

Verfasser:  
LJPA 497/98

Hamburg, 26.7.08

Examenshausarbeit  
im  
Öffentlichen Recht

## Aufgabenstellung

In den vergangenen fünf Jahren wurde in der Bundesrepublik Deutschland eine wachsende Anzahl von Seuchenerkrankungen durch sog. „Importinfektionen“, d.h. durch Ansteckung von Personen, die sich vornehmlich in Ländern der Dritten Welt infiziert hatten und als Virusträger in die Bundesrepublik eingereist sind, registriert. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, verabschiedet der Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates eine Ergänzung des Bundes-Seuchengesetzes, durch welche die folgende Vorschrift in das Gesetz aufgenommen wird:

### § 37a

(1) Personen, die aus seuchenbefallenen Gebieten in die Bundesrepublik Deutschland einreisen wollen, wird die Einreise nur gestattet, wenn sie durch amtliche Bescheinigung nachweisen, daß sie sich in den letzten drei Jahren, spätestens 12 Tage vor dem Tag ihrer Ankunft einer Schutzimpfung gegen Infektion mit dem seuchenerregenden Virus unterzogen haben.

(2) Personen, die aus seuchenbefallenen Gebieten einreisen wollen und nicht im Besitz einer amtlichen Schutzimpfungsbescheinigung sind, gelten als ansteckungsverdächtige Personen i.S.v. § 2 Ziff. 3 BSeuchG. Sie haben sich bei ihrer Ankunft einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen, ob sie mit dem seuchenerregenden Virus infiziert sind. Zu diesem Zwecke sind diese Personen verpflichtet, die erforderlichen äußerlichen Untersuchungen, Blutentnahmen sowie Abstriche von Haut- und Schleimhäuten durch Beauftragte des Gesundheitsamtes zu dulden. Bis zum Vorliegen des Untersuchungsergebnisses sind diese Personen in einem abgeschlossenen Teil eines Krankenhauses oder in einer anderen geeigneten abgeschlossenen Einrichtung abzusondern.

(3) Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2) und der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) werden im Rahmen der Absätze 1 und 2 eingeschränkt.

(4) Die Festlegung der seuchenbefallenen Gebiete erfolgt durch Rechtsverordnung des Bundesministers für Gesundheit.

Die Regelung des § 37a BSeuchG trat am 1.1.1995 in Kraft.

Als sich in Indien Anfang des Jahres 1996 eine Pockenepidemie ausbreitet, die nach amtlichen Schätzungen indischer Behörden binnen 3 Monaten zur Erkrankung von ca. 1,2 Mil-

tionen Einwohnern führt, ergeht eine Rechtsverordnung gemäß der Ermächtigung des § 37a IV BSeuchG.

Die Erkrankung an Pocken erfolgt durch Infektion mit dem Variolavirus und verläuft folgendermaßen: Etwa 8 Tage, längstens 10 Tage nach der Ansteckung treten Kopf-, Glieder- und Rückenschmerzen, Erbrechen und hohes Fieber auf. Am Ende des 3. oder 4. Krankheitstages tritt das sog. Eruptionsstadium durch Erscheinen von roten Flecken auf dem Gesicht und dem Rumpf ein. Die befallenen Hautstellen schwellen am 4. bis 5. Krankheitstag an und es bilden sich weißlich belegte Geschwüre (Eiterungsstadium). Mit Eintritt des Eiterungsstadiums scheidet der Erkrankte Erregerviren aus, die durch Berührung des Erkrankten oder von Gebrauchsgegenständen, ausnahmsweise auch durch Einatmen von Staubpartikeln auf Dritte übertragen werden. Die Vorbeugung gegen Drittinfektion und Ausbreitung der Krankheit erfolgt durch schnellste Absonderung der Kranken bis zur völligen Abheilung der Haupterkrankung und aller ansteckungsverdächtigen Kontaktpersonen. Die Sterblichkeit von Erkrankten durch Variola wird auf etwa 30 % geschätzt.

Der aus Köln stammende A, der vor 10 Jahren als Entwicklungshelfer nach Indien gegangen ist und seitdem dort lebt, will im August 1996 einen vierwöchigen „Urlaub“ in Deutschland verbringen, um seine in Köln lebenden Eltern zu besuchen, die er seit seinem Weggang nicht mehr gesehen hat. Während seines Aufenthalts in Indien hatte sich A innerlich mehr und mehr den religiösen Traditionen und Lehren des Hinduismus zugewandt und war schließlich anlässlich seiner Vermählung mit der Inderin E einer wischnuitischen Sekte (von „Wischnu“) beigetreten. Seine Vermählung mit E wurde nach hinduistischem Ritual vollzogen. Die Lehre dieser Glaubensgemeinschaft gründet sich zentral auf die Vorstellung, daß kein Ereignis des Lebens Folge eines blinden Zufalls, sondern durch die sittliche Weltordnung bedingt ist. Der ganze Kosmos wird hiernach beherrscht von der moralischen Vergeltungskausalität aller Taten (Karma), die jedem Wesen seinen Platz auf Grund seiner guten oder bösen Handlungen in einer vorausgegangenen Existenz anweist. Das Karmagesetz bildet hiernach die metaphysische Basis der Vorstellung, daß jede Erkrankung eine göttliche Strafe für begangene Verfehlungen ist, die als Läuterung der Seele vom Einzelnen hingenommen werden müsse.

A, der aufgrund seiner Ausbildung und Tätigkeit als Entwicklungshelfer genau über den Verlauf der Pockenkrankheit Bescheid weiß, hält dieses Ansinnen für rechtswidrig und unzulässig. Er macht geltend, die Vorschrift des § 37a BSeuchG sei verfassungswidrig, da sie ihn in Grundrechten verletze. Als deutschem Staatsangehörigem stünde ihm ein Recht zur freien und ungehinderten Einreise in die Bundesrepublik zu, das keiner gesetzlichen Einschränkung

kung unterliege. Überdies stelle der Zwang zur Duldung der Blutentnahme einen rechtswidrigen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar und verletze ihn in seinem Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Er sei allenfalls bereit, für die Dauer von höchstens einer Woche in der Quarantäne-Station zu verbleiben, weil sich bis dahin durch Auftreten oder Ausbleiben von Krankheitssyndromen definitiv herausstelle, ob er vom Variolavirus infiziert sei. Sollte dies - wider alle Erwartung und Wahrscheinlichkeit - herausstellen, so würde er unverzüglich die Rückreise nach Indien antreten, in dem Glauben und der Hoffnung, dort die Krankheit durch Buße und Gebet zu überwinden.

Dem hält der Vertreter der Gesundheitsbehörde entgegen, daß er auf der Blutentnahme bestehen müsse. Angesichts der Tatsache, daß durch Blutuntersuchung binnen 48 Stunden eine definitive Ausräumung des Ansteckungsverdachts erfolgen könne, sei es schlechterdings unververtretbar, das Eintreten von Krankheitssymptomen einfach abzuwarten und bis dahin den Aufenthalt in der Quarantäne-Station in Anspruch zu nehmen. Allein die beschränkte Aufnahmekapazität der Quarantäne-Station verlange eine schnellstmögliche Ausräumung des Ansteckungsverdachts, überdies sei der „unnötige“ Aufenthalt in der Quarantäne-Station mit unverhältnismäßigem Sach-, Personal- und Kostenaufwand verbunden. Wenn sich A weigere, die Blutentnahme vornehmen zu lassen, müsse er unverzüglich die Rückreise nach Indien antreten.

In dieser Situation setzt sich A mit dem in Frankfurt ansässigen Rechtsanwalt R in Verbindung und erbittet von diesem Rat über geeignete prozessuale Schritte zur Durchsetzung seines Rechtes, ohne amtsärztliche Untersuchung in die Bundesrepublik einreisen zu dürfen. Nach Erörterung der Sach- und Rechtslage verständigen sich A und R auf folgende Vorgehensweise:

1. R wird sich bemühen, binnen weniger Tage eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung über das Begehren des A, die Weiterreise nach Köln anzutreten und dort seine Eltern zu besuchen, herbeizuführen. Um nicht den Rückweg antreten zu müssen, wird sich A freiwillig und auf eigene Kosten in die Isolierstation des städtischen Krankenhauses von Frankfurt begeben.
2. Mit Blick auf die Absicht des A, auch in Zukunft seine Eltern zu besuchen wird R - nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren - namens des A Klage erheben mit dem Ziel, dessen Recht zur ungehinderten Reise in die Bundesrepublik durchzusetzen.

Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?

Bearbeitervermerk:

Bei der rechtlichen Prüfung ist von der Richtigkeit der Sachverhaltsangaben über den Verlauf der Erkrankung an Pocken auszugehen.

# Gliederung

<b>Erster Abschnitt</b>	<b>1</b>
<b>Das Begehren des A auf eine Weiterreise nach Köln ohne amtsärztliche Untersuchung mit einem privat finanzierten Quarantäneaufenthalt in der Isolierstation des städtischen Krankenhauses Frankfurt</b>	<b>1</b>
<b><i>Antrag auf Anordnung des Suspensiveffekts</i></b>	<b>1</b>
A. Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung des Suspensiveffekts	1
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges	1
1. Öffentlichrechtliche Streitigkeit § 40 I 1 VwGO	1
2. Keine verfassungsrechtliche Streitigkeit	2
II. Statthaftigkeit des Antrags	3
1. Statthaftigkeit eines Antrags auf Anordnung des Suspensiveffekts für den noch nicht erhobenen Widerspruch gegen einen belastenden VA?	4
a. Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage im Hauptverfahren?	4
a) Definition des VA nach dem Klägervortrag	4
b) Objektive Definition des Verwaltungsakts für § 42 I VwGO	5
c) Stellungnahme	5
d) Belastender VA nach der maßgeblichen objektiven Definition ?	5
(1) Fehlendes Vollziehungsinteresse	6
(2) Logische Verbindung der Anordnungselemente	6
(3) Systematischer Vergleich zu den §§ 34 ff. BSeuchG	6
(4) Normative Struktur von § 37a I-II BSeuchG	6
b. Ergebnis	8
2. Statthaftigkeit des Eilantrags auf Anordnung des Suspensiveffekts des isolierten Widerspruchs gegen eine mögliche belastende Nebenbestimmung	8
a. Begünstigender VA	8
b. Belastende Nebenbestimmung	8
a) Qualifikation des Hinweises auf Blutentnahme und Quarantäne als Inhaltsbestimmung zur Genehmigung?	9
b) Qualifikation des Hinweises als modifizierende Auflage?	11
(1) Interpretation als Abweichung vom Antrag im atypischen Regelungsbereich, die den Regelungsinhalt in Mitleidenschaft ziehe	11
(2) Interpretation der modifizierenden Auflage als Inhaltsbestimmung	12
(3) Stellungnahme	13
c) Qualifikation des Hinweises als Nebenbestimmung Auflage, Widerrufsvorbehalt oder Bedingung	14

(1) Technische Behördenbezeichnung	15
(2) Hypothetische Rechtmäßigkeit einer Nebenbestimmung	15
(3) Objektiver Erklärungswert oder objektiver Behördenwille	16
(a) Regelvermutung für die Auflage bei der objektiven Auslegung	16
(b) Keine Regelvermutung für Auflagen	16
(c) Stellungnahme	16
(d) Suspensivbedingung anstelle des Widerrufsvorbehalts	17
c. Isolierte Anfechtungsklage gegen die suspensive Potestativbedingung?	18
a) Isolierte Anfechtbarkeit von Auflagen und Auflagenvorbehalten	18
b) Isolierte Anfechtbarkeit der Auflagen oder sämtlicher Nebenbestimmungen aufgrund zwingender Entscheidung	20
(1) Zweite Rechtsprechungslinie und erster Teil der Literatur	20
(2) Zweiter Teil der Literatur	21
(3) Stellungnahme	21
c) Vorübergehende Rückkehr zur ursprünglichen Rechtsprechung	23
d) Isolierte Anfechtbarkeit sämtlicher Nebenbestimmungen ?	23
(1) Interpretation als prinzipielle isolierte Anfechtbarkeit aller Nebenbestimmungen	23
(2) Ignoranz der Entscheidung des 3. Senats	24
(3) Stellungnahme	25
e) Isolierte Anfechtbarkeit sämtlicher teilbarer Nebenbestimmungen	26
f) Isolierte Anfechtung infolge eines Behördenwillens zur Teilbarkeit	28
g) Vollständiger Ausschluß der isolierten Anfechtungsklage	28
h) Ergebnis	30
d. Keine Erledigung der Bedingungen	30
a) Erledigung als Wegfall rechtlicher Beschwer	30
b) Erledigung als Wegfalls rechtlicher Beschwer mit Nebenfolgen	30
c) Erledigung als Sinnlosigkeit der Kassation des VA	31
d) Stellungnahme	31
III. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen	32
1. Antragsbefugnis § 42 II Var.1 VwGO entsprechend	32
2. Antragsgegner § 78 I Nr.1 VwGO entsprechend	33
IV. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen	33
1. Gerichtsbezug und Parteibezug	33
2. Streitgegenstandsbezug	33
a. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	33

a) Erforderlichkeit eines vorherigen Behördenantrags?	33
(1) Formal logische Interpretationsweise	34
(2) Wertende Argumentationsweise	34
(3) Entbehrlichkeit des Widerspruchs bei normativem Wegfall des Suspensiveffekts	36
(4) Stellungnahme mit Orientierung am Zweck des Widerspruchs- verfahrens	36
b) Keine evidente Unzulässigkeit des hypothetischen Rechtsbehelfs	40
(1) Theorie der wortlautorientierten Auslegung	40
(2) Theorie des Suspensiveffekts für nicht evident unzulässige Rechtsbehelfe	41
(3) Theorie des Suspensiveffekts für den partiell zulässigen, partiell nicht evident unzulässigen Rechtsbehelf	42
(4) Theorie des Suspensiveffekts für zulässige Rechtsbehelfe	43
(5) Vermittelnde Auffassungen	43
(6) Stellungnahme	44
c) Wegfall des Suspensiveffekts des hypothetischen Rechtsbehelfs	44
d) Keine Rechtsmißbräuchlichkeit des Antrags infolge eines Verzichts auf einen vorherigen Antrag bei der Behörde nach § 80 IV VwGO als einfachere Rechtsschutzmöglichkeit	47
(1) Lehre vom zwingenden Aussetzungsantrag nach § 80 IV VwGO	47
(2) These der regelmäßigen Entbehrlichkeit des Aussetzungsantrags nach § 80 IV VwGO	47
(3) Lehre vom halbzwingenden Aussetzungsantrag nach § 80 IV VwGO	48
(4) Stellungnahme	48
e) Keine Verwirkung und Ergebnis	49
b. Anderweitige Rechtshängigkeit, Rechtskraft, Ergebnis	49
B. Begründetheit	49
I. Bestimmung der Abwägungskriterien durch das freie Ermessen des Gerichts im Einzelfall	50
II. Ermittlung des Prüfungsumfangs durch eine Analogie zu § 80 IV 3 VwGO	50
1. Ernsthafter Zweifel an der Rechtmäßigkeit des VA bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit des gerügten VA	52
2. Ernsthafter Zweifel an der Rechtmäßigkeit des VA bei gleichwahrschein- licher Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des gerügten VA	53
3. Abschwächung der Prüfungsanforderungen?	53



III. Lehre von der materiell-akzessorischen, subsidiär offenen Abwägung mit einem Zweifelsvorrang für das normative Vollzugsinteresse	53
IV. Stellungnahme	54
V. Offensichtliche Rechtswidrigkeit der belastenden Bedingungen zum begünstigenden VA?	55
1. Vorhandensein einer erforderlichen verfassungsmäßigen potentiellen Ermächtigungsgrundlage	55
a. Erforderlichkeit einer Ermächtigungsgrundlage	55
b. Verfassungsmäßigkeit der potentiellen Ermächtigungsgrundlage § 37a	57
a) Bildet die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Ermächtigungsgrundlage einen Untersuchungsgegenstand, über den das VG Frankfurt eigenständig entscheiden darf?	57
(1) These der zwingenden Richtervorlage im vorläufigen Rechtsschutz	57
(2) These der Ablehnung einer Richtervorlage im vorläufigen Rechtsschutz	58
(3) Vermittelnde Auffassung bei Vorwegnahme der Hauptsache	58
(4) Vermittelnde Auffassung zur parallelen Entscheidung	59
(5) Vermittelnde Auffassung bei Vorwegnahme der Hauptsache und Nichtigkeitsüberzeugung	59
(6) Stellungnahme	60
b) Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 37a I-IV	60
c) Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 37a I-IV	61
(1) Verstoß gegen Art. 80 I ?	61
(a) Zulässiger Adressat der Delegationsnorm	61
(b) Bestimmtheit des Delegationsgesetzes	61
(c) Kein Verstoß gegen einen Parlamentsvorbehalt für Seuchenbekämpfung	63
(d) Ergebnis	63
(2) Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts eines Bundesbürgers auf Einreise in das Bundesgebiet ?	64
(a) Art. 16 I 1	64
(aa) Persönlicher Schutzbereich	64
(bb) Sachlicher Schutzbereich	64
(α) Zurückhaltende Interpretation von Art. 16 I 1	64
(β) Expansive Interpretation des Art. 16 I 1	65
(χ) Stellungnahme	65

(b)Art. 16 II	67
(aa)Restriktive Auffassung	67
(bb)Erst-Recht-Argumentation	67
(cc)Ergebnis	68
(c)Recht auf Einreise aus der Staatsangehörigkeit als inkorporierter Grundsatz des Völkerrecht gemäß Art. 25	68
(d)Freizügigkeit gemäß Art. 11 I	68
(aa)Schutzbereich	68
(α)Teil der Rechtsprechung	69
(β)These vom freien Zug zum dauerhaften Lebensmittelpunkt	70
(χ)Lehre vom kurzen Verweilen zu beliebigem Zweck	71
(δ)Literaturthese vom Verweilen für eine Übernachtung	71
(ε)These vom Verweilen für hinreichende Zeit oder für wichtigen Zweck mit restriktiven Unterauffassungen	72
(φ)Lehre der Negation der Einreisefreiheit aus Art. 11 I und Mitteilung des Bundesinnenministeriums	73
(γ) Stellungnahme	74
(bb)Eingriff	75
(cc)Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	75
(α) Schranke des Art. 11 II	76
(β)Schranken-Schranken	76
(αα)Übermaßverbot	76
(ααα)Zulässiges Ziel	77
(βββ)Eignung zur Zielerreichung	77
(χχχ)Erforderlichkeit	78
(δδδ)Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn	84
(εεε)Ergebnis	85
(ββ)Verbot des Einzelfallgesetzes und Zitiergebot Art. 19 I 1	85
(χχ)Wesensgehaltsgarantie 19 II	85
(δδ)Rechtsweggarantie	86
(εε)Ergebnis	86
(e)Freiheit der Familie gemäß Art. 6 I Var.2	86
(aa)Schutzbereich	87
(α)Lehre von der modernen Kleinfamilie mit Erziehungsfunktion	87

(β)Rechtsprechung	87
(χ)Moderne Kleinfamilie mit Beistandsfunktion bis zur Heirat des Kindes	88
(bb)Stellungnahme	88
(f) Ergebnis	89
(3)Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts des A auf Unterlas- sung einer normativen Verbindung von Einreise und Blutentnahme	89
(a)Körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 Var.2	89
(aa)Schutzbereich	89
(α)Definition mit Restriktion	89
(β)Definition ohne Restriktion	90
(χ)Stellungnahme	90
(bb)Eingriff	91
(α)Negation eines mittelbaren Eingriffs	92
(β)mittelbarer Eingriff	92
(χ)Stellungnahme	92
(cc)Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	93
(α)Schranken	93
(β)Schranken-Schranken	94
(dd)Ergebnis	94
(b)Religionsfreiheit aus Art. 4 I-II ?	94
(aa)Schutzbereich	95
(α)Einheitliches Grundrecht der Religionsfreiheit ?	95
(αα)Rechtsprechung und Teil der Lehre	95
(ββ)Differenzierte Bestimmung des Schutzbereichs	95
(γγ)Stellungnahme	96
(β)Restriktion durch die Kulturadäquanztheorie?	97
(χ)Restriktion auf Handeln mit unmittelbar religiösem Zweck?	97
(δ)Restriktion durch Erhöhung der Beweislast	97
(ε) Restriktion auf traditionelle Formen des Christentums	98
(φ) Ergebnis	99
(bb)Eingriff	99
(cc)Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	99
(α)Schranken	99
(αα)Schrankentrias aus Art. 2 I entsprechend	99

(ββ) Schranke der Kommunikationsgrundrechte	100
(γγ) Schranke des Art. 140, 136 I WRV	100
(δδ) Verfassungsimmanente Schranken	101
(εε) Anwendung des Gesetzesvorbehalts von Art. 11 II oder Art. 2 II 3 wegen Schrankendivergenz bei Anwendungs- konkurrenz?	102
(ααα) These der überschneidungsfreien Abgrenzung der Schutzbereiche	102
(βββ) Lehre der schwächsten Grundrechtsschranke	103
(γγγ) Lehre der Anwendung der Schranken des am schwersten beschränkbarsten Grundrechts	103
(δδδ) Lehre von der isolierten Schrankenprüfung für jedes Grundrecht	103
(εεε) Stellungnahme	104
(φφφ) Anwendung der Lehre der isolierten Schranken- prüfung	105
(β) Schranken-Schranken	105
(c) Ergebnis	105
(4) Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts des A auf Unterlassung einer normativen Verbindung von Einreise und Quarantäne	106
(a) Freiheit der Person gemäß Art. 2 II 2	106
(aa) Schutzbereich	106
(α) Freiheit der Person als Freiheit vor physischem Zwang	106
(β) Freiheit der Person als Freiheit zur Ortsveränderung	106
(γ) Stellungnahme	107
(bb) Eingriff	107
(α) Materieller Begriff der Freiheitsentziehung	107
(β) Formelle, modifiziert formelle und final-formelle Theorie	108
(γ) Stellungnahme	109
(cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	109
(b) Ergebnis	110
(5) Allgemeiner Gleichheitssatz nach Art. 3 I	110
d) Ergebnis	111
2. Formelle Rechtmäßigkeit der Bedingungen zur Einreisegenehmigung	111

3. Materielle Rechtmäßigkeit der Bedingungen zur Einreisegenehmigung	111
a. Tatbestandsvoraussetzungen	111
b. Richtiger Adressat	112
c. Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	112
(1) Bestimmtheit, Möglichkeit	112
(2) Übermaßverbot	112
(a) Lehre der Reduktion des Übermaßverbots	112
(b) Lehre der regelmäßigen Reduktion des Übermaßverbots	113
(c) Lehre der universellen Anwendung des Übermaßverbots	113
(d) Stellungnahme	113
(e) Subsumtion	114
4. Ergebnis	116
VI. Materielle Teilbarkeit	116
1. These der materiellen Teilbarkeit	116
2. These der Teilaufhebung aller Verwaltungsakte	117
3. Stellungnahme	117
4. Subsumtion unter das Teilbarkeitskriterium	118

***Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung auf Teilverpflichtung der Behörde zur Aufhebung der Blutentnahmebedingung und auf Neuerlaß einer Quarantänebedingung für den Rest der Latenzzeit gemäß § 123 I VwGO***

**118**

A. Zulässigkeit	118
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	118
II. Statthaftigkeit des Antrags	118
1. These von der Verpflichtungsklage auf Neuerlaß	119
2. Lehre von der Teilverpflichtungsklage	120
3. Stellungnahme	120
4. Regelungsanordnung § 123 I 2 VwGO	121
III. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen	123
1. Antragsbefugnis	123
2. Richtiger Antragsgegner § 78 I Nr.1 VwGO analog	123
IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	123
1. Gerichts- und Parteibezug	123
2. Streitgegenstandsbezug	124
a. Einleitung des Hauptsacheverfahrens?	124

b. Vorheriger Behördenantrag?	124
B. Begründetheit	125
I. Anordnungsanspruch	125
1. These vom Rechtsverhältnis als Anordnungsanspruch	125
2. These vom Rechtsverhältnis mit einem subjektiven Recht als Anordnungsanspruch	125
3. Stellungnahme	125
II. Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs	126
III. Anordnungsgrund	126
1. Wesentlicher Nachteil	127
2. Erforderlichkeit der Anordnung	127
a. Lehre von der kumulativ materiell-akzessorisch-irreparablen und offenen Abwägung	127
b. These der kumulativ materiell-akzessorischen und offenen Abwägung	128
c. Vermittelnde Auffassung	128
d. Stellungnahme	128
IV. Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes	129
V. Ermessensentscheidung des Gerichts	129
1. Entschließungsermessen	129
a. Lehre von der zwingenden Regelungsanordnung	129
b. These vom Entschließungsermessen	130
c. Stellungnahme	130
2. Auswahlermessen	130
a. These vom regelmäßigen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache	131
b. These der regelmäßigen Ablehnung des Vorwegnahmeverbots	131
c. Stellungnahme	131
<b>Zweiter Abschnitt</b>	<b>132</b>
<b>Das Begehren des A auf Feststellung seines Rechts auf ungehinderte Einreise in das Bundesgebiet nach erfolgloser Durchführung eines Vorverfahrens</b>	<b>132</b>
A. Zulässigkeit der Klage	132
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	132
II. Statthaftigkeit der Klage	132
1. Teilverpflichtungsklage gemäß § 113 V 1 VwGO ?	133
a. Erledigung durch freiwillige Isolation ?	133
b. Erledigung durch gerichtliche Anordnung ?	133

c. Erledigung durch Ausreise vor Klageerhebung	134
a) Ausreise vor der Entscheidung des VG	134
b) Erledigung	134
2. FFK in der Verpflichtungssituation bei Erledigung vor Klageerhebung gemäß § 113 I 4 VwGO „zweifach“ analog	135
a. These einer Verpflichtungsklage trotz Erledigung?	135
b. These einer FFK bei Erledigung vor Klageerhebung aus § 113 I 4 VwGO analog	136
c. Lehre von der abschließenden Feststellungsklage	136
d. Stellungnahme	136
a) Regelungslücke	137
b) Planwidrigkeit	138
c) Vergleichbare Interessenlage	138
d) Zwischenergebnis	138
e. Zweiter Analogieschritt von der Anfechtungs- auf die Verpflichtungssituation	138
3. Rechtsschutzziel	139
III. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen	139
1. Klagebefugnis	139
2. Besonderes Fortsetzungsfeststellungsinteresse	140
3. Antragsgegner	140
IV. Allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen	140
B. Begründetheit	140
I. Anspruchsqualität des § 37a	141
II. Vorhandensein der Voraussetzungen für eine Aufhebung der gerügten und Erlaß der begehrten Bedingung	141
1. Erforderliche, verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage	141
2. Formelle Voraussetzungen	141
3. Materielle Voraussetzungen	141
4. Ergebnis	141

## Literaturverzeichnis

Alternativkommentare, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik

Deutschland, Axel Azzola (Hsg.), 2. Auflage, 1989 [zitiert: *AK-Bearbeiter*, GG].

Achterberg, Norbert, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 1986

[zitiert: Achterberg, VwR].

Assfalg, Dieter, Sind Auflagen und Bedingungen behördlicher Erlaubnisse selbständig anfechtbar?, BB 1967, S.190 ff.

Badura, Peter, Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz:

Verfassungsfragen zur Existenz und Tätigkeit der neuen Jugendreligionen, 1989

[zitiert: Badura, Religion];

Bauer, Gerd, Vorverfahren bei der beamtenrechtlichen Fortsetzungsfeststellungsklage, DÖD 1979, S. 22 ff.

Baumann, Jürgen, Unterbringungsrecht, 1966 [zitiert: Baumann, Unterbringungsrecht]

Bleckmann, Albert, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Auflage, 1997

[zitiert: Bleckmann, Grundrechte]

Bleckmann, Albert; Eckhoff, Rolf, Der mittelbare Grundrechtseingriff, DVBl 1988,

S. 373 ff.

Bleckmann, Albert; Wiethoff, Claudia, Zur Grundrechtskonkurrenz, DÖV 1991, S.722 ff.

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Gesamtherausgeber Rudolf Dolzer, Loseblatt,

85. Lieferung 1998 [zitiert: *BoK-Bearbeiter*, GG].

Bosch, Edgar; Schmidt, Jörg, Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche

Verfahren, 6. Auflage, 1996, [zitiert: Bosch-Schmidt]

Brenner, Michael, Der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen, JuS 1996, S. 281 ff.

Brühl, Raimund, Sachbericht, Gutachten und Bescheid im Widerspruchsverfahren, JuS

1994, S.153 ff.

Brühl, Raimund, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, JuS 1995,

S. 627 ff., S. 722 ff., S. 818 ff., S. 916 ff.

Bruns, Manfred, Aids, Alltag und Recht, MDR 1987, S.353 ff.

Bull, Hans Peter, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 1993 [zitiert: Bull, VwR]

v. Campenhausen, Axel, Staatskirchenrecht, 2. Auflage, 1983.

De Clerck, Hans, Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten, NJW

1961, S. 2233 ff.

Cöster, Enno, Kassation, Teilkassation und Reformation von Verwaltungsakten durch die Verwaltungs- und Finanzgerichte, Diss. FU Berlin, 1979.

[zitiert: Cöster, Kassation]



- Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, Staatszielbestimmungen, Staatsorgane, Staatsfunktionen, 13. Auflage, 1997 [zitiert: Degenhart, Staatsrecht I]
- Doehring, Karl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, 1984 [zitiert: Doehring, Staatsrecht].
- Dreier, Horst, Grundgesetz Kommentar, Band I, Art.1-19, 1996 [zitiert: Dreier- *Bearbeiter*, GG].
- Dressel, Carl Christian, Gedanken zur Reform des vorläufigen Rechtsschutzes der VwGO, BayVBl 1995, S.388 ff.
- Drews, Bill; Wacke, Gerhard; Vogel, Klaus; Martens, Wolfgang, Gefahrenabwehr Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9.Auflage, 1986 [zitiert: D-W-V-M].
- Dürig, Günter, Freizügigkeit, in: Neumann, Franz; Nipperdey; Hans; Scheuner, Die Grundrechte II, 1954, S. 504 ff. [zitiert: Dürig, Freizügigkeit]
- Dürr, Hans Jochen, Das öffentliche Baunachbarrecht, DÖV 1994, S.841 ff.
- Elster, Theodor, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, Diss. Göttingen, 1979 [zitiert: Elster, Verwaltungsakte].
- Erichsen, Hans-Uwe, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Band I, 2. Auflage, 1984 [zitiert: Erichsen, Verwaltungsgerichtsbarkeit]
- Erichsen, Hans-Uwe, Das Übermaßverbot, Jura 1988, S. 387 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, Jura 1989, S. 49ff.
- Erichsen, Hans-Uwe, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Jura 1990, S. 214 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe, Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 I-IV VwGO, Jura 1984, S.414 ff., S. 478 ff.; S. 644 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe; Martens, Wolfgang, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage, 1995, [zitiert: E-M, Verwaltungsrecht].
- Erichsen, Hans-Uwe; Scherzberg, Arno, Der teure Gewerbepark, Jura 1994, S. 212 ff.
- Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 10. Auflage, 1998 [zitiert: Eyermann-*Bearbeiter*, VwGO].
- Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Auflage, 1988 [zitiert: Eyermann-Fröhler, VwGO]
- Fehlau, Meinhard, Die Schranken der freien Religionsausübung, JuS 1993, S. 441 ff.
- Fehn, Bernd, Die isolierte Auflagenanfechtung, DÖV 1988, S.202 ff.
- Finkelnburg, Klaus, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 2. Auflage, 1979 [zitiert: Finkelnburg, Rechtsschutz].
- Finkelnburg, Klaus; Jank, Klaus Peter; Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Auflage, 1998 [zitiert: Finkelnburg-Jank, Rechtsschutz].

- Fluck, Jürgen, Genehmigungszusätze, nachträgliche Anordnungen und Aufhebung der Genehmigung im Immissionsschutzrecht, DVBl 1992, S. 862 ff.
- Franzke, Hans-Georg, Grundstrukturen des Anordnungsverfahrens, NWVBl 1993, S. 321 ff.
- Friauf, Karl Heinrich, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel - das Beispiel von Ehe und Familie, NJW 1986, S.2595 ff.
- Friesenhahn, Ernst; Scheuner, Ulrich, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 1974 [zitiert: Friesenhahn-Scheuner-HdbStKirchR]
- Funk, Werner, Zur Anfechtbarkeit von Auflagen und „Genehmigungsinhaltsbestimmungen“, BayVBl, 1986, S. 105 f.
- Gallwas, Hans Ullrich; Riedel, Eibe; Schenke, Wolf-Rüdiger, Aids und Recht, 1992 [zitiert: G-R-S, Aids und Recht].
- Gebhardt-Benischke, Margot, Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines vor Klageerhebung erledigten Verwaltungsakts, Diss. Münster, 1971.
- Gern, Alfons; Wachenheim, Otmar, Nebenbestimmungen in Verwaltungsakten, JuS 1980, S. 276 ff.
- Gusy, Christoph, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, NJW 1992, S.457 ff.
- Hantel, Peter, Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 II GG, Diss. FU-Berlin, 1988 [zitiert: Hantel, Freiheitsentziehung].
- Hantel, Peter, Das Grundrecht der Freiheit der Person nach Art. 2 II 2, 104 GG, JuS 1990, S. 865 ff.
- Heberlein, Horst, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung im Sofortverfahren, BayVBl, 1991, S. 396 ff.
- Hellerbrand, Christoph, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, JA, 1996, S.153 ff.
- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Auflage, 1993.
- Heydemann, Christoph, Der Vorrang einer behördlichen Entscheidung vor dem einstweiligen Rechtsschutz durch das Verwaltungsgericht, NVwZ 1993, S. 419 ff.
- Hönig, Wolfgang, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, Diss. München, 1968 [zitiert: Hönig, Nebenbestimmungen].
- Hoffmann, Bodo-Falk, Die neue verwaltungsgerichtliche „Eilverfahrensordnung“ zur richterlichen Fortbildung des § 80 Abs.5 VwGO, DÖV 1976, S.371 ff.
- Huba, Hermann, Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO, JuS 1990, S.382 ff., S. 805 ff. und S. 983 ff.
- Hüttenbrink, Jost, Tendenzen der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Bauplanungsrechts im Veröffentlichungszeitraum 1992 bis Ende 1994, DVBl 1995, S. 826 ff.

- Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozeßrecht, 3. Auflage 1998  
 [zitiert: Hufen, Verwaltungsprozeß].
- Ipsen, Jörn, Vorwirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen,  
 NJW 1978, S. 2569 ff.
- Isensee, Josef; Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts,  
 Band V, 1982 [zitiert: HStR V- *Bearbeiter*]  
 Band VI, 1989 [zitiert: HStR VI- *Bearbeiter*].
- Jarass, Hans, Pieroth, Bodo, Grundgesetz, 4. Auflage, 1997 [zitiert: J-P, GG].
- Jung, Hans, Die Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte, Diss. Mainz, 1956  
 [zitiert: Jung, Nebenbestimmungen].
- Karl, Dieter, Rechtsschutz gegenüber rechtswidrigen Nebenbestimmungen, Diss.  
 Würzburg, 1973 [zitiert: Karl, Nebenbestimmungen].
- Karow, ohne Mitteilung des Vornamens, Zum Verhältnis von § 80 V zu § 80 IV  
 VwGO, NJW 1960, S. 2086 f.
- Kellner, Hugo, Zum gerichtlichen Rechtsschutz in besonderen Gewaltverhältnissen, DÖV  
 1963, S. 418 ff.
- Klückmann, Harald, Anmerkung zu VGH Baden Württemberg, 5.5.1976 (DÖV 1976,  
 S.678), DÖV 1977, S. 324.
- Knack, Hans-Joachim, Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Auflage, 1996  
 [zitiert: Knack-*Bearbeiter*, VwVfG]
- Koehler, Alexander, Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960, 1960  
 [zitiert: Koehler, VwGO]
- Kopp, Ferdinand, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage, 1996  
 [zitiert: Kopp, VwVfG].
- Kopp, Ferdinand, Verwaltungsgerichtsordnung, 10. Auflage, 1994  
 [zitiert: Kopp, VwGO].
- Kopp, Ferdinand; Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 11. Auflage,  
 1998 [zitiert: Kopp-Schenke, VwGO].
- Kopp, Ferdinand, Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsaktes, DÖV 1967,  
 S. 843 ff.
- Kopp, Ferdinand, Rechtsschutz des Bürgers gegen den Inhalt und die Verbreitung von  
 Prüfungsberichten eines Rechnungshofs - OVG Münster, NJW 1980, 137 und VG  
 Düsseldorf, NJW 1981, S.1396, Jus 1981, S. 419 ff.
- Kopp, Ferdinand, Die Verweisung auf § 80 Abs. 6 VwGO - ein Redaktionsversehen?,  
 BayVBl 1994, S. 524 ff.

- Kormann, Karl, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Diss. Berlin, 1910  
[zitiert: Kormann, Staatsakte].
- Koschwitz, Jürgen, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung: Freiheitsentziehung durch die Vollzugspolizei der Länder und des Bundesgrenzschutz unter besonderer Berücksichtigung des Artikels 5 der Menschenrechtskonvention, 1969, teilweise zugleich Diss. Göttingen, 1968 [zitiert: Koschwitz, Freiheitsentziehung].
- Kratzer, Jakob, Der Widerspruch, BayVBl 1960, S. 165ff.
- Kunig, Philip, Das Grundrecht auf Freizügigkeit, Jura 1990, S. 306 ff.
- Lange, Klaus, Die isolierte Anfechtbarkeit von Auflagen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur „modifizierenden Auflage“, AöR Band 102, 1977; S. 337 ff.
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, 1991.
- Laubinger, Hans Werner, Die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen, VerwArch Band 73, 1982; S. 345 ff.
- Laubinger, Hans Werner, Das System der Nebenbestimmungen, WiVerw 1982; S.117 ff.
- Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivil-, Verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1971 [zitiert: Leipold, Rechtsschutz].
- Lepa, Manfred, Grundrechtskonflikte, DVBl 1972, S.161 ff.
- Lippert, Hans Dieter, Vorläufige Zuteilung eines Studienplatzes durch einstweilige Anordnung, NJW 1976, S.881 f.
- Löwer, Kurt, Haben unzulässige Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung, DVBl 1963, S.343 ff.
- v. Mangoldt, Herrmann; Klein, Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, 1977 [zitiert: v.M-K, GG]
- v. Mangoldt, Herrmann; Klein, Friedrich; Starck, Christian, Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 3. Auflage, 1985 [zitiert: v.M-K-S, GG].
- Martens, Joachim, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, 1985 [zitiert: Martens, Verwaltungsprozeß].
- Martens, Wolfgang, Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozeß, DVBl 1965, S. 428 ff.
- Martersteig, Rudolf, Fortsetzungsfeststellungsklage ? Eine kritische Bestandsaufnahme verbunden mit dem Versuch einer Neuorientierung, Diss. Tübingen, 1985 [zitiert: Martersteig, FFK].

- Maunz, Theodor; Dürig, Günter, Grundgesetz, 7. Gesamtauflage 1991,  
 Band 1, Art. 1-13  
 Band 2, Art. 14-37  
 Band 4, Art. 87a-146  
 [zitiert: M-D- *Bearbeiter*, GG]
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter, Grundgesetz, Loseblatt, 33. Lieferung zur Ausgabe  
 von 1963 bzw. 4. Ergänzungslieferung zur 7. Gesamtauflage, Stand 11/97  
 Band 4, Art. 87a-146  
 [zitiert: M-D-*Bearbeiter*, GG, Loseblatt]
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, 1997  
 [zitiert: Maurer, VwR]
- Menger, Christian-Friedrich; Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht,  
 VerwArch Band 54, 1963, S.198 ff.
- Menger, Christian-Friedrich; Erichsen, Hans-Uwe, Höchststrichterliche Rechtsprechung  
 zum Verwaltungsrecht, VerwArch Band 59, 1968, S. 167 ff.
- Merten, Detlev, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, Diss. FU Berlin, 1970  
 [zitiert: Merten Freizügigkeit].
- Merten, Detlev, Das Besondere Gewaltverhältnis, 1985  
 [zitiert: Merten, Gewaltverhältnis].
- Meyer, Hans; Borgs-Maciejewski, Hermann, VwVfG, 2. Auflage, 1982.
- Müller, Klaus, Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung  
 (§ 113 I Satz 4), DÖV 1965, S.38 ff.
- v. Münch, Ingo; Kunig, Philip, Grundgesetzkommentar,  
 Band 1, Präambel bis Art. 20, 4. Auflage, 1992  
 [zitiert: v.Münch-*Bearbeiter*, GG I]
- v. Münch, Ingo; Kunig, Philip, Grundgesetzkommentar,  
 Band 3, Art. 70 - 146 und Gesamtregister, 3. Auflage, 1996.  
 [zitiert: v.Münch-*Bearbeiter*, GG III]
- v. Mutius, Albert, Zum Suspensiveffekt „unzulässiger“ Rechtsbehelfe, VerwArch Band  
 66, 1975, S. 405 ff.
- v. Mutius, Albert, Zum Verhältnis zwischen vorläufigem verwaltungsgerichtlichen  
 Rechtsschutz, Wahlprüfungsverfahren und Verwerfungsmonopol des  
 Bundesverfassungsgerichts gemäß Art. 100 I GG, VerwArch Band 68, 1977,  
 S. 197 ff.
- v. Mutius, Albert, Die Generalklausel im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 1986,  
 S. 649 ff.

- Mutschler, Ulrich, Nebenbestimmungen zur Atomanlageneignung, Diss. Düsseldorf 1974 [zitiert: Mutschler, Nebenbestimmungen].
- Naumann, Albrecht, Die allgemeine Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, Diss. Hamburg, 1953 [zitiert: Naumann, Feststellungsklage].
- Obermayer, Klaus, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, 1990 [zitiert: Obermayer, VwVfG].
- v. Olshausen, Henning, Anmerkung zu VGH Mannheim 17.1.1979 I X 349/78 (DÖV 79, 339), DÖV 1979, S.340 ff.
- Papier, Hans Jürgen, Einstweiliger Rechtsschutz bei öffentlichrechtlichen Streitigkeiten, JA 1979, S. 561 ff., S.646 ff.
- Pestalozza, Christian, Die Richtervorlage im Eilverfahren - VG Würzburg, NJW 1976, 1651 und VGH Mannheim, DÖV 1976, 678, JuS 1978, S. 312 ff.
- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard, Grundrechte, 13. Auflage, 1997 [zitiert: P-S, Grundrechte].
- Pieroth, Bodo, Das Grundrecht der Freizügigkeit, JuS 1985, S.81 ff.
- Pietzcker, Jost, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen - unlösbar?, NVwZ 1995, S.15 ff.
- Pietzner, Rainer, Der Rechtsschutz gegenüber rechtswidrigen Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten, JA 1972, S. 47 ff.
- Pietzner, Rainer; Ronellenfisch, Michael, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 9. Auflage, 1996 [zitiert: P-R, Assessorexamen]
- Püttner, Günter, Allgemeines Verwaltungsrecht: ein Studienbuch, 7. Auflage 1995 [zitiert: Püttner, VwR].
- Quaritsch, Helmut, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch Bd. 51, 1960, S.210 ff. und S. 342 ff.
- Redeker, Konrad; v. Oertzen, Hans Joachim, VwGO, 12. Auflage, 1997 [zitiert: Redeker-v.Oertzen, VwGO].
- Redeker, Konrad, Zur Neuordnung des einstweiligen Rechtsschutzes in der Verwaltungsprozeßordnung, ZRP 1983, S.149 ff.
- Renck, Ludwig, Verwaltungsakt und Feststellungsklage, JuS 1970, S.113 ff.
- Roser, Thomas, Sind Auflagen und Bedingungen behördlicher Erlaubnisse isoliert anfechtbar?, BB 1967, S. 908 f.
- Rumpel, Erwin, Zur Verwendung von Genehmigungsinhaltsbestimmungen und Auflagen, BayVBl 1987, S. 577 ff.
- Rumpel, Erwin, Abschied von der „modifizierenden Auflage“ im Umweltverwaltungs- und Umweltstrafrecht, NVwZ 1988, S. 502 ff.

- Sachs, Michael, Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch Fachgerichte bei möglicherweise verfassungswidrigem Gesetz, JuS 1993, S. 419.
- v. Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen Römischen Rechts, 3. Band, 1840 [zitiert: v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts].
- Schachel, Jens, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Jura 1981, S.449 ff.
- Schäfer, Adolf, Der Begründungszwang bei der Anordnung des sofortigen Vollzuges, DÖV 1967, S. 477 ff.
- Schatzschneider, Wolfgang, Rechtsordnung und „destruktive Kulte“, BayVBl 1985, S.321ff.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozeßrecht, 5. Auflage, 1997.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen, JuS 1983, 182 ff.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Rechtsprechungsübersicht zum Verwaltungsprozeß, JZ 1996, Teil 1, S. 998 ff.  
Teil 4; S.1155 ff.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshandeln, Jura 1980, S.133 ff.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Die Bekämpfung von AIDS als verfassungsrechtliches und polizeirechtliches Problem, in: Rechtsprobleme von AIDS, Hsg. Bernd Schünemann und Gerd Pfeifer, 1988, S.103 ff. [zitiert: Schenke, AIDS-Bekämpfung].
- Scholler, Heinrich; Broß, Siegfried, Verfassungs- und Verwaltungsprozeßrecht, 1980.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Klein, Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Auflage, 1995 [zitiert Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG]
- Schmitt Glaeser, Walter, Verwaltungsprozeßrecht, 14. Auflage, 1997 [zitiert: Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeß].
- Schmitt, Thomas, Richtervorlagen im Eilverfahren?, Diss. Mannheim, 1995 [zitiert: Schmitt, Richtervorlagen].
- Schneider, Hans-Josef, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, Diss. Frankfurt, 1981 [zitiert: Schneider, Nebenbestimmungen].
- Schoch, Friedrich; Schmidt-Aßmann, Eberhard; Pietzner, Rainer; Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Loseblatt, Stand Februar 1998  
Band 1, §§ 1-80b, Band 2 §§ 81-195 [zitiert: Schoch-Bearbeiter, VwGO].
- Schoch, Friedrich, Übungen im öffentlichen Recht II, 1992 [zitiert: Schoch-Übungen].
- Schoch, Friedrich, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1987 [zitiert: Schoch, Risikoverteilung].

- Schoch, Friedrich, Suspensiveffekt unzulässiger Rechtsbehelfe nach § 80 I VwGO, BayVBl, 1983, S. 358 ff.
- Schoch, Friedrich, Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, VerwArch Band 82, 1991, S. 145 ff.
- Schörnig, Wolfgang, Anmerkung zu: BVerwG vom 3.7.81-8 C 83.81, BayVBl 1982, S. 442 f.
- Scholler, Heinz, Staatsangehörigkeit und Freizügigkeit, DÖV 1967, S.469 ff.
- Schrödter, Hans, Anmerkung zu BVerwG 15.12.1972 (DVBl 73, 365), DVBl 1973, S. 365 f.
- Schumacher, Wolfgang; Meyn, Egon, Bundes-Seuchengesetz mit amtlicher Begründung und ausführlichen Erläuterungen, 4. Auflage, 1992.
- Schwabe, Jürgen, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Auflage, 1996 [zitiert: Schwabe, Verwaltungsprozeß].
- Schwerdtfeger, Gunther, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 9. Auflage, 1993 [zitiert: Schwerdtfeger, Öffentliches Recht].
- Sellner, Dieter, Die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch das Gericht nach § 80a III VwGO, Festschrift für Peter Lerche, 1993, S. 815 ff.
- Seewald, Otfried, Zur Verantwortlichkeit des Bürgers nach dem Bundes-Seuchengesetz, NJW 1987, S. 2265 ff.
- Sodan, Helge; Ziekow, Jan, Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 1996 [zitiert: Sodan-Ziekow, NKVwGO].
- Stadie, Holger, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen eines begünstigenden Verwaltungsakts, DVBl 1991, S. 613 ff.
- Stein, Ekkehart, Staatsrecht, 15. Auflage, 1995 [zitiert: Stein, Staatsrecht].
- Steiner, Udo, Der Grundrechtsschutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 I, II GG), JuS 1982, S.157 ff.
- Stelkens, Paul; Bonk, Heinz Joachim; Sachs, Michael; Leonhardt, Klaus, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Auflage, 1993 [zitiert: Stelkens-Bonk-Sachs, VwVfG].
- Stelkens, Paul, Das Problem Auflage, NVwZ 1985, S.469 ff.
- Stern, Klaus, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit, 7. Auflage 1995 mit Nachtrag 1998 [zitiert: Stern, Verwaltungsprozeß].
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage 1984 [zitiert: Stern, Staatsrecht I].
- Störmer, Rainer, Die aktuelle Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen - eine kritische Bestandsaufnahme, NWVBl 1996, S. 169 ff.



- Streinz, Rudolf; Hammerl, Christoph, Praktischer Fall: Prüfungsüberprüfung, JuS 1993, S. 663 ff.
- Trzaskalik, Christoph, Die Vereinheitlichung der Verwaltungsprozeßordnungen, NJW 1982, S. 1553 ff.
- Ule, Carl Hermann, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Auflage, 1987  
[zitiert: Ule, Verwaltungsprozeß].
- Vonficht, Fritz, Nochmals: Rechtsschutz bei vorläufiger Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten, NJW 1968, S.1079 f.
- Weides, Peter, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. Auflage, 1993 [zitiert: Weides, Verwaltungsverfahren].
- Weides, Peter, Die Gefängnisadresse als neue Anschrift, JuS 1982, S.49 ff.
- Weyreuther, Felix, Über „Baubedingungen“, DVBl 1969, S. 232 ff. und S. 295 ff.
- Weyreuther, Felix, Modifizierende Auflagen, DVBl, 1984, S. 365 ff.
- Wieseler, Willi, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, Diss. Münster, 1967 [zitiert: Wieseler, Rechtsschutz].
- Wilhelm, Bernhard, Aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe nur bei Zulässigkeit, BayVBl 1965, S.199 ff.
- Wilke, Dieter, Anmerkung zu OVG Rheinland-Pfalz 2.2.81 6 D 2 /83, DVBl 1984, S. 1136 ff.
- Wöckel, Heribert, Aufschiebende Wirkung unzulässiger Rechtsbehelfe nach den Verwaltungsgerichtsgesetzen, BayVBl 1958, S. 108 ff.
- Wolff, Hans; Bachof, Otto; Stober, Rolf, Verwaltungsrecht, Band I, 10. Auflage 1994 [zitiert: Wolff-Bachof-Stober, VwR I].
- Wolff, Hans, Verwaltungsrecht, Band I, 8. Auflage 1971 [zitiert: Wolff, VwR I].
- Würkner, Jochen, Effektivierung des Grundrechtsschutzes durch Grundrechtskumulation, DÖV 1992, S.150 ff.

## **Erster Abschnitt**

**Das Begehren des A auf Weiterreise nach Köln ohne amtsärztliche Untersuchung mit einem privat finanzierten Quarantäneaufenthalt im städtischen Krankenhaus Frankfurt**

### *Antrag auf Anordnung des Suspensiveffekts*

Rechtsanwalt R kann im Namen seines Mandanten beim Verwaltungsgericht Frankfurt [VG] einen erfolgreichen Antrag stellen auf Anordnung des Suspensiveffekts für einen noch zu erhebenden isolierten Widerspruch gegen die potentiellen, belastenden Nebenbestimmungen der amtsärztlichen Blutentnahme mit anschließender Quarantäne zu dem denkbaren, begünstigenden Verwaltungsakt Einreisegenehmigung aus § 80 V 1 Var.1 VwGO, falls dieser zulässig und begründet ist.

### **A. Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung des Suspensiveffekts**

Der Antrag ist zulässig, falls der Verwaltungsrechtsweg für das spätere Hauptverfahren eröffnet ist aus § 80 V 1 Var.1 VwGO [„Gericht der Hauptsache“], sofern der Antrag statthaft ist gemäß §§ 88, 80 VII [„Beschlüsse“], 122, 42 I Var.1 VwGO entsprechend, sofern die besonderen Antragsvoraussetzungen nach §§ 42 II Var.1 und 78 I Nr.1 VwGO entsprechend und die allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen mit Gerichts-, Partei- und Streitgegenstandsbezug vorhanden sind.

#### **I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges**

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges für einen Aussetzungsantrag verhält sich akzessorisch zum endgültigen, nachträglichen Entscheidungserkenntnisrechtsschutzverfahren<sup>1</sup>. Da eine aufdrängende Spezialzuweisung nicht ersichtlich ist, eröffnet § 40 I 1 VwGO den Verwaltungsrechtsweg für justitiable öffentlichrechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art ohne abdrängende Sonderzuweisung.

#### **1. Öffentlichrechtliche Streitigkeit § 40 I 1 VwGO**

Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine Streitigkeit öf-

---

<sup>1</sup> Das Verwaltungsgericht in der Hauptsache i.S.v. § 80 V 1 VwGO kann sachlich nur zuständig sein, falls der Verwaltungsrechtsweg zu diesem überhaupt eröffnet ist.

fentlichrechtlich, falls die potentiell streitentscheidende Norm ausschließlich den Staat oder einen Beliehenen<sup>2</sup> als Träger hoheitlicher Gewalt zu einem Verhalten berechtigen oder verpflichten soll, aber keineswegs jedermann<sup>3</sup>, wobei ergänzend auch die Handlungsform herangezogen werden kann.

Für eine öffentlichrechtliche Einordnung von § 37a I-II BSeuchG<sup>4</sup> spricht der Wortlaut „wird nur gestattet“ und der gemeinwohlorientierte Normzweck, der sinnvoll nur ein Verwaltungsorgan mit Entscheidungsbefugnissen zur Seuchenbekämpfung ausstatten kann: Das Seuchenpolizeirecht dient als spezielles Gesundheitsrecht zur Abwehr von Gefahren für die menschliche Physis ganzer Bevölkerungsgruppen infolge übertragbarer Krankheiten<sup>5</sup>. Die konkurrierenden Theorien<sup>6</sup> gelangen zu demselben Ergebnis., so daß keine Streitentscheidung erforderlich ist.

## **2. Keine verfassungsrechtliche Streitigkeit**

Fraglich ist, ob die Einlassung des A hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit des § 37a bereits eine verfassungsrechtliche Streitigkeit herbeiführt.

Nach der restriktiven Auffassung ist eine Streitigkeit verfassungsrechtlich, falls kumulativ Verfassungsorgane um ihren verfassungsrechtlichen Status streiten<sup>7</sup> [doppelte Verfassungsunmittelbarkeit]. Da A als Staatsbürger Teil des pouvoir constituant und kein Verfassungsorgan ist, kann sein Begehren demnach nicht verfassungsrechtlich motiviert sein, so daß § 40 I 1 VwGO insoweit erfüllt wäre.

Die Gegenauffassung grenzt verwaltungsrechtliche und verfassungsrechtliche Streitigkeiten ausschließlich materiellrechtlich

---

<sup>2</sup> Beliehener ist ein Privatrechtssubjekt, welches mit der Wahrnehmung von Interessen einer nicht durch individuelle Merkmale bestimmten Personengruppe beauftragt wird.

<sup>3</sup> Wolff-Bachof-Stober, VwR I, § 22 Rz. 25 ff.; Ule, Verwaltungsprozeß, S.52. Diese Theorie ist strikt zu unterscheiden von der ursprünglichen Subjektstheorie, welche Rechtsnormen als öffentlichrechtlich ansieht, welche im Einzelfall zufällig ein Staatsorgan berechtigen.

<sup>4</sup> Unbezeichnete Paragraphen verweisen auf das BSeuchG.

<sup>5</sup> Schumacher-Meyn, BSeuchG, Einführung S.3-4; Seewald, NJW 1987, S. 2265 ff., S.2266 u. 2273.

<sup>6</sup> Interessentheorie: BVerwGE 19, 308, 312; BVerwGE 41, 127, 130; BVerwGE 47, 7, 11; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40 Rz 5; Wichtigkeitstheorie: Püttner Verwaltungsrecht, S.73.

Traditionstheorie: Bull, VwR, Rz 115; Schumacher-Meyn, BSeuchG, S.3; Subordinationstheorie: [GmSOGB BGHZ 108, 284, 287; BVerwGE 89, 281, 282; BGHZ 121, 128, 128].

<sup>7</sup> BVerfGE 42, 103, 112f.; BVerwGE 36, 218, 228; BVerwGE 51, 69, 71; BVerwGE 60, 162, 172 f.; BVerwG, NJW 1985, S.2341; Erichsen-Scherzberg, Jura 1994, S.212 ff., S. 214; Kopp, JuS 1981, S. 419 ff., S. 420; Schwabe, Verwaltungsprozeß, S.12.

anhand des Kriteriums einer überwiegenden verfassungsrechtlichen Ausformung des Streitgegenstands ab<sup>8</sup>. Dieses Kriterium erschwert ob seiner Unbestimmtheit in Fällen mit Grundrechtsberührung die rechtsstaatlich weitestgehend gebotene Klarheit der Rechtswegeröffnung, so daß diese These nicht herangezogen werden kann.

Von dritter Seite wird vertreten, daß gar keine begriffliche Abgrenzung möglich sein soll, so daß nur enumerativ Fallgruppen gebildet werden könnten unter Zuhilfenahme des Verfassungsprozeßrechts<sup>9</sup>.

Der dritten These ist zuzugeben, daß die erste Auffassung nicht ohne wichtige Ausnahmen auskommt, wenn sie beispielsweise die Verfassungsbeschwerde des Bürgers zutreffend beim Verfassungsgericht einordnen möchte.

Eine enumerative Abgrenzung nach Zuständigkeitsnormen gewährleistet keine sinnvolle Abgrenzung, weil dies einen unlösbaren Konflikt mit dem Subsidiaritätsprinzip der Verfassungsbeschwerde provoziert aus Art. 93 Nr.4a GG<sup>10</sup>, §§13 Nr.8a, 90 I, 90 II 1 BVerfGG. Damit erscheint trotz der Kritik die restriktive These vorzugswürdig, so daß keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorhanden ist. Ein abdrängende Sonderzuweisung fehlt und Justitiabilität ist vorhanden, so daß der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

## **II. Statthaftigkeit des Antrags**

Die Statthaftigkeit des Antrags richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers aus §§ 80 V 1 Var.1, 80 VII, 122, 88 VwGO. Die Ermittlung des Rechtsschutzziels erfolgt auch im vorläufigen Rechtsschutz durch objektive Auslegung des Antrags gemäß §§ 133 BGB analog und nicht nach dessen Wortlaut<sup>11</sup>.

Fraglich ist nun, ob A einen Antrag auf Anordnung des Suspensiveffekts eines noch zu erhebenden Widerspruchs gegen einen belastenden Bescheid zur Duldung einer Untersuchung

---

<sup>8</sup> VGH München, BayVBl 1990, S. 721; VGH München, BayVBl 1991, S. 404.

<sup>9</sup> Kopp-Schenke, VwGO, § 40 Rz 32a; Schenke, Verwaltungsprozeßrecht Rz 129; Schoch-Ehlers, VwGO, § 40; Rz 149; Schenke, JZ 96, S.998 ff, S.1001.

<sup>10</sup> Ungekennzeichnete Artikel verweisen auf das Grundgesetz.

<sup>11</sup> OVG Münster, DVBl 1989, S.1013; VGH München DVBl 1988, S.590f., S.591; Huba, JuS 1990, S.805 ff., S.807.

mit folgender Absonderung begehrt.

Sein Rechtsschutzziel könnte alternativ auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines noch zu erhebenden isolierten Rechtsbehelfs gegen eine mögliche belastende Nebenbestimmung zu einem potentiellen begünstigenden VA „Einreisegestattung“ gerichtet sein gemäß §§ 88, 122, 80 VII, 80 V 1 Var.1 VwGO.

### **1. Statthaftigkeit eines Antrags auf Anordnung des Suspensiv-effekts für den noch nicht erhobenen Widerspruch gegen einen belastenden VA?**

Ein Antrag des A auf Anordnung des Suspensiveffekts für einen noch nicht erhobenen Widerspruch gegen einen belastenden VA ist statthaft nach §§ 80 V 1 Var.1, 122, arg. ex 80 VII 1, 88 VwGO entsprechend, falls im Hauptsacheverfahren eine Anfechtungsklage gegen einen belastenden, nicht erledigten VA statthaft ist aus § 42 I Var.1 VwGO entsprechend.

#### **a. Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage im Hauptverfahren?**

Jene Anfechtungsklage ist nach dem Begehren des A statthaft gemäß § 42 I Var.1, 88 VwGO, falls er die Aufhebung eines belastenden VA wünscht, der sich nicht erledigt hat.

Als belastender VA kommt der Hinweis des Behördenvertreters über eine möglicherweise zu erduldenende Blutentnahme mit folgender Absonderung oder über eine Ausreisepflicht in Betracht. Die Kriterien für einen VA im Sinne von § 42 I Var. 1 VwGO werden jedoch unterschiedlich beurteilt.

#### **a) Definition des VA nach dem Klägervortrag**

Eine Ansicht verlangt für einen VA im Sinne von § 42 I VwGO lediglich, daß der Kläger Tatsachen vorträgt, welche jenen als möglich erscheinen lassen<sup>12</sup>. Für diese Auffassung könnte die rechtsschutzeröffnende Funktion des VA streiten und die Vermeidung komplexer Erörterungen über die materiellen Kriterien, sofern eindeutig die Klagebefugnis aus § 42 II VwGO im besonderen Gewaltverhältnis fehlt<sup>13</sup>. Dagegen ist zu sagen, daß das besondere Gewaltverhältnis, soweit es als Institut zur

---

<sup>12</sup> Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Rz 20.

<sup>13</sup> Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Rz 20.

eleganten Verneinung der Klagebefugnis dienen soll, trotz vereinzelten Protestes<sup>14</sup> rechtsstaatlich nicht haltbar ist, da der Grundrechtsschutz mit zunehmender Nähe zum Staat proportional ansteigen muß<sup>15</sup>.

#### **b) Objektive Definition des Verwaltungsakts für § 42 I VwGO**

Die konträre Auffassung bestimmt den Verwaltungsakt im Sinne des § 42 I VwGO gemäß der objektiven Definition des Verwaltungsverfahrensgesetzes<sup>16</sup>. Innerhalb dieser Meinung ist umstritten, ob § 42 I VwGO stets auf § 35 BVwVfG rekurrieren soll<sup>17</sup> oder auf die jeweilige Landeslegaldefinition, falls ein Land eigene Normen oder ein Bundesgesetz als eigene Angelegenheit vollzieht<sup>18</sup>. Das Bundes-Seuchengesetz wird zwar durch die Länder als eigene Angelegenheit vollzogen gemäß Art. 83, 84 GG, aber eine Entscheidung ist wegen der gegenwärtigen Wortlautidentität des HessVwVfG unerheblich.

#### **c) Stellungnahme**

Eine materiellrechtliche Definition des VA in § 42 I VwGO trägt der Einheit der Rechtsordnung Rechnung und berücksichtigt, daß der VA mit Schaffung des § 40 I 1 VwGO keine rechtsschutzeröffnende Funktion mehr innehat, so daß kein Bedarf für eine extensive Deutung der Anfechtungsklage besteht. Daher ist die materielle Definition maßgeblich.

#### **d) Belastender VA nach der maßgeblichen objektiven Definition ?**

Fraglich ist, ob der Hinweis des Behördenvertreters, daß A „sich einer ... Untersuchung ... unterziehen und ... in der Quarantäne-Station verbleiben müsse“ als Anordnung zur Duldung einer Blutentnahme und Absonderung interpretiert werden kann, welche als hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Einzelfallregelung mit Außenwirkung einen belastenden VA bilden würde aus § 35,1

---

<sup>14</sup> Merten, Gewaltverhältnis, S.56.

<sup>15</sup> BVerfGE 33, 1, 1.

<sup>16</sup> Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeß, Rz 137; P-R, Assessorexamen, § 9 III Rz 8; Redeker-vOertzen, VwGO, § 42 Rz 10.

<sup>17</sup> Sodan-Ziekow, NKVwGO, § 42 Rz 99; Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, Rz 185.

<sup>18</sup> Eyermann-Happ, VwGO, § 42 Rz 4.

HessVwVfG. Eine Regelung bezeichnet eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung, die unmittelbar auf die Herbeiführung einer öffentlich-rechtlichen Rechtsfolge gerichtet ist<sup>19</sup>. Dabei ist nicht der subjektive Behördenwille, sondern der Erklärungswert gegenüber einem objektiven Empfänger maßgeblich gemäß §§ 133, 157 BGB analog.

#### **(1) Fehlendes Vollziehungsinteresse**

Gegen eine selbständige belastende Regelung spricht aus der Sicht des verständigen Adressaten nach § 133 BGB analog, daß die Gesundheitsbehörde trotz der Eilsituation kein Interesse an einer Vollziehung eines hypothetischen Duldungsgebots durch unmittelbaren Zwang äußert und auf einen entsprechenden Vollstreckungshinweis verzichtet im Sinne von §§ 6 I, 9 lit. c. HessVwVG. Statt dessen deutet der Hinweis auf eine Ausreise eher auf eine Verbindung einer Einreisegestattung mit einer Bedingung hin.

#### **(2) Logische Verbindung der Anordnungselemente**

Darüber hinaus spricht die enge logische Verknüpfung der Elemente Untersuchung-Quarantäne-Einreise im Hinweis des Behördenvertreters gegen die selbständige Verfügung zur Duldung einer Untersuchung im Sinne von § 35,1 HessVwVfG.

#### **(3) Systematischer Vergleich zu den §§ 34 ff. BSeuchG**

Wenn der Gesetzgeber in § 37a II 2-4 BSeuchG eine eigenständige Untersuchungsverfügung gewollt hätte, hätte er dies durch Verselbständigung in einem eigenen Absatz und durch die autonomieorientierte Ergänzung „erforderliche Untersuchung“ wie bei § 36 II oder §§ 31 I i.V.m. § 32 I und 10 II-V entsprechend anordnen können. Dieses ist aber unterblieben.

#### **(4) Normative Struktur von § 37a I-II BSeuchG**

Entscheidend für die Ablehnung eines selbständigen Duldungsverwaltungsakts könnte der Blick auf die normative Struktur des § 37a I-II sein. Der Wortlaut des § 37a II 3 erwähnt die Blutentnahme nicht als eigenständige Seuchenbekämpfungsmaßnahme, sondern nur zur Förderung der an-

---

<sup>19</sup> Maurer, VwR, § 9 Rz 6.

kunftsbezogenen ärztlichen Untersuchung gemäß § 37a II 2. Jene Untersuchung aus § 37a II 2 rekurriert selbst auf die Ankunft einer fiktiv ansteckungsverdächtigen Person mit einem Einreisewillen gemäß 37a II 1. Die Einreise wird wiederum von § 37a I geregelt. Damit ist ein systematisches Abhängigkeitsverhältnis des § 37a II 3-4 von § 37a I hergestellt, so daß die Funktion von § 37a I über den Sinn des § 37 a II 3-4 entscheidet.

§ 37a I könnte ein präventives normatives Verbot für die Einreise von Personen aus Seuchengebieten bilden. Dieses könnte ergänzt werden durch eine Ermächtigungsgrundlage für einen begünstigenden VA „Einreisegestattung“ für Personen, entweder mit Impfbescheinigung gemäß § 37a I oder für die übrigen bei Absolvieren der von Untersuchung und Quarantäne gemäß § 37a I i.V.m. II 2-4 [Erlaubnisvorbehalt].

Diese Interpretation wird durch den Wortlaut des § 37a I „wird nur gestattet“ gestützt, welcher eine Ermächtigungsgrundlage für begünstigende Genehmigungsbescheide nahelegt. Die ratio legis erzwingt ebenfalls die Heranziehung eines normativen Verbots, da eine Ermächtigung für eine Gestattung im Sinne von § 37a I 1.HS ohne präventives normatives Verbot sinnlos erscheint. Zudem ist ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt das typische polizeirechtliche Regelungsverfahren zur Abwehr äußerst intensiver Gefahren<sup>20</sup>. Zu solchen Gefahren gehört mit Sicherheit die Abwehr von Gefahren für die menschliche Physis großer Bevölkerungsteile infolge übertragbarer Krankheiten. Die gesetzgebungstechnische Alternative einer normativen Gestattung mit Verbotsvorbehalt wird sowohl durch den Wortlaut des § 37a I „wird gestattet“ als auch durch deren übliche Funktion zur Abwehr von Bagatellgefahren disqualifiziert<sup>21</sup>. § 37a I - II bildet somit sowohl ein präventives Verbot als auch eine zwingende Ermächtigungsgrundlage für begünstigende Verwaltungsakte. Der Bürger erlangt

---

<sup>20</sup> D-W-V-M, § 26 1, S.443; Schachel, Jura 1981, S.449 ff., S.457.

<sup>21</sup> eg. Verbotsvorbehalt für i.d.R. harmlose, nur anzeigepflichtige Gewerbe aus § 35 GewO.



einen Anspruch auf Erteilung jener Genehmigung, die die vorab suspendierte Grundfreiheit wieder einräumt<sup>22</sup>.

## **b. Ergebnis**

Folglich scheidet eine Anfechtungsklage gegen eine belastende Duldungsverfügung für das Hauptsacheverfahren aus, so daß insoweit ein Aussetzungsantrag insoweit nicht statthaft ist.

## **2. Statthaftigkeit des Eilantrags auf Anordnung des Suspensiv-effekts des isolierten Widerspruchs gegen eine mögliche belastende Nebenbestimmung**

Es könnte jedoch ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines zukünftigen isolierten Widerspruchs gegen die potentiellen, belastenden Nebenbestimmungen Blutentnahme und Absonderung zu einem Einreisebescheid statthaft sein gemäß §§ 80 V 1 Var.1, 80 VII, 122, 88 VwGO. Dies setzt akzessorisch zur Anfechtungsklage einen begünstigenden VA, eine belastende Nebenbestimmung, die als solche theoretische isoliert angefochten werden kann, und fehlende Erledigung der Nebenbestimmungen aus § 43 II HessVwVfG voraus.

### **a. Begünstigender VA**

Der Hinweis des Behördenvertreters räumt das präventive Verbot aus § 37a I 1.HS aus<sup>23</sup>, so daß er als hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Ausräumung des Normbefehls des individuellen Adressaten A einen begünstigenden VA i.S.v. § 35,1 HessVwVfG bildet.

### **b. Belastende Nebenbestimmung**

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine isolierte Anfechtungsklage gegen eine belastende Nebenbestimmung zu einem begünstigenden VA möglich ist oder ob nur ein Verpflichtungsantrag auf Aufhebung der einen Nebenbestimmung mit dem Neuerlaß einer mildereren Nebenbestimmung möglich ist oder ob nur ein Antrag auf Neuerlaß des gesamten VA mit milderer Nebenbestimmung statthaft ist, wird kontrovers beurteilt. Diese Streitfrage ist bezüglich des behördlichen Hin-

---

<sup>22</sup> Schachel, Jura 1981, S.449 ff., S.457.

<sup>23</sup> s. A.II.1.a.d)(4).

weises auf die Blutentnahme und der Quarantäne äußerst bedeutsam, da eine isolierte Anfechtung den Streitgegenstand auf die potentiellen Nebenbestimmungen begrenzen könnte, so daß die erstrebte Einreisegenehmigung unabhängig vom Prozeßausgang zunächst rechtswirksam bliebe und die möglichen Nebenbestimmungen während des Vorverfahrens grundsätzlich suspendiert wären aus § 80 I 1-2 VwGO. Selbst bei einem Wegfall des Suspensiveffekts eines Widerspruchs nach § 80 II 1-2 VwGO käme A der Amtsermittlungsgrundsatz aus § 80 V 1 Var.1 VwGO zugute. Das ebenfalls denkbare Begehren nach einer reformatorischen Verpflichtungsklage ist für A ungünstig, da er so vorläufigen Rechtsschutz nur nach § 123 VwGO erlangen kann, welcher ihm die Glaubhaftmachung von Anordnungsanspruch und -grund auferlegt gemäß § 123 III VwGO, §§ 920 II, 294 ZPO.

#### **a) Qualifikation des Hinweises auf Blutentnahme und Quarantäne als Inhaltsbestimmung zur Genehmigung?**

Man könnte den Hinweis als Inhaltsbestimmung zum Einreisebescheid qualifizieren. Eine Inhaltsbestimmung zu einem VA wird teilweise definiert als Ergänzung des Verwaltungsakts durch Bestandteile, welche die Reichweite des erlaubten Verhaltens gegenüber dem Antrag begrenzen<sup>24</sup>, i.e. als Konkretisierung des VA in seinem typischen Regelungsbereich.

Eine andere Auffassung beschreibt die Inhaltsbestimmung als Ergänzung des VA zur Abänderung seiner normalen Wirkung<sup>25</sup>.

Die dritte Ansicht definiert die Inhaltsbestimmung als „vertypen“, begrifflich nicht erfaßbaren Bestandteil eines VA, der einer Ergänzung durch weitere „vertypete“ Verwaltungsaktsbestandteile offenstehen soll<sup>26</sup>.

Gemeinsame ist diesen Thesen, daß die Inhaltsbestimmung den VA im gewöhnlichen Regelungsbereich ergänzen soll.

Eine Streitentscheidung anhand der Nuancierung der dritten

---

<sup>24</sup> Wolff-Bachof-Stober, VwR I, § 47 Rz 29; Rumpel, BayVBl 1987, S.577 ff., S.581; Fluck, DVBl, S.862 ff.; S.862; Elster, Verwaltungsakte, S.8-9.

<sup>25</sup> Jung, Nebenbestimmungen, S.14.

<sup>26</sup> Hönig, Nebenbestimmungen, S. 113.

Auffassung wird für das Begehren des A nur dann bedeutsam, falls der Hinweis tatsächlich den regelmäßigen Regelungsbereich der Einreisegestattung tangiert.

Unterstellt man eine Berührung des typischen Regelungsbereichs, ist ferner streitig, ob der Adressat einer Inhaltsbestimmung Rechtsschutz über eine isolierte Anfechtungsklage erhalten kann, indem man § 36 VwVfG analog auf Inhaltsbestimmungen anwendet<sup>27</sup>, oder ob auf eine Verpflichtungsklage zu verweisen ist<sup>28</sup>.

Gegen die erste These ist zu sagen, daß die isolierte Aufhebung einer Präzisierung des VA im gewöhnlichen Regelungsbereich gar keinen sinnvollen restlichen Regelungsgegenstand übrig läßt. Daher ist gegen Inhaltsbestimmungen nur die Verpflichtungsklage statthaft.

Eine präzise Definition des typischen Regelungsbereichs eines Verwaltungsakts kann nur durch Auslegung des Normkontextes der Ermächtigungsgrundlage für den Ausgangsverwaltungsakt erfolgen.

Als häufig zuverlässiges Kriterium fungiert die den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers wiedergebende Regelungstechnik der Verwendung amtlicher Überschriften „Inhaltsbestimmungen“ oder „Nebenbestimmungen“. Dieses präjudizierende Kriterium fehlt für § 37a BSeuchG.

Für die Einordnung der Blutentnahme mit Quarantäne unter den typischen Regelkreis der Einreisegestattung spricht der enge systematische Zusammenhang der Ergänzungen aus § 37 a II 2-4 zur Ermächtigungsgrundlage § 37 a I 1.HS. Zudem regeln die umgebenden Normen §§ 32 I i.V.m. 31 I und 10 III entsprechend und § 36 II mehrfach Zwangsuntersuchungen zur Verhütung bevorstehender oder Bekämpfung vorhandener Epidemien. Gleichermaßen findet sich die Absonderung aus § 37a II 4 auch in der Nachbarvorschrift § 37 I-II und als mögliche Folge der Seuchenbekämpfungsgeneralklausel des § 34 I. Gegen die Einordnung als Inhaltsbestimmung spricht die te-

---

<sup>27</sup> Kopp, VwGO, § 42 Rz 8.

<sup>28</sup> Knack-Hennecke, VwVfG, § 36 Rz 3.2.1; Maurer, VwR, § 12 Rz.16; Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeß, Rz 146.

leologische Interpretation einer Einreisegestattung.

Der spezifische Regelungsbereich der Einreisegenehmigung betrifft Aufenthaltsbezirke und -dauer, aber nicht ärztliche Untersuchungen und die Isolation.

Dies bestätigt ein Vergleich mit Ermächtigungsgrundlagen des Ausländerrechts oder mit § 2 des Notaufnahmegesetzes für Flüchtlinge aus der früheren DDR<sup>29</sup>.

Dort finden sich zwar Aufenthaltsregelungen, die aber in der Intensität nicht mit einer Absonderung vergleichbar sind.

Daher ist grundsätzlich nach allen Ansichten eine Nebenbestimmung vorhanden, so daß sich eine Diskussion der drei Definitionsansätze zur Inhaltsbestimmung erübrigt.

### **b) Qualifikation des Hinweises als modifizierende Auflage?**

Der Hinweis auf die ärztliche Untersuchung könnte jedoch eine „modifizierende Auflage“ zur Einreisegestattung bilden. Die inhaltlichen Kriterien für jenen Terminus, seine Auswirkungen auf die Dogmatik begünstigender Verwaltungsakte und den Rechtsschutz sind äußerst umstritten. Falls man den Begriff grundsätzlich akzeptiert und auf den Untersuchungshinweis anwendet, könnte daraus die Unzulässigkeit einer Teilanfechtung folgen.

#### **(1) Interpretation als Abweichung vom Antrag im atypischen Regelungsbereich, die den Regelungsinhalt in Mitleidenschaft ziehe**

Eine Auffassung differenziert zwischen der Teilgenehmigung, der modifizierenden Gewährung mit zwei Varianten und einer modifizierenden Auflage.

Eine Teilgenehmigung sei vorhanden, wenn eine Entscheidung quantitativ von dem Bürgerantrag abweiche und der Bürger ein wirtschaftliches Interesse an der gekürzten Regelung hat<sup>30</sup>. Begehrt der Bürger auch den vorenthaltenen Rest, muß er Verpflichtungsklage erheben. Da sich A gegen die Blutentnahme als solche wählt, ist diese Fallgruppe nicht einschlägig<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> BGBl. I, 1950, S.367: eg. Meldung in einem bestimmten Lager.

<sup>30</sup> P-R, Assessorexamen, § 9 Rz 12; Weyreuther, DVBl 1984, S.365 ff; S.365.

<sup>31</sup> Schließlich wird nicht über die Menge oder Häufigkeit der Blutentnahme gestritten.

Der Typus der modifizierenden Gewährung ist vorhanden, falls die Behörde auf Antrag des Bürgers einen begünstigenden VA erläßt, welcher im Regelungsbereich der Hauptregelung wesentlich oder unwesentlich vom Antrag abweicht<sup>32</sup>. Weil der Hinweis auf die Blutentnahme grundsätzlich den atypischen Regelungsbereich tangiert<sup>33</sup>, ist auch dieses Institut zu verneinen.

Der Typus der anfänglichen modifizierende Auflage soll vorhanden sein, wenn die Behörde den typischen Regelungsbereich eines begünstigenden VA verändert durch eine befehlende Ergänzung im atypischen Regelungsbereich, d.h. durch das Instrument einer Auflage<sup>34</sup>. Hier soll das anordnende Element der Auflage ausnahmsweise so wesentlich sein, daß es den typischen Regelungsbereich in Mitleidenschaft zieht, so daß dem Bürger im Endeffekt der beantragte VA ganz vorenthalten wird und ihm statt dessen ein Aliud gewährt wird [das „So nicht, aber so ...“-Kriterium]<sup>35</sup>.

Der Hinweis auf die ärztliche Untersuchung in § 37 a II 2-3 ergänzt den Einreisebescheid prinzipiell auf atypische Weise<sup>36</sup>. Damit stellt sich nach dieser Auffassung die Frage, ob eine Auflage vorhanden ist und ob diese Ergänzung hinreichend bedeutsam sei, um den typischen Regelkreis der Genehmigung zu entwerfen und den Vorgang insgesamt als Ablehnung des VA zu beurteilen. Diese komplexe Subsumtion ist jedoch entbehrlich, wenn gewichtige Gründe gegen dieses Verständnis der modifizierenden Auflage sprechen.

## **(2) Interpretation der modifizierenden Auflage als Inhaltsbestimmung**

Ein Teil der Literatur definiert eine modifizierende Auflage als qualitative Veränderung des typischen Regelungsgegenstandes

---

<sup>32</sup> P-R, Assessorexamen, § 9 Rz 12.

<sup>33</sup> s. A.II.2.b.a).

<sup>34</sup> Weyreuther, DVBl 1984, S.365 ff, S.366; Gern-Wachenheim, JuS 1980, S. 276 ff., S. 277.

<sup>35</sup> BVerwG, DÖV 1974, S.380; BVerwG, DÖV, 1974, S.563 f., S.564; VGH München, BayVBl 1973, S. 583 f., S. 583; VGH München, BayVBl, 1977, S.87 f., S.87; VGH München, BayVBl 1980, S.19ff., S.20; VGH Mannheim, BRS 29, 231 ff., S.231; Weyreuther, DVBl 1969, S.295 ff., S.297; idem, DVBl 1984, 365 ff., S.365; P-R, Assessorexamen, § 9 Rz 14; Karl, Nebenbestimmungen, S.14.

<sup>36</sup> s. A.II.2.b.a).

des VA<sup>37</sup>. Mit dieser Begriffsbildung wird das Rechtsinstitut der schon erörterten Inhaltsbestimmung gleichgeordnet und erscheint überflüssig<sup>38</sup>.

Da eine isolierte Anfechtung einer Inhaltsbestimmung nach vorzugswürdiger Ansicht ausgeschlossen ist<sup>39</sup>, ergibt sich folgerichtig die Verneinung einer isolierten Anfechtungsklage gegen eine modifizierte Auflage.

Für diese Auffassung spricht, daß eine Behörde vielfach den Terminus „Auflage“ verwendet, obwohl objektiv gar keine Nebenbestimmung vorhanden ist.

Die bloße Äußerung eines behördlichen Interesses an der selbständigen Durchsetzung einer fälschlichen „Auflage“ kann außerdem nicht ausreichen, um diese mit der ersten Auffassung zunächst mit den Weihen einer materiellen Auflage auszustatten und bei wesentlicher Auswirkung hinsichtlich des Rechtsschutzes doch wieder einer Inhaltsbestimmung gleichzustellen.

### **(3) Stellungnahme**

Es erscheint auf den ersten Blick als paradox, daß nach der ersten Ansicht eine Nebenbestimmung Auflage, i.e. eine per definitionem atypische Ergänzung eines VA, in den typischen Regelungskreis des VA, also in das definitorische Territorium der Inhaltsbestimmung einbrechen soll.

Dieser Verstoß gegen die formale Logik ist nach begriffsjurisprudentialen Kategorien unverzeihlich, könnte jedoch unter Zuhilfenahme der Kategorien der Wertungsjurisprudenz gebilligt werden, sofern eine tragfähige Wertung für die Akzeptanz der modifizierenden Auflage vorhanden ist.

Dafür spricht die Präzision der wertenden Argumentation, die atypische befehlende Ergänzungen des VA mit exorbitanter Relevanz für den gesamten VA de facto wie Ablehnungen und damit von der Rechtsfolge wie eine Inhaltsbestimmung behan-

---

<sup>37</sup> Wolff-Bachof-Stober, VwR I § 47 Rz 11 und 13; Funk, BayVBl 1986, S.105 f., S.105; Gern-Wachenheim, JuS 1980, S. 276 ff.; Schenke, JuS 1983, 182 ff., 183; E-M, Verwaltungsrecht, § 13 Rz 8.

<sup>38</sup> Maurer, VwR, § 12 Rz13 u. 16; Stelkens-Bonk-Sachs, VwVfG, § 36 Rz 22; Erichsen, Jura 1990, 214, 216; Fluck, DVBl, 1992, 862 ff, 863; Kopp, VwVfG, § 36 Rz. 39.

<sup>39</sup> s. A.II.2.b.a)

delt, so daß nur eine Verpflichtungsklage möglich ist.

Eine so feinsinnige Wertung offenbart jedoch zugleich die Schwäche dieser Meinung, weil nämlich die praktische Subsumtion unter diese Kriterien äußerst unbestimmt verläuft.

Die Vertreter führen an keiner Stelle aus, unter welchen Voraussetzungen eine „Auflage <den Antrag> so sehr abwandelt, daß der Antrag im Ergebnis abgelehnt wird“<sup>40</sup>.

Gerade das von der ersten Meinung gebrauchte baurechtliche Beispiel vom Antrag auf eine Dachform und der Genehmigung einer anderen Form<sup>41</sup> zeigt, daß die Suche nach einem befehlenden Auflageelement im atypischen Regelungsbereich mit durchbrechender Wirkung auf den typischen einen argumentativen Umweg bedeutet, während die zweite Auffassung die bauordnungsrechtliche Dachform überzeugend als Inhaltsbestimmung der Baugenehmigung kennzeichnet<sup>42</sup>.

Daher ist die These der modifizierenden Auflage zu verwerfen, so daß das Zwischenergebnis nicht in Zweifel gezogen wird.

Der Hinweis auf Blutentnahme und Absonderung erfolgt im atypischen Regelungsbereich, so daß eine Inhaltsbestimmung endgültig ausscheidet.

### **c) Qualifikation des Hinweises als Nebenbestimmung Auflage, Widerrufsvorbehalt oder Bedingung**

Der Hinweis auf die Blutentnahme mit Absonderung könnte eine Auflage-Nebenbestimmung aus § 36 II Nr.4 HessVwVfG, eine Bedingung gemäß Abs. 2 Nr.2 Var.1 oder einen Widerrufsvorbehalt aus Abs. 2 Nr.3 bilden. Ergänzt eine Behörde einen VA außerhalb des typischen Regelungsbereichs, ist eine Nebenbestimmung vorhanden<sup>43</sup>. Obwohl die Legaldefinitionen des § 36 II HessVwVfG eine einfache Subsumtion suggerieren, ist die Einordnung der Blutentnahme und der Absonderung aufgrund der Vielzahl umstrittener Kriterien komplex.

---

<sup>40</sup> P-R, Assessorexamen, § 9 Rz 14.

<sup>41</sup> P-R, Assessorexamen, § 9 Rz 14.

<sup>42</sup> Wolff-Bachof-Stober, VwR I, § 47 Rz 11; Rumpel, BayVBl 1987, S.577 ff., S.581; Laubinger, WiVerw 1982; S.117 ff., S.139.

<sup>43</sup> Brenner, JuS 1996, 281 ff., 281; Wolff-Bachof-Stober, VwR I; § 47 Rz1.

## **(1) Technische Behördenbezeichnung**

Teilweise soll die von der Behörde gewählte Bezeichnung irrelevant sein<sup>44</sup>, während die Gegenmeinung der technischen Behördenbezeichnung eine Indizienwirkung zubilligt<sup>45</sup>.

Für die zweite Ansicht soll die Sachkompetenz spezialisierter Amtswalter sprechen.

Dieser Streit ist jedoch nicht entscheidungsbedürftig, da der Hinweis des Behördenvertreters an A gar keine klassische Bezeichnung enthält, so daß die Abwägung noch offen bleibt.

## **(2) Hypothetische Rechtmäßigkeit einer Nebenbestimmung**

Ferner herrscht Unklarheit darüber, ob die hypothetische Rechtmäßigkeit der einen Nebenbestimmung und die denkbare Rechtswidrigkeit der anderen Nebenbestimmung ein Auslegungskriterium bilden kann.

Dafür soll sprechen, daß einer rechtsstaatlichen Behörde im Sinne von Art. 20 III zugebilligt werden soll, daß diese im Zweifel die rechtmäßige Nebenbestimmung wählen möchte<sup>46</sup>.

Dagegen ist einzuwenden, daß für eine verfassungskonforme Auslegung von Verwaltungsakten kein Bedürfnis besteht.

Das Rechtsinstitut der verfassungskonformen Auslegung von Rechtsnormen ist sinnvoll, da es den unmittelbar demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgeber zum Schutz der Gewaltenteilung aus Art. 20 II 2 vor einer übereifrigen, nur mittelbar demokratisch legitimierten Jurisdiktion schützen soll. Demgegenüber hat die ebenfalls nur mittelbar demokratisch legitimierte Administration die Gesetze fachgerecht anzuwenden. Hier ist die Rechtsprechung regelmäßig zur vollständigen Kontrolle berufen<sup>47</sup>.

Das Kontrollorgan Judikative darf daher nicht im Zirkelschluß das rechtmäßige Element unterstellen, das gerade kontrolliert werden soll<sup>48</sup>, so daß dieses Kriterium ausscheidet.

---

<sup>44</sup> Elster, Verwaltungsakte, S. 121.

<sup>45</sup> Lange, AöR 102 (1977) S.337 ff., S.345; Maurer, VwR, § 12 Rz 17.

<sup>46</sup> Maurer, VwR, § 12 Rz 17.

<sup>47</sup> Kontroverse Ausnahmen bilden unbestimmte Rechtsbegriffe und Prognoseentscheidungen.

<sup>48</sup> Elster, Verwaltungsakte, S. 126.



### **(3) Objektiver Erklärungswert oder objektiver Behördenwille**

Unstreitig ist, daß der subjektive Wille der Behörde nicht maßgeblich sein soll, sondern der durch objektive Auslegung eines verständigen Regelungsadressaten entnehmbare Behördenwille gemäß § 133, 157 BGB analog<sup>49</sup>.

Eine feinsinnige Literaturlauffassung will ausschließlich auf den objektiven Erklärungswert der Behördenaussage selbst und nicht auf das objektive Behördeninteresse abstellen<sup>50</sup>, doch wirkt sich diese Begrifflichkeit hier nicht aus. Für die objektive Interpretation der Nebenbestimmung spricht die Parallele zur objektiven Auslegung der Regelung gemäß § 35,1 VwVfG.

#### **(a) Regelvermutung für die Auflage bei der objektiven Auslegung**

Nach einer These soll bei der objektiven Auslegung eine Regelvermutung für die Auflage als die den Adressaten begünstigende Nebenbestimmung gelten<sup>51</sup>. Die überlieferte Interpretationshilfe, daß die Auflage zwingt, aber nicht suspendiert, während die auflösende Bedingung suspendiert, ohne zu zwingen<sup>52</sup>, spricht für diese These, weil die Auflage prinzipiell eine höhere Flexibilität aufweist, da nicht jeder geringfügige Verstoß sofort die innere Rechtswirksamkeit des VA beseitigt.

#### **(b) Keine Regelvermutung für Auflagen**

Eine Gegenauffassung negiert die Regelvermutung für Auflagen<sup>53</sup>.

#### **(c) Stellungnahme**

Dieser Streit ist hier nicht zu entscheiden, falls selbst eine unterstellte Regelvermutung durch die Sachverhaltsangaben durchbrochen wird: Ein verständiger Normadressat in der Rolle des A wird erkennen, daß die Behörde zum Zweck der Vorbeugung von Gefahren für die menschliche Physis ganzer Bevölkerungsgruppen vor epidemischen Krankheiten ein be-

---

<sup>49</sup> Kormann, Staatsakte, S.196-198; Erichsen, Jura 1990, S.214 ff., S.215; Obermayer, VwVfG, § 36 Rz 50 Weyreuther, DVBl 1969, S.232 ff., S.233; PrOVGE 104,248,251.

<sup>50</sup> Elster, Verwaltungsakte, S.127.

<sup>51</sup> PrOVGE 104,248,251; Maurer, VwR, § 12 Rz 17.

<sup>52</sup> v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 3. Band, S.231.

<sup>53</sup> Weyreuther, DVBl 1969, S.232 ff., S.234.

sonderes Interesse an der Koppelung der inneren Wirksamkeit der Genehmigung an die Untersuchung mit Quarantäne hat. Dieses Interesse der Gesundheitsbehörde äußert sich zudem in der beharrlichen Gegenargumentation des Beamten. Außerdem hat die Behörde gar kein Interesse an einer selbständigen Vollziehung der Nebenbestimmung durch unmittelbaren Zwang, wie es für eine Auflage spezifisch ist<sup>54</sup>. Damit ist eine Auflage abzulehnen.

#### **(d) Suspensivbedingung anstelle des Widerrufsvorbehalts**

Fraglich bleibt, ob nach der maßgeblichen objektiven Auslegung eine suspendierende Potestativbedingung aus § 36 II Nr.2 Var.1 oder ein Widerrufsvorbehalt nach § 36 II Nr.3 HessVwVfG angenommen werden muß.

Der Widerrufsvorbehalt wird teils als selbständige Nebenbestimmung<sup>55</sup>, teils als Unterfall der Bedingung<sup>56</sup> und teilweise als auflösende Befristung eingeordnet<sup>57</sup>.

Dieser Streit ist jedoch nur relevant, falls die besonderen Voraussetzungen des Widerrufsvorbehalts vorhanden sind.

Ratio der Nebenbestimmungserteilung ist ein flexibilisierter, milder Gesetzesvollzug<sup>58</sup>, der jedoch zum Schutz des Bürgers vor Verwirrung deutliche Vorgaben über das Vorhandensein und den Sinn der Nebenbestimmung benötigt.

Aufgrund der einschneidenden Belastung des Bürgers soll ein Widerrufsvorbehalt nur dann anerkannt werden, wenn die Behörde gegenwärtig die innere Rechtswirksamkeit des VA herbeiführen möchte und darüber hinaus ausdrücklich ein sachliches Interesse an einer Ex-Nunc-Vernichtung nach § 49 II Nr.1 HessVwVfG darlegt. Jenes Interesse hat regelmäßig einen Bezug gegenwärtigen Sachverhalten, welche nicht sicher beherrschbar sind. Das Interesse der Verwaltung ist hier jedoch nicht auf spätere Beseitigung vorhandener Rechtswirksamkeit gerichtet, sondern auf einen von Anfang an vorhandenen Auf-

---

<sup>54</sup> s. A.II.1.a.d)(4).

<sup>55</sup> Schachel, Jura 1981, S.449 ff., S.450.

<sup>56</sup> OVG Berlin, NJW 1964, 1152; Brenner, JuS 1996, 281 ff., 283; Maurer, VwR, § 12, Rz.7.

<sup>57</sup> Kormann, Staatsakte, S.148.

<sup>58</sup> Wolff-Bachof-Stober, VwR I, § 47 Rz 1.

schub der inneren Rechtswirksamkeit der Einreisegenehmigung.

Außerdem ist das objektive Behördeninteresse bei der Abwehr vitaler Lebensgefahren angesichts der knappen Kapazitäten nicht auf die Erzeugung zusätzlicher Widerrufsverwaltungsverfahren gerichtet.

Überdies ist für die Einordnung als Bedingung nicht hinderlich, daß das zukünftige, von der Behörde als unsicher unterstellte Ereignis in einem Verhalten des Adressaten besteht (Potestativbedingung)<sup>59</sup>. Der Hinweis ist als aufschiebende Bedingung der Blutentnahme und anschließender Absonderung zu verstehen nach § 36 II Nr.2 Var.1 HessVwVfG.

### **c. Isolierte Anfechtungsklage gegen die suspensive Potestativbedingung?**

Die Statthaftigkeit der isolierten Anfechtungsklage gegen Bedingungen wird in Rechtsprechung und Lehre äußerst kontrovers beurteilt.

#### **a) Isolierte Anfechtbarkeit von Auflagen und Auflagenvorhalten**

Ursprünglich bestand eine gefestigte Rechtsprechung, daß eine isolierte Anfechtungsklage gegen Auflagen und Auflagenvorhalte eines begünstigenden VA möglich ist<sup>60</sup>. Gegenüber den anderen Nebenbestimmungen wird ausschließlich eine Verpflichtungsklage anerkannt<sup>61</sup>.

Dabei wird betont, daß die isolierte Anfechtung einer Auflage selbst dann möglich sei, wenn diese auf eine Ermessensentscheidung der Behörde zurückgeht<sup>62</sup>. Diese Argumentation wird bis heute in Teilen der Literatur bevorzugt<sup>63</sup>.

Auf der Basis dieser Auffassung wäre eine Teilanfechtungsklage des A gegen die Bedingungen nicht statthaft, so daß ein An-

---

<sup>59</sup> Schachel, Jura 1981, S.449 ff., S.449.

<sup>60</sup> BVerwGE 29; 261,265; idem, 36, 145, 153-154; idem 41, 178, 180; idem, DÖV 1974, S. 563 f., S.564; PrOVGE 85, 263, 267; OVG Münster, VerwRspr. 6, 560, 562.

<sup>61</sup> BVerwGE 29, 261, 265; BVerwGE 36, 145, 153-154; BVerwG, DÖV 1974, 380 f. (4.Senat); BVerwG, DÖV 1974, 563 f.; VGH München, BayVBl 1973, 583 f; idem, BayVBl 1977, 87 f.; idem, BayVBl 1980, 19 ff., 20.; VGH Mannheim, BRS 29, 231 ff.

<sup>62</sup> BVerwGE 36, 145, 153.

<sup>63</sup> Stelkens, NVwZ 1985, S.469 ff., S.470 und 471; Stelkens-Bonk-Sachs, VwVfG, § 36 Rz. 75; Bosch-Schmidt, § 24 II, S.103; Stern, Verwaltungsprozeß, § 4 III, S.163; Weides, Verwaltungsverfahren, S.188; Achterberg, VwR, § 21 Rz 164; Weyreuther, DVBl 1969, S.232 ff., S.234; Roser, BB 1967, S. 908 f., S.909; Pietzker, NVwZ 1995, S.15 ff., S.17 und 20.

trag auf Anordnung des Suspensiveffekts eines zukünftigen Widerspruchs nach § 80 V 1 VwGO ausscheiden müßte.

Als Begründung nennt diese Rechtsprechungslinie, daß die Auflage im Gegensatz zu anderen Nebenbestimmungen einen VA i.S.v. § 35,1 VwVfG bildet<sup>64</sup>, so daß der Wortlaut des § 42 I Var.1 VwGO eine Anfechtungsklage gestattet.

Aufgrund der selbständigen Vollstreckbarkeit soll die Auflage eine relative Selbständigkeit zur primären Regelung erlangen. Daher sei die Anfechtungsklage nach ihrer Ratio der Kassation von Belastungen der optimale Rechtsbehelf gegen Auflagen.

Gegen jene Begrenzung der selbständigen Anfechtungsklage wegen der betonten Regelungsqualität der Auflage kann eingewandt werden, daß die Auflage in ihrer Rechtswirksamkeit höchst akzessorisch zu Primärregelung ist, so daß diese logisch gar keinen VA nach § 35,1 HessVwVfG bilden kann.

Darüber hinaus wird die Regelung der Auflage nicht einmal beim Erlaß des begünstigenden VA rechtswirksam, sondern erst, wenn der Adressat des VA, von der Begünstigung Gebrauch macht<sup>65</sup>.

Für die zweite Auffassung spricht der Wortlaut des § 113 I 1 VwGO, weil die Konjunktion „soweit“ eine Teilanfechtung gegen den nur belastenden VA, gegen den begünstigenden VA sowohl mit belastender Auflage als auch mit einer anderen Nebenbestimmung logisch voraussetzt.

Die erste Auffassung betont die Sonderbehandlung der Auflage weiterhin mit dem Argument, daß die übrigen Nebenbestimmungen integrative Bestandteile der primären Regelung ohne Verwaltungsaktsqualität bilden sollen. Deswegen soll eine Teilanfechtung von Bedingungen bereits unsinnig sein, da dieser Rechtsbehelf de facto nicht nur zur Abwehr einer Belastung sondern darüber hinaus zur Erweiterung des Rechtskreises des Klägers über den Ausgangszustand vor der ersten

---

<sup>64</sup> BVerwG, MDR 1976, S.870 f., S.871; VGH Kassel, DVBl 1966, S.504; Stelkens-Bonk-Sachs, VwVfG, § 36 Rz 17; zum früheren Recht PrOVGE 84, 422, 424; idem 85, 263, 267; idem 104,256,259.

<sup>65</sup> Schneider, Nebenbestimmungen, S.35.

Behördenentscheidung führe<sup>66</sup>. Eine solche Erweiterung widerspreche dem kassatorischen Wesen der Anfechtungsklage.

Diese Integration der Bedingungen i.S.v. § 36 II Nr.2 VwVfG werde durch den Wortlaut von Abs.2 Nr.4-5 „oder verbunden werden mit“ gestützt.

Diese Verbindung beim Erlaß soll das besondere gesetzgeberische Interesse an ausdrücklicher Integration für Auflagen verkünden, so daß die Hauptregelung und die regelnde Nebenbestimmung Nr.4 verbindungsbedürftig seien, während die Nummern 1-3 eo ipse integrativ mit der Hauptregelung verbunden seien, so daß die Formulierung „erlassen werden mit“ ausreiche.

Oben wurde aber bereits ausgeführt, daß die Auflage ebenfalls keine Autonomie aufweist, die als wesentliches Unterscheidungsmerkmal fungieren kann.

Vielmehr wird umgekehrt die gleichmäßige akzessorische Unterordnung aller Nebenbestimmungen unter die Primärregelung innerhalb des Normzwecks des § 36 II VwVfG das maßgebliche Kriterium für die Gleichbehandlung des Rechtsschutzes gegen alle belastenden Nebenbestimmungen<sup>67</sup>.

Außerdem ist dem kassatorischen Wesen der Anfechtungsklage genüge getan, wenn belastende Elemente beseitigt werden. Ob der Regelungsrest bei Teilanfechtung besser als der Ausgangszustand ist, ist unerheblich. Daher ist die Begrenzung der isolierten Anfechtungsklage auf Auflagen prinzipiell zu mißbilligen.

## **b) Isolierte Anfechtbarkeit der Auflagen oder sämtlicher Nebenbestimmungen aufgrund zwingender Entscheidung**

### **(1) Zweite Rechtsprechungslinie und erster Teil der Literatur**

Die nachfolgende Rechtsprechungslinie akzeptiert eine isolierte Anfechtungsklage nur dann, wenn zusätzlich zu dem traditionellen Kriterium einer Auflage ohne modifizierende Funktion die Ermächtigungsgrundlage für den begünstigenden VA ius cogens sei und die belastende Nebenbestimmung als zwin-

---

<sup>66</sup> Pietzker, NVwZ 1995, S.15 ff., S.17.

gende Entscheidung ergehe<sup>68</sup>. Diese Beurteilung wird von Teilen des Schrifttums bestätigt<sup>69</sup>.

Auf der Basis dieser Auffassung ist eine isolierte Anfechtungsklage des A gegen die Bedingungen Untersuchung und Absonderung ausgeschlossen.

## **(2)Zweiter Teil der Literatur**

Eine zweite Literaturansicht greift diese Rechtsprechungslinie erweiternd auf, indem isolierte Anfechtungsklagen gegen alle Nebenbestimmungen zugelassen werden, sofern die Behörde keine einheitliche Ermessensentscheidung über den VA und die Nebenbestimmung getroffen hat<sup>70</sup>.

Sofern man §§ 37a I 1.HS und 37 a II 2-3 als zwingende Ermächtigungsgrundlagen für den Erlaß einer Einreisegenehmigung unter aufschiebender Bedingung erachtet, könnte A auf der Basis dieser Literatur eine isolierte Anfechtungsklage verfolgen und einen Antrag auf Anordnung des Suspensiveffekts für den späteren Widerspruch nach § 80 V 1 Var.1 VwGO stellen.

Nach dem Wortlaut bildet § 37a I 1.HS i.V.m. § 37a II 2-3 eine zwingende Ermächtigungsgrundlage. Eine Übertragung des in § 34 normierten Ermessensspielraums [„kann“] in den § 37a verbietet sich nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali*<sup>71</sup>. Folglich wäre nach dieser Lösung eine isolierte Anfechtungsklage möglich.

## **(3)Stellungnahme**

Eine Streitentscheidung zwischen dieser Rechtsprechungslinie und der zweiten Literaturansicht ist jedoch entbehrlich, falls sich das Kriterium des Ausschlusses der isolierten Anfechtungsklage bei einheitlicher Ermessensentscheidung als nicht sinnvoll erweist.

---

<sup>67</sup> Schenke, JuS 1983, S.182 ff., S.183.

<sup>68</sup> BVerwGE 55,135, 137-138 (8.Senat); BVerwGE 56,254,256 (1.Senat); OVG Berlin, NJW 1964, S.1152; VG Bremen, NJW 1965, S.1196.

<sup>69</sup> Elster, Verwaltungsakte, S. 337; Redeker-v.Oertzen, VwGO, § 113 Rz 6; Lange, AöR 102 (1977), S.337 ff., S.357 und 367.

<sup>70</sup> Meyer-Borgs, VwVfG, § 36, Rz 47; Schneider, Nebenbestimmungen, S.161 u. 166; Maurer, VwR, § 12 Rz 28; Kopp, VwVfG § 36 Rz 46.

<sup>71</sup> Auch die Befugnis der Behörde, allein aufgrund des Tatbestands von § 34 in Verbindung mit einer sorgfältigen Ermessensentscheidung Rechtsfolgen der §§ 36-38 anzuordnen, hat nur subsidiäre Bedeutung gegenüber der primären Anwendung von § 37a.

Gegen die zweite Rechtsprechung wirken bereits die oben schon aufgeführten Argumente für eine Erweiterung auf alle Nebenbestimmungen, so daß diese Auffassung abzulehnen ist. Für die zweite Literaturansicht wird angeführt, daß die Behörde schutzbedürftig sei vor einer gerichtlich veranlaßten Erzeugung von begünstigenden Rumpfverwaltungsakten ohne belastende Ergänzungen infolge der isolierten Anfechtungsklage, sofern die Verwaltungsentscheidung eine kombinierte Ermessensabwägung über VA und Nebenbestimmung enthalte<sup>72</sup>:

Die Judikative dürfe diese zusammenhängende Ermessensentscheidung vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung nicht in Einzelteile zerstückeln.

Die isolierte Aufhebung von Ermessensnebenbestimmungen soll den Sinn und Zweck des § 36 II VwVfG gefährden:

Diese Norm setze einen engen administrativen Zusammenhang zwischen dem Ermessensverwaltungsakt und der Nebenbestimmung im Einzelfall voraus, kraft dessen der Bürger eine gegenüber der Versagung mildere Entscheidung erlangen kann.

Gegen die zweite Literaturansicht und ihr Differenzierungskriterium der gebundenen Entscheidung oder der einheitlichen Ermessensentscheidung ist zu sagen, daß die Behörde niemals Schutz verdient vor den aus der isolierten Anfechtung folgenden begünstigenden Rumpfverwaltungsakten.

Schließlich hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Rücknahme und den Widerruf geschaffen aus §§ 48, 49 VwVfG.

Dabei kann eine gerichtlich veranlaßte Aufhebung einer Auflage ihrer Nichtbefolgung i.S.v. § 49 II 1 Nr.2 VwVfG gleichgestellt werden<sup>73</sup>.

Daher erweist sich das Differenzierungskriterium der gebundenen oder im Ermessen stehenden Entscheidung bereits für die Auflage als nicht stimmig, so daß die zweite Literaturauffassung zu verwerfen ist.

---

<sup>72</sup> BVerwGE 55, 135 ff, 136.

<sup>73</sup> BVerwGE 65, 139, 141.

### **c) Vorübergehende Rückkehr zur ursprünglichen Rechtsprechung**

Obgleich der 8. Senat des BVerwG die zweite Rechtsprechungslinie eingeleitet hatte, ist jener schon nach kurzer Zeit von dem Ermessenskriterium abgerückt zu Gunsten einer Rückkehr zur ersten Rechtsprechungslinie<sup>74</sup>. Diese Auffassung wurde bereits prinzipiell abgelehnt<sup>75</sup>.

### **d) Isolierte Anfechtbarkeit sämtlicher Nebenbestimmungen ?**

Eine vierte Rechtsprechungstendenz von 1980 könnte die isolierte Anfechtungsklage auf sämtliche Nebenbestimmungen ausdehnen:

Ohne ausführliche Begründung wird ausgeführt, daß gegen Bedingungen oder Widerrufsvorbehalte die isolierte Anfechtungsklage statthaft sei<sup>76</sup>.

Auf der Basis dieser Auffassung könnte A in der Tat eine Anfechtungsklage gegen die Bedingungen Blutentnahme und Quarantäne anstrengen, so daß ein Antrag nach § 80 V 1 Var.1 VwGO statthaft wäre.

Jedoch ist die Interpretation dieser Gerichtsentscheidung in der Literatur äußerst umstritten.

### **(1) Interpretation als prinzipielle isolierte Anfechtbarkeit aller Nebenbestimmungen**

Eine Auffassung bewertet das Urteil des dritten Senats als endgültigen Bruch zur überkommenen Dogmatik der ersten und zweiten Rechtsprechungslinie, so daß zukünftig über die Auflagen hinaus grundsätzlich eine isolierte Anfechtung aller Nebenbestimmungen zulässig ist<sup>77</sup>. Danach könnte A eine isolierte Anfechtungsklage erheben.

Der eindeutige Wortlaut der Entscheidung des dritten Senats unterstützt diese Interpretation.

Darüber hinaus spricht auch der Wortlaut von § 113 I 1 VwGO [„soweit“] für die regelmäßige, nicht nur unter qualifi-

---

<sup>74</sup> BVerwGE 65, 139, 141 (8.Senat); OVG Koblenz, NJW 1990, 1194.

<sup>75</sup> s. A.II.2.c.a)

<sup>76</sup> BVerwGE 60, 269, 269; VGH München, BayVBl 1980, S. 49.

<sup>77</sup> Schenke, JuS 1983, S.182 ff., S.183; Laubinger, VerwArch Bd.73, 1982, S.345 ff., S.355 und S. 368; P-R, Assessorexamen, § 9 Rz 16;



zierten Ausnahmen anzuerkennende Zulässigkeit der isolierten Anfechtung<sup>78</sup>.

Außerdem leidet die erste Rechtsprechungslinie daran, daß nicht die Frage der Einordnung einzelner Nebenbestimmungen als VA i.S.v. § 35,1 VwVfG, sondern vielmehr die gemeinsame Akzessorietät aller Nebenbestimmungen ein sinnvolles Beurteilungskriterium bildet<sup>79</sup>.

Zudem erhöht die einheitliche Behandlung sämtlicher Nebenbestimmungen die Rechtssicherheit, indem die Konsequenzen der schwierigen Abgrenzung von Bedingung und Auflage gemildert werden<sup>80</sup>.

Ebenso gebietet ein Vergleich zwischen der unbestritten zulässigen Klage auf Feststellung der Teilnichtigkeit eines Verwaltungsakts mit beliebigen Nebenbestimmungen und der Teilrechtswidrigkeit eines VA, daß auch die isolierte Anfechtungsklage bei Teilrechtswidrigkeit zulässig sein muß<sup>81</sup>.

## **(2) Ignoranz der Entscheidung des 3. Senats**

Die Gegenauffassung entnimmt wider den Wortlaut der Entscheidung aus den Begleitumständen, daß die Rechtsprechung weiterhin der ersten Rechtsprechungslinie folgen soll<sup>82</sup>.

Das Urteil stelle einen Ausrutscher durch einen inkompetenten Senat dar<sup>83</sup>, begründe seine Aussage nicht und beziehe gar keine Stellung zu der ersten Rechtsprechungslinie, von der es diametral abweiche.

Weiterhin hätte eine so einschneidende Änderung eine Anrufung des Großen Senats erfordert<sup>84</sup>.

Außerdem sei die Entscheidung durch die folgende Rechtsprechung nicht aufgegriffen worden, so daß eine Ignoranz der Entscheidung geboten ist.

---

<sup>78</sup> Schenke, JuS 1983, S.182 ff., S.184; Wolff-Bachof-Stober, VwR I, § 47 Rz 24.

<sup>79</sup> s. A.II.3.c.a).

<sup>80</sup> Schenke, JuS 1983, S.182 ff., S.184.

<sup>81</sup> Schenke, JuS 1983, S.182 ff., S.185.

<sup>82</sup> Maurer, VwR, § 12 Rz 24; Bosch-Schmidt, § 24 II S.103.

<sup>83</sup> Schwerdtfeger, Öffentliches Recht, Rz 173: „...mit den einschlägigen Problemen sonst nicht befaßt ...“; Störmer, NWVBl 1996, S. 169 ff., S. 173.

<sup>84</sup> Bosch-Schmidt, § 24 II S.104; Störmer, NWVBl 1996, S. 169 ff., S. 173.

Hiernach könnte A gegen die Bedingungen nur mit der Verpflichtungsklage vorgehen gemäß § 113 V VwGO, so daß ein Antrag aus § 80 V 1 Var.1 VwGO nicht statthaft wäre.

### **(3) Stellungnahme**

Der zweiten Auffassung ist zu konstatieren, daß die maßgebliche Entscheidung des 3. Senats aufgrund der Kürze nicht wissenschaftlich argumentiert.

Jedoch argumentiert die zweite Auffassung ebenso unwissenschaftlich, da lediglich die Begleitumstände des Urteils herangezogen werden, um dessen Aussage in das Gegenteil zu verkehren.

Darüber hinaus übersieht die zweite Auffassung, daß die nachfolgende Rechtsprechung durchaus auf die Entscheidung des 3. Senats rekurriert<sup>85</sup>.

Ferner könnte eine Analogie zu § 44 IV VwVfG materielle Rechtsfolgen für die Teilrechtswidrigkeit eines VA bewirken, welche die erste Auffassung zur isolierten Anfechtungsklage unterstützen.

Analogieschlüsse setzen eine planwidrige Regelungslücke mit vergleichbarer Interessenlage voraus<sup>86</sup>.

Es fehlt eine ausdrückliche Regelung über die materielle Teilrechtswidrigkeit von Verwaltungsakten.

Für die Vergleichbarkeit der Interessenlage spricht, daß die Nichtigkeit eines VA nur eine gesteigerte Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit des VA darstellt<sup>87</sup>:

Die Differenzierung zwischen Nichtigkeit und Rechtswidrigkeit des VA beruht allein darauf, daß eine effizient tätige Administration auf den häufigen Gebrauch des VA angewiesen ist. Dieses Instrument wird entwertet, falls der allgemeine Grundsatz der Nichtigkeit rechtswidrigen Staatshandelns aus Art. 20 III GG nicht wegen der großen Zahl wichtiger, komplexer und rasch durchzuführender Subsumtionen in den Verwaltungsverfahren nach § 9 HessVwVfG auf besonders schwerwiegende Normverstöße der Verwaltungsakte begrenzt

---

<sup>85</sup> OVG Lüneburg, DVBl 1992, S.920: isolierte Anfechtung der auflösenden Bedingung.

<sup>86</sup> Larenz, Methodenlehre, S.381.

<sup>87</sup> Schenke, JuS 1983, S.182 ff., S.184.

wird<sup>88</sup>. Folglich bildet die unterschiedliche Behandlung den begründungsbedürftigen Ausnahmefall, nicht die gleichmäßige Behandlung der beiden Phänomene.

Damit ist die Interessenlage der Teilrechtswidrigkeit derjenigen der Teilnichtigkeit vergleichbar. Planwidrigkeit der Lücke ist zu unterstellen, so daß § 44 IV VwVfG analog auf den teilrechtswidrigen VA anwendbar ist.

Folglich wird ein rechtmäßiger VA trotz Rechtswidrigkeit einer Nebenbestimmung grundsätzlich nicht vollständig rechtswidrig. Er wird nur ausnahmsweise insgesamt rechtswidrig, falls die objektive Auslegung des VA ergibt, daß eine Behörde bei hypothetischer Kenntnis von der Teilrechtswidrigkeit den gesamten VA nicht erlassen hätte.

Somit ist das Prinzip des materiellen Fortbestands des begünstigenden VA trotz rechtswidriger Nebenbestimmung gewonnen.

Daraus läßt sich das Gebot zur regelmäßigen Anerkennung der isolierten Anfechtungsklage gegen alle Nebenbestimmungen ableiten, zumal die Verwehrung eines effizienten Rechtsschutzes zur Herbeiführung vorgesehener materieller Rechtsfolgen mit Art. 19 IV 1 kollidiert.

Daher ist der ersten Interpretationsansicht zu folgen. Deshalb kann A nach dieser Rechtsprechung und der vorzugswürdigen Lehre grundsätzlich eine isolierte Anfechtungsklage im Hauptverfahren erheben und einen Antrag auf Anordnung des Suspensiveffekts nach § 80 V 1 Var.1 VwGO stellen.

#### **e) Isolierte Anfechtbarkeit sämtlicher teilbarer Nebenbestimmungen**

Eine fünfte Rechtsprechungslinie führt auf den ersten Blick aus, daß Auflagen grundsätzlich isoliert anfechtbar sein sollen. Eine Ausnahme soll jedoch für nicht teilbare Nebenbestimmungen gelten. Eine Nebenbestimmung sei teilbar, wenn der Restverwaltungsakt auch ohne die Nebenbestimmung rechtmäßig sei<sup>89</sup>, so daß die Behörde einen VA ohne eine Nebenbestimmung

---

<sup>88</sup> Es ist für den Bürger zumutbar, ein Widerspruchsverfahren einzuleiten.

<sup>89</sup> BVerwG, NVwZ 1984, S. 366 (4.Senat); BVerwGE 88,348,349.

mung hätte erlassen müssen oder im Ermessensbereich hätte erlassen können.

Aufkeimender Streit über die Einordnung der Teilbarkeit als Kriterium der Statthaftigkeit der isolierten Anfechtungsklage hat zu einer halbherzigen Präzisierung geführt:

Die Teilbarkeit gehöre regelmäßig zur Begründetheit einer isolierten Anfechtungsklage und ausnahmsweise zur Statthaftigkeit, falls der nebenbestimmungslose Restverwaltungsakt evident rechtswidrig sei<sup>90</sup>.

Bei unreflektierter Anwendung dieser zu Auflagen ergangenen Rechtsprechung wäre keine isolierte Anfechtungsklage gegen die Bedingungen statthaft.

Im Schrifttum ist umstritten, ob man diese zu Auflagen ergangene Rechtsprechung extensiv auf die übrigen Nebenbestimmungen ausdehnen soll<sup>91</sup> oder ob die isolierte Anfechtung restriktiv auf Auflagen und deren Vorbehalte begrenzt werden soll<sup>92</sup>.

Die zutreffende Antwort hängt maßgeblich davon ab, wie man das oben diskutierte Urteil des 3. Senats aus der vierten Rechtsprechungslinie interpretiert.

Auf der Basis der dort als vorzugswürdig akzeptierten ersten Literaturansicht zur Ausdehnung auf alle Nebenbestimmungen, ist die fünfte Rechtsprechungslinie so zu interpretieren, daß sie sich auf alle Nebenbestimmungen erstrecken soll.

Jedoch leidet die Überzeugungskraft der fünften Rechtsprechungslinie darunter, daß die wechselhafte Einordnung des Teilbarkeitskriteriums die Rechtssicherheit beeinträchtigt, weil der opportune Klageantrag, Streitgegenstand und das Kostenrisiko von einem Evidenzkriterium abhängig gemacht wird.

Zudem ist die Frage der Teilbarkeit ein zutiefst materiellrechtliches Problem, da es die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des VA voraussetzt<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> BVerwGE 81, 185, 186 (7. Senat).

<sup>91</sup> Schenke, JuS 1983, S. 182 ff., S. 186; Erichsen, Jura 1990, S. 214 ff., S. 217; E-M, Verwaltungsrecht, § 14 Rz 33; Wollf-Bachof-Stober, VwR I, § 47 Rz 24; Martens, DVBl 1965, 428, 432.

<sup>92</sup> Störmer, NWVBl 1996, S. 169 ff., S. 173.

<sup>93</sup> Lange, AöR, Bd. 102, 1977, S. 337 ff., S. 366.

Daher erscheint es geboten, jeder Auflage eine Teilbarkeit im Sinne der Statthaftigkeit der isolierten Anfechtungsklage zuzugestehen [Prozessuale Teilbarkeit] und eventuell in der Begründetheit die Teilbarkeit zu untersuchen [Materielle Teilbarkeit].

Als Zwischenergebnis ist gemäß der vorzugswürdigen Literatur zur vierten und fünften Rechtsprechungslinie festzuhalten, daß A im Hauptsacheverfahren die isolierte Anfechtungsklage gegen die Bedingungen anstrengen kann, so daß ein Antrag auf Anordnung des Suspensiveffekts statthaft ist.

#### **f) Isolierte Anfechtung infolge eines Behördenwillens zur Teilbarkeit**

Eine sechste Rechtsprechungstendenz könnte dieses Zwischenergebnis erschüttern. Es wird eine isolierte Anfechtungsklage gegen jede Nebenbestimmung anerkannt, sofern die Behörde einen ausdrücklichen oder durch objektive Auslegung zu gewinnenden Willen über die Zulässigkeit der isolierten Anfechtung äußert<sup>94</sup>.

Eine ausdrückliche Willensäußerung der Behörde zur isolierten Teilbarkeit ist im Sachverhalt nicht enthalten, so daß nach dieser Auffassung eine objektive Auslegung erfolgen müßte.

Gegen diese Vorgehensweise spricht zunächst die inhaltliche Unbestimmtheit der Kriterien für die Analyse des Behördenwillens.

Darüber hinaus läuft das Merkmal in der Praxis im Regelfall auf eine Fiktion des Behördenwillens durch das Gericht hinaus. Weiterhin erscheint es bedenklich, daß der Wille der Exekutive den Rechtsschutz beeinflussen soll.

Daher ist am obigen Zwischenergebnis festzuhalten.

#### **g) Vollständiger Ausschluß der isolierten Anfechtungsklage**

Letztlich könnte eine Literaturlauffassung das Zwischenergebnis in Zweifel ziehen. Ein Teil der Lehre verneint rundheraus

---

<sup>94</sup> OVG Münster, DVBl 1991, S.1366.

die Statthaftigkeit einer isolierten Anfechtungsklage gegen belastende Nebenbestimmungen<sup>95</sup>.

Damit könnte A sein Begehren höchstens mit einem Teilverpflichtungsantrag auf Aufhebung der belastenden Bedingungen und Erlaß einer anderen Nebenbestimmung oder sogar nur mit einem Verpflichtungsantrag auf Neuerlaß des gesamten VA verfolgen, so daß im einstweiligen Rechtsschutz nur ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung statthaft wäre.

Für diese Meinung mag die verlässlich vorhersehbare Prozeßstrategie sprechen.

Darüber hinaus soll der Kläger durch beliebige Nebenbestimmungen stets ein Minus zum Antrag erhalten. Damit richte sich jedes vordergründige Begehren auf Beseitigung der Nebenbestimmung eigentlich auf die Erweiterung des Rechtskreises über den Status quo hinaus, so daß die Verpflichtungsklage als reformierender Rechtsbehelf gefordert sei<sup>96</sup>.

Wenig überzeugend erscheint, daß der Sinn der Anfechtungsklage noch weit strenger als bei der traditionellen Rechtsprechungslinie auf die Funktion als Rechtsbehelf gegen absolut belastende Maßnahmen eingeengt wird, was der ratio legis der Anfechtungsklage nicht gerecht wird<sup>97</sup>.

Weiterhin ist das Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand der begünstigenden Primärregelung bei der Rüge von Nebenbestimmungen auch in prozessualer Hinsicht schutzwürdig durch Einräumung der Teilanfechtung mit Streitgegenstandsbegrenzung<sup>98</sup>.

Außerdem nivelliert die letzte Literaturmeinung die sinnvolle materiellrechtliche Trennung zwischen Inhaltsbestimmungen und Nebenbestimmungen durch prozessuale Gleichbehandlung<sup>99</sup>. Folglich ist diese Lehrmeinung abzulehnen und das Zwischenergebnis beizubehalten.

---

<sup>95</sup> Fehn, DÖV 1988, S.202 ff., S.202 u. 210; Stadie, DVBl 1991, S.613 ff., S.614; Eyermann-Fröhler, VwGO, Anh. § 42 Rz 3.

<sup>96</sup> Stadie, DVBl 1991, S.613, S.614.

<sup>97</sup> s. A.II.3.c.a); s. A.II.3.c.d)(3)

<sup>98</sup> Roser, BB 1967, S.908 f., S.909.

<sup>99</sup> Pietzker, NVwZ 1995, S.15 ff., S.18.

## **h) Ergebnis**

Es ist grundsätzlich eine Teilanfechtungsklage gegen die Bedingungen statthaft.

### **d. Keine Erledigung der Bedingungen**

Die Statthaftigkeit der isolierten Anfechtungsklage gegen die Bedingungen Blutentnahme und Quarantäne könnte ferner voraussetzen, daß sich die isoliert gerügten Teile des VA nicht erledigt haben zum Zeitpunkt der Entscheidung des VG.

Aufgrund der Akzessorietät des Aussetzungsantrags nach § 80 V 1 VwGO zur Anfechtungsklage nach § 42 I Var.1 VwGO darf keine Erledigung des VA eintreten, da anderenfalls nur eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO direkt, analog oder eine Feststellungsklage aus § 43 VwGO denkbar sind, deren vorläufiger Rechtsschutz von § 123 VwGO geregelt ist<sup>100</sup>. Dies gilt sinngemäß auch für Genehmigungen mit Nebenbestimmungen.

Aufgrund des Bemühens von R, „binnen weniger Tage“ eine Entscheidung des VG zu erreichen, ist der Sachverhalt so zu verstehen, daß die zehntägige Inkubationszeit für Pocken noch nicht verstrichen ist, als das VG über den Antrag des R entscheiden möchte.

### **a) Erledigung als Wegfall rechtlicher Beschwer**

Eine Auffassung definiert den Erledigungsbegriff als Vorgang, bei dem für eine Person die rechtliche Beschwer einer belastenden Regelung wegfällt<sup>101</sup>, infolge von Aufhebung nach § 73 I VwGO oder durch das VG nach § 113 I 1 VwGO, aufgrund von Rücknahme und Widerruf nach §§ 48-49 VwVfG, durch irreversiblen Vollzug, durch irreversible Befolgung durch den Adressaten, durch Zeitablauf oder sonstige Umstände.

### **b) Erledigung als Wegfalls rechtlicher Beschwer mit Nebenfolgen**

Eine zweite Auffassung verlangt über den Wegfall der rechtli-

---

<sup>100</sup> Erichsen, Jura 1984, S.478 ff., S.482; Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 130.

<sup>101</sup> BVerwGE 31,324,325; BVerwGE 66,75,77; BVerwGE 73, 312,314; idem, NVwZ 1991,570,571; Eyermann-Schmidt, VwGO, § 113 Rz 76.

chen Beschwer einer primären Regelung hinaus, daß zusätzlich sämtliche belastenden Nebenfolgen entfallen sein müssen<sup>102</sup>. Diese restriktive Auffassung ist nur dann erheblich, falls die erste Auffassung eine Erledigung postuliert.

### **c) Erledigung als Sinnlosigkeit der Kassation des VA**

Andere verstehen den Begriff der Erledigung in einem umfassenderen Sinn als den Prozeß, der die Sinnlosigkeit einer Aufhebung eines VA durch Behörden oder Gerichte erzeugt<sup>103</sup>.

### **d) Stellungnahme**

Eine Streitentscheidung ist jedoch entbehrlich, falls nach allen Ansichten zum Zeitpunkt der Entscheidung des VG über den Eilantrag keine Erledigung eingetreten ist.

Durch die Fahrt in die städtische Isolierstation ist A vom internationalen Teil des Flughafens nach Deutschland eingereist, was aber keinen Wegfall der Einreisegenehmigung bezüglich der Belastung aus den Bedingungen bedeutet.

Da eine Erledigung der ersten Bedingung durch eine Blutentnahme im Krankenhaus auszuschließen ist, ist allein fraglich, ob sich vielleicht die Bedingung der kurzen Quarantäne mit dem denkbaren Aufenthalt von zwei Tagen auf der Isolierstation erledigt hat durch Zeitablauf, bevor das VG zur Entscheidung gelangt.

Dies ist jedoch zu verneinen, weil die zweitägige Quarantäne als logische Folgebedingung an die Bedingung der Blutentnahme anschließt.

Damit kann ohne Blutentnahme keine Erledigung der gekoppelten 48-Stunden-Quarantäne-Bedingung eintreten, selbst wenn der freiwillige Aufenthalt in der Isolierstation weitaus länger dauert.

Vielmehr gelten die Bedingungen rechtlich fort, solange sich A in Deutschland aufhält, auch wenn infolge eines hypothetischen freiwilligen Aufenthalts im Krankenhaus über die Inkubationszeit von 10 Tagen hinaus feststeht, das mangels auftretender Fiebererscheinungen keine Infektion denkbar ist.

---

<sup>102</sup> VGH München, VerwRspr.12,754; Müller, DÖV 1965, S.38 ff., S.39; Naumann, Feststellungsklage, S. 110f.

<sup>103</sup> Schenke; Jura 1980, S.133, 134.



Damit besteht die rechtliche Belastung der Bedingungen zum Zeitpunkt der Eilentscheidung des VG fort im Sinne der ersten Meinung, so daß auch die zweite Auffassung eine Erledigung verneint.

Außerdem ist die Aufhebung der Nebenbestimmungen weiterhin sinnvoll im Sinne der dritten Ansicht. Deshalb ist eine isolierte Anfechtungsklage endgültig statthaft, so daß akzessorisch ein Antrag auf Aussetzung des Sofortvollzugs statthaft ist nach § 80 V 1 VwGO.

### **III. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen**

#### **1. Antragsbefugnis § 42 II Var.1 VwGO entsprechend**

Obwohl eine direkte Anwendung der Klagebefugnis auf den vorläufigen Rechtsschutz ausscheidet wegen des Wortlauts des § 42 II VwGO und der systematischen Stellung des § 80 V 1 Var.1 VwGO, kommt gleichwohl eine entsprechende Anwendung in Betracht, da der Antrag auf Aussetzung des Suspensiv-effekts nach der ratio legis des § 80 V 1 Var.1 i.V.m. § 80 I 1 Var.1-2 VwGO akzessorisch zur Anfechtungsklage ist<sup>104</sup> und soll dieselben Interessen vorläufig sichern, die endgültig durch das Hauptverfahren geschützt werden.

A ist folglich antragsbefugt, wenn aus seinem substantiierten Sachvortrag die Möglichkeit einer Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts hervorgeht.

Es ist nicht schlechthin ausgeschlossen, daß A durch das präventive Verbot und die Ermächtigungsgrundlage für belastende Blutentnahme- und Absonderungsbedingungen in Freiheitsgrundrechten auf Einreise aus Art. 16 I, 16 II, Art. 11 I oder aus Art. 6 I Var.2, auf Schutz vor Blutentnahme aus Art. 2 II 1 Var.2 und Art. 4 I-II, auf Schutz vor Quarantäne aus Art. 2 II 2 verletzt ist. Weiterhin kommt eine Verletzung dieser Rechtspositionen durch die belastenden Bedingungen des VA in Betracht. A ist daher antragsbefugt.

---

<sup>104</sup> BVerwG, NVwZ 1993, S.565 f., S.566; VGH Mannheim, NJW 1990, S.61; idem, NuR 1995, S.264; OVG Münster, NJW 1991, S.1691; Schenke, JZ 1996, S.1155 ff., S.1160; P-R, Assessorexamen, § 57 Rz 15; Finkelnburg-Jank, Rechtsschutz, Rz 847.

## **2. Antragsgegner § 78 I Nr.1 VwGO entsprechend**

Die Stadt Frankfurt als Träger der Gesundheitsbehörde ist richtiger Antragsgegner aus § 78 I Nr.1 VwGO entsprechend.

## **IV. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen**

### **1. Gerichtsbezug und Parteibezug**

Förmliche Antragstellung i.S.v. §§ 81, 82 VwGO entsprechend ist zu unterstellen<sup>105</sup>. Es ist das Verwaltungsgericht Frankfurt als Gericht der Hauptsache örtlich und instanzuell zuständig gemäß §§ 80 V 1 Var.1, 45, 52 Nr. 3 VwGO. Deutsche Gerichtsbarkeit ist vorhanden nach §§ 18 ff. GVG. A ist als natürliche, geschäftsfähige Person beteiligten- und prozeßfähig aus §§ 61 I Nr.1 Var.1, 62 I Nr.1 VwGO.

### **2. Streitgegenstandsbezug**

#### **a. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

Für den Aussetzungsantrag des A ist ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis vorhanden, falls der Verzicht auf Einlegung eines isolierten Widerspruchs gegen die Nebenbestimmungen unschädlich ist, sofern der hypothetische zukünftige Rechtsbehelf nicht evident unzulässig ist, wenn der prinzipielle Suspensiveffekt des hypothetischen Rechtsbehelfs aus § 80 I 1-2 VwGO ausnahmsweise weggefallen ist gemäß § 80 II 1-2 VwGO, falls der Antrag nicht rechtsmißbräuchlich ist infolge eines Verzichts auf einen vorherigen Antrag bei der Behörde nach § 80 IV VwGO und falls zu guter letzt keine Verwirkung eingetreten ist.

#### **a) Erforderlichkeit eines vorherigen Behördenantrags?**

Fraglich ist, ob ein Verzicht des A auf die vorherige Einlegung eines isolierten Widerspruchs gegen die Bedingungen den Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses für den Eilantrag nach § 80 V 1 Var.1 VwGO verursachen kann.

Dieses Problem stellt sich nicht, falls A bereits dadurch einen Widerspruch eingelegt hat, daß er die Hinweise des Behördenvertreters verbal kritisierte.

---

<sup>105</sup> Ausnahmsweise soll ein telefonischer Antrag hinreichend sein: Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 128.

Ein Widerspruch im rechtstechnischen Sinn setzt jedoch nach § 70 I VwGO konstitutiv die schriftliche Eingabe oder die Eingabe zur Niederschrift voraus<sup>106</sup>. Daher kann der bloße mündliche Protest selbst bei einem späteren behördlichen Aktenvermerk nicht ausreichend sein. Deshalb fehlt ein Widerspruch des A. Folglich ist eine exakte Untersuchung des Wegfalls des Rechtsschutzbedürfnisses geboten.

### **(1) Formal logische Interpretationsweise**

Eine Auffassung beharrt auf der vorherigen Einlegung eines Widerspruchs als einer notwendigen Bedingung für Anträge nach § 80 V 1 Var.1 VwGO<sup>107</sup>.

Demzufolge wäre ein Antrag des A auf Aussetzung der Vollziehung der Bedingungen unzulässig, und er könnte allenfalls einen nun von der Subsidiarität befreiten Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung stellen gemäß § 123 VwGO, für den unstreitig keine vorherige Erhebung einer Verpflichtungsklage erforderlich wäre.

Für die Ansicht spricht der Wortlaut von § 80 V 1 Var.1 VwGO und die formale Logik, daß nämlich ein Suspensiv-effekt eines Rechtsbehelfs nur dort angeordnet werden kann, wo ein Rechtsbehelf überhaupt vorhanden ist.

§ 80 V 2 VwGO wird als abschließende Regelung verstanden, welche allein von der vorherigen Erhebung der Anfechtungsklage befreien soll.

### **(2) Wertende Argumentationsweise**

Eine Gegenauffassung hält einen vorhergehenden Widerspruch gleichwohl stets für entbehrlich<sup>108</sup> infolge einer vergleichend-wertenden Argumentation. Auf der Basis dieser Auffassung wäre der fehlende Widerspruch unschädlich.

---

<sup>106</sup> OVG Saarlouis, NVwZ 1986, S.578; VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, S.199; VGH Mannheim, VBIBW 1993, S.221; Kopp-Schenke, VwGO, § 70 Rz. 2; Brühl, JuS 1994, S.153 ff., S. 155.

<sup>107</sup> OVG Koblenz, NJW 1995, S.1043; VGH Mannheim, VBIBW 1983, S.205; idem, VBIBW 1991, S.469; VGH Kassel, VerwRspr. Bd.21 Nr.199; OVG Münster, NJW 1975, S.794; idem, NWVBI, 1995, S.392; OVG Weimar, LKV 1994, S.408; Eyermann-Schmidt, VwGO, § 80 Rz 65; Huba, JuS 1990, S. 805 ff., 807; Bosch-Schmidt, § 50 III; Schoch, Risikoverteilung, S. 1538; Schoch, VwGO, § 80, Rz. 314; Vonficht, NJW 1968, S.1079 f., S.1080.

<sup>108</sup> VGH Mannheim, DVBI 1995, S.302 f., S.303; VGH München, DVBI 1988, S.590ff., S.591, Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, Rz 993; Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 139; Streinz-Hammerl, JuS 1993, S.663 ff., S.667.

Für diese Lösung spricht zunächst das praktische Argument, daß das VG im Eilverfahren nicht zuverlässig kontrollieren kann, ob ein gültiger Widerspruch vorhanden ist<sup>109</sup>.

Darüber hinaus kann ein argumentum a maiore ad minus zu § 80 V 2 VwGO angeführt werden:

Die Befreiung von der vorherigen Anfechtungsklage soll erst Recht die Befreiung von dem weniger bedeutsamen Rechtsbehelf Widerspruch in sich schließen.

Außerdem führt die erste Auffassung zu einer Ungleichbehandlung zwischen dem Kläger im Regelfall des § 68 I 1 VwGO und demjenigen Kläger im Ausnahmefall der normativen Entbehrlichkeit des Widerspruchs nach § 68 I 2 VwGO, weil der letztgenannte Kläger über § 80 V 2 VwGO sofort vorläufigen Rechtsschutz erlangen kann.

Es ist aber kein sachlicher Grund für die Diskriminierung des Klägers mit Vorverfahrenszwang ersichtlich<sup>110</sup>.

Da vorläufiger Rechtsschutz aus § 123 I 1 VwGO unstreitig keinen vorhergehenden Rechtsbehelf in der Hauptsache verlangt, begünstigt ebenfalls der Gedanke der systematischen Harmonisierung des vorläufigen Rechtsschutzes die zweite Auffassung<sup>111</sup>.

Ferner erhöht die zweite These die nach Art. 19 IV anzustrebende Effizienz des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 V 1 VwGO<sup>112</sup>.

Schließlich verhindert allein die sofortige Eröffnung des vorläufigen Rechtsschutzes eine faktische Verkürzung der Widerspruchs- und Klagefristen, weil es unzumutbar ist, daß der Bürger die Widerspruchsfrist nach § 70 VwGO nicht ausschöpfen kann, falls er vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V 1 VwGO beantragen möchte<sup>113</sup> und daß der Antragsteller zugleich den Rechtsbehelf in der Hauptsache und sorgfältig begründeten Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz formulieren muß.

---

<sup>109</sup> Kopp, DÖV 1967, S.843 ff., S.843.

<sup>110</sup> Schenke, JZ 1996, S.1155 ff., 1160; Kopp, DÖV 1967, S.843 ff., S.845.

<sup>111</sup> Schenke, JZ 1996, S.1155 ff., 1160; Kopp, DÖV 1967, S.843 ff., S.844.

<sup>112</sup> Streinz-Hammerl, JuS 1993, S.663 ff., S.667.

<sup>113</sup> Schenke, JZ 1996, S.1155 ff., 1160.

### **(3)Entbehrlichkeit des Widerspruchs bei normativem Wegfall des Suspensiveffekts**

Eine dritte Auffassung variiert die zweite Ansicht dergestalt, daß der Widerspruch nur entbehrlich sei, wenn der Suspensiveffekt normativ wegfällt gemäß § 80 II 1 Nr.1-3 und Satz 2 VwGO<sup>114</sup>. Da ein normativer Wegfall des Suspensiveffekts in Betracht kommt nach §§ 37a I-II, 34 II analog i.V.m. § 10 VIII entsprechend, stimmt diese Ansicht mit der zweiten These überein.

### **(4)Stellungnahme mit Orientierung am Zweck des Widerspruchsverfahrens**

Die teleologischen Wertungen der zweiten Ansicht sind zu favorisieren. Dies gilt vor allem dann, wenn das Beharren auf einem vorherigen Widerspruch dem Zweck des Widerspruchsverfahrens nicht gerecht werden kann, so daß dessen Durchführung nur formalistisch erscheint.

Ein Verstoß der erstgenannten Auffassung gegen die Ratio des Widerspruchsverfahrens könnte insbesondere dann anzunehmen sein, wenn sich der Widerspruch vorhersehbar erledigen wird im Sinne von § 113 I 4 VwGO und § 43 II HessVwVfG, bevor eine denkbare Abhilfeentscheidung der Ausgangsbehörde nach § 72 VwGO oder ein Widerspruchsbescheid der Widerspruchsbehörde nach § 73 I VwGO ergehen kann.

Die Erledigung könnte nämlich nach einer Auffassung bewirken, daß die Widerspruchsbehörde sofort die Kompetenz zum späteren Erlaß des Widerspruchsbescheids verliert<sup>115</sup>, so daß der Widerspruch zur bloßen Formalie herabsinkt.

Unterstellt man das Argument vom Wegfall der Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde infolge der Erledigung als richtig, so wäre ein präventiver Widerspruch des A sinnlos, falls sich die belastende Bedingung Blutentnahme mit der Folgebedingung einer 48-stündigen Absonderung erledigen wird, bevor die Widerspruchsbehörde entscheiden kann.

---

<sup>114</sup> Koehler, VwGO, § 80 Anm. II 2.

<sup>115</sup> BVerwGE 81, 226,226; VGH Mannheim, DVBl 1995, S.302 f., S.303.

Eine Erledigung der Blutentnahmebedingung tritt nicht ein durch bloßen Aufenthalt auf der Isolierstation, selbst bei Überschreitung der Inkubationszeit<sup>116</sup>.

Damit wird der Einreisebescheid infolge der nicht eingetretenen Bedingungen solange nicht innerlich rechtswirksam, wie sich A als eine aus dem Seuchengebiet Indien ohne Impfbestätigung eingereiste Person in Deutschland aufhält.

Eine Erledigung der Bedingungen könnte jedoch nach der ersten und dritten Erledigungstheorie<sup>117</sup> eintreten, wenn A in vier Wochen die geplante Heimreise nach Indien antreten wird.

Mit der Ausreise fällt zunächst das zwischen A und der Stadt Frankfurt begründete konkrete Rechtsverhältnis aus dem präventiven Verbot der Einreise aus der Seuchenzone ohne Impfpfaß oder ohne Blutentnahme nach § 34 I 1.HS mitsamt dem Erlaubnisvorbehalt für Einreisegenehmigungen fort.

Damit fällt zugleich der geregelte Lebenssachverhalt „Einreisegestattung“ des Genehmigungsbescheides weg. Deswegen wird auch die rechtliche Beschwer aus den Rechtsfolgen der Bedingungen des Einreisebescheides grundsätzlich hinfällig.

Folglich stellt sich die Frage, ob die Widerspruchsbehörde in der kurzen Zeit bis zur Ausreise eine Entscheidung über einen zukünftigen Widerspruch treffen kann.

Dafür ist maßgeblich, daß A sich für die Einlegung eines Widerspruchs einen Monat Zeit lassen kann gemäß § 70 VwGO. Selbst wenn A also noch vor der Heimreise Widerspruch einlegt<sup>118</sup>, ist höchst fraglich, ob die Widerspruchsbehörde in dem kurzen Zeitraum zwischen der Widerspruchseinlegung und seiner bald folgenden Heimreise eine Entscheidung treffen kann.

Wahrscheinlicher ist, daß die Behörde durch die Ausreise des A vor der Entscheidung ex nunc die Entscheidungskompetenz verlieren könnte, so daß der Rechtsschutz des A gar keinen Vorteil durch den Widerspruch erlangt.

---

<sup>116</sup> s. A.II.3.d.d).

<sup>117</sup> s. A.II.2.d.a) und c) - d).

<sup>118</sup> Ein Monat Widerspruchsfrist ist schließlich länger als ein vierwöchiger Aufenthalt.

Die Überzeugungskraft dieser für den vorläufigen Rechtsschutz entwickelten Argumentation ist daher von der Vorfrage abhängig, ob die Behörde die Entscheidungskompetenz über eine Abhilfe oder den Widerspruchsbescheid auch bei Erledigung des Widerspruchs behalten soll oder nicht.

Dieses ist anhand der ratio des Widerspruchsverfahrens zu entscheiden.

Eine Auffassung verzichtet bei Erledigung des VA vor oder während des Vorverfahrens auf die Einleitung, bzw. Fortführung des Widerspruchsverfahrens, so daß jenes keine notwendige Bedingung der Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage [FFK] sei<sup>119</sup>.

Dafür spricht der Wortlaut des § 68 I 1 VwGO, welcher notwendige Bedingungen der Zulässigkeit der Anfechtungsklage, aber nicht der FFK normiere.

Eine zweite Auffassung fordert strikt die vollständige Durchführung des Widerspruchsverfahrens unabhängig von der Erledigung des VA<sup>120</sup>.

Dafür ist anzumerken, daß die FFK als „amputierte Anfechtungsklage“ deren Voraussetzungen übernehme<sup>121</sup>, daß das Widerspruchsverfahren nach wie vor sinnvoll ist, da es den Rechtsschutz des Bürgers vertiefen kann, die Verwaltungsgerichte entlasten kann und die Selbstkontrolle der rechtsstaatlichen Verwaltung fördern soll<sup>122</sup>.

Die erste Auffassung entgegnet dieser Argumentation, daß die Anfechtungsklage dem Wesen nach eine spezielle Feststellungsklage sei<sup>123</sup>.

Darüber hinaus sollen die teleologischen Argumente der zweiten Ansicht zwar generell auf das Widerspruchsverfahren zutreffen, aber für den speziellen Fall der Erledigung gerade nicht sinnvoll sein:

---

<sup>119</sup> BVerwGE 26, 161, 165; idem 56, 24, 26; idem 81, 226, 229; idem, DVBl 1981, S.503; OVG Bremen, NVwZ 1988, S.1188; OVG Koblenz, NJW 1982, S. 1301 f., S. 1302; VGH München, BayVBl 1983, S.434, S.435; idem BayVBl 1993, S.430; idem, NVwZ, S.1055; Schoch-Gerhardt, VwGO, § 113 Rz 98; Hufen, Verwaltungsprozeß, § 18, Rz 83; Erichsen, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S.144; idem, Jura 1989, S. 49ff., S. 51; Bosch-Schmidt, S.248; Redeker-v.Oertzen, VwGO, § 113 Rz 35.

<sup>120</sup> Kopp-Schenke, VwGO, § 113 Rz 127; Schenke, Jura 1980, S.133 ff., S.141.

<sup>121</sup> Schenke, Jura 1980, S.133 ff., S.141.

<sup>122</sup> Kopp-Schenke, VwGO, § 113 Rz 127; Schenke, Jura 1980, S.133 ff., S.141.

<sup>123</sup> BVerwGE 26, 161, 166; Renck, JuS 1970, S.113 ff., S.117.

Ein Widerspruch gegen einen sich prognostizierbar vor der Entscheidung der Behörde erledigenden VA kann niemals das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers fördern, weil Erledigung per definitionem den Wegfall der gerügten rechtlichen Beschwer bedeuten kann: Einen eo ipse wegfallenden Nachteil kann die Behörde nicht mehr beseitigen<sup>124</sup>. Gleiches gilt für das VG, welches somit nicht entlastungsbedürftig ist.

Die potentielle Fortsetzungsfeststellungsklage weist ohnehin ein weiteres restriktives Merkmal des Fortsetzungsfeststellungsinteresses auf.

Auch das Argument der Förderung der Selbstkontrolle rechtsstaatlicher Verwaltung überzeugt nicht, da diese kein Selbstzweck sein kann, sondern nur im Interesse des Bürgers an einer Freistellung von Belastungen dienen kann.

Darüber hinaus hat auch ein feststellender VA der Widerspruchsbehörde über die Rechtswidrigkeit des gerügten VA keinen für den Beschwerdeführer sinnvollen Bindungswert<sup>125</sup> als Schutz vor Wiederholungsfällen, wie in § 121 VwGO für Gerichtsentscheidungen vorsieht.

Zur Rettung der Zwecke des Vorverfahrens trägt die zweite Meinung vor, daß bei Ermessensverwaltungsakten wegen der begrenzten gerichtlichen Kontrolldichte nach § 114 VwGO durchaus ein Interesse des Bürgers an einem feststellenden Widerspruchsbescheid durch eine übergeordnete Behörde bestehen kann, welcher zudem die Zweckmäßigkeit des erledigten VA erörtern könne<sup>126</sup>. Da § 37a I 1.HS kein Ermessen eröffnet, ist auch dieses Argument der zweiten Meinung nicht ausschlaggebend.

Folglich widerlegt die erste Meinung sämtliche Argumente der zweiten Meinung. Daher ist mit der ersten Meinung anzunehmen, daß mit der absehbaren Erledigung der Bedingungen ein Kompetenzverlust der Widerspruchsbehörde eintritt.

---

<sup>124</sup> BVerwGE 26, 161, 167; Bauer, DÖD 1979, S. 22 f.; Erichsen, Jura 1989, S.49 ff., S.51.

<sup>125</sup> OVG Koblenz, NJW 1982, S.1301f., S.1302; Erichsen, Jura 1989, S.49 ff., S.51; Menger-Erichsen, VerwArch, Bd. 59, 1968, S.167 ff; S.182.

<sup>126</sup> Schoch, Übungen, S. 249; Schenke, Jura 1980, S.133 ff., S.141; Weides, Verwaltungsverfahren, S.167.



Deshalb ist ein vorheriger Widerspruch des A wegen der absehbaren Erledigung vor der Verwaltungsentscheidung nicht sinnvoll.

Daher setzt auch sein Aussetzungsantrag A keinen Widerspruch voraus nach § 80 V 1 Var.1 VwGO, so daß insoweit ein Rechtsschutzbedürfnis des A existiert.

### **b) Keine evidente Unzulässigkeit des hypothetischen Rechtsbehelfs**

Das Rechtsschutzbedürfnis des A könnte ferner entfallen, wenn Unzulässigkeit des hypothetischen Rechtsbehelfs. Der Wortlaut des § 80 I 1 VwGO stellt keine Voraussetzungen hinsichtlich der Zulässigkeit eines realen Rechtsbehelfs als Voraussetzung für den Suspensiveffekt auf.

Auch wenn kein realer Rechtsbehelf notwendig ist für den selbständigen Aussetzungsantrag gegen die Bedingungen<sup>127</sup>, stellt sich dennoch zur Verhinderung einer rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme des vorläufigen Rechtsschutzes die Frage, ob nur ein hypothetischer Rechtsbehelf des A mit einer gewissen Mindestchance auf Erfolg die gravierende Folge des Suspensiveffekts herbeiführen soll gemäß § 80 I 1 VwGO: Während Rechtsbehelfe mit geringer Erfolgchance vielleicht keine aufschiebende Wirkung herbeiführen, so daß ein Rechtsschutzbedürfnis für den Aussetzungsantrag fehlen könnte. Einigkeit besteht insofern, als daß die Begründetheit des Rechtsbehelfs keine Voraussetzung für den Suspensiveffekt ist<sup>128</sup>.

### **(1) Theorie der wortlautorientierten Auslegung**

Eine Ansicht orientiert sich für zweipolige Verwaltungsrechtsverhältnisse strikt am kurzgefaßten Wortlaut des § 80 I 1 VwGO, so daß jeder beliebige Rechtsbehelf einen Suspensiveffekt auslösen soll<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> s. A.IV.2.a.a)(4).

<sup>128</sup> P-R, § 53, Rz 17; Finkelnburg-Jank, Rechtsschutz, Rz. 852.

<sup>129</sup> BVerwGE 13, 8, 8; OVG Berlin AS 11,98,101; OVG Lüneburg, DVBl 1962, S.344; OVG Saarlouis AS 14,176, 185; Wilhelm, BayVBl 1965, 199 ff.; Schäfer, DÖV 1967, S.477 ff., S. 478; Leipold, S. 196; Scholler-Broß, Prozeßrecht, 1980, Rz 814; Wöckel, BayVBl 1958, S. 108 ff., S.109; Kratzer, BayVBl 1960, S. 165ff., S. 174; De Clerck, NJW 1961, S. 2233 ff., S. 2234; Kellner, DÖV 1963, S. 418 ff., S.425; Wieseler, Rechtsschutz, S.74; Ule, Verwaltungsprozess, § 66 I 1 a, S. 348 und S.367, der aber einen VA verlangt.

Demnach würde sich insoweit die Frage des Ausschlusses des Rechtsschutzbedürfnisses aufgrund von Zulässigkeitsfragen des hypothetischen Widerspruchs des A nicht stellen.

Für diese Theorie spricht die Vermeidung einer Übertragung von Zulässigkeitsstreitigkeiten der Hauptsache in den vorläufigen Rechtsschutz.

Eine Zurückweisung des Bürgers sei nur nach einer Begründetheitsprüfung möglich, aber nicht durch Prozeßentscheidung.

Weiterhin gewährleistet diese Meinung die Effizienz des vorläufigen Rechtsschutzes, weil der Grundsatz der fehlerunabhängigen Rechtswirksamkeit des VA als Ausnahme zum verfassungsrechtlichen Gebot der Nichtigkeit rechtswidriger Staatsakte seine Grenze dort findet, wenn ein Bürger als strukturell schwächere Partei protestiert.

Darüber hinaus verfügt die Behörde ohnehin noch über die „Reservewaffe“ des § 80 II 1 Nr.4 VwGO, so daß diese keinen Schutz vor unzulässigen Rechtsbehelfen benötigt.

## **(2) Theorie des Suspensiveffekts für nicht evident unzulässige Rechtsbehelfe**

Teile der Rechtsprechung und der Literatur verlangen, daß die nicht evidente Unzulässigkeit eines realen Rechtsbehelfs eine notwendige Bedingung für den Wegfall des Suspensiveffekts sei, wobei sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen anhand des Evidenzkriteriums untersucht werden<sup>130</sup>.

Eine vergleichbare Auffassung verlangt, daß eine Antragsbefugnis aufgrund irgendeiner entfernt denkbaren Rechtsverletzung möglich sein muß<sup>131</sup>.

Überträgt man diesen Gedanken auf einen hypothetischen Widerspruch des A, so würde jener einen Suspensiveffekt entfalten, da keine Anhaltspunkte für evidente Verfehlungen der Zulässigkeit eines Widerspruchs vorhanden sind.

---

<sup>130</sup> VGH Mannheim, NVwZ 1984, S.254 f., S.255; idem, VBIBW, 1990, S.137; idem, UPR 1997, S.110; VGH München, BayVBl 1994, S.407f., S.408; OVG Lüneburg, DÖV 1972, S. 374; idem, MDR 1983, S.1982; v.Mutius, VerwArch Bd. 66, 1975, S. 405 ff., S. 413; Redeker-v.Oertzen, VwGO § 80 Rz. 11 und 16; Eyermann-Schmidt, VwGO, § 80 Rz 13; Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeß, Rz 249.

<sup>131</sup> Wilhelm, BayVBl 1965, S.199 ff., S.199.

Für diese Auffassung erreicht vor allem eine systemgerechte Übertragung des Popularklageausschlusses von § 42 II VwGO in den vorläufigen Rechtsschutz.

Dieser Meinung steht jedoch der Wortlaut des § 80 I 1-2 VwGO entgegen.

Außerdem leidet die Rechtssicherheit aus Art. 20 III unter der Unbestimmtheit des Evidenzkriteriums<sup>132</sup>.

### **(3) Theorie des Suspensiveffekts für den partiell zulässigen, partiell nicht evident unzulässigen Rechtsbehelf**

Ein weiterer Teil der Rechtsprechung und Literatur verlangt als notwendige Bedingung für den Suspensiveffekt des Rechtsbehelfs nach § 80 I 1 VwGO, daß dieser einzelne Zulässigkeitskriterien erfüllt, während für die peripheren Zulässigkeitsvoraussetzungen eine Evidenzkontrolle genügen soll<sup>133</sup>.

In wenig überzeugender Weise wird die Einordnung der Zulässigkeitskriterien in beide Kategorien unterschiedlich beurteilt: Teils soll nur die Widerspruchsbefugnis exakt geprüft werden<sup>134</sup>, teils darüber hinaus die Verwirkung<sup>135</sup>, teils nähert man sich auch der vollständig exakten Untersuchung der Zulässigkeit an<sup>136</sup>.

Überträgt man diese Auffassung auf einen hypothetischen Widerspruch des A, so gelangt man ebenfalls zu einer Erfüllung der Zulässigkeitskriterien, so daß kein Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses in Betracht kommt.

Für diese Beurteilung soll eine noch stärkere Orientierung des vorläufigen Rechtsschutzes am Schutz der subjektiven öffentlichen Rechte sprechen<sup>137</sup>, so daß die Mißbrauchsgefahr verringert wird.

---

<sup>132</sup> P-R, Assessorexamen, § 53 II Rz 23; Ule, Verwaltungsprozeß, § 66 I 1 a, S.367; Löwer, DVBl 1963, 345 f; Schoch, BayVBl, 1983, S. 358 ff., S.361.

<sup>133</sup> BVerwG, NJW 1993, S.1610 f., S.1611; OVG Berlin, LKV 1994, S.298; VGH Mannheim, VBIBW 1988, S. 146 f., S.147; Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 50 und 51; Schoch, VwGO, § 80 Rz 64; NKV, Sodan-Ziekow, NKVwGO, § 80 Rz. 32; Brühl, JuS 1995, S.627, S.628.

<sup>134</sup> BVerwGE, NJW 1993, S.1610 f., S.1611; OVG Berlin, LKV 1994, S.298; VGH Mannheim, VBIBW 1988, S.146f., S.147.

<sup>135</sup> VGH Kassel DVBl 1992, S.780f., S.781; OVG Münster NVwZ 1987, S.334; OVG Saarlouis NVwZ 1986, S.578; OVG Weimar LKV 1994, S.408.

<sup>136</sup> Nach Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz. 50 bilden Verwaltungsrechtsweg, Antragsbefugnis, dt. Gerichtsbarkeit, Verwirkung, keine Erledigung des VA u. keine formelle Bestandskraft die exakt zu untersuchenden Zulässigkeitskriterien.

<sup>137</sup> Schenke, JZ 1996, S.1155 ff., S.1156.

Als Gegenargument fungiert sowohl die genannte Unbestimmtheit des Evidenzkriteriums als auch die angesichts der Entfernung vom Wortlaut des § 80 I 1 VwGO willkürlich anmutende Auswahl der Zulässigkeitskriterien, die der Rechtsbehelf nach exakter Prüfung erfüllen muß<sup>138</sup>.

#### **(4) Theorie des Suspensiveffekts für zulässige Rechtsbehelfe**

Eine vierte, restriktive Auffassung verlangt für die Entstehung des Suspensiveffekts und damit für das Rechtsschutzbedürfnis innerhalb des § 80 V 1 VwGO, daß der Rechtsbehelf zulässig ist<sup>139</sup>.

Überträgt man diese Auffassung auf einen hypothetischen Widerspruch des A, so ergibt sich bei einer sinngemäßen Übertragung der Argumentation zum Eilantrag, daß der Verwaltungsrechtsweg für den Widerspruch eröffnet und der isolierte Widerspruch gegen eine belastende Bedingung statthaft ist, daß Widerspruchsbefugnis besteht und der richtige Widerspruchsgegner gewählt werden kann, daß die Form- und Fristvorschriften noch eingehalten werden können: Der hypothetische Widerspruch ist zulässig.

Diese Auffassung vermeidet zwar das zweifelhafte Kriterium der Evidenz und die uneinheitlich erfolgende Differenzierung der dritten Meinung<sup>140</sup>.

Jedoch trägt stets der Bürger die Nachteile der so erhöhten Rechtssicherheit.

Außerdem deutet der Wortlaut des § 80 II VwGO gegen diese Ansicht, weil die aufschiebende Wirkung „nur“ in den Fällen des § 80 II VwGO ausgeschlossen sein soll<sup>141</sup>.

#### **(5) Vermittelnde Auffassungen**

Eine Gruppe vermittelnder Auffassungen setzt für die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs die Erfüllung bestimmter Zulässigkeitsvoraussetzungen voraus und verneint jegliches

---

<sup>138</sup> VGH Mannheim, NJW 1978, S.719 f., S.720.; OVG Koblenz, AS 14,71, 72; OVG Münster, NVwZ-RR 1990, S.378 f., S.379.

<sup>139</sup> OVG Münster, DVBl 1975, S. 918; OVG Lüneburg, OVG 7,412; Skouris, DVBl 1975, S. 920 f.; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80 Rz. 14; Finkelnburg, Rechtsschutz, Rz. 336; Huba, JuS 1990, S.382 ff., S.385 ausn. Unzuständigkeit.

<sup>140</sup> Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80 Rz.14.

<sup>141</sup> OVG Koblenz, AS 12, 311, 312.

Erörterungsbedürfnis für anderen Zulässigkeitskriterien.

Teils wird lediglich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und die Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage gegen einen belastenden VA verlangt<sup>142</sup>, teils wird darüber hinaus eine rechtswirksame Willenserklärung zur Erhebung des Rechtsbehelfs und deutsche Gerichtsbarkeit gefordert<sup>143</sup>, teils auch noch Antragsbefugnis und Fristwahrung<sup>144</sup>.

Überträgt man dies auf die isolierte Anfechtung gegen die belastende Bedingungen, ist nach dieser Auffassung das Rechtsschutzbedürfnis des A anzuerkennen, ohne daß es auf die Nuancierungen innerhalb der Auffassung ankommen würde.

### **(6) Stellungnahme**

Die zuletzt dargestellte Auffassung kann den durch den knappen Wortlaut des § 80 I VwGO induzierten Konflikt zwischen dem nach Art. 19 IV 1 verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Effizienz des vorläufigen Rechtsschutz für Rechtsbehelfe und der Gefahr des Mißbrauchs durch verzögernde Schein-Rechtsbehelfe in vielfältiger Hinsicht optimal auflösen und vermeidet nebulöse Evidenzuntersuchungen. Insbesondere darf der Streitstand nicht mit der ersten Auffassung auf den knappen Wortlaut verengt werden. Dies hängt letztlich damit zusammen, daß das Rechtsschutzsystem von § 80 VwGO geschaffen wurde, als die Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes angesichts kurzer Hauptsacheverfahren geringer war als heute.

Da jedoch in diesem Fall alle Meinungen zu einem Rechtsschutzbedürfnis des A gelangen, erübrigt sich eine Streitentscheidung.

### **c) Wegfall des Suspensiveffekts des hypothetischen Rechtsbehelfs**

Das Rechtsschutzbedürfnis des A könnte weiterhin fehlen, sofern der gerade anerkannte Suspensiveffekt des hypothetischen Widerspruchs i.S.v. § 80 I 1 VwGO bei einer realen Einlegung

---

<sup>142</sup> P-R, Assessorexamen, § 53 II Rz 22-23; Löwer, DVBl 1963, S.343 ff., S.344.

<sup>143</sup> Erichsen, Jura 1984, S.414 ff., S.424.

---

<sup>144</sup> Schoch, BayVBl, 1983, S. 358 ff., S. 362-363.

gar nicht entfallen würde gemäß § 80 II 1-2 VwGO.

Ein Wegfall des Suspensiveffekts nach § 80 II 1 Nr. 2 VwGO ist ausgeschlossen, da ein Vertreter der Gesundheitsbehörde organisatorisch nicht zum Polizeivollzugsdienst gehört.

Freilich könnte die aufschiebende Wirkung entfallen gemäß §§ 80 II 1 Nr. 3 Var.1 VwGO i.V.m. §§ 37 a I 1.HS, II unter direkter oder entsprechender Heranziehung von § 34 II i.V.m. § 10 VIII.

§ 34 II bildet i.V.m. § 10 VIII BSeuchG eine Bundesnorm zur Ausschaltung der aufschiebenden Wirkung.

Es ist jedoch klärungsbedürftig, ob eine direkte oder analoge Anwendung von § 34 II i.V.m. § 10 VIII auf einen hypothetischen Widerspruch maßgeblich ist.

Potentielle Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Einreisegestattung mit Bedingungen ist § 37a I 1.HS., II 2-4. Der fehlende Verweis auf § 10 VIII in § 37a und die systematische Stellung des § 34 II als Annex des § 34 I sprechen gegen eine direkte Anwendung von § 34 II. Zudem sind polizeirechtliche Generalklauseln stets subsidiär zu den grundsätzlich abschließenden Spezialermächtigungen.

Für einen Ausnahmefall einer direkten Anwendung könnte jedoch sprechen, daß nach dem Wortlaut des § 34 I auf der Basis des Tatbestands der Seuchenbekämpfungsgeneralklausel sämtliche Rechtsfolgen der speziellen Seuchenbekämpfungsmaßnahmen zulässig sind<sup>145</sup>.

Diese gegenüber dem allgemeinen Polizeirecht bemerkenswerte Ergänzung verdeutlicht jedoch nur den Charakter des Seuchenpolizeirechts als Vorratsgesetz für Ermächtigungsgrundlagen für effiziente Bekämpfung zukünftiger Epidemien unbekannter Gefährlichkeit<sup>146</sup>.

Gemäß den Grundsätzen des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts, bleiben die §§ 36 ff. tatbestandlich spezielle Normen, die lediglich bezüglich der Rechtsfolge nicht abschließend wirken.

---

<sup>145</sup>§ 34 I „...kann die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 36-38 genannten, anordnen,“

<sup>146</sup> Bruns, MDR 1987, S.353 ff., S.353.

Aus der tatbestandlichen Spezialität des § 37a für den Regelungsbereich des Einreisebescheids folgt, daß die Anordnung von Rechtsfolgen des § 37a regelmäßig aufgrund der Spezialnorm erfolgt.

Eine Anordnung einer Einreise gestattung mit Bedingung auf der Basis des Tatbestands der Generalklausel § 34 I erfordert einen Sachverhalt außerhalb der Einreise aus legaldefinierten Seuchengebieten, wie etwa die Einreise von Personen ohne Impfung aus neuen Seuchenzonen, für die das Gesundheitsministerium noch keine Rechtsverordnung nach § 37 a IV erlassen konnte.

Daher scheidet hier eine Anordnung der Gesundheitsbehörde auf der Basis von § 34 I mit einer direkten Anwendung von § 34 II i.V.m. 10 VIII aus.

Weiterhin könnte eine analoge Anwendung von § 34 II i.V.m. § 10 VIII möglich sein. Eine planwidrige Lücke besteht, da § 37a nicht auf § 34 II oder § 10 VIII verweist.

Gegen eine vergleichbare Interessenlage könnte sprechen, daß das Interesse des Schutzes des Bürgers vor der Schaffung vollendeter Tatsachen nach der Einlegung von Rechtsbehelfen besonders schutzwürdig ist, so daß Ausnahmenormen über die Beschneidung von Suspensiveffekten prinzipiell zurückhaltend zu interpretieren sind.

Aus der besonderen Funktion der §§ 36 ff. könnte dennoch eine Dominanz des Sofortvollzugsinteresses folgen. Die Gefahrenabwehrermächtigungsgrundlagen §§ 36 ff. sollen die Seuchenbekämpfung für extrem bedrohliche Situationen dergestalt optimieren, daß die Behörde präzise rechtlich abgesicherte Handlungsvorgaben erhält.

Für diese Maßnahmen ergibt sich daher im Regelfall ein noch höheres Bedürfnis an einer sofortigen Vollziehbarkeit als für die Generalklausel.

Damit ist eine Analogie zulässig, so daß der Suspensiveffekt eines potentiellen Widerspruchs nach § 37 a I, 34 II analog i.V.m. § 10 VIII entsprechend entfallen ist. Insofern besteht das Rechtsschutzbedürfnis.



**d) Keine Rechtsmißbräuchlichkeit des Antrags infolge eines Verzichts auf einen vorherigen Antrag bei der Behörde nach § 80 IV VwGO als einfachere Rechtsschutzmöglichkeit**

Der Antrag könnte schließlich unzulässig sein wegen einer Koppelung des Rechtsschutzbedürfnisses an einen vorherigen Antrag bei der Ausgangsbehörde auf Aussetzung des Vollzugs als einfachere Rechtsschutzmöglichkeit gemäß § 80 IV 1 Var.1 VwGO, während die Anrufung der Widerspruchsbehörde vor einem Widerspruch ausgeschlossen ist.

**(1) Lehre vom zwingenden Aussetzungsantrag nach § 80 IV VwGO**

Nach einem Teil der Lehre soll die Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 V 1 VwGO stets einen vorhergehenden, erfolglosen Antrag bei der Behörde auf Aussetzung des Sofortvollzugs voraussetzen gemäß § 80 IV 1 Var.1-2 VwGO<sup>147</sup>. Auf der Basis dieser Literaturmeinung wäre der Antrag des A mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Für diese Lehre könnte sprechen, daß ein solches „miniaturisiertes Vorverfahren“ im vorläufigen Rechtsschutz den Rechtsschutz des Bürgers vertieft, der Selbstkontrolle der Behörde dient und eine Entlastung des Verwaltungsgerichte herbeiführt.

Auch kann eine mit der Materie vertraute Ausgangsbehörde rascher und mit höherer naturwissenschaftlicher Sachkompetenz entscheiden als das VG.

**(2) These der regelmäßigen Entbehrlichkeit des Aussetzungsantrags nach § 80 IV VwGO**

Die konträre Auffassung verneint eine Koppelung des Rechtsschutzbedürfnisses an einen Aussetzungsantrag nach § 80 IV 1 VwGO außerhalb von § 80 VI, II 1 Nr.1 VwGO<sup>148</sup>. Danach kann man ein Rechtsschutzbedürfnis nicht in Zweifel ziehen.

---

<sup>147</sup> Karow, NJW 1960, S. 2086 f., S.2087; Redeker, ZRP 1983, S.149 ff., S.154; Trzaskalik, NJW 1982, S. 1553, 1557.

<sup>148</sup> OVG Bremen, NVwZ 1993, S.592; OVG Hamburg, DÖV 1995, S.476 f., S.476; VGH Kassel, NVwZ 1993, S.492; OVG Koblenz, DÖV 1997, S.259; VGH Mannheim, NVwZ 1995, S.293; OVG Weimar, DÖV 1997, S.471; Dressel, BayVBl 1995, S.392; Dürr, DÖV 1994, S.841 ff., S.852; Heydemann, NVwZ 1993, S.419; Hüttenbrink, DVBl 1995, S.826ff. S.833; Kopp, DÖV 1967, S.843, 844; Kopp, BayVBl 1994, S.524 ff. S.525; Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 138; Sodan-Ziekow, NKVwGO, § 80 Rz 184; Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, Rz 999; BT-DrS 11/7030 S.25.

Zunächst deutet der Wortlaut von § 80 IV VwGO in keiner Weise auf eine zwingende Konsultation der Behörde hin.

Ferner ignoriert die erste Auffassung die Systematik des § 80 VI VwGO, welcher ausdrücklich für § 80 II 1 Nr.1 VwGO den vorherigen Aussetzungsantrag bei der Behörde anordne. Diese Norm kann nur einen Sinn ergeben, wenn der Aussetzungsantrag in der Regel entbehrlich ist<sup>149</sup>.

### **(3) Lehre vom halbzwingenden Aussetzungsantrag nach § 80 IV VwGO**

Eine vermittelnde Ansicht setzt einen Aussetzungsantrag bei der Behörde nur dann voraus, wenn der Bürger keine Indizien für eine abweisende Behördenhaltung gewinnen konnte<sup>150</sup>. Da A infolge der hartnäckigen Gegenargumentation des Behördenvertreters hinlängliche Anhaltspunkte auf eine abweichende Behördenhaltung hat, schließt sich diese Meinung hier der zweiten Ansicht an, so daß keine eigenständige Erörterung nötig ist.

### **(4) Stellungnahme**

Man könnte daran denken, die favorisierten Argumente zum Verzicht auf einen Widerspruch nach § 80 I 1 VwGO als Voraussetzung für den Antrag nach § 80 V 1 VwGO entsprechend heranzuziehen<sup>151</sup>, um den Sinn eines zwingenden „miniaturisierten Vorverfahrens“ in Frage zu stellen.

Eine Übertragung der schon verwandten Argumente gegen einen vorherigen Widerspruch als Gegenargumente gegen einen Behördenantrag nach § 80 IV VwGO scheidet aus angesichts der schnelleren Beschlußfassung der Behörde.

Gegen ein zwingendes behördliches Aussetzungsverfahren steht jedoch vor allem die absolute Eilbedürftigkeit des Rechtsschutzinteresses des Antragstellers, dessen effiziente Durchsetzung erneut Art. 19 IV verbürgt<sup>152</sup>.

Daher erscheint es widersinnig, daß der vorläufige Rechts-

---

<sup>149</sup> Dressel, BayVBl 1995, S. 388 ff., S.392; Heberlein, BayVBl, 1991, S. 396 ff., S.397, Huba JuS 1990, S. 805 ff., S. 807.

<sup>150</sup> Sellner, Lerche-FS 1993, S.815 ff., S.819.

<sup>151</sup> s. A.IV.2.a.a)(4).

<sup>152</sup> Dressel, BayVBl 1995, S. 388 ff., S.392.

schutz nach der ersten Meinung durch die Beteiligung des Antragsgegners entwertet werden soll, zumal jener die Verzögerung durch die Bearbeitung des Aussetzungsantrags nutzen kann, um parallel irreversible Vollziehungsmaßnahmen einzuleiten. Deshalb ist der zweiten Meinung zu folgen.

Ein Verfahren nach § 80 IV VwGO ist entbehrlich, so daß ein Rechtsschutzbedürfnis des A nicht in Abrede steht.

### **e) Keine Verwirkung und Ergebnis**

Ein Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses wegen Verwirkung ist nicht ersichtlich. Ein Rechtsschutzbedürfnis des A besteht damit endgültig.

### **b. Anderweitige Rechtshängigkeit, Rechtskraft, Ergebnis**

Anderweitige Rechtshängigkeit besteht genauso wenig wie ein Rechtskrafteinwand. Der Antrag des A ist zulässig.

### **B. Begründetheit**

Der Antrag auf Anordnung des Suspensiveffekts eines zukünftigen isolierten Widerspruchs gegen die belastenden Bedingungen des Einreisebescheids ist begründet gemäß § 80 V 1 Var.1 VwGO, falls das private Aussetzungsinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.

Ogleich das System des vorläufigen Rechtsschutzes aus § 80 V VwGO besondere verfassungsrechtliche Relevanz besitzt gemäß Art.19 IV 1<sup>153</sup>, hat der Gesetzgeber im farblosen Wortlaut der Norm [„kann anordnen“] keine Kriterien verankert, auf welche Weise das Gericht die konfligierenden Interessen des Staates an effizienter Gefahrenabwehr und des Bürgers an einer Vermeidung irreparabler Nachteile gegeneinander abwägen soll. Diese Kriterien sind daher nur durch Norminterpretation zu gewinnen<sup>154</sup>, was zu erheblichen Kontroversen führt.

---

<sup>153</sup> BVerfGE 69, 315, 372 [Brokdorf]; Finkelnburg-Jank, Rz 849, 851.

<sup>154</sup> Die Unbestimmtheit des Wortlauts wird als skandalös gerügt: Schoch, VerwArch Bd. 82, 1991, S. 145 ff., S.151.

## **I. Bestimmung der Abwägungskriterien durch das freie Ermessen des Gerichts im Einzelfall**

Der Wortlaut des § 80 V 1 VwGO könnte zunächst interpretiert werden als Gebot zu einer materiell-inakzessorischen, freien Interessenabwägung des Gerichts<sup>155</sup>.

Diese These wird fundiert durch einen Umkehrschluß zu dem präzisen Abwägungsmaßstab an die Exekutive gemäß § 80 IV 3 VwGO: Wenn der Gesetzgeber die Abwägung des Gerichts hätte determinieren wollen, dann hätte er auch § 80 V 1 VwGO präzise ausgestaltet.

Gegen diese Ausdeutung spricht zunächst das Gebot der Rechtssicherheit nach Art. 20 III<sup>156</sup>, welches Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns durch größtmögliche Offenlegung der Entscheidungsmaßstäbe gebietet.

Darüber hinaus gebietet die Garantie effektiven Primärrechtsschutzes aus Art.19 IV 1<sup>157</sup> in Verbindung mit den aus dem normativen präventiven Verbot denkbaren eingeschränkten Grundfreiheiten des A einen kalkulierbaren, gewissen Mindestprüfungsumfang. Das folgt schon daraus, daß auch der Wegfall des Suspensiveffekts nach §§ 80 II 1 Nr.3 VwGO i.V.m. §§ 37a I, 34 II entsprechend, 10 VIII entsprechend niemals einen absoluten Vorrang für den Schutz der Volksgesundheit bewirken kann. Damit ist eine materiellungebundene Interessenabwägung des VG ausgeschlossen.

## **II. Ermittlung des Prüfungsumfangs durch eine Analogie zu § 80 IV 3 VwGO**

Eine Auffassung ermittelt den gebotenen transparenten Abwägungsmaßstab, indem zunächst gefragt wird, auf welche Weise die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs nach § 80 I 1-2 VwGO entfällt nach § 80 II 1 Nr.1-4 o. Satz 2 VwGO<sup>158</sup>.

Der Maßstab für das Aussetzungsverfahren nach § 80 V 1 Var.1, 80 II 1 Nr.1 soll nun an einen allgemeinen Rechtsge-

---

<sup>155</sup> VGH München, BayVBl 1972, S.166; OVG Hamburg, DVBl 1975, S.206; VGH Kassel, NVwZ-RR 89, S.635.

<sup>156</sup> Finkelnburg-Jank, Rechtsschutz, Rz 850.

<sup>157</sup> Finkelnburg-Jank, Rz 851.

<sup>158</sup> Dabei ist die gesetzliche Terminologie des § 80 II VwGO „entfällt“ insoweit ungenau als daß der hypothetische Rechtsbehelf des A nach dem Normzweck von § 80 II 1 Nr.3 VwGO nicht einmal für eine logische Sekunde aufschiebende Wirkung hätte.

danken aus § 80 IV 3 VwGO gekoppelt werden: Das VG soll den Suspensiveffekt anordnen, wenn einerseits ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des gerügten VA bestehen und eine Rechtsverletzung des Antragstellers vorhanden ist oder andererseits der Sofortvollzug des VA für den Adressaten unzumutbare Folgen erzeugt<sup>159</sup>, ohne daß eine subsidiäre freie Interessenabwägung erfolgen kann.

Da sich § 80 IV 3 VwGO nur an die Behörde richtet, wird die analoge Anwendung vorgeschlagen<sup>160</sup>:

Für eine planwidrige Lücke streitet das rechtsstaatliche Transparenzgebot bezüglich der Entscheidungskriterien.

Darüber hinaus sei die Interessenlage von Behörde und Gericht bei der Beurteilung des Suspensiveffekts von Abgaben- und Kostenbescheiden vergleichbar. Damit enthält § 80 IV 3 VwGO einen allgemeinen übertragbaren Rechtsgedanken<sup>161</sup>.

In einem zweiten Analogieschritt soll dieser für §§ 80 V 1 Var.1, 80 II 1 Nr.1, 80 IV 3 VwGO analog gewonnene Maßstab übertragen werden auf die Begründetheitsprüfung einer Anordnung des Suspensiveffekts gemäß § 80 V 1 Var.1, 80 II 1 Nr.3 VwGO<sup>162</sup>.

Dieser zweite Analogieschritt wird begründet mit der strukturellen Gleichheit der Formen des normativen Ausschlusses des Suspensiveffekts nach § 80 II 1 Nr.1-3 VwGO:

Es sei nicht nur bei Abgabenverwaltungsakten zur Staatsfinanzierung, sondern auch bei der Verwaltungsvollziehung nach Nr.2 und beim normativen Wegfall eine generelle Wertung vorhanden, die das Vollzugsinteresse prinzipiell über das Aussetzungsinteresse stellt<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> BayVGH, GewArch 1976, 162; idem, BayVBl 1984, 151; OVG Bremen, DVBl 1985, 1182, 1183; OVG Lüneburg, DVBl 1976, 81, 82; Schoch, Risikoverteilung, § 45, S.1589-1590; Dressel, BayVBl 1995, S. 388 ff., S.393; Eyermann-Fröhler, § 80 Rz 47a.; Papier, JA 1979, S. 561 ff., S. 565; Erichsen, Jura 1984, S. 478 ff., S. 485; Wilke, DVBl 1984, S. 1136 ff., S.1137 und 1139; Martens, Verwaltungsprozeß, S.214; P-R, Assessorexamen, § 50 Rz 25.

<sup>160</sup> Schoch-Schoch, VwGO, § 80 Rz 265.

<sup>161</sup> BVerwG, BayVBl, 1982, S.442; OVG Münster, VerwRspr 25,4747; Erichsen, Jura 1984, S. 478 ff., S.485; Papier, JA 1979, 561,565; Huba JuS 1990, S. 805 ff., S. 808; Schoch, Risikoverteilung, S. 1589.

<sup>162</sup> gleichermaßen für § 80 II 1 Nr.2 und 80 II 2 VwGO.

<sup>163</sup> Schoch, Risikoverteilung, § 34, S. 1134; § 45, S.1590; Erichsen, Jura 1984, S. 478 ff., S.486; Huba, JuS 1990, S. 805, S. 809.

Diese vergleichbare generelle Wertung sei durch eine behördliche oder gerichtliche Anordnung im Einzelfall überwindbar nach § 80 IV-V VwGO.

Der Inhalt der einzelfallbezogenen Gegenwertung sei zwar nur für § 80 IV 3 für die Behörde vorgegeben, aber aus der strukturellen Gleichheit der globalen Wertung nach § 80 II 1 Nr.1-3 soll ebenfalls die strukturelle Gleichheit der konträren Einzelfallwertung folgen<sup>164</sup>.

Damit sei § 80 IV 3 VwGO der Maßstab für jede individuelle Gegenwertung durch Behörde oder Gericht.

Die generelle Wertung bildet in diesem Fall das Prinzip vom vorrangigen Schutz der Volksgesundheit vor Epidemien. Dieses Schutzgut soll generell per Sofortvollzug von Gefahrenabwehranordnungen besonders effizient geschützt werden nach § 10 VIII.

Unterstellt man die Richtigkeit dieses Maßstabs für § 80 II 1 Nr.3 VwGO, würde das Suspensionsinteresse des A vorrangig sein gegenüber dem Vollzugsinteresse der Behörde, falls ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der gerügten Nebenbestimmungen bestehen und daraus eine individuelle Rechtsverletzung des Adressaten folgt oder falls der sofortige Vollzug des präventiven Verbots aus § 37a I irreparable Nachteile für A erzeugt, zumal der begünstigende VA bis zum Bedingungseintritt nicht wirksam, so daß A kein Aufenthaltsrecht hat.

Weiterhin ist innerhalb dieser Meinung das als maßgeblich erachtete Kriterium des ernsthaften Zweifels lebhaft umstritten.

### **1. Ernsthafter Zweifel an der Rechtmäßigkeit des VA bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit des gerügten VA**

Die moderne Teilauffassung nimmt einen ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit an, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit des gerügten VA oder des gerügten Teils vorhanden ist<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Schoch, Risikoverteilung, § 34, S. 1134; § 45, S.1590.

<sup>165</sup> OVG Koblenz, NJW-RR 1992, S. 1426; OVG Münster, DVBl 1990, S.720 m.w.N.

## **2. Ernsthafter Zweifel an der Rechtmäßigkeit des VA bei gleichwahrscheinlicher Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des gerügten VA**

Die klassische Auffassung gelangt zum Ergebnis eines ernsthaften Zweifels an der Rechtmäßigkeit des VA, sobald die Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des gerügten VA gleichermaßen wahrscheinlich sind<sup>166</sup>.

## **3. Abschwächung der Prüfungsanforderungen?**

Eine dritte Unterauffassung tendiert bei der Prüfung des ernsthaften Zweifels zu einer bedenklichen Relativierung des anerkannten Prüfungsmaßstabs, indem entweder nur eine summarische Prüfung vorgenommen werden soll<sup>167</sup> oder eine bloße „Anprüfung“ der Erfolgsaussichten des Hauptverfahrens genügen soll<sup>168</sup>.

Angesichts der komplexen Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes zur Gewähr einer angemessenen Risikoverteilung und Offenhaltung des Prozesses bis zur Hauptsacheentscheidung ist eine optimale materiell-akzessorische Abwägung der divergierenden Parteiinteressen zum Schutz vor irreparablen Schäden geboten, aber keineswegs eine pauschale Auflockerung der Stringenz des rechtlichen Prüfungsmaßstabs: Das Attribut summarischer Prüfung darf maximal Raum greifen für eine erleichterte Beweisführung durch Glaubhaftmachung<sup>169</sup>.

## **III. Lehre von der materiell-akzessorischen, subsidiär offenen Abwägung mit einem Zweifelsvorrang für das normative Vollzugsinteresse**

Die Gegenauffassung akzeptiert die analoge Heranziehung des Prüfungsmaßstabs von § 80 IV 3 VwGO ausschließlich für die gerichtliche Anordnung nach § 80 V 1 Var.1, 80 II 1 Nr.1 VwGO.

Der zweite Analogieschritt zur Übertragung des Prüfungsmaß-

---

<sup>166</sup> BVerwG, BayVBl 1982, S.442; OVG Münster, OVG 16,44; idem, OVG 22,209; VGH München, VerwRspr 13, 98; Wilke, DVBl 1984, S. 1136ff., S.1136; Kopp, VwGO, §80 Rz 70.

<sup>167</sup> BVerwG, BayVBl 1982, S. 442; OVG Münster, DVBl 1981, 879; Schörnig, BayVBl 1982, S. 442 f., S.443; Ipsen, NJW 1978, 2569, 2570; Kopp, VwGO, § 80 Rz 91.

<sup>168</sup> Leipold, Rechtsschutz, S.192 und S. 42 ff.

<sup>169</sup> BVerfGE 53, 30, 67; Erichsen, Jura 1984, S.478 ff., S.485; Huba, JuS 1990, S. 805 ff., S. 808; Hoffmann, DÖV 1976, S.371ff., S.374.

stabs des Anordnungsverfahrens auf die Anordnung nach § 80 V 1 Var.1, 80 II 1 Nr.3 VwGO wird entweder vollständig verneint<sup>170</sup> oder insoweit relativiert, als daß subsidiär zur Prüfung der Erfolgsaussicht der Hauptsache eine materiell-inkzessorische, freie Abwägung gefordert wird, weil nur der Tatbestand von 80 IV 3 VwGO analogiefähig sei, nicht aber die auf die Behörde zugeschnittene Rechtsfolge der fehlenden umfassenden Abwägung<sup>171</sup>. In Abgrenzung zur ersten Meinungsgruppe wird folgender Prüfungskatalog vorgeschlagen: Die Anordnung des Suspensiveffekt soll primär erfolgen, falls der gerügte VA offensichtlich rechtswidrig und der Kläger in seinen Rechten verletzt sei [materiell-akzessorische Prüfung]. Sie soll für § 80 II 1 Nr.2-3 VwGO sekundär unterbleiben, falls der Ausgangsbescheid offensichtlich rechtmäßig sei [materiell-akzessorische Prüfung].

Für in der indifferenten Mitte liegende Sachverhalte soll tertiär eine rechtlich exakte, aber in der Beweisführung erleichterte offene Abwägung erfolgen anhand der Summe, der Wertigkeit, der Verletzungsintensität und des Gefährdungsgrades der bedrohten Interessen des Antragstellers infolge des Sofortvollzugs sowie der bedrohten Interessen des Antragsgegners infolge einer hypothetischen Aussetzungsentscheidung [offene Abwägung].

Sollte auch die tertiäre Abwägung ausgewogen verlaufen, gibt die normative Wertung des § 80 II 1 Nr. 3 VwGO den Ausschlag für den Vorrang des Sofortvollzugs.

#### **IV. Stellungnahme**

Eine Streitentscheidung zwischen den beiden letzten Meinungsgruppen kann dahinstehen, wenn bereits die Prüfung anhand des strengsten Kriteriums die Begründetheit des Antrags des A ergibt. Jenes strenge Kriterium wird gebildet vom primären Maßstab der zweiten Meinungsgruppe, welcher die Evidenz der Rechtswidrigkeit des gerügten VA mit einer Rechtsverletzung des Antragstellers verlangt.

---

<sup>170</sup> OVG Lünbeurg, DVBl 1976, S.82; VGH München, BayVBl 1984, S. 280; Schenke, Verwaltungsprozeß, Rz 1002; Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 157; Kopp, VwGO, § 80, Rz 70.

<sup>171</sup> Brühl, JuS1995, S. 722 ff., S.724.



## **V. Offensichtliche Rechtswidrigkeit der belastenden Bedingungen zum begünstigenden VA?**

Der begünstigende VA mit den gerügten Bedingungen Blutentnahme und Absonderung ist offensichtlich rechtswidrig, falls eine erforderliche verfassungsmäßige potentielle Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß der Einreisegenehmigung mit den belastenden Bedingungen fehlt oder falls die belastenden Bedingungen zum Genehmigungsbescheid formell oder materiell rechtswidrig erlassen worden sind.

### **1. Vorhandensein einer erforderlichen verfassungsmäßigen potentiellen Ermächtigungsgrundlage**

§ 37a I 1.HS i.V.m. II 2-4 bildet die potentielle Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß der Einreisegenehmigung mit den Bedingungen Blutentnahme und Absonderung und verdrängt grundsätzlich als tatbestandsmäßig abschließende Spezialregelung die Generalklausel des § 34 I [s.o.] und den subsidiären § 36 I HessVwVfG.

#### **a. Erforderlichkeit einer Ermächtigungsgrundlage**

Fraglich ist, ob die Gesundheitsbehörde für ihr Verhalten eine Ermächtigungsgrundlage benötigt.

Die Antwort bestimmt sich nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung mit den Komponenten des Prinzips vom Vorrang und Vorbehalt des verfassungsmäßigen Gesetzes gegenüber der Exekutive und Judikative.

Über die Reichweite des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes, welches von der Rechtsprechung aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 III abgeleitet wird<sup>172</sup> und von der Literatur durch eine Gesamtschau aus dem Rechtsstaats-, Demokratieprinzip und den Grundrechten ermittelt wird<sup>173</sup>, herrscht keine Einigkeit.

Es ist anerkannt, daß die aus der konstitutionellen Monarchie stammende Interpretation, daß jenes Prinzip die Staatsorgane lediglich daran hindern soll, final, unmittelbar, durch einen mit einer Sanktionsdrohung versehenen Rechtsakt in Freiheit

---

<sup>172</sup> BVerfGE 40, 237,248; idem 49, 89, 126; idem 77,170,230.

<sup>173</sup> E-M, Verwaltungsrecht, § 14 Rz 13; Maurer, VwR, § 6 Rz 4-8.

und Eigentum des Bürgers einzugreifen, ohne daß eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist, zu restriktiv formuliert<sup>174</sup>, zumal man zu Lasten effizienter Kontrolle von der formellen Verfassungsmäßigkeit einer Norm auf deren materielle Verfassungsmäßigkeit geschlossen hatte<sup>175</sup>.

Die moderne Auffassung erweitert die Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes über die belastenden Rechtsakte hinaus auf begünstigende Rechtsakte, welche die Ausübung der Grundrechte des Adressaten wesentlich determinieren<sup>176</sup>, wobei jedoch ein totaler Normvorbehalt für jedes staatliche Verhalten abgelehnt wird<sup>177</sup>.

Eine Streitentscheidung über die Reichweite des Vorbehaltsprinzips ist entbehrlich, wenn das präventive Verbot und die Ermächtigungsgrundlage für den VA mit den Nebenbestimmungen selbst die strengen Kriterien des klassischen Eingriffsbegriffs erfüllen.

Vordergründig kann man argumentieren, daß die Einreisegenehmigung nur eine Begünstigung für den A bedeuten könnte, so daß der Widerwille zur Herbeiführung der Blutentnahmebedingung ihm nur einen in rechtsstaatlicher Hinsicht nicht relevanten Vorteil verwehre. Eine solche Auslegung mißachtet jedoch, daß das präventive Verbot des § 37a I vor dem Hintergrund möglicher Abwehrgrundrechte des A gesehen werden muß, welche ein Freiheitsrecht auf Einreise gewähren könnten. Damit bildet das präventive normative Verbot möglicherweise einen vorweggenommenen Eingriff als logisches Spiegelbild zum nachsorgenden Einzelfall-Einreiseverbot kraft der seuchenpolizeilichen Generalklausel § 34 I. Der vorweggenommene Eingriff kann nur durch einen zwingenden Anspruch auf Einreisegenehmigung verhältnismäßig ausgeglichen werden aus der Ermächtigungsgrundlage § 37a I 1.HS und II. Die festgelegten Bedingungen beschneiden damit den potentiellen grundrechtlichen Abwehranspruch auf Einreise. Folglich liegt bereits ein klassischer Eingriff nahe. Somit ist eine verfas-

---

<sup>174</sup> Maurer, VwR, § 6 Rz 10.

<sup>175</sup> Wolff, VerwR I, § 30 I. a) und b).

<sup>176</sup> BVerfGE 33, 303, 336; idem 49, 89, 127.

<sup>177</sup> E-M, Verwaltungsrecht, § 14 Rz 18; Maurer, VwR, § 6 Rz 10.

sungsmäßige Ermächtigungsgrundlage nach allen Thesen zum Vorbehalt des Gesetzes erforderlich.

## **b. Verfassungsmäßigkeit der potentiellen Ermächtigungsgrundlage § 37a**

§ 37a I 1.HS, II 2-4 und IV i.V.m. der Seuchengebietsverordnung für Indien bildet ein verfassungsmäßiges präventives Verbot mit Ermächtigungsgrundlage für die Genehmigung mit belastenden Bedingungen, wenn § 37a und die Rechtsverordnung formell und materiell verfassungsgemäß sind.

### **a) Bildet die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Ermächtigungsgrundlage einen Untersuchungsgegenstand, über den das VG Frankfurt eigenständig entscheiden darf?**

Fraglich ist, ob das VG aus eigener Machtvollkommenheit im vorläufigen Rechtsschutz die Verfassungsmäßigkeit einer nachkonstitutionellen Rechtsnorm zum Maßstab seiner Entscheidungsfindung über die Begründetheit einer Anordnung des Suspensiveffekts machen darf aus § 80 V 1 VwGO, da es verpflichtet sein könnte, das Verfahren auszusetzen und die nachkonstitutionelle Norm dem BVerfG zur prinzipialen Normenkontrolle vorzulegen nach Art. 100 I 1.

### **(1) These der zwingenden Richtervorlage im vorläufigen Rechtsschutz**

Eine Auffassung sieht Art. 100 I 1 als gegenüber Art. 19 IV dominierenden Maßstab sowohl für das Hauptsacheverfahren als auch für den vorläufigen Rechtsschutz an<sup>178</sup>.

Nach dieser Auffassung dürfte das VG Frankfurt gegenwärtig nicht über den Antrag des A entscheiden, sofern es § 37a als verfassungswidrig einordnen und aus diesem Grund den Suspensiveffekt anordnen wollte, sondern müsste das Verfahren aussetzen und die Vorschrift dem BVerfG vorlegen.

---

<sup>178</sup> VGH Mannheim, DÖV 1976, 679; v.Pestalozza JuS 1978, S. 312 ff., 315; Klückmann DÖV 1977, 324; Finkelnburg, Rechtsschutz, Rz. 285.

## **(2)These der Ablehnung einer Richtervorlage im vorläufigen Rechtsschutz**

Die konträre Auffassung verneint jede Vorlagepflicht im vorläufigen Rechtsschutz<sup>179</sup>.

Diese Argumentation wird durch das Argument gestützt, das Art. 100 einschränkend zu interpretieren sei zur Förderung der Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes aus Art. 19 IV 1.

Darüber hinaus kann der Antragsteller im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bei einer Durchführung des Vorlageverfahrens seine Rechte nicht effektiv geltend machen, da er kein Prozeßbeteiligter der prinzipalen Normenkontrolle aus Art. 100 ist, so daß die Gewinnung vorläufigen Rechtsschutzes über § 32 BVerfGG ausgeschlossen wird<sup>180</sup>.

Zudem verlangt die Ratio des Art. 100 nur, daß der nachkonstitutionelle Gesetzgeber vor einer Aushöhlung seiner Normen durch die Gerichte im Hauptsacheverfahren geschützt ist, während bezüglich der naturgemäß vorläufigen Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes keine dauerhafte Veränderung der materiellen Rechtslage droht.

Gegen ein Vorlageverfahren ist ferner zu sagen, daß das VG die Aussetzungsentscheidung - jedenfalls im Bereich von § 80 II 1 Nr.1 VwGO - stets anhand des Maßstabs vom ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit des VA trifft.

Ein ernsthafter Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage reicht jedoch für eine Vorlage nach Art. 100 nicht aus, weil dort eine Nichtigkeitsüberzeugung erforderlich ist<sup>181</sup>.

## **(3)Vermittelnde Auffassung bei Vorwegnahme der Hauptsache**

Eine vermittelnde Auffassung lehnt für den vorläufigen Rechtsschutz eine Pflicht zur Anrufung des BVerfG grundsätzlich ab. Eine Ausnahme wird anerkannt, sofern die auf der Verfassungswidrigkeitsbeurteilung fußende Aussetzungsentscheidung

---

<sup>179</sup> BVerwGE 50, 124, 130; BFH NJW 1984, S.1488; OVG Münster NJW 1979, S. 333; idem NJW 1987, 1507; idem NVwZ 1992, 1227; OVG Berlin NVwZ 1995, 927; Sachs, JuS 1993, S.419; v.Mutius, VerwArch Bd. 68, 1977, S. 197 ff., S.207.

<sup>180</sup> Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 161.

<sup>181</sup> Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 161.

zu einer ausnahmsweise zulässigen Vorwegnahme der Hauptsache führen soll<sup>182</sup>. Gegen die Ausnahmewertung spricht jedoch, daß der Bürger gerade in den Fällen maximaler Schutzbedürftigkeit, in denen also das VG die Vorwegnahme der Hauptsache toleriert, durch den Umweg über das Vorlageverfahren schlechter gestellt wird<sup>183</sup>.

#### **(4) Vermittelnde Auffassung zur parallelen Entscheidung**

Eine weitere vermittelnde Auffassung statuiert für die Fälle des einstweiligen Rechtsschutzes auf der Basis von verfassungswidrig eingeschätzten Ermächtigungsgrundlagen zwar ein Recht des Gerichts zur sofortigen Eilentscheidung, erlegt ihm jedoch parallel die Pflicht zur Anrufung des BVerfG auf<sup>184</sup>.

Diese Auffassung verstößt gegen den Wortlaut des Art. 100, da der Prüfungsmaßstab des § 80 V das Gericht regelmäßig gar nicht zu sicheren Nichtigkeitsüberzeugung führt<sup>185</sup>.

#### **(5) Vermittelnde Auffassung bei Vorwegnahme der Hauptsache und Nichtigkeitsüberzeugung**

Schließlich möchte eine weitere vermittelnde Auffassung die praktische Konkordanz von Art. 19 IV und Art. 100 so bestimmen, daß grundsätzlich die Vorlagepflicht im vorläufigen Rechtsschutz entfällt und ausnahmsweise auflebt, wenn die Anordnung nach § 80 V 1 VwGO eine Vorwegnahme der Hauptsache in sich trägt und wenn das VG die Ermächtigungsgrundlage für den VA in voller Überzeugung als nichtig erachtet<sup>186</sup>. Dabei soll das VG parallel zum Vorlagebeschluß weiterhin die Kompetenz für eine vorläufige Anordnung behalten<sup>187</sup>. In den verbleibenden Fällen des ernsthaften Zweifels an einer Norm ohne Nichtigkeitsüberzeugung darf das VG vorläufig entscheiden, soll aber den Antragsteller veranlassen nach § 926 ZPO analog, alsbald ein Hauptsacheverfahren an-

---

<sup>182</sup> BVerfGE 86, S. 382 ff., S. 389; idem 46, 43, 51; idem 63, 131, 141 f.; VGH München, DVBl 1994, S. 61, S. 63; OVG Frankfurt/Oder, NVwZ-Beilage 6, 1994, S. 42 f., S. 43; Eyer-  
mann-Happ, VwGO, § 123 Rz 57.

<sup>183</sup> Schmitt, Richtervorlagen, S. 290.

<sup>184</sup> VGH Frankfurt, NVwZ-Beilage 1994, S. 43; VGH München, DVBl 1994, S. 63; Schmitt, Richtervorlagen, S. 301 f.

<sup>185</sup> Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 161.

<sup>186</sup> Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 161.

<sup>187</sup> Kopp-Schenke, VwGO, § 80 Rz 161.

zustrengen, damit das VG eine sorgfältige Prüfung der Verfassungsmäßigkeit und des Vorlagebeschlusses beginnen kann<sup>188</sup>.

### **(6) Stellungnahme**

Eine Entscheidung dieser Kontroverse nicht erforderlich, falls sich § 37a als verfassungsgemäß erweist.

#### **b) Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 37a I-IV**

§ 37 a I-IV ist formell verfassungsgemäß, sofern der Bund die Gesetzgebungskompetenz innehat und das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet, durchgeführt und abgeschlossen worden ist.

Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes zum Erlaß des § 37a I, III-IV könnte sich ergeben aus Art. 74 I Nr. 19 i.V.m. Art. 72 II.

Auf den ersten Blick ist fraglich, ob die Konjunktion „und“ kumulativ zu verstehen ist, so daß der Bund die spezielle Gefahrenabwehrgesetzgebungskompetenz nur für übertragbare und gemeingefährliche Krankheiten erhalten soll, oder ob ein Alternativitätsverhältnis besteht.

Der gesetzssystematische Vergleich spricht für eine alternative Betrachtung in Art. 74 I Nr.19<sup>189</sup>.

Da Pocken sachverhaltsgemäß durch den Variolavirus übertragbar sind und eine hohe Letalitätsquote aufweisen, wird zugleich der veraltete Begriff der „Gemeingefährlichkeit“ erfüllt, so daß es auf die exakte Interpretation des Art 74 I Nr.19 nicht ankommt.

Weil § 37a II 2-4 nicht nur als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fungiert, sondern auch vorschreibt, daß gerade die Gesundheitsbehörde tätig werden soll und wann das Verwaltungsverfahren beginnen soll [„bei ihrer Ankunft“], bedarf die Norm der Zustimmung des Bundesrates aus Art. 84 I.

Die ordnungsgemäße Einleitung des Entwurfs nach Art. 76 und der ordnungsgemäße Gesetzesbeschluß nach 77 I i.V.m 42 sind zu unterstellen; der Bundesrat hat zugestimmt und die Norm trat nach Maßgabe von Art. 82 II 1 in Kraft am 1.1.95,

---

<sup>188</sup> Schenke, JZ 1996, S. 1155 ff., S.1168

<sup>189</sup> Schumacher-Meyn, BSeuchG, Einführung S.4.

so daß formelle Verfassungsmäßigkeit besteht.

### **c) Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 37a I-IV**

§ 37a könnte materiell verfassungswidrig sein insbesondere wegen eines Verstoßes gegen Art. 80 I oder gegen Grundrechte des A oder gegen Staatstrukturprinzipien.

Dabei ist einerseits das Interesse ausgereister Bundesbürger bedeutsam, möglichst ohne oder nur unter geringstmöglichen Repressalien in den Geltungsbereich des Grundgesetzes zu gelangen und andererseits das konfligierende gesundheitspolizeiliche Interesse an effizienter Seuchenbekämpfung, welches intensive Maßnahmen schon wegen eines Gefahrenverdachts rechtfertigen könnte.

#### **(1) Verstoß gegen Art. 80 I ?**

Das präventive Verbot nach § 37a I könnte wegen der tatbestandlichen Abhängigkeit von einer nach § 37a IV zu erlassenden Seuchengebietsverordnung gegen Art. 80 I verstoßen.

#### **(a) Zulässiger Adressat der Delegationsnorm**

Der in § 37a IV erwähnte Bundesgesundheitsminister ist ein zulässiger Adressat für die Delegation der Rechtssetzung vom Parlament an die Exekutive gemäß Art. 80 I 1 Var.2.

#### **(b) Bestimmtheit des Delegationsgesetzes**

Die Delegationsnorm § 37a IV ist als Delegationsgesetz hinreichend bestimmt, wenn dem Verordnungsgeber die Trias aus Inhalt, Zweck und Ausmaß der zukünftigen Rechtsverordnung in einer Weise vorgegeben werden, daß eine dem Demokratieprinzip und der Gewaltenteilung widersprechende Selbstentmachtung des Parlaments zugunsten der Delegationsadressaten ausgeschlossen ist<sup>190</sup>.

Daraus folgt, daß die Kriterien der Schrankentrias um so schärfer werden, je intensiver die aus der Rechtsverordnung folgenden Grundrechtseingriffe sind<sup>191</sup>.

Eine Inhaltsvorgabe ist vorhanden, wenn das förmliche Gesetz den Regelungsgegenstand vorgibt.

---

<sup>190</sup> Das abschreckendste Beispiel der Selbstentmachtung des Parlaments bilden Art. 1,1 und 2,1 des „Gesetz(es) zur Behebung der Not von Volk und Reich“ vom 24.3.1933.

<sup>191</sup> BVerfGE 20,296, 305; idem 58,257,277; HessStGH, DVBl 1989, S.656.

Da der Wortlaut von § 37a IV präzise beschreibt, daß der Verordnungsgeber eine Regelung zur Festsetzung von ausländischen Seuchenzonen treffen kann, ist das inhaltliche Bestimmtheitsmoment erfüllt.

Zweifelhaft erscheint jedoch die geforderte Präzision der Vorgabe des Zwecks und des Ausmaßes in § 37a IV, weil der Begriff der Seuche im Sinne von § 37a an keiner Stelle bezeichnet ist.

Daraus könnte folgen, daß die Formulierung „seuchenbefallenes Gebiet“ undifferenziert auf den Begriff der übertragbaren Krankheit gemäß § 1 recurriert.

Eine undifferenzierte Anwendung von § 1 ist jedoch angesichts der intensiven Rechtsfolgen von § 37 a I i.V.m. IV absolut zweifelhaft, weil § 1 auch übertragbare Krankheiten erfaßt, die entweder kein hohes spontanes Übertragungspotential durch soziale Kontakte im öffentlichen Raum [eg. AIDS] oder kein hinreichendes Letalitätsrisiko für die Bevölkerung aufweisen.

Darüber hinaus definiert § 37a in keiner Weise, ab welcher Verbreitungsquote einer hinreichend letalen und übertragbaren Krankheit im Ausland der Verordnungsgeber tätig werden darf und welche Ausmaße die Zone aufweisen darf.

Dieses Determinierungsdefizit kann jedoch durch verfassungskonforme Auslegung dahingehend korrigiert werden, daß § 37 a IV i.V.m. § 37a I und § 1 nur zum Erlaß von Seuchengebietsverordnungen für Epidemien mit einer gewissen Mindeststerblichkeitsrate und mit einer spontanen Übertragbarkeit durch soziale Kontakte im öffentlichen Raum berechtigt und soweit eine so große Verbreitung im auszuwählenden Gebiet vorhanden ist, daß ein Ansteckungsverdacht im Sinne von § 2 Nr.3 nicht offensichtlich ausgeschlossen werden kann.

Einer noch präziseren Vorgabe steht das Argument der Effektivität des Schutzes der Physis der Bevölkerung in Deutschland entgegen.

Schließlich hat der Gesetzgeber bewußt die frühere Strategie aufgegeben, enumerativ für jede Seuche spezielle Ermächti-



gungsgrundlagen zu schaffen<sup>192</sup>, weil dadurch neue Epidemien erst bei der zweiten Epidemie durch das seuchenpolizeiliche Instrumentarium bekämpfbar waren.

Eine Bekämpfung neuer Seuchen durch Maßnahmen aufgrund der polizeilichen Generalklauseln ist daneben eine denkbar schlechte Alternative. Deswegen verstößt § 37a IV nicht gegen die Schrankentrias des Art. 80 I 2.

### **(c) Kein Verstoß gegen einen Parlamentsvorbehalt für Seuchenbekämpfung**

Weiterhin könnte das Delegationsgesetz gegen das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes verstoßen. Das Vorbehaltsprinzip sieht gemäß der Wesentlichkeitstheorie vor, daß die ganz wesentlichen Fragen nur durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst geregelt werden dürfen<sup>193</sup>.

Gegen eine Verletzung des Parlamentsvorbehalts spricht aber, daß Art.11 II ausdrücklich Begrenzungen „aufgrund eines Gesetzes“ zuläßt, so daß auch Rechtsverordnungen aufgrund eines hinreichend präzisen formellen Delegationsgesetzes möglich sein müssen.

Außerdem garantiert die enge Zielbindung des § 37a IV i.V.m. der beschriebenen Restriktion des § 1 auf letale spontan übertragbare Krankheiten, daß die dezentrierte Normgebung nicht den Gesetzgeber entmachtet.

Weiterhin gebietet die Normeffizienz, daß die Bestimmung der Seuchengebiete dezentriert bei der Exekutive erfolgt, welche schneller und flexibler als das Parlament auf Gefahrenmeldungen und das Abklingen der Seuchen reagieren kann. Deswegen ist ein Parlamentsvorbehalt abzulehnen.

### **(d) Ergebnis**

Es ist kein Verstoß gegen Art. 80 I vorhanden.

---

<sup>192</sup> Amtliche Begründung zu § 1 BSeuchG 1961, abgedruckt bei Schumacher-Meyn, BSeuchG, S.7.

<sup>193</sup> Maurer, VwR, § 6 Rz 11.

## **(2) Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts eines Bundesbürgers auf Einreise in das Bundesgebiet ?**

Es ist fraglich, ob das präventive Verbot der Einreise mit einem Erlaubnisvorbehalt gemäß § 37a ein subjektives öffentliches verfassungskräftiges Recht des Bundesbürgers A auf Einreise in das Bundesgebiet und gegebenenfalls auf Weiterreise innerhalb Deutschlands verletzt.

### **(a) Art. 16 I 1**

Zunächst könnte das Abwehrgrundrecht des Schutzes vor dem Entzug der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 16 I ein subjektives öffentliches Recht des A auf Einreise in das Bundesgebiet gewähren.

#### **(aa) Persönlicher Schutzbereich**

A ist als deutscher Staatsangehöriger im Sinne von Art. 116 i.V.m § 4 RuStAG Träger des Bürgerrechts aus Art. 16 I.

#### **(bb) Sachlicher Schutzbereich**

##### **(α) Zurückhaltende Interpretation von Art. 16 I 1**

Eine Auffassung entnimmt Art. 16 I 1 eine Institutsgarantie für das Staatsangehörigkeitsrecht<sup>194</sup> und ein Abwehrrecht gegen den Entzug der Staatsangehörigkeit:

Letzteres wird restriktiv definiert als jede staatliche Maßnahme, die dem Grundrechtsträger gegen oder ohne seinen Willen die deutsche Staatsangehörigkeit aberkennt<sup>195</sup>.

Teilweise wird für Art. 16 I 1 zusätzlich zu dem voluntativen Kriterium eine „Unvermeidbarkeit“ der Aberkennung gefordert, damit die Entziehung nach Art. 16 I 1 besser abgegrenzt werden kann von dem halbfreiwilligen Verlust der Staatsangehörigkeit nach Art. 16 I 2 Var.1, bei dem der Bürger eine neue Staatsangehörigkeit erlangt und deshalb als Folge die deutsche verliert nach § 25 RuStAG<sup>196</sup>.

Das präventive Verbot und die Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß der Einreisegenehmigung mit belastenden Bedingungen bewirkt nach dieser Auffassung keinen rechtlichen

---

<sup>194</sup> Dreier-Lübbe-Wolff, GG, Art. 16 Rz 52.

<sup>195</sup> Dreier-Lübbe-Wolff, GG, Art. 16 Rz 52; J-P, GG, Art. 16 Rz 2; M-D-Randelzhofer, GG, Art. 16 Rz 49; v.Münch-Schnapp, GG I, Art. 16 Rz 11; P-S, Grundrechte, Rz 1056.

<sup>196</sup> M-D-Randelzhofer, GG, Art. 16 Rz 49.

Entzug der Staatsangehörigkeit, so daß der Schutzbereich des Art. 16 I 1 nicht berührt ist.

### **(ß) Expansive Interpretation des Art. 16 I 1**

Eine Gegenauffassung versteht Art. 16 I 1 in einem umfassenderen Sinn zum einen als Quelle der Institutsgarantie Staatsangehörigkeitsrecht, zum anderen als Abwehrrecht gegen Ausbürgerung und drittens als Quelle für ein aus der Staatsangehörigkeit abgeleitetes Schutz- und Treueverhältnis, kraft dessen der Bürger Rechte und Pflichten des Bürgers gegenüber dem Staat habe:

Der Bürger soll einen Leistungsanspruch auf konsularischen Beistand<sup>197</sup> und auf Einreise in das Bundesgebiet erhalten<sup>198</sup>, während der Staat den Anspruch auf Wehrpflicht zur Verteidigung des Territoriums ableiten dürfe.

Für diese Auffassung wird angeführt, daß die Einreise von Staatsangehörigen aus dem Ausland gleichsam das Grundelement für die Ausübung sämtlicher Bürger- und Menschenrechte im Territorium des Bundes mit äußerst hohem Menschenwürdegehalt sei<sup>199</sup>.

Daraus folgt eine überaus hochstehende Schutzwürdigkeit, die mit Schranken versehene Einzelgrundrechte wie Art. 11 I allein nicht sinnvoll abbilden könnten.

Daher bietet es sich an, die Staatsangehörigkeit als lediglich verfassungsimmanent beschränkbares „Grundrecht der Grundrechte“ zu interpretieren, welches verankert sei in Art. 16 I 1-2, Art. 16 II und in den in nationales Recht inkorporierten Grundsätzen des Völkerrechts nach Art. 25, welche eine Verpflichtung zur Aufnahme eigener Staatsbürger vorsehen<sup>200</sup>.

Zu guter letzt soll das Recht auf Einreise auch aus einer staatlichen Fürsorgepflicht gegenüber Staatsangehörigen folgen.

### **(γ) Stellungnahme**

Für die erste Auffassung spricht die historische Auslegung des

---

<sup>197</sup> HStR V- Isensee, § 111 Rz 123; Stern, Staatsrecht I, S.258.

<sup>198</sup> HStR VI- Hailbronner, § 131 Rz 31; Doehring, Staatsrecht, S.337; Scholler, DÖV 1967, S.469 ff., S.472.

<sup>199</sup> Doehring, Staatsrecht, S.337.

<sup>200</sup> Doehring, Staatsrecht, S.337; Bleckmann, Grundrechte, § 32 Rz 9.

Art. 16 I 1-2, da der parlamentarische Rat nur drei Phänomene regeln wollte: den Schutz vor Ausbürgerung, die Regelung der freiwilligen Entlassung und die Regelung der „halbfreiwilligen Entlassung i.V.m. § 25 RuStAG<sup>201</sup>.

Gegen eine Deduktion subjektiver Rechte auf Einreise aus dem eng formulierten Art. 16 I 1 ist zu bemerken, daß sich die klassischen Grundrechte als ausdifferenziertes System zur Anspruchsbegründung anbieten<sup>202</sup>.

Dagegen erscheint eine Ableitung aus Art. 16 I 1 äußerst wertausfüllungsbedürftig und damit als extrem anfällig für ideologisch motivierte Argumentationen.

Ferner ignoriert eine Argumentation der Koppelung von Staatsangehörigkeit und subjektiven Gewährleistungen, daß auch die Völker mit einer diktatorischen Staatsführung Staatsangehörige sind, ohne Grundfreiheiten zu genießen<sup>203</sup>.

Die zweite Auffassung kann sich immerhin auf ein obiter dictum des BVerfG stützen, welches die konsularische Betreuung als unmittelbare Konsequenz der Staatsangehörigkeit beschreibt<sup>204</sup>.

Dessen Bedeutung ist jedoch relativ gering, da die folgende Judikatur jene Entscheidung ignoriert und eine Verwurzelung jenes Rechts in der Staatsangehörigkeit konkludent verneint durch Heranziehung grundrechtlicher Schutzpflichten<sup>205</sup>.

Die Radizierung des Einreiserechts in der Staatsangehörigkeit über das Vehikel des Art. 25 überzeugt deshalb nicht, weil sich die Grundsätze des Völkerrechts prinzipiell an Staaten als Völkerrechtssubjekte im Sinne der Drei-Elemente-Lehre richten.

Entscheidend trägt die Erwägung zur Ablehnung der zweiten Ansicht bei, daß das zentrale Argument dieser Auffassung erst in konträrer Einordnung einen richtigen Sinn ergibt:

Da die Ausübung sämtlicher Grundrechte im Geltungsbereich des Grundgesetzes für ausgereiste Personen eine Einreise in

---

<sup>201</sup> JöR 1951, S. 158 ff.

<sup>202</sup> Dreier-Lübbe-Wolff, GG, Art. 16 Rz 55.

<sup>203</sup> Dreier-Lübbe-Wolff, GG, Art. 16 Rz 53.

<sup>204</sup> BVerfGE 37, 217, 241.

<sup>205</sup> BVerfGE 40, 141, 177; idem 41, 126, 182; idem 48, 127, 161; idem 55, 349, 364; idem 66, 39, 61.

diesen Geltungsbereich voraussetzt, liegt es gerade nahe, dem Einreisenden als Zugabe zu dem jeweiligen Grundrecht, welches er speziell in Anspruch nehmen möchte, eine Einreisekomponente zu gewähren.

Diese Einreisekomponente könnte entweder bei jenem Grundrecht verbleiben oder aber aus Zweckmäßigkeitsgründen regelmäßig dem Schutzbereich der Freizügigkeit nach Art. 11 I zugeordnet werden, weil sich vom Ort der Einreise in das Bundesgebiet regelmäßig ein freier Zug zum eigentlichen Zielpunkt innerhalb Deutschlands anschließen wird.

Richtiger Ansicht nach scheidet ein Verstoß des § 37a gegen Art. 16 I aus.

### **(b) Art. 16 II**

Ferner könnte § 37a das Abwehrbürgerrecht des A auf Schutz vor Auslieferung verletzen gemäß Art. 16 II.

#### **(aa) Restriktive Auffassung**

Nach der überwiegenden Auffassung setzt der sachliche Schutzbereich des Art. 16 II voraus, daß ein Staatsorgan Maßnahmen anordnet, um einen Grundrechtsträger auf Ersuchen einer fremden Macht aus dem territorialen Geltungsbereich des Grundgesetzes zu entfernen und in deren Territorium zu überführen<sup>206</sup>, wobei sich Geltungsbereich sich heute aus dem Satz 2 der Präambel definiert<sup>207</sup>(ehedem aus Art.23).

Nach dieser These scheidet schon wegen der fehlenden Einbeziehung eines Drittstaats in das Verwaltungsverfahren nach § 37a iVm §§ 9 ff. HessVwVfG eine direkte Berufung der einreisewilligen Person A auf Art. 16 II aus.

#### **(bb) Erst-Recht-Argumentation**

Teilweise wird vertreten, daß das Abwehrrecht vor Auslieferung nach Art. 16 II aufgrund eines argumentum a maiore ad minus erst recht ein Abwehrrecht vor Ausweisung enthalten soll<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> J-P, GG, Art. 16 Rz 6; AK-Zuleeg, GG, Art. 16 Rz 12; BoK-Kimminich, GG, Art.16 Rz 67.

<sup>207</sup> J-P, GG, Präambel, Rz 8.

<sup>208</sup> AK-Zuleeg, GG, Art. 16 Rz 15.

Ausweisung bezeichnet unstreitig einen durch Abschiebung vollziehbaren Verwaltungsakt, in dem ein Staatsorgan anordnet, daß eine Person das Territorium verlassen soll, ohne daß eine fremde Macht diesen Vorgang beantragt hat<sup>209</sup>.

Auf der Basis dieser Definition wird man auch einen VA als Ausweisung einordnen können, welcher die Einreise verweigert oder nur unter belastenden Vorgaben genehmigt.

Deshalb kann ein einreisender Bundesbürger nach dem Erst-Recht-Schluß ein Recht auf Einreise aus Art. 16 II analog gewinnen.

Diese Auffassung fußt jedoch entscheidend auf der Argumentation zur Ableitung subjektiver Rechte aus der Staatsangehörigkeit, welche oben bereits verworfen wurde.

Die übrigen Grundrechte, insbesondere Art. 11 I, könnten die Einreise bereits determinieren<sup>210</sup>, so daß wegen abschließender Spezialregelungen ein Erst-Recht-Schluß abzulehnen ist.

### **(cc)Ergebnis**

Damit ist ausgeschlossen, daß § 37a den Schutzbereich des Grundrechts des A aus Art. 16 II berührt.

### **(c)Recht auf Einreise aus der Staatsangehörigkeit als inkorporierter Grundsatz des Völkerrecht gemäß Art. 25**

Dieser Interpretationsansatz wurde bereits für Art. 16 I verworfen.

### **(d) Freizügigkeit gemäß Art. 11 I**

Weiterhin könnte § 37a die Freizügigkeit des Bundesbürgers A verletzen, welcher zum Elternbesuch in das Bundesgebiet gelangen möchte.

### **(aa) Schutzbereich**

A ist als Staatsbürger Grundrechtsträger<sup>211</sup>. Es wird kontrovers beurteilt, ob der sachliche Schutzbereich der Freizügigkeit aus Art. 11 I auch die Einreisefreiheit für deutsche Staatsangehörige verbürgt.

---

<sup>209</sup> Dreier-Lübbe-Wolff, GG, Art. 16 Rz 72; BoK-Kimminich, GG, Art. 16 Rz 69; J-P, GG, Art. 16 Rz 7.

<sup>210</sup> HStR VI-Hailbronner, § 131 Rz 131.

<sup>211</sup> s. A.V.1.b.b)(2)(a)(aa).

## (α) Teil der Rechtsprechung

Das BVerfG definiert Freizügigkeit als das Recht des Grundrechtsträgers, Wohnsitz und Aufenthalt innerhalb Deutschlands zu nehmen und zu verändern<sup>212</sup>, so daß die Strukturelemente des Abzugs vom Ursprungsort, des Zuzugs am Zielort und der Zurücklegung eines zumutbaren Wegs zum Ziel gewährt werden.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut einer Entscheidung des BVerfG soll dieses Grundrecht ohne nähere Begründung auch die „Einreise“ in das Bundesgebiet schützen<sup>213</sup>.

Die Terminologie der Entscheidung ist jedoch irreführend. Die aus der Definition folgende Unterscheidung von Wohnsitz und Aufenthalt setzt sich fort in einer Differenzierung der Motive zum Zug in das Bundesgebiet.

Einreise ist daher als freier Zug in das Bundesgebiet zu definieren zum Zweck der Aufenthaltsbegründung, d.h. der vorübergehenden Begründung des Lebensmittelpunkts<sup>214</sup>.

Demgegenüber bildet Einwanderung den freien Zug in das Bundesgebiet zum Ziel der Wohnsitzbegründung, i.e. der Schaffung eines dauernden Lebensmittelpunkts in Deutschland<sup>215</sup>.

Daraus folgt, daß jene Judikatur in Wahrheit zum Thema Einwanderung und nicht zur Einreise ergangen ist: Denn das dort beurteilte Notaufnahmegesetz betraf in der Praxis ausschließlich Personen, die aus der DDR zum Zweck der Wohnsitzbegründung in die Bundesrepublik gelangten.

Auf der Basis dieser Entscheidung steht daher allenfalls die Einwanderung unter dem Schutz des Art. 11 I.

Deswegen läßt die Entscheidung auch völlig offen, welche Anforderungen den Begriff des Aufenthalts prägen sollen, damit dieser etwa nach der Zielsetzung und der Mindestdauer der Präsenz in Deutschland von der Freiheit der Person aus Art. 2 II 2 abgegrenzt werden kann.

---

<sup>212</sup> BVerfGE 2, 266, 266.

<sup>213</sup> BVerfGE 2, 266, 273; OVG Lüneburg, DVBl 1952, S.57.

<sup>214</sup> Pieroth, Jus 1985, S.81 ff., S.84.

<sup>215</sup> Pieroth, Jus 1985, S.81 ff., S.84.

Genau diese Anforderungen für den Aufenthalt im Sinne von Art. 11 I und logisch fortsetzend für die Einreise werden kontrovers bewertet.

**(ß) These vom freien Zug zum dauerhaften Lebensmittelpunkt**

Partiell wird Freizügigkeit äußerst restriktiv definiert als finales Grundrecht des freien Zugs, um von einem dauerhaften Lebensmittelpunkt zum nächsten dauerhaften Lebensmittelpunkt zu gelangen<sup>216</sup>, so daß sich „Landstreicher, Stromer und Vaganten“ nicht auf Art. 11 berufen können<sup>217</sup>.

Nach dieser Auffassung steht Art. 11 I nur Deutschen im Sinne des Grundgesetzes zur Verfügung, welche in das Bundesgebiet einwandern möchten.

Weil A das Bundesgebiet zu einem vorübergehenden Familienbesuch betreten möchte, würde demzufolge eine Berührung des Schutzbereichs seiner Freizügigkeit aus Art. 11 I durch § 37a ausscheiden.

Damit setzt diese Auffassung trotz der differenzierenden Definition des BVerfG Wohnsitz und Aufenthalt einfach gleich.

Gegen dieses Vorgehen ist anzumerken, daß es inhaltlich auf der überholten Begrifflichkeit des Preußischen Heimatgesetzes von 1842 fußt: Jenes verstand unter Aufenthalt lediglich die dauerhafte Niederlassung an einem Ort<sup>218</sup>.

Für eine gesonderte Betrachtung spricht jedoch ein historischer Vergleich zum Freizügigkeitsgesetz des norddeutschen Bundes von 1867, welches die Freiheit von Niederlassung und Aufenthalt gewährt und in § 8 Satz 1 ausführt, daß ein Aufenthalt bis zu 3 Monaten die Heranziehung von Gemeindelasten ausschließt<sup>219</sup>.

Daraus folgt zwingend, daß nicht nur die Einwanderung sondern auch Einreise in das Gebiet des norddeutschen Bundes geschützt werden sollte.

Abschnitt VI Art. I § 133 S.1 der Paulskirchenverfassung differenziert ebenfalls zwischen Aufenthalt und Wohnsitz.

---

<sup>216</sup> BVerwGE 3, 308, 312; Dürig, Freizügigkeit, S.513.

<sup>217</sup> Dürig, Freizügigkeit, S.513.

<sup>218</sup> Merten, Freizügigkeit, S. 19.

<sup>219</sup> Merten, Freizügigkeit, S. 20.



Auch Art. 111,1-2 WRV trennt unterhalb des Oberbegriffs Freizügigkeit zwischen Niederlassung, i.e. Wohnsitz im Sinne von § 7 BGB und Betriebssitz, sowie dem Aufenthalt.

Durch die Wahl des komprimierten Begriffs Freizügigkeit hat der Parlamentarische Rat zum Ausdruck gebracht, daß er keine präzise Definition der Freizügigkeit für nötig hielt und daß das System des Freizügigkeitsgesetzes und des Art. 111 WRV fortgeschrieben werden sollte.

Außerdem führt die Begrenzung der Freizügigkeit auf sozial hochstehende Zwecke zu einer Unterordnung des Grundrechtsschutzes unter gesellschaftspolitische Interessen<sup>220</sup>, welche der Effektivität des Grundrechtsschutzes abträglich ist.

Ferner stellt sich die Frage nach der Definitionsmacht über den sozialen Wert einer Zielsetzung. Daher ist diese restriktive Auffassung zu verwerfen.

### **(γ) Lehre vom kurzen Verweilen zu beliebigem Zweck**

Ein zweiter Teil der Literatur akzeptiert die Basisdefinition des BVerfG. Der Aufenthaltsbegriff wird jedoch extrem extensiv konkretisiert als jedes vorübergehende Verweilen an beliebigen Orten, selbst zu banalen Zwecken<sup>221</sup>. Die Einreisefreiheit wird einbezogen<sup>222</sup>.

Daraus folgt, daß de facto jeder Schritt eines Bundesbürgers vom Ausland auf das Bundesgebiet vom Schutzbereich des Art. 11 I erfaßt wird.

Der Verzicht auf das Element eines hinreichend langen zeitlichen Verharrens wird partiell als konturenlose Gleichsetzung von Art. 11 I und 2 II 2 kritisiert<sup>223</sup>.

Auf der Basis dieser Ansicht berührt das präventive Verbot des § 37a und der Einreisebescheid mit den Bedingungen den Schutzbereich der Einreisefreiheit des A gemäß Art. 11 I.

### **(δ) Literaturthese vom Verweilen für eine Übernachtung**

Ein dritter Teil der Lehre entwickelt auf der Basis der Definiti-

---

<sup>220</sup> Pieroth, JuS 1985, S. 81 ff, S.83

<sup>221</sup> M-D-Dürig, GG, Art. 11 Rz 37.

<sup>222</sup> M-D-Dürig, GG, Art. 11 Rz 92.

<sup>223</sup> AK-Rittstieg, GG, Art. 11 Rz 32.

on des BVerfG eine Definition des Aufenthaltsbegriffs, welche als Mindestdauer eine Übernachtung am Zielort verlangt<sup>224</sup>.

In diese begriffliche Basis soll auch der Zug Deutscher in das Bundesgebiet eingeordnet werden<sup>225</sup>.

Für diese Auffassung läßt sich die exakte, weitgehend überschneidungsfreie Abgrenzung des Art. 11 I und Art. 2 II 2 anführen, so daß das Problem anwendungskonkurrierender Grundrechte mit Schrankendivergenz begrenzt wird.

Gleichwohl erscheint das temporäre Kriterium der Übernachtung äußerst willkürlich<sup>226</sup>.

Wendet man diesen Maßstab an, berührt das präventive Verbot aus § 37a und die Einreisegenehmigung mit den Bedingungen den Schutzbereich der Freizügigkeit, da A mehrere Wochen in Köln bleiben möchte.

#### **(ε) These des Verweilen für hinreichende Zeit oder für wichtigen Zweck mit restriktiven Unterauffassungen**

Die vierte Lehrmeinung konkretisiert die Grunddefinition des BVerfG für die Aufenthaltskomponente, indem der aufenthaltspezifische freie Zug definiert wird als ein Abzug mit einer Ortsveränderung, um am Zielort entweder hinreichend lange zu verbleiben oder alternativ ein kurzes Verharren am Ziel zur Erreichung eines individuell besonders bedeutsames Zweck zu nutzen<sup>227</sup>, so daß eine Abgrenzung zu Art. 2 II 2 möglich wird. Für diesen Ansatz spricht, daß eine ausgewogene Kombination von örtlichen, temporären und finalen Aspekten stattfindet, ohne daß starre Ortsvorgaben wie ein interkommunaler Zug oder starre Zeitvorgaben benötigt werden, und daß dem Individuum keine gesellschaftspolitisch vorgegebene Zweckauswahl oktroyiert wird.

Ein Betreten des Bundesgebiets zur Begründung des so definierten Aufenthalts soll von Art. 11 I auch erfaßt werden, weil das zentrale Element des Aufenthaltswechsels das Ziel des Zu-

---

<sup>224</sup> Merten, Freizügigkeit, S. 44.

<sup>225</sup> Merten, Freizügigkeit, S. 87-90.

<sup>226</sup> Pieroth, JuS 1985, S. 81 ff, S.83.

<sup>227</sup> Pieroth, JuS 1985, S. 81 ff, S.83; P-S, Grundrechte, Rz 879.

ges sei, so daß der Wortlaut teleologisch auf jeden Zug in das Bundesgebiet zu erweitern sei<sup>228</sup>.

Diese Auffassung gelangt angesichts des anvisierten mehrwöchigen Aufenthalts des A in Köln grundsätzlich dazu, daß § 37a den Schutzbereich seiner Freizügigkeit aus Art. 11 I berührt.

Eine Splittergruppe verengt diese Begrifflichkeit so, daß zur noch effektiveren Abgrenzung zu Art. 2 II 2 und Art. 11 I „Bewegungen innerhalb des typischen Lebenskreises“ aus dem sachlichen Schutzbereich herausfallen sollen<sup>229</sup>.

Jedoch wird so ein unbestimmbares Kriterium herangezogen<sup>230</sup>, mit dem sowohl der alltägliche Weg zur Arbeit, zum Einkaufen aber auch Verwandtenbesuche dem Schutzbereich entzogen werden können. Danach erscheint es also sehr fraglich, ob sich A für den typischen Zweck eines Elternbesuchs auf Art. 11 I berufen kann.

Diese Restriktion ist jedoch nicht sinnvoll, da es vielmehr geboten erscheint, gerade alltägliche Ortswechsel besonders intensiv im Schutzbereich der Freizügigkeit zu verankern, weil diese für die individuelle Lebensgestaltung und das wirtschaftliche Überleben viel bedeutsamer sind als atypische Urlaubsreisen. Die Splitteransicht ist zu verneinen.

Eine weitere Unteransicht verengt die kombinierende vierte Auffassung in der Weise, daß ein Ortswechsel eine nach Zweck und Dauer relevante Tätigkeit voraussetzt, welche ein Bedürfnis gerade nach dem Schutz durch Art. 11 I erzwingt<sup>231</sup>. Diese Auslegung verwendet den zu definierenden Begriff Freizügigkeit [Definiendum] unachtsam gleichzeitig als Element der Definition [Definiens], so daß ein nichtssagender Zirkelschluß entsteht.

#### **(ϕ) Lehre der Negation der Einreisefreiheit aus Art. 11 I und Mitteilung des Bundesinnenministeriums**

Die fünfte Literaturansicht akzeptiert die Definition des

---

<sup>228</sup> Pieroth, JuS 1985, S. 81 ff., S.84; P-S, Grundrechte, Rz 883.

<sup>229</sup> HStR VI -Hailbronner, § 131 Rz 25; BoK-Randelzhofer, GG, Art. 11 Rz 29.

<sup>230</sup> Pieroth, JuS 1985, S. 81 ff, S.83

<sup>231</sup> Kunig, Jura 1990, S. 306 ff., S. 308.

BVerfG, widerspricht aber ausdrücklich der Erstreckung des Schutzbereichs von Art. 11 I auf die Einreise oder Einwanderung in das Bundesgebiet, um statt dessen die Staatsangehörigkeit heranzuziehen<sup>232</sup>. Diese Idee wurde bereits verworfen.

Aus einer alten Stellungnahme des Innenministeriums folgt, daß in strikter Orientierung am Wortlaut der „Freizügigkeit im Bundesgebiet“ die Einreise oder Einwanderung gar nicht vom Schutzbereich des Art. 11 erfaßt sein soll<sup>233</sup>.

### **(γ) Stellungnahme**

Die Wortlautinterpretation des Ministeriums könnte durch ein systematisches Argument gestützt werden, daß eine Unterordnung der Einwanderung (und per arg. a maiore ad minus auch der Einreise) unter den Regelungsgehalt der Freizügigkeit nach Art. 11 dem Art. 73 Nr. 3 widerspricht, weil dort die Gesetzgebungskompetenz der Einwanderung eigenständig neben derjenigen für die Freizügigkeit erwähnt wird:

Nur eine autonome Begrifflichkeit könnte der parallelen Gesetzgebungskompetenz einen Sinn geben.

Dieses Argument ist jedoch vordergründig, weil das Schwerkgewicht der Regelung des Art. 73 Nr.3 die Regelung der Einwanderung von Ausländern ist<sup>234</sup>.

Damit behält jene Norm auch bei einer Unterordnung der Einwanderung unter den Oberbegriff des Bürgerrechts der Freizügigkeit nach Art. 11 I ihren Sinn.

Die oben dargelegte historische Auslegung fördert ebenfalls die Einbeziehung der Einreise in den Schutzbereich.

Außerdem hat der parlamentarische Rat geäußert, daß die Schranke des Lebensgrundlage- und Gemeinlastvorbehalts nach Art. 11 II bewußt formuliert wurde, um eine befürchtete Einwanderungswelle aus der sowjetischen Zone in den Geltungsbereich des zukünftigen Grundgesetzes zu steuern.

Dies ergibt nur Sinn bei einer Unterordnung von Einwanderung und Einreise in den Schutzbereich der Freizügigkeit.

---

<sup>232</sup> Doehring, Staatsrecht, S.337.

<sup>233</sup> BAnZ Nr.120, 27.6.1950, S.5.

<sup>234</sup> Pieroth, Jus 1985, S. 81 ff., S.84.

Entscheidend für die Einbeziehung ist jedoch, daß das Aufsuchen des Staatsgebiets eine notwendige Bedingung für den Gebrauch aller Grundrechte ist, so daß an sich jedem Grundrecht, daß der Einreisende in Anspruch nehmen will, eine Einreisekomponente zukommt<sup>235</sup>. Da jedoch an die Einreise regelmäßig der freie Zug innerhalb Deutschlands an das eigentlich Ziel folgt, empfiehlt sich eine regelmäßige Einordnung in das Grundrecht der Freizügigkeit<sup>236</sup>.

Folglich berührt § 37a den Schutzbereich der Freizügigkeit des A gemäß der zweiten bis vierten Literaturansicht. Weil diese Ansichten zu demselben Ergebnis gelangen, ist eine weitere Streitentscheidung entbehrlich.

### **(bb) Eingriff**

Grundsätzlich bildet nach dem modernen Begriff jede staatliche Maßnahme einen Eingriff, welche dem Bürger ein Verhalten innerhalb des Schutzbereichs eines Grundrechts kausal verwehrt, sei diese final, unfinal, Rechtsakt oder Realakt, von unmittelbarer oder mittelbarer Wirkung mit hinreichender Intensität<sup>237</sup>.

Für Art. 11 wird speziell gefordert, daß die Beeinträchtigung des Schutzbereichs gerade zum Zweck einer Vereitelung des Erreichens bestimmter Aufenthaltsorte erfolgen soll<sup>238</sup>, so daß unfinale Maßnahmen „nur aus Anlaß einer Fortbewegung mit Zielbezug“ wie Verkehrsumleitungen nicht erreicht werden sollen.

Da sich der Regelungsgehalt des präventiven Verbots aus §37a absichtlich gegen die Einreise aus Seuchengebieten wendet, ist ein Eingriff in den Schutzbereich der Freizügigkeit des A vorhanden. Erst Recht bildet die Ermächtigungsgrundlage für einen Genehmigungsbescheid mit belastenden Bedingungen einen Eingriff in die Freizügigkeit des A.

### **(cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Der Eingriff durch das präventive Verbot und die Ermächti-

---

<sup>235</sup> s. A.V.1.b.c)(2)(a)(bb)(χ).

<sup>236</sup> s. A.V.1.b.c)(2)(a)(bb)(χ).

<sup>237</sup> BVerfGE 66, 39, 60; Bleckmann-Eckhoff, DVBl 1988, 373; P-S, Grundrechte, Rz 274.

<sup>238</sup> BVerwG, Buchholz 406.11 § 186 BBauG NR.2; Pieroth, Jus 1985, S. 81 ff., S.85.

gungsgrundlage für die Genehmigung mit Bedingungen ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, falls eine geschriebene oder ungeschriebene Schranke für die Freizügigkeit vorhanden ist und falls § 37a Ausdruck jener Schranke ist.

### **(α) Schranke des Art. 11 II**

Art. 11 II enthält unter anderem einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, welcher den Gesetzgeber ermächtigt die Freizügigkeit durch ein Gesetz mit dem Ziel Abwehr von Seuchengefahren zu begrenzen [„durch Gesetz“].

Eine Literaturauffassung definiert diesen Maßstab des Art. 11 II anhand der Definition des § 1 BSeuchG<sup>239</sup>. Dieses Vorgehen ist nicht statthaft, da der heutige parlamentarische Gesetzgeber im Gegensatz zur WRV keine Kompetenz hat, Verfassungsbegriffe durch Parlamentsgesetz verbindlich zu definieren.

Da das präventive Einreiseverbot aus § 37a I 1 laut Sachverhalt dem Zweck der Abwehr der Gefahr einer Verbreitung übertragbarer Krankheiten durch Unterbindung von „Importinfektionen“ dient, ist diese Anforderung des Art. 11 II erfüllt.

Weiterhin enthält Art. 11 II einen Vorbehalt, daß der Gesetzgeber Ermächtigungsgrundlagen für die Verwaltung schaffen kann, aufgrund derer die Verwaltung die Freizügigkeit zum Zweck der Abwehr von Seuchengefahren beschneiden kann [„aufgrund Gesetzes“].

Die Ermächtigungsgrundlage § 37a I 1.HS i.V.m. § 37a II 2-4 für Genehmigungsbescheide mit Bedingungen verfolgt gerade das Ziel der Abwehr von Seuchengefahren. Damit ist eine geschriebene Schranke der Freizügigkeit vorhanden.

### **(β) Schranken-Schranken**

§ 37a könnte jedoch gegen die Beschränkungen verstoßen, welche das Grundgesetz der Legislative auferlegt, damit diese die Schranken eines Grundrechts nicht zu einer unangemessenen Beeinträchtigung des Schutzbereichs verwendet.

### **(αα) Übermaßverbot**

§ 37a könnte gegen das Übermaßverbot verstoßen.

---

<sup>239</sup> Kunig, Jura 1990, S.306 ff., S.312.

Das dreigliedrige Übermaßverbot ist verletzt, falls eine beliebige Äußerung der Staatsgewalt kein zulässiges Ziel verfolgt, nicht geeignet ist zur Förderung eines zulässigen Ziels, nicht das verhältnismäßig mildeste Mittel zur effektiven Zielerreichung bildet [Zweck-Mittel-Relation, Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn, Erforderlichkeit] oder nicht verhältnismäßig im engeren Sinne ist [Ziel-Ergebnis-Relation]<sup>240</sup>.

Die Terminologie und verfassungsrechtliche Radizierung des Übermaßverbots aus dem Rechtsstaatsprinzip, den Grundrechten oder Art. 19 II wird überaus kontrovers beurteilt<sup>241</sup>, ohne daß daraus Auswirkungen für den Prüfungsmaßstab folgen.

### **(ααα) Zulässiges Ziel**

§ 37a verfolgt das globale Ziele der Vorbeugung einer Seuchenausbreitung im Bundesgebiet durch das Zwischenziel der Bekämpfung der Ausbreitung von Viren, die durch Virusträger eingeschleppt werden, welche aus Seuchengebieten eintreffen und sich noch in der Inkubationszeit befinden.

Bei der Beurteilung der politisch relevanten Ziele hat der Gesetzgeber regelmäßig weiten Entscheidungsspielraum<sup>242</sup>, so daß die Rechtsprechung nur bei evident mißbräuchlicher Zielsetzung korrigierend eingreifen darf.

§ 37a verstößt nicht gegen diesen extensiven Kontrollmaßstab.

### **(ßßß)Eignung zur Zielerreichung**

Das präventive Verbot für die Einreise aus Seuchengebieten ist geeignet, wenn es ein taugliches Mittel zur Zielerreichung bildet. Nach dem regelmäßig extensiven Kontrollmaßstab kann die Rechtsprechung nicht die Heranziehung des optimalen Mittels verlangen<sup>243</sup>.

§ 37a ist regelmäßig tauglich, um der Gefahr einer Ausbreitung einer Seuche im Bundesgebiet durch das Eintreffen latenter Virusträger vorzubeugen, selbst wenn vereinzelte Reisende

---

<sup>240</sup> BVerfGE 65, 1, 54; idem 67, 157, 173; idem 70, 278, 286.

<sup>241</sup> u.a. Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip Art. 20 III [BVerfGE 6, 389, 439; idem, 78, 249, 285]; aus Art. 19 II [Erichsen, Jura 1988, 387 ff.]; aus Grundrechten und Art. 20 III [BVerfGE 19, 342,347; idem, 76, 1, 50]; diverse Kombinationsauffassungen.

<sup>242</sup> BVerfGE 50, 290,332; idem 57,139,159; idem 62,1,50; J-P, GG, Art. 20 Rz 62.

<sup>243</sup> J-P, GG, Art. 20 Rz 59.

den taktischen Umweg über „harmlose Drittstaaten“ wählen sollten.

Eine Ermächtigungsgrundlage für eine Einreisegenehmigung mit der belastenden Bedingung Blutentnahme mit folgender kurzer Quarantäne bis zur Ergebnisauswertung ist ebenfalls tauglich zur Erreichung des Ziels des präventiven Verbots.

### **(xxx) Erforderlichkeit**

Es ist zweifelhaft, ob § 37a erforderlich ist. Eine Rechtsnorm ist erforderlich, falls gar kein milderes Mittel zur Verfügung steht zur Erreichung des Normzwecks oder falls ein eventuell vorhandenes milderes Mittel erheblich weniger geeignet ist zur Förderung des Normziels<sup>244</sup>.

Fraglich ist, ob anstelle des präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach § 37a zur geeigneten Abwehr der physischen Gefahr der Bevölkerung infolge der Einreise latenter Virusträger aus Seuchengebieten eine umfassende Aufklärungskampagne der Gesundheitsämter gegenüber den Bundesbürgern in Betracht kommt, welche in Seuchengebiete ausreisen wollen. Dieses Mittel ist aber viel weniger effektiv als § 37a, da eine solche Aufklärung nur Bundesbürger erreichen kann, welche vorübergehend in gegenwärtige Seuchenzonen einreisen wollen. Langfristig Ausreisende wie der Entwicklungshelfer wie A oder einreisewillige Ausländer ohne Visumzwang können gar nicht erreicht werden.

Als zweites milderes Mittel kommt eine normative Einreiseerlaubnis mit repressivem Verbotsvorbehalt in Betracht. Dieses polizeirechtliche Instrument ist aber nur dort geeignet, wo ein Verhalten im Regelfall keine konkreten Gefahren verursacht und im Ausnahmefall lediglich konkrete, Gefahren erzeugt, die nach dem Grad der Gefahr, der Wertigkeit der bedrohten Schutzgüter, der Intensität der drohenden Schutzgutsbeeinträchtigung und dem verbleibenden Zeitablauf bis zum Eintritt der Störung geringfügig sind im Vergleich zur Lebensperspektive der regionalen Bevölkerung<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> BVerfGE 53, 135, 145; idem 67,157,177; idem 68,193, 219; J-P, GG, Art. 20 Rz 60.

<sup>245</sup> D-W-V-M, § 26 1, S.443.



Im Seuchepolizeirecht könnte es sich völlig anders verhalten: Die Einreise einer Einzelperson ohne Impfbescheinigung aus einem Seuchengebiet kann grundsätzlich nur eine abstrakte Seuchengefahr auslösen.

Eine abstrakte Gefahr bezeichnet einen Zustand, indem aufgrund typischer, gerade nicht im Einzelfall feststehender oder untersuchter Umstände eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, daß das Schutzgut durch ein Verhalten eine Beeinträchtigung erfährt<sup>246</sup>.

Die Abstraktheit der Seuchengefahr folgt daraus, daß bei jeder beliebigen Einreise aus dem Seuchengebiet gerade nicht wegen im Einzelfall feststehender oder behördlich untersuchter Umstände eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, daß das Schutzgut Volksgesundheit durch die Einschleppung von Viren in naher Zukunft eine Beeinträchtigung erfährt.

Diese abstrakte Gefahr hat äußerst bedrohliche Züge:

Das Schutzgut Physis ganzer Bevölkerungsgruppen ist äußerst hochwertig, der Gefährdungsgrund bei konkreter Realisierung der typischen Gefahr im Einzelfall ist extrem hoch, der drohende Schaden an der Physis der Bevölkerung ist bei den von der Rechtsverordnung erfaßbaren Epidemien<sup>247</sup> extrem groß und der typische Zeitraum bis zur Schadensrealisierung ist äußerst gering.

Daher ist diese Situation nicht mit der Interessenlage vergleichbar, welche für Erlaubnisse mit Verbotsvorbehalt angezeigt ist.

Deswegen bietet sich ein präventives Verbot der Einreise an, daß dem Staat die Möglichkeit zur vorbeugenden Kontrolle vor der Einreise in das Bundesgebiet einräumt, ob das begehrte Einreiseverhalten im konkreten Einzelfall eine Gefahr für die Volksgesundheit verursacht oder nicht.

Jedes präventive normative Verbot im sachlichen Schutzbereich von Grundrechten greift selbst bereits in den Schutzbereich der Grundrechte des Bürgers ein<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> v. Mutius, Jura 1986, S.649 ff., S.655 und 656.

<sup>247</sup> s. A.V.1.b.c)(1)(b).

<sup>248</sup> Schachel, Jura 1981, S. 449 ff., S.457.

Aus der Berührung der Grundrechtssphäre des Art. 11 I folgt dabei zwingend, daß eine Norm zur präventiven Begrenzung der Freizügigkeit nur so interpretiert werden darf, daß die Freizügigkeit lediglich für den Zeitraum eines effektiven Verwaltungsverfahrens generell-abstrakt eingeschränkt wird<sup>249</sup>, und daß der Bürger ein subjektives öffentliches Recht auf Erteilung der Einreisegenehmigung hat, wenn sich im Einzelfall ergibt, daß keine Gefahr im Sinne des Sonderordnungsrechts vorhanden ist<sup>250</sup>.

Dieser Gedanke gilt entsprechend für einen Anspruch auf Genehmigungserteilung ohne jede oder mit weniger belastenden Nebenbestimmungen.

Folglich scheidet eine normative Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt als mildere Variante aus, da die Effektivität der Seuchenabwehr nicht sichergestellt werden kann, wenn die Behörde nur einzelnen Reisenden ohne Impfbescheinigung aus der gesamten Gruppe Verbotsverfügungen auferlegt.

Damit ist das präventive Verbot aus § 37a, welches eine einheitliche Vorabkontrolle gestattet, als solches erforderlich.

Als drittes milderes Mittel kommt ein normatives präventives Verbot der Einreise aus Seuchengebieten mit einem Erlaubnisvorbehalt in Betracht, bei dem ein Seuchenansteckungsverdacht im Sinne von § 2 Nr.3 nicht fingiert wird gemäß § 37a II 1, sondern erst durch ein Verwaltungsverfahren nach § 9 HessVwVfG im Einzelfall ermittelt wird.

Dafür spricht das polizeirechtliche Prinzip, daß Gefahrenabwehrverwaltungsakte grundsätzlich eine konkrete Gefahr für das Schutzgut voraussetzen<sup>251</sup>, was selbst im extrem bedeutsamen Gesundheitspolizeirecht Geltung hat.

Eine konkrete Gefahr bezeichnet einen Zustand, in dem aufgrund tatsächlicher Umstände im Einzelfall eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung eines Rechtsguts in naher Zukunft besteht<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> BVerfGE 2, 266, 274 f. und 279: zu § 1 I 2 Notaufnahmegesetz.

<sup>250</sup> BVerfGE 2, 266, 279 zu § 1 I 2 Notaufnahmegesetz; D-W-V-M, § 26 I. S. 444.

<sup>251</sup> v.Mutius, Jura 1986, S.649 ff., S.656.

<sup>252</sup> BVerwGE 28, 310, 315; idem, 45, 51, 57; idem, 62, 36, 38; D-W-V-M, § 13 I. S.220; v.Mutius, Jura 1986, S.649 ff., S.655 und 656.

Eine konkrete Gefahr für die Volksgesundheit folgt aus dem abstrakt gefährlichen Aufenthalt einer Person im Seuchengebiet und die Einreise in das Bundesgebiet jedoch erst dann, wenn ein Behördenvertreter durch ausführliche Sachverhaltsermittlungen und Befragungen am Flughafen zu dem Schluß gelangt, daß das Verhalten des Einreiseinteressenten im Seuchengebiet tatsächliche Anhaltspunkte dafür bietet, daß eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Virusübertragung auf gerade diesen Einreiseinteressenten vorhanden ist, so daß dieser während des Aufenthalts in Deutschland ansteckungsverdächtig ist im Sinne von § 2 Nr.3.

Die ausdrückliche Fiktion des Ansteckungsverdachts aus § 37a II 1 erscheint auf den ersten Blick als willkürliche obrigkeitliche Begrenzung der Interessen der Einreisewilligen.

Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch ein anderes Bild: Ein Verwaltungsverfahren auf dem Flughafen würde den komplexen Vorgang einer Erforschung eines konkreten Ansteckungsverdachts nur durch ausführliche Ermittlungen besonders fachkompetenter Amtswalter leisten können, da sich effektive Seuchenbekämpfung nicht auf ein Massenverfahren mit Behördenfragebögen zum Ankreuzen reduzieren läßt, zumal jeder an den Antragsteller überreichte Fragebogen selbst zum Virusträger werden kann.

Außerdem würde ein zeitintensives Ermittlungsverfahren die Amtsträger stark gefährden.

Letztlich würde trotz intensiver Prüfung ein erhebliches Beurteilungsrisiko verbleiben.

Wegen der beschriebenen Verfahrensdauer wird sich bei lebensnaher Sachverhaltsinterpretation angesichts des heute unabdingbaren, umfangreichen Reiseverkehrs rasch eine Warteschlange von Einreiseinteressenten aus Seuchengebieten ohne Impfbescheinigung bilden, so daß die Gesundheitsbehörde Warteräume auf dem Flughafengelände bereithalten muß.

Diese Wartezonen müßten selbst Isolierstationen sein, da ein Wartesaal im Hinblick auf Seuchenbekämpfung äußerst kontraproduktiv und damit im Hinblick staatliche Schutzpflicht

gegenüber der Gesundheit der wartenden Menschen nach Art. 2 II 1 unverantwortlich wäre.

Daraus läßt sich ableiten, daß infolge der ersten isolierten Wartezeit, der anschließenden Blutentnahme mit einer zweiten Isolation die Dauer Absonderung häufig höher wäre als durch die in § 37a II 1 gewählte Regelung einer Fiktion des Ansteckungsverdachts mit einem äußerst einfachen Verwaltungsverfahren.

Darüber hinaus würde jene Alternativlösung dazu führen, daß gerade bei Beginn einer Epidemie im Ausland bald viele nicht geimpfte Einreiseinteressenten erscheinen, die angesichts der vorhersehbaren Wartezeit in der Isolation - zumindest bei Pocken mit kurzer Latenzzeit - die gesamte Inkubationszeit in der Phase der Warte-Absonderung bis zur Einleitung des Verwaltungsverfahrens verbringen müßten.

Deswegen würde in letzter Konsequenz am Beispiel der Pocken eine pauschale Absonderungszeit von zehn Tagen für viele Interessenten entstehen, die ersichtlich härter wäre als die Lösung des § 37a II 1.

Der nicht abzuleugnende Nachteil der generell abstrakten Fiktion des Ansteckungsverdachts nach § 37a II 1 besteht darin, daß ein atypisches besonders umsichtiges Verhalten im Seuchengebiet, wie es gerade seuchenmedizinisch kompetente Entwicklungshelfer ausführen könnten, in einer Rechtsnorm nicht effektiv als prämierender Faktor berücksichtigt werden kann.

Dieser einzelfallbezogene Nachteil der Fiktion wiegt jedoch im Vergleich mit den oben beschriebenen nachteilhaften Folgen ausführlicher Verwaltungsverfahren viel weniger schwer.

Außerdem könnte für die Gefahrenabwehrbehörde im Einzelfall die Möglichkeit bestehen, kraft des potentiell auch für die gebundene Verwaltung vorrangig geltenden Übermaßverbots eine im Einzelfall besonders belastende durch eine individuell mildere Bedingung zu ersetzen.

Folglich ist das präventive Verbot der Einreise auch mit der Fiktion des Ansteckungsverdachts aus § 37a II 1, 2 Nr.3 erforderlich.

Als vierte mildere Möglichkeit gegenüber § 37a könnte jedoch in Betracht kommen, ein präventives Verbot der Einreise mit einer Fiktion des Ansteckungsverdachts zu normieren, welches die Behörde lediglich ermächtigt, die Einreisegenehmigung mit belastenden Auflagen oder mit der belastenden Bedingung einer Quarantäne für die gesamte Seuchenlatenzzeit zu versehen, damit die Untersuchung verzichtbar wird.

Gegen den Erlaß einer Einreisegenehmigung mit einer Auflage als milderes Mittel spricht einerseits die geringere Effizienz des Instruments Auflage für die Gefahrenabwehr, weil der Adressat sofort eine innerlich rechtswirksame Einreisegenehmigung erhalten würde, während die Behörde häufig auf die Vollziehung der Auflage mit unmittelbarem Zwang drängen müßte, wobei letzten Endes die Vollziehung von Untersuchungsaufgaben nicht milder wäre als eine zumindest äußerlich freiwillige Herbeiführung von Potestativbedingungen durch den Genehmigungsadressaten, weil der Einreiseinteressent die Wahl hat, die Genehmigung innerlich rechtswirksam zu machen oder alternativ eine freie Rückreise anzutreten.

Damit sind Auflagen keine mildere Alternative.

Eine Normierung von Bedingungen mit einer Absonderung für die gesamte Latenzzeit der Seuche ist für den Gesetzgeber nicht akzeptabel, weil für ihn durch Umkehrschluß aus Art. 19 I 1 grundsätzlich ein generalisierend, abstrahierender Maßstab gilt, so daß er sich am Gros der potentiellen Einreiseinteressenten aus Seuchengebieten ohne Impfbescheinigung orientieren muß.

Der größte Teil der Interessenten wird eine Bedingung der Blutentnahme mit maximal 48 Stunden Absonderung bevorzugen gegenüber einer bloßen Quarantänebedingung für die gesamte Inkubationszeit.

Dies gilt um so mehr, als daß die Latenzzeit vieler Seuchen viel länger ist als diejenige von Pocken. Außerdem hat der für den abstrahierenden Normgeber relevante typische Normadressat ein erhebliches Eigeninteresse an der unverzüglichen Ausräumung eines Ansteckungsverdachts, damit beim Positivbefund sofort eine Heilbehandlung erfolgen kann.

Daher ist § 37a als präventives Verbot mit der Ermächtigungsgrundlage für eine Einreisegenehmigung für die belastenden Bedingungen Untersuchung mit Quarantäne verhältnismäßig im weiteren Sinn.

### **(δδδ) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn**

Fraglich ist, ob § 37a ein angemessenes Instrument zur Erreichung des Gesundheitsschutzes ist.

Eine Norm ist verhältnismäßig im engeren Sinn, sofern sich die Vorteile aus der Förderung des Normzwecks proportional verhalten zu den Nachteilen, welche die Normanwendung verursacht<sup>253</sup>.

§ 37a ist damit verhältnismäßig i.e.S., sofern die angestrebte Förderung des Normzwecks des Schutzes der Physis ganzer Bevölkerungsgruppen nicht außer Verhältnis steht zu den aus der Norm folgenden Nachteilen für die Adressaten.

Nach dem für den Gesetzgeber relevanten generell-abstrakten Maßstab ist das Schutzgut Volksgesundheit vor übertragbaren Krankheiten isoliert hochwertiger als die Grundrechte des einzelnen Einreiseinteressenten aus dem Seuchengebiet ohne Impfbescheinigung.

Eine fundamentalistische Auffassung verneint jede weitere Güterabwägung zwischen der seuchenspezifischen Gefahrenabwehr und den Grundrechten der Adressaten der seuchenpolizeilichen Maßnahmen<sup>254</sup>.

Die Gegenauffassung möchte auch für seuchenspezifische Gefahrenabwehr umfassend die Relation zwischen Zielförderung und nachteilhaften Ergebnissen untersuchen:

Selbst der so hochstehende Schutz der Gesundheitsschutz ganzer Bevölkerungsgruppen bildet im normativen Gefüge des Grundgesetzes keine absolut herausragende Größe, die keinerlei Abwägung oder Einschränkung erfahren darf<sup>255</sup>.

Die Richtigkeit dieser Idee belegt der Vergleich zum Straßenverkehr: Bestünde ein absolutes verfassungsrechtliches Gebot

---

<sup>253</sup> BVerGE 67,157,173; idem, 76,1,51; idem, 83,1,19; J-P, GG, Art. 20 Rz 61.

<sup>254</sup> Gallwas, Aids-Forschung, 1986, S.31 ff., S.32: Abqualifikation der Interessen des Störers als gesundheitspolitische Erwägung - zitiert nach Seewald, NJW 1987,S.2265 ff.,S.2271 Fn.96

<sup>255</sup> Seewald, NJW 1987, S. 2265 ff., S. 2271.

zum Schutz der Volksgesundheit, so müßte der Gesetzgeber jeden Straßenverkehr mit Geschwindigkeiten verbieten, die letale Konsequenzen nach sich ziehen können.

Daher muß auch dieses epidemiespezifische Gefahrenabwehr normativ zurückstehen, falls sich die Förderung des anvisierten hochwertigen Ziels nicht proportional verhält zu den Grundrechtseingriffen bei den Störern.

Für den typischen Normadressaten, der aus einem Seuchengebiet ohne Impfbescheinigung einreist, wird die Erduldung der Blutentnahme mit einer kurzen Quarantäne zwar lästig, aber nicht unzumutbar sein, zumal er vor der nächsten hypothetischen Einreise den Weg der milderen Impfung wählen wird, die damit zugleich zu einem Mosaikstein zur Seuchenbekämpfung in der Seuchenzone wird. Daher ist § 37a verhältnismäßig im engeren Sinn.

### **(εεε) Ergebnis**

§ 37a verstößt folglich nicht gegen das Übermaßverbot.

### **(ββ) Verbot des Einzelfallgesetzes und Zitiergebot Art. 19 I 1**

§ 37a steht als generell abstrakte Regelung nicht in Widerspruch zu Art. 19 I 1. Das Zitiergebot aus Art. 19 I 2 wird beachtet gemäß § 37a III.

### **(χχ) Wesensgehaltsgarantie 19 II**

§ 37a könnte gegen die Wesensgehaltsgarantie der Freizügigkeit nach Art. 19 II verstoßen. Die Theorie des absoluten Wesensgehalts nimmt einen Eingriff in den Wesenskern eines Grundrechts an, wenn ein staatliches Verhalten dazu führt, daß eine für jedes Grundrecht isoliert zu bestimmende Mindestgarantie beeinträchtigt<sup>256</sup>.

Die relative Theorie nimmt einen Verstoß an, falls das staatliche Verhalten im Einzelfall unter Abwägung sämtlicher rechtlich relevanter Interessen der beteiligten Personen ein Grundrecht so weit beschneidet, daß jenem die Mindestfunktion für den konkreten Lebenssachverhalt aberkannt wird<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Stein, Staatsrecht, § 19 III.

<sup>257</sup> M-D-Maunz, GG, Art. 19 II Rz 16.

Die Rechtsprechung läßt offen, ob Art. 19 II dem individuellen Grundrechtsträger einen Mindestumfang jeder Gewährleistung sichere oder ob Art. 19 II nur bedeute, daß der Staat nicht großen Bevölkerungsgruppen den grundrechtlichen Schutz entziehen dürfe<sup>258</sup>.

Dies nimmt eine dritte Literaturansicht zum Anlaß, für jedes Grundrecht gesondert die Aussagekraft des Art. 19 II zu bestimmen, indem zunächst eine individuelle Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 II vermutet wird<sup>259</sup>, die aber bei Gegenaspekten zu einer kollektiven Gewährung absinken soll.

Eine Streitentscheidung ist entbehrlich, zumal die Ausführungen zum Übermaßverbot ergeben haben, daß das präventive Einreiseverbot nur die Basis für eine rasche Durchführung des Verwaltungsverfahrens vor der Einreise bieten soll und ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung erwächst, wobei hilfsweise sogar der Erlaß von im Einzelfall mildernden Nebenbestimmungen gefordert werden kann. Art. 19 II ist nicht verletzt.

#### **(δδ) Rechtsweggarantie**

Die Rechtsweggarantie aus Art. 19 IV wird durch § 37a nicht verletzt, da die Norm den Bürger nicht daran hindert, gegen das gesamte präventive Verbot ab dem Erlaß jeder neuen Seuchengebietsverordnung Rechtsbehelfe einzulegen oder gegen Bescheide vorzugehen. Nur eine „Abweisung kurzer Hand“ mit sofortiger Abschiebung verstieße gegen Art. 19 IV.

#### **(εε) Ergebnis**

§ 37a verletzt A nicht in seinem Grundrecht auf Freizügigkeit in das Bundesgebiet und auf Weiterreise nach Köln.

#### **(e) Freiheit der Familie gemäß Art. 6 I Var.2**

Ferner könnte das präventive Verbot mit dem Erlaubnisvorbehalt für die Einreisegenehmigung mit belastenden Bedingungen A in seinem Abwehrrecht der Familienfreiheit nach Art. 6 I Var.2 verletzen.

---

<sup>258</sup> BVerfGE 2, 266, 285.

<sup>259</sup> P-S, Grundrechte, Rz 348; v.Münch-Krebs, GG I, Art. 19 Rz 22.



### **(aa) Schutzbereich**

A ist Träger des Menschenrechts aus Art. 6 I Var.2. Diese Norm enthält neben der umstrittenen Institutsgarantie<sup>260</sup> das Grundrecht der Freiheit der Familie<sup>261</sup>: Dies bezeichnet das Recht, eine Familie zu gründen und das Zusammenleben der Familie zu gestalten<sup>262</sup>. Zur Gestaltung des Familienlebens gehört die Wahl des Lebensmittelpunkts der Familie, so daß die Festlegung des Ortes einer Zusammenkunft geschützt wird. Es ist jedoch umstritten, welcher Kreis zwischenmenschlicher Kontakte eine Familie nach Art. 6 I Var.2 bilden soll.

### **(α) Lehre von der modernen Kleinfamilie mit Erziehungsfunktion**

Eine Auffassung reduziert die Familie im Sinne von Art. 6 I Var.2 auf die moderne Kleinfamilie aus Eltern- und Kindergeneration in bewußter Abkehr von der patriarchalischen Großfamilie oder zu einem Verständnis, nach dem die Freiheit der Familie nur akzessorisch zur Ehefreiheit war, da die Ehe regelmäßig zu Kindern führte und Kinder außerhalb der Ehe sozial geächtete Ausnahmefälle waren. Hiernach soll als Familie im Regelfall die Erziehungs- und Beistandsgemeinschaft der Eltern mit ihren minderjährigen Kindern geschützt werden<sup>263</sup>. Demzufolge kann sich der volljährige A für den Verwandtenbesuch regelmäßig nicht auf die Familienfreiheit berufen.

### **(β) Rechtsprechung**

Eine zweite Auffassung emanzipiert die Betreuungsfunktion der Kleinfamilie von der Erziehungsfunktion für minderjährige Kinder, weil die Eltern-Kind-Beziehung eine von Art. 6 I Var.2 zu schützende lebenslange Funktion zur emotionalen Stabilisierung in Krisensituationen bewirken soll<sup>264</sup>.

In dogmatisch angreifbarer Weise soll jedoch schon auf der Ebene des Schutzbereichs differenziert werden, ob ein Personenverhältnis die Elemente Erziehung und Betreuung (mit

---

<sup>260</sup> dafür: BVerfGE 6, 55, 72; idem, 10, 59, 66; P-S, Grundrechte Rz 747; kritisch: Friauf, NJW 1986, S.2595 ff., S.2600.

<sup>261</sup> BVerfGE 6, 388; Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art. 6 Rz 4.

<sup>262</sup> P-S, Grundrechte, Rz 727.

<sup>263</sup> v.Münch-v.Münch, GG I, Art. 6 Rz 7.

<sup>264</sup> BVerfGE 57, 170, 176; BVerwG DVBl 1983, S.460.

Hausgemeinschaft) aufweist, eine räumlich getrennte Betreuungsgemeinschaft oder eine bloßen Begegnungsgemeinschaft bildet<sup>265</sup>.

Vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit erscheint es nicht überzeugend, den Schutzbereich anhand von derart wertausfüllungsbedürftigen Kriterien zu definieren.

Beläßt man es bei der Basis der Rechtsprechung, erscheint es zumindest zweifelhaft, ob sich A auf den Schutzbereich des Art. 6 berufen kann, weil er seine Eltern 10 Jahre nicht besucht hat, sich kulturell weit von seinem europäischen Vorbild gelöst hat und weil er keinen Betreuungszweck für seinen Besuch in Köln vorträgt.

### **(γ) Moderne Kleinfamilie mit Beistandsfunktion bis zur Heirat des Kindes**

Eine Literaturansicht folgt der Rechtsprechung insoweit, daß eine Gemeinschaft ohne Erziehungsfunktion und ohne Hausgemeinschaft erfaßt werden soll. Die Beistandsfunktion wird jedoch zeitlich begrenzt bis zur Heirat des Kindes, weil es mit der Eheschließung die Gründung einer neuen Familie beginnt<sup>266</sup>, so daß es in bezug auf die Betreuungsfunktion aus der alten Familie ausscheide.

Demnach kann sich der verheiratete A nicht auf Art. 6 I berufen, wobei eine wischnuitisch begründete Ehe aus Gründen des ordre publique auch in Deutschland anzuerkennen ist.

### **(bb) Stellungnahme**

Für die letztgenannte Auffassung spricht, daß nach der Ratio des Art. 6 I Var.2 die Freiheit der Familie stets nur das primäre persönliche Netzwerk zur emotionalen Stabilisierung meinen kann, um Art. 6 I Var.2 nicht konturenlos auf sämtliche Freundschaften und Großfamilien auszudehnen. Die Eheschließung (und eventuell eine nichteheliche Lebensgemeinschaft) löst jedoch die alte Familie als primäre Betreuungsgemeinschaft ab. Deshalb ist eine Berührung des Schutzbereichs von Art. 6 I Var.2 ausgeschlossen.

---

<sup>265</sup> BVerfGE 80, 81, 90.

<sup>266</sup> M-D-Maunz, Art. 6 Rz 16.

## **(f) Ergebnis**

§ 37a verletzt grundsätzlich kein subjektives öffentliches Recht des A auf Einreise in das Bundesgebiet.

### **(3) Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts des A auf Unterlassung einer normativen Verbindung von Einreise und Blutentnahme**

#### **(a) Körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 Var.2**

§ 37a könnte als präventives Verbot und als Ermächtigungsgrundlage für Einreisegenehmigungen mit belastenden Suspensivbedingungen den A in seinem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit verletzen gemäß Art. 2 II 1 Var.2.

#### **(aa) Schutzbereich**

A ist Träger des vorstaatlichen Naturrechts<sup>267</sup> auf körperliche Unversehrtheit, wie es von Art. 2 II 1 Var.2 vorausgesetzt wird. Fraglich ist, ob eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Genehmigungsbescheids, auf den der Bürger einen Anspruch<sup>268</sup> hat gemäß Art. 11 I, aufgrund der Vorgabe einer Suspensivbedingung einer ärztlichen Blutentnahme den Schutzbereich des Art. 2 II 1 Var.2 berühren kann.

#### **(α) Definition mit Restriktion**

Das BVerfG definiert die körperliche Unversehrtheit in restriktiver Abgrenzung von der Gesundheitsdefinition der Satzung der WHO von 1946, welche auch rein seelische Beeinträchtigungen erfassen möchte, als biologisch-physiologische Gesundheit<sup>269</sup>.

Darunter wird man den Schutz der körperlichen Integrität, des gegenwärtigen Zustands der körperlichen Funktionen vor Beeinträchtigungen sowie der Psyche vor gewichtigen seelischen Beeinträchtigungen verstehen können, welche mit einer physischen Verletzung einhergehen. Das BVerfG und ein Teil der Literatur möchte jedoch solche Beeinträchtigungen aus dem Schutzbereich verweisen, welche geringfügig und zumutbar

---

<sup>267</sup> Die Naturrechtslehre billigt ethischen Normen mit einem äußerst hohen Gerechtigkeitsgehalt unabhängig von einer Normierung Rechtsverbindlichkeit zu, wobei diese vorstaatlichen Rechte auch nach Abschluß des fiktiven Gesellschaftsvertrags fortbestehen sollen.

<sup>268</sup> A.V.1.b.c)(2)(d)(cc)(ß)(γγγ).

<sup>269</sup> BVerfGE 46,54,73.

erscheinen, und rechnet hierzu eine amtsärztliche Blutentnahme<sup>270</sup>.

Daß eine geringe Beeinträchtigung gar keine Beeinträchtigung sein soll, ist formal unlogisch.

Außerdem verhindert diese These eine klare Dogmatik des Grundrechtsschutzbereichs, die den Schutzbereich möglichst exakt definiert und die Zumutbarkeit auf Rechtfertigungsebene untersucht<sup>271</sup>.

Darüber hinaus erscheint die Einordnung einer Blutentnahme keineswegs so alltäglich, das man den Grundrechtsschutz versagen dürfte<sup>272</sup>.

Wenn aber nach dieser Auffassung eine Blutentnahme durch die Behörde keinen Eingriff bilden soll, so kann erst Recht die Ermächtigungsgrundlage für eine Genehmigung mit einer nicht durch Zwang durchsetzbaren Bedingung einer Blutentnahme keinen Eingriff bilden.

### **(ß) Definition ohne Restriktion**

Ein Teil der Literatur definiert die körperliche Unversehrtheit im Sinne von Art 2 II 1 Var.2 dreigliedrig als biologisch-physiologische Gesundheit [körperliche Integrität und Normalität der körperlichen Funktionen], als rein psychische Freiheit von Schmerzen und als Schutz der reinen körperlichen Integrität<sup>273</sup>. Eine Bagatellschwelle auf Ebene des Schutzbereichs wird abgelehnt und die Blutentnahme ausdrücklich erwähnt<sup>274</sup>.

Nach diesem Begriff bilden Blutproben Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität durch den Stich, den Substanzverlust und durch die geringfügige Schmerzzufügung.

### **(γ) Stellungnahme**

Die Literaturauffassung ohne Restriktion auf der Schutzbereichsebene ist vorzugswürdig, weil die exakte Schutzbe-

---

<sup>270</sup> BVerfGE 17, 108, 115; HStR-VI-Lorenz, § 128 Rz 1; Bleckmann, Grundrechte, § 23 Rz 15.

<sup>271</sup> Dreier-Schulze-Fielitz, GG, Art. 2 Rz 31.

<sup>272</sup> P-S, Grundrechte, Rz 455.

<sup>273</sup> Dreier-Schulze-Fielitz, GG, Art. 2 Rz 18; v.Münch-Kunig, GG I, Art. 2 Rz 62; ähnlich M-D-Dürig, GG, Art. 2 II Rz 29.

<sup>274</sup> Dreier-Schulze-Fielitz, GG, Art. 2 Rz 22; v.Münch-Kunig, GG I, 2.Auflage, Art. 2 Rz 62.

reichsdefinition dem Prinzip der optimierenden Auslegung der Grundrechte Rechnung trägt, so daß diese maximale Wirkungskraft entfalten können.

Zudem gewährleistet sie eine „Rationalisierung“ der Gesetzgebung, weil die Legislative zu einer vorausschauenden Güterabwägung gezwungen wird<sup>275</sup>.

Der entscheidende Vorteil ist, daß nur diese Auffassung dem Selbstbestimmungsrecht des Bürgers Rechnung trägt:

Dies bestätigt der Vergleich zur hoch entwickelten strafrechtlichen Dogmatik, welche den ärztlichen Heileingriff als Maßnahme zur Gesundheitsförderung mit Heiltendenz bei Indikation und lege artis Ausführung unabhängig vom Behandlungserfolg als tatbestandmäßige Körperverletzung im Sinne von § 223 StGB einordnet<sup>276</sup>, damit der Bürger durch das erforderliche Institut der rechtfertigenden Einwilligung vor aufgedrängter Behandlung durch den Arzt geschützt wird.

Obgleich die Zielrichtung von § 223 StGB und Art. 2 II 1 Var.2 im Regelfall unterschiedlich und höchstens im Ausnahmefall des § 340 StGB mit anschließendem Amtshaftungsprozeß synchron verläuft, wird man zum Schutz des Bürger annehmen dürfen, daß eine seuchenpolizeilich vorgesehene Blutprobe die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 II 1 Var.2 berührt, zumal diese nicht dem Wohl des Störers dient, sondern ausschließlich der Gefahrenabwehr.

Dies folgt aus einem Umkehrschluß zu § 34 I 3<sup>277</sup>. Daher berührt § 37a den Schutzbereich der körperlichen Unversehrtheit des A.

### **(bb) Eingriff**

Fraglich ist indes, ob die Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß der Genehmigung mit einer Untersuchungsbedingung einen Eingriff in Art. 2 II 1 Var.2 bildet. Die Einordnung des Blutentnahmevorbehalts als Bedingung bewirkt, daß die Verwaltung aus § 37a keine Handhabe erhält, um eine Untersuchung anzuordnen und durch unmittelbaren Zwang durchzu-

---

<sup>275</sup> Dreier-Schulze-Fielitz, GG, Art. 2 Rz 31.

<sup>276</sup> BGHSt 11, 111.

<sup>277</sup> Seewald, NJW 1987, S.2265 ff., S.2269.

setzen. Damit scheidet ein Eingriff nach der klassischen Eingriffsdefinition<sup>278</sup> aus.

### **(α) Negation eines mittelbaren Eingriffs**

In der Tat verneint eine Auffassung einen Eingriff in die körperliche Integrität, falls normative Vergünstigungen an Untersuchungen geknüpft werden<sup>279</sup>.

Vordergründig kann man einen mittelbaren Eingriff in Art. 2 II 1 Var.2 ablehnen mit dem Argument der rechtfertigenden Einwilligung, weil schließlich eine Zustimmung des Einreiseinteressenten vor dem Beginn der Untersuchungsmaßnahme stehen könnte.

### **(β) mittelbarer Eingriff**

Auf der Basis des modernen Eingriffsbegriffs<sup>280</sup> ist jedoch ein mittelbarer Eingriff in Art. 2 II 1 Var.2 anerkannt, wenn der Gesetzgeber die Vergabe von Begünstigungen von körperlichen Untersuchungsmaßnahmen abhängig macht<sup>281</sup>.

### **(γ) Stellungnahme**

Gegen die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs zwischen Ermächtigungsgrundlage und einer Untersuchungsbedingung spricht, daß der Normgeber final zum Zweck der Seuchenbekämpfung das Verfassungsrecht auf Einreise aus Art. 11 I an die körperliche Untersuchung für nicht geimpfte Einreiseinteressenten gebunden hat, wobei für den Gesetzgeber klar erkennbar ist, daß objektiv ein erheblicher Motivationsdruck auf die Einreiseinteressenten zur Erduldung der Untersuchung besteht, weil diese schließlich die Besuchsziele in Deutschland erreichen wollen und sinnlose Reiseaufwendungen vermeiden wollen.

Daher kann nicht von einer freiwilligen Einwilligung gesprochen werden, so daß § 37a als präventives Verbot und als Ermächtigungsgrundlage für einen VA mit belastender Untersuchungsbedingung in das Grundrecht des A auf körperliche

---

<sup>278</sup> B.V.1.a.

<sup>279</sup> VGH Mannheim, DÖV 1979, S.338.

<sup>280</sup> s. B.V.1.a.

<sup>281</sup> Dreier-Schulze-Fielitz, GG, Art. 2 Rz 22; M-D-Dürig, GG, Art. 2 II Rz 38.

Unversehrtheit eingreift.

## **(cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

### **(α) Schranken**

Art. 2 II 3 bildet eine Schranke, welche den Gesetzgeber zum Eingriff in die körperlicher Unversehrtheit ermächtigt. Es ist umstritten, ob Art. 2 II 3 i.V.m. Art. 2 II 1 Var.2 einen Parlamentsvorbehalt enthalten soll.

Eine Auffassung nimmt einen Parlamentsvorbehalt an mit dem Argument, daß Art. 2 II 3 auch Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das Leben ermögliche. Derartige Eingriffsnormen unterfallen unstreitig dem Parlamentsvorbehalt. Es sei nun widersinnig, dieselbe Schranke Art. 2 II 3 einmal Delegationsvorbehalt und ein anderes Mal als Parlamentsvorbehalt zu verstehen<sup>282</sup>.

Die Gegenauffassung interpretiert Art. 2 II 3 i.V.m. 2 II 1 Var.2 so, daß grundsätzlich auch Rechtsverordnungen als Eingriffsgrundlagen ausreichen, wenn nicht ausnahmsweise nach allgemeinen Grundsätzen der Wesentlichkeitstheorie ein Parlamentsvorbehalt geboten sei<sup>283</sup>.

Eine vermittelnde Auffassung folgt regelmäßig der zweiten Ansicht, verlangt jedoch für mittelbare Eingriffe eine parlamentarische Ermächtigungsgrundlage<sup>284</sup>.

Da § 37a als präventives Verbot und Ermächtigungsgrundlage partiell auf die Seuchengebietsverordnung rekurriert und einen mittelbaren Eingriff in Art. 2 II 1 Var.2 statuiert, ist eine Streitentscheidung erforderlich.

Für die zweite Auffassung streitet zunächst der Wortlaut des Art. 2 II 3 „aufgrund eines Gesetzes“.

Ebenfalls läßt sich durch einen Umkehrschluß zu Art. 2 II 2 und Satz 3, 104 I belegen, das zumindest Eingriffe in die Unversehrtheit aufgrund eines Gesetzes möglich sein sollen, da Art. 104 I sonst überflüssig wäre.

---

<sup>282</sup> VGH Mannheim, DÖV 1979, S.338; Dreier-Schulze-Fielitz, GG, Art. 2 Rz 34; v.München-Kunig, GG I, Art. 2 Rz 82, 80,81.

<sup>283</sup> v.Olshausen, DÖV 1979, S.340, 341.

<sup>284</sup> J-P, GG, Art. 2 Rz 54; P-S, Grundrechte, Rz 456 und 471.

Entscheidend ist, daß auch der Eingriff aufgrund eines Gesetzes ein verfassungsmäßiges Delegationsgesetz aus Art. 80 I voraussetzt, so daß aufgrund der Schrankentrias des Art. 80 I 2 die Interessen der Bürger hinlänglich berücksichtigt werden<sup>285</sup>. Außerdem kann man für äußerst intensive Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit anhand der Wesentlichkeitstheorie im Einzelfall zu einem Parlamentsvorbehalt gelangen.

Eine Blutentnahme erscheint als nicht so wesentlich für die körperliche Integrität, als daß ein Parlamentsvorbehalt geboten erscheint, zumal eine legislatorische Festlegung von Seuchenzonen die Effizienz des Gesundheitsschutzes in Frage stellt. Deswegen ist der zweiten Meinung zu folgen.

### **(ß) Schranken-Schranken**

Das Übermaßverbot wird insofern beachtet, als § 37a ein zulässiges Ziel verfolgt, geeignet zur Zielförderung ist und ein milderes normatives Mittel unter Verzicht auf die Blutentnahme nicht ersichtlich ist<sup>286</sup>. Weil das Schutzgut der Volksgesundheit abstrakt höherwertig ist als die individuelle Unversehrtheit des A, die Norm die Gefahr der Volksgesundheit durch Importinfektionen erheblich verringert und zudem die objektive Intensität einer Blutentnahme im Hinblick auf das Schutzgut der körperlichen Integrität geringfügig erscheint, ist § 37a verhältnismäßig im engeren Sinn. Damit ist das Übermaßverbot erfüllt. Entsprechend zur Argumentation bei der Freizügigkeit werden die übrigen Schranken-Schranken beachtet<sup>287</sup>.

### **(dd) Ergebnis**

§ 37 a verletzt *grundsätzlich* nicht das Grundrecht des A auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 II 1 Var.2.

### **(b) Religionsfreiheit aus Art. 4 I-II ?**

§ 37a könnte als präventives Verbot und als Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß von Einreisegenehmigungen mit bela-

---

<sup>285</sup> M-D-Dürig, GG, Art. 2 II Rz 7; P-S, Grundrechte, Rz 456.

<sup>286</sup> B.V.1.b.c)(2)(d)(cc)(ß)(αα)(ααα) bis (δδδ).

<sup>287</sup> B.V.1.b.c)(2)(d)(cc)(ß)(ßß) bis (δδ).



stenden Untersuchungsbedingungen den A in seinem einheitlichen Grundrecht der Religionsfreiheit verletzen aus Art.4 I-II.

### **(aa) Schutzbereich**

A ist Grundrechtsträger. Der sachliche Schutzbereich der Religionsfreiheit wird sowohl im Hinblick auf eine Harmonisierung der Schutzebenen der Grundrechte aus Art. 4 I-II als auch in bezug auf den Umfang des Schutzbereichs in bezug auf die religiöse Betätigung äußerst kontrovers bestimmt.

### **(α) Einheitliches Grundrecht der Religionsfreiheit ?**

#### **(αα) Rechtsprechung und Teil der Lehre**

Eine Auffassung entnimmt Art. 4 I-II ein einheitliches Grundrecht der Religions-, Gewissens- und Weltanschauungsfreiheit, welches für jede Variante sowohl die Ebenen der inneren Überzeugungsbildung [forum internum], der Kommunikation des Überzeugungsinhalts [forum externum I] und des Handelns gemäß der Überzeugung [forum externum II] gewähren soll<sup>288</sup>. Religion wird umschrieben als Vorstellung über den Sinn und Zweck des menschlichen Lebens, des Universums unter Einbeziehung höherer Mächte<sup>289</sup>, wobei diese Definition partiell offen sein soll für das religiöse Selbstverständnis einer Gemeinschaft<sup>290</sup>.

Auf der Basis dieser Definition bildet zunächst der Hinduismus ob seiner umfassenden Erklärung des Daseins mit Hilfe des Karmagesetzes und der drei dominierenden Götter Brahma, Wischnu und Schiwa eine Religion.

Splittergruppen und Sekten innerhalb einer Religion werden gleichermaßen erfaßt<sup>291</sup>.

Damit ist der Schutzbereich für ein Verhalten nach den Vorgaben der wischnuitischen Sekte grundsätzlich eröffnet.

#### **(ßß) Differenzierte Bestimmung des Schutzbereichs**

Die geschilderte einheitliche Auslegung des Art. 4 I-II wird teilweise für die Religionsfreiheit abgelehnt mit der Begrün-

---

<sup>288</sup> BVerfGE 24,236,245; idem, 32,98,106; idem 41,29,49; Steiner, JuS 1982, S.157 ff., S. 159; v.Campenhäusen, Staatskirchenrecht, S.52; Badura, Religion, S.24; v.Mangoldt-Klein-Starck, GG, Art. 4 Rz 9; P-S, Grundrechte, Rz 581, 583.

<sup>289</sup> M-D-Herzog, GG, Art. 4, Rz 66.

<sup>290</sup> Steiner, JuS 1982, S.157 ff., S.160.

<sup>291</sup> VGH Mannheim, NVwZ 1989, S.279; P-S, Grundrechte, Rz 586.

dung, daß der Wortlaut sämtliche Schutzebenen bereits benennt gemäß Art. 4 I Var.1 und Var.3; 4 II Var.1.

Daher soll die Religionsausübung exklusiv von Art. 4 II Var.1 geschützt werden. Diese wird nun historisch eng definiert als rituelles Verhalten<sup>292</sup>.

Demzufolge könnte sich A hinsichtlich der Ablehnung einer amtsärztlichen Untersuchung nicht auf Art. 4 berufen, da diese keinen Bezug auf Kultushandlungen des Hinduismus hat.

### **(χχ) Stellungnahme**

Die wortlautbestimmte Argumentation widerspricht jedoch der Teleologie von Art. 4 I Var.1, weil diese den Grundsatz mißachtet, daß die Grundrechte so ausgelegt werden sollen, daß ihr Schutzbereich optimale Wirkung entfalten kann.

Art. 4 II hat jedoch einen historisch bedingt engen Anwendungsbereich, weil Religionsausübung nur als liturgisches Verhalten bestimmt wird<sup>293</sup>. Deshalb verringert die zweite Auffassung den Schutzbereich erheblich.

Deswegen ist die einheitliche Auslegung von Art. 4 I-II ein Gebot der erforderlichen effektuierenden Interpretation, so daß Art. 4 II wegen der historischen Restriktion auf liturgisches Verhalten bewußt auf eine deklaratorische Funktion reduziert werden kann<sup>294</sup>:

Die Effektivität der Religionsfreiheit gebietet, daß schon aus dem Recht der Überzeugungsbildung und Äußerung die Möglichkeit zum überzeugungsgeliteten Verhalten abgeleitet werden kann<sup>295</sup> und daß der Bürger sein gesamtes weltliches Verhalten an den Prinzipien seiner Religion ausrichten darf<sup>296</sup>. Dies hat zur Folge, daß die Prinzipien des Karmagesetzes für A nicht nur innerhalb des Ritus bedeutsam sind für den Schutzbereich des Art. 4, sondern auch in bezug auf weltliches Handeln, so daß der vom Karmagesetz oktroyierte Verzicht auf eine Blutentnahme prinzipiell in den Schutzbereich gehört.

---

<sup>292</sup> AK-Preuß, GG, Art. 4 I-II, Rz 25.

<sup>293</sup> BVerfGE 24, 236, 245 Aktion Rumpelkammer.

<sup>294</sup> BVerfGE 24, 236, 245 Aktion Rumpelkammer.

<sup>295</sup> BVerfGE 24, 236, 245 Aktion Rumpelkammer; Steiner, JuS 1982, S.157 ff., S. 159.

<sup>296</sup> BVerfGE 32, 98, 106 Gesundheitsbeter.

### **(β) Restriktion durch die Kulturadäquanztheorie?**

Jene einheitliche Schutzbereichsdogmatik wird nun von einer Unteransicht verengt auf Religionen, die sich geschichtlich entwickelt haben auf dem Fundament eines Mindestkonsenses der sittlichen Grundsätze zwischen den Kulturvölkern<sup>297</sup>, weil eine Überdehnung des Schutzbereichs von Art. 4 zu Spannungen mit Art. 2 I führen soll, wengleich das BVerfG später betont, daß Art. 4 I-II keinen modernen ethischen Standard voraussetzen soll<sup>298</sup>. Da der Hinduismus dem - kaum exakt bestimmbar - Mindestkonsens der heutigen Kulturvölker erfüllen dürfte und das Karmagesetz in der Auslegung der Sekte zwar eine rigorose, aber nicht für andere Menschen aufdringliche Philosophie enthält, darf sich A auch nach der Kulturadäquanztheorie auf den Schutzbereich berufen, obschon das Entscheidungskriterium der Privilegierung althergebrachter Religionen zweifelhaft erscheint.

### **(γ) Restriktion auf Handeln mit unmittelbar religiösem Zweck?**

Eine andere Splitteransicht möchte den Schutzbereich verkürzen, indem nur ein Verhalten mit unmittelbarer religiöser Zielsetzung erfaßt wird, nicht aber ein „neutrales“ Verhalten mit mittelbarem Religionsbezug<sup>299</sup>, wobei das Selbstverständnis der Gläubigen einzubeziehen ist. Aus der prägenden Bedeutung des Karmagesetzes für den Kosmos folgt aber, daß jeder Verstoß durch Einwirkung auf die menschliche Physis jenes Gleichgewicht der Vergeltungskausalität stören würde, so daß auch diese Theorie die Blutprobebedingung dem Schutzbereich der Religionsfreiheit des A zuweist.

### **(δ) Restriktion durch Erhöhung der Beweislast**

Ein weiterer Versuch zur Begrenzung des Schutzbereichs erfolgt, indem der Gläubige gehalten wird, umfassend die verpflichtende Wirkung eines Glaubenssatzes für seine Existenz darzutun<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> BVerfGE 12,1,4; idem, 24,236,246; BGHZ 38,317,320; OVG Münster, NVwZ 1986, S.400 f., S.400; BoK-Zippelius, GG, Art. 4, Rz 85; Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art. 4 Rz3; Friesenhahn-Scheuner, HdbStKirchR, S.380; Schatzschneider, BayVBl 1985, S.321ff., S.322.

<sup>298</sup> BVerfGE 41,29,50.

<sup>299</sup> BVerfGE 17,302,305; idem, 19, 129, 133.

<sup>300</sup> BVerfGE 34, 164, 195; idem, 47,327,385; idem 50,256,262.

Aus dem Sachverhalt folgt jedoch infolge der Heirat nach dem Ritus und der Bereitschaft zur längeren Quarantäne zwingend die Ernstlichkeit seiner Motive, so daß auch nach diesem eher inquisitorischen Kriterium der Schutzbereich berührt wird.

#### **(ε) Restriktion auf traditionelle Formen des Christentums**

Von Teilen der Literatur wird vorgeschlagen, daß der Schutzbereich des Art. 4 lediglich religiöse Verhaltensweisen erfassen soll, die vergleichbar sind mit christlicher Religionsausübung aus der Zeit der Schaffung des Grundgesetzes<sup>301</sup>.

Nach dieser Auffassung darf sich A nicht auf Art. 4 I-II berufen, da das Karmagesetz mit dem Verbot ärztlicher Untersuchungen keine Entsprechung in den Lehren des traditionellen Christentums findet.

Gegen diese These ist argumentum a maiore ad minus zu sagen, daß selbst aus der *Invocatio Dei* in Satz 1 der Präambel keine Fixierung auf das Christentum abgeleitet wird<sup>302</sup>.

Außerdem ist einzuwenden, daß Verfassungsnormen ihre Funktion der Optimierung der Lösung gegenwärtiger und zukünftiger gesellschaftlicher Interessenkonflikte nicht erfüllen können, falls diese als nicht wertausfüllungsfähiges *Ius Strictum* mit enger Traditionsbindung interpretiert werden<sup>303</sup>.

Weiterhin ist eine Strategie anzugreifen, welche Grundrechtskonflikte verschweigen möchte, indem aus Skepsis vor konkurrierenden Religionen eine Schutzbereichsbegrenzung vorgenommen wird, anstelle die Grundrechtskollision zu offenbaren und auf Rechtfertigungsebene zu lösen<sup>304</sup>.

Aber selbst das angebliche historische Argument verfängt nicht, da Art. 4 als Reaktion auf den Holocaust zum Schutz der Minderheiten vor einem Konformismus verstanden werden kann und aufgrund seiner Systematik, eine deutliche Stärkung der individuellen Freiheit erfahren hat, während noch in der WRV das Staatskirchenrecht dominiert hatte.

Deshalb ist diese Theorie zu verwerfen.

---

<sup>301</sup> BoK-Zippelius, GG, Art. 4 Rz 85; v.M-K-S, GG, Art. 4 I-II, Rz 34.

<sup>302</sup> v.Münch-v.Münch, GG I, Präambel, Rz7.

<sup>303</sup> Fehlau, JuS 1993, S. 441 ff., S.444.

<sup>304</sup> P-S, Grundrechte, Rz 586.

## **(φ) Ergebnis**

Bis auf die zuletzt abgelehnte Auffassung gelangen die weit-herzige Bestimmung und die restriktiven Theorien gleichermaßen zu dem Ergebnis, daß das präventive Verbot aus § 37a mit der Ermächtigungsgrundlage für den Einreisebescheid mit belastender Bedingung zur Blutentnahme den Schutzbereich der Religionsfreiheit des A berührt, so daß insoweit keine Streitentscheidung erfolgt.

## **(bb) Eingriff**

Ein mittelbarer Eingriff ist vorhanden unter entsprechender Heranziehung der Argumentation zu Art. 2 II 1 Var.2<sup>305</sup>.

## **(cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

### **(α) Schranken**

Die Beurteilung der Schranken des Art. 4 I-II erfolgt überaus kontrovers.

### **(αα) Schrankentrias aus Art. 2 I entsprechend**

Eine Auffassung möchte für alle dem Wortlaut nach vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte die Schrankentrias des Art. 2 I entsprechend heranziehen<sup>306</sup>.

Diese Auffassung fußt jedoch auf einer restriktiven Einordnung der Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ als Inbegriff von elementaren Verfassungsgrundsätzen<sup>307</sup>.

Ein derartiges restriktive Verständnis der Schranke von Art. 2 I ist veraltet<sup>308</sup>.

Die vorherrschende Interpretation der freien Persönlichkeitsentfaltung aus Art. 2 I als allgemeine Handlungsfreiheit<sup>309</sup> - nicht als bloßer Schutz des Persönlichkeitskerns<sup>310</sup> - gebietet zur ausgewogenen Konkordanz antagonistischer, nicht von Spezialgrundrechten erfaßter, Interessen eine extensive Auslegung der Schranke des Art. 2 I 2.HS: als Summe aller verfassungsmäßigen Normen unter Einschluß von Gewohnheits-

---

<sup>305</sup> B.V.1.b.c)(3)(a)(bb)(ß)

<sup>306</sup> BGH, DVBl, 1953, S.473; OVG Münster, DVBl 1952, S. 378; OVG Koblenz, FamRZ 1957, S.98 ff., S.100;

<sup>307</sup> Doehring, Staatsrecht, S.302; M-D-Herzog, GG, Art. 4 Rz 114, 116.

<sup>308</sup> Fehlau, JuS 1993, S. 441 ff., S.445.

<sup>309</sup> BVerfGE 6,32,36; idem, 54,143,144; idem 74, 108,154; J-P, GG, Art.20 Rz 3.

<sup>310</sup> so aber: Hesse, Verfassungsrecht, Rz.428.

recht<sup>311</sup>. Aufgrund der niedrigen Rechtfertigungsschwelle würde die Schrankenübertragung zu einer weitgehenden Abqualifizierung von Art. 4 I-II führen. Dies ist abzulehnen.

### **(ßß) Schranke der Kommunikationsgrundrechte**

Eine weitere Auffassung möchte Art. 4 I-II unter die Schranke der allgemeinen Gesetze stellen gemäß Art. 5 II analog<sup>312</sup>.

Diese Auffassung disqualifiziert sich durch Unentschlossenheit, da am gleichen Ort die Heranziehung der Trias aus Art. 2 I 2.HS verlangt wird<sup>313</sup>.

Andere fordern langfristig die Einführung Schranke allgemeiner Gesetze für Art. 4<sup>314</sup>. Diese Auffassung verkennt aber, daß Art. 4 sich qualitativ von Art. 5 I unterscheidet, da Meinungsfreiheit pauschal sämtliche Ergebnisse wertender Denkprozesse erfaßt, während Art. 4 ausschließlich umfassende Wertungen über den Sinn der menschlichen Existenz erfassen möchte. Daher besteht keine Regelungslücke für eine Analogie.

### **(χχ) Schranke des Art. 140, 136 I WRV**

Eine dritte Auffassung möchte die individuelle Religionsfreiheit unter den Vorbehalt der allgemeinen Gesetze nach Art. 140 iVm Art. 136 I WRV stellen<sup>315</sup>.

Dafür könnte angeführt werden, daß eine Heranziehung der Wechselwirkungslehre eine Aushöhlung des Art. 4 I-II unterbinden könnte<sup>316</sup>. Dagegen spricht jedoch die systematische Bedeutung des Art. 4 im Grundrechtsteil zur systematisch schwachen Stellung des Art. 140 i.V.m. 136 I WRV. Darüber hinaus sind die Art. 136 ff. WRV staatskirchenrechtlich auf kollektive Religionsfreiheit bezogen, während Art. 4 zumindest primär die individuelle Religionsfreiheit statuiert.

Schließlich widerspricht es den Geboten staatlicher Neutralität und Toleranz sowie dem Diskriminierungsverbot, die Gewissens- und Weltanschauungsfreiheit nach Art. 4 ohne geschrie-

---

<sup>311</sup> BVerfGE 6, 32,38; idem, 50,256,262; idem, 59,275,278.

<sup>312</sup> M-D-Herzog, GG, Art. 4 Rz 90.

<sup>313</sup> M-D-Herzog, GG, Art. 4 Rz 114, 116.

<sup>314</sup> Fehlau, JuS 1993, S. 441 ff., S.446.

<sup>315</sup> J-P, GG, Art. 4 Rz 17; BoK-Zippelius, GG, Art. 4 Rz 89; HBStR-VI-v.Campenhäusen, S.421; M-D-Scholz, GG, Loseblatt, Art. 140-136 WRV, Rz 4.

<sup>316</sup> J-P, GG, Art. 4 Rz 17; v.M-K-S, GG, Art. 4 Rz 46.

bene Schranke zu gewähren, während die Religion durch Art. 136 I WRV relativiert wird. Daraus folgt eine Überlagerung von Art. 136 I WRV durch Art. 4<sup>317</sup>.

### **(δδ) Verfassungsimmanente Schranken**

Die vierte Ansicht akzeptiert für die Begrenzung der Religionsfreiheit nur verfassungsimmanente Schranken<sup>318</sup>.

Verfassungsimmanente Schranken sind kollidierende Rechte dritter Personen, andere Rechtsgüter oder Normen von Verfassungsrang<sup>319</sup>, welche im Einzelfall nach einer ausführlichen Güterabwägung eine das Grundrecht überragende Bedeutung gewinnen.

Diese praktische Konkordanz ist entgegen der widersprüchlichen Terminologie des BVerfG auf Rechtfertigungsebene herzustellen, damit klare Schutzbereichsdefinitionen und die Funktion geschriebener Schranken erhalten werden<sup>320</sup>.

Gegen die verfassungsrechtliche Rechtfertigung über immanente Schranken wird von den Anhängern der vorgetragenen Schrankenlösungen eingewandt, daß verfassungsimmanente Schranken in Verwaltung und Rechtsprechung nur äußerst schwer gehandhabt werden können und daß die Gefahr der schleichenden Entwertung des Grundrechts durch permanente freie Abwägung besteht<sup>321</sup>.

Für die immanente Begrenzung spricht zunächst, daß alle bisher vorgetragenen Schrankenlösungen dogmatisch überhaupt nicht überzeugt haben.

Der hohe Anspruch der praktischen Konkordanz ist jedoch kein rechtlich relevanter Nachteil, weil es Aufgabe jedes Staatsorgans ist, mit voller Aufmerksamkeit effektiven Grundrechtsschutz zu betreiben.

Außerdem vermag die praktische Konkordanz eine zeitgemäße Anpassung des Grundrechts sicherzustellen. Daher sind prin-

---

<sup>317</sup> BVerfGE 33, 23, 31; BSG, NJW 1981, S.1526; P-S, Grundrechte, Rz 611.

<sup>318</sup> BVerfGE 32, 98, 107; idem 44, 37, 49; idem 52, 223, 246; P-S, Grundrechte, Rz 362.

<sup>319</sup> BVerfGE 28,243,261; idem 47,46,76; idem 67,213, 228; idem 84, 212,228; v.Münch-v.Münch, GG, Vorb.Art.1-19 Rz 44; J-P, GG, Vorb.Art.1 Rz 37.

<sup>320</sup> P-S, Grundrechte, Rz 372 und 374.

<sup>321</sup> Fehla, JuS 1993, S. 441 ff., S.442 und 443.

ziell nur verfassungsimmanente Schranken für Art. 4 I-II anzuerkennen.

### **(εε) Anwendung des Gesetzesvorbehalts von Art. 11 II oder Art. 2 II 3 wegen Schrankendivergenz bei Anwendungskonkurrenz?**

Statt der verfassungsimmanenten Schranken könnte ausnahmsweise die Schranke von Art. 11 II oder 2 II 3 maßgeblich sein gemäß der Lehre von der Heranziehung der schwächsten Grundrechtsschranke, wenn ein staatliches Verhalten in mehrere schrankendivergierende Grundrechte einer Person eingreift, zwischen denen Anspruchskonkurrenz besteht.

§ 37a berührt den Schutzbereich mehrerer Grundrechte des A, ohne daß Art. 11 I, 2 II 1 Var.2 und 4 I-II in einem Spezialitätsverhältnis zueinander stehen.

### **(ααα) These der überschneidungsfreien Abgrenzung der Schutzbereiche**

Teilweise wird diese Fragestellung als ein scheinbares Problem behandelt und als Denkansatz vorgeschlagen, daß eine präzise Schutzbereichsdogmatik jeden Lebenssachverhalt überschneidungsfrei jeweils einem einzigen Grundrecht zuweisen kann<sup>322</sup>.

Gegen diese Ansicht spricht eindeutig die Analyse des vorliegenden Sachverhalts, da eine Aufspaltung des präventiven Verbots § 37a mit dem indirekten Eingriff durch die Ermächtigungsgrundlage mit belastenden Nebenbestimmungen nicht sinnvoll aufgeteilt werden kann in freizügigkeits-, unversehrtheits- oder religionsspezifische Elemente.

Ohne ein Einreiseinteresse des A würde sich nämlich gar nicht die Frage nach dem religiösen Gehalt der Untersuchungsbedingung stellen. Da diese Auffassung derartige Zusammenhänge von Grundrechtseingriffen bewußt ignoriert, ist sie abzulehnen.

---

<sup>322</sup> BVerwGE 1, 303, 305; Wehrhahn, AöR, Bd.82, 1957, S.250 ff., S.273; Lepa, DVBl 1972, S.161 ff., S.162.



### **(ßßß) Lehre der schwächsten Grundrechtsschranke**

Eine Gegenauffassung entnimmt dem Umstand einer Erfassung eines Sachverhalts durch den Schutzbereich mehrerer Grundrechte, daß die Schranken des am leichtesten begrenzba- ren Grundrechts maßgeblich sein sollen<sup>323</sup>.

Danach wären hier für die Religionsfreiheit ausnahmsweise die Schranken des Art. 11 II oder gar 2 II 3 maßgeblich.

Dafür soll der Gedanke sprechen, daß ein Verhalten durch die Einbeziehung des schwächeren Grundrechts an Wert verlieren soll [Gedanke des schwächsten Kettengliedes].

Dieses Argument widerspricht aber dem verfassungsrechtli- chen Prinzip des „in dubio pro libertate“<sup>324</sup> und höhlt die Grundrechte dort aus, wo der Bürger sie am bittersten benö- tigt. Daher ist diese Ansicht abzulehnen.

### **(χχχ) Lehre der Anwendung der Schranken des am schwer- sten beschränkba- ren Grundrechts**

Von dritter Seite, wird betont, daß ein einheitlicher Lebensvor- gang einheitlich anhand der Schranken des stärksten Grund- rechts zu messen sei<sup>325</sup>.

Demnach würde das präventive Einreiseverbot auch in bezug auf Art. 11 I und 2 II 1 Var.2 an den verfassungsimmanenten Schranken der Religionsfreiheit gemessen, so daß erst jetzt ei- ne abschließende Beurteilung stattfinden könnte.

Diese Auffassung scheint auf dem ersten Blick einen optimalen Grundrechtsschutz zu gewähren.

### **(δδδ) Lehre von der isolierten Schrankenprüfung für jedes Grundrecht**

Eine vierte Auffassung lehnt eine abstrakte Lösung des Pro- blems schrankendivergierender und anspruchskonkurrierender Grundrechte ab und prüft auch bei kombinierter Erfassung ei- nes Lebenssachverhalts durch mehrere Grundrechte ohne An- wendungsspezialität jedes Grundrecht nacheinander isoliert

---

<sup>323</sup> v.M-K, GG, Bd. 1, Vorbem. B XV 2b).

<sup>324</sup> Lepa, Grundrechtskonflikte, DVBl 1972, S.161 ff., S.164.

<sup>325</sup> Lepa, Grundrechtskonflikte, DVBl 1972, S.161 ff., S.165.; P-S, Grundrechte, Rz 391; Würkner, DÖV 1992, S.150 ff., S.152; Rüter,

inklusive der jeweiligen Schranken<sup>326</sup>.

Sobald irgendeine Schranke verletzt ist, wird die Maßnahme verfassungswidrig. Der Vorteil dieser Strategie besteht darin, daß selbst die pauschal milderen Schranken schwächerer Grundrechte im Einzelfall in einzelnen formalen Aspekten schärfer sein können als die verfassungsimmanente Schranke.

### **(~~es~~) Stellungnahme**

Ein zweiter Blick auf die Lehre der Anwendung der stärksten Schranke zeigt, daß diese Auffassung das feine System der Grundrechtsgewährleistungen stark vergrößert.

Diese Ansicht verkennt, daß die unterschiedlichen Schranken sich nicht als eine Gerade mit unterschiedlicher Intensität begreifen lassen, sondern in einem Aliud Verhältnis stehen<sup>327</sup>.

So kann nämlich auch die scheinbar schwache Schranke aus Art.104 II partiell höhere formale Anforderungen an die Einschränkung stellen als selbst eine verfassungsimmanente Schranke zu Art. 4.

Die grobkörnige Auffassung bleibt hier die Begründung für die Benachteiligung schuldig:

Es ist nämlich kein sachlicher Grund erkennbar, weshalb beispielsweise die Anordnung des Schutzgewahrsams gegen einen religiösen Fanatiker nicht zusätzlich an Art. 104 II gemessen werden sollte.

Für die isolierte Schrankenprüfung spricht der Wertungsvergleich zur hochentwickelten strafrechtliche Konkurrenzdogmatik, welche bei Gesetzeseinheit nach § 52 StGB die primär schärfste Sanktion weiter um die im Einzelfall härtere Nebenfolge einer regelmäßig milderen Strafnorm ergänzt. Damit aktiviert die selbständige Schrankenprüfung optimal das Effektivitätsprinzip der Grundrechtsinterpretation<sup>328</sup>.

Deswegen ist diese Meinung vorzuzugswürdig.

---

<sup>326</sup> Bleckmann, Grundrechte, § 14 Rz 15, 24; Bleckmann-Wiethoff, DÖV 1991, S.722 ff., S.726.

<sup>327</sup> Bleckmann-Wiethoff, DÖV 1991, S.722 ff., S.724.

<sup>328</sup> Bleckmann-Wiethoff, DÖV 1991, S.722 ff., S.729.

Weiterhin folgt daraus, daß bereits als *grundsätzlich* gerechtfertigt bezeichneten Eingriffe in die Freizügigkeit und die körperliche Unversehrtheit *endgültig* gerechtfertigt sind.

### **(φφφ) Anwendung der Lehre der isolierten Schrankenprüfung**

Als kollidierendes Verfassungsgut fungieren das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Menschen im Bundesgebiet, welches eine signifikante Gefährdung durch eingeschleppten Importinfektionen erfahren. Eine Lebensgefahr für die Grundrechtsträger löst eine Schutzpflicht aus<sup>329</sup>. Bei der Erfüllung der Schutzpflicht hat der Gesetzgeber einen weiten Prognosespielraum<sup>330</sup>, welcher in entsprechender Heranziehung der Argumente der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art.11 I beachtet worden ist.

Daher ist das normative Interesse des Schutzes der physischen Lebensgrundlage der Bevölkerung regelmäßig vorrangig gegenüber der individuellen Religionsfreiheit des A, zumal die Behörde beim Vollzug des § 37a eventuell aufgrund des Übermaßverbots verpflichtet werden kann zum Erlaß einer mildereren Nebenbestimmung.

### **(ß) Schranken-Schranken**

Die Erfüllung der Schranken-Schranken bezüglich der Religionsfreiheit folgt grundsätzlich denselben Argumenten, die bei der Freizügigkeit dargestellt wurden<sup>331</sup>.

Da sich Art. 19 I 2 systematisch auf Art. 19 I 1 bezieht (arg. ex „auch“), und Art. 19 I 1 nur geschriebene Eingriffsvorbehalte erfaßt (arg.ex „nach diesem Grundgesetz“), braucht § 37 a das Zitiergebot nicht zu beachten, so daß das Schweigen des Art. 37a III unschädlich ist. § 37a verletzt nicht die Religionsfreiheit des A.

### **(c) Ergebnis**

§ 37 a verletzt kein Recht des A auf Unterlassung einer normativen Verbindung von Einreise und Blutentnahme.

---

<sup>329</sup> BVerfGE 46, 160, 164; G-R-S, Aids und Recht, S.26.

<sup>330</sup> P-S, Grundrechte, Rz 469.

<sup>331</sup> B.V.1.b.c)(2)(d)(cc)(ß).

#### **(4) Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts des A auf Unterlassung einer normativen Verbindung von Einreise und Quarantäne**

##### **(a) Freiheit der Person gemäß Art. 2 II 2**

###### **(aa) Schutzbereich**

§ 37a könnte als präventives Verbot der Einreise und als Ermächtigungsgrundlage für den Genehmigungsbescheid mit der an die Untersuchung anknüpfenden Folgebedingung zweitägiger Quarantäne den Schutzbereich der Freiheit der Person betreffen. Entgegen früherer Begriffsbestimmungen<sup>332</sup> wird der Schutzbereich heute übereinstimmend als körperliche Bewegungsfreiheit definiert<sup>333</sup>, wobei die nähere Bestimmung umstritten ist.

###### **(α) Freiheit der Person als Freiheit vor physischem Zwang**

Eine überaus restriktive Interpretation möchte den Schutzbereich von vornherein auf physische Zwangsmaßnahmen wie eine Verwaltungsvollziehung durch unmittelbaren Zwang begrenzen<sup>334</sup>. Nach dieser Auffassung berührt § 37a als präventives Einreiseverbot mit der Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Einreisegenehmigung mit der Quarantänebedingung nicht den Schutzbereich der Freiheit der Person des A, da eine Bedingung keiner Verwaltungsvollstreckung zugänglich ist.

###### **(β) Freiheit der Person als Freiheit zur Ortsveränderung**

Eine Gegenauffassung begreift körperliche Bewegungsfreiheit als Recht einer Person, den gegenwärtigen, eng umgrenzten Ort zu verlassen in beliebige Richtung zu einem anderen Ort [liberté d'aller et de venir]<sup>335</sup>.

Die Räumlichkeiten für die in § 37a erwähnte Absonderung bilden solch einen eng umgrenzten Ort. Hiernach würde das präventive Verbot aus § 37 mit der Ermächtigungsgrundlage für die Einreisegenehmigung mit Quarantänebedingung den

---

<sup>332</sup> Freiheit vor jedem Zwang: LVG Hannover, DVBl 1955, 328.

<sup>333</sup> BVerfGE 10,302,322; idem, 14, 174, 186; idem 58, 208, 220; idem 65, 317,321.

<sup>334</sup> HStR-VI-Grabitz, § 130 Rz 5: „... ergibt sich zunächst, daß das Grundrecht auf Freiheit der Person nur betroffen ist, wenn die körperlicher Bewegungsfreiheit physisch, d.h. durch unmittelbaren Zwang, eingeschränkt wird.“

<sup>335</sup> Gusy, NJW 1992, S.457 ff., S.458; M-D-Dürig, Art. 2 II Rz 50; v.Münch-Kunig, GG III, Art. 104 Rz 6; P-S, Grundrechte, Rz 474.

Schutzbereich tangieren, weil A den Ort der Isolierstation nicht verlassen soll.

### **(γ) Stellungnahme**

Die prägnante Abgrenzung des Schutzbereichs spricht für die erste Ansicht.

Dennoch ist das methodische Vorgehen fragwürdig, den Schutzbereich des Art. 2 II 2 durch Rückschluß auf die Schranken des Art. 104 I-II zu definieren.

Das führt außerdem zur einem Differenzierungsverzicht zwischen der vom Grundgesetz vorgesehenen Freiheitsbeschränkung nach Art. 104 I [FB] und der spezielleren Freiheitsentziehung mit dem Richtervorbehalt 104 II-IV [FE].

Daß nach der ersten Ansicht ein hoheitliches Bleibegebot erst durch den Gebrauch von Verwaltungszwang eine FE auslöst, bildet eine zu zurückhaltende Interpretation: Der Grundrechtsschutz soll nicht erst bei staatlicher Beugung physischer Renitenz beginnen<sup>336</sup>. Deshalb ist der zweiten Ansicht zu folgen, so daß der Schutzbereich berührt ist.

### **(bb) Eingriff**

Aus den Erörterungen zur körperlichen Unversehrtheit und zur Religionsfreiheit folgt entsprechend, daß die präventive Einschränkung der Reisefreiheit durch die Ermächtigungsgrundlage für die Einreisegenehmigung mit belastender Bedingung nach § 37a einen mittelbaren Eingriff in die Freiheit der Person bildet.

Fraglich bleibt, ob dieser Eingriff als Freiheitsbeschränkung nach Art. 104 I oder als FE mit Richtervorbehalt zu qualifizieren ist.

### **(α) Materieller Begriff der Freiheitsentziehung**

Zunächst könnte man daran denken, eine FE i.S.v. Art. 104 II anhand der materiellen Definition des § 2 FEVG zu definieren. Eine direkte Ableitung wird jedoch übereinstimmend abgelehnt, weil das Grundgesetz in bewußter Abgrenzung von der

---

<sup>336</sup> Schenke, AIDS-Bekämpfung, S. 103 ff., S.122 zum Verhältnis von § 37 I und 37 II BSeuchG.

WRV einen Geltungsvorrang gegenüber den Parlamentsgesetzen<sup>337</sup>, insbesondere § 2 FEVG<sup>338</sup>, entfaltet.

Eine Auffassung nimmt eine FE im Sinne von Art. 104 II an, wenn ein Staatsorgan bewirkt, daß eine Person einen engen Raum nicht verlassen kann, obwohl deren natürlicher Wille auf Fortgang gerichtet ist, sofern dieser Zustand hinreichend intensiv ist, d.h. die Lebensführung und sämtliche anderen Grundfreiheiten besonders beeinträchtigt, was durch die Zeitdauer indiziert wird<sup>339</sup>.

### **(ß) Formelle, modifiziert formelle und final-formelle Theorie**

Die formelle Theorie greift die obige Definition auf, verzichtet jedoch auf das Merkmal der Dauer des Zustands<sup>340</sup>.

Dieser Gedanke effektuiert den Schutz des Bürgers, weil das zeitliche Intensitätskriterium die Exekutive verleitet, als Schutzbehauptung anzuführen, daß ein nur kurzer Arrest geplant war, der sich „ungünstigerweise“ verlängert hat, so daß die erste Ansicht die Bedeutung des Art. 104 II entgegen der ratio legis in der Praxis schmälert<sup>341</sup>.

Eine modifizierte Form der formellen Theorie verengt den formellen Begriff der FE dadurch, daß eine jederzeitige Vollziehung des Bleibegebots durch unmittelbaren Zwang möglich sein muß<sup>342</sup>.

Eine finale Form der formellen Theorie benutzt die ursprüngliche formelle Definition und verlangt, daß das Primärziel der Maßnahme auf die Verkürzung der Bewegungssphäre gerichtet sein muß<sup>343</sup>. Der letzte Ansatz erscheint paradox, da mit allzu geringem Argumentationsaufwand stets ein über dem Bleibegebot stehender Primärzweck gefunden werden kann, um eine Freiheitsentziehung zu verhindern.

---

<sup>337</sup> BVerfGE 10, 302,323; BGHZ 82,261,263; Hantel, JuS 1990, S. 865ff., S.867

<sup>338</sup> Baumann, Unterbringungsrecht, S.8.

<sup>339</sup> Hantel, JuS 1990, S.865, S.870; idem, Freiheitsentziehung, S. 143 und S.176; Dreier-Schultze-Fielitz, GG, Art. 2 II Rz 62 (und Vollziehungsmöglichkeit nach Rz 65).

<sup>340</sup> M-D-Dürig, GG, Art. 104 Rz 12; v.Münch-Kunig, GG III, Art. 104 Rz 19; Koschwitz, Freiheitsentziehung S.43; Baumann, Unterbringungsrecht, S.13; P-S, Grundrechte, Rz 479.

<sup>341</sup> Gusy, NJW 1992, S. 457 ff., S.458.

<sup>342</sup> BVerfGE 22,21,26; J-P, GG, Art. 2 Rz 61.

<sup>343</sup> Gusy, NJW 1992, S.457 ff., S.460.

## **(γ) Stellungnahme**

Eine Streitentscheidung zwischen den Theorien ist entbehrlich, falls ein natürlicher Wille des A zur Erduldung der Isolation vorhanden ist, so daß ein gemeinsames Strukturelement der FE fehlen würde.

Bei der Ermittlung des indirekten Eingriffs wurde ausgeführt, daß keine freiverantwortliche Zustimmung des A im Sinne einer rechtfertigenden Einwilligung in die Maßnahmen vorhanden ist, da § 37a das Einreiserecht präventiv verbietet und seine Wiedererlangung per VA von Bedingungen abhängig macht, so daß keine freie, die Zurechnung des Staates ausschließende Willensbildung des Bürgers vorhanden ist.

Für Art. 104 II wird jedoch nicht der freiverantwortliche, rechtsgeschäftsähnliche Wille, sondern nur der natürliche Wille relevant sein:

Dafür streitet, daß Art. 104 II im Unterbringungsrecht gleichermaßen die Willensrichtung von Personen einbeziehen soll, die gegenwärtig keinen rechtsgeschäftsähnlichen Willen bilden können.

Aus dem Sinn und Zweck der formalen Verfahrensgarantie des Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 104 I-II folgt in Anlehnung der Tradition der habeas-corporis-Akte, daß für den Begriff der FE nur der formale natürliche Wille maßgeblich sein kann und nicht die hinter diesem stehende Willensbildung des Bürgers:

Was der Bürger ohne Bleibegebot auf sich nimmt, rechtfertigt keinen Richtervorbehalt.

Weil die Ermächtigungsgrundlage für die Genehmigung mit Absonderungsbedingung nach § 37a nur einen mittelbaren Eingriff bildet und der Einreiseinteressent die innere Rechtswirksamkeit der Genehmigung herbeiführen möchte, hat er einen natürlichen Willen zur Erduldung der Isolation. Damit gelangen alle Auffassungen zu einer bloßen Beschränkung der Freiheit des A im Sinne von Art. 104 I.

## **(cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Art. 104 II bildet grundsätzlich nur eine Schranke für Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit mit Hilfe eines formellen Gesetzes.

Fraglich ist, ob § 37a wegen der Rekursion auf die Seuchengebietsverordnung hinreichend bestimmt ist.

Es wird jedoch anerkannt, daß selbst Freiheitsentziehungen auf der Basis einer Rechtsverordnung zulässig sind, wenn diese ihrerseits eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage in Art. 80 finden<sup>344</sup>.

Dieses Argument gilt arg. a maiore ad minus für die Freiheitsbeschränkung.

§ 37a ist eine hinreichend bestimmte Delegationsnorm<sup>345</sup>. Daher ist eine Schranke vorhanden. Die Schranken-Schranken bestimmen sich mangels materieller Vorgaben in Art. 104 I durch eine Güterabwägung<sup>346</sup>.

§ 37a ist wegen der Begrenzung der Absonderungsbedingung auf den Zeitraum bis zur Ermittlung des Untersuchungsergebnisses verhältnismäßig aus den schon geschilderten Argumenten bei Art.11 I, 2 II 1 Var.2, 4 I-II<sup>347</sup>.

Eine Prüfung der verfassungsimmanenten Schranke zu Art.4 I-II ist nicht geboten<sup>348</sup>. § 37a ist folglich Ausdruck der Schranke des Art. 104 I.

### **(b)Ergebnis**

§ 37a verletzt kein Grundrecht des A auf Schutz vor einer normativen Verbindung von Einreise und Absonderungsbedingung.

### **(5) Allgemeiner Gleichheitssatz nach Art. 3 I**

Man kann § 37a als Ausdruck einer Ungleichbehandlung von Einreisenden aus Seuchenzonen und aus Nichtseuchenzonen bewerten gemäß Art. 3 I. Das Differenzierungsziel des normativen Verbots zum Schutz der Seuchenbekämpfung ist als solches zulässig<sup>349</sup>. Ein unzulässiges Differenzierungskriterium nach Herkunft aus Art. 3 III 1 scheidet aus, da A in Deutschland aufwuchs und eine normative Differenzierung wegen der

---

<sup>344</sup> BVerfGE 14, 174, 187; idem, 51, 60, 70; idem, 75, 329, 342; idem 78, 374, 383; Gusy, NJW 1992, S.457 ff., S.461; Hantel, JuS 1990, S.865 ff., S.867; J-P, GG, Art. 104, Rz 3

<sup>345</sup> s. B.V.1.b.c)(1).

<sup>346</sup> Hantel, JuS 1990, S.865 ff., S.867.

<sup>347</sup> s. B.V.1.b.c)(2)(d)(cc)(ß)(αα); B.V.1.b.c)(3)(a)(cc)(ß).

<sup>348</sup> s. B.V.1.b.c)(3)(b)(cc)(α)(εε)(εεε).

<sup>349</sup> s. B.V.1.b.c)(2)(d)(cc)(ß)(αα)(ααα) zur Zulässigkeit des Ziels beim Übermaßverbot.



Religion fehlt. Damit ist diese Differenzierung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig entsprechend der Argumentation bei der Freizügigkeit.

#### **d) Ergebnis**

§ 37a ist eine erforderliche, verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage. Damit bedarf die Kontroverse über die Aussetzung des Eilverfahrens<sup>350</sup> zum Zweck einer Normenkontrolle nach Art. 100 GG keiner Entscheidung.

### **2. Formelle Rechtmäßigkeit der Bedingungen zur Einreise- genehmigung**

Da § 37a keine zuständige Behörde definiert, ist die Systematik der Seuchenbekämpfungsmaßnahmen nach §§ 34 ff. heranzuziehen. Die Generalklausel § 34 I 1 benennt eine „zuständige Behörde“, welche konkretisiert wird über § 34 II i.V.m. § 10 VI-VII entsprechend auf die Gesundheitsbehörde im Eilfall.

Da das Flughafenverfahren ab Feststellung des Einreiseinteressenten aus der Seuchenzone ohne Impfpaß eine sofortige Anordnung zur effizienten Gefahrenabwehr voraussetzt, ist die Gesundheitsbehörde zuständig. Die Einlassung des A bildet eine Anhörung nach § 28 HessVwVfG. Mündliche Verwaltungsakte sind zulässig gemäß § 37 II Var.2 HessVwVfG.

### **3. Materielle Rechtmäßigkeit der Bedingungen zur Einreise- genehmigung**

Die Anordnung ist materiell rechtmäßig, falls die Tatbestandsvoraussetzungen des § 37a I 1.HS, 37a II 2-4 vorhanden sind, ein richtiger Adressat gewählt wird und die allgemeinen Rechtmäßigkeitvoraussetzungen Bestimmtheit, Möglichkeit und Übermaßverbot vorhanden sind.

#### **a. Tatbestandsvoraussetzungen**

A ist Einreiseinteressent aus einer Seuchenzone gemäß § 37a I 1.HS, 37a IV i.V.m. der Rechtsverordnung und verfügt nicht über eine Impfbescheinigung aus § 37a I, so daß die Tatbe-

---

<sup>350</sup> s. B.V.1.b.a).

standsvoraussetzungen für die Erteilung einer Einreisegenehmigung mit den subsidiären Bedingungen aus § 37 a II 2-4 erfüllt sind, welcher den subsidiären § 36 I HessVwVfG verdrängt.

### **b. Richtiger Adressat**

A ist seuchenpolizeilicher Störer aufgrund des verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden fiktiven Ansteckungsverdachts gemäß §§ 37a II 1, 2 Nr.3<sup>351</sup>.

### **c. Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen**

Fraglich ist, ob die Bedingungen gegen die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines VA verstoßen.

Die Exekutive hat beim Erlaß einer belastenden Nebenbestimmung dieselben Maßstäbe wie beim Erlaß belastender Verwaltungsakte zu beachten<sup>352</sup>.

#### **(1) Bestimmtheit, Möglichkeit**

Der Genehmigungsbescheid mit der Bedingung einer Blutentnahme mit kurzer Quarantäne ist hinreichend bestimmt und verlangt von A kein im Rechtssinne objektiv oder subjektiv unmögliches Verhalten nach § 275 I-II BGB analog.

#### **(2) Übermaßverbot**

Umstritten ist jedoch, ob die Behörde beim Erlaß von Nebenbestimmungen das Übermaßverbot zu beachten hat, wenn die Nebenbestimmung aufgrund einer zwingenden Ermächtigungsgrundlage erlassen wird.

##### **(a) Lehre der Reduktion des Übermaßverbots**

Eine Auffassung führt aus, daß das Übermaßverbot für die Verwaltung nur im Ermessensbereich, nicht aber für den Erlaß gebundener Verwaltungsakte gelten soll<sup>353</sup>.

Hiernach wäre an dieser Stelle keine weitere Prüfung erforderlich. Ein solches Ergebnis ist unbefriedigend, weil § 37a eine verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage bildet, während die inflexible Haltung der Behörde äußerst bedenklich erscheint.

---

<sup>351</sup> s. B.V.1.b.c)(2)(d)(cc)(ß)(αα)(γγγ).

<sup>352</sup> BVerwG, DÖV 1992, S.30; Wolff-Bachof-Stober, VwR I, § 47 Rz 20.

Für diese These könnte jedoch ein wörtliches Verständnis des Prinzips vom Vorrang des Gesetzes sprechen als Ausschnitt des Rechtsstaatsprinzips: Schließlich würde eine mögliche Verpflichtung der Behörde zum Erlaß milderer Bedingungen mit dem klaren Wortlaut des § 37a II 2-4 kollidieren.

Außerdem wird angeführt, daß bei der gebundenen Verwaltung nur die Ermächtigungsgrundlage auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen sei. Sobald Bedenken gegen den zwingend erlassenen Einzelakt bestehen, sei nicht dieser, sondern die Norm kritisch zu überprüfen und zu verwerfen<sup>354</sup>.

### **(b) Lehre der regelmäßigen Reduktion des Übermaßverbots**

Eine zweite Ansicht statuiert, daß die Verwaltung im Ermessensbereich stets, aber im Bereich gebundener Verwaltung „regelmäßig“ nicht an das Übermaßverbot gebunden sei<sup>355</sup>.

Da diese Auffassung für den hier relevanten Bereich zwingenden Gesetzesvollzugs keine Kriterien für die Bestimmung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses benennt, bleibt sie äußerst unvollständig. Daher kann dieser These nicht gefolgt werden.

### **(c) Lehre der universellen Anwendung des Übermaßverbots**

Die Gegenauffassung wendet das Übermaßverbot universell auf die gesamte Staatstätigkeit und damit auf die Exekutive an. Alle administrativen Maßnahmen sollen unabhängig von einem gebundenen Vollzug der Gesetze oder von Ermessensspielräumen am Übermaßverbot orientiert werden<sup>356</sup>.

### **(d) Stellungnahme**

Zweifelhaft an der ersten These ist, daß sie letztlich einen irrealen, perfekten Normgeber unterstellt, der jeden atypischen Einzelfall mit einbeziehen soll, damit nicht anderenfalls die Norm für nichtig erklärt. Damit verstößt die erste Ansicht gegen das Prinzip zur verfassungskonformen Auslegung von Rechtsnormen.

---

<sup>353</sup> J-P, GG, Art. 20 Rz 63.

<sup>354</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rz 334.

<sup>355</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rz 334.

<sup>356</sup> Dreier-Dreier, GG, Vorb. Rz 91; Maurer § 10 Rz 18 „stets zu beachten“, Rz 17; Wolff-Bachof-Stober, § 47 Rz 1 und Rz 19.

Weiter verkennt diese Ansicht, daß Art. 19 I 1 den Normgeber zu generell-abstrakten Regelungen zwingt, die logisch nicht jeden atypischen Fall erfassen können.

Ferner widerspricht sich diese Meinung selbst, da sie zunächst erörtert, daß der Normgeber bezüglich der Geeignetheit einer Norm einen weiten Ermessensspielraum bei der Normgebung habe<sup>357</sup>, während im nächsten Atemzug der Gesetzgeber die Nichtigkeit der Norm erfährt<sup>358</sup>

Nur die zweite Ansicht trägt dem Geltungsvorrang des Übermaßverbots als Verfassungsprinzip Rechnung, welcher sich nach Art. 20 III auf die Exekutive erstreckt, die nicht nur an Gesetze, sondern auch das Recht gebunden wird.

Somit wirkt das Übermaßverbot als ungeschriebener Grundsatz des Verwaltungsrechts in sämtliche Verwaltungsrechtsverhältnisse ein<sup>359</sup>. Die dritte Ansicht ist daher maßgeblich.

#### **(e) Subsumtion**

Die behördliche Anordnung der Bedingungen verfolgt wie die Legislative bei der Schaffung von § 37a ein zulässiges Ziel<sup>360</sup> und ist geeignet zu dessen Erreichung.

Fraglich ist, ob die von A vorgeschlagene Bedingung einer Quarantäne für die gesamte zehntägige Latenzzeit der Pocken eine verhältnismäßig mildere Maßnahme ohne erheblichen Effizienzverlust darstellt.

Diese Lösung ist zwar für den regelmäßigen Einreiseinteressenten ungünstiger, aber die Behörde regelt schließlich durch VA im Einzelfall die Rechtsbeziehungen, so daß gegenüber dem Adressaten A die individuell mildere Lösung angeordnet werden muß.

Das Ziel der Blutentnahme mit kurzer Absonderung, nämlich die Erkenntnis über eine Virusinfektion, um Maßnahmen zur Unterbrechung von Übertragungsketten einzuleiten, kann ebenfalls durch eine Quarantäne für die gesamte zehntägige Latenzzeit erreicht werden.

---

<sup>357</sup> J-P, GG, Art. 20 Rz 62.

<sup>358</sup> J-P, GG, Art. 20 Rz 63; Degenhart, Staatsrecht, Rz 334.

<sup>359</sup> Maurer, VwR, § 4, Rz 28.

<sup>360</sup> s. B.V.1.b.c)(2)(d)(cc)(ß)(αα)(ααα).

Eine gewisse Effizienzminderung ist aber vorhanden, als daß der Zeitpunkt der Ermittlung der Infektion um maximal 8 Tage bis zum Negativbefund aufgeschoben wird.

Fraglich ist, ob dieser Aufschub wesentlich ist vor dem Hintergrund des gesundheitsrechtlichen Ziels einer Durchbrechung von Übertragungsketten.

Angesichts der Qualifikation und der Professionalität des Personals in einer Isolierstation dürfte durch die Verlängerung des Aufenthalts kein wesentlich höheres Risiko einer Erregerübertragung entstehen.

Bei etwaigen Symptomen nach maximal 10 Tagen könnte gegenüber A genauso wie nach einem Positivbefund infolge der Blutentnahme das übliche Seuchenbekämpfungsinstrumentarium der §§ 34 ff. (insbesondere § 37 I und II) angeordnet werden, wobei bei einem Kranken im Sinne von § 2 Nr.1 die praktische Konkordanz zwischen Volksgesundheit auf der einen und Freizügigkeit, körperlicher Unversehrtheit, Religionsfreiheit und Freiheit der Person eindeutig zugunsten des Gesundheitsschutzes ausfällt<sup>361</sup>.

Damit ist der Vorschlag des A aus Sicht der theoretischen Seuchenbekämpfung eine wesentlich mildere, aber nur unwesentlich ineffizientere Lösung. Dieses Ergebnis könnte noch in Zweifel gezogen werden falls eine die vorgetragene Kostenerhöhung und die höhere Auslastung einen wesentlichen Effizienzverlust verursachen.

Die konkrete Absonderung A wird durch die Verlängerung von ca. zwei auf ca.10 Tage sicherlich um den Faktor 5 teurer, zumal die ersparte Blutentnahme durch den erhöhten Beobachtungsaufwand ausgeglichen wird. In der Gesamtkalkulation der Isolierstation wird sich der Einzelfall des A jedoch nicht signifikant auswirken.

Angesichts der Tatsache, daß nicht viele Einreiseinteressenten aus Indien jener wischnuitischen Sekte angehören und eine derart radikale Auslegung des Karmagesetzes ausleben, wird

---

<sup>361</sup> Das vorgetragene Ansinnen einer Rückreise im Falle der Krankheit ist völlig inakzeptabel, da eine Gefährdung anderer Reisender unzumutbar und kontraproduktiv ist.

durch den längeren Aufenthalt auch die Gesamtauslastung der Station nicht signifikant erhöht.

Außerdem widerspricht es dem relativen Wesenskern der Religionsfreiheit, falls diese von der Verwaltungsbehörde hemmungslos dem Budgetschutz untergeordnet wird.

Darüber hinaus ist es Aufgabe des Gesetzgebers, ausdrücklich zu regeln, unter welchen Voraussetzungen der Bürger die Kosten eines Verwaltungsverfahrens tragen soll, wie es beispielsweise für die Ersatzvornahme geschehen ist.

Weiterhin enthält die von A vorgeschlagene Lösung eine viel mildere, nur unwesentlich ineffizientere Bedingung, so daß die von der Behörde angeordnete Nebenbestimmung der Blutentnahme nicht erforderlich ist. Der Genehmigungsbescheid verstößt gegen das Übermaßverbot.

#### **4. Ergebnis**

Der Genehmigungsbescheid mit der Nebenbestimmung der Blutentnahme ist evident rechtswidrig.

Daher ist der Streit über den Maßstab der Begründetheitsprüfung nicht entscheidungsrelevant<sup>362</sup>. Da der Antragsteller A als Adressat der Maßnahme durch den Verstoß gegen das Übermaßverbot insbesondere in der Religionsfreiheit verletzt wird, ist der Antrag auf Anordnung des Suspensiveffekt eines späteren isolierten Widerspruchs gegen die Blutentnahmebedingung grundsätzlich begründet.

#### **VI. Materielle Teilbarkeit**

Es erscheint unsicher, ob die etwaige Rechtswidrigkeit des Restverwaltungsakts die Begründetheit des Antrags ausschließt.

##### **1. These der materiellen Teilbarkeit**

Eine Auffassung verneint die Begründetheit der isolierten Anfechtungsklage, falls der verbleibende Restverwaltungsakt zweck- oder rechtswidrig ist<sup>363</sup>.

Ein Restverwaltungsakt ist rechtmäßig, wenn die Behörde diesen so hätte erlassen müssen oder bei Ermessen hätte erlassen

---

<sup>362</sup> s. B.II.

<sup>363</sup> BVerwG, NVwZ 1984, S.366 [4.Senat]; OVG Münster; DVBl 1991, 1366; Erichsen, Jura 1990, S.214 ff., S.217; E-M, Verwaltungsrecht, § 14 Rz 33; Wolff-Bachof-Stober, VwRI I, § 47 Rz 24.

dürfen. Diese Erwägungen lassen auf den akzessorischen Antrag nach § 80 V 1 Var.1 VwGO übertragen.

## **2. These der Teilaufhebung aller Verwaltungsakte**

Die konträre Auffassung akzeptiert die Begründetheit sämtlicher Teilanfechtungsklagen<sup>364</sup>, so daß wegen der Akzessorietät ein Antrag nach § 80 V 1 Var.1 VwGO stets begründet ist.

## **3. Stellungnahme**

Für die zweite Ansicht kann angeführt werden, das die Anfechtungsklage und der Antrag nach § 80 V 1 Var.1 VwGO kassatorisch, nicht reformatorisch wirken sollen, so daß das VG nur rechtswidrige Regelungen aufheben soll, ohne sich mit den Folgewirkungen jenseits des Antrags zu beschäftigen.

Die Frage nach der Rechtswidrigkeit des Restverwaltungsakts wird nun irrelevant.

Die erste Auffassung entgegnet, daß das VG wie jedes Staatsorgan an das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III gebunden ist, so daß die Anfechtungsklage niemals das Ziel haben darf, einen rechtswidrigen Zustand zu Lasten eines Beteiligten gegen den nächsten zu Lasten des anderen auszuwechseln.

Darüber hinaus ist mit der Dolo-Agit-Einrede die Widersprüchlichkeit eines Antragstellers zu kritisieren, der eine isolierte Anfechtung von materiell unteilbaren Verwaltungsakten begehrt: Er beantragt beim Gericht eine Rechtsschutzgewährung, die de facto nur zur den einen rechtswidrigen Zustand gegen einen anderen rechtswidrigen Zustand auswechselt.

Ferner läßt sich das Kriterium der materiellen Teilbarkeit aus §44 IV VwVfG analog ableiten, so daß die Teilrechtswidrigkeit eines VA die Rechtswidrigkeit des gesamten VA erzeugt, wenn der nichtige, d.h. analog rechtswidrige, Teil so wesentlich ist, daß die Behörde bei hypothetischer Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung den gesamten VA nicht erlassen hätte<sup>365</sup>.

Dies gilt vor allem, wenn die isolierte Anfechtung untragbare Ergebnisse erzeugt:

---

<sup>364</sup> Laubinger, VerwArch Bd. 73, 1982, S.345ff., S.361, 363 u. 368; Mutschler, Nebenbestimmungen, S.82.

<sup>365</sup> Cöster, Kassation, S.50 und 54; Wolff-Bachhoff-Stober, VwR I, § 47 Rz 24.

Gerade im Seuchenpolizeirecht ist die Schnelligkeit behördlicher Maßnahmen wesentliches Element der Gefahrenabwehr-effizienz. Eine Teilaufhebung würde der Untersuchungsbedingung würde A vor dem Ende der Latenzzeit zur Weiterreise berechtigen. Dann müßte die Gesundheitsbehörde schon eine logische Sekunde erneut handeln. Das ist aber unrealistisch und ineffektiv. Damit ist der These von der materiellen Teilbarkeit zu folgen.

#### **4. Subsumtion unter das Teilbarkeitskriterium**

Der Restverwaltungsakt infolge einer Teilaufhebung der Untersuchungsbedingung besteht in einer Einreisegenehmigung mit einer 48-stündigen Quarantäne.

Einen solchen VA hätte eine verständige Gesundheitsbehörde in hypothetischer Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Blutentnahmebedingung niemals erlassen gemäß § 44 IV HessVwVfG analog, weil 48h Quarantäne gar nicht die Latenzzeit für Pokken abbilden. Damit tritt eine komplette Rechtswidrigkeit des VA ein. Deshalb ist die Untersuchungsbedingung nicht materiell teilbar. Folglich wäre eine Anfechtungsklage unbegründet. Daher ist akzessorisch der Antrag auf Anordnung des Suspensiveffekts nach § 80 V 1 Var.1 VwGO unbegründet.

*Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung auf Teilverpflichtung der Behörde zur Aufhebung der Blutentnahmebedingung und auf Neuerlaß einer Quarantänebedingung für den Rest der Latenzzeit gemäß § 123 I VwGO*

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet aus §§ 123 II 1, 40 I 1 VwGO entsprechend<sup>366</sup>.

##### **II. Statthaftigkeit des Antrags**

Die Statthaftigkeit eines Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung richtet sich nach dem Begehren des Klägers gemäß §§ 123 IV, 122 I, 88 VwGO.

---

<sup>366</sup> s. 80-V-Antrag, A.I.



Aufgrund der Unbegründetheit eines Antrags nach § 80 V VwGO kann sich das maßgebliche objektive Interesse des A nur noch auf die Verpflichtung der Behörde zum Neuerlaß des gesamten VA oder die Aufhebung der Nebenbestimmung und Erlaß einer milderer Nebenbestimmung richten, so daß § 123 V VwGO nicht eingreift.

### **1. These von der Verpflichtungsklage auf Neuerlaß**

Teilweise wird bei einer an der Statthaftigkeit oder Teilbarkeit scheiternden isolierten Anfechtungsklage, beziehungsweise des aus diesen Gründen scheiternden Antrags nach § 80 V 1 Var.1 VwGO, sofort eine Verpflichtungsklage auf Neuerlaß des gesamten VA mit einer anderen Nebenbestimmung erwo-gen gemäß § 113 V 1 VwGO<sup>367</sup>.

Für diese Ansicht wird zunächst einmal die Rechtsklarheit angeführt, die durch eine Verpflichtung der Behörde zur Aufhebung des Bescheids mit einer Neubescheidung entstehen soll<sup>368</sup>.

Weiterhin könnte für diese Auffassung sprechen, daß die gegenwärtige Einreisegenehmigung teilrechtswidrig und infolge der materiellen Unteilbarkeit vollständig rechtswidrig ist.

Diese Auffassung geht jedoch zu weit, weil die aus der Teilrechtswidrigkeit folgende komplette Rechtswidrigkeit aus § 44 IV analog VwVfG nicht dazu führen darf, daß der Kläger rechtlich wie der Adressat eines nichtigen VA behandelt wird nach § 44 IV VwVfG direkt.

Genau diese Folge bewirkt die erste Auffassung, weil die Auslegung des Begehrens des A als Verpflichtungsklage auf Neuerlaß den A zunächst auf den Status vor Erteilung jedweder Einreisegenehmigung zurückwirft. Dies ist gerade nicht in seinem Interesse.

Die Neuverpflichtungsklage ist nur in jener Konstellation zwingend, in der ein Kläger Adressat eines begünstigenden VA mit rechtswidriger Nebenbestimmung ist und wegen des Er-

---

<sup>367</sup> BVerwGE 29, 261,264; Weyreuther, DVBl 1969, S. 232, S.235; Ehlers, VerwArch Bd. 67, 1976, S.369 ff., S.371; Assfalg, BB 1967, S.190 ff., S.192; Lange AöR Bd. 102, 1977 S.337 ff., S.367; Pietzner JA 1972, S.47 ff., S.49.

<sup>368</sup> Menger, VerwArch Bd. 54, 1963, S.198 ff., S. 202.

messensspielraums der Behörde keinen Anspruch auf Neuerlaß hat, so daß im Hauptverfahren ein Bescheidungsurteil nach § 113 V 2 sinnvoll erscheint. Dieser Fall ist aber hier nicht gegeben.

## **2. Lehre von der Teilverpflichtungsklage**

Nach der Lehre von der Teilverpflichtungsklage wird zuerst ein Teilverpflichtungsantrag erwogen auf Verpflichtung der Behörde zur Aufhebung der gerügten und auf Neuerlaß einer weniger belastenden Nebenbestimmung<sup>369</sup>.

Für diese Auffassung spricht zunächst der die Teilverpflichtung andeutende Wortlaut des § 113 V 1 VwGO [„soweit“].

Zudem beruht die erste Auffassung noch auf der früheren prozeßrechtlichen Situation, in der mangels Verpflichtungsklage nur ein Anfechtungsantrag mit anschließendem Behördenantrag auf Neubescheidung möglich war<sup>370</sup>.

## **3. Stellungnahme**

Die zweite These fördert das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers optimal, da der begünstigende Regelungskern nicht angerührt wird<sup>371</sup>, so daß der Kläger während des Verfahrens die aufgenommene Tätigkeiten im unstreitigen Bereich fortführen kann.

Die erste Auffassung bewirkt wegen der Ausweitung des Streitgegenstand auf den gesamten Bescheid eine Kostensteigerung, während die zweite Ansicht den Streitgegenstand auf die Nebenbestimmungen begrenzt und damit Streitwert und Prozeßrisiko gering hält<sup>372</sup>.

Weiterhin sichert diese Auffassung die Effizienz des Widerspruchsverfahrens, weil eine taktierende Behörde auf der Basis der ersten Ansicht viel leichter zum Widerspruchsbescheid oder unfairen Kompromiß tendiert, wenn sie weiß, daß der Bürger im Prozeß auch den begünstigenden Teil des VA auf das Spiel setzen muß<sup>373</sup>.

---

<sup>369</sup> Schenke, JuS 1983, S. 183 ff., S.187; Elster, Verwaltungsakte, S.323.

<sup>370</sup> Elster, Verwaltungsakte, S.327 und 329.

<sup>371</sup> Elster, Verwaltungsakte, S.326.

<sup>372</sup> Elster, Verwaltungsakte, S.329.

<sup>373</sup> Elster, Verwaltungsakte, S.328.

Darüber hinaus bewirkt die Verpflichtung der Behörde zur Aufhebung der alten und zum Neuerlaß einer anderen Nebenbestimmung keine Gefahr einer rechtswidrigen Begünstigung des Adressaten, weil die Behörde den Austausch zeitgleich verfügen kann.

Ferner gewährleistet allein die Auffassung, daß A bereits während des Aufenthalts in der Isolierstation nicht mehr von dem präventiven Verbot der Einreise erfaßt wird.

Der zweiten Ansicht ist zu folgen.

A begehrt Aufhebung der Blutentnahmebedingung und Erlaß einer mildereren Nebenbestimmung zu einem begünstigenden VA, welcher sich nicht erledigt hat, so daß ein Teilverpflichtungsantrag statthaft ist nach § 42 I Var.2 entsprechend.

#### **4. Regelungsanordnung § 123 I 2 VwGO**

Der Antrag des A könnte auf den Erlaß einer Regelungsanordnung gerichtet sein nach § 123 I 2 VwGO.

Dies setzt voraus, daß ein mögliches Rechtsverhältnis besteht, aus dem ein mögliches subjektives öffentliches Recht des Antragstellers auf Erlaß einer Maßnahme folgt, so daß das Gericht eine vorläufige Regelung dieses Rechtsverhältnisses treffen soll zur Erweiterung des Rechtskreises<sup>374</sup>.

Teilweise wird nicht differenziert und universell die Regelungsanordnung herangezogen<sup>375</sup>, ohne daß dies ergebnisrelevant ist.

Ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 123 I 2 VwGO soll wie bei § 43 I VwGO eine Rechtsbeziehung zwischen zwei Parteien aufgrund einer Norm in Verbindung mit einem bestimmten Lebenssachverhalt darstellen<sup>376</sup>. Teilweise wird jenes abweichend definiert als hoheitlicher Eingriff in die Rechtsstellung einer Privatperson, der auch durch Versagung von Leistungsrechten erfolgen kann<sup>377</sup>. Die Variation wirkt sich nicht aus.

---

<sup>374</sup> Erichsen, Jura 1984, S.644 ff., S.647; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz18; Schoch, Übungen, S.338.

<sup>375</sup> Teils wird die Unterscheidung nach dem Wortlaut gefordert [Erichsen, Jura 1984, S.644 ff. S.646 m.w.N.], teils abgelehnt [Dressel, BayVBl 1995, S.388 ff., S. 393 m.w.N.].

<sup>376</sup> BVerwGE 14, 235, 236; idem BayVBl 1976, S.373f., S.374.; Erichsen, Jura 1984, S.644, S. 647.

<sup>377</sup> Quaritsch, VerwArch Bd. 51, 1960, S.342 ff., S.343.

Aus dem präventiven Verbot der Einreise aus § 37a folgt eine konkrete Rechtsbeziehung zwischen A und dem Träger der Behörde wegen eines konkreten Einreiseinteresses mit einem Klärungsbedarf bezüglich der Nebenbestimmung, so daß ein mögliches Rechtsverhältnis besteht.

Aus dem Regelungsmechanismus des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt nach § 37a<sup>378</sup> folgt wegen des vorsorglichen normativen Eingriffs in die Grundrechte aus Art. 11 I, 2 II 1 Var.2, 4 I-II und 2 II 2<sup>379</sup> ein reflektierender Anspruch<sup>380</sup> des A auf Erlaß einer Einreisegenehmigung anhand der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage aus § 37a I 1.HS..

Dieser Anspruch ist wegen seiner Orientierung am Übermaßverbot auf die Erteilung der mildesten und gleichzeitig effektiven Nebenbestimmung gerichtet<sup>381</sup>.

Da die Behörde den Erlaß der begehrten mildereren, nur wenig ineffizienteren, Quarantänebedingung unterließ, hat A möglicherweise ein subjektives öffentliches Recht auf Aufhebung der unverhältnismäßigen Blutentnahmebedingung und auf Erlaß einer bloßen Quarantänebedingung.

Weil A gegenwärtig noch dem präventiven Einreiseverbot des § 37a ausgesetzt ist wegen der fehlenden inneren Rechtswirksamkeit des Einreisebescheids infolge des Nichteintritts der zwar rechtswidrigen, aber rechtswirksamen Blutentnahmebedingung, möchte A seinen Rechtskreis durch eine vorläufige Anordnung des Gerichts an die Behörde so erweitern, daß das Gericht die Behörde anhält, die gegenwärtige Untersuchungsbedingung aufzuheben und eine mildere Quarantänebedingung für die gesamte Latenzzeit zu erlassen.

Nur so könnte A die innere Rechtswirksamkeit des Einreisebescheids ohne Glaubenskonflikt herbeiführen. Daher ist nach dem Begehren des A eine vorläufige Regelungsanordnung i.S.v. § 123 I 2 VwGO statthaft.

---

<sup>378</sup> präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt: *80-V-Antrag*: A.II.1.a.d)(4).

<sup>379</sup> präventiver Eingriff in die Grundrechte: *80-V-Antrag*: B.V.1.b.c)(2)-(4)

<sup>380</sup> Subjektives öffentliches Recht aus § 37a: *80-V-Antrag*: B.V.1.a.

<sup>381</sup> Bindung der Behörde an das Übermaßverbot und Verstoß durch Erlaß der Blutentnahmebedingung: *80-V-Antrag* B.V.3.c.

### **III. Besondere Sachentscheidungs Voraussetzungen**

#### **1. Antragsbefugnis**

Die Antragsbefugnis wird für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung teils aus § 42 II Var.2 VwGO analog entnommen<sup>382</sup>, falls im Hauptverfahren ein Verpflichtungsantrag besteht, teils aus § 123 III, 920 II ZPO<sup>383</sup>, teils aus der allgemeinen Prozeßführungsbefugnis<sup>384</sup>, ohne daß dieser Streit ergebnisrelevant ist.

Da der mögliche Anordnungsanspruch schon bei der Statthaflichkeit der Regelungsanordnung relevant war, ist A nach allen drei Ableitungen des Popularklageausschlusses bereits antragsbefugt, falls nach seinem substantiierten Sachvortrag der Anordnungsgrund der Abwendung eines wesentlichen Nachteils nach § 123 I 2 Var.1 möglich erscheint.

Weil die Genehmigung vor Eintritt der Untersuchungsbedingung nicht wirksam ist, gilt das präventive Verbot des § 37a fort, so daß ein Ausweisungsverwaltungsakt mit möglicher Vollziehung durch Abschiebung denkbar ist. Deshalb droht ihm ein wesentlicher Nachteil nach § 123 I 2 Var.1 VwGO.

Teilweise wird für die Antragsbefugnis weitergehend gefordert, daß die möglichen Anordnungsansprüche und -gründe glaubhaft gemacht werden<sup>385</sup>. Dies ist jedoch abzulehnen mit einem arg. a maiore ad minus aus §§ 123 III VwGO, 921 II ZPO entsprechend<sup>386</sup>: Das Gericht darf selbst die Begründetheit unabhängig von der Glaubhaftmachung beurteilen, so daß die Glaubhaftmachung kein Maßstab der Zulässigkeit ist.

#### **2. Richtiger Antragsgegner § 78 I Nr.1 VwGO analog**

Die Stadt Frankfurt ist richtiger Antragsgegner aus § 78 I Nr.1 VwGO analog.

### **IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

#### **1. Gerichts- und Parteibezug**

Ordnungsgemäße Antragstellung ist zu unterstellen gemäß

---

<sup>382</sup> VGH Mannheim, ESVGH 18,31,33; Papier, JA 1979, S.646 ff., S. 647.

<sup>383</sup> Weides, JuS, 1982, S.49, S.50; Lippert, NJW 1976, S.881 f., S.881.

<sup>384</sup> Erichsen, Jura 1984, S.644 ff., S.649; Redeker-vOertzen, VwGO, § 42 Rz 26.

<sup>385</sup> Brühl, JuS 1995, S.916 ff., S.918; Kopp, VwGO, § 123 Rz 24.

<sup>386</sup> OVG Bautzen, SächsVBl 1997, S.272; Kopp-Schenke, § 123 Rz 20.

§§ 81-82 VwGO entsprechend. §§ 61 und 62 VwGO sind gewahrt.

## **2. Streitgegenstandsbezug**

### **a. Einleitung des Hauptsacheverfahrens?**

Ein Antrag nach § 123 I 2 VwGO setzt keine Einleitung des Hauptsacheverfahrens voraus<sup>387</sup>, weil § 123 I 2 durch die Formulierung „auch“ den ausdrücklichen Verzichtshinweis in § 123 I 1 VwGO übernimmt.

### **b. vorheriger Behördenantrag?**

Es wird uneinheitlich beurteilt, ob vor dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung regelmäßig ein vorheriger Antrag bei der Behörde erforderlich ist als einfachere Rechtsschutzmöglichkeit<sup>388</sup> oder ob dies generell entbehrlich ist<sup>389</sup>.

Jedoch erkennt auch die erste Auffassung in Ausnahmefällen den sofortigen Eilantrag an, falls sich die wesentlichen Nachteile in nächster Zukunft realisieren können und von der Behörde keine rasche, erfreuliche Entscheidung erwartet werden kann<sup>390</sup>. Zunächst greift das präventive Verbot auf vielfältige Weise in die Grundrechtssphäre des A ein<sup>391</sup>. Außerdem hat A den geschilderten normativen Anspruch auf Erlaß der Einreisegenehmigung.

Da die gegenwärtige Einreisegenehmigung noch nicht wirksam geworden ist, wird sein Anspruch nicht nur mißachtet, sondern es droht die drastische Folge der Ausweisung und Abschiebung in naher Zukunft. Deshalb besteht ein besonderes Eilbedürfnis.

Darüber hinaus erwiderte die Behörde das Kompromißangebot des A hartnäckig mit Budgetinteressen, so daß kein Anhalt für ein Entgegenkommen besteht. Deswegen ist selbst nach der ersten Ansicht ausnahmsweise kein Behördenantrag notwendig. Die Streitentscheidung kann dahinstehen.

---

<sup>387</sup> Schenke, JZ 1996, S.1155 ff., S.1166; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 18.

<sup>388</sup> OVG Magdeburg, NVwZ-RR 1996, S.75 f., S.76; VGH Kassel, NVwZ 1989, S.1183 f., S.1184; VGH Mannheim, DVBl 1989, S.1197, S.1198; Schenke, JZ 1996, S.1155 ff., S.1167; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 22.

<sup>389</sup> OVG Bautzen SächsVBl 1994, S.113 f., S.114; OVG Greifswald, LKV 1994, S.225.

<sup>390</sup> VG Ansbach, NVwZ 1986, S.75; Brühl, JuS 1990, S.916 ff, S.918; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 22.

<sup>391</sup> normativer Eingriff in die Grundrechte: *80-V-Antrag*: B.V.1.b.c)(2)-(4)

## **B. Begründetheit**

Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Regulationsanordnung ist begründet, falls ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht wird aus §§ 123 I 2, § 123 III VwGO, §§ 920 II, 294 ZPO entsprechend und sofern das VG keine denkbare Ermessensentscheidung gegen deren Erlaß schlechthin [Entschließungsermessen] oder gegen die begehrte Verpflichtung der Behörde zur Aufhebung der Blutentnahmebedingung und zum Erlaß einer milderen Bedingung trifft [Auswahlermessen] gemäß § 123 I 2 VwGO [arg. ex „auch“ ] i.V.m. § 123 I 1 VwGO [„kann“].

### **I. Anordnungsanspruch**

#### **1. These vom Rechtsverhältnis als Anordnungsanspruch**

Nach einer Auffassung ist ein Regulationsanordnungsanspruch bereits vorhanden, wenn ein konkretes klärungsbedürftiges Rechtsverhältnis zwischen A und dem Behördenträger besteht gemäß § 123 I 2, III VwGO, § 920 II Var.1 ZPO entsprechend<sup>392</sup>. Aus dem präventiven Verbot der Einreise aus § 37a folgt eine konkrete Rechtsbeziehung zwischen A und dem Träger der Behörde wegen eines konkreten Einreiseinteresses mit einem Klärungsbedarf bezüglich der Nebenbestimmungen. Es besteht nach dieser Auffassung ein Anordnungsgrund.

#### **2. These vom Rechtsverhältnis mit einem subjektiven Recht als Anordnungsanspruch**

Die konträre Ansicht definiert den Anordnungsanspruch nach § 123 I 2, III VwGO, § 920 II Var.1 ZPO so, daß ein Rechtsverhältnis aus § 123 I 2 VwGO bestehen muß und jenes ein subjektives öffentliches Recht des Antragstellers gegen den Antragsgegner hervorbringt, welches das Begehren des Antragstellers im Hauptsacheverfahrens untermauert<sup>393</sup>.

#### **3. Stellungnahme**

Der Wortlaut von § 123 I 2 VwGO fördert die erste These, da

---

<sup>392</sup> Erichsen, Jura 1984, S.644, S.651; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 23.

<sup>393</sup> VGH München, BayVBl 1978, S.337ff., S.338; OVG Münster NJW 1982, S.2517; OVG Lüneburg DVBl 1972, S.958 f., S.959; idem DVBl 1974, S.881; OVG Bremen VerwRspr Bd.27, S.490 ff., S.492; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 8; Weides JuS 1982, S.49 ff., S.50; Brühl, JuS 1995, S.916 ff., S.918; Finkelnburg-Jank, Rechtsschutz, Rz. 150-151.

im Gegensatz zu § 123 II 1 VwGO kein subjektives öffentliches Recht erwähnt wird, sondern nur ein Rechtsverhältnis.

Die zweite Auffassung kann sich jedoch auf den Wortlaut des § 920 II Var.1 ZPO [„Anordnungsanspruch“] berufen, so daß die Wortlautargumentation nicht zu einem schlüssigen Ergebnis beiträgt.

Die extensive Auffassung könnte sich auf das Prinzip stützen, daß die VwGO ein System zum Schutz subjektiver öffentlicher Rechte bildet, so daß jeder Rechtsbehelf immanent eine subjektive rechtliche Grundlage benötige<sup>394</sup>.

Dieses Argument wird jedoch durch die Ausnahmen der objektiven Rechtsbeanstandungsverfahren aus § 47 VwGO und die Feststellungsklagen aus § 43 I Var.1-2 VwGO entkräftet.

Für das enge Verständnis des Anordnungsanspruchs spricht, daß § 123 III VwGO den § 920 II Var.1 ZPO nur entsprechend heranziehen möchte.

Dies deutet auf eine Rechtsfolgenverweisung hin, so daß man als „Anordnungsanspruch“ des § 920 ZPO das Rechtsverhältnis im Sinne von § 123 I 2 VwGO zu verstehen hat.

Dies wird durch die Teleologie des § 920 II Var.1 ZPO verstärkt, da diese Norm im Zivilrecht gar nicht den Arrestanspruch selbst normiert, sondern nur eine Beweiserleichterung für den in § 916 ZPO geregelten Anordnungsanspruch festlegt<sup>395</sup>.

Folglich ist der Anordnungsanspruch eng zu definieren und mit der ersten Auffassung anzuerkennen.

## **II. Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs**

Da laut Sachverhalt der Anordnungsanspruch überwiegend wahrscheinlich ist, ist eine Glaubhaftmachung vorhanden gemäß § 123 III VwGO, §§ 920 II Var.1, 294 ZPO entsprechend.

## **III. Anordnungsgrund**

A könnte sich darauf berufen, daß die Anordnung nötig sei zur Abwendung wesentlicher Nachteile gemäß 123 I 2 Var.1 VwGO.

---

<sup>394</sup> Finkelnburg-Jank, Rechtsschutz, Rz 151; P-R, Assessorexamen, § 58 Rz 12.

<sup>395</sup> Erichsen, Jura 1984, S.644 ff., S.651.



## **1. Wesentlicher Nachteil**

Ein tatsächlich drohender wesentlicher Nachteil könnte sich ergeben aus der bereits in der Statthaftigkeit angestellten Erwägung<sup>396</sup>: Da der durch Blutentnahme aufschiebend bedingte Genehmigungsbescheid ist gegenwärtig noch nicht wirksam ist, gilt das präventive Verbot des § 37a fort, so daß ein Ausweisungsverwaltungsakt mit möglicher Vollziehung durch Abschiebung droht. Aufgrund der diskriminierenden und finanziellen Folgen, ist ein wesentlicher Nachteil vorhanden gemäß § 123 I 2 Var.1 VwGO.

## **2. Erforderlichkeit der Anordnung**

Eine Regelungsanordnung erscheint nötig, falls das Interesse des A an einer vorläufigen Veränderung des Status quo das Interesse des Stadt Frankfurt an der Fixierung des Status überwiegt. Der konkrete Maßstab ist umstritten.

### **a. Lehre von der kumulativ materiell-akzessorisch-irreparablen und offenen Abwägung**

Nach einer Auffassung überwiegt das Interesse des Antragstellers das gegnerische Interesse, falls der Antragsteller offensichtlich, d.h. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, ein subjektives öffentliches Recht aus dem glaubhaft gemachten Rechtsverhältnis hat und die Gefahr irreparabler Nachteile bis zur Entscheidung des späteren Hauptverfahrens besteht [primäre materiell akzessorische Abwägung]<sup>397</sup> oder falls der Antragsteller eine annähernd gleiche Erfolgs- oder Mißerfolgchance im Hauptverfahren hat und ihm eine umfassende Güterabwägung zum Vorteil gereicht [sekundäre offene Abwägung]<sup>398</sup>.

Für diese Ansicht spricht, daß die ratio legis des einstweiligen Rechtsschutzes als außerordentliches System des Anspruchssicherung nach Art. 19 IV nur dort greift, wo das endgültige, nachträgliche, Entscheidungserkenntnisrechtsschutzverfahren versagt, so daß die bloße Erfolgsaussicht der Hauptsache nicht

---

<sup>396</sup> s.o. A.II.4.

<sup>397</sup> Erichsen, Jura 1984, S.644 ff., S.651 und 652.

<sup>398</sup> Erichsen, Jura 1984, S.644 ff., S.651 und 652.

allein maßgeblich sein darf für den Anordnungsgrund<sup>399</sup>.

### **b. These der kumulativ materiell-akzessorischen und offenen Abwägung**

Die Gegenthese vereinfacht den dargestellten Maßstab, indem die materiell-akzessorische Abwägung bereits erfolgreich verlaufen soll, wenn das Vorhandensein des subjektiven öffentlichen Rechts des Antragstellers aus dem Rechtsverhältnis überwiegend wahrscheinlich ist<sup>400</sup>. Es kommt also nicht auf ein spezifisches Eilinteresse zur Abwendung irreparabler Folgen an.

### **c. Vermittelnde Auffassung**

Eine vermittelnde Auffassung variiert die These der zweiten Meinung dergestalt, daß aus der überwiegenden Erfolgsaussicht im Hauptverfahren eine Regelvermutung für den Anordnungsgrund folgen soll<sup>401</sup>, welche bei evident fehlender Eilbedürftigkeit überwunden wird.

### **d. Stellungnahme**

Eine Streitentscheidung ist entbehrlich, wenn die strengen Kriterien der ersten Auffassung erfüllt sind.

Dazu kann die Erwägung in der Statthaftigkeit herangezogen werden<sup>402</sup>: Aus dem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach § 37a<sup>403</sup> folgt wegen des vorsorglichen normativen Eingriffs in die Grundrechte aus Art. 11 I, 2 II 1 Var.2, 4 I-II und 2 II 2<sup>404</sup> ein reflektierender Anspruch<sup>405</sup> des A auf Erlaß einer Einreisegenehmigung anhand der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nach § 37a I 1.HS. Formelle Rechtmäßigkeit besteht.

Dieser Anspruch ist wegen seiner Orientierung am Übermaßverbot auf die Erteilung der mildesten und gleichzeitig effekti-

---

<sup>399</sup> Erichsen, Jura 1984, S.644 ff., S.652; FinkelInburg-Jank, Rechtsschutz, Rz 177; Brühl, JuS 1995, S.916 ff., S.918.

<sup>400</sup> OVG Münster, OVGE 19,81,83; VGH Mannheim, ESVGH 16,102,103; VGH München BayVBl 1976, S.274, S.275; OVG Berlin, DÖV 1982, S.751.

<sup>401</sup> Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 25.

<sup>402</sup> s.o. A.II.4.

<sup>403</sup> präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt: *80-V-Antrag*: A.II.1.a.d)(4).

<sup>404</sup> präventiver Eingriff in die Grundrechte: *80-V-Antrag*: B.V.1.b.c)(2)-(4)

<sup>405</sup> Subjektives öffentliches Recht aus § 37a: *80-V-Antrag*: B.V.1.a.

ven Nebenbestimmung gerichtet<sup>406</sup>. Da die Behörde die begehrte erheblich mildere, nur wenig ineffizientere Bedingung zehntägiger Quarantäne nicht gewählt hat, steht A ein subjektives öffentliches Recht auf Aufhebung der unverhältnismäßigen Blutentnahmebedingung und auf Erlaß der langen Quarantänebedingung zu.

Deshalb hat A definitive Erfolgsaussicht im Hauptverfahren. Die Gefahr irreparabler Nachteile durch den Verzicht auf eine Verpflichtung der Behörde zur vorläufigen Aufhebung der Blutentnahmebedingung und zum vorläufigen Erlaß einer Quarantänebedingung von zehn Tagen folgt aus den Erwägungen zum wesentlichen Nachteil, weil A durch die drohende Ausweisung mit Abschiebung nach Indien zurückkehren und damit seinen aus den Grundrechten folgenden Handlungsspielraum für sein gegenwärtiges Einreiseinteresse vollständig verloren hätte, zumal zum Zeitpunkt der Entscheidung des VG im Hauptsacheverfahren der anvisierte Urlaubszeitraum in Köln weit in der Vergangenheit liegen wird. Deshalb ist nach allen Ansichten der Anordnungsgrund vorhanden und keine Streitentscheidung nötig.

#### **IV. Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes**

A hat den Anordnungsgrund glaubhaft gemacht gemäß § 123 III VwGO, §§ 920 II Var.2, 294 ZPO entsprechend.

#### **V. Ermessensentscheidung des Gerichts**

##### **1. Entschließungsermessen**

Es wird kontrovers beurteilt, ob das VG bei der Regelungsanordnung ein Entschließungsermessen ausüben darf.

##### **a. Lehre von der zwingenden Regelungsanordnung**

Eine Auffassung nimmt an, daß das VG zwingend eine Regelungsanordnung treffen muß<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> Bindung der Behörde an das Übermaßverbot und Verstoß durch Erlaß der Blutentnahmebedingung: *80-V-Antrag* B.V.3.c.

<sup>407</sup> Erichsen, Jura 1984, S.644 ff., S.652; Finkelnburg-Jank, Rechtsschutz, Rz 248; Huba, JuS 1990, S.983ff., S.989; P-R, Assessorexamen, § 58 Rz12; Redeker-v.Oertzen, VwGO, § 123 Rz 17; Quaritsch, VerwArch Bd. 51, 1960, S.210 ff., S.217; Schoch, VerwArch Bd.82, 1991, S.145 ff., S.164; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 23; Schoch-Schoch, VwGO, § 123 Rz 65; Franzke, NWVBl 1993, S.321 ff., S.323.

## **b. These vom Entschließungsermessen**

Die Gegenansicht billigt dem VG stets ein Entschließungsermessen zu<sup>408</sup>. Diese Auffassung konfliktiert mit der Effizienz des vorläufigen Rechtsschutzes nach Art. 19 IV 1, welche nicht durch ein Entschließungsermessen beiseite geschoben werden darf<sup>409</sup>.

## **c. Stellungnahme**

Für die bindende Anordnung läßt sich anführen, daß durch die schon erfolgte Bejahung des Anordnungsgrundes bereits ein starkes Übergewicht für eine vorläufige Regelung entstanden ist. Dies gilt insbesondere, wenn die drohenden irreparablen Folgen für A bereits festgestellt worden sind. Weiterhin sind kaum zusätzliche relevante Erwägungen auffindbar<sup>410</sup>. Daher ist ein Entschließungsermessen abzulehnen.

## **2. Auswahlermessen**

Das VG trifft eine Ermessensentscheidung, zu welchem vorläufigen Verhalten die Behörde verpflichtet werden soll.

Zum Schutz des A erscheint es grundsätzlich geboten, die Behörde vorläufig zur isolierten Aufhebung der rechtswidrigen Blutentnahmebedingung zu verpflichten und zum vorläufigen Neuerlaß einer Bedingung, welche sicherstellt, daß A so viele weitere Tage in Quarantäne auf der Isolierstation des Krankenhauses verbringt, bis die Latenzzeit überschritten wird und ein Negativbefund feststeht<sup>411</sup>.

Eine Entscheidung über die Kosten der freiwilligen Quarantäne für diese Tage erscheint jedoch nicht als so dringlich, daß eine vorläufige Regelung darüber erfolgen muß.

Das Gericht könnte jedoch von der begehrten Anordnung absehen, wenn diese gegen das Prinzip vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache verstößt.

---

<sup>408</sup> BVerfGE 51,268,280; OVG Bremen, NJW 1963, S.1842; OVG Koblenz, NVwZ-RR 1995, S.414; Kopp, VwGO, § 123 Rz 30.

<sup>409</sup> Schoch, Übungen, S.355.

<sup>410</sup> Erichsen, Jura 1984, S.644, S.652.

<sup>411</sup> Die exakte Anzahl der Tage ist abhängig von der schon „freiwillig“ im Krankenhaus verbrachten Zeit

### **a. These vom regelmäßigen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache**

Eine Auffassung begrenzt das Auswahlermessen des VG grundsätzlich in der Weise, daß es durch die Anordnung nicht einen Zustand herbeiführen darf, welcher das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens herbeiführt<sup>412</sup>. Dieser Grundsatz wird vielfältig durchbrochen, insbesondere dann, wenn irreparable Nachteile nur durch eine vorläufige Anordnung vermieden werden können<sup>413</sup>.

### **b. These der regelmäßigen Ablehnung des Vorwegnahmeverbots**

Die konträre Auffassung lehnt die dargestellte Begrenzung des Auswahlermessens prinzipiell ab<sup>414</sup>. Für diese Ansicht spricht, daß die erste Meinung durch ihre zahlreichen Ausnahmen keine Konsistenz besitzt. Außerdem ergibt die teleologische Auslegung des § 123 I 2 VwGO als vorläufige Regelung, daß ein Provisorium regelmäßig gar keine endgültige Vorwegnahme bewirken kann<sup>415</sup>.

Doch auch die zweite Auffassung ist zu Ausnahmen von ihrem Prinzip genötigt, wenn die Anordnung zu irreversiblen Nachteilen für den Antragsgegner führen würde<sup>416</sup>.

### **c. Stellungnahme**

Beide Thesen haben unterschiedliche Ausgangspunkte, um das gemeinsame Ziel zu erreichen: Es soll verhindert werden, daß der vorläufige Rechtsschutz seine Zielsetzung überschreitet, da er ausschließlich dazu dienen soll, den Interessenkonflikt für den gesamten Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung offen zu gestalten. Wegen der Zielidentität treffen sich beide Theorien letztlich in einer diffusen, kasuistischen Mitte, so daß keine Streitentscheidung erforderlich ist, falls sich der Antrag des A als Vorwegnahme der Hauptsache erweist, welche im Einzel-

---

<sup>412</sup> BFH 146, 394; OVG Berlin, NVwZ 1991, S.1198; OVG Hamburg NVwZ 1985, S.65; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 13 m.w.N.; Brühl, JuS 1995, S.916 ff., S.919.

<sup>413</sup> OVG Bautzen, SächsVBl 1997,S.13; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 14.

<sup>414</sup> Schoch, Risikoverteilung, S.1399; Huba, JuS 1990, S.983 ff., S.986.

<sup>415</sup> Huba, JuS 1990, S.983 ff., S.986; Quaritsch, VerwArch Bd.51, 1960, S.342ff., S.348.

<sup>416</sup> Huba, JuS 1990, S.983 ff., S.986.

fall wegen drohender irreparabler Nachteile für A hinzunehmen ist.

Durch die beantragte Anordnung erhält A sofort, was ihm eigentlich erst aufgrund der Entscheidung im Hauptsacheverfahren zusteht. Daher ist das Gericht prinzipiell an einer solchen endgültig wirkenden Maßnahme gehindert.

Ein Austausch der Bedingungen durch das Hauptsacheverfahren ist für A nicht hilfreich, da er bei lebensnaher Auslegung längst nach Indien zurückgekehrt sein wird, bevor die Entscheidung ergeht. Ausnahmsweise soll jedoch Art. 19 IV 1 gerade diese Vorwegnahme erzwingen, falls keine Alternative denkbar ist, um den Antragsteller vor den drohenden, wesentlichen und irreparablen Nachteilen zu schützen. So ist es hier. Darum wird das VG die Behörde zu den beschriebenen Maßnahmen verpflichtet. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung ist begründet. Das Gericht wird A anhalten, ein Hauptverfahren einzuleiten gemäß § 123 III VwGO, § 926 I ZPO entsprechend.

## **Zweiter Abschnitt**

### **Das Begehren des A auf Feststellung seines Rechts auf ungehinderte Einreise in das Bundesgebiet nach erfolgloser Durchführung eines Vorverfahrens**

Anwalt R kann im Namen des A erfolgreich eine Teil-Fortsetzungsfeststellungsklage erheben auf Feststellung, daß die Nichtaufhebung der gerügten Untersuchungsbedingung und der Nichterlaß der für ihn milderen Quarantänebedingungswidrig gewesen und er dadurch in seinen Rechten verletzt worden ist, falls diese zulässig und begründet ist.

#### **A. Zulässigkeit der Klage**

##### **I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet nach § 40 I 1 VwGO<sup>417</sup>.

##### **II. Statthaftigkeit der Klage**

Die Statthaftigkeit der Klage richtet sich nach dem Begehren des Klägers nach § 88 VwGO.

---

<sup>417</sup> s. Erster Abschnitt, 123-Antrag: A.I.

## 1. Teilverpflichtungsklage gemäß § 113 V 1 VwGO ?

Aus den Ausführungen zur Statthaftigkeit des Antrags auf Erlaß einer Regelungsanordnung folgt, daß A zum Zeitpunkt des Ersuchens um vorläufigen Rechtsschutzes im hypothetischen Hauptsacheverfahren eine Teilverpflichtungsklage auf Aufhebung der belastenden, rechtswidrigen Blutentnahmebedingung und den Neuerlaß einer für ihn höchstpersönlich milderen Bedingung einer Isolierung bis zum Erreichen einer zehntägigen Latenzzeit zu dem begünstigenden Einreisebescheid begehrt aus § 42 I Var.2 VwGO.

### a. Erledigung durch freiwillige Isolation?

Dieses Begehren könnte sich jedoch bereits erledigt haben, als R nach erfolglosem Vorverfahren die Klage beim VG einreicht. Beim Verfahren nach § 80 V VwGO wurde bereits ausgeführt, daß sich die gegenwärtigen kombinierten Nebenbestimmungen Blutentnahme mit nachfolgender zweitägiger Absonderung nicht durch eine freiwillige Absonderung beliebiger Dauer erledigen können<sup>418</sup>.

### b. Erledigung durch gerichtliche Anordnung?

Freilich könnte eine Erledigung eingetreten sein durch die Anordnung des VG zur Aufhebung der Blutentnahmebedingung nach § 123 VwGO<sup>419</sup> nach allen drei Erledigungstheorien<sup>420</sup>. Durch die vorläufige Aufhebung der Blutentnahmebedingung mit der ausnahmsweise zulässigen Vorwegnahme der Hauptsache tritt ebenfalls nach allen drei Ansichten keine Erledigung ein, falls das VG eine vorläufige Anordnungen jederzeit korrigieren kann gemäß §§ 936, 927 ZPO entsprechend<sup>421</sup> oder gemäß dem Rechtsgedanken aus § 80 VII VwGO analog<sup>422</sup> oder unter Heranziehung beider Rechtsgedanken<sup>423</sup>.

Gegen die Heranziehung von §§ 936, 927 ZPO spricht die enumerative Struktur von § 123 III VwGO, der jene Normen nicht erwähnt. Jedoch gelangen beide Auffassungen unter

---

<sup>418</sup> Erster Abschnitt *80-V-Antrag* A.II.2.d.d).

<sup>419</sup> Erster Abschnitt: *123-Antrag* B.V.2.

<sup>420</sup> Erster Abschnitt *80-V-Antrag* A.II.2.d.a)-c).

<sup>421</sup> OVG Hamburg, NVwZ-RR 1995, S.180 ff., S.181.

<sup>422</sup> VGH Kassel, NVwZ 1990, S.978; Kopp-Schenke, VwGO, § 123 Rz 35.

<sup>423</sup> VGH Mannheim, DVBl 1995, S.929.

Wahrung von Art. 19 IV 1 zum gleichen Ergebnis. Es ist keine Entscheidung nötig.

### **c. Erledigung durch Ausreise vor Klageerhebung**

Ferner könnte die Erledigung der belastenden rechtswidrigen Bedingungen im Sinne von § 43 II HessVwVfG erfolgt sein, als A noch vor einer Befassung des VG mit der Hauptsache den vierwöchigen Besuch in Deutschland beendet hat und nach Indien ausgereist ist.

#### **a) Ausreise vor der Entscheidung des VG**

Es wurde schon ausgeführt, daß A angesichts der üblichen Ausschöpfung der einen Monat währenden Widerspruchsfrist nach § 70 I VwGO und der anschließenden Bearbeitungsfrist der Behörde wahrscheinlich schon vor dem Erlaß des Widerspruchsbescheids ausgereist war<sup>424</sup>. Sicher ist er jedoch ausgereist zu dem Termin, an dem der Rechtsanwalt R nach dem hilfsweise zu unterstellenden Ausschöpfen der mindestens einen Monat dauernden Klagefrist die Klageschrift erhebt<sup>425</sup>.

#### **b) Erledigung**

Durch die Ausreise endet der sachliche Anwendungsbereich des präventiven Einreiseverbots nach § 37a und das konkrete Einreisebegehren des A gerade für einen vierwöchigen Elternbesuch ist ebenfalls weggefallen.

Deshalb fällt die rechtliche Beschwer der nach § 123 I 2 VwGO vorläufig suspendierten Untersuchungsbedingung endgültig weg im Sinne der ersten Erledigungstheorie<sup>426</sup>.

Ebenfalls wird es ab der Ausreise sinnlos nach der dritten Erledigungstheorie, die belastende Nebenbestimmung aufzuheben<sup>427</sup>. Daß die Sinnlosigkeit Folge eines Verhaltens des A ist, wäre nur dann bedenklich, falls A final rechtsmißbräuchlich tätig geworden wäre.

Einzig die strenge zweite Erledigungstheorie würde zusätzlich

---

<sup>424</sup> Erster Abschnitt 80-V-Antrag A.IV.2.a.a)(4)

<sup>425</sup> Bei Erledigung vor/während des Widerspruchsverfahrens oder vor Ablauf der Frist aus § 74 II, I VwGO Frist gilt eine einjährige Klagefrist gemäß §§ 58 I-II VwGO, da die FFK kein Widerspruchsverfahren voraussetzt (s.o.) und daher die Rechtsbehelfsbelehrung der Behörde in bezug auf das Vorverfahren unrichtig ist.

<sup>426</sup> Erster Abschnitt 80-V-Antrag A.II.2.d.a) und d).

<sup>427</sup> Erster Abschnitt 80-V-Antrag A.II.2.d.c) und d).



voraussetzen, daß sämtliche peripheren Nebenfolgen entfallen<sup>428</sup>: Da die Nebenfolgen der Geldaufwendungen für den vorübergehenden „freiwilligen“ Isolieraufenthalt nicht weggefallen sind, zumal er jenen Geldbetrag höchstens mit erfolgreichem Abschluß des Hauptverfahrens zurückerlangt<sup>429</sup>, müßte diese Auffassung eine Erledigung verneinen.

Die strenge Erledigungstheorie ist jedoch zu verwerfen, weil ein derart restriktiver Maßstab die § 43 II HessVwVfG und § 113 I 4 VwGO zur Bedeutungslosigkeit degradieren muß. Insbesondere aus der systematischen Positionierung des § 43 II zwischen den Rechtswirkungsnormen §§ 43 I, 41 und §§ 43 III, 44 HessVwVfG folgt, daß die Erledigung ein an die Wirksamkeit der Primärregelung gekoppeltes Institut sein muß. Daher ist die strenge „Erledigungstheorie“ abzulehnen und eine Erledigung anzunehmen.

Aus der Erledigung folgt, daß A kein Interesse mehr an der Verpflichtung der Behörde zur Aufhebung der Blutentnahmebedingung und zum Neuerlaß einer Bedingung zur Sicherstellung 10-tägiger Latenzzeit hat. Damit ist eine Teilverpflichtungsklage grundsätzlich nicht mehr statthaft.

## **2. FFK in der Verpflichtungssituation bei Erledigung vor Klageerhebung gemäß § 113 I 4 VwGO „zweifach“ analog**

Fraglich ist, ob § 113 I 4 VwGO auf die Erledigung eines Verpflichtungsantrags vor Klageerhebung analog angewendet werden kann. Dies setzt als ersten logischen Schritt die Anwendbarkeit des § 113 I 4 VwGO auf Anfechtungsbegehren voraus, die sich vor Klageerhebung erledigten

### **a. These einer Verpflichtungsklage trotz Erledigung?**

In Abkehr von einer früheren Auffassung, die bei Erledigung anstelle des Primärrechtsschutzes im Widerspruch zu Art. 194 IV 1 nur Sekundärrechtsschutz gewährt hat<sup>430</sup>, ignoriert eine Auffassung die Erledigung des gerügten VA und gewährt eine Anfechtungsklage<sup>431</sup>.

---

<sup>428</sup> Erster Abschnitt 80-V-Antrag A.II.2.d.b) und d).

<sup>429</sup> Erster Abschnitt 123-Antrag B.V.2.

<sup>430</sup> BVerwG, DÖV 1965, S.169.

<sup>431</sup> VGH München, VerwRspr 12, 754.

Unterstellt man die Richtigkeit des Gedankens, läßt er sich transferieren auf die Verpflichtungsklage, da diese ebenfalls eine Gestaltungsklage bildet, so daß A trotz Erledigung eine Verpflichtungsklage erheben könnte.

Jedoch ist die Grundüberlegung einer Rechtsschutzgewährung bei Erledigung über eine Gestaltungsklage im Kern verfehlt, da jedes rechtsgestaltende Begehren mit Erledigung definitionsgemäß wegfällt<sup>432</sup>, gleich ob kassatorisch oder reformatorisch. Damit scheidet die Statthaftigkeit der Teilverpflichtungsklage endgültig aus.

#### **b. These einer FFK bei Erledigung vor Klageerhebung aus § 113 I 4 VwGO analog**

Eine zweite Auffassung räumt zunächst ein, daß die direkte Anwendung von § 113 I 4 VwGO bei einer Erledigung des Antrags vor Klageerhebung keineswegs in Betracht kommt, da sich der Wortlaut des § 113 I 4 VwGO [„Gericht“] und die Systematik des 10. Abschnitts der VwGO [„Urteile“] ersichtlich an der Erledigung nach Prozeßbeginn orientieren<sup>433</sup>, möchte aber statt dessen eine analoge Anwendung von § 113 I 4 VwGO durchführen, wenn die Erledigung vor Klageerhebung eintritt<sup>434</sup>.

#### **c. Lehre von der abschließenden Feststellungsklage**

Die dritte Ansicht nimmt bei Erledigung des Anfechtungsbegehrens vor der Klageerhebung abschließend die Statthaftigkeit einer negativen Feststellungsklage an gemäß § 43 I V1-2 VwGO, wobei diese Klage eine Regelungslücke für § 113 I 4 VwGO analog verhindern soll<sup>435</sup>.

#### **d. Stellungnahme**

Die erste Auffassung überzeugt, falls die Voraussetzungen einer Analogie zu § 113 I 4 VwGO in der Anfechtungssituation trotz der etwaigen negativen Feststellungsklage gegeben sind.

---

<sup>432</sup> Martersteig, FFK, S.114; Schenke, Jura 1980, S.133 ff., S.137; Schoch, Übungen, S.242.

<sup>433</sup> OVG Koblenz, NJW 1982, S.1301, S.1302; Schenke, Jura 1980, S.133, S.136; Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeß Rz 502; Erichsen, Jura 1989, S.49 ff., S.50; Schoch-Übungen, S.241.

<sup>434</sup> Erichsen, Jura 1989, S.49 ff., S.50; Schenke, Jura 1980, S.133, S.140.

<sup>435</sup> Renck, JuS 1970, S. 113, S.117; Schrödter, DVBl 1973, S.36 f., S.366.

## a) Regelungslücke

Eine Regelungslücke für die Ausdehnung der FFK auf die Erledigung vor Klageerhebung besteht nur dann, falls sich die ebenfalls denkbare negative Feststellungsklage als nicht hinreichend zum Schutz der Interessen des Klägers erweist.

Ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 43 I VwGO<sup>436</sup> kann zwar durch einen VA begründet werden, aber er selbst bildet definitionsgemäß kein solches<sup>437</sup>. Eine Feststellungsklage kann daher nur aus einer Norm oder aus einem VA begründete Rechtsverhältnisse überprüfen, nicht den VA selbst.

Da jedoch nach dem Prinzip der fehlerunabhängigen Rechtswirksamkeit des VA selbst diejenigen Rechtsverhältnisse rechtswirksam sind, die ohne ein normatives Rechtsverhältnis begründet worden sind<sup>438</sup>, entsteht für den Bürger eine erste Rechtsschutzlücke.

Fraglich ist, ob die negative Feststellung eines dem VA normologisch vorgelagerten normativen Rechtsverhältnisses dem Kläger hinreichenden Rechtsschutz erbringen kann.

Das Gericht kann dabei nur untersuchen, ob die materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer potentiellen Ermächtigungsgrundlage vorhanden sind, da nur diese das normative Rechtsverhältnis bestimmen.

Sollte die negative Feststellungsklage ergeben, daß das gerügte Rechtsverhältnis tatsächlich nicht existiert, so befriedigt die FK den Kläger optimal: Die Behörde wird aus einer potentiellen Ermächtigungsgrundlage gerade nicht ermächtigt, so daß jedes Rechtsverhältnis aus dem VA ebenfalls rechtswidrig sein muß.

Anders verhält es sich jedoch, wenn die negative FK ergibt, daß die Norm ein materielles Rechtsverhältnis verursacht.

Diese Feststellung sagt nämlich gerade nicht aus, ob die Behörde im Einzelfall in formell rechtmäßiger Weise (Zuständigkeit, Verfahren, Form) gehandelt hat und ob ein etwaiges Ermessen auf Rechtsfolgenseite einwandfrei betätigt wurde, so

---

<sup>436</sup> Erster Abschnitt, 123-Antrag A.II.3.

<sup>437</sup> Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeß Rz 477; Schoch, Übungen, S.243.

<sup>438</sup> Martersteig, FFK, S.117; Gebhardt-Benischke, FFK, S.16; Schenke, Jura 1980, S.133 ff., S.138.

daß der logische Rückschluß vom existierenden materiellen Rechtsverhältnis auf die Rechtmäßigkeit des VA mißlingt<sup>439</sup>. Dadurch entsteht eine zweite Rechtsschutzlücke der Feststellungsklage.

Demgegenüber kann über die FFK eine vollständige Kontrolle des gerügten VA erreicht werden.

Die Behörde würde also bei einer Ablehnung der FFK von der Erledigung des rechtswidrigen VA profitieren. Deshalb ist eine Regelungslücke anzunehmen, die mit Hilfe einer Analogie zu § 113 I 4 vor Klageerhebung geschlossen werden kann.

### **b) Planwidrigkeit**

Die Planwidrigkeit der Regelungslücke folgt daraus, daß der Gesetzgeber die Erledigung vor Klageerhebung nicht gesehen hat, und daß Art. 19 IV 1 keine Lücken des Rechtsschutzes des Bürgers zuläßt<sup>440</sup>.

### **c) Vergleichbare Interessenlage**

Da es für das Rechtsschutzinteresse des Klägers nicht relevant ist, ob sich der VA vor oder nach der Klageerhebung erledigt hat<sup>441</sup>, und da der Erledigungszeitpunkt oft zufallsbedingt ist, ist eine vergleichbare Interessenlage vorhanden.

### **d) Zwischenergebnis**

§ 113 I 4 VwGO ist analog anwendbar auf die Anfechtungssituation mit Erledigung vor Klageerhebung.

### **e. Zweiter Analogieschritt von der Anfechtungs- auf die Verpflichtungssituation**

Da § 113 V VwGO keine dem § 113 I 4 VwGO entsprechende Aussage trifft und weil auch bei der Erledigung in der Verpflichtungssituation eine bedenkliche Rechtsschutzlücke entsteht, sofern man den Bürger in diesem Fall auf die positive Feststellungsklage nach § 43 I Var.1 VwGO verweist<sup>442</sup>, besteht eine Regelungslücke für die Verpflichtungssituation.

---

<sup>439</sup> Martersteig, FFK, S.119.

<sup>440</sup> Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeß, Rz 512.

<sup>441</sup> BVerwGE 12, 87, 90; OVG Hamburg, DVBl 1967, S.422ff., S.424.

<sup>442</sup> BVerwGE 52,313,316; idem, NJW 1988,S.926; Schenke, Jura 1980, S.133 ff., S.144; Erichsen, Jura 1989, S.49 ff., S:52; Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeß, Rz 510.

Hier gilt spiegelbildlich, daß die Feststellung des begehrten normativen Rechtsverhältnisses den Bürger befriedigen kann. Aus der Nichtfeststellung eines normativen Rechtsverhältnisses folgt jedoch keineswegs, daß die jeweiligen formellen Umstände und die Ermessensausübung korrekt waren, welche die Behörde zum Verzicht auf die Aufhebung der gerügten sowie den Erlaß der begehrten Nebenbestimmung veranlaßt hatten. Deswegen besteht hier eine vergleichbare Rechtsschutzlücke, welche mit der FFK nach § 113 I 4 VwGO analog in der Verpflichtungsklage gefüllt werden kann und wegen der aus Art. 19 IV 1 folgenden Planwidrigkeit und des aus Sicht des Bürgers nicht maßgeblichen Zeitpunkt der Erledigung vor dem Hauptverfahren auch gefüllt werden muß.

### **3. Rechtsschutzziel**

Teils wird das Rechtsschutzziel in erledigter Verpflichtungssituation definiert als Begehren auf Feststellung der vergangenen Verpflichtung der Behörde zum Erlaß des gewünschten VA<sup>443</sup>, teils als Begehren auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Nichterlasses des damals begehrten VA<sup>444</sup>.

Die zuletzt genannte Auffassung orientiert sich besser am Wortlaut der Ursprungsnorm für die Analogie aus § 113 I 4 VwGO. Zudem erscheint die Frage müßig, ob die Behörde damals verpflichtet war oder nicht.

Daher ist die FFK in der erledigten Teilverpflichtungssituation gerichtet auf die Feststellung, daß die Behörde rechtswidrig agierte, als sie die gerügte Nebenbestimmung nicht aufhob und die begehrte nicht erlassen hat. Deshalb ist eine FFK statthaft nach § 113 I 4 VwGO analog.

## **III. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen**

### **1. Klagebefugnis**

Es ist umstritten, ob die Klagebefugnis einer FFK in der Verpflichtungssituation aus einer Analogie zu § 42 II Var.2 VwGO folgt<sup>445</sup> oder aus der Prozeßführungsbefugnis, ohne daß dies

---

<sup>443</sup> BVerwGE 28,233,234; idem 62, 86, 90; idem, NVwZ 1987, S.229.

<sup>444</sup> BVerwG NJW 1988, S.926; idem, DVBl 1981, S.259; Kopp-Schenke, VwGO, § 113 Rz 111.

<sup>445</sup> Hellerbrand, JA, 1996, S.153 ff., S.154; Schoch, Übungen, S.247.

für das Ergebnis relevant ist, da A nach beiden Auffassungen klagebefugt ist anhand der Erwägungen zu seinem Antrag nach § 123 VwGO.

## **2. Besonderes Fortsetzungsfeststellungsinteresse**

Ein besonderes Interesse nach § 113 I 4 VwGO analog ist bei Wiederholungsgefahr oder bei einem Rehabilitationsinteresse anzuerkennen<sup>446</sup>. Aus dem Sachvortrag des A ergibt sich die Planung weiterer Besuche, so daß auf der Basis der Fortgeltung der Rechtsverordnung die Gefahr besteht, daß die Behörde erneut zu einer unverhältnismäßigen Blutentnahmebedingung greift.

Selbst wenn die Isolierstation am Flughafen nur geringe freie Aufnahmekapazitäten hatte, erweist sich die mit dem Budgetschutz begründete Kompromißlosigkeit als Ignoranz der betroffenen Grundrechte des A. Dies gilt um so mehr, als daß A besondere berufliche Erfahrung mit Seuchenschutzmaßnahmen vorträgt. Daher ist auch ein Rehabilitationsinteresse vorhanden.

## **3. Antragsgegner**

Ob der Antragsgegner für die FFK in der Verpflichtungssituation aus § 78 I Nr.1 VwGO analog folgt<sup>447</sup> oder aus dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip ist umstritten, aber dies ist nicht zu entscheiden, da die Stadt nach beiden Thesen als Behörden-träger Antragsgegner ist.

## **IV. Allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen**

Fristgemäße Klageerhebung ist zu unterstellen, so daß die dogmatische Konstruktion über § 74 II, I VwGO entsprechend oder § 58 II, I VwGO nicht maßgeblich ist. Die FFK ist zulässig.

## **B. Begründetheit**

Die FFK des A in der Teilverpflichtungssituation ist begründet gemäß § 113 I 4 VwGO analog, falls die Beifügung der belastenden Untersuchungsbedingung und die Unterlassen des

---

<sup>446</sup> Erichsen, Jura 1989, S.49 ff., S.51; Hellerbrand, JA, 1996, S.153 ff., S.155.

<sup>447</sup> Schoch, Übungen, S.247.

Erlasses der milderen Bedingung einer Absonderung bis zum Erreichen der Latenzzeit rechtswidrig war und der Kläger A dadurch in einem subjektiven öffentlichen Recht verletzt worden ist. Dies ist der Fall, wenn der A einen Anspruch auf die Aufhebung der gerügten Untersuchungsbedingung und auf den Erlaß der begehrten milderen Bedingung einer Quarantäne für die gesamte Latenzzeit gehabt hat.

### **I. Anspruchsqualität des § 37a**

Aus dem beschriebenen Regelungsmechanismus des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt folgt angesichts des vorsorglichen Eingriffs in die geschilderten Grundrechte ein Anspruch auf Erteilung des Genehmigungsbescheides<sup>448</sup>.

### **II. Vorhandensein der Voraussetzungen für eine Aufhebung der gerügten und den Erlaß der begehrten Bedingung**

#### **1. Erforderliche, verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage**

§ 37a ist eine erforderliche verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebung der rechtswidrigen und den Erlaß einer milderen Bedingung.

#### **2. Formelle Voraussetzungen**

Die formellen Voraussetzungen für die begehrten Maßnahmen haben bestanden<sup>449</sup>.

#### **3. Materielle Voraussetzungen**

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 37a I 1.HS, II 2-4 waren vorhanden<sup>450</sup>. A war richtiger Adressat und das Übermaßverbot gebot die Aufhebung der Untersuchungsbedingung und den Neuerlaß einer für A viel milderen, aber nur wenig ineffizienteren Bedingung einer längeren Quarantäne<sup>451</sup>.

#### **4. Ergebnis**

Folglich ist die Fortsetzungsfeststellungsklage in der vor Klageerhebung erledigten Teilverpflichtungssituation begründet gemäß § 113 I 4 VwGO „zweifach“ analog.

---

<sup>448</sup> s. Erster Abschnitt *80-V-Antrag* A.II.1.a.d)(4); *123-Antrag* B.III.2.d.

<sup>449</sup> s. *123 V-Antrag* B.III.2.d.

<sup>450</sup> s. Erster Abschnitt *80-V-Antrag* B.V.3.c; *123-Antrag* B.III.2.d.

<sup>451</sup> s. Erster Abschnitt *80 V-Verfahren* B.V.3.c.; *123-Verfahren* B.III.2.d.