

## Methodik ÖR

### Fortgeschrittenenklausur

Prof. Dr. Markus Ludwigs und RAin Valeria Schmidt

# Auflösung eines Skinheadkonzerts

DOI 10.1515/jura-2015-0096

Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog – Versammlungsbegriff – Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts – Polizeiliche Verantwortlichkeit

*Die Klausur bewegt sich auf der Schnittstelle zwischen Versammlungsrecht und allgemeinem Polizeirecht. Prüfungsgegenstände sind die Sachurteilsvoraussetzungen einer Fortsetzungsfeststellungsklage und die Rechtmäßigkeit der Auflösung eines Skinheadkonzerts. Schwerpunkte der Klausur bilden die Erläuterung des Versammlungsbegriffs und die Diskussion der Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel bei sog nicht versammlungsspezifischen Gefahren (Problem der Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts)<sup>1</sup>.*

## SACHVERHALT

Am Samstagabend, den 01. 02. 2014, fand in der kreisfreien Stadt Würzburg in einem Kellerraum auf dem ehemaligen Fabrikgelände der Firma X ein Skinheadkonzert mit verschiedenen, der rechten Szene angehörenden, Musikbands statt. Das Konzert wurde nicht öffentlich angekündigt, sondern einem breiten Kreis von gleichgesinnten Interessierten über Mobiltelefon und per E-Mail mitgeteilt.

---

<sup>1</sup> Der Sachverhalt ist einer Entscheidung des VGH BW (Urt v 12. 07. 2010 – 1 S 349/10 KommJur 2011, 107; s hierzu auch BVerwG Beschluss v 16. 11. 2010 – 6 B 58/10 – juris nachgebildet. Die Klausur wurde im Wintersemester 2013/14 in leicht modifizierter Form in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg gestellt.

---

**Markus Ludwigs:** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

**Valeria Schmidt:** Die Autorin ist angestellte Rechtsanwältin in einer Würzburger Kanzlei und war Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ludwigs.

A – Frontmann einer der Bands – hatte den ca. 80 m<sup>2</sup> großen Veranstaltungsraum seit längerer Zeit als Proberaum für seine Skinheadband angemietet und für Veranstaltungen solcher Art in der Vergangenheit bereits mehrmals zur Verfügung gestellt. Der fensterlose Veranstaltungsraum verfügt lediglich über einen schwer begehbaren Aus-/Eingang. Unter der Decke wurde als Deckenabhängung ein leicht entflammbarer Vorhangstoff befestigt. Zum Konzert am 01. 02. 2014 wurden bis zu 150 Teilnehmer erwartet. A war bewusst, dass die räumlichen Verhältnisse nicht den bau- und feuerpolizeilichen Sicherheitsanforderungen bei dieser Art von Musikveranstaltungen mit der erwarteten Besucherzahl entsprachen.

Die Polizei erlangte am 01. 02. 2014 gegen 20:15 Uhr durch einen anonymen Anrufer Kenntnis vom gesamten Sachverhalt. Aufgrund der räumlichen Verhältnisse des Veranstaltungsraums und der zu erwartenden Teilnehmerzahl hatte sie bau- und feuerpolizeiliche Sicherheitsbedenken. Im Fall eines Feuers drohten für einen Großteil der im Raum befindlichen Personen höchstwahrscheinlich lebensgefährliche Verletzungen. Da die zuständige Sicherheitsbehörde am Samstagabend nicht besetzt war, kam eine Gefahrenabwehr durch sie nicht in Betracht. Nachdem die Polizei alle erforderlichen Vorbereitungen getroffen hatte, begaben sich die Einsatzkräfte (nach Beginn des Konzerts) gegen 22 Uhr in den Veranstaltungsraum. In diesem befanden sich – wie später klar wurde – 120 gleichgesinnte Personen. A gab sich als Verantwortlicher der Veranstaltung zu erkennen. Daraufhin erklärte der zuständige Einsatzleiter unter Einhaltung der einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften die Auflösung des Konzerts.

In der am 04. 02. 2014 ordnungsgemäß zugestellten Verfügung der zuständigen Behörde lautete es im verfügbaren Teil, dass die Auflösung der Konzertveranstaltung auf der Grundlage des Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG erfolgte. Zur Begründung wurde auf die gewonnenen polizeilichen Erkenntnisse verwiesen. Es handele sich um eine für die rechte Szene typische Konzertveranstaltung. Der Veranstaltungsort habe in keiner Weise den Sicherheitsanforderungen an eine Musikveranstaltung mit dem erwarteten

Besucheraufkommen entsprochen. Im Fall eines Feuers hätte dies für einen Großteil der im Raum befindlichen Personen höchstwahrscheinlich tödliche Folgen gehabt. Die Polizei sei daher zum Schutz von Leben und Gesundheit der Veranstaltungsteilnehmer sogar verpflichtet gewesen, die Veranstaltung aufzulösen.

Am 10. 02. 2014 erhebt A Klage zum Verwaltungsgericht Würzburg und macht unter Berufung auf seine Versammlungsfreiheit die Rechtswidrigkeit der Konzertauflösung geltend. In der Begründung trägt er vor, dass es sich um eine öffentliche Versammlung in geschlossenen Räumen gehandelt habe. Ihre Auflösung habe allenfalls auf Art 12 BayVersG gestützt werden können, dessen Voraussetzungen hier aber nicht gegeben seien. Das Konzert habe für jeden, der davon erfahren habe, offen gestanden. Das gemeinsame geistige Band bestehe in der Zuordnung zu einer bestimmten politischen Richtung. Es gehe darum, Leute für die rechte Szene anzuwerben und für ihre politischen Vorstellungen zu begeistern, um eine Überfremdung zu vermeiden und die deutsche Nation zu erhalten. Durch den Besuch des Konzerts hätten die Teilnehmer einen bestimmten Standpunkt eingenommen und auch nach außen bekräftigt. Er beabsichtige im Übrigen, solche Veranstaltungen auch in Zukunft zu organisieren und durchzuführen.

Der Beklagtenvertreter wendet ein, dass – wenn man überhaupt vom Vorliegen einer Versammlung ausgehen wolle – jedenfalls zu beachten sei, dass die Polizei vorliegend allein aus bau- und feuerpolizeilichen Gründen gehandelt habe.

Hat die Klage des A Erfolg?

**Bearbeitervermerk:** Bau- und feuerpolizeiliche Vorschriften sowie solche des Jugendschutz- und Gaststättengesetzes sind nicht zu prüfen. Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist, ggf hilfsgutachtlich, einzugehen.

## LÖSUNGSVORSCHLAG

Die Klage des A hat Erfolg, wenn alle Sachentscheidungs-voraussetzungen vorliegen und soweit sie in der Sache begründet ist<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Zum zwei- bzw dreistufigen Prüfungsaufbau einer verwaltungsgerichtlichen Klage *Fischer JURA* 2003, 748.

## I. Sachentscheidungs-voraussetzungen

### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach § 40 I VwGO. Im vorliegenden Fall geht es um die Auflösung eines Skinheadkonzerts. Streitentscheidende Normen sind insbesondere Art 11 BayPAG und Art 12 BayVersG. Die Vorschriften richten sich ausschließlich an einen Träger hoheitlicher Gewalt in dieser Funktion und sind daher öffentlich-rechtlicher Natur (modifizierte Subjektstheorie<sup>3</sup>). Vorliegend streiten auch keine Verfassungsorgane um materielles Verfassungsrecht (sog doppelte Verfassungsunmittelbarkeit<sup>4</sup>). Die Streitigkeit ist somit nichtverfassungsrechtlicher Art. Schließlich greift auch nicht die abdrängende Sonderzuweisung gem Art 12 I POG i.V.m. § 23 I EGGVG, da die Polizei zu Zwecken der Gefahrenabwehr und damit präventiv tätig geworden ist. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I VwGO eröffnet.

### 2. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart bestimmt sich nach dem klägerischen Begehren (vgl §§ 88, 86 III VwGO). A beruft sich auf die Rechtswidrigkeit der polizeilichen Verfügung. Sein Klageziel ist die gerichtliche Feststellung, dass es rechtswidrig war, die Konzertveranstaltung am 01. 02. 2014 aufzulösen. Die Auflösungsverfügung stellt eine personenbezogene Allgemeinverfügung iSv § 35 S 2 Alt 1 VwVfG dar. Der streitige Verwaltungsakt hat sich allerdings am 01. 02. 2014 und damit vor Klageerhebung durch Zeitablauf erledigt (Art 43 II BayVwVfG). Eine Anfechtungsklage nach § 42 I Alt 1 VwGO scheidet damit aus. Weitergehend kommt mit Blick auf die Erledigung vor Klageerhebung auch eine Fortsetzungsfeststellungsklage in direkter Anwendung des § 113 I 4 VwGO nicht in Betracht. Statthaft könnte aber eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog sein.

<sup>3</sup> Ausf hierzu: *Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl 2011, § 3 Rn 10ff.; *W.-R. Schenke Verwaltungsprozessrecht*, 4. Aufl 2014 Rn 104ff.

<sup>4</sup> Näher *Hufen Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl 2013, § 11 Rn 49ff m. w. N.

Die Frage, ob § 113 I 4 VwGO auf den Fall der Erledigung eines Verwaltungsakts vor Klageerhebung analog anwendbar ist, wird kontrovers diskutiert<sup>5</sup>. Eine Auffassung im Schrifttum spricht sich gegen eine Analogie und für die Statthaftigkeit der allgemeinen Feststellungsklage gem § 43 I VwGO aus<sup>6</sup>. Begründet wird dies mit dem Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber habe in § 43 I VwGO eine Klageart geschaffen, mit der die Feststellung des rechtswidrigen Handelns von Behörden auch dann ermöglicht werde, wenn dessen Wirkung im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht mehr andauere<sup>7</sup>. Das für die allgemeine Feststellungsklage erforderliche *konkrete Rechtsverhältnis* wird in der Feststellung der (Nicht-)Berechtigung des Klagegegners zum Erlass des in Streit befangenen Verwaltungsakts gesehen<sup>8</sup>. Der Grundsatz der Subsidiarität aus § 43 II 1 VwGO greife nicht, weil keine andere Klageart statthaft sei.

Die vorzugswürdige Gegenansicht plädiert in den Fällen der Erledigung vor Klageerhebung für eine analoge Anwendung von § 113 I 4 VwGO<sup>9</sup>. Hierfür spricht die Erwägung, dass der Gesetzgeber die Situation der Erledigung eines belastenden Verwaltungsakts in § 113 I 4 VwGO spezifisch geregelt hat<sup>10</sup>. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass die hinter § 113 I 4 VwGO stehende gesetzgeberische Wertung nur auf die Situation der Erledigung nach Klageerhebung beschränkt sein soll. Denn für den Kläger hängt es regelmäßig allein vom Zufall ab, wann genau die Erledigung eintritt<sup>11</sup>. Die Anwendung der allgemeinen Feststellungsklage würde, aufgrund der spezifischen Nähe der Fortsetzungsfeststellungsklage zur Anfechtungssituation, zu System- und Wertungswidersprüchen im verwaltungsprozessualen Klagesystem führen<sup>12</sup>. Im vorliegenden Fall ist statthafte Klageart somit die Fortsetzungsfeststellungsklage gem § 113 I 4 VwGO analog.

<sup>5</sup> Kopp/Schenke VwGO, 20. Aufl 2014, § 113 Rn 99.

<sup>6</sup> Vgl etwa Gärditz/Knauff VwGO, 2013, § 113 Rn 41 m.w.N.; Kopp/Schenke (Fn 5) § 113 Rn 99; Wehr DVBl 2001, 785, 786ff.; siehe auch einmalig das BVerwG in einem *obiter dictum* in BVerwGE 109, 203, 208f.

<sup>7</sup> Gärditz/Knauff (Fn 6), § 113 Rn 41.

<sup>8</sup> Vgl R. P. Schenke NVwZ 2000, 1255, 1257; Wehr DVBl 2001, 785, 787; kritisch Heinze/Sahan JA 2007, 805, 807; Posser/Wolff/Decker Beck'scher Online-Kommentar VwGO, Edition 32 (1/15), § 113 Rn 90.2.

<sup>9</sup> St Rspr: BVerwGE 49, 36, 39; 52, 313, 316; BVerwG NJW 2009, 98; VGH BW KommJur 2011, 107, 108; aus der Lit z.B. Posser/Wolff/Decker (Fn 8), § 113 Rn 90; R. P. Schenke JuS 2007, 697, 699.

<sup>10</sup> Heinze/Sahan JA 2007, 805, 808; Gärditz/Knauff (Fn 6), § 113 Rn 41; Kopp/Schenke (Fn 5), § 113 Rn 99.

<sup>11</sup> Gärditz/Knauff (Fn 6), § 113 Rn 41.

<sup>12</sup> Vgl W.-R. Schenke (Fn 3), Rn 325.

### 3. Zuständiges Gericht

Das Verwaltungsgericht Würzburg ist nach § 45 VwGO sachlich und nach § 52 Nr 5 (bzw vertretbar auch Nr 3 analog) VwGO<sup>13</sup> i.V.m. Art 1 II Nr 5 BayAGVwGO örtlich zuständig.

### 4. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist nach § 61 Nr 1 Var 1 VwGO i.V.m. § 1 BGB partei- und nach § 62 I Nr 1 VwGO i.V.m. §§ 104ff BGB prozessfähig. Der Freistaat Bayern als Träger der Polizei gem Art 1 II POG ist nach § 61 Nr 1 Alt 2 VwGO beteiligtenfähig, jedoch als juristische Person selbst nicht prozessfähig. Er muss sich daher nach §§ 62 III, Art 16 BayAGVwGO i.V.m. § 3 I 1 Nr 1, II 1 LABV<sup>14</sup> durch die Ausgangsbehörde vertreten lassen.

### 5. Klagebefugnis

Im Weiteren müsste A auch gem § 42 II VwGO analog klagebefugt sein<sup>15</sup>. Dies setzt voraus, dass er geltend machen kann, durch die ursprüngliche Maßnahme möglicherweise in seinen Rechten verletzt worden zu sein. A beruft sich auf seine sowohl einfachrechtlich in Art 1 I BayVersG als auch verfassungsrechtlich durch Art 8 I GG (bzw Art 113 BV) garantierte Versammlungsfreiheit. Im Übrigen ist es auch nicht nach jeder Betrachtung ausgeschlossen, dass A als Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes (der Auflösungsverfügung) in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art 2 I GG (bzw Art 101 BV) verletzt wurde. A ist mithin klagebefugt.

### 6. Vorverfahren

Fraglich ist, ob die erfolglose Durchführung eines Vorverfahrens iSd § 68 I VwGO bei der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog erforderlich ist. Dies ist

<sup>13</sup> Redeker/von Oertzen/M. Redeker VwGO-Kommentar, 16. Aufl 2014, § 52 Rn 10.

<sup>14</sup> Verordnung über die Landesadvokatur Bayern (LABV), GVBl 2008, S 554.

<sup>15</sup> Zur analogen Anwendung von § 42 II VwGO iRd Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung vor Klageerhebung vgl statt vieler BVerwG NJW 1982, 2513, 2514; BayVGH BayVBl 1993, 429, 430; aus der Lit: Posser/Wolff/Decker (Fn 8), § 113 Rn 94; aA Göpfert Die Fortsetzungsfeststellungsklage, 1998, S 94ff.

für den hier gegebenen Fall der Erledigung eines belastenden Verwaltungsakts vor Klageerhebung umstritten<sup>16</sup>. Für den Freistaat Bayern ist allerdings – wie für eine Vielzahl weiterer Länder<sup>17</sup> – zu beachten, dass das Widerspruchsverfahren weitgehend abgeschafft wurde. Im vorliegenden Fall ist dessen Durchführung gem § 68 I 2 VwGO i. V. m. Art 15 II, III BayAGVwGO<sup>18</sup> unstatthaft. Einer Entscheidung des Meinungsstreits bedarf es daher nicht.

## 7. Klagefrist

Erledigt sich ein belastender Verwaltungsakt bevor Klage erhoben werden kann, ist zu klären, ob der Kläger noch die Frist des § 74 VwGO einhalten muss. Die Frage wird kontrovers diskutiert<sup>19</sup>. Eine Streitentscheidung ist vorliegend aber entbehrlich, weil mit der Klageerhebung des A am 10. 02. 2014 eine eventuelle Klagefrist (§ 74 I 2 VwGO) in jedem Fall gewahrt wurde<sup>20</sup>.

## 8. Besonderes Feststellungsinteresse

Weiterhin müsste A die Umstände darlegen, aus denen er ein berechtigtes Feststellungsinteresse nach § 113 I 4 VwGO ableitet<sup>21</sup>. Es genügt hier grundsätzlich jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art. Die gerichtliche Feststellung muss dazu geeignet sein, die Position des Klägers in einem der genannten Bereiche zu verbessern<sup>22</sup>. In Rechtsprechung und Literatur haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet<sup>23</sup>, die vom Vorliegen einer konkreten Wiederholungsgefahr über ein Rehabilitationsinteresse bzw sich typischerweise schnell erledigende (tiefgreifende)

Grundrechtseingriffe<sup>24</sup> bis hin zur Präjudizialität der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung für Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche reichen<sup>25</sup>. Die letztgenannte Fallgruppe kommt in den Fällen der Erledigung vor Klageerhebung freilich aus prozessökonomischen Erwägungen (vgl § 17 II 1 GVG) und mangels eines Rechts auf den »sachnäheren Richter«<sup>26</sup> von vornherein nicht in Betracht<sup>27</sup>.

Vorliegend kann sich A möglicherweise auf ein *Rehabilitationsinteresse* berufen. Dieses ist nach einer erledigten polizeilichen Verfügung dann anzuerkennen, wenn mit ihr ein Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen verbunden und die Maßnahme geeignet war, das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen<sup>28</sup>. Die Auflösung des Konzerts durch die Polizei könnte hier als tiefgreifender Eingriff mit diskriminierender Wirkung in den Schutzbereich der durch Art 8 GG garantierten Versammlungsfreiheit zu qualifizieren sein. Ob dies der Fall ist, kann an dieser Stelle aber noch dahingestellt bleiben. Denn A macht darüber hinaus auch eine *konkrete Wiederholungsgefahr* geltend. Eine solche liegt vor, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, bei Auftreten einer gleichartigen – konkret möglichen – Situation in gleicher Weise handeln wird<sup>29</sup>. Laut Sachverhalt plant A auch in Zukunft, solche Veranstaltungen zu organisieren und durchzuführen. Im Hinblick darauf, dass sich die Polizei sogar für verpflichtet hielt einzuschreiten, ist anzunehmen, dass sie auch zukünftig nicht anders handeln würde. Eine konkrete Wiederholungsgefahr liegt damit vor. Das berechtigte Feststellungsinteresse des A gem § 113 I 4 VwGO analog aE ist zu bejahen.

## 9. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen für die Klage des A liegen vor.

<sup>16</sup> Für die Unstatthaftigkeit eines Vorverfahrens: BVerwGE 26, 161, 165ff, 109, 203, 209; BVerwG NJW 1978, 1935; BayVGH BayVBl 1993, 429, 430; aus der Lit Gärditz/Knauff (Fn 6), § 113 Rn 64 m.w.N.; aA Kopp/Schenke (Fn 5), Vorb § 68 Rn 2; § 113 Rn 127; W.-R. Schenke (Fn 3), Rn 666.

<sup>17</sup> Vgl den Überblick bei Hufen (Fn 4), § 5 Rn 4f.

<sup>18</sup> Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung (AGVwGO) v 20. 06. 1992, GVBl 1992, S 162.

<sup>19</sup> Bejahend Kopp/Schenke (Fn 5), § 113 Rn 128; verneinend BVerwGE 109, 203, 207 f; Gärditz/Knauff (Fn 6), § 113 Rn 66.

<sup>20</sup> Kopp/Schenke (Fn 5), § 113 Rn 128; s auch BVerwGE 109, 203, 206ff.

<sup>21</sup> Schoch/Schneider/Bier/Gerhardt VwGO, 26. EL (3/14), § 113 Rn 90.

<sup>22</sup> Kopp/Schenke (Fn 5), § 113 Rn 129f m. w. N.

<sup>23</sup> Vgl hierzu instruktiv Rozek JuS 1995, 598ff.; ferner Heinze/Sahan JA 2007, 805, 806; Ingold JA 2009, 711, 712.

<sup>24</sup> Diese Fallgruppe ist strittig und wird zT auch als Unterfall des Rehabilitationsinteresses eingeordnet; näher Gärditz/Knauff (Fn 6), § 113 Rn 60 m.w.N.; Kopp/Schenke (Fn 5), § 113 Rn 142ff.

<sup>25</sup> W.-R. Schenke (Fn 3), Rn 580ff.

<sup>26</sup> BVerwGE 81, 226, 227f.

<sup>27</sup> Gärditz/Knauff (Fn 6), § 113 Rn 62; Kopp/Schenke (Fn 5), § 113 Rn 136ff.

<sup>28</sup> Gärditz/Knauff (Fn 6), § 113 Rn 59; VGH BW KommJur 2011, 107, 108.

<sup>29</sup> Gärditz/Knauff (Fn 6), § 113 Rn 58; BVerwG Urt v 12. 10. 2006 – 4 C 12/04, BeckRS 2006, 27434, Rn 8.

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet (§ 78 I Nr 1 VwGO analog), die Auflösung der Konzertveranstaltung rechtswidrig war und A dadurch in seinen Rechten verletzt wurde, §§ 113 I 4 i. V. m. 113 I 1 VwGO analog.

### 1. Passivlegitimation<sup>30</sup>

Der Freistaat Bayern ist nach Art 1 BayPAG, Art 1 I, II BayPOG Rechtsträger der Polizei und somit gemäß § 78 I Nr 1 VwGO analog passivlegitimiert.

### 2. Rechtmäßigkeit der Konzertauflösung

Damit stellt sich im Weiteren die Frage nach dem Vorliegen einer tauglichen Rechtsgrundlage für die Konzertauflösung. Zu denken ist insoweit sowohl an Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG als auch an Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG.

#### a) BayVersG

##### aa) Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG als Ermächtigungsgrundlage<sup>31</sup>

Als Ermächtigungsgrundlage kommt zunächst Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG<sup>32</sup> in Betracht<sup>33</sup>. Danach kann eine Versammlung in geschlossenen Räumen nach ihrem Beginn aufgelöst werden, wenn eine unmittelbare Gefahr

für Leben oder Gesundheit der teilnehmenden Personen besteht.

##### (1) Versammlung im Sinne von Art 1 I, Art 2 BayVersG

Grundlegende Voraussetzung für die Anwendung des BayVersG ist, dass es sich bei der Konzertveranstaltung um eine Versammlung iSv Art 1 I, Art. 2 BayVersG handelt. Art 1 I BayVersG verleiht jedermann das Recht, sich friedlich und ohne Waffen öffentlich mit anderen zu versammeln. Gemäß Art 2 I BayVersG<sup>34</sup> versteht man unter Versammlung eine Zusammenkunft von mindestens zwei Personen zur gemeinschaftlichen, überwiegend auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung. Entscheidend ist, dass die Meinungsbildung und -äußerung mit dem Ziel erfolgt, auf die Öffentlichkeit entsprechend einzuwirken (sog enger Versammlungsbegriff). Die vom Versammlungsrecht geschützten Veranstaltungen sind dabei nicht auf Zusammenkünfte traditioneller Art beschränkt, sondern umfassen vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens<sup>35</sup>. Zwar werden vom Versammlungsbegriff reine Vergnügungsveranstaltungen nicht erfasst, der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erstreckt sich aber auch auf solche Veranstaltungen, die ihre kommunikativen Zwecke unter Einsatz von Musik und Tanz verwirklichen<sup>36</sup>. Hiervon ist dann auszugehen, wenn die Mittel zur kommunikativen Entfaltung mit dem Ziel eingesetzt werden, auf die öffentliche Meinungsbildung einzuwirken<sup>37</sup>. Bei solchen »gemischten Veranstaltungen« ist entscheidend, ob diese ihrem Gesamtgepräge nach eine

<sup>30</sup> Zur umstrittenen Einordnung von § 78 VwGO als Sachurteilsvoraussetzung oder als Element der Begründetheitsprüfung (»Passivlegitimation«) vgl *Rozek JuS* 2007, 601, 602f.

<sup>31</sup> Die polizeiliche Verfügung wurde hier zwar explizit auf Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG gestützt. Dies würde die Maßnahme iE aber auch dann nicht rechtswidrig machen, wenn sich die richtige Rechtsgrundlage aus dem BayVersG ergeben sollte. Denn der Rückgriff auf eine andere als die von der Behörde herangezogene Ermächtigungsgrundlage ist nur dann unzulässig, wenn der angefochtene Verwaltungsakt dadurch in seinem Wesen verändert wird, wofür vorliegend nichts erkennbar ist; vgl insoweit: BVerwGE 80, 96, 98; VGH BW NVwZ 1995, 397, 398f.

<sup>32</sup> Vgl für die anderen Länder mit eigenem Versammlungsgesetz: § 14 II, III NVerwG, § 13 I 1 Nr 2 SächsVersG, § 11 I 1 Nr 2 Sach-AnhVersG; für alle übrigen Länder: § 13 I 1 Nr 2 VersammlG.

<sup>33</sup> Art 12 II 1 Nr 4 BayVersG scheidet als Ermächtigungsgrundlage für die Auflösung des Skinheadkonzerts dagegen von vornherein aus. Der Grund hierfür ist, dass sich dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Strafgesetze entnehmen lassen.

<sup>34</sup> Ähnlich § 2 NVerwG bzw § 1 III SächsVersG; die Versammlungsgesetze des Bundes und des Landes Sachsen-Anhalt definieren den Begriff »Versammlung« nicht. Hier gilt der verfassungsrechtliche Versammlungsbegriff. Dieser stimmt mit dem des BayVersG – mit Ausnahme der einfachrechtlichen Beschränkung auf öffentliche Versammlungen – dann überein, wenn man sowohl den engen Versammlungsbegriff des BVerfG zugrunde legt (BVerfG-K NJW 2001, 2459, 2460; BVerfGE 104, 92 Leitsatz 2) als auch – mit der wohl hM im Schrifttum (Sachs/Höfling GG-Kommentar, 6. Aufl 2011, Art 8 Rn 9; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II*, 30. Aufl. 2014, Rn 755; näher zur Problematik: *Dreier/Schulze-Fielitz GG-Kommentar*, 3. Aufl Band I, 2013, Art 8 Rn 24 m.w.N.) – die Zahl von mindestens zwei Teilnehmern ausreichen lässt; s auch *Wächtler/Heinhold/Merk/Heinhold Bayerisches Versammlungsgesetz*, 2011, Art 2 Rn 1, 8f.

<sup>35</sup> BVerwGE 129, 42, 45ff m.w.N.; *Wächtler/Heinhold/Merk/Heinhold (Fn 34)*, Art 2 Rn 13.

<sup>36</sup> BVerfG-K NJW 2001, 2459, 2460; BVerwG NVwZ 2007, 1431, 1432; *Wächtler/Heinhold/Merk/Heinhold (Fn 34)*, Art 2 Rn 13.

<sup>37</sup> VGH BW KommJur 2011, 107, 108; *Wächtler/Heinhold/Merk/Heinhold (Fn 34)*, Art 2 Rn 14.

Versammlung darstellen<sup>38</sup>. Für die Qualifizierung als Versammlung ist eine Gesamtschau aller relevanten tatsächlichen Umstände maßgeblich. Dabei sind die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung zielenden Umstände ebenso wie die Vergnügungs-/Unterhaltungselemente zu erfassen und aus der Sicht eines Außenstehenden in ihrer Bedeutung zu würdigen sowie in ihrer Gesamtheit zu gewichten<sup>39</sup>. Überwiegen die meinungsbildenden Elemente ist die Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung, überwiegen die Unterhaltungselemente genießt die Veranstaltung nicht den Schutz des Versammlungsrechts. Sofern Zweifel bleiben, ist die Veranstaltung im Lichte des hohen Ranges der grundrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit wie eine Versammlung zu behandeln<sup>40</sup>.

An dem hier in Streit stehenden Skinheadkonzert haben deutlich mehr als 100 Besucher teilgenommen. Die Veranstaltung diente als Musikkonzert einerseits der Unterhaltung, andererseits sollten aber auch rechtsextremistische Inhalte vermittelt werden. Skinheadkonzerte fungieren regelmäßig als »Kontaktbörse« für rechtsextremistisch Gesinnte. Die Musik stellt dabei das wichtigste Propagandamittel dar, mit dem eine politische Botschaft vermittelt und auf die öffentliche Meinungsbildung eingewirkt werden soll<sup>41</sup>. Typischerweise dienen solche Konzerte auch der Anwerbung neuer Anhänger und deren ideologischer Festigung<sup>42</sup>. Hiermit korrespondierend ging es dem A nach seinem Klagevortrag darum, durch das Konzert neue Leute für die rechte Szene anzuwerben und für ihre extremistischen politischen Vorstellungen zu begeistern. Zwar lässt sich argumentieren, dass es einem Außenstehenden, der sich zum Zeitpunkt des Konzerts zufällig vor Ort befunden hätte, nicht zweifelsfrei möglich gewesen wäre, festzustellen, ob die Veranstaltung in erster Linie dem Musikgenuss oder der Übermittlung politischer Botschaften dienen sollte. Dessen ungeachtet ist die Veranstaltung aber jedenfalls bei Zugrundelegung der Zweifelsregel wie eine Versammlung zu behandeln.

<sup>38</sup> BVerfG-K NJW 2001, 2459, 2461; BVerwGE 129, 42, 47; Wächtler/Heinhold/Merk/Heinhold (Fn 34), Art 2 Rn 14.

<sup>39</sup> BVerfG-K NJW 2001, 2459, 2460 f; BVerwGE 129, 42, 48; VGH BW KommJur 2011, 107, 108ff.; Wächtler/Heinhold/Merk/Heinhold (Fn 34), Art 2 Rn 15.

<sup>40</sup> Vgl BVerwGE 129, 42, 48 f; BVerfG-K NJW 2001, 2459, 2460 f; VGH BW KommJur 2011, 107, 109; Wächtler/Heinhold/Merk/Heinhold (Fn 34), Art 2 Rn 14.

<sup>41</sup> VGH BW KommJur 2011, 107, 109, wo zudem betont wird, dass Art. 8 GG grundsätzlich nicht nach dem Inhalt der bei einer Versammlung geäußerten Meinung unterscheidet.

<sup>42</sup> Scheidler NVwZ 2013, 1449, 1450 m. w. N.

Die Frage, ob dem Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal »friedlich« hinzuzufügen ist<sup>43</sup>, bedarf vorliegend keiner abschließenden Klärung. Selbst wenn man dies – im Hinblick darauf, dass das BayVersG einer Konkretisierung der grundrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit dient – bejahen wollte, würde sich an der Einschlägigkeit der Ermächtigungsgrundlage insoweit nichts ändern. Der Sachverhalt lässt nicht erkennen, dass das in der Mischung von aggressiver Musik und Alkoholkonsum steckende Gewaltpotenzial zum Ausbruch kommen konnte. Hiergegen spricht insbesondere der Umstand, dass sich im Kellerraum nur »gleichgesinnte« Personen befanden. Vor diesem Hintergrund ist das Vorliegen einer friedlichen Versammlung zu bejahen.

## (2) Öffentliche Versammlung, Art 2 II, III BayVersG

Im Weiteren müsste es sich – ausweislich des Art 2 III BayVersG – bei dem Skinheadkonzert auch um eine öffentliche Versammlung gehandelt haben. Nach Art 2 II BayVersG<sup>44</sup> ist eine Versammlung öffentlich, wenn die Teilnahme nicht auf einen individuell feststehenden Personenkreis beschränkt ist<sup>45</sup>. Wesentliche Voraussetzung hierfür ist, dass jeder, der von einer solchen Zusammenkunft Kenntnis erhält, die Möglichkeit hat, an ihr teilzunehmen<sup>46</sup>. Vorliegend ist einerseits festzuhalten, dass die Veranstaltung konspirativ vorbereitet wurde. Zeit und Ort sind nicht öffentlich bekanntgegeben, sondern ausschließlich per E-Mail und SMS an gleichgesinnte Interessenten übermittelt worden. Andererseits erfolgte die Mitteilung laut Sachverhalt an einen »breiten« Personenkreis. Zudem war der potentielle Teilnehmerkreis der Veranstaltung weder nach bestimmten Kriterien festgelegt noch begrenzt. Der Veranstalter konnte mithin kaum beeinflussen, wer im Endeffekt zum Konzert erscheint. Es liegen insbesondere keine Anhaltspunkte dafür vor, dass nur be-

<sup>43</sup> Vgl für das VersammlG des Bundes: Seiler Examens-Repetitorium Verwaltungsrecht, 4. Aufl 2012, Rn 199; aA Wächtler/Heinhold/Merk/Heinhold (Fn 34), Art 1 Rn 43ff.

<sup>44</sup> Das NVersG verzichtet in der Legaldefinition des § 2 auf eine Verengung in Richtung öffentlicher Versammlungen. Zur Begründung wird ua darauf hingewiesen, dass die Unterscheidung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Versammlungen keine Anknüpfung im Grundgesetz findet (näher Wefelmeier/Miller PdK NVersG, Band K Nds, 3/12, § 2 Rn 3 f).

<sup>45</sup> BVerwG NVwZ 1999, 991, 992: »Die Öffentlichkeit einer Versammlung bestimmt sich danach, ob die Versammlung einen abgeschlossenen oder einen individuell nicht abgegrenzten Personenkreis umfasst (...).«

<sup>46</sup> VGH BW KommJur 2011, 107, 110.

stimmte individualisierbare Personen Zugang erhalten sollten. Es ging bei der Veranstaltung vielmehr gerade darum, neue Leute für die rechte Szene anzuwerben und für ihre politischen Vorstellungen zu begeistern. A selbst hat in seiner Klagebegründung vorgetragen, dass das Konzert »für jeden der davon erfahren habe, offen gestanden [habe]«. Dies zugrunde gelegt ist die Öffentlichkeit der Versammlung iSv Art 2 II BayVersG gegeben.

### (3) Versammlung in geschlossenen Räumen

Es handelte sich auch um eine Versammlung in geschlossenen Räumen, da das Konzert in einem Kellerraum auf dem ehemaligen Fabrikgelände der Firma X stattfand.

Somit ist Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG grundsätzlich eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Auflösung der Konzertveranstaltung.

#### bb) Formelle Rechtmäßigkeit der Auflösung nach

##### Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG

Weiterhin müsste die Konzertauflösung nach BayVersG formell rechtmäßig sein. Gemäß Art 2 IV BayPAG i. V. m. Art 24 I, II 1 HS 2 BayVersG i. V. m. Art 1 BayPAG ist die Polizei sachlich und gem Art 3 I BayPOG örtlich zuständig. Laut Sachverhalt handelte die Polizei auch unter Einhaltung der einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften. Die Konzertauflösung war somit formell rechtmäßig.

#### cc) Materielle Rechtmäßigkeit der Auflösung nach

##### Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG

Klärungsbedürftig ist aber weiterhin, ob eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit der am Konzert teilnehmenden Personen nach Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG bestand. Hervorzuheben ist, dass dieser Auflösungsgrund des BayVersG nicht mit der polizeilichen Generalklausel gleichgesetzt werden darf. Der Gefahrbegriff wird hier vielmehr enger (spezifischer) gefasst als in Art 11 BayPAG<sup>47</sup>. Zum einen muss eine *unmittelbare* Gefahr vorliegen, was einen hohen Grad an Schadensnähe und -gewissheit voraussetzt. Zum anderen kommt es entscheidend darauf an, dass die unmittelbare Gefahr ihre Ursache gerade im Ablauf der Versammlung hat<sup>48</sup>. Es muss sich mithin um eine *versammlungsspezifische Gefahr* handeln. Droht die unmittelbare Gefahr aus anderen Gründen, z. B. wegen Anste-

ckungsgefahr, Feuergefährlichkeit oder Baufälligkeit des Versammlungslokals, so kann die Versammlung nicht nach Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG aufgelöst werden<sup>49</sup>. Einschlägig ist dann vielmehr die polizeiliche Generalklausel. Wendet man diese Kriterien auf den vorliegenden Fall an, so ist festzuhalten, dass die mögliche Gefahr für Leben oder Gesundheit der Konzertteilnehmer nicht im Versammlungsablauf, sondern in der Feuergefährlichkeit der räumlichen Verhältnisse und der – in Relation zum kleinen Veranstaltungsraum – großen Teilnehmerzahl wurzelte<sup>50</sup>. Es ging um die Verhütung von Gefahren, die allein aus der Ansammlung einer Vielzahl von Menschen an einem dafür ungeeigneten Ort entstanden, unabhängig davon, dass es sich bei dieser Ansammlung um eine Versammlung nach Art 1 BayVersG handelte<sup>51</sup>. Somit ist die Tatbestandsvoraussetzung des Art 12 II 1 Nr 2 Alt 2 BayVersG nicht erfüllt.

#### b) BayPAG

##### aa) Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG<sup>52</sup> als Ermächtigungsgrundlage

Bei einer öffentlichen Versammlung kommt zur Bekämpfung *versammlungsspezifischer* Gefahren grundsätzlich nur das spezialgesetzliche Instrumentarium des Versammlungsgesetzes in Betracht. Das allgemeine Polizeirecht wird nach der *lex specialis*-Regel verdrängt. Die Rede ist insoweit auch von der *Polizeifestigkeit der Versammlung*<sup>53</sup>. Für *nicht versammlungsspezifische Gefahren* kann dagegen auf die allgemeinen Ermächtigungsnormen des Polizei- und Sicherheitsrechts zurückgegriffen werden<sup>54</sup>.

Mit Blick auf den vorliegenden Fall wurde bereits ausgeführt, dass die abzuwendende Gefahr primär in der Feuergefährlichkeit der räumlichen Verhältnisse und der großen Teilnehmerzahl auf kleinem Raum wurzelte. Im Zentrum des polizeilichen Handelns stand also nicht die Abwehr versammlungsspezifischer Gefahren, so dass auf die polizeiliche Generalklausel des Art 11 BayPAG zurück-

<sup>49</sup> Wächtler/Heinhold/Merk/Heinhold (Fn 34), Art 12 Rn 29.

<sup>50</sup> Parallele Bewertung bei VGH BW KommJur 2011, 107, 111 f; s auch BVerwG Beschl v 16. 11. 2010 – 6 B 58/10, Rn 6; anders VG Stuttgart Urt v 18. 12. 2008 – 1 K 754/06, JurionRS 2008, 38600 Rn 23.

<sup>51</sup> BVerwG Beschl v 16. 11. 2010 – 6 B 58/10, Rn 6 – juris.

<sup>52</sup> Parallelvorschriften z. B.: § 3 BW PolG; § 11 HSOG; § 11 Nds SOG; § 8 I PolG NRW.

<sup>53</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen/Heckmann, Öffentliches Recht in Bayern, 6. Aufl 2015, 3. Teil Rn 525; Schoch/ders Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl 2013, Kap 2 Rn 97; Weber KommJur 2011, 114; aus der Rspr vgl z. B. BVerfG-K NVwZ 2007, 1180, 1182.

<sup>54</sup> VGH BW KommJur 2011, 107, 112; zust Weber KommJur 2011, 114, 115; s auch Meßmann JuS 2007, 524, 525 f.

<sup>47</sup> Neumann JurisPR-BVerwG 9/2011 Anm 3, Rn 5; Erbs/Kohlhaas/Wache Strafrechtliche Nebengesetze, Versammlungsgesetz, 200. EL (10/14), § 13 Rn 3, 5 ff.

<sup>48</sup> Erbs/Kohlhaas/Wache (Fn 47), § 13 Rn 3, 5 ff.

gegriffen werden konnte<sup>55</sup>. Zu beachten ist insoweit allerdings, dass wegen des hohen Ranges der durch Art 8 GG geschützten Versammlungsfreiheit eine restriktive Auslegung vorzunehmen ist. Danach vermag das bloße Vorliegen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit die Auflösung einer Versammlung nicht zu rechtfertigen. Im Hinblick auf den Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit sind an die Anwendung der polizeilichen Generalklausel des Art 11 BayPAG vielmehr strenge Anforderungen zu stellen<sup>56</sup>. Erforderlich ist eine konkrete Gefahr für elementare Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit von Menschen<sup>57</sup>. Den gesetzlichen Ankerpunkt für ein derart restriktives Verständnis bildet die entsprechend auszulegende Konkretisierung der polizeilichen Generalklausel in Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG.

#### bb) Formelle Rechtmäßigkeit der Auflösung nach Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG

Die auf Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG gestützte Auflösungsverfügung müsste zunächst formell rechtmäßig sein.

##### (1) Sachliche und örtliche Zuständigkeit

Die Polizei könnte nach Art 2 I i. V. m. Art 1 BayPAG und Art 3 BayPAG sachlich zuständig sein. Hierfür reicht bereits das Vorliegen einer allgemein bestehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gem Art 2 I BayPAG aus<sup>58</sup>. Im vorliegenden Fall bestand sogar eine konkrete Gefahr<sup>59</sup> für die Unverletzlichkeit von individuellen Rechten und Rechtsgütern als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit. Da der – entsprechend der Erwartung – mit über 100 Besuchern gefüllte, verhältnismäßig kleine und fensterlose Veranstaltungsraum lediglich über einen schwer begehbaren Aus-/Eingang verfügt und unter der Decke als

<sup>55</sup> Prima facie konnte man hier auch an die (vorrangige) Rechtsgrundlage zur Erteilung von Platzverweisen denken. Art 16 BayPAG ermächtigt aber nur zu der Anordnung, einen Ort vorübergehend zu verlassen (bzw diesen vorübergehend nicht zu betreten). Vorliegend geht es dagegen um die Auflösung einer rechtlich geschützten Versammlung. Die Auflösungsverfügung hat mithin einen eigenständigen, von Art 16 BayPAG nicht mitumfassten, Regelungsgehalt.

<sup>56</sup> Näher Dreier/Schulze-Fielitz (Fn 34), Art 8 Rn 75 m. w. N.

<sup>57</sup> VGH BW KommJur 2011, 107, 113.

<sup>58</sup> Hierzu Götz Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl 2013, § 6 Rn 17ff, 23; Gusy Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl 2014, Rn 108, 126; Knemeyer Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl 2007, Rn 87, 91; Schmidbauer/Steiner/Schmidbauer Bayerisches POG und PAG, Kommentar, 4. Aufl 2014, Art 2 Rn 8ff.; Tettinger/Erbguth/Mann/ders Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl 2012, § 14 Rn 463, 467.

<sup>59</sup> Näher zum Begriff unter II.2.b)cc)(1).

Deckenabhängung ein leicht entflammbarer Vorhangstoff befestigt wurde, konnte es im Ernstfall mit hoher Wahrscheinlichkeit zu lebensgefährdenden Verletzungen von Besuchern kommen. Darüber hinaus ist auch der in Art 3 BayPAG normierte Unaufschiebbarkeitsgrundsatz beachtet worden. Laut Sachverhalt war die zuständige Sicherheitsbehörde am Samstagabend nicht besetzt, so dass eine Gefahrenabwehr durch sie konkret nicht möglich war.

Nach Art 3 I BayPOG kann die Vollzugspolizei im gesamten Staatsgebiet des Freistaats Bayern tätig werden. Somit war die Polizei auch örtlich zuständig.

##### (2) Verfahren und Form

Wie bereits oben ausgeführt, handelte die Polizei laut Sachverhalt unter Einhaltung der einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften. Die Konzertauflösung war somit formell rechtmäßig.

#### cc) Materielle Rechtmäßigkeit der Auflösung nach Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG

Zu klären ist, ob die Konzertauflösung auch materiell rechtmäßig war.

##### (1) Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm

Dies setzt zunächst das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage voraus. Nach Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um Gefahren abzuwehren oder Zustände zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit der Person oder die Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen. Vorliegend ist im Lichte des hohen Ranges der Versammlungsfreiheit aus Art 8 I GG sogar noch weitergehend das Vorliegen einer konkreten Gefahr für *elementare Rechtsgüter* wie Leben und Gesundheit von Menschen zu fordern. Eine *konkrete Gefahr* besteht, wenn bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall eine Verletzung der Schutzgüter eintreten wird<sup>60</sup>. Der Schadenseintritt braucht zwar nicht mit Gewissheit zu erwarten sein, die bloße Möglichkeit des Schadenseintritts ist aber nicht ausreichend<sup>61</sup>. Der erforderliche Grad der Wahr-

<sup>60</sup> Götz (Fn 58), § 6 Rn 17ff.; Gusy (Fn 58), § 3 Rn 108ff.; Knemeyer (Fn 58), Rn 88; Schoch/ders (Fn 53), Kap 2 Rn 133ff.; Tettinger/Erbguth/Mann/ders (Fn 58), § 14 Rn 463ff.; Schmidbauer/Steiner/Schmidbauer (Fn 58), Art 11 PAG Rn 11.

<sup>61</sup> Schmidbauer/Steiner/Schmidbauer (Fn 58), Art 11 PAG Rn 32 f; Tettinger/Erbguth/Mann/ders (Fn 58), § 14 Rn 465.

scheinlichkeit des Schadenseintritts ist abhängig sowohl von der Bedeutung des Rechtsgutes in das eingegriffen wird als auch vom Rang des polizeilichen Schutzgutes<sup>62</sup>.

Dies zugrunde gelegt, ist vorliegend bei der Anwendung der polizeilichen Generalklausel auf der einen Seite der hohe Rang der durch Art 8 GG geschützten Versammlungsfreiheit zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist in Rechnung zu stellen, dass es um den Schutz besonders hochwertiger Rechtsgüter, nämlich Leben und Gesundheit von Menschen, geht, so dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht überspannt werden dürfen<sup>63</sup>. Dabei kommt es auf die von der handelnden Polizeibehörde ex-ante, dh vor dem Einschreiten, getroffene Prognose an<sup>64</sup>. Hier fand das Konzert, nach dem Kenntnisstand der zuständigen Polizeibehörde im Zeitpunkt des Einschreitens, in einem fensterlosen und nur über einen schwer begehbaren Aus-/Eingang verfügenden Kellerraum statt. Bekannt war zudem die leichte Entflammbarkeit der aus einer Art Vorhangstoff bestehenden Deckenabhangung. Im nicht auszuschließenden Fall eines Brandes hätte dies für einen Großteil der im Raum befindlichen Personen mit hoher Wahrscheinlichkeit tödliche Folgen gehabt. In Anwendung der oben skizzierten Kriterien bei der Bestimmung des Vorliegens einer konkreten Gefahr, spricht daher viel dafür, dass Vorliegen einer konkreten Gefahr zu bejahen. Dies gilt umso mehr, als bei der Prognose auch die bei Konzerten der vorliegenden Art infolge der aggressiven Musik und des Alkoholkonsums der Konzertteilnehmer typischerweise herrschende aufgeheizte Atmosphäre berücksichtigt werden durfte<sup>65</sup>.

## (2) Verantwortlichkeit (Störereigenschaft)

A müsste weiterhin auch Verantwortlicher gem Art 7 ff Bay-PAG sein. Vorliegend könnte er als Handlungsstörer nach Art 7 I BayPAG<sup>66</sup> zu qualifizieren sein. Handlungsstörer ist, wer eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch sein Verhalten selbst verursacht<sup>67</sup>. Nach der Theorie

der unmittelbaren Verursachung erfolgt eine Konkretisierung dahin gehend, dass nur erfasst wird, wer durch sein Handeln die Grenze zur konkreten Gefahr *unmittelbar* überschreitet<sup>68</sup>. Im vorliegenden Fall hat A die Konzertveranstaltung organisiert. In Bezug auf die Organisation des Konzerts verursachte sein Verhalten zwar noch nicht unmittelbar eine Gefahr für Leben und Gesundheit der Konzertteilnehmer. Allerdings könnte man von der unmittelbaren Verursachung in dem Zeitpunkt ausgehen, in dem das Konzert stattfand, wenn man darauf abstellt, dass A zusammen mit den anderen 120 Teilnehmern aktiv an dem Konzert teilgenommen hat. Weiterhin könnte auch, spezifisch mit Blick auf die Organisation der Veranstaltung, daran gedacht werden, A als sog Zweckveranlasser<sup>69</sup> in Anspruch zu nehmen. Dazu gehören Personen, die eine Gefahr zwar nicht direkt verursachen, durch ihr Verhalten deren Entstehung aber herbeigeführt haben. Zwischen der Veranlassung und dem die Gefahr herbeiführenden Verhalten muss dabei ein so enger innerer Zusammenhang bestehen, dass sich der Veranlasser die Gefahr selbst zurechnen lassen muss<sup>70</sup>. Umstritten ist allerdings, welches Zurechnungskriterium für die Zweckveranlassung maßgeblich ist<sup>71</sup>. Während die subjektive Theorie<sup>72</sup> insoweit die Intention des »Hintermannes« für maßgeblich hält, wird von der objektiven Theorie<sup>73</sup> auf den aus Sicht eines uneteiligten Dritten erkennbaren Wirkungs- und Verantwortungszusammenhang rekurriert. Eine Verknüpfung beider Ansätze legt die sog Kombinationstheorie<sup>74</sup> zugrunde. Vorliegend ist eine Auflösung des Meinungsstreits indes nicht erforderlich. Laut Sachverhalt war dem A bewusst, dass die räumlichen Verhältnisse für eine Veranstaltung dieser Art den bau- und feuerpolizeilichen Sicherheitsanforderungen nicht entsprachen. Gleichwohl hat er die Veranstaltung im Keller organisiert und damit bewusst eine Situation geschaffen, aus der die konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit der Konzertteilnehmer entstanden ist.

62 Schmidbauer/Steiner/Schmidbauer (Fn 58), Art 11 PAG Rn 34f; Tettinger/Erbguth/Mann/ders (Fn 58), § 14 Rn 465.

63 VGH BW KommJur 2011, 107, 113.

64 Schmidbauer/Steiner/Schmidbauer (Fn 58), Art 11 PAG Rn 22; Schoch/ders (Fn 53), Kap 2 Rn 138; Tettinger/Erbguth/Mann/ders (Fn 58), § 14 Rn 464; VGH BW KommJur 2011, 107, 113.

65 VGH BW KommJur 2011, 107, 113.

66 Parallelvorschriften z.B.: § 6 I BW PolG; § 6 I HSOG; § 6 I Nds SOG; § 4 I PolG NRW.

67 Zum Begriff vgl näher: Götz (Fn 58), § 9 Rn 1ff, 39ff.; Gusy (Fn 58), Rn 332ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl 2010, § 9 Rn 2, 5ff.; Schoch/ders (Fn 53), Kap 2 Rn 167ff.; Tettinger/Erbguth/Mann/ders (Fn 58), § 15 Rn 488ff.

68 Götz (Fn 58), § 9 Rn 10f m.w.N. zu anderen Ansätzen; vgl auch Gusy (Fn 58), Rn 335; Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn 67), § 9 Rn 11.

69 Eingehend zu dieser Rechtsfigur zuletzt Schoch JURA 2009, 360ff.

70 Götz (Fn 58), § 9 Rn 18ff.; Gusy (Fn 58), Rn 336; W.-R. Schenke Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl 2013, Rn 244.

71 Instrukтив zum Folgenden: Schoch/ders (Fn 53), Kap 2 Rn 189; s auch Schmidbauer/Steiner/ders (Fn 58), Art 7 Rn 9ff.

72 In diese Richtung OVG NW NVwZ-RR 2008, 12; s auch BayVGH DVBl 1979, 737, 738; aus dem Schrifttum z.B. Knemeyer (Fn 58), Rn 328.

73 NdsOVG NVwZ 1988, 638, 639; aus der Lit statt vieler Götz (Fn 58), § 9 Rn 21.

74 VGH BW NVwZ-RR 1995, 663; s auch W.-R. Schenke (Fn 70), Rn 245.

Schließlich ist A auch Mieter des Kellers und damit Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft. Er könnte damit zugleich als Zustandsverantwortlicher gem Art 8 I BayPAG<sup>75</sup> richtiger Adressat der polizeilichen Maßnahme sein. Zu einem anderen Ergebnis kann hier freilich gelangen, wer – mit der wohl hL – die Theorie der unmittelbaren Verursachung auch im Rahmen der Zustandsverantwortlichkeit für anwendbar hält<sup>76</sup>. Hiergegen lässt sich indes die grundlegend andere Struktur der Haftungssysteme anführen: Diese liegt bei der Handlungsverantwortlichkeit in der Gefahrverursachung durch eine individuelle Handlung, während sie bei der Zustandsverantwortlichkeit in der individuellen Herrschaft über eine Sache, von der Gefahren ausgehen, wurzelt<sup>77</sup>. Dies zugrunde gelegt wäre neben der Handlungs- auch die Zustandsverantwortlichkeit des A zu bejahen.

**dd) Rechtsfolge nach Art 11 II 1 Nr 3 BayPAG: Ermessen, Art 5 BayPAG, Verhältnismäßigkeit Art 4 BayPAG<sup>78</sup>**

Weiterhin müsste die Polizei die Auflösungsverfügung nach pflichtgemäßem Ermessen (Art 5 BayPAG) erlassen haben. Ausweislich von Art 40 BayVwVfG setzt dies voraus, dass die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten hat.

Vorliegend könnte sich eine Überschreitung der Ermessensgrenzen aus dem mit der Auflösung verbundenen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Versammlungsfreiheit ergeben. Insoweit ist aber zu beachten, dass aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht ein so erheblicher Scha-

den für das Leben und die Gesundheit der Konzertbesucher drohte, dass die Polizei sogar zum Einschreiten durch Erlass einer Auflösungsverfügung verpflichtet war. Der Ermessensspielraum der Polizei war im vorliegenden Fall mithin auf Null reduziert. Ein Untätigbleiben wäre ermessensfehlerhaft gewesen<sup>79</sup>.

Die Auflösung war insbesondere auch verhältnismäßig (Art 4 BayPAG), dh zur Gefahrenabwehr geeignet, erforderlich und angemessen. Sie förderte den Zweck des Schutzes von Leben und Gesundheit der Konzertteilnehmer und stellte sich als mildestes Mittel zur effektiven Bekämpfung der bezeichneten Gefahren dar. Die Auflösung des Konzerts erwies sich schließlich auch als angemessen. Die Fortsetzung des Konzerts mit über 100 Teilnehmern in dem lediglich 80 m<sup>2</sup> großen und nur über einen schwer begehbaren Ein-/Ausgang verfügenden Kellerraum wäre angesichts der drohenden Gefahren für die elementaren Schutzgüter Leben und Gesundheit unter keinen Umständen vertretbar gewesen<sup>80</sup>.

Die Auflösung des Konzerts war somit auch ermessensfehlerfrei und insbesondere verhältnismäßig.

### 3. Rechtsverletzung des A

Da die Konzertauflösung rechtmäßig war, ist eine Rechtsverletzung des A zu verneinen.

## III. Gesamtergebnis

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet und wird daher keinen Erfolg haben.

**Danksagung:** Für wertvolle Diskussionen danken die Verfasser Herrn Wiss. Mit. RA Johannes Grell.

<sup>75</sup> Parallelvorschriften z.B.: § 7 BW PolG; § 7 I 1 HSOG; § 7 I 1 Nds SOG; § 5 I 1 PolG NRW.

<sup>76</sup> Dafür z.B. Götz (Fn 58), § 9 Rn 11; s auch W.-R. Schenke (Fn 70), Rn 268 m. w. N.

<sup>77</sup> Eingehend Lepsius Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, S 228ff (insb S 230 f, 242 m.w.N. zum Meinungsstand); ähnlich Berner/Köhler/Käß PAG-Handkommentar, 20. Aufl 2010, Art 8 Rn 3.

<sup>78</sup> Parallelvorschriften z.B.: §§ 3, 5 BW PolG; §§ 5, 4 HSOG; §§ 5, 4 Nds SOG; §§ 3, 2 PolG NRW.

<sup>79</sup> VGH BW KommJur 2011, 107, 113 f.

<sup>80</sup> VGH BW KommJur 2011, 107, 113.