

Fortgeschrittenenklausur: „Krawallos gegen Fundamentalos“

Von Prof. Dr. Markus Ludwigs, Wiss. Mitarbeiterin Hannah Amann, Würzburg*

Sachverhalt

Teil 1

D meldete Ende September 2018 eine Versammlung in Form eines Demonstrationenzuges zum Thema „Ende im Gelände – Vereint gegen den Terror“ für den 12.10.2018 bei der unterfränkischen kreisfreien Stadt W an. Er steht der sogenannten KraGeFu-Bewegung („Krawallos gegen Fundamentalos“) nahe. D erwartete etwa 500–700 Teilnehmer.

Nach Erkenntnissen der Polizei ist damit zu rechnen, dass an der Versammlung zahlreiche gewaltbereite und gewaltsuchende „Krawallos“ teilnehmen werden. Da in den gängigen sozialen Medien für die Versammlung am 12.10.2018 eine starke Werbeaktivität entfaltet wird, geht die Polizei von einem teildentischen Teilnehmerkreis wie bei vorangegangenen KraGeFu-Versammlungen aus. Bei diesen ist es aus dem Versammlungsaufzug heraus zu erheblichen gewalttätigen Ausschreitungen gekommen. Neben verbalen Attacken wurde Pyrotechnik eingesetzt und es ereigneten sich Flaschenwürfe, direkte körperliche Angriffe gegen polizeiliche Einsatzkräfte sowie Sachbeschädigungen.

Zur Sicherstellung eines friedlichen und kontrollierten Ablaufs der geplanten Veranstaltung erlässt die Ordnungsbehörde der Stadt W daher am 2.10.2018 eine „Auflage“, wonach die Versammlung auf eine Standkundgebung zu beschränkt ist. D wurde zuvor ordnungsgemäß angehört. Die Behörde weist darauf hin, dass sie am 12.10.2018 für weitere drei Demonstrationen (darunter zwei Gegendemonstrationen zur Versammlung des D) Einsatzkräfte benötige. Für alle Veranstaltungen stünden einschließlich bereits extern angeforderter Polizeikräfte maximal 2.000 Einsatzkräfte zur Verfügung, womit – was in der Sache zutrifft – alle zur Verfügung stehenden Kapazitäten voll ausgeschöpft wären. Etwa ein Drittel dieser Kräfte werde für sonstige Sicherheits- und Verkehrsmaßnahmen sowie Stützleistungen abseits der Versammlungen benötigt. Die übrigen Einsatzkräfte verteilten sich auf die vier Versammlungen, um den jeweiligen Versammlungsschutz zu gewährleisten. Insbesondere für die zwei angemeldeten Gegenversammlungen des linken Spektrums müsse eine hohe Zahl von Kräften vorgehalten werden. Zwar würden die Gegenveranstaltungen räumlich von der Versammlung des D getrennt, es sei aber dennoch damit zu

rechnen, dass sich Kleingruppen daraus lösen, um die Veranstaltung des D zu stören.

D hält die „Auflage“ für rechtswidrig. Es gebe keine belastbaren Anhaltspunkte dafür, dass gerade die von ihm angekündigte Versammlung einen gewalttätigen Verlauf nehmen werde. Auf Störungen durch Dritte könne er jedenfalls keinen Einfluss nehmen. D möchte daher erreichen, dass die Versammlung wie geplant als Demonstrationenzug stattfinden kann. Falls es tatsächlich zu Provokationen durch Dritte kommen würde, könne man von ihm und seinen Mitdemonstranten im Übrigen nicht erwarten, dass man solche ohne Weiteres hinnehmen werde.

D kommt am 5.10.2018 in die Kanzlei des Rechtsanwalts R und begehrt gerichtlichen Rechtsschutz. Was wird R ihm raten?

Teil 2

Die Versammlung fand am 12.10.2018 als Standkundgebung mit ca. 550 Teilnehmern statt und D nahm daran als Veranstalter teil. Die Polizei war durch einen Beweis- und Dokumentationstrupp vor Ort vertreten. Sie hatte als Vorbereitungsmaßnahme während der gesamten Standkundgebung durchgehend die Einsatzbereitschaft einer teilweise in halber Höhe ausgefahrenen, aber nicht eingeschalteten Mastkamera mittels Montage auf dem Dach eines Einsatzfahrzeuges hergestellt. Es wurden weder Bild- und Tonaufnahmen oder -aufzeichnungen noch Übersichtsaufnahmen gefertigt.

D ist der Meinung, dass das Vorhalten der teilweise ausgefahrenen Kamera auf dem Einsatzfahrzeug rechtswidrig sei. Er verweist – wahrheitsgemäß – darauf, dass die Kamera im Notfall innerhalb von etwa 15 Sekunden vollständig ausgefahren werden könnte. Bereits ein derartiges Vorhalten der Kamera verletze die Meinungs- und Versammlungsfreiheit der Teilnehmer, auch wenn die Kamera selbst nicht in Betrieb genommen werde. Letzteres sei für die Veranstaltungsteilnehmer nicht erkennbar. Er zweifelt bereits daran, ob die Polizei dieses Vorgehen auf eine rechtmäßige Ermächtigungsgrundlage stützen könne.

Die Polizei ist von der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens überzeugt. Eine Verletzung der Demonstrationsteilnehmer in ihren grundrechtlich geschützten Rechten erscheine schon deshalb ausgeschlossen, weil die Kamera überhaupt nicht in Betrieb genommen worden sei. Im Übrigen stelle die Maßnahme eine „Vorbereitungshandlung“ zu tatsächlichen Bild- und Tonaufnahmen oder -aufzeichnungen bzw. Übersichtsaufnahmen dar, zu welchen die Polizei bei Versammlungen in Art. 9 BayVersG ausdrücklich ermächtigt werde.

D ist über das formell rechtmäßige Vorgehen der Polizei erbost und erhebt am 15.10.2018 eine zulässige Klage gegen den Freistaat Bayern auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vorhaltens der teilausgefahrenen Mastkamera. Ist die Klage begründet?

* Der Autor *Ludwigs* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg; die Autorin *Amann* ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin an diesem Lehrstuhl. Die Klausur wurde in leicht abgewandelter Form im Wintersemester 2018/19 in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg gestellt. Die Durchschnittspunktzahl betrug 4,82 Punkte bei einer Durchfallquote von 32,88 %. Der Sachverhalt ist in Teil 1 einem Beschluss des OVG Münster (NVwZ-RR 2017, 141) und in Teil 2 einem Urteil des OVG Lüneburg (NVwZ-RR 2016, 98) nachgebildet. Für wertvolle Diskussion danken wir Herrn Wiss. Mitarbeiter *Felix Huller*.

Bearbeitervermerk

In einem Gutachten ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, gegebenenfalls hilfsgutachterlich, einzugehen.

Lösungsvorschlag**Teil 1**

In Betracht kommt ein Antrag auf behördliches Vorgehen, die Erhebung einer Klage oder ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Behörde bei erneuter Befassung mit dem Vorgang nicht zu einem anderen Ergebnis gelangen wird, so dass für D der gerichtliche Rechtsschutz Erfolg versprechender erscheint. Mit Blick auf die bevorstehende Veranstaltung begehrt D zudem schnellstmöglich eine Entscheidung, weshalb vorrangig das Vorgehen im einstweiligen Rechtsschutz in Betracht kommt.

Fraglich ist mithin, ob ein verwaltungsgerichtliches Vorgehen im Eilrechtsschutz Aussicht auf Erfolg hat. Dies ist der Fall, wenn die entsprechenden Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit der Antrag begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen¹**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs im einstweiligen Rechtsschutz bestimmt sich danach, ob dieser auch im Hauptsacheverfahren eröffnet ist. Mangels Eingreifens einer aufdrängenden Sonderzuweisung ist insoweit die Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO einschlägig. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art handelt und keine abdrängende Sonderzuweisung eingreift.

Vorliegend wird um die Änderung des Veranstaltungsformats gestritten. Streitentscheidende Normen sind solche des Versammlungsrechts (BayVersG). Darin wird ein Hoheitsträger gerade einseitig in dieser Funktion berechtigt und verpflichtet. Die Streitentscheidenden Normen sind daher nach Maßgabe der modifizierten Subjektstheorie² öffentlich-rechtlicher Natur. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt somit vor.

Im Mittelpunkt des Versammlungsrechts steht zwar mit Art. 8 GG (Art. 113 BayVerf)³ ein verfassungsrechtlich ver-

bürgtes Grundrecht. Weder D noch die Ordnungsbehörde sind aber unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Verfassungsrechtssubjekte. Es streiten vorliegend nicht Verfassungsorgane um Rechte und/oder Pflichten aus der Verfassung, sondern die natürliche Person D mit der Ordnungsbehörde um Maßgaben aus dem Versammlungsrecht. Eine sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit⁴ ist daher zu verneinen. Die Streitigkeit ist folglich nichtverfassungsrechtlicher Art.

Mangels Eingreifens einer abdrängenden Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers, §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO. D will die Versammlung wie geplant als Demonstrationzug abhalten. Statthaft könnte es daher sein, die sofortige Vollziehbarkeit der „Auflage“ vom 2.10.2018 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verhindern.

1. Abgrenzung § 80 Abs. 5 VwGO und § 123 VwGO

In Betracht kommt ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO oder ein Antrag auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO. Ausweislich von § 123 Abs. 5 VwGO ist der Antrag gem. § 123 Abs. 1 VwGO gegenüber den Rechtsschutzmöglichkeiten der §§ 80, 80a VwGO subsidiär. Der damit vorrangige § 80 Abs. 5 VwGO greift ein, wenn der Antragsteller die Herbeiführung bzw. Wiederherstellung des Suspensiveffektes erstrebt und daher in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft wäre. Zu prüfen ist folglich, welche Klageart in der Hauptsache dem klägerischen Begehren (§§ 88, 86 Abs. 3 VwGO) Rechnung trägt. Zu denken ist insoweit an ein rechtliches Vorgehen gegen die „Auflage“ vom 2.10.2018. Statthafte Klageart könnte eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO sein. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen eines Verwaltungsaktes im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG.⁵ Die Begriffsverwendung

SVerf; Art. 23 SächsVerf; Art. 12 LSAVerf; Art. 10 ThürVerf; für die Länder, die den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes im Wege der Rezeption inkorporieren: Art. 2 Abs. 1 BWVerf; Art. 3 Abs. 2 S. 1 NdsVerf; Art. 4 Abs. 1 Verf NW; Art. 5 Abs. 3 MVVerf; Art. 3 Verf SH. Die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg verzichtet sowohl auf einen eigenen Grundrechtsteil als auch auf eine explizite Rezeptionsregelung.

⁴ Allgemein zur „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ z.B. Haack, in: Gärditz, VwGO-Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 40 Rn. 116 ff.; siehe auch Bethge, JuS 2001, 1100; anders: W.-R. Schenke, VerwProzR, 15. Aufl. 2017, Rn. 129, wonach maßgeblich sein soll, ob die Streitigkeit auf Grund verfassungsgesetzlicher Zuständigkeitsvorschriften grundsätzlich den Verfassungsgerichten vorbehalten sein soll.

⁵ Zur umstrittenen Frage des Abstellens auf den Begriff des Verwaltungsaktes im Sinne des Bundes- oder des Landes-VwVfG vgl. statt vieler Gärditz, in: Gärditz (Fn. 4), § 42 Rn. 8 m.w.N.

¹ Zum zwei- bzw. dreistufigen Prüfungsaufbau einer verwaltungsgerichtlichen Klage vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 10 Rn. 1 f.; Fischer, Jura 2003, 748; zur Anwendbarkeit von § 17a GVG auch auf den einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO vgl. VGH Kassel, BeckRS 2007, 22199; Geiger, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 83 Rn. 4; Martini, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2017, S. 193; anders: W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 83 Rn. 4.

² Dazu etwa Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 3 Rn. 13.

³ Vgl. für die Länder mit eigenen Grundrechtskatalogen in den Landesverfassungen: Art. 26 BlnVerf; Art. 23 BbgVerf; Art. 16 BremVerf; Art. 14 HV; Art. 12 RhPfVerf; Art. 6

„Auflage“ deutet zwar prima facie darauf hin, dass die Beschränkung auf eine Standkundgebung als Nebenbestimmung (§ 36 VwVfG) zu einem Verwaltungsakt zu qualifizieren ist. Da Versammlungen von vornherein keiner Erlaubnis bedürfen (Art. 8 Abs. 1 GG, Art. 113 BayVerf⁶), sondern – im Falle einer Versammlung unter freiem Himmel – lediglich grundsätzlich anzuzeigen sind (Art. 8 Abs. 2 GG, Art. 13 Abs. 1 BayVersG⁷), gibt es aber keinen Hauptverwaltungsakt, der die Versammlung erlaubt. Es existiert mithin kein „Erlaubnis-Verwaltungsakt“, der mit einer Auflage im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG verbunden werden könnte.⁸ Die „Auflage“, welche die Versammlung auf eine Standkundgebung beschränkt, stellt vielmehr einen eigenständigen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG dar.⁹ Bei einer genaueren Einordnung kommen sowohl die Annahme eines klassischen Verwaltungsakts im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG als auch die Qualifizierung als personenbezogene Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 Var. 1 VwVfG in Betracht.¹⁰ Einerseits spricht für das Vorliegen einer konkret-individuellen Regelung im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG, dass der Verwaltungsakt allein dem Veranstaltungsleiter gegenüber bekannt gegeben wird.¹¹ Andererseits lässt sich zugunsten einer Qualifizierung als Allgemeinverfügung im Sinne von § 35 S. 2 Var. 1 VwVfG anführen, dass die Veränderung des Veranstaltungsformats sich an alle potenziellen Teilnehmer der für den 12.10.2018 geplanten Versammlung unter dem Thema „Ende im Gelände – Vereint gegen den Terror“ richtet.¹² Letztlich kann die exakte Abgrenzung hier dahinstehen. Unabhängig von der Zuordnung zu § 35 S. 1 oder S. 2 VwVfG wäre in der Hauptsache eine Anfechtungsklage nach § 42

Abs. 1 Var. 1 VwGO zu erheben, weshalb in jedem Fall der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft ist.

2. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 oder Alt. 2 VwGO

Klärungsbedürftig ist im Weiteren, welche der beiden Alternativen des § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO einschlägig ist. Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob sich die sofortige Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts unmittelbar aus einer gesetzlichen Anordnung ergibt (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1–3 VwGO) oder im Einzelfall von der Behörde angeordnet wurde (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO). Vorliegend existiert mit Art. 25 BayVersG eine landesrechtliche Anordnung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO, wonach Klagen gegen Entscheidungen nach dem bayerischen Versammlungsgesetz keine aufschiebende Wirkung haben.¹³ Der Antrag ist damit hier gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu richten. D könnte dann wie geplant ohne „Modifikation“ von seinem Versammlungsrecht Gebrauch machen.

III. Antragsbefugnis

Des Weiteren müsste D gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog auch antragsbefugt sein. Dies ist der Fall, wenn die Klagebefugnis in der Hauptsache gegeben wäre. Dafür müsste die Möglichkeit bestehen, dass D in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt wird. Eine Verletzung des D als Veranstalter durch die „Auflage“ in seinen Rechten aus Art. 1 Abs. 1 BayVersG¹⁴ bzw. Art. 8 Abs. 1 GG/Art. 113 BayVerf¹⁵ (Versammlungsfreiheit) sowie Art. 5 Abs. 1 GG/Art. 110 BayVerf¹⁶ (Meinungsfreiheit) erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen. Im Übrigen ergibt sich eine mögliche Rechtsverletzung für den D als Adressaten der Allgemeinverfügung auch aus Art. 2 Abs. 1 GG. Somit ist D antragsbefugt.

⁶ Siehe Fn. 3.

⁷ Vgl. für die anderen Länder mit eigenem Versammlungsgesetz § 5 Abs. 1 NVersG; § 14 Abs. 1 SächsVersG; § 12 Abs. 1 VersammlG LSA; § 11 Abs. 1 VersFG SH; für alle übrigen Länder: § 14 Abs. 1 VersG.

⁸ Anders als die bundesrechtliche Regelung in § 15 VersG (zur Reichweite der Fortgeltung vgl. Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG) sprechen die Landesversammlungsgesetze präziser von „Beschränkungen“, vgl. Art. 12, 15 BayVersG; § 8 NVersG; § 15 SächsVersG; § 13 VersammlG LSA; § 13 VersFG SH.

⁹ Der Einordnung als Rechtsnorm steht entgegen, dass die Bestimmbarkeit der adressierten Personen im Zeitpunkt des Erlasses der „Auflage“ (jedenfalls) nach allgemeinen Merkmalen und damit gattungsgemäß erfolgen kann. Siehe zu diesen Kriterien etwa *Detterbeck*, AllgVerwR, 16. Aufl. 2018, Rn. 468; *Erbguth/Guckelberger*, AllgVerwR, 9. Aufl. 2018, § 12 Rn. 23; a.A. noch *Obermayer*, NJW 1980, 2386 (2387 ff.), der annimmt, dass eine Rechtsnorm vorliegt, wenn die Identität der Personen, an welche eine Regelung gerichtet ist, im Zeitpunkt ihres Erlasses nicht feststeht.

¹⁰ Instrukтив zur Abgrenzung *Schoch*, Jura 2012, 26 (28).

¹¹ Zur dieser Fallbearbeitung zugrundeliegenden Entscheidung vgl. *Kingreen*, Jura (JK) 2017, 1453.

¹² Vgl. zu der Einordnung eines Demonstrationsverbots als Allgemeinverfügung *Detterbeck* (Fn. 9), Rn. 468; *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 9), § 12 Rn. 23; *Schoch*, Jura 2012, 26 (28).

¹³ Einen gesetzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung enthalten das Versammlungsgesetz des Bundes und die übrigen Versammlungsgesetze der Länder (zumindest für Maßnahmen vor Versammlungsbeginn, vgl. § 13 Abs. 6 S. 2 VersFG SH) nicht. Demnach wäre für D außerhalb Bayerns (vorbehaltlich einer Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit durch die zuständige Behörde nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) allein die Erhebung der Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO statthaft.

¹⁴ § 1 Abs. 1 NVersG; § 1 Abs. 1 SächsVersG; § 1 Abs. 1 VersammlG LSA; § 1 Abs. 1 VersFG SH; im Übrigen: § 1 Abs. 1 VersG.

¹⁵ Siehe Fn. 3.

¹⁶ Vgl. für die Länder mit eigenen Grundrechtskatalogen in den Landesverfassungen: Art. 14 BlnVerf; Art. 19 BbgVerf; Art. 15 BremVerf; Art. 11 HV; Art. 10 RPV; Art. 5 SVerf; Art. 20 SächsVerf; Art. 10 LSAVerf; Art. 11 ThürVerf; für die Länder, die den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes im Wege der Rezeption inkorporieren: Art. 2 Abs. 1 BWVerf; Art. 3 Abs. 2 S. 1 NdsVerf; Art. 4 Abs. 1 Verf NW; Art. 5 Abs. 3 MVVerf; Art. 3 Verf SH.

IV. Rechtsschutzbedürfnis

D muss für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes auch ein Rechtsschutzbedürfnis aufweisen.

1. Vorheriger Antrag an Behörde gem. § 80 Abs. 4 VwGO?

Fraglich ist, ob es am Rechtsschutzbedürfnis des D fehlt, weil er bei der Behörde zuvor die Aussetzung der Vollziehung (§ 80 Abs. 4 VwGO) beantragen müsste. Explizit ist in § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO nur der Vorrang der behördlichen Aussetzungsentscheidung bei § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (Anforderungen von öffentlichen Abgaben und Kosten) geregelt. Im Umkehrschluss ergibt sich daher, dass in den übrigen Fällen des § 80 Abs. 2 VwGO ein Antrag gem. § 80 Abs. 4 VwGO keine Voraussetzung der gerichtlichen Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO bildet.¹⁷

2. Keine Bestandskraft des Verwaltungsakts

Das Rechtsschutzbedürfnis des D könnte des Weiteren abzulehnen sein, wenn der Verwaltungsakt bereits endgültig vollziehbar ist. Zwar ist beim Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO keine Frist einzuhalten. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist aber, dass der (noch nicht erledigte) Verwaltungsakt noch nicht bestandskräftig geworden ist. Das Eilverfahren ist funktionslos, wenn der entsprechende Verwaltungsakt bereits endgültig vollziehbar ist.¹⁸ Für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO entfällt dann das Rechtsschutzbedürfnis. Klärungsbedürftig ist daher, ob die „Auflage“ noch mit Widerspruch oder Anfechtungsklage angegriffen werden kann. Dies ist zu bejahen, da der Verwaltungsakt vom 2.10.2018 gegenwärtig (5.10.2018) ersichtlich noch nicht bestandskräftig ist.

3. Vorherige bzw. zeitgleiche Erhebung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache?

Zu prüfen ist ferner, ob D einen Rechtsbehelf in der Hauptsache einlegen muss.¹⁹ Die Möglichkeit des Widerspruchs entfällt gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2, Abs. 3 BayAGVwGO. Klärungsbedürftig ist, ob D den Rechtsbehelf der Anfechtungsklage, dessen aufschiebende Wirkung (vgl. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO) angeordnet werden kann, einlegen muss.

Zum Teil wird die vorherige oder zeitgleiche Erhebung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache nicht für notwendig gehalten, weil dadurch eine mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und dem Zweck der Rechtsbehelfsfristen (Überlegungs- und Vorbereitungszeit) unvereinbare faktische Verkürzung der für die Hauptsache geltenden Rechtsbehelfsfristen sowie eine Erhö-

hung der Prozesskosten eintreten würde.²⁰ Zudem spreche der Wortlaut des § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO („Der Antrag ist schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig“) gegen die Notwendigkeit, den Hauptsacherechtsbehelf zu erheben.²¹

Für die Erforderlichkeit zumindest zeitgleicher (nicht notwendig vorheriger) Erhebung der Anfechtungsklage lässt sich demgegenüber anführen, dass es eines Rechtsbehelfs bedarf, der die aufschiebende Wirkung auszulösen in der Lage ist und dessen aufschiebende Wirkung angeordnet werden kann. § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO lässt den Antrag vor Erhebung der Anfechtungsklage nur deshalb zu, weil die Norm vom Regelfall der Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO ausgeht. Die Systematik der Regelung des Suspensiveffektes sieht vor, dass dieser nach § 80 Abs. 1 VwGO mit Einlegung von Widerspruch oder Anfechtungsklage eintritt, wenn kein Fall des § 80 Abs. 2 VwGO vorliegt. Der Eintritt der aufschiebenden Wirkung setzt danach zwingend die Einlegung eines Rechtsbehelfs voraus.²²

Vor diesem Hintergrund ist D zu raten, neben dem Antrag auf Eilrechtsschutz sicherheitshalber auch Anfechtungsklage zu erheben, um das Rechtsschutzbedürfnis in jedem Fall gewährleisten zu können.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

D ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO i.V.m. § 1 BGB beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO i.V.m. §§ 2, 104 ff. BGB prozessfähig. Die Beteiligtenfähigkeit der Stadt W als Trägerin der örtlichen Ordnungsbehörde ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. Art. 1 BayGO²³. Sie wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1, 34 Abs. 1 S. 2 BayGO²⁴ durch ihren Oberbürgermeister vertreten.

VI. Zuständigkeit des Gerichts und Form

Der Antrag ist gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO beim zuständigen Gericht der Hauptsache nach §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO, Art. 1 Abs. 2 Nr. 5 BayAGVwGO zu stellen. Zuständiges Gericht ist danach das VG Würzburg. Von einem ordnungsgemäßen Antrag gem. §§ 81 f. VwGO analog ist mangels entgegenstehender Angaben auszugehen.

²⁰ *W.-R. Schenke* (Fn. 1), § 80 Rn. 139; *Streinz/Hammerl*, JuS 1993, 663 (667).

²¹ *W.-R. Schenke* (Fn. 1), § 80 Rn. 139; *W.-R. Schenke*, JZ 1996, 1155 (1160).

²² OVG Münster NJW 1975, 794 (794 ff.); *Külpmann* (Fn. 17), Rn. 945 f.; *Schmidt*, in: *Eyermann* (Fn. 1), § 80 Rn. 65; *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, 34. Lfg., Stand: Mai 2018, § 80 Rn. 460 f.

²³ § 1 der Gemeindeordnungen aller Länder mit Ausnahme von § 2 Abs. 2 NKomVG und § 2 Abs. 2 KVG LSA.

²⁴ § 42 Abs. 1 S. 2 GemO BW; § 61 Abs. 1 BbgGO; § 71 Abs. 1 HGO; § 38 Abs. 2 S. 1 KV M-V; § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG; § 63 Abs. 1 GO NW; § 47 Abs. 1 S. 1 GemO RP; § 59 Abs. 1 SaarlKSVG; § 51 Abs. 1 S. 2 SächsGemO; § 60 Abs. 2 KVG LSA; § 56 Abs. 1, 64 Abs. 1 GO SH; § 31 Abs. 1 ThürKO.

¹⁷ *Külpmann*, in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 899.

¹⁸ Vgl. *Heckmann*, in: *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen*, Klausurenbuch, 3. Aufl. 2015, S. 134.

¹⁹ Bejahend OVG Münster NJW 1975, 794; verneinend BayVGH DVBl. 1988, 591.

VII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen des § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO sind gegeben. Neben dem Antrag sollte D Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO erheben (a.A. vertretbar).

B. Begründetheit

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog)²⁵ und eine Interessensabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse (bzw. Suspensivinteresse) des Antragstellers D das öffentliche Vollzugsinteresse der Behörde überwiegt. Das Überwiegen des Suspensivinteresses orientiert sich im Rahmen einer summarischen Prüfung der Hauptsache vor allem daran, ob die Klage in der Hauptsache Aussicht auf Erfolg hat. Das Gericht trifft bei der Abwägung des Suspensivinteresses mit dem Vollzugsinteresse eine eigene, originäre Ermessensentscheidung.²⁶ Dabei hat es die gesetzgeberische Wertentscheidung, insbesondere das Regel-/Ausnahmeverhältnis von § 80 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1–3 bzw. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO sowie Art. 19 Abs. 4 GG zu beachten.

I. Passivlegitimation

Der Antrag ist gegen den Antragsgegner zu richten, der als Klagegegner einer möglichen Hauptsache passivlegitimiert wäre. Als Rechtsträgerin der handelnden Behörde ist die Stadt W gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog passivlegitimiert.

II. Zulässigkeit der Klage in der Hauptsache

Die Zulässigkeit der Klage in der Hauptsache ergibt sich inzident aus der Zulässigkeit des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz.

III. Begründetheit der Klage in der Hauptsache

Die Klage des D in der Hauptsache ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, soweit die Veränderung des Veranstaltungsformats von einem Demonstrationzug zu einer stationären Kundgebung rechtswidrig und D dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§§ 78 Abs. 1, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

1. Passivlegitimation

Die Stadt W ist als Rechtsträgerin der den Verwaltungsakt erlassenden Ordnungsbehörde gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO passivlegitimiert.

²⁵ Zur umstrittenen Einordnung von § 78 VwGO als Sachentscheidungsvoraussetzung oder als Element der Begründetheitsprüfung (Passivlegitimation) vgl. *Rozek*, JuS 2007, 601 (602 f.).

²⁶ Statt vieler *W.-R. Schenke* (Fn. 4), Rn. 1000; anders *Schoch* (Fn. 22), Vorb. § 80 Rn. 66.

2. Rechtswidrigkeit der Änderung des Veranstaltungsformats

a) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die Veränderung des Veranstaltungsformats von einem Umzug zu einer stationären Kundgebung kommt Art. 15 Abs. 1 BayVersG²⁷ in Betracht. Danach kann die zuständige Behörde die Versammlung beschränken oder verbieten, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist oder ein Fall des Art. 12 Abs. 1 BayVersG vorliegt.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Änderung der Versammlung ist formell rechtmäßig, wenn die handelnde Behörde für die Maßnahme zuständig war und die einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten hat. Sachlich zuständig ist nach Art. 24 Abs. 2 S. 1 BayVersG die Kreisverwaltungsbehörde und damit gem. Art. 9 Abs. 1 BayGO die kreisfreie Stadt W.²⁸ Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 4 BayVwVfG. Von einer ordnungsgemäß durchgeführten Anhörung gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG und einem formgemäßen Verwaltungsakt nach Art. 37 und Art. 39 BayVwVfG ist auszugehen.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Materiell rechtmäßig ist die Änderung in eine Standkundgebung, wenn die Eingriffsvoraussetzungen des Art. 15 Abs. 1 BayVersG vorliegen und die Behörde die nach dieser Vorschrift in Betracht kommende Rechtsfolge ergriffen hat.

aa) Tatbestand

(1) Versammlung

Es müsste zunächst eine öffentliche Versammlung im Sinne des bayerischen Versammlungsgesetzes (Art. 2 Abs. 1 und 2 BayVersG²⁹) vorliegen (siehe Art. 2 Abs. 3 BayVersG³⁰). Diese müsste zudem eine solche unter freiem Himmel sein, damit die Art. 13 ff. BayVersG³¹ zum Tragen kommen.

Eine Versammlung im Sinne des BayVersG setzt die Zusammenkunft von mindestens zwei Personen zu einer gemeinsamen Zweckverfolgung voraus (Art. 2 Abs. 1 BayVersG³²).

²⁷ § 8 Abs. 1 NVersG; § 15 Abs. 1 SächsVersG; § 13 Abs. 1 VersammlG LSA; § 13 Abs. 1 und 3 VersFG SH; im Übrigen: § 15 Abs. 1 VersG.

²⁸ § 24 Abs. 1 S. Nr. 1 NVersG: „untere Versammlungsbehörde“; § 32 Abs. 1 Nr. 4 SächsVersG: „Kreispolizeibehörde“; § 27 Abs. 1 VersFG SH: „Kreisordnungsbehörde“.

²⁹ Ähnlich § 2 Abs. 1 und 2 VersFG SH.

³⁰ Anders § 2 Abs. 3 VersFG SH.

³¹ §§ 5 ff. NVersG; §§ 14 ff. SächsVersG; §§ 12 ff. VersammlG LSA; §§ 11 ff. VersFG SH; im Übrigen: §§ 14 ff. VersG.

³² Ähnlich § 2 NVersG bzw. § 1 Abs. 3 SächsVersG; strenger § 2 Abs. 1 VersFG SH („mindestens 3 Personen“); die Versammlungsgesetze des Bundes und des Landes Sachsen-Anhalt definieren den Begriff „Versammlung“ nicht.

Zufällige Ansammlungen bilden daher ersichtlich keine Versammlung.³³ Fraglich ist, welcher Zweck vorliegen muss.³⁴ Anders als die Anhänger des *weiten* Versammlungsbegriffs im Rahmen der Auslegung von Art. 8 Abs. 1 GG lässt Art. 2 Abs. 1 BayVersG nicht jeden beliebigen Zweck genügen.³⁵ Gefordert wird im Sinne des *engen* Versammlungsbegriffs³⁶ vielmehr, dass die Zusammenkunft der gemeinschaftlichen, überwiegend auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung³⁷ gerichteten Erörterung oder Kundgebung dient.³⁸ Dies ist bei der von D angemeldeten politischen Demonstration zu bejahen.³⁹ Die Versammlung ist auch für jedermann zugänglich und somit öffentlich (Art. 2 Abs. 2 BayVersG). Da die Veranstaltung nicht gegenüber der Außenwelt räumlich abgegrenzt ist,⁴⁰ handelt es sich des Weiteren um eine Versammlung unter freiem Himmel.

(2) Fall des Art. 12 Abs. 1 BayVersG oder unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung⁴¹

(a) Fall des Art. 12 Abs. 1 BayVersG

In Betracht kommt zunächst das Vorliegen eines Falles des Art. 12 Abs. 1 BayVersG, hier konkret der Nr. 3. Danach müssten D oder sein Anhang einen gewalttätigen Verlauf der Veranstaltung „anstreben“. Anstreben bedeutet, dass der Wille zur Gewalttätigkeit vorliegen muss. Gleichgültigkeit gegenüber einem möglicherweise unfriedlichen Verlauf reicht dagegen nicht aus.⁴²

Das gewalttätige Verhalten bei früheren KraGeFu-Veranstaltungen kann zwar als Indiz dafür angesehen werden, dass ein derartiger Versammlungsverlauf angestrebt wird.⁴³ Dies allein reicht allerdings nicht aus. Hinzukommen müssen weitere Feststellungen mit Bezug zur aktuellen Versammlung.⁴⁴ Zwar zeigt sich D gegenüber etwaigen, von Gegendemonstranten verursachten Störungen gleichgültig. Anzeichen für gewalttätige Vorbereitungshandlungen des D ergeben sich aus dem Sachverhalt aber nicht. Es gibt damit keine belastba-

ren Anhaltspunkte dafür, dass die Teilnehmer der von D angemeldeten Versammlung in größerer Zahl von sich aus Gewalttaten begehen werden. Ein Fall des Art. 12 Abs. 1 Nr. 3 BayVersG ist daher zu verneinen und ein sonstiger Fall des Art. 12 Abs. 1 BayVersG nicht ersichtlich.

(b) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung

Zu prüfen ist daher weiterhin, ob eine unmittelbare Gefährdung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 BayVersG vorliegt. Eine unmittelbare Gefahr ist ein Zustand, der bei ungehindertem weiteren Verlauf mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft in einen Schaden umschlagen wird.⁴⁵ Für die Annahme einer Gefahr reichen reine Vermutungen oder Befürchtungen eines Schadeneintritts nicht aus. Die Gefahrenprognose muss sich auf eine konkrete Tatsachengrundlage stützen. Als „erkennbare Umstände“ nach Art. 15 Abs. 1 BayVersG kommen unter anderem öffentliche Äußerungen, die Angaben des Veranstalters aus der Versammlungsanzeige wie beispielsweise die erwartete Teilnehmerstruktur und -zahl, das Versammlungsthema und die Art und Weise der Mobilisierung für die Versammlung in Betracht.⁴⁶ Für die Gefahrenprognose können als Indizien auch Erfahrungen aus zurückliegenden Veranstaltungen herangezogen werden, soweit diese vergleichbar sind. Letzteres ist der Fall, wenn hinsichtlich des Mottos, des Ortes, des Datums sowie des Teilnehmer- und Organisationskreises Parallelen zur geplanten Versammlung bestehen.⁴⁷ Zugleich müssen auch eventuelle Gegenindizien bei der Gefahrenprognose hinreichend gewürdigt werden.⁴⁸ Die Beurteilung einer unmittelbaren Gefahr erfolgt dabei nach dem klaren Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 BayVersG („zur Zeit des Erlasses der Verfügung“) aus der ex-ante-Perspektive.⁴⁹ Die öffentliche Sicherheit umfasst den Schutz der Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen, die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates.⁵⁰

Vorliegend gibt es zwar, wie bereits dargestellt, keine sicheren Anhaltspunkte dafür, dass die Teilnehmer der Versammlung von sich aus vollkommen anlasslos in größerer Zahl Gewalttaten begehen werden. D bringt jedoch vor, dass er und seine Mitdemonstranten Provokationen Dritter nicht ohne weiteres hinnehmen werden. Es ist daher davon auszugehen, dass die sich bei der Versammlung voraussichtlich einfindenden gewaltbereiten bzw. gewaltsuchenden Teilnehmer auf mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erwartbare

³³ T. Maurer, in: Dirnberger/Henneke u.a., PdK Bay K-19, 2017, Art. 2 BayVersG Erl. 1.3.

³⁴ Vgl. Heckmann (Fn. 18), S. 137.

³⁵ Vgl. T. Maurer (Fn. 33), Art. 2 BayVersG Erl. 1.3; vgl. zu den Versammlungsbegriffen (des VersG) Deutmoser, NVwZ 1999, 240.

³⁶ Vgl. BVerfG NJW 2001, 2459; BVerwG NVwZ 2007, 1431.

³⁷ Vgl. die Parallelnormen in Fn. 25.

³⁸ Vgl. T. Maurer (Fn. 33), Art. 2 BayVersG Erl. 1.3.

³⁹ Zum gleichen Ergebnis käme man im Übrigen auch unter Anwendung des sogenannten erweiterten Versammlungsbegriffs, nach welchem Gegenstand der Meinungsbildung neben öffentlichen auch private Angelegenheiten sein können.

⁴⁰ Vgl. Heckmann, in: Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 7. Aufl. 2017, S. 401 Rn. 533.

⁴¹ Entsprechend dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 BayVersG können die beiden Alternativen auch in umgekehrter Reihenfolge geprüft werden.

⁴² T. Maurer (Fn. 33), Art. 12 BayVersG Erl. 2.1.3.

⁴³ Vgl. T. Maurer (Fn. 33), Art. 12 BayVersG Erl. 2.1.3.

⁴⁴ Allgemein T. Maurer (Fn. 33), Art. 12 BayVersG Erl. 2.1.3.

⁴⁵ VG Würzburg BeckRS 2014, 46325.

⁴⁶ Madeja, in: Dirnberger/Henneke u.a. (Fn. 33), Art. 15 BayVersG Erl. 2.1.1.

⁴⁷ Siehe hierzu BVerfG JuS 2010, 937 (938); BayVGH BeckRS 2013, 50871; BayVGH BeckRS 57772; OVG Münster NVwZ-RR 2017, 141 (141).

⁴⁸ OVG Münster, BeckRS 2016, 49486; OVG Münster NVwZ-RR 2017, 141 (141).

⁴⁹ Darauf weist auch Madeja (Fn. 46) Art. 15 BayVersG Erl. 2.1.1 hin.

⁵⁰ Vgl. T. Maurer (Fn. 33), Art. 15 BayVersG Erl. 2.1.1.

und polizeilich nicht hinreichend sicher vermeidbare Provokationen Dritter bereitwillig mit Gewalt reagieren werden (a.A. nur schwer vertretbar). Von einer Versammlung ist jedoch zu verlangen, dass sie auch mit Blick auf Provokationen friedlich bleibt.⁵¹

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Behörden grundsätzlich dazu verpflichtet sind, Versammlungen vor gewalttätigen Teilnehmern oder auch Gegendemonstranten zu schützen. Zwar sind die Behörden gehalten, unmittelbare Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren.⁵² Hier kann die Stadt W aber darauf verweisen, dass frühere KraGeFu-Versammlungen regelmäßig einen gewalttätigen Verlauf genommen haben oder sogar gezielt zur Verübung von Straftaten genutzt worden sind. Bei einer nur stationären Veranstaltung lässt sich dem einfacher begegnen, da insbesondere etwaige Störer bzw. Störergruppen leichter identifiziert werden können.⁵³

Sind Gewalttätigkeiten aus einem Aufzug hinreichend wahrscheinlich, entfällt die Gefahrenlage auch nicht dadurch, dass die Polizei sie möglicherweise (mit zusätzlichen Kräften) verhindern könnte. Die Stadt W als Kreisverwaltungsbehörde darf vielmehr gegen eine solche Gefahrenlage von vornherein etwa durch Beschränkung der Versammlung auf eine Standkundgebung einschreiten (a.A. vertretbar).⁵⁴ Hinzu kommt, dass – wie von W vorgetragen – trotz voller Ausschöpfung aller zur Verfügung stehender Kapazitäten auf Grund der weiteren Demonstrationen vorliegend keine zusätzlichen Kräfte zur Verfügung standen.

Eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist damit zu bejahen (a.A. nur schwer vertretbar).

bb) Rechtsfolge

Die Ausübung des in der Ermächtigungsgrundlage vorgesehenen Ermessensspielraums im Sinne des Art. 40 BayVwVfG („kann“) muss fehlerfrei erfolgt sein, § 114 Abs. 1 S. 1 VwGO. Spezifische Ermessensfehler in Form der Ermessensunter- oder -überschreitung bzw. des Ermessens Fehlgebrauchs sind nicht ersichtlich. Fraglich ist aber, ob die Veränderung des Veranstaltungsformats dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Dies ist der Fall, wenn sie für die Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Die Maßnahme dient dem legitimen Zweck, die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten. Sie ist dazu geeignet, wenn sie dem Ziel förderlich ist. Die Beschränkung auf eine Standkundgebung bewirkt, dass einem gewalttätigen Verlauf leichter begegnet werden kann, weshalb die Zwecktauglichkeit zu bejahen ist. Die Maßnahme ist erforderlich, wenn kein gleichermaßen geeignetes, aber weniger eingriffsintensives Mittel zur Verfügung stand. Gegenüber einem vollkommenen Verbot ist die Beschränkung auf eine stationäre Versammlung als milder zu bewerten. Demgegenüber sind zwar noch weniger eingriffsintensive Maß-

nahmen vorstellbar. Um die Sicherheit der Demonstration zu gewährleisten, hätte die Behörde etwa das Abstellen einer gewissen Zahl von Ordnern anordnen können. Es ist aber nicht erkennbar, dass das Ziel der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung damit gleich effektiv hätte erreicht werden können. Da kein ebenso wirksames, milderes Mittel ersichtlich ist, war die Veränderung des Veranstaltungsformats daher im Ergebnis erforderlich.⁵⁵ Schließlich muss die gewählte Maßnahme auch angemessen sein, das heißt die hiermit einhergehenden Nachteile dürfen zu den bewirkten Vorteilen nicht erkennbar außer Verhältnis stehen. Die Veränderung des Formats erfolgt nicht in der Weise, dass sie einem Verbot gleichkommt. Dies käme beispielsweise bei einer zeitlichen Verschiebung von einem bewusst gewählten Datum⁵⁶ oder einer Verlegung des auf Grund seiner Symbolwirkung ausgesuchten Versammlungsortes in Betracht.⁵⁷ Auch die Berufung auf den Mangel an Sicherheitskräften führt nicht zu einer anderen Einschätzung.⁵⁸ Die Ordnungsbehörden können (in Zeiten knapper werdender öffentlicher Einnahmen und Ressourcenverteilung) nicht verpflichtet sein, „für den Ernstfall“ eine große Anzahl an Sicherheitskräften vorhalten.⁵⁹ Vielmehr muss die Behörde sich im Wege der Amtshilfe rechtzeitig um die Anforderung weiterer Sicherheitskräfte aus anderen Regionen oder Ländern kümmern,⁶⁰ was laut Sachverhalt geschehen ist. W hatte rechtzeitig externe Polizeikräfte angefordert und damit alle zur Verfügung stehenden Kapazitäten voll ausgeschöpft.

Festzuhalten ist im Übrigen, dass die Versammlung trotz der Formatänderung ihrem Anliegen entsprechend stattfinden kann. Bei einer Gesamtwürdigung steht die Einschränkung nicht außer Verhältnis zum Veranstaltungszweck. Die Modifizierung der Veranstaltung ist mit Blick auf den Ausgleich von Grundrechtsausübung und Sicherheitsinteressen vielmehr angemessen und im Ergebnis auch insgesamt verhältnismäßig.

⁵⁵ Erwogen werden könnten als milderes Mittel auch Maßnahmen zur Einschränkung der Gegendemonstrationen, da mögliche Interessenkollisionen zwischen mehreren Versammlungen von der Stadt W im Sinne eines schonenden Ausgleichs zu lösen sind. Der Sachverhalt stellt aber zu wenige Angaben dahingehend zur Verfügung, welche Maßnahmen gegenüber den Gegendemonstrationen bereits ergriffen wurden.

⁵⁶ Vgl. *Gusy*, JZ 2002, 105 (112 f.); *Lembke*, JuS 2005, 984 (986).

⁵⁷ Siehe *Gusy*, JZ 2002, 105 (112).

⁵⁸ Zu einer Beschränkung wegen polizeilichen Notstands BVerfG NJW 2000, 3053 (3055 f.); die bloße Behauptung der Behörde reicht allerdings nicht aus, BVerfG NJW 2001, 2069 (2072).

⁵⁹ Vgl. auch die Falllösung bei *Manger-Nestler/Böttner*, JuS 2015, 725 (729).

⁶⁰ Vgl. BVerfG NJW 2001, 2069 (2072); *Gusy*, JZ 2002, 105 (114); *Manger-Nestler/Böttner*, JuS 2015, 725 (729).

⁵¹ Vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2017, 141 (142).

⁵² *Kingreen*, Jura (JK) 2017, 1453.

⁵³ Vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2017, 141 (141 f.).

⁵⁴ Vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2017, 141 (142).

d) Zwischenergebnis

Die Beschränkung der Versammlung auf eine Standkundgebung ist rechtmäßig. Damit ist auch eine Verletzung des D in subjektiv-öffentlichen Rechten ausgeschlossen.

IV. Abschließende Beurteilung des Gerichts im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes

Bei Betrachtung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache ergibt sich im Rahmen der gerichtlichen Abwägung auf Grund der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts eine Gewichtung zu Lasten des D. Regelmäßig besteht bei negativen Erfolgsaussichten kein besonderes Interesse an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung.⁶¹ Es ist auch nicht ersichtlich, dass dem D übermäßige Nachteile entstehen würden, wenn dem öffentlichen Vollzugsinteresse der Vorrang eingeräumt wird.

V. Ergebnis

Da das Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse überwiegt, ist der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO nicht begründet.

C. Gesamtergebnis

Da zwar die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen, der Antrag aber nicht begründet ist, hat dieser keine Aussicht auf Erfolg.

Teil 2

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet und soweit das streitige Rechtsverhältnis nicht besteht, § 43 Abs. 1 Var. 2 VwGO. Gegenstand der Feststellung kann auch die Rechtmäßigkeit eines Realakts wie hier das Vorhalten einer teilausgefahrenen Mastkamera während einer Versammlung sein.

I. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist der Rechtsträger, dem gegenüber das Bestehen bzw. Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll,⁶² hier also der Freistaat Bayern, als Rechts-

träger der Polizei, Art. 24 Abs. 2 S. 2 Alt. 1, Abs. 1 BayVersG⁶³, Art. 1 PAG, Art. 1 Abs. 2 POG.

II. Rechtswidrigkeit des Vorhaltens der Kamera*1. Ermächtigungsgrundlage**a) Vorliegen eines Grundrechtseingriffs*

Zu klären ist zunächst, ob es für das Vorhalten einer teilausgefahrenen, nicht in Betrieb genommenen Mastkamera überhaupt einer Ermächtigungsgrundlage bedarf. Zu bedenken ist insoweit, dass die Versammlungsteilnehmer bereits durch das (sichtbare!) Vorhalten der Kamera davon abgehalten werden können, ihre Meinungsfreiheit in der Versammlung in vollem Umfang auszuüben. Die Grundrechtsträger sollen nicht befürchten müssen, als Teilnehmer einer Versammlung wegen oder anlässlich ihrer Grundrechtsausübung staatlicher Überwachung unterworfen und gegebenenfalls Adressat nachteiliger Maßnahmen staatlicher Organe zu werden. Das Bewusstsein, dass die Teilnahme an einer Versammlung in bestimmter Weise festgehalten wird, kann Einschüchterungseffekte haben, die auf die Grundlagen der demokratischen Auseinandersetzung zurückwirken.⁶⁴ Dies ist bei der teilausgefahrenen Mastkamera im Hinblick darauf der Fall, dass die fehlende Inbetriebnahme für die Teilnehmer nicht erkennbar war. Mit ihr ist eine Beeinträchtigung von signifikanter Intensität⁶⁵ in die durch Art. 1 Abs. 1 BayVersG⁶⁶ und Art. 8 Abs. 1 GG bzw. Art. 113 BayVerf⁶⁷ geschützte Versammlungsfreiheit sowie in die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG bzw. Art. 110 BayVerf⁶⁸ verbunden, weshalb es einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf (Art. 8 Abs. 2 GG).⁶⁹

b) Art. 9 BayVersG⁷⁰

In Betracht kommen Art. 9 Abs. 1 und 2 BayVersG⁷¹, die Bild- und Tonaufnahmen/-aufzeichnungen sowie Übersichtsaufnahmen ermöglichen.⁷²

⁶³ § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NVersG; siehe im Übrigen Fn. 28.

⁶⁴ Vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 98 (99).

⁶⁵ Es liegt demnach keine – vom modernen Grundrechtseingriff nicht erfasste – bloße Bagatelle vor. Siehe zum Bagatellvorbehalt bspw. *Vofkühle/Kaiser*, JuS 2009, 313 (313 f.).

⁶⁶ Siehe Fn. 14.

⁶⁷ Siehe Fn. 3.

⁶⁸ Siehe Fn. 16.

⁶⁹ Zu einer parallelen Fallgestaltung: OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 98 (99); siehe auch *Kniesel/Poscher*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Abschnitt K Rn. 389 mit Fn. 734.

⁷⁰ Seit der im Lichte von BVerfGE 122, 342 erfolgten Umgestaltung des Art. 9 BayVersG durch das Gesetz zur Änderung des Bayerischen Versammlungsgesetzes v. 22.4.2010 (GVBl. S. 190) bestehen im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift keine Bedenken mehr.

⁷¹ § 12 Abs. 1 und 2 NVersG; § 20 Abs. 1 und 2 SächsVersG; § 18 Abs. 1 VersammlG LSA; § 16 Abs. 1 und 2 VersFG SH; vgl. insoweit auch die Abweichung des Landesgesetzgebers Berlins zum VersG des Bundes in § 1 Abs. 1 VersAufn/AufzG BE; im Übrigen: § 19a i.V.m. § 12a Abs. 1 VersG.

⁶¹ Vgl. *W.-R. Schenke* (Fn. 1), § 80 Rn. 158. Anders als bei der Anordnung (§ 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO) kann im Rahmen der Wiederherstellung (§ 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO) der aufschiebenden Wirkung auch bei einer offensichtlichen Erfolglosigkeit des Rechtsbehelfs in der Hauptsache auf das Erfordernis eines überwiegenden öffentlichen Vollzugsinteresses nicht verzichtet werden (siehe dazu *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 155 ff.).

⁶² Zur umstrittenen (analogen) Anwendbarkeit von § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO vgl. einerseits (verneinend) *Brenner*, in: Sodan/Ziekow (Fn. 61), § 80 Rn. 155 ff.; siehe auch *Happ*, in: Eyermann (Fn. 1), § 78 Rn. 10, mit der Annahme, dass es in diesem Sinn bei der Feststellungsklage keine Passivlegitimation gibt; andererseits (bejahend) OVG Münster BeckRS 2008, 36068.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit des polizeilichen Handelns ist laut Sachverhalt zu bejahen.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Tatbestand

aa) Art. 9 Abs. 1 BayVersG

Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit ist zunächst an ein Einschreiten auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 1 BayVersG zu denken. Zwar haben keine Aufnahmen/Aufzeichnungen stattgefunden, Art. 9 Abs. 1 BayVersG kommt aber grundsätzlich auch als Ermächtigungsgrundlage für Vorbereitungshandlungen in Betracht, die zur Herstellung der Einsatzbereitschaft für eine Gefahrenabwehr unerlässlich sind.⁷³ Dürfte das für die Zwecke des Art. 9 Abs. 1 und 2 BayVersG ausgerüstete Fahrzeug erst im Falle des Vorliegens der jeweiligen Voraussetzungen an den Versammlungsort gebracht werden, könnten die Maßnahmen nicht mehr durchgeführt werden. Der Beweis- und Dokumentationstrupp müsste erst mit dem Einsatzfahrzeug anfahren und würde deshalb nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen.⁷⁴

Nach Art. 9 Abs. 1 S. 1 BayVersG kann die Polizei Bild- und Tonaufnahmen oder -aufzeichnungen von Teilnehmern bei oder im Zusammenhang mit einer Versammlung anfertigen. Voraussetzung dafür ist, dass Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Gefahren sind erheblich, wenn sie sich gegen bedeutsame Rechtsgüter richten.⁷⁵ Da vorliegend unter anderem die körperliche Unversehrtheit von Polizeibeamten sowie von Demonstranten und Gegendemonstranten in Rede steht, liegt eine erhebliche Gefahr vor. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 BayVersG sind mithin gegeben.

bb) Art. 9 Abs. 2 BayVersG

Daneben könnte die Maßnahme auch auf Art. 9 Abs. 2 S. 1 BayVersG gestützt werden. Es liegt, wie bereits festgestellt, eine Versammlung unter freiem Himmel vor.⁷⁶ Dass es sich um Vorbereitungshandlungen handelt, steht der Anwendung der Norm nicht entgegen. Hier gilt Gleiches wie bereits im Rahmen der Prüfung von Art. 9 Abs. 1 BayVersG. Eine unübersichtliche Versammlung lag nach den Sachverhaltsangaben nicht vor. Einschlägig sein könnte aber der Tatbestand der Größe. Dieser wird bereits ab 50⁷⁷ bzw. 100⁷⁸ Teilnehmern bejaht. Eine Versammlung mit ca. 550 Teilnehmern erfüllt das Kriterium daher zweifelsfrei.

b) Rechtsfolge

Die Maßnahme steht im Ermessen der Polizei. Fraglich ist, ob vorliegend der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wurde. Dieser ist auch bei polizeilichen Maßnahmen, die in den Bereich der Vorbereitung einer Gefahrenabwehr fallen, zu beachten.⁷⁹ Das Vorhalten der Mastkamera diene dem legitimen Zweck, diese im Bedarfsfall zur sofortigen und effektiven Gefahrenabwehr einsetzen zu können.⁸⁰ Die Maßnahme war auch geeignet, das Ziel der sofortigen Einsatzbereitschaft zu erreichen. Das bloße Vorhalten der Kamera als Vorbereitungsmaßnahme ist im Verhältnis zum Anfertigen von Aufnahmen bzw. Aufzeichnungen in jedem Fall als milder anzusehen. Der Tatbestand würde auf Basis der Annahme einer erheblichen Gefahr bzw. der Einschlägigkeit des Merkmals der Größe – im Rahmen des Ermessens – grundsätzlich sogar die tatsächliche Durchführung von Bild- und Tonaufnahmen/-aufzeichnungen sowie Übersichtsaufnahmen rechtfertigen. Dieser Umstand allein reicht für die Bejahung der Erforderlichkeit jedoch nicht aus. Da auch im Rahmen von Vorbereitungshandlungen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, muss geprüft werden, ob im konkreten Fall noch mildere Maßnahmen (als die hier erfolgte Vorbereitungshandlung) denkbar sind. Als milderes Mittel kommt zwar in Betracht, einzelne Polizeibeamte im Einsatzraum mit Kameras im Stand-by-Modus auszurüsten. Diese Maßnahme kann aber nicht in gleicher Weise zur effektiven Gefahrenabwehr beitragen.⁸¹ Milder wäre es zudem, die Kamera, welche während der gesamten Standkundgebung ausgefahren war, abgesenkt im Wageninneren vorzuhalten. Weil bei der Herstellung der vollen Einsatzbereitschaft im Verhältnis zur halbausgefahrenen Kamera dann aber ein Zeitverlust von bis zu 15 Sekunden bestehen würde, ist eine – wenn auch nur geringfügig – gesteigerte Effektivität des Vorhaltens der Kamera außerhalb des Fahrzeugs noch zu bejahen. Die Erforderlichkeit liegt daher insgesamt vor. Zuletzt müsste die Maßnahme auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Dabei ist die grundrechtliche Beeinträchtigung des D gegenüber dem angestrebten Zweck einer effektiven polizeilichen Gefahrenabwehr zu gewichten und in Ausgleich zu bringen. Maßgeblich erscheint insoweit, dass für D nicht zu erkennen war, ob von seiner Teilnahme an der Versammlung Bild- und Tonaufnahmen/-aufzeichnungen bzw. Übersichtsaufnahmen gefertigt wurden. Dies hätte beispielsweise mit einer Kamera verhindert werden können, welche eindeutig erkennbar von der Versammlung abgewandt und im ausgeschalteten Zustand (teilausgefahren) vorgehalten worden wäre.⁸² Das Vorhalten der Kamera hatte auf D einen Einschüchterungseffekt, den die Polizei zumindest bewusst in Kauf nahm. Diese Unsicherheit beeinträchtigte ihn bei der Wahrnehmung seiner

⁷² Vgl. T. Maurer (Fn. 33), Art. 9 BayVersG Erl. 3.

⁷³ Vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 98 (100).

⁷⁴ Vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 98 (100).

⁷⁵ Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, Kommentar, 16. Aufl. 2011, Art. 9 BayVersG Rn. 3; T. Maurer (Fn. 33), Art. 9 BayVersG Erl. 2.

⁷⁶ Siehe dazu Enders, in: Dürig-Friedl/Enders, VersR, Kommentar, 2016, § 12a Rn. 23 f.

⁷⁷ Vgl. T. Maurer (Fn. 33), Art. 9 BayVersG Erl. 3.

⁷⁸ Kniesel/Poscher (Fn. 69), Abschn. K Rn. 387.

⁷⁹ OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 98 (100).

⁸⁰ OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 98 (100).

⁸¹ OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 98 (100).

⁸² Vgl. die Argumentation bei OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 98 (101); denkbar wäre insoweit auch ein entsprechender Hinweis in der Erforderlichkeit, wobei dann wiederum auf die mangelnde gleiche Effektivität hingewiesen werden könnte.

Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG (Art. 110 BayVerf) und Art. 8 Abs. 1 GG (Art. 113 BayVerf). Zwar verzögert sich die Herstellung der Einsatzbereitschaft des mit einer Mastkamera ausgerüsteten Beweis- und Dokumentationstrupps der Polizei, wenn die Kamera nur abgesenkt im Wageninneren vorgehalten werden darf. Dieser Zeitverlust liegt jedoch maximal bei 15 Sekunden, weshalb die Abwägung zu Gunsten des D, der Wahrnehmung seiner Grundrechte auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit, ausfallen muss. Die Effizienz der polizeilichen Arbeit wäre bei einem Verzicht auf das Teilausfahren der Mastkamera nur in geringem Umfang berührt gewesen.⁸³ Die Maßnahme ist nicht angemessen und damit unverhältnismäßig.

Das Ausfahren der Mastkamera aus dem Dach des Einsatzfahrzeuges ist daher materiell rechtswidrig.

III. Ergebnis

Die Feststellungsklage des D ist begründet.

⁸³ Siehe auch die Würdigung bei OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 98 (100 f.).