

Teil I

Das Zentrum für Politische Schönheit, eine Gruppe von politischen Aktionskünstlern aus Berlin, hat es sich zum Ziel gesetzt, in öffentlichkeitswirksamen Aktionen auf das Leid von Flüchtlingen aufmerksam zu machen. Daher rufen die deutschen Mitglieder des Zentrums gemeinsam mit einigen syrischen Geflüchteten auf ihrer Internetseite und in sozialen Medien zur Teilnahme an einer Performance-Protestveranstaltung mit dem Titel „Die Toten kommen“ auf, die sie wie folgt ankündigen:

„Ehre die Toten

Wir holen das Problem nach Deutschland. Dahin, wo die wichtigsten Entscheidungen gegen die Humanität Europas gefällt werden, die Konsequenzen aber nicht anlanden. Wir werden sie empfangen und ihre Würde retten — und damit unsere eigene. [...] Die Toten sind auf dem Weg in die deutsche Hauptstadt. Die Letzte Ruhe der Mauertoten muss unsere politische Unruhe werden.

Der Marsch der Entschlossenen

Am Sonntag werden wir mit den Toten Kurs auf das Kanzleramt nehmen“.

Bei der zuständigen Versammlungsbehörde melden die Mitglieder des Zentrums und die Geflüchteten einen „Trauerzug zum Bundeskanzleramt“ an. Dabei soll ein Bagger mitgeführt werden, mit dessen Hilfe Flüchtlinge bestattet werden sollen, die an den Außengrenzen Europas umgekommen sind.

Die zuständige Versammlungsbehörde bemüht sich vergeblich um Aufklärung, ob die Veranstalter tatsächlich beabsichtigen, Tote mitzuführen. Sie erlässt daher drei Tage vor dem Veranstaltungstermin vorsorglich folgenden Bescheid, dessen sofortige Vollziehung sie mit formal ordnungsgemäßer Begründung anordnet:

- 1. Das Mitführen von Leichen im Sinne von § 1 des Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen (Bestattungsg) wird untersagt. Jedes Fahrzeug, jeder Sarg bzw. jedes sargähnliche Behältnis in ähnlicher Größe, die im Aufzug mitgeführt werden sollen, sind am Versammlungstag um 11.00 Uhr in der Turmstraße 11, 10559 Berlin beim Landesamt für Gesundheit und Soziales – Gerichtsmedizin – zur Überprüfung vorzuführen. Ohne eine solche Überprüfung darf kein Fahrzeug, Sarg oder sargähnliches Behältnis am Aufzug teilnehmen.*
- 2. Das Mitführen des Baggers wird untersagt.*

Zur Begründung führt die Versammlungsbehörde an, dass das Mitführen von Leichen auf einer derartigen politischen Demonstration eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle. Es sei pietätlos und entspreche nicht den gesellschaftlichen Erwartungen an einen anständigen Umgang mit Toten. Dafür spreche auch die öffentliche Empörung, welche die Ankündigung der Aktion hervorgerufen habe; so habe z.B. eine stadtbekannte Politikerin von „politischer Leichenfledderei“ gesprochen. Zudem sei das Mitführen und Begraben von Leichen in einem Aufzug, der sich von der Themengebung her nicht mit der Persönlichkeit des Toten befasst, mit dem rechtlich gebotenen, würdevollen Umgang mit Toten nicht vereinbar. Die verstorbene Person würde als Darstellungsobjekt missbraucht und zum bloßen Gegenstand gemacht. Eine solche politische Instrumentalisierung sei gem. § 2 Bestattungsg nicht statthaft. Jedenfalls diene das Verbot auch dem Seuchen- und Infektionsschutz. Schließlich sei die Mitnahme des Baggers für die Aussage der Veranstaltung nicht nötig.

Das Zentrum für Politische Schönheit beauftragt Rechtsanwältin R, die Durchführung der Aktion im vollen Umfang gerichtlich durchzusetzen. Der Bescheid sei rechtswidrig und verstoße gleich gegen mehrere Grundrechte. Bei der Aktion handele es sich auch um eine künstlerische Performance, die nach dem Grundgesetz überhaupt nicht eingeschränkt werden dürfe. Der Bagger symbolisiere „den langen Arm der Bürokratie“ und sei unverzichtbarer Teil dieser Performance. Zudem sei ein Trauerzug keine Ehrverletzung, sondern vielmehr die klassische Form, Toten die letzte Ehre zu erweisen. Dem Seuchen- und Infektionsschutz könne schließlich anderweitig Rechnung getragen werden.

Bitte wenden!

Teil II

Nach der öffentlichen Debatte über die Protestaktion meldet der in Deutschland eingetragene T-Verein eine Gegendemonstration für denselben Tag und denselben Ort an. Der Verein kündigt an, auf dieser Veranstaltung eine große Videoleinwand aufzustellen, über die auch das ausländische Staatsoberhaupt des Staates T live für eine Rede zugeschaltet werden soll, in der er die Flüchtlingspolitik der Bundesregierung befürworten wolle. Die zuständige Versammlungsbehörde untersagt daraufhin die Nutzung der Videoleinwand für die Zuschaltung des ausländischen Staatsoberhauptes. Es sei zu befürchten, dass dessen Rede den Streit um die Flüchtlingspolitik weiter emotionalisieren und tätliche Auseinandersetzungen zwischen Demonstranten und Gegendemonstranten auslösen würde.

Bearbeiterhinweise

Aufgabe zu Teil I: Prüfen Sie gutachterlich für Rechtsanwältin R., ob die gerichtliche Durchsetzung der Aktion „Die Toten kommen“ im angekündigten Umfang Aussicht auf Erfolg hat. Gehen Sie dabei auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein.

Aufgabe zu Teil II: Prüfen Sie gutachterlich, ob es materiell rechtmäßig war, die Nutzung der Videoleinwand für die Zuschaltung des ausländischen Staatsoberhauptes zu untersagen.

Hinweise:

Auf folgende Vorschriften des Bestattungsgesetzes wird hingewiesen:

§ 1 Leichen: (1) Leiche im Sinne dieses Gesetzes ist der Körper eines Menschen, bei dem sichere Zeichen des Todes bestehen oder bei dem der Tod auf andere Weise zuverlässig festgestellt worden ist. [...]

§ 2 Ehrfurcht vor Toten: Wer mit Leichen umgeht, hat dabei die gebotene Ehrfurcht vor dem toten Menschen zu wahren.

Für die Bearbeitung außer Betracht bleiben die Bestimmungen des Gesetzes über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes (BefBezG) vom 8. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2366).

Abholung bewerteter Klausuren: Klausuren können ab dem 12. September 2016 ausschließlich zu den allgemeinen Sprechzeiten des Sekretariats im Raum 418 am Lehrstuhl Prof. Dr. Philipp Dann abgeholt werden.

Lösungshinweise:

Teil I der Klausur wirft überwiegend klassische Probleme des Versammlungsrechts auf, die den BearbeiterInnen bekannt sein sollten bzw. sich mit allgemeiner Dogmatik lösen lassen, letzteres insbes. im Hinblick auf die Kunstfreiheitsproblematik. Auch die prozessuale Einkleidung in den einstweiligen Rechtsschutz ist versammlungsrechtstypisch und sollte bekannt sein. Schwerpunkte liegen bei der Abgrenzung der Verfahrensart im einstweiligen Rechtsschutz sowie in der Begründetheit bei der verfassungskonformen Auslegung des § 15 I VersG, Schutzbereich und Rechtfertigung von Art. 8 und 5 GG, und der Konkurrenz der beiden Grundrechte. Diese Schwerpunkte, auf die im Sachverhalt eindeutig hingewiesen wird, sollten erkannt und vertieft bearbeitet werden; im Ergebnis sind unterschiedliche Auffassungen vertretbar, soweit die Prüfung insgesamt konsequent ist.

Die Zusatzfrage in Teil II wirft bisher nicht abschließend geklärte Fragen zum Verhältnis von Grundrechtsschutz und politischer Betätigung ausländischer Amtsträger auf; wichtig ist hier, dass das Problem erkannt und diskutiert wird, das Ergebnis ist zweitrangig. Bei der Bewertung der Arbeit sollte Teil I mit etwa 80%, Teil II mit nicht mehr als 20% gewichtet werden.

Beide Sachverhalte beruhen teilweise auf realen Begebenheiten, die sich im Sommer 2015 in Berlin bzw. im Sommer 2016 in Köln zugetragen haben.

Lösungsskizze zu Teil I:

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Streitentscheidend sind öffentlich-rechtliche Vorschriften des Versammlungs- und Bestattungsrechts, so dass der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I S.1 VwGO eröffnet ist. Die abdrängende Sonderzuweisung des Art. 23 EGGVG für repressive Maßnahmen, wie sie § 21ff. VersG vorsehen, ist nicht einschlägig. Es streiten auch nicht zwei unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Organe, so dass keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt.

II. Statthafte Verfahrensart

Die statthafte Verfahrensart richtet sich nach dem Begehrt des Antragsstellers, § 88 VwGO. Vorliegend wollen die Mitglieder des Zentrums für politische Schönheit (ZPS) den Auflagenbescheid beseitigen, um ihre Aktion wie geplant durchzuführen. Dabei ist zu beachten, dass die Behörde den Bescheid drei Tage vor der geplanten Veranstaltung erlassen und die sofortige Vollziehung gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet hat. Das Begehrt ist daher nur im einstweiligen Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht durchsetzbar. Statthafte Verfahrensart ist gem. § 123 V VwGO vorrangig der Antrag nach §§ 80 V, 80a III VwGO, wenn in der Hauptsache die Anfechtungsklage zulässig wäre.

Bei dem Bescheid handelt es sich um eine hoheitliche Anordnung mit selbstständiger Regelungswirkung und mithin einen eigenständigen Verwaltungsakt iSv. § 38 S. 1 VwVfG des Bundes (anwenbar gem. § 1 I VwVfG-Berlin); entgegen dem Wortlaut des VersG handelt es sich bei versammlungsrechtlichen „Auflagen“ nicht um unselbstständige Nebenbestimmungen iSv. § 36 VwVfG. Im Hauptsacheverfahren wäre danach die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1 VwGO statthaft.

Im einstweiligen Rechtsschutz ist folglich der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 Variante 2 VwGO die richtige Verfahrensart. Die Form dieses Antrags richtet sich nach §§ 81,82 VwGO analog.

III. Einlegung des nicht offensichtlich unzulässigen Hauptsacherechtsbehelfs

Damit das Gericht die aufschiebende Wirkung des Hauptsacherechtsbehelfs anordnen kann, muss dieser eingelegt werden und darf nicht offensichtlich unzulässig sein. Das ist hier der Anfechtungswiderspruch nach § 68 VwGO, der nicht offensichtlich unzulässig, insbesondere nicht verfristet, ist. Auf die umstrittene Ausnahme, ob der Widerspruch in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit entbehrlich ist, kommt es nicht an, da der behördliche Widerspruch neben der gerichtlichen Antragsstellung jedenfalls noch eingelegt werden kann.

IV. Antragsbefugnis

Die Antragsteller müssen geltend machen können, in ihren eigenen Rechten verletzt zu sein, § 42 II VwGO analog. Die Mitglieder des ZPS sind Adressaten des belastenden Auflagenbescheids, der sie möglicherweise in ihrem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit in Art. 8 I GG verletzt. Eine Versammlung in diesem Sinne ist jedenfalls eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen mit dem Zweck der gemeinschaftlichen öffentlichen Meinungsbildung (sog. enger Versammlungsbegriff).¹ Eine Protestveranstaltung gegen die Flüchtlingspolitik fällt in diesen Schutzbereich, so dass eine Verletzung des Art. 8 I GG nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Als Deutsche fallen die Mitglieder des ZPS auch in den persönlichen Schutzbereich. Für die syrischen Geflüchteten, die als Nicht-Deutsche nicht von Art. 8 geschützt sind, gilt Entsprechendes für die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 I GG. Ob darüber hinaus auch die Kunstfreiheit in Art. 5 III GG betroffen ist, kann für die Antragsbefugnis noch offen bleiben.

V. Beteiligten- und Verfahrensfähigkeit

Die Mitglieder des ZPS sind als natürliche Personen gem. §§ 61, 62 beteiligten- und verfahrensfähig. Das Land Berlin ist als juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligtenfähig und muss sich vor Gericht vertreten lassen, §§ 61, 62 I VwGO.

VI. Zuständiges Gericht

Für den einstweiligen Rechtsschutz ist das Gericht der Hauptsache zuständig, § 80 V 1 VwGO, hier also das VG Berlin, §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO.

VII. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Der Rechtsbehelf des Antragstellers darf keine aufschiebende Wirkung nach § 80 I VwGO haben bzw. ein vorheriger Antrag bei der Behörde nach § 80 IV VwGO VwGO nicht statthaft sein, und der Verwaltungsakt muss noch anfechtbar sein. Eine aufschiebende Wirkung entfällt hier wegen § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. Der vorherige Antrag ist nur bei Abgaben- und Kostenbescheiden statthaft, §§ 80 VI, II Nr. 1. Der Bescheid ist am Tag seines Erlasses drei Tage vor der Veranstaltung auch noch anfechtbar und nicht erledigt.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Beklagten richtet und bei einer summarischen Prüfung das Interesse des Antragstellers an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung das Vollzugsinteresse überwiegt. Beim Antrag nach § 80 V 1 Var. 2 ist zusätzlich zu prüfen, ob die Anordnung des Sofortvollzuges formell rechtmäßig war.

I. Passivlegitimation

¹ BVerfGE BVerfG, 12.07.2001 - 1 BvQ 28/01 (Loveparade). Zum Meinungsstreit Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 8 Rn. 24-28. Der Versammlungsbegriff kann auch erst unten im Rahmen der Begründetheit definiert und subsumiert werden. Dass er hier erfüllt ist, ist allerdings offensichtlich.

Richtiger Antragsgegner ist der Rechtsträger der handelnden Behörde, die Sofortvollzug angeordnet hat, § 78 VwGO analog. Rechtsträger der zuständigen Versammlungsbehörde ist das Land Berlin.

- II. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzuges
Für die Anordnung der sofortigen Vollziehung war die Versammlungsbehörde gem. § 80 I 1 Nr. 4 zuständig. Die Anordnung war laut Sachverhalt ordnungsgemäß iSd. § 80 III S. 1 VwGO, d.h. erging mit hinreichender schriftlicher Begründung des Vollzugsinteresses.
- III. Überwiegendes Interesse der Antragsteller
Das Wiederherstellungsinteresse der Antragsteller überwiegt das Vollzugsinteresse jedenfalls dann, wenn in die Hauptsacheklage offensichtlich zulässig und begründet ist. Ist letzteres der Fall, erübrigt sich eine weitere Abwägung der relevanten Rechtsgüter, der Schwere der Beeinträchtigung und möglichen Folgen des Sofortvollzuges.

Im Hauptsacheverfahren wäre die Anfechtungsklage statthaft und zulässig, insbesondere auch nicht verfristet, siehe oben, A. Fraglich ist damit, ob sie begründet wäre, weil der Bescheid rechtswidrig ist und die Antragsteller in ihren Rechten verletzt.

1. Rechtsgrundlage

Bei der Aktion „Die Toten kommen“ handelt es sich um eine Versammlung in Form eines Aufzuges (siehe oben, A.IV.), die öffentlich ist und unter freiem Himmel stattfinden soll. Als Rechtsgrundlage für die Untersagung kommt daher § 15 I VersG in Betracht.² Danach kann die zuständige Behörde den Aufzug von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

Allerdings ist diese Ermächtigungsgrundlage gem. § 17 VersG nicht anwendbar, wenn es sich bei der Aktion um ein „gewöhnliches Leichenbegängnis“ handelt. Darunter ist eine traditionelle Form des Totengeleits zu verstehen, das sich vor der Beerdigung zur Kirche bzw. zum Friedhof bewegt; soll darüber hinaus mit dem Leichenzug besondere Aufmerksamkeit unter Zuschauern hervorgerufen werden oder wird eine über den Beerdigungszweck hinausgehende Absicht der politischen Demonstration verfolgt, ist nach dem Schwerpunkt abzugrenzen.³ Jedenfalls macht bereits der Wortlaut „gewöhnlich“ deutlich, dass gerade hergebrachte Formen von Trauerzügen gemeint sind und nicht solche, die Teil einer politischen Performance sind. § 17 VersG ist daher nicht einschlägig, so dass § 15 I VersG taugliche Ermächtigungsgrundlage ist.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheids

Gehandelt hat die zuständige Versammlungsbehörde. Form- und Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich, insbes. könnte eine unterbliebene Anhörung iSd. § 28 VwVfG durch Nachholung geheilt werden, § 45 VwVfG.

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Bescheids

a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 I VersG

² Nach der Abschaffung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 74 I Nr. 3 GG fällt das Versammlungsrecht gem. Art. 30, 70 in die Kompetenz der Länder GG; solange und soweit ein Land davon nicht Gebrauch macht, gilt das VersG des Bundes fort, Art 125a I 1 GG. So liegt es in Berlin, soweit nicht das Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23. April 2013 einschlägig ist.

³ Dürig-Friedl/Enders/Dürig-Friedl, VersammlG § 17, Rn. 6.

§ 15 I VersG setzt voraus, dass tatsächliche Umstände erkennbar sind, die eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung befürchten lassen. Eine Gefahr liegt nach allgemeiner Definition vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem polizeilichen Schutzgut führen wird.⁴ Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfasst nach allgemeinem Verständnis die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des einzelnen sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt.⁵ Die öffentliche Ordnung wird gemeinhin verstanden als die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung für ein geordnetes und gedeihliches Zusammenleben innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird.⁶

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist für beide Teile der Untersagung – Ziff. 1 bezüglich der Leichen und Ziff. 2 bezüglich des Baggers – und im Hinblick auf die deutschen und nichtdeutschen Teilnehmer der Veranstaltung zu prüfen.

Im vorliegenden Fall begründet die Versammlungsbehörde die Untersagung der Mitführung von Leichen zunächst damit, dass die Aktion Pietät und gesellschaftlichem Anstand widerspräche und beruft sich damit auf das Schutzgut der öffentlichen Ordnung. Für diese Annahme spricht zumindest die öffentliche Empörung über die Aktion. Darüber hinaus nimmt die Versammlungsbehörde auf einen Verstoß gegen § 2 BestattungsgG und damit auf eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit an. Zudem beruft sie sich mit dem Argument des Seuchen- und Infektionsschutzes auf die Gesundheit anderer.

b) Verfassungskonforme Auslegung des § 15 I VersG

Gleichwohl ist fraglich, ob damit der Tatbestand des § 15 I VersG erfüllt ist. Denn soweit dieser zur Einschränkung von Grundrechten ermächtigt, ist er in deren Lichte verfassungskonform auszulegen.⁷ In Betracht kommen die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG und die Kunstfreiheit nach Art. 5 III GG. Sind diese einschlägig, lässt sich die Untersagung möglicherweise nicht auf den einfachgesetzlichen Grund der öffentlichen Ordnung stützen, und im Rahmen der öffentlichen Sicherheit bedarf es möglicherweise der Gefährdung von Rechtsgütern von Verfassungsrang.

1) *Versammlungsfreiheit*

Art. 8 I GG schützt deutsche Teilnehmer der Aktion, soweit es sich dabei um eine „Versammlung“ im verfassungsrechtlichen Sinne handelt.⁸ Dies ist wie gesehen zu bejahen (siehe oben, A.IV). Dies ändert sich nicht dadurch, dass die Mitführung von Leichen als pietätlos empfunden wird; denn der Umgang mit Leichen ist schon nach einfachem Recht nicht dem Bestattungsgewerbe vorbehalten, und die Privilegierung des § 17 VersG weist darauf hin, dass Trauerzüge sogar besonders geschützt sind. Daher fällt auch ein Aufzug unter Mitführung von Leichen in den Schutzbereich des Art. 8 I GG. Ob die Mitnahme des Baggers für die Aussage der Versammlung

⁴ Dürig-Friedl/Enders/Dürig-Friedl, VersammlG § 15, Rn. 53.

⁵ Dürig-Friedl/Enders/Dürig-Friedl, VersammlG § 15, Rn. 40.

⁶ Dürig-Friedl/Enders/Dürig-Friedl, VersammlG § 15, Rn. 48.

⁷ Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 8, Rn. 78-81.

⁸ Die syrischen Teilnehmer sind einfachgesetzlich nach § 1 I VersG geschützt. Wegen des Vorrangs des Gesetzes bedürfen einschränkende Auflagen der Verwaltung ihnen gegenüber ebenfalls einer gesetzlichen Grundlage in § 15 VersG.

erforderlich ist oder nicht, ist entgegen der Behörde kein Kriterium für die Einschränkung des Schutzbereichs.

Die Untersagung stellt sich daher insgesamt als Eingriff in die Versammlungsfreiheit der deutschen Mitglieder des ZPS dar. Für die Rechtfertigung gilt grundsätzlich der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG. Allerdings legt das BVerfG in ständiger Rspr besondere Rechtfertigungsmaßstäbe im Rahmen der Verhältnismäßigkeit an; danach sind Einschränkungen der Versammlungsfreiheit nur zum Schutz gleichgewichtiger Rechtsgüter, insbesondere der Grundrechte anderer, angemessen.⁹ Danach kann die öffentliche Ordnung jedenfalls ein Versammlungsverbot nicht rechtfertigen; auch im Übrigen ist das Tatbestandsmerkmal eng auszulegen und der Demonstrationsfreiheit gerade auch als Freiheit Andersdenkender Rechnung zu tragen.¹⁰ Da die Mitnahme der Leichen gerade das Wesen der Protestversammlung ausmacht, kommt die Untersagung hier einem Verbot gleich, so dass das Schutzgut der öffentlichen Ordnung nicht ausreicht. Gegenüber den deutschen Teilnehmern kann sich die Behörde daher nicht auf die öffentliche Ordnung berufen. *A.A. vertretbar; folgt man der A.A., kommt es insoweit auch für die Deutschen auf Art. 5 GG an.*

2) Kunstfreiheit

Anwendbarkeit/Grundrechtskonkurrenz: Möglicherweise ist auch der Schutzbereich der Kunstfreiheit in Art. 5 III GG eröffnet, der auch Nicht-Deutsche schützt und überdies schrankenlos gewährleistet ist. Fraglich ist, ob Versammlungs- und Kunstfreiheit nebeneinander anwendbar sind. Im Falle der Schutzbereichskonkurrenz von Versammlungs- und Meinungsfreiheit ist anerkannt, dass ein Eingriff in die Versammlung nicht zulässig ist, soweit dieser die Meinungsfreiheit verletzen würde.¹¹ Dies muss auch für die Kunstfreiheit gelten, so dass diese parallel anwendbar und ihre Rechtfertigungsanforderungen übertragbar sind.¹²

Schutzbereich: Der persönliche Schutzbereich des Art. 5 III GG erfasst auch die nicht-deutschen Geflüchteten, soweit sie an der Performance beteiligt sind. Fraglich ist, ob die Performance-Protestveranstaltung auch in den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit gem. Art. 5 III GG fällt. Unter „Performance“ versteht man eine situationsbezogene, handlungsbetonte und vergängliche künstlerische Darbietung eines Performers oder einer Performancegruppe; sie entwickelte sich in den 1950er und 1960er Jahren als Prozesskunst aus Action Painting und Happening, trägt aber auch Züge des Rituals als grundlegendem Element menschlicher Kultur.¹³

Der Schutzbereich des Art. 5 III GG umfasst jedenfalls alle formal anerkannten Kunstgattungen wie z.B. Malerei, Plastik, Theater; Performance-Kunst zählt nicht zu diesen traditionellen Ausdrucksformen, ist sie aber möglicherweise heute in einen erweiterten Kanon der Kunstgattungen eingegangen.¹⁴ Jedenfalls erfüllt die Performance aber die Voraussetzungen des materiellen und offenen Kunstbegriffs: Sie ist „freie schöpferische Gestaltung“, „in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“ (materialer Kunstbegriff).¹⁵ Zudem lassen sich in ihr

⁹ BVerfGE 69, 315, 348f.; Dürig-Friedl/Enders/Dürig-Friedl, VersammlG § 15, Rn. 77.

¹⁰ Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 8, Rn. 97-99; Dürig-Friedl/Enders/Dürig-Friedl, VersammlG § 15, Rn. 49-51 (auch zur Verlegung oder Vertagung einer Veranstaltung als quasi-Verbot); Ott/Wächter/Heinold, VersG 7. Aufl., § 15, Rn. 25.

¹¹ Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 8 GG, Rn. 128.

¹² Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 8 GG, Rn. 130; HessVGH DVbl. 2011, 707 (709f); BayVGH NJW 2010, 792 (793); Roggon, Die Toten kommen, Juwiss Blog 2015.

¹³ Carlson, Performance, 2. Aufl 2003, S. 110ff.; Ladeur, Der Staat 2015, 97 (107).

¹⁴ So Roggon, Die Toten kommen, Juwiss-Blog 2015. Zu diesem formalen Kunstbegriff BVerfGE 67, 213, 225.

¹⁵ BVerfGE 30, 173, 188.

wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehaltes im Wege der fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen sind (offener Kunstbegriff).¹⁶

Zwar handelt es sich der Form nach um einen „traditionellen“ Trauerzug, doch gewinnt dessen Inszenierung im Berliner Regierungsviertel eine zweite, politisch-künstlerische Bedeutungsebene, indem sie repräsentiert, anprangert und sichtbar macht, was andernorts sonst weitgehend unbemerkt geschieht. Dafür spricht auch der Wortlaut des Teilnahmeaufrufs sowie der Umstand, das bis zuletzt nicht klärbar ist, ob die Künstler tatsächlich Leichen mitführen wollen, oder ob auch dieser Aspekt nur inszeniert ist.

Auch der Bagger dient nicht allein dem Ausheben von Gräbern, sondern hat eine weitere symbolische Bedeutungsebene („langer Arm der Bürokratie“), die sich gerade dadurch aktualisiert, dass die Verwaltung seine Mitnahme verbietet; sie wird dadurch unfreiwillig Teil der Performance, die sich zugleich als Satire auf die Bürokratie erweist.¹⁷ Ob der Bagger für die künstlerische Aussage notwendig ist, ist auch hier kein Kriterium für die Bestimmung des Schutzbereiches.

Im Ergebnis fällt daher sowohl die Mitführung der Toten als auch des Baggers in den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit gem. Art 5 III GG.¹⁸ Die Untersagung beider Aspekte ist ein Eingriff, der sich beim vorbehaltlosen Grundrecht des Art. 5 III GG nur durch verfassungsimmanente Schranken, d.h. kollidierendes Verfassungsrecht, rechtfertigen lässt.¹⁹ *A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar. Wer die Kunstfreiheit ablehnt, muss allein am Maßstab des Art. 8 GG bzw. für Ausländer am Maßstab des Art. 2 I GG weiterprüfen.*

c) Gefahr für Schutzgüter von Verfassungsrang als Teil der öffentlichen Sicherheit und Verhältnismäßigkeit

Da die öffentliche Ordnung kein Schutzgut von Verfassungsrang ist, trägt die behördliche Begründung der Untersagung insoweit nicht. Auch der Schutz der öffentlichen Sicherheit trägt die Untersagung nur, soweit die bedrohten Rechtsgüter oder Rechtsvorschriften „gleichgewichtig“ sind, ihnen also Verfassungsrang zukommt. Die einfachgesetzliche Norm des § 2 BestattungsgG allein reicht dafür nicht aus. In Betracht kommen aber der postmortale Persönlichkeitsschutz gem. Art. 1 I GG und der Gesundheitsschutz gem. Art. 2 II GG.

1) Postmortaler Persönlichkeitsschutz

§ 2 BestattungsgG konkretisiert das verfassungsrechtlich in Art. 1 I GG geschützte postmortale Persönlichkeitsrecht, das als Teil der Rechtsordnung zum Schutzgut öffentlicher Sicherheit zählt. Aus diesem Recht ergibt sich auch ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Achtung der Persönlichkeit und Würde von Verstorbenen.²⁰ Als Schutzgut von Verfassungsrang ist es auch geeignet, Einschränkungen von Versammlungs- und Kunstfreiheit im Hinblick auf die Mitnahme der Leichen zu rechtfertigen. Für den Bagger gilt dies allerdings von vornherein nicht. Fraglich ist aber, ob die Mitführung der Toten auf dem Performance-Protestzug deren Würde missachtet. Dafür spricht, dass es den Aktivisten nicht ausschließlich oder

¹⁶ BVerfGE 67, 213, 226.

¹⁷ Vgl. dazu auch Roggon, Juwiss-Blog 2015, a.E.

¹⁸ So auch Roggon, Juwiss-Blog 2015; und allgemein Ladeur, Der Staat 2015, 97 (106ff).

¹⁹ Problematisch ist auch, ob das VersG zur Einschränkung der Kunstfreiheit taugt, denn insoweit ist das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG nicht erfüllt, § 20 VersG erwähnt nur Art. 8 GG. Für vorbehaltlose Grundrechte und speziell zur Kunstfreiheit nimmt das BVerfG aber eine ungeschriebene Ausnahme vom Zitiergebot an, BVerfGE 83, 130 (154); krit. Dreier/Dreier, Art. 19 I, Rn. 25, 27. Nur besonders gute Bearbeiter dürften dieses Problem erkennen.

²⁰ BVerfGE 30, 173, 194 (Mephisto); BVerfG, Beschluss v. 19.12.2007 - 1 BvR 1533/07.

primär um eine Würdigung der Persönlichkeit der Toten geht, die überdies anonym bleiben, sondern darum, mit den Leichen einen politischen Missstand anzuprangern. In diesem Sinne werden die Toten für einen Begräbnis- und Trauer-fremden Zweck eingesetzt. Dagegen spricht aber, dass der Trauerzug jedenfalls auch eine klassische Form der Respektsbezeugung für Tote ist; dies ändert sich nicht dadurch, dass eine politisch-künstlerische Botschaft hinzutritt, denn dadurch wird der Tote ebenso wenig wie bei einem Staatsbegräbnis oder wie bei Protesten anlässlich von Begräbnissen von Kriegs- oder Terroropfern zum Objekt gemacht. Umgekehrt ist gerade zweifelhaft, ob es die Würde der Toten schützt, wenn einem Trauerzug das Mitführen der Betrauten deswegen verboten wird, weil der Zug auf die Missstände hinweist, die erst zum Tod der Betrauten geführt haben. Offen bleibt, ob die Angehörigen der Toten diese politische Aussage unterstützen; dafür, dass diese Form des Protests von Betroffenen zumindest nicht grundsätzlich abgelehnt wird, spricht immerhin die Beteiligung von Geflüchteten an der Aktion. Das postmortale Persönlichkeitsrecht bietet hier also keinen Anlass zum Einschreiten.²¹ A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar.

2) Gesundheit

Soweit durch die Mitführung von Leichen Infektions- und Seuchengefahr birgt, ist das Grundrecht des Art. 2 II GG auf körperliche Unversehrtheit und Gesundheit anderer Menschen betroffen. Als Schutzgut von Verfassungsrang ist dieses grundsätzlich ein legitimer Zweck, zu dessen Gunsten Versammlungs- und Kunstfreiheit eingeschränkt werden dürfen. Gleichwohl gilt dies nur im Hinblick auf das Verbot des Mitführens von Leichen; vom Bagger geht keine Infektions- oder Seuchengefahr aus, so dass die Untersagung insoweit nicht gedeckt ist.

Das Verbot der Leichen müsste überdies verhältnismäßig sein. Zwar ist die Untersagung geeignet, Infektions- und Seuchengefahr auszuschließen. Doch bestehen Zweifel an der Erforderlichkeit: Mildere Mittel sind Auflagen zur Vorlage eines sog. Leichenpasses, wie er in § 11 BestattungsgG zum Gesundheitsschutz vorgesehen ist, sowie Auflagen zur ordnungsgemäßen Bestattung nach Ende des Trauerzuges. Damit ließe sich das Ziel des Gesundheitsschutzes ebenso gut erreichen, wie sich auch bei zahlreichen anderen öffentlichen Trauerzügen, Staatsbegräbnissen u.ä. zeigt. Die völlige Untersagung des Mitführens der Leichen ist daher unverhältnismäßig und rechtswidrig.

d) Zwischenergebnis

Im Hinblick auf Ziff. 1 des Bescheides, die das Mitführen von Toten untersagt, ist der Tatbestand des § 15 I VersG erfüllt, doch ist die Untersagung unverhältnismäßig und daher rechtswidrig.

Im Hinblick auf Ziff. 2 des Bescheides zum Bagger ist der Tatbestand des § 15 I VersG nicht erfüllt und die Untersagung schon deswegen rechtswidrig.

4. Ergebnis zum überwiegenden Interesse:

Da der zugrundeliegende Verwaltungsakt rechtswidrig ist und der Hauptsacherechtsbehelf erfolgreich sein wird, überwiegt das Wiederherstellungsinteresse der Antragsteller.

IV. Gesamtergebnis: Der Antrag ist begründet und wird Erfolg haben.

²¹ Wie hier Roggon, Juwis 2015.

Lösungshinweise zu Teil II:

Die Untersagung ist nur unter den Voraussetzungen des § 15 I VersG rechtmäßig, wenn die Videoschaltung Teil der geschützten Versammlung iSv. Art. 8 I GG, § 1 I VersG ist.

In den persönlichen Schutzbereich des Art. 8 I GG fallen auch in Deutschland eingetragene Vereine wie der T e.V. als juristische Person des Privatrechts, in deren Rahmen die Vereinsmitglieder kollektiv von ihrem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit Gebrauch machen, Art. 19 III GG.

Der sachliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit umfasst grundsätzlich auch die Auswahl der Redner.²² Zweifelhaft ist aber, ob es von der Versammlungsfreiheit der Veranstalter umfasst ist, dass ausländische Staatsoberhäupter per Videoschaltung Reden halten.

Dafür spricht, dass die Versammlung auf den Zweck gemeinsamer öffentlicher, insbesondere politischer Willensbildung gerichtet ist und diese Zwecksetzung gerade auch dadurch erreicht wird, dass die Veranstalter Politiker zu Wort kommen lassen, deren Ansichten sie teilen und die sie unterstützen, auch wenn diese nicht vor Ort sind. Dabei geht es gerade um die Versammlungsfreiheit der Teilnehmer vor Ort, nicht um die des zugeschalteten Amtsträgers. Mit dieser Begründung ließe sich die Eröffnung des Schutzbereiches bejahen.

Dagegen spricht aber zunächst, dass der Versammlungsbegriff eine physische Anwesenheit der Teilnehmer voraussetzt und die Zuschaltung Abwesender daher nicht Teil der Versammlung vor Ort ist. Das Versammlungsrecht beruht nach Systematik und Zweck gerade auf der örtlichen Zusammenkunft der Teilnehmer. Zweitens sind ausländische Staatsoberhäupter und Amtsträger im Allgemeinen nicht Träger der Grundrechte des deutschen Grundgesetzes. Die Möglichkeit ausländischer Amtsträger zur Abgabe politischer Stellungnahmen im Bundesgebiet richtet sich nicht nach der Versammlungsfreiheit, sondern nach dem Völkerrecht. Nach Maßgabe des völkerrechtlichen Souveränitätsprinzips ist es Sache der zuständigen Bundesorgane zu entscheiden, ob und unter welchen Rahmenbedingungen sich ausländische Staatsoberhäupter oder Regierungsmitglieder auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland im öffentlichen Raum durch amtliche Äußerungen politisch betätigen dürfen. Die Entscheidung darüber liegt nicht beim privaten Anmelder einer Demonstration, auch wenn dieser sich ansonsten auf das Grundrecht der Versammlungsfreiheit berufen kann. Daher ist die Zuschaltung des ausländischen Staatsoberhauptes nicht von Art. 8 I GG, § 1 VersG gedeckt. Die engen Voraussetzungen des § 15 VersG gelten daher nicht. *A.A. vertretbar.*

Möglicherweise ist die Videoschaltung von der allgemeinen Handlungsfreiheit der Veranstalter in Art. 2 I GG geschützt, soweit diese als Auffanggrundrecht fungiert.²³ Auch in diesem Fall ist aber konsequenterweise davon auszugehen, dass die Möglichkeit ausländischer Amtsträger, in Deutschland politische Reden zu halten, nicht grundrechtlich, sondern völkerrechtlich geregelt ist; es gelten daher obige Erwägungen entsprechend. *Wer anderer Auffassung ist und die allgemeine Handlungsfreiheit für anwendbar hält, muss die erforderliche Rechtsgrundlage und die Sperrwirkung des VersG für allgemeine polizeirechtliche Rechtsgrundlagen diskutieren.*²⁴ *Gut vertretbar ist, die Untersagung eines nicht von Art. 8 I GG, aber von 2 I GG geschützten Teilaspekts der Versammlung auf die allgemeine polizeirechtliche Generalklausel in § 17 I ASOG zu stützen. Dies gilt auch für diejenigen, die jenseits grundrechtlicher Handlungsfreiheiten einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt aus Art. 20 III GG ableiten (Wesentlichkeitslehre).*²⁵ Im Ergebnis bedarf es daher entweder keiner Rechtsgrundlage, oder diese ist mit § 17 I ASOG gegeben und angesichts der zu erwartenden tätlichen Auseinandersetzungen auch tatbestandlich erfüllt. Die Untersagung war daher rechtmäßig.²⁶ *A.A. vertretbar.*

²² Vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 8, Rn. 34.

²³ Teilweise wird eine Sperrwirkung des Art. 8 I GG angenommen, was mit entspr. Begründung vertretbar ist.

²⁴ Zur sog. Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts Dürig-Friedl/Enders/Dürig-Friedl, VersammlG § 15, Rn. 6ff.

²⁵ BVerfGE 49, 89 (Kalkar I). Für die vorliegende Konstellation nimmt dies an Schalks, <http://verfassungsblog.de/erdogan-in-koeln-zumutungen-des-versammlungsrechts/>.

²⁶ Wie hier: Beschlüsse des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen (Aktenzeichen 15 B 876/16) und des Verwaltungsgerichts Köln (Aktenzeichen 20 L 1790/16) vom 29. Juli 2016; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. Juli 2016 - 1 BvQ 29/16, http://www.bverfg.de/e/qk20160730_1bvq002916.html.