

VI. Nichtanzeige geplanter Straftaten, §§ 138, 139 StGB

Für das Examen eher zu vernachlässigen sind die Vorschriften der §§ 138, 139 StGB, die Nichtanzeige geplanter Straftaten. Hierbei ist jedoch besonders zu berücksichtigen, dass der Tatbestand nicht bei jeder Straftat Anwendung findet, sondern nur bei den Delikten, die der abschließende Katalog der Absätze 1 und 2 des § 138 StGB enthält. Umstritten ist, ob nur eine täterschaftliche Begehung zur Anzeige gebracht werden muss⁵⁷ oder ob eine Anzeigepflicht selbst dann besteht, wenn lediglich eine Teilnahmehandlung bekannt ist⁵⁸. Dieser Streit kann in der Klausur nur selten Bedeutung erlangen, da in den meisten Fällen, in denen von einer Teilnahmehandlung erfahren wird, gleichzeitig auch die täterschaftliche Begehung nahe liegt.

Bedeutsam ist hingegen die Problematik, in welchen Grenzen der Beteiligte der Straftat selbst anzeigepflichtig ist. Eine Ansicht in der Literatur kommt zu einer weiten Auslegung dahingehend, dass der Teilnehmer und der Täter selbst anzeigepflichtig i. S. des § 138 StGB sind⁵⁹. Gegenüber der tatsächlich verwirklichten Tat sei die Nichtanzeige dann aber subsidiär.

Einer solchen Sichtweise steht der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ entgegen: Der Beteiligte (oder gar der Täter), der verpflichtet wäre, sich selbst anzuzeigen, wäre gezwungen, sich selbst zu belasten, obwohl die Strafprozessordnung dem Beschuldigten diesbezüglich umfassende Freiheiten gewährt. Zudem spricht gegen eine Warnungspflicht des Täters oder Teilnehmers aus kriminalpolitischer Sichtweise, dass ihm der Entschluss zum Rücktritt erschwert werden würde, falls er verpflichtet wäre, sich selbst anzuzeigen⁶⁰. Die wohl h. M. lässt daher eine Anzeigepflicht für den Teilnehmer

entfallen⁶¹, teilweise selbst dann, wenn der betreffende Person die Teilnahme nicht nachgewiesen werden kann⁶².

VII. Fazit

Die Delikte zum Schutz der Rechtspflege⁶³ sind häufig die „Snefkinder“ der Lehre, nicht aber zwangsläufig der Prüfer im Examen. So lohnt sich eine vertiefte Auseinandersetzung gerade mit den überschaubaren examensrelevanten Problemen der §§ 164, 145 d, 257, 258, 258 a StGB, die vorliegend in wesentlichen Grundzügen dargestellt wurden. Im Ernstfall kann es dann schon weiterhelfen, wenn das Meinungsspektrum an sich und einige entscheidende Argumente bekannt sind. Negative Überraschungen im schriftlichen, aber auch mündlichen Examen können auf diese Weise vermieden werden.

- 57 So Rudolph, in: SK-StGB, 2004, § 138 Rdnr. 8.
 58 In diesem Sinne die h. M., u. a. Tröndle/Fischer (o. Fußn. 10), § 138 Rdnr. 6; Lackner/Kühl (o. Fußn. 24), § 138 Rdnr. 2.
 59 Rudolph, in: SK-StGB, 2004, § 138 Rdnr. 19.
 60 Tröndle/Fischer (o. Fußn. 10), § 138 Rdnr. 19.
 61 BGHSt 36, 167 (169) = NJW 1989, 2760; BGH, NStZ 1982, 244 (244); Tröndle/Fischer (o. Fußn. 10), § 138 Rdnr. 18.
 62 Lackner/Kühl (o. Fußn. 24), § 138 Rdnr. 6; Rudolph, in: SK-StGB, 2004, § 138 Rdnr. 35.
 63 Im Hinblick auf die Examensvorbereitung dürfen die sonstigen Rechtsplegedelikte der §§ 343–345 StGB und des Parteiverrats (§ 356 StGB) eher unbedeutend sein. Für die mündliche Prüfung lohnt sich aber ein Blick auf die Rechtsbeugung gem. § 339 StGB. Insb. der „Fall Schill“ hat hier in den letzten Jahren für Aufsehen gesorgt (vgl. BGHSt 47, 103 = NJW 2001, 3275 = NStZ 2001, 651). Diesbezüglich sollte sich der Examenkandidat merken, dass die zögerliche Bearbeitung einer Rechtsache innerhalb eines objektiv vertretbaren Zeitrahmens nur dann den Tatbestand erfüllt, wenn der Richter mit seiner Verfahrensweise aus sachfremden Erwägungen gezielt zum Vorteil oder Nachteil einer Partei handelt.

Wiss. Mitarbeiterin Ulrike Lembke, Greifswald

Grundfälle zu Art. 8 GG*

Auch die Versammlungsfreiheit ist eines der die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierenden Grundrechte. Vor allem aber soll sie ein Ersatz sein für den Mangel an plebiszitären Elementen im Bonner Grundgesetz. Sie gewährleistet ein letztes Stück „ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie“, wobei das Ungebändigte schnell als Gefahr für Sicherheit, Ordnung oder den Staat selbst begriffen wird. Der folgende, zweiteilige Beitrag soll einige Hilfestellungen im Umgang mit dieser unmittelbaren Demokratie geben.

I. Schutzbereich und Eingriff

Die Versammlungsfreiheit ist ein Individualrecht und schützt nicht nur Massenbewegungen. Wo zwei oder drei versammelt sind¹, kann der Schutzbereich des Art. 8 I GG schon eröffnet sein. Zunächst aber muss es sich um Deutsche oder zumindest EU-Bürger² handeln. Auch Personenvereinigungen können Grundrechtsträger sein, nicht aber die Versammlung selbst.

1. Begriff der Versammlung

Unstreitig ist, dass eine – auch größere – Menschenansammlung an der Bushaltestelle, im Arbeitsamt oder am Unfallort nicht ohne weiteres eine Versammlung darstellt. Es fehlt die innere Verbindung, die aus der *Ansammlung* eine *Versammlung* macht.

Fall 1 (Love Parade³): *Jedes Jahr findet in Berlin die Love Parade statt. Tausende von Ravern tanzen in den Straßen und*

feiern ihr Lebensgefühl. Von den dabei entstehenden Abfallmengen überfordert, weigert sich die zuständige Behörde, die Love Parade weiter als Versammlung zu behandeln, und weist auf ihren Charakter als Tanzereignis und Massenparty hin. Die Veranstalter bringen dagegen vor, dass die Love Parade ein Motto hat und mit einer Rede beendet wird, also auch Meinungen kundgegeben werden.

Zu prüfen ist, ob die Love Parade vom Schutzbereich des Art. 8 I GG erfasst ist. Versammlungen i. S. des Art. 8 I GG sind örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung⁴. Dabei können die kommunikativen Zwecke auch mittels Musik und Tanz verwirklicht werden. Ihre besondere Bedeutung erhält die Versammlungsfreiheit aber durch den Bezug zum

- * Die Verfasserin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Professor Dr. Claus Dieter Classen an der Universität Greifswald.
 1 Mindestens zwei: Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, 2. Aufl. (2004), Art. 8 Rdnr. 23 (m. w. Nachw. Mindestens drei: wohl Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. (1999), Art. 8 Rdnr. 15; Mehr: Prosen, NJW 1969, 1081 (Fußn. 10).
 2 Der dogmatisch richtige Weg zur Ausdehnung der sog. Deutschen-Grundrechte auf EU-Ausländer ist umstritten. Zur versammlungsrechtlichen Gleichstellung: Höfling, in: Sachs, GG, 3. Aufl. (2003), Art. 8 Rdnr. 46 a. Im Grundrechtsschutzbereich können sich (Nicht-EU-)Ausländer nur auf Art. 2 I GG berufen. Krit. dazu Seidel, DOV 2002, 283 (284).
 3 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 2459.
 4 Vgl. BVerfG, NVwZ 2005, 80; NJW 2004, 2814 (2815); BVerfGE 104, 92 (104) = NJW 2002, 1031 (1032).

Prozess der öffentlichen Meinungsbildung⁵. Eine Musik- und Tanzveranstaltung ohne diesen Bezug wird vom Schutzbereich des Art. 8 I GG nicht erfasst.

Die Veranstalter der Love Parade machen geltend, dieser Bezug werde durch das Motto und die Abschlussrede hergestellt. Allerdings ist die Rede hier ein untergeordnetes Ereignis, welches gewiss auch nicht die wesentliche Motivation zur Teilnahme an der Love Parade bildet. Eine Tanzveranstaltung wird aber nicht dadurch zur Versammlung, dass bei ihrer Gelegenheit auch Meinungskundgaben erfolgen⁶. Entscheidend ist das Gesamtgepräge. Bei der Love Parade steht der Spaßfaktor im Vordergrund. Die Abschlussrede ändert den grundsätzlichen Charakter der Love Parade als Massenparty nicht⁷. Sie wird daher nicht vom Schutzbereich des Art. 8 I GG erfasst.

Allerdings ist zu beachten, dass sich diese Bewertung mit dem Charakter der Veranstaltung wandeln kann. Sollten mehrere Teilnehmende sich plötzlich gemeinsam zu politischen Fragen äußern, können aus der Love Parade Spontanversammlungen⁸ entstehen, für die der Schutzbereich des Art. 8 I GG eröffnet ist.

2. Friedlich und ohne Waffen

Neben dem Bezug zur öffentlichen Meinungsbildung fordert Art. 8 I GG mehr: Friedlich und waffenlos muss die Versammlung sein. Waffen meint nicht nur technische Waffen i. S. des § 1 WaffG, sondern auch sonstige gefährliche Werkzeuge, sofern sie zum Zwecke der Sachbeschädigung oder Körperverletzung mitgeführt werden⁹. Upsicher ist die Bewertung der sog. passiven Bewaffnung (Schutzschilde, Helme etc.)¹⁰.

Eine Versammlung ist unfriedlich, wenn sie einen gewalttätigen Verlauf nimmt und es zu Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie aggressiven Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen kommt¹¹. Die Unfriedlichkeit einzelner Störer entzieht der Versammlung insgesamt nicht den Schutz des Art. 8 I GG¹². Gegen die störende Minderheit ist vielmehr isoliert vorzugehen.

Darüber hinaus bleibt im Grenzbereich der Unfriedlichkeit insbesondere umstritten, welche Mittel zur Verfolgung des Versammlungszwecks den Teilnehmenden noch erlaubt sind.

Fall 2 (Sitzblockaden¹³): *In den 80-er Jahren wollten tausende Bürger¹⁴ „wissen“, welches Verhalten noch als friedlich genug gilt, um in erlaubter Weise auf die Gefahr eines Atomkrieges aufmerksam zu machen. Sie setzten sich in die Aufmärsche von amerikanischen Militärstützpunkten. Im Wege der „Rechtsfortbildung“ hatte der BGH zuvor im Laepple-Fall¹⁵ den Gewaltbegriff des § 240 I StGB auch auf geistige Dimensionen erweitert. Dem folgend wurden die Blockierer wegen Nötigung verurteilt.*

Die Sitzblockaden bestanden aus mehreren Personen mit dem Anliegen, auf die Gefahren des Wetrüstens in Europa aufmerksam zu machen. Damit handelte es sich um Versammlungen. Entscheidend war, ob diese friedlich und damit vom Art. 8 I GG geschützt sind und welchen Einfluss dies gegebenenfalls auf die Bewertung als Nötigung hat.

Die Verfassungsbeschwerden der Blockierer wurden 1986 zunächst mit Stimmgleichheit abgewiesen¹⁶. Das BVerfG entschied, dass § 240 I StGB und dessen Auslegung durch die Fachgerichte („Vergeistigung“ des Gewaltbegriffs) nicht gegen Art. 103 II GG verstößt. Der verfassungsrechtliche Begriff der Unfriedlichkeit sei nicht mit dem strafrechtlichen

Gewaltbegriff gleichzusetzen, sondern enger als dieser gefasst¹⁷. Eine Sitzblockade sei erst unfriedlich im Sinne des Grundgesetzes, wenn es zu Gewalttätigkeiten komme. Die notwendige Einschränkung „friedlicher“ Versammlungshandlungen erfolge durch den weiten Gesetzesvorbehalt in Art. 8 II GG. Behinderungen Dritter seien dabei nur als unvermeidbare Nebenfolge in Kauf zu nehmen, nicht aber, wenn sie für mehr Aufmerksamkeit beabsichtigt werden¹⁸. Daher stehe die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 I GG für eine Sitzblockade der Strafbarkeit als Nötigung nicht entgegen.

Neun Jahre später entschied eine Mehrheit im Senat, die erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 I StGB verstoße gegen Art. 103 II GG¹⁹. Die Rechtsprechung der Strafgerichte habe die „Vergeistigung“ zu weit getrieben. Pure körperliche Anwesenheit, die lediglich psychischen Zwang entfaltet, sei keine Gewalt i. S. des § 240 I StGB²⁰. Folglich sind gewaltfreie symbolische Sitzdemonstrationen nicht nur friedlich und von Art. 8 I GG geschützt. Sie können überdies nicht durch § 240 I StGB rechtmäßig eingeschränkt werden, da dessen Tatbestand nicht erfüllt ist. Anders ist es, wenn die Demonstrierenden sich anketten²¹ oder weitere Gegenstände²² zur Blockade mitnutzen. Eine friedliche Sitzblockade muss als Versammlung aufgelöst werden, bevor sie geräumt werden kann.

3. Schutz und Leistung

Behörden haben die Pflicht zur versammlungsfreundlichen Kooperation²³. Ob der Staat Versammlungen sogar grundsätzlich ermöglichen muss, ist umstritten²⁴. Die staatlichen

- 5 BVerfGE 104, 92 (104) = NJW 2002, 1031 (1032). Zutr. Seidel, DOV 2002, 283 (285). Gegen diese Verengung des Versammlungsbegriffs: Klopper, in: Lenz/Kirchhof, HdBStR IV, 2. Aufl. (2001), § 143 Rdnr. 16 ff.; Schulze-Fielitz, in: Dreier (o. Fußn. 3), Art. 8 Rdnr. 27 m. w. Nachw.; Wiefelspitz, DOV 2001, 21 (22). Vgl. auch Gröpl, Jura 2002, 18 (19 f.); Hermanns, JA 2000, 79 (79 f.).
 6 BVerfG, NJW 2001, 2459 (2461).
 7 Zutr. BVerfG, NJW 2001, 2459 (2461).
 8 Vgl. BVerfG, NVwZ 2005, 80.
 9 Schulze-Fielitz, in: Dreier (o. Fußn. 1), Art. 8 Rdnr. 45 m. w. Nachw.
 10 Nach Jarass/Paruch, GG, 7. Aufl. (2004), Art. 8 Rdnr. 7, leht die h. L. die Einordnung von Schutzgegenständen unter den Waffenbegriff ab. Ott/Wächter, VerStG, 6. Aufl. (1996), § 17 a Rdnr. 1 ff., halten daher § 17 a VerStG für verfassungswidrig; a. A. Ridder u. a., VersammlungR., 1992, § 17 a Rdnr. 13 ff.
 11 BVerfGE 104, 92 (106) = NJW 2002, 1031 (1033); 73, 206 (248) = NJW 1993, 581 (604). Vgl. auch Höfling, in: Sachs (o. Fußn. 2), Art. 8 Rdnr. 28, Kahl, Jus 2000, 1090 (1092).
 12 BVerfGE 69, 315 (361) = NJW 1985, 2395 (2400); Hoffmann-Kien, in: AK-GG I, 2. Aufl. (1989), Art. 8 Rdnr. 23.
 13 Insbesondere BVerfGE 104, 92 = NJW 2002, 1031; 92, 1 = NJW 1995, 255 m. w. Nachw.; 87, 399 = NJW 1993, 581; 73, 206 = NJW 1987, 43; m. w. Nachw. Zur neueren Rspr. Müttelek, Jus 2002, 106 f.
 14 In Anlehnung fanden über Jahre hinweg Sitzblockaden statt, darunter die Richterblockade am 12. 1. 1987, bei der ca. 20 Richterinnen und Richter ihrer abweichenden Rechtsauffassung sitzend Ausdruck verliehen. Auch sie wurden verurteilt und disziplinarisch belangt. Über 350 Juristen erklärten sich öffentlich mit ihnen solidarisch.
 15 BGHSt 23, 46 = NJW 1969, 1770.
 16 BVerfGE 73, 206 = NJW 1987, 43.
 17 BVerfGE 73, 206 (248) = NJW 1987, 43 (47). Dem folgend BVerfGE 104, 92 (106) = NJW 2002, 1031, (1033); 87, 399 (406) = NJW 1993, 581.
 18 BVerfGE 73, 206 (250) = NJW 1987, 43 (47).
 19 BVerfGE 92, 1 (4) = NJW 1995, 1141 (1142).
 20 BVerfGE 92, 1 (17 f.) = NJW 1995, 1141 (1145 f.).
 21 BVerfGE 104, 92 = NJW 2002, 1031.
 22 Vgl. die sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH (BGHSt 41, 182 = NStZ 1995, 541).
 23 BVerfGE 69, 315 (355 ff.) = NJW 1985, 2395 (2398 f.); OVG Weimar, NVwZ-RR 2003, 207 (208 f.). Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fußn. 1), Art. 8 Rdnr. 47. Krit. König, in: v. MünchKomm, GG, Bd. 1, 5. Aufl. (2000), Art. 8 Rdnr. 20.
 24 Vgl. BVerfGE 69, 315 (355) = NJW 1985, 2395 (2398). Dafür: Schulze-Fielitz, in: Dreier (o. Fußn. 1), Art. 8 Rdnr. 107.

Stellen müssen aber die Versammlung unterstützen und die Teilnehmenden vor Störungen schützen. Die Veranstalter der Versammlung haben keine Pflicht zur Kooperation²⁵, können durch kooperatives Verhalten aber die Schwelle für behördliches Eingreifen erhöhen²⁶. „Kooperation“ darf nicht zum Rechtsverzicht werden.

Versammlungen brauchen Platz zur Entfaltung. Die Versammlungsfreiheit schließt insoweit auch ein Recht zur Mitbenutzung der im Allgemeingebrauch stehenden Straßen ein²⁷. Doch umfasst dies nicht das Recht der Veranstalter, fremdes Grundeigentum in Anspruch zu nehmen, oder die Pflicht eines Trägers öffentlicher Einrichtungen, eingeschränkte Nutzungszwecke zu Gunsten der Versammlung zu erweitern²⁸. Ersteres ist nachvollziehbar, zweiteres schwierig. Der Staat kann sich nicht auf Art. 14 I GG berufen. Ob daher eine bloße Zweckbestimmung den Versammlungsteilnehmenden ihren notwendigen Versammlungsraum entziehen kann, ist zweifelhaft.

4. Wahl der Veranstaltungsmodalitäten

Eingriffe in die Versammlungsfreiheit können unterschiedliche Formen annehmen: Verbot, Auflagen²⁹ oder eine Auflösung der Versammlung.

Fall 3 (Symbolisches Darum³⁰): *In der Stadt G nahe der polnischen Grenze will die NPD am 1. September einen Aufmarsch unter dem Motto „Gegen Krieg und militärischen Größenwahn“ veranstalten. Die zuständige Behörde bezweifelt, dass solche Aktivitäten am Jahrestag des Einmarsches der deutschen Wehrmacht in Polen der Völkerverständigung dienen. Sie genehmigt die Demonstration daher nur „unter der Auflage, dass diese an einem anderen Tag stattfindet“. Die Veranstalter wenden sich gegen „das Verbot des angemeldeten Aufzuges“.*

Aus der Versammlungsfreiheit folgt das Recht der Veranstalter, über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt einer Demonstration grundsätzlich selbst zu entscheiden³¹. Wenn dieses Recht mit anderen Rechtsgütern kollidiert, obliegt die Entscheidung über die Konfliktlösung jedoch nicht mehr den Veranstaltern³². Die zuständige Behörde muss die widerstreitenden Rechtsgüter in einen angemessenen Ausgleich bringen. Mit Auflagen kann sie die Durchführung der Versammlung modifizieren und Konfliktpotenzial entschärfen.

Fraglich ist, ob es sich bei der zeitlichen Verschiebung um eine Auflage handelt. Die Abgrenzung zwischen Verbot und Auflage orientiert sich nicht an der Auffassung der Behörde, sondern am Veranstaltungszweck³³. Die NPD hat bewusst den 1. September gewählt, um ihre Meinung über Krieg und Militarismus darzutun. Der Zusammenhang zwischen Zeitpunkt und Zweck der Veranstaltung ist evident, das gewählte Datum stellt einen wesentlichen Bestandteil der geplanten Versammlung dar. Die Versammlung würde an einem anderen Tag weitgehend ihren Sinn verlieren. In solchen Fällen ist die Verschiebung der Versammlung keine Auflage, sondern ein Verbot³⁴. Sind bestimmte Modalitäten zur Erreichung des Versammlungszwecks unabdingbar, ist ihre Abänderung durch die Behörde ein Verbot und nicht nur eine Auflage. Die Maßnahme der Behörde unterliegt dann höheren Rechtfertigungsanforderungen.

5. Schutz im Vorfeld der Versammlung

Eingriffe in die Versammlungsfreiheit können aber auch durch tatsächliches Handeln staatlicher Organe erfolgen. Neben der Anwendung unmittelbaren Zwangs ist hier insbesondere an Maßnahmen der Datenerhebung zu denken. Dabei

sind exzessive Observierungen mit dem staatsfreien Charakter einer Versammlung unvereinbar³⁵. Eine andere Frage ist, wie solche Maßnahmen im Vorfeld der Versammlung zu beurteilen sind.

Fall 4 (Anreise zur Versammlung³⁶): *Mehrere Atomkraftgegner befinden sich auf dem Weg zu einer angemeldeten Demonstration in Lüneburg. Die Polizei hat Erkenntnisse über die Anreise gewaltbereiter Personen. Der Bus der Atomkraftgegner wird noch auf der Autobahn gestoppt. Die Insassen werden gefilmt, durchsucht und ihre Personalien aufgenommen. Hinweise auf Gewaltbereitschaft werden nicht festgestellt. Danach werden sie zu einer Sammelstelle gebracht, wo nochmals Daten aufgenommen werden. Als sie von dort entlassen werden, ist die Demonstration in Lüneburg bereits beendet.*

Die Businsassen befanden sich auf dem Weg zu einer Versammlung, an der sie nun nicht mehr teilnehmen können. Zu prüfen ist daher, ob sie in ihrer Versammlungsfreiheit verletzt sind. Die Anreise zu einer Demonstration ist selbst keine Versammlung. Sie ist aber unverzichtbar, um an der Versammlung teilnehmen zu können. Der Schutz aus Art. 8 I GG umfasst den gesamten Vorgang des Sich-Versammelns, also auch den Zugang zu einer bevorstehenden oder sich bildenden Versammlung³⁷. Andernfalls liefe die Versammlungsfreiheit Gefahr, durch staatliche Maßnahmen im Vorfeld der Grundrechtsausübung ausgehöhlt zu werden³⁸. Spätestens nach der ersten Durchsicherung der Businsassen und ihres Gepäcks konnte die Polizei sich davon überzeugen, dass von den Betroffenen keine konkrete Gefahr ausging. Die folgende Verbringung zu einer Sammelstelle war von der Befugnis der Polizei zur Gefahrenabwehr nicht mehr gedeckt. Maßnahmen, die den Zugang zu einer Demonstration durch Behinderung von Anfahrt und schleppende vorbeugende Kontrollen unzumutbar erschweren, stellen unzulässige Eingriffe dar³⁹. Die Versammlungsfreiheit gewährt umfassenden Schutz.

25 Missverständlich BVerfGE 69, 315 (354 ff.) = NJW 1985, 2395 (2398 f.); Klarstellend BVerfGE, NJW 2001, 2078.

26 BVerfGE, NJW 2001, 2078 (2079); BVerfGE 69, 315 (357) = NJW 1985, 2395 (2399); Klopper, in: Isensee/Kirchhof (o. FuBn. 5), § 143 Rdnr. 69.

27 BVerfGE 75, 206 (249) = NJW 1997, 43 (457). Vgl. Herzog, in: Mann/Düing, GG, Art. 8 Rdnr. 43; Höfling, in: Sachs (o. FuBn. 2), Art. 8 Rdnr. 38.

28 Vgl. BVerfGE 91, 135 = NJW 1993, 609: Die Universität Bonn weigerte sich, für eine Großdemonstration mit über 200.000 Teilnehmenden ihre Spiel- und Liegewiese im Bonner Holgarten zur Verfügung zu stellen. Krit. dazu Dietzel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 12. Aufl. (2000), § 1 Rdnr. 97.

29 Wichtig: Auflagen im Sinne des Versammlungsgesetzes sind keine Nebenbestimmungen i. S. des § 36 Nr. 4 VwVfG, sondern selbst Verwaltungsaktsakt. Versammlungen können auch nicht „unter Auflagen genehmigt“ werden, da sie nicht erlaubnispflichtig sind.

30 Vgl. BVerfGE, NJW 2001, 1409; OVG Greifswald, NordOR 2001, 447.

31 BVerfGE 87, 399 (406) = NJW 1993, 581; 69, 315 (343) = NJW 1985, 2995 (2996); OVG Greifswald, NordOR 2001, 447 (448).

32 BVerfGE, NJW 2001, 1411 (1412); NJW 2001, 1409 (1410); BVerfGE 104, 92 (108) = NJW 2002, 1031 (1033).

33 OVG Greifswald, NordOR 2001, 447 (448).

34 OVG Greifswald, NordOR 2001, 447 (448). Bei der im Ergebnis anders lautenden Entscheidung des BVerfGE, NJW 2001, 1409, war ein Zusammenhang zwischen Versammlungsschema und Versammlungstag weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

35 BVerfGE 69, 315 (349) = NJW 1985, 2395 (2397); Hoffmann-Riem, in: AK-GG (o. FuBn. 12), Art. 8 Rdnr. 36. Vgl. auch Henning, DOV 1998, 713.

36 Vgl. BVerfGE 69, 315 (349) = NJW 1985, 2395 (2397); VG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 248; VG Hamburg, NVwZ 1987, 829 (830 ff.).

37 BVerfGE 84, 203 (209) = NJW 1991, 2694; VG Hamburg, NVwZ 1987, 829 (830); Dietzel/Gintzel/Kniesel (o. FuBn. 28), § 1 Rdnr. 72; Rozeck, JA 1996, 224 (231).

38 BVerfGE 84, 203 (209) = NJW 1991, 2694; 69, 315 (349) = NJW 1985, 2395 (2397).

39 VG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 248.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dies schließt zulässige Einschränkungen aber nicht aus. Nach Art. 8 II GG unterliegen Versammlungen unter freiem Himmel der Einschränkung durch oder auf Grund eines Gesetzes. Versammlungen unter freiem Himmel meint – unabhängig vom Weterschutz – frei zugängliche Versammlungen⁴⁰. Grund für diese Lesart ist deren potenziell höhere Gefährlichkeit. Versammlungen in geschlossenen Räumen unterliegen nicht der Schranke des Art. 8 II GG⁴¹. Hier kann die Versammlungsfreiheit nur durch kollidierendes Verfassungsrecht – Grundrechte Dritter oder sonstige Güter mit Verfassungsrang – eingeschränkt werden.

Bezüglich der Möglichkeiten der Einschränkung des Art. 8 I GG sind drei Fragenkreise besonders umstritten. Zum ersten, ob bestimmte Gesetze überhaupt anwendbar sind (Polizeifestigkeit). Zum anderen, ob die Gesetze ohne Modifikation anwendbar sind (verfassungskonforme Auslegung). Und schließlich, ob und inwieweit der unbestimmte Rechtsbegriff der öffentlichen Ordnung als Schranke geeignet ist.

1. Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts?

In welchen Konstellationen und in welchem Ausmaß das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht anwendbar ist, bleibt schwierig und umstritten⁴². Sofern das Versammlungsgesetz eine abschließende Regelung trifft, hat es als Spezialgesetz Vorrang vor dem allgemeinen Polizeirecht⁴³. Die Versammlungsfreiheit ist grundsätzlich polizeifest⁴⁴.

Unstreitig ist, dass das Versammlungsgesetz nicht eingreift, wenn gar keine geschürzte Versammlung vorliegt. Andere Fragen sind schwieriger, so das Fehlen polizeilicher Standardmaßnahmen⁴⁵. Das Versammlungsgesetz erfasst ferner nur die Abwehr versammlungsspezifischer Gefahren⁴⁶, für den Schutz vor Feuer, Seuchen und baufalligen Gebäuden ist auf das allgemeine Ordnungsrecht zurückzugreifen. Nichtöffentliche Versammlungen sind im Versammlungsgesetz nicht geregelt (außer in §§ 3, 21 VersG), auf sie ist das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht allerdings nur anwendbar, soweit es verfassungsimmanente Schranken konkretisiert⁴⁷. Das Versammlungsgesetz schweigt vollständig zur Frage der Adressaten einer Maßnahme; hier ist auf die störesspezifischen Regelungen des Polizeirechts zurückzugreifen⁴⁸.

Schließlich ist noch die Figur der sog. Minusmaßnahmen zu erwähnen, die auf dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit beruhen: Liegen die Voraussetzungen für eine Versammlungsaufhebung nach § 15 II, 1 VersG vor, sind Standardmaßnahmen des Polizeirechts als mildere Mittel zur Gefahrenabwehr in Betracht zu ziehen⁴⁹. Da die Verknüpfung eines Tatbestandes des Versammlungsgesetzes mit einer Rechtsfolge des Polizeirechts dogmatisch nicht unbedenklich ist, wird teils auch nur geprüft, ob irgendwelche milderen Maßnahmen – „Auflagen“⁵⁰ – zur Verfügung stehen⁵¹. Sollte sich dieses Prinzip in der Gesamtschutzordnung durchsetzen, wäre der Gesetzgeber erheblich entlastet: Er müsste nur den jeweils schwerstmöglichen Grundrechtseingriff als Rechtsfolge normieren, um den Behörden eine große Auswahl möglicher Maßnahmen zu eröffnen.

2. Verfassungsmäßigkeit des Versammlungsgesetzes

Die gesetzliche Grundlage des Eingriffs muss selbst verfassungsgemäß sein. Für einige Regelungen des Versammlungsgesetzes war und ist dies umstritten⁵².

Fall 5 (Eilverversammlung⁵³): *Am Samstagmittag liest Bürger B in der Zeitung, dass wieder eine städtische Grünanlage wirt-*

schaftsbelebender Bewahrung weichen muss. Schon am Montag soll mit ersten Rodungsmaßnahmen begonnen werden. Empört verfasst B ein Schreiben, in dem er zu einer Protestkundgebung am Montagvormittag aufruft, und verteilt dieses in der Nachbarschaft. Einen Anruf bei der Versammlungsbehörde unterlässt er, da er die Frist nach § 14 I VersG ohnehin nicht mehr einhalten kann. Die Demonstration findet ohne Anmeldung statt.

§ 14 I VersG verlangt, dass eine Versammlung unter freiem Himmel spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe bei der zuständigen Behörde angemeldet wird. In § 26 Nr. 2 VersG wird die Durchführung einer unangemeldeten Versammlung unter Strafe gestellt. Die Anmeldung soll den Behörden die notwendigen Informationen vermitteln, um Vorkehrungen zum störungsfreien Verlauf der Veranstaltung und zum Schutz Dritter oder der Gesamtheit treffen zu können⁵⁴. Auch soll sie die Kooperation mit den Veranstaltern ermöglichen, so dass sonstige Kenntniserlangung der Behörde nicht ausreicht⁵⁵. Damit ist die Anmeldepflicht erklärt, doch ist sie auch verfassungsgemäß?

Das BVerfGE liest § 14 I VersG verfassungskonform folgendermaßen:

1. Versammlungen unter freiem Himmel sind 48 Stunden vor Bekanntgabe anzumelden.
2. Spontanversammlungen müssen nicht angemeldet werden (impossibile nulla est obligatio).
3. Eilverksammlungen müssen so schnell wie möglich angemeldet werden, spätestens aber mit der Bekanntgabe.

Spontanversammlungen sind Versammlungen, die sich aus einer Situation heraus, ungeplant und ohne Veranstalter entwickeln; eine Anmeldung ist dabei aus tatsächlichen Gründen unmöglich⁵⁶. Eilverksammlungen dagegen sind geplant und haben einen Veranstalter, können aber ohne Gefährdung des

40 Cury, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. FuBn. 1), Art. 8 Rdnr. 55; Hoffmann-Riem, in: AK-GG (o. FuBn. 12), Art. 8 Rdnr. 45.

41 Engeweg Klopper, in: Isensee/Kirchhof (o. FuBn. 5), § 143 Rdnr. 47, und Herzog, in: Mann/Düing (o. FuBn. 27), Art. 8 Rdnr. 127, auch keiner irgendwelcher gezeigten Analogie – den Schranken des Art. 9 II GG.

42 Vgl. Deger, NVwZ 1999, 265.

43 BVerfGE, NVwZ 2005, 80.

44 Ort/Wächler (o. FuBn. 10), Einf. Rdnr. 28; Ridder u. a. (o. FuBn. 10), § 15 Rdnr. 38 ff.; Gröpl, Jura 2002, 18 (22).

45 Bergmann, Die Polizeifestigkeit, 1996, S. 4 m. w. Nachw.; Zeiler, VersammlungsR, 1994, Rdnr. 49.

46 VGH Mannheim, NVwZ 1998, 761 (763); Dietzel/Gintzel/Kniesel (o. FuBn. 28), § 1 Rdnr. 176; Gröpl, Jura 2002, 18 (22).

47 Vgl. BVerfGE, NVwZ 1999, 991 (992); Seidel, DOV 2002, 283 (286); a. A. Dietzel/Gintzel/Kniesel (o. FuBn. 28), § 1 Rdnr. 212 ff.; VersG analog.

48 Vgl. unten II 3 (insbesondere Fuß 7).

49 BVerfGE 64, 55 (58) = NJW 1982, 1009 (1009); OVG Bremen, NVwZ 1990, 1188 (1189); Höfling, in: Sachs (o. FuBn. 2), Art. 8 Rdnr. 36; Klopper, in: Isensee/Kirchhof (o. FuBn. 5), § 143 Rdnr. 59 m. w. Nachw.; Hermanns, Jura 2000, 79 (83); Rozeck, Jura 2002, 470 (473); Abl. Bergmann (o. FuBn. 45), S. 93 ff. m. w. Nachw.

50 Wichtig: Auflagen i. S. des § 15 VersG sind keine Nebenbestimmungen, sondern eigenständige Verwaltungsaktsakte!

51 OVG Barmen, SachsVBl 2002, 216; Dietzel/Gintzel/Kniesel (o. FuBn. 28), § 5 Rdnr. 43, § 15 Rdnr. 66; Gröpl, Jura 2002, 18 (22) m. w. Nachw.; Jahn, JuS 2000, 1090 (1092 f.).

52 Zu § 3 I VersG: Schulze-Fielitz, in: Dreier (o. FuBn. 1), Art. 8 Rdnr. 36 m. w. Nachw.; Zu § 12 a VersG: Ort/Wächler (o. FuBn. 10), § 12 a Rdnr. 10; Zu § 13 I Nr. 2 VersG: Herzog, in: Mann/Düing (o. FuBn. 27), Art. 8 Rdnr. 74; Zu §§ 14, 15 VersG: BVerfGE 69, 315 (349 ff.) = NJW 1985, 2395 (2397).

Zu § 17 a VersG: König, in: a. Mann/Düing (o. FuBn. 27), Art. 8 Rdnr. 35; Zu § 26 Nr. 2 VersG: Hoffmann-Riem, in: AK-GG (o. FuBn. 12), Art. 8 Rdnr. 51.

53 Vgl. BVerfGE 85, 69 = NJW 1992, 890; Geis, NVwZ 1992, 1025.

54 BVerfGE 85, 69 (74) = NJW 1992, 890; vgl. BVerfGE 69, 315 (350) = NJW 1985, 2395 (2397).

55 BVerfGE 85, 69 (74) = NJW 1992, 890.

56 Cury, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. FuBn. 1), Art. 8 Rdnr. 67.

Demonstrationszwecks nicht unter Einhaltung der Frist des § 14 I VersG angemeldet werden⁵⁷. B hat zwar spontan auf seine Zeitungslektüre reagiert. Doch die Versammlung ist erst am Montag geplant und eine Anmeldung möglich. Damit handelt es sich um eine Eilversammlung, die anzumelden ist.

Dies ist überraschend: Obwohl es nicht im Gesetz steht, sind auch Eilversammlungen anzumelden, wollen sich die Veranstalter nicht strafbar machen. Daher betont die Mehrheit des Senats sogleich, dass ihre Deutung des § 14 I VersG der Strafvorschrift des § 26 Nr. 2 VersG nicht die nach Art. 103 II GG notwendige Bestimmtheit nehme⁵⁸. Auch drohe dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit durch diese Auslegung nur geringe Gefahr⁵⁹. Vorzugswürdig ist das Sondervotum, wonach § 14 I VersG verfassungswidrig ist, jedenfalls soweit für Eilversammlungen keine Ausnahme vorgesehen ist⁶⁰. Doch folgt man der Senatsmehrheit, so hat B seine Eilversammlung nicht nach § 14 I VersG⁶¹ angemeldet und sich daher nach § 26 Nr. 2 VersG strafbar gemacht.

Das Versammlungsgesetz bedarf noch weiterer interpretatorischer Zuwendung. Bei der Auslegung und Anwendung der §§ 5–13 VersG (öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen) ist verfassungskonform sicherzustellen, dass Eingriffe nur zum Schutz von Verfassungsgütern erfolgen, nicht

zum Schutz unbestimmter Gemeinwohlbelange unterhalb dieses Maßstabs⁶². Auch unterliegt das Versammlungsgesetz als Schranke der Versammlungsfreiheit insgesamt der Wechselwirkungslehre, d.h. das Versammlungsgesetz ist stets im Lichte der grundlegenden Bedeutung des eingeschränkten Art. 8 I GG auszulegen und anzuwenden⁶³. Spannend wird dies bei § 15 I VersG besonders mit Blick auf die dort genannte öffentliche Ordnung.

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

57 Jahn, JuS 2000, 1090 (1093).

58 BVerfGE 85, 69 (76) = NJW 1992, 890 (891); Der Vorschrift werde immerhin kein neues Tatbestandsmerkmal hinzugefügt, sondern nur ein vorhandenes, die Fristbestimmung, gemildert. – Die Milderung eines Tatbestandsmerkmals ist methodologisch nicht uninteressant. Vielleicht hat dies mit der Idee der oben erwähnten Minusmaßnahmen zu tun: Es gibt nicht nur mildere Rechtsfolgen, sondern auch mildere Tatbestände.

59 BVerfGE 85, 69 (75 f.) = NJW 1992, 890 (891). – Die Begründung einer grundrechtskonformen Auslegung mit der geringfügigkeit der dabei entstehenden Grundrechtsgefährdung vermag zu verblüffen.

60 BVerfGE 85, 69 (78) = NJW 1992, 890 (891) abw. Meinung, Zust. Höfling, in: Sachs (o. Fußn. 2), Art. 8 Rdnr. 58.

61 Ergänze in verfassungskonformer Auslegung.

62 Vgl. Deger, NVwZ 1999, 263 (266).

63 Herzog, in: Maunz/Dürig (o. Fußn. 27), Art. 8 Rdnrn. 94 ff. Vgl. BVerfGE 87, 399 (407) = NJW 1993, 581 (ebd.). 69, 315 (349) = NJW 1985, 2395 (2397).

Referendariat

Professor Dr. Roland Schwarze und Referendar Tibor Hartwig, Hannover

Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren*

Mit der Einführung des neuen Schwerpunktstudiums werden die bisherigen Wahlfächer aufgewertet. In dem von den meisten juristischen Fakultäten angebotenen arbeitsrechtlichen Schwerpunktstudium wird das in der Ausbildung bislang oft stiefmütterlich behandelte Recht des arbeitsgerichtlichen Verfahrens an Bedeutung gewinnen. Ein zentraler, weil eng mit dem kollektiven Arbeitsrecht verknüpfter Teil des arbeitsgerichtlichen Verfahrens ist das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren. Es folgt in vielerlei Hinsicht eigenen, vom Urteilsverfahren verschiedenen Regeln. Der folgende Beitrag vermittelt das Wichtigste dazu.

I. Zweck und Wesensmerkmale des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens

*Fall 1: Die Geschäftsleitung der M-AG, eines metallverarbeitenden Unternehmens mit 800 Beschäftigten, ordnet im Laufe der Monate September und Oktober mehrmals Überstunden an, ohne den Betriebsrat zu beteiligen.

a) Die IG Metall, die unter den Beschäftigten einige Hundert Mitglieder hat, beantragt daraufhin im Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht, der M-AG unter Androhung eines Ordnungsgeldes aufzugeben, zukünftig bei der Anordnung von Überstunden den Betriebsrat zu beteiligen.

b) Der Betriebsrat beantragt im Beschlussverfahren, der M-AG unter Androhung eines Ordnungsgeldes aufzugeben, zukünftig bei der Anordnung von Überstunden den Betriebsrat zu beteiligen¹.

Arbeitsrechtliche Streitigkeiten werden in Deutschland von einer besonderen Gerichtsbarkeit entschieden, der Arbeitsgerichtsbarkeit (vgl. § 1 ArbGG). Der Aufbau der Gerichtsbarkeit, die Berufung der Richter und das Verfahren werden durch das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) näher geregelt. Für das Verfahren vor den Arbeitsgerichten sieht das ArbGG zwei unterschiedliche Verfahrensarten vor. Das Urteilsverfahren (§ 2 V, §§ 46 ff. ArbGG) ist das bekannte streitige Verfahren nach der ZPO. Das ArbGG erklärt für das Urteilsverfahren die ZPO für anwendbar, wenn auch mit einigen Modifizierungen (vgl. § 46 II ArbGG). Daneben gibt es für die in § 2 a ArbGG aufgezählten Angelegenheiten ein besonderes Verfahren, das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren². Geregelt ist das Beschlussverfahren in drei Normengruppen: § 2 a ArbGG regelt den Anwendungsbereich des Beschlussverfahrens, §§ 80–98 ArbGG regeln die wichtigsten Besonderheiten des Verfahrens; und § 80 II ArbGG erklärt wichtige Regelungen aus dem Urteilsverfahren für entsprechend anwendbar; ergänzend gilt die ZPO³.

* Professor Dr. Roland Schwarze ist Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Hannover; Referendar Tibor Hartwig ist Doktorand. Der Autor Schwarze hat die Abschnitte I–IV, VI 1 b, der Autor Hartwig die Abschnitte V–VIII verfasst.

1 Vgl. BAG AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972.

2 Zur Geschichte *Weth*, Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren, 1995, S. 5 ff.; *Schlochbauer*, in: Festschr. z. 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, 1994, S. 373 ff.

3 Die Aufzählung in § 80 II ArbGG ist nach h. M. nicht abschließend, *Weth* (o. Fußn. 2), S. 36 f.; *Matthes*, in: *Gernemann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, 5. Aufl. (2004), § 80 Rdnrn. 41, 42.

Seinen Namen bezieht das Beschlussverfahren von der am Ende des Verfahrens stehenden gerichtlichen Entscheidung, die „Beschluss“ heißt (§ 84 ArbGG). Diese Namensgebung ist missverständlich, denn „Beschluss“ nennt man auch die meistens ohne mündliche Verhandlung im Urteilsverfahren ergangene richterliche Entscheidung (§ 128 IV ZPO⁴), mit der typischerweise Verfahrensfragen (z. B. über die Vernehmung eines Zeugen gem. § 358 ZPO) oder minder wichtige Fragen entschieden werden. Solche Beschlüsse kann es auch im Beschlussverfahren geben (vgl. § 83 V ArbGG). Der Beschluss nach § 84 ArbGG ist davon zu trennen. Er gleicht in allen wesentlichen Aspekten dem Urteil im Urteilsverfahren, ist also die zentrale, instanz- bzw. verfahrensbeendende Entscheidung des Beschlussverfahrens.

Seine Existenz verdankt das Beschlussverfahren der Tatsache, dass an der Entscheidung der in § 2 a ArbGG aufgelisteten Gegenstände ein öffentliches Interesse⁵ besteht. Es geht durchweg um Fragen des kollektiven Arbeitsrechts (betriebliche und unternehmerische Mitbestimmung, Tarifautonomie), die zwar dem Privatrecht zuzurechnen sind, deren Klärung aber für die Allgemeinheit bedeutsam ist angesichts der überragenden Bedeutung einer gerechten Arbeitsordnung für die Gesamtordnung und angesichts der Ausstrahlung kollektivarbeitsrechtlicher Angelegenheiten auf eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen. Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren ist dementsprechend primär nicht als kontradiktorisches Verfahren gedacht, in dem zwei Parteien ihre widerstreitenden Interessen durchzusetzen versuchen, sondern als „objektives“ Verfahren, dessen Ziel die Herstellung eines gesetzmäßigen Zustandes im Interesse der Allgemeinheit ist⁶. Dies schlägt sich in der Struktur des Beschlussverfahrens zweifach nieder:

(1) Wegen des öffentlichen Interesses an der Klärung der dem Beschlussverfahren unterfallenden Angelegenheiten ist die Einleitung eines Beschlussverfahrens nicht unbedingt von einem subjektiven Recht abhängig. So kann zum Beispiel eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft gem. § 23 III BetrVG ein Beschlussverfahren mit dem Ziel einleiten, ein betriebsverfassungswidriges Verhalten des Arbeitgebers zu unterbinden, ohne ein subjektives Recht auf Einhaltung dieser Normen zu haben, ja ohne von dem Rechtsverstoß in irgendeiner Weise betroffen zu sein (Fall 1 a). Das öffentliche Interesse an der Einhaltung des BetrVG rechtfertigt hier die Antragsbefugnis der Gewerkschaft, die gewissermaßen als Treuhänderin des öffentlichen Interesses fungiert.

(2) Wegen des öffentlichen Interesses an der Klärung der dem Beschlussverfahren unterfallenden Angelegenheiten soll die Ermittlung der entscheidungserheblichen Tatsachen nicht völlig den Verfahrensbeteiligten überlassen bleiben. Im Beschlussverfahren gilt daher der Untersuchungsgrundsatz (§ 83 I 1 ArbGG) und nicht der Beibringungsgrundsatz (auch: Verhandlungsgrundsatz)⁷. Das Beschlussverfahren gleicht in dieser Hinsicht dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren (§ 86 I VwGO⁸).

Auch in einer besonderen, vom Urteilsverfahren abweichenden Terminologie konnt der „objektive“ Charakter des Beschlussverfahrens zum Ausdruck: Der das Verfahren einleitende Akt heißt nicht „Klage“, sondern „Antrag“ (§ 81 ArbGG), die Verfahrensbeteiligten heißen nicht „Parteien“, sondern „Beteiligte“ (etwa § 81 ArbGG), die mündliche Erörterung heißt nicht „Verhandlung“, sondern „Anhörung“ (§ 83 III, IV 2 ArbGG).

Das Beschlussverfahren ist allerdings nicht bis zur letzten Konsequenz als „objektives“ Verfahren gestaltet. Der Unter-

suchungsgrund wird durch Mitwirkungspflichten der Beteiligten angereichert⁹. Es gilt zudem nicht die Officialmaxime, sondern der Dispositionsgrundsatz¹⁰. Die Beteiligten entscheiden über die Einleitung des Verfahrens (§ 81 I ArbGG); wird der Antrag zurückgenommen, kann das Verfahren nicht weiter geführt werden (§ 81 II ArbGG). Auch können die Parteien das Verfahren durch Vergleich zu Ende bringen (§ 83 a ArbGG)¹¹. Ferner dient das Beschlussverfahren nicht nur dem Ziel objektiver Rechtmäßigkeit, sondern meistens zugleich der Durchsetzung subjektiver Rechte. In diesem Sinne fingiert § 85 I 3 ArbGG den aus einem Beschluss Verpflichteten als Schuldner, demjenigen, der Erfüllung aus dem Beschluss verlangen kann, als Gläubiger. So will im Fall 1 b der Betriebsrat ein ihm zustehendes subjektives Recht, das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 I Nr. 3 BetrVG, durchsetzen. Hier nähert sich das Beschlussverfahren dem kontradiktorischen Verfahren, stehen die Beteiligten sich zumindest faktisch als Gegner im Verfahren gegenüber und liegt ein wesentlicher Zweck des Verfahrens in der Beilegung eines Streits. Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren hat also etwas Zwitterhaftes¹².

II. Der Anwendungsbereich

1. Die dem Beschlussverfahren unterfallenden Angelegenheiten

Die leicht unübersichtliche Aufzählung der dem Beschlussverfahren unterfallenden Gegenstände in § 2 a ArbGG lässt sich dem Inhalt nach in drei Segmente unterteilen: Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren gilt für alle Angelegenheiten der betrieblichen Mitbestimmung (§ 2 a I Nrn. 1, 2, 3 a, 3 b, 3 c ArbGG), für den arbeitsrechtlichen Teil der unternehmerischen Mitbestimmung (§ 2 a I Nr. 3 ArbGG) und für einige Angelegenheiten des Tarifvertragsrechts (§ 2 a I Nr. 4 ArbGG).

a) Angelegenheiten der betrieblichen Mitbestimmung

Fall 2: P ist Personalsachbearbeiter im Unternehmen der M-AG (800 Beschäftigte). Er ist unzufrieden mit der Beurteilung seiner Leistungen durch seinen Vorgesetzten in einem kürzlich erteilten Zwischenzeugnis. Er möchte daher die Beurteilung mit einem Vertreter der Arbeitgeberin im Beisein des Betriebsratsmitglieds B erörtern.

a) Die Geschäftsleitung der Arbeitgeberin lehnt dies ab. P will daher gegen die M gerichtlich vorgehen.

4 Näher *Schilken*, ZPR, 4. Aufl. (2002), Rdnrn. 109 ff.

5 BAGE 10, 154 (158), spricht vom „Interesse der Allgemeinheit“. Zurückhaltender *Matthes*, in: *Gernemann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge* (o. Fußn. 3), § 83 Rdnr. 85; Die Bedeutung der Entscheidung im Beschlussverfahren geht über die Beteiligten hinaus.

6 Insoweit zutr. BAGE 10, 154 (158).

7 S. noch folgend u. V 4 b.

8 Ebenso das sozialgerichtliche (§ 103 SGG) und das finanzgerichtliche (§ 76 I FGO) Verfahren.

9 Zum Umfang der Mitwirkungspflicht und der daraus resultierenden Entlastung des Gerichts von eigenen Ermittlungen näher *Matthes*, in: *Gernemann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge* (o. Fußn. 3), § 83 Rdnrn. 89 ff. Der Antragsteller ist insbesondere gehalten, die seinen Antrag begründenden Tatsachen vorzutragen, BAG AP Nr. 3 zu § 80 ArbGG 1953, Ls. 4. Eine weitere Auflockerung des Untersuchungsgrundes enthält der im Jahre 2001 eingeführte § 83 I a ArbGG. Die darin angeordnete Präzisionsversärfen Vorbringen hebt gedanklich auf dem Beibringungsgrundsatz.

10 Insoweit problematisch BAGE 10, 154 (158), es handele sich um ein „Officialverfahren“.

11 Das gilt allerdings nicht bei nicht zur ihrer Disposition stehenden Angelegenheiten, vgl. *Kimel*, in: *Ostrowski/Künzelschäfer*, Der Arbeitsgerichtsprozess, 2. Aufl. (2003), Rdnr. 339.

12 Zur Diskussion über die „Rechtsnatur“ des Beschlussverfahrens *Weth* (o. Fußn. 2), S. 15 ff.

den „unechten“ Unterlassungsdelikten (§ 13 StGB), die ebenfalls physisch-reale Handlungsmöglichkeit voraussetzen⁵⁵.

Nicht unproblematisch ist dabei indes, ob insbesondere § 323 c StGB überhaupt als Rauschtat (i. S. des § 323 a StGB) in Betracht kommt. So hat Hartwig darauf aufmerksam gemacht, dass möglicherweise ein Unterschied gemacht werden müsse „zwischen solchen Unterlassungen, bei denen die Pflicht schon vor der Berausung voraussehbar war (s. v. regelmäßig bei den Garantienpflichten aus § 13 StGB), und solchen Unterlassungen, bei denen die konkrete Pflichtsituation unvorhersehbar erst nach der Versetzung in den Zustand des Vollrausches entsteht“. Im letzteren Fall würde die Haftung nämlich „einen Rechtssatz voraussetzen“, „dessen Existenz die Verantwortlichkeit über alles vertretbare Maß hinaus erstrecken würde, nämlich die Pflicht jedermanns, sich jederzeit im zurechnungsfähigen Zustand zu erhalten“⁵⁶. – Diese Auffassung hat die Diskussion lange Zeit geprägt⁵⁷. Dennoch ist die Differenzierung abzulehnen: Der Täter ist in beiden Fällen gleichermaßen außer Stande, seinen strafrechtlich (für einen bestimmten, vom Gesetz vorhergesehenen Fall) normierten Pflichten nachzukommen. Eine über seine sonstige Pflichtenposition hinausgehende Sonderpflicht wird ihm damit nicht aufgebürdet⁵⁸.

Fall 5: A hat in volltrunkenem Zustand mit seinem Auto einen Unfall (§ 142 StGB) verursacht und sich danach entfernt⁵⁹.

A hat den Tatbestand des § 142 I Nr. 1 StGB verwirklicht, indem er sich nach einem Unfall im Straßenverkehr vom Unfallort entfernt hat, ohne zu Gunsten der anderen Unfallbeteiligten die Feststellung seiner Person zu ermöglichen, er kann dafür aber nicht bestraft werden, weil er zum Zeitpunkt der Tat schuldunfähig war (§ 20 StGB). Eine Zurechnung auf Grund vorsätzlicher oder fahrlässiger *actio libera in causa* (s. o.) scheidet schon daran, dass A weder seinen Verkehrsunfall noch die anschließende Unfallflucht wird eingeleitet haben und die fahrlässige Unfallflucht nicht strafbar ist, § 15 StGB. Dennoch kann A möglicherweise aus § 142 II Nr. 2 StGB bestraft werden. Danach wird bestraft, wer sich „berechtigt oder entschuldigend“ vom Unfallort entfernt hat und die o. g. Feststellungen nicht unverzüglich nachträglich ermöglicht.

Bekanntlich versteht ein Teil des Schrifttums unter einem entschuldigenden Sich-Entfernen i. S. des § 142 II Nr. 2 StGB auch ein Sich-Entfernen „ohne Schuld“. § 323 a StGB träte dann insoweit zurück⁶⁰. Nach der Gegenmeinung hat sich der Täter wegen des Sich-Entfernens bereits nach § 323 a StGB i. V. mit § 142 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht⁶¹. Weil § 142 II StGB nur „Aufgangcharakter“ habe, sei es überzeugender, § 142 II Nr. 2 StGB nicht anzuwenden⁶². – Der Streit wird sich selten auswirken (vgl. § 323 a II StGB), und das Argument ist ebenso gut umkehrbar: Weil § 323 a StGB nur „Aufgangcharakter“ habe (s. o.), sei es besser, vorrangig § 142 II Nr. 2 StGB anzuwenden. Einen Unterschied macht es aber doch, welcher Meinung man folgt: Wenn es dem Unfallbeteiligten nämlich aus irgendeinem Grunde unmöglich ist, nachträglich Feststellungen treffen zu lassen, weil er im Koma liegt, aus dem er nicht mehr erwacht, oder weil die Feststellungen inzwischen schon getroffen sind, dann scheidet eine Strafbarkeit nach § 142 II Nr. 2 StGB aus. Die Strafbarkeit nach § 323 a StGB dagegen bliebe von derlei Umständen unberührt!

Fall 6: A hat sich betrunken und dabei fahrlässig nicht bedacht, dass er im Vollrausch seine Frau schlagen würde (§ 223 I Alt. 1 StGB)⁶³.

Fraglich ist, ob hier die „Subsidiaritätsklausel“ eingreift: Möglicherweise kann A nämlich bereits auf Grund der

Grundsätze der *actio libera in causa* bestraft werden. Deshalb wird in Übungsbüchern vorgeschlagen, vorab stets die „alio“ zu prüfen⁶⁴. Vorausgesetzt es gibt die „alio“ noch (s. o.), wäre A auf Grund „fahrlässiger alio“ aus § 229 StGB (Strafrahmen bis zu drei Jahren) zu bestrafen. Die im Rausch begangene Straftat war aber eine vorsätzliche Körperverletzung gem. § 223 StGB (bis zu fünf Jahren), und „ihrewegen“ kann A wegen seiner rauschbedingten Schuldfähigkeit nicht bestraft werden. § 323 a StGB tritt daher nicht zurück; § 229 StGB steht dazu in Tateinheit (§ 52 StGB)⁶⁵. Die Strafe für den Vollrausch darf dabei gem. § 323 a II StGB „nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist“ (also fünf Jahre⁶⁶). Außerdem wird die Tat nur auf Antrag erfolgt, es sei denn die Staatsanwaltschaft bejaht das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, weil auch die Rauschtat nur unter diesen Voraussetzungen verfolgt werden könnte (vgl. § 323 a III StGB).

Fall 7: A hält seine ehemalige Freundin B über einen Zeitraum von zwei Tagen hinweg in seinem Haus gefangen, wobei er sich in der dazwischen liegenden Nacht bis zur Volltrunkenheit betrinkt.

A hat eine Freiheitsberaubung (§ 239 I Alt. 1 StGB) begangen. Es handelt sich dabei aber um ein sog. Dauerdelikt, das er teils im schuldunfähigen und teils im schuldunfähigen Zustand begangen hat. Für den Zeitraum der Nacht müsste man eigentlich § 323 a StGB (mit § 239 I Alt. 1 StGB als „Rauschtat“) bejahen und Tateinheit annehmen (§ 52 StGB). Das würde aber bedeuten, dass der Täter schwerer (vgl. § 323 a II StGB) bestraft wird, als wenn er den im Rausch begangenen Teil in nüchternem Zustand begangen hätte. Das kann nicht richtig sein⁶⁷. Besser ist es, hier die „Subsidiaritätsklausel“ eingreifen zu lassen und die Tatteile zusammenzuziehen, so wie man es auch zur Erreichung der einwöchigen Dauer (Qualifikation: § 239 III Nr. 1 StGB) oder dann machen wür-

55 Vgl. Wessels/Beulke (o. Fußn. 12), Rdnr. 708.

56 Hartwig, GA 1964, 140 (150 f.); s. bereits dens., in: Festschr. f. Eb. Schmidt, 1961, S. 459 ff. (479).

57 Vgl. etwa Backmann, JuS 1975, 698; Kurzbahn, NJW 1974, 2059; Lenckner, JR 1975, 31; Ranft, JA 1983, 239 (241) m. w. Nachw., bezeichnet sie noch als „weit überwiegend“; ausf. dazu Streng, JZ 1984, 114.

58 So auch Otto, Jura 1986, 478 (483 f.); Streng, JZ 1984, 114 (118); Wessels/Hettinger (o. Fußn. 4), Rdnr. 1037.

59 Nach BayObLG, NJW 1989, 1685.

60 So etwa Schild, in: NK-StGB (o. Fußn. 7), § 142 Rdnr. 142; Kindhäuser, in: LK-StGB, 2002, § 142 Rdnr. 25; Maurach/Schroeder/Mauwald, BT 1, 9. Aufl. (2003), § 49 Rdnr. 53; für Tateinheit Spendel, in: LK-StGB (o. Fußn. 7), § 323 a Rdnr. 343.

61 So trefflich nur unterschiedlichen Begründungen) BayObLG, NJW 1989, 1685; Geppert, JK 1990, StGB, § 142/15; Küper, NJW 1990, 209; Lackner/Kühl (o. Fußn. 16), § 142 Rdnr. 24; Rengier (o. Fußn. 16), § 46 Rdnr. 32; Rudolph, in: SK-StGB (o. Fußn. 16), § 142 Rdnr. 39; s. auch bereits Beulke, NJW 1979, 400 (404); ausf. Paeffgen, NStZ 1990, 365.

62 So Rongier (o. Fußn. 14), § 46 Rdnr. 32, mit dem zusätzlichen Wortlautargument, dass der Rauschtäter den Unfallort keineswegs „ohne Schuld“ verlassen, sondern schuldhaft das Unrecht des § 323 a StGB verwirklicht habe.

63 Bsp. nach Joicks (o. Fußn. 1), § 323 a Rdnr. 32.

64 Z. B. Rengier (o. Fußn. 14), § 41 Rdnr. 3 f.; Wessels/Hettinger (o. Fußn. 4), Rdnr. 1041.

65 BGHS 2, 14 (18) = NJW 1952, 354; ferner Rengier (o. Fußn. 14), § 41 Rdnr. 4; Roxin (o. Fußn. 24), § 20 Rdnr. 73; s. auch Beulke, Klausurenkurs I, 2. Aufl. (2003), Rdnr. 399. Tateinheit ist auch möglich, wenn der Täter im Rausch eine andere Tat begeht als die, auf die sich sein Vorsatz im nüchternen Zustand gerichtet hatte, Roxin (o. Fußn. 24), § 20 Rdnr. 72.

66 Die Einschränkung ist nur bedeutsam, wo für die Rauschtat weniger angedroht ist z. B. § 183 StGB (bis zu zwei Jahren) oder § 263 a StGB (ein Jahr); s. aber auch Fußn. 35.

67 So auch Ranft, JA 1983, 239 (245), der argumentiert, es handle sich um „artgleiches, vermindertes Unrecht“; a. A. aber Horn, in: SK-StGB (o. Fußn. 16), § 323 a Rdnr. 25 n. 32; s. auch BGH, NJW 1992, 584; Spendel, in: LK-StGB (o. Fußn. 7), § 323 a Rdnr. 344; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (o. Fußn. 12), § 323 a Rdnr. 32.

de, wenn der Täter zwischenzeitlich (nur) geschlafen hätte⁶⁸ – wegen der (zweitägigen) Freiheitsberaubung kann A aber bestraft werden, § 323 a StGB bedarf es also nicht.

IV. Täterschaft und Teilnahme

Man liest häufig, da es sich um ein *eigenhändiges* Delikt handele, sei weder mittelbare Täterschaft, noch Mittäterschaft möglich⁶⁹ – doch weshalb eigentlich?

Fall 7a: Der drogenabhängige A lässt sich unter Vorspiegelung starker Schmerzen von einem Arzt Morphium verabreichen⁷⁰.

Fall 7b: B und C betrinken sich derart, dass immer abwechselnd der eine das Glas hält, während der andere daraus trinken muss, ohne etwas zu verschütten.

Im Fall 7a liegt unproblematisch mittelbare Täterschaft (mit dem Arzt als gutgläubigem Werkzeug) vor, A hat sich fraglos „durch einen anderen“ in einen Rausch versetzt (§ 25 I Alt. 2 StGB), und im Fall 7b haben B und C sich „gemeinschaftlich“ betrunken, sind also Mittäter (§ 25 II StGB). Freilich ließe sich zur Rettung des Verständnisses des § 323 a StGB als einem eigenhändigen Delikt auch sagen, dass B und C „sich“ eben berauscht hätten, nur ist fraglich, warum das besser sein sollte. Umstritten ist ferner, ob Anstiftung und Beihilfe (§§ 26, 27 StGB) zu § 323 a StGB möglich sind.

Fall 7c: B lädt C immer wieder zum Trinken ein, obwohl er sieht, dass dieser dabei ist, sich zu berauschen. Auf dem Heimweg schnappt C sich im volltrunkenen Zustand ein an einer Hausecke abgestelltes Fahrrad und fährt damit nach Hause (§ 248 b StGB)⁷¹.

Fraglich ist, ob B dem C zu dessen vorsätzlichem Berauschen „Hilfe geleistet hat“, § 27 StGB? Der BGH⁷² hat hier die Beihilfe wie selbstverständlich bejaht⁷³. Ein Teil der Literatur lehnt dagegen die Möglichkeit von Anstiftung und Beihilfe mit dem Argument ab, Sinn des § 323 a StGB sei es, gerade dem Täter „die Pflicht zur Selbstkontrolle“ aufzuerlegen⁷⁴ – und nicht anderen (Gastwirten, Zeugen) die Pflicht zur Kontrolle über den Täter.

Das Argument hat Gewicht. Andererseits ist zu bedenken, dass eine Strafbarkeit von Gastwirten und Zechkumpanen auch auf Grund anderer Vorschriften in Betracht kommt; z. B. die Garantenhaftung aus Ingerenz (§ 13 StGB). Der Bereich der Strafbarkeit wird auch nicht unüberschaubar ausgedehnt, wenn man nur recht bedenkt, dass auf Grund unserer Teilnahmevorschriften weder eine fahrlässige Teilnahme (§ 15 StGB) noch eine Teilnahme am fahrlässigen Vollrausch

eines anderen möglich ist⁷⁵. Anstiftung und Beihilfe setzen nämlich eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat (sog. Haupttat) voraus.

Im Fall 7c hat C sich vorsätzlich berauscht; B hat ihm dabei Hilfe geleistet, §§ 323 a, 27 StGB ist zu bejahen⁷⁶. Bei der unbefugten Fahrzeugbenutzung nach § 248 b StGB hat B dem C dagegen nicht geholfen. Hätte er ihm z. B. dabei geholfen, das Fahrrad zu besteigen, so würde es freilich der Strafbarkeit des B nach §§ 248 b, 27 StGB nicht entgegenstehen, dass C dabei nicht schuldhaft gehandelt hat (§ 20 StGB). Das ist eine Folge der sog. *limitierten* Akzessorität, wonach die Haupttat zwar tatbestandsmäßig und rechtswidrig (§ 11 I Nr. 5 StGB), aber (seit 1943) nicht (mehr) schuldhaft begangen worden sein muss⁷⁷.

V. Schlussbemerkung

Nach einhelliger Auffassung gehört die Vorschrift zu dem Schwierigsten, was das StGB zu bieten hat – ein „Rechtsmikrokosmos, der fast kein wichtiges Problem der Strafrechtsdogmatik unberührt lässt“⁷⁸. Man braucht die Vorschrift aber auch nicht mit Problemen zu überfrachten. Die vorstehenden Ausführungen nähren die deprimierende Einschätzung immerhin nicht, die Vorschrift stelle den Interpret vor „letztlich nicht lösbare Schwierigkeiten“⁷⁹.

68 S. Fahrl, Jura 1998, 456 (457).

69 S. nur Joicks (o. Fußn. 1), § 323 a Rdnr. 24; Horn, in: SK-StGB (o. Fußn. 16), § 323 a Rdnr. 9; Tröndle/Fischer (o. Fußn. 4), § 323 a Rdnr. 20, wonach Mittäterschaft für § 323 a StGB bereits „begrifflich“ ausgeschlossen sei; insoweit auch Paeffgen, in: NK-StGB (o. Fußn. 7), § 323 a Rdnr. 66; für Ausschluss mittelbarer Täterschaft auch Küpper, BT 1, 2. Aufl. (2001), Abschn. II § 3 Rdnr. 71; Lackner/Kühl (o. Fußn. 16), § 323 a Rdnr. 17.

70 Nach Spendel, in: LK-StGB (o. Fußn. 6), § 323 a Rdnr. 265.

71 Nach BGHS 10, 247 = NJW 1957, 996. Zum außerdem noch verwirklichten § 316 StGB Fahrl, NZV 1996, 307.

72 BGHS 10, 247 (251); so i. E. auch Roxin, Täterschaft und Teilnahme, 7. Aufl. (2000), S. 431 f.; Horn, in: SK-StGB (o. Fußn. 16), § 323 a Rdnr. 9.

73 Hinsichtlich der Anstiftung (§ 26 StGB) wäre zu fragen, ob C nicht omnimodo facturus war, vgl. Wessels/Beulke (o. Fußn. 12), Rdnr. 569.

74 Lackner/Kühl (o. Fußn. 16), § 323 a Rdnr. 17; in diesem Sinne auch Haft, BT, 7. Aufl. (1998), § 37 II 3; Ranft, JA 1983, 193 (244).

75 So auch Joicks (o. Fußn. 1), § 323 a Rdnr. 25.

76 Man kann sich lediglich darüber streiten, ob B eine (weitere) Strafmilderung nach § 28 I StGB verdient hat, weil die Tatsache, dass C „sich“ selbst berauscht haben muss, ein „besonderes persönliches Merkmal“ i. S. der Vorschrift ist (vgl. auch § 14 I Nr. 3 StGB). Die wohl h. M. bejaht das, etwa Horn, in: SK-StGB (o. Fußn. 16), § 323 a Rdnr. 9.

77 Vgl. Wessels/Beulke (o. Fußn. 12), Rdnr. 551, 553.

78 Roeder, in: Festschr. f. Ritter, 1957, S. 211 ff. (242). Spendel, in: LK-StGB (o. Fußn. 7), § 323 a Rdnr. 1, bezeichnet sie als „eine der umstrittensten, wenn nicht die schwierigste des ganzen Strafrechtsbuches“.

79 Wessels/Hettinger (o. Fußn. 4), Rdnr. 1029.

Wiss. Mitarbeiterin Ulrike Lembke, Greifswald

Grundfälle zu Art. 8 GG*

3. Gefahr für die öffentliche Ordnung

Der Tatbestand des § 15 I VersG fordert eine unmittelbare Gefahr¹ für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung. Die öffentliche Sicherheit umfasst die Grundrechte Dritter sowie

* Schluss aus JuS 2005, 984. – Die Verfasserin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Professor Dr. Claus Dieter Classen an der Universität Greifswald.

1 Dazu BVerfG, NVwZ 2004, 90 = JuS 2004, 243 (Sachs). Zur Gefahrenprognose vgl. Hermanns, JuS 2000, 79 (83); Krit. Gröpl, Jura 2002, 18 (24).

die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen². Die öffentliche Ordnung meint jene Gesamtheit ungeschriebener Regeln, die nach den jeweils herrschenden ethischen und sozialen Anschauungen unverzichtbar fürs gedeihliche Zusammenleben sind³. Die Beweislast für das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung liegt bei der Behörde⁴. Der Begriff der öffentlichen Ordnung bietet eine Einbruchstelle moralischer Normen ins Rechtssystem, seine Verwendung ist daher nicht unumstritten. Dies gilt besonders im Grundrechtsbereich, verfassungsrechtlich geschützte Freiheiten sollen nicht sozialen Anschauungen weichen müssen.

Fall 6 (Rechtsextreme Demonstrationen in NRW⁵): In den Jahren von 2001 bis 2004 melden NPD und rechtsextreme Gruppierungen vermehrt Versammlungen in Nordrhein-Westfalen an: einen Fackelzug zur Reichsgründung, einen Marsch über die deutsch-niederländische Grenze mit Trommeln und Fahnen, einen „Nationalen Ostermarsch“, eine Demonstration unter dem Motto „Ruhm und Ehre der Waffen-SS“ an der Wewelsburg, zwei Demonstrationen in der Bochumer Innenstadt unter dem Thema „Stopp dem Synagogenbau – 4 Millionen fürs Volk!“, später geändert in „Keine Steuergelder für den Synagogenbau. Für Meinungsfreiheit“. Alle Versammlungen werden verboten.

Das OVG Münster bestätigte die Verbote und stürzte seine Entscheidungen dabei – mit einer Ausnahme – auf den Schutz der öffentlichen Ordnung. Das BVerfG gab – mit dieser einen Ausnahme – sämtlichen dagegen gerichteten Anträgen der Veranstalter im vorläufigen Rechtsschutz statt. Zur Frage rechtsextremer Demonstrationen und öffentlicher Ordnung ist so ein Streit entstanden⁶, in den sich alsbald auch die Literatur eingeschaltet hat und in dem sich die Ansichten unversöhnlich gegenüber stehen. Schließlich geht es auch darum, was eine freiheitlich-demokratische Ordnung aushalten muss und was nicht.

Nach Ansicht des OVG Münster lässt sich eine Ideologie wie der Nationalsozialismus unter dem Grundgesetz nicht legitimieren – auch nicht mit Mitteln des Demonstrationsrechtes⁷. Aus den Wertungen des Grundgesetzes ergebe sich eine verfassungsimmanente Schranke, die bei der Auslegung der Art. 5 I und 8 I GG auch unterhalb der Schwelle von Verbots- und Verwirkungsentscheidungen zu beachten sei⁸. Versammlungen, die durch ein Bekenntnis zum Nationalsozialismus geprägt sind, könnten folglich wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung gem. § 15 I VersG verboten werden⁹. Schließlich sei die öffentliche Ordnung insbesondere durch den Kernbestand der Wertmaßstäbe der Verfassung (Friedensgebot, Menschenwürde, Demokratie, Föderalismus, Rechtsstaat) geprägt¹⁰.

Das BVerfG hat diesen Rechtsauffassungen dezidiert widersprochen. Gehe es um den Inhalt von Meinungsäußerungen – gleichgültig, ob diese in einer oder durch eine Versammlung getätigt werden – sei Prüfungsmaßstab der Beschränkung Art. 5 II GG; was danach nicht unterbunden werden könne, biete auch keine Grundlage für Beschränkungen nach Art. 8 II GG¹¹. Die einschlägigen Strafnormen in §§ 185 ff., 130 und 86 a StGB seien abschließend; ein Rückgriff auf das Schutzgut der öffentlichen Ordnung daneben ausgeschlossen¹². Dies gebiete schon eine verfassungskonforme Anwendung des § 15 I VersG: Ein Versammlungsverbot sei nur bei Gefahren für elementare Rechtsgüter zulässig, welche regelmäßig durch den Schutz der öffentlichen Sicherheit erfasst

würden. Weitere „verfassungsimmanente Schranken“ für Inhalte von Meinungsäußerungen kann das BVerfG nicht erkennen¹³. Der Schutz der öffentlichen Ordnung biete lediglich eine Grundlage für Auflagen gegen die Art der Veranstaltung¹⁴. Kein Bürger sei gezwungen, die Werte der Verfassung zu teilen; die Demokratie vertraue auf die Fähigkeit aller Bürger, Angriffe abzuwehren, wobei auch das Grundgesetz selbst in Art. 9 II, 18, 21 II GG Schutzmaßnahmen getroffen habe¹⁵.

Daraufhin warf das OVG Münster dem BVerfG vor, es verkenne die „Verfassungswirklichkeit im wiedervereinigten Deutschland“, insbesondere das Wiedererstarken neonazistischer Umtriebe¹⁷. Die genannten Art. 9 II, 18, 21 II GG reichen bei den vom BVerfG aufgestellten, nahezu unüberwindbaren Hürden zur Problemlösung nicht aus¹⁸. Rassismus und Antisemitismus seien keine von Art. 5 I GG geschützten missliebigen Meinungen, sondern mit dem Grundgesetz schlechterdings unvereinbare Anschauungen, ihre Unterbindung daher ein Verfassungsbelang¹⁹. Die Rechtsprechung des BVerfG sei überdies in sich inkonsistent und weise zahlreiche Widersprüche auf²⁰.

Das BVerfG wies demgegenüber darauf hin, dass auch die wehrhafte Demokratie nur die Abwehr mit den Mitteln des Rechtsstaates meint²¹. Die Auffassung des OVG Münster über zu hohe Hürden der Art. 9 II, 18, 21 II GG erlaube keine Errichtung von Grundrechtsschranken durch Richterrecht²². Die Meinungsfreiheit sei auch ein Minderheitenrecht, welches nicht ohne klare tatbestandliche Einschränkungen – wie bei den Strafnormen – unter den Vorbehalt herrschender ethischer oder sozialer Anschauungen (vgl. die Definition der „öffentlichen Ordnung“) gestellt werden dürfe²³.

2 Vgl. BVerfGE 69, 315 (352) = NJW 1985, 2395 (2398). Krit. dazu Radder u.a., VersammlungsR, 1992, § 15 Rdnr. 84 ff.

3 Vgl. BVerfGE 69, 315 (352) = NJW 1985, 2395 (2397).

4 BVerfG, NJW 2001, 2078 (2079).

5 Vgl. OVG Münster, DVBl 2001, 584, und BVerfG, NJW 2001, 1407; OVG Münster, NJW 2001, 2111 und NJW 2001, 2069; OVG Münster, NJW 2001, 2113 und NJW 2001, 2075; OVG Münster, NJW 2001, 2986; NVwZ 2002, 737 und NVwZ 2002, 714; OVG Münster, Beschl. v. 2. 3. 2004 – 5 B 392/04 (nicht veröff.) und NVwZ 2004, 1111; OVG Münster, Beschl. v. 21. 6. 2004 – 5 B 1208/04 (nicht veröff.), und BVerfGE 111, 147 = NJW 2004, 2814 = JuS 2004, 1095 (Sachs). Ausf. dazu Battis/Grigoleit, NJW 2001, 2051. Für die Position des BVerfG Hoffmann-Riem, NJW 2004, 2777.

6 Der Streit konnte nur forgeföhrt werden, weil die betreffenden Entscheidungen des BVerfG sämtlich Kammerentscheidungen waren, die an der Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG nicht teilhaben. Vgl. dazu Benda, NJW 2001, 2947 (2948); a. A. BVerfG, NVwZ 2004, 90 (92) = JuS 2004, 243 (Sachs).

7 OVG Münster, NJW 2001, 2111; 2001, 2113; 2001, 2114; 2001, 2986.

8 OVG Münster, NJW 2001, 2111; 2001, 2113; 2001, 2114; 2001, 2986.

9 OVG Münster, NJW 2001, 2111; 2001, 2113; 2001, 2114; 2001, 2986.

10 OVG Münster, NJW 2001, 2111.

11 BVerfG, NJW 2001, 2069 (2070); 2072 (2074); BVerfGE 111, 147 = NJW 2004, 2814 = JuS 2004, 1095 (Sachs). So schon Herzog, in: Maunz/Dürig, GG 1987, Art. 8 Rdnr. 22.

12 BVerfG, NJW 2001, 2069 (2071); 2072 (2074); 2075 (2075 f.).

13 BVerfG, NJW 2001, 2069 (2071); 2072 (2074).

14 BVerfG, NJW 2001, 2069 (2070).

15 BVerfG, NJW 2001, 2072 (2074 f.); BVerfGE 111, 147 = NJW 2004, 2814 = JuS 2004, 1095 (Sachs).

16 BVerfG, NJW 2001, 2069 (2070). Vgl. dazu schon Radder u.a., VersammlungsR, 1992, § 15 Rdnr. 92.

17 OVG Münster, NJW 2001, 2113; 2001, 2114 (2114 f.); 2986 (2987).

18 OVG Münster, NJW 2001, 2113; 2001, 2114.

19 OVG Münster, NJW 2001, 2114.

20 OVG Münster, NJW 2001, 2114 (2115); 2001, 2986 (2987).

21 BVerfGE 111, 147 = NJW 2004, 2814 = JuS 2004, 1095 (Sachs). So schon BVerfG, NJW 2000, 3053 (3056).

22 BVerfG, NJW 2001, 147 = NJW 2004, 2814 = JuS 2004, 1095 (Sachs).

23 BVerfGE 111, 147 = NJW 2004, 2814 = JuS 2004, 1095 (Sachs).

Damit sind die wesentlichen Argumente ausgetauscht²⁴. Auf der einen Seite steht die wehrhafte Demokratie, die auch ihren Feinden tolerant und rechtsstaatlich begegnet – „Freiheit ist immer nur die Freiheit des anderer Denkenden“²⁵ – und sich durch ihre couragierten Bürger selbst schützt. Auf der anderen Seite geht es um die Verhinderung einer zweiten Weimarer Republik, die ihren Gegnern in die Hände spielt und sich durch übermäßige Toleranz selbst opfert, während die Gerichte tatenlos zusehen. Dazwischen finden sich viele offene Fragen zur Grundrechtsdogmatik.

4. Exkurs: Verschärfung des Versammlungsrechts

Nachdem die NPD schon am 29. 1. 2000 symbolträchtig durch das Brandenburger Tor marschiert war, meldete sie auch für den 8. 5. 2005 einen Aufmarsch vor dem Brandenburger Tor und dem Holocaust-Mahnmal an. Die Debatte um Versammlungsfreiheit und wehrhafte Demokratie erliefte unverzüglich eine zweite Auflage. Der Gesetzgeber reagierte²⁶ ungewohnt rasch. Zwar setzten sich dabei die Kräfte durch, die – wie das BVerfG – eher am geltenden (Verfassungs-)Recht orientiert sind. Trotzdem bleibt neben der grundsätzlichen Sinnhaftigkeit umstritten, ob die Neueregungen vom 24. 3. 2005 mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

Zum einen wurde § 15 VersG erweitert. Danach können Verbote oder Auflagen nun auch gegen Versammlungen verhängt werden, die an herausragend bedeutsamen Gedenkstätten für die Opfer des Nationalsozialismus stattfinden sollen. Genannt ist das Holocaust-Mahnmal in Berlin, weitere schutzwürdige Orte können die Länder bestimmen. Um die Einschränkungen der freien Ortswahl zu begründen, fordert der neue § 15 VersG zusätzlich, es müsse konkret zu befürchten sein, dass die Würde der Opfer beeinträchtigt werde. Damit soll wohl deutlich gemacht werden, dass es hier um öffentliche Sicherheit (Grundrechte Dritter) und nicht die öffentliche Ordnung geht. Ob diese Argumentation das BVerfG überzeugen kann, bleibt abzuwarten.

Zum anderen wurde endlich die Feststellung des BVerfG ernst genommen, Meinungsäußerungen könnten wegen ihres Inhalts niemals mit Rekurs auf die öffentliche Ordnung, sondern nur durch Strafgesetze verboten werden. Folgerichtig wurde nicht nur das Versammlungsgesetz geändert, sondern auch das Strafrecht verschärft. § 130 StGB verbietet nun neben der sog. Ausschwitzlüge, dem Leugnen des Holocaust, auch die Billigung der NS-Gewaltherrschaft als solche. Danach kann eine Versammlung verboten werden, wenn die Behörde nachweist, dass die konkrete Gefahr einer Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der NS-Gewaltherrschaft besteht. Unklar bleibt, wie dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 II GG Rechnung getragen werden soll. Zwar muss zusätzlich die Würde der Opfer verletzt sein, doch kann die „Billigung der NS-Gewaltherrschaft“ viele bisshergalleg Aktivitäten umfassen.

5. Maßnahmen gegen Versammlungen und Verhältnismäßigkeit

Die in § 15 VersG als Schranke i. S. des Art. 8 II GG enthaltene Ermächtigung sieht für Eingriffe in die Versammlungsfreiheit die Form des Verwaltungsaktes vor, dessen Erlass im Ermessen der Behörde steht²⁷. Dies meint insbesondere die Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Ein Verbot oder eine Auflösung der Veranstaltung sind nur zulässig, wenn die Gefahr nicht durch die Erteilung von Auflagen als milderem Mittel beseitigt werden kann²⁸.

Schwerwiegende Probleme können sich ergeben, wenn die Behörde mehr als eine Versammlung koordinieren muss. Entgegen weit verbreiteter Ansicht gibt es dabei kein „Erstanmelderprivileg“; früher und später angemeldete Versammlungen genießen gleichermaßen den Schutz des Art. 8 I GG²⁹. Kollisionen sind daher durch Auflagen gem. § 15 I VersG zu vermeiden und die widerstreitenden Interessen in einen schonenden Ausgleich zu bringen³⁰.

Fall 7 (Maßnahmen gegen Nichtstörer³¹): Rechtsextremisten melden eine Versammlung unter dem Motto „Gegen Lügen und Hetze der Bild-Zeitung – Entzignet Springer!“ an. Diese soll aus einem 2,6 km langen Aufzug durch die Hamburger Innenstadt bestehen, etwa 150 Teilnehmende werden erwartet. Die zuständige Behörde verbietet den Aufzug. Nach ihren Erkenntnissen sei mit bis zu 1500 Gegendemonstranten, darunter bis zu 200 des gewaltbreiten Spektrums, zu rechnen. Nach vorübergehenden Erfahrungen mit rechtsextremistischen Versammlungen könne von erheblichen Gewalttätigkeiten der Gegenseite ausgegangen werden. Zudem seien viele Polizeikräfte durch andere Großereignisse gebunden, so dass die angemeldete Versammlung nicht hinreichend geschützt werden könne.

Erhebliche Gewalttätigkeiten durch Gegendemonstranten und die eingeschränkte Verfügbarkeit von Polizeikräften lassen größere Personen- oder Sachschäden befürchten. Die öffentliche Sicherheit ist damit unmittelbar gefährdet und der Tatbestand des § 15 I VersG erfüllt. Die Behörde muss aber auch ihr Ermessen fehlerfrei und mit Blick auf Art. 8 I GG ausüben. Die Gefahr für die öffentliche Sicherheit geht vorliegend von den Gegendemonstranten aus. Trotzdem verbietet die Behörde die rechtsextreme Versammlung. Fraglich ist, ob eine solche Inanspruchnahme des Nichtstörers zulässig und mit Art. 8 I GG vereinbar ist. Drohen gewalttätige Gegendemonstranten, müssen sich behördliche Maßnahmen primär gegen die Störer richten³².

Die Inanspruchnahme der rechtsextremen Versammlung könnte mit der polizeirechtlichen Figur des „Zweckveranlassers“ gerechtfertigt werden³³. Würden die Rechtsextremen nicht demonstrieren, gäbe es keine Gegenaktionen. Allerdings reicht diese schlichte Kausalität schon im Polizeirecht nicht aus. Für Versammlungen hat das BVerfG mit Recht gefordert, es müsse konkret dargelegt werden, dass der angegebene Ver-

24 Zur Thematik: Leist, VersammlungsR und Rechtsextremismus, 2003. Für einen Rückgriff auf die öffentliche Ordnung: Fechner, JuS 2003, 734; krit. Wiefelspitz, DVV 2002, 21 (25). Für Rekurs auf mangelnde Friedlichkeit: Seidel, DVV 2002, 283 (289 ff.); a. Roetenbek, KJ 2001, 330. Krit. zum OVG Münster: Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, 2. Aufl. (2004), Art. 8 Rdnr. 94 ff. Für Zivilgesellschaft und Rechtsstaat im Sinne der Rsp. des BVerfG: Gröpl, JuS 2002, 18 (25); Hoffmann-Riem, NJW 2004, 2777 (2780 f.); Narr, CMLP 2002, 6; Rühl, NJW 1998, 56f.; Wolf, CMLP 1/01, 50 ff.

25 Luxemburg, Die Russische Revolution, 2. Aufl. (1963), S. 73.

26 BGBl. I 2005, 969. Vgl. auch die erste Entscheidung des BVerfG nach der Gesetzesänderung: BVerfG v. 6. 5. 2005 – 1 BvR 96/05.

27 BVerfGE 104, 92 (107) = NJW 2002, 1031 (1033).

28 BVerfG, NVwZ 2004, 90 (92) = JuS 2004, 243 (Sachs); BVerfGE 69, 315 (353) = NJW 1985, 2395 (2398); Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR IV, 2. Aufl. (2001), § 143 Rdnr. 33; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, 2. Aufl. (2004), Art. 8 Rdnr. 90; Hoffmann-Riem, NJW 2004, 2777 (2778).

29 OVG Koblenz, NVwZ-RR 2004, 848; VGH Mannheim, VBlBW 2002, 383. Anders im Falle eines polizeirechtlichen Notstandes: VG Hamburg, NJW 2001, 115.

30 OVG Koblenz, NVwZ-RR 2004, 848; VGH Mannheim, VBlBW 2002, 383.

31 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 1411; NJW 2001, 2069; NVwZ 2000, 1406; NJW 2000, 3053; NJW 2000, 3051.

32 BVerfG, NVwZ 2000, 1406 (1407). So schon BVerfGE 69, 315 (360 f.) = NJW 1985, 2395 (2400). Auch durch Hinzuziehung externer Polizeikräfte, vgl. BVerfG, NJW 2000, 3051 (3053).

33 Vgl. Kung, in: v. Münch/Kung, GG I, 5. Aufl. (2000), Art. 8 Rdnr. 28.

sammlungszweck nur Vorwand und die Provokation vonengewalt das eigentliche Ziel seien³⁴. Dies ist hier nicht ersichtlich. Es bleibt also bei der Inanspruchnahme eines Nichtstörers, welche ausnahmsweise durch einen sog. polizeilichen Notstand gerechtfertigt sein könnte. Dieser setzt voraus, dass die Gefahr nicht anders abgewehrt werden kann und die zuständige Behörde nicht über ausreichende eigene, eventuell durch Amts- und Vollzugshilfe ergänzte Kräfte verfügt, um Rechtsgüter wirksam zu schützen³⁵. Die Hamburger Behörde sieht hier keine Möglichkeiten, die rechtsextreme Versammlung wirksam zu schützen. Allerdings könnten Versammlungen so jederzeit durch die Anknüpfung gewaltsamer Gegenaktionen verhindert werden – ein Ergebnis, das mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Versammlungsfreiheit unvereinbar wäre.

Unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss die Behörde insbesondere prüfen, ob der polizeiliche Notstand durch Modifikationen entfallen kann, ohne den Zweck der Versammlung zu vereiteln³⁶. Dabei kommen vor allem zeitliche oder räumliche Veränderungen in Betracht. Zeigen sich die Veranstalter diesbezüglich kooperativ, kann sich die Behörde kaum noch auf einen polizeilichen Notstand berufen. Im Ausgangsfall hat das BVerfG das Verbot aufgehoben, allerdings unter den Auflagen, die Versammlung einen Tag später in einem kürzeren Zeitrahmen und als stationäre Veranstaltung statt als Aufzug stattfinden zu lassen³⁷. Sind erhebliche Polizeikräfte durch Großereignisse wie z. B. Castortransporte oder Gipfeltreffen gebunden oder besondere Ausnahme-situationen gegeben, kann eine Rechtfertigung von Verboten oder Auflösungen unter dem Gesichtspunkt des polizeilichen Notstandes in Betracht kommen. Art. 8 GG steht dem nicht grundsätzlich entgegen³⁸. Das Vorliegen eines Notstandes ist nur sehr genau zu prüfen.

III. Grundrechtskonkurrenzen

Art. 8 I GG schützt nur versammlungsspezifische Tätigkeiten, also die örtliche Zusammenkunft und deren Ausgestaltung. Die Versammlungsfreiheit ist daher betroffen, wenn eine Versammlung verboten oder aufgelöst wird oder die Versammlungsmodalitäten durch staatliche Maßnahmen beschränkt oder geändert werden³⁹. Bei oder in einer Versammlung kundgegebene Meinungen fallen in den Schutzbereich des Art. 5 I GG⁴⁰. Gemeinsame künstlerische Betätigungen sind von Art. 5 III GG erfasst⁴¹. Sind Versammeln und Meinungsäußerung oder künstlerische Tätigkeit gleichzeitig betroffen, kommen die einschlägigen Grundrechte parallel zur Anwendung⁴². Die Glaubensfreiheit ist lex specialis gegenüber Art. 8 GG⁴³, Gottesdienste oder Prozessionen fallen daher unter den Schutz von Art. 4 I, II GG. Für die Abgrenzung zur Vereinigungsfreiheit ist das Zeitmoment entscheidend. Art. 9 GG schützt auf Dauer oder zumindest eine gewisse Zeit angelegte Verbände, während Art. 8 I GG einen „Augenblicksverband“ erfasst⁴⁴. Art. 8 I GG schützt keine Tätigkeiten in Versammlungsform, die Einzelnen verboten sind⁴⁵.

IV. Europa: Versammlungsfreiheit grenzenlos?

Je mehr politische Entscheidungen grenzüberschreitend getroffen werden, desto mehr wollen auch die Bürger grenzüberschreitend auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen. Politische Gipfeltreffen werden Anlass für Massendemonstrationen mit internationalem Teilnehmerkreis. Aber auch Versammlungen im nationalen Rahmen können internationale Auswirkungen haben. Bei der Behandlung der recht-

lichen Fragen ist schon das Auffinden der einschlägigen Rechtsnormen nicht unproblematisch. Dabei wird die Unterscheidung zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und regionalem Völkerrecht mit Europabezug als bekannt vorausgesetzt.

1. Versammlungsfreiheit und Grundfreiheiten

Fall 8 (Brennerblockade⁴⁶): Ein Umweltschutzverein meldete im Jahr 1998 für einen Zeitraum von fast 30 Stunden eine Versammlung auf der Brenner-Autobahn an, die, wie beabsichtigt, zur völligen Blockade der Transitstrecke führte. Die Blockade wurde in internationalen Medien angekündigt. Der Verein wollte auf die Gefahren und Beeinträchtigungen durch den zunehmenden Transitverkehr hinweisen. Die österreichischen Behörden entschieden, die Versammlung nicht zu verbieten. Ein deutscher Spediteur sah darin ein gemeinschaftsrechtswidriges Unterlassen und klagte auf Schadensersatz dafür, dass er seine Lkw in diesem Zeitraum nicht nutzen konnte. Das OLG Innsbruck legte dem EuGH im Verfahren nach Art. 234 EG mehrere Fragen vor. Die wesentliche war, ob die Entscheidung der nationalen Behörde gegen ein Versammlungsverbot eine nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs (vgl. Art. 28, 29 EG) darstellt.

Damit ist die spannende Frage nach dem Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten im Gemeinschaftsrecht aufgeworfen. Der EuGH stellte zunächst fest, dass die Warenverkehrsfreiheit ein tragender Grundsatz der Gemeinschaft ist und jegliche Beeinträchtigungen (Maßnahmen gleicher Wirkung) ausschließt⁴⁷. Solche Beeinträchtigungen können auch darin bestehen, dass ein Mitgliedsstaat nicht gegen Handlungen Privater einschreitet, welche den freien Warenverkehr behindern⁴⁸. Danach und mit Blick auf die Bedeutung der Brenner-Autobahn als Handelsroute stellt die Untätigkeit der österreichischen Behörden eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit dar⁴⁹.

Diese Beeinträchtigung könnte aber gerechtfertigt sein. Die Meinungs- und Versammlungsfreiheit sind in Art. 10 und 11 EMRK gewährleistet und in allen europäischen Verfassungen anerkannt. Diese Grundrechte stellen damit nach Art. 6 II EU und der ständigen Rechtsprechung des EuGH allgemeine

34 BVerfG, NVwZ 2000, 1406 (1407) m. w. Nachw.

35 BVerfG, NJW 2001, 1411 (1412); NJW 2001, 2069 (2072). Dies ist der sog. echte polizeiliche Notstand. Beim wahren polizeilichen Notstand wäre der Schutz der Nichtstörer zwar nicht ausgeschlossen, der dabei drohende Schaden stünde aber außer Verhältnis. Vgl. dazu Wiefelspütz, DÖV 2001, 21 (27).

36 BVerfG, NVwZ 2000, 1406 (1407); NJW 2000, 3053 (3056).

37 BVerfG, NJW 2000, 3053 (3054).

38 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 2069 (2072); NJW 2000, 3053 (3056).

39 BVerfG 111, 147 = NJW 2004, 2814 = Jus 2004, 1095 (Sachs).

40 BVerfGE 111, 147 = NJW 2004, 2814 = Jus 2004, 1095 (Sachs); BVerfG, NJW 2001, 2069 (2071).

41 Schütze-Fielitz, in: Dreier (o. Fußn. 24), Art. 8 Rdnr. 127.

42 Vgl. BVerfGE 111, 147 = NJW 2004, 2814 = Jus 2004, 1095 (Sachs); BVerfG, NJW 2001, 2069 (2071); BVerfGE 82, 236 (258) = NJW 1991, 91 (92).

43 Jarass/Paarth, GG, 7. Aufl. (2004), Art. 4 Rdnr. 6; Höfling, in: Sachs, GG, 3. Aufl. (2003), Art. 8 Rdnr. 72.

44 Schütze-Fielitz, in: Dreier (o. Fußn. 24), Art. 8 Rdnr. 128.

45 Vgl. BVerfGE 90, 241 (250) = NJW 1994, 1779 (1780), ebenso Cusy, in: Maaß/Altkirch/Sarck, 4. Aufl. (1999), Art. 8 Rdnr. 34.

46 Vgl. EuGH, Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 57–60 = Schmidtberger, EuGRZ 2003, 693; Koch, EuZW 2003, 398.

47 EuGH, Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 51–56 = Schmidtberger.

48 EuGH, Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 57–60 = Schmidtberger. So schon EuGH, Slg. 1997, I-6959 = Proteste französischer Bauern, allerdings ging es dabei weniger um Einflussnahme auf die öffentliche Meinung als um die gemeinsame Verwirklichung zivilisatorischer Lebensmittel.

49 EuGH, Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 64 = Schmidtberger, Krit. Classen, EuR 2004, 416 (432).

Rechtsgrundsätze dar, die von Mitgliedsstaaten und Gemeinschaft zu achten sind⁵⁰. Ihr Schutz ist folglich ein berechtigtes Interesse, das geeigneter sein kann, die Warenverkehrsfreiheit zu beschränken⁵¹. Da aber sowohl die Warenverkehrsfreiheit als auch die Grundrechte aus Art. 10 und 11 EMRK nicht unbeschränkt gelten, sind sie im Kollisionsfall gegeneinander abzuwägen, wobei insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist⁵².

Im Ausgangsfall hat der EuGH entschieden, dass die nationalen Stellen angesichts ihres weiten Ermessens nachvollziehbar gehandelt und den Warenverkehr nicht unverhältnismäßig beschränkt haben⁵³. Erfreulich daran ist, dass wirtschaftliche Grundfreiheiten den politischen Grundrechten in Europa nicht automatisch vorgehen. Problematisch dürften in Zukunft die Abwägung der nationalen Stellen und ihre Überprüfung durch europäische Gerichte werden.

2. Versammlungsfreiheit und Freizügigkeit

Ein weiteres Spannungsfeld dieser Art könnte sich im Zusammenhang mit Versammlungsfreiheit und Freizügigkeit ergeben. Immer mehr Staaten verhängen jahrelange Einreiseverbote gegen gewalttätige Demonstranten oder Personen, die für solche gehalten werden⁵⁴. In Deutschland werden auf Grundlage des § 7 II PassG Ausreiseverbote und Meldeauflagen verhängt⁵⁵.

Die Versammlungsfreiheit ist in Art. 11 II EMRK geschützt. Auch nachfolgende repressive Maßnahmen wie Strafverfolgung oder Einreiseverbote, welche an die Teilnahme an der Versammlung anknüpfen, sind Eingriffe in Art. 11 EMRK⁵⁶. Die Eingriffe müssen gesetzlich vorgesehen sein, ein in Art. 11 II EMRK genanntes Ziel verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein⁵⁷. Allerdings nennt Art. 11 II EMRK auch die nationale oder öffentliche Sicherheit und Ordnung, wobei der EGMR den nationalen Behörden einen erheblichen Spielraum belässt⁵⁸. Obwohl Kommis-

sion und EGMR die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs prüfen⁵⁹, ist eine Berufung auf Art. 11 EMRK unter diesen Einschränkungen nur begrenzt aussichtsreich.

Mit Ein- und Ausreiseverboten ist aber auch die Freizügigkeit betroffen. Art. 2 II, des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK erlaubt explizit die Ausreise, auch aus dem eigenen Land. Doch entsprechen die Schranken in Art. 2 III des 4. Zusatzprotokolls ziemlich genau den Beschränkungen der Versammlungsfreiheit in Art. 11 II EMRK. Ferner ist die Einreise nicht geschützt. Mehr Aussicht auf Erfolg scheint daher die Berufung auf Art. 18 EG zu bieten, der Freizügigkeit für alle Unionsbürger garantiert. Allerdings gehen die Ansichten über dessen Schranken recht weit auseinander⁶⁰. Die Rechtsprechung zur Frage von Versammlungsfreiheit und Freizügigkeit in Europa darf mit Spannung erwartet werden. Auch Europa kennt wenig plebiszitäre Elemente; es sollte daher auf seine Möglichkeiten „ursprünglich-ungebändigter“ Demokratie gut Acht geben.

50 EuGH, Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 71–74 = Schmidtberger.

51 EuGH, Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 74 = Schmidtberger.

52 EuGH, Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 78–82 = Schmidtberger.

53 EuGH, Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 93 = Schmidtberger.

54 Schmittner, CHLP 3101, 85.

55 Grabenow/Busch, CHLP 2001, 63; Stever, CHLP 2001, 80 (84).

56 Vgl. Frowein/Penkert, EMRK, 2. Aufl. (1996), Art. 11 Rdnr. 5; Grabenow/Penkert, EMRK, 2003, § 23 Rdnr. 49; Meyer-Ladeuwig, EMRK, 2003, Art. 11 Rdnr. 7; Peters, Einf. in die EMRK, 2003, S. 84.

57 Meyer-Ladeuwig (o. Fußn. 56), Art. 11 Rdnr. 19 i. V. mit Art. 8 Rdnr. 37 ff.

58 Grabenow/Penkert (o. Fußn. 56), § 23 Rdnr. 32; Peters (o. Fußn. 56), S. 24 ff. Zur durchaus differenzierteren Rechtsprechung bzgl. Meinungsfreiheit und nationaler Sicherheit Skora, in: Gries/Allescheid, Human Rights within the European Union, 2004, p. 127 ff.

59 Frowein/Penkert (o. Fußn. 56), Art. 11 Rdnr. 16; Meyer-Ladeuwig (o. Fußn. 56), Art. 8 Rdnr. 44 f.

60 Fast unbeschränktes Einreiserecht: Groß, KJ 2001, 100 (103); Kaum Beschränkungen, ordnung-public-Vorbehalt unwahrscheinlich: Grabenow/Busch, CHLP 2001, 63 ff.; Neben ordnung-public auch Beschränkungen aus zwingenden Allgemeinwohlinteressen: Scheuing, EuR 2003, 744 (778 ff.).

Referendariat

Vorsitzender Richter am LG a. D. Dr. Karl G. Deubner, Neuberg

Aktuelles Zivilprozessrecht*

I. Bedeutung rechtskräftiger strafgerichtlicher Verurteilung für die Erbanwürdigkeit

Der Bkl. ist wegen der Verfälschung eines Testaments rechtskräftig wegen Urkundenfälschung verurteilt worden. Das LG hat den Bkl. unter Einbeziehung des Strafverfahrens und unter urkundsbeweislicher Verwertung einzelner Beweisergebnisse wie erstatteter Schriftgutachten für erbanwürdig erklärt¹. Die Berufung des Bkl. ist erfolglos geblieben. Das BerGer. hat die strafgerichtliche Verurteilung als für das Aufhebungsverfahren verbindlich angesehen. Die Beschwerde des Bkl. gegen die Nichtzulassung der Revision durch das OLG war ohne Erfolg.

Die Beschwerde hat nach Ansicht des BGH² nicht aufzuzeigen vermocht, dass das Berufungsurteil auf den von ihr geltend gemachten Zulassungsgründen beruht. Zu Beginn stellt er allerdings fest, dass dem BerGer. ein Irrtum unterlaufen ist:

„Zu Recht rügt die Beschwerde allerdings die Auffassung des BerGer., der Bkl. sei bereits wegen der bindenden Wirkung

seiner rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung für erbanwürdig zu erklären. Eine Bindung des Zivilrichters an strafgerichtliche Urteile ist mit der das Zivilprozessrecht beherrschenden freien Beweiswürdigung nicht vereinbar. Aus diesem Grund setzt § 14 II Nr. 1 EGZPO anderslautende landesrechtliche Prozessvorschriften außer Kraft. Der Zivilrichter muss sich seine Überzeugung grundsätzlich selbst bilden und ist regelmäßig auch nicht an einzelne Tatsachentstellungen eines Strafurteils gebunden. Allerdings darf er bei engem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang von Zivil- und Strafverfahren rechtskräftige Strafurteile nicht völlig unberücksichtigt lassen, er ist vielmehr gehalten, sich mit den Feststellungen auseinanderzusetzen, die für seine eigene Beweiswürdigung relevant sind. Die freie Tatsachenprüfung findet ihre Grenze nur, soweit Existenz und Inhalt eines Straf-

* Der Autor war Vorsitzender einer Kammer I. Handelssachen am LG Frankfurt a. M.

1 § 2342 BGB.

2 NJW-RR 2005, 1024.