

Kube Werdermann, c/o Thomas Rechtsanwälte, Oranienburger Str. 23, 10178 Berlin

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg  
Schubertstraße 11  
68165 Mannheim

Dr. Vivian Kube, LL.M. (EUI, Florenz)  
David Werdermann, LL.M. (Amsterdam)

[info@kubewerdermann.de](mailto:info@kubewerdermann.de)  
[www.kubewerdermann.de](http://www.kubewerdermann.de)

c/o Thomas Rechtsanwälte  
Oranienburger Str. 23  
10178 Berlin

Telefon: +49 (0)30 - 220 6616 70  
Telefax: +49 (0)30 - 220 6616 77

**Per beA**

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen:

Berlin, 24. August 2023

KWR 3/23

## **Antrag gem. § 47 Abs. 6 VwGO**

1. des Jan R., ...
2. der Aenne W., ...
3. des Maxim K. ...

– Antragstellende –

Verfahrensbevollmächtigte: Kube Werdermann Rechtsanwält\*innen,  
c/o Thomas Rechtsanwälte, Oranienburger Str. 23, 10178 Berlin

gegen

die Stadt Freiburg im Breisgau,  
vertreten durch den Oberbürgermeister Martin Horn,  
Rathausplatz 2-4, 79098 Freiburg im Breisgau

– Antragsgegnerin –

wegen: Erlass einer einstweiligen Anordnung bezüglich der Satzung über öffentliche Park-,  
Spiel- und Sportanlagen der Stadt Freiburg (Parkanlagensatzung)

Streitwert: 2.500 EUR

Namens und in Vollmacht der Antragstellenden beantrage ich,

**§ 7 Abs. 2 der am 28. Mai 2023 in Kraft getretenen Satzung über öffentliche Park-, Spiel- und Sportanlagen der Stadt Freiburg (Parkanlagensatzung) vorläufig außer Vollzug zu setzen.**

Die Parkanlagensatzung ist als **Anlage 1** beigelegt. Ordnungsgemäße Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert.

Wegen des Umfangs der Begründung wird dieser zur besseren Übersicht ein Inhaltsverzeichnis vorangestellt.

## Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt .....	5
I. Die Antragstellenden .....	5
1. Der Antragsteller zu 1 .....	5
2. Die Antragstellende zu 2 .....	5
3. Der Antragsteller zu 3 .....	6
II. Die Parkanlagensatzung und weitere relevante Rechtsvorschriften .....	8
III. Öffentliche Parkanlagen im Geltungsbereich der Parkanlagensatzung .....	11
IV. Verfahren und Umstände des Erlasses der Parkanlagensatzung .....	21
V. Der Vollzug der Parkanlagensatzung .....	24
B. Rechtliche Würdigung .....	26
I. Zulässigkeit .....	26
1. Zulässigkeit in der Hauptsache .....	26
a) Verwaltungsrechtsweg eröffnet .....	26
b) Statthaftigkeit .....	26
c) Antragsbefugnis .....	26
d) Frist .....	27
e) Rechtsschutzbedürfnis .....	27
2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags gem. § 47 Abs. 6 VwGO .....	27
a) Statthaftigkeit .....	27
b) Antragsfrist .....	28
c) Rechtsschutzinteresse .....	28
II. Begründetheit .....	28
1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache und besonderes Eilbedürfnis .....	28
a) Begründetheit des Antrags gem. § 47 Abs. 1 VwGO .....	29
aa) Formelle Rechtswidrigkeit .....	29
(1) Fehlende Jugendbeteiligung .....	29
(a) Verabschiedung der Parkanlagensatzung als Vorhaben, dass die Interessen von Jugendlichen berührt .....	30
(b) Verbindliche angemessene Beteiligung nicht erfolgt .....	31
(c) Rechtswidrigkeit als Rechtsfolge .....	33
(2) Befangenheit bei Beschlussfassung im Gemeinderat .....	35
bb) Materielle Rechtswidrigkeit .....	38
(1) Keine öffentliche Einrichtung .....	38
(2) Umgehung des (spezielleren) Polizeirechts .....	42
(3) Keine pflichtgemäße Ausübung des Satzungsermessens .....	44
(4) Fehlende Bestimmtheit für intensive Grundrechtseingriffe .....	47

(a)	Volle Grundrechtsbindung in der Leistungsverwaltung des § 10 Abs. 2 GemO .....	49
(b)	Eingriff in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.....	50
(c)	Eingriff in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG.....	53
(d)	Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG.....	54
(e)	Gewichtiger Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG .....	55
(5)	Unverhältnismäßigkeit der angegriffenen Regelung.....	58
(a)	Geeignetheit .....	58
(b)	Keine Erforderlichkeit .....	58
(c)	Jedenfalls: keine Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne .....	61
b)	Einstweilige Anordnung dringend geboten.....	62
2.	Folgenabwägung .....	63

## **Begründung**

### **A. Sachverhalt**

#### **I. Die Antragstellenden**

##### **1. Der Antragsteller zu 1**

Der Antragsteller zu 1 ist Student der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg sowie Mitglied im Arbeitskreis kritischer Jurist\*innen Freiburg.

Er nutzt regelmäßig die öffentlichen Parkanlagen Freiburgs. Aufgrund der räumlichen Nähe zu seinem Wohnsitz hält er sich besonders oft in den Parkanlagen Seepark und Dietenbachpark auf. Er hielt sich in der Vergangenheit vor allem in den warmen Sommermonaten auch nach 23:00 Uhr auf den Flächen der Parkanlagen zusammen mit Freund\*innen auf. Dabei spielte er regelmäßig vor und nach 23:00 Uhr Musik mit einem in seinem Eigentum stehenden Bluetooth-Lautsprecher ab. Bei den vergangenen Aufenthalten in See- oder Dietenbachpark oder anderen Parkanlagen reduzierte er mit fortschreitendem Abend, jedenfalls ab der in Freiburg nach § 3 PolVO ab 22:00 Uhr geltenden Nachtruhe, die Lautstärke seines Lautsprechers auf eine für die Nachtruhe angemessene Lautstärke. Er und seine Freund\*innen achten dabei außerdem immer darauf, sich in den Parkanlagen bei Aufenthalten nach 22:00 Uhr möglichst weit entfernt von angrenzender Wohnbebauung aufzuhalten.

Er beabsichtigt sich auch zukünftig nach 23:00 Uhr mit Freund\*innen oder anderen Personen zum abendlichen Beisammensein in den Parkanlagen der Stadt, insb. im See- und Dietenbachpark, aufzuhalten. Dabei möchte er auch zukünftig Musik über seinen eigenen Bluetooth-Lautsprecher abspielen. Er beabsichtigt, die bisherige Rücksichtnahme auf die Nachtruhe in gleicher Weise fortzusetzen. Ihm ist die Problematik rund um Störungen der Nachtruhe vor allem im Seepark bekannt. Er ist selbst Anwohner des Seeparks und damit von Störungen der Nachtruhe in gleicher Weise betroffen wie andere Anwohner\*innen. Aufgrund dessen ist ihm der Schutz der Nachtruhe ein gleichsam wichtiges Anliegen.

##### **2. Die Antragstellende zu 2**

Die Antragstellende zu 2 ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg sowie Mitglied im Arbeitskreis kritischer Jurist\*innen Freiburg.

Aufgrund der räumlichen Nähe zu ihrem Wohnsitz hält sie sich oft im Dietenbachpark auf. Auch im Seepark trifft sie sich häufig mit ihren dort in der Nähe wohnhaften Freund\*innen. Vor allem in den Sommermonaten hält sie sich mit diesen auch noch nach 23:00 Uhr in den genannten Parkanlagen auf. Dabei spielt sie des Öfteren mit ihrem Bluetooth-Lautsprecher Musik ab. Hierbei achtete sie darauf, die Lautstärke während der nach § 3 PolVO geltenden Nachtruhe zu verringern. Auch hält sie sich zu dieser Zeit möglichst weit entfernt von angrenzender Wohnbebauung auf, um so die Störung von Anwohner\*innen zu verhindern. Vor allem im Dietenbachpark ist dies ohne Probleme möglich.

Sie beabsichtigt das geschilderte Verhalten auch in Zukunft fortzusetzen.

### **3. Der Antragsteller zu 3**

Der Antragsteller zu 3 ist Rechtsreferendar beim Landgericht Freiburg.

Seit 2012 geht er als Hobby dem Paartanz nach. Er trifft sich mehrmals die Woche mit Freund\*innen zum Training und gemeinsamen Tanzen und besucht mehrmals jährlich Tanzkongresse mit internationalen Lehrer\*innen. Immer wieder leitet er auch Workshops und regelmäßige Tanzkurse. Tanzen ist für ihn nicht primär eine sportliche Betätigung, sondern vor allem auch eine künstlerische Ausdrucksform. Er hat den Anspruch, beim Tanzen die Musik gemeinsam mit seiner Partnerin immer wieder neu zu interpretieren und in Bewegungen umzusetzen. Deshalb filmte sich der Antragsteller zu 2 in der Vergangenheit auch immer wieder beim Tanzen und veröffentlichte die entstandenen Tanzvideos teilweise über Social Media.

**Glaubhaftmachung: XXX**

**Glaubhaftmachung: XXX**

Besonders gerne tanzt der Antragssteller zu 3 im Freien. Dafür nutzt er regelmäßig Freiburger Parkanlagen, insbesondere den Colombipark und den Seepark. Dabei spielt er Musik zum Tanzen über seinen eigenen Bluetooth-Lautsprecher ab. Die Tanztreffen dauern regelmäßig länger als bis 23:00 Uhr, wobei der Antragssteller zu 3 darauf achtet, die Musik ab 22:00 Uhr auf eine für die Nachtruhe angemessene Lautstärke zu reduzieren.

Am 4. Juli 2023 kam es zu dem folgenden Vorfall:

Der Antragssteller zu 3 traf sich abends auf dem Gelände des Seeparks mit Freund\*innen zum Tanzen. Dafür betrieb er auch noch nach 23:00 Uhr am Flückingersee, im Pavillon am Lago einen Bluetooth-Lautsprecher. Dabei wurde mit relativ geringer Lautstärke Musik abgespielt.

Der Pavillon befindet sich etwa 70 Meter von der nächsten Wohnbebauung entfernt. Von einer Störung der Nachtruhe war daher nicht auszugehen.

Gegen 23:20 Uhr sprachen zwei Beamten des Vollzugsdienstes der Polizeibehörde der Antragsgegnerin den Antragsteller zu 3 an und beschlagnahmten den Lautsprecher. Die Beamten erläuterten, dass er gegen die neue Parkanlagensatzung der Stadt Freiburg verstoßen habe, demnach dürfe man ab 23:00 Uhr keine Tonwiedergabegeräte mehr betreiben. Die Lautstärke sei in Ordnung, also nicht das Problem gewesen.

Am 5. Juli 2023 wurde dem Antragsteller zu 3 der Bluetooth-Lautsprecher von Beamten der Polizeibehörde zurückgegeben. Mit Bescheid vom 20. Juli 2023 setzte die Antragsgegnerin ein Bußgeld in Höhe von 100,00 EUR gegen den Antragsteller zu 3 fest. Der Bescheid stützt sich auf § 17 OWiG i.V.m. §§ 4, 10, 142 GemO i.V.m. § 7 Abs. 2 und § 10 Abs. 1 Nr. 37 Parkanlagensatzung.

### **Glaubhaftmachung: Bußgeldbescheids vom 20. Juli 2023, Anlage 2**

Der Antragsteller zu 3 hat vor, auch zukünftig noch nach 23:00 Uhr bei Musik im Seepark, Colombipark oder anderen Freiburger Parkanlagen mit Freund\*innen zu tanzen. Dabei will er selbstverständlich auch zukünftig auf die Belange von Anwohnenden, insbesondere auf die Einhaltung der Nachtruhe, Rücksicht nehmen und die Lautstärke der Musik entsprechend reduzieren.

Des Weiteren spielt der Antragsteller zu 3 seit 2005 Gitarre und hat dies in der Vergangenheit auch in den Freiburger Parkanlagen, insbesondere im Colombipark und im Stadtgarten nach 23:00 Uhr getan. Dabei achtete er stets darauf, die Lautstärke mit Beginn der Nachtruhe entsprechend zu reduzieren. Bei der Gitarre handelt es sich um ein Instrument, das im Vergleich zu anderen Instrumenten, wie z.B. Posaunen oder Trompeten, deutlich leiser ist. Um starke Störungen zu vermeiden, verzichtete der Antragsteller zu 2 zudem darauf, kräftig Akkorde anzuschlagen, sondern zupfte stattdessen die Saiten der Gitarre überwiegend, was zu einer deutlich geringeren Lautstärke führt. Zum Schutz der Nachtruhe begab er sich auch an die Stellen in den Parkanlagen, die weit von Wohnbebauung entfernt sind.

Er hat vor, auch zukünftig nach 23:00 Uhr in den Freiburger Parkanlagen, insbesondere im Colombipark und im Stadtgarten, Gitarre zu spielen. Dabei beabsichtigt er in gleicher Weise wie bisher Rücksicht auf die Nachtruhe zu nehmen und die Lautstärke entsprechend zu

reduzieren und sich in die von Wohnbebauung weit entfernten Bereiche der Parkanlagen, zu begeben.

## **II. Die Parkanlagensatzung und weitere relevante Rechtsvorschriften**

Antragsgegenstand sind die im Antrag benannten Regelungen der als **Anlage 1** vorgelegten, von der Stadt Freiburg auf Grundlage der §§ 4, 10 und 142 GemO erlassenen und am 28. Mai 2023 in Kraft getretenen „Satzung über öffentliche Park-, Spiel- und Sportanlagen der Stadt Freiburg“ (im Folgenden: Parkanlagensatzung, ParkanlS). Diese Satzung enthält unter anderem die folgenden Bestimmungen:

### § 1 Abs. 1

Diese Satzung regelt die Benutzung der im Folgenden aufgeführten öffentlichen Park-, Spiel- und Sportanlagen in der Stadt Freiburg i. Br. (Stadt):

#### a) Öffentliche Parkanlagen:

- Stadtgarten
- Colombipark
- Seepark
- Dietenbachpark
- Grünanlage Moosweiher
- Park am Sandfang (Sandfangweg)

Die genauen Grenzen des Geltungsbereichs ergeben sich aus den dieser Satzung als Anlage beigefügten Plänen. Die Anlage ist Bestandteil der Satzung.

#### b) Öffentliche Spiel- und Sportanlagen:

- städtische Spielplätze
- städtische Bolzplätze
- städtische Trendsportanlagen

#### § 7 Abs. 1

Die Ruhe und Erholung anderer Nutzer\_innen sowie der Anwohnerschaft darf nicht erheblich belästigt oder gestört werden. Dies gilt insbesondere für die Belästigung und Störung durch Lärm und Rauch bzw. Grillgeruch. Die Nachtruhe in der Stadt Freiburg i. Br. dauert von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr. In dieser Zeit sind alle Betätigungen verboten, die geeignet sind, die Nachtruhe zu stören.

#### § 7 Abs. 2

Der Betrieb von jeglichen Tonwiedergabegeräten (insbesondere Bluetooth- und Handyboxen sowie Musikboxen) und Musikinstrumenten in der Zeit von 23:00 bis 6:00 Uhr ist in den öffentlichen Park-, Spiel- und Sportanlagen verboten.

#### § 9

Personen, die den Bestimmungen dieser Satzung zuwiderhandeln, können aus den öffentlichen Park-, Spiel- und Sportanlagen verwiesen werden. Bei schweren oder wiederholten Verstößen kann ein Nutzungsverbot erteilt werden.

#### § 10 Abs. 1

Ordnungswidrig im Sinne von § 142 Abs. 1 Nr. 1 GemO handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

[...]

36. entgegen § 7 Abs. 1 die Nachtruhe in der Stadt Freiburg i. Br. von 22 Uhr bis 6 Uhr durch Lärm stört;

37. entgegen § 7 Abs. 2 in der Zeit von 23.00 bis 6.00 Uhr Tonwiedergabegeräte (insbesondere Bluetooth- und Handyboxen sowie Musikboxen) oder Musikinstrumente betreibt.

#### § 10 Abs. 2

Ordnungswidrigkeiten können nach § 142 Abs. 2 GemO mit einer Geldbuße geahndet werden.

Weiter relevant für die Beurteilung des Antrags der Antragsstellenden ist die von der Stadt Freiburg als Ortspolizeibehörde erlassene „Polizeiverordnung zur Sicherung der öffentlichen Ordnung und gegen umweltschädliches Verhalten in der Stadt Freiburg i. Br.“ (nachfolgend: allg. Polizeiverordnung der Stadt Freiburg, PolVO) vom 29. September 2009 in der Fassung vom 27. Juli 2021 (**Anlage 3**). Diese enthält u.a. folgende Bestimmungen:

§ 1 Abs. 1

Rundfunk- und Fernsehgeräte, Lautsprecher, Tonwiedergabegeräte und Musikinstrumente dürfen nur in solcher Lautstärke betrieben oder gespielt werden, dass unbeteiligte Personen nicht erheblich belästigt oder gestört werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Geräte oder Musikinstrumente bei offenen Fenstern oder Türen, auf offenen Balkonen, in Park- oder Freizeitanlagen oder in Kraftfahrzeugen betrieben oder gespielt werden.

§ 3

Die Nachtruhe in der Stadt Freiburg i. Br. dauert von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr. In dieser Zeit sind alle Betätigungen verboten, die geeignet sind, die Nachtruhe zu stören.

§ 10 Abs. 1

Ordnungswidrig im Sinne von § 26 Abs. 1 Polizeigesetz handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 1 Abs. 1 Rundfunk- und Fernsehgeräte, Lautsprecher, Tonwiedergabegeräte oder Musikinstrumente in solcher Lautstärke betreibt oder spielt, dass andere erheblich belästigt oder gestört werden;

[...]

3. entgegen § 3 durch Lärm die Nachtruhe stört; [...].

§ 10 Abs. 3

Ordnungswidrigkeiten können nach § 26 Abs. 2 des Polizeigesetzes mit einer Geldbuße geahndet werden.

### **III. Öffentliche Parkanlagen im Geltungsbereich der Parkanlagensatzung**

Die von der Parkanlagensatzung erfassten Parkanlagen sind verteilt über das gesamte Stadtgebiet der Stadt Freiburg im Breisgau und unterscheiden sich zum Teil sehr in ihrer Größe und ihrer Einbettung in die umliegenden Flächen.

Flächenmäßig am kleinsten ist der Park am Sandfang. Etwas größer sind der Colombi-Park, der Stadtgarten und die Grünanlage Moosweiher. Von erheblich größerer Fläche ist bereits der Seepark und mit einer äußerst weitflächigen Ausdehnung steht der Dietenbachpark größenmäßig an der Spitze.

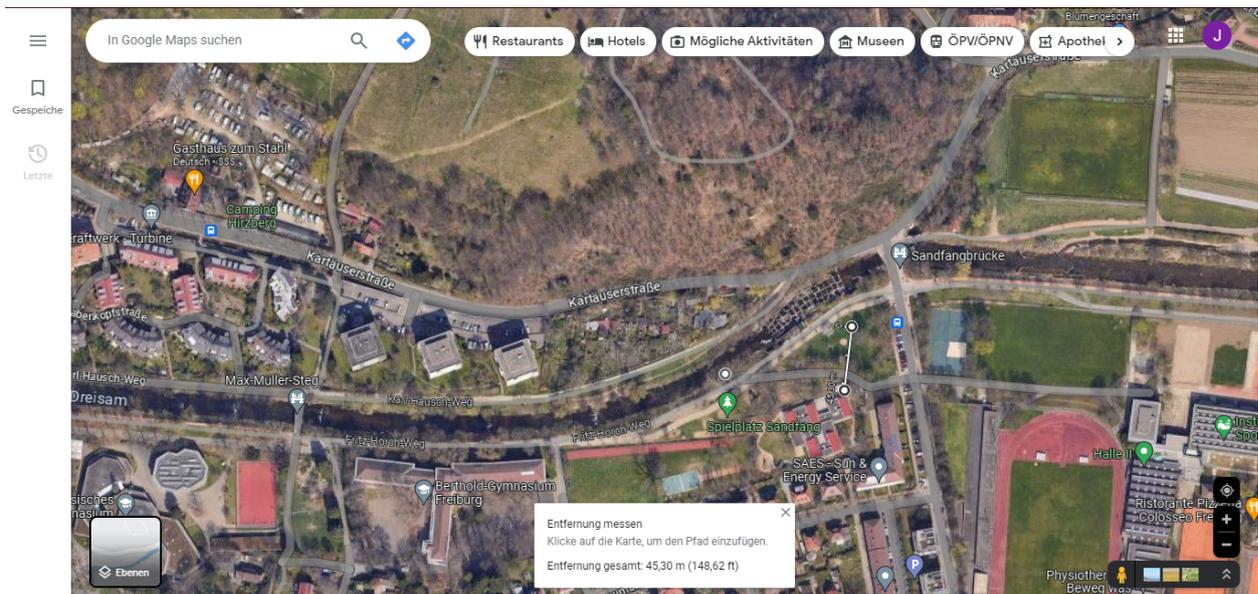
Der Stadtgarten und der Colombipark sind nahezu ausschließlich von Wohnbebauung umgeben. Auch der Seepark ist weitgehend von Wohnbebauung umgeben.

Die Grünanlage Moosweiher, der Park am Sandfang und der Dietenbachpark grenzen allesamt nur einseitig (nämlich im Süden) unmittelbar an Wohnbebauung. Die Grünanlage Moosweiher grenzt nordwestlich außerdem an eine im Flächennutzungsplan als Sondernutzungsfläche „Forschung und Verwaltung“ gekennzeichnete Bebauungsfläche.

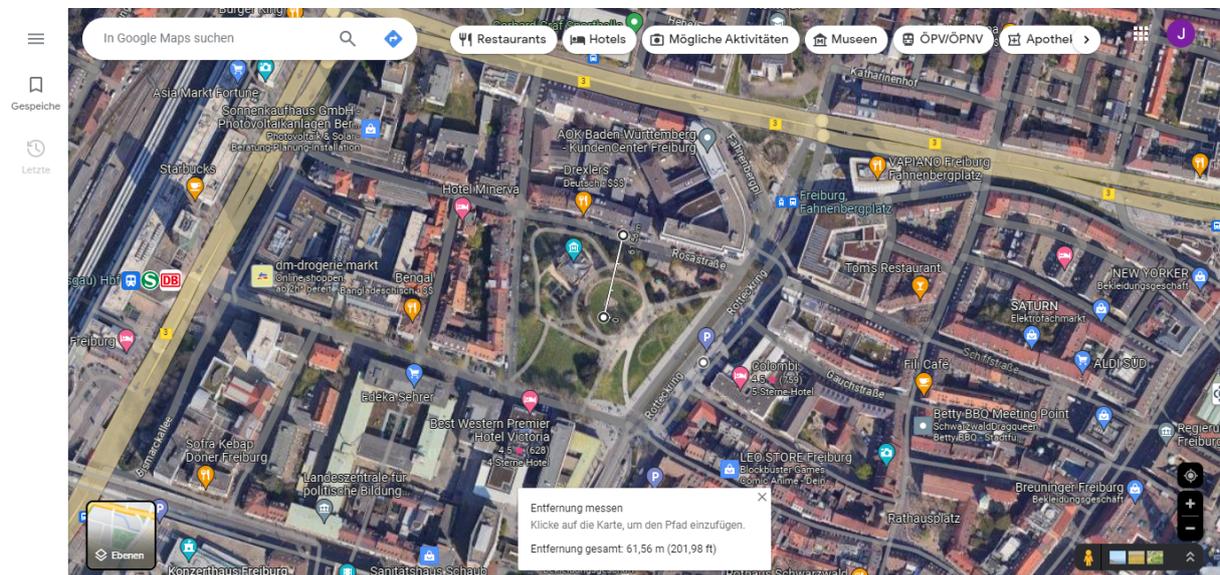
**Glaubhaftmachung:** Flächennutzungsplan der Stadt Freiburg von 2020, Teile 1, 3, 4, Anlage 4, 5, 6

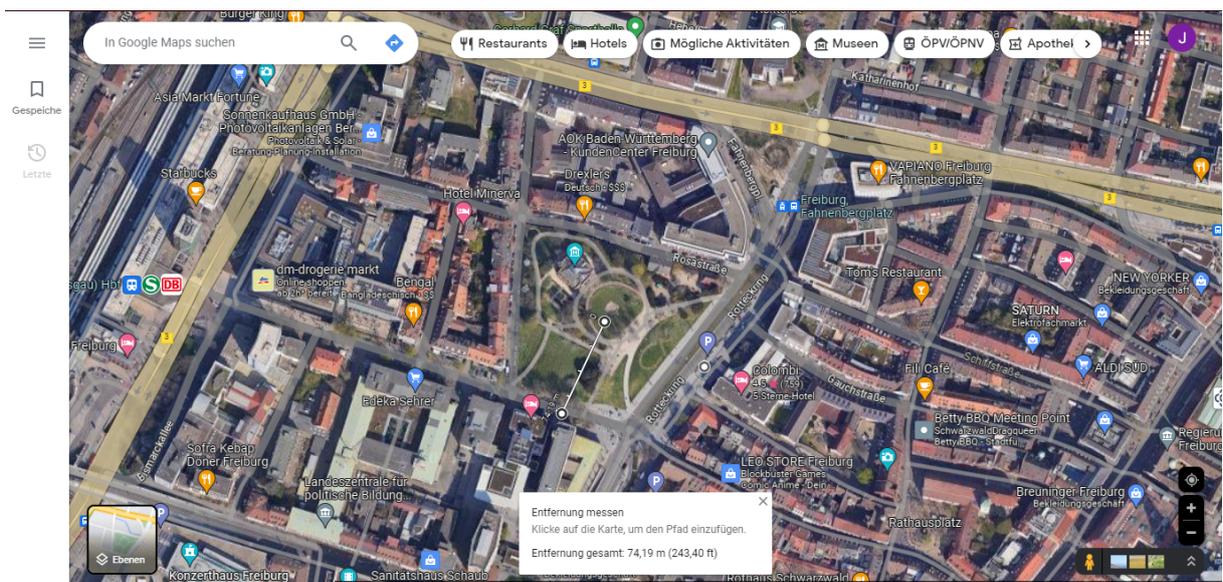
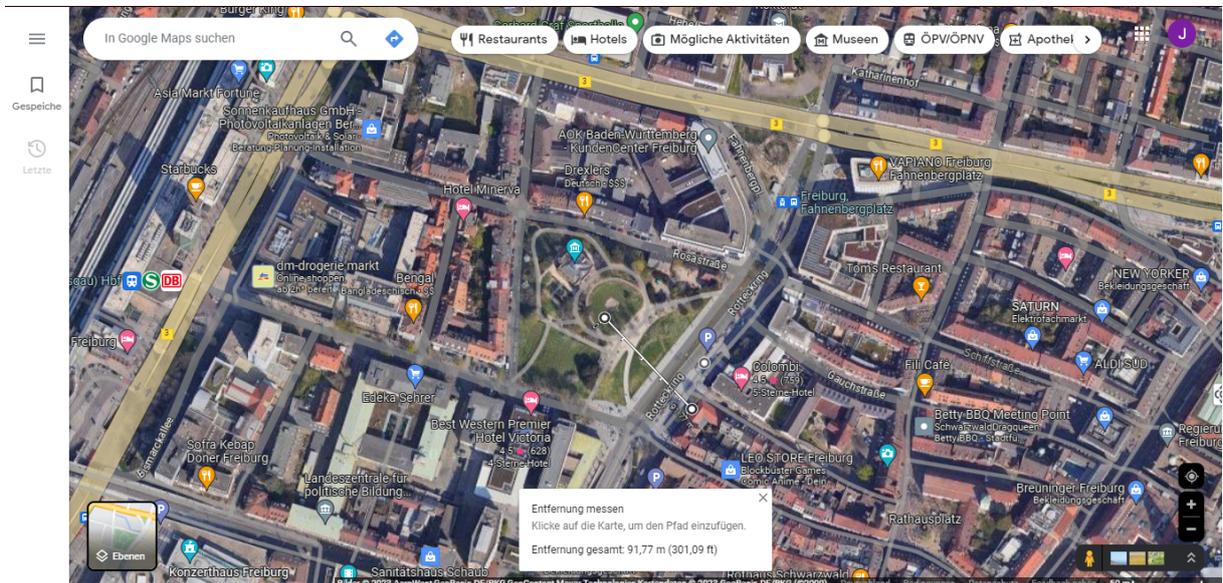
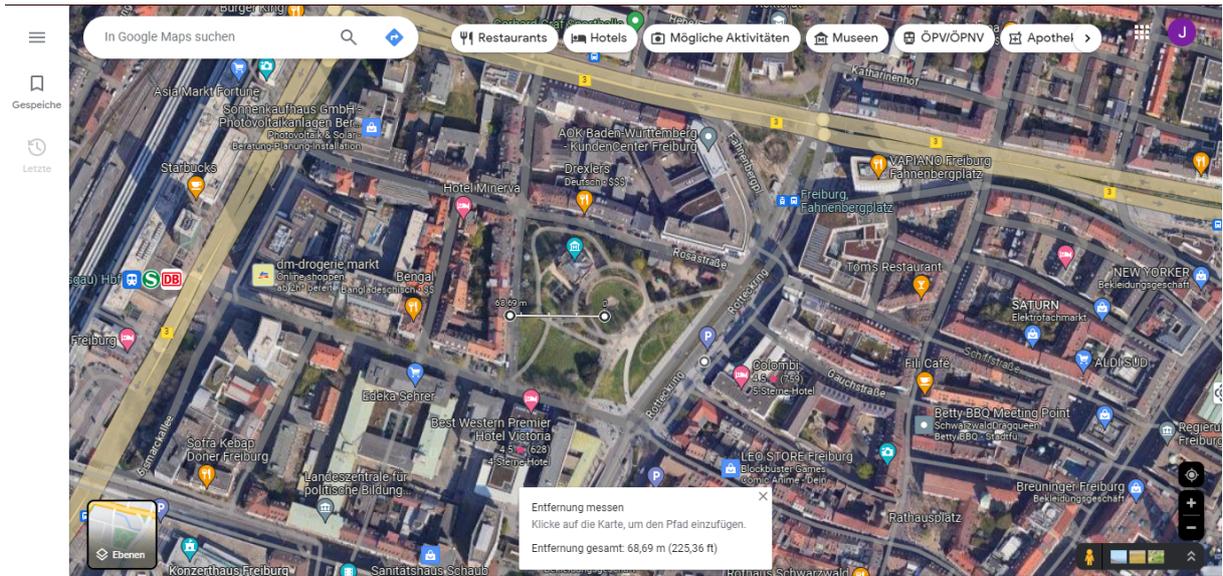
Aufgrund ihrer unterschiedlichen Umgebungseinbettungen und ihrer Größe ergeben sich auch unterschiedliche Entfernungen zur nächsten Wohnbebauung innerhalb der Parkanlagen. Nachfolgend ist dies beispielhaft mittels der Funktion „Entfernung messen“ des Online-Dienstes „Google Maps“ dargestellt:

Im Park am Sandanfhang sind Entfernungen von etwa 45 m bis zur nächsten im Flächennutzungsplan gekennzeichneten Wohnbebauung möglich:



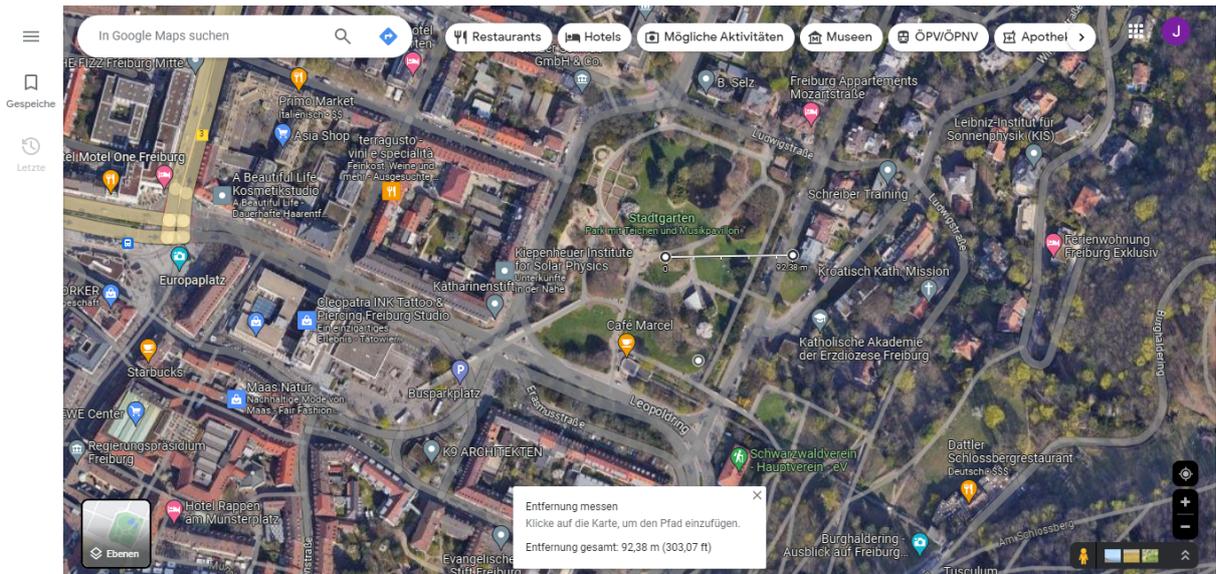
Im Colombipark beträgt die mögliche Entfernung zur nächsten Wohnbebauung ca. 60 m:



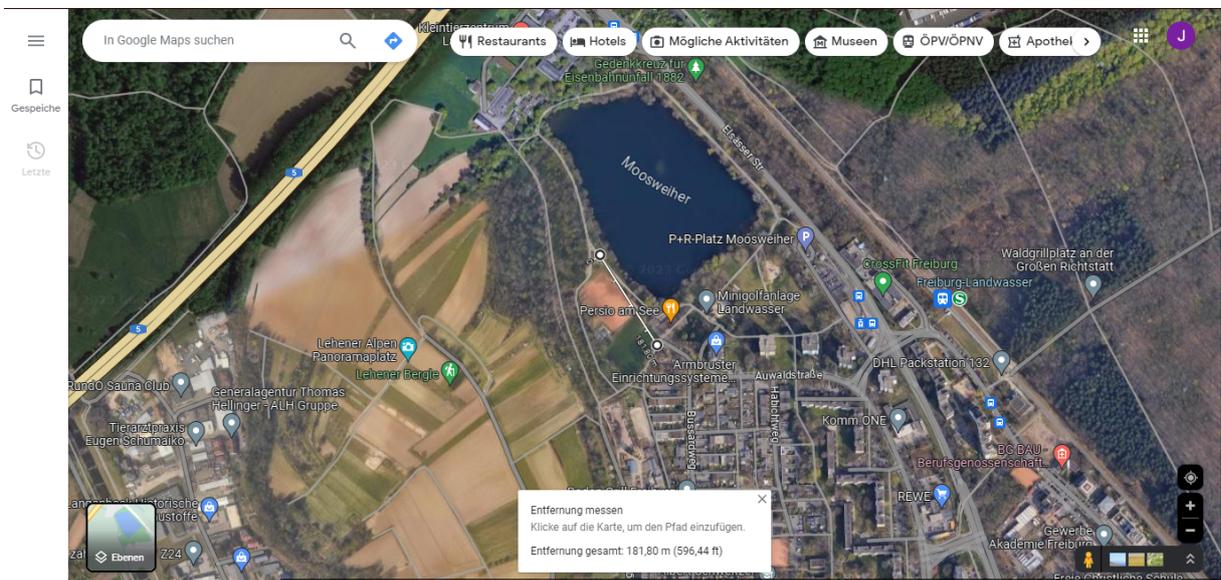


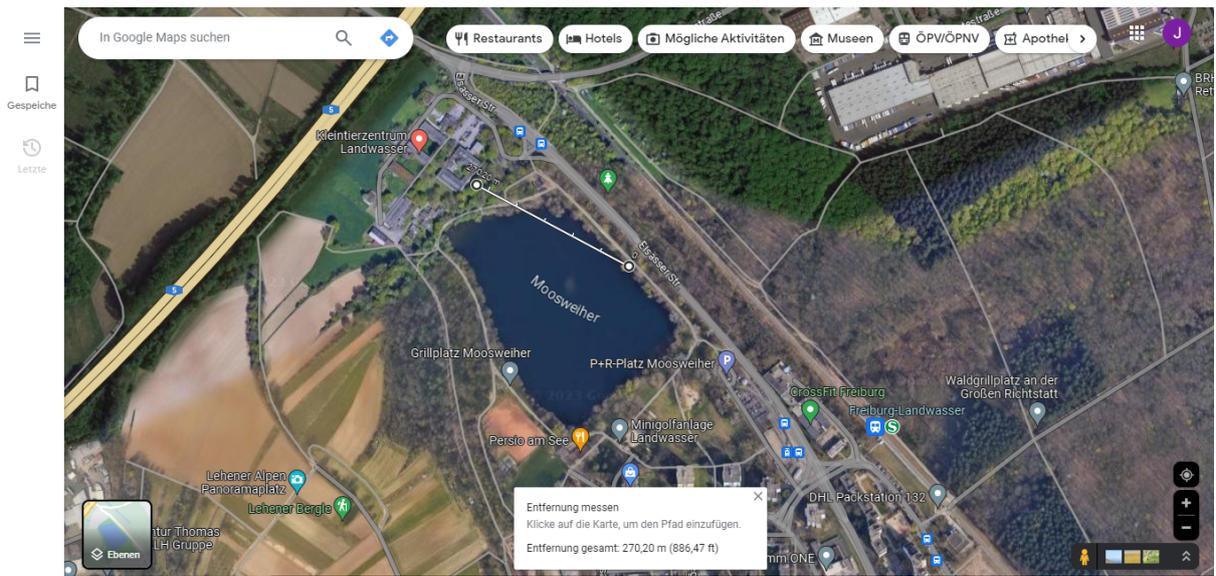
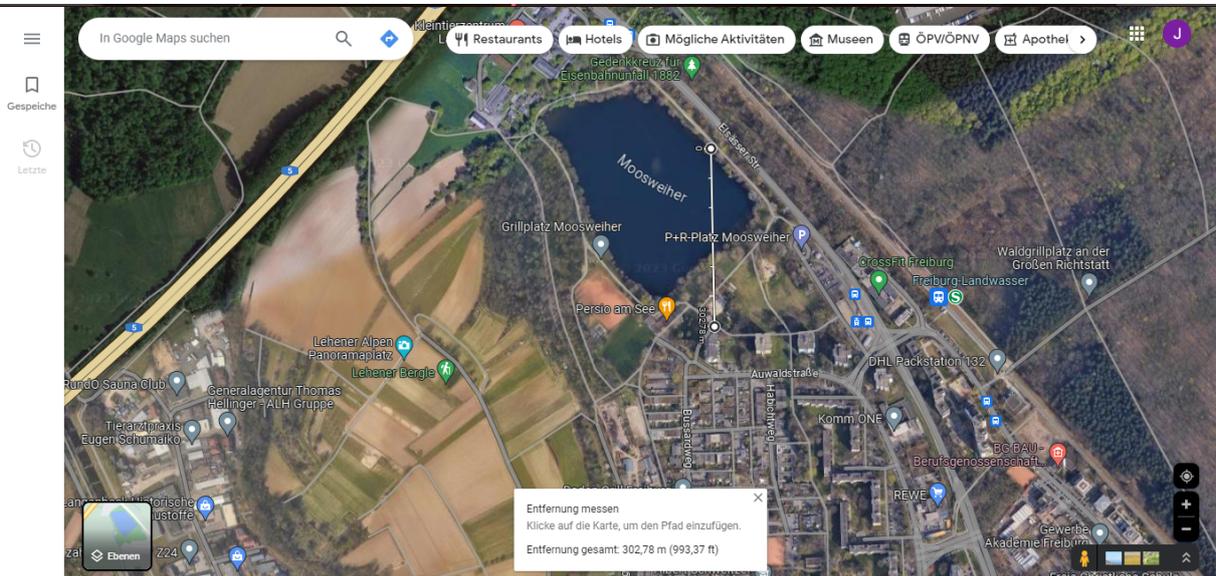
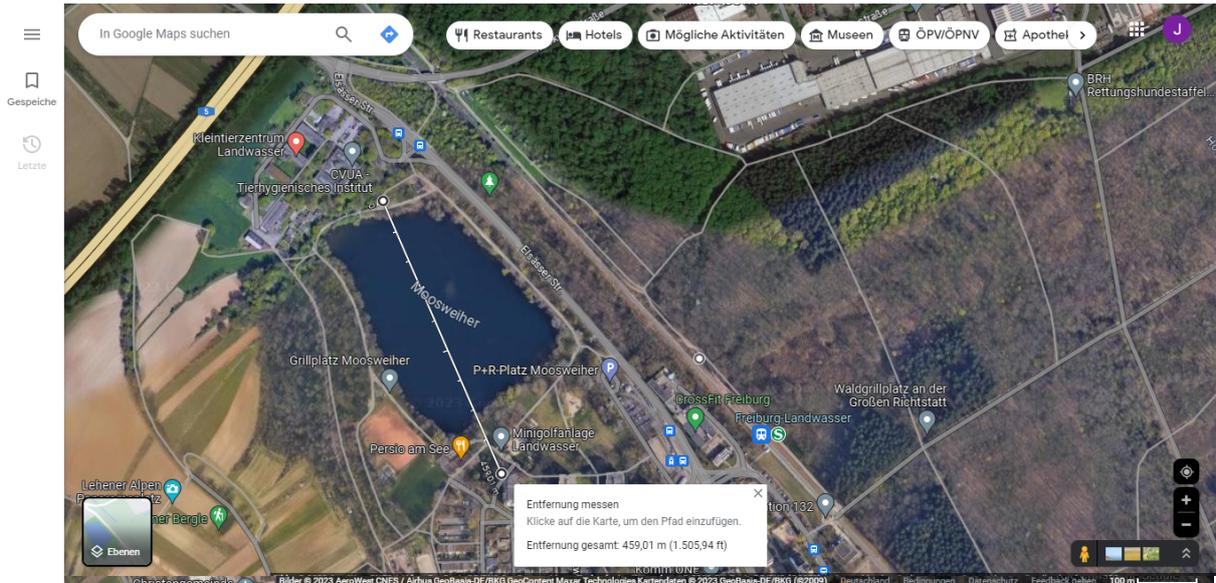
Im Stadtgarten liegt die weiteste Entfernung zur Wohnbebauung bei ca. 90 m:



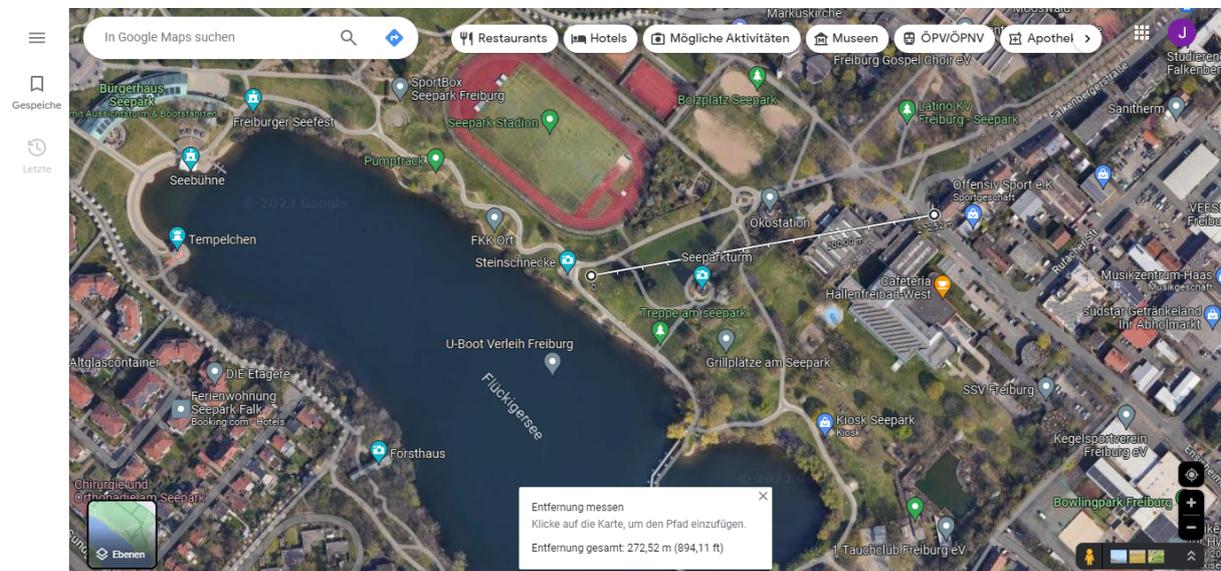
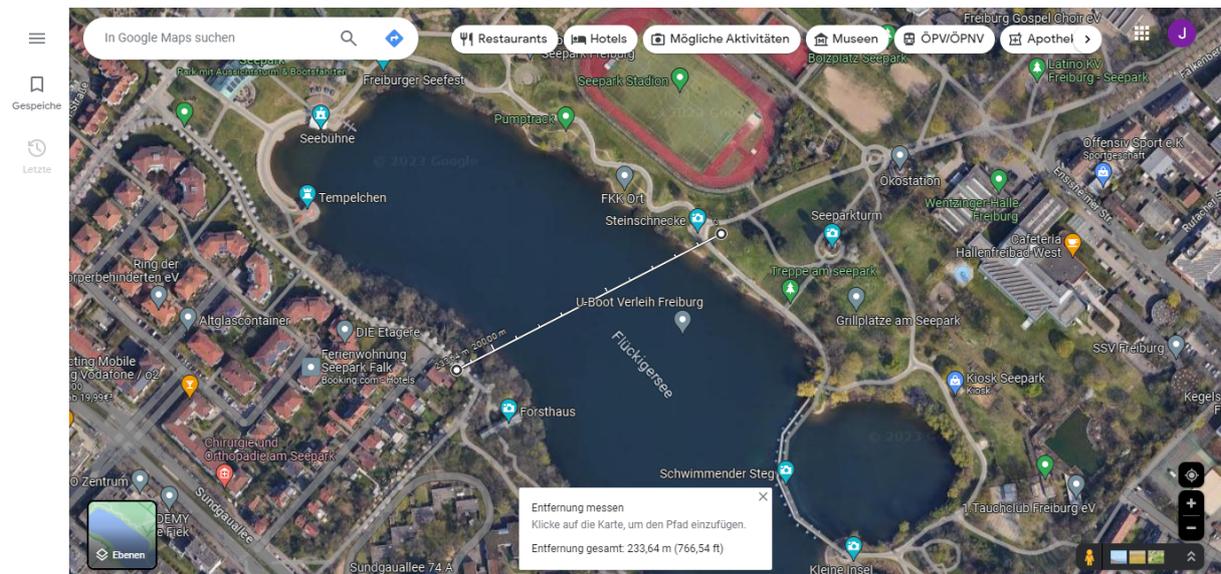
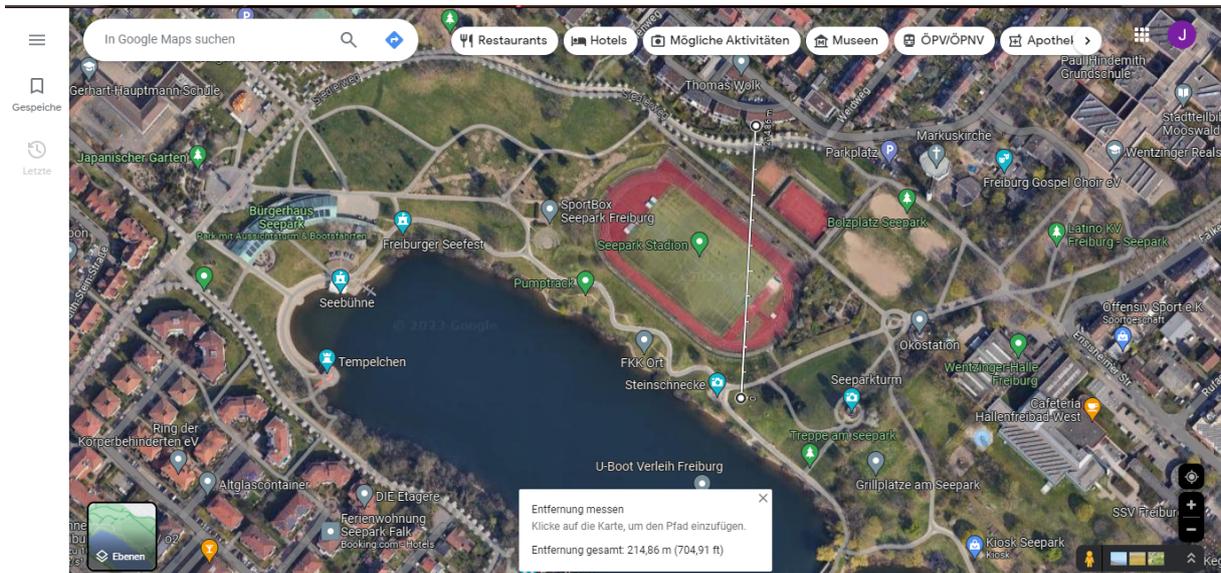


In der Grünanlage Moosweiher sind bei Aufenthalt an den seitlichen Ufern Entfernungen von bis zu 270 m zur nächsten Bebauung möglich, bei Aufenthalt im an die Sondernutzungsfläche angrenzenden Bereich gar von mehr als 450 m zur nächsten Wohnbebauung möglich.

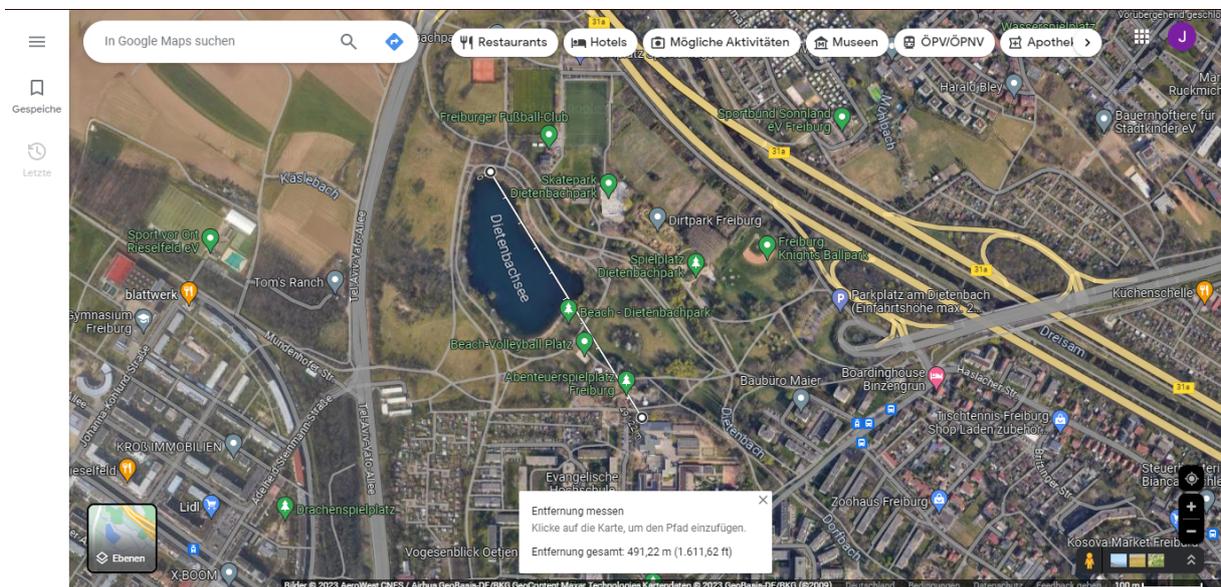
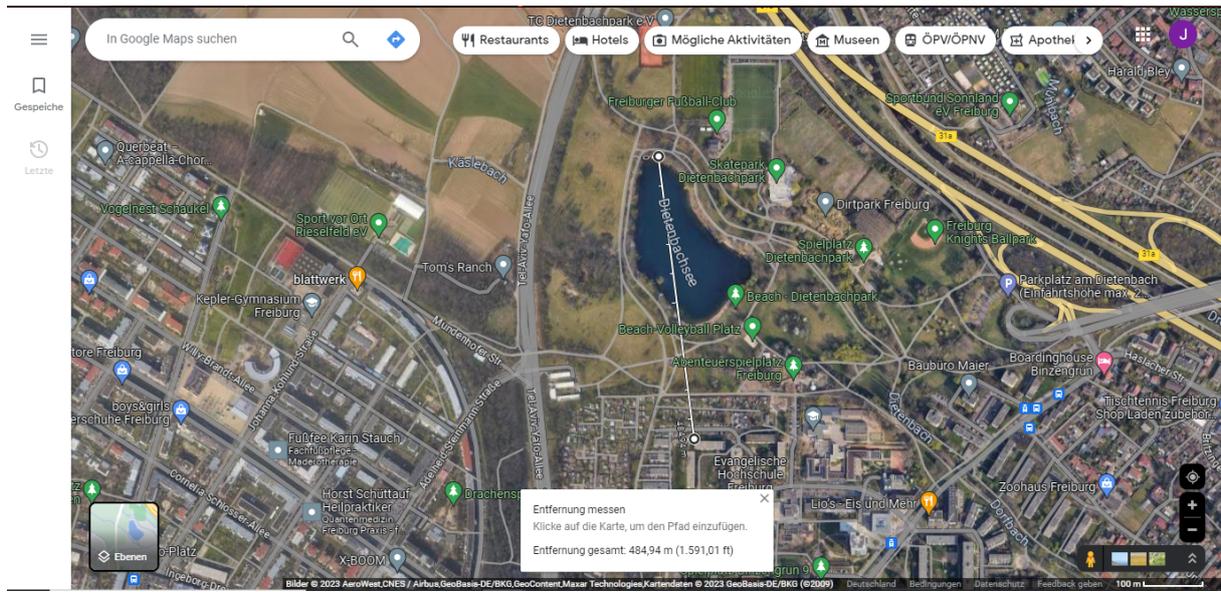


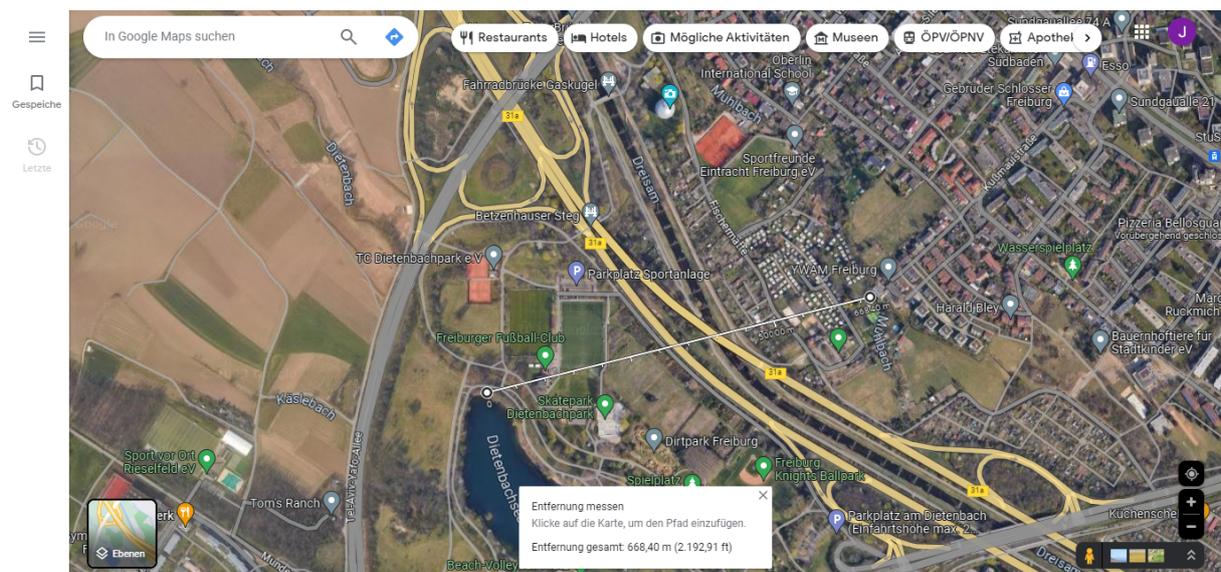
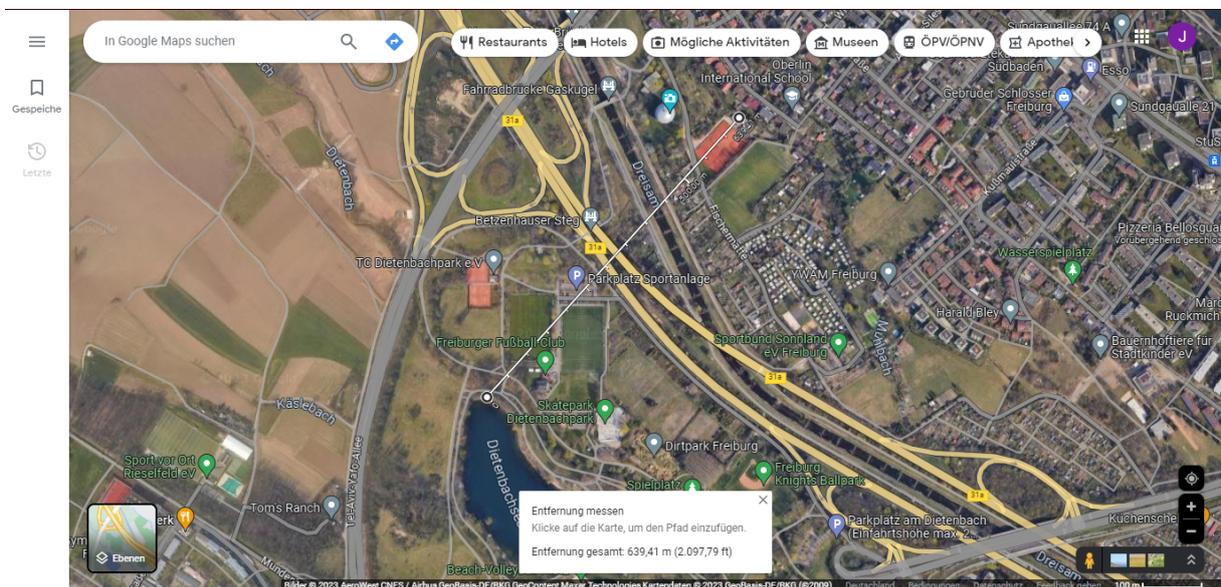
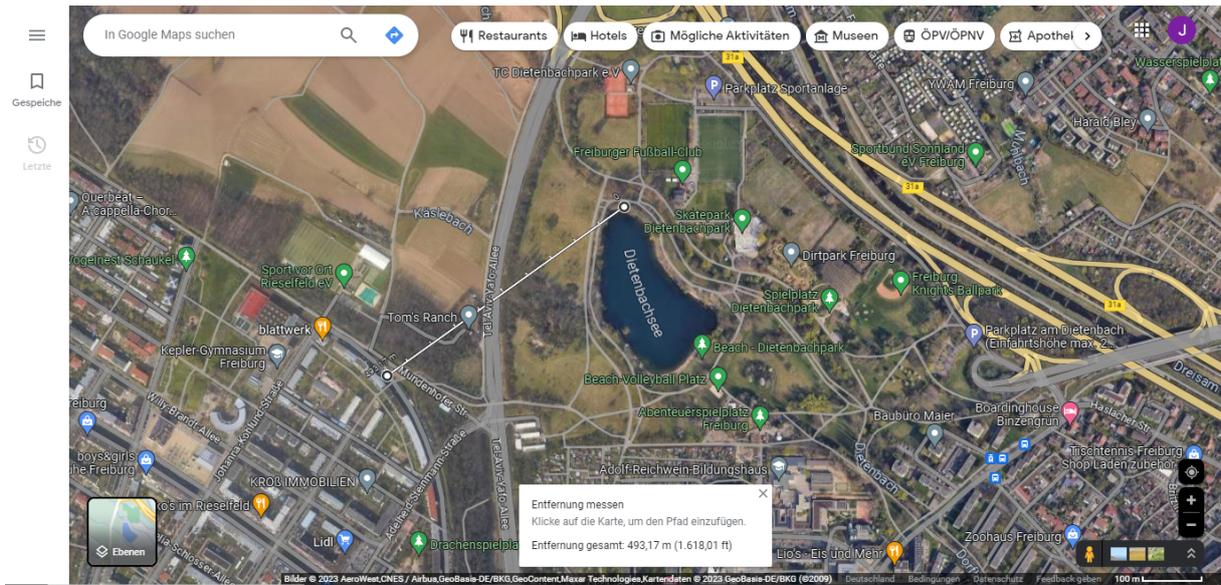


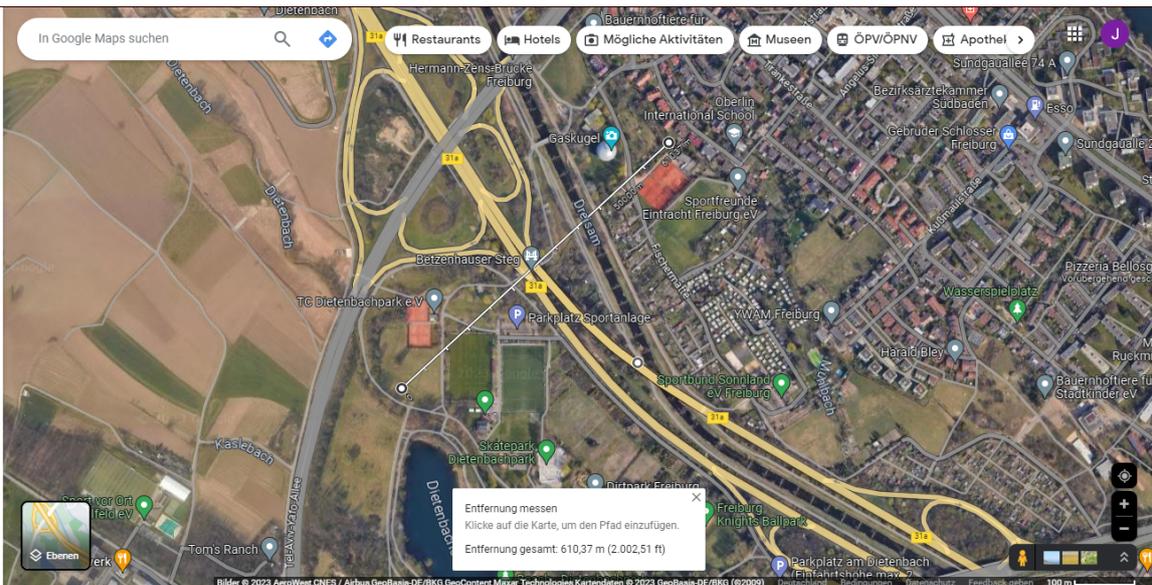
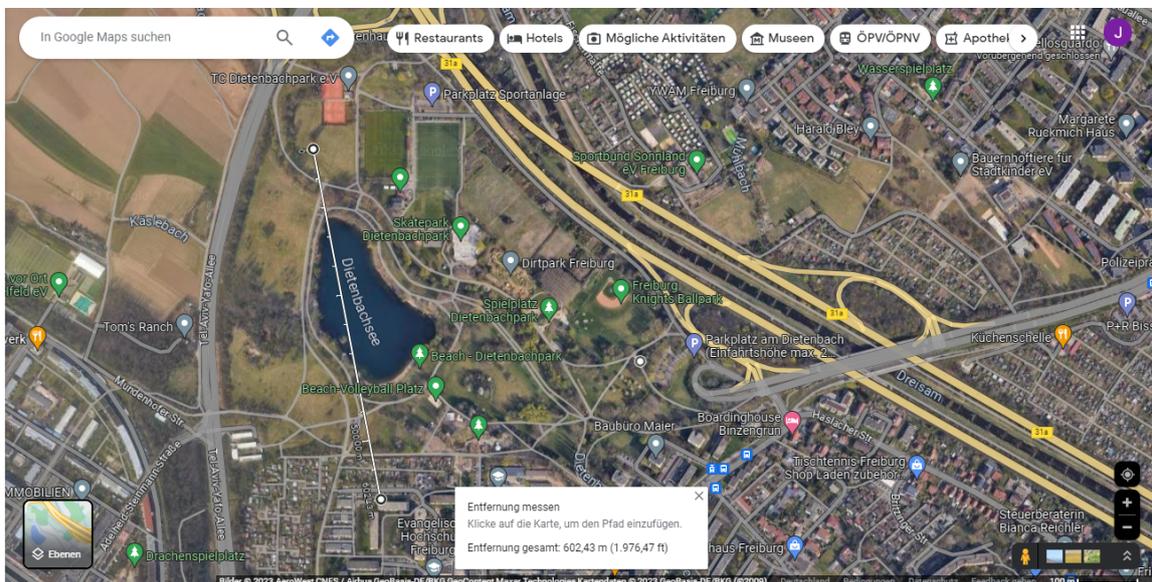
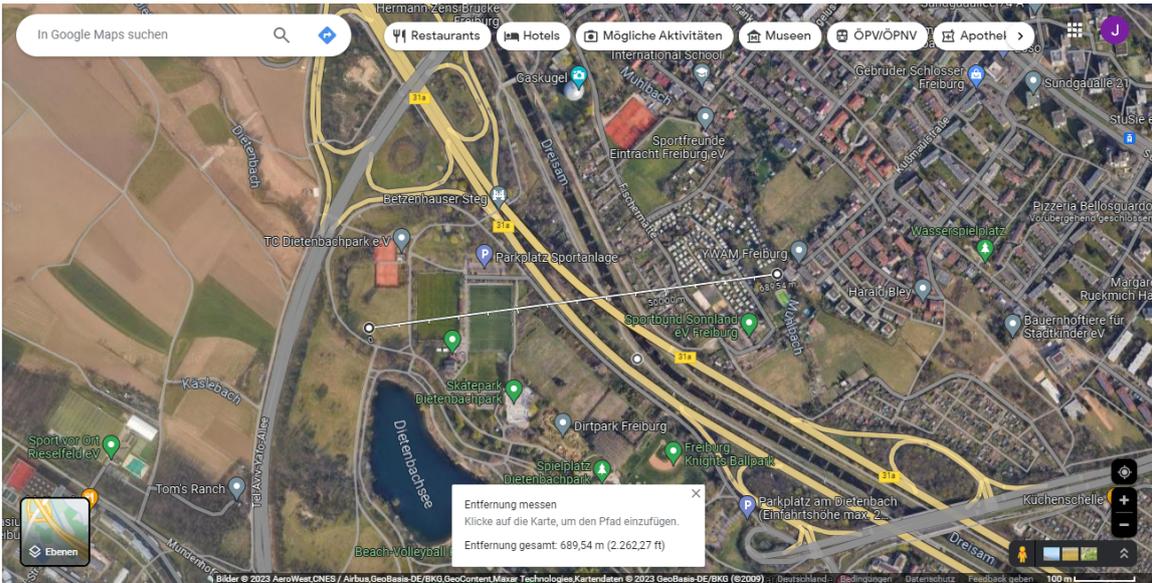
Im Seepark sind bei Aufenthalt unterhalb des Aussichtsturms Abstände von 210 m bis zur nächsten Wohnbebauung möglich:

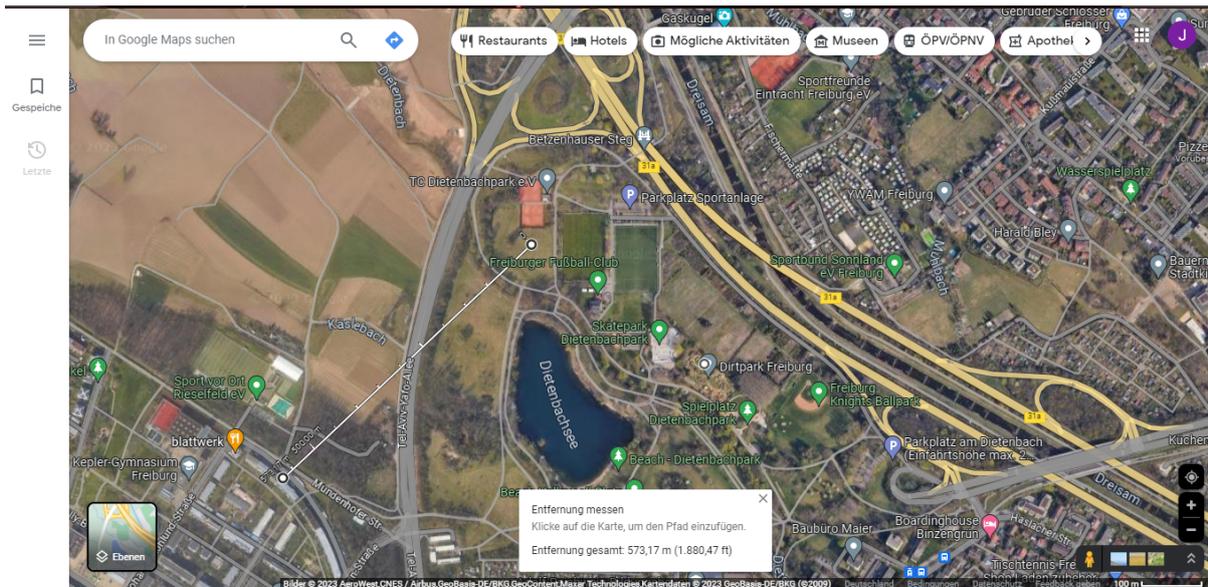


Im Dietenbachpark sind bei Aufenthalt am nordwestlichen Ufer des Dietenbachsees Entfernungen von über 400 m zur nächsten Wohnbebauung möglich, bei Aufenthalt im nordwestlichen Teil des Parks gar bis zu über 600 m. Beim Dietenbachpark kommt hinzu, dass er nördlich, westlich und nordöstlich von vielbefahrenen Straßen (Tel-Aviv-Yafo-Allee und B31a) begrenzt ist. In nordöstlicher/nördlicher Richtung ist eine Abgrenzung auch durch die Hochwasserdeiche der Dreisam und die Dreisam selbst gegeben:









#### IV. Verfahren und Umstände des Erlasses der Parkanlagenatzung

Der Erlass der Parkanlagenatzung geht auf Nutzungskonflikte in den Freiburger Parkanlagen, im Seepark zurück. Schon seit einigen Jahren klagen Anwohner\*innen und Bürgervereine der am Seepark angrenzenden Stadtteile Mooswald und Betzenhausen über Ruhestörungen und Vermüllung des Seeparks aufgrund feiernder Gruppen. Auch wurde ein vermeintliches Vollzugsdefizit seitens der kommunalen Ordnungsbehörden, insbesondere des kommunalen Vollzugsdienstes beklagt. Besonders im Fokus der Beschwerden lag und liegt der Betrieb von mobilen Lautsprechern, der zu erheblichen Störungen führe.

Viele, vorwiegend jüngere Menschen nutzen die Parkanlagen in den (späten) Abendstunden zur eigenen Freizeitgestaltung und als sozialen Treffpunkt. Die Antragsstellenden bestreiten nicht, dass es insbesondere in den Sommermonaten auf dem Gelände des Seeparks teils zu erheblichen nächtlichen Ruhestörungen kommt. Sie sind zum Teil aufgrund ihres Wohnsitzes selbst von diesen betroffen, wurden aber auch während ihrer eigenen Aufenthalte auf dem Seeparkgelände bereits Zeug\*innen von Störungen der Nachtruhe oder dagegen gerichteten Maßnahmen seitens des kommunalen Vollzugsdienstes oder des Polizeivollzugsdienstes. Für die anderen, von der Parkanlagenatzung erfassten Parkanlagen bestehen diese Art der Nutzungskonflikte zwischen abendlich feiernden Gruppen und Anwohner\*innen jedoch nur in deutlich geringerem Maße oder gar nicht.

Ausgehend von den Nutzungskonflikten des Seeparks und den Forderungen der Anwohner\*innen und Bürgervereine kamen in den vergangenen Jahren und Monaten immer wieder kommunalpolitische Forderungen etwa nach einer besseren Ausstattung des kommunalen

Vollzugsdienstes, nach schärferen Maßnahmen oder verschärften Regelungen auf. Die Stadt und der Gemeinderat beschlossen daraufhin im Sommer 2022 ein auf einem „Miteinander“ aufbauenden Konzept zur „Konfliktprävention“. Zentral war die Schaffung von Stellen der sogenannten „Nachtmediator\*innen“, die zwischen Feiernden oder lautstärkeren Nutzer\*innen des Seeparks und den Ruheinteressen der Anwohnenden durch persönliche Ansprachen vermitteln sollen.

**Glaubhaftmachung:** Amtsblatt der Stadt Freiburg vom 15. Juli 2022, **Anlage 7**

Die „Nachtmediator\*innen“ sind seit Beginn des Jahres 2023 im Einsatz. Bevor man jedoch Erfahrungsberichte über das neue Konzept zum Konfliktmanagement hatte, beschloss der Gemeinderat den Erlass der streitgegenständlichen Parkanlagensatzung.

Angeregt wurde dies zuerst vom Amt für öffentliche Ordnung. In einem Schreiben vom 11. August 2022 an das Garten- und Tierbauamt führte das Amt für öffentliche Ordnung aus, dass ein Verbot von Musikboxen ab 22 Uhr prinzipiell im Rahmen der bestehenden Polizeiverordnung oder in Form einer Grünflächensatzung denkbar sei. Die rechtlichen Anforderungen an eine polizeirechtliche Regelung seien jedoch ungleich höher und eine Polizeiverordnung wäre stärker angreifbar, sodass eine Grünflächensatzung nach Heidelberger Vorbild angeregt werde.

**Glaubhaftmachung:** Schreiben des Amtes für öffentliche Ordnung vom 11. August 2022, **Anlage 8**

Der Gemeinderat beschloss entsprechend in seiner Sitzung vom 4. Oktober 2022 die Stadtverwaltung mit der Prüfung des Erlasses einer „Grünflächensatzung“ nach dem Vorbild der Heidelberger Neckarvorlandsatzung zu beauftragen. Schon damals im Fokus stand die Absicht, die Benutzung von mobilen Lautsprechern durch schärfere Regeln einzuschränken. Ein Verbot von Lautsprechern in der Nachtzeit war ausdrücklicher Gegenstand des interfraktionellen Antrags.

**Glaubhaftmachung:** Anlage zu TOP 7 der öffentlichen Sitzung des Gemeinderats am 04. Oktober 2022, **Anlage 9**

Die Stadtverwaltung erarbeitete daraufhin die streitgegenständliche Parkanlagensatzung. In der Beschlussvorlage vom 28. April 2023 heißt es:

„Anwohner\_innen des Seeparks hatten in der Vergangenheit wiederholt ein nächtliches Musikboxen- bzw. Tonwiedergabeverbot gefordert. Die bisher zur rechtsverbindlichen Regelung erlaubten Verhaltens in Grünanlagen bestehende städtische

„Polizeiverordnung zur Sicherung der öffentlichen Ordnung und gegen umweltschädliches Verhalten in der Stadt Freiburg" (PolVO) reicht nicht aus, um diesem Anliegen zu entsprechen. Aus rechtlicher Sicht können in der PolVO nur Ge- und Verbote zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung geregelt werden, nicht jedoch einfache Nutzungsregeln.

Aus diesem Grund schlägt die Verwaltung vor, für den Seepark sowie fünf weitere städtische Parkanlagen eine Parkanlagensatzung zu erlassen. Dabei werden die sechs Parkanlagen als öffentliche Einrichtung i.S.v. § 10 Abs. 2 GemO gewidmet, deren Benutzung mit der vorliegenden Satzung geregelt wird. Bei Benutzungssatzungen ist das Vorliegen einer abstrakten Gefahr, anders als bei einer Polizeiverordnung, nicht Voraussetzung für deren Erlass. Die Anforderungen an Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Regelungen gelten auch im Rahmen einer Benutzungssatzung. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass es noch keine Rechtsprechung zu einer Parkanlagensatzung, wie sie hier von der Verwaltung vorgeschlagen wird, gibt. Auch wenn ein rechtliches Restrisiko nicht gänzlich auszuschließen ist, hält die Verwaltung den Erlass einer solchen Satzung für richtig. Denn das Bedürfnis, in ausgewählten besonderen Parkanlagen die unterschiedlichen Nutzungen und die damit verbundenen Interessen und Schutzbedürfnisse ggf. auch unterhalb der polizeilichen Gefahrenschwelle in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, hat sich in den letzten Jahren stetig verstärkt.“

**Glaubhaftmachung:** Beschlussvorlage vom 28. April 2023, Drucksache G-23/107,  
**Anlage 10**

Interessenvertreter\*innen der Jugend, etwa der Stadtjugendring, der Ring politischer Jugend oder vergleichbare Jugendverbände, wurden trotz der offensichtlichen Betroffenheit junger Menschen von etwaigen Regelungen einer solchen Satzung nicht in einen Dialog oder laufende Verfahren des Gemeinderats oder der Stadtverwaltung eingebunden. Dies sollte bis zur Beschlussfassung der Parkanlagensatzung in der öffentlichen Sitzung des Gemeinderats am 16. Mai 2023 auch so bleiben. Eine Beteiligung jugendlicher Interessenvertretungen fand zu keinem Zeitpunkt statt. Erst mit Veröffentlichung der Tagesordnung der Sitzung des Gemeinderats wurden Vertreter\*innen aus den Jugendorganisationen der Parteien auf das Vorhaben der Stadt und die offensichtliche Interessenberührung aufmerksam. Jedoch mussten sie für eine eigene Bewertung der von der Stadtverwaltung vorgeschlagenen Regelungen bis zur Veröffentlichung der Beschlussvorlage und des Satzungsentwurfs fünf Tage vor der Gemeinderatssitzung warten.

In der Kürze der Zeit startete der Ring politischer Jugend dennoch eine Online-Petition über das Portal change.org, die sich gegen den Erlass der Parkanlagenatzung, insbesondere der Regelung des § 7 Abs. 2 ParkanlS aussprach. Die Petition startete am 13. Mai 2023 und erreichte bis zur Beschlussfassung in Gemeinderat über 3.000 digitale Unterzeichnungen. Die Kritik war eindeutig: Es gebe keine Beteiligung von jugendlichen Interessenvertretungen im Verfahren und die Regelung des § 7 Abs. 2 ParkanlS stehe außer Verhältnis zum legitimen Ziel des Schutzes der Nachtruhe und sei eine kollektive Stigmatisierung sowie ein politisches Signal an junge Menschen, dass sie in öffentlichen Räumen Freiburgs unerwünscht sind.

(Petition online abrufbar unter <https://www.change.org/p/gegen-die-verdrängung-junger-menschen-parks-für-alle>)

Angestoßen dadurch kam es auch zu einer intensiveren Diskussion im Gemeinderat und einem abgelehnten Vertagungsantrag sowie einem abgelehnten Änderungsantrag. Die Parkanlagenatzung wurde letztlich in der von der Verwaltung vorgeschlagenen Fassung mehrheitlich beschlossen.

## V. Der Vollzug der Parkanlagenatzung

Die städtischen Ordnungsbehörden bemühen sich seit Inkrafttreten der Parkanlagenatzung um einen umfangreichen Vollzug, insbesondere des § 7 Abs. 2 ParkanlS. Vor allem im Seepark sind vermehrte Kontrollen seitens des kommunalen Vollzugsdienstes und des Polizeivollzugsdienstes zu registrieren. Bis zum 4. August 2023 kam es bereits zu 29 Beschlagnahmen von Tonwiedergabegeräten auf Grundlage der Regelungen der Parkanlagenatzung, davon 24 im Seepark, je zwei im Colombipark und Stadtgarten sowie eine im Park am Sandfang.

**Glaubhaftmachung:** Artikel der Badischen Zeitung vom 4. August 2023, Titel: „Bündnis will Boxenverbot in Freiburger Parks kippen“, **Anlage 11**

Nach der jüngsten Berichterstattung der Lokalpresse kam es bis Mitte August insgesamt zu 39 Beschlagnahmen von Tonwiedergabegeräten und fast ebenso vielen Bußgeldern.

**Glaubhaftmachung:** Artikel der Badischen Zeitung vom 23. August 2023, Titel: „Lärmbeschwerden trotz Boxenverbots“, **Anlage 12**

Es werden in der Regel Bußgelder in dreistelliger Höhe auf Grundlage des § 7 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 Nr. 37 ParkanlS verhängt.

**Glaubhaftmachung:** Bußgeldbescheid vom 20. Juli 2023, **Anlage 2**

**Glaubhaftmachung:** Artikel der Badischen Zeitung vom 23. August 2023, Titel:  
„Lärmbeschwerden trotz Boxenverbots“, **Anlage 12**

Es ist insbesondere in den warmen Sommer- und Spätsommermonaten, also mindestens bis Ende September mit weiteren Beschlagnahmen und Bußgeldern oder anderen Vollzugsmaßnahmen zu rechnen.

Ob bereits Nutzungsverbote nach § 9 Satz 2 ParkanlS verhängt wurden, ist nicht bekannt. Bei wiederholten Verstößen ist jedoch damit zu rechnen.

## **B. Rechtliche Würdigung**

Der Antrag ist zulässig und begründet.

### **I. Zulässigkeit**

Der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist zulässig, denn ein in der Hauptsache gestellter Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 1 VwGO wäre zulässig und die gesonderten Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO sind erfüllt.

#### **1. Zulässigkeit in der Hauptsache**

Ein Antrag in der Hauptsache nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 4 AGVwGO wäre zulässig.

##### **a) Verwaltungsrechtsweg eröffnet**

Für den Normenkontrollantrag ist gem. § 40 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Denn die Frage, ob der Normgeber die angegriffene Norm formell und materiell rechtmäßig erlassen hat, ist allein anhand öffentlich-rechtlicher Bestimmungen zu beurteilen (siehe in der Begründetheit). Mit der Stadt Freiburg und den Antragstellenden streiten auch keine Verfassungsorgane über Verfassungsrecht und abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht einschlägig.

##### **b) Statthaftigkeit**

Der Antrag wäre gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 AGVwGO statthaft. Die angegriffene Norme ist eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift.

##### **c) Antragsbefugnis**

Die Antragstellenden sind antragsbefugt nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO. Hierfür ist erforderlich, dass die Antragstellenden durch die angegriffenen Rechtsvorschriften möglicherweise in eigenen Rechten verletzt sind. Dies ist bereits der Fall, wenn eine Verletzung in eigenen Rechten nicht von vornherein ausgeschlossen ist, also offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise bestehen kann.

(Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.01.2001 – 6 CN 4/00, juris Rn. 10; BVerwG, Urt. v. 27.08.1996 – 1 C 8/94, juris Rn. 21)

Die Antragstellenden machen glaubhaft geltend, regelmäßig die von der Parkanlagenatzung erfassten Flächen (§ 1 Abs. 1 ParkanlS) zur Erholung und Freizeitgestaltung zu nutzen und dabei auch nach 23:00 Uhr ihre Bluetooth-Lautsprecher zu betreiben. Dies möchten sie auch zukünftig tun. Hieran werden sie jedoch durch § 7 Abs. 2 ParkanlS gehindert. Denn bei § 7 Abs. 2 ParkanlS handelt es sich um eine direkt an die Bürger\*innen gerichtete Verbotsnorm die keines weiteren Umsetzungsaktes bedarf. Es ist daher möglich, dass die Antragstellenden jedenfalls in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sind.

Der Antragsteller zu 3 macht darüber hinaus geltend, durch das Verbot in seiner Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verletzt zu sein. Er wird durch § 7 Abs. 2 ParanalS davon abgehalten zukünftig nach 23 Uhr in den vom Anwendungsbereich der Parkanlagenatzung umfassten Parks mit seinem Bluetooth-Lautsprecher Musik wiederzugeben, um dazu zu tanzen, oder in einem der Parks nach 23 Uhr Gitarre zu spielen.

#### **d) Frist**

Der Antrag erfolgt innerhalb der Jahresfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Die Parkanlagenatzung wurde am 16. Mai 2023 beschlossen und gilt mit der am 27. Mai 2023 erfolgten Veröffentlichung im Amtsblatt seit dem 28. Mai 2023.

#### **e) Rechtsschutzbedürfnis**

Das Rechtsschutzinteresse der Antragstellenden ist durch die im Rahmen der Antragsbefugnis dargelegten möglichen Rechtsverletzung indiziert und entfällt nur dann, wenn die Aufhebung der Norm für die Antragssteller unter rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten nutzlos wäre. Hierfür ist nichts ersichtlich, sodass der Normenkontrollantrag zulässig wäre.

### **2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags gem. § 47 Abs. 6 VwGO**

Auch die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrages gem. § 47 Abs. 6 VwGO sind erfüllt.

#### **a) Statthaftigkeit**

Der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist die statthafte Rechtsschutzform bei Begehren einer vorläufigen Außervollziehung einer untergesetzlichen Rechtsvorschrift i.S.d. § 47 Abs. 1 VwGO.

## **b) Antragsfrist**

Der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist grundsätzlich nicht fristgebunden. Da auch ein Antrag in der Hauptsache nach § 47 Abs. 1 VwGO innerhalb der Jahresfrist läge, ergibt sich auch hieraus keine Verfristung (s.o.).

## **c) Rechtsschutzinteresse**

Das Rechtsschutzinteresse der Antragstellenden ist durch die im Rahmen der Antragsbefugnis dargelegten möglichen Rechtsverletzung indiziert und entfällt nur dann, wenn die vorläufige Außervollzugsetzung der Normen sich als nutzlos erweise, weil sie nicht geeignet wäre, zugunsten der Antragstellenden etwas zu bewirken.

Hier würde eine vorläufige Außervollzugsetzung der angegriffenen Normen die Rechtstellung der Antragstellenden jeweils unmittelbar verbessern. Dem steht nicht entgegen, dass sich in § 1 Abs. 1 und § 3 PolVO Regelungen über die gleiche Verhaltensweise wie die von § 7 Abs. 2 ParkanlS finden, denn im Gegensatz zu § 7 Abs. 2 ParkanlS, der das Betreiben von jeglichen Tonwiedergabegeräten und Musikinstrumenten innerhalb des Zeitraums von 23:00 bis 6:00 Uhr generell verbietet, gilt ein solches Verbot nach §§ 1 Abs. 1, 3 PolVO nur für den Betrieb in einer Art und Weise bzw. Lautstärke, die geeignet ist, die Nachtruhe zu stören oder unbeteiligte Dritte erheblich zu belästigen oder zu stören. Damit bliebe bei vorläufiger Außervollzugsetzung der streitgegenständlichen Norm der leise Betrieb von Tonwiedergabegeräten und Musikinstrumenten, insbesondere in weitläufiger Entfernung zu Wohnbebauung erlaubt.

## **II. Begründetheit**

Der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ist begründet, weil der Antrag in der Hauptsache offensichtlich begründet und der Erlass einer einstweiligen Anordnung dringend geboten ist (dazu 1.). Darüber hinaus fällt auch eine etwaig durchzuführende Folgenabwägung zugunsten der Antragstellenden aus (dazu 2.).

### **1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache und besonderes Eilbedürfnis**

Der Antrag in der Hauptsache ist offensichtlich begründet und es besteht ein zusätzliches Eilbedürfnis.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO zunächst die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags in der Hauptsache. Die (voraussichtliche) Begründetheit des Antrags in der Hauptsache ist

demnach wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug der Rechtsvorschrift zu suspendieren ist. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug der Rechtsvorschrift vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist.

(VGH BW, Beschl. v. 30.04.2020 – 1 S 1101/20, juris Rn. 10; VGH BW, Beschl. v. 22.12.2020 – 1 S 4109/20, juris Rn. 19; VGH BW, Beschl. v. 20.01.2021 – 1 S 4025/20, juris Rn. 30; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 VR 5/14, juris Rn. 12; BVerwG, Beschl. v. 30.04.2019 – 4 VR 3.19, juris Rn. 4.)

So liegt es hier. Der Antrag in der Hauptsache ist offensichtlich begründet (dazu a). Eine vorläufige Regelung ist aufgrund der schweren Grundrechtsverletzungen, die mit dem weiteren Vollzug des § 7 Abs. 2 ParkanlS einhergehen, dringend geboten (dazu b).

#### **a) Begründetheit des Antrags gem. § 47 Abs. 1 VwGO**

Der Antrag in der Hauptsache ist begründet. Die angegriffenen Vorschriften der Parkanlagen-satzung sind ungültig, weil sie formell (dazu aa)) und materiell (dazu bb)) rechtswidrig sind.

#### **aa) Formelle Rechtswidrigkeit**

Die Parkanlagen-satzung ist formell rechtswidrig, weil vor Verabschiedung durch den Gemein-derat die notwendige Jugendbeteiligung nicht stattgefunden hat (dazu (1)) und darüber hinaus ein Gemeinderatsmitglied trotz Befangenheit beratend und entscheidend am Satzungserlass mitgewirkt hat (dazu (2)).

#### **(1) Fehlende Jugendbeteiligung**

Gemäß § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO soll die Gemeinde Kinder und muss Jugendliche bei Planun-gen und Vorhaben, die ihre Interessen berühren, in angemessener Weise beteiligen. Dies ist bei Verabschiedung der Parkanlagen-satzung nicht erfolgt und begründet damit einen erheblichen Verfahrensmangel, der zur formellen Rechtswidrigkeit führt.

**(a) Verabschiedung der Parkanlagensatzung als Vorhaben, dass die Interessen von Jugendlichen berührt**

Die Verabschiedung der Parkanlagensatzung ist ein kommunales Vorhaben, das insbesondere die Interessen von Jugendlichen in der Stadt Freiburg erheblich berührt.

Der Begriff des Vorhabens i.S.d. § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO ist weitumfassend und erstreckt sich auf alle Angelegenheiten der Gemeinde.

(vgl. *Brenndörfer*, BeckOK Kommunalrecht BW (21. Edition - Stand 01.04.2023), § 41a Rn. 5)

Damit fällt die Verabschiedung der Parkanlagensatzung unter den Begriff des Vorhabens i.S.d. § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO.

Der Personenkreis der Jugendlichen i.S.d. § 41a GemO umfasst ausweislich der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 15/7265) alle Personen zwischen 14 und 18 Jahren und orientiert sich damit an den gesetzlichen Definitionen des Sozialrechts und des Jugendstrafrechts (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII, § 1 Abs. 2 JGG). Eine Ausweitung auf „Heranwachsende“ i.S.d. § 1 Abs. 2 JGG wird zum Teil ebenso vertreten mit dem Argument, dass nach der Definition der UN-Kinderrechtskonvention „Kind“ jede Person ist, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

(vgl. *Böttner*, KommJur 2022, 361 (363 f.))

Die Interessen von Jugendlichen sind berührt, wenn die Angelegenheit – hier die Verabschiedung der Parkanlagensatzung – offensichtliche Berührungspunkte zu den Bedürfnissen von Jugendlichen aufweist, indem diese unmittelbar beeinflusst werden.

(vgl. *Brenndörfer*, BeckOK Kommunalrecht BW (21. Edition - Stand 01.04.2023), § 41a Rn. 6)

Die Parkanlagensatzung berührt mit ihren Regelungen, insbesondere mit § 7 Abs. 2 ParkanlS die Bedürfnisse von Jugendlichen unmittelbar. Es liegt unstrittig im Interesse und natürlichen Verhalten von Jugendlichen, insbesondere im Alter von 16 bis 18 bzw. 21 Jahren und älter, abends auch nach 23 Uhr gemeinsam mit Freund\*innen auszugehen oder sich in öffentlichen Parks zum Spielen, Erholen oder Feiern aufzuhalten. Das gemeinsame Musikhören über Tonwiedergabegeräte gehört dabei ebenso dazu wie das gemeinsame Musizieren mit Musikinstrumenten. Dass dieses Bedürfnis unter Jugendlichen in der Stadt Freiburg groß ist, belegen bereits die von der Antragsgegnerin zur Rechtfertigung der neuen Regelung der Parkanlagensatzung

vorgebrachten und seit Jahren andauernden Nutzungskonflikte, insbesondere im und am Gelände des Seeparks. Eine Interessensberührung durch den Erlass der Parkanlagensatzung und insbesondere des § 7 Abs. 2 ParkanlS belegen auf eindrucksvolle Weise auch die mehr als 3.600 Unterschriften unter der vom „Ring politischer Jugend Freiburg“ initiierten Petition gegen die Parkanlagensatzung. Zwar stammen diese Unterschriften zweifellos nicht nur von Jugendlichen i.S.d. § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO, dennoch haben auch Jugendliche diese Petition unterstützt. Der Initiator der Petition, der „Ring politischer Jugend Freiburg“, ist darüber hinaus der Zusammenschluss von Jugendorganisationen der partei- und kommunalpolitischen Gruppierungen, in denen sich u.a. auch Jugendliche i.S.d. § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO engagieren. Nicht zuletzt listet die Antragsgegnerin in den vom städtischen Jugendbüro aufgestellten „Empfehlungen zur strukturellen Verankerung von Jugendbeteiligung in Verwaltungshandeln und Kommunalpolitik“ die Angelegenheiten rund um „Grünflächen, Parks, Freiflächen, Wege und Branchen“ sogar selbst unter der Aufzählung „jugendrelevanter Fachämter“.

**Glaubhaftmachung:** Jugendbüro Freiburg, Jugendgerechtes Freiburg - Empfehlungen zur strukturellen Verankerung von Jugendbeteiligung in Verwaltungshandeln und Kommunalpolitik“, S. 10, **Anlage 13**

Das Regelungen zu Parkanlagen oder vergleichbaren Freizeiträumen spezifischen Jugendbezug haben, erkennt auch die juristische Fachliteratur an.

(vgl. *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (4. Aufl. – 32. EL – Stand Oktober 2022), § 41a Rn. 9)

Damit stellt die Verabschiedung der Parkanlagensatzung und insbesondere der Regelung des § 7 Abs. 2 ParkanlS zweifellos ein die Interessen von Jugendlichen berührendes Vorhaben dar.

#### **(b) Verbindliche angemessene Beteiligung nicht erfolgt**

Gemäß § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO „muss“ bei Vorhaben, die die Interessen von Jugendlichen berühren, eine angemessene Beteiligung von Jugendlichen erfolgen. Damit ist die Beteiligung von Jugendlichen für die Gemeinde verbindlich. Das geht bereits eindeutig aus dem Wortlaut „muss“ hervor und ist so vom Gesetzgeber auch gewollt, der die Norm von einer „Soll“-Vorschrift mit dem Willen, Verbindlichkeit zu schaffen, 2015 zu einer „Muss“-Vorschrift aufwertete.

(vgl. LT-Drs. 15/7265 S. 20, 41)

§ 41a Abs. 1 Satz 1 GemO lässt offen, in welcher Art und Weise die Beteiligung zu erfolgen hat. Der Gesetzgeber erkannte diesbezüglich an, dass es verschiedene Beteiligungsformen gibt und wollte die konkrete Ausgestaltung in Anerkennung der unterschiedlichen örtlichen Verhältnisse und Bedürfnisse weiterhin den Gemeinden überlassen:

„Die Formen der Beteiligung können sehr unterschiedlich ausfallen. Sie hängen maßgeblich von den örtlichen Verhältnissen und den Bedürfnissen der Kinder und Jugendlichen ab. Die Art und Weise der Beteiligung soll deshalb weiterhin den Gemeinden überlassen bleiben.“ (LT-Drs. 15/7265 S. 20)

Entsprechend findet sich auch in § 41a Abs. 1 Satz 2 GemO die Pflicht zur Entwicklung geeigneter Beteiligungsverfahren.

Zentral und verbindlich bleibt jedoch, dass im Ergebnis eine angemessene Beteiligung stattfinden muss, wie in der Gesetzesbegründung hervorgehoben wurde:

„Kinder- und Jugendpolitik darf nicht nur Politik für junge Menschen, sie muss auch Politik mit jungen Menschen sein. Die Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen werden deshalb verbindlich in der Gemeindeordnung verankert und erweitert. [...] Künftig müssen Jugendliche bei allen Planungen und Vorhaben der Gemeinde, die ihre Interessen berühren, in angemessener Weise beteiligt werden.“ (LT-Drs. 15/7265 S. 20)

„Nach Satz 1 sind die Gemeinden künftig verpflichtet, Jugendliche bei Planungen und Vorhaben, die ihre Interessen berühren, in angemessener Weise zu beteiligen.“ (LT-Drs. 15/7265 S. 41)

Eine solche angemessene Beteiligung hat bei Verabschiedung der Parkanlagensatzung aber nicht stattgefunden. Denn zum einen sind die von der Antragstellerin eingerichteten Beteiligungsformen nicht geeignet, eine angemessene Beteiligung von Kinder- und Jugendlichen zu gewährleisten, zum anderen wurden weder die von der Stadt Freiburg eingerichteten Beteiligungsverfahren durchlaufen noch alternative Beteiligungsverfahren ergriffen.

Die von der Antragstellerin eingerichteten Beteiligungsformen sind nicht geeignet, die von § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO vorgeschriebene angemessene Beteiligung von Jugendlichen zu gewährleisten. Als strukturelle Beteiligungsinstrumente der Stadt Freiburg sind nur das Jugendbüro sowie der Kinder- und Jugendhilfeausschuss als beratender Ausschuss des Gemeinderats zu nennen. In letzterem sind u.a. auch Mitglieder des Stadtjugendrings mit Stimmrecht vertreten. Beim Stadtjugendring handelt es sich um einen eingetragenen Verein, der laut Satzung aus

einem freiwilligen Zusammenschluss lokaler in der Kinder- und Jugendarbeit nach § 12 Abs. 2 KJHG/SGB VIII tätigen Jugendgruppen- und verbände besteht. Hingegen hat die Stadt Freiburg bislang nicht – wie gemäß § 41a Abs. 1 Satz 3 GemO möglich und in über 100 Gemeinden in Baden-Württemberg geschehen – einen Jugendgemeinderat oder eine andere institutionelle Jugendvertretung eingerichtet. Ebenso sind in der Geschäftsordnung des Gemeinderats keine Beteiligungsrechte in Jugendangelegenheiten, insbesondere Rede-, Anhörungs- oder Antragsrechte für Jugendvertreter\*innen geregelt, die bei eingerichteter Jugendvertretung gemäß § 41a Abs. 3 GemO verpflichtend sind. Zu dem Schluss, dass wegen dieser fehlenden Beteiligungsrechte Handlungsbedarf besteht, kommt auch das vom Jugendbüro der Stadt Freiburg im April 2022 veröffentlichte und im Auftrag des Gemeinderats ausgearbeitete Papier „Jugendgerechtes Freiburg – Empfehlungen zur strukturellen Verankerung von Jugendbeteiligung in Verwaltungshandeln und Kommunalpolitik“.

**Glaubhaftmachung:** Jugendbüro Freiburg, Jugendgerechtes Freiburg - Empfehlungen zur strukturellen Verankerung von Jugendbeteiligung in Verwaltungshandeln und Kommunalpolitik, S. 10, **Anlage 13**

Unabhängig dieses strukturellen Defizits hat im Hinblick auf die Verabschiedung der Parkanlagenersatzung auch in den bestehenden Strukturen keine Beteiligung von Jugendlichen stattgefunden. Weder wurde das Jugendbüro in die Ausarbeitung der Parkanlagenersatzung eingebunden, noch fand eine Behandlung der Beschlussvorlage im Kinder- und Jugendhilfeausschuss statt. Hinzu kommt, dass die Beschlussvorlage des Gemeinderats erst 5 Tage vor der Gemeinderatssitzung am 16. Mai 2023 über das Online-Ratsinformationssystem der Stadt Freiburg veröffentlicht wurde. Eine angemessene Beteiligung von Jugendlichen war damit bereits aufgrund des kurzen Zeitraums nicht mehr möglich und fand auch sonst nicht statt. Nur durch aufmerksame Jugendorganisationen wurde das Vorhaben der Verabschiedung der Parkanlagenersatzung noch vor der Gemeinderatssitzung am 16. Mai 2023 einer breiteren Öffentlichkeit bekannt und Interessen von jungen Menschen konnten mittels einer Online-Petition noch an den Gemeinderat herangetragen werden. Dies geschah jedoch nicht im Rahmen eines Beteiligungsverfahrens gemäß § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO. Es ist damit nicht gewährleistet, dass der Gemeinderat die Bedenken von Jugendlichen hinreichend zur Kenntnis genommen hat.

### **(c) Rechtswidrigkeit als Rechtsfolge**

Dieser Verstoß gegen § 41a Abs. 1 S. 1 GemO führt im vorliegenden Fall zur formellen Rechtswidrigkeit der Parkanlagenersatzung.

Aus § 4 Abs. 4 Satz 1 GemO ergibt sich, dass Satzungen, die unter Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften zustande gekommen sind, formell rechtswidrig sind.

Dies ist hier der Fall, denn bei § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO handelt es sich um eine Verfahrensvorschrift i.S.d. § 4 Abs. 4 Satz 1 GemO. Zwar wird dies in der Literatur teilweise angezweifelt (vgl. *Kunze/Bronner/Katz*, Kommentar zur GemO Band 1, § 41a Gemo, 4. Auflage, 24. Lfg, Dezember 2017, Rn. 25), für die Einordnung als Verfahrensvorschrift stehen aber sowohl Wortlaut und Telos des § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO, als auch dessen systematische Stellung sowie der Wille des Gesetzgebers.

Nach dem Wortlaut des § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO „muss“ eine angemessene Beteiligung bei Planungen und Vorhaben, die die Interessen von Jugendlichen berühren, stattfinden. Damit werden nach dem klaren Wortlaut verbindlich Vorgaben für das Verfahren gemacht, die sich wie durch die Verwendung der Termini „Planung und Vorhaben“ ausdrückt, auch auf konkrete Abläufe der kommunalen Selbstverwaltung beziehen.

Auch das Telos des § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO spricht für die Einordnung als Verfahrensvorschrift. § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO bezweckt eine umfangreiche und allumfassende Integration von Kinder- und Jugendinteressen in die gemeindlichen Abläufe, insbesondere wenn diese durch Vorhaben direkt berührt werden. Dieser Zweck kann bei Beschlussverfahren des Gemeinderats nur durch einen formellen Beteiligungsakt im Verfahren effektiv verwirklicht werden. Würde man § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO nicht als Verfahrensvorschrift i.S.d. § 4 Abs. 4 Satz 1 GemO einordnen, bliebe eine Verletzung der Vorschrift ohne Folgen. Dieses Ergebnis würde dem Zweck der Vorschrift zuwiderlaufen. Ebenso verlangt dies der völkerrechtliche Hintergrund des § 41a GemO, der in der in der Bundesrepublik Deutschland bereits seit 1990 in Kraft getretenen UN-Kinderrechtskonvention (KRK) liegt. Diese verpflichtet in Art. 12 die Vertragsstaaten, dass Kindern (i.S.d. KRK bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs, Art. 1 KRK) „insbesondere [die] Gelegenheit gegeben [wird], in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden“.

Auch die systematische Stellung des § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO spricht für den Charakter einer verbindlichen Verfahrensvorschrift im Beschlussverfahren des Gemeinderats. Die Norm steht in der Gemeindeordnung in unmittelbarer Nähe zur Vorschrift über die Beschlussfassung im Gemeinderat selbst (§ 37 GemO) und ist zudem in andere Vorschriften eingebettet, die Verfahrensvorgaben für Gemeinderatsbeschlüsse aufstellen oder das Verfahren regeln, namentlich die

§§ 37a, 38, 39, 40, 41, 41b GemO. Ferner hat § 41a GemO auch keinen Absatz wie etwa § 41b Abs. 6 GemO, der bei Verstößen gegen § 41b Abs. 1 bis 5 GemO Auswirkungen auf das gemeindliche Beschlussverfahren ausschließt. Im Umkehrschluss müssen Verstöße gegen § 41a GemO sich auf das Beschlussverfahren auswirken.

Letztlich spricht auch der aus den Gesetzesmaterialien hervorgehende Wille des Gesetzgebers, Beteiligung von Kindern und Jugendlichen in Abläufen der kommunalen Selbstverwaltung verbindlich festzusetzen, zu gewährleisten und zu institutionalisieren, für eine Auslegung des § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO als Verfahrensvorgabe bei Gemeinderatsbeschlüssen, die – wie die Parkanlagensatzung der Antragsgegnerin – inhaltlich die Interessen von Kinder- und Jugendlichen berühren (vgl. LT-Drs. 15/7265 S. 20, 41).

Damit hat die Antragsgegnerin mit dem Verstoß gegen § 41a Abs. 1 Satz 1 GemO bei Erlass der Parkanlagensatzung eine Verfahrensvorschrift für Beschlussverfahren des Gemeinderats verletzt. Sie kann sich mangels Ablaufs der Jahresfrist des § 4 Abs. 4 Satz 1 GemO auch nicht auf eine Heilung des Verfahrensfehlers berufen.

## **(2) Befangenheit bei Beschlussfassung im Gemeinderat**

Die Parkanlagensatzung ist weiter formell rechtswidrig, weil bei der Beschlussfassung im Gemeinderat mit dem Gemeinderatsmitglied XXXX XXXXXX ein i.S.d. § 18 Abs. 1 GemO befangenes Mitglied des Gemeinderats beratend und entscheidend mitgewirkt hat. Gemäß § 18 Abs. 6 Satz 1 GemO ist der Beschluss der Parkanlagensatzung mithin rechtswidrig, wobei sich die Antragsgegnerin mangels Ablaufs der Jahresfrist des § 18 Abs. 6 Satz 2 GemO auch nicht auf eine Heilung berufen kann.

Nach § 18 Abs. 1 GemO ist ein als Gemeinderat ehrenamtlich tätiger Bürger (§ 32 Abs. 1 Satz 1 GemO) befangen, „wenn die Entscheidung einer Angelegenheit ihm selbst [...] einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann“. Dies setzt ein individuelles Sonderinteresse voraus. Zu dessen Vorliegen führt der Verwaltungsgerichtshof aus:

"Ein individuelles Sonderinteresse ist anzunehmen, wenn die Entscheidung einen unmittelbar auf die Person des Gemeinderats oder eine der in § 18 Abs. 1 GemO genannten Bezugspersonen bezogenen besonderen und über den allgemeinen Nutzen oder die allgemeinen Belastungen hinausgehenden Vor- oder Nachteil bringt. Die Entscheidung muss so eng mit den persönlichen Belangen des Gemeinderats oder seiner Bezugsperson zusammenhängen, dass er bzw. sie in herausgehobener Weise betroffen wird. Die

Entscheidung muss sich auf ihn oder seine Bezugsperson „zuspitzen“, so dass er oder die Bezugsperson - weil im Mittelpunkt oder jedenfalls im Vordergrund der Entscheidung stehend - als deren „Adressat“ anzusehen ist. Erforderlich, aber auch ausreichend ist insoweit, dass der betroffene Gemeinderat oder seine Bezugsperson einer bzw. eine von wenigen anderen in gleicher Weise Betroffenen ist und sich sein bzw. ihr Interesse dadurch von allgemeinen oder Gruppeninteressen deutlich abhebt (vgl. - zum gesamten Absatz - VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 09.02.2010 - 3 S 3064/07 - NuR 2010, 736 m. w. N.)" (VGH BW, Urt. v. 08.05.2012 – 8 S 1739/10, juris Rn. 65)

Der Stadtrat XXXX XXXXXX ist wohnhaft im XXXXX XX, 79110 Freiburg. Sein Wohnsitz befindet sich damit in unmittelbarer Nachbarschaft zur öffentlichen Parkanlage Seepark. Er ist selbst von etwaigen Ruhestörungen betroffen, die durch den Betrieb von Tonwiedergabegeräten auf dem Gelände des Seeparks ausgehen.

**Glaubhaftmachung:** XXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXX, Anlage 14

Damit ist ihm jedenfalls im Hinblick auf den Erlass der Regelung des § 7 Abs. 2 ParkanlS ein privates Sonderinteresse zu unterstellen. Dieses Interesse dürfte zwar von weiteren Anwohner\*innen des Seeparks und möglicherweise trotz fehlender Lärmproblematik auch von Anwohner\*innen anderer Parkanlagen und damit einer größeren Gruppe an Menschen geteilt werden, weshalb über die Einschlägigkeit der Ausnahmeregelung für Gruppeninteressen nach § 18 Abs. 3 GemO nachgedacht werden kann. Diese gilt aber nicht, wenn das Sonderinteresse von wenigen in gleicher Weise Betroffenen geteilt wird:

„Erforderlich, aber auch ausreichend ist insoweit, dass der betroffene Gemeinderat oder seine Bezugsperson einer bzw. eine von wenigen anderen in gleicher Weise Betroffenen ist und sich sein bzw. ihr Interesse dadurch von allgemeinen oder Gruppeninteressen deutlich abhebt.“ (VGH BW, Urt. v. 08.05.2012 – 8 S 1739/10, juris Rn. 65; VGH BW, Urt. v. 09.02.2010 – 3 S 3064/07. juris Rn. 53)

So liegt der Fall auch hier. Was „wenige“ andere Betroffenen konkret sind, lässt die Rechtsprechung offen. Verfehlt wäre es dies an absoluten Zahlen festzumachen, da Gemeinderatsbeschlüsse, die Regelungen für einen großflächigen Raum oder Flächen von allgemeinem (Nutzungs-)Interesse – wie vorliegend die Parkanlagensatzung – treffen, immer auch mit einer größeren Anzahl an Betroffenen einhergehen, was im Vergleich für kleinflächigere Beschlüsse nicht der Fall ist. Bei weitreichenden Regelungen können „wenige andere in gleicher Weise

Betroffene“ im Verhältnis zu allen anderen Betroffenen dann numerisch auch mehrere hundert bis tausend Personen sein. Richtig ist deshalb, die Anzahl „weniger“ Betroffener relativ zur Anzahl der Gesamtbetroffenen zu bestimmen. Das entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 18 Abs. 1 GemO, „die auf einem Ausgleich öffentlicher und privater Interessen beruhenden Entscheidungen des Gemeinderats von individuellen Sonderinteressen freizuhalten und damit zugleich das Vertrauen der Bürger in eine am Wohl der Allgemeinheit orientierte und unvoreingenommene Kommunalverwaltung zu stärken.“

(VGH BW, Urt. v. 30.04.2004 – 8 S 1374/03, juris Rn. 19)

Als von den Regelungen der Parkanlagensatzung betroffen muss man jedenfalls die gesamte Einwohner\*innenschaft der Stadt Freiburg ansehen, da die öffentlichen Parkanlagen im Geltungsbereich der Parkanlagensatzung über die gesamte Stadt verteilt allen Einwohner\*innen (aber auch allen anderen) zur Freizeitgestaltung und Naherholung dienen. Dies bringt die Antragsgegnerin selbst durch die vermeintliche Widmung als kommunale öffentliche Einrichtung i.S.d. § 10 Abs. 2 GemO zum Ausdruck. Der gesamten Einwohnerschaft Freiburgs gegenüber bildet allein die Gruppe der unmittelbaren Anwohner\*innen der öffentlichen Parkanlagen im Geltungsbereich der Parkanlagensatzung eine verhältnismäßig kleine Gruppe. Hinzu kommt, dass aus dieser Gruppe nur die Anwohner\*innen des Seeparks als in „gleicher Weise“ von den von Tonwiedergabegeräten ausgehenden Lärmstörungen betroffen angesehen werden können, da solche bislang in ihrer Intensität ausschließlich von den Flächen des Seeparks ausgingen. Im Verhältnis zur gesamten Einwohner\*innenschaft Freiburgs stellen die Anwohner\*innen des Seeparks damit eine verhältnismäßig geringe Anzahl in gleicher Weise Betroffener dar. Das von ihnen und Stadtrat XXXXXX geteilte Sonderinteresse am Erlass des § 7 Abs. 2 ParkanlS ist mithin eines, das sich deutlich von den allgemeinen oder Gruppeninteressen abhebt.

Damit lag bei Stadtrat XXXXXX im Hinblick auf den Beschluss der Parkanlagensatzung ein individuelles Sonderinteresse vor, zumindest erwächst aus seinem Wohnsitz der böse Schein einer Interessenkollision, der nach ständiger Rechtsprechung für die Annahme einer Befangenheit i.S.d. § 18 Abs. 1 GemO ausreichend ist.

(vgl. VGH BW, Urt. v. 09.02.2010 – 3 S 3064/07. juris Rn. 53; VGH BW, Urt. v. 30.04.2004 – 8 S 1374/03, juris Rn. 19; VGH BW, Urt. v. 08.05.2012 – 8 S 1739/10, juris Rn. 65)

## **bb) Materielle Rechtswidrigkeit**

§ 7 Abs. 2 ParkanlS ist auch materiell rechtswidrig. Die von der Antragsgegnerin angewandte gesetzliche Rechtsgrundlage des § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO ist für den Erlass der angegriffenen Rechtsvorschriften untauglich, weil es sich bei den Parkanlagen nicht um eine öffentliche Einrichtung handelt (dazu (1)) und das Polizeirecht spezieller ist (dazu (2)). Insofern hat die Antragsgegnerin auch von ihrem Satzungsermessen fehlerhaft Gebrauch gemacht (dazu (3)). § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO ist außerdem zu unbestimmt für die Rechtfertigung der konkreten Grundrechtseingriffe durch die angegriffenen Rechtsvorschriften (dazu (4)). Schließlich ist der Eingriff in Grundrechte auch unverhältnismäßig (dazu (5)).

### **(1) Keine öffentliche Einrichtung**

Die Antragsgegnerin stützt die angegriffenen Rechtsvorschriften wie auch die gesamte Parkanlagenatzung auf ihr Recht aus § 10 Abs. 2 GemO, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner\*innen erforderlichen öffentlichen Einrichtungen zu schaffen und deren Benutzung zu regeln. Dies gelingt ihr vorliegend im Hinblick auf die Parkanlagenatzung jedoch nicht, da die von § 1 Abs. 1 ParkanlS erfassten öffentlichen Parkanlagen schon keine öffentlichen Einrichtungen darstellen können.

Eine öffentliche Einrichtung ist eine Zusammenfassung von personellen und/oder sachlichen Mitteln, die die Gemeinde im öffentlichen Interesse zur Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Wohls durch Widmung für eine unmittelbare und gleiche Nutzung durch die Einwohner\*innen zur Verfügung stellt.

(vgl. VGH BW, Urt. v. 09.01.1996 – 2 S 2757/95, juris Rn. 27; *Fleckenstein*, BeckOK Kommunalrecht BW (21. Edition - Stand 01.04.2023), § 10 Rn. 6; Engel/Heilshorn Kommunalrecht BW (12. Aufl. 2022), § 21 Rn. 2)

Ein Widmungsakt liegt im Erlass der Satzung unter Abstellen auf § 10 Abs. 2 GemO und durch ausdrückliche Normierung in § 2 Abs. 1 ParkanlS vor. Bei den von § 1 Abs. 1 ParkanlS erfassten Flächen handelt es sich außerdem um Zusammenfassungen von sachlichen Mitteln.

Nach der Definition der öffentlichen Einrichtung werden die Zusammenfassungen von sachlichen Mitteln im Rahmen der Widmung als öffentliche Einrichtung der gleichen Nutzung durch die Einwohner\*innen der jeweiligen Gemeinde zur Verfügung gestellt. Damit ist der maßgebliche Benutzer\*innenkreis der der Gemeindegewohner\*innen. Nach überwiegender Auffassung können Sachzusammenfassungen, die der Allgemeinheit zur Nutzung offenstehen

(Gemeingebrauch) deshalb nicht als öffentliche Einrichtung im Sinne des § 10 Abs. 2 GemO gewidmet werden.

(vgl. VGH BW, Urt. v. 26.06.1972 – I 787/71, ESVGH 23, 196 (198); OLG Hamm, Beschl. v. 04.05.2010 – III-3 RBs 12/10, 3 RBs 12/10, juris Rn. 26; VGH BW, Beschl. v. 19.01.2006 – 5 S 846/05, juris Rn. 10; *Fleckenstein*, BeckOK Kommunalrecht BW (21. Edition - Stand 01.04.2023), § 10 Rn. 8; Engel/Heilshorn Kommunalrecht BW (12. Aufl. 2022), § 21 Rn. 7; Burgi Kommunalrecht (6. Aufl. 2019), § 15 Rn. 8)

Zum Teil wird zwar vertreten, dass auch im Gemeingebrauch stehende Sachzusammenfassungen als öffentliche Einrichtung gewidmet werden können.

(vgl. BayVGH, Beschl. 01.02.2022 – 4 N 21.757, juris Rn. 21; *Becker/Meyer*, Jura 2021, 1450 (1451); *Lenski*, JuS 2012, 984)

Dieser Ansicht ist jedoch aus mehreren Gründen nicht zu folgen.

Zum einen stellen die Befürworter\*innen der Zulassung öffentlicher Einrichtungen bei Sachzusammenfassungen im Gemeingebrauch auf eine kommunalrechtliche Besonderheit der bayerischen Gemeindeordnung in Art. 21 Abs. 5 ab. Dieser setzt ausdrücklich fest: „Die Benutzung der öffentlichen, dem Gemeingebrauch dienenden Einrichtungen steht nach Maßgabe der bestehenden Vorschriften jedermann zu.“ Daraus ergibt sich aber nur, dass das bayerische Kommunalrecht die Schaffung öffentlicher Einrichtung für Sachzusammenfassungen im Gemeingebrauch zulässt, jedoch nicht, dass dies für die anderen Länder gilt oder Art. 21 Abs. 5 GO Bayern nur deklaratorisch für ein allgemeines kommunalrechtliches Prinzip steht. Im Gegensatz zu Bayern kennen die Kommunalgesetze der anderen Bundesländer eine öffentliche Einrichtung im Gemeingebrauch gerade nicht. Das hier gegenständliche Kommunalrecht Baden-Württembergs knüpft dazu in § 10 Abs. 2 GemO sogar nur an den Benutzer\*innenkreis der Einwohner\*innen an. Damit ist die bayerische Regelung vielmehr als bundesweite Ausnahme zu lesen und an dem Ausschluss von Sachzusammenfassungen im Gemeingebrauch aus den öffentlichen Einrichtungen festzuhalten.

Zum anderen wird von den Befürworter\*innen angeführt, dass eine Widmung zum Gemeingebrauch der kommunikativen Daseinsvorsorge der Einwohner\*innen diene. Damit fielen auch Sachzusammenfassungen des Gemeingebrauchs unter den Begriff der öffentlichen Einrichtungen, da mit der kommunikativen Daseinsvorsorge das in § 10 Abs. 2 GemO ausdrücklich normierte kulturelle Wohl der Einwohner\*innen verfolgt werde.

(vgl. *Lenski*, JuS 2012, 984 (987 ff.); *Becker/Meyer*, Jura 2021, 1450 (1451))

Diese Ansicht betrifft im Kern damit aber nur die Frage, ob eine Sachzusammenfassung, die nicht bereits aus anderen Gründen (nach spezialgesetzlichen Normen wie etwa § 13 Straßengesetz) dem Gemeingebrauch gewidmet ist, von der Gemeinde selbst als öffentliche Einrichtung zur Nutzung durch die Allgemeinheit gewidmet werden kann. Eine Widmungssperre durch spezialgesetzliche Gemeingebrauchswidmungen wird insofern nicht bestritten.

(vgl. *Becker/Meyer*, Jura 2021, 1450 (1451); *Lenski*, JuS 2012, 984 (988)).

Doch auch die Zulässigkeit einer gemeindlichen Widmung zum Gemeingebrauch ist für eine öffentliche Einrichtung abzulehnen. Die kommunikative Daseinsvorsorge als Teilaspekt des kulturellen Wohls setzt nicht zwingend eine Widmung zum Gemeingebrauch voraus. Auch ohne diese können „ortsfremde“ Personen zur Nutzung kommunaler Einrichtungen zugelassen werden oder müssen dies ggf. als Ausfluss des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG sogar.

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 13.11.1995 – 1 S 3067/95, juris Rn. 2; *Fleckenstein*, BeckOK Kommunalrecht BW (21. Edition - Stand 01.04.2023), § 10 Rn. 14; Engel/Heilshorn Kommunalrecht BW (12. Aufl. 2022), § 21 Rn. 28)

Darüber hinaus verkennt diese an den Widmungszwecken orientierte Argumentation den klaren Wortlaut des § 10 Abs. 2 GemO. Nach diesem ist und bleibt der primäre Benutzer\*innenkreis einer Widmung begrenzt auf die Einwohner\*innenschaft („ihrer Einwohner“). Die Zulassung „ortsfremder“ Personen ist damit nicht gesperrt, steht jedoch nur optional und kumulativ zum gesetzlich festgeschriebenen Nutzer\*innenkreis (vgl. etwa § 2 Abs. 1, Abs. 2 der Stadtbibliothekssatzung der Stadt Freiburg). Eine gemeindliche Widmung einer öffentlichen Einrichtung zum Gemeingebrauch ist mithin nicht möglich. Damit sind Sachzusammenfassungen, die entweder spezialgesetzlich oder gemeindlich dem Gemeingebrauch gewidmet sind, keine öffentlichen Einrichtungen i.S.d. § 10 Abs. 2 GemO.

Auch der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung entschieden, dass Sachen im Gemeingebrauch keine öffentlichen Einrichtungen darstellen und darüber hinaus klargestellt, dass Sachen, deren Benutzung „jedermann ungefragt und unentgeltlich zusteht“, keine öffentlichen Einrichtungen i.S.d. § 10 Abs. 2 GemO sind:

„Denn jedenfalls können unter die ‚öffentlichen Einrichtungen‘ nach dem Zusammenhang des § 10 Abs. 2 GemO nicht diejenigen Gegenstände gerechnet werden, deren

Benutzung, wie insbesondere bei den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, ‚jedermann ungefragt und unentgeltlich zusteht‘, also auch Personen die nicht Gemeindeglieder, Grundbesitzer oder Gewerbetreibende der Gemeinde sind.“ (VGH BW, Urt. v. 26.06.1972 – I 787/71, ESVGH 23, 196 (198))

Ob Sachen im Gemeingebrauch stehen, ergibt sich entweder aus der Widmung nach einem speziellen Gesetz (vgl. etwa § 13 Abs. 1 StrG) oder aus einer sonstigen Widmungsentscheidung der Gemeinde.

(vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 04.05.2010 – III-3 RBs 12/10, 3 RBs 12/10, juris Rn. 26)

Die von § 1 Abs. 1 ParkanlS erfassten öffentlichen Parkanlagen stehen bereits aufgrund der spezialgesetzlichen Bestimmungen des Straßengesetzes Baden-Württembergs (StrG) im Gemeingebrauch, jedenfalls aber wegen der satzungseigenen Gemeingebrauchswidmung und aufgrund der besonderen Natur und Bedeutung von Parkanlagen.

§ 13 Abs. 1 StrG schreibt spezialgesetzlich vor, dass öffentliche Straßen im Gemeingebrauch stehen. Öffentliche Straßen i.S.d. § 13 Abs. 1 StrG sind nach § 2 Abs. 1 StrG Straßen, Wege und Plätze, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind.

Es gilt ein funktionaler Begriff der Straße, nach dem öffentliche Straßen ein abgegrenzter Teil der Erdoberfläche sind oder eine durch Sachgesamtheiten gebildete Anlage, die zur Benutzung der Allgemeinheit, in erster Linie zum Verkehr, dienen können.

(vgl. *Lorenz/Will*, HK Straßengesetz BW (2. Aufl. 2005), § 2 Rn. 4)

Jedenfalls die vielzähligen selbstständigen öffentlichen Fuß- und Radwege, die die öffentlichen Parkanlagen durchqueren (siehe bereits die der Parkanlagenatzung angehängten Karten) unterfallen dem Begriff der Straße nach § 2 Abs. 1 StrG.

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 05.02.1982 – 1 S 98/82; *Lorenz/Will*, HK Straßengesetz BW (2. Aufl. 2005), § 2 Rn. 5; *Schumacher/Schumacher*, Straßengesetz BW (3. Aufl. 2020), § 2 Rn. 4)

Von der Widmung zur Straße ist bei diesen Fuß- und Radwegen durch faktische Indienststellung auszugehen. Damit stehen zumindest sie im Gemeingebrauch nach § 13 StrG und können mithin nicht Teil einer öffentlichen Einrichtung i.S.d. § 10 Abs. 2 GemO sein.

Unabhängig von den spezialgesetzlichen Regelungen des Straßengesetzes ergibt sich der Gemeingebrauch der gesamten in § 1 Abs. 1 ParkanlS genannten öffentlichen Parkanlagen aus der

satzungseigenen Gemeingebrauchswidmung. § 2 Abs. 1 ParkanlS setzt fest, dass die in „§ 1 genannten öffentlichen Park-, Spiel- und Sportanlagen [...] **allgemein zugänglich** [sind].“ Damit sind die Parkanlagen im Geltungsbereich der Parkanlagensatzung öffentliche Sachen, „deren Benutzung [...] ‚jedermann ungefragt und unentgeltlich zusteht‘“ (s.o. VGH BW, Urt. v. 26.06.1972 – I 787/71, ESVGH 23, 196 (198)). Die gemeindliche Widmung stellt mithin selbst klar, dass die betroffenen Flächen im Gemeingebrauch stehen und somit keine öffentliche Einrichtung i.S.d. § 10 Abs. 2 GemO sind.

Nicht zuletzt stehen öffentliche Parkanlagen unabhängig von spezialgesetzlichen Rechtsvorschriften oder gemeindlichen Widmungen aber bereits aufgrund ihrer besonderen Natur und ihres Zwecks im Gemeingebrauch.

Kennzeichnend für Sachen, die als öffentliche Einrichtung zusammengefasst werden können, ist, dass die Benutzungszulassung durch besonderen Zulassungsverwaltungsakt erfolgt oder erfolgen kann.

(vgl. *Hebeler/Schäfer*, DVBl 2009, 1424 (1428) mwN)

Das ist jedoch nur möglich, wenn die Sache nicht für sich bereits frei zugänglich ist, was ob der Größe von öffentlichen Parkanlagen der Fall ist. Die Stadt wäre ob der enormen Größe der Flächen auch nicht in der Lage, die Benutzungszulassung zu regeln. Außerdem dienen Parkanlagen der Erholung der Allgemeinheit, was nicht zuletzt in § 1 Abs. 3 i.V.m. § 2 Abs. 1 ParkanlS selbst festsetzt. Dieser zentrale Zweck für die Allgemeinheit setzt für sich bereits die Notwendigkeit, öffentliche Parkanlagen allgemein dem Gemeingebrauch zuzuordnen.

(vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 04.05.2010 – III-3 RBs 12/10, 3 RBs 12/10, juris Rn. 26; *Peters*, BeckOK Kommunalrecht NRW (24. Edition – Stand 01.06.2023), § 8 Rn. 9; *Hebeler/Schäfer*, DVBl 2009, 1424 (1428))

## **(2) Umgehung des (spezielleren) Polizeirechts**

Die angegriffenen Rechtsvorschriften können darüber hinaus bereits nicht auf die Rechtsgrundlage des § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO gestützt werden, weil deren Anwendung durch das speziellere Polizeirecht gesperrt ist.

Das Polizeirecht ist das Recht der Gefahrenabwehr und umfasst diejenigen Regelungen, die sich auf diejenige Staatstätigkeit erstrecken, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung schützt, Gefahren von ihr abwendet und eingetretene Störungen beseitigt.

(vgl. Schoch Besonderes Verwaltungsrecht (15. Aufl. 2013), Kap. 2 Rn. 1)

Die angegriffene Rechtsvorschrift des § 7 Abs. 2 ParkanlS stellt eine solche Regelung dar. Ihr Regelungsgehalt ist mit dem Verbot des Betriebs von Tonwiedergabegeräten und Musikinstrumenten auf das abstrakt-generelle Verbot einer Verhaltensweise gerichtet und bezweckt ausschließlich der Begründungen des satzungsgebenden Gemeinderats der Stadt Freiburg ausschließlich den Schutz der in § 7 Abs. 1 ParkanlS und in § 3 der allg. Polizeiverordnung der Stadt Freiburg normierten Nachtruhe. Diese ist als solche Teil des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit. Damit bezweckt § 7 Abs. 2 ParkanlS allein die Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und ist somit materiell dem Polizeirecht zuzuordnen. Damit bedarf der Erlass einer Norm wie § 7 Abs. 2 ParkanlS aber auch den spezielleren Voraussetzungen des geltenden baden-württembergischen Polizeirechts für abstrakt-generelle Rechtsvorschriften. Diese Voraussetzungen finden sich in der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Polizeiverordnungen der §§ 17, 1 PolG, für den die Gemeinde auch als Ortspolizeibehörde gem. §§ 21, 107 IV 1 PolG zuständig ist. §§ 17, 1 PolG setzen allerdings das Vorliegen einer abstrakten Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus und sind damit spezieller als das kommunale Satzungsrecht zur Regelung der Benutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen.

Der Vorrang des §§ 17, 1 PolG ergibt sich auch daraus, dass nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GemO das Satzungsrecht der Gemeinden auf weisungsfreie Angelegenheiten beschränkt ist. Polizeirechtliche Angelegenheiten führen die Gemeinden als Ortspolizeibehörden aber gem. § 107 Abs. 4 Satz 2 PolG als „Pflichtaufgaben nach Weisung“. Insofern kann die Antragsgegnerin den Erlass des § 7 Abs. 2 ParkanlS auch deshalb nicht auf die Rechtsgrundlage des § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO stützen.

Die fehlenden Voraussetzungen der §§ 17, 1 PolG hat die Verwaltung der Antragsgegnerin selbst in ihrer Beschlussvorlage für den Gemeinderat festgestellt (S. 2 der Drs. G-23/107, **Anlage 10**) und daher bewusst und willentlich mit der Rechtsgrundlage des § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO einen Weg gesucht und ergriffen, um die speziellen Voraussetzungen der §§ 17, 1 PolG BW unzulässig zu umgehen. Dies ergibt sich nicht zuletzt bereits unzweifelhaft aus dem Schreiben des Amtes für öffentliche Ordnung an das Garten- und Tiefbauamt vom 11. August 2022 (**Anlage 8**). Darin sieht die Antragsgegnerin selbst mangels erfüllter Tatbestandsvoraussetzungen von einer Regelung wie § 7 Abs. 2 ParkanlS im Rahmen des Polizeirechts ab und erwägt eine Regelung auf Grundlage des § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO nur, um die

fehlenden polizeirechtlichen Voraussetzungen zu umgehen. Auf S. 2 des Schreibens wird insofern wie folgt ausgeführt:

„Für die Aufnahme eines Verbots von Musikboxen in die Polizeiverordnung müsste [sic] Tatsachen beispielsweise in Form von Lärmmessungen vorliegen, die so gravierende Beeinträchtigungen der Anwohnerschaft belegen, dass der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit als erforderlich und verhältnismäßig begründet werden kann. Solche Nachweise liegen bisher nicht vor. Diese zu erbringen wäre zunächst entsprechend zeit- und kostenaufwändig, darüber hinaus in der Folge unter Umständen auch Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.

Wesentlicher Vorteil einer Satzung ist, dass das Vorliegen einer abstrakten Gefahr nicht Voraussetzungen für ihren Erlass ist.“

### **(3) Keine pflichtgemäße Ausübung des Satzungsermessens**

Aus diesem Grund hat die Antragsgegnerin auch nicht von ihrem Satzungsermessens pflichtgemäß Gebrauch gemacht.

Gemäß § 10 Abs. 2 GemO schafft die Gemeinde in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen. Sie entscheidet dabei, soweit sie nicht gesetzlich verpflichtet ist, bestimmte öffentliche Einrichtungen zu errichten, kraft ihrer durch das Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 71 Abs. 1 LV) vermittelten weiten, nur durch das Willkürverbot und höherrangiges Recht begrenzten Organisations- und Anstaltsgewalt nach pflichtgemäßem Ermessen.

(vgl. VG Karlsruhe, Beschl. v. 27.05.2004 – 5 K 1461/04, BeckRS 2004, 23970; *Fleckenstein*, BeckOK Kommunalrecht BW (21. Edition - Stand 01.04.2023), § 10 Rn. 9; Engel/Heilshorn Kommunalrecht BW (12. Aufl. 2022), § 21 Rn. 9; Ennuschat/Ibler/Remmert Öffentliches Recht in BW (3. Aufl. 2020), § 1 F. Rn. 322)

Selbst wenn man die in § 1 Abs. 1 ParkanlS genannten öffentlichen Parkanlagen als öffentliche Einrichtungen anerkennt und die Einrichtungsvoraussetzungen als gegeben unterstellt, so fehlt es hier jedenfalls an einer pflichtgemäßen Ermessensausübung der Antragsgegnerin, denn der Entscheidung zur Schaffung der (vermeintlichen) öffentlichen Einrichtung lagen keine von § 10 Abs. 2 GemO getragenen Erwägungen zugrunde.

§ 10 Abs. 2 GemO bezweckt die Sicherstellung der gemeindlichen Daseinsvorsorge.

(vgl. Engel/Heilshorn Kommunalrecht BW (12. Aufl. 2022), § 21 Rn. 1)

Die Schaffung einer öffentlichen Einrichtung muss daher nach § 10 Abs. 2 GemO zweckmäßig dem wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Wohl der Einwohner\*innen dienen. Die Antragsgegnerin erwog vorliegend die Schaffung der öffentlichen Einrichtungen aber nicht zum Zweck der Sicherstellung der gemeindlichen Daseinsvorsorge, sondern einzig und allein, um unter bewusster Umgehung polizeirechtlicher Voraussetzungen vermeintlich effektiver die allgemein geltende Nachtruhe zu schützen. Das ergibt sich sowohl aus der Beschlussvorlage des Gemeinderats (Drs. G-23/107, **Anlage 10**) und dem diesem vorausgehenden interfraktionellen Antrag (TOP 7 der Gemeinderatssitzung vom 04.10.2022, **Anlage 9**), als auch aus den Diskussionen im Gemeinderat und in der kommunalen Öffentlichkeit sowie aus dem verwaltungsinernen Ausarbeitungsprozess. Besonders eindrücklich zeigt dies das Schreiben des Amts für öffentliche Ordnung an das Garten- und Tiefbauamt vom 11. August 2022 (**Anlage 8**).

Damit liegen dem Erlass der Parkanlagensatzung Erwägungen der Gefahrenabwehr, nicht jedoch der Sicherstellung der kommunalen Daseinsvorsorge nach § 10 Abs. 2 GemO zugrunde. Dies stellt einen zweckwidrigen Ermessensgebrauch i.S.e. Ermessensfehlgebrauchs nach § 114 S. 1 VwGO dar. Mithin hat die Antragsgegnerin ihr Ermessen bei Schaffung einer öffentlichen Einrichtung pflichtwidrig ausgeübt.

Es kann dahinstehen, ob der gerichtliche Prüfungsmaßstab vorliegend der Ermessensfehlerlehre nach § 114 S. 1 VwGO entspricht (vgl. *Riese*, Schoch/Schneider VwGO (43. Aufl. 2022), § 114 Rn. 7) oder ob der eingeschränkte Prüfungsmaßstab für untergesetzliche Normen gilt (vgl. *Janson/Blenk*, JuS 2018, 461 (465) mwN; *Decker*, BeckOK VwGO (65. Edition – Stand 01.04.2023), weil die Antragsgegnerin vorliegend mittels kommunaler Satzung die öffentlichen Einrichtungen geschaffen hat. Auch danach ist der Erlass der Parkanlagensatzung nicht vom gesetzlichen Ermessensspielraum gedeckt.

Bei der Überprüfung von Satzungsermessen ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zunächst nur das Ergebnis der Normsetzung für die Überprüfung der Ermessensausübung entscheidend:

„Bei der richterlichen Kontrolle von (untergesetzlichen) Normen kommt es, soweit keine anderweitigen Rechtsvorschriften bestehen, auf das Ergebnis des Rechtssetzungsverfahrens, also auf die erlassene Vorschrift in ihrer regelnden Wirkung, nicht aber auf

die die Rechtsnorm tragenden Motive dessen an, der an ihrem Erlass mitwirkt. Soweit der Normgeber zur Regelung einer Frage befugt ist, ist seine Entscheidungsfreiheit eine Ausprägung des auch mit Rechtssetzungsakten der Exekutive typischerweise verbundenen normativen Ermessens. Es wird erst dann rechtswidrig ausgeübt, wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zweckes der Ermächtigung schlechterdings unvertretbar oder unverhältnismäßig ist.“ (BVerwG, Urt. v. 26.04.2006 – 6 C 19/05, juris Rn. 16)

Eine solche rechtswidrige Ermessensausübung ist jedenfalls für den Erlass des § 7 Abs. 2 ParkanlS zu bejahen. § 7 Abs. 2 ParkanlS bezweckt nicht die von § 10 Abs. 2 GemO getragene Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Wohls der Einwohner\*innen. Er dient, wie sich insb. aus der Normüberschrift und der systematischen Stellung hinter § 7 Abs. 1 sowie der Entstehungsgeschichte ergibt, ausschließlich dem allgemeinen Schutz der Nachtruhe, insbesondere der Anwohner\*innen der Parkanlagen und damit Personen außerhalb der vermeintlichen öffentlichen Einrichtungen. Ein Sachbezug zum gesetzlichen Zweck des § 10 Abs. 2 GemO fehlt damit. Das begründet auch nach dem Ergebnis der Normsetzung eine schlechterdings unvertretbare Ausübung des Satzungsermessens.

Darüber hinaus sind nach der Rechtsprechung auch die Motive des Normenerlasses entscheidend, wenn gesetzliche Abwägungsvorgaben existieren, oder dem Abwägungsergebnis Willkür, Rechtsirrtümer oder sachfremde Erwägungen zugrunde liegen.

(vgl. BVerwG, Urt. v. 26.04.2006 – 6 C 19/05, juris Rn. 16; BayVGH, Beschl. v. 13.02.2012 – 4 ZB 11.1278, juris Rn. 5)

Die bewusste Umgehung der polizeirechtlichen Voraussetzungen und die ausschließlich der Parkanlagensatzung zugrunde liegende Erwägung der Antragsgegnerin, verschärfte Regelungen zum Schutz der Nachtruhe zu erlassen, stellen in Anbetracht der Zwecke des § 10 Abs. 2 GemO augenscheinlich sachfremde Erwägungen dar. Weiter stellt der Zweck der kommunalen Daseinsvorsorge des § 10 Abs. 2 GemO auch eine Abwägungsdirektive für die normgebende Antragstellerin dar. Die Daseinsvorsorge war für die Antragsgegnerin aber nachweislich zu keinem Zeitpunkt Motiv für den Erlass der Parkanlagensatzung.

#### (4) **Fehlende Bestimmtheit für intensive Grundrechtseingriffe**

Darüber hinaus ist die von der Antragsgegnerin angewandte Rechtsgrundlage des § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO zu unbestimmt, um die Intensität der von den angegriffenen Rechtsvorschriften ausgehenden Grundrechtseingriffe tragen zu können.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG erwächst das allgemeine verfassungsrechtliche Gebot der hinreichenden Normenklarheit und -bestimmtheit. Es soll in den Worten des Bundesverfassungsgerichts „sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich darauf [den staatlichen Eingriff] einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen kann.“

(BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 – 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 (53))

Der von der Antragsgegnerin angewandte § 4 Abs. 1 Satz 1 GemO ist die Generalermächtigung der Gemeinden zur Satzungsgebung, die bereits unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG erwächst.

(vgl. Engel/Heilshorn Kommunalrecht BW (12. Aufl. 2022), § 18 Rn. 2)

Als solche ist sie weitgehend unbestimmt und erdenklich weitreichend, sodass bei Regelungen, die in Grundrechte eingreifen, grundsätzlich spezialgesetzliche Satzungsermächtigungen erforderlich sind.

(vgl. BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1.12, juris Rn. 28; VGH BW, Beschl. v. 22.11.2021, 1 S 3117/21, juris Rn. 36; *Pflumm*, BeckOK Kommunalrecht BW (21. Edition - Stand 01.04.2023), § 4 Rn. 1; Engel/Heilshorn Kommunalrecht BW (12. Aufl. 2022), § 18 Rn. 27)

Der Bedarf spezialgesetzlicher Rechtsgrundlagen für Grundrechtseingriffe durch kommunale Satzungen ergibt sich auch aus der Wesentlichkeitslehre, nach der die Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen ausschließlich von und wesentlich durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber bestimmt sein muss. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus:

„Soweit aber - wie hier - Grundrechte (Art. 14 GG, jedenfalls Art. 2 Abs. 1 GG) betroffen sind, muss der Gesetzgeber darüber hinaus festlegen, in welchem Rahmen und zu welchem Zweck dem Satzungsgeber die Befugnis eröffnet ist, Grundrechte der Gemeindegewohner einzuschränken. Denn die grundlegende Entscheidung, ob und welche Gemeinschaftsinteressen so gewichtig sind, dass sie eine Einschränkung der

Freiheitsrechte des Einzelnen rechtfertigen, fällt in den Verantwortungsbereich des staatlichen Gesetzgebers.“ (BVerwG, Urt. v. 25.01.2006 – 8 C 13/05, juris Rn. 13)

In § 10 Abs. 2 GemO findet sich eine spezielle gesetzliche Ermächtigung der Gemeinde zur Schaffung öffentlicher Einrichtungen und der Regelung der Benutzung selbiger, auf die die Antragsgegnerin auch vorliegend abstellt. § 4 Abs. 1 Satz 1 GemO kann demnach in Verbindung mit § 10 Abs. 2 GemO Grundrechtseingriffe grundsätzlich rechtfertigen. § 10 Abs. 2 GemO ist in seiner Formulierung aber nur geringfügig bestimmter als die Generalermächtigung des § 4 Abs. 1 S. 1 GemO. § 10 Abs. 2 GemO grenzt die Ermächtigung zum Satzungserlass lediglich auf den Gegenstand der „öffentlichen Einrichtungen“ ein und setzt voraus, dass die „Grenzen“ der kommunalen „Leistungsfähigkeit“ gewahrt und die Schaffung der öffentlichen Einrichtung für das „wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl“ der Einwohner erforderlich ist. Damit werden weder konkrete Voraussetzungen noch Umfang oder Grenzen für Eingriffe in individuelle Grundrechte genannt und bleiben mithin für die Normunterebenen nur schwer absehbar. Daher stellen Vorschriften wie § 10 Abs. 2 GemO keine taugliche gesetzliche Grundlage für schwerwiegendere Grundrechtseingriffe oder Eingriffe in spezielle Freiheitsrechte dar.

(vgl. BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1.12, juris Rn. 28; VGH BW, Beschl. v. 22.11.2021, 1 S 3117/21, juris Rn. 36 mwN)

Nach der überzeugenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg können deshalb lediglich Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG von einer auf Grundlage des § 4 Abs. 1 S. 1 GemO i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO erlassenen Regelung getragen werden, wobei dies nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nur solche Eingriffe betrifft, „bei denen das Gewicht des Eingriffs nicht groß ist.“

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 22.11.2021, 1 S 3117/21, juris Rn. 36)

Durch die angegriffenen Rechtsvorschriften wird nach diesen Maßstäben aber unzulässig in spezielle Freiheitsgrundrechte ((b), (c)), ((d)) und jedenfalls zu gewichtig in Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen ((e)). Dabei ist für die Beurteilung etwaiger Grundrechtseingriffe durch Regelung der Parkanlagenatzung von einer vollumfänglichen Grundrechtsbindung der Gemeinde auszugehen, ungeachtet dessen, dass kommunale öffentliche Einrichtungen Teil der Leistungsverwaltung sind ((a)).

**(a) Volle Grundrechtsbindung in der Leistungsverwaltung des § 10 Abs. 2 GemO**

Grundsätzlich besteht zwar kein Anspruch auf die Schaffung oder die Erhaltung einer öffentlichen Einrichtung. Dies bedeutet aber nicht, dass damit eine Flucht in die Leistungsverwaltung möglich ist, um sich der vollumfänglichen Grundrechtsbindung zu entziehen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht im Fraport-Urteil bereits für die Versammlungsfreiheit entschieden.

(BVerfG, Urt. v. 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 68 f.)

Diese Grundsätze sind auch auf alle übrigen Freiheitsgrundrechte zu übertragen, was nicht zuletzt das Bundesverwaltungsgericht bereits im Rahmen kommunaler öffentlicher Einrichtungen für die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und die Meinungsfreiheit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG getan hat.

(vgl. BVerwG, Urt. v. 20.01.2022 – 8 C 35/20, juris Rn. 17 ff.; BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rn. 23 ff.; darstellend *Decker*, NdsVbl. 2023, 6 (11))

Auch für die anderen speziellen Freiheitsrechte sowie für die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs 1 GG muss dies gelten. Es entspricht der Grundkonzeption des Grundgesetzes, Handlungen im öffentlichen Raum besonders zu schützen. So wie es für die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit wesentlich ist, hierfür Orte des allgemeinen kommunikativen Verkehrs zu nutzen, so ist es für die freie Entfaltung der Persönlichkeit wesentlich, allgemein zugängliche Orte für die gemeinsame Gestaltung der Freizeit zu nutzen. Diese Orte sind es, die es den diversen Mitgliedern der Gesellschaft unabhängig von Alter, finanziellen Möglichkeiten und Herkunft erst ermöglichen in einem pluralen Miteinander zusammenkommen, die (abendliche) Entspannung in Gemeinschaft zu genießen und bei Obdachlosigkeit die Nacht zu verbringen. Diese Orte sind somit auch essenzieller Bestandteil des persönlichen Reifeprozesses (junger) Menschen.

(vgl. *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 409 ff.)

Hieraus folgt, dass es dem Staat auch bei der Handlungsfreiheit versagt ist, sich mit Berufung auf eine Leistungsentscheidung der Eingriffskontrolle zu entziehen und somit in die Leistungsverwaltung zu flüchten. Auch hier würde er sich widersprüchlich verhalten. Dieser Widerspruch wird vorliegend durch die Stadt in der Satzungs Begründung offen dargelegt. Die Stadt sieht sich nicht in der Lage die Voraussetzung der abstrakten Gefahr i.S.d. Polizeirechts nachzuweisen und wählt allein aus diesem Grund nicht das Eingriffsmittel der Polizeiverordnung,

sondern bewusst das der leistungsrechtlichen Benutzungsordnung einer öffentlichen Einrichtung.

Die durch § 1 Abs. 1 lit. a ParkanlS gewidmeten Orte sind öffentliche Orte nach den obigen Ausführungen. Sie sind allgemein zugänglich und geöffnet. Der Zugang wird nicht individuell kontrolliert und für bestimmte Zwecke gestattet.

Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs. So nahm dieser etwa an, dass ein Betretungsverbot einer Kita in Art. 2 Abs. 1 GG eingreift.

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 22.11.2021 – 1 S 3117/21)

Auch sonst gilt für die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses einer kommunalen öffentlichen Einrichtung nach Rechtsprechung und Literatur die Bindung an höherrangiges Recht, insb. die Grundrechte, uneingeschränkt.

(vgl. BayVGH, Beschl. v. 04.02.1997 – 4 CS 96.3560 (Bindung an Art. 13 GG); VGH BW, Beschl. v. 24.02.1993 – 1 S 279/93 (Bindung an Art. 1 GG); VGH BW, Beschl. v. 12.02.1993 – 10 S 101/93 (Bindung an Art. 12 GG und Bedarf geeigneter gesetzlicher Grundlage bei Grundrechtseingriffen); *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (4. Aufl. – 32. EL – Oktober 2022), § 10 Rn. 20b; Engel/Heilshorn Kommunalrecht BW (12. Aufl. 2022), § 21 Rn. 60)

Damit entfalten die Grundrechte auch gegenüber Benutzungsregeln einer öffentlichen Einrichtung nach § 10 Abs. 2 GemO volle Bindungswirkung. § 7 Abs. 2 ParkanlS ist mithin an der Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu messen.

#### **(b) Eingriff in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG**

§ 7 Abs. 2 ParkanlS stellt einen Eingriff in die von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützte Kunstfreiheit dar.

Der Kunstbegriff wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich definiert. Unter Kunst ist nach dem vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung vertretenen materiellen Kunstbegriff die „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden“ zu verstehen.

(vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 – BVerfGE 30, 173 (188 f.)).

Der formale Kunstbegriff nimmt eine formale typologische Betrachtung ein und ordnet Darbietungen bestimmten Werktypen zu.

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.07.1984 – 1 BvR 816/82 – BVerfGE 67, 213 (226 f.)).

Nach dem funktionalen Kunstbegriff wird Kunst dadurch geprägt, dass „es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutung zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“.

(BVerfG, Beschl. v. 17.07.1984 – 1 BvR 816/82 – BVerfGE 67, 213 (227)).

Unter all diese Begriffe sind jedenfalls Musikstücke unstrittig subsumierbar. Musik ist nicht nur aus formaler Sicht eine klassische Kunstform, sondern auch schöpferischer Ausdruck der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des\*der jeweiligen Interpreten\*Interpreten in besonderer Formensprache. Musikstücken kann zudem im Wege fortgesetzter Interpretation immer weitreichende Bedeutung entnommen werden.

Auch improvisierter Paartanz und Solotanz (wie bspw. der Hip-Hop) sind vom Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst.

Diese Formen des Tanzes erfüllen den materiellen Kunstbegriff. Der\*die Tänzer\*in verarbeitet seine\*ihre Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse und bringt diese durch die Formsprache des Tanzes zum Ausdruck. Dabei verarbeitet er\*sie insbesondere auch die Musik auf welche er\*sie tanzt. Es handelt sich um einen Akt freier schöpferischer Gestaltung, denn die getanzten Bewegungen folgen keiner festen Konventionen, sondern werden von dem\*der Tänzer\*in immer wieder neu festgelegt. Wenn das Tanzen in öffentlichen Parkanlagen erfolgt, wird dieser Akt auch zur unmittelbaren Anschauung gebracht. Insbesondere beim HipHop ist es üblich, sich in einer Gruppe zum Tanzen zu treffen und sich die tänzerischen Darbietungen gegenseitig zu präsentieren. Während eine Person in der Mitte der Gruppe tanzt, stehen die anderen Personen in einem Kreis um die präsentierende Person herum und schauen dieser zu. Auch indem vom Tanz ein Video gefertigt und auf Social Media veröffentlicht wird, wird der Akt des Tanzens zur Anschauung gebracht.

Improvisierte Paartanz und Solotanz erfüllen auch den formalen Kunstbegriff, denn sie lassen sich dem Werktyp der zeitgenössischen Tanzkunst zuordnen. Schließlich erfüllt improvisierter Paartanz und Solotanz auch den funktionalen Kunstbegriff, denn der tänzerischen Darbietung kann im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutung entnommen

werden. Dabei können nicht nur die Bewegungen des\*der Tänzer\*in interpretiert werden. Beim Tanzen ergibt sich vielmehr auch ein besonderes Zusammenspiel von Musik und Bewegung. Die Bewegungen können der Melodie, dem Rhythmus oder auch dem Text der Musik folgen. Dies ist auf verschiedene Art und Weise möglich, die zu verschiedenen Interpretationen führt. Die Bewegungen können sich jedoch auch in Widerspruch bspw. zum Text der Musik setzen. Gerade diese Widersprüche eröffnen einen weiten Spielraum für Interpretationen und schaffen ein Werk, dessen Aussagegehalt weit über den des vertanzten Musikstückes hinausgeht.

In sachlicher Hinsicht schützt Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG „den „Werkbereich“ des künstlerischen Schaffens als auch den „Wirkbereich“ der Darbietung und Verbreitung eines Kunstwerks, in dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird“.

(BVerfG, Beschl. v. 17.07.1984 – 1 BvR 816/82 – BVerfGE 67, 213 (224)).

Auf das Kunstwerk der Musik angewandt, bedeutet dies, dass auch die künstlerische Darbietung von Musik mit Musikinstrumenten nach 23 Uhr vom Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst ist. Das Abspielen von Musik über Tonwiedergabegeräte ist dem Wirkbereich zuzuordnen und damit ebenfalls von der Kunstfreiheit geschützt.

In Bezug auf das Kunstwerk des Tanzes ist nicht nur das Tanzen an sich, sondern auch das Abspielen von Musik über Tonwiedergabegeräte auch nach 23:00 Uhr geschützt. Denn der\*die Tänzer\*in ist zum Tanzen zwingend auf die Musik angewiesen. Gerade das Zusammenspiel von Bewegung und Musik, ist das charakteristische Merkmal des Tanzes. Die Musik bietet dem\*der Tänzer\*in einen Rahmen und Impulse für seine\*ihre schöpferische Tätigkeit. Dabei schützt die Kunstfreiheit auch die Wahl des Ortes und der Zeit. Denn für die Interpretation einer Tanzperformance ist neben den Bewegungen des der Tänzer\*in und der Musik auch die Kulisse entscheidend. Der gleiche Tanz kann an einem anderen Orten oder zu einer anderen Zeit einen ganz anderen Gesamteindruck vermitteln.

Gegen die Eröffnung des Schutzbereiches der Kunstfreiheit kann auch nicht eingewandt werden, dass die Kunstfreiheit nicht den Schutz von verbotenen Verhalten umfasse, da dies den Schutzbereich der Kunstfreiheit zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stellen würde. Zwar hat das BVerfG in diesem Sinne in der Entscheidung „Sprayer von Zürich“ festgestellt, dass die Reichweite der Kunstfreiheit sich von vornherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zweck der künstlerischen Entfaltung erstreckt.

(vgl. BVerfG, NJW 1984, S. 1293, 1294)

Von dieser systemwidrigen Schutzbereichsausnahme hat das BVerfG jedoch in der Entscheidung „Metall auf Metall“ selbst wieder Abstand genommen:

„Jedes künstlerische Wirken bewegt sich jedoch zunächst im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, gleich wie und wo es stattfindet (anders noch BVerfG, Beschluss des Vorprüfungsausschusses vom 19. März 1984 - 2 BvR 1/84, Sprayer von Zürich -, NJW 1984, S. 1293 <1294>). Ob die Kunstfreiheit dann wegen der Beeinträchtigung insbesondere von Grundrechten Dritter zurücktreten muss, ist erst anschließend zu entscheiden.“ (BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2016 – 1 BvR 1585/13 –, BVerfGE 142, 74-116, Rn. 90)

Durch das Verbot des Betriebes „von jeglichen Tonwiedergabegeräten (insbesondere Bluetooth- und Handyboxen sowie Musikboxen) und Musikinstrumenten in der Zeit von 23:00 bis 6:00 Uhr“ im Geltungsbereich der Parkanlagensatzung (§ 1 Abs. 1 ParkanlS) werden Verhalten, die wie dargestellt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen verboten. Es ergibt sich so insbesondere ein absolutes Darbietungsverbot für Musik mittels Tonwiedergabegeräte und Musikinstrumente im Geltungsbereich der Parkanlagensatzung zwischen 23:00 und 6:00 Uhr. Damit wird in den Schutzbereich eingegriffen.

(vgl. offenlassend VGH BW, Beschl. v. 05.08.2021 – 1 S 1894/21).

### **(c) Eingriff in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG**

§ 7 Abs. 2 ParkanlS greift auch in das Recht auf Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG ein.

Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG hat jeder das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren. Zu den allgemein zugänglichen Quellen, auf die sich die Informationsfreiheit erstreckt, gehören insbesondere Hörfunk- und Fernsehprogramme. Soweit der Empfang von Rundfunkprogrammen von technischen Anlagen abhängt, erstreckt sich der Schutz der Informationsfreiheit auch auf die Anschaffung und Nutzung solcher Anlagen.

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.03.2013 – 1 BvR 1314/11, juris Rn. 16; BVerfG, Beschl. v. 09.02.1994 – 1 BvR 1687/92, juris Rn. 15)

Der Empfang von Hörfunk- oder Fernsehprogrammen ist nur mittels technischer Anlagen möglich, die Ton mittels Lautsprechern wiedergeben können. Klassisches Beispiel für den Hörfunk ist etwa der portable UKW-Radio. Wenn dessen Nutzung vom Schutzbereich der Informationsfreiheit umfasst ist, so muss dies grundsätzlich räumlich und zeitlich unbegrenzt gelten. Nur so kann der besonderen Bedeutung der Informationsfreiheit als Teil der Kommunikationsfreiheiten Rechnung getragen werden, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung hervorgehoben hat.

(BVerfG, Beschl. v. 09.02.1994 – 1 BvR 1687/92, juris Rn. 12)

Das Recht auf Nutzung von Empfangsgeräten muss in räumlicher Hinsicht insbesondere im öffentlichen Raum gelten, in dem die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG ihren klassischen Entfaltungsraum haben. Das Bundesverfassungsgericht betonte die elementare Bedeutung des öffentlichen Raums für den öffentlichen Kommunikationsprozess nicht zuletzt im Hinblick auf die Versammlungsfreiheit in seiner Fraport-Entscheidung.

(vgl. BVerfG, Urte. v. 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, juris Rn. 67, 68)

Vom aus der Informationsfreiheit resultierenden Recht auf Nutzung eines Empfangsgerätes für den Hörfunk, ist mithin auch erfasst, ein solches jederzeit im öffentlichen Raum aufzustellen und zu betreiben. Das gilt auch für Parkanlagen die zweifellos zum öffentlichen Raum zählen. Damit ist der Betrieb eines portablen UKW-Radios zwischen 23:00 und 6:00 Uhr in den von der Parkanlagenatzung erfassten öffentlichen Parkanlagen von der Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 geschützt.

Dem Eingriff in die Informationsfreiheit kann nicht entgegengehalten werden, dass auch ein Empfang über technische Geräte ohne externen Lautsprecher oder mit Kopfhörern und damit mit keinen bzw. wenigen Lärmemissionen möglich wäre, denn Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG schützt ebenso die freie Wahl der Informationsquelle sowie deren Bezugswegs.

(*Schemmer*, BeckOK GG (55. Edition – Stand 15.05.2023), Art. 5 Rn. 29)

#### **(d) Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG**

§ 7 Abs. 2 ParkanlS greift auch in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ein.

Als Beruf ist jede „auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient“.

(std. Rspr. d. BVerfG, vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 – 1 BvR 1314, 1630/12, 1694, 1874/13 – BVerfGE 145, 20 Rn. 120).

Straßenmusiker\*innen, die regelmäßig ihre Musik darbieten und dabei etwa kleine Spendenden vor sich stellen oder gar Tonträger zum Verkauf anbieten, tun dies zumindest auch zum Gelderwerb. Ihre künstlerischen Darbietungen dienen damit auch der Aufrechterhaltung ihrer Lebensgrundlage. Mithin fällt die Musikdarbietung von Straßenmusiker\*innen in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.

§ 7 Abs. 2 ParkanlS verbietet im Geltungsbereich der Parkanlagensatzung von 23:00 bis 6:00 Uhr künstlerische Darbietungen mit Tonwiedergabegeräten oder Musikinstrumenten. Für Straßenmusiker\*innen bedeutet das, dass sie in den betroffenen Gebieten (§ 1 Abs. 1 ParkanlS) ihrem Beruf im genannten Zeitraum nicht nachgehen können. Nach der sog. „Drei-Stufen-Lehre“ des BVerfG handelt es sich dabei materiell um eine Berufsausübungsregelung.

(vgl. BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 1, 377)

Das Verbot des § 7 Abs. 2 ParkanlS stellt mithin einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG dar.

(vgl. offenlassend VGH BW, Beschl. v. 05.08.2021 – 1 S 1894/21, juris Rn. 154)

#### **(e) Gewichtiger Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG**

§ 7 Abs. 2 ParkanlS greift jedenfalls intensiv in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG ein.

Die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG schützt jedes menschliche Verhalten.

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.06.1989 – 1 BvR 921/85 – BVerfGE 80, 137 (153 f.))

Der Betrieb von Tonwiedergabegeräten und Musikinstrumenten ist eine menschliche Verhaltensweise. Damit greift § 7 Abs. 2 ParkanlS in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ein. Dieser Eingriff wirkt vorliegend aufgrund der hohen Angewiesenheit auf die Nutzung der Parkanlagen, der Pauschalität der angegriffenen Rechtsvorschriften, der fehlenden Anknüpfung an tatsächliche Lärmemissionen sowie deren bußgeldbewährter Absicherung (§ 10 I Nr. 37 ParkanlS) und der Sanktionsmöglichkeit eines Nutzungsverbots (§ 9 Satz 2 ParkanlS) schwer und irreversibel.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist ein Eingriff besonders gewichtig, je mehr Nutzer\*innen auf die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung angewiesen sind.

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 25.09.1997 – 1 S 1261/97, juris Rn. 43; VGH BW, Beschl. v. 22.11.2021, 1 S 3117/21, juris Rn. 36 ff.)

Die von der Parkanlagenatzung als öffentliche Einrichtungen geschaffenen in § 1 Abs. 1 ParkanlS genannten öffentlichen Parkanlagen und öffentlichen Spiel- und Sportanlagen decken nahezu vollständig den Freizeit- und Naherholungsbedarf der Freiburger Einwohnerschaft und der Besucher\*innen ab. Zu Hochzeiten werden in Stadtgarten, Colombipark, Seepark, Dietenbachpark, der Grünanlage Moosweiher und dem Park am Sandfang sowie den städtischen Spielplätzen, Bolzplätzen und Trendsportanlagen Nutzer\*innenzahlen im fünfstelligen Bereich erreicht. Der Satzungsgeber spricht in § 1 Abs. 3 ParkanlS selbst vom „hohen Naherholungs- und Freizeitwert“ der Anlagen. Auf die Nutzung der Freiburger Parkanlagen und der Spiel- und Sportanlagen ist damit ein besonders großer Kreis an Nutzer\*innen angewiesen.

Das gilt vor allem für Jugendliche und junge Erwachsene. Gemeinsames Musikhören und Musizieren in den (späten) Abendstunden ist dabei gerade für junge Menschen von außerordentlicher sozialer Bedeutung. Musik ist für viele Menschen wichtiges Element der Freizeitgestaltung und oftmals Grundlage für Erholung und das Knüpfen neuer sowie die Pflege alter Sozialkontakte. Dies außerhalb beengter Wohnverhältnisse in Gruppen zu tun, ist für die Erholung und das Sozialleben vieler Menschen essentiell. In Zeiten steigender Preise sind die öffentlichen Parkanlagen eine der wenigen verbleibenden Orte, wo (junge) Menschen, die, wie insbesondere Studierende, von der Inflation besonders betroffen sind, ohne sozialen Konsum- oder Kaufdruck und ohne Erhebung von Eintrittsgeldern, ihr Sozialleben ausleben können. Damit steht das von § 7 Abs. 2 ParkanlS verbotene Verhalten in den öffentlichen Parkanlagen in besonders engem Bezug zur Persönlichkeitsentfaltung junger Menschen und beschwert allein dadurch bereits das Gewicht des Grundrechtseingriffs für diese Gruppe.

Besonders schwer ist der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG auch, da § 7 Abs. 2 ParkanlS gemäß § 1 Abs. 1 lit. a ParkanlS in fast allen Parkanlagen Freiburgs gilt und damit eine große räumliche Streuweite hat. Der räumliche Geltungsbereich steht zudem unabhängig davon, wie weit der Teil des Parks von den nächsten Wohngebäuden entfernt ist und ob es dort in der Vergangenheit tatsächlich zu Ruhestörungen gekommen ist. Hinzu kommt, dass es kaum Alternativflächen für das Ausüben der grundrechtlich geschützten Handlung im Stadtgebiet Freiburgs gibt. Aufgrund des großflächigen Geltungsbereichs stünden sonst nur die öffentlichen Straßen und Plätze zur

Verfügung, die sich wegen ihres unmittelbaren Angrenzens an Wohnbebauung aber weit weniger zum konfliktfreien Musikhören und Musizieren eignen, als die von der Parkanlagensatzung erfassten öffentlichen Parkanlagen. Ein die Nachtruhe nicht störendes Musikspielen oder Musizieren ist damit zur sicheren Vermeidung von Störungen derselben nur in den Flächen der von der Parkanlagensatzung erfassten Parkanlagen möglich. Ein Ausweichen in die von weniger Wohnbebauung gesäumten städtischen Randgebiete oder gar in die angrenzenden Wälder ist den Betroffenen zum einen wegen der Entfernungen und der Erreichbarkeit, zum anderen wegen anderer entgegenstehender Belange wie dem Natur- und Tierschutz ebenso wenig zuzumuten. Das Verbot des Betriebes von Tonwiedergabegeräten und Musikinstrumenten in den von der Parkanlagensatzung erfassten Flächen führt damit jedenfalls in die Nähe eines Verbots im gesamten Stadtgebiet Freiburgs.

Das Verbot ist weiter auch begrifflich sehr weit gefasst. Der weite Wortlaut umfasst auch Geräte und Musikinstrumente, die aufgrund ihrer geringen akustischen Leistungsstärke schon nicht dazu geeignet sind, eine Ruhestörung auszulösen. Dem Wortlaut „Betrieb von jeglichen Tonwiedergabegeräten“ nach ist vom Verbot des § 7 Abs. 2 ParkanlS jedes technische Gerät umfasst, das zur Wiedergabe von Tönen fähig ist. Insofern wäre etwa auch der Betrieb von Kopfhörern oder das Telefonieren mit dem Handy über Hörmuschel oder Freisprechfunktion erfasst.

Schwerwiegend ist der Eingriff auch, weil die Satzung keinerlei Erheblichkeitsschwelle für die Lautstärke vorsieht. Auch Handlungen, die keinerlei Ruhestörung befürchten lassen, wie z.B. leises Gitarrespielen in einer an der Bundesstraße 31a gelegenen Ecke des Dietenbachparks oder das Abspielen von Musik in geringer Lautstärke mit der eigenen kleinen Bluetooth-Box in der Mitte des Seeparks, sind vom Verbot umfasst. Damit werden auch Nicht-Störer\*innen in Anspruch genommen.

Besonders intensiv wiegt der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG letztlich auch, weil § 7 Abs. 2 ParkanlS durch den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 10 Abs. 1 Nr. 37 ParkanlS bußgeldbewährt ist und ein Verstoß über § 9 Satz 2 ParkanlS gar zu einem Nutzungsverbot für die vom Geltungsbereich der Parkanlagensatzung umfassten Anlagen führen kann, das mit einem Aufenthaltsverbot in den Parkanlagen gleichzustellen ist und mithin einen massiven Eingriff in Art. 11 GG bedeuten würde. Darüber hinaus ermöglichen die angegriffenen Rechtsvorschriften als Teil des polizeirechtlichen Schutzguts der öffentlichen Sicherheit auch weitere grundrechtsintensive polizeirechtlichen Maßnahmen wie etwa Platzverweise (§ 30 Abs. 1 PolG) oder

Beschlagnahmen von im Eigentum der Betroffenen stehenden Tonwiedergaberäten oder Musikinstrumenten (§ 38 Abs. 1 PolG).

#### **(5) Unverhältnismäßigkeit der angegriffenen Regelung**

Die angegriffene Regelung greift unverhältnismäßig in Grundrechte der Nutzer\*innen der öffentlichen Park-, Spiel- und Sportanlagen ein.

Wie bereits ausgeführt (s.o.) greift § 7 Abs. 2 ParkanlS in die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, die Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG, die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, und die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG ein.

Diese Eingriffe sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, denn sie verstoßen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Regelung ist zwar geeignet, die Nachtruhe zu schützen (dazu (1)), aber nicht erforderlich (dazu (2)) und jedenfalls nicht verhältnismäßig im engeren Sinne (dazu (3)).

#### **(a) Geeignetheit**

Das in § 7 Abs. 2 ParkanlS normierte Verbot des Betriebs jeglicher Tonwiedergabegeräte und Musikinstrumente von 23:00 bis 6:00 Uhr ist zum Schutz der Nachtruhe geeignet, denn es verbietet im Zeitraum der Nachtruhe Verhaltensweisen, die typischerweise mit Lärmimmissionen einher gehen.

#### **(b) Keine Erforderlichkeit**

§ 7 Abs. 2 ParkanlS ist zum Schutz der Nachtruhe jedoch nicht erforderlich.

Erforderlich ist eine Maßnahme nur, wenn kein milderes gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des legitimen Ziels zur Verfügung steht.

(vgl. nur BVerfGE 126, 112 (144 f.))

Es stehen jedoch mildere gleich geeignete Mittel zum Schutz der Nachtruhe in den vom Anwendungsbereich der Parkanlagensatzung umfassten Gebieten zur Verfügung. Zum einen handelt es sich bei den bereits bestehenden § 7 Abs. 1 ParkanlS und § 1 Abs. 1, § 3 PolVO um mildere gleich geeignete Mittel, zum anderen sind weitere mildere und gleich geeignete Mittel denkbar.

§ 7 Abs. 1 ParkanlS und § 3 PolVO sind mindestens gleich gut geeignet, den Schutz der Nachtruhe sicherzustellen, denn sie verbieten für die Zeit zwischen 22:00 Uhr und 06:00 Uhr alle Betätigungen die geeignet sind, die Nachtruhe zu stören. Damit verbieten sie auch den Betrieb von Tonwiedergabegeräten und Musikinstrumenten in einer Lautstärke, die geeignet ist, die Nachtruhe zu stören. Dies ist ebenso bereits in § 1 Abs. 1 PolVO normiert. Die besondere Eignung zum Schutz der Nachtruhe ergibt sich daraus, dass § 7 Abs. 1 ParkanlS und § 1 Abs. 1, § 3 PolVO auch bußgeldbewährt sind. Für § 7 Abs. 1 ParkanlS ergibt sich dies aus § 10 Abs. 1 Nr. 36, Abs. 2 ParkanlS, für § 1 Abs. 1, § 3 PolVO aus § 16 Abs. 1 Nr. 1, 3, Abs. 3 PolVO.

Gleichzeitig stellen § 7 Abs. 1 ParkanlS und §§ 1 Abs. 1, 3 der allgemeinen PolVO im Vergleich mit § 7 Abs. 2 ParkanlS mildere Mittel dar, denn nach diesen Vorschriften bleibt es möglich, Tonwiedergabegeräte und Musikinstrumente in einer Weise zu betreiben, die nicht geeignet ist, die Nachtruhe zu stören oder unbeteiligte Dritte erheblich zu belästigen oder zu stören. Die in § 7 Abs. 1 ParkanlS und § 1 Abs. 1, § 3 PolVO enthaltenen Regelungen erkennen damit den tatsächlichen Umstand an, dass nicht mit jedem Betrieb eines Tonwiedergabegeräts oder Musikinstrumentes Beeinträchtigungen der Nachtruhe einhergehen. Für eine tatsächliche Beeinträchtigung der Nachtruhe im Sinne einer Gesundheitsgefährdung bedarf es immer einer Überschreitung bestimmter lärmbezogener Erheblichkeitsschwellen. Das geltende Immissionschutzrecht erkennt diese Erheblichkeitsschwellen an. So sieht etwa die Freizeitlärmrichtlinie LAI je nach Gebiet spezifische Grenzwerte für Lärmimmissionen in der Nachtzeit vor. Der niedrigste Wert ist bei Kurgebieten, Krankenhäusern und Pflegeanstalten sowie bei reinen Wohngebieten auf 35 dB (A) festgesetzt (vgl. 4.1 der Richtlinie). Für einzelne Spitzengeräusche besteht zudem eine allgemeine Toleranzgrenze in der Nachtzeit von zusätzlich 20 dB (A) (vgl. 4.3 der Richtlinie). Auch der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung Störungen der Nachtruhe an die Überschreitung von lärmbezogenen Erheblichkeitsschwellen geknüpft. Er sprach insofern von „lauter Musik“, „Lärm zur Nachtzeit, der geeignet ist, die Nachtruhe eines einzelnen oder mehrerer Personen ständig auf empfindliche Weise zu beeinträchtigen“ oder von „als erheblich einzustufenden Beeinträchtigungen“ und der „Erheblichkeit von Lärm“.

(VGH BW, Beschl. v. 05.08.2021 – 1 S 1894/21 – , juris Rn. 134, 135)

Immissionen unterhalb dieser Erheblichkeitsschwellen können demnach nicht als Störungen der Nachtruhe gewertet werden. Insofern besteht für das leise Betreiben von Tonwiedergabegeräten oder Musikinstrumenten auch kein aus dem Zweck des Schutzes der Nachtruhe erwachsendes Bedürfnis einer Regulierung. Dennoch verbietet § 7 Abs. 2 ParkanlS pauschal jeden

Betrieb von Tonwiedergabegeräten und Musikinstrumenten, unabhängig davon wo und wie laut dieser Betrieb erfolgt und ob er folglich geeignet ist, die Nachtruhe zu stören.

Die Antragsgegnerin kann sich ferner für die Erforderlichkeit auch nicht auf die Behauptung stützen, dass es des schärferen generellen Verbots des § 7 Abs. 2 ParkanlS bedürfe, weil der Vollzug der bestehenden Regelungen nicht ausreiche oder schwerer wäre. Diese Behauptung klingt nicht nur in der Nr. 1 der Beschlussvorlage des Gemeinderats (Drs. G-23/107, **Anlage 10**) an, sondern wurde auch in der Auseinandersetzung im Gemeinderat deutlich. Der Stadtrat Dr. Gröger äußerte etwa, dass Freiburg ein Umsetzungsproblem bei den bestehenden Regeln habe, kein Regelungsproblem. Ein bestehendes Vollzugsproblem von Regelungen, die wie § 7 Abs. 1 ParkanlS oder § 1 Abs. 1, § 3 der PolVO bereits vollwirksam zum Schutz der Nachtruhe beitragen (vgl. dazu die Pressemitteilung des Verwaltungsgerichtshofs vom 17. August 2023 zu Az. 1 S 1718/22), rechtfertigt nicht die Verschärfung dieser Regelungen. Das wäre höchstens denkbar, wenn durch die schärfere Regelung des § 7 Abs. 2 ParkanlS unangemessen hohe finanzielle Belastungen für den bestehenden Vollzug beseitigt werden könnten.

(vgl. *Jarass*, Jarass/Pieroth GG, Art. 20 Rn. 119a)

Das ist aber bereits deshalb zu verneinen, da auch die verschärfte Regelung des § 7 Abs. 2 ParkanlS dieselben oder vergleichbar große Vollzugslasten mit sich bringt, wie der Vollzug von § 7 Abs. 1 ParkanlS oder § 3 PolVO. Zwar müsste bei Vollzug des § 7 Abs. 2 ParkanlS ein Überschreiten einer lärmbezogenen Erheblichkeitsschwelle nicht nachgewiesen werden, dies vermag die Vollzugslasten aber nicht wesentlich zu erleichtern, da sich insbesondere am für die Kosten entscheidenden personellen Vollzugaufwand nichts ändern würde und darüber hinaus sich die Nachweislast vom Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle lediglich auf den Nachweis des tatsächlichen Betriebes verschiebt. Ein solcher vermag gleichsam aufwendig sein, wenn Betroffene den Betrieb ihrer Tonwiedergabegeräte vor Kontrollen frühzeitig einstellen und danach wieder aufnehmen, was vergleichbar mit der bereits jetzt von der Antragsgegnerin beklagten Situation des Aufdrehens der Lautsprecher nach Verlassen des Vollzugsdienstes ist.

Ein milderer gleich geeignetes Mittel wäre auch eine Regelung wie in der Konstanzer Polizeiverordnung, die den Betrieb von Tonwiedergabegeräten und Musikinstrumenten verbietet, es sei denn dies geschieht so leise, dass die Nachtruhe anderer Personen dadurch nicht gestört werden kann.

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 05.08.2021 – 1 S 1894/21)

Als weiteres milderes gleich geeignetes Mittel hätte die Antragsgegnerin auch auf eine Zonierung der Regelung des § 7 Abs. 2 ParkanlS für besonders von Nachtruhestörungen betroffenen Gebiete innerhalb der öffentlichen Parkanlagen zurückgreifen können. Dies wäre insofern milder, da dadurch das Verbot des § 7 Abs. 2 ParkanlS räumlich eingegrenzt wäre, der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG mithin weniger schwer wiegt. Damit könnten insbesondere Flächen ohne tatsächliche Störungs- oder besondere Gefährdungslage für die Nachtruhe, wie etwa der nordwestliche Teil des Dietenbachparks, vom Verbot des § 7 Abs. 2 ParkanlS ausgenommen werden. Gleichsam könnten Störungen der Nachtruhe ebenso effektiv begegnet werden, wo dafür tatsächlicher Bedarf besteht. Bereits aus den Beschlussunterlagen des Gemeinderats und dem verwaltungsinternen Schriftverkehr geht hervor, dass dies zweifellos nicht in allen öffentlichen Parkanlagen der Fall ist. Ausgangspunkt ist und war immer nur die spezifische Konfliktlage in Teilen des Seeparks.

**(c) Jedenfalls: keine Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

§ 7 Abs. 2 ParkanlS ist jedenfalls unverhältnismäßig im engeren Sinne.

Verhältnismäßig im engeren Sinne bzw. angemessen sind nur Maßnahmen, bei denen „das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht“.

(BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182 Rn. 265)

Dabei ist der möglichst schonendste Ausgleich zwischen den gegeneinander streitenden Gütern vorzunehmen.

(vgl. BVerfGE 92, 277 (327))

Dies ist vorliegend nicht geschehen.

In Ausgleich zu bringen sind die legitimen Belange effektiven Schutzes der Nachtruhe auf der einen und der Schutz der Grundrechte in die durch § 7 Abs. 2 ParkanlS eingegriffen wird (Art. 5 Abs. 3 S. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG) auf der anderen Seite.

Zwar streitet für den effektiven Schutz der Nachtruhe durch § 7 Abs. 2 ParkanlS, dass die Nachtruhe dem Gesundheitsschutz der Anwohnenden dient und es sich dabei um ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut handelt. Aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt sich eine staatliche Schutzpflicht für die Gesundheit der Anwohnenden. Auch ist es in der Vergangenheit am

Seepark nachweislich regelmäßig zu erheblichen Störungen der Nachtruhe durch den Betrieb von Tonwiedergabegeräten gekommen. Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin ihre Schutzpflicht auf regulatorischer Ebene durch § 7 Abs. 1 ParkanlS und § 1 Abs. 1, § 3 PolVO schon hinreichend erfüllt hat. § 7 Abs. 2 ParkanlS bietet für den Gesundheitsschutz demgegenüber, wenn überhaupt (was von den Antragsstellenden bestritten wird s.o.) jedenfalls nur einen geringen Mehrwert.

Auf der anderen Seite wiegen die Eingriffe in die Kunstfreiheit nach 5 Abs. 3 S. 1 GG, die Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und die allgemeine Handlungsfreiheit nach § 2 Abs. 1 GG schwer (s.o.).

Das Spannungsfeld zwischen dem Grundrechtsgebrauch derjenigen, die sich am Abend in Parks aufhalten, und der Nachtruhe eventuell betroffener Anwohner\*innen wird durch das pauschale Verbot von Tonwiedergabegeräten und Musikinstrumenten einseitig und unverhältnismäßig zulasten der Musikhörenden und Musizierenden aufgelöst.

#### **b)       Einstweilige Anordnung dringend geboten**

Schon aufgrund der offensichtlichen Erfolgsaussichten in der Hauptsache ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung dringend geboten. Zudem lässt der (weitere) Vollzug der Parkanlagenensatzung Nachteile befürchten, die unter Berücksichtigung der Belange der Antragsteller und betroffener Dritter so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist.

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 30.04.2020 – 1 S 1101/20, juris, Rn. 10)

Bestehen – wie hier – weitgehende Erfolgsaussichten in der Hauptsache, ist eine einstweilige Anordnung insbesondere dann dringend geboten, wenn die Antragstellenden, betroffene Dritte und/oder die Allgemeinheit erhebliche Grundrechtsverletzungen glaubhaft machen können. Es entspricht der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, dass Antragstellende in diesen Fällen – selbst bei gewichtigen Interessen der Antragsgegnerin – den Verstoß gegen ihre Grundrechte durch eine voraussichtlich rechtswidrige Regelung nicht bis zum Abschluss eines Haupt-sacheverfahrens hinnehmen müssen.

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21, juris Rn. 22)

Vorliegend bewirkt der angegriffene und rechtswidrige § 7 Abs. 2 ParkanlS schwerwiegende Grundrechtseingriffe in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG bei einer Vielzahl von Personen.

## 2. Folgenabwägung

Letztlich ist der Antrag – selbst bei Annahme offener Erfolgsaussichten in der Hauptsache – auch deswegen begründet, weil die Folgenabwägung deutlich zugunsten der Antragstellenden ausfällt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist bei offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu unterscheiden. In diesem Rahmen sind die Folgen gegenüberzustellen, die eintreten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Normenkontrollantrag in der Hauptsache aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Antrag nach § 47 Abs. 1 VwGO aber erfolglos bliebe.

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 30.04.2020 – 1 S 1101/20, juris Rn. 10)

Im Rahmen der Folgenabwägung kommt es darauf an, wie schwer die tatsächlichen Beeinträchtigungen eines Grundrechts bei Nichterlass der einstweiligen Anordnung wiegen und mit welcher Wahrscheinlichkeit der Eintritt solcher Beeinträchtigungen zu erwarten ist.

(vgl. VGH BW, Beschl. v. 27.05.2020 – 1 S 1528/20, juris Rn. 49 ff.)

Sodann ist im Rahmen der Folgenabwägung maßgeblich, ob etwaige Nachteile nachträglich wieder beseitigt oder wirtschaftlich kompensiert werden können.

(vgl. *Schoch*, *Schoch/Schneider VwGO* (43. EL 2022), § 47 Rn. 138)

Der Nichterlass der einstweiligen Anordnung wäre für die Antragstellenden sowie für betroffene Dritte mit sich wiederholenden, erheblichen Grundrechtsverletzungen verbunden. Die Grundrechtsverletzungen wiegen vor allem in den warmen Monaten des Jahres schwer. In diesen Monaten spielt das stimmungsvolle abendliche Beisammensein im Park einen großen Faktor für die Lebensqualität vieler Personen. In diesem Sommer wurden bereits mehrere Musikboxen beschlagnahmt. Der Antragsteller zu 3 hat auch schon einen Bußgeldbescheid erhalten. Es ist davon auszugehen, dass sich auch im Spätsommer Beschlagnahmen und Bußgeldbescheide und damit einhergehend Grundrechtsverletzungen häufen werden. Die Rechtsfolgen des Nichterlasses der einstweiligen Anordnung sind irreversibel, ihre Folgen können auch nicht

nachträglich beseitigt werden. Es besteht ein gewichtiges Interesse für die Nichtanwendung des § 7 Abs. 2 ParkanlS.

Demgegenüber sind die Nachteile, die die Antragsgegnerin hinzunehmen hätte, wenn die einstweilige Anordnung erlassen würde, der Antrag nach § 47 Abs. 1 VwGO aber erfolglos bliebe, marginal.

Die Antragsgegnerin bezweckte mit § 7 Abs. 2 ParkanlS die effektive Wahrung der Nachtruhe und damit den Schutz der Gesundheit der Anwohnenden. Die Nachtruhe bleibt allerdings auch bei der Außervollzugsetzung des § 7 Abs. 2 ParkanlS weiterhin durch § 7 Abs. 1 ParkanlS, § 1 Abs. 1 PolVO sowie § 3 PolVO geschützt. Dass diese Regelungen das leise Betreiben von Musikboxen unterhalb einer Erheblichkeitsschwelle, nicht verbieten, stellt für die Gesundheit der Anwohnenden kein Risiko dar. Auch bezüglich des Vollzugs ist kein Vorteil des § 7 Abs. 2 ParkanlS gegenüber den anderen Regelungen zum Schutz der Nachtruhe ersichtlich (s.o.).

Eine einstweilige Anordnung würde auch nicht die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen. Stellt sich die angegriffene Regelung später als rechtmäßig heraus, kann § 7 Abs. 2 ParkanlS wieder zur Anwendung kommen.

Im Ergebnis überwiegen in einer etwaig durchzuführenden Folgenabwägung die Nachteile der Antragstellenden die (marginalen) Nachteile für die Antragsgegnerin deutlich. Die einstweilige Anordnung ist auch hiernach i. S. d. § 47 Abs. 6 VwGO dringend geboten.

David Werdermann

Rechtsanwalt