

Lösungshinweise zum Fall „Nacktauftritte in der Öffentlichkeit“

Vorbemerkung: Die nachfolgenden Ausführungen dienen lediglich die Unterlage für meine Videopräsentation. Sie erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit etc., können Ihnen aber dennoch vielleicht bei der Nacharbeit helfen.

Erster Schritt in jeder Klausur: Sachverhalt sorgfältig lesen. Welche Fallfrage?

Hier: Erfolgsaussichten – Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

2 große Prüfungsblöcke:

- Zulässigkeit: Wird sich das Gericht überhaupt mit der Angelegenheit befassen?
- Begründetheit: Hat der Kläger Recht?

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I 1 VwGO

1. Evtl. aufdrängende Sonderzuweisungen?

d.h. speziellere Gesetze, welche § 40 I 1 VwGO verdrängen.

Wichtig: § 54 I BeamStStatusG (ehem. § 126 BRRG), falls Beamte, Richter etc. beteiligt sind.

2. öffentlich-rechtliche Streitigkeit?

Falls (-), ist häufig der ordentliche Rechtsweg gem. § 13 GVG eröffnet.

Wann liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor? Problem: Abgrenzung zum Zivilrecht.

3 klassische Theorien:

- 1) *Interessenth.* (Ulpian): dient die streitentscheidende Norm bzw. das Verwaltungshandeln dem öffentlichen oder dem privaten Interesse?

Kritik: oft beide Interessen, z.B. Brandschutznormen.

- 2) *Subordinationsth./Subjektionsth.*: wenn Über-/ Unterordnungsverhältnis, dann ÖR; wenn Gleichordnung, dann PR.

Kritik:

Es gibt im ÖR Gleichordnungsverhältnisse, z.B.: Verwaltungsvertrag (zw. zwei juristischen Personen des öff. Rechts),

es gibt im Zivilrecht durchaus (faktische/rechtliche) Über-/Unterordnungsverhältnisse (z.B. Arbeitgeber-/nehmer; Eltern/Kind).

- 3) *Sonderrechtsth./modifizierte Subjektsth.* (beachte: nur diese in Klausuren nennen!)

Öffentliche Streitigkeit liegt vor, wenn sich die streitentscheidende Norm ausschließlich an einen Träger hoheitlicher Gewalt richtet, d.h. nur einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.

Im „verpflichtet“ liegt die „Modifizierung“ der Subjektsth.

PR (+), wenn sich die Norm an jedermann richtet (also auch an den Staat).

Was ist die streitentscheidende Norm? Diejenige Norm, die entweder den Staat berechtigt (spätere EGL) oder dem Bürger einen Anspruch gegen den Staat gibt (spätere AGL).

Als Merksatz, so nicht in Klausur schreiben.

Hier: § 14 I OBG – richtet sich an Ordnungsbehörden, also streitentsch.
Norm zählt zum ÖR, also ör-Streitigkeit (+).

3. Nichtverfassungsrechtlicher Art?

VerfR: wenn sich auf beiden Seiten Verfassungsorgane um VerfR streiten,
d.h. keine verf.rechtliche Streitigkeit, wenn ein Bürger beteiligt ist.

4. Keine abdrängenden Sonderzuweisungen („soweit ... nicht ...“)

Wichtig:

- § 40 II VwGO,
- Art. 14 III GG, Art. 34,3 GG,
- § 43 I OBG (i.V.m. § 40 I 2 VwGO).

Bei Staatshaftungsrecht u.ä. immer daran denken!

Exkurs: Methodik

In Klausur:

[Obersatz]

Zunächst muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich dies nach § 40 I VwGO.

[TBM nennen]

Danach muss erstens eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen.

[Definition]

Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit nach der modifizierten Subjektsth. dann, wenn sich die streitentscheidende Norm ausschließlich an einen Träger hoheitlicher Gewalt richtet.

[Subsumtion]

Als streitentscheidende Norm kommt hier § 14 I OBG in Betracht. Diese Norm berechtigt ausschließlich die Ordnungsbehörden und damit Träger hoheitlicher Gewalt. Die streitentscheidende Norm gehört damit dem öffentlichen Recht an.

[Ergebnissatz]

Folglich liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

[Neuer Obersatz]

Zweitens muss die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art sein.

II. Statthafte Klageart

Welche Klageart statthaft ist, richtet sich nach dem Begehren des Klägers.

Was will K?

etwas gegen die Untersagungsverfügung unternehmen, er begehrt also die Aufhebung der Untersagungsverfügung.

Evtl. Anfechtungsklage gem. § 42 I VwGO:

Dann müsste die Untersagungsverfügung ein VA sein.

VA-Begriff: vgl. § 35 VwVfG, hier:

- Maßnahme, d.h. Verhalten mit Erklärungswert (+),
- hoheitlich, d.h. öff.-rechtlich, (+), s.o. VerwRWeg,
- Behörde: Legaldefinition in § 1 II VwVfG NRW – (+),
- auf dem Gebiet des ÖR (+),
- Regelung: eins. Setzen von Rechtsfolgen (hier: Begründung einer Rechtspflicht),
- Einzelfall: ein Sachverhalt (Nackt-Herumlaufen in der Öffentlichkeit), ein Adressat (K), also konkret-individuell
- Außenwirkung: über den behördeninternen Bereich hinaus, damit (+).

VA (+), also ist Anfechtungsklage die statthafte Klageart.

In Klausur: VA-Begriff kurz, nur problematische Punkte ansprechen und definieren. Wenn schon im SV das Wort „Verfügung“ auftaucht, ist dies ein Hinweis, dass ein VA unproblematisch vorliegt.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Vgl. Art. 19 IV GG, Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG (Beschwerdebefugnis bei VB); Sinn: Ausschluss der Popularklage.

Klagebefugnis ist nach der sog. Möglichkeitsth. dann (+), wenn die Verletzung *subjektiv öffentlicher Rechte* möglich, d.h. nicht schlechthin ausgeschlossen ist.

Was sind subj. ÖR: z.B. GR, auch einfachgesetzliche Rechte, z.B. Auskunftsanspruch gem. § 3 UIG Bd.

Bei einem belastenden VA – in welches GR wird jedenfalls eingegriffen? Art. 2 I GG, allg. HF.

D.h.: bei belastenden VA.en ist eine Verletzung von Art. 2 I GG immer möglich:

„Adressatenformel“: Adressat eines belastenden VA.s ist immer klagebefugt.

Hier: Klagebefugnis (+).

IV. Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO

Beachte: In einigen Ländern ist das Vorverfahren mittlerweile vielfach entbehrlich/nicht statthaft, so z.B. § 110 I JustG NRW.

V. Richtiger Klagegegner, (meist) § 78 I Nr. 1 VwGO – Rechtsträgerprinzip (hier: Stadt)

In anderen Ländern (z.B. Brandenburg, früher auch in NRW): § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. Landesnorm: Behörde selbst, d.h. Oberbürgermeisterin.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61 ff. VwGO

K: Beteiligt gem. § 63 Nr. 1 VwGO – natürliche Person,
beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 VwGO,
prozessfähig gem. § 62 I Nr. 1 VwGO.

Stadt: Beteiligt gem. § 63 Nr. 2 VwGO,

- beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 VwGO – juristische Person (falls nach Landesrecht Klagegegner die Behörde ist: § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. Landesrecht),
- prozessfähig gem. § 62 III VwGO.

VII. Klagefrist, § 74 VwGO; Klageform, § 81 f. VwGO (schriftlich)

(+) laut Sachverhalt.

ZE: Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Vgl. § 113 I 1 VwGO: Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt (hier: Untersagungsverfügung) rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist.

Also an sich: Zweiteilige Prüfung:

1. Rewi des VA,
 2. Rechtsverletzung des Klägers.
- Insoweit aber: Wenn VA rewi ist, ist Kläger immer in seinen Rechten verletzt; arg.:
 - Es liegt belastender VA vor, also ein Eingriff in Grundrechte (zumindest in Art. 2 I GG);

sobald der VA rewi ist, fehlt verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs,

d.h. Grundrechtsverletzung (+) und damit Rechtsverletzung i.S.d. § 113 I 1 VwGO (+).

Deshalb im Ergebnis nur Prüfung, ob VA rewi ist.

Prüfung der Remä/Rewi eines VA.s:

Überblick:

- I. EGL
- II. Formelle Remä
- III. Materielle Remä

I. EGL

Warum ist eine EGL nötig, damit ein (belastender) VA remä ist?

Vorbehalt des Gesetzes; folgt aus Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und Grundrechten.

Was heißt Vorbehalt des Gesetzes?

Wir brauchen eine gesetzliche Grundlage, kann insb. sein: Parlamentsgesetz, RVO, Satzung.

Wann gilt der Vorbehalt des Gesetzes/Gesetzesvorbehalt?

- Immer bei Eingriffsverwaltung, u.U. sogar Parlamentsvorbehalt (d.h. Parlamentsgesetz bei wesentlichen Entscheidungen).
- Grds. nicht bei Leistungsverwaltung (so h.L, a.A. Lehre vom Totalvorbehalt);

ausn.weise doch gem. Wesentlichkeitsth., insb. bei GR-Relevanz oder bei sonst wesentlichen Entscheidungen; bei ganz besonders wesentlichen Entscheidungen gilt dann sogar der Parlamentsvorbehalt.

Hier: § 14 I OBG kommt als EGL für die Untersagungsverfügung in Betracht.

Beachte: Die EGL muss ihrerseits remä bzw. verfassungsmäßig sein, damit der VA remä ist: sog. Vorrang des Gesetzes.

Vorbehalt des Gesetzes: Kein Verwaltungshandeln ohne Gesetz,

Vorrang des Gesetzes: (1.) die niederrangige RNorm muss mit der höherrangigen im Einklang stehen, (2.) das Verwaltungshandeln muss im Einklang mit den Gesetzen stehen (d.h.: Kein Verwaltungshandeln gegen das Gesetz).

Exkurs: Normenhierarchie:

Unionsrecht

Anwendungsvorrang des Europarechts

Bundesrecht

- GG

- Formelle Bundesgesetze

- Materielle Bundesgesetze (RVO, Satzungen)

Bundesrecht bricht Landesrecht (Art. 31 GG)

Landesrecht

- LVerf

- Formelle Landesgesetze

- Materielle Landesgesetze (RVO, Satzungen)

Sonderfälle:

Gewohnheitsrecht: lange Übung (consuetudo) und allgemeine Überzeugung (opinio iuris), kann auf allen Ebenen bestehen,

„Richterrecht“, d.h. Konkretisierung der vorhandenen Normen (Auslegung) oder Erweiterung durch Analogie (bis vor kurzem relevant z.B. cic, pVV).

Normalerweise in Klausuren nicht zu erörtern, nur bei entsprechenden SV-Hinweisen:

Hier: „§ 14 I OBG sei zu unbestimmt“ – und deshalb wg. Verstoßes gg. den Bestimmtheitsgrundsatz (Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG) verfassungswidrig.

Problem: „unbestimmte Rechtsbegriff“

Kaum zu vermeiden, da sonst viel zu viele Rechtsnormen nötig. Deshalb sind unbestimmte Rechtsbegriffe dann zulässig, wenn sie *bestimmbar* sind (durch Rspr. und Literatur – hier schon seit 200 Jahren).

Hier kommt folgendes hinzu: öffentliche Ordnung ist selbst Verfassungs begriff (Art. 13 VII, Art. 35 II GG) und wird deshalb kaum verfassungswidrig sein.

§ 14 I OBG ist daher – auch mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz – taugliche EGL für die Untersagungsverfügung.

Nochmals: zumeist nur ein Satz: „Als EGL kommt § 14 I OBG in Betracht.“

2 Ausnahmen:

- In Betracht kommende EGL verstößt evtl. gg. höherrangiges Recht – nur bei ausdrücklichen Sachverhaltshinweisen!
- Es kommen mehrere EGL in Betracht: Dann erst die prüfen, die man schnell verneinen kann, bis nur noch eine übrig bleibt.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

- sachliche Z.: Welche Behörde ist für diesen Sachbereich zuständig? Z.B. Hausabriss: Wasserbehörde, Kreiswehrrersatzamt, Univerwaltung, Baubehörde.
- örtliche Z.: Von welcher der sachlich zuständigen Behörden ist der räumliche Tätigkeitsbereich einschlägig? Haus steht in Potsdam: Ist die Baubehörde aus Leverkusen zuständig?
- instanzielle Z.: Es gibt eine Untere Baubehörde, eine Mittlere Baubehörde (Bezirksregierung) und das Landes-Bauministerium – wer ist zuständig für den Hausabriss?

Geregelt in den einzelnen Gesetzen, z.B. OBG, BauO etc.

Im SV: Zuständigkeit (+),

vgl. §§ 5 I, 3 OBG i.V.m. § 63 GO (BM) für sachliche Zuständigkeit; § 4 I OBG für die örtliche Zuständigkeit.

2. Form

Allg.: § 37 II VwVfG (schriftl., mündl., konkl.), hier lex specialis: § 20 OBG (Schriftform).

Im Fall: Schriftform gewahrt.

3. Verfahren, §§ 9 ff. VwVfG und Spezialgesetze

insb.:

- § 28 I VwVfG: Anhörung,
- § 39 I VwVfG: Begründung,

- § 41 I VwVfG: Bekanntgabe (nötig für Wirksamkeit, vgl. § 43 I VwVfG).

Beachte: Verfahrensvorschriften können

- entbehrlich sein (vgl. § 28 II VwVfG),
- Verfahrensfehler können geheilt werden (durch Nachholung, § 45 VwVfG)
- oder unbeachtlich sein (§ 46 VwVfG).

Im Fall: Anhörung, Begründung und Bekanntgabe (+).

In manchen Klausuren: Anhörung fehlt, ist nicht entbehrlich (vgl. § 28 II VwVfG). Evtl. geheilt gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG – Nachholung der Anhörung?

Rspr. ist sehr großzügig: Durch das Einlegen des Widerspruchs konnte K seine Sicht der Dinge darlegen. Wenn die Behörde den Widerspruch sorgfältig liest, steht er damit genau so, als wäre er nachträglich angehört worden.

Also: Durchführung des Widerspruchsverfahrens heilt Anhörungsmangel (sehr str., aber so in Klausur).

Also Anhörungsmangel geheilt, formelle Remä damit (+).

Falls im Klausursachverhalt unklar bleibt, ob Anhörung stattgefunden hat oder nicht: offen lassen, sollte sie fehlen, wäre dies geheilt.

Das klappt aber nur in den Bundesländern, in denen das Vorverfahren noch nicht abgeschafft worden ist.

Was, wenn Vorverfahren abgeschafft? Hier ist § 45 Abs. 2 VwVfG zu beachten. Die Anhörung kann noch im Prozess nachgeholt werden-

An dieser Stelle eine wichtige Botschaft für Sie: Erst ab jetzt wird es in einer Klausur interessant. Das betrifft auch die Bewertung einer Klausur. Erst ab jetzt können Sie wirklich Punkte sammeln – wichtig für Ihre Zeiteinteilung!

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Überblick:

1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen („wenn“),
2. Rechtsfolge („dann“)

1. Tatbestandliche Voraussetzungen der EGL - § 14 I OBG

Sog. polizeiliche/ordnungsrechtliche Generalklausel, subsidiär zu den sog. Standardmaßnahmen. Es kommen jetzt also einige Zentralbegriffe des Polizeirechts.

a) Betroffensein der öffentlichen Sicherheit?

- Schutz des Staates und seiner Einrichtungen (z.B. Radarfalle) und Veranstaltungen (z.B. Staatsbesuch), hier (-),
- Schutz der objektiven Rechtsordnung (= jede Rechtsnorm),
- Schutz privater Rechte und Rechtsgüter (aber § 1 II PolG [analog]),

Evtl. § 118 I OWiG? Ist aber lt. Bearbeitervermerk nicht zu erörtern.

Hinzu kommt: Ist Bestandteil der öffentlichen Sicherheit, enthält aber selbst den Begriff „öffentliche Ordnung“ und dazu noch weitere Voraussetzungen.

Einfacher ist es daher, sich auf § 14 I OBG – öffentliche Ordnung zu stützen.

b) Betroffensein der öffentlichen Ordnung?

= ungeschriebene Regeln, die nach den herrschenden Auffassungen unerlässlich für ein gedeihliches Zusammenleben sind.

Betrifft ein Nacktauftritt in der Öffentlichkeit das Schutzgut der öffentlichen Ordnung?

Exkurs: Beurteilungsspielraum der Verwaltung?

Die Verwaltung bejaht eine Verletzung der öffentlichen Ordnung – ist diese Wertung hinzunehmen oder nimmt das Gericht eine eigene Wertung vor?

Grds.: Vollständige Überprüfbarkeit der behördlichen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, d.h. die Gerichte überprüfen die behördliche Auslegung, überprüfen damit auch die behördliche Wertung, ob eine Verletzung der öffentlichen Ordnung vorliegt.

Ausnahmen: Beurteilungsspielräume sind – in engen Grenzen – anerkannt bei: Prüfungsentscheidungen, beamtenrechtlichen Beurteilungen, prognostischen Entscheidungen, Entscheidungen unabhängiger und weisungsfreier, pluralistisch zusammengesetzter Ausschüsse. Die jüngere Rspr. des BVerfG zielt eher auf Begrenzung der Beurteilungsspielräume.

Dort dann nur: Überprüfung der Richtigkeit und Tatsachenermittlung, Willkürfreiheit u.ä.

Bei § 14 I OBG gibt es aber keinen Beurteilungsspielraum, also vollständige Überprüfung der behördlichen Auslegung/Wertung.

Hängt ab von den konkreten Umständen des Einzelfalls, insb. von Ort und Situation,

- Nicht betroffen bei FKK-Strand, nicht bei Kleinkindern, evtl. nicht bei Love Parade oder Christopher Street Day.
- Hier: unfreiwillige und unerwartete Konfrontation ohne Ausweichmöglichkeit für Passanten, Verletzung des nicht übertriebenen Schamgefühls,

also ist die öffentliche Ordnung betroffen.

Klausurmethodikhinweise:

- Für ein Ergebnis entscheiden. Dann: erst contra-Arg. darstellen, dann pro-Arg. und damit zum gewünschten Ergebnis gelangen.
- Im Zweifel Tatbestand bejahen, damit die Prüfung auf Rechtsfolgenseite zwanglos fortgesetzt werden kann.
- Falls ein Tatbestandsmerkmal verneint werden muss, aber erkennbar „danach“ noch Probleme im Sachverhalt angedeutet sind: Hilfgutachlich weiterprüfen: „Für den Fall, dass Merkmal „a“ vorliegt, wäre weiter zu erörtern, ob Merkmal „b“ erfüllt ist...“.

c) **Gefahr**

= Sachlage, in der bei ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden für die öS/öO eintreten wird.

Untersagung ist zukunftsorientiert: Sind erneute Nacktauftritte zu erwarten? Ja, also Gefahr (+).

d) Verantwortlichkeit der polizeilich bzw. ordnungsbehördlich in Anspruch genommenen Person, § 17 I OBG

K ist sog. Verhaltenstörer (+).

Der Tatbestand der ordnungsbehördlichen Generalklausel ist erfüllt.

2. Rechtsfolge: „können“, d.h. Ermessen (§ 16 OBG)

Unterscheide „gebundene Verwaltung“ („ist zu“) und „Ermessen“ („kann“).

Das behördliche Ermessen ist nicht völlig frei, vgl. § 40 VwVfG, § 114 VwGO (statt „auch“ besser „nur“), § 16 OBG.

Ermessensgrenzen:

- Ermessensüberschreitung,
Bsp.: Bußgeld von 10 bis 1.000 Euro; Behörde verhängt Bußgeld i.H.v. 1.500 Euro.
- Ermessensnichtgebrauch bzw. -unterschreitung,
d.h. Behörde verkennt, dass sie Ermessen hat;
so oft in Verwaltungspraxis, z.B. auch im Verkehrsbereich,
oder sie hält den Ermessensspielraum für kleiner als er in Wirklichkeit ist.
- Ermessens Fehlgebrauch bzw. –missbrauch,
wenn Behörde falsche Zwecke mit Ermessensausübung verfolgt (Richtigkeit der Zwecke orientiert sich an Sinn und Zweck der EGL);

z.B.: Forstbehörde hat bei der Neubesetzung einer Stelle die Wahl zwischen den Bewerbern A und B; sie wählt den A, weil B sich kürzlich positiv zum Nato-Einsatz in Afghanistan geäußert hat.

- Verhältnismäßigkeit und Grundrechte.

Innerhalb dieser Ermessensgrenzen können mehrere verschiedene Behördenmaßnahmen möglich und jeweils rechtmäßig sein. Die Behörde hat also einen sog. Ermessensspielraum. Dies bedeutet, dass das Gericht nur die Ermessensgrenzen überprüft, nicht aber, ob die behördliche Maßnahme die zweckmäßigste war.

Unterscheide also:

TB-Seite: (Grds.) kein Beurteilungsspielraum,

RF-Seite: häufig Ermessensspielraum.

In Klausuren praktisch nur: Verhältnismäßigkeit (bzw. Grundrechte); z.B.: „Im Rahmen des Ermessens ist insb. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten (vgl. § 15 OBG).“

- a) **Legitimes Ziel (+)**, Schutz der öffentlichen Ordnung, Jugendschutz, Schutz des nicht übertriebenen Schamempfindens,
- b) **Geeignetheit (+)**, wenn nicht schlechterdings untauglich, den gewünschten Zweck zumindest zu fördern – dabei Einschätzungsprärogative der Behörde beachten,
- c) **Erforderlichkeit (+)**, wenn es keine mildereren Mittel gibt, die gleichermaßen geeignet sind,
- d) **Angemessenheit**
dabei insb. auch Berücksichtigung von GR-Positionen.

aa) Vorteil für die Allgemeinheit

Wahrung des Schamgefühls etc.

bb) Nachteil für K

Evtl. Verletzung der Kunstfreiheit gem. Art. 5 III 1 GG – ist Schutzbereich erfüllt?

Drei Kunstbegriffe:

- Formeller Kunstbegriff: Ist das Werk einem bestimmten Werktyp zuzuordnen? Z.B.: Malerei, Bildhauerei, Dichtung etc.

Hier: wohl (-),

Kritik am formellen Kunstbegriff: Zu eng, da nicht entwicklungssoffen.

- Materieller Kunstbegriff: Kunst sei die freie, schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.

Hier: Verarbeitung von Erfahrungen? Freie schöpferische Gestaltung?

OVG NW, DÖV 1996, 1052 f.: Dem bloßen Nacktsein ist keinerlei schöpferische Ausstrahlungskraft zu eigen; es ist nur eine banale Zurschaustellung des eigenen Körpers. Daran ändert auch das einzelne Kleidungsstück nichts.

M.E.: Man kann ruhig großzügiger sein.

- Offener Kunstbegriff: Lässt das Werk vielfältige Interpretationen zu? Wohl ja.
- Indizien: Selbsteinschätzung, (Dritt-)Anerkennung durch Kunstexperten.

M.E.: Eher Kunst (+), a.A. *OVG NW*.

Was schützt die Kunstfreiheit? Werk- und Wirkungsbereich; hier betroffen: Wirkungsbereich; damit sachlicher – und auch persönlicher – Schutzbereich (+).

- Wenn man Kunstfreiheit verneint: Es bleiben kaum schützenswerte Interessen für K übrig (allenfalls allg. Handlungsfreiheit), sodass die Interessen der Allgemeinheit wohl überwiegen.
- Wenn man Kunstfreiheit bejaht: schützenswerter Belang des K.

cc) Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den Interessen des K

Kann man sagen, dass die Kunstfreiheit immer überwiegt?

Dafür könnte sprechen, dass die Kunstfreiheit ohne ausdrücklichen Schrankenvorbehalt gewährleistet ist.

Aber: Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts, nämlich GR Dritter und andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang; hier:

- GR Dritter: evtl. Persönlichkeitsrecht Dritter (Art. 2 I GG), Elternrechte (Art. 6 II GG),
- RG mit Verfassungsrang: evtl. Jugendschutz (Art. 5 II GG), öffentliche Ordnung (Art. 13 VII, 35 II GG).

ZE: Es kommt also auf eine konkrete Abwägung an:

Wohl eher: Zwar schützt Kunst Werk- und Wirkungsbereich, aber hier wird die Wirkung aufgedrängt, daher dürfte die öffentliche Ordnung wohl vorgehen.

Der Eingriff in die Kunstfreiheit ist dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Angemessenheit damit auch (+),

Verhältnismäßigkeit gewahrt, auch keine Verletzung der Kunstfreiheit, damit

keine Ermessensfehler.

Der VA ist auch materiell remä, damit ist die Anfechtungsklage zwar zulässig, aber unbegründet. Keine Aussicht auf Erfolg.