

# Keinen Platz den Drogen! Lösungsvorschlag

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

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich, Franziskus Baer  
Stand der Bearbeitung: Mai 2017

Der Antrag *Mabuses* hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

## A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste also eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegen. Hier nimmt die Polizei polizeirechtliche Befugnisse in Anspruch, um präventiv tätig zu werden. Die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen sind daher solche des Polizeirechts, eines Teilgebiets des Öffentlichen Rechts. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt somit vor. Diese ist auch nicht verfassungsrechtlicher Art. Zudem kommt keine abdrängende Sonderzuweisung i.S.v. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO in Betracht. Der Verwaltungsrechtsweg ist folglich eröffnet.

### II. Statthaftigkeit des Antrags

Die statthafte Antragsart richtet sich gemäß §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO nach dem Begehren des Antragstellers. *Mabuse* begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Allgemeinverfügung. Statthaft könnte also der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 Var. 2 VwGO sein. Gemäß § 123 Abs. 5 VwGO ist dieser gegenüber dem Eilrechtsverfahren nach § 123 VwGO vorrangig. Ob der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO die statthafte Rechtsschutzform ist, beurteilt sich grundsätzlich danach, welche Klage im Hauptsacheverfahren einschlägig ist. Anträge auf Wiederherstellung oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO kommen in aller Regel nur in Betracht, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungskonstellation vorliegt (vgl. § 80 Abs. 1 VwGO). Der Antragsteller muss sich folglich gegen den Vollzug eines Verwaltungsakts wenden.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Hufen*, VerwProzessR, § 32 Rn. 33.

*Mabuse* wendet sich hier gegen den Vollzug der Allgemeinverfügung vom 15. Oktober. Diese Allgemeinverfügung müsste ein Verwaltungsakt i. S. d. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO sein.

*Anmerkung:* Zur Prüfung der Rechtsnatur einer behördlichen Maßnahme siehe [die-  
sen Hinweis](#).

Ob ein Verwaltungsakt i. S. d. VwGO vorliegt, richtet sich grundsätzlich nach der Legaldefinition des § 35 VwVfG.<sup>2</sup> Soweit aber eine Maßnahme in die äußere Form eines Verwaltungsakts (Bezeichnung als Bescheid oder Allgemeinverfügung, Anordnung der sofortigen Vollziehung, Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung) gekleidet ist, ist diese Maßnahme auch dann als Verwaltungsakt im prozessualen Sinne anzusehen, wenn die materiellen Voraussetzungen des § 35 VwVfG an sich nicht vorliegen. Insoweit ist der prozessuale Begriff des Verwaltungsakts weiter als der des Verfahrensrechts,<sup>3</sup> was letztlich Konsequenz des Gebots effektiven Rechtsschutzes ist. Ebenso liegt ein Verwaltungsakt i. S. d. Verwaltungsprozessrechts auch dann vor, wenn ein Verwaltungsakt angegriffen wird, bei dem streitig ist, ob er i. S. d. Verwaltungsverfahrensgesetze (ordnungsgemäß) bekannt gegeben worden ist (vgl. § 41 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln<sup>4</sup>). Zwar ist ein nicht ordnungsgemäß bekannt gegebener Verwaltungsakt gegenüber dem Betroffenen nicht wirksam (vgl. § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG); dennoch ist es dem Betroffenen aufgrund des von der Behörde erzeugten Rechtsscheins nicht zuzumuten, sogleich eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit dieses Verwaltungsakts zu erheben, sofern die Behörde von der Wirksamkeit des Verwaltungsakts ausgeht.<sup>5</sup>

Anhand der gewählten Form zeigt sich, dass sich die Polizei hier eindeutig der Handlungsform des Verwaltungsaktes bedienen wollte und sie ebenfalls von einer ordnungsgemäßen Bekanntgabe an *Mabuse* ausgeht. Mithin liegt ein Verwaltungsakt im prozessualen Sinn vor.

Im Hauptsacheverfahren wäre damit die Anfechtungsklage statthaft, so dass der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO folglich hier statthaft ist.

*Anmerkung:* Wer davon ausgeht, dass der Begriff des Verwaltungsakts i. S. d. VwGO vollständig mit dem des § 35 VwVfG deckungsgleich ist und/oder für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage auch eine ordnungsgemäße Bekanntgabe des angegriffenen Bescheides fordert (so etwa *Kopp/Schenke*, § 42 Rn. 4, Anh. § 42 Rn. 36 und § 43 Rn. 26), muss schon an dieser Stelle prüfen, ob das Aufenthaltsverbot eine Allgemeinverfügung i. S. d. § 35 S. 2 VwVfG darstellt (siehe hierzu B.I.3.) und ob diese auch *Mabuse* gegenüber wirksam bekannt gegeben wurde (siehe hierzu B.I.4.). Verneint man dies, wäre der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO unzulässig, auch wenn *Mabuse* in der Sache recht gehabt hätte. Um dies für die Behörde verbindlich feststellen zu lassen, hätte *Mabuse* nach dieser Ansicht gegen das Land Berlin

<sup>2</sup> *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 12 und 15.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 16 f. m.w.N..

<sup>4</sup> Im Folgenden wird auf den Verweis in das Berliner Landesrecht bzgl. des VwVfG verzichtet.

<sup>5</sup> *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 41 Rn. 226 f.

Klage auf Feststellung erheben müssen, dass sich aus der Maßnahme vom 15. Oktober keine Rechtswirkungen ihm gegenüber ergeben. Siehe zu diesen Fragen auch die Fälle „[Ausgehöhlt](#)“ und den „[Ruprechts-Razzia](#)“.

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

Da vorläufiger Rechtsschutz sinnvollerweise nur zu gewähren ist, wo auch ein Hauptsacheverfahren zulässig wäre, ist § 42 Abs. 2 VwGO auf das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO analog anzuwenden. *Mabuse* müsste also behaupten können, durch das Aufenthaltsverbot in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies ist zweifelhaft, da er behauptet, dass das Aufenthaltsverbot ihn gar nicht betreffe, da er nicht mehr Mitglied der offenen Drogenszene sei. Allerdings darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Aufenthaltsverbot bereits ihm gegenüber für anwendbar gehalten wurde und *Mabuse* hierdurch belastet wird. Letztlich ist es daher ein Gebot effektiven Rechtsschutzes, ihm die Möglichkeit zu geben, die Allgemeinverfügung, die Anlass zu „Missverständnissen“ gegeben hat, gerichtlich anfechten zu können.<sup>6</sup> Dementsprechend kann *Mabuse* als durch die Allgemeinverfügung belastet angesehen werden, so dass er zumindest in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sein kann, wenn nicht sogar Art. 11 Abs. 1 GG einschlägig ist. *Mabuse* ist daher antragsbefugt.

*Anmerkung:* Siehe zur sog. Adressatentheorie [diesen Hinweis](#).

### IV. Passive Verfahrensbefugnis

Da es sich bei dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO um ein „Nebenverfahren“ zur Anfechtungsklage handelt, ist § 78 VwGO analog anzuwenden, um ein Auseinanderfallen der Prozessführungsbefugnis im Hauptsacheverfahren und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu vermeiden. Dementsprechend ist im vorliegenden Fall gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Land Berlin passiv prozessführungsbefugt.

*Anmerkung:* Siehe zur Bedeutung des § 78 VwGO [diesen Hinweis](#).

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

*Mabuse* ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1, § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2, § 62 Abs. 3 VwGO.

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

<sup>6</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 274.

## VI. Einlegung eines Rechtsbehelfs, der die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO auslösen kann

Als Zulässigkeitsvoraussetzung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO wird vielfach auch angesehen, dass der Antragsteller bereits einen Rechtsbehelf eingelegt hat, der die aufschiebende Wirkung auszulösen in der Lage ist und dessen aufschiebende Wirkung angeordnet oder wiederhergestellt werden soll.<sup>7</sup> Dies ist im Hinblick auch § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO allerdings nicht unumstritten.<sup>8</sup> Der Streit kann hier jedoch dahinstehen, weil *Mabuse* hier bereits Widerspruch nach §§ 68 ff. VwGO eingelegt hat, der gemäß § 80 Abs. 1 VwGO grundsätzlich eine aufschiebende Wirkung zur Folge hat.

## VII. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist, ob *Mabuse* für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO des Rechtsschutzes bedürftig ist, da er zuvor keinen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 VwGO bei der Polizei gestellt hat, sich letzteres Verfahren aber als einfacherer Weg zur Erreichung seines Rechtsschutzziels darstellen könnte. § 80 Abs. 6 VwGO lässt sich allerdings entnehmen, dass ein solcher vorheriger Antrag nur im Falle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO zwingend geboten ist. Diese gesetzgeberische Entscheidung darf nicht durch Heranziehung allgemeiner Grundsätze unterlaufen werden, zumal die Behörde hier schon selbst durch Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit über die Vollziehung der Allgemeinverfügung entschieden hat.<sup>9</sup>

Ein Widerspruch gegen den gegen *Mabuse* ergangenen Verwaltungsakt dürfte zudem nicht evident unzulässig sein, insbesondere dürfte die Frist für diesen noch nicht abgelaufen sein.<sup>10</sup> *Mabuse* legt hier jedoch bereits am darauffolgenden Tag Widerspruch ein, sodass die Frist jedenfalls gewahrt ist.

Mithin ist *Mabuse* rechtsschutzbedürftig.

## VIII. Ergebnis zu A.

Das Fehlen sonstiger Zulässigkeitsvoraussetzungen ist nicht erkennbar, so dass der Antrag *Mabuses* insgesamt zulässig ist.

<sup>7</sup> *Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 80 Rn. 314 f.

<sup>8</sup> Ablehnend z. B. *Kopp/Schenke*, § 80 Rn. 139.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu *Hufen*, *VerwProzessR*, § 32 Rn. 35.

<sup>10</sup> *Hufen*, *VerwProzessR*, § 32 Rn. 35.

## B. Begründetheit

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Var. 2 ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO formell rechtswidrig ist, d. h. nicht den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO entspricht oder wenn sich bei Abwägung der beteiligten Interessen ergibt, dass das Interesse des Antragstellers am einstweiligen Nichtvollzug (Suspensivinteresse) das Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung (Vollzugsinteresse) überwiegt (vgl. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO).

*Anmerkung:* Für die Frage, wann ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO begründet ist, gibt die VwGO keinen Entscheidungsmaßstab vor. Der hier dargestellte Maßstab entspricht der wohl herrschenden Meinung.

Letzteres richtet sich maßgeblich nach den Erfolgsaussichten einer Klage in der Hauptsache. Ergibt sich daher nach summarischer Überprüfung, dass eine Klage im Hauptsacheverfahren begründet wäre, also ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen, und auch anzunehmen ist, dass dieser den Antragsteller in seinen Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), überwiegt das Suspensivinteresse, da an der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kein Interesse bestehen kann.<sup>11</sup>

*Anmerkung:* Summarische Überprüfung bedeutet im vorliegenden Zusammenhang meist nur, dass bezüglich der Tatsachengrundlage kein Beweis erhoben werden muss, der Sachverhalt also nicht zur vollständigen Überzeugung des Gerichts (§ 102 Abs. 1 S. 1 VwGO) feststehen muss, sondern das Gericht sich mit Wahrscheinlichkeiten begnügen kann. Rechtsfragen werden dagegen in der Regel nicht summarisch, sondern vollständig durchgeprüft (vgl. hierzu *Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 80 Rn. 276, 284; zu den Grenzen der Überprüfung von Rechtsfragen in der Praxis: *Jörg Schmidt*, in: *Eyermann*, § 80 Rn. 81) und genau das wird jedenfalls auch im Examen erwartet. Eine wirkliche Abwägung zwischen Suspensiv- und Vollzugsinteresse findet daher nur statt, wenn sich im Eilverfahren ein zwischen Behörde und Antragsteller streitiger Sachverhalt nicht vollständig ermitteln lässt und damit die Erfolgsaussichten der Hauptsache nicht vorhersehbar sind.

Beispiel: Die Behörde erlässt eine Abbruchanordnung und gibt in der Begründung an, das Haus sei nicht standsicher. Der Eigentümer verneint dies, was er durch Sachverständigengutachten beweisen will. Hier hängt von dem tatsächlichen Umstand der Standsicherheit des Gebäudes die Rechtmäßigkeit der Abbruchverfügung ab, ohne dass diese Frage im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO vollständig geklärt werden könnte. Vgl. auch die Fälle [„Presseflug“](#) und den [„Baumfällig“](#) zum Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 123 VwGO.

Da nach dem Sachverhalt die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit den Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 VwGO entspricht, ist nur fraglich, ob die Allgemeinverfügung vom 15. Oktober i. S. d. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO rechtswidrig ist und *Mabuse* in

<sup>11</sup> Vgl. hierzu *Jörg Schmidt*, in: *Eyermann*, § 80 Rn. 72 ff.; *Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 80 Rn. 250 ff.

seinen Rechten verletzt, weil dann eine Klage in der Hauptsache Aussicht auf Erfolg hätte und sein Suspensivinteresse jedenfalls das Vollziehungsinteresse der Polizei überwiegt. Da sich diese Allgemeinverfügung als eine für *Mabuse* belastende Maßnahme darstellt, ergibt sich eine Verletzung seiner Rechte schon dann, wenn die Verfügung rechtswidrig ist.

*Anmerkung:* Allgemein zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#), zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverfügung [diesen Hinweis](#).

Als Ermächtigungsgrundlage kommt – wie in der Allgemeinverfügung angegeben – § 29 Abs. 2 ASOG in Betracht.

## I. Formelle Rechtmäßigkeit

### 1. Zuständigkeit

Die Polizeipräsidentin in Berlin, *Beatrice von Bullenberg*, war vorliegend für die auf § 29 Abs. 2 ASOG gestützte Maßnahme als Polizei gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 1 Abs. 1 S. 1, § 5 Abs. 1, § 6 ASOG sachlich und örtlich zuständig.

### 2. Zulässigkeit des Handelns in Form einer Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG)

Geht man davon aus, dass Verwaltungsakte i. S. d. VwGO auch die bloß formellen Verwaltungsakte sind (siehe hierzu oben A.II.), ist ein derartiger Verwaltungsakt jedenfalls dann rechtswidrig i. S. d. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, wenn die Behörde die fragliche materielle Maßnahme unzutreffend in die Form eines Verwaltungsakts gekleidet hat, wenn also die Voraussetzungen der Legaldefinition des anwendbaren Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht vorliegen. Das Verwaltungsverfahrensgesetz knüpft nämlich nicht an die Form der Maßnahme, sondern nur an ihren materiellen Gehalt Rechtsfolgen, wie z.B. die Bestandskraft. Liegen die Voraussetzungen der Legaldefinition nicht vor, so hat sich die Behörde in der Wahl der Handlungsform vergriffen, woraus sich dann die Rechtswidrigkeit der Maßnahme ergibt.<sup>12</sup>

*Anmerkung:* Siehe hierzu auch [diesen Hinweis](#) und den Fall „[Sammlerstücke](#)“.

Fraglich ist deshalb, ob der Polizei zur Regelung des Aufenthaltsverbotes überhaupt die Handlungsform des Verwaltungsaktes zur Verfügung stand, ob also die Anordnung vom 15. Oktober der Legaldefinition des § 35 VwVfG entspricht. Problematisch ist hier insbesondere, ob die getroffene Regelung in der Form eines Verwaltungsaktes ergehen konnte oder ob die Verwaltung allenfalls eine Polizeiverordnung nach § 55 ASOG hätte erlassen dürfen. Entscheidend hierfür ist, ob es sich noch um eine Maßnahme

<sup>12</sup> Vgl. hierzu *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 16 f.

zur Regelung eines Einzelfalles handelt oder ob eine abstrakt-generelle Regelung vorliegt, die eine Vielzahl von Fällen regelt. Um dies zu bestimmen, kann nicht allein darauf abgestellt werden, dass die Maßnahme sich an einen bestimmbareren Personenkreis i. S. d. § 35 S. 2 VwVfG richtet,<sup>13</sup> weil auch Rechtsnormen genau bestimmen müssen, an wen sie sich richten, um dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot zu entsprechen.<sup>14</sup> § 35 S. 2 Alt. 1 VwVfG sagt insoweit nur, dass eine Einzelfallregelung auch dann vorliegen kann, wenn sich der angesprochene Personenkreis zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes nur gattungsmäßig bestimmen lässt, ohne zählbar zu sein. Allgemeinverfügungen können sich damit grundsätzlich auch an jedermann richten. Allerdings muss entweder ein konkretes Ereignis Anlass und Zweck der Regelung (und sein Fortbestand Bedingung für die Rechtmäßigkeit ihres Aufrechterhaltens sein) oder die Regelung sich auf eine konkrete Sache beziehen. Ist dagegen kein fortbestehendes, konkretes Ereignis Anlass für eine Regelung und daher ungewiss, ob und wie oft der geregelte Fall eintritt, liegt anstelle einer konkreten höchstens eine abstrakte Gefahr vor, bei der lediglich eine abstrakt-generelle Regelung per Polizeiverordnung in Frage käme.<sup>15</sup>

Im vorliegenden Fall könnte man nun entweder darauf abstellen, dass es um die Bekämpfung der konkreten Gefahren geht, welche von der Existenz der offenen Drogenszene gerade im Weinbergspark ausgehen, und die Regelung gerade zur Abwehr dieser Gefahr getroffen wurde,<sup>16</sup> so dass eine personale Allgemeinverfügung i. S. d. § 35 S. 2 Alt. 1 VwVfG vorliegt. Denkbar wäre aber auch, von dem Vorliegen einer Benutzungsregelung i. S. d. § 35 S. 2 Alt. 3 VwVfG auszugehen, da die Regelung die Benutzung der Sache „Weinbergspark“ durch die Allgemeinheit betrifft, indem die Benutzung des Parks zu bestimmten Zwecken verboten wird.<sup>17</sup>

In beiden Fällen würde es sich bei der Maßnahme vom 15. Oktober um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG handeln, so dass die Maßnahme nicht schon wegen der Wahl der falschen Handlungsform rechtswidrig ist.

*Anmerkung:* Wie die Abgrenzung zwischen Allgemeinverfügung und Polizeiverordnung vorzunehmen ist, ist sehr strittig (siehe dazu im Einzelnen: *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 286 ff.). In vielen Fällen, wie zum Beispiel auch bei Alkoholverboten auf öffentlichen Plätzen, in denen sich die Regelung an jedermann richtet, die Klassifizierung als konkrete oder abstrakte Gefahr sich jedoch schwierig gestaltet, wird daher sowohl die formelle Rechtmäßigkeit eines Handelns per Allgemeinverfügung als auch des Erlasses einer Polizeiverordnung vertretbar sein.

<sup>13</sup> So aber VGH Mannheim, 1 S 2531/96 v. 30.9.1996 = NVwZ-RR 1997, 225 f.; VGH Mannheim NVwZ 2003, 115; *Haseloff-Grupp*, VBIBW 1997, 161, 162, hierzu unten B.I.5.

<sup>14</sup> *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 282.

<sup>15</sup> Sehr strittig im Einzelnen, siehe hierzu *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 286 ff. m.w.N. und zahlreichen Beispielen.

<sup>16</sup> *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 287 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 329.

### 3. Ordnungsgemäße Bekanntgabe (§ 41 VwVfG)

Nimmt man an, dass der nicht ordnungsgemäß bekannt gemachte Verwaltungsakt ebenfalls ein Verwaltungsakt i.S. der VwGO ist (s.o. A.II.), so ist die Allgemeinverfügung vom 15. Oktober auch dann i. S. d. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO rechtswidrig, wenn sie *Mabuse* nicht gemäß § 41 VwVfG ordnungsgemäß bekannt gegeben wurde, obwohl sie bei fehlerhafter Bekanntgabe keine Wirkungen entfaltet (§ 43 Abs. 1 S.1 VwVfG).

Da die Allgemeinverfügung nur in dem Amtsblatt für Berlin und durch die Anschläge im Weinbergspark veröffentlicht wurde, also nicht den einzelnen Angehörigen der Drogenszene jeweils gesondert übermittelt wurde,<sup>18</sup> ist die Form der öffentlichen Bekanntgabe gewählt worden. Die öffentliche Bekanntgabe bewirkt, dass der Verwaltungsakt für und gegenüber jedermann wirksam wird, unabhängig davon, ob dieser von ihm Kenntnis genommen hat oder ob ihn die Regelung zur Zeit ihres In-Kraft-Tretens schon etwas angeht.<sup>19</sup>

*Anmerkung:* Siehe zur öffentlichen Bekanntgabe auch die Fälle [„Abgezockt und Abgeschleppt“](#), [„Ausgehöhlt!“](#), [„Dr.-Eisenbart-Straße“](#) und [„Sammlerstücke“](#).

Die öffentliche Bekanntgabe ist aber nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 41 Abs. 3 VwVfG vorliegen und die Art und Weise der Bekanntgabe § 41 Abs. 4 VwVfG entspricht.

Da es sich bei dem Aufenthaltsverbot um eine Allgemeinverfügung handelt, richtet sich die Zulässigkeit ihrer öffentlichen Bekanntgabe nach § 41 Abs. 3 S. 2 VwVfG. Die Bekanntgabe der Allgemeinverfügung an die Beteiligten müsste demnach untunlich sein. Beteiligte sind nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG diejenigen, an die die Behörde den Verwaltungsakt richten will, also vorliegend diejenigen, bei denen offensichtlich Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten begehen werden, die der Drogenszene zuzurechnen sind. Untunlich ist eine Einzelbekanntgabe insbesondere dann, wenn der Behörde die Namen und Adressen bzw. der Aufenthaltsort der einzelnen Betroffenen unbekannt sind, so dass sie eine Einzelbekanntgabe gar nicht bewerkstelligen kann.<sup>20</sup> Diese Voraussetzungen liegen hier vor, so dass die öffentliche Bekanntgabe grundsätzlich zulässig war.

Da die Allgemeinverfügung ein schriftlicher Verwaltungsakt ist, bestimmt sich die Form der öffentlichen Bekanntgabe nach § 41 Abs. 4 VwVfG. Hier ist anzunehmen, dass die Veröffentlichung von Allgemeinverfügungen der Polizei im Amtsblatt für Berlin ortsüblich ist. Auch die sonstigen Vorgaben des § 41 Abs. 4 VwVfG wurden eingehalten, insbesondere war die von § 41 Abs. 4 S. 3 VwVfG abweichende Fristbestimmung nach § 41 Abs. 4 S. 4 VwVfG zulässig.

Die Allgemeinverfügung ist damit auch ordnungsgemäß bekannt gegeben worden.

<sup>18</sup> So lag der Fall bei VGH Mannheim, 1 S 2531/96 v. 30.9.1996 = NVwZ-RR 1997, 225 ff.

<sup>19</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 41 Rn. 136 ff.

<sup>20</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 41 Rn. 153.



#### 4. Bestimmtheit (§ 37 Abs. 1 VwVfG)

Weiter müsste die Allgemeinverfügung gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Insbesondere muss dem Verwaltungsakt unzweifelhaft zu entnehmen sein, an wen er sich richtet bzw. wer hiervon materiell betroffen sein soll, weil er nur so seine Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion erfüllen und als Titel dienen kann. Bei der Allgemeinverfügung reicht es insoweit aus, wenn der Adressatenkreis nach allgemeinen Merkmalen bestimmt werden kann, wobei der Bestimmtheit der Regelung nicht entgegensteht, dass sie auslegungsbedürftig ist.<sup>21</sup>

*Anmerkung:* Zur Bestimmung des Regelungsinhalts eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#).

Vorliegend ist der betroffene Personenkreis nach zwei Gesichtspunkten bestimmt: Erfasst sind alle diejenigen Personen, die sich (1.) im Weinbergspark aufhalten bzw. aufhalten wollen und bei denen (2.) offensichtliche Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten begehen werden, die der Drogenszene zuzurechnen sind. Der Begriff der Straftaten, die in Zusammenhang mit der Zugehörigkeit des Täters zur Drogenszene stehen, ist hinreichend bestimmt. Hierzu gehören jedenfalls alle Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz, insbesondere Straftaten nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BtMG, wonach sich strafbar macht, wer mit Betäubungsmitteln unerlaubt Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft oder sie besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein. Darüber hinaus gehören hierzu Straftaten der Beschaffungskriminalität, aber auch (fahrlässige) Körperverletzungen unbeteiligter Dritter (etwa Kinder) durch herumliegende Spritzen u. Ä. (§ 223, § 229 StGB). Die im Einzelfall möglicherweise schwierige Feststellung, ob bei einer Person, die an dem von der Allgemeinverfügung erfassten Ort angetroffen wird, Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten in diesem Sinne begehen werden, wird dadurch erleichtert, dass dies nach der Allgemeinverfügung „offensichtlich“ sein muss, d. h. für jedermann erkennbar sein muss. Nimmt man das „Offensichtlichkeitskriterium“ ernst, ist die Allgemeinverfügung daher nicht zu unbestimmt.<sup>22</sup>

*Anmerkung:* Selbst wenn man annimmt, dass die Polizeivollzugsbeamten im vorliegenden Fall dem Offensichtlichkeitskriterium gegenüber *Mabuse* nicht ausreichend Rechnung getragen haben, folgt hieraus nicht die Unbestimmtheit der Allgemeinverfügung, sondern allenfalls die Rechtswidrigkeit hierauf gestützter Vollzugsmaßnahmen, da *Mabuse* in diesem Fall nicht aus der Allgemeinverfügung verpflichtet ist, so dass ihm gegenüber auch kein Verwaltungszwangsverfahren eingeleitet werden kann.

Zur Vollstreckbarkeit von Allgemeinverfügungen siehe den Fall „[Sammlerstücke](#)“.

<sup>21</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 37 Rn. 7, 13.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu VGH Mannheim, 1 S 2531/96 v. 30.9.1996 = NVwZ-RR 1997, 225 f.; VGH München NVwZ 2001, 1291; Haseloff-Grupp, VBIBW 1997, 161, 162; wesentlich weiter: Scheithauer, VBIBW 1997, 447, 448; ausführlich zu Bestimmtheitsanforderungen: Kappeler, BayVBl. 2001, 336, 338 f.

## 5. Verfahren

Einer Anhörung der Beteiligten (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG) bedurfte es vorliegend gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nicht; ebenso wenig war eine Begründung der Allgemeinverfügung selbst notwendig (§ 39 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG).

*Anmerkung:* Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit bedurfte dagegen einer Begründung, da § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO eine mit § 39 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG vergleichbare Ausnahme nicht kennt (vgl. *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 39 Rn. 108).

## 6. Ergebnis zu I.

Die Allgemeinverfügung ist formell rechtmäßig.

### II. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Allgemeinverfügung ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 29 Abs. 2 S. 1 ASOG vorliegen, diese Bestimmung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist und die Polizei auch die Grenzen polizeilichen Handelns nach § 11 und § 12 ASOG beachtet hat.

#### 1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 29 Abs. 2 S. 1 ASOG

Fraglich ist daher zunächst, ob im vorliegenden Fall die Tatbestandsvoraussetzungen für ein Aufenthaltsverbot nach § 29 Abs. 2 S. 1 ASOG vorlagen. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, da sich die Allgemeinverfügung ihrem Wortlaut nach darauf beschränkt, die in § 29 Abs. 2 S. 1 ASOG genannten Voraussetzungen im Hinblick auf die Drogenszene im Weinbergspark zu präzisieren. Zweifelhaft könnte allenfalls sein, ob § 29 Abs. 2 ASOG schon von seinem Tatbestand her verbietet, Aufenthaltsverbote in Form von sich an einen nur bestimmbareren Personenkreis richtenden Allgemeinverfügungen zu erlassen. Dies könnte mit der Begründung verneint werden, § 29 Abs. 2 S. 1 ASOG spreche ausdrücklich nur von Verboten gegenüber „einer Person“. Jedoch wird hierdurch jedenfalls der Erlass gleichartiger Aufenthaltsverbote an eine Vielzahl von Personen nicht ausgeschlossen und es wird auch nicht ausdrücklich nur der Erlass von Aufenthaltsverboten gegenüber „konkreten“ Personen für zulässig erklärt. Letzteres wäre aber notwendig gewesen, weil das ASOG im Grundsatz davon ausgeht, dass Gefahrenabwehrmaßnahmen auf Grundlage der §§ 17 ff. ASOG auch durch Allgemeinverfügungen nach § 35 S. 2 VwVfG getroffen werden können.

Die Maßnahme war grundsätzlich auch an die richtigen Adressaten gerichtet: Selbst wenn der Begriff der „Person“, sofern er in Zusammenhang mit den in den §§ 18 ff. ASOG normierten Standardmaßnahmen gebraucht wird, generell mit dem Begriff der „verantwortlichen Personen“ der §§ 13 ff. ASOG gleichzusetzen wäre,<sup>23</sup> liegen hier jedenfalls die Voraussetzungen § 13 Abs. 1 ASOG vor, da sich das Aufenthaltsverbot ausdrücklich gegen Personen richtet, die selbst die Straftaten begehen wollen, und die

<sup>23</sup> In diese Richtung VG Schleswig NVwZ 2000, 464.

damit selbst die Gefahren verursachen, die durch das Aufenthaltsverbot abgewehrt werden sollen.

*Anmerkung:* Probleme bei der Bestimmung, ob ein von einem Aufenthaltsverbot Betroffener „Verantwortlicher“ i. S. des § 13 Abs. 1 ASOG ist, stellen sich eher, wenn echte Einzelmaßnahmen gegenüber „diffusen Störergruppen“ getroffen werden müssen, weil dann gegenüber jedem Einzelnen konkret bestimmt werden muss, ob er Gefahrenverursacher ist oder nicht (*Robrecht/Petersen-Thrö*, SächsVBI 2006, 29, 33 ff.). Im Übrigen sind nicht in allen Landespolizeigesetzen ausdrückliche Standardermächtigungen zu Aufenthaltsverboten enthalten (siehe hierzu die Auflistung bei *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 133). Soweit das jeweilige Polizeigesetz eine § 29 Abs. 1 S. 1 ASOG entsprechende Standardermächtigung „Platzverweis“ enthält, ist daher zu prüfen, ob diese Ermächtigung auch ein Betretensverbot von drei Monaten deckt. Dies ist umstritten, siehe hierzu den Fall „[Treffpunkt](#)“. Wird dies – mit der wohl herrschenden Meinung – verneint (vgl. *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 132; a. A. z. B. *Schmidbauer*, BayVBI. 2002, 257, 263), ist zu prüfen, ob subsidiär die polizeiliche Generalklausel gemäß § 17 ASOG für längerfristige Platzverweise herangezogen werden kann (so OVG Bremen NVwZ 1999, 314, 315; VGH München NVwZ 2001, 1291, 1292; *Prinz*, NWVBI. 2002, 482, 485; *Seidell/Reimer/Möstl*, Besonderes Verwaltungsrecht, 2003, S. 264 f.; a. A. VGH Kassel NVwZ 2003, 1400, 1401; VG Frankfurt NVwZ-RR 2002, 575, 576; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 134). Das Polizeirecht von Baden-Württemberg kannte bis zum Jahr 2008 schließlich auch die Standardmaßnahme „Platzverweis“ nicht (jetzt: § 27a PolG BW), so dass aus diesem Grund die im vorliegenden Zusammenhang oft zitierten Entscheidungen der baden-württembergischen Verwaltungsgerichte auf die mit § 17 Abs. 1 ASOG vergleichbare Generalklausel des § 3 i. V. m. § 1 PolG zurückgreifen (vgl. hierzu *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 134 und die Fallbearbeitung von *Riedinger*, VBIBW 2000, 292 ff. [Fall] und 332 ff. [Lösung]).

## 2. Verfassungsmäßigkeit des § 29 Abs. 2 ASOG

§ 29 Abs. 2 ASOG kann jedoch nur dann wirksam zum Erlass von Aufenthaltsverboten ermächtigen, wenn die Bestimmung verfassungsgemäß ist. Insoweit könnte die Vorschrift gegen Art. 11 Abs. 1 GG verstoßen.

### a) Vorliegen eines Eingriffs in Art. 11 Abs. 1 GG

Ob ein mehrmonatiges Verbot, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten, in das Grundrecht der Freizügigkeit des Art. 11 Abs. 1 GG eingreift, ist allerdings umstritten. Vielfach wird dies zwar bejaht,<sup>24</sup> teilweise jedoch auch angenommen, ein solches Verbot betreffe nur die sog. „Fortbewegungsfreiheit“, die nach herrschender Auffassung nicht von Art. 11 Abs. 1, sondern von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> OVG Bremen NVwZ 1999, 314, 315; *Rohbrecht*, SächsVBI. 2003, 232, 234; *Schnapp/Mühlhoff*, NWVBI. 2003, 454, 488 f.; *Seidell/Reimer/Möstl*, Besonderes Verwaltungsrecht, 2003, S. 267.

<sup>25</sup> So [SächsVerfGH, Vf. 43-II-00 v. 10.7.2003, S. 67 ff. des Urteilsumdrucks](#); *Deger*, VBIBW 1996, 90, 93.

*Anmerkung:* Teilweise wird auch angenommen, die sog. „Fortbewegungsfreiheit“ sei Schutzgut des Art. 2 Abs. 2 GG (vgl. *Kingreen/Poscher*, Rn. 880; *Randelzhofer*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 11 Rn. 27 ff. [Bearbeitung 1981]; *Schoch*, Jura 2005, 34, 35); zu Recht ablehnend demgegenüber [SächsVerfGH, Vf. 43-II-00 v. 10.7.2003, S. 67 f. des Urteilsendrucks](#), [für entsprechende Grundrechte der Sächsischen Verfassung]; VGH München BayVBl. 2000, 85 f.; *Kappler*, BayVBl. 2001, 336, 337; *Seidell/Reimer/Möstl*, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2003, S. 265 f.

Unstreitig ist insoweit nur, dass Art. 11 Abs. 1 GG nicht die „Fortbewegungsfreiheit“ schützt, und wohl auch, dass die „Fortbewegungsfreiheit“ – und nicht die „Freizügigkeit“ – betroffen ist, wenn der Aufenthalt an einem bestimmten Ort nicht um seiner selbst willen, sondern um der Fortbewegung willen (dann Art. 2 Abs. 1 GG) erfolgt.<sup>26</sup>

Umstritten ist jedoch insbesondere, ob aus dem Vergleich der beiden Alternativen des Art. 11 Abs. 1 GG, des „Wohnsitznehmens“ und „Aufenthaltsnehmens“, zu schließen ist, dass der Betroffene, um das Grundrecht des Art. 11 Abs. 1 GG in Anspruch zu nehmen, an einem bestimmten Ort mehr wollen muss, als sich nur (flüchtig) aufzuhalten. So nimmt der SächsVerfG<sup>27</sup> im vorliegenden Zusammenhang an, ein „Aufenthaltsnehmen“ liege nur vor, wenn jemand an einem bestimmten Ort für eine gewisse Dauer verweilen will und sich deshalb der dafür notwendigen tatsächlichen Voraussetzungen wie einer Wohnung versichert oder sich zumindest darum bemüht. Nicht von Art. 11 Abs. 1 GG geschützt werde demgegenüber das vorübergehende Verweilen, der flüchtige Aufenthalt an einem Ort, wie z. B. der Aufenthalt zum Zwecke des Kaufens oder Verkaufens, der Besuch einer öffentlichen Straße oder eines Stadtparks. Nach dieser Auffassung würde § 29 Abs. 2 ASOG das Grundrecht des Art. 11 Abs. 1 GG nicht berühren, da § 29 Abs. 2 S. 3 ASOG gerade nicht gestattet, den räumlichen Zugang zur Wohnung zu verbieten.

Nach anderer (Anmerkung: wohl herrschender) Auffassung berechtigt die „Freizügigkeit“ des Art. 11 Abs. 1 GG demgegenüber auch zum vorübergehenden Aufenthalt an jedem Ort der Bundesrepublik, jedenfalls dann, wenn es dem Betroffenen gerade auf den Aufenthalt an diesem Ort um seiner selbst willen ankomme.<sup>28</sup> So wird im vorliegenden Zusammenhang darauf hingewiesen, dass insbesondere auch das tägliche Treffen mit Gleichgesinnten an einem bestimmten Ort (anders als etwa der Gang zum Supermarkt) für den Betroffenen eine besondere qualitative Bedeutung haben könne, so dass es den Schutz des Art. 11 Abs. 1 GG verdiene.<sup>29</sup> Nach dieser Auffassung können Maßnahmen nach § 29 Abs. 2 S. 3 ASOG also auch einen Eingriff in Art. 11 Abs. 1 GG darstellen.

*Anmerkung:* Nicht überzeugend ist es, wenn die Anwendbarkeit des Art. 11 Abs. 1 GG mit der Dauer des nach § 29 Abs. 2 ASOG möglichen Aufenthaltsverbots (drei Monate) begründet wird (so aber OVG Bremen NVwZ 1999, 314, 315; *Pagenkopf*, in: *Sachs*, Art. 11 Rn. 21); entscheidend für die Eröffnung des Schutzbereichs nach

<sup>26</sup> So *Kingreen/Poscher*, Rn. 880.

<sup>27</sup> [Vf. 43-II-00 v. 10.7.2003, S. 68 f. des Urteilsendrucks](#).

<sup>28</sup> *Kingreen/Poscher*, Rn. 881; *Schoch*, Jura 2005, 34, 35.

<sup>29</sup> So *Rohbrecht*, SächsVBl. 2004, 232, 234.

Art. 11 Abs. 1 GG kann nur sein, wie lange sich der Betroffene selbst an einem bestimmten Ort aufhalten will.

Welcher Auffassung zu folgen ist, kann hier jedoch jedenfalls dann dahinstehen, wenn § 29 Abs. 2 ASOG den Anforderungen entspricht, die Art. 11 Abs. 2 GG für Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 GG aufstellt. Denn diese gehen über die Anforderungen für Grundrechtseingriffe des Art. 2 Abs. 1 GG hinaus, so dass jedes Gesetz, das den Anforderungen des Art. 11 Abs. 2 GG entspricht, auch den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 GG entspricht.

*Anmerkung:* Für diese Vorgehensweise spricht im vorliegenden Fall insbesondere auch, dass es sich um ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz handelt, dass regelmäßig zur (abschließenden) Klärung verfassungsrechtlicher Fragen ungeeignet ist – vor allem, wenn sie so umstritten sind, wie die Frage des Schutzbereichs des Art. 11 Abs. 1 GG (vgl. hierzu *Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 80 Rn. 267 f.). Zur Frage, ob und inwieweit im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Verfassungsmäßigkeit der behördlichen Entscheidungen zu Grunde liegenden Rechtsnormen geprüft werden kann, siehe auch den Fall [„Seniorenresidenz“](#).

## b) Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das ASOG in § 66 ausdrücklich auch Art. 11 GG als durch das ASOG eingeschränktes Grundrecht zitiert, weshalb jedenfalls dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG Genüge getan ist. Problematisch ist jedoch, dass Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Freizügigkeit zuweist. Hieraus könnte geschlossen werden, dass Eingriffe in die Freizügigkeit auf landesrechtlicher Grundlage generell unzulässig sind.<sup>30</sup> Allerdings muss Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG auch in Zusammenhang mit Art. 11 Abs. 2 GG gelesen werden, der den Gesetzgeber ermächtigt, die Freizügigkeit einzuschränken, um strafbaren Handlungen vorzubeugen (sog. „Kriminalvorbehalt“). Da dies eine typische Funktion des grundsätzlich landesrechtlich geregelten Polizeirechts darstellt, ist in diesem „Kriminalvorbehalt“ auch eine Ermächtigung des Landesgesetzgebers zur Einschränkung des Freizügigkeitsgrundrechts zu sehen. Der Begriff der „Freizügigkeit“ des Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG ist folglich mit dem Begriff der „Freizügigkeit“ des Art. 11 Abs. 1 GG nicht deckungsgleich.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> *Lesting*, *KritJ* 1997, 214, 221 f.

<sup>31</sup> [SächsVerfGH, Vf. 43-II-00 v. 10.7.2003, S. 64 ff. des Urteilsendrucks](#); OVG Bremen NVwZ 1999, 314, 317; *Cremer*, NVwZ 2001, 1218, 1222 f.; *Prinz*, NWVBl. 2002, 482, 487; *Randelzhofer*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 11 Rn. 142 [Bearbeitung 1981]; *Schnapp/Mühlhoff*, NWVBl. 2003, 454, 487 f.; *Schoch*, *Jura* 2005, 34, 3f.; *Seidell/Reimerl/Möstl*, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2003, S. 267 f.

### c) Vereinbarkeit mit dem Schrankenvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG

Da die Regelung des § 29 Abs. 2 ASOG nur zu Aufenthaltsverboten für den Fall ermächtigt, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass am „verbotenen Ort“ Straftaten begangen werden, ist auch dem Schrankenvorbehalt (Kriminalvorbehalt) des Art. 11 Abs. 2 GG Genüge getan.<sup>32</sup>

### d) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Jedoch ist fraglich, ob die Regelung des § 29 Abs. 2 ASOG auch materiell verfassungsmäßig, insbesondere verhältnismäßig, ist. Dies wird man nicht grundsätzlich verneinen können. Aufenthaltsverbote können im Einzelfall der Verhinderung von Straftaten dienen (wovon offenbar auch Art. 11 Abs. 2 GG ausgeht). Zudem schränken § 29 Abs. 2 S. 2 bis 4 ASOG die Eingriffsermächtigung zu Gunsten des Betroffenen auch deutlich ein, beschränken sie damit ausdrücklich auf das zur Vorbeugung von Straftaten Erforderliche und konkretisieren damit das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Ob eine auf § 29 Abs. 2 ASOG gestützte Maßnahme im konkreten Fall tatsächlich zur Verhinderung einer Straftat geeignet, erforderlich und angemessen ist, ist eine hiervon zu unterscheidende Frage (siehe unten B.II.3.b.).

### e) Ergebnis zu 2.

§ 29 Abs. 2 ASOG ist somit verfassungsgemäß und kann damit auch zu Eingriffen in Art. 11 Abs. 1 GG ermächtigen. Auf die Frage, ob § 29 Abs. 2 ASOG die „Freizügigkeit“ des Art. 11 Abs. 1 GG überhaupt betrifft, kommt es daher nicht an.

### 3. Ordnungsgemäße Ermessensausübung (§ 40 VwVfG i. V. m. §§ 11, 12 ASOG)

Die Polizei müsste bei Erlass der Allgemeinverfügung jedoch auch ihr durch § 29 Abs. 2 i. V. m. § 12 Abs. 1 ASOG eingeräumtes Rechtsfolgerner messen ordnungsgemäß, d. h. unter Berücksichtigung der Grenzen des § 40 VwVfG, ausgeübt haben.

### a) Verstoß gegen den Zweck der Ermächtigung (§ 40 Alt. 1 VwVfG)

Insoweit wird teilweise bezweifelt, dass die Behörde bei Aufenthaltsverboten zur Bekämpfung der offenen Drogenszene ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung ausübt (§ 40 Alt. 1 VwVfG): Dies ist jedenfalls dann nicht mehr der Fall, wenn durch eine solche Maßnahme nach dem Willen der verantwortlichen Personen lediglich eine „Stadthygiene“ betrieben werden soll, also weniger die Bekämpfung der Gefahr, sondern lediglich ihre „Verschiebung“ in andere Stadtteile oder andere Gemeinden im Vordergrund steht: Denn es ist kaum Zweck des Polizeirechts, Straftaten nicht an sich, sondern nur an bestimmten Orten zu verbieten.<sup>33</sup> Jedoch besteht nach dem Sachverhalt kein Anhaltspunkt dafür, dass die Polizeipräsidentin letztlich nur aus Gründen der „Stadthygiene“ gehandelt hat. Durch die Maßnahme sollten vielmehr die von der Drogenszene verursachten Gefahren bekämpft

<sup>32</sup> Vgl. auch OVG Bremen, NVwZ 1999, 314, 317; Cremer, NVwZ 2001, 1218, 1219; ausführlicher insoweit Schnapp/Mühlhoff, NWVBl. 2003, 454, 487 f. und 490 f.

<sup>33</sup> So Rachor, in: Lisken/Denninger, F Rn. 516; Lesting, KJ 1997, 214, 220.

werden, so dass das Ermessen jedenfalls entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt wurde. Ob die Maßnahme zur Gefahrenabwehr auch objektiv geeignet war, ist eine andere Frage (siehe unten B.II.3.b.aa).

### **b) Missachtung der gesetzlichen Grenze des in § 11 ASOG normierten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (§ 40 Alt. 2 VwVfG)**

Als Grundrechtseingriff beachtet die Allgemeinverfügung jedoch nur dann die gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Alt. 2 VwVfG), wenn dieser Eingriff auch die Grenze des in § 11 ASOG normierten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beachtet.

*Anmerkung:* Zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips siehe [diesen Hinweis](#).

#### **aa) Geeignetheit**

Voraussetzung wäre – wovon auch § 11 Abs. 1 ASOG ausgeht – zunächst, dass die getroffene Maßnahme überhaupt zur Verhinderung von Straftaten der in der Allgemeinverfügung genannten Art geeignet ist. Dies wird im Allgemeinen damit begründet, dass durch regelmäßige Störung der offenen Drogenszene einer Verfestigung der Vertriebswege entgegengewirkt werden kann.<sup>34</sup> Allerdings wird gerade dadurch umgekehrt die Bekämpfung der Drogenkriminalität wieder erschwert, weil die Szene dann auf andere Plätze ausweicht, die von der Polizei weniger gut zu kontrollieren sind.<sup>35</sup>

#### **bb) Erforderlichkeit**

Nimmt man dennoch eine Geeignetheit der Maßnahme an, ist jedoch fraglich, ob sie auch noch erforderlich ist, ob also nicht gleich geeignete Maßnahmen existieren, die die Betroffenen und die Allgemeinheit weniger belasten (§ 11 Abs. 1 ASOG). Als Alternative zur hier getroffenen Regelung eines Aufenthaltsverbots durch Allgemeinverfügung käme ein Aufenthaltsverbot durch Einzelverfügung gegenüber den von der Allgemeinverfügung „anvisierten“ Personen in Betracht.<sup>36</sup> Dies würde für die Polizei im Zweifel noch nicht einmal einen Mehraufwand bedeuten. Die Feststellung, ob eine Person von der Allgemeinverfügung erfasst wird (ob also offensichtliche Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Person Straftaten begehen wird, die in Zusammenhang mit der Zugehörigkeit dieser Person zur Drogenszene stehen), und der Erlass der zur zwangsweisen Durchsetzung der Allgemeinverfügung nach § 13 VwVG i. V. m. § 5a S. 1 VwVfG Bln notwendigen (zustellungsbedürftigen) Androhung im Einzelfall stellen keinen geringeren Aufwand dar, als demjenigen, der als der offenen Drogen-

<sup>34</sup> [SächsVerfGH, Vf. 43-II-00 v. 10.7.2003, S. 71 f. des Urteilsendrucks](#); VGH München BayVBl. 2000, 85, 86; VGH München NVwZ 2001, 1291, 1292; *Schnapp/Mühlhoff*, NWVBl. 2003, 454, 492.

<sup>35</sup> *Hecker*, NVwZ 2003, 1334, 1336; *Lesting*, KJ 1997, 214, 220.

<sup>36</sup> VGH München NVwZ 2001, 1291, 1292.

szenen zugehörig im Weinbergspark angetroffen wird, gleich individuell ein Aufenthaltsverbot, verbunden mit einer Zwangsmittellandrohung, zu erteilen.<sup>37</sup> Eine Einzelfallregelung hätte demgegenüber sowohl für die Polizei als auch für den Betroffenen den Vorteil klarer Verhältnisse.<sup>38</sup>

### cc) Ergebnis zu b)

Damit erscheint der Erlass einer Allgemeinverfügung nicht als erforderlich zur Bekämpfung der Gefahr und ist somit unverhältnismäßig.

### c) Ergebnis zu 3.

Die Polizei hat damit ihr Ermessen nicht in den Grenzen des §§ 11, 12 ASOG, § 40 VwVfG ausgeübt. Die Allgemeinverfügung leidet folglich an einem Ermessensfehler.

### 4. Ergebnis zu II.

Die Allgemeinverfügung ist somit materiell rechtswidrig.

### III. Ergebnis zu B.

Da die Allgemeinverfügung somit (materiell) rechtswidrig ist und deshalb *Mabuse* auch in seinen Rechten verletzt, wäre eine Anfechtungsklage im vorliegenden Fall begründet und hätte Aussicht auf Erfolg. Somit überwiegt das Suspendierungsinteresse *Mabuses* das Vollziehungsinteresse der Polizei. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist damit begründet.

### C. Gesamtergebnis

Der Antrag *Mabuses* ist zulässig und begründet und hat damit Aussicht auf Erfolg.

Siehe hierzu: [SächsVerfGH, Vf. 43-II-00 v. 10.7.2003](#); OVG Bremen NVwZ 1999, 314 ff.; VGH Kassel NVwZ 2003, 140 ff.; VGH Mannheim, 1 S 2531/96 v. 30.9.1996 = NVwZ-RR 1997, 225 ff.; VGH Mannheim NVwZ 2003, 115 ff.; VGH München BayVBl. 2000, 85 ff.; VGH München NVwZ 2001, 1291 f.; [OVG Münster, 5 B 1201/00 v. 6.9.2000](#), = NVwZ 2001, 459 ff.; VG Schleswig NVwZ 2000, 464 ff.; VG Göttingen NdsVBl. 1999, 46 ff.; VG Sigmaringen NVwZ-RR 1995, 327 ff.; VG Stuttgart NVwZ-RR 1998, 103 ff.; VG Frankfurt NVwZ-RR 2002, 575 f.; *Cremer*, NVwZ 2001, 1218 ff.; *Deger*, VBIBW 1996, 90 ff.; *Haseloff-Grupp*, VBIBW 1997, 161 ff.; *Hecker*, NVwZ 1999, 261 ff. und NVwZ 2003, 1334 ff.; *Lesting*, KJ 1997, 214 ff.; *Robrecht/Petersen-Thrö*, SächsVBl 2006, 29 ff.; *Scheithauer*, VBIBW 1997, 447 ff.

<sup>37</sup> Ähnlich auch *Hecker*, NVwZ 2003, 1334, 1336.

<sup>38</sup> Hierauf stellen entscheidend ab: VGH Mannheim, 1 S 2531/96 v. 30.9.1996 = NVwZ-RR 1997, 225, 226 und VGH Mannheim NVwZ 2003, 115, 116; *Haseloff-Grupp*, VBIBW 1997, 161, 162; dagegen *Scheithauer*, VBIBW 1997, 447.



Siehe auch folgende Fallbearbeitungen: *Prinz*, NWVBl. 2002, 482 ff.; *Riedinger*, VBIBW 2000, 292 ff. (Fall) und 332 ff. (Lösung); *Schnapp/Mühlhoff*, NWVBl. 2003, 484 ff.; *Seidell/Reimer/Möstl*, Besonderes Verwaltungsrecht, 2003, S. 259 ff.