

## Richterschelte Lösungsvorschlag

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich, Jannik Bach  
Stand der Bearbeitung: Juni 2018

Die Klage *Dr. Kunstinnigs* hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO vorliegen.

*Anmerkung:* Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Hier sind die öffentlich-rechtlichen Normen des VersG und insbesondere die des § 15 Abs. 1 VersG für die Streitentscheidung maßgeblich, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt und der Verwaltungsrechtsweg somit eröffnet ist.

### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). Es ist also das Rechtsschutzziel des Klägers zu ermitteln.<sup>1</sup>

*Dr. Kunstinnig* will sich hier gegen die „Auflage“ vom 6. Oktober wehren.

#### 1. Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO)

Für dieses Begehren wäre die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft, wenn es sich bei der „Auflage“ um einen Verwaltungsakt handeln würde. Allein auf den Namen abgestellt, könnte es sich bei der Verbotsverfügung auch um eine Nebenbestimmung i. S. d. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG handeln. Bei der Bestimmung, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, ist strittig, ob auf die äußere Form des behördlichen Handelns<sup>2</sup> oder auf den materiellen Gehalt<sup>3</sup> der Anordnung abzustellen ist. Demnach kann die Bezeichnung durch die Verwaltung jedenfalls ein Indiz sein – jedoch nicht mehr.

Aus Art. 8 Abs. 2 GG und § 14 Abs. 1 VersG lässt sich erkennen, dass öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel nicht genehmigungspflichtig sind. Damit kann

<sup>1</sup> BVerfG [K], Beschluss v. 29. Oktober 2015 – 2 BvR 1493/11, Abs. 37 = NVwZ 2016, 238, Abs. 37.

<sup>2</sup> Detterbeck, Rn 480.

<sup>3</sup> Kopp/Schenke, Anh § 42 Rn. 5.

eine „Auflage“ i. S. d. § 15 Abs. 1 VersG nur eine selbstständige Verbotsverfügung i. S. d. § 35 VwVfG und nicht eine Auflage i. S. d. § 36 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG sein.<sup>4</sup>

Grundsätzlich läge damit durch die „Auflage“ ein Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG vor, der mit der Anfechtungsklage angegriffen werden könnte.

Im Rückschluss aus § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ist aber ersichtlich, dass das Rechtsschutzinteresse für eine Anfechtungsklage entfällt, sobald sich der Verwaltungsakt erledigt hat. Erledigung i. S. d. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO und § 43 Abs. 2 VwVfG tritt ein, wenn der Verwaltungsakt keine rechtliche Wirkung mehr entfaltet und seine Aufhebung sinnlos wäre.<sup>5</sup> Die Veranstaltung hat bereits stattgefunden. Da sie darüber hinaus auch auflagenkonform verlief, kann die „Auflage“ nicht mehr Grundlage weiterer Maßnahmen sein. Sie hat sich erledigt. Ihre Aufhebung wäre sinnlos.

Die Anfechtungsklage ist daher unstatthaft.

## 2. Fortsetzungsfeststellungsklage

Statthafte Klageart könnte daher die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO sein. Aus der Systematik von § 113 Abs. 1 S. 1 und 4 VwGO ergibt sich aber, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (direkt) nur in Fällen der Erledigung nach Klageerhebung statthaft ist. Hier trat die Erledigung aber am 10. Oktober ein, während Klage erst am 15. Oktober erhoben wurde. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO in direkter Anwendung ist also ebenfalls unstatthaft.

Fraglich ist, ob § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO in diesem Fall analog angewandt werden kann. Die analoge Anwendung einer Norm setzt das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke und eine gleichgerichtete Interessenlage zwischen dem geregelten und dem nicht geregelten Fall voraus.

Nach einer Auffassung fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke, da für die Fälle vorprozessualer Erledigung von Verwaltungsakten die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO einschlägig sein soll.<sup>6</sup>

Dagegen spricht jedoch zum einen, dass nach § 43 Abs. 1 Alt. 2 VwGO ausdrücklich nur die Feststellung der Nichtigkeit von Verwaltungsakten zulässig ist. Zum anderen wären vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte unter anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen angreifbar als nach Klageerhebung erledigte.<sup>7</sup> Eine unterschiedliche Behandlung dieser Fälle angesichts des vielfach von Zufälligkeiten abhängigen Zeitpunkts der Erledigung ist unangemessen, weshalb nicht auf die allgemeine Feststellungsklage zurückgegriffen werden kann.

Eine Regelungslücke liegt damit vor. Da Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eine umfassende gerichtliche Prüfungsmöglichkeit garantiert, ist diese auch planwidrig.

Da § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO nur hinsichtlich des Erledigungszeitpunktes unvollkommen und auf einen erledigten Verwaltungsakt als Klagegegenstand zugeschnitten ist, liegt bei vorheriger Erledigung eine vergleichbare Interessenlage vor.

**Anmerkung:** Ob § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO gesetzlich das Bestehen eines Rechtsverhältnisses festlegt oder ob ein solches für eine Fortsetzungsfeststellungsklage gar

<sup>4</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 3.

<sup>5</sup> Vgl. Kopp/Schenke, § 113 Rn. 101 f.

<sup>6</sup> Zur Kritik an der analogen Anwendung und für weitere Nachweise vgl. Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 33. EL Juni 2017, § 113 Rn. 100.

<sup>7</sup> Vgl. aber [BVerwG, Urteil v. 14. Juli 1999 – 6 C 7/98, Abs. 21](#) = BVerwGE 109, 203, 208 f. m.w.N.

nicht erforderlich ist, kann letztlich dahinstehen. Darüber hinaus macht die Vorschrift eine Klageänderung (und damit die Zustimmung der anderen Beteiligten oder die Annahme der Sachdienlichkeit durch das Gericht gemäß § 91 Abs. 1 VwGO) entbehrlich und lässt auch – anders als § 43 Abs. 1 VwGO – nicht nur die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts zu, sondern auch die der „schlichten“ Rechtswidrigkeit desselben.

Zur Frage, ob und in welchem Umfang die analoge Anwendbarkeit des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO bei Erledigung eines Verwaltungsakts vor Klageerhebung in einer Klausur oder Hausarbeit begründet werden muss, siehe [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

### 3. Ergebnis zu II.

Die Klage ist somit als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog statthaft.

### III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

Bezüglich der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ist anerkannt, dass der Kläger zumindest vor Erledigung des Verwaltungsaktes gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt gewesen sein muss, weil die Fortsetzungsfeststellungsklage nur eine Fortsetzung der vorangegangenen Anfechtungsklage darstellt und nicht dazu führen soll, deren Voraussetzungen zu umgehen. Zum Ausschluss von Popularklagen muss diese Voraussetzung auch bei analoger Anwendung der Klageform erfüllt sein. *Dr. Kunstinnig* müsste also geltend machen, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Da die Anordnung der Auflage für *Dr. Kunstinnig* einen belastenden Verwaltungsakt darstellt, ist hier zumindest eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG, wenn nicht aus Art. 8 Abs. 1 GG möglich, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist.

*Anmerkung:* Zu dieser Adressatentheorie siehe [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

Somit ist *Dr. Kunstinnig* auch klagebefugt.

### IV. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Ob bei vorprozessualer Erledigung eines Verwaltungsakts ein Widerspruchsverfahren durchgeführt werden muss, ist teilweise umstritten. Einig ist man sich, dass, wenn sich der Verwaltungsakt nach Eintritt der Bestandskraft (§ 70 VwGO) erledigt hat, ein Widerspruch eingelegt gewesen sein musste, da andernfalls auch eine Anfechtungsklage zum Erledigungszeitpunkt unzulässig gewesen wäre.

Hier wurde der Bescheid jedoch frühestens am 6. Oktober bekanntgegeben, sodass jedenfalls vor dem 6. November keine Bestandskraft eintreten konnte (vgl. die Frist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO). Somit liegt ein Fall der Erledigung vor Eintritt der Bestandskraft vor. In einem solchen wird von Einigen ebenfalls die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens gefordert. Hierfür spreche der Zweck des Vorverfahrens, das u. a. der Selbstkontrolle der Verwaltung und der Entlastung der Gerichte diene. Ebenso sei die Fortsetzungsfeststellungsklage aufgrund ihrer systematischen Stellung als Anfechtungsklage zu begreifen.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Kopp/Schenke, § 113 Rn. 127.

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass das Widerspruchsverfahren seine wesentlichen Funktionen, die der Aufhebung des Verwaltungsaktes (vgl. § 72 VwGO) und der auf-schiebenden Wirkung (vgl. § 80 VwGO), nicht mehr erfüllen kann. Zudem kann nur ein Gerichtsurteil eine verbindliche Klärung – jedenfalls im Umfang des § 121 VwGO – schaffen. Die Einführung eines „Fortsetzungsfeststellungswiderspruchs“ ist, wie die Parallele zu § 44 Abs. 5 VwVfG zeigt, Sache des Gesetzgebers.<sup>9</sup> Die Durchführung eines Vorverfahrens war daher nicht erforderlich.

*Anmerkung:* In der Praxis verliert der Streit derzeit durch die fortschreitende Abschaffung des Vorverfahrens zunehmend an Relevanz.

### V. Frist (§ 74 VwGO)

Ebenso ist bei vorprozessualer Erledigung eines Verwaltungsakts die Erforderlichkeit der Einhaltung der Klagefrist umstritten.<sup>10</sup> Der unstrittige Fall der Erledigung nach verfristeter Klageerhebung, bei dem auch die Anfechtungsklage unzulässig wäre, liegt hier nicht vor.

Weil die Verfügung der Polizeipräsidentin am 6. Oktober erging und *Dr. Kunstinnig* bereits am 15. Oktober Klage erhob, wurden etwaige Monatsfristen nach § 74 VwGO in direkter oder analoger Anwendung gewahrt.

Daher kann die Entscheidung hier dahinstehen, die Klage ist jedenfalls nicht verfristet.

### VI. Feststellungsinteresse (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog)

*Dr. Kunstinnig* müsste ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der „Auflage“ haben (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog). Ein Feststellungsinteresse i. S. d. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Natur sein. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die Position des Klägers in den genannten Bereichen zu verbessern.<sup>11</sup>

*Anmerkung:* In langjähriger Rechtsprechung anerkannte Fallgruppen in diesem Zusammenhang sind insbesondere die (hinreichend konkrete – dazu sogleich) **Wiederholungsgefahr**, die **Präjudizialität für Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche** sowie ein **Genugtuungs- oder Rehabilitationsinteresse**. Teilweise als eigene Fallgruppe angesehen, jedoch auch oft als Teil des Rehabilitationsinteresses betrachtet, ist ferner die der **tiefgreifenden Grundrechtsverletzung**. Weiterführende Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche können jedoch regelmäßig nur dann ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse rechtfertigen, wenn die Erledigung während des Prozesses und insbesondere nach vorangegangenen Beweiserhebungen erfolgte, da ansonsten kein Grund besteht, die relevanten Tatsachen nicht allein im Folgeprozess zu klären, insbesondere wird niemand um die „Früchte des Prozesses“ gebracht. Im Fall des Rehabilitationsinteresses bzw. der tiefgreifenden Grundrechtsverletzung ist oftmals relevant, dass sich die zu überprü-

<sup>9</sup> *Hufen*, § 18 Rn. 83 f.

<sup>10</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht jedenfalls von keinem Fristerfordernis aus: [BVerwG, Urteil v. 14. Juli 1999 – 6 C 7/98, Abs. 21 f.](#) = BVerwGE 109, 203, 206 ff.

<sup>11</sup> St. Rspr., vgl. etwa [BVerwG, Urteil v. 16. Mai 2013 – 8 C 14/12, Abs. 20](#) = BVerwGE 146, 303, Abs. 20 m.w.N.; [BVerwG, Urteil v. 21. März 2013 – 3 C 6/12, Abs. 11](#) = NVwZ 2013, 1550, Abs. 11; vgl. *Huber*, NVwZ 2013, 1488 ff.; *Lange*, NdsVBl. 2014, 120 ff.; *Lindner*, NVwZ 2014, 180 ff.; *Thiele*, DVBl. 2015, 954 ff.

fende staatliche Handlung innerhalb eines Zeitraums erledigt, in dem der Betroffene keine gerichtliche Hilfe aufgesucht haben konnte. Hier gebietet es die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), einen weitreichenden Zugang zur gerichtlichen Überprüfung zu ermöglichen.

Vorliegend kommt ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse wegen **Wiederholungsgefahr** in Betracht.

Für das Vorliegen einer solchen reicht jedoch die abstrakte Möglichkeit eines erneuten, ähnlich gelagerten Sachverhalts nicht aus. Erforderlich ist vielmehr die konkrete Gefahr, dass künftig zwischen denselben Beteiligten ein vergleichbarer Verwaltungsakt erlassen wird und die für die Beurteilung maßgeblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände im Wesentlichen unverändert sind.<sup>12</sup>

Damit setzt das Merkmal der Wiederholungsgefahr im Hinblick auf Versammlungsbeschränkungen zum einen die Möglichkeit einer erneuten Versammlung durch den Betroffenen voraus, die ihrer Art nach zu den gleichen Rechtsproblemen und damit (voraussichtlich) der gleichen Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit durch die Behörde führen wird.<sup>13</sup>

Da *Dr. Kunstinnig* bei nächster Gelegenheit eine Demonstration entsprechend seinem ursprünglichen Vorhaben durchführen will und damit zu rechnen ist, dass die Polizeipräsidentin ihm erneut verbieten wird, die Abschlusskundgebung vor dem Haus der Richterin *Ballmann* durchzuführen, ist eine solche Wiederholungsgefahr hier gegeben.

### VII. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO analog)

Als Prozessvoraussetzung für eine Anfechtungsklage muss auch bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung die passive Prozessführungsbefugnis nach § 78 VwGO bestimmt werden. Richtiger Beklagter ist gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Land Berlin.

*Anmerkung:* Siehe zur Bedeutung des § 78 Abs. 1 VwGO [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

### VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

*Dr. Kunstinnig* ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, die Prozessfähigkeit aus § 62 Abs. 3 VwGO.

*Anmerkung:* Siehe zum Behördenbegriff des § 61 Nr. 3 VwGO [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

### IX. Ergebnis zu A.

Die Klage ist somit zulässig.

<sup>12</sup> [BVerwG, Urteil v. 16. Mai 2013 – 8 C 14/12, Abs. 21](#) = BVerwGE 146, 303, Abs. 20 m.w.N.; [BVerwG, Urteil v. 21. März 2013 – 3 C 6/12, Abs. 13](#) = NVwZ 2013, 1550, Abs. 11.

<sup>13</sup> [BVerwG, Urteil v. 26. Februar 2014 – 6 C 1/13, Abs. 10](#) = NVwZ 2014, 883, Abs. 10.

## B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit die Verfügung vom 6. Oktober rechtswidrig gewesen und *Dr. Kunstinnig* in seinen Rechten verletzt worden ist (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog). Da *Dr. Kunstinnig* sich gegen einen an ihn gerichteten, ihn belastenden Verwaltungsakt wendet, ergäbe sich die Rechtsverletzung, sollte der Verwaltungsakt rechtswidrig sein, zumindest aus einer Verletzung des Rechts des Klägers aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>14</sup>

*Anmerkung:* Allgemein zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen, zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen nach der polizeilichen Generalklausel [dieses Schema](#) der Hauptstadt-fälle.

Als Rechtsgrundlage für den Erlass der „Auflage“ kommt vorliegend nur **§ 15 Abs. 1 VersG** in Betracht.

*Anmerkung:* Seit dem Inkrafttreten der Föderalismusreform (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034) besteht keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes mehr für das Versammlungsrecht. Dennoch gilt gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG das auf Grundlage des früheren Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 erlassene (Bundes-)„Gesetz über Versammlungen und Aufzüge“ (Versammlungsgesetz - VersG) noch so lange (und insbesondere auch soweit) fort, wie es nicht durch Landesrecht ersetzt wird. In Bayern ist zum 1. Oktober 2008 das erste Landesversammlungsg in Kraft getreten. Seitdem haben auch Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein eigene Gesetze zur Regelung des Versammlungsrechts erlassen. Der Berliner Gesetzgeber ist insoweit einen Sonderweg gegangen und hat (bisher) von seiner Gesetzgebungskompetenz nur hinsichtlich der Regelungsmaterie „Aufnahmen und Aufzeichnung von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen“ Gebrauch gemacht (s. Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23. April 2013 [GVBl. S. 103]), sodass im Übrigen das Versammlungsgesetz des Bundes fortgilt. In Anbetracht der aus den Grundrechten abgeleiteten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes und der damit einhergehenden unitarisierenden Wirkung der Grundrechte im Bereich des Versammlungsrechts kommt dem Landesgesetzgeber hinsichtlich der Ausgestaltung der Regelungsbereiche Verbot bzw. Auflösung von und Auflagen für Versammlungen ohnehin kaum Spielraum zu.<sup>15</sup> Dies wurde durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes zum Bayerischen Versammlungsgesetz<sup>16</sup> deutlich, der große Teile desselben einstweilen außer Kraft setzte.

## I. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Polizeipräsidentin in Berlin war gemäß § 15 Abs. 1 VersG, § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG i. V. m. Nr. 23 Abs. 2 ZustKat Ord sachlich zuständig.

<sup>14</sup> [BVerwG, Urteil v. 05. August 2015 – 6 C 8/14, Abs. 21](#) = BVerwGE 152, 355, Abs. 21.

<sup>15</sup> Siehe hierzu *Waechter*, *VerwArch* 99 [2008], S. 73 ff.

<sup>16</sup> [BVerfG, Beschluss v. 17. Februar 2009 – 1 BvR 2492/08](#).

Die erforderliche Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln<sup>17</sup> ist im Verlauf des Telefongespräches erfolgt, dem (formellen) Begründungserfordernis des § 39 Abs. 1 VwVfG wurde Rechnung getragen und auch ansonsten sind Verfahrensfehler nicht ersichtlich.

## II. Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist somit, ob die Voraussetzungen einer „Auflage“ nach § 15 Abs. 1 VersG hier vorlagen.

### 1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 VersG

Bei der von *Dr. Kunstinnig* durchgeführten Veranstaltung müsste es sich um eine Versammlung oder einen Aufzug gehandelt haben. Weiterhin müsste sich zur Zeit des Erlasses der „Auflage“ aus den erkennbaren Umständen eine Gefährdung für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei der Durchführung der Versammlung bzw. des Aufzuges ergeben haben.

#### a) Versammlung oder Aufzug

Grundsätzlich kann insoweit zunächst angenommen werden, dass der Begriff der „**Versammlung**“ des VersG – jedenfalls im Wesentlichen – deckungsgleich mit dem Versammlungsbegriff des Art. 8 GG ist.<sup>18</sup>

Nach der Rechtsprechung seien Versammlungen demnach nur örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgabe.<sup>19</sup> Dieses enge Verständnis des Versammlungsbegriffs zugrunde gelegt, reicht es für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 8 GG nicht aus, dass die Teilnehmer bei ihrer gemeinschaftlichen kommunikativen Entfaltung durch einen beliebigen Zweck verbunden sind. Vielmehr wird zusätzlich vorausgesetzt, dass die Zusammenkunft auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist. Dies ergebe sich aus dem Bezug des Art. 8 Abs. 1 GG zum Prozess öffentlicher Meinungsbildung. Wenn auch diese Auslegung des Versammlungsbegriffs teilweise kritisch gesehen wird<sup>20</sup> und daher ein weiterer Schutzbereich gefordert wird, so ist vorliegend das Thema der Veranstaltung die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu Ausweisungen in der Bundesrepublik und damit eine öffentliche Angelegenheit, sodass sogar die Voraussetzungen des engen Versammlungsbegriffs erfüllt sind. Eine Entscheidung kann daher dahinstehen.

Bei dem Protestmarsch handelt es sich um einen **Aufzug i. S. d. § 15 VersG**, die geplante Kundgebung ist, weil der Teilnehmerkreis von vornherein nicht auf bestimmte Personen beschränkt ist, eine **öffentliche Versammlung** i.S. d. VersG.

<sup>17</sup> Auf den Verweis in das Berliner Landesrecht wird im Folgenden verzichtet.

<sup>18</sup> [BVerfG, Beschluss v. 12. Juli 2001 – 1 BvQ 28/01 u. 1 BvQ 30/01, Abs. 16](#) = NJW 2001, 2459, 2460; [Meßmann](#), JuS 2007, 524, 525; [Tschentscher](#), NVwZ 2001, 1243, 1244 f. (dort auch zu verbleibenden Unterschieden).

<sup>19</sup> [BVerfG, Beschluss v. 24. Oktober 2001 – 1 BvR 1190/90, 1 BvR 2173/93 u. 1 BvR 433/96, Abs. 37 ff.](#) = BVerfGE 104, 92, 103 f.; [BVerfG \(K\), Beschluss v. 10. Dezember 2010 – 1 BvR 1402/06, Abs. 19](#) = NVwZ 2011, 422, Abs. 19.

<sup>20</sup> Vgl. etwa [Höfling/Krohne](#), JA 2012, 734, 736; [Deppenheuer](#), in: Maunz/Dürig, GG, 82. EL Januar 2018, Art. 8 Rn. 49 ff.

*Anmerkung:* Siehe zum Versammlungsbegriff des VersG auch den Fall „[Berlin Alternativ](#)“ und zur Begrenzung des Anwendungsbereichs des VersG auf öffentliche Versammlungen den Fall „[Deutsche Eiche e. V.](#)“.

### b) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung

Es müsste weiterhin nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen eine **unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung** vorgelegen haben.<sup>21</sup>

#### aa) Schutzgut

Unter den Begriff „**öffentliche Sicherheit**“ fallen sowohl der Schutz des Staates und seiner Einrichtungen als auch die gesamte (jedenfalls geschriebene) Rechtsordnung und damit auch individuelle Rechtsgüter, nämlich insbesondere Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Eigentum (sowie Vermögen) des Einzelnen.<sup>22</sup> Die „**öffentliche Ordnung**“ wird definiert als die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets betrachtet wird.<sup>23</sup>

*Anmerkung:* Die oben aufgeführten Definitionen sind Standarddefinitionen des Polizei- und Ordnungsrechts bzw. des Gefahrenabwehrrechts, die bei der Fallbearbeitung beherrscht werden müssen und deren Wiedergabe – wenn es auf die Begriffe ankommt – erwartet wird. Auch wenn in manchen anderen Bundesländern die Begriffe (zumindest teilweise) in den jeweiligen Polizeigesetzen definiert werden – vgl. etwa § 2 BremPolG –, hat der Berliner Gesetzgeber derartige Legaldefinitionen nicht vorgenommen. Ohnehin wären solche landesrechtlichen Legaldefinitionen zur Auslegung des hier vorliegenden Bundesrechts (rechtlich) unerheblich. Auf diesen Umstand sollte auch bei der Fallbearbeitung geachtet werden.

Hier könnte das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Richterin *Ballmann*, das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird, betroffen sein. Zu dem durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Bereich gehört auch der sog. **räumlich-gegenständliche Bereich** der privaten Lebensgestaltung. Jedermann steht zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit ein „Innenraum“ zu, in dem er „sich selbst besitzt“, in den er sich zurückziehen kann, in dem er in Ruhe gelassen wird und zu dem die Umwelt – ohne sein Einverständnis – keinen Zutritt hat.<sup>24</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist als geschriebener

<sup>21</sup> Siehe hierzu auch *Waechter*, *VerwArch* 99 [2008], S. 73, 81 f.

<sup>22</sup> [BVerfG, Beschluss v. 14. Mai 1985 – 1 BvR 233, 341/81 \(„Brokdorf“\), Abs. 78](#) = BVerfGE 69, 315, 352; [BVerwG, Urteil v. 28. März 2012 – 6 C 12/11, Abs. 23](#) = BVerwGE 143, 74, Abs. 23; [BVerwG, Urteil v. 20. Oktober 2016 – 7 C 20/15, Abs. 12](#) = NJW 2017, 1258, Abs. 12; *Götz/Geis*, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 16. Aufl. 2017, § 4 Rn. 3.

<sup>23</sup> [BVerfG, Beschluss v. 14. Mai 1985 – 1 BvR 233, 341/81 \(„Brokdorf“\), Abs. 78](#) = BVerfGE 69, 315, 352; [BVerwG, Urteil v. 26. Februar 2014 – 6 C 1/13, Abs. 15](#) = NVwZ 2014, 883, Abs. 15; *Götz/Geis*, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 16. Aufl. 2017, § 5 Rn. 1.

<sup>24</sup> [VGH München, Beschluss v. 17. Februar 1995 – 21 CS 95.616, Abs. 8](#) = BayVBl. 1995, 528, 529; [OVG Magdeburg, Beschluss v. 25. April 2012 – 3 M 100/12, Abs. 6 f.](#) = NJW 2012, 2535, 2536.

Rechtssatz Schutzgut der öffentlichen Sicherheit, ein taugliches Schutzgut liegt mithin vor.

Dass darüber hinaus ein Schutzgut der öffentlichen Ordnung betroffen sein könnte, ist hier nicht ersichtlich.

### bb) Unmittelbare Gefährdung

Dieses „Recht auf Privatsphäre“ der Richterin *Ballmann* müsste durch das Abhalten der Demonstration vor ihrem Privathaus auch unmittelbar gefährdet gewesen sein. Eine **Gefahr** liegt vor, wenn ein Verhalten bei ungehindertem Verlauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer über eine (hinzunehmende) bloße Belästigung hinausgehenden Schädigung des Schutzgutes führen wird. Der Schadenseintritt braucht nicht mit Gewissheit zu erwarten sein. Andererseits ist aber die bloße Möglichkeit des Schadenseintritts nicht ausreichend. Der erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit ist dabei abhängig vom Rang des Rechtsgutes, in das eingegriffen werden soll, sowie vom Rang des polizeilichen Schutzgutes.<sup>25</sup>

**Unmittelbar** ist die Gefahr bei einer Sachlage, bei der der Schadenseintritt in aller nächster Zeit bevorsteht und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist oder bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat, wobei auch hier die an die Wahrscheinlichkeit und das zeitliche Moment zu stellenden Anforderungen maßgeblich von dem Rang des jeweiligen Schutzgutes abhängen<sup>26</sup> und sogar das Erfordernis des Gefahrenintritts mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in Betracht kommt, wobei es im Versammlungsrecht entscheidend auf die zeitliche Nähe von Versammlung und (möglichem) Schadenseintritt ankommt<sup>27</sup>.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch davor, sich durch Kritiker des bisherigen in die Öffentlichkeit gedruckten Verhaltens in dem „Innenbereich“ privater Lebensgestaltung und seiner unmittelbaren Umgebung „anprangern“ lassen zu müssen<sup>28</sup> bzw. sich dort dem psychischen Druck aussetzen zu müssen, der von einer „Belagerung“ des „Innenbereichs“ durch Kritiker ausgeht.<sup>29</sup> Weil vorliegend bei ungehindertem Verlauf der Demonstration – da vom Veranstalter beabsichtigt – eine „Belagerung“ des Privathauses der Richterin *Ballmann* stattgefunden hätte und dies auch zeitlich nahe bevorstand, wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in erheblicher Weise in das allgemeine Persönlichkeitsrecht *Ballmanns* eingegriffen und dieses dadurch geschädigt worden.

Es lag mithin eine unmittelbare Gefährdung des Rechtes auf Privatsphäre der Richterin *Ballmann* vor.

### c) Störereigenschaft

Die Bestimmung des richtigen Adressaten richtet sich im Versammlungsrecht mangels eigener Bestimmungen nach der polizeilichen Verantwortlichkeit, sodass die §§ 13 ff. ASOG heranzuziehen sind. *Dr. Kunstinnig* war als Veranstalter nach § 14

<sup>25</sup> Zum Gefahrenbegriff: [BVerwG, Urteil v. 28. März 2013 – 6 C 12/11, Abs. 27](#) = BVerwGE 143, 74, Abs. 27; [Götz/Geis, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht](#), 16. Aufl. 2017, § 6 Rn. 3 ff.

<sup>26</sup> [BVerfG, Beschluss v. 14. Mai 1985 – 1 BvR 233, 341/81 \(„Brokdorf“\), Abs. 81](#) = BVerfGE 69, 315, 353 f.

<sup>27</sup> [Ullrich](#), in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, 10. Edition Mai 2018, § 2 Nds. SOG Rn. 77 f.

<sup>28</sup> [VGH München, Beschluss v. 17. Februar 1995 – 21 CS 95.616, Abs. 8](#) = BayVBl. 1995, 528, 530.

<sup>29</sup> [OVG Koblenz, Beschluss v. 24. Mai 1986 – 7 B 136/86](#) = NJW 1986, 2659, 2660; [OVG Magdeburg, Beschluss v. 25. April 2012 – 3 M 100/12](#) = NJW 2012, 2535, 2536.

Abs. 2 VersG Zweckveranlasser. Soweit die Gefährdung erst durch das Verhalten anderer Demonstrationsteilnehmer hätte erfolgen sollen, soweit er selbst das Persönlichkeitsrecht der Richterin *Ballmann* beeinträchtigen würde, insbesondere durch seine vorgesehene Rede, war er Verhaltensstörer nach § 13 Abs. 1 ASOG. Jedenfalls war, insbesondere weil eine Inanspruchnahme der unbekanntesten weiteren Demonstrationsteilnehmer untunlich war, *Dr. Kunstinnig* richtiger **Adressat** der auf § 15 Abs. 1 VersG gestützten Verfügung.

#### d) Ergebnis zu 1.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 VersG lagen vor.

### 2. Ordnungsgemäße Ermessensausübung

Nach § 15 Abs. 1 VersG steht der Erlass von „Auflagen“ im Ermessen der zuständigen Behörde. Damit stellt sich die Frage, ob dieses ordnungsgemäß ausgeübt wurde, ob also insbesondere die gesetzlichen Grenzen des § 40 VwVfG beachtet worden sind. Gegen die Pflicht zur korrekten Ermessensausübung kann auf drei Arten verstoßen werden. Zunächst ist es möglich, das Ermessen gar nicht auszuüben (Ermessensausfall, bzw. -nichtgebrauch oder -unterschreitung). Es können aber auch die Grenzen des Erlaubten überschritten werden (Ermessensüberschreitung). Zu diesen Grenzen zählt insbesondere auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip. In Betracht kommt zudem eine zweckwidrige Ermessensausübung (Ermessensfehlgebrauch).

*Anmerkung:* Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip siehe [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

#### a) Verstoß gegen die Pflicht zur Ermessensausübung (§ 40 Var. 1 VwVfG)

Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Ermessensausübung könnte vor allem darin zu sehen sein, dass die Polizeipräsidentin sich nicht explizit mit der Möglichkeit auseinandergesetzt haben könnte, von dem Erlass der „Auflage“ auch abzusehen und somit das ihr zustehende Entschließungsermessen (das „Ob“ des Tätigwerdens) nicht ausgeübt haben könnte. Dagegen spricht jedoch zum einen, dass nicht ersichtlich ist, dass sie sich zum Erlass verpflichtet gesehen hat, und selbst wenn dem so wäre, so geht es hier um den Schutz privater Rechtsgüter auf der anderen Seite, sodass bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der „Auflage“ vielmehr eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht kommt, sodass jedenfalls kein Verstoß gegen das Entschließungsermessen und mithin kein Ermessensausfall vorliegen.

#### b) Verstoß gegen die gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Var. 2 VwVfG)

Eine Ermessensüberschreitung liegt insbesondere dann vor, wenn die Behörde unverhältnismäßig gehandelt hat. Damit ihr Handeln verhältnismäßig war, muss es geeignet gewesen sein, ein legitimes Ziel zu erreichen, und dazu erforderlich, also kein anderes gleich wirksames Mittel ersichtlich gewesen sein. Schließlich darf die Maßnahme nicht unangemessen gewesen sein, also der mit der Maßnahme verbundene Eingriff darf nicht außer Verhältnis zum verfolgten Ziel gestanden haben.

Die Auflage war geeignet, die Privatsphäre *Ballmanns*, ein legitimes Ziel, zu schützen. Ein milderer, aber gleich wirksames Mittel hierzu, als die Demonstration auf einen anderen Platz „umzuleiten“, war nicht ersichtlich, sodass auch die Erforderlichkeit zu bejahen ist.

Fraglich ist allenfalls, ob die „Auflage“ dem *Dr. Kunstinnig* als Versammlungsveranstalter zumutbar, ob sie also **verhältnismäßig im engeren Sinne** war.

Dem könnten die überragende Bedeutung, die der Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG für den offenen demokratischen Willensbildungsprozess zukommt, und ihre Funktion als „Korrektiv“ zur weitgehend repräsentativ ausgestalteten Demokratie entgegenstehen, welche grundsätzlich jeden staatlichen Einfluss auf Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung verbieten<sup>30</sup> und Einschränkungen der Versammlungsfreiheit nur zulassen, wenn dies zum Schutz gleichgewichtiger anderer Rechtsgüter als geboten erscheint<sup>31</sup>. Dies verbietet, dass die Versammlungsfreiheit eingeschränkt wird, um bloße **Belästigungen** von Dritten fernzuhalten, die sich zwangsläufig aus der Massenhaftigkeit der Grundrechtsausübung ergeben und sich ohne Nachteile für den Versammlungszweck nicht vermeiden lassen.<sup>32</sup>

Hier geht es allerdings nicht um die Abwehr bloßer Belästigungen, sondern um die Abwehr von Eingriffen in die grundrechtlich besonders geschützte Privatsphäre der Richterin *Ballmann*. Allein dadurch, dass sie als Richterin eine von der Öffentlichkeit kritisch aufgenommene Entscheidung getroffen hat und insoweit – mehr oder weniger unfreiwillig – in das besondere Licht der Öffentlichkeit getreten ist, büßt sie ihr Recht auf ein Privatleben nicht ein, in dem sie Kraft für ihre weitere Tätigkeit schöpfen können soll.<sup>33</sup> Zudem durfte die ursprünglich beabsichtigte Demonstration in der Mitte Berlins durchgeführt werden. Die Demonstranten waren auch berechtigt gewesen, die Schönhauser Allee zu benutzen, die bis zur Einmündung der Kastanienallee führt, sodass auf diese Weise auch eine Verbindung zwischen dem Demonstrationsanliegen und der Person der Richterin *Ballmann* in für die Demonstrationsteilnehmer erkennbarer Weise hergestellt werden konnte.<sup>34</sup> Damit ist dem Zweck des Art. 8 Abs. 1 GG, die auf Kommunikation angelegte Entfaltung der Versammlungsteilnehmer zu schützen, Genüge getan, insbesondere wird das Ziel der Demonstration nicht wesentlich beeinträchtigt oder vermindert. Unerheblich ist demgegenüber, dass sie in der Öffentlichkeit vielleicht nicht die Beachtung gefunden hat, die sie gefunden hätte, wenn sie unmittelbar vor der Privatwohnung *Ballmanns* mit einer Kundgebung endete. Ein bestimmter Beachtungserfolg einer Versammlung ist verfassungsrechtlich nicht gewährleistet.<sup>35</sup>

Somit war die „Auflage“ auch verhältnismäßig, sodass die Polizeipräsidentin die Grenzen des Ermessens nach § 40 VwVfG eingehalten hat.

### III. Ergebnis zu B.

Die „Auflage“ nach § 15 Abs. 1 VersG war somit rechtmäßig und konnte *Dr. Kunstinnig* somit nicht in seinen Rechten verletzen.

Die Klage ist folglich unbegründet.

### C. Gesamtergebnis

<sup>30</sup> [BVerfG, Beschluss v. 14. Mai 1985 – 1 BvR 233, 341/81 \(„Brokdorf“\), Abs. 60 ff.](#) = BVerfGE 69, 315, 342 ff.

<sup>31</sup> Siehe hierzu auch *Waechter*, *VerwArch* 99 [2008], S. 73, 89 f., 92 ff.

<sup>32</sup> [BVerfG, Beschluss v. 14. Mai 1985 – 1 BvR 233, 341/81 \(„Brokdorf“\), Abs. 80](#) = BVerfGE 69, 315, 353; [BVerfG \(K\), Beschluss v. 06. Juni 2007 – 1 BvR 1423/07, Abs. 23](#) = NJW 2007, 2167, 2168 f.

<sup>33</sup> Vgl. [OVG Magdeburg, Beschluss v. 25. April 2012 – 3 M 100/12 = NJW 2012, 2535, 2536](#); [VGH München, Beschluss v. 17. Februar 1995 – 21 CS 95.616](#) = BayVBl. 1995, 528, 530.

<sup>34</sup> Vgl. auch [VGH München, Beschluss v. 17. Februar 1995 – 21 CS 95.616](#) = BayVBl. 1995, 528, 530.

<sup>35</sup> [OVG Koblenz, Beschluss v. 24. Mai 1986 – 7 B 136/86](#) = NJW 1986, 2659, 2660.

Die Klage *Dr. Kunstinnigs* ist somit als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog zwar zulässig, jedoch unbegründet und hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

Vgl. zu diesem Fall:

[BVerfG \(K\), Beschluss v. 10. September 1987 – 1 BvR 1112/87](#) = NJW 1987, 3245 f. (Mahnwache am Elternhaus des DDR-Staatsratsvorsitzenden);

[VGH Kassel, Beschluss v. 07. Dezember 1993 – 3 TG 2347/93](#) = NJW 1994, 1750 f. (Antrag auf behördliches Einschreiten gegen Demonstration vor Privatwohnung des Geschäftsführers einer in Konkurs gegangenen Firma);

[OVG Koblenz, Beschluss v. 24. Mai 1986 – 7 B 136/86](#) = NJW 1986, 2659 f. (Kundgebung vor Privatwohnung des Bundeskanzlers);

[VGH München, Beschluss v. 17. Februar 1995 – 21 CS 95.616](#) = BayVBl. 1995, 528 f. (Demonstration vor dem Haus des bayerischen Innenministers);

[OVG Magdeburg, Beschluss v. 25. April 2012 – 3 M 100/12](#) = NJW 2012, 2535 f. (wöchentliche Versammlung vor Wohnhaus ehemaliger Strafgefangener);

*Meßmann*, JuS 2007, 524 ff.;

*Waechter*, VerwArch 99 [2008], S. 73 ff.;

und zur Fortsetzungsfeststellungsklage in der Fallbearbeitung:

*Bühler/Brönnecke*, Jura 2017, 34 ff.

**Fragen und Anregungen zur Lösung? [info@hauptstadtfaelle.de](mailto:info@hauptstadtfaelle.de)**