30.06.2019).

⁹ Verwaltungsgericht Hannover, Beschluss vom 22. Juni 2022, 1 B 2234/22.

¹⁰ Risse/Witt in: Hömig/Wolff (2018) GG Art. 21 Rn. 13.

¹¹ Dazu näher ausführend Kluth in: Epping/Hillgruber (2020) GG Art. 21 Rn. 25.

¹² Kluth in: Epping/Hillgruber (2020) GG Art. 21 Rn. 22; Sachs/Ipsen Rn. 24 ff.; Maunz/Dürig/Klein Rn. 167.

¹³ BVerfG 89, 252 ff.

¹⁴ Kluth in: Epping/Hillgruber GG Art. 21 Rn. 68 ff.

¹⁵ BVerfG 80, 188 (222); BVerfG 84, 304 (323).

¹⁶ Gött in: Kaiser/Michl (2020) S. 299.

¹⁷ Lenski (2011) PartG § 13, Rn. 2, 3.

¹⁸ Dreier/Morlok GG, Bd. 3, 2018, Art. 21 Rn. 130.

¹⁹ Dreier/Morlok GG, Bd. 3, 2018, Art. 21 Rn. 163.

²⁰ Dreier/Morlok GG, Bd. 3, 2018, Art. 21 Rn. 137; Morlok/Streit, ZRP 1996,447, 450; insbesondere zum Thema Online-Parteitage siehe Kersten/Rixen/Augsberg PartG § 9 Rn. 19.

²¹ Kluth in: Epping/Hillgruber GG Art. 21 Rn. 164.

Anlehnung an die vorangegangenen Ausführungen daher einem Regelungszwang in der Satzung. Die Vorgaben entziehen sich folglich der Satzungsautonomie der Parteien und stellen eine Konkretisierung des Art. 21 Abs. 1 Satz 3 GG dar.²²

IV. Innere Autonomie und Rahmen des Parteiengesetzes

Grundsätzlich geht es in diesem Fall nicht um die Frage, ob eine Delegiertenversammlung zwecks Aufstellung eines Landeswahlvorschlags dem Geist aus Art. 21 Abs. 1 Satz 3 GG entspricht und somit zulässig ist. Diese Frage ist unzweifelhaft zu bejahen.²³ Vielmehr geht es um die Frage, ob ein Regelungszwang in der Satzung für das jeweils gewählte Verfahren besteht.

Die grundsätzliche Geeignetheit einer Vertreterversammlung spiegelt sich auch in der gängigen politischen Praxis wider. Vielmehr wird an dieser Stelle darauf abgestellt, dass die gewählten Verfahren eben in ihrer Form und konkreten Ausgestaltung durch die Satzung legitimiert sein müssen.

1. Positionierung der Landeswahlleitung

Zur Frage der Rechtmäßigkeit einer Delegiertenaufstellungsversammlung im vorliegenden Fall führte die niedersächsische Landeswahlleitung in einer schriftlichen Stellungnahme aus, dass das Niedersächsische Landeswahlgesetz in § 18 ein Aufstellungsverfahren durch Delegierte erlaubt und somit keine spezielle Regelung in der jeweiligen Satzung notwendig ist, bzw. das Fehlen einer entsprechenden Regelung wahlrechtlich nicht relevant sei.

Dabei führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass die Aufstellung von Listenkandidaten als wesentlicher Bestandteil der Wahlvorbereitung anzusehen ist und die notwendige Voraussetzung für die Wahl selbst schafft.²⁴ Daran anschließend wird § 17 PartG dahingehend ausgelegt, dass notwendige Regelungen zum Aufstellungsverfahren nicht allein und ausschließlich in der Satzung, sondern auch in

den entsprechenden Wahlgesetzen normiert werden.²⁵ Dieser Aspekt ist besonders hervorzuheben, da mit Blick auf die noch zu behandelnde Wahlrechtsrelevanz unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe an Verstöße angelegt werden, die lediglich den Bereich der Satzungsautonomie oder zusätzlich auch einfachgesetzliches oder Verfassungsrecht berühren.

In der einschlägigen Kommentarlage werden zudem die hohen Maßstäbe an das Demokratiegebot innerparteilicher Verfahren in erster Linie mit dem Schutz der Mitgliedsrechte von Parteimitgliedern begründet.²⁶ Insbesondere die Mitbestimmungsrechte sollen gewahrt und eine Oligarchisierung der inneren Parteistrukturen verhindert werden.²⁷ Für Bundestagswahlen laufen dementsprechend die Regelungen des § 21 BWahlG auf eine Gewährleistung hinaus, dass jedem Basismitglied die Mitwirkung an der Kandidatenaufstellung ermöglicht werden muss.²⁸ Aus diesem Prinzip erwächst ein strukturelles Homogenitätsgebot für die Ausgestaltung innerparteilicher Verfahren mit den Vorgaben des Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG und eine Übertragung der einschlägigen Vorgaben aus dem staatlichen Bereich auf die Binnenstruktur von Parteien.²⁹ Die innerparteiliche Demokratie bewegt sich somit im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und wird durch die konkrete Ausformung in der Satzung verwirklicht.³⁰

2. Welche Bedeutung hat der Satzungsvorbehalt?

Bemerkenswert ist mit Blick auf den vorliegenden Sachverhalt, dass die einschlägige Literatur die Frage nach der Einrichtung eines Delegiertensystems als konkretes Beispiel dafür anführt, welche politische Identität der jeweiligen Partei durch das Aufstellen von Verfahrensgrundsätzen zum Tragen kommt.³¹

So definieren die AfD-Landesverbände Bayern und Mecklenburg-Vorpommern in ihren jeweiligen Satzungen zwar die Möglichkeit, Landesparteitage auch in Form einer Delegiertenversammlung durchzuführen, legen jedoch insbesondere für Aufstellungsversammlungen vor Bundes- und Landtagswahlen konkret fest, dass diese ausschließlich als

²² Kluth in: Epping/Hillgruber GG Art. 21; dazu wird eine unmittelbare Bindung der Parteien an demokratieerhebliche Grundrechte grundsätzlich angenommen. Siehe dazu: Jarrass/Pieroth GG, 15. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 25; König (1993) S. 26 ff.

²³ Boehl in: Schreiber (2021) BWahlG § 21 Rn. 2, 17, 19, m.w.N.

²⁴ BVerfGE 89, 243 Rn. 50.

²⁵ BVerfGE 89, 243 Rn. 51.

²⁶ Kluth in: Epping/Hillgruber GG Art. 21 Rn. 152.

²⁷ Niedermayer in: ders./Stöss (1993) S. 230 ff.; Michels (1989) S. 24 ff., 342 ff.

²⁸ BVerfGE 89, 243 Rn. 51.

²⁹ Trautmann (1975) S. 174 ff.; Wolfrum (1974) S. 63 ff.; Streinz in: Mangoldt/Klein/Starck GG, Bd. II, 7. Aufl., Art. 21 Rn. 150.

³⁰ Morlok/Merten (2018) S. 123.

³¹ Morlok/Merten (2018) S. 123.

Mitgliedersammlungen durchzuführen sind.³² Daher ist es vor dem Hintergrund des Schutzes von Mitgliederechten als grundlegendes Prinzip der demokratischen Binnenstruktur unzweifelhaft, dass Verfahrensweisen sowie Rechte und Pflichten der Mitglieder schriftlich in den Satzungen zu fixieren sind.³³ Andernfalls wären Verstöße auch nicht einklagbar. Dieser Aspekt untermauert die Verpflichtung von Parteien in § 6 Abs. 1 PartG, wonach die Satzung ein verpflichtendes Dokument für jede Partei darstellt.³⁴ Werden die genannten Grundsätze eingehalten, greift die parteiinterne Autonomie zur konkreten Ausgestaltung der Verfahrensregelungen, verstößt eine Satzungsregelung jedoch gegen die Vorgaben aus Art. 21 GG, ist diese als nichtig anzusehen.³⁵

Das Parteiengesetz regelt die innere Ordnung in seinem zweiten Abschnitt. Neben der Vorgabe, dass zwecks Schutzes des demokratischen Charakters innerparteilicher Willensbildung eine schriftliche Fixierung der Verfahrensweisen zu erfolgen hat,³⁶ macht § 6 Abs. 2 PartG konkrete und detaillierte Vorgaben, welche Regelungstatbestände sich der Parteiautonomie entziehen und somit zwingend in der Satzung festzuhalten sind.³⁷

Demnach gehören die Voraussetzungen, die Form, Einberufungsfristen sowie die jeweilige Beurkundung der Beschlüsse von Vertreterversammlungen zum Pflichtbestandteil der Satzung, sofern vom Normalfall der Mitgliedersammlung abgewichen werden soll.³⁸ Dies wird zusätzlich unterstrichen durch die Verpflichtung aus § 13 PartG, wonach auch der explizite Verteilungsschlüssel für die Zusammensetzung einer Vertreterversammlung zwingend in der Satzung zu konkretisieren ist.³⁹ Auch diese Vorgabe erwächst aus dem Gleichheitsgrundsatz des Stimmgewichts jedes einzelnen Mitglieds, welches äquivalent zu den Prinzipien des Art. 21 GG für den Zählwert von Wählerstimmen abgeleitet wird.⁴⁰

V. Wahlrechtsrelevanz

An die diskutierte Frage nach dem Regelungszwang von Verfahren zur Aufstellung von Kandidatinnen und Kandidaten im Vorfeld von Wahlen schließt sich natürlich an, ob und inwieweit ein Verstoß gegen die dargelegten Vorgaben

Einfluss auf die Gültigkeit des anschließenden Wahlergebnisses hat.

1. Führen Satzungsverstöße automatisch zu einer Ungültigkeit der Wahl?

Wie zuvor dargelegt, verstößt die Durchführung einer Delegiertenversammlung ohne Grundlage in der Parteisatzung gegen die zwingenden Vorgaben des Parteiengesetzes als Konkretisierung der Vorgaben an den demokratischen Charakter innerparteilicher Willensbildungsprozesse aus Art. 21 GG. Fraglich ist nun, inwieweit sich ein solcher Verstoß auf die Gültigkeit des anschließenden Wahlergebnisses auswirkt. In der bereits angeführten Stellungnahme der niedersächsischen Landeswahlleiterin wird angeführt, dass Verstöße gegen Verfahrensvorschriften, die der Satzungsautonomie unterliegen, in der Regel keinen Wahlfehler begründen. Diese Einschätzung stützt sich auf eine Auslegung des Bundesverfassungsgerichts, wonach eine Verletzung von Bestimmungen, die sich ausschließlich im Bereich der Satzungsautonomie befinden, wahlrechtlich keine Relevanz entfalten.⁴¹ Dieses Argument scheidet mithin jedoch aus, da sich (wie zuvor dargelegt) die Frage nach der Durchführung und der Ausgestaltung einer Delegiertenversammlung ausdrücklich dem Bereich der Satzungsautonomie entzieht und somit zwingenden Charakter aufweist.

Ob ein Landesvorschlag rechtmäßig aufgestellt worden ist, sei laut Landeswahlleitung davon abhängig, ob verfassungsrechtlich verankerte Wahlgrundsätze und darauf beruhende zwingende Vorschriften des Landeswahlrechts verletzt worden sind. Diese Einschätzung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Vorbereitung von Wahlen, wozu insbesondere die Aufstellungsverfahren von Wahlvorschlägen zählen, die Nahtstelle zwischen öffentlichem Interesse und Parteiautonomie darstellt.⁴² Das einfachgesetzliche Wahlrecht, im vorliegenden Fall das Niedersächsische Landeswahlgesetz (NLWG), stellt mithin lediglich eine Konkretisierung der verfassungsrechtlich einschlägigen

³² Satzung AfD-Bayern (Stand: 13.05.2023) § 5 Abs. 3, 4 i.V.m. § 7; Satzung AfD-Mecklenburg-Vorpommern (Stand: 27.08.2023) § 10 Abs. 2 i.V.m. § 11.

³³ Morlok/Merten (2018) S. 123.

³⁴ Morlok/Merten (2018) S. 123.

³⁵ Morlok in: Dreier GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 128.

³⁶ Morlok, RuP 2012, 65, 67 ff.

³⁷ Morlok/Merten (2018) S. 135, 136.

³⁸ Morlok/Merten (2018) S. 135, 136.

³⁹ Morlok/Merten (2018) S. 137.

⁴⁰ Roßner (2014) S. 178 ff.; Kluth in: Epping/Hillgruber GG Art. 21 Rn. 152.

⁴¹ BVerfGE 89, 243 Rn. 52.

⁴² Morlok/Merten (2018) S. 140.

Wahlrechtsgrundsätze dar.⁴³ Der Raum für autonome Entscheidungen der Parteisatzungen ist demzufolge eng und betrifft lediglich Bereiche, für die keine wahlgesetzliche Regelung besteht.⁴⁴ Das NLWG konkretisiert in § 18 Abs. 3 die sich aus dem PartG als Fortschreibung der demokratischen Prinzipien aus Art. 21 GG ergebenden Vorgaben zur zwingenden Verankerung der Möglichkeit und Ausgestaltung einer Delegiertenversammlung. Parallel zum staatlichen Wahlrecht wird die innerparteiliche Wahlvorbereitung und insbesondere die Kandidatenaufstellung mitunter auch durch das Satzungsrecht der Parteien bestimmt. Dass im vorliegenden Sachverhalt die Durchführung einer Vertreterversammlung zwecks Aufstellung des Landeswahlvorschlags mit einem Beschluss begründet wird, welcher sich auf § 11 Abs. 6c der genannten Landessatzung bezieht und dem Landesparteitag ermöglichen soll, jedwede Entscheidungskompetenz an sich ziehen zu können, trägt jedoch nicht.

2. Satzungsautonomie oder einfachgesetzliches Recht – Was gilt?

Festzustellen ist, dass die Satzung im verbleibenden Spielraum für Regelungen bei der Kandidatenaufstellung im Wesentlichen von den einschlägigen wahlgesetzlichen Bindungen überformt wird.⁴⁵

Aus diesem Grund sieht das Niedersächsische Wahlrecht, wie viele andere auch, vor, dass die Mitglieder einer Partei nur dann auf ihr eigenes Mitwirkungsrecht bzgl. eines Landeswahlvorschlags zugunsten von wenigen Delegierten verzichten können, wenn eine gewisse Form eingehalten wird. Und diese Form ist die Verankerung in einer Parteisatzung, die mit einer Dreiviertelmehrheit zu beschließen ist und öffentlich nachvollziehbar bleibt. Ein einfacher per Handzeichen abgestimmter und zudem unvollständiger Parteitagsbeschluss, entspricht somit nicht den Grundsätzen aus Art. 21 Abs. 1 GG. Eine Umgehung des Satzungsverbots für die Option von Delegiertenversammlungen durch etwaige Generalklauseln bzw. Generalermächtigungen ist in diesem Zusammenhang folglich nichtig.⁴⁶ Diese Einschätzung wird gestützt durch die Vorwirkung der Wahlrechtsgrundsätze, welche sich unzweifelhaft auch auf den Prozess der Wahlvorbereitung erstreckt.⁴⁷ Darüber hinaus

hat der Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen in einem Urteil über die Zulassung eines Wahlvorschlags der AfD in 2019 ausformuliert, dass eine Selbstbindung der Partei an die in ihrer Satzung festgelegten Vorgaben zum Aufstellungs- und Wahlverfahren besteht, welche zum „Demokratieminimum“ zu werten und somit als Kernanforderung auch relevant ist.⁴⁸

3. Anforderungen an satzungsändernde Beschlüsse

Hierbei ist zu erwähnen, dass es insbesondere für satzungsändernde Anträge auf Parteitagen spezielle Vorschriften gibt. Sie müssen frühzeitig eingereicht und auch in den Ladungen explizit bezeichnet werden. Hier war den Parteimitgliedern, die nicht anwesend waren, also gar nicht bekannt, dass ihnen auf dem Landesparteitag ihr uneingeschränktes Mitwirkungsrecht an der Aufstellung des Landeswahlvorschlags entzogen werden soll. Aus diesem Grund wird die konkrete Ausgestaltung des Wahlsystems in der Satzung und eben nicht durch Parteitagsbeschluss, als zwingend angesehen.⁴⁹ Eine etwaige Verletzung hätte objektiv-rechtlich auch folgerichtig Auswirkungen auf die daran erfolgten Rechtsakte, beispielsweise eine Kandidatenaufstellung.⁵⁰

4. Nach welchen Maßstäben richtet sich das Wahlprüfungsverfahren?

In Anlehnung an die Regelungen aus Art. 28 Abs. 1 S. 1, 2 GG übernimmt die Niedersächsische Verfassung (NV) für die Ausgestaltung des Wahlprüfungsverfahrens in Art. 11 Abs. 2 S. 1, Abs. 3, 4 NV die Zielsetzung, dass eine Verwirklichung der beschriebenen Wahlrechtsgrundsätze sichergestellt werden soll.⁵¹ Aus der begleitenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben sich demzufolge für die Überprüfung von Parlamentswahlen zwei wesentliche Entscheidungsmerkmale. Zum einen findet der Grundsatz der sog. „Mandatsrelevanz“ Anwendung.⁵² Verstöße gegen einfachgesetzliches oder Verfassungsrecht haben somit erst dann Einfluss auf die Gültigkeit der Wahl, wenn die nachgewiesenen Fehler auch die tatsächliche

⁴³ Morlok/Merten (2018) S. 140.

⁴⁴ Lenski (2011) PartG, § 17 Rn. 6.

⁴⁵ Lenski (2011) PartG, § 17 Rn. 8.

⁴⁶ Siehe dazu Kluth in: Epping/Hillgruber GG Art. 21, Rn. 155.

⁴⁷ Kluth in: Epping/Hillgruber GG Art. 21, Rn. 155.

⁴⁸ SächsVerfGH (2019) Vf. 76-IV-19 (HS) und Vf. 81-IV-19 (HS), S. 32 Abs. 2; Morlok, NVwZ2012, 913, 914.

⁴⁹ Lenski (2011) PartG, § 9 Rn. 8.

⁵⁰ Kluth in: Epping/Hillgruber GG Art. 21, Rn. 155.

⁵¹ Soffner in: Epping/Butzer/et al. NV, Art. 11 Rn. 50.

⁵² Soffner in: Epping/Butzer/et al. NV, Art. 11 Rn. 50.

Zusammensetzung des Parlaments, in diesem Fall des Niedersächsischen Landtages, betreffen.⁵³

Zusätzlich mündet die Abwägung von genannten Verstößen mit dem Bestandsgebot des bestehenden Parlaments darin, dass nicht allein durch „leichteste Wahlfehler“ die Gültigkeit der gesamten Wahl in Frage gestellt werden darf.⁵⁴

Darüber steht der Vorsatz, dass unter Berücksichtigung der zu Tage gebrachten Wahlfehler ein Fortbestand der gewählten Vertretung als unerträglich angesehen werden muss.⁵⁵ In der Gewichtung von etwaigen Wahlfehlern und deren Auswirkung auf die Gültigkeit des Endergebnisses müssen zudem unterschiedliche Maßstäbe an die Verfahren zur Aufstellung von Kreis- und Landeswahlvorschlägen angelegt werden, da letztgenannte qua definitionem auf alle Wahlkreise ausstrahlen.⁵⁶ Wie zuvor ausführlich dargelegt, stellt eine Beschneidung der Mitgliederrechte durch die Durchführung einer Delegierten- anstatt einer Mitgliederversammlung zwecks Aufstellens des Landeswahlvorschlags, ohne Verankerung in der Satzung einen Verstoß gegen zwingende Vorgaben des Parteien- und Wahlrechts als Konkretisierung von Art. 21 GG dar. Unzweifelhaft kann ein solcher Verstoß gegen die demokratischen Grundsätze bei der parteiinternen Kandidatenauswahl auch die anschließende Wahl „infizieren“ und folglich zu ihrer Rechtswidrigkeit führen.⁵⁷ Das Unterschreiten der verfassungsrechtlichen Mindeststandards bei der Aufstellung von Wahlvorschlägen birgt bereits die Gefahr einer Verfälschung des demokratischen Charakters einer Wahl in sich und untergräbt die Legitimation des gesamten Wahlakts.⁵⁸

VI. Fazit

Da sich die dargelegten Wahlfehler auf das Verfahren zur Aufstellung des Landeswahlvorschlags beziehen, über den alle 18 Abgeordneten der AfD-Niedersachsen in den Landtag eingezogen sind,⁵⁹ muss die Mandatsrelevanz zwingend bejaht werden. Zudem ist an dieser Stelle auf die

erstrangige Bedeutung der Rekrutierungs- und Auswahlfunktion von Parteien für die Besetzung von Staatsämtern hinzuweisen.⁶⁰ Daher kann ein Verstoß gegen Vorschriften des Parteien- und Wahlgesetzes, mithin somit auch gegen zwingendes Verfassungsrecht, kaum als leichter Wahlfehler gewertet werden. Das Fehlen der zwingenden Regelung in der Parteisatzung zur Möglichkeit einer Delegiertenversammlung stellt in diesem Zusammenhang einen so gravierenden Fehler dar, dass die Zulassung des Landeswahlvorschlags der AfD-Niedersachsen zur Landtagswahl im Oktober 2022 unrechtmäßig war und in der Folge das Ergebnis der Wahl für ungültig zu erklären ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zudem klar formuliert, dass allein der Verstoß gegen wahlrechtliche Mindestregeln der Parteien zu einer fehlerhaften Zulassungsentscheidung führen.⁶¹ Der Verweis auf den bereits oft zitierten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, wonach allein die Verletzung von Satzungsvorschriften über die genaue Ausgestaltung des Aufstellungsverfahrens keinen Wahlfehler begründet,⁶² scheidet an dieser Stelle aus. Denn die vorgelagerte Festlegung des Verfahrens entzieht sich, wie dargelegt, dem Bereich der Parteiautonomie und ist getrennt von den Fragen zur dann folgenden Ausgestaltung⁶³ zu betrachten. Aus diesen Gründen muss sich eine Wiederholung des Wahlvorgangs ergeben.

⁵³ BVerfG 85, 148 (159); vgl. BVerfG 103, 111 (134); BVerwG 118, 101 (104 f.).

⁵⁴ BVerfG 103, 111; BVerwG 118, 101 (105).

⁵⁵ *Soffner* in: Epping/Butzer/el al. NV, Art. 11 Rn. 51; vgl. BVerfG 103, 111 (134).

⁵⁶ Gött in: Kaiser/Michl (2020) S. 300.

⁵⁷ Dreier/*Morlok* GG Art. 21 Rn. 127; *Arndt*, NVwZ 1993, 1066, 1067.

⁵⁸ BVerfGE 89, 243 (253).

⁵⁹ Landesamt für Statistik Niedersachsen: Endgültiges amtliches Ergebnis der Landtagswahl am 9. Oktober 2022.

⁶⁰ *Morlok/Merten* (2018) S. 121.

⁶¹ BVerfGE 89, 243 Rn. 54.

⁶² BVerfGE 89, 243 (252 ff., 256); *Boehl* in: Schreiber (2021) BWahlG § 21 BWG, Rn. 40.

⁶³ In den durch die Satzungsautonomie autonom zu regelnden Vorgaben, welche bei Verstoß keine direkte wahlrechtliche Relevanz entfalten, gehören beispielsweise Fragen zur Einladungspraxis oder der Gestaltung von Wahlbögen. Aus der Natur dieser Beispiele geht hervor, dass diese nachgelagert zur Entscheidung über eine Mitglieder- oder Vertreterversammlung einzuordnen sind.

Überlegungen zur Problematik des Begriffs der öffentlichen Sicherheit

von Robert Gmeiner, Ellwangen (Jagst)/Bielefeld*

I. Einleitung

Zu den zentralen Aufgaben des Gefahrenabwehrrechts gehört der Schutz der öffentlichen Sicherheit.¹ Ungeachtet etwaiger landesspezifischer Definitionen, wie in § 3 Nr. 1 LSASOG, fällt darunter allgemein die Unverletzlichkeit bzw. Unversehrtheit der Rechtsordnung. Die Rechtsordnung ist verletzt, wenn gegen (öffentlich-)rechtliche Verhaltenspflichten, namentlich Strafgesetze, verstoßen wird.²

II. Beispielfall

Ein solches Begriffsverständnis ist jedoch nicht unproblematisch. Dies soll anhand *Stefan Muckels* Übungsklausur zum Reichskriegsflaggen-Fall verdeutlicht werden.³ Der Fall wurde nur exemplarisch herausgegriffen und seine Auswahl hat keine tiefergehende Bedeutung. Es hätte genauso gut eine beliebig andere polizeirechtliche Klausur sein können; die beschriebene Problematik ist dieselbe.

Dem Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Monarchist M hängt nach wie vor der Hohenzollern-Monarchie nach. Um seine Verbundenheit mit dem Kaiserreich zu zeigen, hisst er auf seinem Balkon die Reichskriegsflagge, die zunächst vom Norddeutschen Bund und anschließend von der Reichskriegsmarine verwendet wurde. Da diese Flagge auch von rechtsradikalen Gruppen als Kampfsymbol missbraucht wird, untersagt die Behörde dem M wegen Verstoßes gegen § 130 Abs. 1 StGB (Volksverhetzung) das weitere Hissen der Flagge.

* Robert Gmeiner ist als Rechtsreferendar (LG Ellwangen) derzeit im Ministerium für Landesentwicklung und Wohnen Baden-Württemberg, Referat Denkmalschutz, Weltkulturerbe und Bauberufsrecht sowie als wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht (Prof. Dr. Hellermann) an der Universität Bielefeld tätig.

¹ § 1 Abs. 1 BWPolG; Art. 2 Abs. 1 BayPAG; § 1 Abs. 1 ASOG; § 1 Abs. 1 BbgOBG; § 1 Abs. 1 S. 1 BremPolG; § 3 Abs. 1 HamSOG; § 1 Abs. 1 S. 1 HessSOG; § 1 Abs. 1 MVSOG; § 3 Abs. 1 NdsSOG; § 1 Abs. 1 S. 1 NRWPolG; § 1 Abs. 1 NRWOBG; § 1 Abs. 1 S. 1 RhPfPOG; § 1 Abs. 2 SaarPolG; § 2 Abs. 1 S. 1 SächsPVDG; § 1 Abs. 1 S. 1 LSASOG; § 162 Abs. 1 SHLVwG; § 2 Abs. 1 S. 1 ThürPAG.

Bei der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung wird zunächst geprüft, ob die entsprechenden tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen. Dabei ist inzident zu klären, ob das Hissen der Reichskriegsflagge den Tatbestand des § 130 Abs. 1 StGB verwirklicht. Ob dies der Fall ist, hängt von der Begründung im Einzelfall ab, wird aber größtenteils bejaht.⁴ Die Musterlösung sieht sodann die Prüfung des Ermessens und dabei insbesondere der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Einschreitens vor. Dabei ist zu prüfen, ob M in seinen Grundrechten, namentlich dem Recht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, verletzt ist.

III. Problematik

Bei der vorzunehmenden Prüfung der Verwirklichung der Straftatbestände ist die Meinungsfreiheit nicht erst auf der Rechtfertigungs-, sondern bereits auf der Tatbestandsebene zu berücksichtigen.⁵

1. Doppelverwertung

Polizeiliche Maßnahmen stehen im Ermessen der Behörde. Bei seiner Ausübung muss die Behörde nach § 40 (L)VwVfG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs als gesetzliche Ermessensgrenze wahren. Dies hätte zur Folge, dass die Meinungsfreiheit, sofern man obigen den Fall „richtig“ prüft, nach der Musterlösung zweimal berücksichtigt wird: Zunächst auf Tatbestandsebene und sodann ein weiteres Mal auf der Rechtsfolgenseite beim behördlichen Ermessen.

Für das Strafrecht ist in § 46 Abs. 3 StGB ausdrücklich normiert, dass Umstände, die schon zum gesetzlichen Merkmal der Straftat gehören, nicht nochmals bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind. So kann bei einem Tötungsdelikt nicht strafscharfend berücksichtigt werden, dass der Angeklagte sein Opfer vorsätzlich tötete, denn der

² Statt aller siehe nur: *Matthias Bäcker*, in: ders./Denninger, Erhard/Graulich, Kurt (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., München 2021, Kap. D Rn. 48 f.; *Wolf-Rüdiger Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 61.

³ *Stefan Muckel*, Fälle zum Besonderen Verwaltungsrecht, 8. Aufl., München 2022, Fall 8, S. 70 ff.; etwas abweichend bei: *Christoph Enders*, JuS 1997, 539 ff.

⁴ Siehe auch: OVG Münster, NJW 1994, 2909 f.; vgl. auch VGH Mannheim NJW 2006, 635 f. zur Flagge des Kaiserreichs.

⁵ Statt aller: *Jürgen Schäfer/Stephan Anstötz*, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., München 2021, § 130 Rn. 110 m.w.N.

Vorsatz gehört gem. § 15 StGB zum gesetzlichen Tatbestand.⁶ Erst recht kann nicht strafscharfend berücksichtigt werden, dass der Angeklagte eines Tötungsdelikts den Todeintritt nicht zu verhindern versuchte.⁷

Zwar fehlt es im Öffentlichen Recht an einer mit § 46 Abs. 3 StGB vergleichbaren Regelung. Unbekannt ist die Konstruktion aber nicht. Das bekannteste Beispiel hierfür dürfte § 35 Abs. 2 BauGB sein. Danach können andere als in § 35 Abs. 1 BauGB genannte Vorhaben im Außenbereich zulässig sein, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Obwohl der Wortlaut der Norm ein Ermessen der Behörde nahelegt, besteht ein Anspruch auf Zulassung des Vorhabens, wenn öffentliche Belange ihm nicht entgegenstehen.⁸ Lehnt man entgegenstehende öffentliche Belange ab, fehlt es an Umständen, die übrig bleiben, auf der Rechtsfolgenseite berücksichtigt und dem Vorhaben entgegengehalten werden können. Die Ermessensausübung wird so auf die Tatbestandsebene vorverlagert.⁹

In der verwaltungsrechtlichen Literatur wird diese Konstruktion unter dem Begriff der Kopplungs- bzw. Mischvorschrift behandelt. Dabei handelt es sich um Normen, bei denen Tatbestands- und Rechtsfolgenseite aufgrund einer „intensiven inhaltlichen Verknüpfung“ miteinander verbunden sind.¹⁰ Der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes hat zu Kopplungsvorschriften entschieden, dass das Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge „nur nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift“ zu beurteilen sei.¹¹ Daraus können sich zwei Folgen ergeben: Zunächst kann bereits das Ermessensergebnis, wie bei § 35 Abs. 2 BauGB, auf der Tatbestandsebene entschieden werden.

Dies dürfte bei dem obigen Beispielfall zutreffen. Der Tatbestand für ein polizeiliches Einschreiten ist erfüllt, wenn man eine Strafbarkeit des M bejaht. Dies setzt wiederum

voraus, dass geprüft (und bejaht) wurde, dass durch das gesetzliche Verbot des Hissens der Reichskriegsflagge das Recht auf Meinungsfreiheit entweder nicht berührt ist oder zumindest im Rahmen der praktischen Konkordanz zurückzutreten hat. Verneint man nun bereits auf Tatbestandsebene eine Verletzung von Ms Meinungsfreiheit durch das Hiss-Verbot, erscheint es nicht folgerichtig, die Umsetzung dieses Verbots als unverhältnismäßigen Eingriff in die Meinungsfreiheit erneut zu prüfen. Denn die Meinungsfreiheit des M wurde bereits genauso verwertet wie das öffentliche Interesse an der Unterbindung des Hissens. Andernfalls müsste bei der erneuten Abwägung auf der Rechtsfolgenseite entweder die Meinungsfreiheit an Gewicht gewinnen oder das Strafgesetz an Gewicht verlieren können. Wo diese Gewichtsverschiebung herkommen soll, ist nicht ersichtlich. Sieht man einmal von Sonderfällen¹² ab, ist für eine polizeiliche Ermessensausübung kein Raum mehr.

2. Wertungswiderspruch

Dennoch ist denkbar, dass der Gesetzgeber der Behörde trotz der Koppelung die Ermessensausübung offenhält.¹³ Würde man dies für das Gefahrenabwehrrecht annehmen, würde dies zusätzlich zu folgendem Problem führen: Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründet eine strafrechtliche Sanktionierung eine existenzielle Betroffenheit des Verurteilten, denn das damit ausgesprochene Unwerturteil betrifft den „in der Menschenwürde (Art.1 Abs. 1 GG) wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch des Verurteilten“.¹⁴ Zwar ist dies bei einem polizeilichen Einschreiten aus zweierlei Gründen (noch) nicht der Fall. Zum einen handelt es sich dabei nicht um eine Bestrafung, sondern um eine Maßnahme der Gefahrenabwehr. Zum anderen steht noch gar nicht fest, ob tatsächlich die Voraussetzungen für eine Verurteilung nachweislich vorliegen.¹⁵ Prüft man nun im Rahmen der Ermessens die Verhältnismäßigkeit des polizeilichen

⁶ Zahlreiche Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei BGHSt 63, 54, 56 f., wobei die Entscheidung diesen Grundsatz etwas relativiert. Darauf kommt es vorliegend jedoch nicht entscheidend an.

⁷ BGH, NStZ-RR 2003, 41 = StV 2003, 223.

⁸ Vgl. BVerwGE 18, 247, 250.

⁹ Markus Ludwigs, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts V, Heidelberg 2023, § 124 Rn. 16; Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 7 Rn. 50.

¹⁰ Eckhard Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Tübingen 2001, S. 50.

¹¹ Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, BVerwGE 39, 355, 364 = BFHE 105, 101, 108; vgl. auch BVerwGE 153, 292, 298.

¹² Z.B. aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG oder wenn noch weitere Grundrechte betroffen sind, die bei der Tatbestandsmäßigkeit noch keine Rolle spielen, wie z.B. das Eigentumsrecht.

¹³ Vgl. BVerwGE 153, 292, 298; Pache 2001, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 50.

¹⁴ BVerfGE 96, 245, 249.

¹⁵ Zur Anscheinsgefahr: Wolf-Rüdiger Schenke, JuS 2018, 505, 507 m.w.N.

Einschreitens und verneint diese, führt dies dazu, dass man zuvor tatbestandlich eine Gefahr bejahte und somit auch festgestellt hat, dass man dem Störer, in unserem Fall der M, die Begehung einer Tat vorwirft, die geeignet ist, ihn in existenzieller Weise in seinem Wert- und Achtungsanspruch zu beeinträchtigen. Aufgrund der Unverhältnismäßigkeit des Einschreitens gelangt man jedoch zu dem Ergebnis, dass Ms Vergehen jedoch noch nicht so schwerwiegend ist, dass ein Einschreiten durch die Polizei gerechtfertigt wäre. Wenn das öffentliche Interesse der Entfernung der Reichskriegsflagge nicht die Meinungsfreiheit des M überwiegt, ist nicht nachvollziehbar, weshalb man dieses Verhalten tatbestandlich als strafwürdig rechtfertigt. Insofern stellt sich die Frage, ob aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dies nicht dadurch abgefangen werden muss, dass die Ermessensausübung, wie oben beschrieben, beim Tatbestand vollständig berücksichtigt.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Sofern man unter dem Begriff der öffentlichen Sicherheit die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung im Sinne einer Gesetzesbefolgung versteht, ist dies nicht unproblematisch, denn die einschlägigen Grundrechte werden sowohl auf Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgenseite berücksichtigt. Sofern dies dogmatisch zulässig sein sollte, drohen hier Wertungswidersprüche, die nicht ohne weiteres aufgelöst werden können. Eine konsequente Anwendung des heute vertretenen Begriffs der öffentlichen Sicherheit muss dazu führen, dass eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit zu einer gebundenen Entscheidung polizeilichen Einschreitens führt.

Rezensionen im Öffentlichen Recht

Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, München 2023, 2240 Seiten, Leinen, ISBN 978-3-406-80459-5, 72,00 €*

Nach dem Verwaltungsverfahrensrecht haben die klimaschutzpolitisch motivierten Digitalisierungs- und Beschleunigungsbemühungen der Bundesregierung inzwischen auch das Verwaltungsprozessrecht erreicht: nämlich mit dem Gesetz zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren im Infrastrukturbereich (BGBl I Nr. 71 – nicht wie im Vorwort, S. V: Nr.73! – v. 20. März 2023). Die mit ihm bewirkten Änderungen betreffen vor allem den vorläufigen Rechtsschutz (§ 80c -neu-), die Beschleunigung und Straffung des Verfahrens (§ 87c -neu-), aber auch die Gerichtsverfassung (§§ 9, 10, 48, 50) und das Kostenrecht (§ 154). Sie alle konnten in der neuen Auflage noch berücksichtigt werden (Vorwort S. V). Eine auf die neuen Bestimmungen konzentrierte Durchsicht des Kommentars ergibt zweierlei: zum einen erfahren sie alle die für den Kopp typische und gewohnt sachliche und unvoreingenommene Kommentierung. Zum anderen wollten und konnten Herausgeber und Bearbeiter (*Christian Hug, Josef Ruthig, Ralf P. Schenke*) vor allem im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG aber auch eine gewisse Skepsis angesichts der „rechtspolitisch umstrittenen Sondervorschriften“ nicht verbergen (S. V). Sie stehen damit nicht allein. Immerhin hatte kein Geringerer als der BDVR die Vorstellung, dass die Dauer entsprechender Verfahren (BVerwG: 12 Monate, OVG/VGH: 18,9 Monate) sich noch wesentlich verkürzen ließe als „wenig realistisch“ und die Möglichkeiten der Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren als „nahezu ausgeschöpft“ bezeichnet (vgl. Stellungnahme zum VwVInfrBG v. 9. September 2022). Das zeigt sich zunächst bei den Beschleunigungs- und Priorisierungsvorschriften des neuen § 87c VwGO, deren Steuerungswirkung recht „beschränkt“ sei, „weil die neuen Vorgaben bereits weitgehend der bestehenden Praxis entsprechen“ (§ 87c Rn. 1). Keinesfalls könne das Priorisierungsgebot mit Rücksicht auf Art. 19 Abs. 4 GG jedoch eine „absolute Geltung“ für sich beanspruchen (§ 87c Rn. 4). Das betrifft aber auch die mit der Reform des vorläufigen Rechtsschutzes im neuen § 80c VwGO beabsichtigten Beschleunigungseffekte. Denn das Außerachtlassen dem angefochtenen Verwaltungsakt anhaftender Fehler (Verletzung von

Verfahrens- oder Formvorschriften oder Abwägungsmangel im Rahmen der Planfeststellung oder der Plangenehmigung), „wenn offensichtlich ist“, dass diese in „absehbarer Zeit behoben sein“ werden, entspreche weitgehend auch schon der bisherigen Spruchpraxis (§ 80c Rn. 1, Kritik an den beiden hervorgehobenen unbestimmten Rechtsbegriffen in §80c Rn. 3 und 4). Die auch mit diesem Gesetz fortschreitende Tendenz zu Spezialspruchkörpern („Planungskammern, Planungssenate“ – § 188b VwGO) als Folge der Ausdifferenzierung der Rechtsmaterien scheint ohnehin unumgänglich und unumkehrbar zu sein (vgl. jetzt etwa: BMJ (Hrsg.), Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit [Justizstandort-Stärkungsgesetz], 16. August 2023; in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt es bekanntlich schon seit 2020 Wirtschaftskammern und -senate – § 188a VwGO). Wie in allen derartigen Fällen betritt der Gesetzgeber auch mit den neuen Planungskammern jedoch einen schmalen Grat, will er den Gerichten die für ihre spezielle Gerichtsorganisation erforderliche Flexibilität nicht über Gebühr beschneiden (§ 188b Rn. 1). Eine Fortsetzung erfährt ganz offenkundig auch der schleichende Wandel des BVerwG vom Revisions- zum Tatsachengericht. So soll im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und Effizienzsteigerung (§ 50 Rn. 9) und in Abkehr von § 21e Abs. 4 GVG nach § 50 Abs. 2 i.V.m. § 48 Abs. 3 VwGO (die insofern *lex specialis* zum GVG sind) nicht nur bei den OVG/VGH der Fortbestand der Zuständigkeit nach Änderung der Geschäftsverteilung der Regelfall werden, sondern auch beim BVerwG (§ 48 Rn. 22).

„Der Kopp“ hat seit der Erstauflage im Jahr 1974 nahezu alle 18 Monate eine Neuauflage erlebt und seinen Umfang bis zur 29. Auflage mehr als vervierfacht: kein anderer VwGO-Kommentar hat eine derartige Frequenz aufzuweisen und kein anderer VwGO-Kommentar kann bei diesem Tempo mithalten. Der noch erschwingliche Preis und die Tatsache, dass das Werk bis auf Niedersachsen in allen anderen Bundesländern zur 2. Staatsprüfung zugelassen ist, tragen ein Übriges zu dieser Erfolgsgeschichte bei! Vor allem aber war, ist und bleibt es die umfangreiche und vollständige Verarbeitung von Rechtsprechung und Literatur, die den Rang und die Beliebtheit dieses einzigartigen Kommentars ausmachen. Nichts spricht derzeit dagegen, dass dies nicht auch in Zukunft so bleiben wird.

Ministerialrat a.D. Dr. MICHAEL FUCHS,
M.A., Magister rer. publ., Berlin

Lisa Pientak, Die kommunale Sitzungsöffentlichkeit und ihre Ausnahmetatbestände. Rechtfertigungsnotstand oder Nichtöffentlichkeit aus der Natur der Sache?; Duncker & Humblot, Berlin 2023; 527 S., 109,90 €, ISBN 978-3-428-18613-6.

I. Einleitung und Kurzwiedergabe des Inhalts

Bei dem hier besprochenen Werk handelt es sich um eine von der Universität Düsseldorf bereits im Jahr 2016 angenommene Dissertation, die von *Martin Morlok* betreut wurde. Es besteht neben einer Einleitung und einer Zusammenfassung aus fünf Kapiteln. Um Wiederholungen mit den folgenden Ausführungen zu vermeiden und um die Rezension nicht noch weiter zu sprengen, beschränkt sich die folgende Inhaltswiedergabe auf den Aufbau der Arbeit. Zunächst erläutert *Pientak* „das verfassungsrechtliche Prinzip der Sitzungsöffentlichkeit“ (Teil B, S. 38-139). Dabei gelangt sie zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Sitzungsöffentlichkeit um ein Prinzip handelt, welches sich aus dem Demokratieprinzip, dem Republikprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip und der Wahlfreiheit ableitet, ohne dass es auf eine Differenzierung zwischen einzelnen Staatsgewalten ankomme. Anschließend betrachtet *Pientak* „Die kommunale Sitzungsöffentlichkeit“ (Teil C, S. 140-328). Hierbei beginnt sie mit den tatsächlichen Voraussetzungen der kommunalen Sitzungsöffentlichkeit, wobei sie zwischen der Sitzungsvorbereitung, Sitzungsdurchführung und Sitzungsnachbereitung differenziert. Anschließend konkretisiert sie den Inhalt und die Reichweite der Sitzungsöffentlichkeit und untersucht insbesondere Geltung und Umfang der Sitzungsöffentlichkeit bezüglich kommunaler Aufsichtsräte. Im Anschluss definiert sie die formelle und materielle Sitzungsöffentlichkeit als rechtliche bzw. faktische Möglichkeit zur Sitzungsteilnahme. In den nächsten beiden Teilen beschäftigt sich *Pientak* mit dem kommunalen Öffentlichkeitsausschluss (Teil D, S. 329-364) und die Rechtfertigungs- und Ausschlussgründe (Teil E, S. 365-426), wobei sie etliche typische Praxisfälle (wie z.B. Grundstücksangelegenheiten, Beratung über prozesstaktisches Vorgehen, Personalangelegenheiten) näher beleuchtet. Zum Abschluss stellt *Pientak* die „Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Gebot der Sitzungsöffentlichkeit“ dar (Teil F, S. 427-498). Dabei erläutert sie zunächst die materiellen Rechtsfolgen und sodann die Rechtsschutzmöglichkeiten sowohl der Ratsmitglieder als auch der Gemeindeglieder.

II. Materielle Bewertung

1. Zunächst untersucht *Pientak* eine verfassungsrechtliche Fundierung der Sitzungsöffentlichkeit im Allgemeinen, die sie aus den Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG ableitet.

Aus der „Zusammenschau der Prinzipien [ergibt sich], dass das Grundgesetz allgemein auf Öffentlichkeit angelegt ist.“ (S. 94). Außer diesen allgemeinen Prinzipien kennt das Grundgesetz ausdrücklich in Art. 42 Abs. 2 S. 1 S. 1 GG die Öffentlichkeit des Bundestages. Insgesamt ist die Öffentlichkeit des Bundestages nach *Pientak* demnach fünf Mal (!) normiert. Bei der ausdrücklichen Normierung in Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG handele es sich daher nur noch um eine deklaratorische Regelung des allgemeinen verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips (S. 103). Vor diesem Hintergrund stellt sich allerdings die von *Christoph Möllers*, aber in einem anderen Zusammenhang, aufgeworfene Frage: „Wozu aber braucht man ein allgemeines Prinzip, das garantiert, was in einer konkreten Norm schon steht?“¹ Die Antwort kann ehrlicherweise nur lauten: Um auch die übrigen Staatsorgane dem Öffentlichkeitsprinzip zu unterwerfen. Damit ist aber bereits der erste Schritt für einen Zirkelschluss gelegt.

Dabei sei an dieser Stelle dahingestellt, wie sich die deklaratorische Wirkung des Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG mit der Aussage nur eine Seite (S. 102) zuvor verhält, wonach die Geltung der „kommunalen Sitzungsöffentlichkeit [schon aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG] Wirkung entfaltet“. Wieso die Sitzungsöffentlichkeit aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG nicht ebenfalls deklaratorischer Natur ist, erläutert *Pientak* dem Leser nicht. Verbunden ist mit der These der deklaratorischen Wirkung außerdem ein rechtstheoretisches Problem: Nach *Pientak* handelt es sich bei der Öffentlichkeit um ein Gesamtkonzept. Eine „dogmatisch konsequente“ Differenzierung zwischen den einzelnen Verfassungsprinzipien hinsichtlich der Öffentlichkeit sei nicht nur kaum möglich, „sondern vor dem Hintergrund der Einheit der Verfassung auch nicht sinnvoll.“ (S. 94). Ist die Öffentlichkeit des Bundestages fünf Mal im Grundgesetz verankert, verlieren die Einzelregelungen ihren konstitutiven Wert. Denkt man Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG weg, so ergibt sich die Öffentlichkeit noch aus dem Republikprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, etc. Nun kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass es nun einmal so ist. Dann stellt sich aber die Frage, weshalb sie diesen Ansatz nicht konsequent durchzieht. An anderer Stelle, zum Thema Medienöffentlichkeit, schreibt *Pientak*, dass die Medienöffentlichkeit verfassungsrechtlich vorgesehen sei, da „andernfalls „die Regelung des § 196 Abs. 1 S. 2 GVG [sic!], gemeint ist § 169] obsolet“ wäre. (S. 258). Zunächst einmal stellt sich die Frage, wieso überhaupt das einfache Recht maßgeblich für die Auslegung des Grundgesetzes sein sollte. Nur eine Seite vorher (!) schreibt sie (übrigens völlig zu Recht), dass die inhaltliche Ausgestaltung des Verfassungsverständnisses nicht dem einfachen Gesetzgeber obliegt (S. 257, ähnlich bereits S. 96 zu Prinzipien). Möglicherweise hängt diese argumentative Flexibilität damit zusammen, dass je nach Norm der sachliche Geltungsbereich des verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsgebots erweitert oder beschränkt werden kann. Sieht man in § 169 Abs. 1 S.

¹ *Christoph Möllers*, JZ 2015, 1103, 1104.

2 GVG ein Eingriffsgesetz, wäre die Medienöffentlichkeit verfassungsrechtlich geschützt; erachtet man hingegen § 169 Abs. 1 S. 1 GVG als konstitutives Gesetz, wäre die Gerichtsöffentlichkeit nicht vom verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsgebot erfasst.

Darüber hinaus erläutert *Pientak* auch nicht, warum § 169 Abs. 1 S. 2 GVG obsolet sein sollte, falls es keine verfassungsunmittelbare Medienöffentlichkeit geben sollte. Systematisch liegt es wesentlich näher, den Bezugspunkt der Norm in § 169 Abs. 1 S. 1 GVG zu sehen, anstatt unmittelbar im Verfassungsrecht. Letztendlich liegt das Problem in dieser Argumentation auch darin, dass sie von der konstitutiven Wirkung § 169 Abs. 1 S. 2 GVG ausgeht. Dem Verfassungsgeber gesteht sie die Redundanz zu, die Öffentlichkeit mehrfach ins Grundgesetz aufzunehmen. In konsequenter Fortführung von *Pientaks* Argumentation für den einfachen Gesetzgeber müsste es sich bei § 169 Abs. 1 S. 1 GVG ebenfalls nur um eine deklaratorische Wiederholung der Gerichtsöffentlichkeit aus Art. 20 Abs. 1 GG handeln. Dann stellt sich aber die Frage, warum sie dem einfachen Gesetzgeber zwar in § 169 Abs. 1 S. 1 GVG, nicht aber in § 169 Abs. 1 S. 2 GVG eine Redundanz zugesteht. Ein normtheoretischer Unterschied zwischen den beiden Normen liegt jedenfalls nicht auf der Hand. Daher ließe sich durchaus die Ansicht vertreten, dass § 169 Abs. 1 S. 2 GVG deklaratorisch verdeutlicht, dass Art. 5 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG bzw. § 169 Abs. 1 S. 1 GVG nur die Saalöffentlichkeit vorsieht, zumal das Grundgesetz laut *Pientak* nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ der Sitzungsöffentlichkeit schützt (S. 257).

2. Sieht man einmal von dieser rechtstheoretischen Problematik ab, führt dieses allgemeine Öffentlichkeitsprinzip auch zu einem materiell-rechtlichen Unbehagen. Gebunden werde die gesamte Staatsgewalt: „Die Reichweite der Sitzungsöffentlichkeit wird nicht durch die Grenzen der Staatsgewalt begrenzt.“ (S. 122). Umfasst werden „alle Staatsebenen und alle Staatsbereiche“ (S. 97), mithin „alle Staatsgewalt“ (S. 122).

Ein solch weites Verständnis des Öffentlichkeitsprinzips mag man vielleicht noch für angemessen halten, wenn man die klassischen Staatsfunktionen in den Blick nimmt. Auch wenn man das nicht immer bedenkt, übt nach § 1 BNotO auch der Notar ein öffentliches Amt aus.² Er nimmt nach allgemeiner Ansicht originäre staatliche und hoheitliche Aufgaben wahr,³ die einer richterlichen Tätigkeit nahekommen.⁴ Konsequenter Weise müsste auch der Notar sein Amt öffentlich ausüben.

Sicher kann man zumindest behaupten, dass der Notar sein Amt in der Öffentlichkeit ausüben muss. Bei einer rein formalen Betrachtung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im

Sinne *Pientaks* ist dies auch folgerichtig. Zwar könne die Öffentlichkeit zum Schutz von Individualinteressen durchaus ausgeschlossen werden. Dies fordere aber „immer eine Einzelfallabwägung“ (S. 117). Ob die allgemeine Verschwiegenheitspflicht des Notars aus § 18 Abs. 1 S. 1 BNotO ausreicht, erscheint zweifelhaft. Dennoch löst dieses Ergebnis ein Störgefühl aus. Besteht bei der Errichtung eines Testaments, dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrag oder die Gründung einer Kapitalgesellschaft das Bedürfnis nach öffentlicher Kontrolle? Ein Einwand gegen diese Überlegung lautet: Der Notar soll nur deshalb aus dem Öffentlichkeitsprinzip ausgeschlossen werden, weil das Ergebnis (die Geltung des Öffentlichkeitsprinzips) nicht passt. Dieser Einwand ist zwar zutreffend und berechtigt, greift aber in diesem Beispiel methodisch nicht durch. Denn *Pientak* argumentiert selbst vom Ergebnis her. Auf S. 96 lehnt sie die Inkraftsetzung des Öffentlichkeitsprinzips durch ein einfaches Parlamentsgesetz als „schlicht unerträglich“ ab. Dann muss sie dieses Argumentationsmuster aber auch anderen Rechtsanwendern zugestehen. Wenn aber der Maßstab für die Geltung des Öffentlichkeitsprinzips die Erträglichkeit für den Rechtsanwender ist, stößt der Öffentlichkeitsgrundsatz schnell an seine Grenzen und ließe sich problemlos aushebeln. Was könnte man dogmatisch dagegen einwenden, wenn der Bürgermeister oder ein Gemeinderatsmitglied die Sitzungsöffentlichkeit ihres Gemeinderates allgemein für „schlicht unerträglich“ halten?

Möglicherweise kann man dieses (zu?) weitgehende Öffentlichkeitsverständnis mit *Pientaks* Argumentation an späterer Stelle einfangen, wonach die „Notwendigkeit von Öffentlichkeit aus demokratischer, rechtsstaatlicher und republikanischer Sicht“ als Maßstab für das Erfordernis nach Öffentlichkeit heranzuziehen ist (S. 122). Durch diese Einschränkung kann man den Notar möglicherweise wieder aus dem Öffentlichkeitsprinzip herausnehmen. Dann stellen sich aber zwei Folgefragen: Bedarf es denn überhaupt eines allgemeinen, gewaltunabhängigen Öffentlichkeitsprinzips, wenn wieder eine staatsfunktionenspezifische Beurteilung auf seine Notwendigkeit erfolgt? Und vor allem: Nach welchen Maßstäben bestimmt sich die Notwendigkeit? So hängt bei Wahlen zu den (kommunalen) Volksvertretungen weder das Wahlrecht noch das Stimmgewicht von der politischen Bildung des Wählers ab. Derjenige, der jede Sitzung des Gemeinderates besucht kann genauso wählen wie jemand, der möglicherweise ohne politische Vorkenntnis am Wahlsonntag nur aus Langeweile zur Wahl geht. Und wie werden Nichtwähler und Stammwähler berücksichtigt? Für den Wahlakt selbst und die Wahrnehmung des Wahlrechts kommt es daher nicht darauf an, ob der Wähler tatsächlich informiert ist. Wenn die

² Zum Notarassessor: § 7 Abs. 4 BNotO.

³ BVerfGE 17, 371, 376; 73, 280, 294; 131, 130, 141; BVerfGK 15, 355, 360 f.; BVerfG (K), DNotZ 2012, 945, 950; BGHR BNotO § 29 Abs. 1 Amtswidrige Werbung 1 Rn. 16 = DNotZ 2018, 930, 933; BGHR BNotO § 97 Abs. 3 S. 1 Amtsenthebung 1 = ZNotP 2020, 177, 179; *Claudius Eschewey*, in: BeckOK BNotO, 7. Ed. 2023, § 1 Rn.

17; *Tobias Kobitzsch*, in: Heinemann, Jörn/Trautrimms, Christoph (Hrsg.), Notarrecht, Baden-Baden 2022, BNotO § 1 Rn. 14; *Jens Bormann*, in: Diehn, Thomas (Hrsg.), BNotO, 2. Aufl., Köln 2019, § 1 Rn. 14 und passim; *Paul Terner*, DNotZ 2018, 938, 939.

⁴ BVerfGE 17, 371, 377; BVerfG (K), DNotZ 2012, 945, 950.

Informationsgewinnung in der Sitzung nur für einen Teil der Wähler von Relevanz ist, warum ist die Öffentlichkeit dann allgemein notwendig?

Nach *Pientak* soll die Wahlfreiheit die „Möglichkeit [gewährleisten], eigene Interessen gegenüber dem Staat zu vertreten“ (S. 63). Die Frage ist, ob es sich bei dieser Prämisse („nur“) um ein demokratietheoretisches bzw. politologisches Ideal handelt oder verfassungsrechtlich gefordert ist. Letzteres fügt sich allerdings nicht bruchlos in ihre Argumentation ein. Sie vertritt einen weiten Republikbegriff, bei dem „die Gemeinwohlorientierung des Staates“, die jeden Staatsbürger angehe, einen zentralen Inhalt hat (S. 90). Dies führt wiederum zu der Frage, in welchem Verhältnis die Verfolgung eigener Interessen zum Gemeinwohl stehen. Wer bestimmt das Gemeinwohl? Und darf der Bürger dann überhaupt eigene Interessen verfolgen, die außerhalb des Gemeinwohls liegen? Gelangt man zu der Erkenntnis, dass die eigenen Interessen nur im Rahmen der Verwirklichung des Gemeinwohls berücksichtigungsfähig sind, kann man durchaus daran zweifeln, ob die individuelle Sitzungsöffentlichkeit für die Wahlfreiheit überhaupt notwendig ist. Daher ist die „Notwendigkeit der Öffentlichkeit aus demokratischer und republikanischer Sicht“ in dieser Abstraktheit ein kaum brauchbares Kriterium, um dieses näher zu bestimmen und gegebenenfalls einzugrenzen.

3. Die Verknüpfung von Freiheit und Öffentlichkeit staatlichen Handelns ist nicht neu und findet sich bereits bei *Aristoteles* (S. 63). Des Weiteren bietet *Pientak* einen Exkurs zur philosophischen Entwicklung der Öffentlichkeit (S. 42 f.) über *Kant* und *Fichte* an. Damit will sie zeigen, dass „[d]ie rechtliche und gesellschaftliche Entwicklung des Öffentlichkeitsverständnisses [...] durch gesellschaftsphilosophische Ansätze gefördert und begleitet“ wurde (S. 42).

Unklar ist, welche Bedeutung man diesem kurzen, nur zweiseitigen, Exkurs beimessen soll. Verfassungsrechtlich ist er ohne Belang, da die besprochenen Philosophen bereits biografisch keinen Bezug zum Grundgesetz haben. Als ideengeschichtliche Entwicklung greift er wiederum zu kurz. So gab es durchaus Kritiker der Öffentlichkeit. Namentlich *Hobbes* forderte: „Handlungen haben ihren Grund in Meinungen; folglich müssen diese unter Aufsicht genommen werden, wenn man Frieden und Einigkeit im Staat erhalten will. Der höchsten Gewalt also gebührt die Beurteilung aller Meinungen und Lehren, weil diese nicht selten Grund und Ursprung von Uneinigkeit und Bürgerkrieg sind.“⁵

Einer fast 500-seitigen, juristischen Dissertation über die Dogmatik kann man nicht vorwerfen, dass sie keine umfassende philosophische Betrachtung enthält. Aufgrund der oben wiedergegebenen Einleitung und ihrer Darstellung entsteht jedoch der falsche Eindruck einer ideengeschichtlichen Kontinuität der Forderung nach Öffentlichkeit. *Hobbes'* Ansicht ist aber keineswegs eine historisch überholte

Einzelansicht. So heißt es bei *Wischmeyer* (den *Pientak* übrigens nicht zitiert): „Dabei besteht an sich kein Zweifel, dass ein funktionierender Geheimnisschutz für Verfassungsstaaten essentiell ist. Ein vollständig transparenter Staat wäre auch ein in jeder Hinsicht nackter und hilfloser Staat.“ Der Geheimnisschutz lässt sich dabei „auf dieselben Normen stützen, die – mit umgekehrten Vorzeichen – für Transparenz streiten: Demokratieprinzip, Gewaltenteilung, Grundrechte und Rechtsstaatlichkeit.“⁶ Damit ist aber weder verfassungsrechtlich noch ideengeschichtlich zwingend, dass Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Republik eine Sitzungsöffentlichkeit fordern. Folgt man aus diesen Verfassungsprinzipien die Öffentlichkeit staatlichen Handelns, erfordert dies eine Begründung. Stellt man es jedoch wie *Pientak* dar, dass von *Aristoteles* bis *Kant* und *Fichte* die Öffentlichkeit staatlichen Handelns kontinuierlich als Kennzeichen eines guten Staates anerkannt worden sei, fällt es deutlich leichter, eine umfassende staatliche Öffentlichkeit verfassungsrechtlich zu begründen, ohne sich mit Gegenansichten auseinandersetzen zu müssen. Damit entsteht zumindest der Eindruck, dass *Pientak* nur diejenigen philosophischen Standpunkte ausgesucht hat, die ihre Ansicht stützen.

4. Die Öffentlichkeit ist für *Pientak* Voraussetzung für die Kontrolle der Gewählten und damit für das Repräsentationsprinzip (S. 71 und passim), denn „[s]ofern das Volk den Staat zu lenken oder zu kontrollieren hat, ist Öffentlichkeit zwingende Voraussetzung für die Ausübung hoheitlicher Gewalt und Repräsentation.“ (S. 97).

Hierbei stellt sich die Frage, worin die Kontrollfunktion der Öffentlichkeit genau liegt. Dies hängt wiederum vom Begriffsverständnis der Kontrolle ab. Kontrolle kann sowohl in einer Überprüfung, aber auch in einer eigenständigen Neuentscheidung des Kontrolleurs liegen. Die inhaltliche Nachvollziehbarkeit einer Entscheidung ist nur erforderlich, wenn die Entscheidung auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen ist, es sich mithin um eine Fehlerkontrolle handelt. Andernfalls kommt es auf das „warum“ der Entscheidung überhaupt nicht an.⁷ Wenn nun die Bürger – sei es über die Wahl oder das kassatorische Bürgerbegehren – mit dem Ergebnis der Gemeinderäte (nicht) einverstanden sind, kommt es primär auf die Entscheidung selbst und weniger auf ihre parteipolitischen Begründung(en) an.

Pientak geht allerdings davon aus, dass das Kontrollrecht des Volkes nicht nur die Wahlentscheidung, sondern eine allgemeine Überwachung staatlichen Handelns umfasst (S. 111). Der Bürger müsse die Entscheidungen politisch nachvollziehen können (S. 226). Kontrollmaßstab kann allerdings nur eine Eigenschaft sein, die in ihrer Gesamtheit entweder bejaht/erreicht oder verneint/verfehlt werden kann. Leitbilder und Ideale sind keine tauglichen

⁵ *Thomas Hobbes*, *Leviathan*, Stuttgart 1970 (Reclam-Ausgabe, übersetzt von Jacob Peter Mayer), S. 161.

⁶ *Thomas Wischmeyer*, *Die Verwaltung* 51 (2018), 393 (394 f.).

⁷ Vgl. *Uwe Kischel*, *Die Begründung*, Tübingen 2003, S. 49.

Kontrollmaßstäbe.⁸ Danach kann allenfalls das Ergebnis einer Gemeinderatsabstimmung eine kontrollfähige Eigenschaft darstellen, nicht aber ihre politische Begründung. Die Feststellung, dass man bestimmte politische Argumente teilt oder nicht teilt ist demnach keine kontrollfähige Eigenschaft im rechtlichen Sinn. Wenn nun aber der politische Diskurs im Gemeinderat keine kontrollfähige Eigenschaft und damit kein Maßstab ist, kann er dann dennoch relevant für das Kontrollrecht des Volkes sein oder muss man anerkennen, dass der Bereich des Rechtlichen verlassen ist?⁹ Letztendlich konstruiert *Pientak* mit der allgemeinen politischen Überwachung des Gemeinderats eine maßstabslose Kontrolle. Wenn aber die Kontrolle keinen Maßstab mehr hat, dann handelt es sich begrifflich nicht mehr um eine Kontrolle.¹⁰

5. Nicht nachvollziehbar ist die sachliche Reichweite des Öffentlichkeitsgrundsatzes aufgrund der Wahlfreiheit. So führt *Pientak* aus, dass die Landesgesetzgeber in ihren Kommunalverfassungsgesetzen das aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitete Öffentlichkeitsprinzip für die Gemeinderäte einfachgesetzlich umgesetzt haben. In Berlin und Hamburg gelten entsprechende Regelungen für Bezirksvertretungen (S. 102).

Es entspricht aber allgemeiner Ansicht in der Verfassungsrechtsprechung, dass die Bezirke in Berlin und Hamburg keine Gemeinden sind.¹¹ Das Hamburger Verfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen deutlich betont: „Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG findet daher auf die Wahl der Bezirksversammlung keine [unmittelbare oder analoge] Anwendung.“¹² Der VerfGH Berlin hat ebenfalls entschieden: „Die [Wahlrechtsgrundsätze] [...] gem. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG finde[n] auf die Bezirksverordnetenversammlungen keine unmittelbare [oder analoge] Anwendung.“¹³ Dieser Rechtsprechung hat sich Bundesverfassungsgericht angeschlossen.¹⁴ Daher erschließt sich nicht, welcher Zusammenhang zwischen der Sitzungsöffentlichkeit der Bezirks(verordneten)versammlungen und den Wahlrechtsgrundsätzen in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG besteht. Ob eine genteilige Auffassung mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 HmbVerf, Art. 1 Abs. 1 VvB, wonach nicht zwischen staatlicher und gemeindlicher Ebene getrennt wird,¹⁵ überhaupt vertretbar ist, bedarf in dieser Rezension keiner weiteren Erörterung. Denn dies würde voraussetzen, dass überhaupt eine

Begründung vorliegt. Eine solche liefert *Pientak* aber nicht. Dies wäre aber erforderlich gewesen, wenn man sich über eine gefestigte Verfassungsrechtsprechung hinwegsetzen will.

6. In Widerspruch dazu behauptet *Pientak* auf S. 144, dass das Berliner Abgeordnetenhaus und die Hamburger Bürgerschaft Kommunalvertretungen seien. Diese Behauptung überrascht zunächst, bestimmt doch Art. 6 Abs. 1 HmbVerf (vermeintlich eindeutig): „Die Bürgerschaft ist das Landesparlament.“¹⁶ Zur Begründung für diese These verweist *Pientak* auf die jeweiligen Landesverfassungen und zwar auf Art. 56 Abs. 1 S. 1 VvB und Art. 34 Abs. 1 HmbVerf. Diese Normen bestimmen jedoch nicht den Rechtscharakter der Vertretungen, sondern die Wahl des jeweiligen Regierungschefs.¹⁷ Die gedankliche Anknüpfung scheint dabei zu sein, dass der Regierungschef in diesen Ländern als Regierender bzw. Erster Bürgermeister bezeichnet wird. Ob aus der Amtsbezeichnung des Regierungschefs auf die Rechtsnatur der Vertretung geschlossen werden kann, erscheint durchaus fraglich. Wenn man allein auf die Begrifflichkeiten abstellen will, ergibt sich das Problem, dass das Kommunalrecht zwar einen Oberbürgermeister, aber keinen Regierenden Bürgermeister kennt; eine bundeseinheitliche Verwendung des Begriffs des ersten Bürgermeisters gibt es ebenfalls nicht.

Unterstellt man nun, dass das Abgeordnetenhaus bzw. die Bürgerschaft nun doch (warum auch immer) Kommunalvertretungen sind,¹⁸ gelangt man zur folgenden Problematik: In welchem Verhältnis stehen sie nun zu den Bezirken? Eine doppelte Kommunalvertretung (sowohl als Bezirk als auch als Abgeordnetenhaus bzw. Bürgerschaft) erscheint fernliegend. Es gibt daher nur zwei denkbare Lösungen: Entweder sind die Bezirke nun doch keine Kommunalvertretungen, deren Wahlen an Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG zu messen sind. Dann ist aber die vorherige Aussage falsch. Oder aber das Abgeordnetenhaus und die Bürgerschaft sind keine Kommunalvertretungen. Dann ist aber jetzige Aussage falsch.

7. Nicht nachvollziehbar ist zudem *Pientaks* Einordnung der kommunalen Volksvertretungen in die Staatsgewalten. So heißt es zunächst auf S. 118, 121, dass sie „keine echten Parlamente“ sind. Schon auf der Folgeseite (S. 119) liest

dagegen, dass in Hamburg und Berlin keine eigene kommunale Ebene besteht.

¹⁶ Art. 38 Abs. 1 VvB bestimmt allgemeiner: „Das Abgeordnetenhaus ist die von den wahlberechtigten Deutschen gewählte Volksvertretung.“ Zumindest begrifflich wäre möglich, auch kommunale Volksvertretungen darunter zu fassen.

¹⁷ Art. 56 Abs. 1 S. 1 VvB „Der Regierende Bürgermeister wird mit der Mehrheit der Mitglieder des Abgeordnetenhauses gewählt.“ Art. 34 Abs. 1 HmbVerf: „Die Bürgerschaft wählt die Erste Bürgermeisterin oder den Ersten Bürgermeister mit der Mehrheit ihrer gesetzlichen Mitgliederzahl.“

¹⁸ Zur Sondersituation in Bremen: BremStGH 4, 111, 138 f.

⁸ *Simon Kempny*, Verwaltungskontrolle, Tübingen 2017, S. 170 f.

⁹ Vgl. *Marie-Claire Foblets/Dirk Hanschel/Armin Höland*, Einleitung: Das Recht hat seine Grenzen, in: dies. (Hrsg.), Grenzen des Rechts, Halle (Saale) 2018, S. 13, 15.

¹⁰ *Kempny* 2017, Verwaltungskontrolle, S. 17.

¹¹ VerfGH Berlin, LVerfGE 1, 33, 37; 11, 62, 65; VerfG Hamburg, LVerfGE 33, 273, 285.

¹² VerfG Hamburg, LVerfGE 8, 227, 238; 20, 173, 187; 26, 144, 164.

¹³ VerfGH Berlin, LVerfGE 24, 9, 19; nach VG Berlin, LKV 1995, 437, 438 aber Annäherung der Bezirkswahlen an die Kommunalwahlen.

¹⁴ BVerfGE 83, 60, 76; BVerfGK 13, 189, 195.

¹⁵ Das BVerwG, Buchholz 11 Art. 28 Nr. 22 (Ls.) = BeckRS 1971, 31282923 hatte keine bundesverfassungsrechtliche Bedenken

man jedoch: „Kommunale Volksvertretungen sind gewählte Repräsentationsorgane [...]. Auch wenn ihre Wahl lediglich durch das gemeindezugehörige Teilvolk erfolgt, sind sie insoweit mit echten Parlamenten vergleichbar.“ Als Nachweis für diese Behauptung verweist sie auf einen Handbuchbeitrag von Böckenförde.¹⁹ Bei Böckenförde liest man an dieser Stelle jedoch nichts zur Vergleichbarkeit von kommunalen Volksvertretungen und Parlamenten, sondern zur Legitimation. Pientak dürfte mit ihrem Verweis folgende Stelle bei Böckenförde meinen: „Die von ihnen erteilte Legitimation ist zwar keine solche vom Staatsvolk selbst, aber eine solche, die von einer nach gleichen Kriterien gebildeten Gesamtheit innerhalb des Staatsvolkes ausgeht.“

Bezugspunkt der Vergleichbarkeit in Pientaks Ausführung ist jedoch nicht die Wahl, sondern die Volksvertretungen. Richtigerweise müsste es bei ihr demnach heißen: „Kommunale Volksvertretungen sind gewählte Repräsentationsorgane [...]. Auch wenn ihre Wahl lediglich durch das gemeindezugehörige Teilvolk erfolgt, ist sie insoweit mit echten Parlamentswahlen vergleichbar.“ Dafür aber, dass sie das Zitat von Böckenförde als Vergleich von Parlament und Kommunalvertretung versteht, spricht Pientaks Fazit auf Seite 121, wo sie „[d]ie Sitzungsöffentlichkeit gewählter Volksvertretungen unbestritten als wesentliches Element der staatlichen Demokratie und des Parlamentarismus [sic!] anerkennt“ hat.

Dies stimmt mit ihren Ausführungen auf S. 288 überein, wo sich Pientak mit der Zulässigkeit nichtöffentlicher Ausschussvorbereitungen in kommunalen Vertretungen beschäftigt. In diesem Zusammenhang schreibt sie: „Im Mittelpunkt [der Begründung der Nichtöffentlichkeit der Ausschüsse des Gemeinderates] steht damit die Handlungsfähigkeit der parlamentarischen Regierung.“²⁰ Wie Kommunen ein parlamentarisches Regierungssystem ohne Parlament und ohne Regierung besitzen können, ist weder nachvollziehbar noch wird dies dem Leser erklärt. Letztendlich scheint sie doch vom Parlamentscharakter der Kommunalvertretungen auszugehen.

8. Das Abgrenzungskriterium zwischen Parlament und kommunaler Volksvertretung liegt für Pientak in der Gesetzgebungsbefugnis des Parlaments, was Gemeinderäten nicht zukommt. Ihre Rechtssetzungsbefugnis sei keine Gesetzgebung: „[D]er Erlass von [...] Satzungen dient lediglich der Ausführung formeller, von der Legislative erlassener Gesetze“. (S. 119).

Die Satzungsbefugnis der Gemeinden ist aber nicht auf nur auf die Ausführung bestehender Gesetze beschränkt. Sie bedürfen nur dann einer besonderen gesetzlichen Grundlage, soweit sie in Grundrechte eingreifen.²¹ In allen

anderen Fällen folgt die Satzungsbefugnis unmittelbar aus der Satzungshoheit des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.²² Insoweit steht es den Gemeinden frei, im Rahmen ihres Aufgaben- und Funktionserfindungsrechts (was Pientak auf S. 142 übrigens ausdrücklich anerkennt) Satzungen auch ohne gesonderte gesetzliche Ermächtigung zu erlassen. So kann beispielsweise die Errichtung und der Betrieb eines kommunalen Museums durch Satzung erfolgen, ohne, dass die Gemeinde hierzu durch Gesetz verpflichtet sein müsste. Eine bloße Gesetzesausführung ist in freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben gerade nicht zu erkennen.

Ein weiterer Unterschied zwischen Gesetzgebung und Satzungserlass liegt nach Pientak im Vorrang des Gesetzes, der die Gestaltungsmöglichkeiten des Satzungsgebers einschränke. Zwar sei auch der Gesetzgeber aufgrund unions- und völkerrechtlicher Verträge gebunden. Dies sei aber nicht vergleichbar. Der Gesetzgeber habe sich die Beschränkungen selbst auferlegt (S. 119).

Die Prämisse dieser Argumentation ist nur richtig, soweit man ausschließlich den Bundesgesetzgeber oder „die gesamte staatliche Ebene“ (als zusammengefassten Gegensatz von Bund und Länder) gegenüber der kommunalen Ebene im Blick nimmt. Denn der Bund kann auch Gegenstände, die Länderkompetenzen sind, auf die EU übertragen oder durch völkerrechtliche Verträge regeln. Sieht man einmal vom Sonderfall des Lindauer Abkommens ab, wirken die Länder auf Bundesebene bei der Gesetzgebung und in Angelegenheiten der Europäischen Union nach Art. 23 Abs. 4, Art. 76 ff. nur über den Bundesrat, der aus den Landesregierungen besteht (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG), mit. Das höchste Quorum, welches das Grundgesetz vorsieht, ist eine Zwei-Drittel-Mehrheit, Art. 79 Abs. 2 GG, § 5 Abs. 2 S. 5 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheit der Europäischen Union. Das entspricht derzeit 46 von den 69 Bundesratsstimmen. Bei normalen Gesetzen kann zudem der Bundestag einen Einspruch des Bundesrates nach Art. 77 Abs. 4 GG zurückweisen und diesen überstimmen. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum kann daher auch gegen den Willen der Landesparlamente²³ durch völker- bzw. unionsrechtlichen Vorgaben eingeschränkt werden. Worin hier genau die Freiwilligkeit bzw. Selbstbeschränkung in diesen Fällen liegt, erklärt Pientak nicht.

Jedenfalls lassen sich beide Begründungsansätze auch auf das Verhältnis des Landes zu den Kommunen übertragen. Wenn man die staatliche Ebene (Bund/Land) zu einer Einheit bei der Bundesgesetzgebung zusammenfasst, kann man diese Klammer bei der Landesgesetzgebung zwischen Land und Kommunen ziehen. Es entspricht der ganz vorherrschenden, wenn nicht gar allgemeinen Meinung, dass die Kommunen keine weitere staatliche Ebene bilden,

¹⁹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 24 Rn. 31.

²⁰ Jedenfalls hat sie die Stelle sprachlich nicht als indirektes Zitat, sondern als eigene Schlussfolgerung gekennzeichnet.

²¹ BVerwGE 148, 133, 142 f.

²² Christian Ernst, in: von Münch, Ingo/Kunig, Philipp/Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., München 2021, Art. 28 Rn. 139 m.w.N.

²³ Nach StGH Baden-Württemberg, ESVGH 36, 161, 163 ist eine Bindung der Landesregierung durch den Landtag in Bundesratsangelegenheiten nicht möglich.

sondern Teil des Landes sind. Dies entspricht, wenn auch nicht konsequent durchgezogen²⁴, der Ansicht *Pientaks* (S. 99, 140, 145). Wenn die Entscheidung „des Staates“ eine freiwillige Beschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums eines Landes fingiert, stellt sich doch die Frage, warum nicht eine Entscheidung „des Landes“ als freiwillige Selbstbeschränkung der Kommunen zu werten ist. Schließlich sind die Kommunen, ähnlich wie die Länder beim Bundesgesetzgebungsverfahren, nicht von der Mitwirkung an der Landesgesetzgebung ausgeschlossen. So sieht Art. 71 Abs. 4 BWVerf vor, dass die Gemeinden anzuhören sind, bevor durch Gesetz oder Rechtsverordnung allgemeine Fragen geregelt werden, welche die Gemeinden und Gemeindeverbände berühren. Der Begriff der „allgemeinen Fragen“ wird in der Rechtsprechung weit gefasst. Darunter fällt jede Angelegenheit, die „in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ihre Interessen berührt.“²⁵ Das betrifft auch diejenigen Gesetzgebungsvorhaben, welche die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung der Gemeinden einschränken. Zwar besteht insoweit ein Unterscheid zwischen den Ländern und den Gemeinden, dass die Länder im Bundesrat ein Stimmrecht haben, die Gemeinden hingegen nur ein Anhörungsrecht. Die Gemeinsamkeit besteht allerdings darin, dass sie an verbandsfremden Rechtssetzungsverfahren beteiligt sind, sich politisch zwar einbringen, aber aus eigener Machtvollkommenheit die beabsichtigte Rechtssetzung nicht verhindern können.

9. Das Verhältnis zwischen Land und Kommune ist noch an einer anderen Stelle unklar. So ergibt sich für *Pientak* aus der Definition der politischen Partei in § 2 Abs. 1 PartG, dass politische Parteien nur solche Vereinigungen sind, die für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung des Volkes Einfluss nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen. Daraus ergebe sich, dass die Gemeinderäte nicht der Legislative, sondern der Exekutive zuzurechnen seien (S. 118 Fn. 581). Zunächst stellt sich hier die Frage, welche Aussage das einfachrechtliche *Parteiengesetz* über die verfassungsrechtliche Rechtsnatur der Kommunalvertretungen hat. Die kompetenzrechtliche Problematik, ob der Bundesgesetzgeber überhaupt eine solche Aussagen treffen darf, sei an dieser Stelle ausgeklammert. Unabhängig davon stellen sich aber auch inhaltliche Fragen. So betont *Pientak* an mehreren Stellen, dass die Gemeinden Teile der Länder sind (S. 99, 140, 145). Wenn § 2 Abs. 1 PartG die Willensbildung der Parteien im Bereich eines Landes regelt, warum umfasst das Land in diesem Fall nicht die Kommunen? Für eine Erstreckung des § 2 Abs. 1 PartG auf Kommunalvertretungswahlen spricht,

neben dem Umstand, dass Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG Landtags- und Kommunalvertretungswahlen gleichberechtigt nebeneinander nennt, zunächst die Gesetzessystematik des Parteiengesetzes selbst. So bestimmt § 1 Abs. 2 PartG, dass die Parteien durch Aufstellung von Bewerbern an den Wahlen in Bund, Ländern *und Gemeinden*, auf die politische Entwicklung *in Parlament* und Regierung Einfluss nehmen. Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 PartG können Kommunalvertretungen durchaus als Parlamente verstanden werden. Weshalb § 2 Abs. 1 PartG, nicht aber § 1 Abs. 2 PartG für die Rechtsnatur der Kommunalvertretungen maßgeblich sein soll, erläutert *Pientak* nicht. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass in der einschlägigen Kommentarliteratur durchaus die Ansicht vertreten wird, dass § 2 Abs. 1 PartG auch Kommunalwahlen umfasst.²⁶

10. Nach *Pientak* handelt es sich bei der Öffentlichkeit rechtstheoretisch um ein Prinzip. Dies ergebe sich daraus, dass das Ziel für eine unmittelbare Anwendung zu abstrakt sei. Sie bedürfe daher einer Konkretisierung. Folge hiervon seien u.a. die Abwägungsoffenheit und das Optimierungsgebot. Sie zeigen sich darin, dass im Falle der Kollision mit anderen Gütern von Verfassungsrang die Rechtsordnung keine Regel bereithalte. Der Ausgleich der kollidierenden Güter müsse im Rahmen der praktischen Konkordanz erfolgen (S. 95). Dabei müsse bei der Abwägung das Optimierungsgebots beachtet werden (S. 96).

Hier stellt sich natürlich die Frage, wie man Prinzipien und Regeln voneinander abgrenzt. Klassischerweise sind Regeln Normen, die entweder befolgt oder nicht befolgt werden können. Auf S. 324 definiert *Pientak* die Sitzungsöffentlichkeit folgendermaßen: „Die Sitzungsöffentlichkeit ist dann gewährleistet, wenn keine rechtlichen oder tatsächlichen Zugangshindernisse bestehen und der Sitzungsinhalt vollständig wahrgenommen und nachvollzogen werden kann.“ Diese Aussage kann aber entweder befolgt oder nicht befolgt werden. Zwar wird in der Rechtstheorie durchaus vertreten, dass ein Prinzip mit einem entsprechenden Vorbehalt versehen werden kann.²⁷ Die herrschende Meinung lehnt dies aber ab.²⁸

Allein die Feststellung, dass die Öffentlichkeit ein Prinzip ist, enthält noch keine Aussagen, über den Umfang einer Optimierung. „Das“ Optimierungsgebot gibt es prinzipientheoretisch nicht. So ist streng danach zu differenzieren, ob es sich bei einer Norm um ein zu optimierendes Gebot oder ein Gebot, zu optimieren handelt. Diese beiden Gebote sind nicht deckungsgleich.²⁹ Die vermeintliche Zielvorgabe des Grundgesetzes zu einer „maximal mögliche[n] Transparenz“ kann allein aus dem Prinzipiencharakter nicht abgeleitet werden.

²⁴ Siehe hierzu sogleich unter II.9.

²⁵ VerfGH Baden-Württemberg, Urt. v. 15.2.2016 – 1 VB 9/16, Rn. 50 (juris); VGH Mannheim, Urt. v. 2.6.2022 – 1 S 1067/20, Rn. 49 (juris), 1 S 926/20, Rn. 84 (juris) und 1 S 1079/20, Rn. 77 (juris).

²⁶ *Jörn Ipsen*, Parteiengesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, § 2 Rn. 6

²⁷ Vgl. *Manuel Atienza/J. Ruiz Manero*, A Theory of Legal Sentences, Dordrecht 1998, S. 9.

²⁸ *Robert Alexy*, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Schilcher, Bernd/Koller, Peter/Funk, Bernd-Christian (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, S. 31, 44 f.

²⁹ Dazu: *Alexy* 2000, Struktur, S. 31, 37 f.

Selbst wenn man nun von einer Optimierungspflicht ausgeht, stellt sich als Folgefrage, wie die Optimierung einer nicht „empirisch identifizierbaren Wirkung“ zu messen ist.³⁰ Die Anzahl der öffentlichen Sitzungen – sowohl in absoluter als auch in relativer Zahl – erscheint ungeeignet, da man deren Zahl durch eine geschickte Aufspaltung der Tagesordnungspunkte beeinflussen kann. Die Zahl der öffentlich behandelten Tagesordnungspunkte ist ebenfalls nur bedingt aussagekräftig, da sie themenabhängig sind. Wenn in einer Gemeinde vermehrt Sachverhalte auftreten, die nichtöffentlich verhandelt werden müssen, hat die Gemeinde nur bedingt Einfluss auf die Herstellung der Öffentlichkeit. Schließlich ist auch die Zahl der anwesenden Zuhörer nichtssagend, denn die Bewertung der Sitzungsöffentlichkeit kann nicht vom kommunalpolitischen Interesse der Einwohner abhängen. Auf normativer Ebene ist die Zahl der Ausnahmetatbestände ohne Aussagekraft, denn eine Generalklausel, wie z.B. § 40 Abs. 1 S. 1 ThürKO, ist zwar quantitativ nur eine einzige Ausnahmenorm, umfasst qualitativ aber eine unüberschaubare Zahl an Fallkonstellationen. Ist aber nicht erkennbar, welcher erwünschte Zustand durch angestrebte Optimierung überhaupt erreicht werden soll, bleibt ein „Gemisch aus Normativem und diffussem Wirklichkeitsbezug.“³¹ „Optimal“ ist eine Lösung demnach nur, wenn der Rechtsanwender sie für optimal hält.

11. Aufgrund des angenommenen Prinzipiencharakters der Sitzungsöffentlichkeit gebe es keine abstrakte Festlegung, in welchen und in welchem Umfang die Sitzungsöffentlichkeit gegenüber einem Geheimhaltungsinteresse zurückzutreten hat (S. 95 f.). Eine abstrakte Definition aller in Betracht kommender Ausschlussgründe, sei daher nicht möglich. Dies liege auch daran, dass „das Verfassungsverständnis einem wenn auch langsamen Wandlungsprozess“ unterliege. Als bekanntestes Beispiel hierfür nennt *Pientak* die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (S. 138).

Was sie genau unter der Wandlung des Verfassungsverständnisses versteht, erläutert sie nicht. Sollte damit – aufgrund der Terminologie naheliegenderweise – der Verfassungswandel gemeint sein, ist dies aus zweierlei Gründen problematisch. Zunächst ist damit ein methodisches Problem verbunden. Unter einem Verfassungswandel versteht man eine verfassungsrechtliche „Sinnänderung ohne Textänderung.“³² Insoweit stellt sich die Frage, ob eine inhaltliche Änderung des Grundgesetzes auch außerhalb des Verfahrens nach Art. 79 GG überhaupt möglich ist.³³ Vom

Verfassungswandel ist jedoch die Verfassungskonkretisierung zu unterscheiden, die sich „in der Aktualisierung des Bestehenden“ erschöpft.³⁴ Daran knüpft die Frage an, ob die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts tatsächlich Verfassungswandel, oder „nur“ Verfassungskonkretisierung ist. Für eine Verfassungskonkretisierung spricht, dass der BGH das Persönlichkeitsrecht bereits frühzeitig im Jahr 1954, also nur fünf Jahren nach dem des Inkrafttretens des Grundgesetzes, anerkannt hat.³⁵ Einen Wandel des Verfassungsverständnisses kann man in der Rechtsprechung des BGH nicht erblicken. Etwas anderes könnte man allenfalls annehmen, wenn man darin einen „Wandel“ im Vergleich zur Rechtsprechung des RG erblickt, welches ein allgemeines Persönlichkeitsrecht noch ablehnte.³⁶ Dann stellt sich wiederum das Problem, ob sich das Verfassungsverständnis des Grundgesetzes ändert, indem man eine vorkonstitutionelle Rechtsprechung zum Vergleich heranzieht.

12. Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Normierung sehen jedenfalls die Kommunalverfassungen einfachrechtlich die Sitzungsöffentlichkeit vor (siehe die Übersicht in S. 102 Fn. 499). Notwendige Voraussetzung für die Öffentlichkeit ist eine einfachrechtlich angeordnete Bekanntmachung von Zeit, Ort und Tagesordnung der anstehenden Sitzung (Übersicht auf S. 155 Fn. 119-123). Anschließend erörtert *Pientak* die Frage, ob die Bekanntmachungspflicht nur für öffentliche oder aber auch für nichtöffentliche Sitzungen gilt. Sie gelangt zur letztgenannten Antwort. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Kommunalverfassungen, die nicht zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Sitzungen differenzieren (S. 165). Hierbei sei nur auf § 34 Abs. 1 S. 7 GemO BW³⁷, Art. 52 Abs. 1 S. 1 BayGO³⁸ und § 36 Abs. 4 S. 1 SächsGO³⁹ hingewiesen. Alle drei dieser Gemeindeordnungen beschränken die Bekanntmachungspflicht auf öffentliche Sitzungen. Der Verweis auf rheinland-pfälzische und nordrhein-westfälische Kommentierungen (S. 165 Fn. 189) ändern nichts an diesem Normbefund.

13. Nicht nachvollziehbar ist *Pientaks* Ansicht zur Bekanntgabe der Gemeinderatssitzungen in Baden-Württemberg. Nach § 34 Abs. 1 S. 7 GemO BW sind Zeit, Ort und Tagesordnung der öffentlichen Sitzungen rechtzeitig ortsüblich bekannt zu geben; nach § 41b Abs. 1 S. 1 GemO BW veröffentlicht die Gemeinde auf ihrer Internetseite Zeit, Ort und Tagesordnung der öffentlichen Sitzungen des Gemeinderats und seiner Ausschüsse. Zu dieser Norm führt sie aus,

³⁰ Hubert Rottleuthner, ARSP-Beiheft 13 (1980), 97, 111; siehe auch: Jan-Reinhard Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipientheorie, Baden-Baden 1990, S. 64 f.

³¹ Rottleuthner, ARSP-Beiheft 13 (1980), 97, 107, 111.

³² Horst Dreier, Bestandssicherung kodifizierten Verfassungsrechts am Beispiel des Grundgesetzes, in: Behrends, Okko/Sellert, Wolfgang (Hrsg.), Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), Göttingen 2000, S. 119, 138.

³³ Sondervotum Gaier, BVerfGE 132, 24, 26.

³⁴ Andreas Voßkuhle, JuS 2019, 417, 418.

³⁵ BGHZ 13, 334, 338; 26, 349, 354.

³⁶ RGZ 69, 401, 403; 113, 413, 414.

³⁷ „Zeit, Ort und Tagesordnung der öffentlichen Sitzungen sind rechtzeitig ortsüblich bekannt zu geben.“

³⁸ „Zeitpunkt und Ort der öffentlichen Sitzungen des Gemeinderats sind unter Angabe der Tagesordnung [...], ortsüblich bekanntzumachen.“

³⁹ „Zeit, Ort und Tagesordnung der öffentlichen Sitzungen sind rechtzeitig ortsüblich bekanntzugeben.“

dass nur der Eindruck entstehe, dass eine Bekanntmachung im Internet zulässig sei (S. 156 Fn. 127). Dies folge daraus, dass das Gesetz begrifflich zwischen Bekanntmachung der Sitzung (§ 34 Abs. 1 S. 7 GemO BW) und der Veröffentlichung der Informationen (§ 41b GemO BW) differenziere (S. 155 Fn. 126).

In einem einschlägigen Kommentar liest man hingegen: „Die Gemeinde kann die Veröffentlichung auf ihrer Internetseite als einzige oder zusätzliche Bekanntgabeform wählen [...]“⁴⁰ Mit dieser Gegenansicht setzt sich *Pientak* nicht auseinander. Zwar stammt die erste Ausgabe dieses Kommentars aus dem Jahr 2018, also aus der Zeit nach Abschluss ihrer Arbeit (vgl. Vorwort: September 2016). Allerdings hat *Pientak* laut ihrem Literaturverzeichnis nicht nur einige Kommentar bis ins Jahr 2022 aktualisiert,⁴¹ sondern bis 2021 erstmalig erschienene Literatur und Rechtsprechung berücksichtigt.⁴²

Unabhängig von der Frage, ob die Berücksichtigung des Kommentars noch zumutbar gewesen wäre, ist *Pientak* in der Sache nicht konsequent. So schreibt sie auf S. 238 Fn. 550, dass aus § 41b GemO sogar eine Pflicht (!) zur Bekanntmachung von Sitzungszeit, -ort und der Sitzungsunterlagen folge. Wie sich aus derselben Norm zwei gegensätzliche Regelungsinhalte ergeben können, erschließt sich nicht. Möglicherweise hat *Pientak* mit ihrer erstgenannten Ansicht insoweit Recht, als dass man zwischen der Bekanntmachung der Sitzung (§ 34 Abs. 1 S. 7 GemO BW) und der Veröffentlichung der Informationen (§ 41b GemO BW) differenzieren muss. Bereits sprachlich gibt sie damit aber die Norm nicht zutreffend wieder, denn § 34 Abs. 1 S. 7 GemO BW fordert eine öffentliche Bekanntgabe und keine öffentliche Bekanntmachung. Wenn die differenzierte Begriffsverwendung einen solch hohen Stellenwert hat, ist ihre unzutreffende Handhabung keine Lappalie: Wieso sind Bekanntgabe und Bekanntmachung synonym, nicht jedoch Bekanntgabe/Bekanntmachung und Veröffentlichung? Das ist aber nicht das einzige Problem. Sollte diese begriffliche Differenzierung in den beiden Normen auch dogmatische Unterschiede zur Folge haben, überrascht es zumindest, dass sie diese nicht konsequent durchhält. Die Behauptung auf S. 238 Fn. 550, wonach in Baden-Württemberg aus § 41b GemO BW nicht nur die Pflicht zur Veröffentlichung, sondern zur *Bekanntmachung* der Informationen folge, ist nach ihrem eigenen Maßstab falsch. Andernfalls wären Veröffentlichung und Bekanntmachung doch dasselbe.

14. *Pientak* hat nicht nur einschlägige Normen außer Acht gelassen,⁴³ sondern auch nicht einschlägige Normen

berücksichtigt. So untersucht sie, welche Anforderungen an die Barrierefreiheit sowohl in Bezug auf den Sitzungsraum (S. 195 f.) und an einen Gebärdendolmetscher (S. 223) zu stellen sind, damit die Sitzung noch als öffentlich gilt. In beiden Fällen greift sie auf das Bundesgleichstellungsgesetz (BGG) zurück. Nach § 1 Abs. 1a BGG gilt das Gesetz jedoch nur für Einrichtungen des Bundes. Kommunale Vertretungskörperschaften sind nicht Adressaten des Gesetzes.

15. Wie bereits oben erwähnt, geht *Pientak* davon aus, dass der verfassungsrechtliche Öffentlichkeitsgrundsatz nicht durch Grenzen der Staatsgewalten begrenzt sind und eine Abgrenzung zwischen den Gewalten sei „weder dogmatisch sinnvoll noch konsequent durchzuhalten.“ (S. 122). Ihr gelingt es jedoch nicht, ihren Ansatz der gewaltenunabhängigen Öffentlichkeit konsequent durchzuhalten. Das Bundesverwaltungsgericht forderte für die Wahrung der Gerichtsöffentlichkeit gem. § 169 Abs. 1 S. 1 GVG nicht, dass eine Bekanntmachung der Sitzung erfolgt.⁴⁴ Diese Rechtsprechung sei, so *Pientak*, aber nicht auf die kommunale Sitzungsöffentlichkeit übertragbar, denn die Entscheidung beziehe sich auf den „konkreten Regelungskontext der Gerichtsöffentlichkeit.“ (S. 154). Woraus sich diese Einschränkung ergibt, wird ebenso wenig wie der Maßstab für die Annahme eines „konkreten Regelungskontextes der Gerichtsöffentlichkeit“ erläutert. Allein der Umstand, dass das Gericht § 169 Abs. 1 GVG zum Gegenstand hatte, scheint dabei wohl nicht auszureichen. In anderen Zusammenhängen, z.B. bei den Anforderungen an den Sitzungsraum (S. 190 Fn. 325, 330), greift *Pientak* bedenkenlos auf die Rechtsprechung der Gerichte zur Gerichtsöffentlichkeit zurück. Selbst reichsgerichtliche Urteile aus den Jahren 1892 und 1913, als es das republikanische Verfassungsprinzip noch überhaupt nicht gab und das Demokratieprinzip nicht mit unserem heutigen Verständnis vergleichbar war, sollen Konkretisierungen des verfassungsunmittelbaren Prinzips der Sitzungsöffentlichkeit enthalten. Auch in anderen Konstellationen zitiert sie bedenkenlos Entscheidungen der Fachgerichte zur Gerichtsöffentlichkeit (z.B. S. 267 Fn. 700, 705; S. 270 Fn. 724; S. 272 Fn. 734; S. 277 Fn. 757; S. 279 Fn. 765). Weshalb diese Entscheidungen, obwohl sie explizit § 169 Abs. 1 S. 1 GVG zum Gegenstand haben, nicht im „konkreten Regelungskontext der Gerichtsöffentlichkeit“ stehen, bleibt ein Rätsel.

⁴⁰ Bernd Brennhöfer, in: BeckOK Kommunalrecht Baden-Württemberg, 21. Ed. 2023, GemO § 41b Rn. 3; a.A. und im Sinne *Pientaks*: VGH Mannheim, Beschl. v. 20.2.2018 - 1 S 2146/17 Rn. 3 (juris).

⁴¹ Wolfgang Hölters/Markus Webers (Hrsg.), Aktiengesetz, 4. Aufl., München 2022; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl., München 2022. Dabei stellt sich natürlich die Frage, ob diese Kommentare wirklich aktualisiert oder wie bei Nierhaus (dazu: III.2) „aktualisiert“ hat.

⁴² Z.B. S. 337 Fn. 46: OVG Magdeburg, BeckRS 2019, 25869; S. 490 Fn. 333: VG Augsburg, BeckRS 2019, 19381; S. 491 Fn. 335: Andreas Heusch/Franziska Dickten, NVwZ 2020,358; S. 165 Fn. 182, S. 196 Fn. 363, S. 197 Fn. 367, S. 338 Fn. 52 jeweils: Ernst Dieter Bösche, NWVBl. 2021, 507; S. 419 Fn. 255, 257, 258: OVG Münster, NWVBl. 2021, 432.

⁴³ Siehe oben unter II.12.

⁴⁴ BVerwG, Beschl. v. 20.7.1972 – IV CB 71.70, Rn. 9 (juris).

III. Formale Bewertung

1. Zunächst ist in formeller Hinsicht festzustellen, dass die Zitierweise uneinheitlich erfolgt. Die nachfolgenden Ausführungen sind keineswegs abschließend, sondern dienen nur als Beispiele. So wird auf S. 63 Fn. 193 ein Festschriftbeitrag folgendermaßen zitiert: „Pieroth, in: FS Hoppe, S. 195 (195 f.)“. Noch auf derselben Seite, in Fn. 201 befindet sich die abweichende Zitierweise: „Ehlers, in: FS Stein, S. 125, 141“. Teilweise wird sogar dieselbe Fundstelle unterschiedlich zitiert: S. 71 Fn. 273: „Morlok, in: FS 50 J. BVerfG, S. 559, 574“ im Gegensatz zu S. 73 Fn. 284: „Morlok, in: FS 50 J. BVerfG, S. 559 (574)“. Eine einheitliche Zitierweise vermisst man auch bei den Handbuchbeiträgen. Auf S. 60 Fn. 171 zitiert sie aus dem Staatsrechtshandbuch folgendermaßen: „Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, S. 389“. Nur kurze Zeit später zitiert *Pientak* nicht mehr nach der Seite, sondern nach der Randnummer, wie z.B. auf S. 63 Fn. 195: „Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR II, Rn. 9.“ Dann kombiniert sie beide Zitierweisen, wie z.B. auf S. 65 Fn. 211: „Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, S. 389 Rn. 53“.

Auf S. 135 bezieht sich *Pientak* auf die Rechtsprechung des rheinland-pfälzischen OVG und belegt dies in Fn. 644 mit einer Kommentarstelle zum schleswig-holsteinischen (!) Kommunalverfassungsrecht. Nun könnte man daran denken, dass sie den Inhalt des Urteils aus dem Kommentar wiedergibt. An anderer Stelle (S. 164 f., Fn. 183 und 187, 188) wiederum, wo sie auf eine (wohl) unveröffentlichte Entscheidung des LVG Münsters Bezug nimmt, zitiert sie richtigerweise: „Landesverwaltungsgericht Münster [...] zit. nach Dufhues, SKV 1960, 71 (71)“ bzw. „Dufhues, SKV 1960, 71 (XX [sic!]) mit Verweis auf Landesverwaltungsgericht Münster [...]“. Warum dies nicht auch beim OVG Koblenz möglich war, ist unklar.

Das alles ist ärgerlich, darüber könnte man aber noch hinwegsehen. Besonders bedenklich ist aber, wie *Pientak* das Lehrbuch ihres Doktorvaters *Morlok* pingpong-artig zitiert. Zunächst beginnt sie mit einschlägigen Randnummern, wie auf S. 65 Fn. 215: „Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, Rn. 143“. Dann wechselt sie ab S. 66 Fn. 220 auf eine seitenzahlbezogene Zitierweise: „Morlok/Michael [...], S. 143“. Die übernächste Fußnote (S. 67 Fn. 222) zitiert wieder eine Randnummer: „Morlok/Michael [...], Rn. 150“. Bereits die nächste Fußnote (S. 67 Fn. 223) zitiert wiederum eine Seitenzahl: „Morlok/Michael [...], S. 147“. Anschließend kehrt sie zurück zur Zitierung der Randnummern: S. 67 jeweils Fn. 228-230: „Morlok/Michael [...], Rn. 146 [147]“. Auch wenn sie eine Seitenzahl zitiert, meint sie aber Randnummern. Die Nachweise, die auf eine Seitenzahl verweisen, beziehen sich somit auf eine falsche Stelle. Im

besten Fall kann man *Pientak* schlampiges Arbeiten vorwerfen; im schlimmsten Fall ist ein beachtlicher Teil der Nachweise schlicht falsch.

2. Auf S. 120 findet sich die Aussage, dass die Gemeinden ihre Befugnisse von den Ländern ableiten. Als Nachweis wird in Fn. 587 auf „Nierhaus, in: Sachs, Art. 28 Rn. 31“ verwiesen. Im Literaturverzeichnis findet sich die Angabe, dass die (aktuelle) 9. Auflage des Kommentars aus dem Jahr 2021 verwendet wurde. Das Problem daran ist, dass *Nierhaus* in der zitierten Auflage aber nicht mehr kommentiert hat, sondern *Engels*. In der Voraufgabe erfolgte die Kommentierung von *Nierhaus* zusammen mit *Engels*. Erst in der Vorvoraufgabe (7. Auflage) aus dem Jahr 2014 war *Nierhaus* der Alleinkommentator des Art. 28 GG. Zwar befindet sich im Vorwort der Hinweis, dass das Werk im Wesentlichen im September 2016 abgeschlossen wurde und Literatur, die nach diesem Zeitpunkt veröffentlicht wurde, nur noch einzeln berücksichtigt werden konnte. Dann stellt sich aber die Frage, warum *Pientak* im Literaturverzeichnis eine Aktualisierung der Auflage vorgenommen hat, obwohl sie anscheinend den Nachweis in der Fußnote nicht aktualisiert hat.

Hinzu kommt, dass dieser Nachweis auch noch inhaltlich falsch ist. Er soll nach *Pientak* die Aussage belegen, dass die Gemeinden „nicht auf Grund eigener Macht [handeln], sondern [...] sich ihre Befugnisse von den Ländern ab[leiten].“ In der zitierten Randnummer geht es jedoch – sowohl in der aktuellen als auch in der (vermutlich) zitierten 7. Auflage – um das Verhältnis von Art. 28 Abs. 1 GG zu Art. 31 GG.

3. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um das einzige Fehlzitat in der Arbeit.

Dies betrifft zunächst den Beleg auf S. 141 Fn. 8 und 9. Dort liest man den Satz: „Das Grundgesetz gewährleistet den Kommunen durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verbürgte Garantie [8] besondere Freiheiten und deren Schutz [9].“ In der Fußnote [8] verweist *Pientak* auf die Kommentierung von *Dreier*.⁴⁵ In dieser Fundstelle beschäftigt er sich jedoch nicht mit der Verbürgung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, sondern mit der durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG vermittelten demokratischen Legitimation. Der Nachweis in Fußnote [9] bezieht sich auf ein Lehrbuch von *Hellermann*.⁴⁶ In dieser Fundstelle betont er allerdings, dass kommunale Selbstverwaltung gerade keine Freiheitsausübung der Kommunen darstellt.⁴⁷

Auf S. 154 befasst sich *Pientak* mit der Frage nach einer Pflicht zur Bekanntmachung einer bevorstehenden Gemeinderatssitzung. Dort findet man ein wörtliches Zitat, das auf den Tätigkeitsbericht des Bayerischen

Rätsels, da die Randnummer unmittelbar nach Rn. 23 folgt; eine Rn. 23a o.ä. gibt es nicht).

⁴⁵ Dietlein/*Hellermann* 2021, Öffentliches Recht NRW, § 2 Rn. 23; vgl. auch Sondervotum Zettel/Kluth, LVerfGE 18, 583: Kommunale Selbstverwaltung als Kompetenz- und Zuständigkeitsabgrenzung und nicht als Schutz kommunaler Interessen.

⁴⁵ Horst Dreier, in: ders., Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 20 - Demokratie Rn. 125 ff.

⁴⁶ Johannes Dietlein/*Johannes Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 8. Aufl., München 2021, § 2 Rn. 6, 22 ff., 24 (weshalb Rn. 24 nicht mehr von „Rn. 22 ff.“ umfasst ist, bleibt ein

Landesbeauftragten für den Datenschutz mit folgendem Wortlaut verweist: „Aufgrund der besonderen Bedeutung der Öffentlichkeit von Ratssitzungen ist ein Abweichen von diesem für eine Demokratie äußerst wichtigen Grundsatz [der Bekanntmachung]⁴⁸ nur in absoluten Ausnahmefällen, wie Kriegsereignisse oder Naturkatastrophen, denkbar.“⁴⁹ Dieses Zitat findet man in der angegebenen Fundstelle weder wörtlich noch sinngemäß. Dort geht es nämlich um die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Nennung eines Namens auf der Tagesordnung für eine nichtöffentliche Sitzung. Daran ändert auch nichts, falls das Zitat in einem der weiter angegebenen Nachweise enthalten sein sollte.

Es wurde bereits oben angesprochen, dass die Regelung der Öffentlichkeit des Bundestags in Art. 42 Abs. 1 GG für *Pientak* lediglich deklaratorischen Charakter hat. Auf S. 103 schreibt sie dies explizit und verweist dabei auf Verfassungsrechtsprechung und Literatur.⁵⁰ In den angegebenen Fundstellen wurde jedoch nie behauptet, dass Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG nur deklaratorisch sei. Das Bundesverfassungsgericht betont zwar, dass die Ausprägungen der Öffentlichkeitsregelung in Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG „wesentliche Elemente des demokratischen Parlamentarismus“⁵¹ darstellen. Fraglich ist, ob allein aus diesem Zitat der Schluss gezogen werden kann, dass die Norm lediglich deklaratorisch ist. Aus den angegebenen Literaturangaben folgt nichts anderes. Sie zitieren lediglich den Satz des Bundesverfassungsgerichts, dass die Öffentlichkeit ein wesentliches Element des demokratischen Parlamentarismus sei.⁵² Aussagen über den deklaratorischen oder konstitutiven Charakter des Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG enthalten sie nicht. Entscheidend für die Beurteilung ist, ob man das Demokratieprinzip deduktiv oder induktiv beschreibt. Nur bei einem deduktiven Verständnis könnte man Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG als Deklaration erachten. Dafür finden sich aber weder in den angegebenen Fundstellen noch in der sonstigen Rechtsprechung Hinweise. Im Gegenteil: Nach dem Bundesverfassungsgericht wurzelt auch die Meinungsfreiheit im Demokratieprinzip.⁵³ Die Meinungsfreiheit beschreibt das Gericht als „schlechthin konstituierend“ für die freiheitlich-demokratische Staatsordnung des Grundgesetzes.⁵⁴ Sie hat

„für den [demokratischen Prozess] konstitutive Bedeutung.“⁵⁵ Wenn nun auch die Meinungsfreiheit im Demokratieprinzip wurzelt, warum kommt ihr ebenfalls nicht nur deklaratorischer Charakter zu? Woraus gibt sich die Differenzierung für *Pientak*, dass das Bundesverfassungsgericht einigen „wesentlichen Elementen“ des Demokratieprinzips nur deklaratorische, anderen wiederum konstitutive Bedeutung beimisst?⁵⁶

Auf S. 189 heißt es: „Damit ein entlegener Sitzungsort durch die Erschwernis der Erreichbarkeit keinen Verstoß gegen die Zugänglichkeit darstellt, ist es möglich Abhilfe durch die kostenlose Benutzung eines Verkehrsmittels zu schaffen.“ (S. 189). Sie verweist dabei auf eine Kommentierung zur Bayerischen Gemeindeordnung.⁵⁷ Der Kommentator beschränkt das Erfordernis der Zurverfügungstellung eines kostenlosen Verkehrsmittels jedoch auf Gemeinderatssitzungen, die außerhalb des Gemeindegebiets liegen. Jedenfalls bei größeren Gemeinden mit einer guten Verkehrsanbindung vermutet er sogar, dass jeder Ort im Gemeindegebiet im Regelfall erreichbar ist.⁵⁸ Ob ein Sitzungsort entlegen ist oder nicht, spielt in der Fundstelle allerdings überhaupt keine Rolle; Maßstab ist allein die Gemeindegrenze.

Als letztes Beispiel sei die Definition der Erklärungsöffentlichkeit. Hierbei verweist sie auf eine Kommentierung ihres Doktorvaters *Morlok* (S. 245 f. Fn. 593).⁵⁹ An der angegebenen Randnummer findet sich sowohl ausdrücklich als auch der Sache nach aber nur die Beschreibung der Berichtsöffentlichkeit. Die Erklärungsöffentlichkeit wird überhaupt nicht behandelt.

4. Wie bereits im zweiten Teil der Rezension ausgeführt wurde, ließ *Pientak* mehrfach Gegenansichten zu ihren Thesen unberücksichtigt.⁶⁰ Besonders bedenklich ist dabei, dass sie eine gefestigte Verfassungsrechtsprechung kommentarlos übergeht.⁶¹

5. Die Arbeit enthält, gerade im Grundlagenbereich, eine wahre Zitatflut. So befinden sich allein auf der Doppelseite 70/71 zwölf wörtliche Zitate. Ob alle angebracht sind, ist

⁴⁸ Die Ergänzung „[der Bekanntgabe]“ stammt von *Pientak*.

⁴⁹ Fundstelle laut *Pientak*: Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, 15. Tätigkeitsbericht, 1993, S. 61.

⁵⁰ BVerfGE 70, 324, 355; 84, 304, 329; BremStGHE 6, 149 = LVerfGE 7, 167, 187.

⁵¹ Ähnlich: BremStGHE 6, 149 = LVerfGE 7, 167, 187: „Das dem demokratischen Parlamentarismus eigene Prinzip der Öffentlichkeit (Art. 91 Abs. 2 BremLV, 42 Abs. 1 S. 1 GG)“.

⁵² *Ludger-Anselm Versteyl*, in: von Münch, Ingo/Kunig, Philipp (Hrsg.): Grundgesetz, 6. Aufl., München 2012, Art. 42 Rn. 1; Hans D. Jarass/Bodo Pieroth/Martin Kment, Grundgesetz, 16. Aufl., München 2020, Art. 42 Rn. 1; *Schneider*, in: Denniger, Erhard (Hrsg.), Alternativkommentar GG, 3. Aufl., Neuwied 2001, [vermutlich Art. 42] Rn. 2. Eine weitere Fundstelle bezieht sich auf *Pieroth*, a.a.O., Art. 20 Rn. 12; hier geht es jedoch nicht um die Öffentlichkeit, sondern um die Ausübung der Staatsgewalt durch Organe der (funktionalen) Selbstverwaltung; richtig wäre wohl Rn. 15.

⁵³ BVerfGE 93, 266, 295.

⁵⁴ BVerfGE 7, 198, 208; BVerfGK 2, 1, 5; BVerfG (K), NJW 2020, 2636 Rn. 15; angedeutet bereits in der KPD-Entscheidung: BVerfGE 5, 85, 205.

⁵⁵ BVerfGK 4, 305, 309; vgl. auch BVerfG (K), NJW 2006, 3266, 3267.

⁵⁶ Die Ablehnung allein aus verfassungsprozessualen Gründen ist wiederum zirkelschlüssig und als Argument falsch.

⁵⁷ *Joachim Wachsmuth*, in: Schulz, Norbert u.a. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Bayern, Wiesbaden 2014, GO Art. 52 Anm. 3.

⁵⁸ *Wasmuth* 2014, KVR Bayern, GO Art. 52 Anm. 3.

⁵⁹ *Martin Morlok*, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 42 Rn. 27.

⁶⁰ Siehe oben unter: II.3; II.9; II.13.

⁶¹ Siehe oben unter II.5.

sicherlich auch eine Geschmacksfrage. Entscheidend ist, ob sie wenigstens zutreffen. Das ist jedoch nicht durchgehend der Fall. So liest man auf S. 69: die „Öffentlichkeit [...] macht das Wahlvolk zu einem ‚Gericht, das mehr wert ist alle Tribunale zusammengenommen.““ Als Nachweis für dieses Zitat gibt *Pientak* die Habilitationsschrift von *Habermas* an.⁶² Dies ist zwar nicht ganz falsch, weil man das Zitat an der angegebenen Fundstelle tatsächlich findet. Allerdings stammt die Aussage nicht von *Habermas*, sondern von *Jeremy Bentham*.⁶³ Um dies herauszufinden, sind übrigens keine besonderen bibliothekarischen Anstrengungen erforderlich, denn *Habermas* hat die betreffende Stelle als wörtliches Zitat ordnungsgemäß gekennzeichnet.

Diese Falschzuschreibung ist nicht nur wissenschaftlich schlampig, sondern steht in Konflikt mit anderen Ausführungen. *Habermas* betrachtet in dem Werk vor allem eine institutionalisierte, nämlich eine durch „die Staatsorgane oder aber die Medien“, vermittelte Öffentlichkeit.⁶⁴ Ein solches Öffentlichkeitsverständnis lehnt *Pientak* allerdings ab. Eine objektive Berichterstattung gebe es nicht, da sie von der subjektiven Auswahl des Berichterstatters abhängt. Bei einer (reinen) Berichtersteller- bzw. Erklärungsöffentlichkeit bestehe daher die Gefahr einer Manipulation (S. 246 f.). Daher kommt sie zu dem Schluss: „Nur die persönliche Teilnahme gewährleistet einen unmittelbaren und unbeeinflussten Informationszugang.“ (S. 247). Auf diese Gefahr hat übrigens auch bereits *Bentham* hingewiesen.⁶⁵ Dann würde das Zitat auch im richtigen Kontext zu ihrer Arbeit stehen. So, wie sich der Satz jetzt in der Arbeit befindet, lässt sich ihm nicht mehr abgewinnen als Pathos.

Kann man es trotz der Sinnentstellung möglicherweise noch für irrelevant halten, ob das Zitat *Habermas* oder *Bentham* zugeschrieben wird, ist dies in anderen Fällen nicht ganz so unbedenklich. Auf S. 195 zitiert sie aus der Kommentierung von *Jarass*, dass eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG dann vorliege, wenn „jemand auf Grund seiner Behinderung der ‚tatsächlich mögliche Zutritt zu öffentlichen Einrichtungen verwehrt ist.“⁶⁶ Zunächst sei angemerkt, dass *Jarass* nicht den Begriff der Verletzung, sondern der Beeinträchtigung verwendet, die unter Umständen aber noch gerechtfertigt werden kann. Das

Hauptproblem liegt aber darin, dass *Jarass* diesen Satz wörtlich vom Bundesverfassungsgericht übernommen hat. Auch dies herauszufinden ist nicht sonderlich anspruchsvoll, denn das Zitat ist ordnungsgemäß gekennzeichnet. Mit Blick auf § 31 Abs. 1 BVerfGG muss es aber einen Unterschied machen, ob die Aussage dem Bundesverfassungsgericht oder einem (wenn auch sehr namhaften) Hochschullehrer zugeschrieben wird.

III. Fazit

Sicherlich kann man niemanden den Vorwurf machen, wenn eine über fünfhundertseitige Dissertation nicht fehlerfrei ist. Die Frage ist nur, wie viele Einzelfälle noch einen Einzelfall darstellen und wann die Grenze überschritten ist. Es könnten noch weitere Beispiele angeführt werden, welche die mangelnde Qualität der hier besprochenen Arbeit belegen. Um den Rahmen der Rezension nicht noch weiter zu sprengen, soll es aber an dieser Stelle sein Bewenden haben. Die obigen Ausführungen reichen aus, um ein Bild von der Arbeit zu vermitteln.⁶⁷

In ihrer Arbeit stellt *Pientak*, die – natürlich nicht näher belegte – Vermutung auf: „Es scheint sich bei diesen Ausführungen [zum Ausschluss der Exekutive aus dem Öffentlichkeitsgebot] um eine Interpretation zu handeln, welche die bisherige Praxis, der Wahrung des Amtsgeheimnisses im Bereich der Exekutive legitimieren soll.“ (S. 122). Nun muss sich *Pientak* selbst die Frage stellen lassen, ob sie bei der Abfassung ihrer Dissertation unvoreingenommen war. Aufgrund der oben dargestellten Mängel drängt sich durchaus der Schluss auf, dass das Ergebnis der Arbeit, eine möglichst umfassende und weitgehende Öffentlichkeit, von Anfang feststand. Und was nicht zu diesem Ergebnis passte, wurde von *Pientak* passend gemacht.

Rechtsreferendar und Wiss. Hilfskraft ROBERT GMEINER,
Ellwangen (Jagst)/Bielefeld

⁶² Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Frankfurt (Main), 1990, S. 174.

⁶³ Jeremias Bentham, Tactik oder Theorie des Geschäftsganges in deliberierenden Volksständeversammlungen, Erlangen 1817 (übersetzt von Ludwig Friedrich Wilhelm Meynier), S. 11.

⁶⁴ Habermas 1990, Strukturwandel, S. 55.

⁶⁵ Bentham 1817, Tactik oder Theorie des Geschäftsganges, S. 28.

⁶⁶ Jarass/Pieroth/Kment 2020, GG, Art. 3 Rn. 166.

⁶⁷ Die positiven Fazits von Tobias Schröter, LKV 2023, 215 und Stefan Papsthart, BayVBl. 2023, 503 f. können nicht geteilt werden.

Verwaltungsgerichtshof Mannheim

Urteil vom 06.04.2023

9 S 15/22

Aufforderung an Eltern, Kinder an einer Schule anzumelden und zum Unterricht zu schicken / Ausnahmen von der Schulpflicht

Leitsatz 1: Die Art. 14 Abs. 1 LV ausfüllende, gesetzliche Pflicht zum Besuch einer weiterführenden Schule (§ 72 Abs. 1 Satz 1, § 72 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 76 Abs. 1 Satz 1 SchG) verstößt nicht gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG. Sie ist auch im Übrigen mit höherrangigem Recht vereinbar (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 21.04.1989 - 1 BvR 235/89 -, juris, vom 29.04.2003 - 1 BvR 436/03 -, juris Rn. 7, und vom 21.07.2009 - 1 BvR 1358/09 -, juris Rn. 14; BVerwG, Urteile vom 11.09.2013 - 6 C 25.12 -, BVerwGE 147, 362, juris, und - 6 C 12.12 -, juris; Senatsurteil vom 18.06.2002 - 9 S 2441/01 -, juris).

LS 2. Der vorkonstitutionelle Gesetz- bzw. Verordnungsgeber hatte den in § 5 Abs. 1 des Reichsschulpflichtgesetzes (RSchPflG) hinsichtlich der Pflicht zum Besuch der Volksschule enthaltenen Vorbehalt „soweit für ihre Erziehung und Unterrichtung in anderer Weise ausreichend gesorgt ist“ nicht allein auf die Möglichkeit des Besuchs von Realschulen, Gymnasien und privaten Ersatzschulen bezogen. Vielmehr differenzierte er zwischen Schulbesuchspflicht und privatem Unterricht und stellte die alternative Erfüllung der Schulpflicht durch „private Erziehung und Unterweisung“ auch über die ersten vier Jahrgänge der Volksschule hinaus unter den Vorbehalt einer besonderen Genehmigung durch die Schulaufsicht.

LS 3. Vor diesem entstehungsgeschichtlichen Hintergrund hat der Soweit-Satz des § 76 Abs. 1 Satz 1 2. HS SchG auch nach den gesetzgeberischen Änderungen im Zuge des Gesetzes zur Vereinheitlichung und Ordnung des Schulwesens (SchVOG) vom 05.05.1964 (GBl. S. 235) einen Anwendungsbereich. Soweit der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung hierzu eine andere Auffassung vertreten hat (vgl. Senatsurteil vom 18.06.2002 - 9 S 2441/01 -, juris Rn. 20), hält er daran nicht mehr fest.

LS 4a) § 76 Abs. 1 Satz 1 2. HS SchG räumt der Behörde jedenfalls grundsätzlich die Möglichkeit ein, im Einzelfall eine Ausnahme von der Pflicht zum Besuch einer weiterführenden Schule zugunsten des häuslichen Unterrichts (Heimunterrichts) zu gestatten. Die Regelung ist allerdings mit Blick auf ihren Ausnahmecharakter und im Lichte der Bedeutung und Tragweite der landesverfassungsrechtlich vorgegebenen allgemeinen Schulpflicht (Art. 14 Abs. 1 LV) restriktiv auszulegen. Gründe, die dem Besuch einer Schule entgegenstehen, müssen, um die Annahme eines Ausnahmefalles zu rechtfertigen, durch außerordentliche Umstände des Einzelfalles geprägt und von solch großem Gewicht sein, dass dies ein Zu-

rücktreten der Schulpflicht trotz deren herausragender Bedeutung für den Einzelnen und das Gemeinwesen erlaubt.

LS4b) Bei der Voraussetzung, dass für die Erziehung und Unterrichtung „in anderer Weise ausreichend gesorgt“ ist, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Seine Auslegung und Anwendung ist gerichtlich umfassend überprüfbar. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, bestimmt sich maßgeblich nach den rechtlichen Anforderungen an die Erziehung und Unterrichtung durch den Besuch einer öffentlichen oder genehmigten privaten (Ersatz-)Schule. Hierauf bezogen muss die beabsichtigte anderweitige Erziehung und Unterrichtung „ausreichend“ sein. Dies ist maßgeblich an rechtlichen und nicht an pädagogischen Vorgaben zu messen.

LS5. § 76 Abs. 1 Satz 1 2. HS SchG erlaubt regelmäßig keine Ausnahme von der Schulpflicht, wenn der Besuch der öffentlichen oder privaten (Ersatz-) Schulen lediglich wegen ihrer Unterrichtsinhalte und Erziehungsziele abgelehnt wird (vgl. bereits Senatsbeschluss vom 18.06.2002, a.a.O., juris Rn. 29).

Verwaltungsgerichtshof Mannheim

Beschluss vom 07.08.2023

13 S 1640/22

Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung - Anordnung einer Fahrradstraße

Leitsatz 1. Unterlässt ein Rechtsmittelführer anzugeben, auf welchen der in § 124 Abs. 2 VwGO bezeichneten Zulassungsgründe er seinen Zulassungsantrag stützt, so ist dies unschädlich, wenn sich aus seinen Ausführungen ein solcher Zulassungsgrund eindeutig ergibt. Es ist allerdings weder Aufgabe des Gerichts, sich aus dem Gesamtvortrag des Rechtsmittelführers die Begründungsteile herauszusuchen, die zur Begründung des Zulassungsantrags geeignet sein könnten, noch sonst eine gemessen an den gesetzlichen Erfordernissen unzureichende Darlegung zu kompensieren.

LS 2. Die Anordnung einer Fahrradstraße ist bereits dann nach § 45 Abs. 9 Satz 1 StVO auf Grund besonderer Umstände zwingend erforderlich, wenn die allgemeinen und besonderen Verhaltensregeln der Straßenverkehrs-Ordnung nicht ausreichen, um die mit der Anordnung bezweckten Wirkungen zu erreichen (wie BVerwG, Beschluss vom 01.09.2017 - 3 B 50.16 - juris Rn. 7).

LS 3. Die verkehrsbehördliche Anordnung einer Fahrradstraße mit durch Zusatzzeichen erfolgter Freigabe für den Kraftfahrzeugverkehr (in nur einer Fahrtrichtung) kann auf Grund der besonderen örtlichen Gegebenheiten und der im betroffenen Straßenabschnitt geltenden Einbahnstraßen- und Vorfahrtsregelungen auch dann zulässig sein, wenn die Fahrradstraße (mit Gosse) nur 4,00 m breit ist.

Aus den Gründen:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24.05.2022 hat keinen Erfolg.

1. Nach § 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO ist die Berufung nur zuzulassen, wenn einer der Gründe des § 124 Abs. 2 VwGO dargelegt ist und vorliegt. Das in § 124a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO normierte Darlegungsgebot, das der Entlastung der Gerichte dient, vereinfacht das Zulassungsverfahren, weil das gerichtliche Prüfungsprogramm im Zulassungsverfahren jedenfalls im Wesentlichen darauf beschränkt ist zu klären, ob der Rechtsmittelführer seine Darlegungslast erfüllt hat und die dargelegten Gründe eine Zulassung der Berufung tragen (vgl. Happ in Eyermann, VwGO, 16. Aufl., § 124a Rn. 54). Der Rechtsmittelführer hat grundsätzlich anzugeben, auf welchen der in § 124 Abs. 2 VwGO bezeichneten Zulassungsgründe er seinen Zulassungsantrag stützt, und zu erläutern, weshalb dessen Voraussetzungen im Streitfall vorliegen. Fehlt - wie im vorliegenden Fall - eine Bezeichnung eines Zulassungsgrunds, so ist dies unschädlich, wenn sich aus den Ausführungen gleichwohl eindeutig ergibt, welcher Zulassungsgrund im Sinne des § 124 Abs. 2 VwGO geltend gemacht wird. Dabei ist im Licht des Artikels 19 Abs. 4 GG das Rechtsmittelgericht zwar gehalten, den Vortrag des Rechtsmittelführers angemessen zu würdigen und durch sachgerechte Auslegung selbstständig zu ermitteln, welche Zulassungsgründe der Sache nach geltend gemacht werden und welche Einwände welchen Zulassungsgründen zuzuordnen sind. Das gilt aber nur, wenn und soweit der Vortrag hinreichend substantiiert und strukturiert ist. Es ist weder Aufgabe des Gerichts, sich aus dem Gesamtvortrag des Rechtsmittelführers die Begründungsteile herauszusuchen, die zur Begründung des Zulassungsantrags geeignet sein könnten, noch sonst eine gemessen an den gesetzlichen Erfordernissen unzureichende Darlegung zu kompensieren (zum Ganzen vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.08.2010 - 1 BvR 2309/09 - juris Rn. 10 ff.; OVG Saarland, Beschluss vom 15.11.2021 - 2 A 198/21 - juris Rn. 6; BayVG, Beschluss vom 21.02.2020 - 24 ZB 19.2526 - juris Rn. 2; Rudisile in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, VwGO § 124a Rn. 91 f.; Kuhlmann in Wysk, VwGO, 3. Aufl., § 124a Rn. 44; Stuhlfauth in Bader/Funke-Kaiser/von Albedyll, VwGO, 8. Aufl., § 124a Rn. 80 f.).

Der von den Klägern rechtzeitig innerhalb der Zwei-Monatsfrist (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO) eingereichte Schriftsatz vom 04.08.2022 benennt keinen Zulassungsgrund nach § 124 Abs. 2 VwGO, sondern enthält vielmehr eine Art Berufungsbegründung, die allenfalls dem Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zugeordnet werden kann. Einem weiteren Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 VwGO kann das Vorbringen der Kläger nicht mit der erforderlichen Gewissheit zugeordnet werden; insbesondere fehlt es hinsichtlich der weiteren Zulassungsgründe (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 VwGO) ohne weiteres erkennbar schon an einer den Anforderungen des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO genügenden Darlegung.

2. Auch mit Blick auf die von den Klägern allenfalls sinngemäß geltend gemachten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils ist die Berufung nicht zuzulassen.

a) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) liegen vor, wenn auf Grund der von den Klägern innerhalb der Zulassungsbegründungsfrist dargelegten Gesichtspunkte (§ 124a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO) die Richtigkeit des Urteils weiterer Prüfung in einem Berufungsverfahren bedarf. Dies setzt voraus, dass ein Erfolg der angestrebten Berufung nach den Erkenntnismöglichkeiten des Zulassungsverfahrens möglich ist (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 10.03.2004 - 7 AV 4.03 - juris Rn. 8 ff. und vom 15.12.2003 - 7 AV 2.03 - juris Rn. 9). Um dem Darlegungserfordernis (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO) zu genügen, ist eine substantiierte Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung erforderlich. Dies erfordert ein Durchdringen und Aufbereiten des Sach- und Streitstoffs in einer Weise, die im Einzelnen verdeutlicht, in welcher Hinsicht und aus welchen Gründen den entscheidungstragenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts nicht gefolgt werden kann (vgl. Beschlüsse des Senats vom 22.05.2023 - 13 S 1831/22 - juris Rn. 3 und vom 16.01.2023 - 13 S 330/22 - juris Rn. 3; VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 23.11.2021 - 10 S 4275/20 - juris Rn. 3 und vom 17.08.2021 - 11 S 42/20 - juris Rn. 4).

b) Gemessen hieran können dem Zulassungsvorbringen der Kläger keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung entnommen werden.

aa) Dies gilt zunächst hinsichtlich des Vorbringens der Kläger, von Seiten der Beklagten sei eine zu „bekämpfende Gefahrenlage“ im Sinne von § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO nicht aufgezeigt worden. Demgegenüber ist das Verwaltungsgericht in der angegriffenen Entscheidung davon ausgegangen, dass die streitige Anordnung einer Fahrradstraße unter Zulassung von Kraftfahrzeugverkehr aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs erfolgt ist. Das Verwaltungsgericht hat dies unter Heranziehung einschlägiger Rechtsprechung auf Grund einer umfassenden Gesamtschau der spezifischen örtlichen Gegebenheiten im Einzelnen begründet; um Wiederholungen zu vermeiden, wird zunächst auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen (vgl. VG Karlsruhe, Urteil vom 24.05.2022 - 14 K 964/21 - juris Rn. 22 ff.).

Soweit die Kläger dem Verwaltungsgericht vorhalten, dieses habe fehlerhaft nur aus der Tatsache, dass es sich um eine Straße mit erheblichem Durchgangsverkehr handele, auf eine zu bekämpfende Gefahrenlage geschlossen, geht dies an der Begründung der angegriffenen Entscheidung vorbei. Im Einklang mit der Rechtsprechung, wonach sich die zu bekämpfende Gefahrenlage auch durch ein Zusammentreffen mehrerer gefahrenträchtiger Umstände ergeben kann (BVerwG, Urteil vom 13.12.1979 - 7 C 46.78 - juris Rn. 18 und Beschluss vom 03.04.1996 - 11 C 3.96 - juris Rn. 3), hat das Verwaltungsgericht den spezifischen örtlichen Gegebenheiten ein Bündel von Umständen (insbesondere: Ergebnisse dreier Verkehrszählungen, beträchtliches Aufkommen an Radfahrenden mit - in Relation zu Autofahrenden - steigender Ten-

denz, Verkehrsbedeutung, Durchgangs-, Quell- und Zielverkehr, Straßenverlauf mit Kreuzungen, Erschließungsfunktion, Straßenbreite, eingeschränkte Sichtverhältnisse) entnommen, die in ihrer Gesamtheit zu der Annahme einer besonderen Unfallträchtigkeit und konkreten Gefahr für die Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs geführt haben. Indem die Kläger mit ihrem Zulassungsvorbringen nur einige (Einzel-)Erwägungen jeweils isoliert angreifen, setzen sie sich schon nicht hinreichend mit der vom Verwaltungsgericht vorgenommenen Gefahrenbeurteilung auseinander, da sich diese nicht jeweils allein auf einzelne Umstände, sondern auf das Zusammentreffen eines Bündels von Umständen gestützt hat, die gerade in ihrer gemeinsamen Wirkung die zu bekämpfende Gefahrenlage begründen.

Hiervon ausgehend lässt der Hinweis der Kläger, dass auch die „verlängerte Fressgasse“ dem Durchgangsverkehr diene, aber deshalb nicht zwingend zur Fahrradstraße zu machen sei, den erforderlichen Bezug zu der angegriffenen Entscheidung vermissen. Darüber hinaus dürfte es sich bei der „verlängerten Fressgasse“ um die durch den Kraftfahrzeugverkehr um ein Vielfaches mehr belastete Parallelstraße handeln (vgl. VG Karlsruhe, Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 25) und ist auch im Übrigen eine Vergleichbarkeit mit dem streitgegenständlichen Straßenabschnitt weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

Die Kläger dringen auch nicht mit ihrer Rüge durch, dass die Argumentation des erstinstanzlichen Gerichts widersprüchlich sei, da dem Konzept der Fahrradstraße der Durchgangsverkehr widerspreche, was sich aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts Hannover vom 13.08.2021 - 7 A 5667/19 - juris Rn. 58 ergebe. Es wird von den Klägern schon nicht dargelegt, inwiefern die von ihnen behauptete Widersprüchlichkeit zwischen der Annahme erheblichen Durchgangsverkehrs und dem Konzept einer Fahrradstraße für das Vorliegen einer zu bekämpfenden Gefahrenlage im Sinne von § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO von Belang sein kann. Auch die in Bezug genommene Passage des Verwaltungsgerichts Hannover verhält sich nicht zu dieser Tatbestandsvoraussetzung des § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO. Im Übrigen wird von den Klägern außer Acht gelassen, dass in der angegriffenen Entscheidung hinsichtlich des hier in Rede stehenden Straßenabschnitts nicht von einer „Hauptverkehrsstraße oder Sammelstraße des Kraftfahrzeugverkehrs“ ausgegangen worden ist. In der angegriffenen Entscheidung hat das Verwaltungsgericht lediglich festgestellt, dass der fragliche Straßenabschnitt nicht nur einem die angrenzenden Nutzungen hervorgerufenen Kraftfahrzeugverkehr, sondern als eine unter mehreren bedeutsamen Achsen für den Verkehr im westlichen Teil der Mannheimer Innenstadt in erheblichem Umfang auch dem Durchgangsverkehr dient (siehe insbesondere etwa das Konjunktionaladverb „Insoweit“ im Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 25). Auch die Kläger tragen nichts dazu vor, weshalb es sich bei diesem Straßenabschnitt um eine „Hauptverkehrsstraße oder Sammelstraße des Kraftfahrzeugverkehrs“ handeln sollte.

Die hinsichtlich der Verkehrszählungen aus den Jahren 2014, 2019 und 2022 und der hieraus gezogenen Schlüsse von den Klägern vorgebrachten Einwände sind gleichfalls nicht geeig-

net, die Richtigkeit der vom Verwaltungsgericht festgestellten Gefahrenlage im Sinne von § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO infrage zu stellen. Soweit von ihnen etwa geltend gemacht wird, aus diesen Verkehrszählungen lasse sich keine absolute Erhöhung des Fahrradverkehrs, sondern nur eine relative Zunahme des Fahrradverkehrs gegenüber dem Kraftfahrzeugverkehr ableiten, wird nicht deutlich, inwiefern das die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Beurteilung einer Gefahrenlage im Sinne von § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO erschüttern soll. Das Verwaltungsgericht hat insoweit seiner Gefahrenbeurteilung nichts anderes zugrundegelegt, indem es unter anderem mit Blick auf „ein hohes Aufkommen an Radfahrenden ebenso wie an Kraftfahrzeugen und Fußgängern“ ausgeführt hat: „auch relativ ist das Aufkommen an Radfahrenden mit zuletzt knapp 50 % vergleichsweise hoch, mit weiterhin steigender Tendenz“ (vgl. Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 25). Ohne dass es hierauf noch entscheidend ankommen würde, dürfte im Übrigen angesichts der bei der Zählung 2014 festgestellten 733 Radfahrenden und der bei den Zählungen 2019 und 2022 festgestellten 906 bzw. 899 Radfahrenden gerade auch vor dem Hintergrund der von der Beklagten in Angriff genommenen schrittweisen Verbesserung des Radwegenetzes künftig mit einer relativen und absoluten Zunahme des Fahrradverkehrs auf dem fraglichen Straßenabschnitt zu rechnen sein (vgl. Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 2 f., 11, 25, 28, 38).

Nicht zielführend ist auch das Vorbringen der Kläger, wonach die bei der letzten Verkehrszählung festgestellte geringere Frequentierung der Straße durch Kraftfahrzeuge darauf zurückzuführen sei, dass hier früher auch Verkehr in Richtung Ludwigshafen, Lindenhof/Neckarau und Fahrlachtunnel geflossen sei, was jedoch durch Sperrungen seit geraumer Zeit nicht mehr der Fall sei. Dass man bei der Auffahrt auf den Luisenring zunächst in die entgegengesetzte Richtung fahren müsse, sei dabei unerheblich, weil auf dem Luisenring ein durch eine Ampelanlage gesicherter Fahrbahnrichtungswechsel (U-Turn) möglich sei. Zu diesem Vorbringen der Kläger ist bereits in der angegriffenen Entscheidung unter anderem ausgeführt worden, dass es nicht hinreichend substantiiert sei, insbesondere die Kläger mit Blick auf die Verkehrszählungen aus den Jahren 2014, 2019 und 2022 weder die zeitlichen noch die inhaltlichen Hintergründe ihrer Mutmaßung im Einzelnen darlegen würden (vgl. Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 38). Das Zulassungsvorbringen kritisiert zwar diese Feststellung des Verwaltungsgerichts, zeigt aber nicht auf, weshalb sie unrichtig sein sollte. Angesichts des komplexen Verkehrsnetzes der Beklagten genügt der knappe Hinweis auf einzelne Baustellen oder Sperrungen an anderen Orten noch nicht, um dadurch hervorgerufene beträchtliche Änderungen des Kraftfahrzeugaufkommens auf dem hier in Rede stehenden Straßenabschnitt plausibel zu begründen. Es wird von den Klägern aber nicht weiter vorgebracht, worauf sie ihre Erkenntnisse im Einzelnen stützen oder welche konkreten Schlussfolgerungen hieraus für die Gefahrenbeurteilung nach § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO zu ziehen wären.

Entgegen dem Vorbringen der Kläger wird die Aussagekraft der Verkehrszählungen auch nicht durch den gewählten Ort,

an dem die Zählungen durchgeführt wurden, infrage gestellt. Diese seien „lediglich am Ende der Fahrradstraße durchgeführt [worden], d. h. bei der Ampelanlage vor dem Luisenring“. Der Kraftfahrzeugverkehr, der zuvor abgebogen sei, sei dadurch nicht gezählt worden. Für eine aussagekräftige Verkehrszählung hätte diese an unterschiedlichen Stellen des Straßenabschnitts vorgenommen werden müssen. Soweit die Kläger für die Zählungen des Verkehrs auf dem verhältnismäßig kurzen Straßenabschnitt wegen der kreuzenden Straßen mehrere Zählstellen fordern, überdehnen sie die Anforderungen, die an solche Verkehrszählungen als Grundlage einer Gefahrenbeurteilung nach § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO zu stellen sind. Bei solchen tageweisen Verkehrszählungen handelt es sich stets nur um Näherungen des tatsächlichen Verkehrsaufkommens, das vorübergehenden oder dauerhaften Schwankungen unterliegen kann (vgl. BayVGh, Beschluss vom 05.10.2022 - 11 ZB 22.157 - juris Rn. 18). Überdies wird von den Klägern außer Acht gelassen, dass es vor der von der Beklagten gewählten Zählstelle nicht nur zu Ab-, sondern auch zu Zuflüssen des Kraftfahrzeugverkehrs kommt. Da dies entsprechend auch für den Fahrradverkehr gilt, hätten die Kläger zudem darlegen müssen, dass und weshalb sich die gewählte Zählstelle auf die maßgebliche Relation von Kraftfahrzeugen zu Radfahrenden auswirken kann. Schließlich ist die Beklagte auch der Behauptung der Kläger entgegengetreten, die Zählung sei vor der Ausfahrt auf den Luisenring durchgeführt worden, um die Zahl der erfassten Kraftfahrzeuge besonders niedrig zu halten. Eine solche Argumentation ist zum einen schon nicht ohne weiteres mit der auch von den Klägern geteilten Annahme eines erheblichen Durchgangsverkehrs in Einklang zu bringen, da dieser gerade auch an der Zählstelle vorbeifließen müsste. Zum anderen hat die Beklagte ausgeführt, dass sie bereits seit den 60er Jahren regelmäßig „Kordonerhebungen“ durchführe, bei der mit Blick auf die Innenstadt („Quadrate“) alle Zu- und Abfahrten ca. alle fünf Jahre erfasst würden. Daher sei es naheliegend gewesen, die Erhebungen am gleichen Zählquerschnitt durchzuführen. Aus diesen Verkehrserhebungen lasse sich im Übrigen auch die untergeordnete Bedeutung der hier in Rede stehende Straße für den Kraftfahrzeugverkehr ablesen; so weise etwa die zum Vergleich herangezogene Fressgasse eine um ein Vielfaches höhere Verkehrsbelastung auf.

Mit den Ausführungen zu einer vermeintlichen Gefährdung von Fußgängern (auch im Zusammenhang mit Maßnahmen wie der Errichtung von Pollern, Fahrradbügeln und sog. Parklets) und zum Wegfall einer nicht unerheblichen Zahl von Anwohnerparkplätzen wiederholen die Kläger weitgehend erstinstanzliches Vorbringen, ohne insoweit durchgreifende Zweifel an der Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung aufzuzeigen (vgl. insbesondere Rn. 40 ff. des Urteils vom 24.05.2022 a. a. O.). Aus dem Zulassungsvorbringen geht zudem nicht hervor, inwieweit die insoweit gerügten Maßnahmen, die sich nicht schon aus der von den Klägern allein angegriffenen verkehrsbehördlichen Anordnung einer Fahrradstraße mit dem Verkehrszeichen 244 ergeben, für den vorliegenden (beschränkten) Streitgegenstand von Bedeutung sind. Die Ausführungen der Kläger zu einem von ihnen beobachteten Zusammenstoß zweier Radfahrender, der sich noch vor der verkehrsbehördlichen Anordnung einer Fahr-

radstraße ereignet haben soll, und einer von ihnen vermissten Erfassung des Unfallgeschehens nach der Zulassung einer beidseitigen Befahrung der Einbahnstraße durch Radfahrende vermögen - insbesondere im Hinblick auf die vorgenommene Gefahrenbeurteilung nach § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO - gleichfalls keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung aufzuwerfen. Im Übrigen kann den von der Beklagten vorgelegten Akten entnommen werden, dass die Beklagte mehrfach von der Polizei aussagekräftige Auskünfte über das den fraglichen Straßenabschnitt betreffende Unfallgeschehen eingeholt hat.

bb) Ohne Erfolg wenden sich die Kläger auch gegen die entscheidungstragende Annahme, die Anordnung der Fahrradstraße sei „zwingend erforderlich“ im Sinne von § 45 Abs. 9 Satz 1 StVO. Das Verwaltungsgericht hat dieses Tatbestandsmerkmal in Übereinstimmung mit der neueren höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung dahingehend ausgelegt, dass die Anordnung eines Verkehrszeichens mangels Erforderlichkeit nur dort ausscheide, wo die mit der Anordnung bezweckten Wirkungen auf Grund der allgemeinen und besonderen Verhaltensregeln der Straßenverkehrs-Ordnung ohnehin erreicht würden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 01.09.2017 - 3 B 50.16 - juris Rn. 7 [hierzu Liebler, jurisPR-BVerwG 23/2017 Anm. 4]; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.02.2023 - 8 A 3251/21 - juris Rn. 7 f., 14; BayVGh, Beschluss vom 05.10.2022 - 11 ZB 22.157 - juris Rn. 12; OVG Sachsen, Beschluss vom 12.07.2021 - 6 D 18/21 - juris Rn. 5; siehe auch Wolf in Freyermann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., StVO § 45 Rn. 75; König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 47. Aufl., StVO § 45 Rn. 49c; Steiner in Münchener Kommentar zum Straßenverkehrsrecht, StVO § 45 Rn. 74; Koehl in Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsrecht, 3. Aufl., StVO § 45 Rn. 44; Hühnermann in Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl., StVO § 45 Rn. 2). Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass die mit der Anordnung der Fahrradstraße bezweckten Wirkungen im konkreten Fall nicht bereits auf Grund der allgemeinen und besonderen Verhaltensregeln der Straßenverkehrs-Ordnung erreicht würden, stellen die Kläger nicht infrage. Sie vertreten vielmehr die Auffassung, eine Anordnung müsse sich überdies als „sachgerecht und zweckmäßig“ erweisen, um „zwingend erforderlich“ zu sein. Ihr dahingehendes Zulassungsvorbringen genügt aber nicht den sich aus § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO ergebenden Anforderungen an die Darlegung. Weder setzen sie sich mit der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung zur Auslegung von § 45 Abs. 9 Satz 1 StVO, die der angegriffenen Entscheidung zugrunde liegt, noch mit der ausführlichen gegen ihre Rechtsauffassung gerichteten Begründung des Verwaltungsgerichts auseinander (vgl. Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 27 ff.). Angesichts dieser stringenten und insbesondere mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Einklang stehenden Ausführungen in der angegriffenen Entscheidung, denen der Senat auch inhaltlich folgt, reicht es insoweit nicht, dass sich die Kläger - ohne weitere Begründung - in der Sache auf zwei Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Hannover berufen (Urteile vom 13.08.2021 - 7 A 5667/19 - juris Rn. 56 und vom 17.07.2019 - 7 A 7457/17 -

juris Rn. 67 jeweils m. w. N.), die insoweit allerdings - ohne hierfür eine nachvollziehbare Begründung zu geben - im Widerspruch zu der neueren höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung stehen und zudem bereits in der angegriffenen Entscheidung berücksichtigt wurden (vgl. Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 29). Dem Zulassungsvorbringen ist damit kein Grund zu entnehmen, weshalb in einem Berufungsverfahren die aufgeworfene Rechtsfrage abweichend von der angegriffenen Entscheidung beantwortet werden könnte.

cc) Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Kläger, die verkehrsbehördliche Anordnung der Fahrradstraße sei ermessensfehlerhaft.

Hinsichtlich des gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO auf der Rechtsfolgenseite eingeräumten Ermessens der Straßenverkehrsbehörde ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass Verkehrsteilnehmer, die als Anwohner von der verkehrsbeschränkenden Anordnung betroffen sind, grundsätzlich nur verlangen können, dass ihre eigenen Interessen ohne Rechtsfehler mit den Interessen der Allgemeinheit und anderer Betroffener, die für die Einführung der Verkehrsbeschränkung sprechen, abgewogen werden (vgl. BVerwG, Urteile vom 03.04.1996 - 11 C 3.96 - juris Rn. 6 und vom 03.06.1982 - 7 C 9.80 - juris Rn. 9; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22.06.2016 - 5 S 515/14 - juris Rn. 54). Dabei hat das Verwaltungsgericht als abwägungserheblich nur qualifizierte Interessen angesehen, nämlich solche, die über das Interesse jedes Verkehrsteilnehmers hinausgehen, in seiner Freiheit möglichst wenig beschränkt zu werden (vgl. BVerwG, Urteile vom 23.09.2010 - 3 C 32.09 - juris Rn. 45, vom 03.04.1996 a. a. O. und vom 27.01.1993 - 11 C 35.92 - juris Rn. 23; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22.06.2016 a. a. O.; BayVGH, Beschluss vom 05.10.2022 - 11 ZB 22.157 - juris Rn. 14). Ausgehend von diesen rechtlichen Vorgaben, zu denen das Zulassungsvorbringen nichts ausführt, hat das Verwaltungsgericht im Einzelnen begründet festgestellt, dass keine Ermessensfehler vorliegen, die qualifizierte Interessen der Kläger betreffen (zum Ganzen vgl. Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 17, 32 ff.).

Soweit die Kläger geltend machen, die in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrs-Ordnung (VwV-StVO) in der maßgeblichen Fassung vom 08.11.2021 (BAnz AT 15.11.2021 B1) zu den Verkehrszeichen 244.1 und 244.2 aufgestellten Voraussetzungen für die Anordnung einer Fahrradstraße lägen nicht vor, setzen sie sich bereits nicht mit der Auffassung des Verwaltungsgerichts auseinander, wonach sich der VwV-StVO keine Vorgaben entnehmen ließen, die gerade (auch) dem Schutz der Interessen der Kläger zu dienen bestimmt seien (vgl. Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 37).

Ungeachtet dessen lässt das Zulassungsvorbringen zudem auch die gebotene Auseinandersetzung mit der weiteren Argumentation des Verwaltungsgerichts vermissen (vgl. Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 38). Anders als die Kläger meinen, stellen die Anforderungen der VwV-StVO zu Zeichen 244.1 und 244.2 nicht darauf ab, dass es sich um eine Straße

handelt, die eine hohe oder zu erwartende hohe Fahrradverkehrsdichte aufweist und von lediglich untergeordneter Bedeutung für den Kraftfahrzeugverkehr ist. Vielmehr müssen die dort unter I. Satz 1 genannten Voraussetzungen für die Anordnung einer Fahrradstraße alternativ und nicht kumulativ erfüllt sein. Wie bereits oben unter aa) ausgeführt, geht auch der Einwand fehl, dass den Verkehrszählungen nicht entnommen werden könne, dass es sich um eine Straße mit einer hohen oder zu erwartenden hohen Fahrradverkehrsdichte handele. Dies gilt vor allem auch deshalb, weil nach I. Satz 2 und 3 der VwV-StVO zu Zeichen 244.1 und 244.2 eine hohe Fahrradverkehrsdichte nicht voraussetzt, dass der Radverkehr die vorherrschende Verkehrsart ist, und eine zu erwartende hohe Fahrradverkehrsdichte sich auch dadurch begründen kann, dass diese mit der Anordnung einer Fahrradstraße bewirkt wird.

Aus dem Vorbringen der Kläger geht auch nicht hervor, inwiefern - entgegen der Feststellung des Verwaltungsgerichts (vgl. Urteil vom 24.05.2022 a. a. O. Rn. 37) - eine Verletzung eigener schutzwürdiger Interessen sich daraus ergeben kann, dass ihrer Auffassung nach die Beklagte die unter II. aufgestellten Anforderungen der VwV-StVO zu Zeichen 244.1 und 244.2 nicht beachtet hat, wonach anderer Fahrzeugverkehr als der Radverkehr und der Verkehr mit Elektrokleinstfahrzeugen in Fahrradstraßen nur ausnahmsweise durch die Anordnung entsprechender Zusatzzeichen zugelassen werden darf (z. B. Anliegerverkehr), weshalb vor der Anordnung die Bedürfnisse des sonstigen Kraftfahrzeugverkehrs ausreichend berücksichtigt werden müssen (alternative Verkehrsführung). Unabhängig hiervon lassen die Kläger auch außer Acht, dass die gegenüber der VwV-StVO vorrangigen Regelungen in I. Nr. 23 der Anlage 2 der StVO zunächst ohne weitere Einschränkungen die Möglichkeit vorsehen, die Nutzung der Fahrradstraße durch Zusatzzeichen für andere Verkehrsarten als Radverkehr und Verkehr mit Elektrokleinstfahrzeugen freizugeben, und eigens für diesen Fall Ge- und Verbote aufstellen; so darf etwa der Radverkehr weder gefährdet noch behindert werden und, wenn nötig, muss der Kraftfahrzeugverkehr die Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h weiter verringern. Der Senat kann dem Vorbringen der Kläger auch nichts Wesentliches entnehmen, was vor dem Hintergrund der vom Verwaltungsgericht festgestellten besonderen örtlichen Gegebenheiten und der im betroffenen Straßenabschnitt geltenden Einbahnstraßen- und Vorfahrtsregelungen (hierzu vgl. S. 60 f. der Empfehlungen für Radverkehrsanlagen - ERA - der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen, Ausgabe 2010) gegen eine ausnahmsweise Zulässigkeit der durch Zusatzzeichen erfolgten Freigabe für Kraftfahrzeugverkehr (in nur einer Fahrtrichtung) sprechen könnte. Von daher erübrigen sich auch weitgehend Überlegungen zu einer alternativen Verkehrsführung.

Soweit die Kläger geltend machen, das Verwaltungsgericht habe verkannt, dass sich die Beklagte „nicht mit den bestehenden Gefahrenpotentialen, die aus dem Aufeinandertreffen des fließenden sowie des ruhenden Kraftfahrzeugverkehrs, den Fußgängern und dem Radverkehr, der Breite der Fahrbahn und der Zulassung des Kraftfahrzeugverkehrs folgen“, auseinandergesetzt habe, genügt ihr Vorbringen nicht

den gesetzlichen Anforderungen an die Darlegung. Die Kläger setzen sich insoweit nicht hinreichend substantiiert mit der ausführlichen Argumentation des Verwaltungsgerichts auseinander. Damit wird nicht dargetan, dass die sorgfältig begründete Annahme des Verwaltungsgerichts, es lägen keine die qualifizierten Interessen der Kläger verletzenden Ermessensfehler vor, unrichtig sein könnte.

Nichts anderes ergibt sich, wenn man ergänzend die Erwägungen der Kläger zu dem geltend gemachten Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von § 45 Abs. 1 Satz 1, Abs. 9 Satz 1 StVO berücksichtigt. Dies gilt insbesondere hinsichtlich ihres an die Argumentation des Verwaltungsgerichts Hannover (Urteil vom 17.07.2019 - 7 A 7457/17 - juris Rn. 71) angelehnten Vorbringens, die streitige verkehrsbehördliche Anordnung sei geeignet, weitere, teilweise kaum lösbare Konflikte im öffentlichen Straßenraum zu provozieren, indem etwa ein Kraftfahrzeug zwischen zwei von vorn und zwei von hinten kommenden Radfahrern „eingekesselt“ werde. Das Verwaltungsgericht Karlsruhe hat jedoch diese Argumentation aufgegriffen und bezogen auf den vorliegenden Fall die Eignung der angeordneten Fahrradstraße festgestellt, einen sicheren und geordneten Verkehrsablauf zu ermöglichen. Unter Hinweis unter anderem auf das Gebot der Rücksichtnahme (§ 1 Abs. 1 StVO) und einen Aufsatz von Koehl (SVR 2019, 340), der sich kritisch mit der Argumentation des Verwaltungsgerichts Hannover auseinandersetzt, ist in dem angegriffenen Urteil ausgeführt worden, dass sich Gefahrenszenarien für den Begegnungsverkehr ohne weiteres unter Anwendung der allgemeinen, selbstverständlich auch für Radfahrende Geltung beanspruchenden Regeln lösen ließen. Mit dieser in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung (vgl. z. B. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.02.2023 - 8 A 3251/21 - juris Rn. 23 ff.; Koehl, SVR 2019, 340 ff.; Hentschel, NJW 1998, 344, 346; König a. a. O. § 41 Rn. 248d und § 45 Rn. 49g) setzt sich das Zulassungsvorbringen nicht auseinander; dies wäre hier auch deshalb geboten, weil in dem vom Verwaltungsgericht Hannover entschiedenen (Einzel-)Fall die Fahrradstraße durch Zusatzzeichen in beiden Fahrtrichtungen für den Kraftfahrzeugverkehr freigegeben worden war (vgl. Urteil vom 17.07.2019 a. a. O. Rn. 1, 70 f.). Bezogen auf den hier in Rede stehenden Straßenabschnitt dürfen Kraftfahrzeuge, zumal solche, die selbst oder deren Anhänger die höchstzulässigen Breiten nach § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 5 StVZO von 2,55 m bzw. 2,50 m aufweisen, ungeachtet bestehender Ausweichflächen Radfahrende angesichts der vom Verwaltungsgericht festgestellten Breite der Fahrbahn von ca. 3,70 m - mit Gosse von ca. 4,00 m - nicht überholen, wenn sie den sich aus § 5 Abs. 4 Satz 3 StVO ergebenden Mindestabstand von 1,50 m nicht einhalten können (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.02.2023 a. a. O. Rn. 24). Dies ist unproblematisch, da es keinen Anspruch darauf gibt, die auf einem Streckenabschnitt zugelassene Höchstgeschwindigkeit - hier 30 km/h - jederzeit ohne Rücksichtnahme auf andere Verkehrsteilnehmer, die die Straße ebenfalls ordnungsgemäß befahren, auch ausnutzen zu können (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 07.02.2023 - 8 A 2916/21 - juris Rn. 24). Anders als beim Überholen kann beim Begegnungsverkehr wegen des direkten Sichtkontakts und des allgemeinen Gebots, verkehrsan-

gepasst zu fahren (§ 1 StVO), ein - von den konkreten Umständen abhängiger - geringerer Mindestabstand zulässig sein, sofern hierdurch niemand geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird (§ 1 Abs. 2 StVO). Des Weiteren folgt aus dem Gefährdungs- und Behinderungsverbot des Zeichens 244.1 der Anlage 2 der StVO nicht, dass Kraftfahrzeuge gegebenenfalls zurücksetzen müssten, um den entgegenkommenden Radverkehr - insbesondere beim gestatteten Nebeneinanderfahren mit Fahrrädern - passieren zu lassen. Bereits aus den allgemeinen Grundregeln des § 1 StVO - insbesondere dem allgemeinen Rücksichtnahmegebot im Straßenverkehr - kann sich im Fall von beengten Straßenverhältnissen und entsprechenden räumlichen Zwängen ergeben, dass die Geschwindigkeit sowohl vom Radverkehr als auch von Kraftfahrzeugen zu reduzieren ist und dass das Nebeneinanderfahren mit Fahrrädern kurzzeitig unterbrochen werden muss, um dem Gegenverkehr die ansonsten unmögliche oder nicht gefahrenfreie Durchfahrt zu gewähren. Abgesehen von diesen besonderen und den Fahrbahnverhältnissen geschuldeten Situationen kann der Radverkehr die ihm eingeräumten Sonderrechte - insbesondere gegenüber dem nachfolgenden Verkehr - uneingeschränkt nutzen. Zudem profitiert der Radverkehr von der abgesenkten Höchstgeschwindigkeit und der mit der Anordnung einer Fahrradstraße einhergehenden erhöhten Aufmerksamkeit der übrigen Verkehrsteilnehmer (zum Ganzen vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.02.2023 a. a. O. Rn. 25 f.). Vor diesem Hintergrund ist das Zulassungsvorbringen der Kläger nicht geeignet aufzuzeigen, wie es bezogen auf den hier zu beurteilenden Straßenabschnitt - auch angesichts bestehender Ausweichflächen - zu unlösbaren Konflikten wie etwa einer „Einkesselung“ von Kraftfahrzeugen durch den Radverkehr kommen könnte. Anders als in dem Fall des Verwaltungsgerichts Hannover (vgl. Urteil vom 17.07.2019 a. a. O. Rn. 9 ff.) führen die an der Fahrradstraße wohnenden Kläger auch keine konkreten Fälle an, die über das zu beobachtende Fehlverhalten Einzelner hinausgehend eine besondere Konfliktrichtigkeit der in Rede stehenden Fahrradstraße belegen würden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine besondere Konfliktrichtigkeit von Seiten der an der Fahrradstraße gelegenen Polizeiwache geäußert worden wäre. Dieser Umstand spricht bezogen auf die streitgegenständliche Fahrradstraße ebenfalls indiziell für eine Praxistauglichkeit der Geltung beanspruchenden allgemeinen Regelungen der Straßenverkehrs-Ordnung.

(...)

Verwaltungsgerichtshof Kassel

Beschluss vom 30.06.2023

28 E 803/23.D

Disziplinarrechtliche Ahndung rechtsextremer Chatgruppen / Auslegung einer mehrdeutigen Aussage

Leitsatz 1. Inhalte, die in einem Einzelchat zwischen freundschaftlich verbundenen Personen geteilt werden, sind disziplinarisch grundsätzlich nicht von Relevanz (Anschluss an BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -).

LS 2. Bei Aussagen, die Rückschlüsse auf eine der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entgegenstehende Gesinnung zulassen könnten, ist zunächst der objektive Gehalt der Aussage unter Berücksichtigung der Meinungsfreiheit des Äußernden zu ermitteln. Zudem muss für eine Verletzung der Treuepflicht eine entsprechende (subjektive) Gesinnung des Beamten gegeben sein (Anschluss an BVerwG, Urteile vom 28. Januar 2022 - 2 WDB 7/21 -, vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 - und Beschluss vom 10. Oktober 2019 - 2 WDB 2/19 -).

Aus den Gründen:

I. Der Antragsgegner wendet sich gegen eine durch den Antragsteller erwirkte Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung.

Der Antragsgegner ist Polizeibeamter im Dienst des Antragstellers und beim Polizeipräsidium Nordhessen bei der Polizeistation X... tätig.

Im Rahmen der Durchsicht eines beschlagnahmten Mobiltelefons in einem Strafverfahren gegen den Kollegen des Antragsgegners, PK D., wurden die dortigen Ermittler auf einen WhatsApp-Chat zwischen PK D. und dem Antragsgegner aufmerksam.

Mit Verfügung vom 12. Mai 2023 leitete der Präsident des Polizeipräsidiums Nordhessen gegen den Antragsgegner ein Disziplinarverfahren ein. Der WhatsApp-Chat zwischen PK D. und dem Antragsgegner weise vermehrt rassistische/fremdenfeindliche, homophobe Inhalte sowie Inhalte gegen Menschen mit Behinderung und Menschen, die der LGBTQ+-Community angehörten, auf. Darüber hinaus habe der Antragsgegner dienstliche Dokumente und den Bildschirm seines dienstlichen Computers mit ebenfalls dienstlichen Inhalten fotografiert und diese an den Beschuldigten des Strafverfahrens geschickt.

Der Antragsgegner wurde über die Einleitung des Disziplinarverfahrens zunächst nicht unterrichtet, um die Sachverhaltsaufklärung nicht zu gefährden.

Am 19. Mai 2023 hat der Antragsteller bei dem Verwaltungsgericht Wiesbaden einen Antrag auf Erlass einer Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung gestellt.

Zur Begründung hat der Antragsteller im Wesentlichen angegeben, dass gegen den Antragsgegner der Verdacht bestehe, dass er gegen die Treuepflicht aus § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamStG verstoßen habe. Hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf die Antragschrift vom 12. Mai 2023 Bezug genommen.

Das Verwaltungsgericht Wiesbaden hat mit Beschluss vom 26. Mai 2023 u. a. die Durchsicht der im Allein- und Mitgewahrsam des Antragsgegners befindlichen Wohn- und Nebenräumen, seiner privat genutzten Kraftfahrzeuge und seines ihm zur alleinigen Nutzung zugewiesenen Mobiliars in den Diensträumen der Polizeistation X... angeordnet. Es ordnete außerdem die Beschlagnahme von bei der Durchsicht aufgefundenen schriftlichen Unterlagen, bildlichen Darstellungen, Zeichen und Symbolen an.

Der Beschluss ist dem Antragsgegner am 1. Juni 2023 im Zusammenhang mit der am selben Tag vorgenommenen Durchsicht durch den Antragsteller zugestellt worden.

Am 9. Juni 2023 hat der Antragsgegner Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Wiesbaden eingelegt.

Der Antragsgegner beantragt sinngemäß, unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Wiesbaden vom 26. Mai 2023 - 28 C 777/23.WI - 1. die von Seiten des Antragstellers gestellten Anträge abzulehnen, 2. dem Antragsteller im Wege einer Hängeverfügung zunächst und bis zum Abschluss des vorliegenden (Eil-)verfahrens aufzugeben, die Durchsicht der bei ihm sichergestellten Datenträger zu unterlassen, 3. dem Antragsteller im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes aufzugeben, die Durchsicht der bei ihm sichergestellten Datenträger zu unterlassen, hilfsweise, die Durchsicht der bei ihm sichergestellten Datenträger auf das erforderliche Mindestmaß zu beschränken und (insoweit) lediglich solche Daten zu sichten, hinsichtlich derer - auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende - Hinweise bestehen, dass es sich um Kommunikationen handelt, in denen er rassistische, fremdenfeindliche, homophobe oder Inhalte gegen Menschen mit Behinderungen Menschen, die der LGBTQ+-Community angehören, teilt, die Durchsicht der bei ihm sichergestellten Datenträger auf das erforderliche Mindestmaß zu beschränken und (insoweit) lediglich solche Kommunikationsdaten zu sichten, in deren Zusammenhang hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der oder die Kommunikationsteilnehmer rassistische, fremdenfeindliche, homophobe oder gegen Menschen mit Behinderungen Menschen, die der LGBTQ+-Community angehören, gerichtete Meinungen vertreten.

Der Antragsgegner beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Hinsichtlich des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Schriftsatz des Antragsgegners vom 5. Juni 2023 sowie des Antragstellers vom 15. Juni 2023 Bezug genommen.

II. Die Beschwerde gegen die Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung des Verwaltungsgerichts ist zulässig (1.) und begründet (2.). Über die Anträge zu 2. und 3. sowie die Hilfsanträge brauchte nicht mehr entschieden zu werden (3.).

1. Die Beschwerde mit dem sinngemäßen (Haupt-)Antrag, den Beschluss des Verwaltungsgerichts Wiesbaden vom 26. Mai 2023 aufzuheben und den Antrag des Antragstellers auf Erlass einer Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung

abzulehnen, ist gemäß § 72 Abs. 1 HDG i. V. m. § 146 Abs. 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist in der vorgeschriebenen Form und innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 72 Abs. 1 HDG i. V. m. § 147 Abs. 1 Satz 1 VwGO eingelegt worden. Ein besonderes Begründungserfordernis oder eine besondere Frist für die Begründung der Beschwerde - wie sie etwa aus § 146 Abs. 4 VwGO folgt - waren aufgrund des Umkehrschluss aus § 72 Abs. 2 HDG nicht einzuhalten.

Der Beschwerde fehlt zudem nicht das Rechtsschutzbedürfnis, auch wenn die Durchsuchung zwischenzeitlich stattgefunden hat. Der schon vollzogene Beschluss kann noch Wirkung für das weitere Disziplinarverfahren entfalten. Durchsuchung und Beschlagnahme haben sich daher nicht erledigt. Aus diesem Grund kann - wie bei einem entsprechenden Verwaltungsakt - im Falle ihrer Rechtswidrigkeit die Aufhebung der Durchsuchungs- und

Darüber hinaus muss der Antrag nach § 30 Abs. 1 Satz 1 HDG zumindest in Grundzügen die Tatsachen schildern, auf welche sich der Antragsteller zur Annahme eines dringenden Verdachts eines Dienstvergehens des Beamten stützt. Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

§ 57 Abs. 1 Satz 1 HDG fordert, dass eine (ggf. spätere) Klageschrift u. a. die Tatsachen, in denen ein Dienstvergehen gesehen wird, und die anderen Tatsachen und Beweismittel, die für die Entscheidung bedeutsam sind, geordnet darstellen muss. Das Gericht darf nach § 65 Abs. 2 HDG nur die Handlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung machen, die der Beamtin oder dem Beamten in der Klage oder der Nachtragsdisziplinar Klage als Dienstvergehen zur Last gelegt werden. Damit dürfen der tatbestandlichen Bejahung eines Dienstvergehens keine Pflichtverletzungen zugrunde gelegt werden, die in der Klageschrift zwar erwähnt werden, nach Auffassung des Dienstherrn jedoch nicht ein Dienstvergehen darstellen. Nicht aufklärbare Zweifel am Umfang der angeschuldigten Dienstpflichtverletzungen gehen zu Lasten des Dienstherrn, davon betroffene Pflichtenverstöße müssen bei der Beurteilung der Handlung als Dienstvergehen außer Betracht bleiben. Die Bindung an die dem Beamten in der Disziplinar Klageschrift zur Last gelegten dienstpflichtwidrigen Handlungen bedeutet auch, dass das Gericht weder von Amts wegen die Ermittlungen und Beweiserhebungen auf nicht angeschuldigte Pflichtverletzungen ausdehnen noch die Behörde zur Ausdehnung der Ermittlungen anregen darf (zum Ganzen bzgl. § 60 BDG: Urban, in: Urban/Wittkowski, BDG, 2. Aufl. 2017, § 60 Rn. 12 f. m. w. N.).

Vor diesem Hintergrund sind zwar nicht ebensolche Anforderungen an einen Antrag auf Durchsuchung und Beschlagnahme nach § 30 HDG zu stellen, weil das behördliche Disziplinarverfahren noch nicht abgeschlossen ist und die Maßnahmen gerade der weiteren Sachverhaltsaufklärung dienen sollen. Dennoch müssen der Sachverhalt bzw. die Tatsachen, welche dem Beamten zur Last gelegt werden, hinreichend bekannt sein und dem Gericht im Rahmen des Antrags nach § 30 HDG deutlich vorgetragen werden. Denn § 30 HDG verlangt bereits einen dringenden Verdacht, was einen auf Tatsachen gestützten hohen Grad an Wahrscheinlichkeit bedeutet, dass der Beamte das ihm zur Last gelegte Dienstvergehen

begangen hat (vgl. BVerwG, Beschluss vom 9. Mai 2023 - 2 AV 2/23 -, www.bverwg.de Rn. 6; Senatsbeschluss vom 11. Mai 2012 - 28 A 944/21.D -, n. v.; OVG NRW, Beschluss vom 9. Oktober 2019 - 3d E 619/19.BDG -, juris Rn. 12).

Dem wird die Antragschrift vom 12. Mai 2023, die bei dem Verwaltungsgericht am 19. Mai 2023 eingegangen ist, nicht gerecht.

Darin wird lediglich ausgeführt, dass die erste Sichtung des WhatsApp-Chats zwischen dem Antragsgegner und PK D. den Verdacht begründet habe, dass der Antragsgegner nicht (mehr) auf dem Boden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung stehe. Aufgrund dessen sei noch am selben Tag die Auswertung des Chatverlaufes zwischen den beiden Polizeibeamten erfolgt. Disziplinarrechtlich relevante Inhalt seien ab dem 20. Mai 2021 festgestellt worden. Weiter heißt es: „Bezüglich sämtlicher Inhalte sowie versendeter Bilder und Videos wird auf die beigefügten Bilder und den Auswertebereich vom 08.05.2023 verwiesen, die diesem Antrag beigefügt sind“. Es folgt: „Insbesondere handelt es sich um die folgenden Inhalte:...“, woran sich eine Auflistung einzelner Nachrichten und die Beschreibung von Dateien aus der deutlich umfassenderen Anlage zur Antragschrift anschließt. Die Antragschrift setzt mit einer „Dienstrechtliche Würdigung“ fort, die sich allein auf die politische Treuepflicht nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG bezieht.

Daraus wird nicht hinreichend deutlich, welche Tatsachen im Einzelnen der Antragsteller für einen hinreichenden Tatverdacht eines Dienstvergehens als relevant ansieht. Diese Zweifel gehen zu Lasten des Antragstellers. Es stellt sich die Frage, ob die gesamte beigefügte Auswertung des Chatverlaufes in gedruckter Form oder ggf. die weiteren Dateien auf der beigefügten DVD, von welcher aber in der Antragschrift keine Rede ist, einen dringenden Tatverdacht begründen sollen. Insofern würde sich aber die nochmalige Auflistung einzelner Nachrichten und die Beschreibung bestimmter Dateien in der Antragschrift nicht erschließen. Auch wenn die Auflistung mit „Insbesondere“ eingeleitet wird, erscheint es ebenso gut möglich, dass der Antragsgegner allein diese im Einzelnen aufgelisteten Sachverhalte als Begründung des Antrags nach § 30 HDG betrachtet. Dafür würde auch sprechen, dass in der beigefügten gedruckten Auswertung des Chatverlaufes sowie auf der DVD Nachrichten enthalten sind, die offensichtlich nicht der Begründung eines Verstoßes gegen die Treuepflicht nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG dienen sollen, sondern - wenn überhaupt - eines Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht nach § 37 Abs. 1 BeamtStG, auf welche sich der Antragsteller in der Antragschrift aber nicht weiter bezieht. Die Dateien auf der DVD sind ferner ungeordnet und enthalten offensichtlich belanglose Inhalte, wie z. B. Familienbilder, private Sprachnachrichten oder Videos eines Saugroboters.

b) Dies kann im Ergebnis aber dahinstehen, da sich der Beschluss des Verwaltungsgerichts unabhängig davon als rechtswidrig erweist.

aa) Sollte der Antrag nach § 30 HDG derart zu verstehen sein, dass der Antragsteller allein die in der Antragschrift aufgelisteten

teten Sachverhalte zur Begründung eines dringenden Tatverdachts heranziehen will, ist der Beschluss des Verwaltungsgerichts schon deshalb rechtswidrig, weil das Verwaltungsgericht über die durch den Antragsteller benannten Sachverhalte hinausgegangen und weitere Chatnachrichten und Dateien aus der Anlage eigenständig als disziplinarrechtlich relevant angesehen hat (z. B. wie vom Verwaltungsgericht angeführt: „zu einer Mitteilung seines Chat-Partners über eine Kollegin, die ihren Dienst aufgrund eines Meniskusrisses nicht antreten konnte ‚Was ne Fotze‘, ‚Ich habe noch keine hübsche Frau getroffen, die gendert. Es sind immer unzufriedene Schlachtrösser, denen bisher nur Cousin F einen Hochzeitsantrag gemacht hat‘).

bb) Selbst wenn der Antrag unter Heranziehung sämtlicher WhatsApp-Nachrichten und Dateien aus der beigelegten Anlage ordnungsgemäß gestellt wäre, erweist sich der Beschluss des Verwaltungsgerichts ebenfalls als rechtswidrig.

Die Durchsuchung und Beschlagnahme gemäß § 30 Abs. 1 HDG darf nur angeordnet werden, wenn die Beamtin oder der Beamte des Dienstvergehens dringend verdächtig ist und die Maßnahme zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Disziplinarmaßnahme nicht außer Verhältnis steht.

Der danach für die Anordnung erforderliche dringende Tatverdacht eines vom Antragsgegner begangenen Dienstvergehens liegt nicht vor. Das Verwaltungsgericht geht zu Unrecht davon aus, dass gegenüber dem Antragsgegner der dringende Verdacht eines Verstoßes gegen die politische Treuepflicht gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG besteht.

(1) Das Verwaltungsgericht hat schon nicht berücksichtigt, dass die dem Antragsgegner vorgeworfenen WhatsApp-Inhalte im Rahmen eines Einzelchats zwischen ihm und PK D. entnommen sind und diesbezüglich besondere Anforderungen der disziplinarischen Relevanz gelten. Aus diesen folgt, dass eine Berücksichtigung der dort getätigten Äußerungen und der Versendung von Dateien nicht erfolgen darf.

(a) Das öffentliche Interesse disziplinarer Ahndung muss zurücktreten, wenn z. B. ehrverletzenden Äußerungen ohne echten Kundgabewillen nur im engsten Familien- oder Freundeskreis gefallen sind und wenn der Betroffene aufgrund der besonderen Vertrautheit der Beteiligten und der Vertraulichkeit der Gesamtumstände nicht mit einem Bekanntwerden seiner Äußerung rechnen muss. Denn in diesen Fällen fordern die auch dem Beamten zustehenden Grundrechte auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) und freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) dass die Vertraulichkeit der Kommunikation respektiert wird und eine staatliche Sanktion unterbleibt (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -, juris Rn. 48).

Gerade bei Äußerungen gegenüber Familienangehörigen und Vertrauenspersonen steht häufig weniger der Aspekt der Meinungskundgabe und die damit angestrebte Einwirkung auf die Meinungsbildung Dritter als der Aspekt der Selbstentfaltung im Vordergrund. Nur unter den Bedingungen beson-

derer Vertraulichkeit ist dem Einzelnen ein rückhaltloser Ausdruck seiner Emotionen, die Offenbarung geheimer Wünsche oder Ängste, die freimütige Kundgabe des eigenen Urteils über Verhältnisse und Personen oder eine entlastende Selbstdarstellung möglich. Unter solchen Umständen kann es auch zu Äußerungsinhalten oder -formen kommen, die sich der Einzelne gegenüber Außenstehenden oder in der Öffentlichkeit nicht gestatten würde. Gleichwohl verdienen sie als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung den Schutz des Grundrechts (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -, juris Rn. 50). Der Schutz der Vertrauenssphäre geht in einem solchen Fall auch dann nicht verloren, wenn sich der Staat etwa im Wege einer Durchsuchung eines Mobilfunkgerätes Kenntnis von vertraulichen Äußerungen erhält (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -, juris Rn. 51).

Der Kreis möglicher Vertrauenspersonen ist nicht auf Eheleute oder Eltern beschränkt, sondern erstreckt sich auf ähnlich enge - auch rein freundschaftliche - Vertrauensverhältnisse. Entscheidend für den grundrechtlichen Schutz der Vertrauensbeziehung ist, dass ein Verhältnis besteht, welches für den Betroffenen in seiner Funktion, ihm einen Raum zu bieten, in dem er ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann, dem Verhältnis vergleichbar ist, wie es in der Regel zu Eheleuten, Eltern oder auch anderen Familienangehörigen besteht. Ein solches besonderes Näheverhältnis kann auch zwischen Menschen bestehen, die als Mitglieder einer Gruppe Gleichgesinnter mit gemeinsamen Freizeitgewohnheiten („Clique“) befreundet sind. Für junge Menschen sind in der Funktion als Ort entlasteter und entlastender vertrauensvoller Kommunikation häufig gerade Freundschaften dieser Art besonders wichtig. Zur Beurteilung, ob im Einzelfall zwischen den an einer Kommunikation Beteiligten ein derartiges Vertrauensverhältnis besteht, sind neben dem Charakter der Vertrauensbeziehung die Art und der Kontext der (ehrverletzenden) Äußerung zu berücksichtigen (zum Ganzen BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -, juris Rn. 52 m. w. N.).

(b) Danach sind die vom Antragsteller vorgelegten WhatsApp-Inhalte zwischen dem Antragsgegner und PK D. disziplinarisch von vornherein nicht von Relevanz. Zwischen dem Antragsgegner und PK D. bestand nach Aktenlage ein vorstehend beschriebenes Vertrauensverhältnis. Dass es sich um Kollegen handelt, steht dem nicht entgegen. Auf eine freundschaftliche Verbundenheit lässt sich nicht nur aufgrund der miteinander geteilten Inhalte, auf deren gegenseitige Verschwiegenheit sie wohl vertrauten, schließen. Hierfür spricht vor allem auch, dass sich beispielsweise dem ausgedruckten „Chatverlauf“ entnehmen lässt, dass sie auch im Urlaub miteinander Kontakt pflegten (Nachricht vom 28. Mai 2021), der Antragsgegner über seine Cousine schrieb (Nachricht vom 30. Juni 2021) und eine Konversation offensichtlich mit Bezug zur Schwangerschaft der Partnerin des PK D erfolgte (Nachricht vom 30. August 2021). Für eine freundschaftliche Verbundenheit streiten auch weitere Nachrichten, auch dem „Report_B.“ auf der dem Antrag beigelegten DVD. Darin vertraut der Antragsgegner beispielsweise PK D mit den

einleitenden Worten „Das bleibt jetzt unter uns“ an, dass er sich „offensichtlich auf die Hose gekotzt“ habe (Nachricht vom 26. Juni 2021). Ferner finden sich mehrfache Unterhaltungen über Angelsport und der Austausch bzgl. der Pin eines wohl gemeinsamen genutzten Netflix-Kontos (Nachrichten vom 22. März 2022).

Ein Vertrauensverhältnis bestätigend trägt der Antragsgegner zur Begründung seiner Beschwerde schließlich vor, dass er die von dem Verwaltungsgericht angeführten Ansichten lediglich in seinem engsten Freundeskreis kommuniziert habe.

(2) Ungeachtet dessen hat der Antragsgegner sich weder bzgl. der vom Verwaltungsgericht herangezogenen WhatsApp-Inhalte noch der weiteren sowohl in der Antragschrift als auch der dieser beigelegten Dokumente eines Verstoßes gegen die Treuepflicht nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG dringend verdächtigt gemacht.

(a) Nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG müssen Beamtinnen und Beamte sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.

Der Begriff „freiheitlich demokratische Grundordnung“ ist identisch mit dem gleichlautenden Begriff, wie er bezogen auf Art. 21 Abs. 2 GG konturiert worden ist. Daraus folgt eine Konzentration auf wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind. Ausgangspunkt für die Bestimmung des Begriffsinhalts ist danach die Würde des Menschen und das Demokratieprinzip, für das die Möglichkeit gleichberechtigter Teilnahme aller am politischen Willensbildungsprozess sowie die Rückbindung der Ausübung von Staatsgewalt an das Volk maßgeblich ist. Schließlich erfasst der Begriff den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13 -, juris Rn. 535 ff.; BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 2022 - 2 WDB 7/21 -, juris Rn. 23; Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -, juris Rn. 42).

Bei Äußerungen eines Beamten, dem ein Verstoß gegen die Treuepflicht vorgeworfen wird, ist zu berücksichtigen, dass das Grundrecht des Beamten nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG auch Äußerungen unabhängig davon schützt, ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, begründet oder grundlos, emotional oder rational, wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2020 - 2 WD 17/19 -, juris Rn. 25). Von dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit sind sogar offensichtlich anstößige, abstoßende und bewusst provozierende Äußerungen gedeckt, die wissenschaftlich haltlos sind und das Wertfundament unserer gesellschaftlichen Ordnung zu diffamieren suchen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018 - 1 BvR 2083/15 -, juris Rn. 29). Bei der Auslegung der Äußerung ist vom objektiven Erklärungsgehalt auszugehen, wie ihn ein unbefangener Dritter verstehen musste. Dabei sind alle Begleitumstände einschließlich des Kontextes und der sprachlichen und gesellschaftlichen Ebene, auf der die Äußerungen fielen, zu berücksichtigen (vgl. BVerwG, Urteil

vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -, juris Rn. 34 m. w. N.). Maßgeblich für die Deutung ist nicht die subjektive Absicht des sich Äußernden, sondern der Sinn, den die Äußerung nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums hat. Bei mehrdeutigen Äußerungen haben Behörden und Gerichte sanktionsrechtlich irrelevante Auslegungsvarianten mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen auszuschließen, bevor sie ihrer Entscheidung eine zur Anwendung sanktionierender Normen führende Deutung zugrunde legen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 11. November 2021 - 1 BvR 11/20 -, juris Rn. 17; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 24. Januar 2018 - 1 BvR 2465/13 -, juris Rn. 19; BVerwG, Urteile vom 26. April 2023 - 6 C 8/21 -, juris Rn. 29 f. und vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -, juris Rn. 34). Hiergegen wird verstoßen, wenn das Teilen einer Meinungsäußerung eine bei hinreichender Beachtung des Zusammenhangs nicht mehr verständliche, verschärfende und damit überzogene Deutung gegeben und sie in dieser Deutung einer disziplinarrechtlichen Würdigung und Ahndung unterworfen wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2020 - 2 WD 17/19 -, juris Rn. 31).

Insbesondere bei Aussagen, die Rückschlüsse auf eine der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entgegenstehende Gesinnung zulassen, kann es darauf ankommen, ob die Textnachrichten, Bild- und Videodateien (sog. Postings) objektiv einen klar erkennbaren verfassungsfeindlichen Inhalt haben oder etwa angesichts einer spielerisch-scherzhaften Einkleidung der Kommunikation nicht selbsterklärend sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Oktober 2019 - 2 WDB 2/19 -, juris Rn. 27). Die objektive Verletzung der Verfassungstreuepflicht nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG muss auch eine entsprechende (subjektive) Gesinnung des Beamten widerspiegeln (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 2022 - 2 WDB 7/21 -, juris Rn. 22 ff.). Hat ein Beamter seine Äußerungen nicht ernst gemeint, fehlt es an einer verfassungsfeindlichen Gesinnung (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 2022 - 2 WDB 7/21 -, juris Rn. 26 sowie die Anmerkung Nitschkes hierzu in NVwZ 2022, S. 798; BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -, juris Rn. 43).

(b) (aa) Davon ausgehend stellen die vom Verwaltungsgericht herangezogenen WhatsApp-Inhalte keinen Verstoß gegen die Treuepflicht dar.

Den vom Verwaltungsgericht angeführten WhatsApp-Nachrichten und Dateien lässt sich keine der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechende Grundhaltung, weil es sich um eine rassistische, behinderten-, ausländischer- und minderheitenfeindliche Einstellung des Antragsgegners handele, entnehmen.

Die Annahme des Verwaltungsgerichts ist schon deshalb nicht tragfähig, weil es die jeweiligen WhatsApp-Inhalte nicht unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ausgelegt und einer eingehenden rechtlichen Prüfung unterzogen hat. Es führt zwar zunächst aus, es dürften sich zwar einige der vom Antragsteller aufgeführten Äußerungen noch im Bereich der im Rahmen der Meinungsfreiheit zulässigen Kritik an der Politik der Regierung, insbesondere deren Flüchtlings- und

Minderheitenpolitik, bewegen. Sodann nimmt das Verwaltungsgericht aber pauschal an, dass einige Äußerungen hingegen deutlich für eine fremden- und demokratiefeindliche Gesinnung des Beamten sprächen. Ohne weitere Ausführungen und einer Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gerecht werdenden Auslegung werden im Folgenden vom Verwaltungsgericht selbst „herausgepickte“ Nachrichten/Dateien als Verstoß gegen die Treuepflicht aufgelistet. Das Verwaltungsgericht berücksichtigt dabei auch nicht, dass der Antragsteller den ausgedruckten „Chatverlauf“ lediglich fragmentarisch vorgelegt hat und die kommentarlos auf der beigefügten DVD enthaltenen Dateien ungeordnet sind sowie offensichtliche Belanglosigkeiten enthalten. Vielmehr misst das Verwaltungsgericht den Äußerungen des Antragsgegners offenbar allein eine verschärfende und damit überzogene Deutung bei. Das hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Den vom Verwaltungsgericht angeführten Äußerungen lässt sich kein klar erkennbarer verfassungsfeindlicher Inhalt entnehmen.

Im Einzelnen: Das Verwaltungsgericht misst offenbar der Aussage: „Ich habe noch keine hübsche Frau getroffen, die gendert. Es sind immer unzufriedene Schlachtrösser, denen bisher nur Cousin F einen Hochzeitsantrag gemacht hat“ (Nachricht vom 4. November 2021) einen frauenfeindlichen Inhalt bei. Dabei berücksichtigt das Verwaltungsgericht nicht, dass der Antragsgegner diese Aussage nicht selbst getroffen hat, sondern einen Screenshot eines E. mit dem entsprechenden Posting an PK D. übersandte. Angesichts der spielerisch-scherzhaften Einkleidung der auch übrigen Kommunikation zwischen dem Antragsgegner und PK D. handelt es sich aber um einen geschmacklosen Witz, verbunden mit einer unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geäußerten überspitzten Kritik an einer geschlechtersensiblen Sprache („Gendern“). Kritik an einer geschlechtersensiblen Sprache, die von einem nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung abgelehnt wird, kann aber von vornherein, auch wenn sie in überzogener Form geäußert wird, keine Frauenfeindlichkeit entnommen werden. Es stellte sich ansonsten schon die Frage, ob Frauen, welche diese Form der Sprache ablehnen, ebenfalls als frauenfeindlich gälten.

Entsprechendes gilt für den vom Verwaltungsgericht angeführten Beitrag von zdfheute mit der Aufschrift „Die Islamist*innen ziehen in immer mehr afghanische Städte ein“, woraufhin der Antragsgegner an PK D. schrieb: „Genderwahn sitzt“ (Nachricht vom 18. August 2021).

Eine frauenfeindliche Aussage kann ferner nicht dem geteilten Bild einer Frau und einer Figur aus der Sesamstraße mit der Überschrift „Zehn Minuten nach dem Vortrag der ‚Uni-Aktivistin‘ über das Geschlechterspektrum wird Murray langsam klar, warum die Kirche Hexen verbrannt hat.“ (Nachricht vom 9. August 2021) entnommen werden. Darin steckt eine überspitzte unangemessene Kritik bzw. Teilhabe an der öffentlichen Diskussion bzgl. des „Genderns“ und der Diskrepanz zwischen biologischem und sozialen Geschlecht.

Soweit das Verwaltungsgericht den Kommentar des Antragsgegners „Was ne Fotze“ (Nachricht vom 19. September 2021) zu einer Nachricht des PK D., wonach eine Kollegin ihren Dienst aufgrund eines Meniskusrisses nicht habe antreten können, zu dessen Lasten wohl als frauenfeindlich wertet, ist ein klar verfassungsfeindlicher Inhalt in dieser Beleidigung nicht zu erkennen. Darüber hinaus berücksichtigt das Verwaltungsgericht den Kontext der Äußerung nicht. Dem ausgedruckten „Chatverlauf“ lässt sich insofern zumindest entnehmen, dass die Aussage im Zusammenhang mit der Beschwerde des PK D. darüber gefallen ist, dass er einen vermeintlich unnötigen Zusatzdienst habe leisten müssen. Dies beachtend lässt sich die Nachricht des Antragsgegners auch als überspitzte unangemessene Kritik an der Kollegin verstehen, welche im Gegensatz zu PK D. keinen Dienst verrichtete.

Es erschließt sich ferner nicht, worin nach Auffassung des Verwaltungsgerichts eine homophobe und darin zugleich angeblich zu erblickende verfassungsfeindliche Äußerung liegen soll, soweit der Antragsgegner in einem von ihm geteilten Screenshot nach dem verlorenen WM-Fußballspiel der deutschen Nationalmannschaft gegen England schrieb: „Nicht so wichtig, Hauptsache Manuel trug konsequent die Regenbogen-Binde“ (Nachricht vom 30. Juni 2021). Es handelt sich vielmehr bei unvoreingenommener und verständiger Betrachtung offensichtlich um Kritik an der aus Sicht des Antragsgegners mangelhaften Leistung der deutschen Fußballnationalmannschaft. Seine Nachricht impliziert den Verdacht, dass sich die Nationalmannschaft zu sehr auf bestimmte politische Aussagen statt auf die sportliche Leistung konzentrierte. Eine solche Deutung hat das Verwaltungsgericht nicht im Ansatz in Betracht gezogen. Dies gilt auch für die weitere vom Verwaltungsgericht herangezogene Äußerung des Antragsgegners über das Finale der Frauen-EM im Fußball „Können ja dann im Winter zur WM wieder schauen. Wenn Manuel seine Regenbogenbinde leider zu Hause vergessen hat“ (Nachricht vom 31. Juli 2022). Der Antragsgegner hat damit offensichtlich auf die in der öffentlichen Diskussion geführte Debatte über die Menschenrechte in Katar und das Tragen der Regenbogen-Binde während der dortigen WM angespielt.

Worin nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichts eine Verächtlichmachung von „queeren“ Personen und zugleich gar eine verfassungsfeindliche Haltung liegen soll, soweit der Antragsgegner über eine „queere“ Person geschrieben hat: „Hab ich aufn erste Blick gesehen“ (Nachricht vom 10. Oktober 2021), erschließt sich ebenfalls nicht. Eine objektive Beleidigung oder sonstige Herabwürdigung ist dieser Aussage nicht zu entnehmen. Es lässt sich allenfalls vermuten, dass der Antragsgegner mit Blick auf das in diesem Zusammenhang wohl geteilte Video meinte, dass er aufgrund stereotypischer Merkmale habe erkennen, dass die dargestellte Person keinem „heteronormativen“ Erscheinungsbild entspricht.

Um eine allenfalls unangemessene Kritik bzw. einen geschmacklosen Witz handelt es sich auch bei der weiteren Nachricht des Antragsgegners zu einem Sitz-/Liegefahrrad mit Regenbogenfahne vor einer Metzgerei: „ich hoffe die metzgerei... hat für diesen velofahrer auch vegane Leber-

wurst in der Auslage“ (Nachricht vom 25. Oktober 2021), welche offensichtlich auf bestimmte Klischees anspielt.

Ähnliches gilt für die Nachricht des Antragsgegners über einen Referenten eines Workshops zum Thema sexuelle und geschlechtliche Vielfalt im hessischen Landesdienst: „Wurde offenbar Opfer unseres bunten Landes“ (Nachricht vom 29. Oktober 2021), wobei anscheinend Bezug auf ein geteiltes Video genommen wird. Ein verfassungsfeindlicher Inhalt lässt sich der Nachricht aber auch bei isolierter objektiver Betrachtung nicht entnehmen. Darin steckt allenfalls eine Kritik an einer aus Sicht des Antragsgegners fortschreitenden gesellschaftlichen Liberalisierung.

Fremdenfeindliche Aussagen und dementsprechend verfassungsfeindliche Inhalte sind ebenfalls nicht zu erkennen. Bei den vom Verwaltungsgericht insoweit angeführten WhatsApp-Inhalten handelt es sich um geschmacklose Witze, denen jedenfalls eine ernsthafte verfassungsfeindliche Gesinnung des Antragsgegners nicht zu entnehmen ist. Dies betrifft etwa das geteilte Bild, auf welchem zu sehen ist, wie ein Mann einen dunkelfarbigen Fußballspieler auf den Kopf küsst und worüber geschrieben steht: „Wenn Du Deine Cola zu schnell ins Glas schüttest“ (Nachricht vom 25. November 2022). Das Bild spielt offensichtlich auf den Kontrast zwischen dem dunkelhäutigen Fußballspieler und seiner blondierten Frisur an, worin der Ersteller des Bildes einen Vergleich mit einer schäumenden Cola zieht.

Die vom Verwaltungsgericht als fremdenfeindlich gewertete Aussage des Antragsgegners zu einer Pressemeldung seiner Dienststelle über einen versuchten Raub („Das südosteuropäische Erscheinungsbild hat man einfach mal weggelassen. Zum Kotzen“, Nachricht vom 17. September 2021) lässt unter Beachtung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG bei einer unvoreingenommenen Auslegung keine solche Deutung zu. Vielmehr ist eine Auslegung derart möglich, dass der Antragsgegner kritisiert, dass zur besseren Beschreibung des Täters auch dessen Erscheinungsbild, offenbar mit Migrationshintergrund, hätte mitgeteilt werden sollen. Außerdem kann darin eine generelle Kritik an der Pressearbeit der Polizei gesehen werden, welche - wie es in der öffentlichen Diskussion teilweise immer wieder gefordert wird -, die Nationalität des Täters benennen sollte.

Die Antwort auf eine Verkaufsanzeige eines Kollegen durch vorgetäuschte Interessenten („Ich interessiere mich für Angebot. Ich bin Hüsseyyn Wir sind 5 (drei Kinder 1 Frau) und ich. Darum suche ich Kombi. Ich kann bezahlen 8500 € und im nächsten Jahr noch 500 €, wenn wir haben mehr Kindergeld. Kann ich kommen vorbei und gucken Auto an.“, Nachricht vom 5. Dezember 2022) enthält ebenfalls keinen objektiv verfassungsfeindlichen Inhalt. Soweit sich das dem ausgedruckten „Chatverlauf“ entnehmen lässt, haben sich sowohl der Antragsgegner als auch PK D. nicht nur einmal einen „Spaß“ daraus gemacht, Kollegen durch vorgetäuschten Interesse und falscher Identität auf einer Online-Plattform „reinzulegen“. Sie haben dabei mit klischeebehafteten Vorurteilen bzgl. Migranten einen geschmacklosen Witz gemacht, der auf

gegenseitige Lacher und Lacher bei den betroffenen Kollegen bei Enttarnung der Täuschung abzielte.

(bb) Die weiteren von dem Antragsteller in der Antragschrift aufgelisteten Nachrichten und Dateiinhalte haben ebenfalls keinen objektiv klar erkennbaren verfassungsfeindlichen Gehalt.

Der Kommentar des Antragsgegners zu dem am 23. Mai 2021 versendeten Screenshot des dunkelhäutigen Frankfurter Fußballspielers Ragnar Ache („Frankfurter Wikinger“) lässt die günstige und damit nicht fremdenfeindliche oder rassistische Deutung dahingehend zu, dass der Antragsgegner durch den Begriff „Wikinger“ auf den Vornamen Ragnar anspielte. Bei diesem handelt es sich um einen dänischen Wikingerkönig, der zudem eine tragende Rolle in der Fernsehserie „Vikings“ spielt (vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Ragnar_Lodbrok; [https://de.wikipedia.org/wiki/Vikings_\(Fernsehserie\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Vikings_(Fernsehserie))).

Hinsichtlich des von dem Antragsgegner angeführten Nachrichtenwechsels zwischen PK D. und dem Antragsgegner am 11. Juni 2021, in welchem PK D. den Screenshot einer dunkelhäutigen Polizistin bei einer Videokonferenz teilt, ist nicht nur zu berücksichtigen, dass PK D. das Bild teilte und kommentierte mit: „An vorderster Front gegen Hass, Hetze und Intoleranz“. Der Antragsgegner schrieb hierzu lediglich „Es geht voran...weiter so“. Hierin kann kein objektiv verfassungsfeindlicher Gehalt gesehen werden. Abgesehen davon, dass nicht deutlich wird, was Gegenstand der Videokonferenz war, ist eine Auslegung derart möglich, dass der Antragsgegner es befürwortet, wenn Personen, die nach dem äußeren Erscheinungsbild zu einer Minderheit gehören, sich selbst gegen Hass, Hetze und Intoleranz einsetzen.

Der Antragsteller benennt ferner folgende Kommunikation: „Am 22. Juni 2021 um 18:11 Uhr teilte PK D. ein Bild von einer Transathletin bei Olympia und schreibt: ‚Leicht unfair. War schon als Mann erfolgreich Leicht‘ POK C... antwortet am selben Tag um 18:12 Uhr mit einem geteilten Bild. Auf dem Bild sind ein hellhäutiger, ca. 50-jähriger Mann mit einer Panzerfaust und eine ca. 10 Jahre alte Person of Color zu sehen.“

Inwiefern aus diesem Nachrichtenwechsel ein objektiv verfassungsfeindlicher Gehalt zu folgern ist, erschließt sich nicht. Es handelt sich allenfalls um einen geschmacklosen Witz mit Blick auf die gewichthebende Transathletin. Die Reaktion des Antragsgegners ist nicht eindeutig und erlaubt keinen Schluss auf eine verfassungsfeindliche Gesinnung.

Eine solche Gesinnung lässt sich auch der weiteren Nachricht des Antragsgegners im Verlauf der Konversation am selben Tag gegen 18:15 Uhr nicht entnehmen. Diese beschreibt der Antragsteller wie folgt: „Später in dieser Konversation um 18:15 Uhr teilt POK F. erneut ein Bild. Auf diesem ist eine Weltkarte zu sehen, welche durch eine Zeichnung (horizontale und vertikale schwarze Linie) in vier Bereiche geteilt wurde. Die Mitte des Kreuzes befindet sich auf Mitteleuropa (Deutschland). Die Bereiche sind wie folgt eingeteilt und wie

folgt beschriftet: Nordamerika/Grönland/Großbritannien -> Pädophile; Mittel- und Südamerika/Westafrika -> Kokain und Tacos; Nord- und Osteuropa/Nord- und Ostasien -> Curry-Hund-Esser; Ostafrika/Südasien/Australien -> Känguru und Porno-Kartoons"

Angesichts des Nachrichtenverlaufs an diesem Tag und der damit spielerisch-scherzhaften Einkleidung der Kommunikation ist die Nachricht nicht selbsterklärend. Dass die Mitte des Kreuzes auf Deutschland liege, trifft ausweislich des der Antragsschrift beigefügten „Chatverlaufs“ nicht zu. Was hieraus zu folgern ist, schildert der Antragsteller nicht. Da in dem Chat ein auf kurzfristige „Lacher“ angelegter Überbietungswettbewerb an geschmacklosen Bemerkungen stattfand, ist der Rückschluss auf eine ernsthaft verfassungsfeindliche Gesinnung nicht zwingend (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 -, juris Rn. 43).

Aus dem bloßen Austausch von „Regenbogen-Bildern“ am 10. Oktober 2021 lässt sich entgegen der Darstellung des Antragstellers keine Verhöhnung der „LGBTQ+-Community“ annehmen. Soweit der Antragsteller in diesem Zusammenhang ein von dem Antragsgegner geteiltes Bild mit dem Text „Egal wie tief man die Messlatte für menschlichen Verstand ansetzt, jeden Tag kommt jemand und marschiert aufrecht darunter durch“ ist darin allenfalls eine überspitzte Kritik oder ein geschmackloser Witz zu erblicken, aber kein objektiv klar erkennbarer verfassungsfeindlicher Gehalt sowie eine entsprechende verfassungsfeindliche Gesinnung des Antragsgegners.

Der Antragsteller führt bzgl. eines Verstoßes gegen die Treuepflicht des Weiteren folgende Konversation an: „Am 19.11.2021 um 17 26 Uhr versendet PK D. vier Bilder von Beiträgen des Accounts ‚Polizei Hessen Karriere‘. Auf den Bildern sind u. A. ein dunkelhäutiger PK-A und zwei Kolleginnen mit augenscheinlichem Migrationshintergrund zu sehen. Ein diesbezüglicher Kommentar von POK F. bleibt zunächst aus. Allerdings versendet er am 24.11.2021 um 12:05 ein Bild mit der folgenden Überschrift: ‚Dieser Moment, wenn Meister Eder in einer Kinderserie einfach konstant Bier säuft‘. PK D. antwortet diesbezüglich: ‚Und was sagt er in diesem Augenblick?‘ und ‚Es muss auch blöde geben und es werden immer mehr!““

Was der Antragsteller dem Antragsgegner hier konkret zur Last legt, bleibt unklar. Dass es sich bei dem vom Antragsgegner versendeten Bild um eine Reaktion auf die fünf Tage zuvor von PK D. versendeten Bilder gehandelt haben und hieraus eine fremdenfeindliche oder rassistische Haltung des Antragsgegners geschlussfolgert werden soll, ist keinesfalls selbsterklärend. Das offensichtlich scherzhafte Bild, welches der Antragsgegner übersandte, lässt auch nicht im Ansatz den Schluss auf eine verfassungsfeindliche Gesinnung des Antragsgegners zu.

Der weiteren Kommunikation zu einer Transfrau lässt sich ebenfalls kein verfassungsfeindlicher Gehalt beimessen. Der Antragsteller führt den Nachrichtenverlauf wie folgt an:

„Am 13.01.2022 teilt POK F. einen Zeitungsartikel, über dessen Inhalt beide Polizeibeamte spotten. Die Überschrift lautet: ‚USA: Transfrau verliert bei Damen-Schwimmwettbewerb gegen Transmann‘. POK F. schreibt dazu: ‚Soll knapp gewesen sein...‘ PK D. antwortet: ‚Wäre hätte gedacht das der gedopte Mensch gewinnt. Verlierer sind trotzdem beide, da unheilbar krank.““

Es handelt sich wiederum allenfalls um einen geschmacklosen Witz bzw. Kritik - wie sie im Übrigen auch in der öffentlichen Diskussion geübt wird - daran, dass Transfrauen/Transmännern im jeweiligen Frauen/Männersport teilnehmen. Mit Blick auf den Kommentar des PK D. ist ferner zu berücksichtigen, dass Transgeschlechtlichkeit erst ab dem Jahr 2022 von der WHO in der ICD-11 nicht mehr als Krankheit angesehen wird, wobei die Einführung der ICD-11 ab dem Jahr 2022 im deutschen Sprachraum wohl noch mehrere Jahre in Anspruch nehmen werde (vgl. <https://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/who-streicht-transgender-von-liste-der-psychischen-krankheiten-a-1213812.html>; <https://de.wikipedia.org/wiki/Transsexualit%C3%A4t#Diagnose>).

Soweit der Antragsgegner am 27. Mai 2022 ein Bild versendete mit der Überschrift: „Wenn du geträumt hast, dich mit Affenpocken infiziert zu haben, aber dann fällt dir wieder ein, dass du heterosexuell bist.“, ist ein verfassungsfeindlicher Gehalt objektiv nicht gegeben. Es handelt sich allenfalls um einen geschmacklosen Witz, der darauf anspielt, dass die Übertragung der sog. Affenpocken in erster Linie im Rahmen von sexuellen Aktivitäten zwischen Männern erfolgt (vgl. <https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/A/Affenpocken/Ausbruch-2022-Situation-Deutschland.html>).

Ein verfassungsfeindlicher Gehalt lässt sich der folgenden vom Antragsgegner angeführten Konversation ebenfalls nicht entnehmen:

„Am 27.11.2022 versendet POK F. um 19:16 einen Screenshot eines Twitter-Posts des DFB-Teams. Auf dem Bild ist neben der Mannschaftsaufstellung für das Fußballspiel der deutsche Nationalspieler Antonio Rüdiger zu sehen. Das Bild kommentiert er mit: ‚Die Pressefuzzis vom DFB‘. PK D. antwortet: ‚Man hat sich wieder des Aushängeschildes bedient.““

Hieraus scheint der Antragsteller eine rassistische Einstellung des Antragsgegners schlussfolgern zu wollen. Das lässt sich indes weder objektiv seiner Nachricht noch subjektiv bzgl. einer verfassungsfeindlichen Gesinnung des Antragsgegners klar entnehmen. Der weitere Kommentar des PK D. lässt sich unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG auch dahingehend verstehen, dass er den Fußballspieler Antonio Rüdiger als Leistungsträger der Nationalmannschaft betrachtet.

(cc) Schließlich ergibt sich auch dann kein dringender Verdacht eines Verstoßes gegen die Treuepflicht nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG gegenüber dem Antragsgegner, selbst

wenn auf die weiteren Nachrichten und Dateiinhalte im Anhang der Antragsschrift vom 12. Mai 2023, einschließlich der DVD-Inhalte, abzustellen wäre.

Den darin angeführten Äußerungen lässt sich ganz überwiegend kein klar erkennbarer objektiv verfassungsfeindlicher Gehalt entnehmen. Sie sind spielerisch-scherzhaft eingekleidet und insoweit nicht selbsterklärend. Jedenfalls ist aus diesen ein Rückschluss auf eine ernsthafte verfassungsfeindliche Gesinnung des Antragsgegners nicht zwingend.

Beispielhaft ist ein verfassungsfeindlicher Gehalt des Bildes zweier Häuser und Gärten mit einer gehissten Deutschlandfahne im Hintergrund am 22. Juni 2021, welches PK D. versandte, offensichtlich nicht gegeben.

Die Nachricht des Antragsgegners vom 31. Juli 2022 („Was halten Sie von Frauenfußball? Find ich beides gut!“) ist beispielsweise - auch angesichts der weiteren in diesem Kontext gewechselten Nachrichten - ein Witz. Um geschmacklose Witze handelt es sich ferner bei Bildcollagen, auf welchen Ricarda Lang abgebildet ist, die PK D. am 29. September 2022 und am 21. November 2022 versandte und welche der Antragsgegner unkommentiert ließ.

(dd) Da sämtliche Äußerungen für sich betrachtet keinen dringenden Verdacht eines Verstoßes gegen die Treuepflicht nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG begründen, ergibt sich dieser auch nicht aus einer Gesamtschau der Äußerungen.

cc) Unabhängig davon fehlt es an einem dringenden Verdacht für einen Verstoß gegen die Treuepflicht aus § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG, selbst wenn den Nachrichteninhalten insgesamt oder teilweise ein ernsthafter verfassungsfeindlicher Inhalt beigemessen würde. Es würde sich lediglich um ein „bloßes Haben/Mitteilen“ einer entsprechenden Gesinnung handeln, was für einen Treuepflichtenverstoß nicht genügt.

Das bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, dass man diese habe, reichen für die Annahme einer Verletzung der dem Beamten auferlegten Treuepflicht grundsätzlich nicht aus. Ein Dienstvergehen besteht erst, wenn der Beamte aus seiner politischen Überzeugung Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung zieht (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. November 2017 - 2 C 25/17 -, juris Rn. 21 m. w. N.). Ein entsprechendes „Mehr“ als das bloße Haben und Mitteilen ist aber nicht erst bei einem offensiven Werben erreicht. Zwischen dem „bloßen“ Haben und Mitteilen einer Überzeugung und dem planmäßigen werbenden Agieren oder gar Agitieren liegen differenzierungsfähige und erhebliche Abstufungen (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. November 2017 - 2 C 25/17 -, juris Rn. 23).

Hinsichtlich einer Tätowierung mit verfassungsfeindlichem Inhalt hat das Bundesverwaltungsgericht zudem entschieden, dass die Betätigung einer verfassungsfeindlichen Gesinnung

auch durch „bloße“ Tätowierung möglich ist. Tätowierungen komme vielfach eine gruppeninterne Funktion als sichtbares Symbol geteilter Überzeugungen zu, die es Gleichgesinnten erlaube, einander zu erkennen und sich als eine von den „anderen“ abgrenzbare Gruppe zu identifizieren. Wenn sich ein Anhänger verfassungsfeindlicher Ziele nur im Kreis Gleichgesinnter offenbare und betätige, ziehe er nämlich Folgerungen aus seiner Überzeugung für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland. Auch wenn sich ein Beamter in einer verfassungsfeindlichen Organisation rein intern engagiere und seine Überzeugung nur dort offenlege, liege hierin eine gelebte Folgerung und Betätigung seiner politischen Auffassung. Die Überzeugung führe in diesen Fällen nicht zu einer bloß passiven Zugehörigkeit zu einer Organisation, sondern zu einer gelebten Identifizierung. Die Öffentlichkeit einer verfassungsfeindlichen Betätigung sei damit nicht Voraussetzung für einen Verstoß gegen die Treuepflicht des Beamten (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. November 2017 - 2 C 25/17 -, juris Rn. 25, 29 f.).

Dies zugrunde gelegt würde es sich bei dem privaten Austausch in einem „Eins-zu-Eins-Chat“ von unterstellt verfassungsfeindlichen Inhalten um das bloße Haben bzw. Mitteilen einer verfassungsfeindlichen Ansicht handeln. Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsgegner Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung zieht, sind nicht erkennbar. Der Austausch in einem privaten WhatsApp-Chat zwischen zwei Personen ist auch nicht mit verfassungsfeindlichen Tätowierungen vergleichbar, so dass sich die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Öffentlichkeit einer verfassungsfeindlichen Betätigung nicht Voraussetzung für einen Verstoß gegen die Treuepflicht des Beamten sei (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. November 2017 - 2 C 25/17 -, juris Rn. 29), und welche das Verwaltungsgericht Wiesbaden regelmäßig heranzieht, hier nicht übertragen lassen. Es fehlt an einer entsprechend „plakativen Kundgabe“ wie bei einer Tätowierung als sichtbares Symbol geteilter Überzeugungen, die es Gleichgesinnten erlaube, einander zu erkennen (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. November 2017 - 2 C 25/17 -, juris Rn. 24, 30).

(3) Ob der Antragsgegner sich der Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht nach § 37 Abs. 1 BeamtStG dringend verdächtig gemacht hat, kann dahinstehen. Eine solcher Verstoß erscheint schon fraglich, weil es sich bei dem Antragsgegner und PK D. um Kollegen handelte und, soweit der Antragsgegner Bilder an PK D. bzgl. dienstlicher Dokumente, einer E-Mail sowie einer ZEVIS-Abfrage übersandte, die Annahme einer Mitteilung, die im dienstlichen Verkehr geboten ist (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BeamtStG), möglich ist.

Jedenfalls hat der Antragsteller seinen Antrag nach § 30 HDG auf eine Verletzung der Verschwiegenheit nach § 37 Abs. 1 BeamtStG nicht gestützt. Eine Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme würde ferner zu der erwartenden Disziplinarmaßnahme außer Verhältnis stehen. Es wäre nicht zu

erwarten, dass der Antragsgegner deshalb zurückgestuft oder aus dem Beamtenverhältnis entfernt würde (vgl. hierzu grundsätzlich BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 21. Juni 2006 - 2 BvR 1780/04 -, juris Rn. 24; Senatsbeschluss vom 11. Mai 2012 - 28 A 944/21.D -, n. v.).

3. Aufgrund des Erfolgs der Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 26. Mai 2023 haben sich sowohl der Antrag auf Erlass einer sog. Hängeverfügung (Antrag zu 2.) als auch der Antrag, die Durchsicht der bei dem Antragsgegner sichergestellten Datenträger zu unterlassen (Antrag zu 3.), erledigt und über die Hilfsanträge war ebenfalls nicht mehr zu entscheiden.

(...)

VG Gelsenkirchen

Beschluss vom 05.09.2023

4 L 1374/23

Widerruf eines Lehrauftrags aufgrund polizeikritischer Tweets / Lehrfreiheit / Meinungsfreiheit / einstweiliger Rechtsschutz

I. Die Antragstellerin wendet sich gegen den Widerruf ihres Lehrauftrages an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen (HSPV).

Die Antragstellerin ist verbeamtete Lehrerin in Nordrhein-Westfalen.

Durch Bescheid vom 10. Mai 2023 erteilte der Antragsgegner der Antragstellerin für den Zeitraum vom 8. September 2023 bis zum 10. Mai 2024 einen Lehrauftrag an der HSPV für die Lehrveranstaltung GS1.7 - "Interkulturelle Kompetenz" am Studienort Duisburg. Bereits zuvor hatte die Antragstellerin auf der Grundlage ihr erteilter Lehraufträge an der HSPV das Teilmodul "Interkulturelle Kompetenz" gelehrt; in der Zeit vom 7. Januar 2022 bis zum 8. April 2022 am Studienort Mülheim an der Ruhr und in der Zeit vom 27. Januar 2023 bis zum 21. April 2023 am Studienort Duisburg Mitte.

Am 20. Mai 2023 veröffentlichte die Antragstellerin folgende Kurznachricht, sogenannter Tweet, auf Twitter (jetzt: X): "Ich bekomme mittlerweile Herzrasen, wenn ich oder meine Freundinnen in eine Polizeikontrolle geraten, weil der ganze braune Dreck innerhalb der Sicherheitsbehörden uns Angst macht. Das ist nicht nur meine Realität, sondern die von vielen Menschen in diesem Land".

Bereits zuvor hatte die Antragstellerin folgende Kurznachrichten verfasst: "Ja ich sympathisiere mit Linksextremisten! Und wissen Sie was? Ich werde morgen @derrechterand abonnieren und finanziell unterstützen, also quasi ihre Steu-

ern in die #Antifa investieren. Sie dürfen sich gerne bei meinem Dienstherrn über mich beschweren ,BildungslandNRW" (29. Januar 2021) "Was ich mir als PoC-Lehrerin, die aktivistisch ist, anhören muss: ,Sie müssen sich entscheiden wie .öffentlich" Sie sein möchten Frau Aslan. Wenn sie zu sehr in der Öffentlichkeit sind, dann ist vielleicht der Lehrerberuf nicht passend für Sie. 'Aha! Und was ist mit Björn Höcke?'"(17. April 2021).

Mit E-Mail vom 22. Mai 2023 wandte sich die Antragstellerin an den Antragsgegner und teilte mit, ihr sei zugetragen worden, dass sie aufgrund ihres Tweets vom 20. Mai 2023, der eine Hasswelle gegen ihre Person ausgelöst habe, ihren Lehrauftrag nicht mehr ausüben dürfe. Sie wolle klarstellen, dass sie mit der Bezeichnung "brauner Dreck" weder alle Polizist*innen, noch die Sicherheitsbehörden oder Polizeischüler*innen gemeint habe, sondern ausschließlich die Gesinnung von Beamt*innen, die menschenverachtend und rassistisch unterwegs seien. Wegen der weiteren Einzelheiten der E-Mail wird auf Bl. 146ff. der Gerichtsakte Bezug genommen.

Durch Bescheid vom 23. Mai 2023 widerrief der Antragsgegner den der Antragstellerin mit Schreiben vom 10. Mai 2023 erteilten Lehrauftrag. Am gleichen Tag rief der Präsident der HSPV bei der Antragstellerin an, um ihr die Gründe für den Widerruf zu erläutern.

Am 25. Mai 2023 veröffentlichte der Antragsgegner eine Stellungnahme des Präsidiums der HSPV zu dem Widerruf des Lehrauftrages der Antragstellerin.

Die Antragstellerin hat am 25. Mai 2023 Klage beim Verwaltungsgericht Düsseldorf erhoben, mit der sie beantragt, den Widerrufsbescheid des Antragsgegners vom 23. Mai 2023 betreffend die Erteilung eines Lehrauftrages für den Zeitraum vom 8. September 2023 bis zum 20. Mai 2024 aufzuheben (10 K 3736/23). Mit Beschluss vom 27. Juni 2023 hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (hiesiges Aktenzeichen: 4 K 2797/23) verwiesen. Mit Schreiben vom 1. Juli 2023 hat die Antragstellerin ihre Klage dahingehend erweitert, den im Bescheid vom 10. Mai 2023 verfügten "Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs" aufzuheben.

Mit Schreiben vom 23. Juni 2023 hörte der Antragsgegner die Antragstellerin zu dem Widerruf des Lehrauftrages an. Hierauf erfolgte keine Stellungnahme der Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner.

Die Antragstellerin veröffentlichte am 27. Juni 2023 folgende Kurznachricht auf Twitter: "Die #HSPV hat ein Schreiben für eine Anhörung geschickt und fleißig nach anderen Tweets gesucht, zu denen ich nun auch ein Statement abliefern soll. Tweet, in dem ich Björn Höcke kritisiere, und ein anderer Tweet, wo ich der Aussage, dass es keine (!) Diskriminierung gegenüber privilegierten (!) Gruppen gibt, zustimme. Nahezu alle, die in der rassistuskritischen Bildungsarbeit tätig sind, würden die Tweets inhaltlich verstehen und auch die Intention dahinter. Ehrlich gesagt, schockiert es mich, dass eine Hochschule in diesem Bereich nicht nur so wenig Wissen

verfügt, sondern anscheinend sich auch bisher mit marginalisierten und betroffenen Stimmen nicht auseinandergesetzt zu haben scheint. Denn hätte man dies getan, würde man diese Tweets nicht problematisieren. Ein Armutszeugnis. Bisher dachte ich, dass man als Hochschule in den Debatten weiter wäre. Nun offenbart sich, dass die Hochschule eventuell selbst Nachholbedarf hat.

Natürlich musste der Klassiker ebenfalls her. Der Tweet, der hier bereits mehrmals herumging, dass ich Linksextremist sei, wurde in dem Brief auch nachgefragt. Eine kleine Recherche hätte ergeben, was es damit auf sich hat". "Leider kein Scherz. Ich musste beim Lesen den Kopf schütteln".

Durch Bescheid vom 28. Juli 2023 widerrief der Antragsgegner den der Antragstellerin mit Schreiben vom 10. Mai 2023 erteilten Lehrauftrag (Ziffer 1.) und ordnete die sofortige Vollziehung des Widerrufs an (Ziffer 2.). Zur Begründung führte der Antragsgegner aus, dass es sich bei dem Bescheid um einen Zweitbescheid handle, da im Hinblick auf die im Rahmen der Verweisung geäußerten Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts Düsseldorf nicht eindeutig sei, welche Handlung den streitgegenständlichen Widerruf darstelle, so dass es geboten erscheine, einen neuen Widerruf zu erlassen. Aufgrund der im Nachgang zur Erteilung des Lehrauftrages von der Antragstellerin veröffentlichten Beiträge auf der Internetplattform Twitter sowie der weiterhin noch nicht vorgelegten Nebentätigkeitsgenehmigung seien nachträglich Tatsachen eingetreten, die die HSPV berechtigten, den Lehrauftrag nicht zu erteilen.

Zudem werde ohne den Widerruf des Lehrauftrages das öffentliche Interesse gefährdet. Die Antragstellerin habe durch die Veröffentlichung der Mitteilung auf Twitter gegen das Zurückhaltungsgebot, welches aus der Eignung der Lehrbeauftragten folge, verstoßen. Die Twitter-Mitteilungen seien pauschalierend und undifferenziert. Die Aussagen seien geeignet, die Angehörigen des Polizeidienstes in der Öffentlichkeit zu diskreditieren und Vorurteile gegen Angehörige des Polizeidienstes zu schüren. Gegen die Eignung als Lehrbeauftragte spreche zudem, dass die Antragstellerin sowohl in Bezug auf ihren letzten Lehrauftrag als auch in Bezug auf den hier streitgegenständlichen die nach § 49 LBG NRW erforderliche Nebentätigkeitsgenehmigung ihrer dienstvorgesetzten Stelle nicht eingeholt habe. Darüber hinaus habe die Antragstellerin mit den Mitteilungen auf Twitter gegen die Grundordnung der HSPV verstoßen. Aufgrund der Äußerungen bestehe die Gefahr, dass die Studierenden des Studiencurfaches die Antragstellerin als Lehrbeauftragte für das Fach interkulturelle Kompetenz nicht akzeptieren würden und die mit dem Fach verfolgten Lernziele nicht erreicht werden könnten. Kern des Lehrfaches sei unter anderem die Vermittlung, dass es notwendig sei, vorurteilsfrei, differenziert, sensibel und wertschätzend zu interagieren und zu kommunizieren. Die Antragstellerin zeige sich selbst nicht bereit, in dieser Weise in der Öffentlichkeit zu kommunizieren, wie ihre Äußerung "brauner Dreck", die in ihrer öffentlichen Wirkung pauschal auf alle Polizeiangehörigen ziele, belege. Die öffentlichen Äußerungen im Internet hätten unter anderem auch dazu geführt, dass die HSPV eine Vielzahl von Drohungen

erhalten habe. Wegen der weiteren Einzelheiten der Gründe des Bescheides wird auf Bl. 158ff. der Gerichtsakte verwiesen.

Am 15. August 2023 hat die Antragstellerin den vorliegenden Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gestellt.

Zur Begründung führt die Antragstellerin aus, sie habe mit ihrem Tweet nicht gegen das Zurückhaltungs- oder Mäßigungsgebot verstoßen. Ein Zurückhaltungsgebot bei öffentlichen Äußerungen bestehe für sie im Zusammenhang mit ihrem Lehrauftrag nicht. Eine Pflicht zur Zurückhaltung bei privaten Meinungsäußerungen, die dem wissenschaftlichen Diskurs im freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat angemessen sei, könne nicht aus bestimmten Anforderungen an die Eignung zum akademischen Lehre abgeleitet werden. Ihr Tweet vom 20. Mai 2023 verstoße auch nicht gegen das Maß an Loyalität und Zurückhaltung, dass für eine funktionsgemäße Ausübung des Amtes einer Lehrbeauftragten unverzichtbar sei. An dem beamtenrechtlichen Mäßigungsgebot müsse sich ihr Tweet nicht messen lassen. Die Bezeichnung "brauner Dreck" beziehe sich nicht pauschal auf alle Polizistinnen und Polizisten. Vielmehr bezeichne sie damit rechtsextremes, sowie rassistisches Gedankengut in den Sicherheitsbehörden. Da rassistisches, rechtsextremes sowie antisemitisches Gedankengut in der Polizei des Landes Nordrhein-Westfalen keinen Platz haben dürften, könne die von ihr geübte Kritik an der Existenz solchen Gedankenguts nicht amtspflichtwidrig sein. Im Übrigen handle es sich um eine nicht unübliche Formulierung zur Benennung rechtsextremistischen Gedankenguts in der Polizei. Ungeachtet dessen stelle der fragliche Tweet keinen Verstoß gegen § 33 Abs. 2, 34 Abs. 1 S. 3 Beamtenstatusgesetz dar. Sie habe den Tweet weder in einem sachlichen noch einem örtlichen oder sonst irgendeinem Zusammenhang zu ihrem Lehrauftrag abgesetzt. Der Tweet sei auch nicht strafbar oder aus sonstigen Gründen pflichtwidrig. Es sei weder dargetan noch erkennbar, dass der Tweet die Aufgabenerfüllung der HSPV beeinträchtige. Insbesondere folge eine solche zurechenbare Beeinträchtigung nicht daraus, dass Dritte infolge des Tweets der HSPV sowie ihren Angehörigen mit der Begehung von gegen sie gerichteten Straftaten gedroht hätten. Ein vorsätzliches und rechtswidriges Dazwischentreten Dritter, dass erstmals eine Gefahr begründe, sei ihr, der Antragstellerin, nicht zurechenbar. Mache sie von ihrer grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit Gebrauch und komme es infolgedessen zu strafrechtlich relevanten Drohungen, habe sich der Antragsgegner vielmehr schützend vor sie zu stellen. Es sei auch weder dargetan noch erkennbar, dass der Widerruf zur Beseitigung oder Verhinderung eines sonst drohenden Schadens für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten sei. Wegen der weiteren Einzelheiten der Antragsbegründung wird auf Bl. 2ff. der Gerichtsakte Bezug genommen.

Die Antragstellerin beantragt, die aufschiebende Wirkung ihrer Klage 4 K 2797/23 gegen den Widerrufsbescheid des Antragsgegners vom 28. Juli 2023 wiederherzustellen. Der Antragsgegner beantragt, den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung führt der Antragsgegner aus, dass zunächst darauf hinzuweisen sei, dass selbst wenn der Antrag Erfolg habe, die Antragstellerin den Lehrauftrag nicht wahrnehmen könne. Eine genehmigungspflichtige Nebentätigkeit dürfe nur ausgeübt werden, wenn eine Nebentätigkeitsgenehmigung erteilt werde. Zudem sei die Erstellung des Lehrplans für die Vorlesungszeit ab September bereits abgeschlossen. Der Kurs "Interkulturelle Kompetenz" sei bereits abschließend mit Lehrkräften besetzt. Der Widerrufsbescheid sei auch offensichtlich rechtmäßig. Vorliegend seien nach Erteilung des Lehrauftrags mehrere Tatsachen eingetreten, die jeweils schon für sich genommen den Widerruf des Lehrauftrags begründen würden. Dies seien der Post der Antragstellerin auf Twitter vom 20. Mai 2023 sowie die öffentlichen Äußerungen der Antragstellerin zu dem Anhörungsschreiben vom 23. Juni 2023. Durch die genannten Tweets und den geäußerten Spott verstoße die Antragstellerin gegen das Loyalitäts- und Zurückhaltungsgebot. Durch das Verhalten der Antragstellerin sei eine funktionsgemäße Ausübung des Lehrauftrages zukünftig nicht mehr gegeben. Zudem widerspreche das Verhalten der Antragstellerin den Inhalten des von ihr unterrichteten Fachs der "Interkulturellen Kompetenz". Durch ihre pauschalen Äußerungen und den Versuch, die HSPV öffentlich lächerlich zu machen, zeige die Antragstellerin, dass sie selbst nicht in der Lage sei, entsprechend den Zielen ihres Fachs zu agieren und zu kommunizieren. Ein erforderliches Vertrauensverhältnis, welches Grundlage für die Zusammenarbeit der Bediensteten der HSPV mit der Antragstellerin sei, sei nicht mehr vorhanden. Wegen der weiteren Einzelheiten der Antragsabweisung wird auf Bl. 158ff. der Gerichtsakte Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der Gerichtsakte in dem Verfahren 4 K 2797/23 und des beigezogenen Verwaltungsvorganges Bezug genommen.

II. Der zulässige Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer Klage 4 K 2797/23 gegen den Widerrufsbescheid des Antragsgegners vom 28. Juli 2023 wiederherzustellen, ist begründet.

Bei dem angegriffenen Bescheid vom 28. Juli 2023 handelt es sich um einen Zweitbescheid, der den Bescheid vom 23. Mai 2023 ersetzt (vgl. Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 3. EL August 2022, § 51 VwVfG Rn. 92).

Die in dem Zweitbescheid ausgesprochene Anordnung der sofortigen Vollziehung ist in formeller Hinsicht fehlerfrei zustande gekommen, wobei auch das besondere öffentliche Interesse hieran gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO in ausreichendem Maße schriftlich begründet worden ist.

Gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO kann das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung eines Hauptsacherechtsbehelfs aufgrund einer eigenen Ermessensentscheidung ganz oder teilweise wiederherstellen. Für die Entscheidung ist maßgeblich, ob das (private) Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsbehelfs oder das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung über-

wiegt. Hierbei kommt es insbesondere auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache an. In der Regel überwiegt das Interesse eines Antragstellers/einer Antragstellerin an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung dann, wenn die im Eilverfahren allein mögliche und gebotene summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ergibt, dass der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Umgekehrt überwiegt das öffentliche Interesse, wenn sich der angefochtene Bescheid nach der allein gebotenen summarischen Prüfung als rechtmäßig erweist und der Antragsgegner ein besonderes Interesse an der Vollziehung darlegen kann, das über das eigentliche Interesse am Erlass des Verwaltungsakts hinausgeht.

Nach diesen Grundsätzen überwiegt hier das Interesse der Antragstellerin an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, da der angefochtene Bescheid vom 28. Juli 2023 zumindest bei der hier allein gebotenen summarischen Prüfung rechtswidrig ist.

Ermächtigungsgrundlage für den durch den angefochtenen Bescheid vom 28. Juli 2023 verfügten Widerruf des der Antragstellerin erteilten Lehrauftrags bei der Hochschule für Polizei und Öffentliche Verwaltung NRW - Studienort Duisburg - ist § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (VwVfG NRW). Danach darf ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Ziffer 1 des Widerrufsbescheides erweist sich bei summarischer Prüfung als materiell rechtswidrig.

Der Widerruf begegnet zunächst keinen formellen Bedenken. Insbesondere hat der Antragsgegner die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. Juni 2023 zu dem beabsichtigten Widerruf ihres Lehrauftrages angehört, § 28 Abs. 1 VwVfG NRW.

Der Widerruf ist jedoch materiell rechtswidrig.

Der Antragsgegner nahm den Tweet der Antragstellerin vom 20. Mai 2023 ("ganzer brauner Dreck"), die nicht vorgelegte Nebentätigkeitsgenehmigung sowie (mit der Antragsabweisung) die Posts rund um den 27. Juni 2023 (öffentliche Äußerungen der Antragstellerin zu dem Anhörungsschreiben des Antragsgegners) zum Anlass für den Widerruf des Lehrauftrages. Aus diesen Umständen folgte der Antragsgegner die Nichtteignung der Antragstellerin für den erteilten Lehrauftrag.

Nachträglich eintretende Umstände, die eine Lehrperson als ungeeignet für einen Lehrauftrag erscheinen lassen, können solche zum Widerruf des Lehrauftrages berechtigende Tatsachen darstellen.

Nach § 21 FHGöD kann mit der Wahrnehmung von Lehraufgaben betraut werden, wer nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung den Anforderungen der Fachhochschule entspricht.

Der Antragsgegner ist danach berechtigt, geeigneten Lehrkräften Lehraufträge zu erteilen und dementsprechend grundsätzlich auch, den sich aufgrund nachträglich eintretender Umstände nicht als geeignet erweisenden Lehrbeauftragten diesen Lehrauftrag wieder zu entziehen. Ebenso wie die - positive - Eignungsfeststellung eine umfassende Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Bewerbers/der Bewerberin verlangt, setzt jedoch auch die - negative - Feststellung der Nichteignung als Lehrbeauftragte(r) eine Gesamtabwägung aller für und gegen die Eignung der Lehrkraft sprechenden, zum maßgeblichen Zeitpunkt der Behördenentscheidung vorliegenden Umstände voraus. Die Annahme, eine Lehrbeauftragte sei ungeeignet für ihre Aufgabe, muss mithin Ergebnis einer Würdigung sein, nach der unter Berücksichtigung der ihr anzulastenden Umstände sowie deren Häufigkeits- und Schweregrades und der von ihr bislang gezeigten Leistungen und Befähigungen anzunehmen ist, dass sie als Lehrbeauftragte nicht geeignet ist (vgl. OVG Bautzen, Urteil vom 9. Dezember 1998 - 2 S 424 -98 -, NVwZ-RR 1999, 442).

Da sich die Anforderungen, die an einen Bewerber/eine Bewerberin um ein öffentliches Amt zu stellen sind, nach den wahrzunehmenden Aufgaben bestimmen, folgt hieraus: An die Eignung von Bewerbern/Bewerberinnen für Lehraufträge ist der Maßstab der funktionsbezogenen Treuepflicht anzulegen, den das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Loyalitätspflicht von Angestellten im öffentlichen Dienst entwickelt hat (BAGE 28, 62; 33, 43; 34, 1; 51, 246). Was dort für Angestellte im öffentlichen Dienst entwickelt worden ist, muss erst recht für Lehrbeauftragte gelten, weil sie - anders als regelmäßig Angestellte - nur für kurze Zeit Lehraufträge erhalten, also nur zeitlich beschränkt tätig werden. Der Inhaber/die Inhaberin eines öffentlichen Amtes, der/die keinen Beamtenstatus hat, schuldet nach dieser Rechtsprechung diejenige politische Loyalität, die für eine funktionsgemäße Amtsausübung unverzichtbar ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Januar 1989 - 7 C 89/87 -, juris).

Wie jeder andere Arbeitnehmer auch, schuldet ein Lehrbeauftragter/eine Lehrbeauftragte danach seinem/ihrer Arbeitgeber Loyalität. Die an der Art der angestrebten Tätigkeit orientierte Prüfung der Eignungsvoraussetzungen findet ihre Parallele im Kündigungsrecht. Wegen der politischen Meinungsäußerung oder der politischen Betätigung eines Arbeitnehmers/einer Arbeitnehmerin darf nur gekündigt werden, wenn das Arbeitsverhältnis konkret berührt wird (vgl. BAG, Urteile vom 31. März 1976 - 5 AZR 104/74 - und vom 12. Mai 2022 - 2 AZR 479/09 -; jeweils juris).

Danach sind die Funktionen des konkreten Lehrauftrages in den Blick zu nehmen und ist zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Eignung hinsichtlich der funktionsbezogenen Treuepflicht erfüllt sind.

Nach Maßgabe dessen, spricht einiges dafür, dass die Antragstellerin aufgrund ihres Tweets vom 20. Mai 2023 ("ganzer brauner Dreck") Anlass für Zweifel an ihrer Eignung für den Lehrauftrag in dem Fach "Interkulturelle Kompetenz" an der HSPV gegeben hat.

Aus dem Verständnis eines unvoreingenommenen Dritten ist die Äußerung der Antragstellerin jedenfalls mehrdeutig zu verstehen, so dass es nicht gänzlich abwegig ist, die Äußerung "ganzer brauner Dreck innerhalb der Sicherheitsbehörden" als Diskreditierung großer Teile der Angehörigen des Polizeidienstes zu verstehen. Wer Personen eine nationalsozialistische Gesinnung zuschreibt, impliziert damit, dass diese Personen dieses Gedankengut hegen und entsprechend handeln.

Die Antragstellerin selbst hat mit ihrer E-Mail vom 22. Mai 2023 an den Antragsgegner klargestellt, dass sie mit der Bezeichnung "brauner Dreck" weder alle Polizisten und Polizistinnen, noch die Sicherheitsbehörden oder Polizeischüler und Polizeischülerinnen gemeint habe, sondern ausschließlich die "Gesinnung von Beamten und Beamtinnen, die menschenverachtend und rassistisch unterwegs" seien. Soweit die Antragstellerin weiter meint, sie habe mit dieser Äußerung auf strukturelle Probleme in Bezug auf rassistische Polizeikontrollen und Polizeigewalt hinweisen wollen, lässt ihre gewählte Ausdrucksweise "ganzer brauner Dreck" allerdings einen sachlichen Diskurs zu diesem Thema - der ihr auch nach Auffassung des Gerichts in jedem Falle zusteht - vermissen. Dass es sich nach den Angaben der Antragstellerin um eine nicht unübliche Formulierung zur Benennung rechtsextremistischen Gedankenguts in der Polizei handele, wie ein Artikel in dem Polizei-Magazin "Streife" von Januar 2021 zeige, (vgl. https://polizei.nrw/sites/default/files/2021-02/Streife_01_2021_Web_0.pdf), macht die Äußerung im vorliegenden Zusammenhang nicht zu einem adäquaten Mittel des Meinungsaustauschs. Die Ausdrucksweise der Antragstellerin lässt jedenfalls die notwendige Sensibilität, die sie im Rahmen des ihr erteilten Lehrauftrags in dem Fach "Interkulturelle Kompetenz" gerade vermitteln soll, vermissen.

Ebenso mögen die am 27. Juni 2023 im Zusammenhang mit dem Anhörungsschreiben veröffentlichten Kurznachrichten Zweifel an der Eignung der Antragstellerin begründen, weil die öffentliche Kritik an dem Vorgehen der HSPV das Vertrauensverhältnis zum Antragsgegner beeinträchtigen kann. Dass diese Tweets einer weiteren Zusammenarbeit jegliche Grundlage entzogen hätten, vermag das Gericht jedoch nicht zu erkennen.

Angesichts des für die gerichtliche Prüfung maßgeblichen Zeitpunkts der Behördenentscheidung waren die danach veröffentlichten Stellungnahmen der Antragstellerin vom 3. und 4. August 2023 hier nicht zu berücksichtigen.

Ob der Antragstellerin aufgrund vorstehender Erwägungen die erforderliche Eignung für den Lehrauftrag in dem Fach "Interkulturelle Kompetenz" abzusprechen ist, kann allerdings im Ergebnis offenbleiben. Da jedenfalls der Schluss auf

eine Nichteignung nicht zwingend ist, hatte der Antragsgegner eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller wesentlichen tatsächlichen und persönlichen oder anderer für die Eignung erheblichen Umstände vorzunehmen. Diese Entscheidung hat der Antragsgegner nicht rechtsfehlerfrei getroffen.

Die Annahme der Nichteignung eines Lehrbeauftragten/einer Lehrbeauftragten ist -ebenso wie die Annahme der Eignung - ein Akt wertender Erkenntnis, der unter Berücksichtigung der angestrebten bzw. ausgeübten Funktion auszufüllen ist und der der gerichtlichen Überprüfung nur dahin unterliegt, ob der Dienstherr das ihm zustehende Beurteilungsermessen möglicherweise fehlerhaft ausgeübt hat, indem er den maßgeblichen unbestimmten Rechtsbegriff und den Sinn und Zweck der Ermächtigung verkannt hat, von einem unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen ist, nicht alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt oder Vorschriften des Verfahrens, die sich auf die Entscheidung ausgewirkt haben könnten, nicht beachtet hat (vgl. BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 1975 - 2 BvL 13/73 - und Urteil vom 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02 - jeweils juris; BVerwG, Beschlüsse vom 25. Juni 2020 - 1 WB 77.19 - und vom 31. März 2021 - 1 WB 12/21 jeweils juris; OVG Bautzen, Urteil vom 9. Dezember 1998 - 2 S 424-98 -, NVwZ-RR 1999, 442 ; Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl., § 114 Rn. 30).

Danach ist vorliegend schon zweifelhaft, ob der Antragsgegner bei Erlass des Widerrufs überhaupt erkannt hat, dass die Feststellung der Nichteignung der Antragstellerin einer Gesamtwürdigung bedarf. Jedenfalls hat er aber versäumt, Umstände, die zugunsten der Antragstellerin sprechen, in seine Entscheidung einzubeziehen und zudem Umstände zu Lasten der Antragstellerin einbezogen, die eine Nichteignungsfeststellung nicht tragen.

Der Antragsgegner hat weder die bisher gezeigten Leistungen der Antragstellerin, die ausweislich der übersandten Evaluierungsbögen gut waren, in seine Überlegungen miteinbezogen, noch, dass die Lehrmethoden der Antragstellerin (jedenfalls bislang) keinen Anlass zur Beanstandung gegeben haben. Hierbei hat auch Berücksichtigung zu finden, dass die Antragstellerin auch während ihrer früheren Lehraufträge bereits kritische Äußerungen veröffentlicht hat, ohne dass sich dies nachweislich negativ auf ihre Lehrtätigkeit ausgewirkt hätte.

Gleiches gilt auch in Bezug auf die von dem Antragsgegner ausdrücklich getroffene Feststellung der pädagogischen Ungeeignetheit. Gerade im Rahmen dieser Eignungsfeststellung hätte die bisherige Lehrtätigkeit der Antragstellerin in den Blick genommen werden müssen. Stattdessen führt der Antragsgegner zur Begründung an dieser Stelle aus, dass es aufgrund der Veröffentlichung im Internet zu einer Vielzahl von Drohungen gegenüber der HSPV gekommen sei. Abgesehen davon, dass es an jeglicher Substantiierung dieser angeblichen Drohungen fehlt, ist jedenfalls fraglich, ob (strafrechtlich relevante) Drohungen Dritter der Antragstellerin zure-

chenbar sind und nicht vielmehr zunächst der Antragsgegner alles Zumutbare versuchen muss, Dritte von deren Drohungen abzubringen bzw. den Lehrbetrieb zu schützen. (vgl. insoweit zur "Druckkündigung": BAG, Urteile vom 10. Oktober 1957 - 2 AZR 32/56 - und vom 31. Januar 1996 - 2 AZR 158/95 -, jeweils juris).

Die vom Antragsgegner in der Antragsrweriderung angeführten Entscheidungen zum "Zweckveranlasser" rechtfertigen keine andere Beurteilung. Dafür, dass die Antragstellerin die durch Dritte bewirkten Bedrohungen mit ihren Tweets "gezielt ausgelöst" hat, ist nichts ersichtlich.

Zudem hat der Antragsgegner nicht zugunsten der Antragstellerin gewürdigt, dass sie bereits mit E-Mail vom 22. Mai 2023, nachdem sie die große Resonanz auf ihren Tweet erkannt hatte, aus eigenem Antrieb an die HSPV herangetreten ist, ihr Statement vom 20. Mai 2023 erläutert hat und um Schadensbegrenzung bemüht war.

Soweit der Antragsgegner schließlich zur Begründung der Nichteignung der Antragstellerin maßgeblich auch auf die noch nicht vorgelegte Nebentätigkeitsgenehmigung abstellt, ist dieser Umstand nicht geeignet, den Widerruf materiell zu stützen. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei dem Lehrauftrag überhaupt um eine genehmigungspflichtige Nebentätigkeit handelt. Denn die Ausübung einer genehmigungspflichtigen Nebentätigkeit ohne Genehmigung stellt "nur" eine dienstliche Pflichtverletzung gegenüber der dienstvorgesetzten Stelle dar, die in diesem Rechtsverhältnis ggfs. disziplinarisch zu ahnden wäre. Eine Pflichtverletzung gegenüber der HSPV lässt sich nicht erkennen. Dass der Antragsgegner dies grundsätzlich auch so sieht, ergibt sich bereits aus dem Bescheid über die Erteilung des Lehrauftrages, der keinerlei Vorbehalt, sondern lediglich die Bitte enthält, eine ggfs. erforderliche Nebentätigkeitsgenehmigung beim Dienstherrn einzuholen. Zudem hat der Antragsgegner auch in Bezug auf die zuvor erteilten Lehraufträge die Vorlage der Nebentätigkeitsgenehmigung nicht verlangt und auch nicht aufgezeigt, diesen Umstand in der Vergangenheit als Anlass zum Widerruf eines erteilten Lehrauftrages gesehen zu haben. Darüber hinaus war es der Antragstellerin zum Zeitpunkt des Widerrufs (und ist es wohl auch derzeit) noch möglich, eine Nebentätigkeitsgenehmigung bis zum Beginn des Lehrauftrages bei ihrem Dienstherrn einzuholen und bei dem Antragsgegner vorzulegen. Letztlich ist nicht erkennbar, dass der Genehmigung der Nebentätigkeit etwas entgegenstehen könnte.

Da der Widerrufsbescheid bereits aus vorstehenden Gründen rechtswidrig ist, kann dahinstehen, ob die Ermessensausübung des Antragsgegners einer nach § 114 Satz 1 VwGO eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung standgehalten hätte.

Soweit der Antragsgegner vorträgt, die Lehraufträge im Fach "Interkulturelle Kompetenz" seien mittlerweile anderweitig vergeben, rechtfertigt dieser Umstand nicht die sofortige Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes.

(...)

Impressum

Die Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht wird herausgegeben von der

Forschungsstelle Öffentliches Recht der Länder.

Postfach 1301

73503 Schwäbisch Gmünd

Homepage: zlv.de

E-Mail: redaktion@zlv.de

Verantwortliche im Sinne des Presserechts sind Hannes Berger und Lukas C. Gundling (Verantwortlicher Redakteur)

Die Schriftleitung obliegt Sebastian R. Bunse. Die Zeitschrift erscheint quartalsweise und ist im Sinne einer freien Wissenschaft kostenlos und jederzeit online zugänglich.

Eine Printversion der Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht ist gegen Spende bestellbar.

Spende je Einzelheft: 10,-€

Spende je Jahrgang: 38,50€

Bestellungen sind unter www.zlv.de oder postalisch möglich.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck nur mit Erlaubnis der Herausgeber.

Autoren und Autorinnen senden Manuskripte unter redaktion@zlv.de ein. Manuskripte müssen den Anforderungen der Autorenhinweise entsprechen. Manuskripte werden nur für exklusive Veröffentlichungen angenommen und müssen einen redaktionellen Begutachtungsprozess durchlaufen.