

**ÖffR** Fallbearbeitung

Lea Kruse, Leonard Hoffmann und Dr. Ferdinand Weber\*

## Frequentierte Ruhestätte

Die Hausarbeit behandelte schwerpunktmäßig verwaltungsrechtliche Fragestellungen. Sie forderte von den Kandidatinnen und Kandidaten, sich mit einer weniger vertrauten Fallkonstellation aus dem Friedhofsrecht auseinanderzusetzen, in der eine eigene und freie Argumentation im Mittelpunkt stand. Letztlich folgt eine Fallfrage zu den europäischen Grundfreiheiten, welche zum klassischen (examensrelevanten) europarechtlichen Repertoire gehört.

### SACHVERHALT:

#### Teil 1

Die niedersächsische Stadt N plant für den 21. März 2023 zum Frühlingsbeginn eine öffentliche Mahnwache auf ihrem Grünbergfriedhof anlässlich des Klimawandels. Es handelt sich um einen kommunalen Friedhof der N, dessen Verwaltung dem städtischen Friedhofsamt obliegt. Seine Nutzung wird durch eine Friedhofssatzung geregelt. Der Friedhof liegt auf einer etwa vier Hektar großen, bewaldeten Erhebung im Stadtzentrum, in der sich aus Sicht der Stadt in den letzten Jahren klimabedingte Veränderungen bemerkbar gemacht haben, insbesondere das schnellere Austrocknen von Bäumen und Sträuchern. Aus diesem Grund soll die für jedermann zugängliche Mahnwache vor der Friedhofskappelle in Anwesenheit des Bürgermeisters stattfinden. Zudem sind Vorträge des zuständigen Stadtdezenten und eines Klimaforschers vorgesehen.

Als das Ehepaar Brudermeier hiervon erfährt, sieht es eine einmalige Gelegenheit, der Stadt den Spiegel ihrer falschen Politik vorzuhalten. Herr und Frau Brudermeier bekleiden hohe Positionen in der chemischen und verarbeitenden Industrie und sind davon überzeugt, dass sich eine sozialverträgliche »Transformation« der Gesellschaft, wenn überhaupt, nur durch einen starken Industriestandort machen lässt. Sie ärgern sich schon lange über die Einführung reiner »Fahrradzonen« in N, die ihre traditionellen Wege zur Arbeit mit dem PKW beträchtlich verlängern und haben sich selbst mit Studien versorgt, die sie zu der Überzeugung brachten, dass Vieles an der These vom menschengemachten Klimawandel auf Übertreibungen beruht.

Die von der Stadt vorgeschobenen Veränderungen der Friedhofsfauna seien ohnehin allein auf den erkennbaren Personalmangel im öffentlichen Dienst und eine deshalb vorhersehbar schlechte Baumpflege und Wasserversorgung zurückzuführen – also tatsächlich menschengemacht, aber nicht klimabedingt.

Die Eheleute melden deshalb Ende Januar 2023 mit zehn Mitstreitern aus ihrem privaten Studienkreis Klimawahrheit für den 21. März eine Versammlung für 30 Personen an. Sie soll zum Zeitpunkt der Mahnwache etwa 40 Meter entfernt von der Friedhofskappelle auf dem Friedhofsgelände stattfinden. Dabei sollen Transparente (»Klimablödsinn, Geldverbrenner – warum herrschen nur noch Spinner?« und »Sozialpolitik für Menschen, keine Steuergelder für Hirngespinnste!«) hochgehalten und, zwischen den Vorträgen und Reden der Mahnwache, Sprechchöre über ein Megafon eingeschoben werden.

Am 10. März geht ein Schreiben der Stadt N bei ihr ein. Diese untersagt die Versammlung unter Hinweis auf § 2 und § 3 der Friedhofssatzung und ordnet die sofortige Vollziehung der Untersagung an. Eine Versammlung als Gegendemo laufe dem Friedhofszweck als Ort der Ruhe und der pietätvollen Totenandacht diametral zuwider. Es handle sich um einen öffentlichen Raum mit besonderer Zweckbestimmung, der nicht dem Aufeinanderprallen politischer Meinungen und der Auseinandersetzung diene. Die Ausnahmeklausel in § 3 Friedhofssatzung ziele auf besondere religiöse und ähnliche Überzeugungen mit konkretem Bestattungsbezug ab und sei von vornherein nicht einschlägig.

Frau Brudermeier ist von alledem nicht überzeugt. Ein paar Kommunalpolitiker im Ehrenamt, die nebenbei auch Satzungen verfassen (lassen), können wohl kaum ihr Grundrecht auf Versammlungsfreiheit »aufheben«. Das passiere hier in der Sache aber durch die »Auflage«. Da es nur noch wenige Tage bis zur Mahnwache sind, wendet Frau Brudermeier sich an das Verwaltungsgericht und möchte schnell Gewissheit, wie es um die geplante Versammlung bestellt ist.

*Hat das Vorgehen von Frau Brudermeier hinsichtlich der Versammlung und des Grabmalantrags Aussicht auf Erfolg?*

### BEARBEITUNGSVERMERK:

Frau Brudermeier besitzt nur die niederländische Staatsangehörigkeit.

\* Lea Kruse studiert seit dem Sommersemester 2021 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Leonard Hoffmann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Frank Schorkopf. Dr. Ferdinand Weber, MLE, ist Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Universität Göttingen. Der Beitrag geht aus einer Hausarbeit hervor, welche im Sommersemester 2023 im Rahmen der Großen Übung im Öffentlichen Recht bei Prof. Dr. Frank Schorkopf gestellt wurde.

**Teil 2**

Nachdem Herr Brudermeier eines unerwarteten Todes verstarb, möchte Frau Brudermeier die zuvor getroffene Vereinbarung mit ihrem Mann und auch auf ihren Wunsch die sterblichen Überreste ihres Mannes bis zur gewünschten Bestattung nicht in der Obhut »dieser Stadtregierung« belassen. Sie wendet sich deshalb an die zwei Straßen neben dem Friedhof befindliche, neu eröffnende Niederlassung der privaten Urnenaufbewahrungsfirma »I vostri cari Srl« aus Italien. Als die Stadt N von der Eröffnung und dem Vorhaben Frau Brudermeiers erfährt, sendet sie Schreiben an Frau Brudermeier und »I vostri cari Srl«. Die private Urnenaufbewahrung sei unzulässig, weil die Aufbewahrung sterblicher Überreste – was zutrifft – nur Betriebe in kommunaler Hand besorgen dürfen. Das finde seine Berechtigung in der gebührenden Achtung des Andenkens Verstorbener und Hygieneerwägungen, die beide in öffentlicher Hand gewährleistet werden, während bei privaten Unternehmen in diesem Bereich Gewinnerzielungsabsichten zu sehr im Vordergrund stünden. Der Zweigstelle der »I vostri cari Srl« aus Italien stehe hier folglich weder ein Recht zu, noch habe sie eine besondere Erlaubnis erhalten. Frau Brudermeier kann sie sich kaum vorstellen, dass es Lokalpolitikern überlassen ist, Unternehmen aus der Europäischen Union Betätigungsverbote zu erteilen. Der Inhaber von »I vostri cari Srl«, Mario de Morti, habe ihr gegenüber gesagt, er sehe etwaigen Maßnahmen der Stadt aufgrund seiner Firma schützenden Normen des Europarechts gelassen entgegen.

*Ist ein Verbot der gewerblichen Urnenaufbewahrung gegenüber »I vostri cari Srl« mit Europarecht vereinbar?*

**GLIEDERUNG****Teil 1: »Die Versammlung«**

- A. Zulässigkeit
  - I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
  - II. Statthafte Antragsart
  - III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog
  - IV. Rechtsschutzbedürfnis
    - 1. Vorheriger Antrag bei der Behörde
    - 2. Keine Bestandskraft des VA
    - 3. Vorherige Erhebung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache
    - 4. Zwischenergebnis
  - V. Antragsgegner, § 78 VwGO analog
  - VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
  - VII. Zwischenergebnis
- B. Begründetheit
  - I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung
  - II. Interessenabwägung
    - 1. Ermächtigungsgrundlage
    - 2. Formelle Rechtmäßigkeit
    - 3. Materielle Rechtmäßigkeit
      - a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 II 1 NVersG
        - aa) Versammlung
        - bb) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit
          - (1) Verstoß gegen § 3 der Friedhofssatzung (FS)
            - (a) Rechtmäßigkeit des § 3 der FS
            - (b) Zwischenergebnis
          - (2) Verstoß gegen den Widmungszweck des Friedhofes
            - (3) Zwischenergebnis
        - cc) Zwischenergebnis
      - b) Zwischenergebnis
    - 4. Zwischenergebnis der Interessenabwägung
  - III. Ergebnis der Begründetheit
- C. Ergebnis

**Teil 2:**

- A. Vereinbarkeit der gewerblichen Urnenaufbewahrung mit Europarecht
  - I. Anwendbarkeit
  - II. Schutzbereich
    - 1. Grenzüberschreitender Sachverhalt
    - 2. Persönlicher Schutzbereich
    - 3. Sachlicher Schutzbereich
    - 4. Zwischenergebnis
  - III. Beeinträchtigung
  - IV. Rechtfertigung
    - 1. Achtung der Verstorbenen
    - 2. Schutz der öffentlichen Gesundheit
    - 3. Zwischenergebnis
  - V. Ergebnis

## GUTACHTEN

### TEIL 1: »DIE VERSAMMLUNG«

Der Antrag von Frau Brudermeier hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig (A) und soweit er begründet (B) ist.

#### A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, wenn sämtliche Sachentscheidungs-voraussetzungen vorliegen.

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Mangels einer aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO. Dazu müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt nach überwiegender Ansicht vor, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt verpflichtet oder berechtigt.<sup>1</sup> Streitgegenstand bildet in diesem Fall die Versamlungsuntersagung. Als streitentscheidende Normen kommen die des NPOG oder des NVersG in Betracht. Beide berechtigen die zuständige Behörde, eine Maßnahme zu treffen. Eine Festlegung ist daher zu diesem Zeitpunkt noch nicht notwendig, es läge jedoch in beiden Fällen eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art liegt vor, wenn ein Rechtsverhältnis zwischen Verfassungsorganen besteht.<sup>2</sup> Frau Brudermeier ist eine private Klägerin, somit handelt es sich aufgrund mangelnder doppelter Verfassungsunmittelbarkeit um keine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Folglich ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

Der Bearbeitung gelingt im ersten Prüfungspunkt ein gelungener Einstieg, indem der Verwaltungsrechtsweg übersichtlich und konzise behandelt wird. Insbesondere bei verwaltungsrechtlichen Prüfungen sollte darauf geachtet werden, ob sich an dieser Stelle tatsächlich ein Problem verbirgt. Falls dem nicht so ist, empfiehlt sich ein kompakter Bearbeitungsstil. Hierdurch kann bereits früh gezeigt werden, dass Schwerpunkte gesetzt werden. Dies sollte sich dann auch dadurch ausdrücken, dass nicht überflüssige Unterebenen ausgenommen werden.

#### II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem klägerischen Begehren gem. §§ 122 I, 88 VwGO. Frau Brudermeier begehrt, dass die Versammlung auf jeden Fall durchgeführt werden kann. Aufgrund des Umstands, dass nur noch wenige Tage bis zur Mahnwache sind, kommt nur ein Antrag im einstweiligen Rechtsschutz in Betracht. Gem. § 123

V VwGO ist der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 I VwGO subsidiär gegenüber dem Rechtsschutz gem. § 80 V VwGO. Die Art des Antrags richtet sich nach dem Verfahren in der Hauptsache.<sup>3</sup> In diesem erfolgt die Abgrenzung nach dem intensiveren Rechtsschutz für den Antragsteller.<sup>4</sup> Vorliegend kommt es der Antragstellerin darauf an, dass die geplante Versammlung möglichst stattfinden kann.

Dafür müsste die Versamlungsversagung, ausgestellt von der Stadt N, beseitigt werden. Dies kann durch eine Anfechtungsklage in der Hauptsache erfolgen. Die Untersagung der Versammlung müsste einen VA gem. § 35 1 VwVfG iVm. § 1 I NVwVfG<sup>5</sup> darstellen. Die Versamlungsuntersagung stellt eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts dar, deren unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Somit wäre in der Hauptsache eine Anfechtungsklage einschlägig. Es kommt der Rechtsschutz gem. § 80 V VwGO in Betracht.

Sicherlich gibt es an dieser Stelle Stimmen, welche gerne hören, dass sich die Abgrenzung zwischen § 123 I VwGO und § 80 V VwGO danach richtet, ob Rechtsschutz aufschiebende Wirkung entfalten würde. Hierdurch würde sich der argumentative Aufbau leicht ändern, im Ergebnis jedoch zu keinem anderen Ergebnis führen. Wichtiger ist, auch an dieser Stelle, dass der Gutachtenstil eingehalten wird und die Thematik der statthafte Antragsart mangels im Sachverhalt angelegter Probleme übersichtlich und stringent behandelt wird. Im Schreiben der Stadt wird die sofortige Vollziehung gem. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet. Somit ist der Antrag gem. § 80 V 1 Alt. 2 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft.

#### III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Grds. finden auch die Vorschriften für die Anfechtungsklage Anwendung auf das vorläufige Rechtsschutzverfahren.<sup>6</sup> Der Kläger muss demnach analog § 42 II VwGO durch den Vollzug des VA möglicherweise in seinen Rechten verletzt sein. Vorliegend ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Antragstellerin in Art. 8 I GG verletzt ist. Problematisch könnte es sein, dass dieses Grundrecht nur den Deutschen zusteht, Frau Brudermeier jedoch die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt. Zu klären ist, ob auch sie sich als Unionsbürgerin auf Art. 8 GG berufen kann.

Einer Ansicht nach können auch Deutschengrundrechte auf Unionsbürger angewendet werden. Dies ergibt sich aus

<sup>3</sup> Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann, Landesrecht Niedersachsen, 3. Auflage (2020), § 6 Rn. 87.

<sup>4</sup> Gärditz, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: Herdegen/Masing/Po-scher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1. Auflage (2021), § 13 Rn. 82.

<sup>5</sup> § 1 I NVwVfG gilt im Folgenden als mitzitiert.

<sup>6</sup> Sodan/Ziekow/Puttler, Verwaltungsgerichtsordnung, Bd. 3, 5. Auflage (2018), § 80 Rn. 112; Schenke/Hug/Schenke/Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, 28. Auflage (2022), § 80 Rn. 133.

<sup>1</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 17. Auflage (2021), § 3 Rn. 118.

<sup>2</sup> Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage (2019), § 17 Rn. 1018.

dem europäischen Diskriminierungsverbot der Art. 18 ff. AEUV. Dieses schreibt vor, dass Deutschengrundrechte unionsrechtskonform anzupassen sind und sich auch EU-Ausländer auf diese berufen können.<sup>7</sup>

Nach einer anderen Ansicht erscheint es überzeugender, keinen Rückgriff auf Art. 8 GG zu erlauben, sondern vereinfacht gesagt, den Schutz über Art. 2 I GG als Auffangtatbestand zuzubilligen.<sup>8</sup>

Beide Ansichten kommen zwar zu einem unterschiedlichen Ergebnis, dies ist jedoch unerheblich, da sich die EU-Ausländer zumindest auf Art. 2 I GG berufen können. Somit ist eine Verletzung von Art. 2 I GG nicht von vornherein ausgeschlossen. Demnach besteht analog § 42 II VwGO die Antragsbefugnis für Frau B.

Dieser Punkt wurde schön gesehen. Jedoch ist es inkonsequent, den Streit vorliegend nicht zu entscheiden. Der Obersatz fragt danach, ob sich Frau Obermeier auf Art. 8 I GG berufen kann. Es ist nicht dasselbe, wenn das Ergebnis lautet, dass sie sich nach einer Ansicht lediglich auf Art. 2 I GG berufen kann. An dieser Stelle hätte sich mit Hilfe der gängigen Argumente – welche erst später ausführlich unter B. II. 3. a. 2) b) aufgeführt werden – auseinandergesetzt werden können.

#### IV. Rechtsschutzbedürfnis

Für das Verfahren im Eilrechtsschutz müsste Frau Brudermeier ein Rechtsschutzbedürfnis aufweisen.

##### 1. Vorheriger Antrag bei der Behörde

Das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin könnte schon daran scheitern, dass es einen vorherigen Antrag bei der Behörde bedürfte. Unter Umständen könnte von dem Antragsersfordernis abgesehen werden. Aus einem Umkehrschluss des § 80 VI 1 VwGO ergibt sich, dass nur in Fällen des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO ein vorheriger Antrag gestellt werden muss.<sup>9</sup> Somit besteht im Falle des § 80 II 1 Nr. 4 kein Antragsersfordernis.

##### 2. Keine Bestandskraft des VA

Weiterhin würde kein Rechtsschutzbedürfnis bestehen, wenn der VA Bestandskraft entfaltet hätte. Für den Antrag nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO ist zwar keine Frist einzuhalten, jedoch darf der VA nicht bestandskräftig geworden sein. Ansonsten wäre das angestrebte Verfahren aussichtslos, wenn

der VA endgültig vollziehbar wäre.<sup>10</sup> Vorliegend hat der VA durch eine Verfristung keine Bestandskraft erlangt.

Achten Sie bei ihren Formulierungen auf die Klarheit ihrer Aussage. Hier könnte man die Kandidatin auch dahingehend verstehen, dass eine Verfristung vorliegt. Gemeint wurde wohl eher, dass keine Bestandskraft erwuchs, und zwar nicht »durch eine Verfristung« im Besonderen. Besser: »Mangels Verfristung im vorliegenden Fall hat der VA keine Bestandskraft erlangt.«

#### 3. Vorherige Erhebung eines Rechtsbehelfes in der Hauptsache

Umstritten ist, ob die Antragstellerin vorher bzw. zeitgleich einen Rechtsbehelf in der Hauptsache einlegen muss. Einerseits müsste dem Wortsinn des § 80 V 2 VwGO nach keine Anfechtungsklage vor dem Antrag erhoben werden. Jedoch läge dann gar kein Rechtsbehelf vor, dessen Suspensiveffekt wiederhergestellt werden kann.<sup>11</sup> Andererseits ist dies mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, das aus Art. 19 IV GG resultiert, nur schwer vereinbar.<sup>12</sup> Da die Frist des § 74 VwGO nicht abgelaufen ist, besteht auch noch die Möglichkeit einer Klageerhebung. Somit ist es unerheblich, ob das Erheben eines Rechtsbehelfes notwendig ist.

#### 4. Zwischenergebnis

Folglich besteht das Rechtsschutzbedürfnis der Frau Brudermeier.

Zwar ist es üblich, dass das Rechtsschutzbedürfnis am Ende der Zulässigkeit geprüft wird. Es ist aber nicht schädlich, wie vorliegend zu verfahren.

#### V. Antragsgegner, § 78 VwGO analog

Der Antrag müsste gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet werden. Analog § 78 VwGO ist dies die Behörde, die den VA erlassen hat.<sup>13</sup> Vorliegend hat die Stadt N die Versammlungsuntersagung erlassen. Somit ist sie analog § 78 I Nr. 1 Var. 3 VwGO die Antragsgegnerin.

Dies ist ungenau. Im Rahmen des § 78 I Nr. 1 VwGO wird auf den Rechtsträger der Behörde und gerade nicht auf die Behörde selbst abgestellt (vgl. § 78 Nr. 2 VwGO).

#### VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Frau Brudermeier und die Stadt N müssten jeweils beteiligten- und prozessfähig sein. Frau Brudermeier, als natürliche Person, ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt N

<sup>7</sup> Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 9. Auflage (2021), § 30 Rn. 14; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 16. Auflage (2020), Art. 8 Rn. 10; Ehlers, Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrechts, JZ 1996, 776 (781).

<sup>8</sup> v. Münch/Kunig/Ernst, Grundgesetz, 7. Auflage (2021), Art. 8 Rn. 25.

<sup>9</sup> Külpmann, Der erstinstanzliche gerichtliche Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO, in: Finkelberg/Dombert/Külpmann (Hrsg.), Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Auflage (2017), Rn. 899.

<sup>10</sup> Becker/Heckmann/Kempen/Manssen/Heckmann, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Auflage (2015), S. 134.

<sup>11</sup> Eyer mann/Hoppe (Fn. 6), § 80 Rn. 81; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 20. Auflage (2022), Rn. 1498.

<sup>12</sup> BeckOK VwGO/Gersdorf, 01.01.2019, § 80 Rn. 164.

<sup>13</sup> Schenke (Fn.1), § 15 Rn. 593.

als juristische Person ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligten- und prozessfähig gem. § 62 III VwGO iVm. § 86 I 2 NKomVG.

## VII. Zwischenergebnis

Demzufolge ist der Antrag zulässig.

## B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn entweder die Vollziehungsanordnung formell fehlerhaft ist oder eine seitens des Gerichts vorzunehmende Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse der Frau B. das Vollziehungsinteresse der Stadt N überwiegt. Dies richtet sich primär nach den summarisch zu prüfenden Erfolgsaussichten der Hauptsache.

### I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Gem. des Bearbeitervermerks ist dies anzunehmen.

### II. Interessenabwägung

Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn die durch das Gericht durchgeführte Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse der Frau B. das Vollzugsinteresse der Stadt N überwiegt.

Dieser Satz enthält eine kleine Doppelung, welche aber nicht negativ ins Gewicht fällt.

Dies richtet sich nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache, also ob die Versagung der Versammlung rechtmäßig ist und Frau B. in ihren Rechten verletzt ist. Dafür müsste sich die Versagung auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage stützen (1.), von der formell (2.) und materiell (3.) rechtmäßig Gebrauch gemacht wurde.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Es müsste eine verfassungskonforme Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Der Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) verlangt, dass staatliches Handeln durch ein förmliches Gesetz legitimiert wird.<sup>14</sup>

Zunächst käme § 11 NPOG in Betracht. Diese ermächtigt allgemein, Maßnahmen zur Abwehr einer Gefahr zu treffen, also grds. auch das Verbot einer Versammlung. Gegen die Anwendung des § 11 NPOG könnte die sog. »Polizeifestigkeit« der Versammlung sprechen, soweit es sich um eine Maßnahme gegen die Versammlung als solche handelt.<sup>15</sup> Nach dem *lex-specialis* Grundsatz findet das NVersG in solchen Fällen Anwendung. Die Zusammenkunft von Frau Brudermeier und ihren Mitstreitern aus dem privaten

Studienkreis müsste eine Versammlung i.S.d. NVersG darstellen. Eine Versammlung i.S.d. NVersG ist gem. § 2 NVersG eine ortsfeste oder sich bewegende Zusammenkunft von mindestens zwei Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung. Bei dem geplanten Vorhaben von Frau B. handelt es sich um eine Zusammenkunft von erwarteten 30 Personen, die durch hochgehaltene Transparente mit politischen Parolen und Sprechchören übers Megafon kundgeben wollen. Mithin handelt es sich um eine Versammlung i.S.v. § 2 NVersG. Somit fällt § 11 NPOG als Ermächtigungsgrundlage weg.

Im Rahmen der Rechtsgrundlage zeigt die Bearbeiterin, dass sie das Versammlungsrecht auch systematisch einordnen kann. Schön ist, dass die Bearbeitung die wesentlichen Aspekte einer Versammlung kurz subsumiert, ohne hier einen Schwerpunkt zu setzen. Zwar sollte man es vermeiden, Systematik und Auslegung nicht fallbezogen auszuführen. An dieser Stelle bot es sich hingegen an, dem Korrektor einen sicheren Umgang mit dem Versammlungsrecht zu signalisieren. Anwendung findet daher § 8 II 1 NVersG, wodurch eine taugliche Ermächtigungsgrundlage gegeben ist. Anzumerken ist hingegen, dass neben einer Auseinandersetzung mit den nicht einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen selbstverständlich auch diejenigen genannt werden sollten, welche der Prüfung zugrunde gelegt werden. Es fehlt insofern an der Überleitung (§ 3 NPOG) in das korrekte Rechtsregime (§ 8 NVersG).

#### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Versammlungsversagung müsste formell rechtmäßig ergangen sein. Dies ist der Fall, wenn Zuständigkeit, Verfahren und Form gewahrt wurden. Die Stadt N müsste als zuständige Behörde gehandelt haben. Die sachliche Zuständigkeit für die Stadt N ergibt sich aus § 24 I 1 Nr. 1, 2 NVersG, die örtliche aus § 24 II 1 NVersG. Somit ist die Zuständigkeit gewahrt.

Das Verfahren müsste fehlerfrei abgelaufen sein. Vorliegend könnte es sein, dass ein Verfahrensfehler in Form einer fehlenden Anhörung vorliegt. Grds. müssen alle Beteiligten, die durch den VA negativ in ihren Rechten betroffen sind, gem. § 28 I VwVfG angehört werden.<sup>16</sup> In diesem Fall ist nicht ersichtlich, dass solch eine Anhörung stattgefunden hat. Jedoch kann diese gem. § 45 I Nr. 3, II VwVfG bis zum Abschluss der letzten mündlichen Verhandlung im Gerichtsverfahren nachgeholt werden. Unter dem Vorbehalt, dass die Anhörung noch nachgeholt wird, ist das Verfahren fehlerfrei abgelaufen. Dem Formerfordernis, dass ein schriftlicher VA gem. § 39 I VwVfG begründet werden muss, wurde Rechnung getragen. Somit ist der VA formell rechtmäßig ergangen.

<sup>14</sup> Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 8), Art. 20 Rn. 69.

<sup>15</sup> BVerwGE 129, 142 (147); Gröpl/Leinebach, Examensschwerpunkt des Versammlungsrechts, JA 2018, 8 (12).

<sup>16</sup> Kopp/Ramsauer/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 23. Auflage (2022), § 28 Rn. 1.



### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Schließlich müsste die Versagung auch in materieller Hinsicht rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind und von der Rechtsfolge fehlerfrei Gebrauch gemacht wurde.

In der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit lag der Schwerpunkt dieses Teils. Bis zu diesem Punkt lässt sich sehr gut erkennen, was eine Schwerpunktsetzung ausmacht (wie oben vereinzelt bereits angesprochen). Erst ab hier folgen weitere Ausführungen zu einzelnen Punkten. Dies war unter anderem ausschlaggebend dafür, dass sich diese Bearbeitung von anderen absetzte. Die Schwerpunktsetzung führt in dieser Bearbeitung dazu, dass der Korrektor geführt wird und so auf die echten Probleme gelenkt wird. Im vorliegenden Fall boten die folgenden Punkte eine weitaus größere Projektionsfläche für verschiedene Argumente. Durch die Schwerpunktsetzung hat die Bearbeiterin hier Platz, um sich mit diesen nicht nur auseinanderzusetzen, sondern auch eigene Argumente zu entwickeln.

#### a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 II 1 NVersG

Grundsätzlich wird die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit in die Tatbestandsvoraussetzungen und die Rechtsfolgenseite getrennt. Man sollte hingegen beachten, dass die Ebenen kongruieren. Vorliegend wird zwar die Tatbestandsseite aufgemacht, eine Prüfung der Rechtsfolgenseite (konsequent unter b.) erfolgt jedoch nicht, weil die Prüfung unter a. bereits endet. Dem kann man abhelfen, indem man statt mit Unterebenen mit einleitenden Obersätzen arbeitet. So bleibt die Prüfung übersichtlicher und logisch.

##### aa) Versammlung

Die geplante Aktion der Frau B stellt unproblematisch eine Versammlung i.S.d. NVersG dar, s.o.

##### bb) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

Weiterhin müsste die Durchführung der Versammlung eine unmittelbare Gefährdung für die öffentliche Sicherheit darstellen. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit deckt sich mit dem des NPOG.<sup>17</sup> Demnach fällt unter das Schutzzut der öffentlichen Sicherheit der Schutz der objektiven Rechtsordnung, des Staats und seiner Einrichtungen und Veranstaltungen sowie subsidiär (vgl. § 1 III NPOG) die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen.<sup>18</sup>

Hier hätte die Bearbeiterin erneut systematische Aspekte einbringen können. Nachdem der *lex-specialis*-Grundsatz weiter oben bereits genannt worden ist, hätte hier auf

den *lex-imperfecta*-Grundsatz verwiesen werden können. Dennoch ist es auch hier schön, dass der Bezug zum allgemeinen Gefahrenabwehrrecht hergestellt wird.

#### (1) Verstoß gegen § 3 der Friedhofssatzung (FS)

Die anberaumte Versammlung könnte gegen die objektive Rechtsordnung verstoßen. Unter die objektive Rechtsordnung fallen Normen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, zudem auch sonstige Verbotsnormen.<sup>19</sup> In Frage steht, ob die Versammlung gegen § 3 FS verstoßen könnte. Die Satzung erklärt Versammlungen und andere Zusammenkünfte grds. für unzulässig. Es handelt sich um eine Verbotsnorm, die mithin unter die objektive Rechtsordnung fällt. Damit jedoch ein Verstoß gegen § 3 FS vorliegen kann, muss § 3 der Satzung rechtmäßig sein. Im Falle einer möglichen Rechtswidrigkeit würde die Norm, laut dem von der herrschenden Lehre vertretenen Nichtigkeitsdogma, keine juristische Geltung erlangen.<sup>20</sup> Bezüglich der Rechtmäßigkeit, insb. einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage für § 3 FS bestehen jedoch Zweifel.

Die Prüfung der Vereinbarkeit von § 3 FS mit höherrangigem Recht ist hier sehr schön eingeführt worden. Allerdings wirkt auch hier die Eröffnung einer Unterebene wieder unnötig, da (2) erneut das Zwischenergebnis bereits festhält.

#### (a) Rechtmäßigkeit des § 3 der FS

Um die oben geforderte Rechtmäßigkeit annehmen zu können, müsste eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Von dieser müsste formell sowie materiell rechtmäßig Gebrauch gemacht worden sein.

§ 10 NKomVG könnte diese taugliche Ermächtigungsgrundlage darstellen. Dabei handelt es sich um eine Generalermächtigungsgrundlage für die Kommune zum Satzungs-erlass im eigenen Wirkungsbereich gem. Art. 28 II GG.<sup>21</sup> Aufgrund der allgemeinen Formulierung ist § 10 NKomVG nicht in der Lage, Eingriffe in Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte zu rechtfertigen.<sup>22</sup> In Konstellationen, in denen die Satzung in Freiheiten und Eigentum eingreift, bedarf es einer speziell gesetzlichen Befugnisnorm, wobei die Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff hinreichend bestimmt sein müssten.<sup>23</sup>

Dies sind erneut recht allgemeine Ausführungen, denn die folgenden Ausführungen beschäftigen sich nicht mit einer anderen Befugnisnorm, sondern der abstrakten Vereinbarkeit des § 3 FS mit höherrangigem Recht, was hier auch Schwerpunkt war. Eine Beschäftigung mit der Rechtsgrundlage müsste auch zu §§ 13a, 20 NBestattG führen. Dies führt dann jedoch zu einer umständlichen Prüfung.

<sup>17</sup> Hartmann/Mann/Mehde/Mehde (Fn. 3), § 4 Rn. 152.

<sup>18</sup> Erbguth/Mann/Schubert/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage (2020), § 13 Rn. 435.

<sup>19</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2007, 216; NdsVBl. 2018, 53 (55)

<sup>20</sup> Sodan/Ziekow/Heckmann (Fn. 7), § 183 Rn. 12.

<sup>21</sup> PdK/Wefelmeier, 11.12.2022, § 10 NKomVG Rn. 2.

<sup>22</sup> Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann (Fn. 3), § 6 Rn. 127.

<sup>23</sup> BeckOK NKomVG/Bahr, 01.04.2023, § 10 Rn. 15.

Aus diesem Grund wäre es vorzugswürdig gewesen, den § 3 FS als taugliche Rechtsgrundlage zu prüfen. Dort hätten dann die nachstehenden Erwägungen ebenso angestellt werden können. Der hiesige Aufbau ist jedoch vertretbar, insbesondere weil die Bearbeiterin die wesentlichen Argumente dennoch präsentiert.

Indem § 3 FS Versammlungen und andere Zusammenkünfte grds. für unzulässig erklärt und eine Ausnahmezulassung ermöglicht, wird der Kerngedanke des Art. 8 I GG angegriffen. Art. 8 I GG soll es ausdrücklich erlauben, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis zu versammeln. Unter Umständen könnte der ansonsten bestehende Eingriff in Art. 8 GG jedoch ausgeschlossen sein. Denn der Eingriff ist erst möglich, wenn sich auf dem Friedhof überhaupt auf Art. 8 GG berufen werden kann.

Hier scheint die Prüfung kurz etwas inkonsequent, weil in der Antragsbefugnis nicht entschieden wurde, ob sich Frau Brudermeier überhaupt auf Art. 8 I GG berufen kann. Auf die Stringenz der Prüfung sollte deshalb geachtet werden.

Art. 8 I GG gewährleistet zwar selbst zu bestimmen, wann, wo und unter welchen Modalitäten die Versammlung stattfinden soll. Jedoch schafft sie dem Bürger keinen Zutritt zu Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder der Widmung nach nur für bestimmte Zwecke geschaffen wurden.<sup>24</sup> § 2 FS bestimmt gerade, dass der Friedhof nur der Trauerverarbeitung und dem Gedenken an Verstorbene dienen soll. Orte, an denen der kommunikative Verkehr geöffnet wurde, sind jedoch auch für Versammlungen zugänglich und fallen somit auch in den Schutzbereich des Art. 8 GG.<sup>25</sup> Indem die Stadt auf dem Friedhof am 21. 3. 2023 eine für die Öffentlichkeit stattfindende Mahnwache für den Klimawandel veranstalten will, eröffnet sie für diesen Tag den Ort zur öffentlichen Kommunikation zu diesem Thema. Daher ist es möglich, sich an diesem Tag auf die Versammlungsfreiheit zu berufen, wenn sich die Versammlung thematisch auf den Klimawandel bezieht.<sup>26</sup>

Dies ist eine sehr richtige Beobachtung, welche entscheidend für die Falllösung war. Bearbeitende mussten hier den Sachverhalt aufmerksam lesen und verstehen, welche Konsequenzen die Mahnwache in diesem Kontext mit sich bringen, was ebenfalls in der gebotenen Länge behandelt wird.

Somit ist grds. ein Eingriff in Art. 8 I GG denkbar, da die Friedhofssatzung im Hinblick auf die Versammlungsfreiheit an diesem Tag zurücktritt. Aufgrund des Eingriffscharakters scheidet § 10 I NKomVG als Ermächtigungsgrundlage aus und es bedarf einer speziell gesetzlichen Ermächtigung.

Auf den ersten Blick könnte nun an eine analoge Anwendung von Art. 80 I 2 GG gedacht werden.<sup>27</sup> Jedoch

werden Rechtsverordnungen im Gegensatz zu Satzungen von der Exekutiven, meist in Form der Verwaltung, erlassen. Satzungen hingegen werden von demokratisch gewählten Organen, die durch die Wahl Satzungs- und Rechtssetzungskompetenz erlangen, beschlossen. Daher bedürfen Rechtsverordnungen einer formellen Anbindung an das Gesetz.<sup>28</sup> Aus diesen Gründen ist die analoge Anwendung von Art. 80 I 2 GG nicht möglich.

Zwar zielt diese Passage auf das korrekte Ergebnis (des nachfolgenden Absatzes). Es muss aber aufgepasst werden, dass sauber argumentiert wird. Eine so strikte Abgrenzung zwischen Rechtsverordnungen und Satzungen, von denen nur erstere von der Exekutive erlassen werden können, existiert wie von der Kandidatin behauptet, nicht. Vielmehr ist die Einräumung von Satzungsautonomie ein Problem der demokratischen Legitimierung.<sup>29</sup>

In Frage kommt noch § 13a Nds. BestattG. Diese Norm gibt der Gemeinde die Möglichkeit, eine Satzung zu erlassen, um die Friedhofsordnung zu regeln. Jedoch muss auch die Gemeinde hinsichtlich des kommunalen Satzungsrechts den Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 III GG beachten. Daraus ergibt sich, dass kein Verstoß gegen höherrangiges Recht vorliegen darf.<sup>30</sup> Im Hinblick auf § 3 der FS kommt durch § 13a Nds. BestattG ein Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt in Betracht. Dieser schreibt vor, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen in grundlegenden normativen Bereichen selbst zu entscheiden hat.<sup>31</sup> Besondere Relevanz kommt dem Parlamentsvorbehalt bei grundrechtsrelevanten Entscheidungen zu, denn im Bereich der Grundrechtsausübung muss der Gesetzgeber alle wesentlichen Regelungen selbst treffen.<sup>32</sup> Die parlamentsgesetzliche Norm muss den Rahmen der Eingriffsmöglichkeit bestimmen.<sup>33</sup> Diese oben angeführte Wesentlichkeit kann primär aus dem Eingriff in ein Grundrecht, aber auch aus der Intensität der Betroffenheit des Grundrechts, abgeleitet werden.<sup>34</sup> Vorliegend wird (wie oben schon beschrieben) in die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der Versammlung ohne Anmeldung und Erlaubnis eingegriffen. Grundlegend handelt es sich bei Art. 8 GG um ein wichtiges Element eines demokratischen Staates. Insbesondere die Bedeutung im Prozess des öffentlichen Meinungsbildes darf nicht verkannt werden, vielmehr stellt Art. 8 GG ein demokratisches Schlüsselgrundrecht dar.<sup>35</sup> Weiterhin dient das Grundrecht einer ungehinderten Persönlichkeitsentfaltung.<sup>36</sup> Und nicht zuletzt wird das Grundrecht

gen, WiVerw 2016, 37.

<sup>28</sup> Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage (2020), § 4 Rn. 26.

<sup>29</sup> Saurer, Exekutive Normsetzung, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Rn. 61 f.

<sup>30</sup> Brüning (Fn. 27), 37.

<sup>31</sup> BVerfGE 84, 212 (226); 101, 1 (34); 136, 69 (Rn. 107); 137, 350 (Rn. 3).

<sup>32</sup> Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 8), Art. 20 Rn. 72.

<sup>33</sup> BVerwGE 125, 68.

<sup>34</sup> Sachs/Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage (2021), Art. 20 GG Rn. 117.

<sup>35</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Depenheuer, Grundgesetz, 99. EL (2022), Art. 8 Rn. 32.

<sup>36</sup> BVerfGE 69, 31 (343).

<sup>24</sup> BVerfG, NJW 2011, 1201 Rn. 65.

<sup>25</sup> BVerfG, NJW 2014, 2706 Rn. 16.

<sup>26</sup> BVerfG, NJW 2014, 2706 Rn. 19.

<sup>27</sup> Brüning, Kommunale Gestaltungsmöglichkeiten bei Friedhofssatzun-

vom Bundesverfassungsgericht als konstituierend für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung betitelt.<sup>37</sup> Es kann festgestellt werden, dass durch die Satzung nicht nur in einen grundlegenden normativen Bereich eingegriffen wird. Indem die Satzung Versammlungen grundsätzlich für unzulässig erklärt, mit Ausnahmemöglichkeit, und nicht nur Beschränkungen oder Einschränkungen ermöglicht, besteht ein intensiver Eingriff in Art. 8 GG. Somit kann davon ausgegangen werden, dass es sich um solch eine wesentliche Materie handelt, die vom Parlament selbst entschieden werden soll und nicht von der Kommune in Form einer Satzung. Um dem Parlamentsvorbehalt zu genügen, hätte in § 13a Nds. BestattG also festgelegt werden müssen, in welchem Rahmen die Gemeinden befugt sein sollen, in Grundrechte eingreifen zu dürfen. Ein Beispiel dafür bildet § 7 II 2, 3 des Sächsischen Bestattungsgesetzes.<sup>38</sup>

Die Ermächtigungsgrundlage verstößt also im Hinblick auf § 3 der FS gegen höherrangiges Recht in Form des Parlamentsvorbehaltes. § 13a Nds. Bestattungsgesetz bildet keine taugliche Ermächtigungsgrundlage.

Die Ausführungen zu Art. 80 GG, § 13a Nds. BStattG und zum Wesentlichkeitsvorbehalt sind mutig und gehen an dieser Stelle über den Erwartungshorizont hinaus. Es rundet die anfängliche Argumentation um die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht noch einmal ab. Die Ausführungen zum Wesentlichkeitsvorbehalt sind gut vertretbar und können letztlich überzeugen, indem vergleichbare Normen, hier aus dem Sächs. BestattG, herangezogen werden. Dies führt gleichzeitig vor das Auge, dass besonders kreative und *prima facie* unübliche Argumentationen überzeugen können. Wichtig ist nur, dass die Argumentation stringent, übersichtlich und gut recherchiert ist.

#### (b) Zwischenergebnis

§ 3 der Satzung ist demnach aufgrund einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig. Die übrigen Normen der Friedhofssatzung weisen solche wesentlichen Grundrechtseingriffe nicht auf, sodass von einer Teilnichtigkeit der Satzung auszugehen ist.<sup>39</sup> Ein Verstoß gegen § 3 FS kommt daher nicht in Betracht.

#### (2) Verstoß gegen den Widmungszweck des Friedhofes

Es könnte eine Störung der öffentlichen Sicherheit vorliegen, wenn die Protestaktion gegen den Widmungszweck des Friedhofes verstoßen würde. Die Widmung einer öffentlichen Sache bestimmt die Benutzungsart und den Be-

nutzungsumfang.<sup>40</sup> § 2 FS legt den Zweck des Friedhofes dahingehend fest, dass Friedhöfe in besonderer Weise der Trauerverarbeitung und dem Gedenken an Verstorbene dienen sollen. Grds. soll dieser also einen Ort für die trauernden Angehörigen darstellen, um an den Verstorbenen zu erinnern. Frau B und ihre Mitstreiter wollen die Versammlung auf dem Friedhof nutzen, um den Politikern ihre »falsche« Politik vorzuhalten. Sie sind überzeugt, dass der Klimawandel auf Übertreibungen beruht. Insbesondere die Veränderungen der Friedhofsauna seien auf den Personal-mangel im öffentlichen Dienst und die daraus resultierende schlechte Versorgung zurückzuführen. Die Änderungen seien insofern menschengemacht, jedoch nicht klimabedingt. Sie wollen darauf durch Transparente mit entsprechenden Aufschriften und Sprechchören, die durch ein Megafon verbreitet werden, aufmerksam machen. Unproblematisch fällt dies nicht unter den oben angesprochenen Widmungszweck der Trauerverarbeitung oder Gedenken an die Verstorbenen. Ein Verstoß gegen den Widmungszweck kann jedoch nicht vorliegen, wenn die Gemeinde den Ort, in diesem Fall den Friedhof, durch die geplante öffentliche Mahnwache für die allgemeine Kommunikation eröffnet hat.<sup>41</sup> Die oben genannte Öffnung für die öffentliche Kommunikation<sup>42</sup> erweitert den Widmungszweck am besagten Tag dahingehend, dass sich mit dem Thema des Klimawandels auseinandergesetzt werden darf, in Form einer öffentlich zugänglichen Mahnwache, auf der Reden und Vorträge vom zuständigen Stadtdezernenten und einem Klimaforscher gehalten werden sollen. Die geplante Aktion von Frau B. und ihren Mitstreitern entspricht jedoch nicht dem Rahmen der Mahnwache.

Daher ist es entscheidend, ob der kommunikative Verkehr nur für vergleichbare Veranstaltungen, wie in diesem Fall einer Mahnwache, von der Gemeinde eröffnet werden darf, oder dieser für jegliche Veranstaltungen eröffnet ist. Klarstellung dahingehend wurde durch das BVerfG geschaffen: Zwischen der Versammlungsfreiheit und der Eröffnung des kommunikativen Verkehrs besteht ein unabdingbarer Zusammenhang.<sup>43</sup> Aus diesem Grund kann sich nicht auf die unterschiedlichen Ausgestaltungen der Aktionen berufen werden. Dies würde im Widerspruch zu der eigenen Öffnungsentscheidung der Friedhofsverwaltung stehen.<sup>44</sup> Somit kann sich daraus kein Verstoß gegen den Widmungszweck ergeben.

An dieser Stelle eine methodische Anmerkung: Man sollte darauf achten, dass Fußnoten nicht in der Subsumtion gesetzt werden, welche das Ergebnis der Subsumtion bestätigen sollen. Möchte man ein aus der Literatur oder Rechtsprechung entwickeltes Argument auf den Fall übertragen, so muss dies auch in der Fußnote gekennzeichnet werden. Für diese Fn. bspw. »Für die Öffnung eines

<sup>37</sup> BVerfGE 128, 226 (250).

<sup>38</sup> Andere Feiern bedürfen einer Genehmigung des Friedhofsträgers. Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass durch die Art der Bestattungs- oder Totengedenkfeiern das sittliche Empfinden der Allgemeinheit oder das religiöse Empfinden der Kirchen oder der Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften oder ihrer Mitglieder verletzt werden könnte.

<sup>39</sup> BeckOK GO NRW/Peters, 01.03.2023, § 7 Rn. 26.

<sup>40</sup> Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann (Fn. 3), § 6 Rn. 55.

<sup>41</sup> Düring/Herzog/Scholz/Depenheuer (Fn. 36), Art. 8 GG Rn. 76.

<sup>42</sup> BVerfG NJW 2014, 2706 (Rn. 19).

<sup>43</sup> BVerfGE 128, 226 (252).

<sup>44</sup> BVerfGE 128, 226 (252).



öffentlichen Raums zugunsten der Kommunikation vgl. [...]« oder »Einen vergleichbaren Fall betreffend [...]«.

Um diesen Verstoß zu umgehen, müsste Frau B. sich als niederländische Staatsbürgerin jedoch auch auf Art. 8 I GG berufen können. Es handelt sich bei dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit um ein Deutschengrundrecht. Somit ist zu klären, inwiefern sich der Schutzbereich auch auf Frau B. ausweitet. Es werden unterschiedliche Ansichten vertreten, ob dies möglich ist.

Dem strengen Wortsinn des Art. 8 I GG nach sind nur Deutsche Träger dieses Grundrechts. Der Begriff des Deutschen richtet sich nach Art. 116 I GG.<sup>45</sup> Frau B. fällt mithin nicht unter den Begriff des Deutschen iSv. Art. 116 I GG. Einer solch strengen Auslegung spricht jedoch das Antidiskriminierungsgebot des Art. 18 AEUV entgegen. Daher könnte Art. 8 I GG auch dahingehend ausgelegt werden, dass aufgrund des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots, Art. 18 ff. AEUV, Unionsbürger auch unter den Begriff des Deutschen iSv. Art. 8 I GG zählen.<sup>46</sup> Somit wäre es für Frau B möglich, sich auf Art. 8 I GG zu berufen.

Es wird auch vertreten, dass sich nicht in direkter Anwendung auf Art. 8 I GG berufen werden kann als EU-Bürger. Ein Schutz soll jedoch über den Auffangtatbestand des Art. 2 I GG erfolgen.<sup>47</sup> Um ein annähernd identisches Schutzniveau zu sichern, muss die Schranke der allgemeinen Handlungsfreiheit einschränkend i.S.e. analogen Anwendung der Schranke des Art. 8 I GG interpretiert werden.<sup>48</sup> Dieser Ansicht nach würde Frau B sich nicht auf Art. 8 I GG berufen können.

Beide Ansichten kommen zu einem unterschiedlichen Ergebnis, daher ist zu entscheiden, welcher Ansicht gefolgt werden kann. Gegen die Anwendung von Art. 2 I GG spricht, dass dadurch die vom Verfassungsgeber gewollte Differenzierung zwischen Ausländern und Deutschen unterlaufen werden würde. Zudem werden das Spezialitätenverhältnis zwischen Spezialgrundrecht, Art. 8 GG und den Aufanggrundrecht Art. 2 I GG nicht beachtet.<sup>49</sup>

Weiterhin verkennt diese Ansicht auch, dass das Unionsrecht den EU-Bürgern gegenüber anderen Ausländern Privilegien einräumt. Denn erstere sollen mit den Inländern nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich gleichgestellt werden. Daraus resultiert, dass es notwendig ist, dass Unionsbürger auch Träger von Deutschengrundrechten sein müssen. Somit ist letztgenannter Ansicht zu folgen.

Hier entstehen der Kandidatin sprachliche Ungenauigkeiten, welche Verwirrung stiften können. Es wird vor

allem dagegen argumentiert, Gehalt und Schranke von Art. 8 I GG auf Art. 2 I GG zu übertragen. Der letzte Satz des vorliegenden Absatzes soll sich dann auf die Meinung der europarechtsbedingten Gleichbehandlung beziehen, welche im Vorsatz anklängt. Dies ist nicht deutlich genug. Hier sollte im Ergebnissatz deutlich werden, welcher Meinung die Kandidatin folgt. Ein klassischer Streit wie vorliegend muss daher transparenter aufgebaut werden.

Grds. steht Frau B. also die grundrechtliche Freiheit aus Art. 8 I GG zu. Aus diesem Grund muss der Widmungszweck hinter den Art. 8 I GG zurücktreten. Daher kann kein Verstoß gegen den Widmungszweck vorliegen.

### (3) Zwischenergebnis

Demzufolge ist kein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit ersichtlich und auch nicht erwartbar.

#### cc) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 8 II NVersG ist nicht erfüllt.

#### b) Zwischenergebnis

In materieller Hinsicht wurde von der Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig Gebrauch gemacht.

Das ist ein ungenauer Satz. Man kann von einer Ermächtigungsgrundlage nur Gebrauch machen, wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind. Hier liegen jedoch die Tatbestandsvoraussetzungen bereits nicht vor. Terminologisch spricht man von einem rechtswidrigen Gebrauch eher, sofern Ermessen in einer rechtswidrigen Art und Weise gebraucht worden ist.

### 4. Zwischenergebnis der Interessenabwägung

Der VA ist rechtswidrig. Daher ergibt die summarische Überprüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass das Aussetzungsinteresse der Frau B. überwiegt, denn die Stadt N kann aufgrund ihrer Bindung an Recht und Gesetz, normiert in Art. 1 III und 20 III GG, kein Interesse am Vollzug eines rechtswidrigen VA haben.

### III. Ergebnis der Begründetheit

Der Antrag von Frau B. ist begründet.

### C. Ergebnis

Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg.

## TEIL 2:

Das Europarecht wird immer relevanter in der juristischen Ausbildung. Man sollte vor der Beantwortung der Fallfrage eine Standortbestimmung vornehmen und sich zunächst orientieren, welche Rechtsquellen vorliegend in Betracht

<sup>45</sup> BVerfGE 33, 1.

<sup>46</sup> Voßkuhle/Schemmel, Grundwissen-Öffentliches Recht: Die Versammlungsfreiheit, JuS 2022, 1113 (1114).

<sup>47</sup> Sachs/Höfling (Fn. 35), Art. 8 Rn. 50.

<sup>48</sup> Dörr/Grote/Marauhn/Brömer, EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 3. Auflage (2022), Kapitel 19 Rn. 16.

<sup>49</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Scholz (Fn. 35), Art. 9 Rn. 47.

kommen. Insbesondere im Europarecht sollten sich Bearbeitende bewusst darüber sein, ob es sich um Grundfreiheiten, Rechte aus der Europäischen Grundrechtecharta (GrCh) oder sogar aus der Europäischen Konvention für Grundfreiheiten und Menschenrechte (EMRK) handelt, ggf. auch wie diese korrelieren.<sup>50</sup> Die vorliegende Konstellation zielte auf eine Auseinandersetzung mit den Grundfreiheiten ab. Man kann hingegen auch an Rechte aus der GrCh denken. Dann muss man sich intensiver mit Art. 51 GrCh beschäftigen. Bei der vorliegenden Bearbeitung merkt man, dass sich mit dem Prüfungsaufbau europäischer Grundfreiheiten vorher auseinandergesetzt wurde.

## A. Vereinbarkeit der gewerblichen Urnenaufbewahrung mit Europarecht

Ein Verbot der gewerblichen Urnenaufbewahrung gegenüber »I vorstir cari Srl« könnte gegen Art. 49 AEUV, der Niederlassungsfreiheit, verstoßen. Zunächst müsste Art. 49 AEUV überhaupt Anwendung finden (I.) und der Schutzbereich eröffnet sein (II.). Weiterhin müsste das Verbot der Stadt N eine Beeinträchtigung dessen darstellen (III.) und diese Beeinträchtigung müsste rechtswidrig, also gerade nicht durch die Schranken des Art. 49 AEUV gerechtfertigt, sein (IV.).

### I. Anwendbarkeit

Zunächst müsste Art. 49 AEUV, als Primärrecht, überhaupt anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn es kein Sekundärrecht gibt, welches eine Regelung für den genannten Fall vorsieht.<sup>51</sup> Unter das Sekundärrecht fallen gem. Art. 288 AEUV Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse.<sup>52</sup> Vorliegend ist keine Normsetzung solcher Art bekannt, die die gewerbliche Urnenaufbewahrung regelt.

Weiterhin müsste das Primärrecht auch unmittelbar anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn das Primärrecht klare und eindeutige Verpflichtungen enthält, die unabhängig vom Erlass weiterer Rechtsakte erfüllbar sind.<sup>53</sup> Für die Grundfreiheiten des AEUV, also auch Art. 49 AEUV ist die unmittelbare Anwendung anerkannt.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Dazu können erste Aufsätze wie *Ruffert/Grischek/Schramm*, Europarecht im Examen – Die Grundrechte, JuS 2020, 1022 und *Dies.*, Europarecht im Examen – Die Grundfreiheiten, Jus 2021, 407 sowie der Examenskurs von Prof. Dr. Frank Schorkopf (abrufbar unter: <https://www.uni-goettingen.de/de/examenskurs+eur/632731.html>, zuletzt abgerufen am 2.8.2023) helfen, sich einen Überblick zu verschaffen.

<sup>51</sup> *Sauer*, Staatsrecht III, 7. Auflage (2022), § 8 Rn. 12.

<sup>52</sup> *Ruffert/Grischek/Schramm*, Europarecht im Examens-Rechtsquellen und Rechtssetzung im Unionsrecht, JuS 2020, 413.

<sup>53</sup> v. der Groeben/Schwarze/Hatje/Lachmeier/von Förster, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage (2015), Art. 216 AEUV Rn. 18.

<sup>54</sup> *Sauer* (Fn. 51), § 8 Rn. 12.

## II. Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 49 AEUV müsste in persönlicher sowie sachlicher Hinsicht eröffnet sein. Zudem müsste ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben sein.

### 1. Grenzüberschreitender Sachverhalt

Zunächst müsste ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen. Dafür ist es ausdrücklich des EUGH ausreichend, wenn der Wohnort und der Tätigkeitsstaat auseinanderfallen.<sup>55</sup> Auch Zweigstellen sind dem Wortlaut des Art. 49 AEUV nach davon umfasst. Vorliegend eröffnet die Firma »I vorstir cari Srl« eine Zweigstelle in der Stadt N. Die Firma stammt aus Italien. Somit ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben.

### 2. Persönlicher Schutzbereich

In persönlicher Hinsicht schützt die Niederlassungsfreiheit denjenigen, der auch Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der EU ist.<sup>56</sup> Bei dem Betreiber der Urnenaufbewahrungsfirma Mario de Morti handelt es sich um einen italienischen, mithin EU-Staatsbürger. Somit ist der persönliche Schutzbereich eröffnet.

Gefragt wurde nach der Vereinbarkeit der Regelung gegenüber der »I vostri cari Srl« und nicht des M. Natürliche und juristische Person sind nicht das gleiche. Über Art. 54 AEUV ist der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit auch für juristische Personen eröffnet.

### 3. Sachlicher Schutzbereich

Auf sachlicher Ebene berechtigt Art. 49 AEUV juristische sowie natürliche Personen eine dauerhafte selbstständige Tätigkeit auszuüben, in einem Mitgliedsstaat unter den Bedingungen, wie sie für die Inländer gelten.<sup>57</sup> Mario die Morti ist selbstständiger Inhaber der Urnenaufbewahrungsfirma, die gegen Entgelt arbeitet. Entscheidendes Kriterium für die Zuordnung der Tätigkeit zur Niederlassungsfreiheit ist jedoch die Dauerhaftigkeit. Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Aus dem Sachverhalt gehen keine Angaben hervor, die gegen eine Dauerhaftigkeit sprechen würden. Vielmehr spricht auch das Anzeichen einer niedergelassenen Zweigstelle für die Dauerhaftigkeit.<sup>58</sup> Das gewerbliche Aufbewahren von Urnen im Fall von Mario de Morti steht auch nicht in Verbindung mit der Ausübung von hoheitlicher Gewalt.<sup>59</sup> Daher

<sup>55</sup> *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff/Eisendle*, Das Rechts der Europäischen Union Bd. 1, 78. EL (2023), Art. 45 AEUV Rn. 52.

<sup>56</sup> *Callies/Ruffert/Korte*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Auflage (2022), Art. 49 AEUV Rn. 8.

<sup>57</sup> *Pache*, Grundfreiheiten, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, § 10 Rn. 175.

<sup>58</sup> *Callies/Ruffert/Korte* (Fn. 67), Art. 49 AEUV Rn. 43.

<sup>59</sup> *Streinz/Müller-Graff*, EUV/AUV, 3. Auflage (2018), Art. 51 AEUV Rn. 4.

ist keine Ausnahme gem. Art. 51 AEUV ersichtlich. Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.

Hier wird sehr schön eine kurze Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vorgenommen.

#### 4. Zwischenergebnis

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist eröffnet.

### III. Beeinträchtigung

Es müsste eine Beeinträchtigung vorliegen. Diese liegt nach der sog. »Gebhard-Formel« vor, wenn die Maßnahme geeignet ist, die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.<sup>60</sup> Zudem handelt es sich bei der Niederlassungsfreiheit nicht nur wie lange Zeit anerkannt, um ein Diskriminierungsverbot, sondern auch um ein darüberhinausgehendes Beschränkungsverbot.<sup>61</sup> Indem die Stadt N dem Betreiber der Firma ein Verbot seiner Tätigkeit ausspricht, liegt ein absolutes Zugangshindernis vor.<sup>62</sup> Aus diesem Grund handelt es sich um eine Beschränkung, ohne Verbot.<sup>63</sup> Mithin liegt eine Beeinträchtigung des Art. 49 AEUV vor. Weil es für die Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeeinträchtigungen eine Rolle spielen kann, hätte zwischen einer Beeinträchtigung und einer mittelbaren Diskriminierung weiter differenziert werden können.

### IV. Rechtfertigung

Jedoch besteht die Möglichkeit einer Rechtfertigung dieses Eingriffs. Grds. kämen zunächst Art. 52 I AEUV, aber auch zwingende Gründe des Allgemeinwohls als Rechtfertigungsgründe in Betracht.<sup>64</sup>

Die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls wurden nicht abschließend geregelt, beispielhaft aufgezählt werden jedoch vom EuGH die Lauterkeit des Handelsverkehrs, die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle oder der Schutz der öffentlichen Gesundheit.<sup>65</sup> Voraussetzung für eine Rechtfertigung der o.g. Beeinträchtigung ist jedoch, dass die Beschränkung in der Lage ist, das durch sie verfolgte Ziel zu erreichen und nicht über ein erforderliches Maß hinausgeht.<sup>66</sup>

Aufgrund einer nicht vorhandenen Sonderregelung greift Art. 52 I AEUV in diesem Fall nicht als Rechtfertigungs-

grund.<sup>67</sup> Dies ist erklärungsbedürftig. Art. 52 AEUV ist zunächst die einschlägige Schranke für die Beeinträchtigung. Mit der »Sonderkonstellation« meint die Bearbeiterin, dass eine auf Ausländer abzielende Regelung, also eine offene Diskriminierung, vorliegt. Damit hätte sich jedoch weiter auseinandergesetzt werden müssen, so z.B. ob eine Anwendbarkeit mit mittelbaren Diskriminierungen auch möglich sei. Dass die bereits in der letzten Anmerkung angesprochene Differenzierung fehlt, schafft hier kleinere Unklarheiten, die zulasten des Verständnisses der Bearbeitung gehen.

### 1. Achtung der Verstorbenen

Als ersten möglichen Rechtfertigungsgrund für das Verbot führt die Stadt N die gebührende Achtung des Andenkens an den Verstorbenen an. Ihrer Ansicht kann dies nur durch die kommunale Hand gewährleistet werden. Anerkanntermaßen handelt es sich dabei um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses.<sup>68</sup> Grds. ist erst einmal festzustellen, dass es möglich ist, wenn die Urne in privater Hand aufbewahrt wird, dass durch pietätlosen Umgang oder sonstige Verhaltensweisen das Ansehen der Verstorbenen beschmutzt werden kann. Ein allumfassendes Verbot, wie das der Stadt N, ist zwar grds. in der Lage dies zu verhindern. Es muss sich jedoch vor dem Gedanken des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Frage gestellt werden, ob dies überhaupt erforderlich ist und nicht über das Erforderliche hinausgeht.<sup>69</sup> Gegen ein generelles Verbot könnte angeführt werden, dass es auch ausreichen würde, eine Art Katalog mit Verhaltensregeln auszustellen, die einzuhalten sind im Umgang mit der Asche Verstorbener. Diese Regeln könnten in der Art an die Standards angepasst werden, sodass keine Bedenken mehr bestehen würden, dass die Urnenaufbewahrung in privater Hand hinter den Standards der öffentlichen Aufbewahrung zurückbleibt. Zudem könnten durch die kommunale Hand auch unangekündigte Kontrollen durchgeführt werden. Somit könnte auf diese Weise ein ebenso pietätvoller Umgang mit den Aschen der Verstorbenen gesichert werden, ohne ein generelles Verbot auszusprechen. Somit fehlt es an der Erforderlichkeit der Regelung.

### 2. Schutz der öffentlichen Gesundheit

Weiterhin gibt die Stadt zu bedenken, dass durch die private Aufbewahrung von der Asche hygienische Probleme auftreten, die den Schutz der öffentlichen Gesundheit gefährden könnten. Dieser wird wie oben geschildert unproblematisch als zwingender Grund des Allgemeininteresses anerkannt.<sup>70</sup> Es ist festzustellen, dass eine Urnenaufbewahrungsfirma lediglich, wie der Name schon ausdrückt, die Urne aufbewahrt. In dieser befindet sich nicht mehr die Leiche des Verstorbenen, sondern lediglich seine Asche. Dahingehend ist zu beachten, dass vom EuGH festgestellt wurde, dass durch die Hitze der Einäscherung die Asche des Verstorbenen steril

<sup>60</sup> Ruffert/Grischek/Schramm, Europarecht im Examen-Die Grundfreiheiten, JuS 2021, 407 (411).

<sup>61</sup> Grabitz/Hilf/Nettersheim/Forstthoff (Fn. 55), Art. 49 AEUV Rn. 88.

<sup>62</sup> Musli/Weber-Greller/Musli, Europäisches Steuerrecht, 2. Auflage (2022), Art. 49 AEUV Rn. 29.

<sup>63</sup> Callies/Ruffert/Korte (Fn. 56), Art. 49 Rn. 65.

<sup>64</sup> Pechstein/Nowak/Häde/Kainer, Frankfurter Kommentar zur EUV, GRC und AEUV, Bd. 2, 1. Auflage (2017), Art. 49 AEUV Rn. 70.

<sup>65</sup> Cremer, Die Grundfreiheiten des Europäischen Unionsrecht, JA 2015, 39 (52).

<sup>66</sup> EuGH, NJW 1996, 579 (Gebhard); EuGH, NJW 2017, 1455 (Piringer).

<sup>67</sup> Callies/Ruffert/Korte (Fn. 56), Art. 49 Rn. 72.

<sup>68</sup> Ogorek, Verbot gewerblicher Urnenaufbewahrung-Niederlassungsfreiheit, JA 2019, 713 (715).

<sup>69</sup> Pechstein/Nowak/Häde/Kainer (Fn. 64), Art. 49 AEUV Rn. 72.

<sup>70</sup> Siehe oben.

wird.<sup>71</sup> Aus diesem Grund können als Rechtfertigungsgrund keine hygienischen Erwägungen herangezogen werden.

Werte- und Moralverstoß durch die im Vordergrund stehende Gewinnerzielungsabsicht

Zuletzt versucht die Stadt in das Verbot für die private Urnenaufbewahrung vor dem Hintergrund der Gewinnabzielungsabsicht der privaten Betriebe zu rechtfertigen. Normalerweise soll bei der Urnenaufbewahrung der Gewinnaspekt nicht beachtet werden. Vielmehr sollen moralische und religiöse Werte der Allgemeinheit im Vordergrund stehen. Zunächst erscheint schon problematisch, ob es sich dabei überhaupt um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses handeln. Dies kann jedoch dahinstehen, denn auch in öffentlicher Hand müssen Gebühren für die Aufbewahrung der Aschen entrichtet werden.<sup>72</sup> Die Absicht der Gewinnerzielung könnte auch dahingehend gedeckelt werden, dass es eine Art Gebührenordnung gibt, auf der eine Art Preisliste festgeschrieben ist. Es ist also festzuhalten, dass es widersprüchlich erscheint, wenn die Stadt anbringt, dass nur die Gewinnerzielungsabsichten im Vordergrund stehen würde, denn ihre Gebühren würden auch den moralischen und religiösen Werten widersprechen. Auch aus diesem Argument kann keine Rechtfertigung der Beeinträchtigung erfolgen.

### **3. Zwischenergebnis**

Aus den oben genannten Gründen kann keine Rechtfertigung der Beschränkung von Art. 49 AEUV erfolgen.

### **V. Ergebnis**

Daher ist das Verbot privater Urnenaufbewahrung nicht mit der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, vereinbar und steht somit auch nicht im Einklang mit dem Europarecht.

---

<sup>71</sup> EuGH C 342/17, BeckRS 2018, 28332.

<sup>72</sup> *Ogorek* (Fn. 68), JA 2019, 713 (715).