

### **„Nomaden auf die Barrikaden!“**

Der Berliner Bezirk B plant nach wiederholten Beschwerden von Anwohnern die Schließung des Obdachlosenheims in der Sanicoeurstraße. Obdachlosenverbände kündigen hiergegen Widerstand an. Unter dem Titel „Nomaden auf die Barrikaden!“ sind mehrere Protestaktionen geplant, darunter insbesondere eine Mahnwache vor dem Rathaus des Bezirks.

Vor dem Rathaus befindet sich ein öffentlicher Platz, der eine mit Rasen, Blumenrabatten und einem Springbrunnen gestaltete Grünfläche umschließt. Zwar ist das Betreten der Grünfläche ausweislich der Beschilderung verboten; bei schönem Wetter aber spielen dort seit Jahren Kinder und Jugendliche. Der Obdachlosenverband O möchte eine Aktion unter dem Motto „Wir schlagen unsere Zelte auf“ durchführen und vom 15. Mai 2005 bis zum Tag der voraussichtlichen Schließung des Heims am 15. Juli 2005 ein Zelt auf der Grünfläche aufstellen. In diesem soll rund um die Uhr eine Mahnwache abgehalten werden; Passanten sollen nachdrücklich ermuntert werden, sich dem Protest anzuschließen. Da in den Koordinationsgesprächen mit der Versammlungsbehörde und dem Bezirksamt seitens der Verwaltung Bedenken gegen dieses Vorhaben geäußert werden, möchte O zumindest die Aufstellung eines Zelts auf dem Rathausvorplatz erreichen.

Mit Bescheid vom 12. Mai 2005 untersagt der Polizeipräsident in Berlin, gestützt auf § 15 I VersG, die Aufstellung des Zeltes: Die Grünfläche dürfe nicht betreten werden und könne daher auch nicht für die Aktion zur Verfügung gestellt werden. Auch der Rathausplatz stehe nicht zur Verfügung, da hier eine erhebliche Belästigung der Öffentlichkeit durch „herumlungernde Obdachlose“ drohe. Der Schutz der Öffentlichkeit an einem öffentlichen Platz gehe insoweit der Versammlungsfreiheit vor. Der Bescheid ist für sofort vollziehbar erklärt, da der geplante Beginn der Aktion unmittelbar bevorstehe und deren Durchführung erhebliche Interessen der Allgemeinheit gefährde.

O möchte vor Gericht ziehen, um die Aktion doch noch wie geplant zu ermöglichen. Erstellen Sie ein Rechtsgutachten über die Erfolgsaussichten!

**Abwandlung:** Beschreiben Sie kurz, ob und wie sich die Rechtslage ändern würde, wenn das Zelt ausschließlich dazu dienen sollte, die Teilnehmer an der Mahnwache vor der Witterung zu schützen!

## „Nomaden auf die Barrikaden!“

### - Hinweise zur Lösung -

*Vorab:* Im Zusammenspiel zwischen Ausgangsfall und Abwandlung besteht der „Witz“ des Falles darin, das Verhältnis von Versammlungsrecht und Straßenrecht in materieller, verfahrens- und prozessrechtlicher Hinsicht zu beleuchten. Es geht hierbei um den Vorrang des Versammlungsrechts, die Konzentrationswirkung des versammlungsbehördlichen Verfahrens und die Unterscheidung zwischen Anfechtungs- und Verpflichtungsbegehren (im Eilverfahren also zwischen § 80 V und § 123 I VwGO). Wer dies erkennt und die – nicht ganz einfache – Materie in den Griff bekommt, dürfte zu den besseren Klausurbearbeitern gehören. Daneben gilt es, eine saubere Prüfung eines Verfahrens nach § 80 V VwGO vorzunehmen und die kleineren und größeren „Zutaten“ ansprechend zu würdigen (kleiner: Antragstellung durch Verein, Anwendbarkeit des VersG; größer: Widmung der Grünfläche).

O könnte einen **Antrag gem. § 80 V VwGO** stellen. Dieser hat Aussicht auf Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit des Antrags

In der Ausbildungsliteratur variiert die Reihenfolge der Prüfungspunkte bei der Zulässigkeit von Anträgen nach § 80 V VwGO erheblich. Die hier gewählte Reihenfolge (vgl. *Schoch*, Jura 2002, S. 39 ff.) ist nicht verbindlich; andere Prüfungsfolgen sind vertretbar.

##### *I. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen*

###### *1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO*

§ 15 I VersG ist eine Vorschrift, die ausschließlich die öffentliche Gewalt berechtigt und verpflichtet. Es handelt sich um eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit**, die auch **nicht verfassungsrechtlicher Art** ist. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

###### *2. Form*

Für die Form des Antrags gelten die §§ 81 ff. VwGO analog.

###### *3. Beteiligtenfähigkeit des Antragstellers, § 61 VwGO*

Ob es sich bei O um einen rechtsfähigen Verein handelt, ist nicht mitgeteilt; allerdings sind nach § 61 Nr. 2 VwGO auch sonstige **Vereinigungen** beteiligtenfähig, „**soweit ihnen ein Recht zustehen kann**“. Wie sich u.a. aus § 7 II 2 VersG ergibt, kann auch eine „Vereinigung“ Veranstalter einer Versammlung sein und das Grundrecht der Versammlungsfreiheit ausüben; dies ist im Einklang mit Art. 19 III GG weit auszulegen und nicht auf juristische Personen im engen Sinne beschränkt<sup>1</sup>. Maßgeblich ist eine gewisse organisatorische Festig-

<sup>1</sup> *Dietel/Gintzel/Kniesel*, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 13. Aufl. 2004, § 7 Rn. 10.

keit, die hier gegeben sein dürfte, sowie die Anwendbarkeit des Grundrechts aus Art. 8 I GG auch auf solche Vereinigungen. Gerade bei der Planung und Leitung von Versammlungen, insbesondere von Großdemonstrationen, können Vereinigungen sich über ihre vorhandenen organisatorischen Strukturen in die Versammlung einbringen und fallen insoweit in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Grundrechts<sup>2</sup>. O ist beteiligtenfähig.

#### 4. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

Für O muss der Vorstand oder ein besonders Bevollmächtigter handeln, § 62 III VwGO.

## II. Statthaftigkeit des Antrags

Häufig wird in der Statthaftigkeit des Antrags lediglich nach der Faustformel geprüft, ob im Hauptsacheverfahren Anfechtungsklage zu erheben wäre; die übrigen Prüfungspunkte finden sich sodann im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses. Ein solcher Aufbau mag weniger glücklich erscheinen, ist aber dennoch vertretbar.

### 1. Anfechtungsklage im Hauptsacheverfahren

Ein Antrag nach § 80 V VwGO ist im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren in aller Regel dann statthaft, wenn **im Hauptsacheverfahren die Anfechtungsklage** statthafte Klageart wäre. Dann müsste es sich bei dem Bescheid vom 12. Mai um einen Verwaltungsakt handeln und das Begehren des O müsste auf Anfechtung dieses Verwaltungsaktes gerichtet sein (§ 42 I VwGO). Ganz offenkundig handelt es sich bei dem fraglichen Bescheid um einen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG (i.V.m. § 1 I VwVfG Berlin). Da die Versammlungsfreiheit nicht unter einem Genehmigungsvorbehalt steht (vgl. Art. 8 I GG), stellen sich Auflagen der Versammlungsbehörde stets als Grundrechtseingriffe dar, die es im Klagewege abzuwehren gilt. Statthafte Klageart im Hauptsacheverfahren wäre also die Anfechtungsklage.

Wer hier § 123 VwGO prüft, wird im Wesentlichen zu denselben Problemen geführt, so dass er sich damit noch nicht gleich ins Aus manövriert hat.

### 2. Noch nicht erledigter und anfechtbarer Verwaltungsakt

Der Verwaltungsakt darf noch nicht erledigt und muss noch anfechtbar sein. Eine Erledigung des Auflagenbescheids vom 12. Mai ist nicht ersichtlich, die einmonatige Widerspruchsfrist nach § 70 VwGO ist noch nicht verstrichen. Die Voraussetzungen sind insoweit erfüllt.

### 3. Keine aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs (hier: des Widerspruchs)

Da das Verfahren nach § 80 V VwGO der (Wieder-)Herstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs dient, ist der Antrag nur statthaft, wenn die aufschiebende Wirkung nicht bereits mit der Einlegung eines Widerspruchs erlangt werden kann. Der Bescheid vom 12. Mai wurde für sofort vollziehbar erklärt. Ein Widerspruch des O hätte daher keine aufschiebende Wirkung. Mit seinem Antrag möchte O erreichen, dass die Auflage bei Einlegung eines

<sup>2</sup> Statt vieler *Kunig*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 8 Rn. 10 f. m.w.N.

Widerspruchs bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache nicht vollzogen wird, so dass seine Versammlungsfreiheit insoweit vorläufig unbeschränkt bleibt. Es liegt ein **Fall des § 80 V 1 i.V.m. II Nr. 4 VwGO** vor.

### *III. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen*

#### *1. Rechtsbehelf (hier: Widerspruch) eingelegt*

Auch dieser Prüfungspunkt wird oft erst im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses geprüft (vertretbar, s.o.).

Laut Sachverhalt hat O **noch keinen Widerspruch eingelegt**, dessen aufschiebende Wirkung (wieder-)hergestellt werden könnte. Es entspricht aber dem Interesse eines möglichst effektiven Rechtsschutzes, dem Adressaten eines Verwaltungsaktes die Möglichkeit zu geben, gegen dessen sofortige Vollziehbarkeit vorzugehen, ohne dass er gezwungen ist, vor Ablauf der Widerspruchsfrist gegen den Verwaltungsakt selbst vorzugehen. Der Betroffene behält so die Möglichkeit, mit der Einlegung des Widerspruchs in der Hauptsache bis kurz vor Ablauf der Widerspruchsfrist zu warten. Daher lässt die wohl h.M. einen Antrag nach § 80 V VwGO auch zu, bevor ein Widerspruch eingelegt ist, sofern die **Widerspruchsfrist noch nicht verstrichen** ist<sup>3</sup>. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt (s.o.).

Wer hier die vorherige Einlegung des Widerspruchs in der Hauptsache verlangt, müsste gleichwohl im sog. Hilfsgutachten weiterprüfen.

#### *2. Antragsbefugnis, analog § 42 II VwGO*

Da nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Bescheid O in seinem Grundrecht aus Art. 8 I GG verletzt, liegt die erforderliche Antragsbefugnis vor.

#### *3. Antragsgegner, analog § 78 VwGO*

Mangels Bestimmung nach § 78 I Nr. 2 VwGO im Berliner Landesrecht ist der Antrag gegen das Land Berlin zu richten<sup>4</sup>.

#### *4. Zuständiges Gericht*

Zuständig ist örtlich und sachlich das Gericht der Hauptsache, § 80 V 1 VwGO, hier das VG Berlin.

<sup>3</sup> Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 80 Rn. 139 m.w.N.; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2004, Rn. 993; Reimer, in: Seidel/Reimer/Möstl, Besonderes Verwaltungsrecht, 2003, S. 16 f.; Zacharias, JA 2002, S. 346. A.A. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, § 80 (Stand: Feb. 1998) Rdnr. 314 f.; ders., Jura 2002, S. 41. Die Entbehrlichkeit eines vorher (oder auch nur zeitgleich) eingelegten Widerspruchs betont der VGH Mannheim, VBIBW 1995, S. 17, 18, insbesondere für Fälle, in denen sich der Verwaltungsakt „unmittelbar durch Zeitablauf erledigen wird, bevor die Widerspruchsbehörde über ihn entscheiden kann und dann nicht mehr entscheiden darf“. Dies ist die regelmäßige Konstellation im Versammlungsrecht, sofern es sich nicht (wie hier) um eine Demonstration von längerer Dauer handelt.

<sup>4</sup> Aus unerfindlichen Gründen spricht das VG Berlin in NVwZ 2004, S. 762, von dem Polizeipräsidenten in Berlin als dem „Antragsgegner zu 1“ und dem Bezirksamt als dem „Antragsgegner zu 2“.

#### *IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis*

Das Rechtsschutzbedürfnis ist bei Vorliegen der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen in der Regel gegeben. Gründe, warum dieses ausnahmsweise entfallen sollte, sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Insbesondere bedarf es, wie sich im Umkehrschluss aus § 80 VI VwGO ergibt, eines vorherigen Antrags an die Behörde im Fall des § 80 II Nr. 4 VwGO nicht<sup>5</sup>.

#### *V. Ergebnis*

Der Antrag ist zulässig.

### **B. Begründetheit des Antrags**

Der Antrag ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit formell rechtmäßig ist und wenn bei einer Gegenüberstellung das Interesse des O an einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs das Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit des Bescheides überwiegt.

#### *I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit*

Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit müsste mit Blick auf Zuständigkeit, Verfahren und Form ordnungsgemäß erfolgt sein.

##### *1. Zuständigkeit*

Zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist diejenige Behörde, die für den Erlass des Verwaltungsaktes zuständig ist, § 80 II Nr. 4 VwGO. Im vorliegenden Fall wurde der Bescheid vom 12. Mai auf § 15 I VersG gestützt. **Versammlungsbehörde** ist gem. Nr. 23 II der Anlage zu § 2 IV 1 ASOG Berlin (ZustKatOrd) der Polizeipräsident.

O begehrt der Sache nach zwar zugleich eine Sondernutzung von öffentlichen Flächen, wofür gem. Nr. 15 II ZustKatOrd regelmäßig das Bezirksamt als Straßenbehörde zuständig ist; soweit es indes um an sich erlaubnispflichtige Sondernutzungen geht, die für die Ausübung der Versammlungsfreiheit „**funktional notwendig**“ sind<sup>6</sup>, entfaltet das versammlungsbehördliche Verfahren wegen des grundrechtlich fundierten (Art. 8 I GG) Vorrangs des Versammlungsrechts **Konzentrationswirkung**, mit der Folge, dass der Bürger die Entscheidung „aus einer Hand“ erhält, d.h. durch die Versammlungsbehörde, die anderweitig sachzuständige Behörden lediglich intern an der Entscheidungsfindung beteiligt<sup>7</sup>.

Im vorliegenden Fall will O das Zelt vor dem Rathaus gerade deshalb aufschlagen, um damit gegen die Schließung des Heims zu demonstrieren<sup>8</sup>. Das Zelt ist damit integraler Bestandteil des Versammlungskonzepts. Das Motto „Wir schlagen unsere Zelte auf“, verbunden mit dem Thema der Obdachlosigkeit macht das Zelt zum Symbol für den Gegenstand der Protestaktion. Auch wenn den Veranstaltern andere Formen des Protests zur Verfügung stünden,

<sup>5</sup> Schoch, § 80 Rn. 341; ders., Jura 2002, S. 42.

<sup>6</sup> Dietel/Gintzel/Kniesel, § 1 Rn. 193 und § 15 Rn. 13.

<sup>7</sup> Dietel/Gintzel/Kniesel, § 1 Rdnr. 193 und § 15 Rdnr. 12; OVG Münster, NVwZ-RR 1992, S. 361; OVG Saarbrücken, Beschluss vom 12.11.2004, Az. 1 W 41/04 (juris-Datenbank), Rn. 11.

<sup>8</sup> Ähnlich, nämlich ebenfalls auf den Zusammenhang zwischen Zelt und Versammlungszweck abstellend, die Fragestellung des OVG Münster, NVwZ-RR 1992, S. 360 (Roma-Zeltlager).

so ist doch – unter Berücksichtigung des grundsätzlichen Selbstbestimmungsrechts über Ort, Zeitpunkt und Form der Versammlung – der Zusammenhang so eng, dass die Aufstellung des Zelts „funktional notwendig“ ist und nicht bloß „Nebengeschehen“<sup>9</sup>. Wegen dieses inneren Zusammenhangs zwischen Versammlung und Zugriff auf den öffentlichen Raum ist der Polizeipräsident in Berlin insgesamt für den Erlass des fraglichen Verwaltungsakts zuständig.

## 2. Verfahren

Umstritten ist, ob es vor der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit einer besonderen **Anhörung** hierzu bedarf. Zum Teil wird auf Gebote des Rechtsschutzes und des rechtlichen Gehörs verwiesen; entgegenstehende Interessen könnten über § 28 II, III VwVfG (hier i.V.m. § 1 VwVfG Berlin) Berücksichtigung finden, die aber im vorliegenden Fall tatbestandlich nicht greifen. Demnach hätte es hier einer Anhörung bedurft. Dagegen ist mit der h.M. einzuwenden, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit kein Verwaltungsakt ist, so dass § 28 VwVfG allenfalls analog herangezogen werden könnte. Eine **Rechtsschutzlücke** ist aber **nicht zu erkennen**, da zumindest bezüglich des Verwaltungsakts eine Anhörung zu erfolgen hat, sofern dieser in Rechte von Beteiligten eingreift (§ 28 I VwVfG, hier i.V.m. § 1 VwVfG Berlin), der Adressat des Verwaltungsakts also „vorgewarnt“ ist<sup>10</sup>. Eine zusätzliche Anhörung bezüglich der vorläufigen Vollziehbarkeit erscheint angesichts der Eilsituation und der Möglichkeit einer schnellen Überprüfung der Entscheidung im Rahmen des Verfahrens nach § 80 V VwGO entbehrlich. Dass durch die sofortige Vollziehung vollendete Tatsachen geschaffen würden<sup>11</sup>, ist angesichts dessen, dass die Aktion jederzeit nach Aussetzung der Vollziehung beginnen kann, nicht ersichtlich. Einer Anhörung bedurfte es daher nicht. Weitere Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich.

Natürlich ist es möglich, entgegen der h.M. eine Anhörung zu verlangen. Allerdings lässt der Sachverhalt offen, ob die sofortige Vollziehbarkeit in den Koordinationsgesprächen angesprochen wurde oder nicht. Wer hier einen Verfahrensverstoß feststellt, hat in jedem Fall im „Hilfsgutachten“ weiterzuprüfen.

## 3. Form

Gemäß § 80 III 1 VwGO ist in Fällen des § 80 II Nr. 4 VwGO das Interesse an der sofortigen Vollziehung **schriftlich zu begründen**. Dies ist hier geschehen; ob die Begründung inhaltlich ausreicht, ist keine Frage der formellen Rechtmäßigkeit der Anordnung<sup>12</sup>.

## 4. Ergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist formell rechtmäßig erfolgt.

<sup>9</sup> Vgl. VG Berlin, NVwZ 2004, S. 762.

<sup>10</sup> Statt vieler und m.w.N. *Schoch*, §80 Rn. 181 ff.; *ders.*, Jura 2001, S. 678; *Kaltenborn*, DVBl. 1999, S. 830 f.; *Zacharias*, JA 2002, S. 346 f.

<sup>11</sup> Hierzu *Kopp/Schenke*, VwGO, § 80 Rn. 82; *Schenke*, Rn. 978.

<sup>12</sup> *Schoch*, § 80 Rn. 266; *ders.*, Jura 2001, S. 678.

## II. Interessenabwägung

Der Antrag ist nur begründet, wenn hierüber hinaus das Interesse von O an einer Aussetzung der sofortigen Vollziehung der Auflage, die Versammlung ohne Zelt durchzuführen, das Interesse der Allgemeinheit an deren sofortiger Vollziehung überwiegt. Hierfür kommt es vor allem auf die **Erfolgsaussichten in der Hauptsache** (1.) sowie auf das Vorliegen eines **besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung** (2.) an<sup>13</sup>.

### 1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Eine Klage des O in der Hauptsache hätte Aussicht auf Erfolg, wenn der auf § 15 VersG gestützte Bescheid vom 12. Mai ohne Rechtsgrundlage oder sonst in formell oder materiell rechtswidriger Weise erlassen wurde.

#### a) Rechtsgrundlage für den Bescheid

Der Polizeipräsident stützt den Bescheid auf § 15 I VersG. Hierzu müsste es sich bei der von O geplanten Aktion um eine **öffentliche Versammlung unter freiem Himmel** handeln. Öffentlich ist eine Versammlung, wenn zu ihr nicht lediglich ein von vornherein definierter Personenkreis Zutritt hat<sup>14</sup>. Zwar soll die Mahnwache durch von O organisierte Obdachlose durchgeführt werden; allerdings wünschen sich die Veranstalter, dass auch Außenstehende sich der Demonstration anschließen; die Versammlung ist somit **öffentlich**. Für die Frage, ob eine Versammlung **unter freiem Himmel** stattfindet, ist die „Berührung mit der Außenwelt“ das entscheidende Kriterium<sup>15</sup>. Auch wenn das Zelt nicht nur nach oben, sondern auch zu den Seiten hin eine Umfriedung darstellt, soll es lediglich im Mittelpunkt einer Aktion stehen, die sich auch an Außenstehende wendet. Die Berührung mit der Außenwelt liegt vor, der Anwendungsbereich des § 15 I VersG ist eröffnet.

Wer die notwendige Teilnehmerzahl ansprechen möchte, mag dies tun; allerdings enthält der Sachverhalte insoweit keinen Anhaltspunkt. Die notwendige Teilnehmerzahl dürfte nach allen Ansichten erreicht sein, wenn man (was im Interesse einer grundrechtsfreundlichen Interpretation zutreffend sein dürfte) die Beteiligten insgesamt rechnet und nicht bloß die an der jeweiligen Wachschicht beteiligten Demonstranten.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheides

Der Polizeipräsident war zum Erlass des Bescheides **zuständig** (oben I.1.). Wegen des Eingriffs in Art. 8 I GG ist gem. § 28 I VwVfG i.V.m. § 1 I VwVfG Berlin die vorherige **Anhörung** erforderlich. Diese ist im Rahmen der Koordinationsgespräche, von denen im Sachverhalt die Rede ist, erfolgt. Verfahrensverstöße sind nicht ersichtlich; besondere Formvorschriften existieren nicht (vgl. allgemein § 37 II 1 VwVfG).

<sup>13</sup> Schoch, § 80 Rn. 266; ders., Jura 2002, S. 44 f., zugleich mit Kritik an der „Interessenabwägung“ nach h.M., die die eigentlichen Entscheidungsmaßstäbe verschleierte und richterlichen Dezisionismus fördere.

<sup>14</sup> Dietel/Gintzel/Kniesel, § 1 Rn. 196, 207.

<sup>15</sup> BVerfGE 69, 315, 348.

*c) Materielle Rechtmäßigkeit des Bescheides*

Eine Auflage nach § 15 I VersG setzt in inhaltlicher Hinsicht eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung voraus. Dabei umfasst der Schutz der „**öffentlichen Sicherheit**“ u.a. den Bestand der gesamten Rechtsordnung und damit auch die Schutzgüter des Straßenrechts wie des Rechts der öffentlichen Einrichtungen. Diese sind von der Versammlungsbehörde im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.

*aa) Bezüglich der Grünfläche*

Den Themenkreis des Rechts der öffentlichen Einrichtungen in die Prüfung des § 15 I VersG einzubauen, ist nicht ganz leicht, da es nicht um den Schutz von so offensichtlichen Schutzgütern wie im Straßenrecht geht. Es empfiehlt sich dennoch, dies parallel zum Straßenrecht zu behandeln: Wie dort die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs letztlich aus der Widmung als Straße folgen, sollte zunächst auf den Widmungszweck abgestellt werden, der durch die Nutzung zu Versammlungszwecken gefährdet sein könnte. Sodann kann in die Ermessensprüfung eingetreten werden.

*(1) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit*

Die Grünfläche steht im öffentlichen Eigentum und ist angesichts ihrer Gestaltung als **öffentliche Einrichtung** zu betrachten. Eine mögliche Widmung als öffentliche Straße scheidet vorliegend schon deswegen aus, weil diese nach § 3 IV BerlStrG ausdrücklich zu erfolgen hat. Dies kann angesichts der Beschilderung nicht angenommen werden. Grundsätzlich besteht ein Anspruch auf Nutzung aber auch bei anderen öffentlichen Einrichtungen, allerdings regelmäßig nur im Rahmen von deren **Widmung**<sup>16</sup>. Das Schild „Betreten verboten“ macht deutlich, dass die Grünfläche nicht zum Betreten gedacht ist. Die Gestaltung (Rasen, Blumen, Springbrunnen) deutet auf eine Zierfläche hin, die der Verschönerung des Platzes dient. Dieser Zweck wäre konterkariert, wenn die Anlage zum Ort einer Versammlung gemacht würde. Die geplante Versammlung gefährdet unmittelbar den Widmungszweck der Grünanlage und damit die öffentliche Sicherheit.

Etwas anderes könnte allenfalls gelten, weil die Stadt sehenden Auges (der Platz befindet sich vor dem Bezirksrathaus!) duldet, dass dort Kinder und Jugendliche spielen. Man könnte erwägen, ob die Fläche hier durch **Duldung** konkludent gewidmet wurde. Diese Widmung würde sich allerdings allein auf die Nutzung als Spielwiese beziehen und nicht auch auf Versammlungen – ganz abgesehen davon, dass immer noch das ausdrückliche Verbot des Schildes bleibt, das gegen jede Widmung zum Betreten spricht. Die unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit liegt demnach vor.

*(1) Rechtsfolge: Ermessen*

Wo die Widmung endet, kehrt sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen dem Nutzungsinteresse und dem hinter einer Nutzungsversagung stehenden Interesse um; ein allgemeiner Anspruch auf die Durchführung von Versammlungen an Orten – die im Gegensatz zu Straßen und öffentlichen Plätzen – nicht für den öffentlichen Verkehr gewidmet sind, ist nicht aner-

<sup>16</sup> BVerwGE 91, 135, 138 f. (Bonner Hofgartenwiese); *Burgi*, DÖV 1993, S. 639, 640 f.

kannt: „Aus Art. 8 GG läßt sich eine generelle Verpflichtung des Trägers der Einrichtung zur Erweiterung der von ihm festgelegten öffentlichen Zweckbestimmung nicht entnehmen.“<sup>17</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass die öffentliche Einrichtung damit von vornherein dem Schutzbereich von Art. 8 GG entzogen wäre, so dass in eine Abwägung mit der Versammlungsfreiheit nicht einzutreten wäre. Art. 8 I GG vermittelt einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über eine über den Widmungszweck hinaus gehende **Sonderbenutzung** (*nota bene*: nicht Sondernutzung) öffentlicher Einrichtungen zu Versammlungszwecken<sup>18</sup>.

Dieses Ermessen kann sogar auf Null reduziert sein und sich zu einem **Anspruch auf Sonderbenutzung** verdichten, sofern dies unter dem Gesichtspunkt der **Gleichbehandlung** bei der Ausübung demokratischer Grundrechte (**Art. 3 I i.V.m. Art. 8 I GG**) geboten scheint; die früher vertretene Auffassung, wonach es sich hier um ein „echtes Privileg“ handelt, ist vom BVerwG mit Blick auf die Grundrechtsbindung der gesamten öffentlichen Gewalt aufgegeben worden<sup>19</sup>. Da indes nicht ersichtlich ist, dass die Wiese schon vorher für Versammlungen zur Verfügung gestellt oder auch nur geduldetmaßen genutzt worden wäre, scheidet eine Bindung der Verwaltung insoweit aus.

Ferner ließe sich denken, einen Anspruch auf Sonderbenutzung auf die **Schutzwirkung von Art. 8 I GG** zu stützen<sup>20</sup>. Dabei ist zwar zu beachten, dass das Recht der freien Ortswahl aus Art. 8 I GG nicht das Recht umfasst, fremdes – auch öffentliches – Eigentum nach Belieben in Anspruch zu nehmen; zumindest bei einem engen Zusammenhang zwischen dem in Aussicht genommenen Ort und dem Versammlungszweck könnte man aber erwägen, ausnahmsweise einen solchen Anspruch zuzulassen<sup>21</sup>. Warum nun gerade die Grünanlage diesen Zusammenhang aufweist, ist nicht ersichtlich.

Damit bleibt es bei dem Anspruch auf **ermessensfehlerfreie Entscheidung** über die Sonderbenutzung. Dem genügt der bloße Verweis auf die fehlende Widmung nicht; allerdings ist der Sachverhalt insoweit nicht deutlich. Sieht man die Verweigerung der Grünfläche im Zusammenhang damit, dass mit dem Rathausvorplatz eine dem öffentlichen Verkehr gewidmete Alternativfläche zur Verfügung steht, die dem Zweck der Demonstration gleichermaßen gerecht wird, wird man die Entscheidung des Polizeipräsidenten im Ergebnis für ermessensfehlerfrei halten dürfen – zumal eine Nutzung zu Versammlungszwecken angesichts der fehlenden Widmung ohnehin Ausnahmecharakter trägt. Falls erforderlich, wäre eine entsprechende Ergänzung der Ermessensausübung analog § 114 S. 2 VwGO wohl auch noch im verwaltungsgerichtlichen (Eil-)Verfahren zulässig<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> BVerwGE 91, 135, 139.

<sup>18</sup> BVerwGE 91, 135, 139 f. Demgegenüber stützt *Burgi*, DÖV 1993, S. 641, diesen Anspruch auf die allgemeinen Grundsätze des öffentlichen Sachenrechts.

<sup>19</sup> BVerwGE 91, 135 ff., hierzu Anm. *Schlink*, NJW 1993, S. 610.

<sup>20</sup> So noch *Hoffmann-Riem*, AK-GG, 2. Aufl. 1989, Art. 8 Rn. 36 (zurückhaltender in der 3. Aufl., Stand 2001, Art. 8 Rn. 42). Kritisch *Burgi*, DÖV 1993, S. 641 in Fn. 63: nur, wenn eine ursprünglich bestehende Nutzungsberechtigung wieder entzogen wird (Entwidmungskonstellation).

<sup>21</sup> *Dietel/Gintzel/Kniesel*, § 1 Rdnr. 97.

<sup>22</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die umstrittene Frage, ob eine unzureichend begründete Vollzugsanordnung noch im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren nachgebessert werden darf. Dagegen spricht der Schutzzweck des besonderen Begründungszwangs in § 80 III S. 1 VwGO (*Schoch*, § 80 Rn. 175 und 179; *Kaltenborn*, DVBl. 1999, S. 832 f.), dafür die Prozessökonomie: so, mit unterschiedlicher normativer Grundlage, *Tietje*, DVBl. 1998, 126 ff. (§ 45 VwVfG analog); *Decker*, JA 1999, S. 158 f. (§ 114 S. 2 VwGO analog); *Zacharias*, JA 2002, S.

*bb) Bezüglich des Platzes*

*(1) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit*

Im Gegensatz zu der Grünfläche ist der Rathausvorplatz als öffentlicher Platz im Sinne des Straßenrechts gewidmet und steht damit Versammlungen offen. Eine mögliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit hat sich daher weniger an der Widmung als solcher als vielmehr an den der Versammlung entgegenstehenden Interessen zu orientieren, die das Straßenrecht schützt. Inwieweit das Zelt Passanten auf dem Platz stören würde, lässt der Sachverhalt nicht erkennen, auch wenn ganz allgemein anzunehmen ist, dass **andere Nutzungen** für die Dauer der Veranstaltung **eingeschränkt** sind; ferner schließt **§ 11 II 2 Nr. 3 BerlStrG** eine (Sonder-) Nutzung öffentlicher Plätze aus, die ein „Nächtigen und Lagern“ mit sich bringt. Die geplante Aktion würde zwangsläufig mit dieser gesetzgeberischen Entscheidung in Konflikt geraten, das Nächtigen und Lagern auf öffentlichen Plätzen möglichst nicht zu gestatten. Eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit liegt damit vor.

Der Sachverhalt paraphrasiert § 11 II 2 Nr. 3 BerlStrG mit „Herumlungern von Obdachlosen“. Sofern man den Bezug zum Straßengesetz nicht herstellt, wird es schwer fallen, dies unter die öffentliche Sicherheit zu subsumieren. Die öffentliche Ordnung kann zwar dem BVerfG zufolge ausnahmsweise versammlungsrechtliche Auflagen rechtfertigen (NJW 2001, 1409 ff.); der vom BVerfG entschiedene Fall (rechtsextremistische Demonstration am Holocaust-Gedenktag) weist aber ein anderes Kaliber auf als die bloße Belästigung durch demonstrierende Obdachlose.

*(2) Rechtsfolge: Ermessen*

Nun verliert § 11 II 2 Nr. 3 BerlStrG angesichts des **Vorrangs des Versammlungsrechts** seinen Charakter als zwingender Versagungsgrund. Soweit die begehrte Nutzung, wie hier, in einem inneren Zusammenhang mit einer Versammlung steht, ist die Erlaubnispflicht suspendiert<sup>23</sup>. Es geht insoweit nicht um eine Frage von Gemeingebrauch oder Sondernutzung, „sondern schlicht um Grundrechtsausübung“<sup>24</sup>. Dies gilt wegen des untrennbaren Zusammenhangs zwischen einer öffentlichen Versammlung und einem Zugriff auf den öffentlichen Raum insbesondere für das Verhältnis zum Straßenrecht. „Der Ausgleich zwischen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Versammlungsfreiheit und der öffentlichen Sicherheit und Ordnung soll [...] nicht im Rahmen eines vorgeschalteten Erlaubnisverfahrens, sondern allein nach Maßgabe des § 15 VersG erfolgen. Eine straßenverkehrsrechtliche Erlaubnispflicht würde sich demgegenüber als ein unzulässiger gezielter Eingriff in das Versammlungsrecht darstellen und wird deshalb von der Ausschlußwirkung der Vorschriften des Versammlungsgesetzes erfaßt.“<sup>25</sup>

Gleichwohl hat der Polizeipräsident bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, dass der Straßengesetzgeber das Nächtigen und Lagern auf öffentlichen Plätzen möglichst unterbinden

347 (wohl ebenfalls Analogie zu § 114 S. 2 VwGO). Ablehnend gegenüber derartigen Analogien hingegen *Kopp/Schenke*, § 80 Rn. 87 und 149, der zwar Begründungsfehler in der Vollzugsanordnung für nicht heilbar hält, aber im Interesse der Prozessökonomie die völlige Ersetzung durch eine fehlerfreie Anordnung auch im laufenden Gerichtsverfahren zulässt.

<sup>23</sup> Vgl. *Dietel/Gintzel/Kniesel*, § 1 Rn. 96, 192 f.

<sup>24</sup> *Burgi*, DÖV 1993, S. 639.

<sup>25</sup> BVerwG, NJW 1989, S. 2411, 2412.

möchte. Wollte man diese Würdigung ohne Abstriche auf öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel übertragen, so wären damit „rund um die Uhr“ stattfindende Mahnwachen auf öffentlichen Straßen (aber auch bereits längere „Sit-ins“) ausgeschlossen. Dies erscheint mit Blick auf den hohen Rang des Grundrechts aus Art. 8 I GG problematisch. Solche Mahnwachen sind ein legitimes und etabliertes Mittel der Demonstration; ihr ausnahmsloses Verbot wäre eine übermäßige Beschränkung der Versammlungsfreiheit. Auch wenn sich die Regelung in § 11 II 2 Nr. 3 BerlStrG regelmäßig insbesondere auf Obdachlose auswirkt, die auch hier zu den Versammlungsteilnehmern rechnen: Sofern der Zweck des Nüchterns und Lagerns die Durchführung einer Versammlung im Sinne von Art. 8 I GG, § 1 VersG ist, ist dessen generelle Untersagung im Wege einer Auflage nach § 15 I VersG unverhältnismäßig.

Bei der gebotenen Abwägung zwischen den grundrechtlichen Interessen der Versammlungsteilnehmer und den Interessen der Allgemeinheit ist freilich auch zu beachten, dass die Versammlungsfreiheit keinen schrankenlosen Zugriff auf den öffentlichen Raum gestattet. Hier wird man insbesondere **zeitliche Grenzen** zu beachten haben: Je länger die Versammlung dauert, desto geringer wird ihr Gewicht in der Abwägung mit konkurrierenden Nutzungen und Interessen. Die geplante Aktion soll zwei Monate dauern, d.h. zwei Monate lang soll eine Sondernutzung andauern, welche die Allgemeinheit im Gebrauch des Platzes stört. Eine derart intensive exklusive Inanspruchnahme öffentlicher Straßen und Wege erscheint, vorbehaltlich besonderer örtlicher Gegebenheiten, die jegliche Beeinträchtigungen ausschließen würden, mit der Vorstellung öffentlicher Plätze zum Gemeingebrauch unvereinbar.

Eine genaue Frist wird man schwer nennen können, doch wird man eine geringere Dauer als ausreichend erachten dürfen, das Anliegen auch mit dem Eindruck einer Dauerpräsenz, auf den es den Veranstaltern ankommt, zur Sprache zu bringen. Der Bescheid ist daher nur teilweise materiell rechtswidrig, insofern er über diese Begrenzung hinaus jede Aufstellung von Zelten untersagt.

## *2. Besonderes öffentliches Interesse an sofortiger Vollziehung (Dringlichkeitsinteresse)*

Regelmäßig entfällt das besondere Interesse an sofortiger Vollziehung, wenn und soweit der angefochtene Verwaltungsakt in einem nachfolgenden Hauptsacheverfahren voraussichtlich keinen Bestand haben wird<sup>26</sup>. Hier ist der Bescheid vom 12. Mai zumindest teilweise rechtmäßig (s.o. 1.). Da O aber grundsätzlich die Aufstellung des Zeltens als solche beanspruchen kann und lediglich die Dauer der Aktion über das Ziel hinausschießt (s.o.), besteht kein Grund, warum die Aufstellung am 15. Mai als solche erhebliche Interessen der Allgemeinheit beeinträchtigen sollte. Ein hinreichendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung ist daher insgesamt nicht ersichtlich.

## **C. Ergebnis**

Der zulässige Antrag nach § 80 V VwGO ist teilweise begründet und hat insoweit Aussicht auf Erfolg.

<sup>26</sup> Schoch, Jura 2002, S. 44; vgl. auch OVG Münster, NVwZ-RR 1992, S. 360.

## D. Abwandlung

Wenn das Zelt nur dem Schutz vor Witterung dienen sollte, bestünde kein innerer Zusammenhang mehr mit dem Gegenstand der Versammlung. Das VG Berlin hat hier die Schutzwirkung des Art. 8 I GG enden lassen: „Das Versammlungsrecht gibt dem Einzelnen keinen Anspruch gegen den Staat, möglichst optimale Rahmenbedingungen für die Durchführung seiner Versammlung zu schaffen.“<sup>27</sup> Schutz vor Witterung kann auch durch Eigenvorsorge der Teilnehmer (Regenschirme, Planen o.Ä.) erreicht werden. Verneint man den Schutz aus Art. 8 I GG, so hat dies folgende Konsequenzen:

### 1. *Verwaltungsverfahrensrrechtlich*

Die Konzentrationswirkung, die auf dem Vorrang des Versammlungsrechts beruht, endet in Bezug auf das Zelt, so dass die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Sondernutzung insoweit beim Bezirksamt als Straßenbehörde liegt<sup>28</sup>. Für die Versammlung selbst bleibt aber die Versammlungsbehörde zuständig.

### 2. *Materiell-rechtlich*

Materiell-rechtlich ist sowohl Versammlungs- als auch Straßenrecht anwendbar. Suspendiert bleibt die Erlaubnispflicht hinsichtlich der Mahnwache als solcher; hier gilt weiterhin Versammlungsrecht. Jedoch muss O die Aufstellung des Zelts beim Bezirksamt beantragen, das über die Sondernutzung nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat. Dabei griffe es zu kurz, die Aufstellung des Zelts schon unter Hinweis auf den zwingenden Versagungsgrund des § 11 II 2 Nr. 3 BerlStrG zu versagen<sup>29</sup>. Das „Nächtigen und Lagern“ als solches ist, unabhängig vom Aufbau eines Zelts, schon mit der Mahnwache an sich verbunden. Der Aufbau des Zelts könnte zwar dem „Nächtigen und Lagern“ Vorschub leisten; da die Mahnwache aber von Art. 8 I GG geschützt ist, ist auch dies kein stichhaltiger Versagungsgrund. Die behördliche Ermessensentscheidung wird sich stattdessen eher an Störungen der Allgemeinheit im Gemeingebrauch des Platzes zu orientieren haben.

### 3. *Verwaltungsprozessrechtlich*

Bei der Aufstellung des Zelts handelt es sich, angesichts der Erlaubnispflichtigkeit von Sondernutzungen um ein Leistungsbegehren, das im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 I VwGO zu verfolgen ist (nicht nach § 80 V VwGO).

---

<sup>27</sup> VG Berlin, NVwZ 2004, 762.

<sup>28</sup> Siehe hierzu auch VG Berlin, NVwZ 2004, 762 f.

<sup>29</sup> So aber VG Berlin, NVwZ 2004, 763.