

Abschlussklausur Verwaltungsrecht II (VwGO) SoSe 2018, Dr. Korte

Lösungsskizze:

Vorbemerkung:

Die Aufgabenstellung ist der Entscheidung des OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 15. Juli 2015 - 3 L 9/12 -, juris, nachgebildet. Hierzu ist nachgehend die Entscheidung des BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2017 - 6 C 46.16 -, juris, ergangen. Sie spricht das in der VwGO geregelte Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 VwGO sowie die allgemeine Feststellungsklage an. Letztere ist anhand des Merkmals des Verwaltungsaktes von der Fortsetzungsfeststellungsklage abzugrenzen. Dabei ist zu erkennen, dass drei hoheitliche Maßnahmen zur Beurteilung anstehen:

- Überflug
- Anfertigen der Bilder
- Auswertung der Bilder.

Nach der Aufgabenstellung ist nur die Zulässigkeit des jeweiligen Rechtsbehelfs zu beurteilen. Der Schwerpunkt der Bearbeitung liegt im Prozessrecht. Materiellrechtlich steht das Grundrecht der Versammlungsfreiheit im Vordergrund.

Der Bearbeiter muss erkennen, dass zwei unterschiedliche Begehren der E im Streit stehen – Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes vom 16. März 2018 und Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Überflugs sowie der Anfertigung und Auswertung der Bilder vom 11. Juli 2018. Es ist möglich, die Frage der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für beide Begehren zusammen zu prüfen. Hier erfolgt allerdings eine getrennte Prüfung.

1. Teil: Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Anmerkung: Dieser Aspekt kann auch als Zulässigkeitsvoraussetzung geprüft werden.

I. Aufdrängende Sonderzuweisung

Aufdrängende Sonderzuweisungen liegen nicht vor.

II. Generalklausel des 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges richtet sich daher nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Streitentscheidend für den Antrag der E auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes dürfte der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch sein. Denn die E möchte erreichen, dass die für den folgenden Tag geplanten Polizeikontrollen unterlassen werden. Die dogmatische Herleitung des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs ist umstritten (zivilrechtliche Gesamtanalogie zu §§ 12, 862 Abs. 1 Satz 2, 906, 1004 BGB; Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG; Grundrechte als Abwehrrechte, dem sog. status negativus). Jedenfalls ist er gewohnheitsrechtlich anerkannt. Einigkeit besteht auch bzgl. seiner Voraussetzungen. Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch setzt einen rechtswidrigen hoheitlichen Eingriff in eine subjektiv-öffentliche Rechtsposition sowie das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr bzw. einer „Erstbegehungsgefahr“ voraus. Da sich der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch zwingend gegen einen Hoheitsträger gerade in dieser Eigenschaft richtet, handelt es sich dabei nach der modifizierten Subjektstheorie um eine öffentlich-rechtliche Norm und damit vorliegend um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Abgestellt werden kann auch auf den Sachzusammenhang zur Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe – polizeiliche Gefahrenabwehr.

2. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Bei den Beteiligten handelt es sich nicht um Staatsverfassungsorgane. Sie streiten auch nicht unmittelbar über spezifisches Verfassungsrecht. Die Streitigkeit ist daher nichtverfassungsrechtlicher Art (keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).

III. Abdrängende Sonderzuweisungen

Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht gegeben.

IV. Fazit

Der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

B) Zulässigkeit des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes mit dem Begehren, der Polizeipräsidentin die Durchführung der für den 17. März 2017 angekündigten Kontrollen zu untersagen.

I. Ordnungsgemäße Klage- bzw. Antragserhebung

Dies bestimmt sich nach den §§ 81, 82 VwGO. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ist von einer ordnungsgemäßen Klage- bzw. Antragserhebung auszugehen.

II. Zuständigkeit des Gerichts

Die Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist nach dem Sachverhalt gegeben.

III. Statthafte Klage- bzw. Antragsart

Die statthafte Klage- bzw. Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Klägers/Antragstellers (vgl. §§ 88, 122 VwGO).

E begehrt die sofortige Untersagung der beabsichtigten polizeilichen Kontrollen, die bereits am folgenden Tag durchgeführt werden sollen. Ein solches Begehren kann nur im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes effektiv verfolgt werden. Eine Entscheidung in der Hauptsache käme zu spät.

Ausgehend von der Abgrenzungsnorm des § 123 Abs. 5 VwGO muss der Bearbeiter zu der Erkenntnis gelangen, dass die E in der Hauptsache jedenfalls keine Anfechtungsklage erheben könnte, um ihrem Begehren zum Erfolg zu verhelfen. Ein Verwaltungsakt, der angefochten werden könnte, ist bislang nicht ergangen. Überdies dürften die beabsichtigten Kontrollen mangels Regelungsgehalts keinen VA darstellen, sondern vielmehr Realakte. Ein Fall des § 80/§ 80a VwGO liegt daher nicht vor. In Betracht kämen in der Hauptsache daher allenfalls eine vorbeugende Unterlassungs- oder eine vorbeugende Feststellungsklage.

Vorläufiger Rechtsschutz ist von daher im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO zu verfolgen. In Betracht kommt nur eine sog. Sicherungsanordnung im Sinne des § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO, denn die E begehrt die Sicherung des gegenwärtigen Zustandes – des status quo.

IV. Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO

Die h.L. fordert auch für den Erlass einer einstweiligen Anordnung das Bestehen einer Antragsbefugnis in entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO. Im konkreten Fall muss somit die Möglichkeit eines Anspruchs auf Unterlassung der beabsichtigten polizeilichen Kontrollmaßnahme bestehen.

Ein solcher Anspruch kann sich vorliegend aus dem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch ergeben. Dieser setzt das Vorliegen eines rechtswidrigen hoheitlichen Eingriffs in ein subjektiv-öffentliches Recht und regelmäßig auch eine Wiederholungsgefahr voraus. Sofern es um vorbeugenden Rechtsschutz geht, ist es jedoch ausreichend, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Erstbegehungsgefahr gegeben sind.

Als betroffene subjektiv-öffentliche Rechte kommen die Grundrechte der E auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) in Betracht. Voraussetzung wäre, dass der Schutzbereich der angeführten Grundrechte durch die beabsichtigten Kontrollen überhaupt betroffen wäre bzw. ein Eingriff in den Schutzbereich zumindest nicht von vornherein ausscheidet.

Fraglich ist, ob der Schutzbereich des Art. 8 GG eröffnet ist, denn die E wird nicht direkt an der Demonstrationsteilnahme gehindert, ihr wird lediglich die Anreise erheblich erschwert. Art. 8 GG entfaltet jedoch auch einen sog. Vorfeldschutz. Dieser umfasst zwar nicht das Fernhalten von jeglichen polizeilichen Maßnahmen, gewährleistet ist jedoch die Anreise oder der Anmarsch zu einer bevorstehenden Versammlung. Anderenfalls liefe die Versammlungsfreiheit Gefahr, durch staatliche Maßnahmen im Vorfeld der Grundrechtsausübung ausgehöhlt zu werden. Bei polizeilichen Maßnahmen im Vorfeld von Demonstrationen ist deshalb das

Grundrecht auf Versammlungsfreiheit zu berücksichtigen. So dürfen z.B. polizeiliche Personenkontrollen auf den friedlichen, potentiellen Demonstrationsteilnehmer nicht derart abschreckend wirken, dass er von seinem Vorhaben, von seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit Gebrauch zu machen, deshalb Abstand nimmt. Diesen Vorfeldschutz dürften die Kontrollen nach der von der Polizeipräsidentin veröffentlichten Konzeption tangieren.

Mit entsprechender Argumentation kann auch eine Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG angenommen werden.

Anmerkung: Verfassungsrechtliche Grundkenntnisse zu den angeführten Grundrechten werden beim Bearbeiter vorausgesetzt.

V. Richtiger Antragsgegner

Antragsgegner ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Rechtsträger, dessen Behörde die vom Unterlassungsbegehren erfassten hoheitlichen Maßnahmen durchführen will. Das ist hier das Land NRW (vgl. § 1 POG NRW).

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

E ist als natürliche bzw. nach bürgerlichem Recht geschäftsfähige Person nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligungs- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land ist nach § 61 Nr. 1 VwGO (juristische Person des öffentlichen Rechts) beteiligungsfähig und muss im Prozess gem. § 62 Abs. 3 VwGO vertreten werden.

VII. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist, ob das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis im Falle eines Antrags nach § 123 Abs. 1 VwGO voraussetzt, dass vor oder zeitgleich mit der Antragstellung ein Hauptsacheverfahren anhängig gemacht wurde. Dies ist mit Blick auf den klaren Wortlaut des § 123 Abs. 1 VwGO und auf Art. 19 Abs. 4 GG zu verneinen. Es steht der Zulässigkeit des Antrages mithin nicht entgegen, dass die E am 16. März 2018 nicht zugleich auch Klage erhoben hat.

Anmerkung: Dieser Aspekt muss von den Bearbeitern nicht zwingend angesprochen werden.

Vorliegend begehrt die E vorbeugenden Rechtsschutz. Insoweit bedarf es eines qualifizierten Rechtsschutzinteresses. Dies setzt voraus, dass es der E nicht zuzumuten ist, nachträglichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Dies ist hier der Fall, da die E aufgrund der geplanten Kontrollen Gefahr läuft, an der Versammlung nicht teilnehmen zu können. Dieser Gefahr kann durch gerichtlichen Rechtsschutz, der erst während oder nach Durchführung der Kontrollen beantragt wird, nicht effektiv begegnet werden.

VIII. Keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache

Anmerkung: Dieser Gesichtspunkt kann auch im Rahmen der Begründetheit eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung geprüft werden. Von daher ist es nicht zwingend, dass er in der hier geforderten Zulässigkeitsprüfung angesprochen wird.

Die einstweilige Anordnung dient in all ihren Ausprägungen lediglich der Sicherung, nicht aber der endgültigen Befriedigung von Rechten. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung darf von daher im Grundsatz nicht zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen. Hier bekäme die E im Falle des Erfolgs ihres Antrags genau das, was sie auch in einem Hauptsacheverfahren erhalten könnte – die Verpflichtung des Landes, die beabsichtigten Kontrollmaßnahmen zu unterlassen. Es läge von daher eine grundsätzlich unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vor. Ausnahmen gestattet der Grundsatz, wenn den Antragsteller ohne den Erlass der einstweiligen Anordnung unzumutbare Nachteile träfen. Das dürfte hier der Fall sein, da die E aufgrund der geplanten Kontrollen Gefahr läuft, an der Versammlung nicht teilnehmen zu können. Eine Entscheidung in der Hauptsache käme nicht rechtzeitig, um der E die Teilnahme an der Demonstration zu sichern. Mit entsprechender Argumentation ist eine gegenteilige Auffassung vertretbar.

IX. Fazit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO ist zulässig.

2. Teil: Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der polizeilichen Maßnahmen (Überflug, Anfertigung der Bilder, Auswertung der Bilder)

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

I. Aufdrängende Sonderzuweisung

Aufdrängende Sonderzuweisungen liegen nicht vor.

II. Generalklausel des 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges richtet sich daher nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Der Bearbeiter kann nach der Vorgabe in den Bearbeitungshinweisen darauf abstellen, dass streitentscheidende Norm allenfalls die polizeiliche Generalklausel sein kann - § 8 Abs. 1 PolG NRW.

Zwar erscheint fraglich, ob hier eine konkrete Gefahr i.S.d. § 8 Abs. 1 PolG NRW vorlag. Allerdings können auch sog. Gefahrerforschungsmaßnahmen auf die polizeirechtliche Generalklausel gestützt werden. Dem stehen die Vorschriften des Versammlungsgesetzes nicht entgegen, da dieses Gesetz insbesondere für polizeiliche Befugnisse im Vorfeld von Versammlungen keine abschließenden Regelungen für die Abwehr aller möglicherweise auftretenden Gefahren enthält. Die in § 8 PolG NRW enthaltene allgemeine Befugnis zur Gefahrenabwehr umfasst auch Eingriffsmaßnahmen zur Klärung einer Gefahrensituation, wenn die Polizei aufgrund objektiver Umstände das Vorliegen einer Gefahr zwar für möglich, aber nicht für sicher hält (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2017 - 6 C 46.16 -, juris, Rn. 16). Vorliegend ist zweifelhaft, ob derartige objektive Umstände hier gegeben waren. Die Polizeipräsidentin beruft sich insoweit auf polizeiliche Erfahrungen bei vergleichbaren Großveranstaltungen. Dies bedarf an dieser Stelle allerdings keiner abschließenden Klärung. Entscheidend ist vielmehr, dass § 8 Abs. 1 PolG NRW als Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständlichen Gefahrerforschungsmaßnahmen grds. in Betracht kommt und daher hier streitentscheidende Norm ist.

§ 8 Abs. 1 PolG NRW enthält eine einseitige Berechtigung bzw. Verpflichtung eines Hoheitsträgers gerade in dieser Eigenschaft und ist daher nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Norm.

Abgestellt werden kann auch auf den Sachzusammenhang zur Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe – polizeiliche Gefahrenabwehr/Gefahrerforschung.

2. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Bei den Beteiligten handelt es sich nicht um Staatsverfassungsorgane. Sie streiten auch nicht unmittelbar über spezifisches Verfassungsrecht. Die Streitigkeit ist daher nichtverfassungsrechtlicher Art (keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).

III. Abdrängende Sonderzuweisungen

Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht gegeben.

IV. Fazit

Der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

B) Zulässigkeit der Klage

I. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Siehe oben.

II. Zuständigkeit des Gerichts

Siehe oben.

III. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers (vgl. § 88 VwGO).

E begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Maßnahmen (Überflug, Anfertigen der Bilder, Auswertung der Bilder). Statthafte Klageart könnte daher die Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO sein.

Mit der Feststellungsklage kann die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden. Dabei darf Ziel des Begehrens nicht bloß die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage sein, vielmehr muss ein Sachverhalt vorliegen, der ein subjektives Recht des Klägers begründen kann. Das feststellungsfähige Rechtsverhältnis muss hinreichend konkret sein. Der Kläger muss an ihm unmittelbar beteiligt sein.

Unter einem konkreten Rechtsverhältnis sind die rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben.

Gegenstand der Feststellungsklage kann auch ein vergangenes Rechtsverhältnis sein. Die Beteiligten müssen über die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten, überschaubaren, gerade auch den jeweiligen Kläger betreffenden Sachverhalt streiten und dürfen den Verwaltungsgerichten nicht lediglich abstrakte Rechtsfragen, die sich auf der Grundlage eines nur erdachten oder als möglich vorgestellten Sachverhalts stellen, zur Klärung vorlegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2017 - 6 C 46.16 -, juris, Rn. 12).

Vorliegend dürfte ein konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis in diesem Sinne vorliegen. Nach dem Sachverhalt hat ein Polizeihubschrauber das Camp am 14. März 2018 überfliegen und Übersichtsaufnahmen gemacht. Diese Bilder wurden anschließend ausgewertet. Die E befand sich während des Überflugs und der Anfertigung der Bilder in dem Camp. Zwischen der E und dem Polizeipräsidium ist streitig, ob dieses zur Durchführung der genannten Maßnahmen auf der Grundlage von § 8 Abs. 1 PolG NRW berechtigt war. Im Hinblick auf die möglicherweise berührten Grundrechte aus Art. 8 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist dieser Sachverhalt geeignet, im Sinne eines nach § 43 Abs. 1 VwGO feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses rechtliche Beziehungen zwischen der Behörde, der die beschriebenen Handlungen zuzurechnen sind, und denjenigen Personen zu begründen, die sich – wie die E – zum Zeitpunkt des Überflugs und der hierbei gefertigten Aufnahmen in dem Camp aufgehalten haben.

Anmerkung: Als evtl. statthafte Klageart könnte der Bearbeiter auch die Fortsetzungsfeststellungsklage ansprechen. Dies erfolgt hier unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität.

IV. Feststellungsinteresse

Die E müsste ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung haben, vgl. § 43 Abs. 1 VwGO. Grundsätzlich reicht insoweit jedes rechtliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse aus. Problematisch könnte hier sein, dass das Rechtsverhältnis in der Vergangenheit liegt – selbst die angefertigten und ausgewerteten Bilder sind längst vernichtet. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung ist aber auch bei Rechtsverhältnissen, die „nur“ in der Vergangenheit liegen, dann zu bejahen, wenn es sich um typischerweise kurzfristig erledigende hoheitliche Maßnahmen handelt. Insoweit bedarf es für das Feststellungsinteresse nicht der fortdauernden Rechtsbeeinträchtigung oder einer Wiederholungsgefahr. Es reicht aus, dass ohne die Möglichkeit einer Feststellungsklage effektiver Rechtsschutz nicht mehr möglich wäre (BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 22.12 -).

Auch eine Wiederholungsgefahr dürfte mit entsprechender Begründung allerdings anzunehmen sein.

V. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG ist auch für die Feststellungsklage eine Klagebefugnis in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO erforderlich. In Betracht kommen für die E die Grundrechte auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG). Nach der sog. Möglichkeitstheorie muss die Möglichkeit der Verletzung dieser Grundrechte durch die hoheitlichen Maßnahmen bestehen.

Fraglich ist auch hier, ob der Schutzbereich der angeführten Grundrechte überhaupt eröffnet ist bzw. im Falle der Bejahung ein Eingriff in den Schutzbereich von vornherein ausscheidet.

Was den Umfang des durch Art. 8 GG garantierten Vorfeldschutzes angeht, wird auf obige Ausführungen verwiesen. Der Bearbeiter wird zu klären haben, ob auch der Aufenthalt im Camp von diesem umfasst ist. Dies dürfte jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn man mit Blick auf die Vielzahl der Teilnehmer und der Sicherheitsvorkehrungen der Polizei (Kontrollen, Absperrungen etc.) davon ausgeht, dass eine Teilnahme an den Versammlungen ohne die Unterkunftsmöglichkeit in dem Camp nicht zu realisieren war (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2017 - 6 C 46.16 -, juris, Leitsatz 2, Rn. 27).

Fraglich ist – im Falle der Bejahung der Schutzbereichseröffnung –, ob überhaupt ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts vorliegen kann. Ein finaler Eingriff in die Versammlungsfreiheit liegt offensichtlich nicht vor. Die Klägerin wendet sich nicht gegen ein erforderlichenfalls zwangsweise durchsetzbares, staatliches Ge- oder Verbot mit dem Ziel, die Versammlungsteilnahme zu verhindern, zu beschränken oder zu erschweren. Allerdings könnte ein faktischer Eingriff in die Versammlungsfreiheit vorliegen. Ein solcher ist jedenfalls dann gegeben, wenn das staatliche Handeln einschüchternd oder abschreckend wirkt bzw. geeignet ist, die freie Willensbildung und die Entschließungsfreiheit derjenigen Personen zu beeinflussen, die an Versammlungen teilnehmen wollen. Dies kann nur aufgrund einer Würdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls anhand eines objektiven Beurteilungsmaßstabs festgestellt werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2017 - 6 C 46.16 -, juris, Rn. 31). Insoweit kommt es nicht darauf an, dass sich die E selbst von den hoheitlichen Maßnahmen letztlich nicht hat abschrecken lassen. Vielmehr ist auf die Empfindung eines „verständigen Dritten“ abzustellen.

Hier ist es mit entsprechender Argumentation sowohl möglich, einen faktischen Eingriff in die Versammlungsfreiheit zu bejahen, als auch einen solchen abzulehnen.

Gegen das Vorliegen eines faktischen Eingriffs könnte wie folgt argumentiert werden:

Der Überflug dürfte nicht die für den Grundrechtseingriff erforderliche Abschreckungswirkung gehabt haben. Zeitlich dauerte der Überflug nur wenige Sekunden an. Ein mit der Lärmverursachung evtl. einhergehender Schreck dürfte kaum geeignet gewesen sein, potentielle Demonstrationsteilnehmer von der

späteren Teilnahme an der Demonstration abzuhalten, zumal für den verständigen Dritten auch nicht ohne Weiteres erkennbar war, dass es sich bei dem Überflug um eine polizeiliche Maßnahme handelte (Bundeswehranstrich).

Entsprechendes dürfte hinsichtlich des Anfertigens der Bilder gelten. Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass sich ein Demonstrationswilliger durch Aufklärungsmaßnahmen mittels Lichtbildaufnahmen von der Teilnahme an bevorstehenden Demonstrationen abhalten lässt (vgl. BVerfG, B. v. 17.02.2009 - 1 BvR 2492/08 -). Im konkreten Fall fand jedoch keine Videoüberwachung der eigentlichen Versammlung, sondern nur die Anfertigung weniger Bilder statt. Es handelt sich mithin nur um eine Momentaufnahme, deren Erkenntnisgewinn nur gering ist.

Weil die E nach dem Sachverhalt auf den gefertigten Bildern selbst nicht erkennbar ist, dürfte auch die Auswertung der Bilder die E nicht in ihrem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit verletzen.

Mit folgenden Argumenten könnte ein faktischer Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Abschreckungswirkung) bejaht werden:

- enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang der Maßnahmen mit den Versammlungen
- extreme Lärmentfaltung des Überflugs
- plötzliches Erscheinen des Hubschraubers
- geringe Flughöhe
- bedrohlicher Anblick eines wegen seiner Lackierung in Tarnfarben als „Kriegsgerät“ erscheinenden Hubschraubers
- Kameraaufnahmen führen zu einem Gefühl staatlicher Beobachtung
- aus Sicht der potentiellen Veranstaltungsteilnehmer ist nicht erkennbar, wie hochauflösend die aufgenommenen Bilder sind
- angespannte Atmosphäre wegen der Sicherheitslage lassen den Schluss der Teilnehmer zu, dass wenn schon (vermeintliche) Bundeswehrmittel eingesetzt werden, auch weitere gravierende staatliche Maßnahmen gegen die Versammlungsteilnehmer ergriffen werden könnten.

Aus den vorstehenden Gründen kann auch ein Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit – Art. 5 Abs. 1 GG – bejaht bzw. verneint werden. Zum Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit vgl. BVerfG, Urteil vom 22.02.2011 - 1 BvR 699/06 -, juris.

Das Grundrecht der E auf informationelle Selbstbestimmung – Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – wäre nur betroffen, wenn die E auf einem der gefertigten Lichtbilder erkennbar wäre. Ein sog. relativer Personenbezug in Form einer theoretischen Personenbeziehbarkeit von Daten reicht für einen Grundrechtseingriff nicht aus.

Anmerkung: Mit entsprechender Argumentation ist ein gegenteiliges Ergebnis vertretbar. Wegen der Bearbeiterhinweise wird eine gewisse „Bearbeitungsintensität“ mit Blick auf das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Schutzbereich/Eingriff) erwartet.

VI. Subsidiarität, § 43 Abs. 2 VwGO

Nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können.

Zu denken wäre insoweit an eine Anfechtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage (§§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO) – zur Problematik der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber einer Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 23. Aufl., § 43, Rn. 26 f. Voraussetzung wäre aber, dass es sich bei dem Überflug, dem Anfertigen der Bilder und der Auswertung der Bilder jeweils um Verwaltungsakte im Sinne des § 35 VwVfG NRW handelte. Dies ist eindeutig nicht der Fall (kein Regelungsgehalt). Von daher scheidet eine vorrangige Anfechtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage aus.

VII. Durchführung eines Vorverfahrens im Sinne des § 68 VwGO

Der Durchführung eines Vorverfahrens im Sinne des § 68 VwGO bedarf es bei der allgemeinen Feststellungsklage nicht.

VIII. Klagefrist

Die Feststellungsklage ist nicht an die Einhaltung bestimmter Fristen gebunden.

Dass die E ihr Klagerecht verwirkt haben könnte, ist nicht zu ersehen.

IX. Klagegegner

Siehe oben.

X. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Siehe oben.

XI. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Es ist nicht erkennbar, dass die E ihr Begehren auf eine einfachere, ebenso effektive Art würde erreichen können.

XII. Fazit

Die Feststellungsklage ist – je nach Argumentation im Rahmen der Klagebefugnis – entweder zulässig oder unzulässig. Beide Ergebnisse sind vertretbar.