



Fall 18 - VA oder innerdienstliche Weisung?

Maßnahmen im beamtenrechtlichen Grund- und Betriebsverhältnis;
Rechtsnatur, Rechtmäßigkeit und Angreifbarkeit

Polizeihauptmeister A steht seit 2004 im Dienst der Bundespolizei. Von 2005 bis Februar 2009 war er als Zivilfahnder auf dem Berliner Hauptbahnhof eingesetzt. Seit dem 01.03.2009 ist er auf eigenen Wunsch wieder im uniformierten Polizeivollzugsdienst tätig. A ließ sich vor vielen Jahren einen Totenkopf samt Skelett auf den Unterarm tätowieren. Daneben befindet sich eine Friedenstaube und ein Engel. Am 04.03.2009 wies der Dienstvorgesetzte A schriftlich darauf hin, dass die Tätowierung mit der Neutralitätspflicht eines Beamten nicht vereinbar sei. Wörtlich hieß es u. a. im Schreiben des Vorgesetzten:

„Wie ich Ihnen bereits mündlich mitgeteilt habe, entspricht Ihre gegenwärtige Tätowierung am linken Unterarm nicht den Erwartungen, die an einen Beamten gestellt werden. Insbesondere der Totenkopf kann auf objektive Dritte gewaltverherrlichend wirken.

Sie sind deshalb wie alle Kollegen in vergleichbarer Situation verpflichtet, die entsprechende Tätowierung im Dienst abzudecken oder entfernen zu lassen. Ich gebe Ihnen die Gelegenheit, sich bis zum 14.3.2009 auf die auch für Sie geltende Weisung einzustellen. Ich habe Ihren Schichtführer angewiesen, zu veranlassen, das Sie bis zu diesem Zeitpunkt nicht in Uniform Außendienst zu leisten haben....“

Nachdem es in einem Personalgespräch am 25.03.2009 zu keiner Klärung der Angelegenheit kam, wurde A zum Personalverwaltungsamt der Bundespolizei im Innendienst abgeordnet. Da A nach wie vor sein Tattoo nicht überdecken wollte, wurde ihm am 23.04.2009 eine als „Ergänzungsbescheid“ bezeichnete Verfügung zugestellt, die eine Rechtsbehelfsbelehrung (Widerspruch) aufwies und auszugsweise folgenden Wortlaut hatte:

„Es wurde festgestellt, dass Sie entgegen der Weisung vom 4.3.2009 weiterhin sichtbar das monierte Tattoo tragen. Offenbar ist es Ihnen entgangen, dass es sich bei der Weisung vom 4.3.2009 um eine verbindliche Verfügung handelte, die innerhalb der Ihnen nachgelassenen Frist zu erfüllen war. Ein Verwaltungsakt ist auch dann zu erfüllen, wenn er noch nicht unanfechtbar ist. Da Sie keinen Widerspruch eingelegt haben, ist die Maßnahme vollziehbar.

Die Maßnahme vom 4.3.2009 ist im Übrigen zu Recht ergangen. Rechtsgrundlage ist das Bundesbeamtengesetz. Derartige dienstliche Anweisungen sind zu befolgen. Ich weise Sie darauf hin, dass ein schuldhafter Verstoß gegen dienstliche Anweisungen disziplinarrechtliche Maßnahmen nach sich ziehen kann.

In Ergänzung der Weisung vom 4.3.2009 ordne ich nunmehr verbindlich an, dass Sie ab sofort Ihr Totenkopf-Tattoo zu überdecken oder zu entfernen haben....“

Hiergegen legte A umgehend Widerspruch ein. Mit Schreiben vom 05.06.2009 ordnete die zuständige Behörde die sofortige Vollziehung des Bescheides vom 23.04.2009 an und begründete dies damit, dass im Falle eines nicht ordnungsgemäßen Erscheinungsbildes der Beamten grundsätzlich ein weiteres Zuwarten mit Blick auf den unmittelbar eintretenden Vertrauensverlust in der Bevölkerung nicht hinnehmbar sei.

A hat darauf einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz an das Verwaltungsgericht gestellt. Er trägt vor, dass das Totenkopf-Tattoo einerseits bereits isoliert betrachtet nicht gewaltverherrlichend wirke und andererseits in der Gesamtschau mit den übrigen Tattoos bewertet werden müsse. Insbesondere die Friedenstaube und der Engel würden verdeutlichen, dass seinen Tattoos insgesamt keinen gewaltverherrlichende Wirkung zukommen solle. Zudem habe sich die Akzeptanz der Bevölkerung im Hinblick auf Tattoos deutlich verändert in den letzten Jahrzehnten. Auf die Regelungen des BBG könne für den Grundrechtseingriff nicht zurückgegriffen werden, da deren Vorgaben ersichtlich zu unbestimmt seien. Deshalb müssten Gerichte und Behörde die Anordnungen vom 23.04. und vom 04.03. einstweilen außer Vollzug setzen.

Wie wird das VG entscheiden?



Fall 18 – VA oder innerdienstliche Weisung?

Lösung S. 1

Aufbauhinweis:

Im Zweifel ist die im Sachverhalt vorgegebene Prüfungsfolge zu beachten. Der Bescheid vom 23.04. wird vor der Anordnung vom 04.03. im Antrag genannt und deshalb auch vorrangig geprüft.

1. Teil: Der Antrag gegen den Ergänzungsbescheid vom 23.04.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 2 S. 2 VwGO iVm. § 126 Abs. 1 BBG eröffnet, wenn es sich um die Streitigkeit eines Bundesbeamten aus dem Beamtenverhältnis handelt (aufdrängende Sonderzuweisung).

II. Zuständigkeit

Nach § 45 VwGO ist das Verwaltungsgericht Eingangsinstanz für eine Klage und damit auch für das entsprechende Eilverfahren (vgl. §§ 80 Abs. 5 S. 1, 123 Abs. 2 S. 1 VwGO).

III. Beteiligte

Beteiligte sind der A als Antragsteller und die Bundesrepublik Deutschland als Antragsgegnerin (§§ 61 Nr. 1, 63 VwGO).

IV. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers unter Beachtung des Vorrangs maßnahmespezifischen Rechtsschutzes, §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO. Statthafte Verfahrensart ist ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO, wenn es dem A um die Suspendierung eines Verwaltungsaktes geht. Dagegen unterfallen sonstige Eilverfahren im Verwaltungsprozessrecht dem Anwendungsbereich der einstweiligen Anordnung (vgl. § 123 Abs. 5 VwGO). A hat beantragt, Gericht und Behörde sollten den Ergänzungsbescheid vom 23.04. einstweilen außer Vollzug setzen.

Der Antrag ist allerdings auslegungsbedürftig. Das Gericht kann Maßnahmen im Eilverfahren nur suspendieren, wenn sie der Rechtsnatur nach Verwaltungsakte sind (§ 80 Abs. 5 VwGO). Andere Maßnahmen können aus Gründen der Gewaltenteilung nur von der Behörde aufgehoben oder aufgeschoben werden (§ 123 Abs. 1 VwGO). Der auf Suspendierung durch das Gericht gerichtete Antrag ist somit nur statthaft, wenn es sich bei dem Ergänzungsbescheid vom 23.04. um einen **Verwaltungsakt** handelt.

Ein Verwaltungsakt ist ein hoheitlicher Rechtsakt einer Verwaltungsbehörde, mit dem sie bezogen auf einen Einzelfall einseitig und verbindlich einem anderen gegenüber Recht setzt (vgl. § 35 S. 1 VwVfG). Ein VA setzt begrifflich voraus, dass die Maßnahme **auf Außenwirkung gerichtet** ist. Im Beamtenrecht können die Maßnahmen des Vorgesetzten eine unterschiedliche Ausrichtung aufweisen. Geht es dem Vorgesetzten um die Funktionsfähigkeit der Behörde, handelt es sich idR lediglich um behördeninterne Maßnahmen. Insoweit spricht man im Beamtenrecht von Anordnungen im **Betriebsverhältnis**. Das ist anders, wenn der Status eines individuell betroffenen Beamten in Rede steht. Maßnahmen im **Grundverhältnis** sind auf Außenwirkung gerichtet und können deshalb Verwaltungsakte sein.

1. Rechtsnatur des Ergänzungsbescheides vom 23.04.

Gegenstand des Ergänzungsbescheides ist die verbindliche Bestimmung des äußeren Erscheinungsbildes des Beamten.



Fall 18 – VA oder innerdienstliche Weisung?

Lösung S. 2

1. Schwerpunkt:

Abgrenzung VA oder innerbehördliche Weisung (mit den daraus folgenden prozessualen Konsequenzen).

Nach anderer Auffassung ist die rechtmäßige Handlungsform (Argument: Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG) bzw. die rechtsschutzintensivste Handlungsform (Argument: effektiver Rechtsschutz, Art. 19 Abs. 4 GG) entscheidend.

a) Funktionsfähigkeit der Behörde

Die damit zusammenhängenden Fragen gehören grundsätzlich zum Betriebsverhältnis und haben deshalb idR. keine VA-Qualität. Es geht um die **Verhaltenspflichten im Dienst**. Einzelanweisungen sind ebenso wenig wie normative Ausgestaltungen der Dienstpflicht auf Außenwirkung gerichtet. Daran ändert sich nichts, wenn derartige Maßnahmen in Grundrechte eingreifen. Es ist durchaus möglich, dass innerdienstliche Weisungen die Grundrechtssphäre des Beamten berühren. Die Grundrechte schützen unabhängig von der Qualität eines Eingriffs, der Grundrechtsschutz ist deshalb unabhängig davon ausgelöst, ob die Maßnahme Verwaltungsakt oder innerdienstliche Weisung ist.

b) Verbindliche Handlungsform

Unabhängig von den inhaltlichen Gegebenheiten liegt ein Verwaltungsakt jedoch dann vor, wenn die Behörde **in der Form eines VA** gehandelt hat. Denn die Verwaltung verfügt über unterschiedliche Handlungsalternativen. Für die Bestimmung der Rechtsnatur eines entäußerten Verwaltungshandelns kommt es deshalb nicht darauf an, wie die Behörde hätte handeln müssen, sondern wie sie **tatsächlich gehandelt hat**. Das bedeutet nicht, dass etwaige gesetzliche Vorgaben einer bestimmten Handlungsform unbeachtlich sind. Geht es um die Beurteilung, ob ein Verwaltungshandeln rechtmäßig ist, entscheidet der Inhalt des Gesetzes und damit auch die gesetzliche Vorgabe einer bestimmten Handlungsform. Die Feststellung der Rechtsnatur eines Verwaltungshandelns erfolgt jedoch unabhängig von rechtlichen Vorgaben danach, welcher Handlungsform sich die Behörde - ob zu Recht oder zu Unrecht - erkennbar bedient hat.

Der Ergänzungsbescheid vom 23.04. mag inhaltlich eine Frage des Betriebsverhältnisses zum Gegenstand gehabt haben. Die Maßnahme selbst erging aber in der Form eines Verwaltungsaktes. Dafür sprechen nicht nur die Bezeichnung der Maßnahme und die für den VA als Handlungsform zutreffende Form der Rechtsbehelfsbelehrung. Der Erklärungswert des Schreibens vom 23.04. konnte aus der Sicht des A nur dahin verstanden werden, dass die Behörde nunmehr durch das Schreiben selbst verbindlich Recht gesetzt hat. Wenn der Vorgesetzte schreibt, „In Ergänzung der Weisung ordne ich verbindlich an, dass Sie ab sofort Ihr Tattoo zu überdecken haben“ dann ging es ihm erkennbar darum, die bisherigen Unsicherheiten einer etwaigen behördeninternen Anweisung durch seine Erklärung einseitig, verbindlich und endgültig im Sinne seiner Rechtsauffassung festzulegen. Damit handelt es sich bei dem Ergänzungsbescheid um einen Verwaltungsakt, so dass der Antrag des A insoweit nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO statthaft ist.

2. Die Weisung vom 04.03.

Demgegenüber spricht vieles dafür, dass die Weisung vom 04.03. lediglich eine innerdienstliche Anordnung war, die nicht auf Außenwirkung gerichtet ist und deshalb keine VA-Qualität hat.

a) Ursprüngliche Handlungsform

Anders als der Bescheid vom 23.04 enthält die Weisung vom 04.03. weder Rechtsbehelfsbelehrungen noch sonstige Umstände, die aus der Sicht eines objektiven Dritten (§§ 133, 157 BGB analog) darauf schließen lassen würden, es handele sich um einen Verwaltungsakt (kraft Form). Auch der Sache nach liegt kein Verwaltungsakt



Fall 18 – VA oder innerdienstliche Weisung?

Lösung S. 3

Die Darstellung des Rechtsschutzes gegen die Weisung vom 04.03. wird erst relevant, wenn feststeht, zu welchem Ergebnis das Verfahren gegen die Maßnahme vom 23.04. führt.

vor. Der Vorgesetzte hat mit seinem Schreiben vom 04.03. den A lediglich über seine Erwartungshaltung hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbildes eines Beamten informiert. Der Vorgesetzte hatte aber davon abgesehen, durch seine Erklärung vom 04.03. unmittelbar und verbindlich dem A gegenüber Recht zu setzen. Da es sich bei der Gestaltung des Aussehens und der Kleidung um typische Fragen des Betriebsverhältnisses handelt, fehlt dem Schreiben vom 04.03. die für die Annahme eines Verwaltungsaktes erforderliche eigenständige Regelung mit Außenwirkung. Vielmehr handelt es sich um eine Anordnung, die innerbetriebliche Vorgänge betrifft und insofern im behördeninternen Raum verbleibt.

b) Umgestaltung durch den Änderungsbescheid?

Der Verfahrensbevollmächtigte des Bundes ist offenbar der Auffassung, dass der Änderungsbescheid rückwirkend die innerbehördliche Weisung durch einen Verwaltungsakt - nämlich den Änderungsbescheid - ersetzt hat. Das hätte zur Konsequenz, dass Streitgegenstand ausschließlich der Änderungsbescheid ist. Die Annahme wird durch die Auslegung des Änderungsbescheides jedoch nicht bestätigt. In S. 2 des wörtlich wiedergegebenen Textes erklärt die Behörde, dass sie die Weisung vom 04.03. als Verwaltungsakt interpretiert. Wer dies sagt, hat keinen Anlass, eine Maßnahme durch eine neue Erklärung in ihrem Charakter konstitutiv zu ändern. Aber auch der folgende Text gibt keinen Anlass dazu, dass der Änderungsbescheid die vorausgegangene Weisung in sich aufnimmt. Es bleibt deshalb dabei, dass die ursprüngliche Weisung als innerorganisatorische Maßnahme nicht auf Außenwirkung gerichtet ist und damit nicht die Merkmale eines Verwaltungsaktes erfüllt.

Soweit A die Suspendierung der Maßnahmen durch das Verwaltungsgericht erstrebt, richtet sich der Antrag gegen den Änderungsbescheid vom 23.04.. Die Weisung vom 04.03. wird davon nicht erfasst.

Nach allem kann festgestellt werden, dass sich das Suspendierungsbegehren des B ausschließlich gegen die Maßnahme vom 23.04.2009 richtet.

V. Besondere Sachentscheidungs Voraussetzungen

Besondere Sachentscheidungs Voraussetzungen für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO sind im Gesetz nicht geregelt. Das Anliegen des § 42 Abs. 2 VwGO, Popularverfahren zu verhindern, gilt im Eilverfahren entsprechend. Der Antrag des A auf Suspendierung des Änderungsbescheides ist deshalb nur zulässig, wenn es nicht ausgeschlossen werden kann, dass A durch den Bescheid in einem Recht verletzt wird.

Als Adressat des Änderungsbescheides wird A verpflichtet, sein Tattoo zu bedecken oder zu entfernen. Dabei handelt es sich um einen Eingriff in seine Grundrechtssphäre. Denkbar ist, dass A in seiner körperlichen Unversehrtheit, subsidiär in der allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen ist. Ihm stehen deshalb mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG subjektive Rechte zur Seite.

VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen einen Verwaltungsakt gerichtet. Dazu bedarf es der Einschaltung des Verwaltungsgerichtes nur, wenn ein Widerspruch eingelegt ist, der nicht offensichtlich unzulässig ist und nicht schon kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung hat.



Fall 18 – VA oder innerdienstliche Weisung?

Lösung S. 4

Nach § 80 Abs. 1 VwGO ist die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs dessen regelmäßige Rechtsfolge. Ist aber ausnahmsweise durch Gesetz (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 VwGO) oder durch behördliche Anordnung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs ausgeschlossen, ist die Einschaltung des Verwaltungsgerichts erforderlich. Mit Schreiben vom 05.06. hat der Vorgesetzte die sofortige Vollziehung des Bescheides vom 23.04. angeordnet (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO).

Wenn zudem § 80 Abs. 6 VwGO den Vorrang des behördlichen Aussetzungsverfahrens nur für Verwaltungsakte über die Anforderung von Abgaben und Kosten vorsieht (§ 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO), dann folgt daraus im Umkehrschluss, dass in den übrigen Fällen des § 80 Abs. 2 VwGO das VG unmittelbar angerufen werden kann.

B. Begründetheit

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Das Verwaltungsgericht hebt die Anordnung der sofortigen Vollziehung auf, wenn sie gemessen an § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO rechtswidrig ist. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs tritt dann kraft Gesetzes (§ 80 Abs. 1 VwGO) wieder ein, kann aber durch eine erneute Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde wieder beseitigt werden.

§ 80 Abs. 3 S. 1 VwGO verlangt, dass das besondere Vollziehungsinteresse von der Behörde einzelfallbezogen schriftlich dargelegt wird. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung darf sich nicht allein darin erschöpfen, die Begründung für den zugrunde liegenden Verwaltungsakt zu wiederholen. Vielmehr muss die Behörde darlegen, weshalb gerade an der sofortigen Vollziehbarkeit ein besonderes öffentliches Interesse besteht. Man spricht insoweit von einer formellen Begründungspflicht. Der Personaldezernent hat in seinem Schreiben vom 05.06. die sofortige Vollziehung mit einem unmittelbar drohenden Vertrauensverlust in der Bevölkerung begründet. Problematisch ist allerdings, dass es der Begründung hervorgeht, dass das Vollziehungsinteresse in derartigen Fällen „grundsätzlich“ überwiege. Notwendig ist indes eine auf die Umstände des Einzelfalls bezogene Darlegung des besonderen Interesses (vgl. VGH BW NVwZ 2014, 1253 (1254)).

Mangels konkreter Begründung des besonderen Vollziehungsinteresses ist die Anordnung formell fehlerhaft ergangen.

Fraglich ist, ob eine Heilung in Betracht kommt. Während die herrschende Meinung dies mit Blick auf den Schutzzweck des § 80 Abs. 3 VwGO ablehnt, verweist die Gegenauffassung auf die Prozessökonomie und will eine Heilung zulassen. Bessere Gründe sprechen für die Auffassung, die eine Heilungsmöglichkeit ablehnt. Denn insbesondere die Warnfunktion – die eine wesentliche Ratio des Begründungserfordernisses darstellt – wäre nicht erfüllt, ließe man eine Nachholung im gerichtlichen Verfahren zu.

Die Vollziehungsanordnung ist damit bereits formell rechtswidrig.

Erweist sich der Verwaltungsakt hingegen als **rechtmäßig**, geht in der zweipoligen Beziehung wegen der Grundregel des § 80 Abs. 1 VwGO nicht automatisch das Vollziehungsinteresse vor. Vielmehr muss das Gericht in dem Fall zusätzlich prüfen, ob besondere Gründe für den Vorrang des Vollzugsinteresses sprechen.



Fall 18 – VA oder innerdienstliche Weisung?

Lösung S. 5

2. Schwerpunkt:
Prüfung der Rechtmäßigkeit
des Ergänzungsbescheides
vom 23.04.

II. Interessenabwägung

Wie § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO belegt, kann eine Vollziehungsanordnung nur dann rechtmäßig ergehen, wenn das Vollziehungsinteresse der Allgemeinheit bzw. eines Beteiligten gegenüber dem Suspensivinteresse des Betroffenen überwiegt. Insofern gilt: Ergibt sich bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung, dass der Verwaltungsakt **rechtswidrig** ist, hat jedenfalls das Aussetzungsinteresse Vorrang vor dem Vollziehungsinteresse (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG). An der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes kann kein öffentliches Interesse bestehen.

1. Gilt der Vorbehalt des Gesetzes?

Nicht jeder Verwaltungsakt muss auf eine Ermächtigungsgrundlage in Form eines Gesetzes rückführbar sein. Grundrechtseingriffe sind gesetzesgebunden. Für sonstige Verwaltungsakte gilt dies nur, wenn es um wesentliche Fragen geht, die mit Blick auf das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip einer ausreichenden parlamentarischen Absicherung bedürfen.

Da der Antragsteller als Adressat der Anordnung belastet ist, liegt ein Grundrechtseingriff vor. Für die Anforderungen an das den Eingriff rechtfertigende Gesetz ist von Bedeutung, welches Grundrecht betroffen ist. BVerwG (2.3.2006 - 2 C 3.05) Rn 15 und 16 in bverwg.de:

Das Verbot beschränkt „das von Art. 2 Abs. 1 GG umfasste Recht, über die Gestaltung der äußeren Erscheinung auch im Dienst eigenverantwortlich zu bestimmen. Dagegen wird das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nicht berührt. dessen Schutzbereich erfasst körperliche Eingriffe, die entweder mit einer Zufügung von Schmerzen oder mit einer Gesundheitsschädigung verbunden sind oder sich als üble oder unangemessene Behandlung von nicht unbeträchtlichem Gewicht darstellen. Eine solche Behandlung kann in dem Schneiden der Kopfhaare nur liegen, wenn dies zu einer Entstellung oder Verunstaltung führt.“

2. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt allerdings § 61 II 1 BBG in Betracht. Danach haben Beamtinnen und Beamte bei Ausübung des Dienstes oder bei einer Tätigkeit mit unmittelbarem Dienstbezug auch hinsichtlich ihres Erscheinungsbilds Rücksicht auf das ihrem Amt entgegengebrachte Vertrauen zu nehmen. Insbesondere das Tragen von bestimmten Kleidungsstücken, Schmuck, Symbolen und Tätowierungen im sichtbaren Bereich sowie die Art der Haar- und Barttracht können von der obersten Dienstbehörde eingeschränkt oder untersagt werden, soweit die Funktionsfähigkeit der Verwaltung oder die Pflicht zum achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten dies erfordert.

§ 61 II 2 BBG enthält eine VA-Befugnis („kann untersagt werden“) und betrifft den hier in Rede stehenden Sachverhalt, da das äußere Erscheinungsbild im Hinblick auf sichtbare Tätowierungen geregelt werden kann. Insofern stellt § 61 II 1 BBG die taugliche Ermächtigungsgrundlage dar.



3. Rechtsformmissbrauch?

Denkbar ist, dass der Antrag des K schon aus dem Grunde Erfolg haben muss, dass die Dienstbehörde vorliegend missbräuchlich die Rechtsform eines VA gewählt hat (vgl. oben sog. „VA kraft Form“ bzw. „Formeller VA“). Nach ganz hM werden Maßnahmen, die ihrem äußeren Erscheinungsbild nach den Eindruck eines Verwaltungsaktes erwecken, prozessual wie Verwaltungsakte behandelt. Damit ist jedoch keine Aussage darüber getroffen, ob die Verwaltung tatsächlich auch in Form eines Verwaltungsaktes handeln durfte. Soweit diese „formellen VA“ die Merkmale des § 35 S. 1 VwVfG materiell nicht erfüllen, sind sie aufzuheben. Dies gilt unabhängig (!) von ihrer inhaltlichen Rechtmäßigkeit (st. Rspr. vgl. BVerwG NJW 1990, 2482; 1964, 1151 (1152); VGH Mannheim BeckRS 2020, 19088 Rn. 22).

Vorliegend steht fest, dass die in Rede stehende Anordnung hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbildes des K grundsätzlich keine Außenwirkung zukommt, da sie allein das Betriebsverhältnis betrifft (s.o.). Die Behörde durfte sich insofern der Handlungsform eines Verwaltungsaktes nicht bedienen. Regelmäßig wäre die Klage bzw. ein entsprechender Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz schon aus diesem Grunde positiv zu bescheiden. Bei bloß fehlender Außenwirkung kommt allerdings eine Umdeutung entsprechend § 47 VwVfG in eine innerdienstliche Anweisung in Betracht (vgl. hierzu VGH München NVwZ 2000, 222).

4. Voraussetzungen der Befugnisnorm

Zudem müssten die formellen, wie materiellen Voraussetzungen des § 61 II 1 BBG vorliegen. An den formellen Voraussetzungen bestehen keine Zweifel. Die zuständige oberste Dienstbehörde hat den „Ergänzungsbescheid“ erlassen. Der A wurde auch angehört (§ 28 I VwVfG) und der Bescheid ist in zulässiger Form ergangen (§ 37 I VwVfG).

Fraglich scheint indes, ob die materiellen Voraussetzungen vorliegen. Materiell verlangt eine Untersagungsverfügung nach § 61 II 1 BBG, dass die Funktionsfähigkeit der Verwaltung oder die Pflicht zum achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten dies erfordert. Der § 61 II 2 BBG nennt dafür als weitere Konkretisierung, dass „die Merkmale des Erscheinungsbilds nach Satz 2 durch ihre über das übliche Maß hinausgehende besonders individualisierende Art geeignet“ sein müssen, „die amtliche Funktion der Beamtin oder des Beamten in den Hintergrund zu drängen.“ Es handelt sich insofern um unbestimmte Rechtsbegriffe, die allerdings einer vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegen.

Die Tätowierungen an dem Unterarm des A dürften weder die Funktionsfähigkeit der Verwaltung gefährden, noch dürfte die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten dies erfordern.

Vgl. hierzu **VG Düsseldorf NVwZ-RR 2022, 150:**

Zwar stellt eine Tätowierung zunächst nur eine Körperdekoration dar. Durch diese



Fall 18 – VA oder innerdienstliche Weisung?

Lösung S. 7

wird der Körper indes bewusst als Kommunikationsmedium eingesetzt. Mit dem Tragen einer **Tätowierung ist eine plakative Kundgabe verbunden, durch die eine mit ihr verbundene Aussage das „forum internum“ verlässt**. Durch eine Tätowierung erfolgt eine nach außen gerichtete und dokumentierte Mitteilung durch deren Träger über sich selbst. Dieser kommt im Falle der Tätowierung sogar ein besonderer Stellenwert zu, weil das Motiv in die Haut eingestochen wird und der Träger sich damit dauerhaft und in besonders intensiver Weise bekennt (vgl. OVG Münster 5.9.2019 – 6 B 651/19, BeckRS 2019, 20935; BVerwGE 160, 370 = NVwZ 2018, 1064 = NJW 2018, 1185 Rn. 25).

Zwar mag dann, wenn eindeutig gewaltverherrlichende Tätowierungen in Rede stehen, allein darauf abgestellt werden, welche Eindrücke insoweit bei Dritten hervorgerufen werden (vgl. aber auch in diesem Zusammenhang OVG Münster 5.9.2019 – 6 B 651/19, BeckRS 2019, 20935, zu einer tätowierten Szene, in der eine Person eine Axt tragende Person erschießt und eine große blutige Austrittswunde zu sehen ist. Selbst bei dieser von Gewalt und Blut beherrschten Tötungsszene hat das OVG Münster noch in den Blick genommen, ob die Tätowierung Ausdruck der inneren Einstellung des Bewerbers ist).

14 So verhält es sich hier jedoch nicht. **Vor dem Hintergrund der Gesamtheit der am selben Arm befindlichen Tätowierungen ist vielmehr zu berücksichtigen, dass sich der Ast. auch eine (Friedens-)Tauben, einen Engel sowie ein Auge in seine Haut hat stechen lassen. Gewaltverherrlichend wirken diese Motive nicht.** Auch steht der von dem Ag. angeführte Totenkopf in Verbindung zu einer Sanduhr und lässt für sich gesehen nicht ohne Weiteres den Rückschluss auf eine gewaltverherrlichende Einstellung des Ast. zu. Hierzu hat der Ast. in seiner Stellungnahme vom 20.5.2021 detailliert und nachvollziehbar ausgeführt, dass die Sanduhr die Vergänglichkeit des Lebens und die Kostbarkeit der Zeit verdeutlicht. Auch erscheint die Annahme des Ag. fraglich, dass die Zähne im Kiefer des Totenschädels „überdimensional groß“ und auch deswegen angsteinflößend wirkten. **Dies trifft nach Einschätzung des Einzelrichters so nicht zu. Nichts anderes gilt im Ergebnis hinsichtlich der im Skelett bzw. im Totenkopfschädel befindlichen Risse.** Die von dem Ag. insoweit gezogene Schlussfolgerung, dass dies Rückschlüsse auf eine Gewaltwirkung zulasse, erscheint zweifelhaft. Vielmehr dürfte diese Darstellung für Skelette und Totenkopfschädel nicht unüblich sein. Offen bleibt ferner auch, auf welche Erkenntnisgrundlage der Ag. seine Einschätzung stützt, die Tätowierung insbesondere des Totenkopfschädels mit spitzen Zähnen wirke furchterregend. Welcher Erkenntnisse sich insoweit die Körperschmuckkommission – insbesondere auch zur Frage der gesellschaftlichen Akzeptanz von Tätowierungen – bedient hat, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. **Insoweit hat der Ag. zu gegenwärtigen, dass er sich einem Wandel gesellschaftlicher Anschauungen auch nicht verschließen darf** (vgl. bereits BVerwGE 125, 85 = NVwZ-RR 2007, 781 Rn. 25).

Nach diesen Maßstäben ist auch im Hinblick auf die in Rede stehende Tätowierung des A festzuhalten, dass ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Untersagung der Tätowierung nicht vorliegen (a.A. vertretbar).



3. Schwerpunkt:

Vollständige Ausschöpfung
des Rechtsschutzbegehrens

Demgegenüber scheidet die
Regelungsanordnung nach
§ 123 Abs. 1 S. 2 VwGO
aus. Sie kommt in Betracht,
wenn die Erweiterung einer
Rechtsposition angestrebt
wird.

Zwischenergebnis ist, dass das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Ergänzungsbescheid vom 23.04. wiederherstellt.

2. Teil: Der Antrag gegen die Anweisung vom 04.03.

Wird der Ergänzungsbescheid vom 23.04. durch die gerichtliche Entscheidung einstweilen außer Vollzug gesetzt, lebt die Bindungswirkung der Anweisung vom 04.03. wieder auf. Der Verwaltungsakt hatte als zeitlich neuere Rechtsquelle die innerdienstliche Anweisung abgelöst. Ist aber der Verwaltungsakt suspendiert, lebt die ursprüngliche Rechtslage wieder auf. Sie aber ist durch die innerbetriebliche Anweisung vom 04.03. gekennzeichnet. Diese kann der Antragsteller nicht auf sich beruhen lassen, weil er auf Grund seiner Weisungsgebundenheit (§ 62 Abs. 1 S. 2 BBG) verpflichtet ist, die Anweisung auszuführen.

Deshalb ist mit dem Antrag aus § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO gegen den Ergänzungsbescheid vom 23.04. das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers noch nicht ausgeschöpft. In Betracht kommt gegenüber der ursprünglich internen Weisung ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO. Insoweit liegt eine objektive Antragshäufung (§ 44 VwGO analog) vor.

A. Zulässigkeit

I. Auslegung des Antrags

Nach § 88 VwGO ist das Gericht nicht an einen ausdrücklichen Antrag gebunden. Es hat vielmehr durch Auslegung das eigentliche Ziel des Antragstellers zu ermitteln und dem durch die Zuordnung der adäquaten Verfahrensart Rechnung zu tragen. Dem Antragsteller geht es darum, von einer Verpflichtung zur Überdeckung seiner Tattoos freigestellt zu werden, bis der Rechtsstreit in der Hauptsache entschieden worden ist. Richtet sich der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gegen einen Verwaltungsakt wie etwa den Ergänzungsbescheid vom 23.04., strebt der Antragsteller aus der Sicht des verständigen Empfängers dessen Suspendierung an. Handelt es sich hingegen - wie bei der Weisung vom 04.03. - um ein Internum, kommt eine Suspendierung durch das Verwaltungsgericht nicht in Betracht.

Das Gericht kann den Antrag dann dahin verstehen, dass die Verwaltungsbehörde verpflichtet werden soll, ihre Weisung bis zur Entscheidung über die Hauptsache außer Vollzug zu setzen. Es handelt sich dabei um den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, hier in Form der Sicherungsanordnung (§ 123 Abs. 1 S. 1 VwGO). Diese ist einschlägig, wenn es darum geht, den bestehenden Zustand einstweilen gegenüber einer drohenden Verschlechterung zu sichern.

II. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen

Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen nennt § 123 Abs. 1 VwGO nicht. Der Rechtsgedanke, der hinter § 42 Abs. 2 VwGO steht, gilt aber auch hier.

Auf den ersten Blick können Zweifel bestehen, ob Maßnahmen aus dem beamtenrechtlichen Betriebsverhältnis überhaupt in subjektive Rechte eingreifen können. Denn sie sind ihrer Intention nach nicht darauf gerichtet, den Status und die Rechte des Beamten zu regeln. Vielmehr sollen sie die Funktion des Behördenbetriebes sicherstellen und sind deshalb nicht auf Außenwirkung gerichtet.



Andererseits kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass Maßnahmen, die an sich auf die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit einer Behörde gerichtet sind, tatsächlich die subjektiven Rechte des Beamten betreffen oder sonstige faktische Rechtsbeeinträchtigungen auslösen. Der Schutz der subjektiven Rechte ist unabhängig davon, welche Intention eine staatliche Maßnahme hat, entscheidend ist, wie sich ein Verwaltungshandeln tatsächlich auswirkt. Die Anweisung des Personaldezernenten vom 04.03. mag nur der Funktionsfähigkeit der Behörde dienen; sie wirkt aber gleichwohl in der Freiheitssphäre des Antragstellers hinein mit der Folge, dass dem Beamten die Antragsbefugnis aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht abgesprochen werden kann.

III. Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben, insbesondere hat A in dem Personalgespräch vom 25.03.2009 sein Begehren zunächst gegenüber der Behörde geltend gemacht. Ein Hauptsacheverfahren ist auch nicht offensichtlich unzulässig und bleibt auch bei Erlass einer einstweiligen Anordnung sinnvoll, so dass keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache droht (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG).

B. Begründetheit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, soweit A bei summarischer Prüfung einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat, vgl. § 123 Abs. 3 VwGO iVm. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO.

I. Anordnungsanspruch

Der Antragsteller hat den für die einstweilige Anordnung erforderlichen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, wenn ihm gegen die Weisung vom 04.03. ein Abwehrrecht zusteht.

1. Anspruchsgrundlage

Das Abwehrrecht könnte sich unmittelbar aus dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG ableiten. Die Freiheitsrechte umschreiben nicht nur subjektive Rechte, sondern sie begründen zugleich als status negativus unmittelbar gegen die staatlichen Gewalten (Art. 1 Abs. 3 GG) - und damit auch und vor allem gegen die Verwaltung – Abwehrrechte, hier in Form eines schlichten Abwehr- und Unterlassungsanspruchs.

2. Anspruchsvoraussetzungen

Voraussetzung eines grundrechtlichen Abwehranspruchs ist, dass ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt und eine Duldungspflicht den Eingriff nicht rechtfertigt.

a) Eingriff in den Schutzbereich

Zum Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit gehört unter anderem das Recht des einzelnen, über sein Äußeres und sein Erscheinungsbild in der Gesellschaft selbst bestimmen zu können. Für die Annahme eines Eingriffs kommt es nicht darauf an, ob er durch Rechtsakt oder durch nichtregelndes Verwaltungshandeln erfolgt. Die Grundrechte schützen unabhängig von der Qualität eines unmittelbaren Eingriffs und damit auch vor innerdienstlichen Weisungen.

b) Eingriffsrechtfertigung

Die allgemeine Handlungsfreiheit findet ihre Schranken in der verfassungsmäßigen Ordnung. Sie kann eingeschränkt werden auf der Grundlage von Gesetzen, die -



Fall 18 – VA oder innerdienstliche Weisung?

Lösung S. 10

ausgerichtet am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit - den Eingriff regeln. Als derartiges Schrankengesetz kommt – wie dargestellt - § 61 II 2 BBG in Betracht, wonach der Dienstherr den Beamten hinsichtlich ihres Erscheinungsbildes Vorgaben machen kann. Ungeachtet der Frage, ob die Vorschrift das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Bestimmtheitsgebot einhält, ist die Anordnung gegenüber dem K im Einzelfall nicht verhältnismäßig. Wie soeben dargestellt, dürften im Hinblick auf die Tätowierungen des K die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Untersagungsverfügung nicht vorliegen (s.o.). Die Anordnung vom 04.03. ist damit unverhältnismäßig. Eine Eingriffsrechtfertigung scheidet aus.

Die Anspruchsvoraussetzungen liegen damit vor.

3. Anspruchsinhalt

Der grundrechtliche Abwehranspruch geht dahin, dass es der Behörde verboten ist, den Eingriff vorzunehmen. Grundrechtliche Abwehransprüche sind somit strukturell Unterlassungsansprüche. Erfolgt der Eingriff durch die Weisung, so geht der grundrechtliche Abwehranspruch darauf, dass der Vollzug der Weisung unterbleibt.

II. Anordnungsgrund

Schließlich ist auch der Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Die unverzügliche Befolgung der dienstlichen Weisung hätte zur Folge, dass der Antragsteller gezwungen würde, sein Tattoo zu entfernen und dieser Zustand wäre bis zu einem eventuellen Obsiegen in der Hauptsache über Jahre hinzunehmen. Eine unterschiedliche Handhabung zwischen Dienst und Privatleben ist dabei nicht möglich.

Dem Antragsteller kann somit nicht angesonnen werden, in Erfüllung einer erkennbar rechtswidrigen Maßnahme gleichsam irreparable Schäden hinzunehmen.

Ergebnis: Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Verfügung vom 23.04. wird wiederhergestellt. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Weisung vom 04.03. bis zur Entscheidung in der Hauptsache außer Vollzug zu setzen.