

# Recht

## Inhalt:

### Aufsatz

94

#### Informationstätigkeit von hoher Hand, eine merkwürdige Kooperation und rechtsstaatliche Verwaltung

Zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.12.2005 – BVerwG 7 C 20/04 –.

Prof. Dr. Helmut Goerlich

### Entscheidung

101

Grundrechtseingriff durch verdeckte Kooperation zwischen Staat und Bürger – BVerwG, Urteil vom 15.12.2005 – 7 C 20/04 –

#### Fußnoten:

1

Das endete öfter vor Gericht; vgl. etwa OVG Hamburg, Beschl. v. 27.02.1985 - Bs II 12/85 - Glaubenswerbung im Straßenraum; OVG Hamburg, Urte. v. 06.07.1993 - Bf VI 12/91, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, S. 192 f. zur Gewerbeanzeigepflicht; u. zur Vorinstanz H. Goerlich, Glaubenswerbung, Kommerz und Karitas, in: a. a. O. 1991 S. 751 ff.; OLG Hamburg, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) – Rechtsprechungs-Report 1993, S. 1056 f. - Unterlassungsanspruch wegen Vorwurfs des „Grundstücksdeals“; OVG Hamburg, NVwZ 1995, 498 ff. – Warnung seitens des Staates -; VG Hamburg, Entscheidungen in Kirchensachen 33 (1998) S. 173 ff. – Verteilung von Handzetteln und Druckerzeugnissen im Straßenraum -; OVG Hamburg, Beschl. v. 15.06.1998 – Äußerung des Senats der Hansestadt in einer Bürgerchaftsdrucksache; zu gewerbe- bzw. arbeitsrechtlichen Fragen und Scientology, BVerwG, Beschl. v. 16.02.1995 - 1 B 205.93 – und BAG, Juristenzeitung (JZ) 1995, S. 955 ff., m.

Anm. v. H. Goerlich; Fälle, die ebenfalls aus Hamburg kamen, wobei das BVerwG das o. g. Urteil des OVG Hamburg v. 06.07.1993 bestätigte.

2

Als Übersicht zum Schutzbereich siehe etwa R. Tillmanns, Die Religionsfreiheit (Art. 4 I, II GG), Juristische Ausbildung 2004, S. 619 ff. (621)

3

Vgl. H. Goerlich, Marktinformationen des Staates und ihre Grenzen kraft einschlägiger Grundrechte, in: tv diskurs, Ausgabe 26 (Oktober 2003), S. 92 ff.; inzwischen darüber hinaus insbes. Ch. Bumke, Publikumsinformation, Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates, Die Verwaltung 37/2004, 3 ff.

4

Vgl. die Beiträge in Fachzeitschriften etwa von D. Murswiek, J. Lege, P. M. Huber, R. Ruge, Ch. Ohler u. a., die bei H. Goerlich, in: tv diskurs, Ausgabe 26 (Oktober 2003), S. 96 in Anm. 1 genannt sind und ihrerseits auf die ältere Literatur verweisen; inzwischen etwa auch W. Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 158 ff.; nach dem Urteil v. 15.12.2005 M. Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, insbes. S. 449 ff. zu Warnungen; bes. krit. u. zuerst zu BVerwGE 82, 76 ff. Gusy, JZ 1989, S. 1003 ff.

5

Vgl. BVerfGE 105, 252 ff. - Marktbezogene Informationsstätigkeit der Bundesregierung

## Aufsatz

### Informationstätigkeit von hoher Hand, eine merkwürdige Kooperation und rechtsstaatliche Verwaltung

Zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.12.2005 – BVerwG 7 C 20/04 –.

Abgedruckt S. 101 ff.

Das Land Hamburg ficht seit Jahren diverse Sträuße mit der dort nicht nur weltanschaulich besonders aktiven, sondern oft auch wirtschaftlich nicht ganz unbedeutenden Sekte Scientology e.V. aus.<sup>1</sup> Dabei spielt in der Hansestadt wohl auch die Aktivität einer engagierten Sektenbeauftragten des politischen Senats eine Rolle. Es liegt nahe, dass in dieser Lage unter der Hand Minderheitenrechte, wie sie die religionsrechtlichen Garantien des Verfassungs- und des Völkerrechts oft sind, auf der Strecke bleiben können. Denn auch die Grundrechte des Grundgesetzes dienen guten Teils diesem Schutz: Sie gewähren nicht nur ein Minimum an Toleranz, sondern mehr, nämlich Rechte, und zwar gerade denjenigen, die nicht etabliert sind. Über eine neue Variante hanseatischer Findigkeit hatte das Bundesverwaltungsgericht zu entscheiden. Diesmal war die Strategie der Hansestadt darauf angelegt, distanziert und kühl, aber wirksam und indirekt zu steuern. Man wollte offenbar keine Hexenjagd auf religiös-weltanschauliche Minderheiten, aber doch eine gut verschleierte und effektive Korrektur der Marktpräsenz dieses sektiererischen Hintergrunds. Daher ging man wie folgt vor: Geschäftsleute erhielten von der Verwaltung der Stadt Formulare einer sogenannten Schutzklärung mit der Empfehlung, sie jeweils ihren Geschäftspartnern zum Ausfüllen zu reichen. Zwischen diesen Partnern ließ sich dadurch ohne sichtbares Mitwirken der Stadt klären, ob die andere Seite Methoden der genannten Sekte anwendet oder ihr angehört. Die Geschäftspartner fühlten sich in dieser Situation zwischen Skylla und Charybdis zur Offenlegung genötigt, um mit dieser Option die Geschäftsbeziehung zu erhalten. Einige erhoben schließlich gegen die Hansestadt Unterlassungsklage und hatten vor deren Gerichten in unterschiedlichem Maße Erfolg. Das Verwaltungsgericht wies die Klagen ab, das Oberverwaltungsgericht gab der ver-

bliebenen Klage nur teilweise statt. Offensichtlich war hier schon nicht ganz einfach, die Stadt als Urheberin der Formulare zu sehen. Dabei konnten sich schon Fragen der Zulässigkeit der Klagen stellen, war doch nur ein Geschäftspartner mit dem Formular der Schutzzerklärung nach außen aufgetreten. Hamburg war also gar nicht in Erscheinung getreten. Gegen den Geschäftspartner hätte man rasch und wirksam vor den Zivilgerichten vorgehen können, das Verhalten der Verwaltung wäre damit allerdings allenfalls in einem *obiter dictum*, d. h. einer beiläufigen Bemerkung in den Gründen einer Entscheidung des Zivilgerichts gewürdigt.

Gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts wandte sich die Hansestadt mit der Revision und unterlag nun vor dem Bundesverwaltungsgericht im Umfang der angegriffenen Verurteilung. Die Stadt darf die Formulare für die Schutzzerklärung nun nicht mehr ausgeben. Denkbar wäre an sich auch, dass die zur Offenlegung ihrer Geschäftspraktiken genötigten Unternehmen einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Dann müsste nicht nur ein Schaden, sondern auch ursächliches, schuldhaftes und rechtswidriges Handeln der öffentlichen Gewalt vorliegen. Darauf ist hier zunächst nur hinzuweisen. Das Bundesgericht kam zu diesem Ergebnis allein wegen eines einfachen, aber grundlegenden rechtsstaatlichen Defizits des Verwaltungshandelns. Es äußert sich nicht dazu, ob die hohe Hand oder ihre Helfer derlei Auskünfte überhaupt erbitten können. Dürften sie dies, so müsste man die Entscheidung als normbereichsvergessen ansehen, sollte etwa ein Grundrecht in einer seiner Ausprägungen solche Auskunftsbeglehen untersagen. Dies ist nämlich der Fall, wie eine spätere Prüfung zeigen wird.

1. Für die hamburgischen Gerichte hatte sich seit geraumer Zeit die Frage gestellt, in welchem Umfang und für welches Verhalten Scientology e.V. und seine Mitglieder die religiösen oder die weltanschaulichen Freiheiten des Art. 4 Abs. 1 Grundgesetz (GG) beanspruchen können. Als Weltanschauung ließen sich die Lehren dieser Vereinigung verstehen, wiewohl auch insoweit Zweifel nicht ganz fern liegen. Erst allmählich wurde deutlich, dass die Verhaltensweisen u. U. aufzuspalten sind. Denn einerseits kann eine Ak-

tivität zwar weltanschaulich geprägt, aber andererseits dennoch weltlich orientiert sein. Dies galt besonders für geschäftliche Aktivitäten. Deshalb spalten die Gerichte den religionsrechtlichen Schutz auf, wobei – wie beabsichtigt – der weltanschauliche Schutz die geschäftlichen Aktivitäten nicht umfasst. Das galt insbesondere für die Anmeldung eines Gewerbes – mit Folgen auch für die steuerliche Handhabung. Vor diesem Hintergrund bot der entschiedene Fall Gelegenheit zu klären, ob der Schutz des Art. 4 Abs. 1 GG nicht doch einheitlich zu gewähren ist. Denn mit der Aufforderung zu einer Schutzzerklärung geht hier eine faktische Offenbarungspflicht für Geschäftspartner und ihr Personal einher, die nicht nur religiös, sondern auch weltanschaulich fragwürdig erscheint. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich vor diesem Hintergrund eingehend damit befasst, ob die Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit im vor ihm befindlichen Falle greift. Das Ergebnis, dass Art. 4 Abs. 1 GG einschlägig ist, überzeugt.<sup>2</sup> Denn der sogenannten „Technologie“ von L. Ron Hubbard, die Scientology vertritt und nach der im Formular gefragt wurde, bedienen sich nahezu ausschließlich die Mitglieder dieser Vereinigung. Daher erstreckt sich der Schutz des Grundrechts auf diese Praktiken, deren Einsatz zugleich ein Bekenntnis zu Scientology e.V. darstellt. Für die weitere Rechtsentwicklung von noch größerem Interesse sind allerdings die daran anschließenden Ausführungen des Gerichts zum Verwaltungshandeln.

2. Die entscheidende Aussage der Gründe des Urteils zum Verhalten der Verwaltung findet sich in dem Abdruck des Urteils, S. 101 in dieser Ausgabe. Dort heißt es: „Durch Wahl eines solchen funktionalen Äquivalents eines Eingriffs [scil. in das Grundrecht] kann das Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Grundlage nicht umgangen werden (Bundesverfassungsgericht, B.v. 26. Juni 2002 - BVerfGE 105, 279 <303>).“ Ein „solches funktionales Äquivalent“ liegt vor, wie der vorausgehende Satz der Gründe sagt, wenn ein hoheitliches Handeln gegeben ist, das nach seiner Zielsetzung und seinen Wirkungen als Ersatz für eine staatliche Maßnahme dient, die ihrerseits als Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne zu qualifizieren wäre. Beide Sätze sind Textübernahmen aus dem

zitierten – und hier genannten – Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2002. Er erging am gleichen Tage dieses Jahres wie der sogenannte Glykol-Wein-Beschluss desselben Gerichts. Diese Beschlüsse hatten weithin das Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für Fälle der staatsleitenden Öffentlichkeitsarbeit im Wege einer Warnung der Verbraucher vor Lebensmitteln oder vor „Sekten“ im Interesse des Jugendschutzes verneint. Diese Entscheidungen hat diese Zeitschrift früher vorgestellt. Sie wurden dort im Wesentlichen begrüßt<sup>3</sup>, stießen indes im wissenschaftlichen Echo der Fachpresse auf viel Skepsis und scharfe Kritik. Die Autoren sahen in derartigen Aktivitäten der Öffentlichkeitsarbeit zugunsten von Verbrauchern einen Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der betroffenen Unternehmen und forderten daher u. a. eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für solche Warnungen<sup>4</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht geht auf diese Autoren überhaupt nicht ein, korrigiert die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch nicht, ergänzt sie aber in einer Weise, die doch manches etwas zurechtrückt. Allerdings fehlt noch ein eigenständiger dogmatischer Ansatz. Auch nach dem hier in Rede stehenden Urteil darf der Staat im Rahmen seiner Öffentlichkeitsarbeit als Teil der Staatsleitung ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vor Produkten warnen<sup>5</sup>, wenn er dies in allgemeiner Weise tut und daher nicht in einen konkreten Zusammenhang eingreift. Allerdings liegt hier der Fall anders. Es wird nicht allgemein gewarnt, sondern in einer konkreten Geschäftsbeziehung interveniert.

Wenn der Staat zielgerichtet durch die Herausgabe einer Schutzzerklärung handelt, die nach dem erklärten Willen der Verwaltung dazu dienen soll, mittelbar Kunden eines Betroffenen zu schützen, dann soll anderes gelten. Sofern der Staat auf diese oder ähnliche Weise schutzgerichtet im öffentlichen Interesse handelt, um einen zu Lasten bestimmter Betroffener erwünschten Erfolg herbeizuführen, ist eine besondere gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich, die in Hamburg bisher fehlte. Dabei muss der Wille auf diesen Effekt gerichtet sein, der sich nicht lediglich als eine Begleiterscheinung darstellt, sondern beim Betroffenen eintreten soll – wobei das Bundesverwaltungsgericht hier eigene ältere

6

Nämlich Urt. v. 18.04.1985 - 3 C 34.84 - BVerwGE 71, 183, 193; 90, 112, 120

7

Eine Unterscheidung, die es anlehnt an BVerwGE 105, 252, 275

8

BVerwGE 90, 112, 120

9

Dazu H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, § 15 S. 408 ff.; auch M. Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, im hier relevanten Kontext bes. S. 85 ff.

10

Für eine gesetzliche Grundlage im Falle der Beleihung vgl. H. Maurer (Anm. 9) § 23 Rn. 58, S. 616 u. im Kontext des Haftungsrechts § 26 Rn. 13, S. 661; für die Schriftform öfftl.-rechtl. Verträge siehe § 14, Rn. 29, 39, S. 382 f., 389 f. sowie U. Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2005, § 57 VwVfG Rn. 1 ff.

11

Zur sogenannten Adressatentheorie, vgl. F. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 14 Rn. 75 ff.

12

Dazu W. Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, insbes. S. 339 ff.; i. Ü. z. B. M. Albers, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1996, S. 233 ff.; u. jenseits deutscher Grenzen M. Holoubek, Der Grundrechtseingriff, in: a. a. O. 1997, S. 1031 ff.; im Kontext der breiteren jüngeren Diskussion zur Grundrechtsdogmatik programmatisch kritisch F. Raue, Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?, in: Archiv des öffentlichen Rechts 131/2006, S. 79 ff., 127 mit Bezug auf BVerwGE 105, 252, 273 u. 105, 279, 299 f.

13

Zum Normbereich als Terminus der Methodenlehre vgl. F. Müller u. R. Christensen, Juristische Methodik, Bd. I Grundlagen des öffentlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S. 230 ff., 481 ff. u. passim.

14

Zur Herkunft der Schweigeklausel G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches v. 19.08.1919, 14. Aufl. 1933 (Nachdruck), S. 625 f.; man nennt sie auch die „Lohengrin-Klausel“, vgl. M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 2000, Art. 140 Rn. 20

15

Vgl. W. Kahl, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt – Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43/2004, S. 167 ff. u. dagegen W. Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Eine Erwiderung auf Kahl etc., Der Staat 43/2004, S. 203 ff.; auch Ch. Bumke, a. a. O. (Anm. 2); u. F. Raue, a. a. O. (Anm. 12)

re Entscheidungen, nicht aber die beiden Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts<sup>6</sup>, als Belege zitiert. Dabei hebt das Gericht weiter hervor, dass es der Verwaltung Hamburgs nicht um Warnungen an die Allgemeinheit ging, sondern nach Inhalt und Zweck um ein Handeln, das einem gezielten Rechtsgüter-schutz durch Bekämpfung angenommener Gefahren dient<sup>7</sup>. Dabei ist unerheblich, dass die nachteiligen Wirkungen der Herausgabe der Schutzklärung den Betroffenen erst durch das Handeln Dritter belasten. Denn das durch die Verwaltung verfolgte Handlungsziel fasst den gesamten Geschehensablauf zu einer einheitlichen grundrechtsbeeinträchtigenden – in Wahrheit kraft dieser Einheit insgesamt hoheitlichen – Handlung zusammen, was das Gericht wiederum mit seiner eigenen Rechtsprechung belegt<sup>8</sup>. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass derselbe Ablauf, wenn er durch einen Privaten in Gang gesetzt wird, ein kraft der Privatautonomie genutztes Instrument ist, mithin nicht hoheitlich eingesetzt wird und daher den Grundrechtsschutz nicht auszulösen vermag. Es geht also nicht um einen das private Verhalten betreffenden Fall, sondern um einen zurechenbar administrativen Fall. Er unterscheidet sich auch von Fällen der Öffentlichkeitsarbeit auf staatsleitender Ebene, die einen solchen Zurechnungszusammenhang bezüglich nachteiliger Folgen, etwa des Konsumentenverhaltens, nicht auslösen. Im Fall der administrativen Zwecksetzung durch Herausgabe von Formularen ergibt sich der Zurechnungszusammenhang einerseits aus der belastenden, notwendig einzelfallgerichteten Wirkung der Maßnahme einer öffentlichen Verwaltung, andererseits aus dem mithin gewollten Wirkungszusammenhang des gewählten Mechanismus, der den zwecksetzenden administrativen Willen durchsetzt. Denn der Ablauf hat das unausweichliche Ergebnis, dass ein Unternehmer, der der betreffenden bekämpften „Sekte“ angehört oder ihre Methoden einsetzt, mit hoher Wahrscheinlichkeit vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wird, weil sein Geschäftspartner keine Risiken der Rufschädigung oder andere Folgen seinerseits tragen will, die sich aus der weiteren Fortführung der Geschäftsverbindung ergeben könnten. Teilt der Betroffene hingegen nichts mit, so wird auch dies als ein Eingeständnis wirken. Macht er falsche An-

gaben, so setzt er sich dem Druck Dritter und zufälligen Indiskretionen aus.

3. Die Verwaltung ist hier im Wege des sogenannten schlichten Verwaltungshandelns<sup>9</sup> tätig. Dabei bleibt unberücksichtigt, wie die „Einschaltung“ Privater hier vielleicht näher zu würdigen wäre; man könnte sie als Verwaltungshelfer, als beliehene Unternehmer oder als Vertragspartner im Rahmen einer informell gehaltenen Kooperation mit der Verwaltung sehen, was jedoch bei näherer Erwägung abwegig erscheinen muss. Jede dieser Alternativen hat ebenfalls Folgen für die Form – d. h. etwa das Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage oder bloß der Schriftform.<sup>10</sup> Dies bleibt hier dahingestellt, zumal auch der Sachverhalt diesbezüglich schweigt. Jedenfalls fertigte die Verwaltung die Formulare und brachte sie zwar mittelbar, aber tatsächlich in Verkehr. Man nennt derartiges Handeln auch Tathandlung oder „Realakt“, der tatsächlich etwas bewirkt, insbesondere im Gegensatz zu einem „Verwaltungsakt“, der rechtlich gestaltet. Vom schlichten Verwaltungshandeln sind Akte des Regierungshandelns oder der Staatsleitung zu unterscheiden. Solche Akte gestalten ebenfalls rechtlich nicht, wirken aber auch gegenüber dem Einzelnen oft weniger konkret als schlichtes Verwaltungshandeln. Für spezifische Fälle schlichten Verwaltungshandelns fordert das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts eine besondere Ermächtigungsgrundlage. Die Typisierung der Fälle, die einer besonderen Ermächtigungsgrundlage bedürfen, erscheint deshalb nicht ganz einfach, weil die Handlungsform des schlichten Verwaltungshandelns nichts aussagt über den Gestaltungsvorgang oder die Gestaltungswirkung des Gesamtzusammenhangs, den dieses Handeln auslöst. Anders als beim „Verwaltungsakt“ – eine in der Rechtspraxis häufige Handlungsform, die Entscheidungen im Einzelfall bewirkt – geht mit dem schlichten Verwaltungshandeln nämlich nicht stets die Regelung eines solchen Einzelfalls einher. Deshalb ist die Frage des Grundrechtseingriffs bei regelmäßig eingriffswirksamen Handlungsformen kein Problem. Nicht umsonst konnte sich die Auffassung entwickeln, dass der Adressat eines „Verwaltungsaktes“ immer mindestens in allgemeiner Weise belastet und daher vor den Verwaltungsgerichten

gegen diese Akte zu klagen befugt sei, weil er mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit dadurch auch in seinen Rechten verletzt oder jedenfalls betroffen sei<sup>11</sup>. Fehlt es aber – wie im Falle des schlichten Verwaltungshandelns – an einer solchen typischen Wirkung der gewählten Handlungsform, so ist zu prüfen, ob ein funktionales Äquivalent eines Grundrechtseingriffs vorliegt. Im Fall der Hamburger Schutzzerklärungen war es ja gerade so, dass an der Verschleierung des Gesamtzusammenhangs des Geschehens insofern ein Interesse bestand, als die Verwaltung der Hansestadt überhaupt nicht in Erscheinung treten wollte, aber dennoch bezweckte, dass die Geschäfte und Unternehmen, die Beziehungen zu Scientology haben, am Markt verlieren.

4. Dabei ist die Perspektive der bisweilen bedeutsamen Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Grundrechtseingriffen nicht von Gewicht. Diese Unterscheidung hat man öfter benutzt, um die Verantwortung der Verwaltung zu begrenzen. Das Bundesverwaltungsgericht beschäftigte sich daher auch nicht mit diesem Begriffspaar, sondern mit einem Zurechnungsproblem. Die Verwaltung soll den Schleier privaten Handelns von Dritten nicht nutzen können, um ihre Zwecke zu erreichen. Tut sie dies, so sind die Wirkungen in der entsprechenden Reichweite ihr zuzurechnen, nicht dem Privaten. Dieser Zurechnungszusammenhang wird im Übrigen im Falle staatlicher Informationstätigkeit oder Öffentlichkeitsarbeit nicht zum Problem, was den Ausgangspunkt der „Aktion“ angeht. Und was die Wirkungen betrifft, so liegt der Gesamtzusammenhang im Sinne einer zweckbestimmten adäquaten Kausalität nicht vor. Es mögen Verbraucher infolge einer publizierten Warnung zwar ihr Kaufverhalten ändern, sie werden aber nicht von einer Behörde „eingesetzt“, die ihre Rolle bewusst verschleiert. Und sie lösen auch keinen Zugzwang aus, sich um der Erhaltung einer Geschäftsbeziehung willen zu offenbaren, obwohl dies im Verhältnis zur Verwaltung negative Wirkungen hat. Werden nämlich der Verwaltung Beziehungen zu einer „Sekte“ bekannt, so kann dies administrative Sanktionen nach sich ziehen, etwa im Sinne neuer Zweifel an der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit anderer wirtschaftsrechtlich oder sozialversicherungsrechtlich veranlass-

ter Nachprüfungen. Dies ist im Falle der behördlich in Umlauf gebrachten Formulare für Schutzzerklärungen naheliegend, im Falle allgemeiner Erklärungen gegenüber der Öffentlichkeit dagegen nicht.

Ebenso wenig spielt hier der oft diskutierte Begriff der faktischen Beeinträchtigung – auch von Grundrechten – eine Rolle<sup>12</sup>. Denn im Hamburger Fall der Schutzzerklärungen ging es nicht um eine unbeabsichtigte, faktische Wirkung des gewählten Mittels, sondern diese waren ein zielgerichtet eingesetztes Mittel, um einen bestimmten Erfolg auf elegantem Wege zu erreichen, der keine sichtbare Präsenz des Staates erfordert. Die Finalität des Mittels bedeutet gerade, den Zweck mit Absicht zu erreichen. Und der Effekt der Marktverdrängung ist das gewünschte Resultat, nicht nur ein Kollateralschaden bei Umsetzung anderer Absichten. Es liegt vielmehr eine Beeinträchtigung vor, die beabsichtigt und als solche bei einem bestimmten Personenkreis von den Akteuren vorhergesehen ist, nicht eine bloß mittelbare faktische Betroffenheit.

5. Der Grundrechtseingriff – hier letztlich im Normbereich<sup>13</sup> des Art. 4 Abs. 1 GG als Gewährleistung individueller religiöser und weltanschaulicher Freiheit – betrifft im Übrigen einen klassischen Fall. Religionsrechtliche Garantien und Menschenrechtserklärungen untersagen der hohen Hand nicht zufällig, die Offenbarung religiöser Überzeugungen zu verlangen – ein konkretes Beispiel hierfür ist Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 3 Satz 1 der Weimarer Reichsverfassung<sup>14</sup>. Da das Grundgesetz in Art. 4 Abs. 1 zwischen Religion und Weltanschauungen im Hinblick auf ihre Schutzbedürftigkeit nicht unterscheidet, muss das, was für religiöse Überzeugungen gilt, auch für weltanschauliche Bindungen gelten. Daher kann man auch nicht verpflichtet werden, seine Weltanschauung oder seine weltanschauliche Überzeugung zu offenbaren. Einen solchen Zwang lösen aber Formulare aus, die im Kontext einer ständigen Geschäftsverbindung in Umlauf kommen, um eine dahin gehende Äußerung zu bewirken. Wie schon bemerkt: Wer sie nicht ausfüllt, der gerät in Verdacht, wer das Gegenteil tut, der wird diskriminiert oder riskiert im Falle der Unrichtigkeit der Angaben anderen Druck. Der Vorgang stellt sich zwar in

eigens verdeckter Weise als mittelbare Steuerung am Markt dar. Die rechtlichen Bedenken ergeben sich aber daraus, dass man dies zu erreichen sucht, indem man indirekt einen von Fall zu Fall unterschiedlich dichten und grundrechtswidrigen Offenbarungszwang etabliert. Die Steuerung geht mithin auf Kosten eines ausdifferenzierten Grundrechts, das derlei Einwirkungen gerade ausschließt.

Ist dies deutlich, so zeigt sich, weshalb das Bundesverwaltungsgericht auf Fragen der Reichweite des Schutzbereichs von Grundrechten hier gar nicht eingehen musste. Es ist offensichtlich, dass ein Grundrechtsverstoß gegeben ist. Das Grundrecht ist nicht am Rande seines Schutzbereichs berührt, es ist vielmehr im personalen Kern getroffen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich im Falle von Scientology um Glauben oder Weltanschauung handelt, was für die einschlägigen Überzeugungen niemand mehr bestreitet. Nur der Geschäftssinn mancher „Sekte“ hatte daran – und so auch im Falle von Scientology – nicht nur zu Zweifeln, sondern auch zur von Gerichten hingenommenen Unterscheidung von gewerblicher und weltanschaulicher Aktivität geführt, nicht zuletzt, um eine ausufernde Inanspruchnahme von Privilegierungen religiös-weltanschaulichen Handelns abzuwenden. Darum geht es hier aber nicht. Denn die Ausdifferenzierung des Marktes im Geschäftsverkehr danach, ob Beziehungen zu Scientology bestehen oder nicht, wird hier möglich durch die Einrichtung eines verdeckten faktischen Offenbarungszwanges, der für die Betroffenen negative Folgen nach sich zieht. Die Fragen einer weiten oder engen Auslegung der Schutzbereiche der Grundrechte hatten hingegen die Debatte nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts teilweise beherrscht<sup>15</sup>. Sie spielen jetzt keine Rolle. Ebenso wenig kam es darauf an, ob eine Ausgestaltung eines Marktes hier in Rede steht. Das war im Falle des Informationshandelns mit Bezügen zu Verbraucherschutz und Umweltfragen bedeutsam. Dort hatte die Unterscheidung zum Verständnis der Grundrechte nach Ausgestaltung dieser Rechte einerseits und ihrer Begrenzung andererseits eine gewisse Bedeutung. Wird nämlich durch Akte der Staatsleitung oder schlichtes Verwaltungshandeln auf einen Markt eingewirkt, in dessen Geschehen die Akteure wirtschaft-

**16**

Dazu K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 303 ff.; auch W. Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, in: Archiv des öffentlichen Rechts 130/2005, S. 5 ff., 11

**17**

Zu dieser Unterscheidung B. Pieroth/B. Schlink/M. Kniessel, Polizei- u. Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2005, § 2 Rn. 45 ff. u. passim; u. Ch. Gusy, Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 11 ff. S. 5 f.

**18**

Zum Nachweis dieser Debatte W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform des Verwaltungsrechts, 10 Bände, 1993–2004; u. a. darunter insbes. M. Schulte, Wandel der Handlungsformen der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft, in: dies. (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Bd. 7, 2000, S. 333 ff.

**19**

Als ein anderes allerdings transparentes Beispiel aus der Praxis das sogenannte „polizeiliche Gefährdenschreiben“, das mitteilt, dass der Adressat polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahmen ausgesetzt sein werde, wenn er sich an einer bestimmten Demonstration oder Aktion beteilige, vgl. den Fall OVG Lüneburg, NJW 2006, S. 391 ff.; dazu auch aus gegebenem Anlass die andere Sicht bei M. Breucker, Sicherheitsmaßnahmen für die Fußballweltmeisterschaft 2006, NJW 2006, S. 1233 ff., 1236

**20**

Vgl. dazu jetzt mit der Einschränkung, dass das dem Amtshaftungsanspruch zugrunde liegende Verhalten des Amtsträgers die Billigung eines Kollegialgerichts gefunden hat, BGH, Die öffentliche Verwaltung 2003, S. 296 ff.; zu dieser Einschränkung allgemein auch H. Maurer, (Anm. 8) § 25 Rn. 25, S. 669 f.; zum Hintergrund auch J. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 1279; vgl. auch BVerwG, NVwZ 2004, S. 104 f.

**21**

Dazu § 6 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), wonach eine solche Übertragung nur geschehen soll, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und keine grundsätzliche Bedeutung hat; für rechtspolitische und verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005 Rn. 1 zu § 6 VwGO

**22**

Wobei hier allerdings Bestandskraft des Verwaltungshandelns nicht eintreten kann, da nicht ein Verwaltungsakt i. S. v. § 35 Verwaltungsverfahrgesetz (VwVfG), sondern schlichtes Verwaltungshandeln vorliegt, das der Bestandskraft nicht fähig ist. Vgl. i. Ü. aber zur Zuordnung der Fachgerichtsbarkeiten H. Wissmann, Amtshaftung als Superrevision der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 2003, S. 3455 ff. kritisch zu BGH NJW 2003, 1308 ff.; dieser Entscheidung geht die Rechtsprechung voraus, die für das Handeln von Körperschaftskirchen den Verwaltungsrechtsweg bejaht, vgl. etwa BGH JZ 2002, S. 191 f. mit Anm. von St. Muckel; zum Hintergrund H. Weber, Kontroverses zum Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, NJW 2003, S. 267 ff.

**23**

So BGH (Anm. 18) in der eben zuerst genannten Entscheidung; zustimmend H. Wilms, Amtshaftung der Kirchen für die Äußerungen ihrer Sektenbeauftragten, NJW 2003, S. 2070 ff.; dagegen zu Recht sehr kritisch D. Ehlers, JZ 2004, S. 196 ff.; M. Thiel, Juristische Rundschau 2004, S. 148 f.

**24**

Vgl. die genannte Entscheidung BVerfGE 105, 252 ff. – Glykol-Wein –, die allein einschlägig erscheint, wenn man Scientology e. V. oder jedenfalls seinen Anhängern in der Geschäftswelt die Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG abspricht, was das BVerfG in der zweiten Entscheidung – BVerfGE 105, 279 ff. – Osho – für die „Osho“-Bewegung nicht tat; Letztere wurde vom Bundesverwaltungsgericht hier auch herangezogen.

lich wirksame Grundrechte ausüben, so liegt es anders als im Falle eines zugleich auch weltanschaulich oder religiös geprägten Marktes: Hier kommen personale Elemente des Grundrechtsschutzes ins Spiel. Dies umso mehr, wenn verschleiert eingesetzte, nötigende Mechanismen nach Offenlegung verlangen. Dann wirkt jede Marktgestaltung als beschränkende oder sogar ausgrenzende Konkretisierung des Marktes. Hier können die im Übrigen sinnvollen und bedeutsamen Unterscheidungen zwischen Ausgestaltung, Konkretisierung, Begrenzung oder Beschränkung von Grundrechten<sup>16</sup> die rechtliche Würdigung dieser Fälle nicht erleichtern.

6. Ein weiterer Vorzug der Lösung des Bundesverwaltungsgerichts ist, dass im Bereich des schlichten Verwaltungshandelns – wie hier – die Unterscheidung von *Aufgaben- und Befugnisnorm* wieder in rechtsstaatlicher Weise zum Zuge kommt<sup>17</sup>. Dabei geht es darum, dass im Recht zwar öfter eine Aufgabe einer Verwaltungsbehörde zugeordnet wird – etwa die Öffentlichkeitsarbeit der Staatsleitung insgesamt und insbesondere der Regierung. Für den Bürger ist dadurch aber noch nicht vorhersehbar, wie diese Behörde die Aufgabe ihm gegenüber wirksam konkretisiert. Deshalb verlangt das Rechtsstaatsprinzip, dass Befugnisnormen die Aufgabennormen ergänzen müssen. Erst die Befugnisnormen ermöglichen einen Eingriff auch in der Weise, dass der Bürger wirklich betroffen ist. Das heißt, die Befugnisnormen ermöglichen unmittelbar wirksames, auf den Einzelfall bezogenes konkretes Handeln. Dafür sind sie auch erforderlich. Erst unter ihrer Regie ist für den Bürger vorhersehbar, wie auf ihn oder seine Aktivitäten zugegriffen werden kann. Die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns ist aber, soweit es auch nur latent um Eingriffe in die Rechte des Bürgers gehen kann, ebenso unerlässliches rechtsstaatliches Requisite wie die Bestimmtheit staatlichen Vorgehens. Rechtsgewissheit setzt nämlich nicht nur klare allgemeine, insbesondere gesetzliche Grundlagen staatlichen Handelns voraus, vielmehr sind auch im Einzelfall, also beim Vollzug des Gesetzes, Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der staatlichen Entscheidungen geboten. Dies führt zu Anforderungen im Sinne einer rechtsstaatlichen Transparenz als zwingendes Gebot. Das mag auch zu Zweifeln an mo-

derneren Handlungsformen, die die Debatte um die Reform des Verwaltungsrechts besonders empfiehlt,<sup>18</sup> führen. Das gilt gerade auch für transparente Formen mittelbarer polizeilicher Steuerung durch die staatliche Verwaltung.<sup>19</sup>

7. Staatliches Informationshandeln stellt sich nach allem als eine Aufgabe in Form „mittelbarer“ Steuerung dar, die der Staatsleitung obliegt. Hier können nach der Rechtsprechung Aufgabennormen genügen, um diese Tätigkeit, die keine Eingriffe bewirkt, zu rechtfertigen. Im Gegensatz dazu steht schlichtes Verwaltungshandeln, das zu konkreten Eingriffen führt. Hier sind Befugnisnormen erforderlich, um rechtsstaatlichen Anforderungen im Sinne der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) zu genügen. Die Grenzlinien zwischen beiden Handlungsformen werden nicht nur durch die Unterschiedlichkeit der Akteure – das eine Mal Staatsleitung, das andere Mal Verwaltung –, sondern auch durch den Zurechnungs- oder Gesamtzusammenhang, in dem die Tätigkeit bzw. das Handeln steht, definiert. Handelt es sich um „Publikumsinformationen“ auf höchster Ebene, so spricht viel für Informationstätigkeit. Geht es um neue Formen des Verwaltungshandelns auf Ebene von Fachbehörden, die spezifische Wirkungen bei einem konkret umrissenen Personenkreis auslösen, so liegt es nahe, die klassischen rechtsstaatlichen Maßstäbe anzulegen. Hier geht es nämlich nicht um eine mittelbare faktische Betroffenheit, sondern um unmittelbare rechtliche Beeinträchtigungen. Das gilt umso mehr, wenn rechtliche Beeinträchtigung verschleiert und damit umgangen wird, indem die Verwaltung private Akteure benutzt. In diesen Fällen ist eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich, d. h. es sind Befugnisnormen umso mehr angesagt. Fehlt die Ermächtigungsgrundlage in diesen Fällen, so handelt die Verwaltung rechtswidrig; Klagen auf Unterlassung haben dann Aussicht auf Erfolg. Für die Medien hat die Differenzierung zwischen Informationstätigkeit und schlichtem Verwaltungshandeln insofern Bedeutung, als sie vermeiden sollten, sich zum Mittel illegitimer indirekter staatlicher Steuerung machen zu lassen. Dies kann in vielfältiger Weise geschehen, etwa im Rahmen von Interviews, Berichten und anderen Formaten. Tun

sie es dennoch, so riskieren sie nicht nur einen Unterlassungsanspruch unter Privaten, sondern auch eine Schadensersatzklage. Gegenüber der Verwaltung käme ein Amts- oder Staatshaftungsanspruch als Grundlage einer solchen Klage vor den Zivilgerichten in Betracht. Dies spielte hier vor den Verwaltungsgerichten keine Rolle, weil es den Klägern nur um die Untersagung des zu Recht inkriminierten schlichten Verwaltungshandelns ging und schon die Ermächtigungsgrundlage für dieses Handeln fehlte. Liegt eine Ermächtigungsgrundlage vor, so steht auf einem ganz anderen Blatt, ob solche Schadensersatzklagen Aussicht auf Erfolg hätten. Voraussetzung wäre dann auch Verschulden, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Im vorliegenden Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass den Bediensteten der Hansestadt ein solches Verschulden wohl nicht vorgehalten werden könnte, denn die Rechtsprechung verneint dies regelmäßig, wenn ein unabhängiger Spruchkörper die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Beklagten verneint hat.<sup>20</sup> Das war hier der Fall, da das Verwaltungsgericht Hamburg durch eine Kammer, nicht einen von ihr beauftragten Einzelrichter,<sup>21</sup> die Klagen in der Sache abgewiesen hat, also ein richterliches Kollegium von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns ausgegangen ist. Die Rechtswidrigkeit des beklagten Verhaltens müsste sich aus anderen Rechtsgründen ergeben. In der Praxis sind aber schon derartige Risiken zu meiden. Auch ist das Verhältnis zwischen verwaltungsgerichtlichem Primärrechtsschutz und dem sekundärrechtlichen Amtshaftungsanspruch sowie dessen Sicherstellung durch die Zivilgerichte gemäß Art. 34 GG zurzeit erneut in Diskussion.<sup>22</sup> Hinzu kommt, dass Amtshaftungsansprüche nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs auch gegen körperschaftlich verfasste Kirchen bzw. deren Sekten- oder Weltanschauungsbeauftragte denkbar sind.<sup>23</sup> So fragwürdig diese Entscheidung ist, so zeigt sich in ihr doch wiederum eine Tendenz zu disproportionierten Reaktionen etablierter Religionen in Zeiten einer Pluralisierung des religiösen und weltanschaulichen Lebens. Nicht immer ist zu erwarten, dass die Gerichte dies hinreichend im Blick haben, sind sie doch auch in dieser Gesellschaft tätig. Entscheidungen können aber auch auf Missverständnissen beruhen, die ihren Ausgangspunkt in

der Verfassungsrechtsprechung haben, wie hier vielleicht infolge der Entscheidung zu Publikums- oder Marktinformationen.<sup>24</sup>

8. Abschließend bleibt anzumerken: Selbst wenn die hier geforderte Ermächtigungsgrundlage geschaffen würde, so bliebe dabei, d. h. im Gesetzgebungsverfahren, doch die Frage, ob eine solche Rechtsgrundlage für das hier in Rede stehende Verwaltungshandeln rechtens sein kann. Dagegen sprechen folgende Gesichtspunkte der rechtsstaatlichen Tradition, in der das Grundgesetz vor dem Hintergrund seiner Entstehung nach der Herrschaft des Nationalsozialismus steht. Zwar dürfen bestimmte staatliche Stellen verdeckt operieren, etwa im Interesse der Strafverfolgung, des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und der Auslandsaufklärung. Aber besteht jenseits dieser Aktivitäten die Möglichkeit, so vorzugehen, etwa für Stellen der Wirtschaftsverwaltung? Denn das geschieht, wenn eine Verwaltung Formulare für Schutzklärungen aushändigt, die nicht erkennen lassen, woher sie stammen. Hier dürfte die Rechtsstaatlichkeit im Sinne der Bestimmtheit staatlichen Handelns in Frage gestellt sein. Denn ein Verwaltungshandeln, das als solches nicht zu erkennen ist, ist schon hinsichtlich seiner selbst und seiner Herkunft unbestimmt. Ross und Reiter müssen genannt sein, zu schweigen von dem berechtigten Bedürfnis zu wissen, „wohin die Reise geht“. Verdecktes Vorgehen verletzt außerdem das schon erwähnte Erfordernis der Vorhersehbarkeit hoheitlichen Handelns. Seine Missachtung genügt auch insoweit rechtsstaatlichen Maßstäben nicht. Diese Erwägungen ergeben sich aus Art. 20 GG und gelten auch für schlicht-hoheitliches Handeln der Verwaltung.<sup>25</sup> Es ist kein Zufall, dass unter dem Grundgesetz Publizität im Rechtsstaat in der Weise gefordert wird, dass für den Bürger jede Berührung durch staatliche Gewalt voraussehbar und berechenbar bleibt, und zwar nicht nur dank eines Gesetzes kraft eines Gesetzesvorbehalts, die beide Publizität voraussetzen, sondern auch im Einzelfall des Verwaltungshandelns.<sup>26</sup> Gibt die Verwaltung im Rahmen schlicht-hoheitlichen Handelns Schriftliches von sich, so könnte auch eine Rechtsanalogie zu § 37 Abs. 3 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in Betracht kommen, wonach die ausfertige Behörde im

Falle eines Verwaltungsaktes auf jeden Fall zu erkennen sein muss.<sup>27</sup> Diese Publizitätsvorschrift gilt auch für Allgemeinverfügungen i. S. v. § 35 Satz 2 VwVfG, d. h. für solche Verwaltungsakte, die eine unbestimmte Zahl von Einzelfällen regeln und sich formularmäßig oder plakativ durch öffentlichen Anschlag an einen nur bestimmbaren Personenkreis richten.<sup>28</sup> Die im vorliegenden Falle erforderliche Analogie beschränkt sich auf die Angabe der erlassenden Behörde, bereitet mithin keine besonderen Probleme im Kontext schlichten Verwaltungshandelns, wenn sie sich denn durchsetzt.<sup>29</sup> Mit der Rechtsanalogie würde eine Konkretisierung rechtsstaatlicher Grundsätze im Verwaltungsverfahren mit der allgemeinen Publizität im Rechtsstaat verknüpft. Für ein Absehen von solchen rechtsstaatlichen Anforderungen im Verhältnis zu Grundrechten könnte nur das Grundgesetz selbst Raum geben. Das gilt auch für die Grundrechte des Art. 4 Abs. 1 GG. Die Voraussetzungen solcher Ausnahmen bedürfen indes einer präzisen Umschreibung. Es müsste zudem um den Schutz verfassungsrechtlich anerkannter Rechtsgüter gehen, deren Schutz die Wahl solcher Mittel schlechthin zwingend erfordert.<sup>30</sup> Von all dem kann im vorliegenden Falle nicht die Rede sein. Daher kann man die Gerichtsentscheidungen, die hier nur eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage anmahnen, in ihren Aussagen als recht vorläufig im Sinne eines ersten Schrittes zur Reflexion eines solchen Verwaltungshandelns verstehen. Nur der Leitsatz des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts lässt eindeutig erkennen, dass nicht nur die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlt, sondern darüber hinaus die von der Verwaltung gewählte Kooperation mit den „integren“ Teilen der Geschäftswelt mehr als fragwürdig ist, wenn mit verdeckten Mitteln ein anderer Teil dieser Welt sich auf diese Weise in Ansehung ihrer Beziehungen zu einer „Sekte“ transparent zu machen veranlasst werden soll – mithin von der Verwaltung mittelbar – d. h. nicht nur verdeckt, sondern auch unter Zuhilfenahme Privater – ausgespäht wird.

9. In gewisser Weise ist diese Verwaltungspraxis im großen Zusammenhang der Durchdringung der Gesellschaft mit Hilfe von Informationseingriffen von hoher Hand zu sehen. Diese Eingriffe erscheinen angesichts

**25**

Vgl. H. Schulze-Fielitz in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. 2, 1. Aufl. 1998 Art. 20 Rn. 162 mit Nachw.; näher entwickelt für kooperative Formen, wie sie hier aber auch gesehen werden können, nimmt man die hier stattgehabte Zusammenarbeit zwischen Verwaltung und Geschäftswelt in den Blick, vgl. ders., Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, Deutsches Verwaltungsblatt 1994, S. 657 ff., 659 ff.; Ansätze auch bei E. Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 131 ff., 132 u. 237 ff.

**26**

Vgl. H.-U. Jerschke, Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse, 1971, S. 82

**27**

Für die Analogie vgl. M. Schulte, (Anm. 9) S. 136

**28**

Schulbeispiel ist hier die allfällige Verfügung durch das bekannte Schild „Baden verboten! Der Landrat“.

**29**

Vgl. zur Analogie gemäß dem VwVfG mit der Befürchtung mangelnder Passfähigkeit H. Dreier, Informales Verwaltungshandeln, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 4/1993, S. 647 ff., 662 f.

**30**

Die Problematik erinnert an die Änderungen des Grundgesetzes zur Einfügung des sogenannten „Großen Lauschangriffs“, vgl. dazu BVerfGE 109, 279 ff. mit abweichender Meinung der Richterinnen Jäger und Hohmann-Dennhardt; dazu A. Holzmann, Entweder Oder!? Das Dilemma zwischen Freiheit und effektiver Strafverfolgung am Beispiel der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Großen Lauschangriff“, in: W. Gropp/A. Sinn (Hrsg.), Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen. Präventive und repressive Maßnahmen vor dem Hintergrund des 11. September 2001, 2006, im Erscheinen

**31**

Vgl. dazu VGH Mannheim, NVwZ 2004, S. 498 ff., 500 auch zur Totalüberwachung; vgl. auch LG Magdeburg, NJW 2006, S. 1073 f. zur Verwertung von Maut-Gebühren-Daten in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren; i. Ü. auch A. Schieder, Die automatisierte Erkennung amtl. Kfz-Kennzeichen als polizeiliche Maßnahme, NVwZ 2004, S. 778 ff.; als weiteres Beispiel Y. Dorf, Luftbildaufnahmen und Unverletzlichkeit der Wohnung, NJW 2006, S. 951 ff.

**32**

Dazu BVerfGE 113, 348 (375 ff.) – Telekommunikationsüberwachung zur Verhütung bzw. Vorsorge bzgl. der Verfolgung von Straftaten; dazu Ch. Gusy, Telekommunikationsüberwachung nach Polizeirecht?, Niedersächsische Verwaltungsblätter 2006, S. 65 ff.; auch SächsVerfGH, NVwZ 2005 S. 1310 ff.; und BVerfG NJW 2006, S. 976 ff. zu Durchsuchungen zur Datenermittlung hinsichtlich etwaiger Handykontakte mit einem Journalisten; zu Datenerhebungs- und -verarbeitungs-befugnissen der Polizei vgl. B. Pieroth/B. Schlink/M. Kiesel (Anm. 17) §§ 14, 15, S. 227 ff., 285 ff.

**33**

Vgl. BVerfGE 109, 279 ff. mit abw. Meinung der Richterinnen Jäger und Hohmann-Dennhardt; auch SächsVerfGH (Anm. 32); u. jetzt etwa VG Freiburg, NVwZ-Rechtsprechungs-Report 2006, S. 322 ff.

**34**

Siehe OVG Lüneburg Ur. v. 22.09.2005 (Anm. 19). Polizeiliche Maßnahmen der – nomen est omen – „Strafverfolgungsvorsorge“ sind hingegen unter rechtlich präzisen Voraussetzungen möglich; zum Rechtsschutz gegen sie BVerwG, NJW 2006, S. 1225 f.

**35**

Siehe jetzt BVerfG B. v. 04.04.2006 - 1 BvR 518/02 – präventive polizeiliche Rasterfahndung gem. § 31 PolG NW – mit abw. Meinung von Richterin Haas

**36**

Vgl. aus der Rechtsprechung: BayVerfGH, NVwZ 2003, S. 1375 ff.

des großen Gefahrenpotentials, das von einer im Grunde immer schon gegebenen organisierten Kriminalität, aber insbesondere einem vorgeblich politisch motivierten Terrorismus ausgeht, rechtens. Sie sind aber dennoch Teil eines Weges, der von den Pfaden des liberalen Rechtsstaates abweicht. Dieser Rechtsstaat kann sie in seine Welt nur einbeziehen, wenn seine Rechtsschutzmechanismen entsprechende Fortschritte machen. Das gilt für sehr viele neue Regelungen und auch informale Praktiken. Sei es die Überwachung von Straßen und Plätzen dank moderner, wohlpostierter Kameras,<sup>31</sup> die vorgegriffliche oder nachträgliche Erfassung von Verbindungsdaten der Gespräche mit Mobiltelefonen,<sup>32</sup> die verdeckte Ermittlung bzw. Überwachung von Wohnräumen<sup>33</sup> oder das schon erwähnte offene „polizeiliche Gefährderansprechen“<sup>34</sup>, das seinen schon erfassten Adressaten von der Teilnahme an bestimmten Aktionen abhalten soll; sei es die „Rasterfahndung“ u. a. zu Zwecken der Terrorismusabwehr – also eine reaktive Fahndung, die an gewisse ermittelte „Raster“-Merkmale angeschlossen einen Personenkreis aus einer größeren Datenmenge herausfiltert, der alsdann als verdächtig gilt –, ein Fall, den das Bundesverfassungsgericht nun entschieden hat<sup>35</sup>. Aber auch in Fällen der „Schleierfahndung“ – also ereignisunabhängigen Identitätskontrollen –, die regelmäßig keinerlei konkreten Verdachtsfall zur Grundlage haben und ohne Anknüpfung an das Verhalten betroffener Personen deren Daten erheben,<sup>36</sup> wird eine präventive Verlagerung der Gefahrenabwehr bzw. Strafverfolgung zur Grundlage eines verdeckten, offenen oder teils erzwungenen Informationsflusses, den die bisherigen Mittel des Grundrechtsschutzes kaum in Grenzen weisen können. Die Instrumente des Grundrechtsschutzes sind deshalb umso mehr fortzubilden, so dass dieser Schutz auch künftig eine bessere Wirksamkeit entfalten kann. Dies gilt, zumal Gefahrenvorsorge das einzige Mittel zu sein scheint, modernen Formen der Kriminalität begegnen zu können. Unter diesen Umständen kommt es darauf an, die Rechtsfortbildung auch auf Seiten des Rechtsschutzes entsprechend voranzutreiben. Gerade die „Gefahrenvorsorge“ ist oft schwerlich zu rechtfertigen, insbesondere, wenn ihre Erfolge mehr als mager ausfallen müssen, da die einschlägigen Kreise ihr

Verhalten rasch an die neuen Instrumente anpassen und sie so ins Leere laufen lassen. Bei der Begleitung und der Kontrolle dieser Rechtentwicklungen müsste die Wissenschaft eine Vorreiterrolle einnehmen. Indes leisten die Gerichte oft mehr, allerdings sind sie auch in der Situation, entscheiden zu müssen. Beide – Gerichte und Wissenschaft – bedürfen einer informierten Öffentlichkeit, um mit ihrer Arbeit wenigstens wirksame Eckpunkte für die Grenzen solcher Grundrechtseingriffe durchsetzen zu können. Ein Pflock dieser Art ist mit der hier diskutierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eingeschlagen. Ihn müssen – wie angedeutet – weitere Pflöcke, die noch besser sitzen, ergänzen. Das gilt nicht nur für die verfehlte Form, sondern auch für die Grenzen staatlichen Handelns in der Sache.