

ANGELIKA SIEHR

Das Recht am öffentlichen Raum

Jus Publicum

260

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 260



Angelika Siehr

Das Recht am öffentlichen Raum

Theorie des öffentlichen Raumes
und die räumliche Dimension von Freiheit

Mohr Siebeck

Angelika Siehr, Studium der Rechts- und Politikwissenschaft in Marburg, Lausanne und Kiel; Master of Laws der Yale Law School; Rechtsanwältin in Kiel; zuvor Promotion und 2011 Habilitation an der Humboldt-Universität zu Berlin; Lehrstuhlvertretungen in Freiburg, Bielefeld und Konstanz; seit WS 2011/12 Professorin für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsphilosophie und Bildungsrecht an der Universität Bielefeld.

ISBN 978-3-16-152450-9 eISBN 978-3-16-152554-4
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Harald

Vorwort

Im Sommersemester 2011 wurde die vorliegende Abhandlung von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Sie ist am Lehrstuhl von Alexander Blankenagel entstanden, der mir stets in großzügiger Weise den für jedes vertiefte wissenschaftliche Arbeiten erforderlichen Freiraum gewährt hat. Auch für die schnelle Erstellung des Erstgutachtens danke ich ihm sehr herzlich. Bernhard Schlink hat nicht nur den Anstoß dafür gegeben, dass ich mich mit dem hochinteressanten Thema des öffentlichen Raumes, das in den letzten Jahren noch an Bedeutung gewonnen hat, so intensiv beschäftigt habe, sondern auch das Zweitgutachten sehr zügig vorgelegt – für beides bin ich ihm zu großem Dank verpflichtet.

Herzlich danken möchte ich ferner meinen Freunden und Kollegen Klaus Joachim Grigoleit, Jens Kersten, Anna-Bettina Kaiser und Tobias Herbst für anregende Diskussionen und weiterführende Hinweise; bezogen auf die spätere Phase der Überarbeitung des Manuskripts in Bielefeld gilt dies insbesondere für Christoph Gusy, dem ich gleichfalls ganz herzlich danke.

Großer Dank geht aber auch an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an meinem Bielefelder Lehrstuhl, die mich bei der Aktualisierung und der Vorbereitung der Drucklegung des Werkes tatkräftig unterstützt haben. Besonders hervorheben möchte ich meinen wissenschaftlichen Mitarbeiter Mathias Färber und meinen früheren wissenschaftlichen Mitarbeiter Johannes Tellenbröcker, vor allem aber meine wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen Tatjana Chionos und Liesa Reffert, die hier am Stärksten eingebunden waren.

Zudem danke ich der DFG für ein Forschungsstipendium, der Konrad-Redecker-Stiftung für einen Druckkostenzuschuss und Dr. Franz-Peter Gillig für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Jus Publicum“. Susanne Mang und ihr Team aus dem Bereich Herstellung haben viel Geduld bei den Korrekturdurchläufen bewiesen, auch dafür herzlichen Dank.

Besonderen Dank schulde ich meiner Familie; so danke ich an viele gute Gespräche über dieses Thema mit meinem Vater Dietrich Siehr und vor allem mit meinem Mann Dr. Harald Alberts, der das Entstehen dieser Arbeit von der ersten Überlegung bis zur letzten Korrekturanmerkung begleitet hat.

Bielefeld, im Herbst 2016

Angelika Siehr

Inhaltsübersicht

1. Kapitel:

Wandlungsprozesse und neue Herausforderungen im öffentlichen Raum

§ 1	<i>Einleitung</i>	1
§ 2	<i>Von der Agora zur Shopping-Mall: Skizze der Wandlungen des städtischen öffentlichen Raumes</i>	13
§ 3	<i>Öffentlicher Raum und Freiheit in einer Umbruchsituation</i>	22

2. Kapitel:

Öffentlicher Raum – interdisziplinäres Phänomen und rechtswissenschaftlicher Theorieansatz

§ 4	<i>Öffentlicher Raum als Brücken- und Schlüsselbegriff im transdisziplinären Diskurs</i>	37
§ 5	<i>Vorüberlegungen zu einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes</i>	39
§ 6	<i>Begriffliche und normative Anknüpfungspunkte für eine rechtswissenschaftliche Neukonzeption des öffentlichen Raumes</i>	57

3. Kapitel:

Grundlinien einer materiellen Konzeption des urbanen öffentlichen Raumes

§ 7	<i>Normative Leitbilder für den urbanen öffentlichen Raum</i>	203
-----	---	-----

4. Kapitel:

Das Recht am und das Recht auf öffentlichen Raum

§ 8	<i>Das Recht am öffentlichen Raum</i>	409
§ 9	<i>Das Recht auf öffentlichen Raum</i>	638

5. Kapitel:
Grundzüge einer rechtswissenschaftlichen Theorie
des öffentlichen Raumes – Fazit und Ausblick

§ 10 <i>Funktion und Elemente einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes</i>	647
§ 11 <i>Resümee: Das Recht auf und das Recht am öffentlichen Raum</i> . . .	667
<i>Literaturverzeichnis</i>	687
<i>Personenregister</i>	751
<i>Sachregister</i>	755

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel:

Wandlungsprozesse und neue Herausforderungen im öffentlichen Raum

§ 1	Einleitung	1
	A. Problemstellung	1
	B. Kategorien öffentlicher Räume	12
§ 2	<i>Von der Agora zur Shopping-Mall: Skizze der Wandlungen des städtischen öffentlichen Raumes</i>	13
	A. Bilder der Stadt und vom städtischen Leben in der historischen und ideengeschichtlichen Rückschau	13
	I. Bedeutung der Agora in der griechischen Polis	13
	II. Marktplatz und städtischer öffentlicher Raum in der Neuzeit	15
	B. Aktuelle Entwicklungen in den Städten	17
	I. Privatisierung öffentlicher Räume und Herstellung von Öffentlichkeit in privaten Räumen	17
	1. Vom Marktplatz zur Shopping-Mall, von öffentlichen zu privaten Stadtquartieren	17
	2. Privatisierung von Bahnhofsgebäuden und Herstellung von Öffentlichkeit in Automobilwelten	19
	3. Flughafen-Cities und Cities in Konzernbesitz	19
	II. Kommerzialisierungstendenzen in der Stadtpolitik	20
§ 3	<i>Öffentlicher Raum und Freiheit in einer Umbruchsituation</i>	22
	A. Private Freiheit und öffentlich-rechtliche Bindungen: Relativierung des Privatrechts als paradoxe Konsequenz grenzenloser Privatisierung?	22
	I. Entwicklungsphasen im Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht	22

II. Konsequenzen der Privatisierung für den öffentlichen Raum	23
B. Gibt es ein Recht auf bzw. am öffentlichen Raum?	27
I. Geburtsstunden neuer Grundrechte	28
II. Das Recht auf bzw. am öffentlichen Raum in statu nascendi?	32

2. Kapitel:

Öffentlicher Raum – interdisziplinäres Phänomen und rechtswissenschaftlicher Theorieansatz

§ 4 <i>Öffentlicher Raum als Brücken- und Schlüsselbegriff im transdisziplinären Diskurs</i>	37
§ 5 <i>Vorüberlegungen zu einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes</i>	39
A. Begriffliche Abgrenzungen und Zusammenspiel: Begriff, Konzeption und Theorie des öffentlichen Raumes	39
B. Grundelemente, Aufbau und Zielsetzung einer Theorie des öffentlichen Raumes	42
C. Rechtswissenschaftliche Konzeption des öffentlichen Raumes und transdisziplinärer Diskurs	50
I. Funktion einer rechtswissenschaftlichen Konzeption des öffentlichen Raumes im Spiegel gegenwärtiger Defizite in der Problembearbeitung	50
II. Öffnung und Schließung gegenüber dem transdisziplinären Diskurs	51
III. Defizite bisher gängiger Anknüpfungspunkte für die Umschreibung von Raumphänomenen in der Rechtswissenschaft	53
IV. Resümee und weiteres Vorgehen	56
§ 6 <i>Begriffliche und normative Anknüpfungspunkte für eine rechtswissenschaftliche Theorie des öffentlichen Raumes</i>	57
A. Begriff und Theorie des Raumes	57
I. Von der nationalsozialistischen Kontamination zur heutigen Rehabilitation des Raumbegriffs	58
1. Instrumentalisierung der klassischen Geopolitik durch die nationalsozialistische Ideologie	58

2. ‚Spatial turn‘ in den Geistes- und Kulturwissenschaften	60
3. Der transdisziplinäre Diskurs zum Raum: Philosophische, physikalische, sozialwissenschaftliche und andere Raumkonzeptionen im Überblick	68
II. Stand der Raumdiskussion in der Rechtswissenschaft	72
1. Auseinandersetzung mit der Staats- und Völker- rechtslehre im Dritten Reich	72
2. Fehlen neuer konzeptioneller Ansätze zum Raum	74
3. Anschlussfähigkeit sozialwissenschaftlicher Raum- konzeptionen für die Rechtswissenschaft?	75
4. Grabungen unter Trümmern: Raum und Recht bei Carl Schmitt	78
a) Affinität von Carl Schmitts Raumkonzeption zu den Ideen Martin Heideggers	78
b) Völkerrechtliche Großraumordnung	81
c) Carl Schmitts geschichtsphilosophische Betrachtungen zu Raum und Recht	86
d) Kritische Würdigung	89
III. Grundzüge einer rechtswissenschaftlichen Raumkonzeption	93
1. Ertrag der bisherigen Untersuchung	93
2. Differenzierungen nach Akteuren und Sachbereichen . .	95
a) Private versus öffentliche Räume	95
b) Reale versus virtuelle Räume	97
c) Beispiele thematisch definierter Räume	98
3. Resümee und Vertiefung: Raum und Recht	100
B. Begriff und Konzeption des Öffentlichen	108
I. Vermessung des Geländes und Planung einer Forschungsreise	111
1. Begriffsgeschichtliche Skizze: Entflechtung unter- schiedlicher Bedeutungsstränge des Öffentlichen	111
2. Weiteres Vorgehen angesichts der interdisziplinären Vielfalt von Forschungsansätzen	117
II. Forschungsreise: Vom ‚Öffentlichen‘ als Rechtsbegriff zum ‚Öffentlichen‘ als Teil einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes	118
1. Standortbestimmung: ‚Öffentlich‘ als Rechtsbegriff . . .	118
2. Koordinaten des Zielgebietes: Zusammentreffen von Strukturmerkmalen des Raumbegriffs mit bestimmten Aspekten des Öffentlichen im urbanen öffentlichen Raum	124

3. Kompass-Funktion: Das ‚Öffentliche‘ und der ‚öffentliche Raum‘ als spezifische Kategorien des politisch-sozialen Lebens	129
a) Öffentlicher Raum in der politischen Theorie Hannah Arendts	132
aa) Zusammenhandeln unter der Bedingung menschlicher Pluralität: Die freiheitssichernde Funktion des öffentlichen Raumes	132
bb) Anschlussfähigkeit der Arendt'schen Konzeption des öffentlichen Raumes für die Rechtswissenschaft	143
cc) Hannah Arendts Verfallsgeschichte des öffentlichen Raumes im Spiegel aktueller Entwicklungen	146
b) Politische Öffentlichkeit als normativer Grundbegriff der Demokratietheorie bei Jürgen Habermas	154
aa) Jürgen Habermas und Hannah Arendt	154
bb) Zur normativen Konzeption der Öffentlichkeit bei Habermas	161
(1) „Strukturwandel der Öffentlichkeit“ – nur eine Verfallsgeschichte?	163
(2) Politische Öffentlichkeit in „Faktizität und Geltung“	170
(3) Normativität der Öffentlichkeit bei Habermas als ‚missing link‘ zwischen Arendts Modell des öffentlichen Raumes und der ‚Kommunikations- verfassung‘ des Grundgesetzes?	179
c) Öffentlicher Raum und die ‚Kommunikations- verfassung‘ des Grundgesetzes	183
III. Zwischenergebnis	191
C. Theorie des öffentlichen Raumes – rechtswissenschaftliche Perspektive	196
I. Öffentlicher Raum als rechtlich verfasste räumliche Struktur des Öffentlichen: formale und materielle Betrachtungsweise	196
II. Zusammenspiel zwischen dem relationalen rechtswissen- schaftlichen Raumbegriff, den materiellen Komponenten des Öffentlichen und einem (erd-)räumlichen Substrat	200

3. Kapitel:

Grundlinien einer materiellen Konzeption des urbanen öffentlichen Raumes

§ 7 Normative Leitbilder für den urbanen öffentlichen Raum	203
A. Vorüberlegungen: Spezifische Struktur des urbanen öffentlichen Raumes	203

I.	Öffentliche Straße und Marktplatz als Paradigma und Knotenpunkt zweier Raumkonzeptionen	203
1.	Bedeutung des öffentlichen Straßenraumes und des Marktplatzes	203
2.	Raumkonzeptionelle Besonderheit: Die Überlagerung mit dem öffentlichen Raum als Kommunikationsraum .	207
II.	Bedeutung als Lebensmittelpunkt	209
1.	Räumliche, zeitliche, soziale und kulturelle Aspekte . . .	209
2.	Infrastruktur	210
III.	Nutzungshandlungen: Struktur, Bedeutung und Konflikte	211
1.	Struktur der Nutzungshandlung	211
2.	Raumkonstitutive Bedeutung der Aneignung und Nutzung des öffentlichen Raumes durch die Bürgerinnen und Bürger	211
3.	Allmendecharakter und Nutzungskonflikte in mehrpoligen Rechtsverhältnissen	212
IV.	Zwischenergebnis	214
B.	Normative Leitbilder für den urbanen öffentlichen Raum	214
I.	Gleichheit, Vielfalt und Urbanität: Urbaner öffentlicher Raum als allen frei zugänglicher, nutzungsöffener Ort . . .	215
1.	Allgemeine Zugänglichkeit als Grundmerkmal des öffentlichen Raumes	216
a)	Die Straße gehört allen: Vom Umgang mit Sonder- veranstaltungen bis zur Frage der Unentgeltlichkeit	216
b)	Barriere- und diskriminierungsfreier Zugang	218
aa)	Barrierefreiheit	220
bb)	Diskriminierungsfreier Zugang	229
2.	Urbaner Traum: dass ‚das Ungeplante‘ sich ereigne	237
a)	Nutzungsvielfalt und funktionale Entgrenzung der Nutzungen	237
b)	Unvorhersehbarkeit der Nutzungen und vitale Urbanität . .	239
II.	Freiheitliche Dimension: Öffentlicher Raum als Ort grundrechtlicher Freiheit und politischer Willensbildung .	241
1.	Freiheitsentfaltung im urbanen öffentlichen Raum und die Affinität des Öffentlichen zum Politischen . . .	241
a)	Urbane öffentliche Räume als Orte der Freiheit	241
b)	Arendts Modell und der urbane öffentliche Raum	242
c)	Öffentlichkeit nur ein „Phantom“? Eine Entgegnung auf Walter Lippmann in den Zeiten des „Malling of Germany“	243

2. Integrationsfunktion und Zumutungen des Öffentlichen:	
Öffentlicher Raum als Ort der Begegnung und	
der Auseinandersetzung mit dem Fremden	245
a) Raum notwendiger gesellschaftlicher Integration	246
aa) Dimensionen von Integration – und die	
„Integrationsmaschine“ Stadt	246
bb) Soziale und politische Integration – eine durch	
den liberalen Staat nicht zu garantierende	
Voraussetzung seiner Existenz?	248
b) Raum der Zumutung	258
aa) Zumutung des Freiheitsgebrauchs der	
Anderen am Beispiel der Religionsfreiheit	258
bb) Politische Kultur als Konfliktkultur	266
(1) Zumutungen des Fremden	269
(2) Zumutung der Folgen politischen,	
aber auch (unmittelbar) eigenen Handelns	278
3. Ergänzungsfunktion unterschiedlicher	
öffentlicher Räume?	284
III. Kulturstaatliche Dimension: Öffentlicher Raum	
als Ort der spezifischen Kultur und des kollektiven	
Gedächtnisses eines Gemeinwesens	285
1. Leitbildcharakter dieser kulturellen bzw.	
kulturstaatlichen Dimension?	285
a) Normative Anknüpfungspunkte für ein kultur-	
bezogenes Leitbild im urbanen öffentlichen Raum	286
b) Kulturbegriff	292
aa) Staatswissenschaftlicher Kulturbegriff	293
bb) Kulturwissenschaftliche Perspektiven	296
c) Zwischenergebnis	299
2. Urbane öffentliche Räume als Spiegel der	
kulturellen Verfasstheit zwischen Geschichte	
und Zukunft einer Stadt	303
a) Omnipräsenz und Vielschichtigkeit von Architektur	305
b) Öffentliche Räume der Kunst	313
c) Raumbezug des kollektiven Gedächtnisses	
und der Sonderfall des Denkmalschutzes	319
IV. Leistungsstaatliche Dimension: Öffentlicher Raum	
als Ort staatlicher Daseinsvorsorge – ein Leitbild	
im Wandel?	326
1. Öffentliche Straßen als materielles Substrat	
urbaner öffentlicher Räume und die Integrations-	
funktion des Straßennetzes	326
2. Urbane öffentliche Räume zwischen Daseinsvorsorge	
und Infrastrukturverantwortung	328
a) Zum Wandel eines Leitbildes	331

b) Unterschiedliche Privatisierungsformen bei innerörtlichen Straßen	342
aa) Unterschiedliche Modelle der Einschaltung Privater bei Finanzierung, Bau, Unterhalt und Betrieb öffentlicher Straßen	343
bb) Flächenprivatisierungen und tatsächlich öffentliche Straßen	351
c) Forstthoffs Konzeption der Daseinsvorsorge und das Phänomen der Privatisierung – oder: Wo beginnt der Gewährleistungsstaat?	354
d) Privatisierungsfolgenverantwortung: Was gewährleistet die Kommune im Rahmen ihrer Infrastrukturverantwortung?	357
aa) Gehalt und Umfang der Gewährleistungs- verantwortung im ‚Gewährleistungsstaat‘	357
bb) Straßenbau und Festlegung der Verkehrs- funktion der Straße als Ausfluss kommunaler Infrastrukturverantwortung	358
(1) Rechtlicher Status der Aufgabe	358
(2) Gehalt und Umfang der kommunalen Infrastrukturverantwortung	362
(a) Straßenbaulast, das Instrument der Beleihung nach dem FStrPrivFinG und die Festlegung der besonderen Verkehrsfunktion durch Widmung	362
(b) Infrastrukturverantwortung im Blick auf tatsächlich öffentliche Straßen?	367
3. Zwischenergebnis und offene Fragen	371
V. Schutz eines Gemeingutes und der Nutzungsrechte der Bürger: Urbaner öffentlicher Raum als Allmende	375
1. Öffentlicher Raum als öffentliches Gut	375
a) Öffentliche Güter in rechtlicher, soziologischer und wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive	375
b) Definition des öffentlichen Gutes aus soziologischer und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht	376
c) Privatisierung öffentlicher Güter als Gefahr für die Demokratie?	377
d) Öffentlicher Raum zwischen ‚Tragedy of the Commons‘ und ‚Tragedy of the Anticommons‘	381
2. Rekonstruktion des öffentlichen Raumes als Allmende	384
a) Zweigleisigkeit der Aufgabenstellung	384
b) Rahmenbedingungen der Nutzung des öffentlichen Raumes als Allmende	386
aa) Gefahr des Verlustes der Allmende?	386
bb) Schutz der Allmende durch Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung	388
(1) Dienende Funktion der Sicherheits- gewährleistung für die Allmende	388

(2) Schutz der Allmende auf der Basis der ‚Broken-Windows-Theorie‘?	394
(3) Rechtsprobleme bei der Anwendung der ‚Zero-Tolerance-Strategie‘ in Deutschland	398
(4) Gründe für die Renaissance des Begriffs der öffentlichen Ordnung	402
3. Fazit und Ausblick: Unausgeschöpfte Potentiale der Idee der Allmende im Hinblick auf das Nutzungsregime des öffentlichen Raumes	408

4. Kapitel:

Das Recht am und das Recht auf öffentlichen Raum

§ 8 Das Recht am öffentlichen Raum	409
A. Die Idee der Allmende als Anknüpfungspunkt für das Recht am öffentlichen Raum	409
I. Eigentumsrechtliche Dimension der Nutzungsrechte an der Allmende	409
1. Rückblick: Historische Ausformung der Allmende als Gemeineigentum	409
2. Moderne Beispiele für die eigentumsrechtliche Komponente der Rechtsidee der Allmende	417
a) Globale Allmende im Völkerrecht	417
b) Nutzungsrechte an der natürlichen Umwelt am Beispiel Deutschlands (Bayerns), Schwedens und der Schweiz	421
II. Übertragbarkeit des Allmendegedankens auf den urbanen öffentlichen Raum?	424
1. Quintessenz der zeitgenössischen Allmendeidee und ihre rechtlichen Rahmenbedingungen in öffentlichen und semi-öffentlichen Räumen	424
2. Rechtliche Fundierung der Nutzungsrechte: Bedeutung des Grundeigentums in öffentlicher Hand in einer demokratischen Ordnung	428
III. Zwischenergebnis	433
B. Grundrechtsdogmatische Verortung des Rechts am öffentlichen Raum	434
I. Vorüberlegungen	434
1. Grundrechtlicher Schutz der räumlichen Dimension von Freiheit in öffentlichen und in privaten Räumen	434
2. Art. 13 GG als grundrechtlicher Schutz der räumlichen Privatsphäre	436

a) Gäbe es Art. 13 GG nicht – ein Gedankenexperiment . . .	437
aa) Erste Variante: Unselbstständige grundrechtliche Gewährleistung der räumlichen Dimension von Freiheit im privaten Raum	437
bb) Zweite Variante: Selbstständiges ‚Recht am privaten Raum‘	440
(1) Wohnungsfreiheit vor der Folie von allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Eigentumsfreiheit	440
(2) Zweigleisigkeit der Raumkonzeptionen im Rahmen des Art. 13 GG	444
(a) Absoluter und relativer Raumbegriff in der Dogmatik des Art. 13 GG	444
(b) Offene Raumkonzeption der Sphärentheorie .	448
(c) Sphärentheorie, Kernbereichslehre und das Schutzzgut des Art. 13 GG im Fokus des relationalen Raumbegriffs	449
(3) Weitere Grundrechte	452
b) Zwischenschritt: Ergebnis des ‚Gedankenexperiments‘ . . .	453
3. Asymmetrien im Schutz der Raumdimension von Freiheit und das Recht am öffentlichen Raum	455
a) Ausgangslage	455
b) Wohnungsfreiheit als Recht am privaten Raum	456
c) Korrektur der Asymmetrie durch ein Recht am öffentlichen Raum?	458
4. Fazit und Brückenschlag: Einzelaspekte der Analyse des Art. 13 GG und das Recht am öffentlichen Raum . .	458
II. Modell eines unselbstständigen Rechts am öffentlichen Raum: Inkorporation der Raumdimension von Freiheit in den Gewährleistungsbereich einzelner Grundrechte	463
1. Sonderfall Versammlungsfreiheit? – Von Walter Jellinek über Martin Burgi zur Fraport-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	464
a) Öffentlicher Raum in seiner Ausprägung als ‚Agora‘	464
b) Die ‚Straße gehört dem Volke‘	465
c) Burgis Auslegung des Art. 8 GG	468
d) Sonderrolle der Versammlungsfreiheit in ihrem spezifischen Bezug zur Straße?	474
2. Das Recht am öffentlichen Raum als Teil der Gewährleistung der auf den öffentlichen Raum verwiesenen Spezialfreiheitsrechte?	480
3. Zwischenergebnis	482
III. Eigentum der öffentlichen Hand an Grund und Boden als Grundlage eines eigenständigen Rechts am öffentlichen Raum	483

1. Bedeutung von Eigentum an Grund und Boden	
in öffentlicher Hand	483
a) Staat, Staatsgebiet und staatliches Eigentum	
an Grund und Boden	483
b) Eigentumsrechtlicher versus republikanischer Ansatz . . .	486
c) Eigentum in öffentlicher Hand nach der	
republikanischen Neubegründung deutscher	
Staatlichkeit durch das Grundgesetz	495
aa) Res publica und öffentlicher Raum – eigentums-	
rechtliche Implikationen republikanischen	
Denkens	498
bb) Einfachrechtliche Konstruktion im Recht	
der öffentlichen Sachen	503
(1) Otto Mayer, der domaine public und das	
öffentliche Eigentum	503
(2) Der Siegeszug der dualistischen Konstruktion . . .	508
(3) Weitere Ansätze	512
(4) Stellungnahme aus verfassungsrechtlicher	
Perspektive	516
2. Zusammenfassende Betrachtung:	
Das ‚Nutzungseigentum‘ der Bürgerinnen und Bürger	
am Eigentum in öffentlicher Hand und das Recht	
am öffentlichen Raum	523
IV. Grundrechtsdogmatische Einordnung des Rechts	
am öffentlichen Raum	525
1. Schutz eines Nutzungsrechts im Rahmen	
von Art. 14 Abs. 1 GG?	525
a) Begriff des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG . . .	525
b) Zweck und Funktion des Eigentumsschutzes	
unter dem Grundgesetz	527
c) Art. 14 GG und das ‚Nutzungseigentum‘	
der Bürgerinnen und Bürger	528
2. Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung	
mit Art. 14 GG	530
a) Schutz der räumlichen Dimension	
der allgemeinen Handlungsfreiheit	530
aa) Vom ‚Reiten im Walde‘ bis zum	
‚Taubenfüttern im Park‘	530
bb) Grundrechtlicher Schutz des Gemeingebrauchs	531
b) Verbindung mit Spezialfreiheitsrechten	535
3. Übertragung auf den Besitz bzw. Erweiterung	
auf die Sachherrschaft in öffentlicher Hand?	537
V. Zusammenfassung	541
C. Konsequenzen der Anerkennung eines Rechts am	
öffentlichen Raum im Hinblick auf das Nutzungsregime	
im öffentlichen Raum im engeren Sinne	545

I.	Defizite und bislang praktizierte Lösungsstrategien im Blick auf das Recht der öffentlichen Sachen – eine Bestandsaufnahme	545
1.	Kritik am Recht der öffentlichen Sachen	545
2.	Versuche der Harmonisierung von einfachem Recht und Verfassungsrecht	549
a)	Kommunikativer Gemeingebrauch: Ausweg oder Sackgasse?	549
b)	Versammlungsfreiheit jenseits des Widmungszwecks? – Das ungelöste Rätsel der Hofgartenwiesen-Entscheidung	560
3.	Perspektivenwechsel: Von öffentlichen Sachen zu öffentlichen Nutzungsrechten	564
a)	Position von Franz Merli	564
b)	Kritik	567
II.	Harmonisierung von einfachem Recht und Verfassungs- recht durch ein grundrechtlich fundiertes Recht am öffentlichen Raum	571
1.	Rechtsdogmatische Bedeutung des Rechts am öffentlichen Raum	571
2.	Rechtspraktische Konsequenzen am Beispiel der Hofgartenwiesen-Entscheidung und des Lübecker Herrentunnel-Falles	573
a)	Hofgartenwiesen-Entscheidung	573
b)	Lübecker Herrentunnel-Fall	576
III.	Zusammenfassung: Rechtspraktische Konsequenzen des Rechts am öffentlichen Raum	583
D.	Das Recht am öffentlichen Raum in semi-öffentlichen Räumen	588
I.	Problemskizze	588
1.	Ausgangslage	588
a)	Semi-öffentliche Räume: Zwischenreiche des Öffentlichen und des Privaten	588
b)	Probleme bei der Umsetzung normativer Leitbilder für den urbanen öffentlichen Raum	590
c)	Anwendbarkeit des Rechts am öffentlichen Raum?	593
2.	Lösungsansätze im Blick auf semi-öffentliche Räume im engeren Sinne	596
II.	Rechtsvergleichende Perspektive: Die US-amerikanische public forum doctrine	597
1.	Historische Genese und ursprünglicher Anwendungs- bereich der public forum doctrine	597
2.	Pruneyard Shopping Center v. Robins: Die Übertragung der public forum doctrine auf semi-öffentliche Räume	604

3. Kritik: Das ungelöste Problem der Grundrechts- ausübung in nicht-traditionellen öffentlichen Räumen . .	611
III. Lösungsansätze in der Bundesrepublik Deutschland	613
1. Zur Rechtslage in semi-öffentlichen Räumen im weiteren Sinne	613
a) Grundrechtsbindung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen	613
b) Anwendbarkeit des Rechts am öffentlichen Raum in semi-öffentlichen Räumen im weiteren Sinne?	615
2. Semi-öffentliche Räume im engeren Sinne	618
a) Vorüberlegungen zur Frage von Eigentums- bindungen in funktional öffentlichen Räumen	618
b) Beispiele für Nutzungsrechte der Öffentlichkeit am Eigentum Privater jenseits der straßenrecht- lichen Widmung	621
aa) Gesetzliche Nutzungsrechte an öffentlichen Gütern in privater Hand	621
(1) Betretungsrechte an privaten Wäldern und Naturschutzgebieten	621
(2) Öffentlicher Nießbrauch an Kulturgütern in Privatbesitz: Der Fall des Fürstenhauses Sachsen-Weimar und Eisenach	624
(3) Zwischenbilanz	629
bb) Vom Eigentümer gewährte Nutzungsrechte: Das Beispiel der tatsächlich öffentlichen Sachen	630
c) Kriterien für eine gesteigerte Sozialbindung des Eigentums in urbanen semi-öffentlichen Räumen	632
IV. Zusammenfassung	636
§ 9 <i>Das Recht auf öffentlichen Raum</i>	638
A. Das Recht auf öffentlichen Raum als Zugangs- und Teilhabeanspruch	639
I. Gleicher Zugang zum öffentlichen Raum und Diskriminierungsverbote	639
II. Teilhabe an staatlichen Leistungen im öffentlichen Raum .	641
B. Das Recht auf öffentlichen Raum als originärer Leistungsanspruch?	642
C. Zusammenfassung	644

5. Kapitel:

Grundzüge einer rechtswissenschaftlichen Theorie
des öffentlichen Raumes – Fazit und Ausblick

§ 10 Funktion und Elemente einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes	647
A. Funktion einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes	647
B. Elemente einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes	649
I. Rechtswissenschaftliche Konzeption des urbanen öffentlichen Raumes	649
II. Normative Leitbilder für den urbanen öffentlichen Raum .	651
III. Grundrechtsdogmatische Ausformung des Rechts am öffentlichen Raum	652
IV. Staatliche Gewährleistungsverantwortung im Blick auf semi-öffentliche Räume	652
C. Rolle des Rechts in einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes	655
I. Funktion von Rechtsnormen in einer relationalen Theorie des öffentlichen Raumes	655
II. Materielles Substrat öffentlicher Räume und ihre soziale Nutzung; Strukturierungsleistung und Vermittlungsfunktion des Rechts	655
III. Öffentlicher Raum als Rechtsbegriff – Funktion und Wirkung	656
1. Perspektivenwechsel	656
a) Verfassungsrechtliche Fundierung der Rechtsbeziehungen im öffentlichen Raum	656
b) Von öffentlichen Sachen zu Nutzungsrechten des Bürgers	656
c) ‚Spatial turn‘ in der Rechtswissenschaft: Die räumliche Dimension von Freiheit und die Funktionsvielfalt des öffentlichen Raumes	657
2. Fokussierung; Bündelung unterschiedlicher Rechts- fragen im Fokus des öffentlichen Raumes	658
a) Übergreifende Sicht auf und Lösungsstrategien für Rechtsprobleme in öffentlichen und semi-öffentlichen Räumen	658
b) Relativierung der Dichotomie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im Blick auf die Rechtsprobleme des öffentlichen Raumes	661

3. Rechtsbildende Funktion: Der Rechtsbegriff des öffentlichen Raumes als Kristallisationspunkt des Rechts auf und des Rechts am öffentlichen Raum . . .	663
4. Maßstabsfunktion: Normative Leitbilder für den öffentlichen Raum und ihre Umsetzung	663
5. Bewusstseinswandel: Gesteigerte Aufmerksamkeit und Wertschätzung für den öffentlichen Raum	665
<i>§ 11 Resümee: Das Recht auf und das Recht am öffentlichen Raum . . .</i>	<i>667</i>
A. Das Recht auf öffentlichen Raum	667
I. Das Recht auf öffentlichen Raum als Zugangs- und Teilhaberecht	667
II. Weitere Fragen: Leistungsrechtliche Gehalte, staatliche Schutzpflichten und Privatisierungsgrenzen	668
B. Das Recht am öffentlichen Raum	671
I. Das Recht am öffentlichen Raum und die Eigentumsverhältnisse am materiellen Substrat öffentlicher Räume	671
II. Rechtslage in unterschiedlichen öffentlichen Räumen	674
1. Öffentlicher Raum im engeren Sinne	674
2. Semi-öffentliche Räume im weiteren Sinne	678
3. Semi-öffentliche Räume im engeren Sinne	680
C. Ausblick	683
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>687</i>
<i>Personenregister.</i>	<i>751</i>
<i>Sachregister</i>	<i>755</i>

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung(en)
Abdr.	Abdruck
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Amtsgericht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ahd.	althochdeutsch
AK GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
AKP	Adalet ve Kalkınma Partisi (deutsch: Partei für Gerechtigkeit und Aufschwung)
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht
altgriech.	altgriechisch
amtl.	amtlich(en)
Amtsbl.	Amtsblatt [des Saarlandes]
Anm.	Anmerkung
AöR (N.F.)	Archiv des öffentlichen Rechts (Neue Folge); vor 1910: Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift)
ARL	Akademie für Raumforschung und Landesplanung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
Art.	Artikel
ASOG Bln	Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz für Berlin
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
Az.	Aktenzeichen
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg, baden-württembergisch(es)
BauGB	Baugesetzbuch
BauO Bln	Bauordnung für Berlin
BauR	Zeitschrift für Baurecht (Zeitschrift)
Bay	Bayern, bayerisch
BayBO	Bayerische Bauordnung
BayLTDrs.	Drucksachen des Bayerischen Landtags

BayNatSchG	Gesetz über den Schutz der Natur, die Pflege der Landschaft und die Erholung in der freien Natur (Bayerisches Naturschutzgesetz)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayRS	Bayerische Rechtssammlung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
BayWG	Bayerisches Wassergesetz
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bbg	Brandburg, brandenburgisch(e/es)
BBG	Bundesbeamtengesetz
BbgPolG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg (Brandenburgisches Polizeigesetz)
BbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
Bd./Bde.	Band/Bände
BDEW	Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründer
Bek.	Bekanntgabe
ber.	berichtigt
bes.	besonders
Beschl.	Beschluss
betr.	betrifft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGG	Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
BLJ	Bucerius Law Journal (Zeitschrift)
Bln	Berlin
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)
Brem	Bremen, bremisches
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BRK	Behindertenrechtskonvention
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz)
BUND	Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BvQ	Registerzeichen bzw. Aktenzeichen des Bundesverfassungsgerichts für einstweilige Anordnungen
BvR	Registerzeichen bzw. Aktenzeichen des Bundesverfassungsgerichts für Verfassungsbeschwerden
BW	Baden-Württemberg
BWaldG	Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft (Bundeswaldgesetz)
BWO	Bundeswahlordnung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Cal.	California (Kalifornien)
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review (Zeitschrift)
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
Chap.	Chapter (Kapitel)
CRC	Convention on the Rights of the Child
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DGVR	Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht
d.h.	das heißt
d.i.	das heißt, das ist (lat. diet item)
dies.	dieselbe(n)
DKZ	Deutsche Kolonial-Zeitung (Zeitschrift)
DOG	Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse der Freien und Hansestadt Hamburg (Deichordnungsgesetz) v. 29.4.1964 (GVBl. S. 79), durch Ges. v. 1.9.2005 (GVBl. S. 377) aufgehoben
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht (Zeitschrift)
DSchG	Denkmalschutzgesetz
DSchG Bln	Gesetz zum Schutz von Denkmälern in Berlin (Denkmalschutzgesetz)
DSchG Brem	Gesetz zur Pflege und zum Schutz der Kulturdenkmäler (Denkmalschutzgesetz [Bremen])
DSchG BW	Gesetz zum Schutz der Kulturdenkmäler (Denkmalschutzgesetz [Baden-Württemberg])
DSchG NRW	Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler im Lande Nordrhein-Westfalen (Denkmalschutzgesetz)
DSchG SH	Gesetz zum Schutz der Denkmale (Denkmalschutzgesetz [Schleswig-Holstein])
dt.	deutsch
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
E	Entscheidung
e.g.	zum Beispiel (Verwendung im Englischen von lat. exempli gratia)
ebd.	ebenda
EBO	Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
eingel.	eingeleitet
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
engl./Engl.	englisch/[aus dem] Englischen
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz)
Erstausg.	Erstausgabe
erw.	erweiterte
et al.	und andere (lat. et alii, aliae, alia)
etc.	et cetera
ETS	European Treaty Series
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Zeitschrift)
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuWO	Europawahlordnung
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
EWüVRO	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg; Entwurf eines Gesetzes mit Begründung.
f.	folgend(e)
FAO	First Amendment overbreadth doctrine
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Feb.	Februar
ff.	folgende
FidErlG	Gesetz über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
Fn.	Fußnote
Folg.	[im/zum] Folgenden
Frankfurt a. M.	Frankfurt am Main
franz./Franz.	französisch(en/es)/[aus dem] Französischen
FS f.	Festschrift für
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
FStrPrivFinG	Gesetz über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private (Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz)
GA	General Assembly
GastG	Gaststättengesetz
GBL.	Gesetzblatt [für Baden-Württemberg; der Freien Hansestadt Bremen]
gem.	gemäß
Gesamtausg.	Gesamtausgabe
Ges. v.	Gesetz vom
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Gliederungsnr.	Gliederungsnummer
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie Kommanditgesellschaft
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta)
griech.	griechisch
GV.	Gesetz- und Verordnungsblatt [für das Land Nordrhein-Westfalen]
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt [für Berlin; für das Land Brandenburg; für das Land Hessen; für das Land Rheinland-Pfalz; für das Land Sachsen-Anhalt; für den Freistaat Thüringen; Bayerisches/Hamburgisches/Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt]
GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt [für Mecklenburg-Vorpommern; für Schleswig-Holstein]
GYIL	German Yearbook of International Law
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Zeitschrift)
Hastings L. J.	Hastings Law Journal (Zeitschrift)
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdbStKiR	Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HdBVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hess, auch H	Hessen, hessisch(er)
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
Hg.	Herausgeber
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
hg. v.	herausgegeben von
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hmb, auch H	Hamburg, hamburgisch(es)
HmbAbfG	Hamburgisches Abfallwirtschaftsgesetz
HmbWaG	Hamburgisches Wassergesetz
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
H-Soz-u-Kult	Kommunikation und Fachinformation für die Geschichtswissenschaften (seit 2014: H-Soz-Kult)
HWG	Hamburgisches Wegegesetz
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e.	das ist, das heißt (lat. id est)
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz)
insbes.	insbesondere
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review (Zeitschrift)
i. S./i. S. d.	im Sinne (des)
ISA	International Seabed Authority

i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
Jahrb.	Jahrbuch
Jan.	Januar
Jg.	Jahrgang
Jh./Jhs.	Jahrhundert(s)
JöR n.F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge (seit 1951)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kammerbeschl.	Kammerbeschluss
Kap.	Kapitel
KJ	Die Kritische Justiz. Vierteljahresschrift für Recht und Politik
km	Kilometer
Komm.	Kommentierung
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (Zeitschrift)
lat.	lateinisch
LBauO RhPf	Landesbauordnung Rheinland-Pfalz
L-BGG	Landesgesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Landes-Behindertengleichstellungsgesetz) [Baden-Württemberg]
LBO BW	Landesbauordnung für Baden-Württemberg
LdR	Ergänzbare Lexikon des Rechts
LD SG SH	Schleswig-Holsteinisches Gesetz zum Schutz personenbezogener Informationen (Landesdatenschutzgesetz)
Lfg.	Lieferung
Lit.	Literatur
Lizenzausg.	Lizenzausgabe
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
Lkw	Lastkraftwagen
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (Zeitschrift)
LNTS	League of Nations Treaty Series
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz)
Ls.	Leitsatz
LSA	Land Sachsen-Anhalt
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LVerfG M-V	Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern

LVwG SH	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig Holstein (Landesverwaltungsgesetz)
LWaldG BW	Waldgesetz für Baden-Württemberg (Landeswaldgesetz)
LWG NRW	Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landeswassergesetz)
LWO	Verordnung des Innenministeriums zur Durchführung des Landtagswahlgesetzes (Landeswahlordnung) [Baden-Württemberg]
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
m. N.	mit Nachweis(en)
m. umfangr. weit. Nachw.	mit umfangreichen weiteren Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Mass.	Massachusetts
MBergG	Gesetz zur Regelung des Meeresbodenbergbaus (Meeresbodenbergbaugesetz)
Md.	Maryland
Mich. L. R.	Michigan Law Review (Zeitschrift)
MietRRG	Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz)
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
Nachdr.	Nachdruck
Nachw.	Nachweise
Nds.	Niedersachsen, niedersächsische(s)
NdsBauO	Niedersächsische Bauordnung
NdsDschG	Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz
NdsSOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NdsStrG	Niedersächsisches Straßengesetz
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
Neuauf.	Neuaufgabe
Neubearb./neubearb.	Neubearbeitung/neubearbeitete
Neubek.	Neubekanntmachung
Neuf.	Neufassung
n. F.	neue Fassung
NGOs	Non-Governmental Organizations (Nichtregierungsorganisationen)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
no.	numero
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nov.	November
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NS	Nationalsozialismus
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. Rechtsprechungs-Report

NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NY	New York State
NYC	New York City
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o. Ä.	oder Ähnliche(s)
OBG NRW	Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehördengesetz [Nordrhein-Westfalen])
o.g.	oben genannt(en)
Okt.	Oktober
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	öffentlicher Personennahverkehr
ÖPNVG	Gesetz über die Planung, Organisation und Gestaltung des öffentlichen Personennahverkehrs [Baden-Württemberg]
Orig.	Original
Os.	Orientierungssatz
o.S.	ohne Seite
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PAG Bay	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz)
PAG Thür	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei (Polizeiaufgabengesetz)
pass.	passim
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PDS	Partei des Demokratischen Sozialismus
Pkw	Personenkraftwagen
POG RhPf	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz [Rheinland-Pfalz]
PolG BW	Polizeigesetz [Baden-Württemberg]
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
PolG Sachs	Polizeigesetz des Freistaates Sachsen
PPP	Public Private Partnership
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
RC	Recueil des cours
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens (Zeitschrift)
Res.	Resolution
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPf	Rheinland-Pfalz
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RuR	Raumforschung und Raumordnung (Zeitschrift)
S.	Seite/Satz
s.	siehe
s. a.	siehe auch
Saarl	Saarland, saarländisches
SaarlPolG	Saarländisches Polizeigesetz

SaarlStrG	Saarländisches Straßengesetz
Sachs/Sächs	Sachsen/sächsische(s)
SächsGVBl.	Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
SchulG BW	Schulgesetz für Baden-Württemberg
SchulG NRW	Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
Sec. Treat.	Second Treatise [of Government]
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SH	Schleswig-Holstein
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt(e/er/es)
SOG Hmb	Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung [Hamburg]
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
SOG M-V	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern (Sicherheits- und Ordnungsgesetz)
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SRÜ	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen
StGB	Strafgesetzbuch
StrG BW	Straßengesetz für Baden-Württemberg
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StrWG NRW	Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
StrWG SH	Straßen- und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
StWissStPrax	Staatswissenschaften und Staatspraxis (Zeitschrift)
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review (Zeitschrift)
SVWO	Wahlordnung für die Sozialversicherung
SZ	Süddeutsche Zeitung
Thür	Thüringen/thüringer
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
TKG	Telekommunikationsgesetz
u.	und
u. a.	und andere/unter anderem
u. a. O.	und andere Orte
übers. v.	übersetzt von
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review (Zeitschrift)
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review (Zeitschrift)
u. d. T.	unter dem Titel
UIG	Umweltinformationsgesetz
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen
Unterabs.	Unterabsatz
UNTS	United Nations Treaty Series

unveränd.	unveränderte(r)
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift)
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	von/vom
Va. L. Rev.	Virginia Law Review (Zeitschrift)
VBLBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
v. Chr.	vor Christus
Verf./Verf.'in	Verfasser/Verfasserin
Verf BW	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
Verf NRW	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VN	Vereinte Nationen (Zeitschrift)
VO	Verordnung
vol.	volume/volumen
VR	Verwaltungsrundschau (Zeitschrift)
VSO	Schulordnung für die Volksschulen in Bayern (Volksschulordnung)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz [des Bundes]
WaG	Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz) [Schweiz]
WaStrG	Bundeswasserstraßengesetz
weit. Nachw.	weitere Nachweise
WHO	World Health Organization
WissR	Wissenschaftsrecht (Zeitschrift)
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Reichsverfassung)
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Zeitschrift)
Z.	Ziffer
zahlr.	zahlreich(en)
z. B.	zum Beispiel
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfV	Zeitschrift für Völkerrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZgStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHF	Zeitschrift für Historische Forschung
zit.	zitiert
ZphF	Zeitschrift für philosophische Forschung
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPR	Zeitschrift für Rechtspolitik
zul. geänd. d. Ges. v.	zuletzt geändert durch Gesetz vom
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

1. Kapitel

Wandlungsprozesse und neue Herausforderungen im öffentlichen Raum

§ 1 Einleitung

A. Problemstellung

Der öffentliche Raum unterliegt einem Wandlungsprozess, der viele Fragen aufwirft, rechtliche Probleme in einem neuen Licht erscheinen lässt oder sogar in ganz neuer Weise stellt. Große Shopping-Center, Airport-Cities oder private Stadtquartiere wie der Potsdamer Platz in Berlin, die in ihrer optischen Gestaltung zwar öffentlichen Raum simulieren und auch faktisch Öffentlichkeit herstellen, rechtlich aber dem Privatrechtsregime unterliegen, stellen das Recht des öffentlichen Raumes vor neue Herausforderungen. So ergibt sich hier die grundrechtliche Problematik, dass Freiheitsbetätigungen vielfach nur noch auf privatem Grund und Boden möglich sind, aber häufig keine Einwilligung der privaten Betreiber vorliegt. Sofern Bürgerinnen und Bürger hingegen ohne deren Zustimmung vom Grundrecht der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit aus Art. 8 GG Gebrauch machen oder in Ausübung der Meinungsfreiheit Flyer verteilen, sprechen die privaten Betreiber auf der Basis ihres Hausrechts (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB) unter Umständen ein Hausverbot aus.¹ Eine solche Konstellation lag sowohl dem im Februar 2011 vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fraport-Fall zugrunde, in dem es um Meinungskundgaben und Proteste gegen vom Frankfurter Flughafen aus durchgeführte Abschiebungen ging, als auch einer einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts vom Juli 2015, durch die ein Hausverbot gegen den Veranstalter eines 15-minütigen „Bierdosen-Flashmobs für die Freiheit“ auf dem im Eigentum einer GmbH & Co. KG stehenden Nibelungenplatz in Passau aufgehoben wurde.²

¹ Zur rechtsdogmatischen Begründung des Hausrechts s. *Prothmann*, Wahl des Versammlungsortes, S. 76 ff.

² Siehe BVerfGE 128, 226, Urt. v. 22.2.2011 – Az. 1 BvR 699/06 – Fraport-Fall, dazu eingehend unten S. 470 ff., 618 ff. u. *pass.*; BVerfG, 3. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 18.7.2015 – Az. 1 BvQ 25/15 – Bierdosen-Flashmob, NJW 2015, S. 2485. Das Gericht weist hier (vgl. aaO., S. 2486; Zitat s. Os. 1) aber ausdrücklich darauf hin, dass die Frage, nach „welchen konkreten Grundsätzen die Kollision der Grundrechte auf Versammlungs- und Meinungsäußerungsfreiheit mit den Grundrechten Privater, die einen öffentlichen Verkehr eröffnen und

Vor dem Hintergrund der Erkenntnis, dass wir mit der Zunahme semi-öffentlicher Räume offenbar im Begriff sind, eine wesentliche Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Grundrechte im öffentlichen Raum zu verlieren, fällt der Blick zurück auf den herkömmlichen urbanen öffentlichen Raum, der im Folgenden als öffentlicher Raum im engeren Sinne bezeichnet werden soll. Es stellt sich die Frage, wie dort die räumliche Dimension von Freiheit geschützt wird. Dabei zeigt sich, dass das Problem ein doppeltes ist: Es geht nicht allein um komplexe Rechtsfragen, die aus dem Phänomen der Privatisierung³ erwachsen; vielmehr scheint der Schutz der räumlichen Dimension der Freiheit auch im öffentlichen Raum im engeren Sinne auf unsicherem Grund zu stehen. Während der private Raum mit der Wohnungsfreiheit des Art. 13 GG, die man auch als ‚Recht am privaten Raum‘ bezeichnen könnte, explizit grundrechtlichen Schutz genießt, fehlt es an einem entsprechenden ‚Recht am öffentlichen Raum‘: Auch im öffentlichen Raum im engeren Sinne begegnet man daher dem Einwand, dass das Grundeigentum in öffentlicher Hand – offenbar ebenso wie das Eigentum Privater in semi-öffentlichen Räumen – für den Bürger ‚fremd‘ sei, er für die Grundrechtsausübung also eine ‚fremde‘ Sache in Anspruch nehme.⁴

Die Frage, ob der Bürger das Grundeigentum, über das die öffentliche Hand verfügt, in Anspruch nehmen darf – und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Zwecken – richtet sich nach dem Recht der öffentlichen Sachen. Dieses weist allerdings erhebliche Inkonsistenzen im Blick auf seine einzelnen Teilgebiete auf. So wird beispielsweise eine Versammlung auf der öffentlichen Straße ganz anders behandelt als eine Versammlung in einem Park oder in einer anderen öffentlichen Einrichtung. Für Art. 8 GG kann es jedoch nicht entscheidend sein, unter welches Rechtsregime das einfache Recht Orte stellt, an denen aufgrund ihrer allgemeinen Verkehrsfunktion ‚Öffentlichkeit‘ hergestellt ist.⁵ Insbesondere sieht das höherrangige Verfassungsrecht keine Begrenzung der Versammlungsfreiheit auf die nach einfachem Recht im Gemeingebrauch stehende öffentliche Straße vor. Umgekehrt gilt hingegen, dass das Straßen- und Wegerecht sicherlich das *in praxi* wichtigste Teilgebiet des Rechts der öffentlichen Sachen darstellt und ihm auch gerade im Blick auf die Versammlungsfreiheit große Bedeutung zukommt. Aus diesem Grund hat man versucht, das Straßenrecht im Wege der Auslegung mit dem Verfassungsrecht

damit Orte der allgemeinen Kommunikation schaffen, aufzulösen ist,“ vom BVerfG (auch im Fraport-Fall, vgl. E 128, 226 [250]) noch nicht entschieden worden sei und einer Klärung im Hauptsacheverfahren bedürfe. Der wesentliche Unterschied zum Fraport-Fall ist der, dass es beim „Bierdosen-Flashmob“ um einen *nicht durch den Staat beherrschten* semi-öffentlichen Raum im engeren Sinne geht; dazu eingehend unten S. 619 ff.

³ Hier sind nicht allein semi-öffentliche Räume gemeint, die vor ihrer Privatisierung in öffentlicher Hand waren, sondern auch jene semi-öffentlichen Räume, die wie Shopping-Center von vornherein von Privaten zur Verfügung gestellt werden.

⁴ Vgl. *Burgi*, in: DÖV 1993, S. 633 ff.

⁵ *Enders* u. a., Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, S. 62.

zu harmonisieren: Der straßenrechtliche Begriff des Verkehrs soll hier bekanntlich auch den „kommunikativen Verkehr“⁶ umfassen. Das Problem ist aber, dass dieser Lösungsansatz zu punktuell bleibt, sich etwa auf öffentliche Einrichtungen schon aufgrund ihrer Vielgestaltigkeit nicht übertragen lässt. Das wird am Beispiel des Hofgartenwiesen-Falles⁷ deutlich, bei dem es um eine Großdemonstration auf der universitätseigenen Bonner Hofgartenwiese ging: Es wäre hier nicht vertretbar gewesen zu argumentieren, dass der von der Bonner Universität rechtmäßig auf Erholungszwecke beschränkte Widmungszweck verfassungskonform in dem Sinne auszulegen sei, dass darunter auch Demonstrationen zu subsumieren seien.

Letztlich kann es aber schon aus normhierarchischen Gründen nicht allein auf den Inhalt des einfachrechtlichen Widmungsaktes ankommen.⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat daher auch festgestellt, dass zumindest ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung unter Berücksichtigung der Versammlungsfreiheit bestehe.⁹ Gleichwohl blieb im Hofgartenwiesen-Fall nicht nur der Klägerin der Erfolg versagt, sondern insbesondere auch unklar, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Anspruch denn überhaupt je Erfolg haben könnte bzw. wie die Rechtsposition des Bürgers hier zu bestimmen ist: Nimmt er tatsächlich ‚fremden‘ Grund und Boden in Anspruch, wenn er Eigentum in öffentlicher Hand für Grundrechtsbetätigungen nutzen will? Profitiert er insoweit nur von der grundrechtlichen Schwäche der öffentlichen Hand, die sich selbst nicht auf den Eigentumsschutz des Art. 14 GG berufen kann?¹⁰ Oder gibt es vielleicht doch auch ein dem ‚Recht am privaten Raum‘ korrespondierendes ‚Recht am öffentlichen Raum‘? Und wie ist das Verhältnis des Bürgers zum Eigentum in öffentlicher Hand rechtlich zu qualifizieren? Dass es sich dabei jedenfalls nicht um zivilrechtliches Eigentum im Sinne des § 903 BGB handelt, hat das Bundesverfassungsgericht sowohl in seiner Entscheidung zu § 4 Hamburgisches Wegegesetz (HWG), der öffentliches Eigentum an öffentlichen Straßen und Wegen eingeführt hat,¹¹ als auch in der Fraport-Entscheidung¹² deutlich gemacht. Könnte ein ‚Recht am öffentlichen Raum‘ vielleicht in der besonderen Beziehung des Bürgers zum materiellen Substrat des öffentlichen

⁶ Dazu statt vieler *Stahlhut*, in: Kodal (Begr.), Straßenrecht⁷, Kap. 25 Rn. 18.2; BVerwGE 84, 71 (73); VGH Mannheim NVwZ-RR 2010, S. 831.

⁷ BVerwG, NJW 1993, S. 609 f., mit Anm. *Schlink*, S. 610 f.

⁸ *Enders* u. a., Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, S. 62; s. a. BVerfG, Urte. v. 20.6.2014 – Az. 1 BvR 980/13, NJW 2014, S. 2706 (2707, Rn. 18). Grundsätzlich anders dagegen noch *Ossenbühl*, Öffentliche und private Nutzung der Bonner Hofgartenwiese, S. 32.

⁹ BVerwG, aaO., S. 610.

¹⁰ So *Schlink*, in: NJW 1993, S. 610 f.

¹¹ BVerfGE 42, 20. § 4 Abs. 1 S. 1 HWG lautet: „Grundflächen, die als öffentliche Wege gewidmet sind und der Freien und Hansestadt Hamburg gehören, stehen einschließlich der in § 2 Absatz 2 genannten Gegenstände in öffentlichem Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg.“ Dazu eingehender unten S. 507 sowie S. 515 ff.

¹² BVerfGE 128, 226 (259 f.), Urte. v. 22.2.2011 – Az. 1 BvR 699/06.

Raumes wurzeln, genauer: aus einem am Grundeigentum in öffentlicher Hand bestehenden ‚Nutzungseigentum‘ der Bürgerinnen und Bürger folgen? Einem solchen ‚Nutzungseigentum‘ der Bürger müsste dann wohl eine ‚treuhänderische‘ Bindung der staatlichen Verfügungsbefugnis korrespondieren. Sofern sich dies begründen lassen sollte, so würde sich im ‚Recht am öffentlichen Raum‘ letztlich der Charakter des öffentlichen Raumes als ‚Allmende‘ aktualisieren.

Es bliebe aber die weitere Frage zu beantworten, wie ein solches Recht grundrechtsdogmatisch einzuordnen ist und ob es als selbstständige oder als unselbstständige Gewährleistung der räumlichen Dimension von Freiheit im öffentlichen Raum zu verstehen ist. Vereinzelt wurden Vorstöße unternommen, um zu begründen, warum ganz speziell – und damit auch ausschließlich – die Inanspruchnahme der öffentlichen Straße bereits vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit umfasst sei.¹³ Dies lässt sich als Anerkennung eines in die Versammlungsfreiheit inkorporierten, unselbstständigen Rechts am öffentlichen Raum verstehen, das sich allerdings wiederum nur auf den einfachgesetzlich näher definierten Bereich des Straßenrechts beziehen würde.¹⁴ Die durch die Hofgartenwiesen-Entscheidung schlaglichtartig beleuchteten Inkonsistenzen zwischen dem Straßen- und Wegerecht und der Nutzung öffentlicher Einrichtungen für grundrechtliche – aber außerhalb des Widmungszwecks der Einrichtung liegende – Zwecke lassen sich auf dieser Basis also ebenfalls nicht lösen.¹⁵ Zudem erscheint die Annahme, dass allein das einfache Recht über die Reichweite der in Art. 8 GG gewährleisteten Versammlungsfreiheit bestimmen soll, wie bereits erwähnt, aus normhierarchischen Gründen problematisch. Dies gilt umso mehr, wenn es um ein Rechtsgebiet geht, das ursprünglich unerschwinglich von Vorstellungen anstaltsstaatlicher Rechtsgewährung geprägt war. – Man denke nur an die bis zur Hofgartenwiesen-Entscheidung geltende Rechtslage, nach der die Sonderbenutzungserlaubnis für öffentliche Einrichtungen noch wie ein echtes Privileg vergeben wurde.¹⁶ Auch vor diesem Hintergrund werden im Blick auf das Recht der öffentlichen Sachen immer wieder rechtsdogmatische und theoretische Defizite beklagt; teils wird es sogar insgesamt als „Trümmerhaufen“ (*Dirk Ehlers*) bezeichnet.¹⁷

Auch wenn außer Streit steht, dass der öffentliche Raum als Raum der Freiheit und der Gleichheit¹⁸ prinzipiell ein Ort vielfältiger Grundrechtsbetätigungen ist, bewegt sich der Grundrechtsberechtigte in diesem Raum, verfassungsrechtlich betrachtet, gewissermaßen frei schwebend: Es fehlt an einer

¹³ Vgl. *Burgi*, in: DÖV 1993, S. 633 (638 f.).

¹⁴ Siehe zu *Burgis* Position im Einzelnen unten S. 467–474 u. *pass.*

¹⁵ So stellt auch *Burgi*, aaO., S. 639, fest, dass es bei Versammlungen in öffentlichen Einrichtungen bei der einfachrechtlichen Sach- und Güterzuordnung bleibe, „was auch die Klägerin im Hofgartenwiesen-Verfahren erfahren mußte.“

¹⁶ Dazu *Schlink*, in: NJW 1993, S. 610.

¹⁷ So *Ehlers*, in: NWVBl. 1993, S. 327 ff.

¹⁸ *Gusy*, in: VerwArch 92 (2001), S. 344 (350); *ders.*, in: JZ 2009, S. 217 (bes. S. 219 ff.).

systematischen Grundlegung, die hinsichtlich der Freiheit des Bürgers, auch den *konkreten Ort* seiner Freiheitsbetätigung selbst zu bestimmen, Klarheit darüber schaffen könnte, wann dies verfassungsrechtlich möglich ist und welche Beschränkungen ggf. gerechtfertigt wären. Die Anerkennung eines im ‚Nutzungseigentum‘ der Bürgerinnen und Bürger wurzelnden Rechts am öffentlichen Raum könnte insoweit Abhilfe schaffen.

Im Hinblick auf jene Bereiche des öffentlichen Raumes, die sich in privater Hand befinden, stellt sich die Frage nach der Bedeutung des Eigentums am materiellen Substrat dieser semi-öffentlichen Räume hingegen umgekehrt: Welchen Bindungen unterliegt privates Eigentum, wenn dort ein Allgemeinverkehr eröffnet wird, also faktisch Öffentlichkeit hergestellt bzw. in größerem Stil ‚öffentlicher Raum‘ simuliert wird? Für den Bereich des Frankfurter Flughafens hat das Bundesverfassungsgericht in der Fraport-Entscheidung von 2011 auf der Basis funktionaler Erwägungen, die sich an die US-amerikanische *public forum doctrine* anlehnen,¹⁹ festgestellt, dass die Ausübung der Kommunikationsgrundrechte dort von Verfassungen wegen zulässig sei. Die Besonderheit besteht allerdings darin, dass die Fraport AG sich im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand befindet und das Bundesverfassungsgericht aus diesem Grund eine unmittelbare Grundrechtsbindung bejaht hat.²⁰ Dies ist teils begrüßt worden, teils auf Kritik gestoßen.²¹ Die Rechtslage in semi-öffentlichen Räumen, die *nicht* von der öffentlichen Hand beherrscht werden, ist damit aber nach wie vor ungeklärt. Es gibt also immerhin erste Ansätze zur Lösung der spezifischen Rechtsprobleme in semi-öffentlichen Räumen, doch sind noch viele Fragen offen.

Auch Privatisierungen im Bereich öffentlicher Straßen werfen schwierige Rechtsfragen auf und bringen überkommene rechtsdogmatische Figuren an ihre Grenzen. Wie steht es etwa um die Ausübung der Versammlungsfreiheit auf öffentlichen Straßen im straßenrechtlichen Sinne, die jedoch, wie beispielsweise der Lübecker Herrentunnel, auf der Basis des Gesetzes über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private (Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz)²² von Privaten betrieben werden? Hier kam es zur Nagelprobe, als Bürgerinnen und Bürger mit einem Demonstrationszug, der durch den Lübecker Herrentunnel führen sollte, gegen die dort erhobene Maut demonstrieren wollten. Sie erhielten die Auflage, die Streckenführung zu ändern.

¹⁹ BVerfGE 128, 226 (bes. S. 251–254), Urt. v. 22.2.2011 – Az. 1 BvR 699/06; s. a. BVerfG, Az. 1 BvR 980/13 v. 20.6.2014, NJW 2014, S. 2706 (2707, Rn. 15) – Dresdner Heidefriedhof, sowie BVerfG, Beschl. v. 18.7.2015 – Az. 1 BvQ 25/15, NJW 2015, S. 2485 (Rn. 5f.) – Bierdosen-Flashmob. Kritisch zur Anlehnung an die *public forum doctrine* in der Fraport-Entscheidung Enders, in: JZ 2011, S. 568, Anm. S. 577 (579).

²⁰ BVerfGE, aaO., S. 244ff.

²¹ Kritisch u. a. Pfeiffer, in: LMK 2011, 322526; befürwortend im Blick auf die Besonderheiten des Falles Muckel, in: JA 2011, 557 (559).

²² Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz i. d. F. der Bekanntmachung v. 6.1.2006 (BGBl. I, S. 49).

Eine dagegen gerichtete Klage vor dem Verwaltungsgericht Schleswig blieb ohne Erfolg.²³ Dies war vor allem auch auf das in dieser Konstellation auftretende Spannungsverhältnis zwischen dem Gemeingebrauch und den Geschäftsinteressen der privaten Betreiberin zurückzuführen: Einerseits handelt es sich auch bei Straßen, die auf Grundlage des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes betrieben werden, um im Gemeingebrauch stehende öffentliche Straßen. Seit jeher haben öffentliche Straßen dank ihrer vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten eine geradezu paradigmatische Bedeutung für die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens insgesamt, da sich dort öffentliche Kommunikationsräume bzw. -foren etablieren können. Vor dem Hintergrund der für die Demokratie essentiellen Kommunikationsgrundrechte wird der Begriff des Verkehrs auf öffentlichen Straßen, wie oben schon erwähnt, nach herrschender Ansicht als „kommunikativer Verkehr“²⁴ gedeutet.²⁵ Dem schließt sich das Gericht im Herrentunnel-Fall auch an.²⁶ Es berücksichtigt andererseits aber eben auch die Interessen der privaten Betreiberin. Im Ergebnis scheitern die Kläger mit ihrem Begehren, die Versammlungsfreiheit an diesem Ort auszuüben, nicht etwa aufgrund nicht ausräumbarer Sicherheitsbedenken. Sie scheitern vielmehr, weil der privaten Betreiberin die Mitwirkung an einem (ihren Geschäftsinteressen zuwiderlaufenden) Sicherheitskonzept nicht zumutbar sei. – Für ein vorangegangenes sportliches Event, den sogenannten „Tunnel-Lauf“, hatte die Betreiberin hingegen unstreitig ein taugliches Sicherheitskonzept vorgelegt. Dies zeigt, dass Privatisierungen die ohnehin etwas fragile Konstruktion des „kommunikativen Verkehrs“ (samt der unübersichtlichen Kasuistik zur Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung) ins Wanken bringen. Die Straße als „Mehrzweckinstitut“ (*Arnold Köttgen*)²⁷ scheint plötzlich wieder auf den reinen Verkehrszweck im engeren Sinne, also auf ihre bloße Transportfunktion, zusammenzuschrumpfen.

Diese unterschiedlichen Beispiele verdeutlichen, dass der öffentliche Raum als „Raum der Freiheit“²⁸ in der Tat auf keinem soliden Fundament steht. War schon die Ausgangslage im öffentlichen Raum im engeren Sinne nicht befriedigend, so droht der sich jetzt abzeichnende Wandlungsprozess des öffentlichen

²³ Vgl. VG Schleswig, Urt. v. 19.2.2008 – Az. 3 A 235/07 – (juris).

²⁴ So zuletzt BVerfGE 128, 226 (244 ff., 251–254).

²⁵ Demgegenüber stellt *Burgi*, in: DÖV 1993, S. 633 (639), klar, dass es nach seiner Auffassung speziell bei der Versammlungsfreiheit „weder um Gemeingebrauch noch um Sondernutzung, sondern schlicht um Grundrechtsausübung“ gehe. Er grenzt sich somit ausdrücklich von den Versuchen einer verfassungskonformen Interpretation des straßenrechtlichen Verkehrsbegriffs ab. Siehe zu *Burgis* Position im Einzelnen unten S. 467–474 u. *pass.*

²⁶ VG Schleswig, Urt. v. 19.2.2008 – Az. 3 A 235/07 – S. 10, juris: Rn. 33.

²⁷ *Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 28.

²⁸ *Gusy*, in: JZ 2009, S. 217 ff.; *ders.*, in: VerwArch 92 (2001), S. 344 (349 f.). Er weist in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass in Deutschland eine Theorie des öffentlichen Raumes kaum entwickelt sei und es dementsprechend erst recht an einer Theorie der semi-öffentlichen Räume fehle (s. VerwArch 92 [2001], S. 365).

Raumes die überkommenen rechtlichen Konstruktionen des Rechts der öffentlichen Sachen, einschließlich ihrer partiellen verfassungsrechtlichen Überformung, zum Einsturz zu bringen. Gleichzeitig entsteht Bedarf für neue rechtliche Ansätze, die die Freiheitsausübung auch unter dem privatrechtlichen Rechtsregime ermöglichen sollen. Es geht dabei auch keineswegs allein um die Ausübung der Versammlungs-, der Meinungs- und anderer Kommunikationsfreiheiten, zu denen etwa auch die unterschiedlichen Formen der – teils politisch motivierten – Straßenkunst (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) zählen. Sicherlich gilt diesen Grundrechten besonderes Augenmerk, denn durch sie realisiert sich eine zentrale Bedeutungskomponente der Idee der Öffentlichkeit: Es ist dies der innere Zusammenhang von Öffentlichkeit und (politischen) Kommunikationsprozessen, deren theoretische Durchdringung insbesondere mit der Philosophie von *Jürgen Habermas* in Verbindung gebracht wird. Aber auch andere Freiheitsbetätigungen sind auf den öffentlichen Raum angewiesen: Angefangen bei kirchlichen Prozessionen als Religionsausübung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 GG über die auf Märkten praktizierten Formen der Berufs- und Gewerbefreiheit (Art. 12 und Art. 2 Abs. 1 GG) bis hin zur Freizügigkeit (Art. 11 GG), der alltäglichen Mobilität und der bunten Vielfalt sonstiger Betätigungen, die unter die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) fallen, um nur einige Beispiele zu nennen.

Es kommt hinzu, dass die Umstrukturierung des öffentlichen Raumes offensichtlich auch nicht allein seine freiheitliche Funktion betrifft: Durch Privatisierungen werden Segregationstendenzen und das Auseinanderdriften unterschiedlicher öffentlicher Räume eher befördert. Soziale Randgruppen werden unter dem privatrechtlichen Rechtsregime, ungeachtet aller Versuche einer Gegensteuerung (etwa über das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz²⁹), häufiger exkludiert als im öffentlichen Raum im engeren Sinne, dies teils auch über non-verbale Codes. Der öffentliche Raum ist also offenbar auch als ‚Raum der Gleichheit‘ in Gefahr. Gleichzeitig droht aufgrund von Verwahrlosungstendenzen im öffentlichen Raum im engeren Sinne der Verlust der ‚Allmende‘, so dass bereits von der Notwendigkeit ihrer „Rückeroberung“ die Rede ist.³⁰ Dies wiederum ist der Ausgangspunkt für Sicherheitsdiskurse, die sich heute nicht mehr allein mit der objektiven Gefahrenlage, sondern auch mit dem – für die Nutzung dieser öffentlichen Räume ganz entscheidenden – subjektiven Sicherheitsgefühl befassen.³¹

²⁹ AGG v. 14.8.2006 (BGBl. I, S. 1897), zul. geänd. durch Ges. v. 3.4.2013 (BGBl. I, S. 610). Zu seinen Motiven und Zielen *Singer*, in: Brömmelmeyer u. a. (Hg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 13 (15), für eine Auseinandersetzung mit der rechtspolitischen Kritik, die er i. E. sachlich für nicht gerechtfertigt hält, S. 19ff., zusammenfassend S. 27.

³⁰ Siehe *Volkman*, in: NVwZ 2000, S. 361 ff.

³¹ Dazu *Kötter*, Pfade des Sicherheitsrechts, bes. auch S. 241ff.; *ders.*, in: Der Staat 43 (2004), S. 371 (372ff.) (Angst als Kategorie des Sicherheitsrechts); *Gusy*, in: VerwArch 92 (2001), S. 344 (359ff.); *ders.*, in: JZ 2009, S. 217ff.; *ders.*, in: VerwArch 101 (2010), S. 309ff.;

Die skizzierten Wandlungsprozesse werfen die Frage nach Funktion und Bedeutung des öffentlichen Raumes für das Gemeinwesen insgesamt noch einmal in grundsätzlicher Weise neu auf: In dem Maße, in dem sich das, was zuvor als selbstverständlich galt, verändert, die Akteure und das Rechtsregime wechseln, geraten sowohl die Grundlagen der maßgeblichen Rechtsinstitute als auch die rechtsdogmatischen Strukturen, die das Rechtsregime des öffentlichen Raumes bislang geprägt haben, in Fluss. Es fehlt jedoch an einer tiefer gehenden theoretischen Durchdringung dieser Fragen bzw. an einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes. Dieses Defizit wirkt sich auch auf der abstrakteren (rechtspolitischen) Ebene von Sicherheitsdiskursen, einschließlich der Probleme der „Privatisierung“ von Sicherheit,³² und auf der Ebene der Rechtsanwendung im Bereich des Sicherheits- und Ordnungsrechts aus. Positiv gewendet: Eine Theorie des öffentlichen Raumes, die in einem zweiten Schritt speziell für den urbanen öffentlichen Raum näher zu konkretisieren wäre, sollte es u. a. ermöglichen, das ‚Wozu‘ der Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung in das Kraftfeld der diesen Teilraum in besonderer Weise prägenden normativen Leitbilder einzuordnen. Wird das bekannte bipolare Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit durch weitere Vorgaben ergänzt, so kann dies der Gefahr einer einseitigen Verabsolutierung bestimmter Zwecksetzungen entgegenwirken. Zu diesen, eine Orientierung bietenden Vorgaben könnte beispielsweise der Schutz der ‚Allmende‘ zählen, aber auch das Ziel, durch den rechtlichen Schutz von Diversität und Nutzungsvielfalt ‚Urbanität‘ allererst zu ermöglichen. Auch über differierende Ordnungsvorstellungen und den Grad an abweichendem Verhalten, den wir im öffentlichen Raum zu dulden bereit sind, lässt sich fruchtbarer diskutieren, wenn man sich zuvor darüber Rechenschaft abgelegt hat, welche normativen Leitbilder den (urbanen) öffentlichen Raum prägen (sollten).

Worin könnte darüber hinaus das unmittelbar handlungsanleitende Potential einer Theorie des öffentlichen Raumes liegen, das sie aufweisen muss, wenn sie sich in der Rechtswissenschaft als anwendungsorientierter Wissenschaft bewähren soll? Zunächst einmal würde eine Theorie des öffentlichen Raumes bislang isoliert betrachtete Fragen in eine gemeinsame Perspektive rücken. Obgleich dem Hofgartenwiesen-Fall, dem Herrentunnel-Fall und dem Fraport-Urteil sehr unterschiedliche Konstellationen zugrunde liegen, würden die dort aufgeworfenen Rechtsfragen dann als rechtliche Fragestellungen innerhalb eines kohärenten Problemkreises wahrnehmbar, die einen gemeinsamen

ders., in: KritV 2010, S. 111 ff. Eingehend auch *Schewe*, Das Sicherheitsgefühl und die Polizei. Siehe zu der zunehmenden Subjektivierung des polizeirechtlichen Gefahrbegriffs auch *Schlink*, in: Jura 1999, S. 169 ff.

³² *Gusy*, in: VerwArch 92 (2001), S. 344 (365), monierte das Fehlen einer solchen Theorie dementsprechend auch im Kontext des Verhältnisses von Polizei und privaten Sicherheitsdiensten im öffentlichen Raum.

Bezugspunkt aufweisen: Es geht in allen drei Fällen um die Ausübung der Versammlungsfreiheit im öffentlichen Raum. Demgegenüber wurden solche Fragestellungen bislang zumeist isoliert voneinander betrachtet. In der Konsequenz wird die (vorgebliche) Polarität von Privatrecht und öffentlichem Recht zu stark betont, während übergreifende Zusammenhänge aus dem Blick geraten.

Eine solche Herangehensweise bestimmte auch noch die Fraport-Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2006.³³ Hingegen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Fraport-Entscheidung vom 22. Februar 2011 auf der Basis funktionaler, an der US-amerikanischen *public forum doctrine* orientierter Erwägungen Parallelen zwischen öffentlichen Straßen und Plätzen und sonstigen Orten eines allgemeinen kommunikativen Verkehrs hergestellt³⁴ und auf diese Weise den Anwendungsbereich der Kommunikationsgrundrechte auf semi-öffentliche Räume erweitert. Einerseits ist die *public forum doctrine* aber auch in den Vereinigten Staaten von Amerika Gegenstand heftiger Kontroversen,³⁵ andererseits passt sie sich auch nicht ohne Weiteres in das deutsche Grundrechtsverständnis ein. Das vom Bundesverfassungsgericht erzielte Ergebnis überzeugt, doch bedarf es nach der hier vertretenen Auffassung einer über den funktionalen Ansatz dieser Entscheidung hinausgehenden, deutlich breiteren grundrechtlichen Fundierung.

Dies zeigt sich insbesondere auch dann, wenn dieser mit der Fraport-Entscheidung zunächst in semi-öffentlichen Räumen zur Anwendung gebrachte Ansatz nun auf öffentliche Einrichtungen – also auf Bereiche im öffentlichen Raum im engeren Sinne, in denen das Straßenrecht nicht gilt – zurückübertragen wird, wie dies in einem Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Juni 2014 geschieht:³⁶ Es geht dort um eine Versammlung auf dem Gelände eines kommunalen Friedhofs, und zwar des Dresdner Heidefriedhofs, die sich gegen eine dort am 13. Februar 2012 veranstaltete Gedenkveranstaltung richtete. Das Bundesverfassungsgericht hebt das Urteil des Amtsgerichts Dresden, das den Beschwerdeführer wegen vorsätzlicher Störung der Ruhe und Ordnung auf einem Friedhof in Tateinheit mit vorsätzlicher Beleidigung der Allgemeinheit zu einer Geldbuße von 150 € verurteilt hatte, auf. Zur Begründung führt es aus, dass die Versammlungsfreiheit zwar kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten verschaffe, die Durchführung von Versammlungen jedoch dort verbürge, wo „ein kommunikativer Verkehr“ eröffnet sei. Wörtlich heißt es unter Verweis auf die Fraport-Entscheidung: „aus-

³³ Vgl. BGH, Urteil v. 20.1.2006, NJW 2006, S. 1054.

³⁴ Urteil des BVerfGE 128, 226 (251–254, bes. S. 252f.), Urt. v. 22.2.2011 – Az. 1 BvR 699/06. Dies liegt auf der Linie des vom Arbeitskreis Versammlungsrecht (s. Enders u.a., Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, S. 60) unterbreiteten Vorschlags für eine gesetzgeberische Regelung der Ausübung der Versammlungsfreiheit auf öffentlichen Verkehrsflächen in Privateigentum.

³⁵ Siehe dazu unten S. 597 ff., bes. auch S. 605–612.

³⁶ BVerfG, Urt. v. 20.6.2014 – Az. 1 BvR 980/13, NJW 2014, S. 2706.

schlaggebend ist die tatsächliche Bereitstellung des Ortes und ob nach diesen Umständen ein allgemeines öffentliches Forum eröffnet ist“.³⁷ Aus Sicht des Gerichts ist dies bei Friedhöfen zwar in der Regel nicht anzunehmen; aufgrund der an diesem Tag auf dem Dresdner Heidefriedhof durchgeführten Gedenkveranstaltung in diesem konkreten Fall jedoch zu bejahen.³⁸ Es gelingt dem Gericht auf diese Weise, in einem Bereich, in dem das Straßenrecht gar nicht einschlägig ist, über den in der Fraport-Entscheidung entwickelten, an die US-amerikanische *public forum doctrine* angelehnten funktionalen Ansatz zum selben Ergebnis zu kommen, wie es sonst nur im Bereich des Straßenrechts erzielt wird, wo die Eröffnung eines „kommunikative Verkehrs“ interpretativ aus dem straßenrechtlichen Verkehrsbegriff abgeleitet wird. – Es liegt nahe, dass künftig dann wohl auch im straßenrechtlich geregelten Bereich dieser funktionale Ansatz den Hintergrund für die entsprechende Interpretation des einfachrechtlichen Verkehrsbegriffs bilden wird, auch wenn das Gericht im Friedhofs-Fall zu dieser (hier nicht entscheidungserheblichen) Frage natürlich keine Aussage gemacht hat.

Soll die in der Fraport-Entscheidung vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Forum-Doktrin³⁹ aber sogar spürbare Rückwirkungen auf den öffentlichen Raum im engeren Sinne haben, so erscheint eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Ansatz nur um so wichtiger. Insbesondere wäre es erstrebenswert, über die vom Gericht in der Fraport- und in der Friedhofs-Entscheidung erzielten Ergebnisse hinaus durch eine umfassendere grundrechtliche Fundierung eine tragfähige Lösung zu finden, die nicht nur bei den Kommunikationsgrundrechten, sondern bei allen im öffentlichen Raum einschlägigen Grundrechten greift. Gleichzeitig sollte die Flexibilität, die die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts speziell im Dresdner Friedhofs-Fall auszeichnet, erhalten bleiben, denn die Überlegung, dass eine Versammlung speziell an diesem Tag, an dem bereits eine Gedenkveranstaltung auf dem Dresdner Heidefriedhof stattfindet, durch Art. 8 GG gewährleistet sein muss, obgleich Versammlungen auf Friedhöfen im Regelfall verboten werden können, ist durchaus überzeugend.

Die Lösung könnte in dem oben schon angesprochenen ‚Recht am öffentlichen Raum‘ als Gegenstück zum ‚Recht am privaten Raum‘ liegen. Es wäre nicht allein auf Kommunikationsgrundrechte zugeschnitten, sondern würde die räumliche Seite ganz unterschiedlicher Freiheitsbetätigungen im öffentlichen Raum absichern. Die geforderte Flexibilität ergäbe sich daraus, dass ein solches Grundrecht selbstverständlich im Rahmen seiner Schrankenregelung einschränkbar wäre, also auch zwischen Regel- und Ausnahmefällen im Blick

³⁷ BVerfG, aaO., S. 2707, Rn. 16, unter Verweis auf BVerfGE 128, 226 (251 ff.).

³⁸ BVerfG, aaO., S. 2707, Rn. 19.

³⁹ Kritisch bzgl. der Annahme, dass auf dem Gelände des Frankfurter Flughafens ein ‚öffentliches Forum‘ entstehe, hingenen Pfeiffer, in: LMK 2011, 322526.

auf öffentliche Einrichtungen differenziert werden könnte. Die Frage, die im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht, ist folglich die, *ob* und *wie* sich ein Recht am öffentlichen Raum begründen lässt. Zudem wäre ggf. zu klären, welchem Schrankenvorbehalt es unterliegt, ob es über den öffentlichen Raum im engeren Sinne hinaus auch für semi-öffentliche Räume von Bedeutung ist und wie sein Verhältnis zur Forum-Doktrin des Bundesverfassungsgerichts zu bestimmen ist. Mit der Anerkennung eines Rechts am öffentlichen Raum würde zugleich die perspektivische Verengung auf öffentliche Sachen – die sich seit dem jüngst entschiedenen Dresdner Friedhofs-Fall schon an dem funktionalen Ansatz der Forum-Doktrin bricht – durch eine durchgängig an den Rechten des Bürgers orientierte Perspektive abgelöst und damit auch die anstaltsstaatliche Prägung des Rechts der öffentlichen Sachen endgültig abgestreift.

Es liegt jedoch nahe, dass auch die Anerkennung eines Rechts am öffentlichen Raum nur in jenen öffentlichen Räumen weiterhelfen kann, in denen eine unmittelbare Grundrechtsbindung besteht, also im öffentlichen Raum im engeren Sinne und in solchen semi-öffentlichen Räumen, in denen der öffentlichen Hand eine beherrschende Stellung⁴⁰ zukommt. Für alle anderen semi-öffentlichen Räume wäre somit nach anderen Lösungsansätzen zu suchen. Eine Theorie des öffentlichen Raumes könnte hier insofern einen Beitrag leisten, als sie einen Maßstab bereitstellen würde, nach dem sich besser beurteilen ließe, ob im öffentlichen Raum aus rechtswissenschaftlicher Perspektive relevante quantitative und qualitative Veränderungen feststellbar sind, die unter Umständen auch Handlungsbedarf auslösen. Führt beispielsweise jenes Phänomen, das *William Severini Kowinski* im Blick auf die Vereinigten Staaten von Amerika einst als „The Malling of America“ beschrieb⁴¹ und das mittlerweile auch bei uns zu beobachten ist, in den dadurch entstehenden semi-öffentlichen Räumen zu einer deutlichen Abweichung von den für den urbanen öffentlichen Raum entwickelten normativen Leitbildern? Wenn dem so sein sollte, müssten entweder die normativen Leitbilder revidiert werden oder aber ausgelotet werden, inwieweit die Möglichkeit besteht, im Tatsächlichen gegenzusteuern bzw. rechtliche Regelungen zu schaffen, deren Ziel es wäre, die diagnostizierten Defizite zu kompensieren. Geschähe dies nicht, so würden wichtige Funktionen des öffentlichen Raumes verloren gehen. Dies zeigt, dass sich zukünftig – neben der Frage nach einem ‚Recht *am* öffentlichen Raum‘ – auch die Frage nach einem ‚Recht *auf* öffentlichen Raum‘ stellen könnte: Ersteres steht mit dem öffentlichen Raum als ‚Raum der Freiheit‘ in Verbindung; bei Letzterem geht es auch um den öffentlichen Raum als ‚Raum der Gleichheit‘, denn die skizzierten Veränderungen haben, wie bereits erwähnt, auch mit Exklusionsprozessen zu tun.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 128, 226 (246 ff.), Urt. v. 22.2.2011 – Az. 1 BvR 699/06.

⁴¹ *Kowinski*, The Malling of America. An Inside Look at the Great Consumer Paradise.

In der hier vorgelegten Untersuchung wird der Versuch unternommen, Grundlinien einer Theorie des öffentlichen Raumes zu skizzieren (2. Kapitel) und auf der nächsten Konkretisierungsstufe im Sinne einer materiellen Konzeption des urbanen öffentlichen Raumes weiter auszuarbeiten (3. Kapitel). Auf dieser Grundlage soll dann der Frage nach einem ‚Recht *am* öffentlichen Raum‘ und nach einem ‚Recht *auf* öffentlichen Raum‘ nachgegangen werden (4. Kapitel). Zuvor soll jedoch ein kurzer Blick auf jenen Wandlungsprozess im urbanen öffentlichen Raum geworfen werden, der die Folie für die weiteren Betrachtungen abgibt. Dabei wird der Bogen von der griechischen *Agora* zur Shopping-Mall gespannt – dies nicht nur wegen der darin liegenden idealtypischen Kontrastierung, sondern auch deshalb, weil die *Agora* einen wichtigen Anknüpfungspunkt im Denken von *Hannah Arendt* bildet und dies bei der Entwicklung von Grundlinien einer Theorie des öffentlichen Raumes eine Rolle spielen wird.⁴²

B. Kategorien öffentlicher Räume

Vorab bedarf es einer Klärung der Begrifflichkeiten, die im Folgenden für unterschiedliche Raumkategorien verwandt werden sollen. Obergriff ist ‚der öffentliche Raum (im Singular), der dann die unterschiedlichen Raumkategorien umfasst. Die Kategoriebildung kann nach tatsächlichen oder nach rechtlichen Kriterien erfolgen.

Auf tatsächlichen Kriterien basiert beispielsweise die Einteilung in urbane und ländliche oder in reale und virtuelle Räume. In dieser Untersuchung wird es ganz überwiegend um urbane Räume gehen, die natürlich real sind. Je nach Kontext kann insofern auch einmal nur der urbane öffentliche Raum gemeint sein, wenn von ‚dem‘ öffentlichen Raum die Rede ist. Gelegentlich werden aber auch ländliche Räume thematisiert; virtuelle Räume werden hingegen allenfalls am Rande angesprochen.

Bei der Einteilung in Raumkategorien nach rechtlichen Kriterien hat sich eine Unterteilung in öffentliche und semi-öffentliche Räume eingebürgert. Bisweilen wird synonym auch der Begriff der „Semi-Privatheit“ verwandt.⁴³ Hier bezeichnet der Begriff des semi-öffentlichen Raumes öffentlich allgemein zugängliche Räume in der Hand Privater, wie zum Beispiel Shopping-Malls. Privates Gelände, das nur für einen beschränkten Personenkreis zugänglich ist, wie dies beispielsweise bei einem Betriebsgelände der Fall sein kann, fällt dagegen in die Kategorie der Semi-Privatheit.

Semi-öffentliche Räume, die dem Einfluss der öffentlichen Hand entzogen sind, werden als semi-öffentliche Räume im engeren Sinne bezeichnet. Handelt

⁴² Siehe unten S. 134ff., bes. S. 135, 140, 152, s. a. S. 193, 206f., 464f. u. *pass.*

⁴³ Vgl. *Schuppert*, Politische Kultur, S. 103 (Typologie einer Regulation von Räumen, in der beide Begriffe auftauchen).

es sich jedoch um semi-öffentliche Räume, die durch ein von der öffentlichen Hand beherrschtes Unternehmen betrieben werden, so wird der Begriff des semi-öffentlichen Raumes im weiteren Sinne verwandt. Soll der herkömmliche öffentliche Raum von semi-öffentlichen Räumen abgegrenzt werden, so ist vom öffentlichen Raum im engeren Sinne die Rede. Der Zusatz ‚im engeren Sinne‘ ist also stets vor dem Hintergrund der Polarität zwischen dem herkömmlichen öffentlichen Raum in öffentlicher Hand und dem semi-öffentlichen Raum in privater Hand zu verstehen: Die Endpunkte der beiden Pole ‚öffentlich‘/‚privat‘ werden jeweils durch den Zusatz ‚im engeren Sinne‘ gekennzeichnet, während in semi-öffentlichen Räumen, die Einflüssen aus beiden Richtungen unterliegen, der Zusatz ‚im weiteren Sinne‘ folgt, sofern es im jeweiligen Kontext auf diese Differenzierung ankommt.

§ 2 Von der Agora zur Shopping-Mall: Skizze der Wandlungen des städtischen öffentlichen Raumes

A. Bilder der Stadt und vom städtischen Leben in der historischen und ideengeschichtlichen Rückschau

I. Bedeutung der Agora in der griechischen Polis

Das griechische Wort *Agora* bedeutet Versammlung und bezieht sich im griechischen Altertum auf die Versammlung des Heeres, insbesondere aber auch auf die des Volkes, die *Apella* bzw. *Ekklesia*. *Apella* ist die Bezeichnung für die Volksversammlung der souveränen Spartiatengemeinde im alten Sparta.⁴⁴ *Ekklesia* (lat. *Ecclesia*) bezeichnet die Volksversammlung in Athen und in anderen griechischen Stadtstaaten (*Poleis*).⁴⁵ Sie fand meist unter freiem Himmel statt und entschied – nach Vorberatung durch die Ratsversammlung⁴⁶ – über die wichtigen innen- und außenpolitischen Fragen.⁴⁷ In der Zeit der attischen Demokratie, die im 5. Jahrhundert v. Chr. ihre Blüte erreicht hatte und als frühe Vorläuferin einer auf das Prinzip der Volkssouveränität gegründeten Ordnung

⁴⁴ Sie beschloss Gesetze, wählte die Beamten und entschied über Krieg und Frieden. In der Frühzeit wurde sie durch die beiden Könige und die adeligen *Geronten* (griech. ‚Greise‘), die zusammen den 30-köpfigen Ältestenrat (*Gerusia*) bildeten, geleitet. Mitte des 7. Jhs. erhält sie nach der Großen Rhētra, dem wohl ältesten und umstrittensten Dokument der griechischen Verfassungsgeschichte, das bei Plutarch überliefert ist, die Stellung eines zentralen Staatsorgans; s. dazu Baltrusch, Sparta, S. 21 ff.; C. Schubert, Athen und Sparta in klassischer Zeit, S. 62 f.

⁴⁵ Bleicken, Die athenische Demokratie, S. 190.

⁴⁶ Sie wird als Bule (auch: Boulé) bezeichnet, s. Bleicken, aaO., S. 224.

⁴⁷ Bleicken, aaO., S. 190. In Sonderfällen übte sie in Athen auch Gerichtsbefugnisse aus. Ansonsten waren dafür aber das Volksgericht, die *Heliaia*, und später die einzelnen Geschworenengerichtshöfe zuständig; s. Bleicken, aaO., S. 240 ff.

gelten kann, war die *Ekklesia* der oberste Souverän Athens.⁴⁸ Die politischen Befugnisse und auch die Zusammensetzung variierten zwischen den einzelnen Stadtstaaten: Teils waren alle männlichen Vollbürger ab einem bestimmten Alter⁴⁹ zugelassen, teils wurde das Stimmrecht von der Ableistung eines zweijährigen Wehrdienstes oder zumindest der Wehrfähigkeit der Männer abhängig gemacht. Frauen, Metöken und Sklaven waren hingegen ausgeschlossen.⁵⁰ Der zentrale Platz in einer *Polis*, auf der die Volksversammlung stattfand,⁵¹ wurde bald, ebenso wie diese selbst, als *Agora* bezeichnet.⁵²

Die *Agora* war jedoch noch sehr viel mehr als ‚nur‘ eine Versammlungsstätte. Sie war der Inbegriff des öffentlichen Lebens und eine bedeutende gesellschaftliche Institution, deren Platzierung im Zentrum der *Polis* auch keineswegs zufällig war: Die *Agora* stellte den Mittelpunkt des politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Lebens der antiken griechischen Stadt dar.⁵³ Neben der erwähnten politischen Funktion, die der griechischen *Polis* ihr charakteristisches Gepräge als frühes Modell einer demokratischen Regierungsform gibt, war sie auch Marktplatz sowie Kult- und allgemeine Begegnungsstätte. Dies materialisierte sich auch in der baulichen Struktur der *Agora* und ihrer näheren Umgebung. Dort fanden sich öffentliche Gebäude wie das Rathaus,⁵⁴ aber auch kleine Tempel, Heiligtümer und Altäre, denn jede *Polis* bildete auch eine religiöse Gemeinschaft, die über eine eigene Schutzgottheit verfügte.⁵⁵

Die architektonische Gestaltung der *Agora*, zu der regelmäßig auch Säulenhallen (griech. *Stoa*) gehörten, erlaubte zudem ihre Verwendung für ganz unterschiedliche Zwecke und schützte die hier täglich zusammenkommenden Bürger vor Witterungseinflüssen.⁵⁶ Die funktionelle Vielfalt der Nutzungen der *Agora*

⁴⁸ Siehe dazu im Einzelnen Bleicken, aaO., S. 190–216. In der hellinistischen Zeit verlor die *Ekklesia* ihren politischen Einfluss. Sie blieb zwar formal bestehen, doch büßte sie ihre Bedeutung gegenüber den Ratsgremien weitgehend ein und besaß kein Entscheidungsrecht über wichtige Fragen mehr, s. Bleicken, aaO., S. 76 f., 224 ff.

⁴⁹ In Athen waren sie ab dem 18. Lebensjahr zugelassen, allerdings zunächst ohne Stimmrecht (s. Bleicken, aaO., S. 190), in Sparta hingegen ab dem 20. Lebensjahr (s. Baltrusch, Sparta, S. 21).

⁵⁰ Bleicken, aaO., S. 190 f. Schon bei Homer, also im 8. Jh. v. Chr., findet sich die Erwähnung einer solchen Versammlung, s. nur Die Odyssee, 2. Gesang, S. 22 ff. Es wird dort zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dass nur wehrfähige Männer teilnehmen dürfen; dies ergibt sich jedoch aus dem Kontext.

⁵¹ In Athen wurden im 4. Jh. v. Chr. pro Amtsjahr ca. vierzig Volksversammlungen einberufen; s. Bleicken, aaO., S. 192.

⁵² Vgl. dazu auch Huning, Politisches Handeln in öffentlichen Räumen, S. 28 f.; Bleicken, aaO., S. 92.

⁵³ Dazu Carey, Democracy in classical Athens, S. 79 ff.

⁵⁴ Als Versammlungsort der *Bule* wird es als *Buleuterion* bezeichnet; seit dem 4. Jh. v. Chr. gehörte es zu jeder *Agora*; s. Bleicken, aaO., S. 229; Carey, aaO., S. 79; C. Schubert, Athen und Sparta in klassischer Zeit, S. 14.

⁵⁵ Eine detaillierte Beschreibung der athenischen *Agora* mit vereinzelt Schaubildern findet sich bei Carey, aaO., S. 79–91.

⁵⁶ Carey, aaO., S. 82.

zeigt sich nicht zuletzt auch darin, dass die Philosophenschule der *Stoa* ihren Namen dem Umstand verdankt, dass es die berühmte Säulenhalle der *Agora* in Athen war, in der *Zenon von Kiton* um 300 v. Chr. seine Lehrtätigkeit aufnahm; ein Ort, an dem zuvor schon *Sokrates* gewirkt hatte. Dessen Schüler *Xenophon*⁵⁷ veranschaulicht die Bedeutung der *Agora* für *Sokrates* wie folgt: „So tat gerade er stets alles in voller Öffentlichkeit. Am frühen Morgen ging er nämlich nach den Säulenhallen und Turnschulen, und wenn der Markt sich füllte, war er dort zu sehen, und auch den Rest des Tages war er immer dort, wo er mit den Menschen zusammen sein konnte. Und er sprach meistens, und wer nur wollte, konnte ihm zuhören.“⁵⁸

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, warum die *Agora* als Kernbereich des von der griechischen *Polis* hervorgebrachten Modells des städtischen öffentlichen Raumes bis heute so eine große Strahlkraft hat. Insbesondere auch in *Hannah Arendts* Werk „*Vita activa*“ spielt dieses Modell eine prominente Rolle,⁵⁹ trug ihr allerdings auch den Vorwurf nostalgischer Rückwärtsgerichtetheit und einer Idealisierung der griechischen *Polis* ein. Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁶⁰ Zunächst einmal soll jedoch ein großer zeitlicher Bogen geschlagen und kurz die Entwicklung des städtischen öffentlichen Raumes ab Beginn der Neuzeit skizziert werden.

II. Marktplatz und städtischer öffentlicher Raum in der Neuzeit

Werfen wir noch einmal ein Schlaglicht auf den städtischen öffentlichen Raum in der Neuzeit, genauer: in einer zeitlichen Periode der späten Neuzeit, deren Beginn sich in etwa auf die Französische Revolution datieren lässt, also mit dem Beginn der Moderne zusammenfällt, aber nicht mit ihr endet, sondern bis ins späte 20. Jahrhundert fort dauert.⁶¹ Hier interessiert zunächst nur das ‚klassische‘, vom Phänomen des ‚Malling‘ noch unberührte Bild des urbanen öffentlichen Raumes, wie es in Deutschland bis in die 1980er Jahre vorherrschend war: die Stadt, deren Zentrum typischerweise durch den Marktplatz,⁶² meist mit

⁵⁷ Eine lebhafte Darstellung eines philosophischen Disputes zwischen Sokrates und seinem Schüler Xenophon findet sich u. a. in Raffaels Fresco „Schule von Athen“ von 1511.

⁵⁸ *Xenophon*, *Erinnerungen an Sokrates* (*Memorabilia*), I, 1, 10, zit. nach *E.-M. Kaufmann*, *Sokrates*, S. 37.

⁵⁹ Vgl. dazu etwa *Benhabib*, *Hannah Arendt*, S. 52 u. *pass.* (hier im Vergleich zu den Salons des späten 18. Jhs. als einer anderen Erscheinungsform von Öffentlichkeit, mit der *Arendt* sich in ihrer Biographie über Rahel Varnhagen auseinandergesetzt hat).

⁶⁰ Siehe dazu S. 139 mit Fn. 448f.

⁶¹ Siehe zu den Kontinuitäten und Brüchen *Huning*, *Politisches Handeln in öffentlichen Räumen*, S. 31 ff., insbes. S. 41 ff.

⁶² Siehe dazu auch *Löw*, in: *Fischer u. a. (Hg.), Die Architektur der Gesellschaft*, S. 343 (346), die als Merkmale der ‚europäischen Stadt‘, die in dem seit den 1980er Jahren in den USA und in Europa geführten Diskurs um die ‚Krise der Städte‘ als Leitbild fungiere, vor allem ihre klaren Grenzen gegenüber dem Umland, ihre markante Stadt-Physiognomie und ihren am Marktplatz orientierten öffentlichen Raum nennt.

Kirche, Rathaus und den ihn umschließenden Gebäuden, geprägt ist, eingebettet in ein auf dieses Zentrum zulaufendes Netz öffentlicher Straßen und eine lebendige Mischung von Wohnbebauung, Einzelhandel, gastronomischen Betrieben usw. Je nach Größe und Finanzsituation der Stadt gab es in den Stadtzentren auch weitere öffentliche Plätze und Parks, teils mit Brunnenanlagen, Bänken, Denkmälern oder Kunstobjekten gestaltet, sowie öffentliche Einrichtungen wie Museen, Theater, Schulen, aber auch Bank- und sonstige Bürogebäude der Privatwirtschaft. Reine Wohngebiete, aber auch die seit Beginn der 1970er Jahre expandierenden Gewerbegebiete, einschließlich großer Supermärkte, befanden sich hingegen eher in den Randlagen der Städte.

Sicherlich erwartete niemand, auf dem Marktplatz in einen philosophischen Diskurs verwickelt zu werden, und dieser war auch kein Versammlungsplatz nach Art der griechischen *Agora*, die auf kleinräumige Verhältnisse und direkte Formen der Demokratie zugeschnitten war. Dennoch bildeten die zentralen öffentlichen Plätze der Städte, nicht anders als in der griechischen *Polis*, Kristallisationspunkte öffentlichen Lebens. Dabei sind im Laufe der Zeit natürlich Verschiebungen in der Art der Nutzung feststellbar. So gehörten früher beispielsweise spielende Kinder zum Bild der öffentlichen Straße, wurden später aber durch das zunehmende Verkehrsaufkommen, gepaart mit einem Mentalitätswandel, von dort verdrängt und auf eigens angelegte Kinderspielplätze verwiesen.⁶³ Auch die Bezeichnungen haben sich geändert: Aus dem früheren Reisenden (ggf. Pilger) ist der Tourist geworden. Ungeachtet solch variierender Muster der Aneignung des öffentlichen Raumes lässt sich für diese zeitliche Periode aber festhalten, dass es gerade die bunte Vielfalt möglicher Nutzungen durch die Bürgerinnen und Bürger als Teilnehmer am Marktgeschehen, als Passanten, als Touristen, als Kirchgänger, als Kulturinteressierte usw. ist, die den öffentlichen Raum auszeichnet. Die öffentlichen Straßen und Plätze sind hier nicht nur Verkehrsflächen im engeren Sinne, sondern sie fungieren ebenso als Kulturraum und Begegnungsstätte und als Ort zur Kundgabe politischer Meinungen, werden von Straßenkünstlern genauso genutzt wie von sogenannten sozialen Randgruppen oder von Menschen, die schlicht auf einer Bank ein Buch lesen wollen.

⁶³ Dazu *Loidl-Reisch*, in: Kail/Kleedorfer (Hg.), *Wem gehört der öffentliche Raum*, S. 67 ff.

B. Aktuelle Entwicklungen in den Städten

I. Privatisierung öffentlicher Räume und Herstellung von Öffentlichkeit in privaten Räumen

1. Vom Marktplatz zur Shopping-Mall, von öffentlichen zu privaten Stadtquartieren

In den vergangenen zwei bis drei Jahrzehnten hat sich der Charakter des öffentlichen Raumes grundlegend verändert. War das ‚Malling‘ in dem von *Kowinski* umschriebenen Sinne in den 1980er Jahren noch eher ein amerikanisches Phänomen,⁶⁴ so lassen sich inzwischen längst auch in Deutschland entsprechende Entwicklungen feststellen:⁶⁵ Überall schießen neue Shopping-Malls, überdachte Arkaden und sogenannte Urban Entertainment Center aus dem Boden oder entwickeln sich sogar ganze Stadtquartiere, wie etwa der Potsdamer Platz in Berlin, unter der Ägide Privater. Allein die Shopping-Center-Marktführerin ECE hatte schon im Jahr 2002 nach eigenen Angaben 69 Shopping-Center im Management; doch ist die Zahl bis zum Jahr 2016 bereits auf 196 Shopping-Center im Management der ECE – vor allem in Deutschland, aber auch in anderen europäischen und auch außereuropäischen Ländern – gestiegen.⁶⁶

Dabei entwerfen die Vermietungsexperten der ECE nach den Angaben einer ECE-Werbebrochure „für jedes Center einen individuellen, auf den jeweiligen Standort maßgeschneiderten Branchenmix“, in den Potsdamer Platz Arkaden beispielsweise 15 % Gastronomie, 10 % Lebensmittel, 51 % Bekleidung, 2 % Dienstleistungen, 18 % Hartwaren und 4 % Gesundheit.⁶⁷ Es wird damit geworben, dass hier „lebendige Marktplätze“ geboten werden, die „Stadt als Büh-

⁶⁴ *Kowinski* hatte „The Malling of America“, das 1985 erschien, auszugsweise und in etwas anderer Form zuvor bereits in: „The New York Times Magazine“ publiziert.

⁶⁵ Siehe dazu die Beiträge in: Wehrheim (Hg.), *Shopping Malls. Interdisziplinäre Betrachtungen eines neuen Raumtyps*; s.a. *Huning*, Politisches Handeln in öffentlichen Räumen, S. 196 ff.

⁶⁶ Vgl. zu den Zahlen von 2002 die ECE-Werbebrochure „Lebendige Marktplätze“ (Printausgabe v. 1.8.2002); vgl. zum aktuellen Stand die Übersicht unter <http://www.ece.de/projekte/shopping/> (letzter Abruf: 20.6.2016); s.a. „Die Shopping-Center der ECE“, abrufbar unter http://www.ece.de/fileadmin/PDF_deutsch/Unternehmensbrochueren/Die_Shopping-Center_der_ECE.pdf (letzter Abruf: 20.6.2016). Derzeit hat die ECE 196 Shopping-Center im Management, acht in Bau und Planung, 17 in Erweiterung/Großumbau. Diese Shopping-Center bieten insgesamt 7.200.000 Quadratmeter Verkaufsfläche; der Einzelhandelsumsatz wird mit 23 Milliarden Euro beziffert und in allen Centern zusammen sollen es 4,5 Mio. Besucher pro Tag sein, s. dazu unter <http://www.ece.de/unternehmen/daten-und-fakten/>. Zu aktuellen Entwicklungen s.a. die „ECE NEWS“, Ausgabe Herbst 2014, http://www.ece.de/fileadmin/PDF_deutsch/ECE_News/141001_DEUTSCH.pdf, u.a. S. 1: „Bielefeld Bauvorscheid erteilt für die City-Passage“ (s.a. S. 6) bzw. nach S. 15, a. E. (o.S.): Ankündigung der Fertigstellung des bislang größten Shopping-Centers in Polen; am 13.11.2015 wurde es dann in Bydgoszcz eröffnet. – Die Entwicklung schreitet also weiter voran.

⁶⁷ ECE-Werbebrochure „Lebendige Marktplätze“ (Printausgabe v. 1.8.2002), S. 8.

ne“ mit einer Vielzahl von attraktiven Veranstaltungen erlebt werden könne⁶⁸ und zudem alles stets „freundlich, hell, sicher und sauber“ sei.⁶⁹ Nicht selten seien die Center dabei sogar „eine Ergänzung oder ein Ersatz für die Stadthalle.“⁷⁰ Durchschnittlich sei täglich mit ca. 20.000 bis 30.000 Besuchern pro Center zu rechnen, an Spitzentagen seien es aber sogar bis zu 80.000 Besucher pro Center.⁷¹ Auf lokaler und regionaler Ebene bieten die Center Aktionsbühnen für die unterschiedlichsten Gewerke und Initiativen: „Von Kreishandwerkerschaften, Krankenkassen, Heimatvereinen, Frauenverbänden bis hin zu Stadtteilstesten – bei uns spiegelt sich die Vielfalt der Vereins- und Verbandsarbeit“ – so die Werbung.⁷² Im Falle größerer Einkaufszentren, wie dem Centro in Oberhausen, kommt es durchaus vor, dass die Innenstadt schon unter rein quantitativen Aspekten von den Verkaufs- und Gastronomieflächen des jeweiligen Einkaufszentrums übertroffen wird. Die Selbstdarstellung der Center und ein Blick in die Welten des ‚Erlebnis-Shoppings‘ zeigen aber, dass dies nicht allein eine Frage der Quantität ist, sondern – ebenso gezielt wie eben nur partiell – auch Funktionen des urbanen Raumes von den Centern übernommen werden sollen: Der Schwerpunkt liegt bei den beworbenen Veranstaltungen in den ‚Ersatz-Stadthallen‘ der Center eindeutig bei sogenannten ‚Events‘, d. h. es geht um attraktive Unterhaltungsangebote, nicht etwa um einen Meinungsaustausch im Rahmen politischer Veranstaltungen. Auch wenn die Errichtung großer Shopping-Center, je nach Ausgangssituation, durchaus zu einer Belebung von Innenstädten beitragen mag, dominiert hier somit regelmäßig eine starke Konsumorientierung, während andere denkbare Nutzungen des urbanen öffentlichen Raumes in den Hintergrund treten.

Dennoch kann man im Blick auf Deutschland bislang noch nicht im gleichen Maße von einem flächendeckenden ‚Malling‘ sprechen, wie es *Kowinski* in Bezug auf die Vereinigten Staaten von Amerika getan hat; vielmehr geht es hier nach wie vor um ein Nebeneinander von öffentlichen und semi-öffentlichen Räumen in den Innenstädten.

⁶⁸ AaO., S. 6. Ähnlich aktuell in: „Die Shopping-Center der ECE“, aaO., nach S. 45, a. E. (o.S.): „Aufregende Aktionen“ bzw. Beispiele für Events wie Modeschauen, Konzerte und Sportveranstaltungen.

⁶⁹ ECE-Werbebrochure „Lebendige Marktplätze“ (Printausgabe v. 1.8.2002), S. 14.

⁷⁰ AaO., S. 6.

⁷¹ AaO., S. 16. Diese Zahlen werden heute bestätigt in: „Die Shopping-Center der ECE“, aaO., nach S. 45, a. E. (o.S.).

⁷² ECE-Werbebrochure „Lebendige Marktplätze“ (Printausgabe v. 1.8.2002), S. 20.

2. Privatisierung von Bahnhofsgebäuden und Herstellung von Öffentlichkeit in Automobilwelten

Die gegenläufige Entwicklung, die sich im Ergebnis aber mit der Privatisierung von vormals öffentlichen Räumen, etwa in Bahnhofsgebäuden,⁷³ berührt, ist die verstärkte Öffnung von semi-privaten Bereichen für die Öffentlichkeit. Blieb beispielsweise das Werk eines Automobilherstellers früher dem Kunden unzugänglich, so wird heute das Abholen des Neuwagens in zu semi-öffentlichen Räumen mit Event-Charakter umgestalteten Automobil-Welten zelebriert. In der neuen BMW-Welt im Norden Münchens liege „new car smell“ in der Luft; Konzerte und Veranstaltungen sollen das großzügige Repräsentativgebäude zukünftig zusätzlich beleben.⁷⁴ Und in Wolfsburg dominiert die direkt am Mitteland-Kanal zwischen dem Wolfsburger Volkswagenwerk und der Wolfsburger Innenstadt gelegene VW-Autostadt faktisch sogar das gesamte öffentliche Leben.⁷⁵ Sie verbindet die Präsentation der historischen und aktuellen Produktpalette des Volkswagen-Konzerns mit zahlreichen Erlebnisangeboten und gehört flächenmäßig zu den größeren deutschen Freizeitparks. Pro Jahr zieht sie ca. zwei Millionen Besucher an, wobei es dem Konzern natürlich insbesondere um die Gewinnung potentieller Kunden bzw. auch darum geht, die Abholung des eigenen Wagens zum unvergesslichen Erlebnis zu machen.

3. Flughafen-Cities und Cities in Konzernbesitz

Auch die Flughäfen in vielen Weltstädten⁷⁶ verändern derzeit ihr Gesicht: Waren Shopping-Malls und Restaurationsbetriebe nach Art der neuen Bahnhöfe⁷⁷ bislang schon üblich, so entstehen jetzt ganze Flughafenstädte. Zwar ist die Entwicklung in den europäischen Großstädten nicht mit Airport Cities asiatischen Zuschnitts zu vergleichen: Die in Bangkok, Schanghai, Hongkong und anderen asiatischen Städten im Umfeld der Flughäfen derzeit realisierten Reißbrettplanungen von Airport Cities erstrecken sich über Entfernungen von bis zu 30 km und umfassen Büros, Hotels, Industriegebäude ebenso wie Wohnungen, Sport-,

⁷³ Siehe dazu *Wucherpfennig*, Bahnhof – (stadt)gesellschaftlicher Mikrokosmos, S. 135 ff., und *Gottwaldt*, Der Bahnhof, in: Geithövel/Knoch (Hg.), Orte der Moderne, S. 17 ff.

⁷⁴ *Kreye*, in: SZ v. 2.11.2007, Nr. 252, S. 15.

⁷⁵ *Kreye*, aaO. Siehe dazu auch *Ronneberger* u. a., Die Stadt als Beute, S. 119 ff. (123 f.), die sich allerdings noch auf die Planungen der VW-Autostadt beziehen, aber auf S. 119 ff. („Die gläserne Auto-Stadt“) auch die Strategien anderer Automobilkonzerne schildern, die als neue Facette erlebnisorientierter Marketingstrategien die Automobilproduktion als Unterhaltungsspektakel inszenieren.

⁷⁶ Siehe dazu *Rolf*, Urbane Globalisierung, S. 19 ff. zu Raumbezügen der Globalisierung, S. 45 ff. zum Global City-Konzept u. pass.; s. zur „Global City“ auch *Sassen*, in: Häußermann/Siebel (Hg.), New York. Strukturen einer Metropole, S. 71 ff.

⁷⁷ Dazu *Wucherpfennig*, Bahnhof – (stadt)gesellschaftlicher Mikrokosmos, bes. S. 191 ff., 211 ff., und *Gottwaldt*, Der Bahnhof, in: Geithövel/Knoch (Hg.), Orte der Moderne, S. 17 ff. (23).

Freizeit- und Kultureinrichtungen.⁷⁸ Der zurzeit größte Flughafen der Welt entsteht jedoch im arabischen Emirat Dubai: Nachdem auf dem dortigen Flughafen im Jahr 2013 bereits mehr als 66 Millionen Passagiere befördert wurden, ist der neue Flughafen Dubai-World Central International, in dessen Umfeld Städte mit den höchsten und spektakulärsten Gebäuden der Welt aus dem Wüstensand wachsen sollen, sogar auf rund 190 Millionen Fluggäste im Jahr ausgelegt.⁷⁹ Für derartige Immobilienprojekte fehlt in europäischen Städten nicht nur der Platz, sondern auch die Akzeptanz. Insbesondere bestehen auch massive Vorbehalte gegen eine Wohnbebauung in unmittelbarer Nähe von Flughäfen. Dem wird Rechnung getragen und so versucht man in europäischen Städten auf begrenzter Fläche zu gut abgestimmten Gesamtkonzepten zu gelangen, die Verkehrsinfrastruktur, Büros, Konferenzzentren, Einzelhandelsangebote, Gastronomie sowie Kultur- und Freizeitangebote möglichst optimal miteinander verbinden.⁸⁰ Dabei richtet sich die Hoffnung insbesondere auch auf die Ansiedlung global agierender Unternehmen, für die der Standort an international vernetzten Flughäfen mit einer guten Anbindung an das überregionale und internationale Schienen- und Straßenverkehrsnetz einen logistischen Vorsprung bedeutet. Auch hier entstehen also neue städtische Räume, die in erster Linie von der Privatwirtschaft gestaltet werden.

Ganz andere Dimensionen zeigen derartige Entwicklungen hingegen in den Vereinigten Staaten von Amerika, wo die Walt Disney Company inzwischen auch in den Stadtplanungssektor eingestiegen ist und u. a. die Siedlung Celebration in Florida gebaut hat und betreibt: In dieser Gemeinde lassen sich 20.000 Einwohner darauf ein, ihr Leben in einer von einem Unterhaltungskonzern simulierten Kleinstadtidylle zu verbringen, die in ihrer äußeren Gestaltung an das 19. Jahrhundert erinnert.⁸¹

II. Kommerzialisierungstendenzen in der Stadtpolitik

Die vom Stadt- und Regionalplaner *Frank Roost* diagnostizierte „Disneyfizierung“ der Städte⁸² beschränkt sich aber offenbar nicht allein auf privatisierte Bereiche, sondern auch im öffentlichen Raum im engeren Sinne zeigt sich zunehmend die Tendenz, das öffentliche Leben auf Ereignisse mit „Event-Charak-

⁷⁸ Vgl. hierzu *Dietrich*, in: FAZ v. 31.8.2007, Nr. 202, S. 45.

⁷⁹ *Dietrich*, aaO. (Planungsstand: 2007). Der Flughafen ist nun bereits seit 2013 (neben Frachtflügen) auch für Passagierflüge geöffnet; der Endausbau soll bis 2020 erfolgen.

⁸⁰ Ein gutes Beispiel bietet nach *Dietrich*, aaO., Frankfurt am Main, wo unter dem Dach der Airport City mit Airrail, Gateway Gardens und Mönchhof noch weitere Bereiche entwickelt wurden bzw. werden. (Der Autor ist Executive Vice President „Retail & Properties“ der Fraport AG in Frankfurt.) Siehe dazu auch *Ehrhardt*, in: FAZ v. 4.12.2012, Nr. 283, S. 38.

⁸¹ Siehe dazu *Roost*, Die Disneyfizierung der Städte, bes. S. 67 ff.; s. a. *Huning*, Politisches Handeln in öffentlichen Räumen, S. 199; allgemein zum Phänomen sog. *private cities* in den USA auch *Frug*, in: KJ 1999, S. 578 ff.

⁸² *Roost*, aaO.; s. a. *Huning*, Politisches Handeln in öffentlichen Räumen, S. 200 f.

ter‘ zu reduzieren und zu kommerzialisieren. Städte wetteifern darum, ihre Straßen und Plätze kommerziellen Anbietern von all jenen Aktivitäten zur Verfügung zu stellen, die die ‚Spaßgesellschaft‘ begehrt: Auch jenseits der schon früher üblichen Weihnachts- und Jahrmärkte wird „alles, was sich mit Shoppen, Essen und Trinken zu einem ökonomischen Kalkül auf städtischem Terrain verdichten lässt, [...] zur Stadtraumbesetzung herangezogen.“⁸³ Dabei wird der Gemeingebrauch immer häufiger zugunsten von Partikularinteressen eingeschränkt oder aufgehoben; sei es die Sperrung von Straßen und Plätzen für Stadtläufe, Skater, Fanmeilen-Besucher und gigantische Partys (wie die der Loveparadisten bis zu dem tragischen Unglück von 2010), seien es Sandaufschüttungen für Beach-Ball, aufblasbare Hüpfburgen oder Automobil-Ausstellungen auf öffentlichen Plätzen.⁸⁴ Solche Aktivitäten können im Einzelfall sicherlich zu einem bunteren und lebendigeren Stadtbild beitragen. In der Summe setzen sie aber das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Gemeingebrauch und Sondernutzung außer Kraft, in dem sich die Idee der Allmende mit einer vitalen Urbanität verbindet, die sich gerade auch in der Nutzungsvielfalt manifestiert. Wenn Städte vorrangig partikulare Interessen bedienen, so privatisieren sie in gewisser Weise ihren öffentlichen Raum und verraten die Idee der Allmende: Der an sich jedermann zu jeder Zeit frei zugängliche Straßenraum wird zoniert, zeitlich beschränkt, thematisch begrenzt,⁸⁵ was immer auch eine Ausgrenzung Anderer bedeutet. Dominiert zudem die kommerzielle Ausrichtung, so droht auch in solchen öffentlichen Räumen im engeren Sinne ein Ausverkauf ‚des‘ öffentlichen Raumes. Dies zeigt, dass die neueren Entwicklungen keineswegs nur mit der Änderung der Rechtsform, also dem Übergang zum Privatrechtsregime, zusammenhängen, sondern insbesondere auch eine Frage der politischen Kultur sind.

⁸³ Matzig, in: SZ v. 2.11.2007, Nr. 252, S. 15. Skeptisch gegenüber Versuchen, diesen Trend umzukehren, bzw. gegenüber der Vorstellung, dass heutige „Träume des demokratischen Städtebaus“ angesichts der politischen Praxis noch an dem antiken Vorbild der „Agora“ bzw. an die Idee des „Forum[s]“ anknüpfen könnten, hingegen *Schloemann*, ebd., auch S. 15.

⁸⁴ Matzig, aaO., merkt dazu sarkastisch an, dass das typische Absperrband aus rot-weiß schraffiertem Polyethylen zu einem ständigen Ärgernis und zugleich zu ‚dem‘ Exklusionsymbol unserer Zeit geworden sei: „Es gibt Städte, die so vollständig ausgebucht sind, dass sie erwägen können, das Absperrband ins Stadtwappen aufzunehmen.“

⁸⁵ Siehe Matzig, aaO.

§ 3 Öffentlicher Raum und Freiheit in einer Umbruchsituation

A. Private Freiheit und öffentlich-rechtliche Bindungen: Relativierung des Privatrechts als paradoxe Konsequenz grenzenloser Privatisierung?

I. Entwicklungsphasen im Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht

Betrachtet man die geschilderte Entwicklung einer zunehmenden Privatisierung des öffentlichen Raumes aus einer gewissen Distanz, so gewinnt man den Eindruck, dass sie einen Punkt erreicht hat, an dem sie im Blick auf das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht qualitativ umzuschlagen droht. Insofern lassen sich im öffentlichen Raum in einer holzschnittartigen Vergrößerung vier Entwicklungsphasen ausmachen: In der ersten Phase gab es noch keine Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht,⁸⁶ in der zweiten Phase etablierte sich im öffentlichen Raum die Vorherrschaft des öffentlichen Rechts, während die dritte Phase durch eine Privatisierung von Teilen des öffentlichen Raumes bzw. durch die Herausbildung semi-öffentlicher Räume gekennzeichnet ist. Diese werden unter der Ägide des Privatrechts betrieben, ohne dass rechtlich zwischen einem Kaufhaus der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts und einer großen Shopping-Mall, die – wie beispielsweise das Centro in Oberhausen – das gesamte Stadtzentrum dominiert bzw. auch substituiert, differenziert würde. Derzeit scheinen wir an der Schwelle zu einer vierten Phase zu stehen, deren Verlauf noch unklar ist: Es entstehen offenbar hybride öffentliche Räume,⁸⁷ in denen sich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente zunehmend miteinander verzahnen.

Die bereits erwähnte Fraport-Entscheidung aus dem Jahr 2011⁸⁸ steht für diese vierte Phase im öffentlichen Raum, in der die tatsächlichen Entwicklungen im öffentlichen Raum nun wiederum rechtliche Rückwirkungen bzw. Anpassungsversuche auslösen. Aus der Sicht des Privatrechts führt die zunehmende Privatisierung des öffentlichen Raumes wohl vor allem dazu, dass öffentlich-rechtliche Bindungen sich aus ihrer staatsgerichteten Verankerung lösen⁸⁹ und sich in mittelbarer und abgeschwächter Form an privatrechtlichen Organisationsformen anlagern. Bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, hat das Bundesverfassungsgericht jetzt sogar eine unmittelbare Grundrechtsbindung bejaht.⁹⁰ Der oben angedeu-

⁸⁶ Dies hängt natürlich mit der Entwicklung des öffentlichen Rechts im Allgemeinen zusammen, dazu grundlegend *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. I, *pass.*, bes. aber auch S. 394 ff.; *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 41 (48–57).

⁸⁷ Vgl. dazu *Kersten/Meinel*, in: JZ 2007, S. 1127; *Lebuhn*, Stadt in Bewegung, S. 19.

⁸⁸ BVerfGE 128, 226, Urt. v. 22.2.2011 – Az. 1 BvR 699/06.

⁸⁹ Vgl. *G. Kirchhof*, in: AöR 132 (2007), S. 215 (216, 219 f.).

⁹⁰ BVerfGE 128, 226 (244 ff.), Urt. v. 22.2.2011 – Az. 1 BvR 699/06. Allgemein zu den

tete qualitative Umschlag im Rahmen der Privatisierung des öffentlichen Raumes bedeutet demnach, dass es zu einer Publizifizierung – und das heißt im Ergebnis: zu einer Relativierung – des Privatrechts kommt, das im öffentlichen Raum nicht mehr als reiner Ausdruck der Privatautonomie betrachtet werden kann. Man kann dies als notwendige Konsequenz der Klassifizierung des öffentlichen Raumes als öffentliches Gut bzw. als Allmendegut begreifen.⁹¹ Man kann auch fragen, ob diese Formen einer Publizifizierung des Privatrechts ausreichen, um uns den öffentlichen Raum als öffentliches Gut in seiner insbesondere auch für unsere Demokratie fundamentalen Bedeutung zu erhalten. – In jedem Falle muss man jedoch zunächst einmal zur Kenntnis nehmen, dass sich nicht nur im öffentlichen Raum durch die Privatisierung etwas verändert, sondern dass auch das rechtliche Medium, das Privatrecht selbst, sich verändert und mit ihm der rechtliche Charakter jener vielgestaltigen Entwicklung, die unter der Bezeichnung ‚Privatisierung‘ zusammengefasst wird.⁹²

II. Konsequenzen der Privatisierung für den öffentlichen Raum

Zunächst bedeutete Privatisierung schlicht den Wechsel des Rechtsregimes im öffentlichen Raum. Erschien uns der öffentliche Raum in seiner ersten Entwicklungsphase im Lichte jener Idealvorstellung, die von der *Agora* der griechischen *Polis* inspiriert ist, über die römische Republik aber bis zu den italienischen Stadtstaaten der Renaissance ausstrahlt, ganz allgemein als ein Kristallisationspunkt des öffentlichen Lebens in seinen bürgerschaftlich-politischen Dimensionen, so wurde er in der zweiten Phase, also nach der Trennung von privatem und öffentlichem Recht, zu einer Domäne des öffentlichen Rechts. Diese Herausbildung von Privatrecht und öffentlichem Recht als strikt geschiedene Kategorien ist ein Produkt des frühen 19. Jahrhunderts.⁹³ Sie zeugt vom Triumph der frühliberalen Vorstellung von der Trennung von Staat und Gesell-

Rechtsfragen im Zusammenhang mit gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen R. Becker, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen.

⁹¹ Dazu im Einzelnen unten S. 375 ff., 381 ff., bes. auch S. 384 ff.

⁹² G. Kirchhof, in: AöR 132 (2007), S. 215 (224), hat 13 verschiedene Formen der Privatisierung ausgemacht.

⁹³ Noch das preußische ALR von 1794 kannte diese Trennung nicht, was allerdings damals bereits auf heftige Kritik stieß, s. de Wall, Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, S. 9. Stolleis, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 41 (51 ff., 54), betont, dass das ALR noch beides zu umfassen und naturrechtlich zu überwölben suchte. Grundlegend zur Unterscheidung von Privatrecht und Öffentlichem Recht in Geschichte und Gegenwart ders., aaO., S. 41 ff., 57; ders., Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 2, S. 51 ff.; Grimm, in: Wilhelm (Hg.), Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, S. 224 ff.; Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, zur historischen Entwicklung bes. S. 37 ff.; ders., in: Löwisch (Hg.), FS f. Rittner, S. 69, zu den historischen Ursprüngen S. 70 ff.

schaft im Anschluss an die Phase der Konsolidierung der modernen Staatsgewalt im 17. und 18. Jahrhundert.⁹⁴

Wenn damit für den öffentlichen Raum eine Vorherrschaft des öffentlichen Rechts postuliert wird, so soll das natürlich nicht etwa bedeuten, dass es jemals einen Zeitpunkt gegeben hätte, in dem alle Rechtsbeziehungen im öffentlichen Raum öffentlich-rechtlicher Natur gewesen seien: Schon die *Agora* war, wie oben dargelegt, nicht nur Versammlungsort, sondern vor allem auch Marktplatz; sämtliche Rechtsgeschäfte auf den Märkten werden aber seit jeher privatrechtlich abgewickelt. Der Markt gilt uns geradezu als Verkörperung des Prinzips der Privatautonomie, der freie Markt im weiteren Sinne als das Herzstück der – zumindest begrifflich vom Staat zu trennenden⁹⁵ – Gesellschaft. Letzterer werden zudem auch die kulturellen und sozialen Dimensionen der Aktivitäten im öffentlichen Raum zugeschlagen bzw. unter dem speziellen Begriff der ‚Zivilgesellschaft‘ alle Formen eines bürgerschaftlichen Engagements.

Die Feststellung, dass der öffentliche Raum in der Gestalt, die er im 19. und 20. Jahrhundert angenommen hatte, als Domäne des öffentlichen Rechts gelten durfte, kann sich also gar nicht auf sämtliche Modalitäten seiner Nutzung beziehen. Sie zielt vielmehr auf seinen *Status*, denn die Verfügungsbefugnis über den öffentlichen Raum als solche blieb regelmäßig in öffentlicher Hand, wie auch in der Bezeichnung von Straßen und Plätzen als ‚öffentliche Sachen‘ zum Ausdruck kommt. Die Frage, ob überhaupt und an welchem Ort Markt gehalten werden sollte und wer dort ggf. einen Verkaufsstand aufbauen durfte, entschied sich folglich nach öffentlichem Recht. Dieses regelte insbesondere auch, wie konkurrierende Nutzungsansprüche miteinander in Einklang zu bringen bzw. wie daraus resultierende Konflikte zu lösen sind. Das gesamte Nutzungsregime des öffentlichen Raumes war demnach öffentlich-rechtlicher – und dies hieß zunächst einmal: verwaltungsrechtlicher – Natur; unter dem Grundgesetz hat das Recht der öffentlichen Sachen dann jedoch auch eine verfassungsrechtliche Überformung durch die Grundrechte erfahren.

Die oben erwähnte, natürlich nicht immer trennscharf zu ziehende, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, von öffentlicher und privater Hand, bildet die Folie, die man benötigt, um das Phänomen der Privatisierung überhaupt beschreiben zu können.⁹⁶ Privatisierung des öffentlichen Raumes bedeutet vor allem auch, dass die öffentliche Hand ihre grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den öffentlichen Raum verliert, dieser seinen öffentlich-rechtlich bestimmten Status einbüßt. Damit geht notwendigerweise eine Lockerung aller öffent-

⁹⁴ De Wall, aaO., S. 9f.

⁹⁵ Vgl. dazu *ders.*, aaO., S. 47, der zu Recht darauf hinweist, dass die Trennung von Staat und Gesellschaft heute noch weniger als früher in einem strikten Sinne verstanden werden kann, sondern es vielmehr zahlreiche Verflechtungen und Interdependenzen gibt.

⁹⁶ G. Kirchhof, in: AöR 132 (2007), S. 215 (218).

lich-rechtlichen Bindungen Hand in Hand,⁹⁷ eine Entwicklung, die auch die Grundrechtsbindungen nicht aussparen kann: Da sich die Grundrechte in erster Linie gegen den Staat richten, verlieren sie zwangsläufig an Durchschlagskraft, wenn dieser in einem bestimmten Bereich nicht mehr unmittelbar zuständig und verantwortlich ist.

Die mittelbare Grundrechtsbindung über privatrechtliche Generalklauseln stellt demgegenüber nur eine abgeschwächte Grundrechtswirkung dar. Sicherlich ist der Staat verpflichtet, dem Verfassungsrecht als dem höherrangigen Recht, an das er nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar gebunden ist, auf allen Ebenen des einfachen Rechts zur Wirksamkeit zu verhelfen.⁹⁸ Doch müssen sich zum einen im konkreten Fall die passenden einfachrechtlichen Einfallstore für grundrechtliche Wertungen finden. Zum anderen – und dies wiegt noch schwerer – bedeutet der Rückzug des Staates, dass die damit entstandene Lücke durch das Engagement Privater geschlossen wird, die den Grundrechten der Bürger *eigene* Grundrechtspositionen entgegensetzen können. Dies war dem Staat versagt, der in Ausübung seiner Verfügungsbefugnis über den öffentlichen Raum lediglich Steuerungs-, Koordinierungs- und Moderierungsfunktionen wahrgenommen hat, um den konkurrierenden Nutzungsansprüchen der Bürger angemessen Rechnung zu tragen. Geht es also beispielsweise im öffentlichen Straßenraum darum, dass eine bestimmte Personengruppe hier politische Flugblätter verteilen und eine andere Straßenkunst darbieten will, die Allgemeinheit sich jedoch möglichst frei und ungehindert im Verkehrsraum bewegen will, so strebt das öffentlich-rechtliche Nutzungsregime nach einem schonenden Ausgleich zwischen den unterschiedlichen, auch grundrechtlich geschützten, Positionen. In den privatisierten Bereichen einer großen Shopping-Mall oder eines privaten Stadtquartiers stellt sich hingegen primär die Frage, ob die privaten Betreiber dieses Verkehrsraumes die Ausübung der Meinungs- oder der Kunstfreiheit überhaupt dulden müssen, auch wenn sie dies als ihren Geschäftsinter-

⁹⁷ Dazu eingehend *G. Kirchhof*, aaO., S. 215ff., s.a. den Untertitel: „Jede Privatisierung lockert, löst öffentlich-rechtliche Bindungen“.

⁹⁸ Siehe zum Verhältnis von Grundrechten und Privatrecht, auch in seiner Entwicklung in der Rspr. des BVerfG, *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 233ff., s. zum Drittwirkungsbegriff des BVerfG S. 229ff., zur mittelbaren Drittwirkung S. 245ff., und zur eigenen Position, die als Rehabilitation der mittelbaren Drittwirkung als reflexives Grundrechtsverständnis umschrieben wird, S. 272ff., jeweils m.w.N. Nach *Poscher* erfasst die mittelbare Drittwirkung lediglich die selbstständige Bindung der rechtsanwendenden Staatsorgane bei der Konkretisierung auslegungsfähigen und -bedürftigen einfachen Rechts, die allein dann auch vom BVerfG überprüft werde. Mittelbare Drittwirkung bezeichne demnach in Bezug auf die Rspr. des BVerfG den über die unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates aus Art. 1 Abs. 3 GG vermittelten Einfluss der Grundrechte auf die Rechtsnormen, die das Verhältnis zwischen Privaten bestimmen. Wie *Poscher*, aaO., zusammenfassend auf S. 288 feststellt, ist mittelbare Drittwirkung „der Ausdruck, den das Bundesverfassungsgericht in den für grundrechtliche Dreieckskonstellationen paradigmatischen Fällen des Privatrechts für den allgemeinen Gedanken der Reflexivität der Grundrechte in der Rechtsanwendung gefunden hat.“

essen eher abträglich einschätzen. Dementsprechend finden sich in den genannten Bereichen vielfach Aushänge, die darauf hinweisen, dass das Verteilen von Flugblättern verboten oder aber, wie in den Bahnhofspassagen, nur nach vorheriger Genehmigung zulässig sei. Die privaten Betreiber können sich insoweit nicht nur auf ihr Hausrecht aus §§ 858 ff., 903, 1004 BGB, sondern – anders als der Staat als Verwalter des öffentlich-rechtlichen Nutzungsregimes – auch auf ihren Eigentumsschutz aus Art. 14 GG berufen.

Ganz unabhängig davon, wie solche Konflikte im konkreten Fall aufzulösen sind, kann demnach festgehalten werden, dass die grundrechtliche Position der Bürgerinnen und Bürger in semi-öffentlichen Räumen sehr viel schwächer ist als im öffentlichen Raum im engeren Sinne. Dies ist, wie *Gregor Kirchhof* hervorgehoben hat, das grundsätzliche Problem von Privatisierungen. Vor diesem Hintergrund stelle sich daher stets die Frage, wann der Staat die grundrechtlichen Bindungen durch eine Privatisierung lockern oder lösen dürfe.⁹⁹

Hier ist noch ein weiterer Aspekt zu ergänzen: Bei der Verschiebung von bislang staatlichen Verfügungsbefugnissen hin zu gesellschaftlichen Kräften ist zu bedenken, dass ‚die Gesellschaft‘ alles andere als eine homogene Größe ist, es in einem freiheitlichen Gemeinwesen auch gar nicht sein sollte. Die grundrechtsgebundene Verwaltung des öffentlichen Raumes durch den Staat als neutrale Instanz sicherte bislang die Freiheit jedes Einzelnen und damit auch die Pluralität im öffentlichen Raum, und zwar ungeachtet der ungleich verteilten wirtschaftlichen Kräfte und gesellschaftlichen Machtverhältnisse. Der Freiheitsgewinn in der Gesellschaft in Form von Verfügungsbefugnissen über semi-öffentliche Räume scheint sich demgegenüber auf eine relativ kleine, wirtschaftlich potente gesellschaftliche Schicht zu konzentrieren und tendenziell zulasten der Freiheit der Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger zu gehen.

Dieses Bild lässt sich allerdings nur für das letzte Stadium der dritten Phase in der oben skizzierten Entwicklung des Verhältnisses von Privatrecht und öffentlichem Recht im öffentlichen Raum so zeichnen. In der heute – parallel zur dritten Phase – in Teilbereichen bereits erkennbaren vierten Entwicklungsphase finden wir indes vermehrt Hinweise, die eher in die entgegengesetzte Richtung deuten und für die oben bereits angesprochene Publifizierung des Privatrechts sprechen. Dies trifft insbesondere für die Daseinsvorsorge zu, wenn es also beispielsweise um die Versorgung der Allgemeinheit mit typischen Allmendegütern wie Wasser oder Energie geht. Soweit solche Güter – wie dies inzwischen ganz überwiegend der Fall ist – durch Private angeboten werden, wird deren (als Ausdruck privater Freiheit natürlich auch grundrechtlich geschützte¹⁰⁰) Privatautonomie durch ein dichtes Netz gesetzlicher Bestimmungen stark einge-

⁹⁹ G. Kirchhof, in: AöR 132 (2007), S. 215 (219).

¹⁰⁰ Siehe zur Verfassungsgarantie der Vertragsfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie U. Mager, Einrichtungsgarantien, S. 224 ff. m.w.N. Es besteht auch Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich abgesichert ist; s. nur H. Dreier,

schränkt, um auf diese Weise eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung auch unter dem Privatrechtsregime sicherzustellen.¹⁰¹ Die hier zu beobachtende Publizierung des Privatrechts ist letztlich eine Konsequenz der staatlichen Gewährleistungsverantwortung für die Sicherung der Daseinsvorsorge, die an die Stelle der eigenen grundrechtsgebundenen Aufgabenwahrnehmung durch die öffentliche Hand getreten ist: Es wird versucht, dieser Verantwortung bei der gesetzlichen Ausgestaltung der einschlägigen Rechtsgebiete dadurch Rechnung zu tragen, dass der Charakter als öffentliches Gut trotz des Wechsels des Rechtsregimes möglichst erhalten bleibt.

Die Privatisierung scheint also, zumindest im Bereich der Daseinsvorsorge, die paradoxe Konsequenz zu haben, dass sie in eine Relativierung des Privatrechts durch eine zunehmende Integration öffentlich-rechtlicher Bindungen umschlägt. Anders gewendet: Es ist offenbar gerade den starken Privatisierungstendenzen und dem damit Hand in Hand gehenden Rückzug des Staates zu verdanken, dass Privatrecht und öffentliches Recht heute ganz treffend als „wechselseitige Auffangordnungen“ charakterisiert werden.¹⁰²

B. Gibt es ein Recht auf bzw. am öffentlichen Raum?

Die ständig voranschreitende Privatisierung des öffentlichen Raumes, die teils ausschließlich durch private Akteure abgewickelt wird, teils unter Beteiligung öffentlicher Anteilseigner stattfindet, bringt die selbstverständliche Basis unserer auf den öffentlichen Raum verwiesenen Freiheitsrechte ins Wanken: Öffentlicher Raum, so wie wir ihn bislang kannten, verschwindet auf diese Weise

in: ders. (Hg.), GG³, Bd. I, Art. 2 I Rn. 35; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hg.), GG¹², Art. 2 Rn. 4; *Kunig*, in: v. Münch/ders. (Hg.), GG⁶, Bd. 1, Art. 2 Rn. 16.

¹⁰¹ So statuiert § 36 EnWG (v. 7.7.2005 [BGBl. I, S. 1970, ber. S. 3621], zul. geänd. durch Ges. v. 21.7.2014 [BGBl. I, S. 1066]) bspw. für bestimmte Energieversorgungsunternehmen die Verpflichtung, für bestimmte Netzgebiete die sog. Grundversorgung der Haushaltskunden mit Energie sicherzustellen. Dies geschieht durch die Anordnung eines einseitigen Kontrahierungszwangs – bspw. für die leitungsgebundene Versorgung mit Strom und Gas – zulasten des grundversorgungspflichtigen Energieversorgungsunternehmens; s. *Hellermann*, in: Britz/ders./Hermes (Hg.), EnWG Kommentar³, § 36 Rn. 1, 3. Die Regulierung der Energieversorgungsnetze soll u. a. für die Bevölkerung Versorgungssicherheit zu günstigen Preisen bieten, s. *Hellermann/Hermes*, aaO., § 1 Rn. 1 ff., bes. auch Rn. 26 ff. Siehe zum parallel gelagerten Fall der Sprachtelefonie *U. Mager*, in: Säcker (Hg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar³, §§ 78–87 (Universaldienste), bes. die Kommentierung zu §§ 78–81, in der es um die Universaldienstleistungen, die Erschwinglichkeit der Entgelte und das Gewährleistungsregime bei Marktversagen geht.

¹⁰² Vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, hier insbesondere die einleitende Problemskizze von Schmidt-Aßmann, S. 7 ff., und die Ausführungen von Hoffmann-Riem, ebd., S. 261 ff., der insoweit eine Systematisierung vornimmt und Entwicklungsperspektiven entwirft. Zur wechselseitigen Verzahnung von Privatrecht und öffentlichem Recht *Trute*, ebd., S. 167 ff., sowie zu anderen Aspekten weitere Beiträge in diesem Band.

Stück um Stück. Damit entfallen aber zugleich die räumlichen Bedingungen für die Möglichkeit der Ausübung der Versammlungs- und Meinungsfreiheit sowie anderer Freiheitsrechte. Erst dieser schleichende Verlust des öffentlichen Raumes öffnet uns die Augen dafür, dass er für die Ausübung dieser – auch für die Demokratie so wichtigen – Grundrechte ganz unverzichtbar ist. Erst jetzt, da wir im Begriff sind, den öffentlichen Raum (partiell) zu verlieren, erfassen wir also seine volle Bedeutung als öffentliches Gut; zuvor war er nicht mehr als eine unreflektiert in Anspruch genommene Selbstverständlichkeit.

Vor diesem Hintergrund stellen sich zwei Fragen: Gibt es so etwas wie ein ‚Recht *auf* öffentlichen Raum‘? Und gibt es so etwas wie ein ‚Recht *am* öffentlichen Raum‘? Die erste Frage bezieht sich darauf, ob Bürgerinnen und Bürger unter bestimmten Umständen ein Recht darauf geltend machen können, dass in hinreichendem Maße öffentlicher Raum erhalten bleibt, der diese Bezeichnung auch verdient (also u. a. die für Freiheitsbetätigungen erforderlichen Qualitäten besitzt). Die zweite Frage fokussiert sich hingegen darauf, ob es – zumindest im öffentlichen Raum im engeren Sinne – ein Recht des Einzelnen gibt, das die Möglichkeit schützt, diesen für unterschiedliche Grundrechtsbetätigungen in Anspruch zu nehmen. Sie zielt somit auf eine dem Art. 13 GG als ‚Recht am privaten Raum‘ korrespondierende Absicherung der räumlichen Seite von Freiheitsbetätigungen im öffentlichen Raum (auch wenn die Intensität des Schutzes des räumlichen Aspekts bei der Grundrechtsausübung im privaten Raum höher sein mag).

1. Geburtsstunden neuer Grundrechte

Nun mag man bezweifeln, ob es überhaupt ein Grundrecht geben kann, von dessen Existenz wir bislang noch gar nichts wussten, ein Recht, das erst in dem Moment ausdrücklich formuliert wird, in dem es gefährdet erscheint. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Recht auf bzw. am öffentlichen Raum damit nur die Entstehungsbedingungen anderer Grundrechte teilen würde, denn der dadurch gewährte rechtliche Schutz erwuchs historisch meist aus konkreten Verletzungserfahrungen.¹⁰³ Die explizite Garantie bestimmter Rechte stellt regelmäßig entweder eine Reaktion auf solche Erfahrungen oder auf neu entstandene Gefährdungslagen für die Freiheit dar. Was so problemlos möglich ist wie das Ein- und Ausatmen bedarf, ungeachtet seiner existentiellen Bedeutung für jeden Menschen, keines eigenständigen rechtlichen Schutzes. Allerdings differieren die jeweiligen Schutzlevel und damit die Frage, was für den Einzelnen als ‚problemlos‘ gelten kann, ganz beträchtlich. So kommt *Hannah Arendt* angesichts der Flüchtlingsströme des 20. Jahrhunderts zu dem Schluss, dass es überhaupt nur ein einziges elementares Recht des Menschen als Mensch gebe: Das „Recht, Rechte zu haben“, das „Recht, niemals seiner Staatsbürgerschaft be-

¹⁰³ *Hofmann*, Menschenrechtliche Autonomieansprüche, in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Perspektiven, S. 51 (59f.).

raubt zu werden, das Recht, niemals ausgeschlossen zu werden von den Rechten, die sein Gemeinwesen garantiert“, denn einzig „der Verlust der politischen Gemeinschaft ist es, der den Menschen aus der Menschheit herauschleudern kann“. ¹⁰⁴ Auch sie stellt also ein Verletzungserlebnis an den Anfang, die Erfahrung nämlich, dass „der Mensch als solcher“ ohne die Zugehörigkeit zu einem konkreten Staatsverband ungeachtet der universellen Menschenrechtserklärungen inmitten einer Vielzahl partikularer Staaten nackt und schutzlos ist. Sie fügt hinzu, dass die Verfasser der Menschenrechtserklärungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts von der Existenz dieses Rechts noch nichts geahnt hätten. Auch wir wüssten ja erst darum, seit Millionen von Menschen aufgetaucht seien, die es ‚verloren‘ hätten – eine Diagnose, die angesichts der heutigen Flüchtlingsströme von hoher Aktualität ist!

Auch wenn man sich eine Ebene tiefer begibt und die einzelnen staatsgerichteten Grundrechte betrachtet, wird man feststellen, dass es regelmäßig die in bestimmten historischen Situationen virulent gewordenen konkreten Gefährdungen der körperlichen Unversehrtheit und persönlichen Freiheit oder der unterschiedlichen Ausdrucksformen der Autonomie des Menschen waren, die als Negativ für die anschließende Gewährleistung entsprechender Rechte fungierten. ¹⁰⁵ Dies gilt für die Gewissensfreiheit als „Urgrundrecht“ (*Georg Jellinek*) ¹⁰⁶ ebenso wie für viele andere Grundrechte des Grundgesetzes. Die Verletzungserlebnisse bzw. Freiheitsgefährdungen, auf die sie reagieren, sind bei den Grundrechten, die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits explizit im Grundrechtskatalog enthalten waren und deren Wurzeln teils tief in die Geschichte zurückreichen, ¹⁰⁷ naturgemäß fundamentaler als bei den erst unter Geltung des Grundgesetzes entwickelten Grundrechten. In ganz besonderer Weise gilt das für den bewusst an die Spitze des Grundgesetzes gestellten Menschenwürdesatz des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, der eine Antwort auf die eklatanten Verletzungen der Menschenwürde durch die Gräueltaten des nationalsozialistischen Regimes darstellt. ¹⁰⁸

¹⁰⁴ *Arendt*, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: *Die Wandlung* 4/1949, S. 754 (761, 766, 768, 770; s. dort auch zum Folg.). Siehe dazu auch *Siehr*, *Deutschenrechte*, S. 134 f.

¹⁰⁵ Siehe dazu im Einzelnen *Hofmann*, *Menschenrechtliche Autonomieansprüche*, in: *ders.*, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, S. 51 (59f.).

¹⁰⁶ Dazu *Siehr*, aaO., S. 29, 74.

¹⁰⁷ Es finden sich Vorläufer in der Weimarer Reichsverfassung, in der 1848er Proklamation der Rechte der Deutschen und in anderen deutschen Verfassungsdokumenten, vor allem aber auch in den universellen Menschenrechtsproklamationen: Den Auftakt machte hier die Virginia Bill of Rights von 1776, gefolgt von weiteren einzelstaatlichen amerikanischen Rechteerklärungen. Das Grundgesetz schließt in einzelnen Bestimmungen aber insbes. auch an die französische Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen von 1789 an, so etwa bei der allgemeinen Handlungsfreiheit; s. dazu *Siehr*, aaO., S. 114 f. s.a. S. 28 ff.

¹⁰⁸ Da Menschenrechte auf elementare Unrechtserfahrungen der Menschheit und nicht zwangsläufig auf unmittelbar eigene Erfahrungen reagieren, nahmen auch viele andere Staaten nach 1945 eine Menschenwürdenorm in ihre Verfassung auf, vgl. nur Art. 2 der griechi-

Die Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht jenseits der Schwelle der bloßen Interpretation und konkretisierenden Ausformung von Grundrechten tatsächlich ‚neue Grundrechte‘ aus der Taufe gehoben hat, passen sich gleichwohl gut in das skizzierte Muster – Rechte als Reaktionen auf Freiheitsgefährdungen – ein: Fünfundzwanzig Jahre nach dem Volkszählungs-Urteil,¹⁰⁹ dessen Verkündung als Geburtsstunde des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gilt, hat das Gericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2008 wiederum festgestellt, dass der bestehende Grundrechtsschutz den aus dem technischen Fortschritt resultierenden Gefährdungslagen nicht mehr ausreichend Rechnung trage. Vor diesem Hintergrund hat es ein Recht „auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ proklamiert.¹¹⁰ Hinter der umständlichen Bezeichnung – verkürzend ist heute oft vom „Computergrundrecht“ oder „IT-Grundrecht“ die Rede – verbirgt sich, wie schon beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung, eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Bei beiden Rechten handelt es sich folglich nicht etwa um freie Schöpfungen des Bundesverfassungsgerichts, sondern um eine auf die neuen Herausforderungen durch die Technik zugeschnittene Weiterentwicklung dessen, was im Grundgesetz bereits angelegt ist. Es geht hier also um eine zeitgemäße Reaktion auf Gefährdungslagen, die die Väter und Mütter des Grundgesetzes noch gar nicht voraussehen konnten.

Das vom Gericht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das die Befugnis des Einzelnen schützt, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, hat sich in der Praxis längst bewährt. Es zielt darauf, durch datenschutzrechtliche Vorgaben für die Speicherung und Weitergabe von Daten, die der Staat außerhalb des häuslichen Bereichs seiner Bürger sammelt oder sammeln könnte, die Entstehung des ‚gläsernen Bürgers‘ sowie Missbrauch durch eine Vorratshaltung und Vernetzung personenbezogener Daten zu verhindern. Im März 2008 hat das Bundesverfassungsgericht auf dieser Grundlage beispielsweise die Hessischen und die Schleswig-Holsteinischen

schen Verfassung, Art. 1 der portugiesischen Verfassung, Art. 10 der spanischen Verfassung, Art. 41 der italienischen Verfassung, Art. 23 der belgischen Verfassung, Art. 1 des finnischen Grundgesetzes, Art. 2 der schwedischen Verfassung, die Präambel der irischen Verfassung und Art. 7 der Bundesverfassung der Schweiz.

¹⁰⁹ BVerfGE 65, 1; dazu *Schlink*, in: Der Staat 25 (1986), S. 233 ff.; s. zur Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung W. Rudolf, in: HGR IV, § 90 Rn. 2 ff.

¹¹⁰ BVerfGE 120, 274 (s. nur Leitsatz 1); vgl. dazu auch R. Müller, in: FAZ v. 28.2.2008, Nr. 50, S. 1. Ein Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 16/9607) sah vor, dieses Grundrecht als Art. 13a GG im Grundgesetz zu verankern (ebenso wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Art. 2a GG). Dazu im Einzelnen *Kloepfer/Schärdel*, in: JZ 2009, S. 453 ff., m. w. N. in Fn. 2.

Vorschriften zur automatischen Erfassung von Kfz-Kennzeichen kassiert.¹¹¹ Im Übrigen ist es als Grundrecht auf Datenschutz „ein Exportschlager“ für die Grundrechtskataloge anderer Staaten geworden.¹¹²

Das im Jahr 2008 etablierte Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme trägt dagegen dem Umstand Rechnung, dass längst nicht mehr nur der Staat Daten sammelt, sondern wir selbst inzwischen in großem Umfang persönliche Daten, einschließlich privater Fotos, Briefe bzw. E-Mails und Tagebücher, informationstechnischen Systemen wie Computern, Smartphones usw. anvertrauen, die zudem untereinander häufig vernetzt und mit dem Internet verbunden sind. Aus den dabei entstehenden Datenspuren lässt sich mühelos und treffsicher ein Persönlichkeitsprofil erstellen, dessen Dichte und Genauigkeit weit über das hinausgeht, was der Staat je bei einer Volkszählung an Daten abzufragen wagen würde. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil klargestellt, dass eine Online-Durchsuchung von heimischen Computern zwar prinzipiell zulässig sein kann, die grundrechtlichen Hürden dafür jedoch sehr hoch sind.¹¹³ Das Gericht hat allerdings auch deutlich gemacht, dass die reine Aufklärung des Verhaltens im Internet in der Regel noch kein Grundrechtseingriff ist und darauf hingewiesen, dass neben den Gefährdungen, die für den Bürger von staatlichem Verhalten ausgehen können, auch jene Gefahren im Blick behalten werden müssen, die sich aus der neuen terroristischen Bedrohungslage für Bürger und Staat ergeben.¹¹⁴ Insgesamt hat es sich also um eine differenzierte Ausformung des neuen Grundrechts bemüht.

Alle weiteren Details der Entscheidung sind im vorliegenden Zusammenhang irrelevant. Entscheidend ist allein, dass das Bundesverfassungsgericht im Einzelfall durchaus bereit ist, in Fortentwicklung der Grundrechte des Grundgesetzes auch ein ‚neues‘ Grundrecht zu formulieren,¹¹⁵ um aus aktuellen Entwicklungen resultierende Lücken im Grundrechtsschutz zu schließen. Dies zeigt aber, dass der (potentielle) Einwand, es könne schon deshalb kein Recht auf bzw. am öffentlichen Raum geben, weil wir bislang von der Existenz eines solchen Rechts noch nichts wussten, nicht stichhaltig ist.

¹¹¹ Vgl. BVerfGE 120, 378.

¹¹² Siehe dazu *Zypries*, in: FAZ v. 31.1.2008, Nr. 26, S. 8.

¹¹³ BVerfGE 120, 274 (vgl. schon die Leitsätze 2–5). Siehe für eine Besprechung dieses Urteils und zum Meinungsstand in der Lit. *T. Böckenförde*, in: JZ 2008, 925 ff. m. w. N.

¹¹⁴ BVerfGE 120, 274 (344 ff.: keine Berührung des Grundrechts durch Maßnahmen der Internetaufklärung, s. a. S. 315: „Das Grundrecht [...] ist nicht schrankenlos. Eingriffe können sowohl zu präventiven Zwecken als auch zur Strafverfolgung gerechtfertigt sein“).

¹¹⁵ Dies ist im Übrigen auf der Ebene des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes nicht anders; auch hier werden gelegentlich ‚neue‘ Menschenrechte proklamiert, um Lücken im Menschenrechtsschutz zu schließen, s. zum Beispiel des ‚Menschenrechts auf Wasser‘, das von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 28.7.2010 in der Resolution 64/292 explizit anerkannt wurde, *Siebr*, in: Delbrück u. a. (Hg.), FS Walther-Schücking-Institut, S. 447 ff.

II. Das Recht auf bzw. am öffentlichen Raum in statu nascendi?

Aus der Diagnose einer grundrechtlichen Schutzlücke folgt aber noch nicht, dass diese nun ohne Weiteres durch die Ableitung eines ‚neuen‘ Grundrechts aus dem vorhandenen Bestand an Grundrechten geschlossen werden kann und darf. Zwar ist unerheblich, ob Schutzlücken, wie zuletzt beim ‚Computergrundrecht‘, durch den technischen Fortschritt verursacht worden sind oder sich aus politischen und ökonomischen Entwicklungen ergeben, zumal im Prozess der Globalisierung (informations-)technologische, politische und ökonomische Aspekte ohnehin eng miteinander verwoben sind.¹¹⁶ Doch wird man klären müssen, ob die festgestellte Schutzlücke tatsächlich in ihrem Kern Rechtspositionen berührt oder ob es nur um eine Beeinträchtigung der faktischen Voraussetzungen geht, die gegeben sein müssen, damit man Rechte in sinnvoller Weise in Anspruch nehmen kann.

Man könnte sich auch in Bezug auf den öffentlichen Raum auf den Standpunkt stellen, dass sein Verschwinden keine Rechtsfrage im engeren Sinne und damit, positiv gewendet, sein Fortbestand bzw. die Möglichkeit seiner Nutzung auch nicht Gegenstand eines Grundrechts sein könne. Es gehe hier folglich gar nicht um ein neues Recht, sondern lediglich darum, dass die faktischen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme anderer Grundrechte, insbesondere der Kommunikationsgrundrechte, nicht mehr in gleicher Weise gewährleistet seien wie zuvor. So wie man für die Ausübung der Berufsfreiheit, je nach Beruf, unterschiedliche Arbeitsutensilien benötige, brauche man für die Ausübung der Versammlungsfreiheit eben den öffentlichen Raum. Zwar kann man sich diesen – anders als im Falle von Arbeitsutensilien – nicht selbst beschaffen, doch wäre es auf der Linie einer solchen Argumentation dann eben Sache der Politik, nach Lösungen zu suchen. Im Blick auf die Verdrängung des öffentlichen Raumes im engeren Sinne zugunsten semi-öffentlicher Räume wäre es danach eine (rechts-)politische Aufgabe, den eingeschlagenen Weg der Privatisierung ggf. grundsätzlich zu überdenken oder zumindest rechtlich so zu gestalten, dass die Funktionen des öffentlichen Raumes möglichst weitgehend erhalten bleiben. Die für jede gelebte Demokratie essentielle Frage nach den Freiheitsvoraussetzungen stellt sich aber ebenso für den öffentlichen Raum im engeren Sinne, denn der bloße Verzicht auf Privatisierungen garantiert noch lange nicht, dass der Einzelne im öffentlichen Raum auch seine Freiheitsrechte wahrnehmen kann. Vielmehr ist dies von weiteren – und teils eben auch staatlichem Einfluss unterliegenden – Voraussetzungen abhängig. Man denke nur an das weite Feld der Sicherheit, der Bildung und der Sicherung der materiellen Existenz: Niemand würde inmitten eines Bürgerkrieges auf offener Straße Flugblätter verteilen.

¹¹⁶ Allgemein zu den Herausforderungen, vor die der Globalisierungsprozess das Verfassungsrecht stellt, G. Nolte, in: VVDStRL 67 (2008), S. 129ff.; Poscher, ebd., S. 160ff.; s. aus völkerrechtlicher Perspektive Dicke, Berichte DGVR, Bd. 39 (2000), S. 13 ff.

Niemand könnte dies, ohne je eine Schule besucht zu haben, oder wenn er seine gesamte Kraft einsetzen müsste, um das nackte Überleben zu sichern.

Schon diese Beispiele wecken jedoch Zweifel, ob sich die Voraussetzungen des Freiheitsgebrauchs als etwas nur tatsächlich Gegebenes den Rechtspositionen der Bürgerinnen und Bürger entgegensetzen lassen: Freiheit lebt offenbar von Freiheit, d. h. der Grundrechtsschutz in einem Bereich, etwa dem der (Hochschul-)Bildung, kann sich zugleich als Voraussetzung einer anderen Freiheitsbetätigung darstellen. Namentlich der Bildung kommt eine basale Ermöglichungs- und Befähigungsfunktion zu, da sie den Einzelnen erst in die Lage versetzt, seine private und politische Autonomie auch auszuüben und damit eine wesentliche Voraussetzung ‚realer‘ Freiheit ist.¹¹⁷ Ein Recht auf Bildung ist im Grundgesetz – ungeachtet seiner insbesondere von *Peter Häberle* betonten Kulturstaatlichkeit¹¹⁸ – zwar nicht ausdrücklich normiert. Es wird aber von Teilen der Literatur aus Art. 12 Abs. 1 GG oder aus Art. 2 Abs. 1 GG, ggf. i. V. m. Art. 7 GG, abgeleitet.¹¹⁹ Und zumindest auf einfachrechtlicher Ebene ist das Recht auf Bildung auch explizit verankert, da es in mehreren von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten völkerrechtlichen Übereinkommen enthalten ist, so etwa in Art. 13 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 (UN-Sozialpakt)¹²⁰, in Art. 2 S. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK¹²¹ und in Art. 28 Abs. 1 Hs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention¹²². Dank seiner (partiell) *auch* völkergewohnheitsrechtlichen Geltung geht es nach Art. 25 GG den einfachen Gesetzen insoweit sogar im Rang vor.

Die Ausübung von (kommunikativen) Freiheitsrechten ist also in vielfacher Weise auf weitere Voraussetzungen angewiesen. Diese werden, wie wir gesehen haben, zum einen über andere Freiheitsgewährleistungen sichergestellt. Indem die Bürger von diesen Gebrauch machen, erwerben sie Kompetenzen und es entstehen Freiräume persönlicher und sozialer Art, die sich als Basis für Freiheitsbetätigungen im öffentlichen Raum nutzen lassen. Zum anderen müssen die Voraussetzungen des Freiheitsgebrauchs aber auch durch positives staatliches Handeln geschaffen werden. Dies betrifft zunächst einmal die Gewähr-

¹¹⁷ Dazu *Siebr*, in: Bultmann/Grigoleit/Gusy u. a. (Hg.), FS f. Battis, S. 615 (624).

¹¹⁸ *Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 2; dazu eingehender *ders.*, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, S. 13 ff.; *ders.*, in: *ders.* (Hg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, S. 1 (27 ff.).

¹¹⁹ Dazu *Siebr*, aaO., S. 625 m. w. N. (s. dort auch zum Folg.).

¹²⁰ BGBl. II 1973, S. 1570, engl.: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), UN GA Res. 2200A (XXI) of 16 December 1966. Siehe zuvor auch schon Art. 26 der – allerdings nicht rechtsverbindlichen – Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948, Universal Declaration of Human Rights, General Assembly, Res. 217 (III) of 10 December 1948.

¹²¹ Zusatzprotokoll v. 20.3.1952, BGBl. II 1956, S. 1880.

¹²² Convention on the Rights of the Child (CRC), UN GA Res. 44/25 of 20 November 1989, BGBl. II 1992, S. 121. Siehe zu alledem *Poscher* u. a., Das Recht auf Bildung, bezogen auf das Völkerrecht S. 16–82, zu seiner innerstaatlichen Umsetzung S. 83–207.

leistung von Sicherheit: Bezogen auf die materielle Sicherheit ergibt sich die staatliche Pflicht zur Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums¹²³ aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG. Soweit es hingegen um den Schutz der körperlichen Integrität geht, folgt die entsprechende Handlungspflicht des Staates bereits aus seiner Schutzpflicht für Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Darüber hinaus gehört die Gewährleistung der äußeren und inneren Sicherheit seit *Thomas Hobbes* ohnehin zu den originären Staatsaufgaben, auch wenn Art und Maß im spannungsreichen Verhältnis zur Freiheit heftig umstritten sind. Die staatlichen Handlungspflichten können sich aber auch auf ein konkretes materielles Substrat beziehen. Dies betrifft beispielsweise den Bau und Betrieb von (Hoch-)Schulen und dürfte wohl auch für den öffentlichen Straßenraum gelten: Wenn das Bundesverfassungsgericht etwa im Hinblick auf die Kunstfreiheit festgestellt hat, dass eine objektiv-rechtliche Pflicht des Staates bestehe, „ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern“,¹²⁴ so liegt die Annahme nahe, dass den Staat angesichts der hohen Bedeutung der Meinungs- und der Versammlungsfreiheit für die Demokratie auch die objektiv-rechtliche Pflicht trifft, die Bedingungen für freiheitliche Kommunikationsprozesse im öffentlichen Straßenraum zu erhalten.

Da die Voraussetzungen der Freiheit also offenbar zu einem Großteil selbst wieder verfassungsrechtlich determiniert bzw. im Sinne von Mindestanforderungen verfassungsrechtlich vorgegeben sind, können sie auch nicht als etwas nur tatsächlich Gegebenes von den Rechten der Bürger abgegrenzt und allein dem politischen Prozess anheimgestellt werden. Damit ist selbstverständlich die Frage nach einem entsprechenden subjektiven Recht noch nicht beantwortet. Vielmehr geht es hier allein um die *Vorfrage* nach dem Verhältnis von Freiheitsrechten zu den Voraussetzungen, auf denen ihre Ausübung beruht, also darum, ob auch Letztere prinzipiell Gegenstand von objektiv-rechtlichen Pflichten des Staates oder sogar von subjektiven Rechten der Bürgerinnen und Bürger sein können. – Und dies ist auf der Grundlage der genannten Beispiele im Grundsatz zu bejahen.

Es spricht *prima facie* auch nichts dafür, dass dies ausgerechnet beim öffentlichen Raum anders sein sollte. Mit anderen Worten: Seine Existenz ist zweifellos Voraussetzung ganz unterschiedlicher Freiheitsbetätigungen.¹²⁵ Doch handelt es sich auch hier um rechtlich determinierte Voraussetzungen, die prinzipiell sowohl Gegenstand staatlicher Handlungspflichten als auch von

¹²³ Dazu *Siehr*, in: Bultmann/Grigoleit/Gusy u. a. (Hg.), FS f. Battis, S. 615 (628 ff. m. w. N.).

¹²⁴ BVerfGE 36, 321 (331 f.); ähnlich E 81, 108 (116). Allerdings hat das Gericht daraus keinen Anspruch auf Kunstförderung abgeleitet. Um die Frage eines subjektiv-rechtlichen Anspruchs geht es hier aber auch nicht.

¹²⁵ Siehe zum öffentlichen Raum als Voraussetzung für das wichtige Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) *Prothmann*, Wahl des Versammlungsortes, S. 20 ff.

Rechten der Bürgerinnen und Bürger sein können. Anderenfalls würde sich eine kaum nachvollziehbare Asymmetrie zwischen jenen Freiheitsrechten ergeben, die in erster Linie im privaten Raum wahrgenommen werden, und jenen, deren Ausübung vor allem auf öffentlichen Raum angewiesen ist. Der Umstand, dass die räumliche Seite der Freiheitsbetätigungen im privaten Bereich durch Art. 13 GG sowie durch den auch den Mieterbesitz schützenden Art. 14 Abs. 1 GG grundrechtlich abgesichert ist, kann demnach als Indiz dafür gelten, dass es auch im öffentlichen Raum eine entsprechende grundrechtliche Absicherung der räumlichen Seite der Freiheitsbetätigungen geben muss, um die jeweiligen Rechte nicht leer laufen zu lassen. Denn die Wohnung im Sinne des Art. 13 Abs. 1 GG stellt ebenso eine faktische Voraussetzung für andere Grundrechte dar – z. B. für den Schutz der Privatsphäre (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) – wie der öffentliche Raum faktische Voraussetzung für die Ausübung der Kommunikationsfreiheiten ist. Der Wohnungsfreiheit des Art. 13 Abs. 1 GG als ‚Recht am privaten Raum‘ müsste aber – zumindest aus heutiger Sicht – an sich ein ‚Recht am öffentlichen Raum‘ korrespondieren, um eine Asymmetrie im Schutz der räumlichen Dimension von Freiheitsbetätigungen zu vermeiden.

So lange die Gefahr, dass Grundrechte im öffentlichen Raum mangels Absicherung ihrer räumlichen Dimension leer laufen könnten, noch nicht gegeben war, gab es auch keinen Grund, über ein Recht auf bzw. am öffentlichen Raum nachzudenken. Zwar zeigten sich im Recht der öffentlichen Sachen die oben bereits geschilderten Ungereimtheiten und Brüche.¹²⁶ Dennoch hat die Mehrheitsmeinung in Literatur und Rechtsprechung bislang an den überkommenen rechtsdogmatischen Strukturen festgehalten; dies sicherlich nicht zuletzt auch deshalb, weil die Kritiker keine konstruktiven Alternativen aufzuzeigen wussten. Die Praxis verlangt aber, insbesondere im Straßen- und Wegerecht, ständig nach Entscheidungen. Vor dem Hintergrund der neueren Entwicklungen im öffentlichen Raum, die die ungelösten Probleme in diesem Bereich noch deutlicher zu Tage treten lassen und im Blick auf die semi-öffentlichen Räume um eine weitere Problemschicht ergänzen, wird man sich der Frage nach dem grundrechtlichen Schutz der räumlichen Seite der einschlägigen Freiheitsrechte jetzt jedoch ganz offensiv stellen müssen. Auch hier könnte die Krise daher zur Geburtsstunde eines neuen Grundrechts werden: des Rechts am öffentlichen Raum. Auf dieser Basis wäre dann zum einen das Recht der öffentlichen Sachen noch einmal neu zu überdenken. Zum anderen wäre aber auch zu klären, was aus diesem Recht im Zuge der Privatisierung öffentlicher Räume wird, ob es neben einem Recht *am* öffentlichen Raum also auch ein Recht *auf* öffentlichen Raum geben müsste.

¹²⁶ Siehe dazu oben S. 2 ff., bes. S. 4; eingehender dann unten S. 545 ff.

Es bietet sich an, sich der Frage nach einem möglicherweise in *statu nascendi* befindlichen Recht am öffentlichen Raum über seinen Gegenstand zu nähern, also über den öffentlichen Raum. Dieser begegnet uns zunächst einmal als interdisziplinäres Phänomen. Wir müssen jedoch eine Vorstellung von einer spezifisch rechtswissenschaftlichen Konzeption des öffentlichen Raumes gewinnen, bevor wir in einem zweiten Schritt klären können, ob es ein Recht am öffentlichen Raum gibt bzw. woraus es ggf. abzuleiten ist. Die Frage nach einem Recht *auf* öffentlichen Raum lässt sich wiederum erst beantworten, wenn die Rechtslage im öffentlichen Raum im engeren Sinne untersucht und deutlich geworden ist, welche qualitativen und quantitativen Verschiebungen sich insoweit durch Privatisierungstendenzen ergeben. Im folgenden Kapitel soll es zunächst um den öffentlichen Raum als interdisziplinäres Phänomen, insbesondere aber auch um die Entwicklung eines rechtswissenschaftlichen Theorieansatzes zum öffentlichen Raum gehen.

2. Kapitel

Öffentlicher Raum – interdisziplinäres Phänomen und rechtswissenschaftlicher Theorieansatz

§ 4 Öffentlicher Raum als Brücken- und Schlüsselbegriff im transdisziplinären Diskurs

Der schillernde, transdisziplinär mit ganz unterschiedlichen Konnotationen aufgeladene Begriff des ‚öffentlichen Raumes‘, dessen Klärung am Beginn jeder vertieften rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit dem öffentlichen Raum und seiner Nutzung stehen muss, scheint sich einer klaren begrifflichen Fixierung zu entziehen. Diese begriffliche Mehrdeutigkeit ist jedoch keineswegs nur ein Nachteil: Sehr unterschiedliche Disziplinen – neben den Juristen u. a. Architekten, Stadtplaner, Denkmalschützer, Geographen und sonstige Raumwissenschaftler, (Stadt-)Soziologen, Philosophen, Politikwissenschaftler, Kriminologen und Psychologen, Medienwissenschaftler, Künstler und andere Kulturschaffende – beschäftigen sich teils in allgemeiner Form mit dem öffentlichen Raum, teils spezieller mit dem urbanen öffentlichen Raum. Angesichts der Komplexität der Materie liegt die Notwendigkeit eines inter- und transdisziplinären Diskurses auf der Hand. Für die trans- und interdisziplinäre Verständigung¹ kann es aber hilfreich sein, sogenannte Brücken- oder Schlüsselbegriffe zu verwenden,² die „von vornherein auf eine integrative Problembeschreibung und damit die Möglichkeit der integrativen Problembewältigung verweisen“

¹ Die Differenz zwischen Interdisziplinarität und Transdisziplinarität kann man in der Weise umschreiben, dass sich erstere eher auf eine konkrete Zusammenarbeit auf Zeit bezieht, Transdisziplinarität hingegen eine andauernde Kooperation bezeichnet, die zu einer Veränderung der fachlichen und disziplinären Orientierungen und damit zu einer Veränderung der wissenschaftssystematischen Ordnung führt, so *Wrase*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Bd. 27 (2006), S. 289 ff.; vertiefend *Mittelstraß*, *Transdisziplinarität*, S. 9; s. a. *Baer*, in: *Kahlert u. a. (Hg.), Quer denken – Strukturen verändern*, S. 143 ff., die transdisziplinäre Kompetenz als Schlüsselqualifikation in Wissensgesellschaften umschreibt; eingehend zur interdisziplinären Rechtsforschung *dies.*, *Rechtssoziologie*, bes. § 3, S. 51 ff. Speziell zum interdisziplinären Diskurs in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht *Kaiser*, in: *DVB* 2014, S. 1102 ff.

² Siehe zum Arbeiten mit Schlüsselbegriffen *Hoffmann-Riem*, in: *DÖV* 1997, S. 433 (438–442), auf den wohl auch der Begriff zurückgeht (s. dazu die Nachw. bei *Voßkuhle*, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 4 [2001], S. 197 [198, Fn. 6]); s. a. *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, S. 46–48. Systematisch und sehr instruktiv zu Schlüsselbegriffen, Typen und Leitbildern als Erkenntnismitteln und ihrem Verhältnis zur Rechtsdogmatik *Baer*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 223 ff. Für eine krit. Bestandsaufnahme der Arbeit mit Schlüsselbegriffen aus der Perspektive der Verwaltungs-

(Wolfgang Hoffmann-Riem).³ Oder, wie der Geschichtswissenschaftler und Geschichtstheoretiker *Lucian Hölscher* im Blick auf die für sich genommen schon sehr komplexe begriffsgeschichtliche Entwicklung des Begriffs der ‚Öffentlichkeit‘ feststellt: Die einem solchen Begriff eigene Mehrdeutigkeit erlaube es, mehrere Bedeutungen in einem Wort anzusprechen und gerade dadurch auf in ihrer Mehrdeutigkeit bewahrte unterschiedliche Problemstellungen zu reagieren. So werden „Aussagen möglich, die unter Verzicht auf den Begriff, in dem sie ihre Evidenz fanden, nur durch umständliche Präzisierungen“ getroffen werden könnten.⁴

Der vielschichtige und mehrdeutige Begriff des öffentlichen Raumes besitzt sicherlich das Potential eines solchen Brücken- und Schlüsselbegriffs.⁵ Gleichwohl ergibt sich aus dem Umstand, dass ihm im Alltagssprachlichen Verständnis andere Bedeutungsgehalte zugeschrieben werden als in unterschiedlichen Fachdisziplinen, die sich im Sprachgebrauch ihrerseits wieder voneinander unterscheiden, natürlich auch die Gefahr von Missverständnissen. Da eine Vereinheitlichung der Begriffsverwendung nicht möglich und aus den dargelegten Gründen auch gar nicht wünschenswert erscheint, kann dem nur dadurch begegnet werden, dass die einzelnen Disziplinen die aus ihrer Sicht maßgeblichen Bedeutungsgehalte herausarbeiten und offen legen.⁶ Von rechtswissenschaftlicher Seite ist dies bislang noch nicht geschehen. Zwar hat *Wolfgang Martens*

rechtsreform *Voßkuhle*, in: *VerwArch* 92 (2001), S. 184 ff.; s. a. *ders.*, in: *VVDStRL* 62 (2003), S. 266 (282–285), sowie *Schoch*, in: *Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I*, S. 147 f.

³ *Hoffmann-Riem*, Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, in: *Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis*, 2003, S. 92 (96).

⁴ *Hölscher*, Art. Öffentlichkeit, in: *Brunner u. a. (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe*, S. 413.

⁵ Vor dem Hintergrund der von *Voßkuhle*, in: *VVDStRL* 62 (2003), S. 266 (282–285), genannten Bsp., wonach dem Leitbild des ‚Gewährleistungsstaates‘ die Schlüsselbegriffe „regulierte Selbstregulierung“ (dazu näher *ders.*, in: *Die Verwaltung, Beiheft 4* [2001], S. 197 ff.) und „Verantwortungsteilung“ zugeordnet sind, könnte man zunächst daran zweifeln, ob diese Einordnung richtig ist. Tatsächlich gibt es jedoch keine festgelegte Reihenfolge, nach der Schlüsselbegriffe stets Leitbildern nachgeordnet sein müssten, sondern die *Qualifikation folgt der Funktion* innerhalb eines bestimmten Kontextes. Im Kontext des transdisziplinären Diskurses hat der Begriff des öffentlichen Raumes in dem von Hoffmann-Riem beschriebenen Sinne die Funktion eines Brücken- oder Schlüsselbegriffs; im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Metatheorie können ihm hingegen bestimmte normative Leitbilder zugeordnet werden (s. zum Leitbild des freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaates *Unruh*, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*, S. 337 ff.). Leitbilder sollen, wie *Schoch*, in: *Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I*, S. 147, zutreffend feststellt, einerseits (Grob-)Orientierungen vermitteln, übernehmen andererseits aber „nicht selten auf der Ebene der Deskription und der Analyse eine Art Bündelfunktion zur Markierung signifikanter (oft neuer) Entwicklungen im Rechtssystem“. Bezogen auf Schlüsselbegriffe betont *Schoch* nicht so sehr das von Hoffmann-Riem hervorgehobene Potential zur integrativen Problembewältigung, sondern vielmehr die von ihnen ausgeübte Suggestivkraft. – Auch dies ist bei dem Begriff des öffentlichen Raumes, der derzeit Konjunktur hat, sicher kaum zu bestreiten.

⁶ So auch *Hoffmann-Riem*, *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, in: *Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis*, 2003, S. 92 (96).

schon 1969 eine bis heute viel beachtete Monographie zum Thema „Öffentlich als Rechtsbegriff“ vorgelegt;⁷ doch ergeben sich hier nur in Teilbereichen Überschneidungen mit dem Begriff des öffentlichen Raumes, der auch erst deutlich später zu einem Schlüsselbegriff im transdisziplinären wissenschaftlichen Diskurs geworden ist. Insofern liegt die Aufgabe, die Bedeutungsgehalte des Begriffs des öffentlichen Raumes aus rechtswissenschaftlicher Perspektive zu bestimmen, noch vor uns.

§ 5 Vorüberlegungen zu einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes

A. Begriffliche Abgrenzungen und Zusammenspiel: Begriff, Konzeption und Theorie des öffentlichen Raumes

Über eine Bestimmung des Rechtsbegriffs des öffentlichen Raumes hinaus bedarf es zur Bewältigung der im ersten Kapitel dargestellten Rechtsprobleme einer rechtswissenschaftlichen Metatheorie des öffentlichen Raumes, die das bisherige Defizit einer mangelhaften Reflexion des Phänomens des ‚öffentlichen Raumes‘ aus der spezifisch rechtswissenschaftlichen Perspektive überwindet. Eine solche Theorie setzt als Zwischenschritt wiederum Klarheit über die Konzeption des öffentlichen Raumes voraus. Versteht man unter einem Begriff üblicherweise die „Gesamtheit wesentlicher Merkmale in einer gedanklichen Einheit“,⁸ so schließt der Ausdruck Konzept oder Konzeption auch zugrunde liegende Anschauungen und Leitideen ein, zielt also eher auf einen geistigen Gesamtentwurf.⁹ Dementsprechend wird ein Rechtsbegriff definiert, indem man sich auf die für ihn charakteristischen Merkmale einigt, bei deren Vorliegen dann zumeist auch das Tatbestandsmerkmal eines Gesetzes erfüllt sein wird. Dagegen verlangt ein Konzept oder eine Konzeption in der Rechtswissenschaft als Normwissenschaft eine Bündelung normativ geprägte Leitideen oder Leitbilder,¹⁰ die im Sinne eines kohärenten Gesamtentwurfs die Rechtsanwendung dann von einer Metaebene aus anleiten können. Die Begriffe Konzept und Konzeption können hingegen in der Weise voneinander abgegrenzt wer-

⁷ *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, erschien zuerst 1968 als rechts- und staatswissenschaftliche Habilitationsschrift.

⁸ Brockhaus, Enzyklopädie Bd. 26, Deutsches Wörterbuch, A-GLUB, Stichwort: Begriff, S. 441.

⁹ Vgl. Brockhaus, aaO., Bd. 27, Deutsches Wörterbuch, GLUC-REG, Stichwort: Konzept, S. 1957 (1958).

¹⁰ Zur Funktion von Leitbildern *Baer*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 223 (232 ff.); *Schoch*, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I, S. 147; s. zur leitbildorientierten Verfassungsanwendung auch *Volkman*, in: AöR 134 (2009), S. 157, bes. S. 158 ff., 168 ff.

den, dass das Konzept die abstrakt gefasste Grundidee (also etwa ‚Demokratie‘ oder ‚öffentlicher Raum‘) und die Konzeption verschiedene, möglicherweise auch konkurrierende Lesarten dieser Grundidee (z. B. verschiedene Vorstellungen von Demokratie oder dem öffentlichen Raum) bezeichnet.¹¹

Allerdings sind die Grenzen hier fließend; vielfach werden ‚Begriff‘ und ‚Konzeption‘ auch synonym verwandt und insbesondere ändert sich die Bedeutung bei weiteren Zusätzen. So ging es auch bei den oben in § 4 thematisierten Brücken- und Schlüsselbegriffen gerade nicht um ggf. auch als gesetzliche Tatbestandsmerkmale operationalisierbare (Rechts-)Begriffe, sondern um solche, die sich unterschiedlichen Konzeptionen öffnen können und genau aus diesem Grund auch zur Brückenbildung im transdisziplinären Dialog taugen. Soweit vom ‚öffentlichen Raum‘ oder auch vom ‚Raum‘ selbst im Sinne von Brücken- und Schlüsselbegriffen die Rede ist,¹² sind diese also Teil der auf der theoretischen Metaebene angesiedelten Konzeption des öffentlichen Raumes¹³ – als wichtiger Baustein einer Theorie des öffentlichen Raumes. Die Zuordnung zur theoretischen Metaebene oder zur Ebene der Rechtsanwendung ergibt sich demnach sprachlich nur aus den jeweiligen Zusätzen (*Schlüssel-/Rechtsbegriff*¹⁴), im Übrigen aber aus dem Kontext. Ungeachtet dieser begrifflichen Unschärfen gilt jedoch grundsätzlich, dass bei der Rechtsanwendung – wenn es also beispielsweise um datenschutzrechtliche Fragen bei der Videoüberwachung¹⁵ öffentlicher Räume geht¹⁶ – ein Rechtsbegriff des öffentlichen Raumes, im Rahmen der Theoriebildung hingegen konzeptionelle Vorstellungen zum

¹¹ Siehe dazu *Poscher*, in: Hage/von der Pfordten (Hg.), *Concepts in Law*, S. 99 (100f.).

¹² Dazu oben S. 37 ff. und unten S. 51 f. sowie für den Begriff des Raumes S. 68 ff.

¹³ Siehe zu unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen Raumkonzeptionen und Kategorisierungen unten S. 93 ff.

¹⁴ Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass Schlüsselbegriffe sich auch in einer gewissen Nähe zu Rechtsbegriffen und zu rechtsdogmatischen Begriffen bewegen, die nicht unterschätzt werden sollte; so zutreffend *Schoch*, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I, S. 147 mit Fn. 3, der das Bsp. der „gute[n] Verwaltung“ nennt, die in Art. 41 EU-Grundrechtecharta dann im „Recht auf eine gute Verwaltung“ auch positivrechtlich Niederschlag gefunden hat; dazu auch *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*², Bd. 1, § 10 Rn. 35. Gleichwohl kann man sie auch nicht von vornherein in eins setzen; insbesondere besitzen umgekehrt keineswegs alle Rechtsbegriffe das konzeptionelle Potential von Schlüsselbegriffen.

¹⁵ § 6b Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), i. d. F. v. 14.1.2003 (BGBl. I, S. 66), zul. geänd. durch Ges. v. 25.2.2015 (BGBl. I, 162), spricht etwas umständlich von der „Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen“, doch folgt der Klammerzusatz „Videoüberwachung“.

¹⁶ Vgl. etwa § 20 Abs. 1 des Schleswig-Holsteinischen Landesdatenschutzgesetzes (LDSG SH) v. 9.2.2000 (GVObI. S. 169), zul. geänd. durch Ges. v. 16.3.2015 (GVObI. S. 96). Er lautet: „Öffentliche Stellen dürfen mit optisch-elektronischen Einrichtungen öffentlich zugängliche Räume beobachten (Video-Überwachung), soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben oder zur Wahrnehmung eines Hausrechts erforderlich ist und schutzwürdige Belange Betroffener nicht überwiegen.“

öffentlichen Raum gefragt sind, die sich auch von den Konzeptionen anderer Disziplinen unterscheiden.

Zudem spricht *prima facie* viel dafür, dass es auch innerhalb der Rechtswissenschaft nicht etwa nur eine Konzeption ‚des‘ öffentlichen Raumes gibt, der dann ggf. verschiedene Rechtsbegriffe des öffentlichen Raumes zugeordnet werden müssten, sondern dass auch hier bereits unterschiedliche Konzeptionen für unterschiedliche öffentliche Räume miteinander konkurrieren. So sind beispielsweise die Unterschiede zwischen dem urbanen öffentlichen Raum, dem medial konstituierten öffentlichen Raum, dem (politischen) öffentlichen Raum im europäischen Mehrebenensystem und dem Raum als Gegenstand des Raumplanungsrechts auf der rein begrifflichen Ebene nicht mehr zu fassen. Hier treten vielmehr konzeptionelle Differenzen zu Tage, die einer in der Realität anzutreffenden Pluralität ‚öffentlicher Räume‘ ebenso Rechnung tragen wie der Heterogenität der einschlägigen Rechtsmaterien. Insofern soll im Sinne einer Arbeitshypothese davon ausgegangen werden, dass für unterschiedliche öffentliche Räume auch je eigene rechtswissenschaftliche Konzeptionen erarbeitet werden müssen. Demzufolge wäre die Konzeption ‚des‘ urbanen öffentlichen Raumes im Rahmen von Sicherheitsdiskursen also eine ganz andere als die Konzeption ‚des‘ öffentlichen Raumes im Medienrecht (wobei der Singular wiederum nur einer konzeptionellen Typisierung geschuldet ist, die eine Vielzahl von unter Umständen sehr heterogenen Teilräumen innerhalb einer Konzeption bündelt).

Diese unterschiedlichen Konzeptionen könnten dann auf einer höheren Abstraktionsstufe zu einem rechtswissenschaftlichen Konzept ‚des‘ öffentlichen Raumes zusammengefasst werden. Doch wird man sich überlegen müssen, in welchem Rahmen man dies für welche Zwecke tun möchte. Wie unten noch zu zeigen sein wird,¹⁷ lässt sich beispielsweise auf globaler Ebene nur eine strikt formale Konzeption des öffentlichen Raumes entwickeln. Innerhalb des Verfassungsstaates können Konzeptionen verschiedener öffentlicher Räume hingegen zu einem materiellen Konzept des öffentlichen Raumes zusammengezogen werden, das dann nicht zuletzt auch aus seiner Polarität zum Konzept des privaten Raumes lebt. Wie das Beispiel des öffentlichen Raumes als Medienraum zeigt,¹⁸ sind die Grenzen zwischen unterschiedlichen Ebenen – privat und öffentlich einerseits, verfassungsrechtlich, suprastaatlich und global andererseits – heute allerdings vielfach fließend. Diese Grenzziehungen sind also nichts Statisches, ihre Stabilität ist eine scheinbare. Tatsächlich sind sie zumeist ein integraler Teil

¹⁷ Siehe dazu unten S. 196 ff., bes. S. 198.

¹⁸ Siehe für einen Überblick Günzel, in: ders. (Hg.), Raum, S. 219 ff. Siehe auch Rödel, in: Maresch (Hg.), Medien und Öffentlichkeit, S. 66 ff., und weitere Beiträge in diesem Band. Spiegelbildlich konfigurieren sich auch das ‚Private‘ und private Räume neu, ergeben sich neue Herausforderungen für den Schutz von Privatheit, s. dazu etwa den Bericht von Eichenhofer/Schulte, in: DuD 2014, S. 729 f., über den Auftakt-Workshop des „Forum Privatheit“: Rechnende Räume als verletzte Erfahrungswelten.

theoretischer Konstrukte, die sich im Laufe des gesellschaftlichen und politischen Wandlungsprozesses immer weiter verändern. Zudem ist dieser Prozess häufig ein sehr konflikthafter: Um die Definition und Neudefinition von öffentlichen Räumen wird – wie die feministische Rechtstheorie im Blick auf die Dichotomie ‚öffentlich-privat‘ deutlich gemacht hat – oft heftig gerungen.¹⁹

Die damit angedeuteten Schwierigkeiten im Umgang mit einer hochkomplexen Materie machen deutlich, dass es unabdingbar ist, sich zunächst Klarheit über die Zielsetzung einer rechtswissenschaftlichen Theorie des öffentlichen Raumes zu verschaffen, um sodann ihren aus sich heraus wenig greifbaren Gegenstand (oder auch nur einen relevanten Teilbereich) diesen Zielen entsprechend näher bestimmen zu können.

B. Grundelemente, Aufbau und Zielsetzung einer Theorie des öffentlichen Raumes

Eine rechtswissenschaftliche Theorie des öffentlichen Raumes wird sich sicherlich nicht in der Erarbeitung von unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen Konzeptionen unterschiedlicher öffentlicher Räume und ihrer abstrahierenden

¹⁹ Siehe zur feministischen Kritik dieser Dichotomie *Pateman*, in: *dies.*, *The disorder of woman*, S. 118 ff. Ein großer Teil dieser Debatte ist in eine Auseinandersetzung mit *Habermas* eingebettet, der im Vorwort der Neuaufl. (1990) von „Strukturwandel der Öffentlichkeit“ auch selbst Defizite einräumt, s. S. 18 f.: „Wenn wir den gleichen Blick auf die bürgerliche Öffentlichkeit richten, stellt sich der Ausschluß der Frauen aus dieser (wiederum) von Männern beherrschten Welt anders dar, als ich es seinerzeit gesehen habe. [...] Daran zeigt sich, daß die Exklusion der Frauen für die politische Öffentlichkeit auch in dem Sinne konstitutiv gewesen ist, daß diese nicht nur kontingenterweise von Männern beherrscht wurde, sondern in ihrer Struktur und in ihrem Verhältnis zur Privatsphäre auch geschlechtsspezifisch bestimmt gewesen ist. Anders als der Ausschluß der Männer hatte die Exklusion der Frauen eine strukturbildende Kraft.“ Siehe für diese sehr intensiv geführte Debatte statt vieler *Benhabib*, in: *Calhoun* (Hg.), *Habermas and the Public Sphere*, S. 73, 74, 89 ff., bes. S. 89 f.: „In the tradition of Western political thought and down to our own days, these distinctions [between public matters of norms as opposed to private matters of value, public interest versus private needs] have served to confine women and typically female spheres of activity like housework; reproduction; nurture and care for the young, the sick, and the elderly to the ‚private‘ domain.“ Ferner *Hohendahl*, ebd., S. 99 ff., bes. 102 f.: „While Habermas defined the public sphere in *Strukturwandel* by excluding the family and the economy, Benhabib wants to keep the boundaries fluid. Public spheres have to be claimed and renegotiated when the need arises.“ Siehe für einen einflussreichen Versuch, den öffentlichen Raum in Auseinandersetzung mit Habermas aus der Perspektive der feministischen Rechtstheorie unter Einschluss von Gegenöffentlichkeiten („*subaltern counterpublics*“, vgl. S. 123 u. *pass.*) und unter Berücksichtigung von Diversität und Gleichheit zu rekonstruieren, auch *Fraser*, ebd., S. 109 ff. (Conclusion S. 136 f.); zu Frasers Kritik auch *Goode*, *Jürgen Habermas*, S. 38 ff. Zum „geschlechterdemokratische(n) Strukturwandel der Öffentlichkeit“ ferner *Lang*, in: *Laberenz* (Hg.), *Schöne neue Öffentlichkeit*, S. 89 ff. Siehe allg. für Nachw. zum feministischen Standpunkt in dieser Frage die Bibliographie bei *Hohendahl*, *Öffentlichkeit*, S. 129 ff., bes. S. 171–177. Zum „Paradox von privat und öffentlich“ aus Sicht der Hegemonietheorie auch *Demirovic*, in: *Raunig u. a.* (Hg.), *Publicum*, S. 42 ff.

Zusammenfassung in einer rechtswissenschaftlichen Konzeption ‚des‘ öffentlichen Raumes erschöpfen können. Eine solche Theorie muss in der Rechtswissenschaft als einer anwendungsorientierten Wissenschaft vielmehr auch ein handlungsanleitendes Potential besitzen. Das heißt, es bedarf des Brückenschlages von der konzeptionellen Metaebene zur Rechtsanwendungsebene; beide Ebenen müssen miteinander verbunden werden.

Nun wurde bereits festgestellt, dass es auf der konzeptionellen Ebene um einen geistigen Gesamtentwurf geht. Bezogen auf öffentliche Räume bedeutet das, dass einerseits eine dem jeweiligen Bereich angemessene rechtswissenschaftliche Raumvorstellung zu entwickeln ist, andererseits die Frage reflektiert werden muss, was das ‚Öffentliche‘ im jeweiligen Kontext ausmacht. Aus der Beantwortung dieser Fragen lassen sich dann in einer Zusammenschau mit den relevanten Rechtsbereichen und den ihnen zugrunde liegenden Regulierungszielen normative Leitbilder entwickeln, die in ihrer Gesamtheit Auskunft darüber geben, welche Leitvorstellungen den jeweiligen öffentlichen Raum konzeptionell prägen und welche Merkmale ihm dabei idealtypisch zugeschrieben werden. Dies ist zugleich der Maßstab, an Hand dessen die reale Verfasstheit des jeweiligen öffentlichen Raumes beurteilt werden kann.

Auf der hohen Abstraktionsebene einer allgemeinen, zunächst auf den verfassungsstaatlichen Rahmen bezogenen Konzeption ‚des‘ öffentlichen Raumes werden sich die normativen Leitbilder im Wesentlichen aus den rechtlich relevanten Grundanschauungen über seine besondere Funktion in Verbindung mit den Grundpfeilern des Verfassungsrechts – namentlich dem Demokratieprinzip und den Grundrechten – speisen. Um für die Rechtsanwendung Relevanz zu entfalten, bedarf es jedoch der Konkretisierung über eine Ausarbeitung von Konzeptionen für je unterschiedliche öffentliche (Teil-)Räume im Zusammenhang mit bestimmten Rechtsmaterien. Dabei wird insbesondere auch zu analysieren sein, was dem Gesetzgeber insoweit als regulative Leitidee diene. So geht es beispielsweise bei der Videoüberwachung öffentlicher Räume einerseits um Gefahrenabwehr, also um Sicherheit, andererseits um Datenschutz, der vor allem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sichert. Weiterhin ist jedoch zu beachten, dass die Videoüberwachung im urbanen öffentlichen Raum stattfindet, die regulativen Vorstellungen des Gesetzgebers also vor dem Hintergrund der dort geltenden Leitbilder gesehen werden müssen. Ordnet man diesem Raum, wie hier,²⁰ u. a. die Leitbilder ‚Raum der Freiheit‘ und ‚Allmende‘ zu, begreift ihn zudem auch als ‚Raum vitaler Urbanität und Vielfalt‘, der gerade auch von der funktionalen Entgrenzung seiner Nutzungsmöglichkeiten lebt, so muss man sich fragen, wie sich die Videoüberwachung insoweit auswirkt: Hemmt sie Differenz und Vielfalt der Nutzungsmöglichkeiten im urbanen öffentlichen Raum sowie die Ausübung

²⁰ Siehe dazu im Einzelnen unten S. 241 ff., 375 ff., 215 ff.

der Versammlungsfreiheit und anderer Freiheitsrechte durch die Bürgerinnen und Bürger tendenziell, da man sich beobachtet und zu konformem Verhalten gedrängt fühlt, oder sorgt sie nur für die Sicherheit, die erforderlich ist, wenn uns der öffentliche Raum als ‚Allmende‘ nicht verloren gehen²¹ soll? Und wie können diese Gesichtspunkte untereinander am besten austariert werden?²² Durch die Ausarbeitung einer Konzeption für einen öffentlichen Teilraum werden die in diesem Kontext bislang schon thematisierten Aspekte in einen systematischen Zusammenhang gebracht und zugleich wird so auch einer Verabsolutierung einzelner Zielvorgaben vorgebeugt.

In normativen Leitbildern, die aus der Zusammenschau verschiedener Ebenen für bestimmte öffentliche Räume entwickelt werden, verzahnen sich also ggf. demokratietheoretische mit verfassungs- und einfachgesetzlichen Leitvorstellungen, so dass sie für die gesuchte Vermittlungsleistung zwischen theoretischer Metaebene und Rechtsanwendungsebene geradezu prädestiniert sind: Sie transportieren in verdichteter Form konzeptionelle Erwägungen, die auch die gesetzgeberische Tätigkeit in diesem Teilraum tragen (sollten), und können diese somit als orientierende Auslegungshilfe²³ in den Prozess der Rechtsanwendung einspeisen. Ihnen kommt im Rahmen einer Theorie des öffentlichen Raumes folglich eine die beiden Ebenen verbindende Transmissionsriemenfunktion zu, über die sich das handlungsanleitende Potential einer solchen Theorie zu entfalten vermag. Und sollte sich die Frage nach einem Recht auf bzw. am öffentlichen Raum positiv beantworten lassen, so würde dadurch die Übersetzung der Leitbilder in das einfache Recht über die verfassungsrechtliche Ebene – also innerhalb des Rechtssystems selbst – ggf. noch einmal verstärkt.

Ziel einer Theorie des öffentlichen Raumes muss es zunächst sein, die Probleme, die ‚der‘ öffentliche Raum als höchst komplexes Gebilde aufwirft, überhaupt als Rechtsprobleme innerhalb eines größeren kohärenten Problemkreises darstellbar zu machen. Dabei erfolgt bereits auf der ‚Makroebene‘ einer solchen übergreifenden Theorie, die durch die normativ unterfütterte theoretische Neukonzeption ‚des‘ öffentlichen Raumes und seiner Funktionen entsteht, eine erste rechtliche Einordnung der Probleme als solche des öffentlichen Raumes, die es sodann im Blick auf einen ganz bestimmten öffentlichen (Teil-)Raum weiter zu spezifizieren gilt. Im nächsten Schritt können die Rechtsprobleme nun im Rahmen der für diesen öffentlichen (Teil-)Raum entwickelten rechts-

²¹ Dazu grundlegend *Volkman*, in: NVwZ 2000, S. 361 ff.

²² Dabei ist natürlich zwischen Rechtsetzung und -anwendung zu differenzieren: Während der Gesetzgeber bei dieser Frage große Gestaltungsspielräume hat, kann der Rechtsanwender diese Aspekte lediglich bei Unklarheiten im Rahmen der Auslegung berücksichtigen, sofern das Gesetz an dieser Stelle Auslegungsspielräume eröffnet.

²³ Zur Orientierungsleistung von Leitbildern in knapper Form *Schoch*, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I, S. 147; eingehender *Baer*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 223 (232 ff.); *Volkman*, in: AöR 134 (2009), S. 157 (175 f.).

wissenschaftlichen Konzeption einer strukturierten und durch die jeweiligen normativen Leitbilder inspirierten rechtlichen Bearbeitung zugänglich gemacht werden. Das bedeutet, dass man sich, differenziert nach Rechtsgebieten, auch um eine an den normativen Leitbildern orientierte Herausbildung, Fortentwicklung oder Verfeinerung der maßgeblichen rechtsdogmatischen Strukturen und die rechtliche Feinarbeit auf der ‚Mikroebene‘ bemühen muss. Das schließt eine den normativen Leitbildern entsprechende Auslegung der maßgeblichen Rechtsbegriffe ein, ganz unabhängig davon, ob dort ‚öffentlicher Raum‘ explizit als Rechtsbegriff auftaucht.

Sollte der Rechtsbegriff des öffentlichen Raumes aber eine Rolle spielen, so ist zu berücksichtigen, dass er auch innerhalb einer bestimmten Raumkonzeption je nach Zielsetzung des konkreten Gesetzes variieren kann. Seine Anwendung ist dann in der konkreten Definition, die er im einschlägigen Gesetz erfährt, auf bestimmte Funktionen oder Teilräume begrenzt. Dies ist insbesondere im Blick auf die Konzeption des urbanen öffentlichen Raumes zu beachten, der durch hohe Komplexität und Funktionsvielfalt geprägt ist und durch sehr unterschiedliche Rechtsmaterien geregelt und gestaltet wird. In diesem Fall kommen unterschiedliche Auslegungen des Rechtsbegriffs des ‚öffentlichen Raumes‘ parallel zur Anwendung, die teils eingrenzende Zusätze enthalten, teils aber auch darauf verzichten. So spricht etwa § 2 HmbAbfG²⁴ in seinen Absätzen 3 und 4 ganz allgemein von Sondernutzungen „im öffentlichen Raum“.²⁵ § 34a Abs. 1 S. 6 Nr. 1 GewO,²⁶ der für Kontrollgänge des Bewachungsgewerbes im öffentlichen Raum bestimmte Voraussetzungen festlegt, findet hingegen nur auf Hausrechtsbereiche „mit tatsächlich öffentlichem Verkehr“ und darüber hinaus auf den „öffentlichen Verkehrsraum“ Anwendung. Auf den ‚(öffentlichen) Verkehrsraum‘ bzw. den ‚Verkehrsraum öffentlicher Straßen‘ beziehen sich auch eine ganze Reihe anderer Normen aus unterschiedlichen Bereichen, etwa der Straßenverkehrs-Ordnung, dem Personenbeförderungsgesetz oder den Landesbauordnungen (vgl. bspw. § 37 Abs. 2 Nr. 4 StVO, § 4 Abs. 1 Nr. 1 PBefG, § 2 Abs. 9 LBO BW etc.).²⁷ § 10 Abs. 3 S. 2 DSchG BW zielt demgegenüber allein auf „öffentliche Kirchenräume“ und bestimmt, dass diese nur außerhalb des Got-

²⁴ Hamburgisches Abfallwirtschaftsgesetz v. 21.3.2005 (GVBl. S. 80), zul. geänd. durch Ges. v. 6.6.2014 (GVBl. S. 208).

²⁵ Dieses Gesetz will gewährleisten, dass die Ziele der Abfallwirtschaft auch beachtet werden, wenn Einrichtungen der Freien und Hansestadt Hamburg Dritten zur Nutzung zur Verfügung gestellt oder Sondernutzungen im öffentlichen Raum erlaubt werden. Zu diesem Zweck soll u. a. nach § 2 Abs. 4 S. 1 HmbAbfG eine Erlaubnis mit der Anordnung verbunden werden, bei Ausgabe von Speisen und Getränken pfandpflichtiges, wieder verwendbares Geschirr zu verwenden.

²⁶ Gewerbeordnung i. d. F. v. 22.2.1999 (BGBl. I, S. 202), zul. geänd. durch Ges. v. 31.7.2016 (BGBl. I, S. 1914).

²⁷ Straßenverkehrs-Ordnung i. d. F. v. 6.3.2013 (BGBl. I, S. 367), zul. geänd. durch Ges. v. 15.9.2015 (BGBl. I, S. 1573), („Verkehrsraum“); Personenbeförderungsgesetz i. d. F. v. 8.8.1990 (BGBl. I, S. 1690), zul. geänd. durch Ges. v. 17.2.2016 (BGBl. I, S. 203), („Verkehrsraum öffent-

tesdienstes besichtigt werden dürfen.²⁸ Und § 6b BDSG bzw. § 20 Abs. 1 LDSG SH²⁹, die die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Videoüberwachung im öffentlichen Raum regeln, geben jeweils durch die Umschreibung „öffentlich zugängliche(r) Räume“ einen Hinweis darauf, was im Sinne dieser Vorschriften unter ‚öffentlichem Raum‘ verstanden werden soll. – Schon diese wenigen Beispiele zeigen, dass das Spektrum der Rechtsgebiete, die Regelungen für den urbanen öffentlichen Raum treffen, tatsächlich sehr groß ist.

Im Vergleich zur übergeordneten Konzeption des öffentlichen Raumes stellt der Rechtsbegriff des öffentlichen Raumes eine Konkretisierung dar, die notwendigerweise enger gefasst und auf den jeweiligen Gesetzeszweck bezogen ist. Zugleich gehört er, ebenso wie sonstige Rechtsfragen des jeweiligen Rechtsgebietes, aber auch in den konzeptionellen Zusammenhang eines ganz bestimmten öffentlichen Raumes, so dass die einschlägigen gesetzlichen Regelungen in Zweifelsfällen einer Auslegung im Lichte der dort maßgeblichen normativen Leitbilder zugänglich sind. Dabei können, in Abhängigkeit von der Fragestellung, jeweils unterschiedliche Leitbilder stärker in den Vordergrund rücken: So wird im urbanen öffentlichen Raum, wenn es um einen Antrag auf Sondernutzung geht, das Leitbild als ‚Ort der Freiheit‘, die natürlich mit der gleichen Freiheit aller anderen und der Vorgabe eines möglichst störungsfreien Gemeingebrauchs in Einklang gebracht werden muss, maßgeblich sein. Geht es hingegen um städtebauliche Belange, so gewinnt das Leitbild des urbanen öffentlichen Raumes als ‚kulturelles Gedächtnis‘ einer Stadt an Bedeutung: Ihre sozio-kulturelle Positionierung in Zeit und Raum ist nun tonangebend; die Frage, wie ihrem Selbstverständnis, ihrer „Eigenlogik“³⁰ und ihren vielfältigen Funktionen (auch) in baulichen Gestaltungsmaßnahmen Ausdruck verliehen wird, zumal sie mit diesen Bauten zugleich ihren eigenen Zukunftsentwurf in Stein meißelt. Diese Vorstellungen haben – zumindest im Ansatz – auch positivrechtlich Niederschlag gefunden, und zwar zum einen in denkmalschutzrechtlichen Bestimmungen, zum anderen im Begriff der „geordneten städtebaulichen Entwicklung“ als Leitbegriff der Bauleitplanung: Dieser zielt, neben dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, insbesondere auch darauf, die städtebauliche Gestalt und das Orts- und Landschaftsbild *baukulturell* zu erhalten (bewahrende Funktion) und zu entwickeln (Zukunftsperspektive).³¹

licher Straßen“); Landesbauordnung BW v. 5.3.2010 (GBl. S. 357, ber. S. 416), zul. geänd. durch Ges. v. 11.11.2014 (GBl. S. 501), (betr. Werbeanlagen im „öffentlichen Verkehrsraum“).

²⁸ Gesetz zum Schutz der Kulturdenkmale (Denkmalschutzgesetz – DSchG BW) i. d. F. v. 6.12.1983 (GBl. S. 797), zul. geänd. durch Ges. v. 29.12.2014 (GBl. S. 686); § 10 gilt aber seit dem 1.9.1993 unverändert.

²⁹ Siehe dazu oben Fn. 15 u. 16.

³⁰ Dazu Löw, *Soziologie der Städte*, S. 65 ff. (bes. 73–87), 116 ff.; s. a. Löw u. a. (Hg.), *Typisch Darmstadt. Eine Stadt beschreibt sich selbst*, S. 13, 257 ff. Siehe dazu auch unten S. 106 f.

³¹ *Dirnberger*, in: Jäde u. a. (Hg.), *BauGB*⁷, § 1 Rn. 27.