

## Fall 8: Der „Anachronistische Zug“

Zur Bundestagswahl im Jahre 1980 trat Franz Josef Strauß als Kanzlerkandidat der CDU/CSU an. Seine Gegner benutzten im Wahlkampf das Mittel eines durch das Land ziehenden, politischen Straßentheaters. Aufgeführt wurde das in ein Theaterstück umgesetzte Gedicht „Der Anachronistische Zug oder Freiheit und Democracy“ von Bertolt Brecht aus dem Jahre 1947.

Inhalt des zugrunde liegenden, gesellschaftskritischen Gedichts ist die Fortexistenz von Elementen der nationalsozialistischen Gesellschaft nach dem Krieg. Es beinhaltet insbesondere den Aufzug von in Menschengestalt verkörperten Merkmalen und Tatsachen des nationalsozialistischen Staates. In einem so genannten „Plagenwagen“ fahren in Menschengestalt dabei Verkörperungen von Unterdrückung, Aussatz, Betrug, Dummheit, Mord und Raub mit auf. Diese Gestalten schreiben sich nunmehr, nach dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus, plötzlich die Forderung nach Freiheit und Demokratie auf die Fahnen und fassen – was Brecht mit dem Gedicht verdeutlichen will und anprangert – auch in der Nachkriegsgesellschaft erfolgreich Fuß.

Die Kernaussage in dem an das Gedicht anknüpfenden Straßentheater des Jahres 1980 ist, dass auch Franz Josef Strauß, der hier in verschiedenen Städten, die der Straßentheaterzug passiert, inmitten dieser genannten „Plagen“ auftritt, den Plagen letztendlich nicht gewachsen sei.

B war Laienschauspieler. Er wurde engagiert, um im „Anachronistischen Zug“ den Franz Josef Strauß darzustellen, dies mit einer Maske über dem Gesicht, die deutlich dessen Gesichtszüge erkennen ließ. Die Plagen wurden durch Puppen dargestellt, jeweils mit einer Maske einer der allgemein bekannten NSDAP-Parteifunktionäre (Hitler, Goebbels, Göring, Himmler usw.). B sollte sich laut Regiebuch zunächst anstrengen, sich gegenüber den Puppen als „der Bessere“ zu beweisen und die Plagen zurückzudrücken, die Plagen sollten aber immer wieder aufstehen und den B letztlich ganz verdecken.

Vor der Aufführung in Kassel kam es zu der Szene, dass B nach der Anfahrt in einem Wagen mit geöffnetem Verdeck mit Strauß-Maske vor dem Gesicht für mehrere Minuten zusammen mit den Puppen für eine Menschenmenge sichtbar war. Franz Josef Strauß stellte Strafantrag.

**1. Machte der B sich mit diesem Sachverhalt wegen einer Beleidigung von Franz Josef Strauß im Sinne der §§ 185 ff. StGB strafbar?**

**2. Gab es eine verwaltungsrechtliche Rechtsschutzmöglichkeit des Letzteren im laufenden Wahlkampf?**

---

### Auszug aus dem Strafgesetzbuch:

**§ 185 Beleidigung.** Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

...

**§ 193 Wahrnehmung berechtigter Interessen.** Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

## Lösungshinweise (Fall 8: Der „Anachronistische Zug“):

### Zu 1.: Strafbarkeit des B?

Vgl. BVerfGE 67, 213, und die Urteilsanmerkungen von Sonnen, JA 1985, 488 (dort sind auch die Verse Brechts abgedruckt) und von Mutius, JK 85 GG Art. 5 III/3.

Der B ist wegen Beleidigung gemäß § 185 StGB zu bestrafen, wenn er den Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat.

Das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Beleidigung setzt die Kundgabe eigener, vom Opfer unverdienter Miss-/Nichtachtung der Ehre eines Menschen voraus. Das ist der Fall, wenn jemandem der sittl., personale und gesellschaftl. Geltungswert durch das Zuschreiben negativer Qualitäten abgesprochen wird. Diese muss nicht dem Beleidigten ggü., sondern kann auch Dritten ggü. geschehen, sie muss nicht durch Worte, sondern kann auch durch Handlungen/Umstände erfolgen (i. Einz. Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 27. Aufl. 2006, Rn. 1, 2 zu § 185). Dieses könnte man vorliegend annehmen, da Franz Josef Strauß (S) beim Straßentheater durch den Darsteller B in jener Situation im Wagen ohne Verdeck für eine Menschenmenge erkennbar gemacht wurde und dort zusammen mit den Puppen der NS-Parteifunktionäre zu sehen war und quasi in engen Zusammenhang mit diesen gerückt, oder gar auf eine Stufe mit ihnen gestellt wurde. Fraglich ist aber, ob die Annahme einer Beleidigung des S durch den B bei der strafrichterlichen Subsumtion einer grundrechtskonformen Auslegung des Tatbestands entspricht,<sup>1</sup> welche wegen des Vorrangs der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht stets geboten ist.

A. Bei einer solchen Annahme kommt zuvorderst eine **Verletzung des Art. 5 Abs. 3 GG** durch das Strafgericht in Betracht.

### I. Anwendbarkeit / Grundrechtskonkurrenz / Problem der Schrankendivergenz

Das Ins-Verhältnis-Setzen der für eine Person in einem Sachverhalt in Betracht kommenden Grundrechte, also die Frage danach, ob ein Grundrecht, wenn thematisch einschlägig, ein anderes einschlägiges verdrängt, bezeichnet man als Grundrechts*konkurrenz*. Diese ist zu unterscheiden von der Grundrechts*kollision*, bei der es um aufeinander treffende Rechte zweier Personen geht. Die Konkurrenzfrage kann auch als letzter Punkt der Grundrechtsprüfung untersucht werden.

Die Vorführung des Straßentheaters kann möglicherweise ebenfalls als Meinungsäußerung iSd Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. GG und als Versammlung iSd Art. 8 GG gewertet werden. Diese Grundrechte können nach ihrer Schrankensystematik (jeweils in Abs. 2) leichter eingeschränkt werden als die vorbehaltlos gewährleistete Kunstfreiheit, letzte ist also die weitergehende Gewährleistung. Schließt dieser Befund, etwa wegen einer Sperrwirkung / wegen eines Spezialitätsverhältnisses, den Schutz durch Art. 5 Abs. 3 GG aus? Nein, grds. stehen die Grundrechte ohne Vorrangverhältnis gleichsam idealkonkurrierend nebeneinander (aA BayVGH NJW 1981, 2428: „Schwerpunkttheorie“). Innerhalb des Art. 5 soll Abs. 3 sogar dem Abs. 1 vorgehen, wenn die Merkmale „Kunst“ oder „Wissenschaft“ erkannt werden.

S. zum Verhältnis der Kommunikationsgrundrechte untereinander Umbach/Clemens, GG-Mitarbeiterkommentar I, 2002, Rn. 35-37 zu Art. 5, und insb. zum Verhältnis Kunst-/Versammlungsfreiheit BayVGH NJW 1981, 2428 (von Mutius JK 82, GG Art. 5 III/1) und VG Köln NJW 1983, 1212 (von Mutius, JK 83, GG Art. 5 III/2). Allg. zur GR-Konkurrenz Pieroth/Schlink, Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rn. 337 ff.

### II. Schutzbereich

<sup>1</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit des § 185 StGB selbst s. BVerfGE 93, 291.

Problematik: Unmöglichkeit der Definition wegen grds. Eigengesetzlichkeit der Kunst. "Die Bestimmung des Kunstbegriffs leidet darunter, dass eine Definition der Kunst ihrem eigentlichen Wesen widerspricht, eine Abgrenzung in der Rechtsanwendung aber unausweichlich ist (Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Rn. 106 zu Art. 5).

### **Kunstbegriffe:**

Subjektiver K.: Abstellen auf die Einstellung des Schaffenden selbst (+)

Materialer K.: freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden (BVerfGE 30, 173, 188 f. – „Mephisto“) (+, Veranstaltung des im Gedicht nur beschriebenen Zuges in der Realität, Verknüpfung mit Puppen von NS-Funktionsträgern, Verknüpfung mit dem Verhalten von S)

Formaler K.: Zuordnung zu einen bestimmten Werktypus (+, Umsetzung von der Gedichtform in einen anderen Werktypus, das seit langem praktizierte Straßentheater)

Offener K.: Mannigfaltigkeit der denkbaren Aussagegehalte, Vielfältigkeit von Interpretationsmöglichkeiten (+, Aufführung ohne erklärende Worte, durch Gesten, dem Zuschauer wird Raum für eigene Gedanken gelassen)

Drittanerkenntnislehre: Abstellen auf die Ansicht eines sich auskennenden (obj.) Dritten (+, ergibt sich wohl meist schon als Konsequenz der Bejahung der oberen Definition)

In der Klausur ist es empfehlenswert, die verschiedenen in der Diskussion stehenden Kunstbegriffe kumulativ als Indizien und Argumente iRd Schutzbereichseröffnung heranzuziehen, eine strenge Abgrenzung gegeneinander, eine Streitentscheidung wird nicht nötig sein. Ausführl. zu den einzelnen Indizien und deren jeweiligen Schwachstellen Maunz/Dürig/Scholz, GG, Rn. 22 ff. zu Art. 5 III; vMünch/Kunig, GGK I, Rn. 89 ff. zu Art. 5.

Das Straßentheater im Allgemeinen – und damit auch die Rolle des B darin – ist nach allem als schutzwürdige Kunst anzusehen.

Der **Wirkbereich** (d.h. die Zugänglichmachung zum Konsum) und auch der grundsätzlich sensiblere (vgl. BVerfGE 77, 240, 253 ff.) **Werkbereich** (d.i. der Prozess der Herstellung von Kunst) sind vom Schutzbereich umfasst; sie fallen vorliegend auf eine Handlung – die Aufführung des Straßentheaters – zusammen. Das BVerfG stellte heraus: Es kann eine praktische Notwendigkeit bestehen, für die Präsentation von Kunst auch schon bestimmte Vorbereitungen zu treffen; diese müssen dann vom GR mitgeschützt sein. Es ist also unerheblich, dass die streitgegenständliche Szene mit B zeitlich schon vor dem Beginn des eigentlichen Straßentheaters stattfand.

Kein Schutz für Kunst bei **Beeinträchtigung von Rechten anderer**? Dafür der Gedanke der Rechtsverwirkung (dagegen allerdings bereits der Umkehrschluss aus der nicht greifenden Regelung des Art. 18 GG). Gegen eine Ausklammerung bereits aus dem Schutzbereich spricht, dass der Verfassungsgeber anders als bei Art. 8 GG keine Schutzbereichseinschränkung für „unfriedliche“ Kunst eingeführt hat. Vorzuziehen ist daher eine Lösung iRd Abwägung im nachfolgenden Prüfungspunkt. Parallelfall Graffiti an Hauswand (hierbei Konflikt der Kunstfreiheit mit dem Eigentum anderer).

**III.** Ein **Eingriff** in die Kunstfreiheit des B würde mit dem Strafurteil wegen § 185 StGB, das unmittelbar an GR-Ausübung angeknüpft wird, vorliegen.

**IV.** Art. 5 Abs. 3 GG unterliegt keiner beim Grundrecht selbst ausdrücklich erwähnten **Schrankensystematik**, es gelten für den Grundrechtsverpflichteten aber die der Verfassung im Übrigen immanenten Schranken, über welche Eingriffe in die Kunstfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt

werden können.<sup>2</sup> Hier kommt das durch § 185 StGB geschützte Grundrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des S aus Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht. Zwischen beiden Verfassungswerten ist vom Strafgericht iRd Auslegung des § 185 StGB die Herstellung **praktischer Konkordanz** zu verlangen. Die Verfassungsgüter werden dazu gegeneinander **abgewogen**. Eingriffe in die Kunstfreiheit dürfen mithin nur so weit erfolgen, als es zum Schutz des Persönlichkeitsrechts (hier der persönlichen Ehre des S) geboten ist.

Zwar wurde der S in seiner Ehre unstreitig berührt, die Strafbewehrung ist zum Ehrenschatz auch geeignet und erforderlich. Eine Verurteilung des B steht jedoch nach dem BVerfG außer Verhältnis zum Schutzzweck.

Das BVerfG hielt iSd großen Bedeutung der Kunstfreiheit folgende Punkte iRd Verhältnismäßigkeitsabwägung fest:

- Statt einzelne Teile eines Kunstwerkes zum Gegenstand der Abwägung mit kollidierenden Gütern zu machen, ist stets eine Gesamtschau des Werkes geboten. D.h. der „Anachronistische Zug“ ist in seiner Gesamtaussage zu verstehen.

- Kunst bietet in der Regel mehrere Interpretationsmöglichkeiten (s. schon oben zum offenen Kunstbegriff); iRd Abwägung darf der Rechtsanwender nicht lediglich eine, dem Künstler ungünstige Möglichkeit zugrunde legen. D.h. S soll nicht zwingend als mit den Nazis Gleichzusetzender aufzufassen sein, vielmehr kann die Darstellung auch als erfolgloses Bemühen des S um Veränderung aufgefasst werden.

Weiteres Argument für die Angemessenheitsprüfung: Da S auch eine ohnehin in der Öffentlichkeit stehende Person der Zeitgeschichte ist, an der wegen der BT-Wahl ein besonderes berechtigtes Interesse besteht, und es ihm zudem wegen seiner öffentlichen Position leichter fällt als anderen, auf den eigenen Ehranspruch Einfluss zu nehmen, ist das APR des S auch weniger in seinem Kernbereich betroffen als die Kunstfreiheit des B.

Eine Auslegung durch das Strafgericht iSd Annahme einer Beleidigung verletzt die Kunstfreiheit.

**B. Verletzung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG (-) nicht anwendbar neben Abs. 3 (Spezialität)**

**C. Verletzung von Art. 8 Abs. 1 GG (+/-)**

Wenn man die VersFreiheit für anwendbar hält, liegt ein Eingriff in deren Schutzbereich vor, da eine friedliche Versammlung (gemeinsamer Zweck ist die Meinungskundgabe) gegeben ist. Bei der Rechtfertigung kommt auf eine Abwägung zwischen den Eingriffszweck Ehrenschatz und der Bedeutung des Rechts auf kollektive Meinungsäußerung an. Auch dabei dürfen nach BVerfG verschiedene Interpretationsmöglichkeiten der kollektiv geäußerten Meinung nicht zu Lasten des GR-Trägers gehen.

**Ergebnis:** B hat daher bereits den Tatbestand des § 185 StGB nicht verwirklicht.

So auch das BVerfG, a.a.O. Auf eine Rechtfertigung durch § 193 StGB (evtl. durch eine Subsumtion unter den Oberbegriff der einzelnen, aufgezählten Rechtf.Tatbestände, namentlich die Wendung „zur Wahrnehmung berechtigter Interessen“) kommt es daher nicht mehr an. Es wurde die verfassungskonforme Auslegung bei der ersten möglichen Stelle in der Prüfung, nicht erst auf Rechtfertigungsebene unternommen.

## **Zu 2.: Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz?**

S hätte sich mit einem Antrag auf Einschreiten zum Schutz seiner Rechte an die nach Landesrecht für allgemeine Gefahrenabwehr zuständige **Ordnungsbehörde bzw. Polizei** wenden und insoweit um verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz gegen die Aufführung des Theaters (die die Gefahr von Verletzungen seiner Ehre birgt) nachsuchen können. Schreitet diese nicht mit einem Verbot gegenüber den Verantwortlichen beim Straßentheater ein (was sie nach den Wertungen des BVerfG materiell auch

---

<sup>2</sup> Eine sog. „Schrankenübertragung“ aus Art. 2 Abs. 1 oder 5 Abs. 2 GG würde sich über Wortlaut und Systematik des GG hinwegsetzen.

nicht müsste, s. obige materiell-rechtliche Prüfung), so verbleibt ein entsprechender Antrag vor dem örtlichen **Verwaltungsgericht** (der in Konsequenz zu oben *im Ergebnis* ebenfalls keinen Erfolg kann). Im Gutachten wären dabei folgende Gesichtspunkte zu erwähnen:

Der Antrag vor dem VG hätte Erfolg gehabt, wenn er zulässig und begründet gewesen ist.

## A. Zulässigkeit

**I. Verwaltungsrechtsweg**, § 40 Abs. 1 VwGO: (+), Ermächtigungsgrundlage für ein Einschreiten (§ 17 Abs. 1 ASOG) wäre nach der mod. Subjektstheorie Sonderrecht für Hoheitsträger; außerdem: der präsumtive Verbots-VA ist eine typische Handlungsform eines Subordinationsverhältnisses.

**II. Zuständigkeit des Gerichts**, §§ 123 Abs. 2, 45, 52 VwGO: Verwaltungsgericht der Hauptsache.

**III. Statthafte Antragsart**: dem Begehren des S nach einstweilige (Regelungs-)Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 S. 2, da keine Suspendierung von VA in Rede steht (§ 123 Abs. 5 VwGO), Klage zu langwierig.

**IV. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzung der Antragsbefugnis** analog § 42 Abs. 2 VwGO, Möglichkeit eines AO-Grundes und eines AO-Anspruches: (+), die obige grundrechtliche Abwägung kann hier nicht vorgenommen werden, auch die Zuständigkeit der Behörde ist nicht von vornherein und offensichtlich nach jeder Auffassung ausgeschlossen.

**V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**: Vorherige Klageerhebung nicht erforderlich, aber der ASt. muss sein Begehren **im Vorfeld bei Behörde** geltend machen.

**VI. RSB** für einstw. Rechtsschutz entfällt insbesondere grds., wenn Antragsziel bereits eine **Vorwegnahme der Hauptsache** bedeutet (auch vertretbar, dies als dritten Punkt „Anspruchsinhalt“ in der Begründetheit zu prüfen). Vorliegend würde ein Beschluss, der zum Erreichen des Anspruchsziels führt (Untersagung des Theaters) die Hauptsache zwar vorwegnehmen, da aber bei Unzulässigkeit des Antrags des S wegen der Kürze der Zeit sonst überhaupt keine Rechtsschutzmöglichkeit gegeben wäre, zwingt Art. 19 Abs. 4 GG zur ausnahmsweisen Zulässigkeit.

## B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, soweit der S einen Anordnungsgrund und –anspruch geltend machen kann.

**I. Anordnungsgrund** (Eilbedürftigkeit): (+) wegen der laufenden Vorführung im Wahlkampf

**II. Anordnungsanspruch**, wenn materiell-rechtlich ein Anspruch Einschreiten gegenüber der Ordnungsbehörde gegeben ist. Dieser Anspruch könnte sich aus der ordnungsbehördlichen Generalklausel ergeben (nach dem jeweiligen Landes-Polizei- und Ordnungsrecht), in Berlin also aus § 17 Abs. 1 ASOG ergeben,<sup>3</sup> allerdings nur bei einer Ermessenreduzierung auf Null zugunsten eines Einschreitens gegen den Störer. Diese eigentliche Eingriffsermächtigungsgrundlage kann als Anspruchsgrundlage (subj. Recht) für den S dienen, wenn ein subj. Recht des ASt. iRd Schutzgüter gefährdet ist.

Fraglich ist aber zunächst, ob ein Anspruch auf **behördliches** Einschreiten bestehen. Zuständigkeitsproblem aus § 1 Abs. 4 ASOG („Privatrechtsklausel“), einer Norm, die der Absicherung der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG) dient und das Handlungsspektrum der Behörden einschränkt (zum Verhältnis der Abhilfe durch Behörde bzw. Gerichte s. etwa Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2002, § 5, Rn. 42 ff.), denn immerhin ist auch eine einstweilige Verfügung nach ZPO durch ein Zivilgericht möglich.

hM: Behördliche Zuständigkeit zum Einschreiten, da die öffentliche Sicherheit (und nicht nur private Rechte allein) in Rede stehen: § 185 StGB ist Teil des Schutzguts der geschriebenen Rechtsordnung ist und die persönliche Ehre ist als Individualrecht ebenfalls Schutzgegenstand derselben. Die Polizei muss strafbare Handlungen jederzeit unterbinden können. § 1 Abs. 4 ASOG behalte seinen Anwendungsbereich für Forderungen, deren Gefährdung nicht strafbewehrt ist.

---

<sup>3</sup> In der Examensklausur ist im Zweifel immer das eigene Landesrecht anzuwenden.

MM: Keine Umgehung der Gewaltenteilung, da die Ehre des S zumindest auch privates Recht ist. Gerade soweit eine Strafnorm nur pönalisiertes Zivilunrecht darstelle, keine Zuständigkeit der Verwaltung, sondern nur der Zivilgerichte, die in justizförmigem Verfahren den Unterlassensanspruch untersuchen können.

**Dennoch jedenfalls (-)** Die angesprochene Frage kann hier dahingestellt bleiben, da auch nach der hM keine **Gefahr** für das Schutzgut angenommen werden darf, da auch hier mittelbar der Art. 5 Abs. 3 GG eingreift (verfassungskonforme Auslegung: keine Verletzung des § 185 StGB, ein Einschreiten zugunsten des Individualrecht „Ehre“ darf wegen derselben wie oben nicht angenommen werden).

Ein Antrag wäre im Ergebnis zulässig, aber nicht begründet gewesen.

### **Weitergehende Hinweise zu Art. 5 Abs. 3 GG:**

Zur Kunstfreiheit:

Zum Konflikt von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht: BVerfGE 30, 173 („Mephisto“, dazu Hager Jura 2000, 186 ff.); BVerfG NJW 1987, 2661 („Karikatur-Beschluss“, dazu Würkner NJW 1988, 317).

Zum Konflikt von Kunstfreiheit und Bauplanung BVerwG NJW 1995, 2648 – „Monumentalstatuen“.

Zur Wissenschaftsfreiheit:

Aktuell Nettesheim, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, DVBl. 2005, 1072.

Zum Konflikt von Wissenschaft und Tierschutz BVerfG NVwZ 1994, 894 - „Tierversuche“.  
Aktuelle Entscheidung NdsOVG NVwZ-RR 2006, 188 – „Forschungssemester“.