Die Polizei in der Versammlung

Von Wiss. Mit. Daniel Riedel, LL.M., Düsseldorf*

Abgrenzung von präventivem und repressivem Handeln – Informationseingriffe – verfassungsrechtlicher Wohnungsbegriff – versammlungsrechtliche Minusmaßnahmen – Ansehensgefahr – Polizeifestigkeit von Versammlungen

SACHVERHALT

Am Abend des 21. 11. 2009 fand in einem eigens dafür angemieteten Bürgersaal im Bundesland L eine Informationsveranstaltung statt, die von K geleitet und moderiert wurde. Das Thema lautete: »Was tun gegen Rechts? Opfer stärken – Tätern Grenzen setzen!« In den Wochen zuvor hatte K, der regelmäßig ähnliche Veranstaltungen organisiert, durch die Medien und mit Flugblättern versucht, möglichst viele Bürger als Teilnehmer zu gewinnen. In dieser Zeit erhielten die Behörden mehrere ernst zu nehmende Hinweise, dass es bei der Veranstaltung des K zu gravierenden Beleidigungen und schweren Volksverhetzungen kommen würde. Um einen derartigen Verlauf ggf. verhindern zu können, wurden die Polizisten P und R von der zuständigen Landespolizei(vollzugs)behörde¹ in die Veranstaltung entsandt.

Kurz vor deren Beginn betraten P und R den Bürgersaal in Zivil, ohne sich dem anwesenden K als Polizisten zu erkennen zu geben, und setzten sich in die hintere Stuhlreihe. Dort machten sie mittels eines kleinen Tonbandgerätes eine Aufnahme von den Vorträgen und Redebeiträgen des K und der übrigen Teilnehmer. Schon bald erwies sich die Veranstaltung jedoch als völlig harmlos und die Polizisten erkannten, dass die Hinweise im Vorfeld falsch waren. Dennoch blieben sie in der Veranstaltung und ließen auch ihr Tonbandgerät eingeschaltet.

Als K das Aufnahmegerät bemerkte, unterbrach er die Versammlung für eine kurze Pause und bat P und R in einen Vorraum. Auf die Frage, wieso sie eine Tonaufnahme machen würden, gaben sich P und R als Polizisten zu erkennen. Wütend über deren heimliche Anwesenheit und die Tonaufnahme forderte K die Polizisten auf, den Veranstaltungsort zu verlassen. Daraufhin belehrten sie ihn, dass sie nach § 12 VersammlG² ein Anwesenheitsrecht hätten. Als K sich uneinsichtig zeigte, schalteten P und R erneut ihr Tonbandgerät ein, um die Auseinandersetzung mit Blick auf möglicherweise erforderliche Durchsetzungsmaßnahmen zu dokumentieren. Schließlich gab K auf und beendete die Veranstaltung, weil er eine freie Meinungsäußerung unter diesen Umständen nicht für möglich hielt.

Ein paar Tage später erhebt K Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht, weil er die Schmach des Verhaltens von P und R nicht auf sich sitzen lassen möchte. Nach einem Blick in § 12 VersammlG meint er, dass diese Norm schon dem Wortlaut nach gar kein Anwesenheitsrecht der Polizei begründe. Jedenfalls hätten die Polizisten seine Veranstaltung nicht heimlich unterwandern dürfen. Vor Gericht trägt der Vertreter der Polizei vor, dass für die Entsendung der Polizisten keine gesetzliche Grundlage erforderlich gewesen sei, da die bloße Anwesenheit der Polizei generell keinen Grundrechtseingriff darstelle, sondern vielmehr dem Schutz der Veranstaltung diene. Im Übrigen habe die Polizei traditionell – wie jeder andere Bürger auch – Zutritt zu öffentlichen Veranstaltungen. Jedenfalls seien P und R nach den §§ 12, 12 a oder 13 VersammlG zur Anwesenheit befugt gewesen. Die Verwendung des Tonbandgeräts während des Streitgesprächs mit K könne auf das einschlägige Landespolizeigesetz (LPolG) gestützt werden, da die Auseinandersetzung im Vorraum stattgefunden habe und die Veranstaltung zu dem Zeitpunkt unter-

brochen gewesen sei. Nachdem K den Polizisten die weitere Teilnahme an der Veranstaltung verweigert habe, sei die erneute Tonaufnahme hilfsweise zur Beweissicherung dieser Ordnungswidrigkeit erlaubt gewesen. In Zukunft werde man bei ähnlichen Veranstaltungen des K wieder so verfahren.

Bearbeitungshinweise: Begutachten Sie unter Berücksichtigung aller aufgeworfenen Rechtsfragen, ob die Klage des K Erfolg haben wird. Die Tonaufnahmen wurden mittlerweile gelöscht. Ein Verfahren nach dem OWiG wurde bis heute nicht eingeleitet. Die Verfassungsmäßigkeit des VersammlG ist nicht zu prüfen.

LÖSUNGSVORSCHLAG

Die Klage des K wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Eine aufdrängende Sonderzuweisung zu den Verwaltungsgerichten ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg könnte nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Dann müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen.

a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlicher Art, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind, also auf der einen Seite notwendig einen staatlichen Hoheitsträger in dieser Funktion berechtigen oder verpflichten (modifizierte Subjektstheorie oder Sonderrechtslehre). Die Anwesenheit der Polizisten und die Tonaufnahme während der Veranstaltung richten sich nach dem VersammlG oder dem einschlägigen LPolG. Die Tonaufnahme während des Streitgesprächs könnte ihre Rechtsgrundlage zusätzlich im OWiG finden. Alle drei Gesetze berechtigen speziell die Polizei(vollzugs)behörden als Träger hoheitlicher Gewalt und sind damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Mithin liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da keine Verfas-

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sein Dank gilt dem Lehrstuhlinhaber Herrn Prof. Dr. JOHANNES DIETLEIN für die wertvolle Unterstützung. Der Fall basiert auf dem Urt. des BayVG v. 15. 7. 2008 – 10 BV 07.2143 = DÖV 2008, 1006 = BayVBl 2009, 16 = SCHOCH JK 5/09, GG Art. 8 I/26; s. dazu die Entscheidungsbesprechung bei RIEDEL BayVBl 2009, 391.

1 Zur unterschiedlichen Polizeiorganisation in den Ländern Schmidt-Aßmann/SCHOCH Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 2 Rdn. 48–51.

2 Das VersammlG fällt seit der Föderalismusreform nicht mehr unter die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 I Nr. 3 GG, gilt aber gem. Art. 125 a I 1 GG fort, solange es nicht gem. Art. 125 a I 2 GG durch Landesrecht ersetzt wird. Eine vollständige Neuregelung ist bisher nur durch das Bayerische Versammlungsgesetz v. 22. 7. 2008 BayGVBl 421 erfolgt; dazu BVerfG NVwZ 2009, 441 m. Anm. SCHEIDLER NVwZ 2009, 429 und HONG NJW 2009, 1458; zum BayVersG weiterhin KUTSCHA NVwZ 2008, 1210; SCHEIDLER BayVBl 2009, 33. Die entsprechenden Vorschriften sind: § 12 VersammlG = Art. 4 V BayVersG, § 12 a VersammlG = Art. 9 BayVersG, § 13 VersammlG = Art. 12 BayVersG, § 29 VersammlG = Art. 21 BayVersG.

sungsorgane über materielles Verfassungsrecht streiten (keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).

b) Abdrängende Sonderzuweisung

Hinsichtlich der Tonaufnahmen während der Veranstaltung und während des Streitgesprächs wäre allerdings nach der abdrängenden Sonderzuweisung des § 23 I 1 EGGVG der ordentliche Rechtsweg gegeben, wenn es sich dabei um Maßnahmen einer Justizbehörde auf dem Gebiet der Strafrechtspflege handeln würde. Davon umfasst ist auch die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten. Jedenfalls wenn die Polizei in diesem Sinne repressiv handelt, gilt sie als Justizbehörde³. In Bezug auf § 12 a VersammlG ist streitig, ob derartige Bild- und Tonaufnahmen dem präventiven Handeln zugeordnet werden können⁴. Die Abgrenzung der präventiven Gefahrenabwehr und der repressiven Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten wird überwiegend nach dem Schwerpunkt der Maßnahme vorgenommen⁵. Überzeugender erscheint es hingegen, auf den mit der einzelnen Maßnahme verfolgten Zweck abzustellen⁶. Gegen eine Zuordnung zur Gefahrenabwehr spricht hier, dass jedenfalls mit verdeckten Tonaufnahmen grundsätzlich keine Straftaten verhindert werden können. So konnte die Polizei auch im vorliegenden Fall nicht davon ausgehen, dass die befürchteten Beleidigungen und Volksverhetzungen aufgrund der verdeckten Tonaufnahme während der Veranstaltung unterbleiben würden. Gem. § 12 a II 1 Nr. 1 VersammlG können solche Tonaufnahmen aber für die Strafverfolgung verwendet werden. Diente die Maßnahme somit der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten, so spricht gegen eine Zuordnung zur Gefahrenabwehr der funktionelle Zusammenhang mit der Beweisbeschaffung zur Verwendung in künftigen Strafverfahren⁷. Solange aber noch kein Anfangsverdacht einer begangenen Straftat besteht und ungewiss ist, ob die vorsorglich erhobenen Informationen überhaupt zur Strafverfolgung benötigt werden, steht der präventive Charakter der Maßnahmen im Vordergrund⁸. Diese Auffassung findet sich bestätigt in vielen landespolizeirechtlichen Aufgabennormen, nach denen die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten ausdrücklich im Rahmen der Gefahrenabwehr erfolgt⁹. Somit ist die Tonaufnahme während der Veranstaltung der Gefahrenabwehr zuzuordnen. Hingegen könnte es sich bei der Tonaufnahme während des Streitgesprächs mit K auch um eine Maßnahme nach § 53 I 1 OWiG zur Ahndung einer Ordnungswidrigkeit nach § 29 I Nr. 8 VersammlG handeln (vgl. § 12 a III VersammlG). Indes verfolgten P und R mit dieser Aufnahme den Zweck, eine etwa erforderliche Durchsetzung des behaupteten Anwesenheitsrechts vorzubereiten. Somit ist auch die zweite Tonaufnahme der Gefahrenabwehr zuzuordnen. Daran vermag der nachträgliche Hinweis vor Gericht auf die Beweissicherung einer Ordnungswidrigkeit nichts zu ändern. Da somit die abdrängende Sonderzuweisung des § 23 I 1 EGGVG nicht greift, ist insgesamt der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem jeweiligen Rechtsschutzziel bzw. dem klägerischen Begehren (vgl. § 88 VwGO). K wendet sich gegen die Anwesenheit von P und R, weiterhin gegen die Tonaufnahmen während der Veranstaltung und während des Streitgesprächs. Diese Maßnahmen sind mangels Regelungswirkung i. S. des § 35 S. 1 LVwVfG allesamt Realakte, sodass eine allgemeine Feststellungsklage in Betracht kommt¹⁰. Diese ist gem. § 43 I Alt. 1 VwGO statthaft zur Feststellung des Nichtbestehens von Rechtsverhältnissen, die hier zwischen dem Land L als Träger der (Vollzugs-)Polizei¹¹ und K in der Berechtigung zu den durchgeführten Maßnahmen liegen. Da das Realhandeln der Polizei abgeschlossen und spätestens seit Löschung der Tonaufnahmen auch erledigt ist, liegen zwar die streitigen Rechtsverhältnisse in der Vergangenheit. Aber auch vergangene Rechtsverhältnisse sind feststellungsfähig, sodass es einer analogen

Anwendung des § 113 I 4 VwGO nicht bedarf¹². Schließlich könnte die Statthafte Feststellungsklage gem. § 43 II 1 VwGO wegen Subsidiarität entfallen, wenn K seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann. Als Unterfall der Leistungsklage ist hier eine Unterlassungsklage gegen derartige polizeiliche Maßnahmen bei zukünftigen Veranstaltungen des K nicht völlig fernliegend. Die Statthafte Feststellungsklage einer Privatperson gegen den Staat würde aber nicht zur Unzulässigkeit der Feststellungsklage führen, weil die Vollstreckbarkeit von Leistungsurteilen wegen der zu erwartenden Rechtstreue des Staates verzichtbar ist¹³. Jedenfalls ist die Klage hier dadurch motiviert, dass K die »Schmach« des vergangenen Verhaltens von P und R nicht auf sich sitzen lassen möchte. Richtet sich das klägerische Begehren demnach nicht gegen zukünftige Maßnahmen der Polizei, so scheidet eine Unterlassungsklage ohnehin aus. Die Klage des K ist als Feststellungsklage statthaft.

3. Feststellungsinteresse

Die Feststellungsklage setzt gem. § 43 I a. E. VwGO als spezielles Rechtsschutzbedürfnis ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung voraus. In Betracht kommen schutzwürdige Interessen rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art. Da sich das Feststellungsbegehren des K hier auf vergangene Rechtsverhältnisse bezieht, muss ähnlich wie bei der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO ein besonderes Feststellungsinteresse vorliegen¹⁴. Zunächst könnte eine Wiederholungsgefahr bestehen. Voraussetzung dafür ist eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass gleichartige Rechtsverhältnisse unter ähnlichen tatsächlichen und rechtlichen Umständen erneut eintreten werden¹⁵. K organisiert regelmäßig ähnliche Informationsveranstaltungen und seitens der Polizei besteht die Absicht, in Zukunft wie bisher zu verfahren. Folglich ist damit zu rechnen, dass es erneut zu einer verdeckten Anwesenheit der Polizei sowie zu vergleichbaren Tonaufnahmen kommen wird. Wiederholungsgefahr liegt also vor. Darüber hinaus geht von dem Verhalten der Polizei auch eine diskriminierende Wirkung aus, sodass K ein Rehabilitationsinteresse geltend machen kann. Das besondere Feststellungsinteresse des K ist somit gegeben. Daher kann die umstrittene Frage, ob sich ein besonderes Feststellungsinteresse ausnahmsweise auch allein aus einer Grundrechtsbeeinträchtigung ergeben kann¹⁶, dahinstehen.

4. Klagebefugnis

Umstritten ist, ob bei der Feststellungsklage neben dem Feststellungsinteresse i. S. des § 43 I a. E. VwGO eine Klagebefugnis

3 Pfeiffer/SCHOREIT Karlsruher Komm zur StPO, 5. Aufl. 2003, § 23 EGGVG Rdn. 14–18, 39.

4 Ablehnend Ridder/Breitbach/HASE Versammlungsrecht, 1992, § 12 a Rdn. 6; dagegen DIETEL/GINTZEL/KNIESEL Versammlungsgesetz, 15. Aufl. 2008, § 12 a Rdn. 6; KRÜGER Versammlungsrecht, 1994, S. 97 f.

5 BVerwGE 47, 255 (265); PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007, § 2 Rdn. 15.

6 SCHOCH (o. Fn. 1), Kap. 2 Rdn. 11.

7 Vgl. BVerfGE 103, 21 (30 f.); 113, 348 (370 f.).

8 SCHOCH (o. Fn. 1), Kap. 2 Rdn. 15.

9 § 1 III ASOG Bln, § 1 IV HessSOG, § 7 I Nr. 4 SOG MV, § 1 I 2 PolG NRW, § 1 I 3 POG RP, § 2 I SOG LSA, § 2 I 2 ThürPAG.

10 Vgl. BayVGH BayVBl 2009, 16 (17–19).

11 GÖTZ Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, § 16 Rdn. 2; ausdrücklich geregelt in Art. 1 II BayPOG, § 1 POG NRW, § 1 I POG SH, § 1 II ThürPOG.

12 Schoch/Schmidt-Aßmann/PIETZCKER VwGO, Losebl (Stand: 10/2008), § 43 Rdn. 13.

13 Grundlegend BVerwGE 36, 179 (181 f.).

14 PIETZCKER (o. Fn. 12), § 43 Rdn. 35, 39.

15 Vgl. BVerwG NVwZ 1990, 360 (360); Eyermann/J. SCHMIDT VwGO, 12. Aufl. 2006, § 113 Rdn. 86 a.

16 Vgl. dazu BVerfGE 110, 77 (89); OVG NRW NVwZ 2004, 508 (508).

analog § 42 II VwGO erforderlich ist¹⁷. Jedenfalls ist die Klagebefugnis nur dann ausgeschlossen, wenn eine Verletzung eigener subjektiver Rechte des *K* offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise möglich ist. Hier kann *K* geltend machen, in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG, seiner Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 I GG, seiner Meinungsfreiheit gem. Art. 5 I 1 Alt. 1 GG und in seinem Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 I GG betroffen zu sein. Eine Verletzung dieser subjektiven Rechte erscheint nicht von vornherein nach jeder nur erdenklichen Betrachtungsweise ausgeschlossen, sodass *K* klagebefugt ist. Der Streit um die Erforderlichkeit der Klagebefugnis bei der allgemeinen Feststellungsklage kann dahinstehen.

5. Klagegegner

Mangels Anwendbarkeit des § 78 VwGO ergibt sich der richtige Klagegegner nach allgemeinen Grundsätzen aus dem Rechtsträgerprinzip. Die Klage war demnach gegen das Land *L* als Rechtsträger der (Vollzugs-)Polizei¹⁸ zu richten.

6. Beteiligtenfähigkeit

K als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO und das Land *L* als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO sind beteiligtenfähig.

7. Prozessfähigkeit

K ist gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land *L* handeln gem. § 62 III VwGO seine gesetzlichen Vertreter oder besonders Beauftragte.

8. Zwischenergebnis

Die Klage des *K* ist zulässig.

II. Objektive Klagehäufung

K wendet sich gegen mehrere Maßnahmen und begehrt folglich die Feststellung des Nichtbestehens mehrerer Rechtsverhältnisse, sodass auch mehrere Klagen erforderlich sein könnten. Da sich die Klagebegehren des *K* jedoch allesamt gegen denselben Beklagten richten, im Zusammenhang stehen und außerdem dasselbe Gericht zuständig ist, kann *K* seine Begehren gem. § 44 VwGO in einer Klage zusammen verfolgen.

III. Begründetheit

Die zulässige Feststellungsklage des *K* ist begründet, wenn die feststellungsfähigen Rechtsverhältnisse nicht bestanden haben, wenn also die Polizisten zu den durchgeführten Maßnahmen nicht berechtigt waren.

1. Anwesenheit der Polizei

Nach dem Vorbehalt des Gesetzes kommt es für die Berechtigung der Polizei zur Anwesenheit darauf an, ob insofern ein Grundrechtseingriff vorlag. Sollte kein Eingriff vorgelegen haben, ließe sich die Anwesenheit der Polizei möglicherweise bereits auf die Aufgabenorm des einschlägigen LPolG stützen. Im Falle eines Grundrechtseingriffs erforderte die Anwesenheit der Polizei eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage.

a) Grundrechtseingriff

aa) Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Zunächst könnte das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG betroffen sein. Davon umfasst ist der Schutz gegen die Erhebung personenbezogener Daten, wozu bereits die behördliche Registrierung der Teilnahme an

einer Versammlung zählt¹⁹. Mit der Anwesenheit der Polizisten bei der Veranstaltung ist zwangsläufig die optische sowie akustische Beobachtung der Teilnehmer und ihrer Äußerungen verbunden. Zwar hatte *K* seine Teilnahme an der Veranstaltung bereits durch die Medien von sich aus öffentlich bekannt gemacht, immerhin konnten die Polizisten aber seine Wortbeiträge als Information erfassen. Somit ist der Schutzbereich des Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG betroffen.

bb) Versammlungs- und Meinungsfreiheit

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 I GG setzt zunächst voraus, dass die Informationsveranstaltung des *K* eine Versammlung war. Deren Begriffsmerkmale sind im Einzelnen umstritten. Mindestvoraussetzung ist eine aus mehreren Personen bestehende Gruppe, die durch ihr Zusammentreffen einen gemeinsamen Zweck verfolgt, der sie innerlich verbindet²⁰. Beschränkt man die Bedeutung der Versammlungsfreiheit auf ihre freiheitlich-demokratische Komplementärfunktion zur Meinungsfreiheit, so muss der Versammlungszweck in einer auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung bestehen²¹. Angesichts des politischen Themas der Diskussionsveranstaltung des *K* fällt die Zusammenkunft sogar unter den engsten Versammlungsbegriff, sodass der Streit dahinstehen kann. Problematisch ist hier nur die Frage, ob die bloße Anwesenheit der Polizei bei öffentlichen Versammlungen in geschlossenen Räumen einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit des Leiters darstellt. Teilweise wird dies abgelehnt, weil jedermann Zutritt zu einer öffentlichen Versammlung habe²² oder weil die Entsendung von Polizeibeamten primär dem Schutz der Versammlung und der Rechte etwa beeinträchtigter Dritter durch Interessenausgleich diene²³. Dagegen spricht, dass sich öffentliche Versammlungen regelmäßig nur an die Allgemeinheit der Bürger, nicht aber an den Staat richten, der hier in Gestalt von *P* und *R* als Hoheitsträger anwesend war. Weiterhin kann die staatliche Beobachtung Einschüchterungseffekte haben²⁴. Insbesondere können die Bürger in ihrer Entschlussfreiheit bezüglich der Teilnahme und Mitwirkung an der Versammlung beeinträchtigt oder sogar ganz davon abgehalten werden. Hier war die weitere Anwesenheit von *P* und *R* derart abschreckend für *K*, dass er eine freie Meinungsäußerung nicht für möglich hielt und die Veranstaltung beendete. Die Anwesenheit der Polizisten ist somit als Eingriff in die Versammlungsfreiheit des *K* zu werten. Daneben ist die faktische Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit auch als Eingriff in Art. 5 I 1 Alt. 1 GG zu werten.

cc) Unverletzlichkeit der Wohnung

Schließlich könnte auch der Schutzbereich des Art. 13 I GG berührt sein. Dann müsste der Bürgersaal unter den verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriff fallen. Nach der umstrittenen weiten Auslegung, die dieser Begriff durch das BVerfG erfahren hat, fallen auch Betriebs- und Geschäftsräume darunter²⁵. Teilweise wird der Wohnungsbegriff auf Versammlungs- und Veranstaltungsräume erstreckt, auch wenn diese vom Veranstalter für die Allgemeinheit geöffnet wurden²⁶. Während bereits vieles ge-

¹⁷ HUFEN Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 18 Rdn. 17.

¹⁸ Siehe oben Fn. 11.

¹⁹ BVerfGE 65, 1 (43); vgl. BVerfGE 69, 315 (349).

²⁰ HUFEN Staatsrecht II. Grundrechte, 2007, § 30 Rdn. 5.

²¹ BVerfGE 104, 92 (104); BVerwGE 129, 42 (45–47); vgl. die Legaldefinition in Art. 2 I BayVersG.

²² FRIEDRICHS Der Einsatz von »V-Leuten« durch die Ämter für Verfassungsschutz, 1981, S. 96 f.

²³ Vgl. DIETEL/GINTZEL/KNIESEL (o. Fn. 4), § 12 Rdn. 11.

²⁴ BVerfGE 65, 1 (43); Sachs/HÖFLING GG, 5. Aufl. 2009, Art. 8 Rdn. 51.

²⁵ Grundlegend BVerfGE 32, 54 (69–72).

²⁶ BVerfGE 97, 228 (265); ALBERTS NVwZ 1992, 38 (39 Fn. 11); SCHNUR

gen den weiten Wohnungsbegriff spricht²⁷, geht jedenfalls die Erstreckung auf einmalig angemietete Versammlungs- und Veranstaltungsräume zu weit. So liegt der Sinn des Grundrechts in der Abschirmung der Privatsphäre in räumlicher Hinsicht²⁸. Dafür ist eine gewisse Dauerhaftigkeit der »Wohnung« erforderlich. Bei einer einmaligen öffentlichen Veranstaltung in einem eigens dafür angemieteten Raum wie dem hier vorliegenden Bürgersaal kann aber kaum angenommen werden, dass für den Veranstalter eine räumliche Sphäre der Privatheit entstünde, die mit dem Veranstaltungssaal verbunden wäre. Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung ist somit nicht betroffen.

b) Ermächtigungsgrundlage

Steht somit fest, dass die Anwesenheit von P und R einen Eingriff in Grundrechte des K darstellte, so bedurfte es dafür nach dem Vorbehalt des Gesetzes einer Ermächtigungsgrundlage. In Betracht kommen hier sowohl Vorschriften des VersammlG als auch des einschlägigen LPolG. Allerdings sind die Ermächtigungsgrundlagen des allgemeinen Landespolizeirechts wegen der Spezialität des VersammlG als abschließendem Regelungskonzept nicht anwendbar (sog. Polizeifestigkeit), wenn es sich um eine öffentliche Versammlung i. S. des § 1 I VersammlG handelt²⁹. K hat seine Veranstaltung durch Werbung in den Medien und durch Flugblätter für die Öffentlichkeit geöffnet. Daher kann eine Rechtsgrundlage für die Anwesenheit der Polizei als versammlungsspezifischer Eingriff nur im VersammlG zu finden sein.

aa) § 12 VersammlG

Fraglich ist, ob § 12 VersammlG die Polizei zur Anwesenheit in geschlossenen Versammlungsräumen berechtigt. Analysiert man zunächst § 12 S. 1 VersammlG, so findet man auf Tatbestandsseite die Entsendung von Polizeibeamten in eine öffentliche Versammlung und auf Rechtsfolgenrechte die Legitimationspflicht. Satz 2 statuiert eine weitere Rechtsfolge, nämlich das Recht auf einen angemessenen Platz. Somit regelt § 12 VersammlG dem Wortlaut nach lediglich die Modalitäten einer Entsendung von Polizeibeamten³⁰. Deren Voraussetzungen sind aber auch in den übrigen Vorschriften des VersammlG nicht geregelt. Allerdings liegt nach § 29 I Nr. 8 VersammlG eine Ordnungswidrigkeit vor, wenn der Leiter den in eine öffentliche Versammlung entsandten Polizeibeamten die Anwesenheit verweigert oder ihnen keinen angemessenen Raum einräumt. Der Gesetzgeber setzt hier offenbar ein Anwesenheitsrecht der Polizei voraus. Unter der Geltung des Grundgesetzes ist die Eingriffsverwaltung aber nach dem Vorbehalt des Gesetzes an die Wortlautgrenze gebunden³¹. § 12 VersammlG taugt somit nicht als Ermächtigungsgrundlage für das Anwesenheitsrecht der Polizei.

bb) § 13 I 1, § 12 a I 1 VersammlG

Nach alledem kommen als Ermächtigungsgrundlagen nur § 13 I 1 und § 12 a I 1 VersammlG in Betracht, nach denen die Polizei zur Auflösung von Versammlungen bzw. zu Bild- und Tonaufnahmen berechtigt sein kann. Für § 13 I 1 VersammlG ergibt sich aus dessen S. 2, dass anstelle der Auflösung auch mildere Maßnahmen wie die bloße Anwesenheit der Polizei auf diese Vorschrift gestützt werden können³². Bei § 12 a I 1 VersammlG lässt sich mit einem Erst-recht-Schluss begründen, dass diese Norm als Minusmaßnahme das bloße Beobachten und Zuhören bei einer Versammlung umfasst³³. Demnach sind beide Normen geeignete Ermächtigungsgrundlagen für die Anwesenheit der Polizei.

c) Formelle Rechtmäßigkeit

P und R waren zuständig. Besondere formelle Anforderungen an die Anwesenheit der Polizisten ergeben sich aus § 12 S. 1 VersammlG. Entgegen dieser Vorschrift haben sie sich K gegenüber

nicht von selbst zu erkennen gegeben. Fraglich ist, wie sich dieser Verstoß auswirkt. Nach einer Auffassung liegt darin ein unbeachtlicher Ordnungsverstoß, der nicht die Rechtswidrigkeit der Anwesenheit zur Folge hat³⁴. Dagegen spricht jedoch, dass die Legitimationspflicht insofern eine wesentliche grundrechtliche Bedeutung hat, als der Leiter der Versammlung über die Anwesenheit informiert wird und sich dagegen zur Wehr setzen oder wenigstens bei der Durchführung der Versammlung darauf reagieren kann. Somit ist ein Anwesenheitsrecht der Polizei unter Verstoß gegen die Legitimationspflicht ausgeschlossen³⁵. P und R waren bis zu ihrer Legitimation nicht zur Anwesenheit berechtigt.

d) Materielle Rechtmäßigkeit

Hilfsweise und für den Zeitraum nach ihrer Legitimation ist zu prüfen, ob die materiellen Voraussetzungen des § 13 I 1 oder des § 12 a I 1 VersammlG vorlagen.

aa) § 13 I 1 VersammlG

Fraglich ist, ob einer der Auflösungsstatbestände in § 13 I 1 VersammlG vorliegt. In Betracht kommt lediglich Nr. 4 in der Variante, dass durch den Verlauf der Versammlung gegen Strafgesetze verstoßen wurde, die ein von Amts wegen zu verfolgendes Vergehen zum Gegenstand hatten. Während Beleidigungsdelikte gem. § 194 I 1 StGB nur auf Antrag verfolgt werden, stellen immerhin die befürchteten Volksverhetzungen Officialdelikte dar. Problematisch ist aber, dass die Voraussetzungen des § 13 I 1 Nr. 4 VersammlG dem Wortlaut nach nur erfüllt sind, wenn die Straftaten bereits begangen wurden. Erst dann ist eine Auflösung der Versammlung möglich. Demnach kann diese Norm auch ein Anwesenheitsrecht der Polizei als Minusmaßnahme zur Auflösung erst zu diesem Zeitpunkt begründen³⁶. Da die befürchteten Straftaten hier ausgeblieben sind, war ein Auflösungsstatbestand zu keinem Zeitpunkt gegeben. Somit konnte § 13 I 1 VersammlG ein Anwesenheitsrecht der Polizei im vorliegenden Fall nicht begründen.

bb) § 12 a I 1 VersammlG

Gem. § 12 a I 1 VersammlG müssen tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von Teilnehmern der Versammlung erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgingen. Die hier in Betracht kommende öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Träger der Hoheitsgewalt³⁷. Durch die befürchteten Beleidigungen und Volksverhetzungen wären einerseits die objektive Rechtsordnung in Gestalt der §§ 185 und 130 StGB und andererseits als Individualrechtsgüter die Würde und Ehre der Opfer

VR 2000, 114 (115 Fn. 9); a. A. DIETEL/GINTZEL/KNIESEL (o. Fn. 4), § 12 Rdn. 11.

²⁷ Dazu Dreier/HERMES GG, 2. Aufl. 2004, Art. 13 Rdn. 26 f.

²⁸ BVerfGE 97, 228 (265).

²⁹ Lisken/Denninger/KNIESEL/POSCHER Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Kap. J, Rdn. 18–37.

³⁰ Denninger/HOFFMANN-RIEM AK-Komm. zum GG, Losebl. (Stand: 2001), Art. 8 Rdn. 52; KRÜGER (o. Fn. 4), S. 85; a. A. DIETEL/GINTZEL/KNIESEL (o. Fn. 4), § 12 Rdn. 11; KNIESEL/POSCHER (o. Fn. 29), Rdn. 383.

³¹ BVerfG NJW 1996, 3146 (3146).

³² KRÜGER (o. Fn. 4), S. 85; vgl. auch DIETEL/GINTZEL/KNIESEL (o. Fn. 4), § 13 Rdn. 37–44.

³³ Vgl. dazu DIETEL/GINTZEL/KNIESEL (o. Fn. 4), § 12 a Rdn. 8; ZEITLER Versammlungsrecht, 1994, Rdn. 402; a. A. SCHNUR, VR 2000, 114 (115).

³⁴ DIETEL/GINTZEL/KNIESEL (o. Fn. 4), § 12 Rdn. 20.

³⁵ Ridder/Breitbach/PAWLITA/STEINMEIER (o. Fn. 4), § 12 Rdn. 16.

³⁶ Anders Ridder/Breitbach/PAWLITA/STEINMEIER (o. Fn. 4), § 12 Rdn. 7.

³⁷ Lisken/DENNINGER (o. Fn. 29), Kap. E, Rdn. 16.

betroffen gewesen. Eine Gefahr liegt vor, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts besteht, und ist erheblich, wenn der drohende Schaden nach Art und Ausmaß besonders gravierend ist. Diese besonders schwere Rechtsgutverletzung ist bei gravierenden Beleidigungen und schweren Volksverhetzungen gegeben. Problematisch ist allerdings die erforderliche hinreichende Wahrscheinlichkeit derartiger Verletzungen der öffentlichen Sicherheit. Tatsächlich war die Veranstaltung völlig harmlos. Eine Gefahr im Sinne des Gefahrenabwehrrechts liegt aber auch dann vor, wenn die Polizei ex ante, also nach den zum Zeitpunkt der Maßnahme vorliegenden Erkenntnisgrundlagen, von einem hinreichend wahrscheinlichen Schadenseintritt ausgehen durfte (Anscheinsgefahr)³⁸. Zu dem Zeitpunkt, als *P* und *R* den Bürgersaal betraten, war aufgrund ernst zu nehmender Hinweise anzunehmen, dass es während der Veranstaltung zu gravierenden Beleidigungen und schweren Volksverhetzungen kommen würde. Somit lag zunächst eine Gefahr vor, für die *K* verantwortlich schien. Sobald aber die Polizisten erkannten, dass die Veranstaltung in Wahrheit völlig harmlos war, endete die Anscheinsgefahr. Nur bis zu diesem Zeitpunkt lagen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 12 a I 1 VersammlG vor. Hinsichtlich der Rechtsfolgenrechtsseite lag die Anwesenheit der Polizei bis zur Entdeckung der Fehleinschätzung innerhalb des von § 12 a I 1 VersammlG eingeräumten Ermessens. Sie war insbesondere geeignet, erforderlich und angemessen, also insgesamt verhältnismäßig.

e) Zwischenergebnis

Mit Blick auf den Verstoß gegen die Legitimationspflicht und den späteren Wegfall der Anscheinsgefahr waren *P* und *R* insgesamt nicht zur Anwesenheit in der Veranstaltung des *K* berechtigt.

2. Tonaufnahme während der Veranstaltung

Die Tonaufnahme während der Veranstaltung bedurfte als Grundrechtseingriff einer Ermächtigungsgrundlage und musste überdies formell und materiell rechtmäßig sein.

a) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt allein § 12 a I 1 VersammlG in Betracht.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Maßnahme bestehen nur insofern, als sich der Verstoß gegen die Legitimationspflicht und damit die formelle Rechtswidrigkeit der Polizeipräsenz auch auf die Berechtigung zur Anfertigung von Tonaufnahmen auswirken könnte. Zwar setzt die Tonaufnahme hier in tatsächlicher Hinsicht die Anwesenheit der Polizei voraus, dies bedeutet aber nicht zwingend, dass sie auch in rechtlicher Hinsicht von deren Rechtmäßigkeit abhängt. Jedenfalls beziehen sich die formellen Anforderungen des § 12 S. 1 VersammlG ausschließlich auf die Anwesenheit der Polizei, nicht aber auf deren weitere Maßnahmen. Daher ist davon auszugehen, dass sich der Verstoß gegen die Legitimationspflicht nicht auf die formelle Rechtmäßigkeit der Tonaufnahme erstreckt.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Voraussetzung für eine Tonaufnahme von Teilnehmern einer öffentlichen Versammlung ist, dass tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Wie bereits oben erläutert wurde, lag zunächst eine entsprechende Anscheinsgefahr und damit eine erhebliche Gefahr im polizeirecht-

lichen Sinne vor. Bis zur Entdeckung der Fehleinschätzung war die Tonaufnahme im Rahmen des von § 12 a I 1 VersammlG eingeräumten Ermessens geeignet, erforderlich und angemessen, also insgesamt verhältnismäßig. Nachdem *P* und *R* allerdings erkannt hatten, dass die Hinweise auf bevorstehende Straftaten falsch waren, endete die Anscheinsgefahr, sodass die Polizisten ab diesem Zeitpunkt zur Fortsetzung der Tonaufnahme nicht mehr berechtigt waren.

3. Tonaufnahme während des Streitgesprächs mit *K*

Die Tonaufnahme während des Streitgesprächs mit *K* bedurfte als Grundrechtseingriff einer Ermächtigungsgrundlage und musste überdies formell und materiell rechtmäßig sein.

a) Ermächtigungsgrundlage

Wie bereits oben I 1 b dargestellt, scheidet § 53 I 1 OWiG als Ermächtigungsgrundlage aus. Die Frage, ob überhaupt eine Ordnungswidrigkeit etwa nach § 29 I Nr. 8 VersammlG vorliegt, kann somit dahinstehen. Neben § 12 a I 1 VersammlG kommen hier die Ermächtigungsgrundlagen des einschlägigen LPolG in Betracht. Nur im Anwendungsbereich des VersammlG ist ein Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht verwehrt. Da sich das Streitgespräch in der Pause und in einem Vorraum abspielte, stellt sich die Frage, ob hier noch eine Versammlung vorlag. Insoweit ist zu bedenken, dass die Veranstaltung zum maßgeblichen Zeitpunkt zwar unterbrochen, aber noch nicht beendet war (vgl. § 8 S. 3 VersammlG). Im Sinne einer grundrechtsfreundlichen Auslegung des VersammlG unter Berücksichtigung des Art. 8 I GG ist auch davon auszugehen, dass der Vorraum noch zum Versammlungsort gehörte. Hinzu kommt, dass die Tonaufnahme im Zusammenhang mit einer möglichen Durchsetzung des vermeintlichen Anwesenheitsrechts der Polizisten stand. Da die Maßnahme somit auch als versammlungsbezogener Eingriff zu werten ist, kommt als taugliche Ermachtigungsgrundlage lediglich § 12 a I 1 VersammlG in Betracht³⁹.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Da *P* und *R* sich mittlerweile als Polizisten zu erkennen gegeben hatten, kommt es auf die Fehlerfolgen des Verstoßes gegen die Legitimationspflicht hier nicht an. Ansonsten bestehen keine Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Maßnahme.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht gab es auch aus Sicht von *P* und *R* zum Zeitpunkt des Streitgesprächs mit *K* keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass von ihm erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgingen. Der von den Polizisten verfolgte Dokumentationszweck rechtfertigt den Eingriff nicht. Somit waren *P* und *R* zur Tonaufnahme während des Streitgesprächs mit *K* nicht berechtigt.

IV. Ergebnis

Die feststellungsfähigen Rechtsverhältnisse in Form der Berechtigung zu den durchgeführten Maßnahmen bestanden nur insoweit, als *P* und *R* solange zur Tonaufnahme während der Versammlung berechtigt waren, bis sie deren Harmlosigkeit erkannten. Im Übrigen ist die Klage begründet und wird insoweit teilweise Erfolg haben.

³⁸ Liskén/DENNINGER (o. Fn. 29), Kap. E, Rdn. 46–51.

³⁹ Vgl. BayVGHBayVBl. 2009, 16 (18 f.).