

## Examensklausur: „Du darfst hier (erstmal) nicht weg!“ – Teil 1\*

Von Prof. Dr. **Heinrich Amadeus Wolff**, Wiss. Mitarbeiterin **Natalia Babiak**, RA Dr. **Robert Tietze**, Bayreuth\*\*

### Sachverhalt

Spätestens Mitte November fangen regelmäßig in Bayreuth und andernorts die Weihnachtsvorbereitungen an – für manchen eine Freude, für andere ein Graus. Albrecht Aue (A) kann zu den „anderen“ gezählt werden, denn er hält rein gar nichts von diesem christlichen Brauch. Verärgert und provoziert von einem Kumpel ließ er sich Mitte November nach einem verlorenen Schafkopf-Turnier in einem Bayreuther Wirtshaus zu folgender Aussage hinreißen: „Ihr werdet euch noch umschauen – ihr mit euren christlichen Gewohnheiten.“ In der kreisfreien Stadt Bayreuth sind As extreme Ansichten bereits bekannt; insbesondere, dass A eine eigenwillige Auslegung des Korans vertritt, nach der die Nichtgläubigen auf der Erde kein Lebensrecht hätten. Geistige Inspiration erhält er nicht in Bayreuth selbst, sondern im Rahmen der wöchentlichen Abendgebete in Berlin, zu denen er regelmäßig fährt und meist einige Tage dort verbleibt. In den anschließenden Gesprächen nach dem Abendgebet trifft er sich häufig mit einem eingeschworenen Kreis, in dem der Glaubensführer der Gruppe zum vernichtenden Kampf gegen die Nichtgläubigen aufruft. Die Nichtgläubigen seien vor allem im Herzen ihres sündigen Lebens zu treffen, d.h. bei ihren fehlgeleiteten Vergnügungsveranstaltungen wie Fußballspielen, Einkaufszentren und Weihnachtsmärkten.

Als Bernd Bissig (B), ein Mitglied genau dieser Gruppe, ein erfolgreiches Selbstmordattentat in der Stadt M durchführt, und A in dem eingeschworenen Kreis verlautbaren lässt, er werde der Nächste sein, und dies nach außen dringt, erhebt sich in Bayreuth Unmut gegen den A. Als A dann auch noch in der städtischen Bibliothek Bücher ausleiht, aus denen man bei entsprechender Findigkeit unbestreitbar die Grundstruktur für den Bau biologischer Bomben ableiten kann, platzt der Oberbürgermeisterin Olga Ober (O), die auch von seiner Aussage im Bayreuther Wirtshaus erfahren hat, der Kragen, und sie ruft bei der zuständigen Polizeivollzugsdienststelle an. Diese müsse nun endlich einmal etwas gegen A im zulässigen Rahmen unternehmen, damit die von ihm ausgehende Gefahr gebannt werde.

Als die mit dieser Aufgabe betraute Polizeivollzugsbeamtin Petra Peine (P), die den A gut kennt, ihn für ein klärendes Gespräch in seinem Bayreuther Wohnhaus aufsuchen will, sieht sie, wie A schwer bepackt mit vielen Paketen aus dem

gut ausgestatteten örtlichen Pflanzengeschäft herauskommt. Sie bittet daraufhin die Verkäuferin Viktoria Vertig (V) offenzulegen, was A gerade gekauft habe. V verweigert aber die entsprechende Auskunft, denn anders als P ist V der Auffassung, keine Aussagepflicht zu haben. Daraufhin lädt P die V für den nächsten Tag nach Geschäftsschluss auf die Dienststelle vor. Dort offenbart V, sichtlich beeindruckt von dem Dienstbetrieb, den Einkauf des A. Es ergibt sich, dass A ausschließlich pflanzliche Produkte gekauft hat, die geeignet sind, eine biologische Bombe von erheblicher Durchschlagskraft zu bauen.

Schockiert von dieser Information erlässt P nunmehr eine umfangreiche polizeirechtliche Verfügung gegen den A, die unter anderem ein Aufenthaltsgebot (Nr. 1) sowie eine Meldeanordnung (Nr. 2) enthält und dem A am 22.11.2018 bekanntgegeben wird. Nach Nr. 1 wird A versagt, ab Bekanntgabe dieses Bescheides bis zum 7.1.2019 das Stadtgebiet Bayreuth zu verlassen. Nach Nr. 2 habe er weiterhin die Verpflichtung, sich jeden Abend zwischen 17:00 bis 20:00 Uhr unter Vorlage eines gültigen Personaldokuments (z.B. des amtlichen Lichtbildausweises) bei einer Polizeidienststelle in Bayreuth zu melden. Zur Begründung der beiden Maßnahmen wird ausgeführt: Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG ermögliche die in Nr. 1 und Nr. 2 des Schreibens aufgeführten polizeirechtlichen Maßnahmen. Aufgrund der bekannt gewordenen Tatsachen liege der Verdacht nahe, dass er (A) einen Anschlag verüben wolle. Allerdings seien weder der Ort noch die Zeit bereits bekannt. Sein Verhalten begründe aber die konkrete Wahrscheinlichkeit, dass er einen Anschlag auf eine Massenveranstaltung plane und er mit der Vorbereitung bereits begonnen habe. Die getroffenen Maßnahmen hätten den Zweck, seinen räumlichen Bewegungsbereich einzuschränken und so das Risiko für die gefährdeten Orte zu reduzieren. Weiter müsse ihm insbesondere der Zugang zum Kreis in Berlin versperrt werden, weil er von dort die Kraft und Inspiration für seine Pläne bekomme. Die Meldeauflage solle zudem die Wirksamkeit des Aufenthaltsgebots sicherstellen und ist deswegen zusätzlich erforderlich.

Nach Nr. 3 der polizeilichen Verfügung werden die Nr. 1 und die Nr. 2 für sofort vollziehbar erklärt, da es um den Schutz hochwertiger Rechtsgüter gehe. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung wird sodann ausreichend begründet.

A ist von diesem Schreiben wenig begeistert und fühlt sich in seinen Rechten verletzt. Von ihm gehe doch keine Gefahr aus, sodass die Polizei gar nicht gegen ihn vorgehen dürfe. Ohne das Vorliegen einer Gefahr sei ein rechtliches Verhaltensgebot wohl kaum zulässig. Die Verfügung sei zudem unverhältnismäßig und es könne nicht sein, dass er nun gehindert sei, teilweise in Berlin zu leben bzw. mehrere Tage in Berlin zu verbringen. Außerdem ginge es wohl nicht an, ihm seinen Gottesdienstgang zu verbieten. Weiter habe P gar kein eigenes Ermessen ausgeübt, sondern habe ausschließlich der O nach dem Mund geredet.

Da er nächste Woche (der Woche vor dem ersten Advent) wieder nach Berlin fahren möchte, erhebt er vor dem zustän-

\* Dies ist der erste Teil einer Klausur, die im Sommersemester 2019 in dem Examensklausurenkurs als zweite Klausur im Öffentlichen Recht an der Universität Bayreuth gestellt worden ist.

\*\* Der Autor Prof. Dr. Wolff ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Recht der Umwelt, Technik und Information an der Universität Bayreuth; die Autorin Ass. jur. Babiak ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin an diesem Lehrstuhl; der Autor Dr. Tietze ist ehemaliger Wiss. Mitarbeiter und Doktorand dieses Lehrstuhls und praktizierender Rechtsanwalt.

digen Gericht form- und fristgerecht Klage und stellt gleichzeitig einen formgerechten Antrag, ihm die Reise bis zur Entscheidung in der Sache zu gestatten. Vor Gericht trägt der Freistaat Bayern vor, man habe sich bei der Bezeichnung der Rechtsgrundlage für die Meldeanordnung (Nr. 2 der polizeilichen Verfügung) leider geirrt, man habe diesbezüglich Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG und nicht S. 1 gemeint. Weiter habe man bemerkt, dass man A zwar nicht vorher angehört habe. Er habe sich im Rahmen der Klageschrift aber nun zur Sache geäußert und man sei vor dem Hintergrund dieses Vorbringens zum Ergebnis gekommen, den Bescheid unverändert aufrechterhalten zu wollen.

## **Aufgabe**

### **Frage 1**

Sie sind gegenwärtig Referendar\*in beim Richter am Verwaltungsgericht Robert Ratlos (R). Dieser bittet Sie, in einem Rechtsgutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – notfalls im Rahmen eines Hilfgutachtens – eingeht, die Erfolgsaussichten des Eilantrags zu prüfen, über welchen er nächsten Montag zu entscheiden hat. Er äußert Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlagen, weist aber darauf hin, dass auf die Bayerische Verfassung bei Ihrer Prüfung nicht einzugehen ist. Gewichtung: 90 %.

### **Frage 2**

Klären Sie rechtsgutachterlich, ob V eigentlich zur Aussage gegenüber der P hätte verpflichtet werden können. Gewichtung: 10 %.

## **Auszug aus dem PAG**

### *Art. 11 PAG*

(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

[...]

(3) <sup>1</sup>Die Polizei kann unbeschadet der Abs. 1 und 2 die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall

1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder

2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen,

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. <sup>2</sup>Bedeutende Rechtsgüter sind:

1. der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes,

2. Leben, Gesundheit oder Freiheit,

3. die sexuelle Selbstbestimmung,

4. erhebliche Eigentumspositionen oder

5. Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.

### *Art. 12 PAG*

<sup>1</sup>Auf Befragen durch die Polizei ist eine Person verpflichtet, Name, Vorname, Tag und Ort der Geburt, Wohnanschrift und Staatsangehörigkeit anzugeben, wenn anzunehmen ist, daß sie sachdienliche Angaben machen kann, die zur Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind. <sup>2</sup>Zu weiteren Auskünften gegenüber der Polizei ist die Person nur verpflichtet, soweit für sie gesetzliche Handlungspflichten bestehen. <sup>3</sup>Für die Dauer der Befragung kann die Person angehalten werden.

### *Art. 16 Abs. 2 PAG*

[...] (2) <sup>1</sup>Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut einer Person verbieten, ohne polizeiliche Erlaubnis

1. zu bestimmten Personen oder zu Personen einer bestimmten Gruppe Kontakt zu suchen oder aufzunehmen (Kontaktverbot) oder

2. wenn die Begehung von Straftaten droht,

a) sich an bestimmte Orte oder in ein bestimmtes Gebiet zu begeben (Aufenthaltsverbot) oder

b) ihren Wohn- oder Aufenthaltsort oder ein bestimmtes Gebiet zu verlassen (Aufenthaltsgebot).

<sup>2</sup>Unter den in Satz 1 Nr. 1 genannten Voraussetzungen kann sie eine Person auch verpflichten, in bestimmten zeitlichen Abständen bei einer Polizeidienststelle persönlich zu erscheinen (Meldeanordnung). <sup>3</sup>Die Anordnungen dürfen die Dauer von drei Monaten nicht überschreiten und können um jeweils längstens drei Monate verlängert werden. <sup>4</sup>Die Vorschriften des Versammlungsrechts bleiben unberührt.

## **Lösungsvorschlag zu Frage 1**

A hat Klage gegen die polizeirechtliche Verfügung erhoben und sucht gleichzeitig um einstweiligen Rechtsschutz nach. Der für den Fall zuständige Richter R. bittet, die Erfolgsaussichten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens zu überprüfen. Der dahingehende Antrag des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit der Antrag begründet ist.

## **A. Sachentscheidungsvoraussetzungen des Antrags**

### **I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Der Rechtsweg des Eilverfahrens richtet sich nach dem Rechtsweg in der Hauptsache, für welche der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein müsste. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und diese Streitigkeit nicht einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt nach der Sonderrechts- bzw. modifizierten Subjekttheorie vor, wenn die streitentscheidenden Normen zumindest auf einer Seite ausschließlich die öffentliche Hand gerade als Hoheitsträger ver-

pflichten oder berechtigen.<sup>1</sup> A wendet sich gegen die polizeirechtliche Verfügung, dabei gegen das Aufenthaltsgebot und die Meldeauflage. Streitentscheidend sind daher die Vorschriften des PAG (insbesondere Art. 16 Abs. 2 PAG), welche einseitig den Hoheitsträger staatlicher Gewalt in seiner Funktion berechtigen und verpflichten. Zudem streiten keine Verfassungsorgane bzw. „unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Rechtsträger“ über Rechte und Pflichten aus der Verfassung (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).<sup>2</sup> Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit liegt mithin nicht vor. Die Streitigkeit ist auch keinem anderen Gericht zugewiesen (abdrängende Sonderzuweisung), insbesondere ist hier ein präventives und kein repressives Handeln der Polizei gegeben, sodass § 23 EGGVG ausscheidet. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

## II. Statthaftigkeit

Die statthafte Antragsart richtet sich gem. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO nach dem Begehren des Antragstellers. A begehrt einstweiligen Rechtsschutz, sodass zu klären ist, welche Antragsart statthaft ist. Einstweiliger Rechtsschutz kann nach § 123 VwGO bzw. nach §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO<sup>3</sup> gewährt werden. Gem. § 123 Abs. 5 VwGO ist die einstweilige Anordnung gem. § 123 Abs. 1 VwGO gegenüber dem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nach §§ 80, 80a VwGO subsidiär. Das vorrangige Verfahren ist dann einschlägig, wenn es um die Wiederherstellung oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs geht. Dies ist wiederum dann der Fall, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft wäre.

A ist vorliegend Adressat der polizeirechtlichen Verfügung zum einen wird ihm ein Aufenthaltsgebot, zum anderen die Verpflichtung, sich jeden Tag bei einer Polizeidienststelle in Bayreuth zu melden (Meldeanordnung), auferlegt. Diese Maßnahmen sind Verwaltungsakte (VA) nach Art. 35 S. 1 BayVwVfG, welche A beseitigen möchte. Dies ist nur im Wege der Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO möglich. Der vorläufige Rechtsschutz richtet sich deswegen nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO. Der VA ist des Weiteren für sofort vollziehbar erklärt worden (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO); der Anfechtungsklage des A. kommt daher keine aufschiebende Wirkung zu. Diese möchte der A gerade mit seinem einstweiligen Rechtsschutzantrag erreichen, sodass er die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Anfechtungsklage begehrt.

Statthaft ist mithin der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO.

## III. Antragsbefugnis

Der A müsste ferner gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog antragsbefugt sein<sup>4</sup>, d.h. er muss geltend machen können, durch das Aufenthaltsgebot und die Meldeanordnung in eigenen Rechten verletzt zu sein. Dafür müsste zumindest die Möglichkeit der Verletzung bestehen (Möglichkeitstheorie). A ist Adressat dieser für ihn belastenden Maßnahmen (Adressatentheorie), sodass eine Verletzung zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG nicht ausgeschlossen ist. Ferner besteht die Möglichkeit, dass A in seinem Freizügigkeitsrecht nach Art. 11 GG, seiner Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG oder seiner Religionsfreiheit nach Art. 4 GG verletzt ist. Dies ist zumindest nicht völlig ausgeschlossen. A ist folglich antragsbefugt.

## IV. Beteiligtenfähigkeit

A ist als Antragsteller gem. § 63 Nr. 1 VwGO analog Beteiligter und als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO i.V.m. § 1 BGB beteiligtenfähig sowie prozessfähig nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO i.V.m. §§ 2, 104 ff. BGB.

Der Freistaat Bayern ist als juristische Person gem. § 63 Nr. 2 VwGO analog Beteiligter (Polizeiinspektion ist Landesbehörde [siehe Art. 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 POG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 POG], deren Träger der Freistaat Bayern ist). Der Freistaat Bayern ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. Art. 1 BV beteiligtenfähig und wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO durch das Polizeipräsidium Oberfranken mit Sitz in Bayreuth<sup>5</sup> vertreten (§ 3 Abs. 2 S. 6 LABV i.V.m. Art. 4 Abs. 2 Nr. 1 POG).

## V. Zuständiges Gericht

Gem. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO i.V.m. § 45 VwGO, § 52 Nr. 3 VwGO<sup>6</sup> i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 3 AGVwGO ist das Gericht der Hauptsache, mithin das VG Bayreuth sachlich und örtlich zuständig.

## VI. Ordnungsgemäße Antragsstellung

Eine ordnungsgemäße Antragsstellung analog der §§ 81, 82 VwGO kann unterstellt werden.

## VII. Rechtsschutzinteresse

Fraglich ist, ob der A. zuerst einen *Antrag auf Aussetzung der Vollziehung bei der Behörde* hätte stellen müssen, bevor er gerichtlichen Eilrechtsschutz begehrt. Ein solcher Antrag ist im Hinblick auf § 80 Abs. 4, Abs. 6 S. 1 VwGO denkbar, ist aber wegen § 80 Abs. 6 VwGO nur bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten (Verweis auf § 80 Abs. 2

<sup>4</sup> Nur derjenige, der auch in einem Hauptsacheverfahren klagebefugt wäre, soll einstweiligen Rechtsschutz beantragen können. Vgl. *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, § 15 Rn. 540.

<sup>5</sup> § 1 Abs. 1 DVPOG i.V.m. Anlage 1 zur DVPOG Nr. 6 (Ziegler/Tremel Nr. 581).

<sup>6</sup> Zur Wiederholung: die örtliche Zuständigkeit ist in der Reihenfolge: Nr. 1, Nr. 4, Nr. 2, Nr. 3, Nr. 5 zu prüfen. Als Eselsbrücke merken Sie sich: (Nr.) 1 + (Nr.) 4 = 5; (Nr.) 2 + (Nr.) 3 = 5; 5 = 5.

<sup>1</sup> Vgl. *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 5 Rn. 10.

<sup>2</sup> Zur doppelten Verfassungsunmittelbarkeit: *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 1), § 5 Rn. 25.

<sup>3</sup> Oder § 47 Abs. 6 VwGO, der hier aber eindeutig nicht einschlägig ist.

S. 1 Nr. 1 VwGO) zwingend. In den übrigen Fällen bedarf es eines solchen Antrags nicht.

Anhaltspunkte für einen unzulässigen Hauptsachrechtsbehelf sind nicht ersichtlich. Insbesondere liegt keine Verfristung vor (mangels Sachverhaltsangaben). Auch ein Widerspruchsverfahren wäre vorab nicht notwendig, da dieses in Bayern grundsätzlich entfällt (§ 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO).<sup>7</sup>

### VIII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Antrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO liegen vor.

#### Antragshäufung

Es liegt ein Fall der objektiven Antragshäufung nach § 44 VwGO analog vor. Es ist zwar nur ein „Schreiben“, ein Bescheid ergangen, allerdings wurden mehrere Maßnahmen (das Aufenthaltsgebot, die Meldeanordnung) ausgesprochen, die jede für sich angegriffen werden müsste. Beide Maßnahmen wurden für sofort vollziehbar erklärt, sodass eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf jede Maßnahme notwendig ist. Das Begehren des Antragstellers richtet sich gegen denselben Antragsgegner (Freistaat Bayern), steht im Zusammenhang (selber Grund: Terrorgefahr/Anschlagsgefahr) und es ist auch dasselbe Gericht (VG Bayreuth als Gericht der Hauptsache) zuständig.

#### B. Begründetheit

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet und entweder die Vollziehungsanordnung formell rechtswidrig ist oder das private Interesse an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt. Dabei hat das Gericht im Rahmen der Interessenabwägung neben den Erfolgsaussichten in der Hauptsache die gesetzgeberische Wertentscheidung, insbesondere das Regel-/Ausnahmeverhältnis von § 80 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1–3 bzw. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO sowie Art. 19 Abs. 4 GG zu beachten.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Nicht erforderlich ist eine Darstellung, ob der A bereits Anfechtungsklage erhoben haben müsste, da er Anfechtungsklage und einstweiligen Rechtsschutzantrag laut Sachverhalt gleichzeitig stellt. Allgemein gilt: Der Antrag ist nach § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig. Diese Problematik stellt sich daher regelmäßig nur, wenn ein Widerspruchsverfahren durchzuführen ist, sodass dann fraglich ist, ob vor Erhebung des Widerspruchs bereits ein Antrag bei Gericht gestellt werden darf. Siehe hierzu *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 80 Rn. 137 ff.; *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 36. Lfg., Stand: Februar 2019, § 80 Rn. 460 f.

<sup>8</sup> *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, Großkommentar VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 138.

#### I. Richtiger Antragsgegner

Der Antrag ist gegen den richtigen Antragsgegner zu richten. Dieser ergibt sich aus § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog, sodass die Körperschaft, gegen die in der Hauptsache auch die Klage zu richten ist, richtiger Antragsgegner ist; vorliegend ist dies der Freistaat Bayern (siehe Art. 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 POG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 POG als Rechtsträger der Landespolizei).

*Hinweis:* Zur Einordnung des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Das BVerwG<sup>9</sup> und verschiedene OVGe<sup>10</sup> sehen § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO als Regelung über die Passivlegitimation an, die zu Beginn der Begründetheit der Klage zu prüfen sei. Die Passivlegitimation sei ein Problem des materiellen Rechts; sie betreffe die Frage, ob der Beklagte befugt sei, über den Streitgegenstand zu verfügen.<sup>11</sup> Wird das verneint, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen. Eine Minderheitsmeinung<sup>12</sup> wertet § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO als eine Regelung der passiven Prozessführungsbefugnis wegen des Gesetzeswortlauts und der Systematik, sodass eine Nichtbeachtung zur Abweisung der Klage führt, weil sie sich gegen den falschen Beklagten richtet und damit unzulässig ist. Da der nach dem materiellen Recht Verpflichtete in der Regel auch der für den Prozess Verfügungsbefugte ist, hat der Meinungsstreit in der Praxis nur ausnahmsweise Bedeutung.<sup>13</sup> In Bayern wird der h.M. gefolgt und die Prüfung erfolgt im Rahmen der Begründetheit.

#### II. Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

##### 1. Zuständige Behörde

Die Zuständigkeit zur Anordnung der sofortigen Vollziehung liegt gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO bei der Behörde, die den VA erlassen hat. Hier folglich die Polizeiinspektion Bayreuth Stadt.

*Hinweis:* Hier kann auch die Zuständigkeit der Polizeiinspektion Bayreuth Stadt ausführlich geprüft werden – hierzu siehe unten III. 1. b) aa).

---

<sup>9</sup> BVerwG NVwZ-RR 1990, 44 (44); BVerfG NVwZ 1999, 296 (296); BVerfG NVwZ-RR 2003, 41 (42); BVerfG BeckRS 2011, 53362 Rn. 9.

<sup>10</sup> Bspw. OVG Magdeburg BeckRS 2008, 32542; OVG Münster BeckRS 2010, 45031; VGH Mannheim BeckRS 2011, 48636; BayVGH NVwZ 2014, 163 (164 Rn. 27); VGH BW NVwZ-RR 2018, 358 Rn. 19.

<sup>11</sup> *Meissner/Schenk*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 7), § 78 Rn. 15 ff.; *Kinz*, in: Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 49. Lfg., Stand: 1.4.2019 VwGO, § 78 Rn. 2. Ebenfalls vertreten von *Rozek*, JuS 2007, 601 (601 ff.).

<sup>12</sup> VGH Kassel NVwZ-RR 2005, 519 (519 f.); *Schenke* (Fn. 4), § 15, Rn. 545 f.

<sup>13</sup> *Meissner/Schenk*, (Fn. 11), § 78 Rn. 14; *Kinz* (Fn. 11), § 78 Rn. 3.

## 2. Verfahren

Fraglich ist, ob hinsichtlich der Anordnung der sofortigen Vollziehung selbst eine gesonderte Anhörung stattzufinden hat. Hiergegen sprechen mehrere Gründe: Zum einen stellt die Vollziehungsanordnung keinen VA dar, ist der Bestandskraft nicht zugänglich und ist auch nicht selbstständig vollstreckbar, sodass Art. 28 BayVwVfG nicht anwendbar ist. Des Weiteren schließt die Vollziehungsanordnung kein Verwaltungsverfahren im Sinne des Art. 9 BayVwVfG ab. Letztlich begleitet die Vollziehungsanordnung lediglich den Hauptverwaltungsakt und trifft selbst keine materielle Regelung. Zum anderen regeln § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO und § 80 Abs. 3 VwGO die Voraussetzungen einer Vollziehungsanordnung abschließend. Eine Anhörungspflicht ist dort nicht vorgesehen. Auch vom Sinn und Zweck des Anhörungserfordernisses her bedarf es wohl keiner gesonderten Anhörung, das nach § 80 Abs. 5 VwGO-Verfahren schützt den Bürger ausreichend.<sup>14</sup>

Eine Anhörungspflicht ergibt sich nicht aus dem Rechtsstaatsgebot, außer die Vollziehungsanordnung kommt einer überraschenden behördlichen Entscheidung gleich. Das wäre dann der Fall, wenn die Vollziehungsanordnung dem VA nachträglich angefügt worden wäre.<sup>15</sup> Hier wurde sie zusammen mit dem Aufenthaltsgebot und der Meldeanordnung in einer Verfügung erlassen.

Eine Anhörung hinsichtlich der Vollziehungsanordnung ist folglich nicht erforderlich.

## 3. Form

Gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO muss die Behörde das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit schriftlich begründen. Die Begründung muss zum Ausdruck bringen, welche Gründe die Behörde zur Anordnung der sofortigen Vollziehung veranlasst hat, wobei die Gründe über die Gründe für den Erlass des Grundverwaltungsaktes hinausgehen müssen.<sup>16</sup> Sie darf sich andererseits auch nicht in der Wiederholung der Begründung des VA oder in allgemeinen Floskeln erschöpfen. Laut Sachverhalt hat die Polizeiinspektion vorliegend die Anordnung der sofortigen Vollziehung zum Schutz von hochrangigen Rechtsgütern erlassen und hat dies auch ausreichend begründet. Das Formerfordernis ist gewahrt.

## 4. Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist rechtmäßig.

<sup>14</sup> Hierzu allgemein: *Gersdorf*, in: Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 49. Lfg., Stand: 1.7. 2018, § 80 Rn. 78–83.

<sup>15</sup> Siehe hierzu *Gersdorf* (Fn. 14), § 80 Rn. 82 f.; *Schoch* (Fn. 7), § 80 Rn. 259.

<sup>16</sup> Hintergrund: Die Anordnung der sofortigen Vollziehung soll eine Ausnahmesituation darstellen. Mit der gesonderten Begründung soll der Behörde dies vor Augen geführt werden, ihr kommt mithin Warnfunktion zu. Vgl. *Gersdorf* (Fn. 14), § 80 Rn. 86.

## III. Interessenabwägung

Das VG Bayreuth wird die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage wiederherstellen, wenn es im Rahmen einer eigenen Interessenabwägung zu dem Ergebnis gelangt, dass das Suspensivinteresse des A das öffentliche Interesse am Sofortvollzug überwiegt. Maßgeblich für diese Beurteilung sind zunächst die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs. Stellt sich bei summarischer Prüfung heraus, dass A mit seiner Anfechtungsklage wahrscheinlich Erfolg haben wird, besteht i.d.R. kein Interesse am Sofortvollzug. Sollten die Erfolgsaussichten offen sein, ist auf zweiter Stufe eine Abwägungsentscheidung notwendig, deren Einzelheiten hier offenbleiben können. Schließlich kann in den Fällen des § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO der Antrag Aussicht auf Erfolg haben, wenn zwar keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des VA bestehen, jedoch kein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung besteht, mithin ein Dringlichkeitsinteresse fehlt.<sup>17</sup>

Abzustellen ist daher zunächst auf die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage (bei summarischer Prüfung). Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage entsprechen weitgehend denen eines § 80 VwGO-Antrags und liegen hier vor. Fraglich ist aber, ob die Anfechtungsklage auch soweit begründet ist, d.h. die polizeiliche Verfügung mit zwei Maßnahmen rechtswidrig ist und der A dadurch in eigenen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

Vorliegend ist zwischen dem Aufenthaltsgebot und der Meldeanordnung zu unterscheiden. Die getroffenen Maßnahmen wären rechtmäßig, wenn sie auf einer Rechtsgrundlage beruhen und formell und materiell rechtmäßig sind.

### 1. Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsgebots (Nr. 1)

Das Aufenthaltsgebot wäre rechtmäßig, wenn es auf einer (verfassungsgemäßen) Rechtsgrundlage beruht sowie formell als auch materiell rechtmäßig wäre.

#### a) Eingriffsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage des Aufenthaltsgebots ist Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b PAG. Danach kann die Polizei zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut einer Person verbieten, ohne polizeiliche Erlaubnis wenn die Begehung von Straftaten droht, ihren Wohn- oder Aufenthaltsort oder ein bestimmtes Gebiet zu verlassen (Aufenthaltsgebot). Das Aufenthaltsgebot wurde laut Begründung auf Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG gestützt.

*Hinweis:* Hinsichtlich der Meldeanordnung wurde die falsche Rechtsgrundlage angegeben, dies sollte hinsichtlich des Aufenthaltsgebots noch nicht diskutiert werden.

Diese Rechtsgrundlage müsste verfassungsgemäß sein.

<sup>17</sup> BVerwG NVwZ 1995, 587 (590); OVG Schleswig NVwZ 1992, 687 (687 f.); *Puttler* (Fn. 8), § 80 Rn. 156 ff.; *Gersdorf* (Fn. 14), § 80 Rn. 177–186; *Schoch* (Fn. 7), § 80 Rn. 386 f.

*Hinweis:* Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Rechtsgrundlage, auf der der VA ergangen ist, können ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines VA begründen. Im Falle der Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Rechtsnorm und der Entscheidungserheblichkeit im Hauptsacheverfahren müsste nach Art. 100 Abs. 1 GG die Norm vorgelegt werden. Im Rahmen der Entscheidung des Gerichts im vorläufigen Rechtsschutzverfahren kann die Frage des Vorlagepflicht aufkommen.<sup>18</sup> Durchgesetzt hat sich die Auffassung, dass die Fachgerichte an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht durch Art. 100 Abs. 1 GG gehindert seien, dass sie die einem VA zu Grunde liegende Gesetzesvorschrift für verfassungswidrig erachteten, wenn dies im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes geboten sei (z.B. schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile) und die Hauptsache dadurch nicht vorweggenommen werde.<sup>19</sup> Damit wird der Konflikt zw. Art. 100 Abs. 1 GG (Verwerfungsmonopol des BVerfG) und Art. 19 Abs. 4 GG (effektiver Rechtsschutz) gelöst. Die Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG kann im anschließenden Hauptsacheverfahren erfolgen.

aa) *Formelle Verfassungsmäßigkeit*

(1) *Gesetzgebungskompetenz*

Der Freistaat Bayern müsste zum Erlass einer solchen Regelung befugt gewesen sein. Grundsätzlich liegt die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 GG bei den Ländern; dies gilt aber nur, wenn das GG dem Bund nicht die Kompetenz zuschreibt. Hier könnte es sich um allgemeines Gefahrenabwehrrecht (Allgemeines Polizeirecht) handeln, welches den Ländern obliegt. Denkbar wäre aber auch, dass der Kompetenztitel „Freizügigkeit“ des Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 GG berührt ist. Dann wäre der Bund gesetzgebungsbefugt. Genau dieser Bereich könnte von der Regelung des Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b PAG erfasst und damit eigentlich Bundeskompetenz sein.

„Der kompetenzrechtliche Freizügigkeitsbegriff ist enger als derjenige der grundrechtlichen Gewährleistung in Art. 11 Abs. 1 GG, denn diese steht unter dem Vorbehalt des Gesetzes und nicht nur des Bundesgesetzes (Art. 11 Abs. 2 GG). Vor diesem Hintergrund ist anerkannt, dass allgemeine landesrechtliche Regelungen über die Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung nicht unter die Kompetenzmaterie der „Freizügigkeit“ nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG fallen [...]. Die Länder sind daher kompetenzrechtlich auch insoweit zur Verhütung und Unterbindung strafbarer Handlungen nach Maßgabe des allgemeinen Polizeirechts berechtigt, als sie dabei in das Grundrecht auf Freizügigkeit gemäß Art. 11 Abs. 1 GG eingreifen (vgl. BayVerfGH, *Entsch. v. 2.8.1990 – Vf. 3 – VII/89 u.a. – NVwZ 1991, 664 [666]*).“<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Siehe dazu: *Puttler* (Fn. 8), § 80 Rn. 134; *Schenke* (Fn. 4), § 26 Rn. 1094b ff.; *Schoch* (Fn. 7), § 80 Rn. 389–391.

<sup>19</sup> BVerfG, NJW 1992, 2749 (2750); VGH München, BeckRS 2015, 41067 Rn. 16.

<sup>20</sup> BVerwGE 129, 142 (145 Rn. 26).

„Die Rechtspraxis der meisten Länder und die mittlerweile vorherrschende Rechtsauffassung in Rechtsprechung und Schrifttum stehen demgegenüber auf dem Standpunkt, die Gesetzgebungskompetenz für die Freizügigkeit aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG erstrecke sich nicht auf die herkömmliche Regelungszuständigkeit der Länder im Bereich der Abwehr unmittelbarer Gefahren, also namentlich im Polizei-, Ordnungs- und Katastrophenschutzrecht und stehe landesrechtlichen Freizügigkeitsbeschränkungen auf sicherheitsrechtlicher Grundlage daher nicht entgegen. Dementsprechend enthalten die meisten neueren Polizeigesetze Regelungen zur Verhängung zeitlich befristeter Aufenthaltsverbote gegenüber Personen, die aus ex-ante-Sicht in einem bestimmten örtlichen Bereich eine Straftat zu begehen drohen [...]. Solche Einschränkung sind nach herrschender Sicht also Polizeirecht und nicht Freizügigkeitsrecht.“<sup>21</sup>

Die Gesetzgebungskompetenz lag mithin beim Freistaat Bayern.

*Hinweis:* Gute Bearbeiter\*innen erkennen die Kompetenzproblematik, obwohl diese im Sachverhalt nicht ausdrücklich angesprochen wird. Eine detaillierte Auseinandersetzung kann insgesamt aber nicht erwartet werden.

(2) *Verfahren und Form*

Das Verfahren und die Form von Landesgesetzen richtet sich nach der Landesverfassung und werden daher vom BVerfG nicht geprüft. Darüber hinaus sind hier auch keine Rechtsverletzungen ersichtlich.

bb) *Materielle Verfassungsmäßigkeit*

(1) *Bestimmtheitsgebot*

Das Bestimmtheitsgebot müsste gewahrt sein. Der Grundsatz der Bestimmtheit dient „der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger, einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte“<sup>22</sup>. Die Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe – wie hier bspw. die Verwendung des Begriffs der „drohenden Gefahr“ – verstößt dabei nicht gegen diesen Grundsatz, solange die Auslegung unter Nutzung der juristischen Methodik zu bewältigen ist.<sup>23</sup>

Vorliegend bestehen Bedenken hinsichtlich der Verwendung des Begriffs der „drohenden Gefahr“. „Das Tatbestandsmerkmal der drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut gebe der Exekutive und den Richtern infolge seiner Unklarheit eine zu große Auslegungs- und Zugriffsmacht.

<sup>21</sup> *Durner*, in: Maunz/Dürig, *Kommentar zum GG*, 86. Lfg., Stand: Januar 2019, Art. 11 Rn. 128.

<sup>22</sup> BVerfGE 141, 220 (265 Rn. 94); hinreichende Steuerung durch Gesetzgeber/hinreichende Prüfungsmaßstab für Gerichte/Vorhersehbarkeit für Bürger.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 31, 255 (264); 83, 130 (145); allgemein auch: *Antoni*, in: Hömig/Wolff, *Handkommentar, GG*, 12. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 12.

Es lasse Eingriffe bereits bei vagen Vermutungen und nur angenommenen Gefährdungen zu.“<sup>24</sup>

Der Gesetzgeber selbst definiert in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG, was er unter einer „drohenden Gefahr“ versteht und versucht damit, den Begriff handhabbar zu machen: Die Polizei kann unbeschadet der Abs. 1 und 2 des Art. 11 PAG die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall:

(1.) das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder

(2.) Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen,

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr).

Eine drohende Gefahr ist die Situation der Entstehung einer Gefahr, wenn im Einzelfall entweder das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet (Variante 1) oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen (Variante 2), wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind. Das bedeutet nicht eine Abkehr von der Bindung polizeilicher Eingriffsbefugnisse an das Vorliegen einer Gefahr im polizeirechtlichen Sinn. „Die drohende Gefahr unterscheidet sich von der konkreten Gefahr auch nicht dadurch, dass sie sich mit einem geringeren Grad an Wahrscheinlichkeit eines Schadens begnügen würde. Vielmehr würden lediglich unter strengen Voraussetzungen die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs im eng begrenzten Umfang zum Schutz bedeutender Rechtsgüter reduziert.“<sup>25</sup>

Bei der drohenden Gefahr ist der Kausalverlauf noch nicht so weit konkretisiert, dass man weiß, wann es bei ungehindertem Verlauf der Dinge zu einem Schaden kommen wird, man weiß aber, dass ein solcher Eintritt nach allgemeiner Erfahrung kommen wird, nur nicht wann und wo und der Schadenseintritt als ein Angriff zu qualifizieren ist. Der Normtext (Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG) unterscheidet zwei Formen der Konkretisierung.<sup>26</sup>

*(a) Variante 1: Verdichtung bei den Personen (individuelles Verhalten) – Vagheit beim Sachverhalt (konkrete Wahrscheinlichkeit)*

Für die erste Variante, reicht es aus, dass sich das mögliche Geschehen noch nicht einmal seiner Art nach konkretisieren lässt, andererseits das individuelle Vorverhalten einer Person

den Schluss darauf zulässt, dass sie bestimmte Straftaten oder Gefahrenhandlungen vornehmen wird.<sup>27</sup>

*(b) Variante 2: Verdichtung bei dem Sachverhalt (Vorbereitungshandlungen) – keine Konkretisierung bei den Personen, d.h. größere Vagheit*

Bei der Variante 2 soll die zulässige Vorverlagerung darin bestehen, dass bestimmte Tatsachen einen Schluss auf eine seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen sowie zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über die zunehmend so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme weitgehend gegen sie eingesetzt und darauf beschränkt bleiben kann. Die Situation ist daher hinsichtlich der Art des Geschehens bereits ein Stück weit konkretisiert und andererseits immerhin gruppenbezogen so eingegrenzt, dass man die Gruppe identifizieren kann.

Der Gesetzgeber versucht durch eine Legaldefinition diesen Begriff genauer festzulegen. Aber auch bei dieser Festlegung werden unbestimmte Begriffe verwendet, wie bspw. „bedeutendes Rechtsgut“, „konkrete Wahrscheinlichkeit“, „konkretisiertes Geschehen“, „erhebliche Intensität oder Auswirkung“. Während die bedeutenden Rechtsgüter im Folgesatz (Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG) definiert werden, bleibt hingegen die Wendung „erhebliche Intensität oder Auswirkung“ offen. Ob diese Wendung noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, wird in der Literatur unterschiedlich gesehen.<sup>28</sup> Die Begriffe beziehen sich zunächst auf Angriffe, und sollen diese Art von Rechtsgutgefährdung noch einmal eingrenzen, indem sie nur Angriffe mit Auswirkungen erfassen, die über das untere Level hinausgehen. Da davon auszugehen ist, dass sich die Angriffe auf die geschützten Rechtsgüter beziehen müssen, ist auch klar, auf welches Schutzgut sich die Intensität oder Auswirkung beziehen muss. Wo genau die Grenze zwischen irrelevanter Intensität und erheblicher Intensität liegt, muss aus der Norm nicht zweifelsfrei erkennbar sein, da Normen keine Einzelakte sind. Es genügt, wenn der betroffene Bereich erkennbar ist.<sup>29</sup> Weiter dienen hier die unbestimmten Rechtsbegriffe zur Eingrenzung einer für sich genommen hinreichend bestimmten Grunddefinition (Angriff auf ein bedeutendes Rechtsgut). Daher sprechen nach der hier zugrunde gelegten Ansicht die besseren Gründe

<sup>24</sup> So in der Antragsbegründung vor dem BayVerfGH, Entsch. v. 7.3.2019 – Vf. 15-VII-18, Rn. 10 (juris).

<sup>25</sup> So die Ansicht des BayLandtags im Antrag vor dem BayVerfGH, Entsch. v. 7.3.2019 – Vf. 15-VII-18, Rn. 29 (juris).

<sup>26</sup> Möstl, BayVBl. 2018, 156 (158); unscharf Waechter, NVwZ 2018, 458 (460).

<sup>27</sup> Krit. und unverhältnismäßig: Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 (149).

<sup>28</sup> Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 (146 ff.) – unbestimmt; a.A. Möstl, BayVBl. 2018, 156 (158 f.).

<sup>29</sup> „Die Anforderungen hinsichtlich des Gewichts des zu schützenden Rechtsguts stiegen dabei jeweils mit der Eingriffsintensität. In jedem einzelnen Fall sei die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Eingriffsintensivere Maßnahmen kämen erst dann in Betracht, wenn andere Mittel erkennbar nicht zielführend und in gleicher Weise zur Gefahrenabwehr geeignet seien.“ So die Ansicht des BayLandtags im Antrag vor dem BayVerfGH, Entsch. v. 7.3.2019 – Vf. 15-VII-18, Rn. 29 (juris).

für die Einschätzung, dass das Bestimmtheitsgebot nicht verletzt ist.<sup>30</sup>

*Hinweis:* Positiv soll bewertet werden, dass die Bearbeiter\*innen überhaupt zur Bestimmtheit Stellung beziehen. Hier liegt noch keine konkretisierende Rechtsprechung vor, sodass fast jede „Richtung“ mit der entsprechenden Begründung eingeschlagen werden kann.

(2) *Verletzung von Art. 11 GG – Freizügigkeit*

Die Vorschrift könnte einen unzulässigen Eingriff in Art. 11 GG darstellen. Art. 11 Abs. 1 GG schützt für deutsche Staatsbürger das Recht, unbehindert durch die deutsche Staatsgewalt an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen und auch zu diesem Zweck in das Bundesgebiet einzureisen.<sup>31</sup> Wird ein Aufenthaltsgebot ausgesprochen, wird dem Adressaten untersagt, Aufenthalt woanders als in dem bestimmten Gebiet zu suchen, es wird das tatsächliche Verweilen an einem bestimmten Ort von gewisser Dauer oder Regelmäßigkeit verhindert. Die Person wird an einen bestimmten Ort oder ein bestimmtes Gebiet gebunden. In das Freizügigkeitsrecht wird mithin eingegriffen, denn dem Adressaten einer solchen Maßnahmen kann ein nach Persönlichkeitsrelevanz, Entfernung und Dauer bedeutender Wechsel des Lebenskreises faktisch untersagt werden.<sup>32</sup>

Allerdings stellt nicht jeder Eingriff in ein Grundrecht auch eine Grundrechtsverletzung dar, denn der Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Art. 11 Abs. 2 GG stellt das Freizügigkeitsrecht unter einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt. Das Recht auf Freizügigkeit kann danach

u.a. durch oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden, um strafbaren Handlungen vorzubeugen.

Hinsichtlich dieser Variante wird in der Literatur teilweise eine konkrete Gefahr der Straftatbegehung vorausgesetzt.<sup>33</sup> „Angesichts des hohen Stellenwerts der grundrechtlichen Freizügigkeit sind an das Vorliegen einer konkreten Gefahr hohe Anforderungen zu stellen [...]. Nur so lässt sich verhindern, dass der Kriminalvorbehalt in einen allgemeinen Verdachtstatbestand umgedeutet wird.“<sup>34</sup>

Legt man das zugrunde, wäre damit Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG kaum zu vereinbaren. Die Norm lässt bereits eine „drohende Gefahr“ genügen. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG wäre deswegen als teilweise verfassungswidrig anzusehen, als er bereits eine „drohende Gefahr“ für den Erlass eines Aufenthaltsgebots genügen lässt.<sup>35</sup>

Die Ansicht, dass die Vorbeugung strafbarer Handlungen mit der Gefahr der Verletzung eines Straftatbestandes gleichzusetzen ist, ist von der Rechtsprechung aber noch nicht übernommen worden. Sie überzeugt in der Sache auch nicht. Vom Normtext her ist die Vorbeugung der Verhinderung deutlich vorgelagert. Die Begriffe drohende Gefahr, die Wendung „die Bekämpfung einer Seuchengefahr“ und Maßnahmen zum Schutz der Jugend vor Verwahrlosung sind deutlich präventiv ausgestattete Handlungen. Historisch ist das heutige Polizeirecht zum Teil aus dem Recht der Verhinderung von Straftatbegehungen entstanden. Die Verhinderung ist wertungsmäßig der Gefahrenabwehr einer Rechtsnormverletzung gleichzusetzen, nicht aber die Vorbeugung.

Weiter ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, dass der Normtext bei Art. 11 GG im Zusammenhang mit der Straftatenverhütung ersichtlich eine Vorverlagerung zulässt. Das Grundgesetz wiederholt den Begriff der Gefahr und verwendet diesen bei Art. 11 Abs. 2 GG im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen gerade nicht. Das GG spricht von „Vorbeugen“ und nicht von „Verhindern“. Es ist daher davon auszugehen, dass eine drohende Gefahr der Begehung von Straftaten sich innerhalb des Rahmens der „Vorbeugung von strafbaren Handlungen“ im Sinne von Art. 11 Abs. 2 GG hält.

<sup>30</sup> Hierzu auch *Feichtner/Krajewski*, Popularklage BayVerfGH gegen PAG v. 3.5.2018, S. 5 ff., online abrufbar unter [https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160030/Popularklage-Endgueltige-Fassung\\_ohne-Adressen-neu.pdf](https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160030/Popularklage-Endgueltige-Fassung_ohne-Adressen-neu.pdf) (27.7.2019); *Kingreen*, Normenkontrollantrag nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG v. 6.9.2018, S. 38 ff., online abrufbar unter <https://www.fdpbt.de/sites/default/files/2018-09/Normenkontrollantrag%20Bayr.%20PAG%20Endfassung%2006.9.18.pdf> (27.7.2019);

*Augsberg*, Antrag BayVerfGH nach Art. 75 Abs. 3 BV v. 26.3.2018, S. 21 ff., online abrufbar unter <https://katharina-schulze.de/wp-content/uploads/2018/04/Klageschrift-BayPAG-Novelle-2017.pdf>

(27.7.2019);

*Degenhart*, Antrag BayVerfGH nach Art. 75 Abs. 3 BV v. 6.6.2018, S. 24 ff.,

<https://pag-kritik.de/wp-content/uploads/2018/06/ZweiteKlageBayGH.pdf>

(27.7.2019).

<sup>31</sup> *Ogorek*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 41. Lfg., Stand: 15.11.2018, Art. 11 Rn. 9.

<sup>32</sup> Vgl. *Durner* (Fn. 21), Art. 11 Rn. 83 (allerdings nicht zum Aufenthaltsgebot).

<sup>33</sup> *Ogorek* (Fn. 31), Art. 11 Rn. 43, auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 11 Rn. 17.

<sup>34</sup> *Ogorek* (Fn. 31), Art. 11 Rn. 43; *Ogorek* (Fn. 31), Art. 11 Rn. 154: „wenn die hinreichende Gefahr einer Straftat droht oder eine Dauerstraftat bereits eingetreten und eine vorhandene Störung zu beheben ist“; *Blanke*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 11 Rn. 42; *Antoni* (Fn. 22), Art. 11 Rn. 8.

<sup>35</sup> *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 (149), welcher auch noch anmerkt: Darüber hinaus ermöglicht die Norm dem Wortlaut nach auch ein Aufenthaltsgebot gegenüber einer Person, von der keine Gefahr ausgeht – eine Inanspruchnahme von sog. Nichtstörern ist allerdings nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen möglich. Hierzu auch *Feichtner/Krajewski* (Fn. 30), S. 15 ff.; *Kingreen* (Fn. 30), S. 70 f.; *Augsberg* (Fn. 30), S. 61 f.; *Degenhart* (Fn. 30), S. 45 f.



*Hinweis:* A.A. vertretbar. Es ist nicht unbedingt zu erwarten, dass die Bearbeiter\*innen die genauen Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 GG kennen. Hier ist unklar, ob Art. 11 Abs. 2 GG nicht bereits eine drohende Gefahr ausreichen lassen würde. Es ist wahrscheinlich, dass dies im Rahmen der Verfahren vor dem BayVerfGH bzw. dem BVerfG geklärt wird.

Die Norm des Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG muss zudem verhältnismäßig sein. Sie dient jedenfalls dem Zweck der Gefahrenabwehr in geeigneter und erforderlicher Weise. Fraglich ist aber die Angemessenheit der Norm. Auf der einen Seite schützt Art. 11 GG ein hochrangiges Rechtsgut, in welches durch das Aufenthaltsgebot eingegriffen werden kann, auf der anderen Seite steht jedoch der Schutz von bedeutenden Rechtsgütern gegenüber (vgl. Aufzählung „bedeutendes Rechtsgut“ in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG). Problematisch ist allerdings die Anknüpfung an das Vorfeld, denn im Vergleich zur konkreten Gefahr liegt durch die drohende Gefahr eine Absenkung der Eingriffsschwelle für das Aufenthaltsgebot vor. Hier dürfte streitig sein, ob dies zulässig ist oder nicht.

Der Begriff der drohenden Gefahr bildet nur eine vergleichsweise moderate Ausweitung.<sup>36</sup> Außerdem ist grundrechtlich eine Einschränkung auf die Abwehr von Situationen, die den klassischen Gefahrbegriff erfüllen, nicht zwingend geboten.

Im Rahmen der verfassungsmäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist es zulässig, nach einer Je-desto-Formel die Kenntnis des Kausalverlaufs (und ggf. die Wahrscheinlichkeitsanforderungen) abzusenken, je höherrangig das betroffene Rechtsgut ist.

Der Begriff der drohenden Gefahr wurde im Zusammenhang mit geheimen Informationseingriffen vom Bundesverfassungsgericht zunächst im Urteil<sup>37</sup> zur Online-Durchsuchung im Jahr 2007 entwickelt und dann im Urteil<sup>38</sup> zum BKA-Gesetz noch einmal näher ausgeführt. Der Gefahrbegriff der drohenden Gefahr kommt auch vor bei § 1 G 10 im Rahmen der nachrichtendienstlichen Telefonüberwachung. Bei hohen Rechtsgütern sieht das BVerfG im Rahmen der Verhältnismäßigkeit es für möglich an, die Abwägungen in das Vorfeld der Gefahr zu verlegen, wobei die Vorverlagerung sich sowohl auf die relevanten Personen als auch auf den Kausalverlauf beziehen kann. Ob die Vorverlagerung wirklich eine Vorverlagerung im Vergleich zur herkömmlichen konkreten Gefahr bildet oder nicht, ist nicht ganz unstrittig; das BVerfG ging davon aus. Bei der drohenden Gefahr geht es darum, dass man aufgrund bestimmter Tatsachen (insbesondere individuelles Vorverhalten oder konkrete Vorbereitungshandlungen) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf schließen kann, dass es in überschaubarer Zeit überhaupt zu einem Schaden für das bedeutende polizeiliche Rechtsgut kommen wird, dass andererseits aber noch weitgehend unklar ist und nicht näher bestimmt werden kann, wo und auf welche Weise

und wann sich dieser mögliche Schaden realisieren wird. Nach dem BVerfG ist die drohende Gefahr gekennzeichnet durch:

1. Die Möglichkeit eines Schadens für überragend wichtige Rechtsgüter;
2. Tatsachen als Prognosegrundlage in Abgrenzung zu diffusen Anhaltspunkten;
3. Die Öffnung des Schlusses auf ein Geschehen, dass eine Konkretisierung seiner Art nach und eine zeitliche Absehbarkeit aufweist;
4. Eine weitergehende personelle Beschränkung auf bestimmte Zielpersonen.<sup>39</sup>

Das Bayerische Recht übernimmt diesen verfassungsgerichtlichen Begriff nicht eins zu eins, sondern führt ihn weiter aus. Der Unterschied des Art. 16 PAG zur Rechtsprechung hängt zunächst damit zusammen, dass das BVerfG die drohende Gefahr nur für Informationserhebungseingriffe vorgenommen hat, hier aber ein Eingriff vorliegt, der Kausalverläufe verändert; ob dieser Unterschied erheblich ist, wird im Schrifttum unterschiedlich verstanden.<sup>40</sup>

Weiter wurden die Voraussetzungen etwas konkretisiert, indem zwei unterschiedliche Arten der Konkretisierung vorgesehen wurden. Bei der konkreten Gefahr nach dem PAG geht es darum, dass man aufgrund bestimmter Tatsachen (insbesondere individuelles Vorverhalten oder konkrete Vorbereitungshandlungen) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf schließen kann, dass es in überschaubarer Zeit überhaupt zu einem Schaden für das bedeutende polizeiliche Rechtsgut kommen wird, dass andererseits aber noch weitgehend unklar ist und nicht näher bestimmt werden kann, wo und auf welche Weise und wann sich dieser mögliche Schaden realisieren wird.<sup>41</sup>

Es lässt sich das wahrscheinliche Schadensereignis hinsichtlich Zeit, Ort, Art und Weise noch nicht so konkret beschreiben, wie man es sonst bei der konkreten Gefahr gewohnt ist. Zweck ist, die Entstehung einer Gefahr zu verhindern.<sup>42</sup> Ob die konkrete Gefahr auch das Wahrscheinlichkeitsurteil im Gefahrenbegriff absenkt, ist offen.<sup>43</sup> Derjenige, gegen den sich die Maßnahme richtet, wird auch nicht wahllos herausgegriffen, sondern trägt eine gewisse Verantwortlichkeit. Er muss den qualifizierten Verdacht im Sinne von Art. 7 PAG verantworten. Die Anknüpfung an den Begriff des „Angriffs“ erfasst einen Lebensausschnitt, bei dem das Abwarten des Eintritts der Gefahrenlage typischerweise problematisch ist, da aufgrund der Plötzlichkeit die Zeitspanne zwischen Gefahreintritt und Schadenseintritt ungewöhnlich kurz ist.

<sup>39</sup> Vgl. *Leisner-Egensperger*, DÖV 2018, 677 (678).

<sup>40</sup> Für eine Verfassungsmäßigkeit der bayerischen Regelung: *Leisner-Egensperger*, DÖV 2018, 677 (688).

<sup>41</sup> *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (158).

<sup>42</sup> *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (161).

<sup>43</sup> Ablehnend *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 (158), a.A. mittelbar, *Leisner-Egensperger*, DÖV 2018, 677 (688).

Der BayVerfGH hat sich im Rahmen der Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in Bezug auf Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG u.a. so geäußert:

„Bestehen gemäß Art. 11 Abs. 3 Satz 1 PAG Anhaltspunkte dafür, dass Gewalttaten, wie etwa ein Terroranschlag oder ein Amoklauf mit hohen Opferzahlen, oder andere schwere Angriffe von erheblicher Intensität und Auswirkung bevorstehen könnten, ist jedoch das konkrete Geschehen nach Art und Zeitpunkt noch nicht hinreichend erkennbar, müssten Eingriffsmaßnahmen vorerst unterbleiben, mittels derer ansonsten das (weitere) Entstehen konkreter Gefahren für Rechtsgüter der Allgemeinheit, wie Leben, Gesundheit und Freiheit von Personen oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, unterbunden werden könnte. Dies würde dazu führen, dass bei solchen Gefahrenlagen nicht unverzüglich in den Geschehensablauf eingegriffen werden könnte, sondern zugewartet werden müsste, bis die Gefahr im klassischen Sinn hinreichend konkret geworden ist. Als Folge ergäbe sich das Risiko schwerwiegender Schäden für die Allgemeinheit, die auf der Grundlage der angegriffenen Vorschriften möglicherweise rechtzeitig hätten abgewendet werden können. Dem Staat bliebe dadurch ein effektives Instrument zur Abwehr schwerer Schäden für die Allgemeinheit versagt. Er könnte seiner verfassungsrechtlich verbürgten Verpflichtung zur Gewährleistung von Sicherheit und Schutz der Bevölkerung (Art. 99 BV) nicht in dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Umfang nachkommen. [...] Denn das Interesse der Allgemeinheit, möglichst frühzeitig vor schwerwiegenden Rechtsgutverletzungen bewahrt zu werden, wiegt angesichts des Gewichts der zu schützenden Rechtsgüter, wie Leib, Leben und Gesundheit, bedeutend schwerer als die Nachteile der von den Grundrechtsbeeinträchtigungen betroffenen Personen.“<sup>44</sup>

Der Begriff „Angriff“ wurde im Gesetzgebungsverfahren anstelle des ursprünglich gewünschten Begriffes „Gewalttaten“ verwendet.<sup>45</sup> Der Angriff wurde verwendet, um auch Cyberangriffe miteinbeziehen zu können.<sup>46</sup> Der Angriff ist im Wesentlichen durch das Merkmal der Plötzlichkeit gekennzeichnet.<sup>47</sup> Bei der Plötzlichkeit ist der zeitliche Abstand zwischen dem Vorliegen einer konkreten Gefahr einerseits und einem Schadenseintritt andererseits enger, als bei sonstigen Gefahrenlagen, sodass es nicht unsachlich erscheint, für Gefährdungslagen, die sich im Wege des Angriffs realisieren, eine gewisse Vorverlagerung zuzulassen.

Bei einer Abwägung wird man wohl (noch) von einer Angemessenheit der Regelung ausgehen können.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> BayVerfGH, Entsch. v. 7.3.2019 – Vf. 15-VII-18, Rn. 70 f. (juris).

<sup>45</sup> Siehe LT-Drs. 17/16299, S. 10.

<sup>46</sup> Vgl. Änderungsantrag, LT-Drs. 17/17058.

<sup>47</sup> *Mörtl*, BayVBl. 2018, 156 (160).

<sup>48</sup> Verfassungsmäßigkeit bezogen auf Art. 11 Abs. 3, *Mörtl*, BayVBl. 2018, 156 (163); Die Straftatbegehung sei noch nicht hinreichend konkret für einen Eingriff und damit gegen die Verhältnismäßigkeit, so kritischer *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 (147) (bezogen auf Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG). Hierzu auch *Degenhart* (Fn. 30), S. 78.

*Hinweis*: A.A. vertretbar.

Dem Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG wird durch Art. 91 PAG Rechnung getragen.

(3) *Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG – Freiheit der Person*  
Darüber hinaus könnte Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b PAG auch einen nicht gerechtfertigten Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG darstellen. Danach ist die Freiheit der Person geschützt, also die Freiheit, einen gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen (im Sinne von „weg von hier“) oder aufzusuchen, sofern dieser nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zugänglich ist.<sup>49</sup> Geschützt ist also die körperliche Bewegungsfreiheit. Mit einem Aufenthaltsgebot ist es der betroffenen Person gerade nicht möglich, den konkret angegebenen „Raum“ zu verlassen, mithin den Aufenthaltsort zu verlassen: Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b PAG ermöglicht es den Behörden, eine Person für Zeiträume von bis zu drei Monaten an einen bestimmten Ort oder ein bestimmtes Gebiet zu binden. Wie groß dieser Ort oder dieses Gebiet sein muss, gibt die Norm nicht vor. Denkbar wäre es damit auch, den zulässigen Aufenthalt auf einen relativ eng umgrenzten Raum (bspw. eine bestimmte Unterkunft, ein bestimmtes Grundstück) zu beschränken.<sup>50</sup> Dies wiederum könnte einer Freiheitsentziehung gleichkommen, sodass Art. 104 Abs. 2 GG zu beachten wäre. Allerdings dürfte gerade diese enge Eingrenzung i.S. einer Freiheitsentziehung von der Vorschrift nicht umfasst sein – insbesondere mit Blick auf deren Verfassungsmäßigkeit.

Wird der Raum nicht zu eng gefasst, liegt lediglich eine Freiheitsbeschränkung und keine Freiheitsentziehung vor. Ein dahingehender Eingriff steht unter dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG, sodass ein förmliches Gesetz notwendig ist. Dieses liegt mit dem PAG als Landesgesetz vor. Fraglich ist die Verhältnismäßigkeit der Norm. Als legitimes Ziel verfolgt sie die Gefahrenabwehr für bedeutende Rechtsgüter und dürfte dahingehend geeignet und erforderlich sein. Hinsichtlich der Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass die Norm eine Ausnahmemöglichkeit trotz Aufenthaltsgebots vorsieht („ohne polizeiliche Erlaubnis“), die Dauer des Aufenthaltsgebots auf den jeweiligen Einzelfall bis zu drei Monate bzw. längstens sechs Monate angepasst werden kann und bedeutende Rechtsgüter geschützt werden.

Der Begriff der bedeutenden Rechtsgüter ist jedoch sehr weit gefasst. Demgegenüber stellt die Fortbewegungsfreiheit ein hohes individuelles Gut dar.

Im Schrifttum wird deswegen zum Teil von einer Unverhältnismäßigkeit der Eingriffsnorm ausgegangen, da ein Aufenthaltsgebot dem Wortlaut nach auch gegenüber Personen ergehen könne, welche selbst keine Ursache gesetzt hätten<sup>51</sup>. Für eine Unangemessenheit spräche zusätzlich, dass der Gesetzgeber hier bereits einen Grundrechtseingriff im Gefahrenvorfeld ermögliche und zusätzlich lediglich die „Gefahr“

<sup>49</sup> *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 31), Art. 2 Rn. 84.

<sup>50</sup> Siehe hierzu: *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 (149).

<sup>51</sup> Hierzu siehe im zweiten Teil unter III. 1. c) bb).

für ein bedeutendes Rechtsgut fordert.<sup>52</sup> Gerade im Zusammenhang mit der drohenden Gefahr dürfe nicht der Schutz jeglicher in Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG aufgeführten Rechtsgüter angemessen sein, sondern nur zum Schutze überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter wie die in Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 PAG.<sup>53</sup>

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Die Wirkungen des Aufenthaltsgebotes können je nach konkreter Gestaltung sehr unterschiedlich belastend sein. Der Wortlaut der Norm ist offen genug, um im Einzelfall jeweils ein Rechtsgut von einem Gewicht zu verlangen, dass im Einzelfall der Belastungswirkung der Verfügung entspricht. Dass Rechtsgüter im Sinne von Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG niemals Aufenthaltsgebote stützen könnten, wird man nicht vertreten können. Die strenge Rechtsansicht verwechselt die Frage der generellen Verhältnismäßigkeit mit der Frage der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall.

Die Norm ist daher verfassungsgemäß sein.

*Hinweis:* A.A. sehr gut vertretbar. Hier kommt es lediglich auf die Argumentation an.

Dem Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG wird durch Art. 91 PAG Rechnung getragen.

*cc) Zwischenergebnis*

Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b PAG ist verfassungsgemäß.

*b) Formelle Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsgebots*

*aa) Zuständigkeit*

Die Polizei hat vorliegend im eingeschränkt institutionellen Sinn gehandelt, sodass für die hier betroffene Maßnahme das PAG greift (vgl. Art. 1 PAG).

Die Polizeiinspektion Bayreuth Stadt müsste für den Erlass des Aufenthaltsgebots zuständig gewesen sein. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 3 Abs. 1 POG i.V.m. § 1 Abs. 1 DVPOG i.V.m. Anlage 1 zur DVPOG Nr. 6.6.4, wonach jeder im Vollzugsdienst tätige Beamte der Polizei zur Wahrnehmung der Aufgaben der Polizei im gesamten Staatsgebiet befugt ist (Allzuständigkeit). Die örtliche Zuständigkeit ist mithin gewahrt.

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 2 Abs. 1 PAG i.V.m. Art. 3 PAG. Die Polizei hat demnach die Aufgabe, die allgemein oder im Einzelfall bestehenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren (Art. 2 Abs. 1 PAG), jedoch nur, soweit ihr die Abwehr der Gefahr durch eine andere Behörde nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint (Art. 3 PAG)<sup>54</sup>.

Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit besteht, wenn eine Verletzung der Unversehrtheit der Rechtsordnung, der Einrichtungen des Staates und der Rechtsgüter Privater droht. Vorliegend besteht eine Wahrscheinlichkeit eines Anschlags,

ohne dass das „Wann“ oder „Wo“ bekannt wäre. Das Handeln der Polizei ist damit jedenfalls präventiv ausgerichtet.

Allerdings könnte ein Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz (Art. 3 PAG) gegeben sein. Möglicherweise hätte die Sicherheitsbehörde rechtzeitig handeln können. Gem. Art. 6 LStVG haben die Gemeinden als Sicherheitsbehörde die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen aufrechtzuerhalten. Dem wiederum könnte entgegenstehen, dass vorliegend nur eine drohende Gefahr gegeben sein könnte, die von Art. 6 LStVG nicht mitumfasst ist. Die Gefahr im Sinne der Aufgabenbefugnis ist aber weit zu verstehen und erfasst auch das Vorfeld. Sonst dürfte die Behörde überhaupt keine Untersuchung, ob eine Gefahr vorliegt, vornehmen. Damit wäre eigentlich die Gemeinde als Sicherheitsbehörde zuständig und nicht die Polizei. Dass die Sicherheitsbehörde nicht hätte rechtzeitig handeln können, ist nicht ersichtlich.

Hier könnte aber eine Durchbrechung dieses Grundsatzes aufgrund der Weisung der Oberbürgermeisterin O gegeben sein. Art. 10 S. 2 LStVG und Art. 9 Abs. 2 POG sieht die Möglichkeit der Erteilung von Weisungen der Sicherheitsbehörde an die Polizei vor.<sup>55</sup> Liegt ein Fall der Weisung vor, greift der Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 3 PAG nicht und die Polizei wäre sachlich zuständig. Hierfür müsste es sich allerdings überhaupt um eine Weisung handeln, denn die Weisung muss von der Amtshilfe und der Vollzugshilfe abgegrenzt werden.

Als Amtshilfe ist die sog. ergänzende Hilfe auf Ersuchen anderer Behörden zu verstehen, was sich aus Art. 4 Abs. 1 BayVwVfG ergibt. Eine Amtshilfe scheidet jedoch aus, wenn Hilfe innerhalb eines Weisungsverhältnisses geleistet wird (Art. 4 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG)<sup>56</sup> oder soweit die ersuchte Behörde eigene Aufgaben erfüllt (Art. 4 Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG). Hier „ersucht“ die Sicherheitsbehörde nicht die Polizei, sondern nutzt ihr Weisungsverhältnis aus (Art. 10 S. 2 LStVG, Art. 9 Abs. 2 POG) bzw. es handelt sich um eine Gefahrenabwehrmaßnahme als Aufgabe der Polizei, sodass gerade keine Hilfe bei Erfüllung fremder Aufgaben im Sinne der Amtshilfe vorliegt. Aus selbigem Grund scheidet die Vollzugshilfe aus (Art. 2 Abs. 3 PAG, Art. 67 ff. PAG), außerdem steht kein unmittelbarer Zwang im Raum.<sup>57</sup>

Die Weisung könnte daher den Subsidiaritätsgrundsatz entfallen lassen, wenn sie rechtmäßig ist. Zweifel an der Rechtmäßigkeit ergeben sich lediglich in Bezug auf die Zuständigkeit der Oberbürgermeisterin O, welche die Weisung

<sup>55</sup> Das Weisungsrecht ist allerdings dahingehend eingeschränkt, dass dieses nur ggü. den Dienststellen der Landespolizei nach Art. 4 POG gilt (ausgenommen sind mithin die Bereitschaftspolizei, Landeskriminalamt und Polizeiverwaltungsamt), so *Gliwitzky/Schmid*, in: Möstl/Schwabenhauer, Beck'scher Online-Kommentar zum PolR Bayern, 9. Lfg., Stand: 1.2.2019, Art. 9 Rn. 23.

<sup>56</sup> Str., ob nur innerhalb eines behördlichen Instanzenzuges, BayVGH, BayVBl. 2007, 274 (274 f.).

<sup>57</sup> Zum ganzen Thema: *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 4 Rn. 15 ff.

<sup>52</sup> Hierzu allgemein auch *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 (146 f.).

<sup>53</sup> Vgl. BVerfGE 125, 260 (330, zur Vorratsdatenspeicherung).

<sup>54</sup> Ein Fall des Art. 7 Abs. 4 LStVG ist nicht gegeben.

erteilt. Nach Art. 29 GO wird die Gemeinde nämlich grundsätzlich durch den Gemeinderat verwaltet; der Gemeinderat entscheidet im Rahmen des Art. 29 GO über alle Angelegenheiten, für die nicht beschließende Ausschüsse bestellt sind (Art. 30 Abs. 2 GO). Der erste Bürgermeister, respektive hier die Oberbürgermeisterin O (Art. 34 Abs. 1 S. 2 GO), kann hingegen in den Fällen des Art. 37 GO selbstständig entscheiden. Demnach fallen u.a. die laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen, in den eigenen Zuständigkeitsbereich der Oberbürgermeisterin. Laufende Angelegenheiten sind nach der Rechtsprechung solche, welche bei der Verwaltung der Gemeinde in mehr oder minder regelmäßiger Wiederkehr anfallen und zur ungestörten und ununterbrochenen Fortführung der Verwaltung notwendig sind.<sup>58</sup> Hierunter sind bspw. ordnungsrechtliche Maßnahmen wie die vorliegende zu fassen, auch wenn hier eine öffentliche Diskussion hinsichtlich des A bereits stattfand und damit ein öffentlicher Diskurs gegeben war.

Eine wirksame Weisung liegt mithin vor, sodass eine Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität gegeben ist.<sup>59</sup>

*Hinweis:* A.A. gut vertretbar – dann fehlt der Gemeinderatsbeschluss.

Die Polizeiinspektion Bayreuth Stadt war mithin zuständig.

#### *bb) Verfahren*

Gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG ist vor Erlass eines belastenden VA der Adressat anzuhören, d.h. es ist ihm die Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Eine solche Anhörung des A. ist nicht erfolgt, obwohl es sich bei dem Aufenthaltsgebot um einen belastenden VA handelt.

Die Anhörung könnte nach Art. 28 Abs. 2 BayVwVfG entbehrlich gewesen sein, wenn nach dessen Nr. 1 Alt. 1 eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug notwendig erschien. Gefahr im Verzug ist dann anzunehmen, wenn durch eine vorherige Anhörung auch bei Gewährung kürzester Anhörungsfristen ein Zeitverlust eintreten würde, der mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge haben würde, dass die durch den Verwaltungsakt zu treffende Regelung zu spät käme, um ihren Zweck noch zu erreichen.<sup>60</sup> Die Behörde hatte vorliegend genügend Zeit, einen schriftlichen Verwaltungsakt zu erlassen, sodass man den A wenigstens kurz hätte fragen können. Für Gefahr im Verzug sprechen keine gewichtigen Gründe.

---

<sup>58</sup> Glaser, in: Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO, 29. Lfg., Stand: Mai 2018, Art. 37 Rn. 6.

<sup>59</sup> Bei der Klärung der Frage, ob nicht die Sicherheitsbehörde zuständig gewesen wäre, ist nicht maßgeblich, ob die Sicherheitsbehörde die Befugnisse besitzt, die die Polizei einsetzt.

<sup>60</sup> BVerwG NVwZ 1984, 577 (577); BVerfG NJW 2012, 2823 (2824) zu einem Schulbetretungsverbot bei einer Maserninfektion an einer Schule.

Nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 BayVwVfG könnte von einer Anhörung abgesehen werden, wenn dies im öffentlichen Interesse notwendig erscheint. Das öffentliche Interesse unterscheidet sich von der Gefahr im Verzug dadurch, dass hier nicht das zeitliche Dringlichkeitselement im Vordergrund steht, sondern die inhaltliche Bedeutung der gefährdeten Rechtsgüter, wie z.B. das Wohl des Bundes oder eines Landes, die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, soweit bei einer vorherigen Anhörung wichtige Schutzgüter oder Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteressen gefährdet werden.<sup>61</sup> Eine dahingehende Vertraulichkeit des Vorgehens ist jedoch nicht ersichtlich.

Der A hätte folglich vor Erlass des Aufenthaltsgebots angehört werden müssen.

Dieser Verfahrensfehler könnte nach Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG geheilt worden sein, indem die erforderliche Anhörung nachgeholt worden ist. Eine solche Nachholung ist bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich. Mit Klageerhebung hat sich der A. umfassend und inhaltlich zu den polizeilichen Maßnahmen geäußert. Die Behörde hat sodann unter Eindruck der Klagegründe neu über den Verwaltungsakt nachgedacht und unter Würdigung des Vorbringens des A. die Entscheidung bestätigt.<sup>62</sup> Die erforderliche Anhörung ist damit nachgeholt und der Verfahrensfehler geheilt.

Andere Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich.

#### *cc) Form*

Nach Art. 39 Abs. 1 S. 1 BayVwVfG ist ein schriftlicher VA mit einer Begründung zu versehen. Art. 39 verlangt nur eine in sich tragfähige Begründung, verlangt aber nicht, dass sie richtig ist. Entsprechend der Sachverhaltsangaben ist die polizeirechtliche Verfügung insgesamt mit einer Begründung ergangen.

#### *dd) Zwischenergebnis*

Das Aufenthaltsgebot ist formell rechtmäßig.

---

<sup>61</sup> Vgl. VG München BeckRS 2017, 128239 Rn. 19.

<sup>62</sup> Zu den Voraussetzungen einer nachträglichen Anhörung: Schemmer, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, 43. Lfg., Stand: 1.4.2019, § 45 Rn. 39–44.