

# Grundrechte und öffentliches Straßenrecht unter besonderer Berücksichtigung des kommunikativen Gemeingebrauchs

Shinya TSUCHIDA

Inhaltsverzeichnis

- A. Einführung
- B. Grundrechte und schlichter Gemeingebrauch
- C. Grundrechte und kommunikativer Gemeingebrauch
- D. Exkurs—Gemeingebrauch in Japan
- E. Schluß

## A. Einführung

Bei der Auslegung von Gesetzen ist stets die Einwirkung von Grundrechten in Betracht zu ziehen. Auch das Straßenrecht ist keine Ausnahme. Seit den siebziger Jahren kann man die Auswirkung der Grundrechte auf das Straßenrecht besonders in der Rechtsprechung über den sog. kommunikativen Verkehr finden<sup>(1)</sup>.

Der Grund dafür liegt in folgender Problemstellung: Die Straßengesetze des Bundes und der Länder gehen von einer grundsätzlichen Zweiteilung aller öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Nutzungen der öffentlichen Sache "Straße" in Gemeingebrauch und Sondergebrauch aus. Der Gemeingebrauch ist zulassungsfrei und in der Regel unentgeltlich, während die Sondergebrauch grundsätzlich einer Erlaubnis bedarf und häufig gebührenpflichtig ist<sup>(2)</sup>. Aus diesen Gründen ist die genaue Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondergebrauch von erheblicher Bedeutung. Diese Abgrenzung ist aber bisher unklar und wird daher heftig diskutiert. Dafür gibt es zwei Gründe. Der erste Grund ist rechtlicher Natur. Die Straßengesetze definieren den

Gemeingebrauch im wesentlichen übereinstimmend als den jedermann gestatteten Gebrauch der Straße zum Verkehr im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften, sei es auf Bundesebene<sup>(3)</sup> oder auf Landesebene<sup>(4)</sup>. Hier haben die Komponenten “zum Verkehr” und “Widmung” die Funktion, den Gemeingebrauch inhaltlich einzugrenzen<sup>(5)</sup>. Die darüber hinausgehende Nutzung ist wegen der sog. “Substraktionsmethode”<sup>(6)</sup> automatisch Sondergebrauch. Aber das Element “zum Verkehr” wird in keinem der Straßengesetze definiert. Damit bleibt die durch die Komponente “zum Verkehr” bezweckte inhaltliche Abgrenzung unklar. Der zweite Grund für die unklare Abgrenzungsmöglichkeit ist tatsächlicher Natur; er liegt in der Änderung der Funktion der Straße<sup>(7)</sup>. Die Straße hatte und hat erkennbar die Funktion der Fortbewegung und des Transports (Verkehr im engeren Sinn). Straßensoziologisch gesehen ist die Auffassung, nach der die Straße nur reine Fortbewegungsfunktion hat, aber heutzutage nicht mehr haltbar. Der Austausch von Meinungen, die Kommunikation in allen denkbaren Formen, das Diskutieren, Sehen- und Hörenlassen ist zumindest ein gewollter Nebeneffekt der Fußgängerzonen (Verkehr im weiteren Sinn)<sup>(8)</sup>. Mit diesem Funktionswandel ergibt sich die schwierige rechtliche Frage, ob der Gebrauch der Straße zum Zweck der Kommunikation als erlaubnisfrei anzuerkennen ist. Berücksichtigt man des weiteren, dass gerade innerörtliche Straßen und insbesondere Fußgängerzonen ein bedeutendes Forum für politische und künstlerische Aktivitäten darstellen, dann wird deutlich, dass die diesbezüglich relevanten Grundrechte auf die straßenrechtliche Einordnung der verschiedenen Straßennutzungen einwirken können. Es handelt sich dabei auch um die rechtliche Beziehung zwischen den Grundrechten und dem Straßenrecht.

Bevor ich diese Probleme behandle (C), will ich zunächst die Einwirkung der Grundrechte im Bereich des schlichten Gemeingebrauchs<sup>(9)</sup> nur zum Zweck der Ortsveränderung darstellen (B). Denn bei der Problematik des kommunikativen Gemeingebrauchs ist stets der mögliche Interessenkonflikt mit dem grundrechtlich geschützten

schlichten Gemeingebrauch zu berücksichtigen. Schließlich werde ich im Wege der Rechtsvergleichung die gleiche Problematik im japanischen Recht darstellen (D).

## B. Grundrechte und schlichter Gemeingebrauch

Im folgenden behandle ich den Grundrechtsschutz für den schlichten Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen. Wenn es allerdings um die Rechtsnatur des schlichten Gemeingebrauchs der öffentlichen Straße geht, handelt es sich gleichzeitig darum, ob der schlichte Gemeingebrauch ein subjektives öffentliches Recht ist. Diese Frage war bisher heftig umstritten<sup>(10)</sup>. Sie wird jedoch heutzutage von der ganz h. M. bejaht<sup>(11)</sup>. Man muß dabei seine Aufmerksamkeit darauf richten, dass die Grundrechte die Basis subjektiver Rechte bilden<sup>(12)</sup>. Auch aus diesem Grund ist es wichtig, den schlichten Gemeingebrauch als Grundrecht darzustellen.

Es gibt im wesentlichen drei Auffassungen bezüglich des Rechts zum Gemeingebrauch. Diese entsprechen den nach ihrem Hauptzweck unterschiedenen Arten der Grundrechte, nämlich Freiheitsgrundrechte als Abwehrrechte (I), Gleichheitsrechte (II) und Teilhaberechte (III)<sup>(13)</sup>.

### I. Der schlichte Gemeingebrauch als Abwehrrecht

Abwehrrechte haben die Funktion, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern. Diejenigen, die den schlichten Gemeingebrauch (genauer: das individuelle Recht zum schlichten Gemeingebrauch) als ein solches Abwehrrecht ansehen, nennen als grundgesetzliche Grundlage vor allem Art. 2 Abs. 1 GG<sup>(14)</sup>. Denn der schlichte Gemeingebrauch diene der freien Entfaltung der Persönlichkeit<sup>(15)</sup>. Das ist die herrschende Meinung in der Literatur und gleichzeitig die Ansicht der Rechtsprechung.

Man kann diese Tendenz bereits in früheren Entscheidungen finden. Im Urteil des BVerwG vom 14. 3. 1957 heißt es beispielsweise: "Nach

der geltenden Rechtsordnung ist die Möglichkeit, den Gemeingebrauch an den ihm gewidmeten Sachen auszuüben, ein Ausfluß der natürlichen, gesetzlich anerkannten Freiheit des einzelnen.... Ein Eingriff in diese Freiheit bedarf einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung.”<sup>(16)</sup> Allerdings ist die rechtliche Bedeutung dieser Passage unklar. Denn das BVerwG hat auch diejenige Literatur zitiert, die den Gemeingebrauch nicht als Freiheit im rechtlichen Sinne angesehen hat (z. B. Otto Mayer<sup>(17)</sup>). Kurz nach diesem Urteil hat es zur Frage einer Rechtsbeeinträchtigung im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO erklärt: “Da der Kläger ... an der Absicht, seinen Wagen auf der für Dienstfahrzeuge vorbehaltenen Stelle zu parken, durch das von der Beklagten erlassene Parkverbot gehindert worden ist, ist ihm durch diese Anordnung aufgegeben worden, das Abstellen seines Fahrzeuges zu unterlassen. Dadurch ist in die durch Art. 2 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit eingegriffen worden.”<sup>(18)</sup> Man kann diese Darstellung des BVerwG als Aussage nicht in Hinblick auf das materielle Recht, sondern auf das Verfahrensrecht ansehen, weil sie in Zusammenhang mit der Erwägung einer Rechtsbeeinträchtigung im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO erfolgt. Insofern kann man sagen, dass dieses Urteil noch nicht ausreichend ist.

Erst im Urteil vom 25. 9. 1968 hat das BVerwG ausdrücklich den Gemeingebrauch als grundrechtlich geschützt angesehen: “Mit alledem steht fest, daß der Inhalt des Gemeingebrauchs über § 7 FStrG hinaus nicht bundesrechtlich geregelt ist. Daraus folgt indessen nicht, daß die Bestimmung dieses Inhaltes uneingeschränkt dem Landesrecht überlassen wäre. Mit einem solchen Schluß würde der Zusammenhang zwischen dem Gemeingebrauch und den Grundrechten verkannt. Der Gemeingebrauch an Wegen und Straßen wird über den § 7 FStrG hinaus - gleichsam in seinem Kerngehalt - vom Bundesrecht insofern erfaßt, als der Gemeingebrauch in eben diesem Kern der grundrechtlichen Gewährleistung der Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG unterliegt. Daraus ergibt sich, daß das Landesrecht - abgesehen von der Möglichkeit, mehr an Rechten zu gewähren, als bereits die Grundrechte

einräumen — den Inhalt des Gemeingebrauchs nur in dem Umfang regeln kann, den das Bundesrecht für eine Konkretisierung läßt. Der mit diesen Feststellungen angedeutete Zusammenhang zwischen dem Gemeingebrauch und den Art. 2, 3 und 14 GG findet seine Rechtfertigung letztlich in der unzweifelhaft erheblichen Bedeutung, die der ungestörten Teilnahme am Gemeingebrauch für sowohl die freie Entfaltung der Persönlichkeit als auch die angemessene Nutzung des Eigentums zukommt...<sup>(19)</sup> In späteren Entscheidungen wiederholt das BVerwG abgesehen von der Anwendung des Art. 3 GG seine Rechtsansicht vom Grundrechtsschutz des Gemeingebrauchs, ohne seinen Erkenntnissen wesentlich Neues hinzuzufügen<sup>(20)</sup>.

Was den Umfang des von Art. 2 GG geschützten Gemeingebrauchs angeht, hat das Urteil des BVerwG vom 25. 6. 1969 bestätigt, wie weit der Gemeingebrauch grundrechtlich gewährleistet wird: "Der schlichte, nicht durch Art. 14 Abs. 1, sondern (abgesehen vom Gleichheitssatz) nur durch Art. 2 GG geschützte Gemeingebrauch endet als Recht dort, wo es für seine Ausübung an einem Substrat fehlt. Insoweit gilt, daß sich der Rechtsinhaber mit dem abfinden muß, was - und wie lange es - geboten wird."<sup>(21)</sup> Diese Grenzziehung entspricht der h. M. in der Literatur<sup>(22)</sup>.

Allerdings hat das BVerfG im Fall "Reiten im Walde" hinsichtlich des Umfangs des grundgesetzlich geschützten Gemeingebrauchs eine andere Tendenz als das BVerwG gezeigt. Obwohl es in diesem Fall um Privatwege ging, hat das BVerfG das Recht zum Reiten auf Privatwegen im Wald als grundgesetzlich geschützt angesehen, da Art. 2 Abs. 1 GG "jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt"<sup>(23)</sup> schütze. Diese Auffassung widerspricht der vom BVerwG entwickelten Formel, wonach es keinen Anspruch auf Begründung eines Gemeingebrauchs gibt<sup>(24)</sup>. Deshalb hätte das BVerfG in dem Begehren des Beschwerdeführers den Versuch erkennen sollen, einen Ausschluß von einem bereits eröffneten Gemeingebrauch abzuwehren<sup>(25)</sup>.

## II. Der schlichte Gemeingebrauch als Gleichheitsrecht

Gleichheitsrechte haben die Funktion eines Schutzes vor Diskriminierung dadurch, dass auf das relative Verhalten des Staates abgestellt wird. Diejenigen, die das Recht zum Gemeingebrauch als Recht zur allgemeinen und gleichen Nutzung ansehen, stellen den Gemeingebrauch als Unterfall des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts des Art. 3 Abs. 1 GG<sup>(26)</sup> dar. Diese Auffassung kann man manchmal in der Rechtsprechung finden<sup>(27)</sup>.

Auch nach dieser Ansicht endet allerdings der schlichte Gemeingebrauch als Recht dort, wo es für seine Ausübung an einem Substrat fehlt<sup>(28)</sup>.

Auch diese Auffassung kann jedoch nicht dazu führen, dass als Grundlage für den schlichten Gemeingebrauch allein Art. 3 Abs. 1 GG genannt wird<sup>(29)</sup>. Der Grund dafür ist, dass es bei Art. 3 Abs. 1 immer um eine relative Beziehung geht. Es liegt nämlich keine Ungleichbehandlung vor, wenn der Gemeingebrauch aller in gleichen Maße beeinträchtigt wird. Deshalb müsste auch Art. 2 Abs. 1 GG als grundgesetzliche Grundlage immer dann zusammen mit Art. 3 Abs. 1 GG genannt werden, wenn Art. 3 Abs. 1 GG benutzt wird.

## III. Der schlichte Gemeingebrauch als Teilhaberecht

Bezüglich der Teilhaberechte wird differenziert zwischen derivativen Teilhaberechten und originären Teilhaberechten. Die derivativen Teilhaberechte sind diejenigen Rechte, die sich darauf richten, in gleicher Weise an staatlichen Leistungen beteiligt zu werden, während die originären Teilhaberechte diejenigen Rechte sind, nach denen unmittelbar aus den Grundrechten ein Anspruch auf eine bestimmte staatliche Leistung bestehen soll<sup>(30)</sup>. Ein Fall der derivativen Teilhaberechte ist nach der Meinung von Murswiek<sup>(31)</sup> der Gemeingebrauch. Es gebe ein durch die allgemeine Handlungsfreiheit verbürgtes Recht auf widmungsgemäße Benutzung zum Gemeingebrauch gewidmeter Sachen. Obwohl die Freiheitsrechte hier von vornherein als Abwehrrechte zur Geltung kämen, könnten sie als derivative Teilhaberechte eingeord-

net werden, soweit es um die Freiheit zur Benutzung als solche gehe: Dies hänge von der vorgängigen Widmung der Sache zum Gemeingebrauch ab. Werde die Sache entwidmet, höre das Benutzungsrecht auf. Aus den Freiheitsrechten folge kein Anspruch auf Fortbestand des Gemeingebrauchs. Wegen dieser Abhängigkeit liege auch beim Gemeingebrauch ein gestuftes Teilhabe-/Freiheitsverhältnis vor: Freiheit auf der Basis von Teilhabe. In dieser Auffassung spielt Art. 2 Abs. 1 GG die Rolle, ein derivatives Teilhaberecht zu vermitteln<sup>(32)</sup>. Es gibt im allgemeinen keinen Versuch, den schlichten Gemeingebrauch als originäres Teilhaberecht anzusehen<sup>(33)</sup>.

#### IV. Zwischenergebnis

Obwohl man hinsichtlich des Grundrechtsschutzes für den schlichten Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen an die verschiedenen dogmatischen Konstruktionen denken kann, besteht sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur im Ergebnis Einigkeit, dass die widmungsgemäße Nutzung in Gemeingebrauch stehender öffentlicher Sachen den Schutz mindestens des Art. 2 Abs. 1 GG genießt und ein Anspruch auf ungeschmälerte Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs daraus ebensowenig wie ein Recht auf Ausbau des Verkehrsnetzes folgt<sup>(34)</sup>. Dies entspricht der heutigen gesetzlichen Situation<sup>(35)</sup>.

#### C. Grundrechte und kommunikativer Gemeingebrauch

Ob und wieweit sich die Grundrechte auf die Nutzung der Straße zur Kommunikation auswirken, ist im Gegensatz zur Nutzung der Straße zur Ortsveränderung (zum schlichten Gemeingebrauch) problematisch. Dieses Problem will ich im folgenden anhand der Nutzung der öffentlichen Straßen zur Ausübung des Rechts zur politischen Meinungsäußerung (I) und zur künstlerischen Betätigung (II) darstellen, die aufgrund des Art. 5 Abs. 1 und 3 GG als "Kommunikationsgrundrechte" zu verstehen sind<sup>(36)</sup>. Natürlich ist die Nutzung der Straße auch zu anderen kommunikativen Zwecken denk-

bar. Ein Fall ist beispielsweise die religiöse Betätigung auf öffentlichen Straßen<sup>(37)</sup>. Auch für diese Betätigungen gelten allerdings im wesentlichen die zu den vorliegenden Fällen entwickelten Auffassungen<sup>(38)</sup>. Schließlich stelle ich die Konsequenzen für eine verfassungskonforme bzw. verfassungsfreundliche Auslegung dar (III).

Bevor ich die Darstellung beginne, will ich auf die folgenden zwei Punkte hinweisen.

Erstens muss man bei der Grundrechtsprüfung hinsichtlich der politischen Meinungsäußerung und der künstlerischen Betätigung auf öffentlichen Straßen seine Aufmerksamkeit darauf richten, dass die Freiheit der Meinungsäußerung, um die es sich bei der politischen Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen handelt, ein Grundrecht mit Gesetzesvorbehalt ist, während die Freiheit der Kunst, um die es sich bei der künstlerischen Betätigung auf öffentlichen Straßen handelt, ein Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt ist. Dies ist insofern bedeutsam, als es bezüglich der Grundrechtsprüfung einen Unterschied zwischen beiden gibt<sup>(39)</sup>.

Zweitens ist die Beziehung zwischen den Begriffen “kommunikativer Gemeingebrauch” und “kommunikativer Verkehr” zu klären. Diese beiden Begriffe werden manchmal ohne genaue Unterscheidung benutzt<sup>(40)</sup>. Eine solche Unterscheidung ist aber notwendig. Unter “kommunikativem Verkehr” ist jeder Verkehr zu verstehen, bei dem die Benutzung der Straße nicht zu dem Zweck der Ortsveränderung, sondern zum Zweck der Kommunikation erfolgt. Deshalb umfasst das Wort jede kommunikative Betätigung auf öffentlichen Straßen, sei es erlaubnisfrei, sei es erlaubnispflichtig. Der “kommunikative Gemeingebrauch” hingegen umfasst nur den erlaubnisfreien kommunikativen Gebrauch. Damit ist der kommunikative Gemeingebrauch immer erlaubnisfrei, während der kommunikative Verkehr nicht immer erlaubnisfrei ist.

## I. Die politische Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen

Die einschlägigen Grundrechtsbestimmungen sind hier Art. 5 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG im Fall der Teilnahme von Parteien<sup>(41)</sup>. Dabei steht thematisch überwiegend die Freiheit der Meinungsäußerung im Vordergrund<sup>(42)</sup>.

Im folgenden wird zunächst der Standpunkt der Rechtsprechung dargelegt (1). Danach werden die Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 GG und die eigene Meinung des Verf. erläutert (2, 3).

### 1. Der Standpunkt der Rechtsprechung

Vor allem am Anfang der siebziger Jahre wurde bereits diskutiert, ob das Verteilen und Verkaufen politischer Schriften unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte erlaubnisfrei sei oder nicht (a). Mittlerweile hat die Rechtsprechung Liberalisierungstendenzen gezeigt (b).

#### (a) Frühere Rechtsprechung

Die frühere Rechtsprechung hat die politische Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen als erlaubnispflichtig eingestuft<sup>(43)</sup>. Dieser Qualifizierung stand nach der damaligen Rechtsprechung auch nicht die Einbeziehung von Grundrechten entgegen. So heißt es im Urteil des OVG Münster vom 12. 11. 1970 hinsichtlich der Rechtfertigung eines die Grundrechte beschränkenden Gesetzes und der Schranken-Schranken: ein die politische Meinungsäußerung auf der Straße als erlaubnispflichtig einstufendes Gesetz "verstößt...nicht gegen Art. 5 Abs. 1 GG... Denn nach Art. 5 Abs. 2 GG findet das Grundrecht der freien Meinungsäußerung seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze... Die in den allgemeinen Gesetzen enthaltene Beschränkung des Grundrechts muß allerdings auf das notwendige Mindestmaß beschränkt werden und darf das Grundrecht in seinem Wesensgehalt nicht aushöhlen. Danach muß das Recht zur Meinungsäußerung und -verbreitung bei der erforderlichen Güterabwägung hier insoweit zurücktreten, als dadurch andere Güter von

höherrangigem Recht verletzt würden”<sup>(44)</sup>. Für den konkreten Fall stellte aber das Gericht fest: “Die Handzettelverteilung auf Straßen stellt immer eine Benutzung dar, die den Gemeingebrauch beeinträchtigt”<sup>(45)</sup>.

(b) Liberalisierungstendenzen

(aa) Die frühen Liberalisierungstendenzen

Diese früher in der Rechtsprechung vorherrschende Auffassung hat sich mittlerweile verändert: Die politische Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen wird grundsätzlich als erlaubnisfrei anerkannt<sup>(46)</sup>.

Rechtstheoretisch hat hierfür nach einer Ansicht die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie eine große Rolle gespielt, nach der sich Inhalt und Tragweite der Grundrechte nach Gewicht und Funktion des einzelnen Grundrechts im Gemeinwesen bestimmen. In verschiedenen Urteilen wurde die “grundlegende” und “hervorragende” Bedeutung der Meinungs- und Pressefreiheit hervorgehoben, die bei der Auslegung der Straßengesetze zu berücksichtigen sei<sup>(47)</sup>. Allerdings kann man solche Aussagen bereits in den früheren Entscheidungen finden, die die politische Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen noch als erlaubnispflichtig eingestuft haben (siehe oben). Genau genommen spielt dieser Aspekt deshalb keine entscheidende Rolle für den Rechtsprechungswechsel hin zu einer Erlaubnisfreiheit.

Tatsächlich war vielmehr ausschlagend, dass anders als in der früheren Rechtsprechung die Tatsache anerkannt wurde, dass jede Straße eine eigene Funktion und einen eigenen Charakter haben kann und dass somit der kommunikative Verkehr bei Berücksichtigung der jeweiligen Umstände nicht immer zur Behinderung des schlichten Gemeingebrauchs führt. So heißt es im Urteil des OVG Lüneburg vom 25. 8. 1976: “Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, daß das Verteilen von politischen Druckschriften im innerstädtischen Bereich...irgend-einen störenden Einfluß auf den Verkehr außerhalb des Stadtgebietes haben konnte”<sup>(48)</sup>. Andererseits “sind die Bundesfernstraßen typischerweise ausschließlich für den “weiträumigen Verkehr” (§ 1 I FStrG) und

nicht zum Verweilen, Reden und zum Austausch von Meinungen bestimmt, so daß der Gemeingebrauch der Bundesfernstraßen nicht das Flugblattverteilen umfaßt<sup>(49)</sup>. Nach einem Urteil des BayVGh vom 30. 5. 1978 “haben diejenigen, die an einem Flugblatt kein Interesse haben und nur möglichst schnell an ein gewisses Ziel gelangen wollen, die Möglichkeit, in einer...Fußgängerzone einem Flugblattverteiler aus dem Weg zu gehen, um sich so ungehindert weiterbewegen zu können”<sup>(50)</sup>. Daraus kann man die rechtliche Feststellung ableiten, dass Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs nicht ein für allemal festliegen, sondern sich nach den jeweiligen - örtlich und zeitlich unterschiedlichen - Verkehrsverhältnissen und Verkehrsanschauungen richten und somit ein bestimmter kommunikativer Verkehr erlaubnisfrei ist.

Allerdings ist hierbei zu beachten, dass die Rechtsprechung diese Folgen nicht immer unmittelbar aus den Grundrechten ableitet. Zwar berücksichtigt die Rechtsprechung die Auswirkung der Grundrechte auf das Straßenrecht<sup>(51)</sup>. Aber die Gerichte leiten ihre Überlegung nicht immer unmittelbar aus einem Rückgriff auf die Grundrechte, sondern vielmehr aus der Auslegung des einfachen Gesetzes ab<sup>(52)</sup>. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Auslegung nicht die einzige Methode ist, um zu einer Erweiterung des Gemeingebrauchsbegriffes zu gelangen<sup>(53)</sup>.

**(bb) Der Beschluß des BVerfG vom 18. 10. 1991<sup>(54)</sup>**

Das BVerfG hat erst in seinem Beschluß vom 18. 10. 1991 eine eigene Stellungnahme bezüglich der politischen Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen abgegeben: “Der Schutz der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs ist nicht generell geeignet, einen Erlaubnisvorbehalt zu rechtfertigen, unabhängig davon, ob es sich um eine Bundesfernstraße oder um innerörtliche Fußgängerzonen oder verkehrsberuhigte Bereiche handelt.” “Jedenfalls steht die Behinderung der Ausübung der Meinungsäußerungs- und Meinungsverbreitungsfreiheit durch das Erfordernis, vor Beginn der Grundrechtsausübung eine Genehmigung einholen zu müssen, außer Verhältnis zu dem mit dem Erlaubnisvorbehalt erstrebten Erfolg, die Leichtigkeit des Verkehrs in

Fußgängerzonen und verkehrsberuhigten Bereichen zu gewährleisten. ”  
“Eine Auslegung und Anwendung des Hamburgischen Wegegesetzes, die die Gestattung von Betätigungen der Freiheit, Meinung frei zu äußern und zu verbieten, in das freie Ermessen der Exekutive stellt, wäre jedenfalls mit Art. 5 I GG unvereinbar. Das Gesetz bedarf insoweit der verfassungskonformen Interpretation. Allerdings ist von Verfassungs wegen keine bestimmte Auslegung des einfachen Rechts geboten”<sup>(55)</sup>. Es ist hier bemerkenswert, dass das BVerfG seine Entscheidung unmittelbar auf das Grundrecht der freien Meinungsäußerung gestützt hat und eine verfassungskonforme Auslegung gefordert hat. Allerdings stellt sich nach der Auffassung des BVerfG, wonach gemäß der Wechselwirkungstheorie die Meinungsfreiheit mit dem Rechtsgut “Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs” unter Berücksichtigung der konkreten Umstände abzuwägen ist<sup>(56)</sup>, die Verteilung von Flugschriften nicht zwangsläufig als Gemeingebrauch dar, während die bisherige Rechtsprechung dies ohne weiteres bejahte. Insofern stellt der Beschluß eine Fortentwicklung dar<sup>(57)</sup>.

### (cc) Neuere Rechtsprechung

Das BVerwG schließlich hat in einem späteren Urteil darauf abgestellt, dass eine Auslegung und Anwendung eines Straßengesetzes, welche die Gestattung von Betätigungen der Freiheit, seine Meinung frei zu äußern verbietet, mit dem Bundesrecht unvereinbar sei<sup>(58)</sup>.

## 2. Die Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 GG

Um zu klären, ob und wieweit das Grundgesetz die Freiheit der Meinungsäußerung gewährleistet, muss man zunächst den Schutzbereich bestimmen (a). Jedoch auch wenn eine Tätigkeit in den Schutzbereich fällt, wird sie durch die allgemeinen Gesetze nach Art. 5 Abs. 2 GG beschränkt (b). Allerdings werden auch die allgemeinen Gesetze ihrerseits durch verschiedene Anforderungen des Grundgesetzes beschränkt (sog. Schranken-Schranken)<sup>(59)</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang stellt die Wechselwirkungstheorie eine solche Schranken-Schranke dar (c).

Ob und wieweit das Grundgesetz die Freiheit der Meinungsäußerung gewährleistet, hängt von den dargestellten Beschränkungen ab.

#### (a) Schutzbereich

Der Begriff der Meinungsäußerung ist nach der Rechtsprechung<sup>(60)</sup> grundsätzlich weit zu verstehen. Das Grundrecht schützt nicht nur die Äußerung, sondern auch das Verbreiten der Meinung<sup>(61)</sup>. Geschützt ist “die Wahl des Ortes und der Zeit einer Äußerung”<sup>(62)</sup>. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nennt des weiteren als geschützte Medien “Wort, Schrift und Bild”, was aber nur als beispielhafte Nennung der wichtigsten Medien zu verstehen ist<sup>(63)</sup>. Deshalb wird jede Form der Meinungsäußerung und -verbreitung geschützt, beispielsweise auch mit Hilfe von Plaketten<sup>(64)</sup>.

Damit kann man sagen, dass die politische Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst wird<sup>(65)</sup>.

#### (b) Rechtfertigung von Beeinträchtigungen

Die mit Abstand wichtigste Schranke des Art. 5 Abs. 2 und damit die bedeutsamste Grundlage zur Rechtfertigung von Eingriffen ist die der “allgemeinen Gesetze”. Als solche kommen sowohl förmliche Gesetze wie andere Rechtsvorschriften in Betracht.

Es ist unstrittig, dass die Straßengesetze zu den “allgemeinen Gesetzen” im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG gehören<sup>(66)</sup>.

#### (c) Wechselwirkungstheorie

Das BVerfG hat bei der Meinungsäußerung die so genannte Wechselwirkungslehre als eine besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im engeren Sinn entwickelt<sup>(67)</sup>. Es hat im Lüth-Urteil<sup>(68)</sup> ausgeführt, dass die allgemeinen Gesetze die Geltungskraft der Grundrechte nicht einseitig beschränken; es finde vielmehr eine “Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses

Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen". Diese Wechselwirkung zwischen Grundrecht und Grundrechtsschranke führt dazu, dass allgemeine Gesetze der Meinungsfreiheit nur insoweit Grenzen setzen, als der Eingriff zum Schutz höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter geboten ist<sup>(69)</sup>.

### 3. Zwischenergebnis

Hinsichtlich der Nutzung von öffentlichen Straßen im Rahmen des schlichten oder kommunikativen Gemeingebrauchs kommt also das Recht anderer zum schlichten Gemeingebrauch aufgrund des Art. 2 Abs. 1 GG<sup>(70)</sup> als zu schützendes höher- oder gleichwertiges Rechtsgut in Betracht. Für das Schutzgut der Sauberkeit und Reinlichkeit der öffentlichen Straßen gilt dies dagegen nicht in gleicher Weise. Denn hier wird regelmäßig dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit eine Höherrangigkeit auch im Rahmen der konkret situationsbezogenen Abwägung zuerkannt<sup>(71)</sup>.

Auch wenn allerdings als Gegenposition der grundsätzlich geschützte schlichte Gemeingebrauch in Betracht kommt, so rechtfertigt dies doch nicht ein Erlaubnisverfahren, bei dem praktisch alles zu genehmigen und ungenehmigtes Verhalten regelmäßig zu unterlassen ist. Denn eine bestimmte Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen, beispielsweise das Verteilen von Flugblättern durch Fußgänger auf einem normalen Bürgersteig, greift nicht stets in den schlichten Gemeingebrauch ein<sup>(72)</sup>. Man muss deshalb insofern versuchen, die Straßengesetze verfassungskonform auszulegen.

## II. Die künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen

Für die künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen ist die einschlägige Norm des Grundgesetzes der Art. 5 Abs. 3 GG.

## 1. Der Standpunkt der Rechtsprechung

Erst etwa in den achtziger Jahren ist das oben in Zusammenhang mit der Meinungsäußerungsfreiheit erörterte Problem auch im Bereich der Kunstfreiheit aufgetaucht (a) und auch hier haben sich mittlerweile ähnliche Liberalisierungstendenzen gezeigt (b).

### (a) Frühere Rechtsprechung

Die Gerichte haben früher, von einer Ausnahme<sup>(73)</sup> abgesehen, die künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen grundsätzlich als erlaubnispflichtig angesehen.

So hat das BVerwG früher hinsichtlich der Beziehung zwischen dem Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und der künstlerischen Betätigung auf öffentlichen Straßen erklärt: "Die Freiheit der Kunst umfaßt nicht das Recht, sich zu jeder Zeit und an jedem Ort in beliebiger Art zu betätigen. Es ist demgemäß geklärt, daß Art. 5 Abs. 3 GG zwar nicht den Schranken der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG unterliegt, jedoch seine Grenze in den Grundrechten anderer Personen findet.... Ebenso ist geklärt, daß der störungsfreie Gemeingebrauch der öffentlichen Straße und die Sicherheit des Straßenverkehrs in ihrem Kern durch die Grundrechte der Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG gewährleistet sind.... Mit diesen Rechten kann der Gebrauch der Straße, den der Kläger unter Hinweis auf die Freiheit seiner Kunst für sich beansprucht, kollidieren. Bei einer Tätigkeit, die die Straße als Malerwerkstatt und Ausstellungsort von Bildern benutzt, ist regelmäßig von der Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer auszugehen. Diese Gefahr der Kollision von Grundrechten verschiedener Rechtsträger rechtfertigt eine behördliche Kontrolle in Form des vorgängigen Erlaubnisverfahrens, damit die zuständigen Behörden nicht nur Kenntnis von Ort, Zeitdauer und Umfang der Sondernutzung der Straße erhalten, sondern auch Verkehrsstörungen verhindern oder einen zumutbaren Interessenausgleich schaffen können. Insoweit sind im wesentlichen die gleichen Erwägungen maßgebend, mit denen der Senat ... die straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis gegenüber dem Grundrecht auf freie

Meinungäußerung aus Art. 5 Abs. 2 GG gerechtfertigt hat....”(74)

(b) Liberalisierungstendenzen — der Scherenschnitt-Fall

In einem anderen Fall, in dem es um die Anfertigung und den Verkauf von Scherenschnitten in einer Fußgängerzone ging, haben die Gerichte eine andere Tendenz als die frühere Rechtsprechung gezeigt.

(aa) Das Urteil des VGH Mannheim vom 17. 8. 1988<sup>(75)</sup>

Der VGH hat in diesem Urteil die künstlerische Betätigung im Bereich der Fußgängerzone als Gemeingebrauch angesehen<sup>(76)</sup>. Hinsichtlich der Beziehung zwischen Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und dem landesrechtlichen Begriff des “Verkehrs” heißt es dort: “Der Gemeingebrauch auch an solchen Straßen, die nicht Bundesfernstraßen sind, ist nämlich zugleich bundes-(verfassungs-) rechtlich geregelt, und zwar nicht nur insoweit, als er in seinem Kern von der grundrechtlichen Gewährleistung der Art. 2, 3 und 14 GG erfaßt wird..., sondern als darüber hinaus auch andere Grundrechte wie Art. 5, Art. 8 und Art. 21 GG eine verfassungskonforme Auslegung der Begriffe “Verkehr” und “Gemeingebrauch” gebieten<sup>(77)</sup>. Hieran ist bemerkenswert, dass das Gericht aus dem Rückgriff auf die Grundrechte die Erlaubnisfreiheit der künstlerischen Betätigung und den Verkehrsbegriff im weiteren Sinn abgeleitet hat.

(bb) Das Urteil des BVerwG vom 9. 11. 1989<sup>(78)</sup>

Im Gegensatz zum VGH Mannheim ist das BVerwG seiner bisherigen Rechtsprechung gefolgt und hat die künstlerische Betätigung in der Fußgängerzone nicht als Gemeingebrauch angesehen.

Aber auch das BVerwG ist von der früheren Rechtsprechung abgewichen. Es hat hinsichtlich der Beziehung zwischen den Grundrechten und der Erlaubnisfreiheit festgestellt: “Die Garantie der Kunstfreiheit zwingt zwar nicht...zur Erlaubnisfreiheit für Straßenkunst, hindert aber...auch nicht eine grundrechtsfreundliche Auslegung der maßgebenden landesstraßenrechtlichen Bestimmungen in dem Sinn,

daß bestimmte künstlerische Aktivitäten dem Gemeindegebrauch zugerechnet werden.”<sup>(79)</sup> Man kann sagen, dass diese neue Auffassung des BVerwG “straßenkunstfreundlicher”<sup>(80)</sup> als seine frühere Rechtsprechung ist.

Allerdings ist hier darauf hinzuweisen, dass es einen Unterschied zwischen der Auffassung des BVerfG (siehe dazu C. I. 1. (b)(bb)) und der des BVerwG gibt, obwohl es bei beiden um den kommunikativen Verkehr geht. Man kann ihn in der Auswirkung der Grundrechte auf das Straßenrecht finden. Nach der Auffassung des BVerfG fordert das Grundgesetz, dass eine bestimmte politische Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen erlaubnisfrei sein muss und dass man somit die Gesetze verfassungskonform im Sinne eines Erlaubnisverfahrens auslegen muss. Demgegenüber fordert nach der Auffassung des BVerwG das Grundgesetz nicht, dass die künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen grundsätzlich erlaubnisfrei sein muss; hiernach ist eine verfassungskonforme Auslegung nicht erforderlich<sup>(81)</sup>. Andererseits kann man auch nicht übersehen, dass es eine wesentliche Übereinstimmung zwischen den beiden Ansichten gibt: sie liegt darin, dass man aus dem Grundgesetz eine bestimmte Auslegung nicht ableiten kann.

### (cc) Neuere Rechtsprechung

Das BVerwG bestätigte später in einem Fall<sup>(82)</sup>, in dem es um die religiöse Betätigung auf öffentlichen Straßen geht, seine Auffassung aus dem Scherenschnitt-Fall. Deshalb ist der Unterschied in den Auffassungen des BVerfG und des BVerwG bezüglich des kommunikativen Verkehrs auch heute noch als fortbestehend anzusehen.

## 2. Die Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 GG

Um zu klären, ob und wie weit das Grundgesetz die künstlerische Betätigung gewährleistet, muss man zunächst den Schutzbereich bestimmen (a). Anders als bei der Meinungsäußerung in Art. 5 Abs. 1 GG beinhaltet Art. 5 Abs. 3 GG nach seinem Wortlaut eine grenzenlose Grundrechtsgewährung. Aber gleichwohl ist leicht einsichtig, dass eine

uneingeschränkte Ausübung dieser Grundrechte nicht immer zugelassen werden kann (b). Diese Erwägungen sind entscheidend für die Frage, in wieweit das Grundgesetz die künstlerische Betätigung gewährleistet.

#### (a) Schutzbereich

Das Bundesverfassungsgericht sieht Kunst im wesentlichen als “die freie schöpferische Gestaltung an, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden”<sup>(83)</sup>. Es handelt sich aber hierbei nicht um eine Definition des Kunstbegriffs, sondern um eine Paraphrase<sup>(84)</sup>. Die Bemühungen in Rechtsprechung und Schrifttum, eine allgemeingültige Definition der Kunst zu entwickeln, waren bislang vergebens<sup>(85)</sup>. Zunehmend setzt sich auch die Einsicht durch, daß eine solche Definition gar nicht möglich ist<sup>(86)</sup>. Der Schutzbereich der Kunstfreiheit soll aber weitgehend offen sein. Geschützt ist nach h. M. nicht nur der “Werkbereich”, also die künstlerische Schöpfung und Gestaltung sowie das Kunstwerk selbst, sondern auch der “Wirkbereich”, also die Verbreitung, Darbietung oder sonstige kommunikative Vermittlung des Kunstwerkes<sup>(87)</sup>. Bei der Straßenkunst ist der Wirkbereich wegen des engen Zusammenhanges zwischen der Kunstschöpfung und der Kommunikation zwischen Künstler und Außenwelt nicht weniger schutzbedürftig als der Werkbereich<sup>(88)</sup>. Art. 5 Abs. 3 schützt die künstlerische Betätigung überall und zu jeder Zeit<sup>(89)</sup>. Deshalb ergibt sich aus der Tatsache, dass die Kunstausbübung regelmäßig nicht auf öffentliche Straßen angewiesen ist<sup>(90)</sup>, kein Argument dafür, dass die Freiheit der Kunst einer straßenrechtlichen Erlaubnispflichtigkeit nicht entgegensteht<sup>(91)</sup>. Damit wird unabhängig von dem Inhalt der jeweiligen Kunst die künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen von dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG umfasst.

Es wird andererseits auch die Meinung vertreten, dass Art. 5 Abs. 3 GG die künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen nicht gewährleistet<sup>(92)</sup>. Als Grund hierfür wird angeführt: “Ebensowenig wie jene

Vorschrift dem Künstler das Recht gibt, ohne Einwilligung des Eigentumers eine fremde Hauswand zu bemalen, räumt er ihm die Befugnis ein, sich ohne Erlaubnis des Wegeherren auf der Straße künstlerisch zu betätigen". Aber diese Auffassung verkennt den Charakter der öffentlichen Straße. Sie ist eine öffentliche Sache, die der öffentlichen Nutzung dient, anders als die privaten Sachen, die nur der persönlichen Nutzung dienen. Deshalb ist dieser Auffassung nicht zu folgen.

### (b) Schranken

Es ist problematisch und umstritten, welchen Schranken das Grundrecht der Freiheit der Kunst unterliegt. Die h. M. <sup>(93)</sup> lehnt insoweit einen Rückgriff auf die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG, die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG und eine Schrankenübertragung kraft Grundrechtskonkurrenz ab. Danach können vorbehaltlos gewährte Grundrechte nur eingeschränkt werden, um diese mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen, die durch eine vorbehaltlose Gewährung ihrerseits eingeschränkt würden, in einen gerechten Ausgleich zu bringen, sog. praktische Konkordanz. Hierzu ist eine Abwägung zwischen den verfassungsrechtlich geschützten Positionen erforderlich. Dabei wird als unproblematisch anerkannt, dass Grundrechte Dritter zu einer verfassungsimmanenten Schranke führen können. Dies bedeutet, dass die Kunstfreiheit eines den allgemeinen Straßenverkehr behindernden Malers oder Musikanten gegenüber den Rechten der übrigen Verkehrsteilnehmer aus Art. 2 Abs. 1 GG grundsätzlich zurücktritt<sup>(94)</sup>.

### 3. Zwischenergebnis

Damit kann man sagen, dass Art. 5 Abs. 3 GG insofern die künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen gewährleistet, als sie nicht die Freiheit anderer beeinträchtigt<sup>(95)</sup>.

Deshalb kann ein grundrechtsbeschränkendes Erlaubnisverfahren wie im Fall der politischen Meinungsäußerung, bei dem grundsätzlich

jede Tätigkeit zu genehmigen und ungenehmigtes Verhalten regelmäßig zu dulden ist, nicht gerechtfertigt werden und ist somit verfassungswidrig. Denn eine bestimmte künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen, beispielsweise das Singen ohne Hilfsmittel auf einem normalen Bürgersteig, greift nicht immer in die Freiheit anderer ein. Man muss deshalb insofern versuchen, die Straßengesetze verfassungskonform auszulegen.

### III. Konsequenzen für eine verfassungskonforme bzw. verfassungsfreundliche Handhabung

Wenn das Grundgesetz fordert, dass der kommunikative Verkehr in einem bestimmten Umfang erlaubnisfrei sein muss und die Straßengesetze trotzdem der Forderung des Grundgesetzes nicht entsprechen, muss man zunächst versuchen, das Gesetz möglichst verfassungskonform (oder grundrechtskonform<sup>(96)</sup>) auszulegen und anzuwenden<sup>(97)</sup>. Auch wenn kein Widerspruch zur Verfassung besteht und somit die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung nicht besteht, wird zumindest eine verfassungsfreundliche Auslegung gefordert<sup>(98)</sup>.

Hinsichtlich der Frage, wie eine verfassungskonforme oder verfassungsfreundliche Handhabung im einzelnen vorzunehmen ist, sind allerdings verschiedene Möglichkeiten denkbar. Sie erfolgt häufig auf der Stufe der Auslegung eines weitverstandenen Rechtsbegriffs "Verkehr" (3) und der Ausübung des Ermessens (4)<sup>(99)</sup>. Zunächst werden im folgenden allerdings die beiden verfassungskonformen Auslegungen erläutert, die von dem Verkehrsbegriff im engeren Sinn ausgehen. Dies ist zum einen die Auslegung, wonach statt des Erlaubnisverfahrens ein Anzeigeverfahren durchzuführen ist (1) und zum anderen die Auslegung, die mit Hilfe des Begriffs des erlaubnisfreien Sondergebrauchs zu begründen versucht, dass ein bestimmter kommunikativer Verkehr erlaubnisfrei sein soll (2).

#### 1. Das Anzeigeverfahren

Diese Meinung<sup>(100)</sup> verlangt für die Kontrolle kommunikativen

Verkehrs statt des Erlaubnisverfahrens ein Anzeigeverfahren. Es müsse bei der Abwägung zwischen der Gewährleistung der Grundrechte einerseits sowie der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs andererseits ein Bedürfnis der Behörde bejaht werden, über Flugblattaktionen auf den von ihr zu verwaltenden Straßen informiert zu sein, weil sie für eine Abwehr möglicher Gefahren und für eine schnelle Reinigung sorgen müsse. Eine solche straßenrechtliche Kontrolltätigkeit verstoße also im Prinzip nicht gegen Art. 5 Abs. 1 GG. Die zur Kontrolle gewählte Rechtsfigur des “Verbots mit Erlaubnisvorbehalt” sei indes mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar. Um die Behörde zu informieren, damit sie für einen möglichst nicht verkehrsbeeinträchtigenden Ablauf der Aktion und für eine anschließende Straßenreinigung sorgen könne, reiche eine bloße Anzeige aus. Auch in solchen Fällen ein Erlaubnisverfahren durchzuführen, widerspreche dem Gebot der geringstmöglichen Schwere der Grundrechtsbeschränkung. Im Wege verfassungskonformer Auslegung müsse deshalb bei politischen Flugblattaktionen an die Stelle des generell zulässigen Antragsverfahrens die bloße Anzeigepflicht treten.

Aber diese Auffassung stößt schon deswegen auf Bedenken, weil damit die Grenzen einer verfassungskonformen Gesetzesinterpretation verlassen werden<sup>(101)</sup>. Es “darf einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt oder das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden”<sup>(102)</sup>.

## 2. Der erlaubnisfreie Sondergebrauch

Der sog. erlaubnisfreie Sondergebrauch ist eine zweite mögliche verfassungskonforme oder verfassungsfreundliche Auslegung. Wenn man von Gemeindegebrauch im engeren Sinn ausgeht, ist jede Nutzung der Straße, die nicht zur Ortsveränderung erfolgt, eine Sondernutzung. Nach einer vereinzelt in der Rechtsprechung<sup>(103)</sup> wird eine solche Sondernutzung im Wege grundrechtskonformer Auslegung als

erlaubnisfrei angesehen<sup>(104)</sup>. Hiernach wird die Einwirkung des Grundrechts der Meinungsfreiheit auf die schrankenziehende Bedeutung der straßenrechtlichen Sondernutzungsbestimmungen in einer Unwirksamkeit des normativen Erlaubnisvorbehalts gesehen. Es wird insofern also eine erlaubnisfreie Sondernutzung angenommen.

Aber auch diese Auffassung überschreitet die Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung. Denn sie tritt erkennbar mit dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers in Widerspruch<sup>(105)</sup>, wonach der Sondergebrauch erlaubnispflichtig ist. Die dem Gesetz unbekanntes Zwischenform eines “erlaubnisfreien Sondergebrauchs” ist deshalb abzulehnen<sup>(106)</sup>.

### 3. Der Verkehrsbegriff

Eine weitere Möglichkeit einer verfassungskonformen oder verfassungsfreundlichen Auslegung besteht darin, den unbestimmten Rechtsbegriff “Verkehr” in einem weiteren Sinn auszulegen.

Es ist bezüglich dieses Begriffs unstrittig, dass er die Benutzung der Straßen zum Zweck der Ortsveränderung, zur Überwindung von Entfernungen, zur Fortbewegung von Personen oder Sachen unter Einschluß des damit in Zusammenhang stehenden ruhenden Verkehrs einschließt<sup>(107)</sup>. Auch § 7 Abs. 2 15 des Allgemeinen Landrechtes für die Preußischen Staaten von 1794 sah bereits vor, dass der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen jedermann zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen (d. h. “Verkehr” zum Zweck der Fortbewegung und des Transports) gestattet war.

Problematisch ist, ob man den Begriff des Verkehrs erweitern kann oder muß, so dass er auch die Benutzung der Straße zu anderen Zwecken als zur Ortsveränderung erfasst<sup>(108)</sup>. Im folgenden wird zunächst die erweiterungsfreundliche Tendenz der Rechtsprechung dargestellt (a) und danach werden die hiergegen vorgebrachten Erwägungen erörtert (b).

**(a) Der Standpunkt der Rechtsprechung**

Es ist die herrschende Tendenz in der Rechtsprechung, den Verkehrsbegriff in den Straßengesetzen im weiteren Sinn auszulegen (aa). Dagegen hat das BVerwG diese Auslegung bis heute nicht ausdrücklich anerkannt (bb).

**(aa) Die überwiegende Rechtsprechung**

Der ursprüngliche Standpunkt der Rechtsprechung war, dass die politische Meinungsäußerung oder die künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen deshalb nicht Gemeingebrauch, sondern Sondergebrauch ist, weil die Straße bei diesem Gebrauch nicht überwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt wird<sup>(109)</sup>.

Aber diese Auffassung hat sich mittlerweile geändert. Die Rechtsprechung hat den Verkehrsbegriff dahingehend erweitert, dass der Gemeingebrauch nicht nur die Nutzung der Straße zur Ortsveränderung, sondern auch zur Kommunikation umfasst und somit auch die politische Meinungsäußerung oder die künstlerische Betätigung als Gemeingebrauch anzusehen ist. Der VGH Mannheim hat beispielsweise ausgeführt: "Der Inhalt des Gemeingebrauchs bestimmt sich (landes-)straßenrechtlich zunächst nach dem der Straße durch § 2 I StrG generell zuerkannten Widmungszweck "Verkehr". Darunter wird nach heute herrschender Meinung nicht nur der Verkehr im engeren Sinne der Ortsveränderung, sondern auch der sogenannte kommunikative Verkehr verstanden, der auf Begegnung und Kommunikation mit anderen Verkehrsteilnehmern gerichtet ist.... Vor allem innerörtliche Straßen und Plätze sind zugleich Stätten des Informations- und Meinungsaustausches sowie der Pflege menschlicher Kontakte. In besonderem Maße gilt dies für Fußgängerzonen und verkehrsberuhigte Bereiche; die Befriedigung des kommunikativen Verkehrs und des Ruhebedürfnisses der Menschen ist ein wesentliches Anliegen, das mit solchen Einrichtungen verfolgt wird.... Insoweit hat sich auch im Rahmen der Verkehrsanschauung ein Wandel vollzogen, der u. a. wieder eine Rückbesinnung auf historische Gewachsenheit und Her-

kommen des Gemeingebrauchsbegriffs darstellt...”(110)

(bb) Die Rechtsprechung des BVerwG

Zunächst hat das BVerwG ausdrücklich den Verkehrsbegriff im weiteren Sinn abgelehnt. So hat es im Urteil vom 26. 6. 1970 erklärt: “Kein Gemeingebrauch liegt vor, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt. Das ist bei dem Verteilen von Handzetteln an Fußgänger der Fall. Zwar stehen die Verteiler dieser Zettel nicht ständig an einem festen Platz auf dem Bürgersteig, sondern gehen auch hin und her. Der von ihnen dabei verfolgte Zweck ist aber nicht, sich als Fußgänger auf der Straße zu bewegen, sondern besteht ausschließlich darin, durch die Verteilung von Handzetteln Werbung zu betreiben. Eine Ortsveränderung, wie sie Fußgänger bewußt anstreben, ist von ihnen nicht beabsichtigt, sondern lediglich dadurch bedingt, daß beim Verteilen von Zetteln ein möglichst großer Personkreis erfaßt werden kann. Geht somit der Gebrauch der Bundesfernstraße über den Gemeingebrauch hinaus, so bedarf diese Sondernutzung der Erlaubnis”(111).

Das BVerwG hat aber mittlerweile eine auflockernde Tendenz zu zeigen begonnen. Es hat in seinem Beschluß vom 19. 12. 1986 erklärt: “Einen auch für das landesrechtliche Straßen- und Wegerecht maßgebenden allgemeinen bundesrechtlichen Begriff des Gemeingebrauches gibt es nicht. Vielmehr ist der Gemeingebrauch an Straßen, die nicht Bundesfernstraßen sind (§ 7 I FStrG), bundesrechtlich nur insoweit geregelt, als der Gemeingebrauch in seinem Kern von der grundrechtlichen Gewährleistung der Art. 2 I, 3 I und 14 I GG erfaßt wird.”(112) Das BVerwG hat des weiteren im Scherenschnitt-Fall diese Auffassung fortentwickelt. Danach ist die Frage, ob Straßenkunst als kommunikativer Verkehr zum landesstraßenrechtlichen Gemeingebrauch gehört, nach den Maßstäben des Landesrechts zu beurteilen, gegebenenfalls unter Heranziehung örtlicher Verkehrsanschauungen(113). Das Gericht wiederholt in einer neueren Entscheidung(114) diese Rechtsansicht.

(b) Rechtfertigung der Meinung gegen den Verkehrsbegriff im weiteren Sinn

Diejenigen, die gegen den Verkehrsbegriff im weiteren Sinn sind<sup>(115)</sup>, nennen im wesentlichen zwei Gründe dafür<sup>(116)</sup>. Erstens könne man eine solche Auslegung aus dem Wortlaut des Straßenrechts nicht ableiten, also weder aus dem FStrG noch aus den Landesstraßengesetzen (aa)<sup>(117)</sup>. Zweitens sei der Umfang des Verkehrsbegriffes im weiteren Sinn unklar und offenküdig stark vom gewünschten Ergebnis geprägt (bb)<sup>(118)</sup>. Im folgenden ist zu erörtern, ob diese Gründe eine Verneinung des Verkehrsbegriffs im weiteren Sinn rechtfertigen.

(aa) Wortlaut

Es trifft zwar zu, dass die Straßengesetze sowohl auf Bundesebene als auch auf Landesebene mit dem Verkehrsbegriff in erster Linie auf die Ortsveränderung abzielen. Aber dies führt nicht ohne weiteres dazu, dass man den Verkehrsbegriff nicht im weiteren Sinn auslegen darf. Was das Gesetz will, ist vorrangig der Schutz der Funktion der Straße zumindest zur Ortsveränderung. Darüber hinaus gibt es noch Raum, den Verkehrsbegriff in einem weiteren Sinn auszulegen, solange die Grund(schutz-)funktion erhalten bleibt.

Eine weite Auslegung des Verkehrsbegriffs ist damit vom Wortlaut her nicht verboten<sup>(119)</sup>.

(bb) Reichweite des Verkehrsbegriffs

Problematisch ist die Reichweite des Verkehrsbegriff im weiteren Sinn. Hier geht es darum, bis zu welchem Punkt der Gebrauch der Straße als erlaubnisfrei anerkannt wird, wenn man den Verkehrsbegriff im weiteren Sinn auslegt.

Dazu erklärt das BVerwG: Selbst wenn unter Verkehr "auch die Kontaktaufnahme und Kommunikation mit anderen Verkehrsteilnehmern beabsichtigende Benutzung der Gehewege innerstädtischer Ortsdurchfahrten im Rahmen der erweiterten Zweckbestim-

mung dieser Straßenteile fiele..., geht jedenfalls das Aufstellen eines Gestelles, Tisches oder Standes über diesen Verkehrsbegriff hinaus.”<sup>(120)</sup> Des weiteren zwingt Art. 5 GG nicht dazu, “die politische Werbung auf öffentlichen Gehwegen dann noch dem erlaubnisfreien Gemeingebrauch zuzurechnen, wenn für diese Tätigkeit ein Stand, Tisch oder Gestell verwendet wird. Solche oder ähnliche verkehrsfremde und platzraubende Einrichtungen greifen in den Gehwegraum, der dem Fußgängerverkehr zur Verfügung zu stellen ist, wesentlich stärker ein als dies etwa durch das Verteilen von Flugblättern von Hand zu Hand ohne besondere Hilfsmittel geschehen kann”<sup>(121)</sup>. Das BVerwG bestätigte mit dieser Grenzziehung die bis dahin herrschende obergerichtliche Rechtsprechung<sup>(122)</sup> zur Einordnung von Informationsständen als Sondernutzung. Man kann in späteren Entscheidungen dieselbe Tendenz finden. Das Aufstellen von Plakatständern auf öffentlichen Verkehrsflächen zum Zweck der Werbung einschließlich politischer Werbung ist Sondernutzung<sup>(123)</sup>, ebenso wie die Aufstellung eines Informationsstandes einer politischen Partei<sup>(124)</sup>. Allerdings ist diese Grenzziehung nicht unumstritten. So entschied das OLG Hamburg: “Der Gebrauch von Stellplakaten auf öffentlichen Straßen zur politischen Werbung ist, wenn dadurch keine Behinderung des Verkehrs eintritt, dem erlaubnisfreien Gemeingebrauch zuzurechnen”<sup>(125)</sup>. Nach dieser Auffassung führt die gegenständliche Inanspruchnahme einer Straße (Aufstellen von Gegenständen) nicht immer zur Behinderung des schlichten Gemeingebrauchs. Außerdem wurde vereinzelt auch der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit als Grenze des kommunikativen Gemeingebrauchs angeführt<sup>(126)</sup>.

Wie die vorherrschende Tendenz in der Rechtsprechung zeigt, kann man als Kriterium für die Unterscheidung zwischen Gemeingebrauch und Sondergebrauch einmal darauf abstellen, ob eine gegenständliche Inanspruchnahme der Straße vorliegt oder nicht. Aber dieser Auffassung liegt die Prämisse zugrunde, dass die gegenständliche Inanspruchnahme der Straße gegen den Grundsatz der Gemeinverträglichkeit verstößt, wonach solche Nutzungen nicht mehr vom Gemeingebrauch

umfasst sind, bei denen zu erwarten ist, dass Rechte anderer beeinträchtigt werden<sup>(127)</sup>. Wenn dies so ist, scheint mir, dass das Kriterium dafür, welcher kommunikativer Verkehr erlaubnisfrei ist, grundsätzlich übereinstimmend ist: Dies ist der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit<sup>(128)</sup>. Aber die daraus abgeleitete Folge ist vom gewünschten Ergebnis geprägt, wie die Argumentation derjenigen zeigt, die gegen den Verkehrsbegriff im weiteren Sinne sind. Diejenigen, die die Gemeinverträglichkeit als Kriterium zur Grenzziehung benutzen, leiten daraus ab, dass die gegenständliche Inanspruchnahme der Straße deswegen nicht erlaubnisfrei sei, weil sie den auf Ortsveränderung zielenden fließenden Verkehr beeinträchtigt. Da die normale künstlerische Betätigung auf öffentlichen Straßen oder das Aufstellen von Tischen oder Plakatständern etc. eine gegenständliche Inanspruchnahme der Straße darstellen, seien sie zwangsläufig erlaubnispflichtig und somit Sondergebrauch<sup>(129)</sup>. Aber diese Nutzungen führen nicht immer zur Beeinträchtigung des schlichten Gemeingebrauchs, beispielsweise dann, wenn nur wenige Leute die Straße benutzen. In diesem Fall ist der schlichte Gemeingebrauch nicht ohne weiteres vom Aufstellen von Tischen etc. für die politische Meinungsäußerung beeinträchtigt. Insoweit ist es richtig, wenn die Gegner des Verkehrsbegriffs im weiteren Sinn diesem Begriff als unbestimmt bezeichnen. Wenn man jedoch aus dieser Tatsache ohne weiteres die Folge ableitet, dass der Verkehrsbegriff im weiteren Sinn abzulehnen ist, ist dies nicht überzeugend: Denn es spricht nicht gegen den Verkehrsbegriff im weiteren Sinn, dass der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit keine hinreichende konkrete Grenzziehung erlaubt. Dies ist nämlich nur ein Problem der Begrenzung. Es hat aber nichts damit zu tun, ob der Verkehrsbegriff im weiteren Sinn anerkannt wird.

Auf jeden Fall geht es aber um die Grenzziehung zwischen dem Gemeingebrauch und dem Sondergebrauch. Hierbei kann der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit zwar keine konkrete Grenzziehung leisten und ist somit als Kriterium zu weit. Aber dies liegt daran, dass es unmöglich ist, mit einem einheitlichen Kriterium konkrete Grenzen

zwischen dem Gemeingebrauch und dem Sondergebrauch zu ziehen. Denn es ist unmöglich, im voraus alle zukünftigen problematischen Fälle zu regeln. Es wäre zwar als ein noch genaueres Kriterium denkbar, dass man darauf abstellt, wann, auf welchen Straßen, mit welchen Hilfsmitteln oder von wie vielen Leuten die Straße benutzt wird<sup>(130)</sup>. Dieses Kriterium wäre zwar genauer als das Kriterium des Grundsatzes der Gemeinverträglichkeit. Aber andererseits wäre dieses Kriterium für die Beurteilung eines konkreten Einzelfalles nach wie vor abstrakt. Im Ergebnis ist die Grenzziehung doch immer eine Frage des konkreten Einzelfalles<sup>(131)</sup>. Deshalb ist es sinnvoll, immer den Grundsatz der Gemeinverträglichkeit zugrunde zu legen und zwischen dem schlichten Gemeingebrauch (oder auch dem Anliegergebrauch) und dem kommunikativen Gebrauch abzuwägen<sup>(132)</sup>. Allerdings gibt es dabei Zweifel, ob dieses Kriterium unter dem Gesichtspunkt des staatsrechtlichen Grundsatzes der Bestimmtheit (Art. 20 und 103 GG) deshalb verfassungswidrig ist, weil der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit nicht bestimmt genug ist. Deshalb ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber in Gesetzen, in Rechtsverordnungen oder in Satzungen Beispiele dafür anführt, welche Tätigkeit auf öffentlichen Straßen erlaubnisfrei oder erlaubnispflichtig ist<sup>(133)</sup>. Ein Erwähnung in Merkblättern für die Nutzung der öffentlichen Straßen von Polizeibehörden<sup>(134)</sup> reicht nicht aus, da diese nur verwaltungsinterne Vorschriften sind und somit grundsätzlich keine unmittelbare Rechtswirkung nach außen haben<sup>(135)</sup>. Dies wird auch unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes (vor allem der Wesentlichkeitstheorie) gefordert.

Abschließend ist anzumerken, dass das Wort "zum Verkehr" in den Straßengesetzen eigentlich überflüssig ist, wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt. Denn der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit wird als Kriterium für die Grenzziehung zwischen dem Gemeingebrauch und dem Sondergebrauch im Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht bereits unabhängig vom Tatbestandsmerkmal "zum Verkehr" anerkannt. Zwar verstößt diese Auslegung auf den ersten Blick gegen den Willen des Gesetzgebers<sup>(136)</sup>. Aber der Gesetz-

geber verbietet, abgesehen von Bundesstraßen, im Fall des Gehwegs etc. eine solche Auslegung nicht ausdrücklich. Des weiteren sind Rechtsbegriffe meines Erachtens im Laufe der Zeit jeweils so auszulegen, wie es die Notwendigkeit erfordert. Hierfür kann man auch im Straßenrecht nicht wenige Beispiele finden<sup>(137)</sup>. Damit steht auch dies der von mir vertretenen Auslegung nicht entgegen.

### (c) Zwischenergebnis

Nach alledem ist der Meinung zu folgen, wonach der Begriff "Verkehr" nicht im engeren, sondern im weiteren Sinn auszulegen ist<sup>(138)</sup>. Denn diese Auslegung entspricht der Funktion der Straße, das Demokratieprinzip zu verwirklichen. Sie ist als verfassungskonforme (bzw. in dem Fall, dass die Straßengesetze nicht verfassungswidrig sind, als zumindest verfassungsfreundliche) Auslegung geboten. Insofern ist sie der Auslegung im Sinne eines "Anzeigeverfahrens" (oben C. III. 1.) und im Sinne einer "erlaubnisfreien Sondernutzung" (oben C. III. 2.) vorzuziehen, die die Grenzen der zulässigen verfassungskonformen Auslegung überschreiten.

## 4. Die Ausübung des Ermessens

Auch die Straßengesetze enthalten Ermessensnormen<sup>(139)</sup>. Das Ermessen vermittelt aber auch hier keine Freiheit der befugten Behörde. Im allgemeinen sind die Grundrechte sowohl als objektive Schranken des Ermessens als auch bei den Ermessenserwägungen zu beachten<sup>(140)</sup>. Die befugte Behörde ist eventuell sogar verpflichtet, aufgrund der Einwirkung von Grundrechten eine bestimmte Entscheidung zu treffen (sog. Ermessensreduzierung auf Null)<sup>(141)</sup>. Hier besteht dann ein Rechtsanspruch auf die Sondernutzungserlaubnis. Dass dies auch für den Fall des Straßenrechts gilt, wird heutzutage unter dem Aspekt der verfassungsfreundlichen Auslegung sowohl von der Literatur<sup>(142)</sup> als auch von der Rechtsprechung<sup>(143)</sup> weitgehend anerkannt.

## D. Exkurs — Gemeingebrauch in Japan

Das japanische Verwaltungsrecht wurde vor allem vor dem Zweiten Weltkrieg vom deutschen Recht stark beeinflusst. Auch das Recht der öffentlichen Sachen war keine Ausnahme<sup>(144)</sup>. Deshalb kennt auch das heutige japanische Recht, wie das deutsche Recht, zumindest in der Literatur die zwei Nutzungsformen der Straße, nämlich den Gemeingebrauch und den Sondergebrauch<sup>(145)</sup>. Insoweit kann sich das Problem der Abgrenzung zwischen dem Gemeingebrauch und dem Sondergebrauch auch in Japan ergeben. Ich will im folgenden kurz die Rechtslage hinsichtlich des schlichten Gemeingebrauchs (I) und des kommunikativen Gemeingebrauchs (II) darstellen.

### I. Der schlichte Gemeingebrauch

Im japanischen Straßengesetz<sup>(146)</sup> ist das Recht zum Gemeingebrauch der öffentlichen Straßen im Gegensatz zu den deutschen Straßengesetzen nicht vorgesehen.

In der japanischen Rechtsprechung wird das Recht zur Benutzung der öffentlichen Straßen mangels der gesetzlichen Grundlage nicht als subjektives öffentliches Recht, sondern als Reflex der öffentlich-rechtlichen Normen angesehen. Somit hat der Bürger keine Klagebefugnis<sup>(147)</sup>. Auch in der Literatur wurde diese Auffassung bisher anerkannt. Aber die Stimmen gegen diese Auffassung werden immer gewichtiger<sup>(148)</sup>. Man kann jedoch noch nicht sagen, dass diese Gegenansicht schon die herrschende Meinung sei.

Die herkömmliche Auffassung wird auch im Hinblick auf die Grundrechte nicht verändert. In Betracht kommen Art. 13 und Art. 14 Abs. 1 der Japanischen Verfassung (JV)<sup>(149)</sup>. Art. 13 JV sieht umfassende Freiheitsrechte vor<sup>(150)</sup>. Art. 14 Abs. 1 JV hat den Gleichheitsgrundsatz zum Inhalt<sup>(151)</sup>. Aber diese Bestimmungen werden nicht als rechtliche Gründe für die Anerkennung eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Gemeingebrauch angesehen. Auch einen Versuch, den Gemeingebrauch ins JV einzuordnen, gibt es nicht. In diesem Punkt ist eine Änderung

dringend geboten<sup>(152)</sup>.

Insoweit sollte das deutsche Recht meines Erachtens als Vorbild des japanischen Rechts dienen.

## II. Der kommunikative Gemeingebrauch

Das Problem des kommunikativen Gebrauchs wird in Japan — anders als in Deutschland — sowohl von der Rechtsprechung als auch in der Literatur kaum diskutiert<sup>(153)</sup>. Der Grund dafür ist, dass es eigentlich keine Bestimmung über den Gemeingebrauch und somit auch keine Auslegungsprobleme hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals “zum Verkehr” gibt.

Wieweit wird eine Nutzung der Straße dann in Japan als erlaubnisfrei anerkannt? Nach japanischem Recht kann man, abgesehen von ausdrücklich gesetzlich geregelten Verbotsfällen, insofern frei die Straße benutzen, als eine Nutzung den Gemeingebrauch anderer unter dem Gesichtspunkt des Straßenrechts nicht beeinträchtigt<sup>(154)</sup> und auch den normalen Straßenverkehr unter dem Gesichtspunkt des Straßenverkehrsrechts nicht beeinträchtigt<sup>(155)</sup> (Grundsatz der Gemeinverträglichkeit). Beispielsweise sieht § 77 Abs. 4 Japanisches Straßenverkehrsgesetz<sup>(156)</sup> umfassend vor, dass es der Erlaubnis der Polizei bedarf, wenn die “Form oder Art des Verkehrs einen bemerkenswerten Einfluß auf den allgemeinen Verkehr hat”<sup>(157)</sup>. Folgerichtig ist der kommunikative Verkehr unabhängig von dem Hilfsmittel manchmal erlaubnisfrei und manchmal erlaubnispflichtig. Welche konkrete Nutzung der Straße als Gemeingebrauch anerkannt wird, ist deshalb unbestimmbar. Das hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Dazu stellt z. B. Shiono fest: “Der Inhalt des Rechts zur freien Nutzung ist nicht immer bestimmt. Das ist nach der Zeit und dem Ort veränderlich. Deshalb muß man die Regelung im Hinblick auf die soziale Entwicklung und die Verschiedenheit des Wertes insofern flexibel auslegen, als man die freie Nutzung anderer nicht beeinträchtigt.”<sup>(158)</sup> Auch Hara ist derselben Auffassung: “Der konkrete Umfang

und die konkrete Weise des Gemeingebrauchs sind nach der allgemeinen sozialen Auffassung und der örtlichen Gewohnheit auszulegen. Dies ist so auszulegen, dass die Straße ihrer Benutzung nicht auf die ursprüngliche Nutzungsweise für öffentliche Sachen im Gemeingebrauch begrenzt ist. In der Tat ist es anerkannt, dass — sofern die Ortsveränderung nicht beeinträchtigt wird — es auf der örtlichen Straßen erlaubt ist, zu parken, einen Imbiss zu errichten, zu spielen ...”(159)

Was die Auswirkung der Grundrechte<sup>(160)</sup> auf das Straßennutzungsrecht angeht, gibt es eine mittelbare Auswirkung. Bei der Beurteilung, ob eine Inanspruchnahme der Straße erlaubnisfrei oder erlaubnispflichtig ist, hat die Behörde das Ermessen, zu beurteilen, welche Nutzung der Straße den Gemeingebrauch anderer und den Straßenverkehr beeinträchtigt. Insofern wird das Problem der Grenzziehung zwischen dem Gemeingebrauch und dem Sondergebrauch von einem Problem des Straßenrechts zu einem Problem der Kontrolle über das Verwaltungsermessen im allgemeinen Verwaltungsrecht. Dabei wird nach ganz h. M. anerkannt, dass die Würdigung der Grundrechte als ein Element für die Kontrolle des Verwaltungsermessens in Betracht kommt<sup>(161)</sup>. Obwohl also die unmittelbare Auswirkung der Grundrechte auf das Straßennutzungsrecht nicht diskutiert wird, kann man doch hieran sehen, dass die Grundrechte sich auch in Japan mittelbar auf das Straßennutzungsrecht auswirken<sup>(162)</sup>.

Was den kommunikativen Gemeingebrauch angeht, scheint mir damit kein großer Unterschied zwischen dem deutschen Recht und dem japanischen Recht zu bestehen. Man kann sagen, dass das deutsche Recht sich insoweit dem japanischen Recht angenähert hat, als der Umfang des kommunikativen Gemeingebrauchs auch dort inzwischen vom Grundsatz der Gemeinverträglichkeit begrenzt wird.

## E. Schluß

Straßenrecht ist nicht nur als einfaches Verwaltungsrecht zu begreifen, sondern, nimmt man Art. 1 Abs. 3 GG beim Wortlaut, insbesondere auch als konkretisiertes Verfassungsrecht<sup>(163)</sup>. Die Grundrechte sind wiederum Kernstück des Grundgesetzes. Daraus ergibt sich zwar nicht ohne weiteres die Auslegung des Verkehrsbegriffes im weiteren Sinne. Die Grundrechte wirken sich aber jedenfalls mittelbar auf die Auslegung des Verkehrsbegriffes aus.

Eine solche Auswirkung der Verfassung auf das Straßengesetz kann man nicht nur in der Auslegung des Verkehrsbegriffes finden. So hat der Gesetzgeber kürzlich eine Bestimmung über die Wahrung der Belange des Umweltschutzes als Straßenbaulastpflicht für den Straßenbaulastträger eingeführt<sup>(164)</sup>. Dies dient dem Umweltschutzprinzip (Art. 20 a GG). Diese Tendenz, unter dem Gesichtspunkt der Verfassung die Straßengesetze zu ändern oder auszulegen, sollte auch zukünftig gefördert werden<sup>(165)</sup>.

### Literaturverzeichnis

#### Deutsche Literatur

- Axer, Peter, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, Berlin, 1994
- Bismark, Hans, Straßenkunst in Fußgängerzonen, NJW 1985, S. 246 ff.
- Burgi, Martin, Erholung in freier Natur, Berlin, 1993
- Crombach, Egon, Zur Erlaubnispflichtigkeit der Verteilung politischer Schriften auf öffentlichen Straßen, DVBl 1977, S. 277 ff.
- Danwitz, Thomas von, Straßen- und Wegerecht, in: Schmidt-Abmann, Eberhard, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Berlin, New York, 1999
- Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, 13. Aufl., Heidelberg, 1997
- ders., Art. 5 Abs. 1 und 2, in: Dolzer, Rudolf / Vogel, Klaus (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg, Stand: April 1999
- Denninger, Erhard, Freiheit der Kunst, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, Heidelberg, 1989
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, Tübingen, 1996

- Enders, Christoph, Die Sondernutzung im Straßenrecht zwischen Erlaubnispflicht und Freiheitspflicht des Bürgers, VerwArch 1992, S. 527 ff.
- Feldmeier, Thomas, Politische Meinungsäußerung auf öffentlichen Straßen, Münster, 1982
- Fischer, Hartmut, Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden, 1997
- Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., München, Berlin, 1973
- Goerlich, Helmut, Anmerkung zum Urteil des VGH Bad. Württ. vom 17. 8. 1988, DÖV 1989, S. 130 f.
- ders, Kunst, Erlaubnisverfahren und Straßennutzung, Jura 1990, S. 415 ff.
- Heinz, Kersten, Grundrechte (Kunstfreiheitsgarantie), Straßenrecht, Auslegung der Begriffe Sondernutzung und Gemeingebrauch, JA 1990, S. 246 ff.
- ders, Kunst auf der Straße im Labyrinth von Kunstfreiheit, straßenrechtlichem Gemeingebrauch und Sondernutzung, NVwZ 1991, S. 139 ff
- Hoffmann, Josef, Kunstfreiheit und Sacheigentum, NJW 1985, S. 237 ff.
- Huber, Ernst Rudolf, Zur Problematik des Gemeingebrauchs an öffentlichen Straßen, DÖV 1955, S. 129 ff.
- Hufen, Friedhelm, Zur rechtlichen Regelung der Straßenkunst — kommunikativer Gemeingebrauch, DÖV 1983, S. 353 ff.
- ders., Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 9. 11. 1989, JZ 1990, S. 339 f.
- Ipsen, Jörn, Staatsrecht II, Neuwied, Kriftel, Berlin, 1997
- Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., München, 1997
- Kodal, Kurt / Krämer, Helmut, Straßenrecht, 5. Aufl., München, 1995
- Krebs, Walter, Grundrechtsschutz für Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen und Wegen?, VerwArch 1976, S. 329 ff.
- Kunig, Philip, Der Reiter im Walde, Jura 1990, S. 523 ff.
- Laubinger, Hans-Werner, Straßenkunst: Gemeingebrauch oder Sondernutzung, VerwArch 1990, S. 583 ff.
- Lorenz, Dieter, Zulassungsfreie Sondernutzung kraft Grundrechts? -BVerfG, NVwZ 1992, 52, JuS 1993, S. 375 ff.
- Martens, Wolfgang, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 1972, S. 7 ff.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., München, 1997
- Mayer, Franz, Der Gemeingebrauch, JuS 1963, S. 205 ff.

- Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., München, Leipzig, 1924
- ders., Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., München, Leipzig, 1924
- Meissner, Claus, Kommunikativer Straßenverkehr, JA 1980, S. 583 ff.
- Meyer, Justus, Politik, Kunst und Kommerz auf deutschen Straßen, DÖV 1991, S. 542 ff.
- Murswiek, Dietrich, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 1992, S. 243 ff.
- Mußgnung, Reinhard, Die öffentlichen Straßen als Mehrzweckinstitut, in: Bartlspenger, Richard / Blümel, Willi / Schroeter, Hans-Wolfgang (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Strassenrechtsgesetzgebung, 1980, S. 81 ff.
- Papier, Hans-Jürgen, Straßen- und Wegerecht, in: Berg, Wilfried / Knemeyer, Franz-Ludwig / Papier, Hans-Jürgen / Steiner, Udo, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1996
- ders., Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl., Berlin, New York, 1998
- ders., Recht der öffentlichen Sachen, in: Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Berlin, New York, 1998
- Pappermann, Ernst, Die Verteilung politischen Werbematerials auf öffentlichen Straßen, NJW 1976, S. 1341 ff.
- Pappermann, Ernst / Löhr, Rolf-Peter / Andriske, Wolfgang, Recht der öffentlichen Sachen, München, 1987
- Peine, Franz-Joseph, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Heidelberg, 1998
- ders., Das Recht der öffentlichen Sachen, JZ 1984, S. 869 ff.
- ders., Recht der öffentlichen Sachen — Teil 2, JZ 1996, S. 398 ff.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard, Grundrechte Staatsrecht II, 13. Aufl., Heidelberg, 1997
- Rennert, Klaus, Das Reiten im Walde — Bemerkungen zu Art. 2 I GG, NJW 1989, S. 3261 ff.
- Salzwedel, Jürgen, Straßen- und Verkehrsrecht, in: Schmidt-Abmann, Eberhard (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., Berlin, New York, 1995
- Sauthof, Michael, Die Entwicklung des Straßenrechts seit 1986, NVwZ 1990, S. 223 ff.
- ders., Die Entwicklung des Straßenrechts seit 1989, NVwZ 1994, S. 17 ff.
- ders., Die Entwicklung des Straßenrechts seit 1993, NVwZ 1998, S. 239 ff.
- Scholz, Ruper, in: Manuz/Dürg/Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Juni 1998, Art. 5 Abs. 3 GG

- Schröder, Meinhard, Ungereimtheiten der strafgerichtlichen Rechtsprechung zur Verbreitung politischer Schriften auf öffentlichen Straßen, Verw 1977, S. 451 ff.
- Schuwerack, Friedrich, Aussenwerbung als Straßennutzung, Mainz, 1963
- Sigrist, Hans, Zur Verteilung politischer Flugschriften auf öffentlichem Straßengelände, DÖV 1976, S. 376 ff.
- Steinberg, Rudolf, Meinungsfreiheit und Straßennutzung, NJW 1978, S. 1898 ff.
- Steinberg, Rudolf / Hartung, Sven, Straßenkunst als Gemeingebrauch oder Sondernutzung? - BVerwG, NJW 1990, 2011, JuS 1990, S. 795 ff.
- Steiner, Udo, Straßen- und Wegerecht, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1995
- Stern, Klaus, Die Öffentliche Sache, VVDStRL 1964, S. 183 ff.
- Stock, Martin, Straßenkommunikation als Gemeingebrauch, Athenäum, 1979
- Stür, Bernhard, Die Straße als Mehrzweckinstitut, DVBl 1997, S. 479 ff.
- Thiele, Willi, Zur Problematik der Grenzziehung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung, DVBl 1980, S. 977 ff.
- Walter, Wolfgang, Gemeingebrauch im Straßenrecht, BayVBl 1978, S. 234 ff.
- Werner, Fritz, DVBl 1959, 527 ff.
- Wolf, Hans J. / Bachof, Otto, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 9. Aufl., München, 1974
- Würkner, Joachim, Öffentliches Recht und zeitgenössische Musik, GewArch 1987, S. 321 ff.
- ders, Die Freiheit der Straßenkunst (Art. 5 III 1 GG), NVwZ 1987, S. 841 ff.
- ders, Straßenrecht contra Kunstfreiheit?, NJW 1987, S. 1793 ff.
- ders, Wie frei ist die Kunst?, NJW 1988, S. 317 ff.
- ders, Straßenkunst als (kommunikativer) Gemeingebrauch, NJW 1989, S. 1266 f.
- ders, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 9. 11. 1989, NJW 1990, S. 2013 f.

#### Japanische Literatur

- Abe, Yasutaka, Gyousei no hou sisutemu — Jyou (Rechtssystem der Verwaltung, Bd. 1), 1992, Tokio
- Doi, Masanori, Koubutsu hou riron seiritsu shi — doitsu ni okeru seiritu to nihon gyouseihougaku heno eikyō (Entstehungsgeschichte der Theorie über das Recht der öffentlichen Sachen — Die Entstehung in Deutschland und der Einfluß auf die japanische Verwaltungsrechtswissenschaft)(5), Akita hougaku, Nr. 18, 1991, S. 1 ff.
- ders., derselbe Titel(6), Akita hougaku, Nr. 19, 1992, S. 1 ff.
- ders., derselbe Titel(7), Akita hougaku, Nr. 20, 1993, S. 3 ff.

- ders., derselbe Titel(8), Akita hougaku, Nr. 21, 1993, S. 42 ff.
- ders., derselbe Titel(9), Akita hougaku, Nr. 30, 1997, S. 1 ff.
- Hara, Ryuunosuke, Koubutsu eizoubutsu hou (Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten), neue Aufl. Tokio, 1982
- Harada, Naohiko, Kankyouden to saiban (Umweltrecht und Rechtsprechung), Tokio, 1973
- Hatakeyama, Takemichi / Doi, Masanori, Dourojiyuushiyoukenn no seikaku to riyousyahogo (Charakter und Nutzerschutz des Rechts zur Benutzung von Straßen)(1), Rikkyouhougaku Nr. 30, 1988, S. 160 ff.
- Matsushima, Jyunkichi, Koubutsukanriken (Befugnis zur Verwaltung öffentlicher Sachen), in: Ogawa, Ichirou / Shiono, Hiroshi / Sonobe, Itsuo(Hrsg.), Gendai Gyouseihou Taikei (Modernes Verwaltungsrechtssystem), Bd. 9, Tokio, S. 290 ff.
- Saikousaibansyo jimusooukyoku (Hrsg.), Syuyou gyouseijiken saibannrei gaikan — koubutsu, eizoubutsu, koukigyou kannkei hen (Überblick über wichtige Entscheidungen im Verwaltungsprozesrecht — Öffentliche Sache, Anstalt, öffentliches Unternehmen), Bd. 4, Tokio, 1990
- Shibaike, Yoshikazu, Gyouseihou souron kougi (Vorlesung zum allgemeinen Verwaltungsrecht), 3. Aufl., Tokio, 1998
- Shiono, Hiroshi, Gyouseihou III (Verwaltungsrecht, Bd. 3), 2. Aufl., Tokio, 1995
- Shiyake, Masanori, Kenpou 2 (Verfassungsrecht) — Kihonken (Grundrecht), Tokio, 1996
- Tanaka, Jirou, Gyouseihou tyuukan (Verwaltungsrecht, Bd. 2), neue 2. Aufl., Tokio, 1976

#### Notes

- (1) Zum Überblick über die jüngeren Entwicklungen der Rechtsprechung zum kommunikativen Gemeingebrauch siehe Peine, Recht, JZ 1984, S. 869 (872 f.); ders., Recht, JZ 1996, S. 398 (404 f.); Sauthff, Entwicklung, NVwZ 1990, S. 223 (225 f.); ders., Entwicklung, NVwZ 1994, S. 17 (18 f., 22 f.); ders., Entwicklung, NVwZ 1998, S. 239 (243 ff.).
- (2) Statt aller Kodal/Krämer, Strassenrecht, Kapitel 24 Rn. 1. 1.
- (3) § 7 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) vom 6. Augst 1953 (BGBl. I S. 903) i. d. F. der Bekanntmachung vom 19. April 1994 (BGBl. I S. 854) zuletzt geändert durch Viertes Änderungsgesetz vom 19. Juni 1997 (BGBl. I S. 1452).
- (4) So § 13 Abs. 1 S. 1 BWStrG; § 10 Abs. 2 S. 1 BerlStrG; § 14 Abs. 1 S. 1 BrandStrG; § 15 Abs. 1 BremLStrG; § 14 S. 1 HessStrG; § 21 Abs. 1 S. 1

MVStrWG ; § 14 Abs. 1 S. 1 NdsStrG ; § 14 Abs. 1 S. 1 NWStrWG ; § 34 Abs. 1 S. 1 RhPflStrG ; § 14 Abs. 1 ThürStrG.

- (5) Während die Inhaltsschranken “zum Verkehr” und “im Rahmen der Widmung” grundsätzlich auf Dauer den Umfang des sachenrechtlich zulässigen Gebrauchs der Straße eingrenzen, regeln die Ausübungsschranken “im Rahmen der Verkehrs-vorschriften” meist nur vorübergehend die jeweilige Ausübung des zulässigen Straßengebrauchs. Die Inhaltsschranken werden auch als Festlegung des “abstrakten”, die Ausübungsschranken dagegen als Regelung des “konkreten” Gemeingebrauchs bezeichnet. So Kodal/Krämer, Strassenrecht, Kapitel 24 Rn. 10 ff.; Steiner, Straßen- und Wegerecht, Rn. 111.
- (6) So Axer, Widmung, S. 123.
- (7) Mußgung, Straßen, S. 81 ff.; Stüner, Straße, DVBl 1997, S. 479 (479 ff.).
- (8) Hufen, Regelung, S. 353 (355).
- (9) Das Wort “schlichter Gemeingebrauch” wird allerdings normalerweise zur Abgrenzung vom Anliegergebrauch benutzt. Hierbei ist das Kriterium nicht der Zweck, sondern das Subjekt der Nutzung der Straße.
- (10) Vgl. die Übersicht bei Mayer, F., Gemeingebrauch, JuS 1963, S. 205 (206 ff.); Walter, Gemeingebrauch, BayVBl 1978, S. 234 (235 ff.).
- (11) Statt aller Papier, Recht, S. 110; Pappermann/Löhr/Andriske, Recht, S. 76. Allerdings spricht das BVerwG sich niemals direkt für ein subjektiv-öffentliches Recht bei Ansprüchen aus dem schlichten Gemeingebrauch aus; siehe dazu BVerwG, Urteil vom 14. 3. 1957, BVerwGE 4, S. 342 (343); Walter, Gemeingebrauch, BayVBl 1978, S. 234 (237).
- (12) Maurer, Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 12.
- (13) Vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Vorb. vor Art. 1 Rn. 1.
- (14) Auch Art. 1 Abs. 1, Art. 1 Abs. 2 S. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG werden genannt. Siehe dazu Salzwedel, Straßen- und Verkehrsrecht, Rn. 28; Meyer, J, Politik, DÖV 1993, S. 542 (543).
- (15) Statt aller Papier, Recht, S. 111; Pappermann/Löhr/Andriske, Recht, S. 77. Dagegen Huber, Problematik, DÖV 1955, S. 129.
- (16) BVerwG, Urteil vom 14. 3. 1957, BVerwGE 4, S. 342 (346).
- (17) Mayer, O., Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 103.
- (18) BVerwG, Urteil vom 9. 6. 1967, BVerwGE 27, S. 181(185).
- (19) BVerwG, Urteil vom 25. 9. 1968, BVerwGE 30, S. 235 (238 f.).
- (20) So BVerwG, Urteil vom 20. 5. 1987, NJW 1988, S. 432 (433).
- (21) BVerwG, Urteil vom 25. 6. 1969, BVerwGE 32, S. 222 (225).

- (22) Statt aller Papier, Recht, S. 111; Pappermann/Löhr/Andriske, Recht, S. 77.
- (23) BVerfG, Urteil vom 6. 6. 1989, BVerfGE 80, S. 137 (152).
- (24) Burgi, Erholung, S. 41. Siehe auch Kunig, Reiter, Jura 1990, S. 523 (525 f.).
- (25) Rennert, Reiten, S. 3261 (3261). Er stellt hierzu weiter dar, dass das BVerfG aus seinem Vorbringen die Rechtsbehauptung hätte herauslesen müssen, "bereits § 14 BWaldG enthalte die Widmung aller Privatwege im Wald zu einem Gemeindegebrauch, der nicht nur das Betreten zu Fuß, sondern auch das Reiten umfaßt".
- (26) So Kodal/Krämer, Strassenrecht, Kapitel 24 Rn. 45. 1; Stern, Sache, VVDStRL 1964, S. 183 (215).
- (27) So BVerwG, Urteil vom 25. 9. 1968, BVerwGE 30, S. 235 (238 f.).
- (28) Walter, Gemeindegebrauch, BayVBl 1978, S. 234 (237).
- (29) Kodal/Krämer, Strassenrecht, Kapitel 24 Rn. 6; Steiner, Straßen- und Wege-recht, Rn. 112.
- (30) Martens, Grundrechte, VVDStRL 1972, S. 7 (21).
- (31) Murswiek, Grundrechte, § 112 Rn. 82. Siehe auch Forstoff, Lehrbuch, S. 392; Krebs, Grundrechtsschutz, VerwArch 1976, S. 329 (333 f.).
- (32) Dreier, Grundgesetz, Art. 2 I Rn. 49.
- (33) Bismark, Straßenkunst, S. 246 (250).
- (34) Dreier, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 49.
- (35) Bezüglich eines Anspruchs auf die Aufrechterhaltung des Gemeindegebrauchs siehe § 13 Abs. 2 BWStrG; Art. 14 Abs. 3 BayStrWG; § 10 Abs. 2 S. 2 BerlStrG; § 14 Abs. 1 S. 2 BrandStrG; § 15 Abs. 2 BremLStrG; § 14 S. 2 HessStrG; § 21 Abs. 5 MVStrWG; § 14 Abs. 2 NdsStrG; § 14 Abs. 1 S. 2 NWStrG; § 34 Abs. 1 RhPflStrG; § 14 Abs. 2 SaarStrG; § 14 Abs. 1 S. 2 SächsStrG; § 14 Abs. 1 S. 2 SachsAnhStrG; § 20 Abs. 4 SchlHStrWG.
- (36) Meyer, F., Politik, DÖV 1991, S. 542 (543). Vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 5 Abs. 3 Rn. 18.
- (37) Außerdem wird die gewerbliche Betätigung heftig diskutiert. Siehe dazu statt aller Papier, Recht, S. 93 ff, 100 f.
- (38) Vgl. BVerwG, Beschluß vom 4. 7. 1996, NJW 1997, S. 406 (407), sowie BVerwG, Beschluß vom 4. 7. 1996, NJW 1997, S. 408 (408). Bezüglich der religiösen Betätigung siehe auch OVG Lüneburg, Urteil vom 13. 11. 1995, S. 244 (244 ff.); OVG Lüneburg, Urteil vom 13. 11. 1995, S. 247 (247 ff.). Allerdings gilt dies nicht ohne weiteres für die kommerzielle Zweckverfolgung. Bezüglich der kommerziellen Zweckverfolgung statt aller Papier, Recht, S. 93 ff.; Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 251. Ob eine Bevorzugung der kommunikativen gegenüber der

kommerziellen Straßennutzung überhaupt gerechtfertigt ist, ist eine selten aufgeworfene Frage.

- (39) Hufen, Regelung, DÖV 1983, S. 353 (357).
- (40) Siehe Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (619).
- (41) Kodal/Krämer, Straßenrecht, § 26 Rn. 57. Vgl. auch Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 257; OLG Stuttgart, Beschluß vom 6. 12. 1985, S. 171 (172); VG Meiningen, Beschluß vom 22. 10. 1993, LKV 1994, S. 231 (231).
- (42) Allerdings stellen einzelne Gerichte zusätzlich auch auf den Schutz der Pressefreiheit ab. Denn bei der Verbreitung von Flugblättern, Flugschriften und Zeitungen handelt es sich in aller Regel um Presseerzeugnisse. Dazu OLG Celle, Beschluß vom 4. 4. 1975, NJW 1975, 1894 (1894); OLG Saarbrücken, Beschluß vom 22. 12. 1975, NJW 1976, 1362 (1362); VG Berlin, Urteil vom 12. 11. 1971, DVBl 1972, S. 511 (513); Schröder, Ungereimtheiten, Verwaltung 1977, S. 451 (453).
- (43) BVerwG, Urteil vom 26. 6. 1970, BVerwGE 35, S. 326 (329). Siehe auch BayObLG, Beschluß vom 6. 12. 1966, DVBl 1967, S. 202 (202); VGH München, Urteil vom 2. 8. 1967, DVBl 1967, S. 920 (921); OVG Münster, Urteil vom 12. 11. 1970, DVBl 1972, S. 509 (510).
- (44) OVG Münster, Urteil vom 12. 11. 1970, DVBl 1972, S. 509 (510).
- (45) OVG Münster, Urteil vom 12. 11. 1970, DVBl 1972, S. 509 (510).
- (46) OLG Stuttgart, Beschluß vom 25. 9. 1975, NJW 1976, S. 201 (201 ff.); OLG Frankfurt, Beschluß vom 1. 9. 1975, NJW 1976, S. 203 (203f); OVG Lüneburg, Urteil vom 11. 3. 1985, DÖV 1985, S. 688 (688).
- (47) Vgl. Schröder, Ungereimtheiten, Verwaltung 1977, S. 451 (463).
- (48) OVG Lüneburg, Urteil vom 25. 8. 1976, NJW 1977, S. 916 (916).
- (49) OVG Lüneburg, Urteil vom 25. 8. 1976, NJW 1977, S. 916 (916).
- (50) BayVGH, Urteil vom 30. 5. 1978, DVBl 1979, S. 80 (81).
- (51) OLG Hamm, Beschluß vom 29. 7. 1976, NJW 1976, S. 2172 (2173); OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. 2. 1975, NJW 1975, S. 1288 (1288); OLG Celle, Beschluß vom 4. 4. 1975, NJW 1975, S. 1894 (1894); OVG Lüneburg, Urteil vom 25. 8. 1976, NJW 1977, S. 916 (917).
- (52) OLG Stuttgart, Beschluß vom 25. 9. 1975, NJW 1976, S. 201 (201 ff.); OLG Frankfurt, Beschluß vom 1. 9. 1975, NJW 1976, S. 203 (203f); OVG Hamburg, Urteil vom 14. 12. 1995, NJW 1996, S. 2051 (2051). Siehe auch Feldmeier, Meinungsäußerung, S. 131.
- (53) Bezüglich anderer Methoden siehe unten III.
- (54) BVerfG, Beschluß vom 18. 10. 1991, NVwZ 1992, S. 53 f.

- (55) BVerfG, Beschluß vom 18. 10. 1991, NVwZ 1992, S. 53 (53 f.).
- (56) BVerfG, Beschluß vom 18. 10. 1991, NVwZ 1992, S. 53 (53).
- (57) Lorenz, Sondernutzung, JuS 1993, S. 375 (375).
- (58) BVerwG, Urteil vom 24. 8. 1994, NVwZ-RR 1995, S. 129 (129).
- (59) Als Schranken-Schranken werden üblicherweise der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG), das Verbot des einschränkenden Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG), das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) und der Bestimmtheitsgrundsatz genannt ; vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 278.
- (60) BVerfG, Beschluß vom 22. 6. 1982, BVerfGE 61, S. 1 (9).
- (61) Statt aller Ipsen, Staatsrecht, Rn. 391 ff.
- (62) BVerfG, Beschluß vom 10. 10. 1995, BVerfGE 93, S. 266 (289).
- (63) Herzog, in : Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 73.
- (64) BVerfG, Beschluß vom 23. 10. 1985, BVerfGE 71, S. 108 (113).
- (65) Vgl. Meyer, F., Politik, DÖV 1991, S. 542 (543).
- (66) Vgl. Papier, Recht, S. 96 ; Schröder, Ungereimtheiten, Verwaltung 1977, S. 451 (465).
- (67) Vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art 5. Rn. 47.
- (68) BVerfG, Urteil vom 22. 11. 1951, BVerfGE 7, S. 198 (209).
- (69) Papier, Recht, S. 96.
- (70) Siehe dazu B.
- (71) Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 253.
- (72) Pappermann/Löhr/Andriske, Recht, S. 69.
- (73) OLG Hamm, Beschluß vom 25. 10. 1979, NJW 1980, S. 1702 (1702 f.).
- (74) BVerwG, Beschluß vom 7. 1. 1981, DÖV 1981, S. 342 (342 f.). Siehe auch VG Freiburg, Urteil vom 30. 7. 1985, VBIBW 1986, S. 30 (32) ; BVerwG, Beschluß vom 19. 12. 1986, NJW 1987, S. 1836 (1836 f.) ; BVerwG, Beschluß vom 16. 6. 1987, wiedergegeben bei Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (593).
- (75) VGH Mannheim, Urteil vom 17. 8. 1988, NJW 1989, S. 1299 ff. Siehe auch Steiberg/Hartung, Straßenkunst, JuS 1990, S. 795 (798 f.) ; Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (594 ff.).
- (76) VGH Mannheim, Urteil vom 17. 8. 1988, NJW 1989, S. 1299 (1301).
- (77) VGH Mannheim, Urteil vom 17. 8. 1988, NJW 1989, S. 1299 (1300).
- (78) BVerwG, Urteil vom 9. 11. 1989, BVerwGE 84, S. 71 ff. = NJW 1990, S. 2011 f. Siehe auch Würkner, Anmerkung, NJW 1990, S. 2012 (2012 f.) ; Gorelich, Kunst, Jura 1990, S. 415 (415 ff.) ; Heinz, Anmerkung, JA 1990, S. 246 (246 f.) ; Steiberg/

- Hartung, Straßenkunst, JuS 1990, S. 795 (799 ff.); Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (596 ff.).
- (79) BVerwG, Urteil vom 9. 11. 1989, NJW 1990, S. 2011 (2012).
- (80) Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (598). Siehe auch Heinz, Anmerkung, JA 1990, S. 246 (247).
- (81) Fischer, Auswirkungen, S. 134 f.
- (82) BVerwG, Beschluß vom 4. 7. 1996, NJW 1997, S. 406 (407).
- (83) BVerfG, Beschluß vom 24. 2. 1971, BVerfGE 30, S. 173 (188 f.).
- (84) Ipsen, Staatsrecht, Rn. 473.
- (85) Vgl. Würkner, Kunst, NJW 1988, S. 317 (317 ff.).
- (86) BVerfG, Beschluß vom 17. 7. 1984, BVerfGE 67, S. 213 (225).
- (87) So BVerfG, Beschluß vom 24. 2. 1971, BVerfGE 30, S. 173 (189); BVerfG, Beschluß vom 17. 7. 1984, BVerfGE 67, S. 213 (224); Meyer, F., Politik, DÖV 1991, S. (544); Würkner, Freiheit, NVwZ 1987, S. 841 (844).
- (88) Goerlich, Kunst, Jura 1990, S. 415 (417).
- (89) Goerlich, Kunst, Jura 1990, S. 415 (418).
- (90) Siehe dazu Denninger, Freiheit, § 146 Rn. 42.
- (91) Vgl. Würkner, Öffentliches Recht, GewArch 1987, S. 321 (322).
- (92) Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (621); vgl. auch Axer, Widmung, S. 129 f.
- (93) So Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 5 Rn. 73
- (94) Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 74. Vgl. auch Würkner, Straßenkunst, NJW 1989, S. 1266 (1267).
- (95) Hufen, Regelung, S. 353 (357).
- (96) Siehe dazu Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 79 ff.
- (97) Vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Einl. Rn. 5, Art. 20 Rn. 23 b; Degenhart, Staatsrecht, Rn. 522.
- (98) Siehe dazu C. I. 2. (b) (bb).
- (99) Vgl. Lorenz, Sondernutzung, NVwZ 1992, S. 375 (375); Steinberg/Hartung, Straßenkunst, S. 795 (797).
- (100) Pappermann, Verteilung, NJW 1976, S. 1341 (1343). Siehe auch Crombach, Erlaubnispflichtigkeit, DVBl 1977, S. 277 (279).
- (101) So Papier, Recht, S. 97.
- (102) BVerfG, Beschluß vom 22. 10. 1985, BVerfGE 71, S. 81 (105).
- (103) OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. 2. 1975, NJW 1975, S. 1288 (1288 ff.); OLG Celle, Beschluß vom 4. 4. 1975, NJW 1975, S. 1894 (1894 f.). Vgl. auch OLG Celle,

- Beschluß vom 25. 4. 1975, NJW 1975, S. 1895 (1895); BVerfG, Beschluß vom 18. 10. 1991, NVwZ 1992, S. 52 (53).
- (104) Manchmal wird auch derjenige Sondergebrauch als erlaubnisfreier Sondergebrauch bezeichnet, der nicht durch die verfassungskonforme Auslegung, sondern durch eine Satzung der Gemeinde als erlaubnisfrei anerkannt wird; vgl. dazu Heinz, Kunst, NVwZ 1991, S. 139 (141).
- (105) BVerfG, Beschluß vom 22. 10. 1985, BVerfGE 71, S. 81 (105).
- (106) Papier, Recht, S. 97; Schröder, Ungereimtheiten, Verwaltung 1977, S. 451 (456); Walter, Gemeingebrauch, BayVB1 1978, S. 234 (239).
- (107) Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (616); Pappermann/Löhr/Andriske, Recht, S. 67 f.
- (108) Otto Mayer hatte bereits die Wandlungsfähigkeit des Verkehrsbegriffs betont, als er den geschäftigen Hausfrauen zugestand, sie dürften sich im Rahmen des Gemeingebrauchs begegnen und für längere Zeit auf die Fortbewegung verzichten. Mayer, O., Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 79. Siehe auch Hufen, Anmerkung, S. 339 (340).
- (109) BayObLG, Beschluß vom 6. 12. 1966, DVBl 1967, S. 202 (202); VGH München, Urteil vom 2. 8. 1967, DVBl 1967, S. 920 (921); OVG Münster, Urteil vom 12. 11. 1970, DVBl 1972, S. 509 (510).
- (110) VGH Mannheim, Urteil vom 17. 8. 1988, NJW 1989, S. 1299 (1300). Auch OLG Köln, Beschluß vom 19. 8. 1991, NVwZ 1992, S. 100 (100); OVG Hamburg, Urteil vom 14. 12. 1995, NJW 1996, S. 2051 (2051); OLG Düsseldorf, Beschluß vom 8. 4. 1998, NJW 1998, S. 2375 (2375).
- (111) BVerwG, Urteil vom 26. 6. 1970, BVerwGE 35, S. 326 (329). Diese Tendenz ist die damalige herrschende Meinung.
- (112) BVerwG, Beschluß vom 19. 12. 1986, NJW 1987, S. 1836 (1836).
- (113) BVerwG, Urteil vom 9. 11. 1989, BVerwGE 84, S. 71 (77).
- (114) BVerwG, Beschluß vom 4. 7. 1996, NJW 1997, S. 406 (407).
- (115) Axer, Widmung, S. 129 ff.
- (116) Außerdem wird auch die fehlende Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung als Grund genannt. Siehe dazu Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (620 ff.). Diese Auffassung führt jedoch nicht ohne weiteres zur Verneinung des Verkehrsbegriffs im weiteren Sinn. Es bedarf zumindest noch der verfassungsfreundlichen Auslegung. Siehe auch Steinberg, Meinungsfreiheit, NJW 1978, S. 1898 (1900 ff.).
- (117) Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (619).

- (118) Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (618 f.); Schröder, Ungereimtheiten, Verwaltung 1977, S. 451 (456 ff.).
- (119) Vgl. Pappermann/Löhr/Andriske, Recht, S. 68.
- (120) BVerwG, Urteil vom 7. 6. 1978, BVerwGE 56, S. 63 (65).
- (121) BVerwG, Urteil vom 7. 6. 1978, BVerwGE 56, S. 63 (67).
- (122) OLG Karlsruhe, Beschluß vom 15. 4. 1976, NJW 1976, S. 1360 (1361); OLG Frankfurt, Beschluß vom 29. 4. 1977, S. 1699 (1699); OLG Stuttgart, Vorlagebeschluß vom 28. 4. 1978, DVBl 1979, S. 77 (79).
- (123) BVerwG, Urteil vom 24. 8. 1994, NVwZ-RR 1995, S. 129 (129).
- (124) VG Meiningen, Beschluß vom 22. 10. 1993, LKV 1994, S. 231 (231). Vgl. auch BGHSt, Beschluß vom 30. 1. 1979, BGHSt 28, S. 275 (277 ff.).
- (125) OLG Hamburg, Vorlagebeschluß vom 25. 5. 1977, NJW 1977, S. 1704 (1704). Auch OLG Saarbrücken, Beschluß vom 22. 12. 1975, NJW 1976, S. 1362 (1362 f.); AG Frankfurt, Urteil vom 4. 5. 1976, NJW 1976, S. 1363 (1363 f.).
- (126) OVG Lüneburg, Urteil vom 11. 3. 1985, DÖV 1985, S. 688 (688). Dagegen OLG Stuttgart, Vorlagebeschluß vom 28. 4. 1978, DVBl 1979, S. 77 (79).
- (127) Kodal/Krämer, Strassenrecht, Kapitel 24 Rn. 30 ff.
- (128) Papier, Recht, S. 98; Würkner, Freiheit, NJW 1987, S. 841 (848); ders., Straßenrecht, NJW 1987, S. 1793 (1799); ders., Öffentliches Recht, GewArch 1987, S. 321 (326); Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 252; Heinz, Kunst, NVwZ 1991, S. 139 (140 f.). Vgl. auch Stock, Straßenkommunikation, S. 19, 63 f.
- (129) Papier, Recht, S. 98 ff.; Pappermann/Löhr/Andriske, Recht, S. 69 f.
- (130) Vgl., Hafen, Regelung, DÖV 1983, S. 353 (360 f.); Heinz, Kunst, NVwZ 1991, S. 139 (140 ff.); Würkner, Freiheit, NJW 1987, S. 841 (849).
- (131) Schröder, Ungereimtheiten, Verwaltung 1977, S. 451 (461).
- (132) Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 253; Heinz, Kunst, NVwZ 1991, S. 139 (141).
- (133) Vgl. § 2 Abs. 3 und 4 Straßenordnung für die Stadt Bremen vom 10. 5. 1960 (Brem. GBl. S. 51), Stand: Juni 1999.
- (134) Vgl. Merkblatt für Straßenmusikanten in Freiburg bei Laubinger, Straßenkunst, VerwArch 1990, S. 583 (588).
- (135) Bezüglich der Rechtsnatur des Merkblattes siehe VG Freiburg, Urteil vom 30. 7. 1985, VBIBW 1986, S. 30 (31).
- (136) Vgl. Axer, Widmung, S. 131.
- (137) Siehe dazu Kodal/Krämer, Strassenrecht, Kapitel 24 Rn. 29.
- (138) Pappermann/Löhr/Andriske, Recht, S. 68 f.; Papier, Recht, S. 97 ff.; Sigrid,

- Verteilung, DÖV 1976, S. 376 (378) ; Thiele, Problematik, DVBl 1980, S. 977 (980).
- (139) Beispielsweise § 8 Abs. 1 und 2 BFStrG.
- (140) Maurer, Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 23 ; Peine, Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 70.
- (141) Maurer, Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 24 f. ; Pappermann/Löhr/Andriske, Recht, S. 69 ; Peine, Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 71.
- (142) Maurer, Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 25 ; Peine, Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 71 ; Steinberg, Meinungsfreiheit, NJW 1978, S. 1898 (1902).
- (143) So BVerwG, Urteil vom 9. 11. 1989, BVerwG 84, S. 71 (78).
- (144) Ausführlich Doi, Einfluß (5), Akita hougaku Nr. 18, 1991, S. 1 (1 ff.) ; ders., Einfluß (6), Akita hougaku Nr. 19, 1992, S. 1 (1 ff.) ; ders., Einfluß (7), Akita hougaku Nr. 20, 1993, S. 3 (3 ff.) ; ders., Einfluß (8), Akita hougaku Nr. 21, 1993, S. 42 (42 ff.) ; ders., Einfluß (9), Akita hougaku Nr. 30, 1997, S. 1 (1 ff.).
- (145) Shiono, Verwaltungsrecht, S. 278.
- (146) Douro hou (Straßengesetz) vom 10. 6. 1953, Gesetz Nr. 180, Stand : 1. 1. 1997.
- (147) Ausführlich Saikousaibannsyo jimusoukyoku (Hrsg.), Überblick, S. 24 ff ; Hatakeyama/Doi, Charakter, Rikkyouhougaku Nr. 30, 1988. S. 160 (161 ff.).
- (148) So Harada, Umweltrecht, S. 91 ff.
- (149) Vgl. Matsushima, Befugnis, S. 306 ff.
- (150) Art. 13 JV lautet ; "Jede Bürger wird als Individuum respektiert. Die Rechte des Volkes auf Leben, Freiheit und das Streben nach Wohlstand müssen, soweit sie nicht zum öffentlichen Wohl im Widerspruch stehen, in der Gesetzgebung und anderen Maßnahmen des Staates größte Beachtung finden".
- (151) Art. 14 Abs. 1 JV lautet : "Alle Bürger sind vor dem Gesetz gleich. Auf Grund von Rasse, Glaubensbekenntnis, Unterschiede der Geschlechter, sozialer Stellung oder Herkunft werden keine Unterschiede in politischer, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht gemacht".
- (152) Vgl. Shiono, Verwaltungsrecht, S. 290.
- (153) Vgl. Abe, Rechtssystem, S. 194.
- (154) Hara, Recht, S. 266 ff.
- (155) Hara, Recht, S. 263 ff.
- (156) Douro koutsu hou (Straßenverkehrsgesetz) vom 25. 6. 1960, Gesetz Nr. 105, Stand : 1. 1. 1997.
- (157) Es wird bezweifelt, ob dieser umfassende und unbestimmte Gesetzestext gegen den Grundsatz der Bestimmtheit des Gesetzes verstößt. Siehe dazu Shiyake, Verfassungsrecht, S. 315 ; Sato, Verfassungsrecht, S. 546 f. Der Oberste Gerichtshof in Japan (OGH) hat die Bestimmung allerdings als verfassungsmäßig ange-

sehen: OGH vom 16. 11. 1982, Keisyu 36, 908.

(158) Shiono, Verwaltungsrecht, S. 281.

(159) Hara, Recht, S. 262.

(160) Sowohl bei der politischen Meinungsäußerung als auch bei der künstlerischen Betätigung geht es um Art. 21 JV (Die Freiheit der Versammlung, des Bildens von Vereinen, der Rede, der Presse und aller sonstigen Formen des Ausdrucks wird garantiert. Es darf keine Zensur ausgeübt werden. Das Nachrichtengeheimnis darf nicht verletzt werden). Es gibt keine ausdrückliche Bestimmung über die Freiheit der Kunst in der Japanischen Verfassung. Siehe dazu Shiyake, Verfassungsrecht, S. 285, 293 f.

(161) So Shibaike, Verwaltungsrecht, S. 84 ff.

(162) Außerdem gab es die heftige Diskussion darum, ob das Straßenverkehrsgesetz oder die Satzungen zum Erlaubnisverfahren selbst gegen Art. 21 JV verstößt. OGH hat allerdings sie als verfassungsmäßig angesehen. OGH vom 16. 11. 1982, Keisyu 36, 908.

(163) Würkner, Anmerkung, NJW 1990, S. 2013 (2014); ders., Straßenrecht, NJW 1987, S. 1793 (1793).

(164) So § 3 FStrG.

(165) Vgl. Kodal/Krämer, Strassenrecht, Kapitel 2 Rn. 1 ff.