

Übungsfall: Die Suche nach dem Richtigen

Von Wiss. Mitarbeiter **Volker Herbolsheimer**, Bochum*

Bei dem Fall handelt es sich um eine leicht modifizierte Originalklausur, die im Sommersemester 2015 im Rahmen des Klausurenkurses für Fortgeschrittene an der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Julian Krüper) gestellt wurde. Von den 137 Studierenden haben 32,12 % die Klausur nicht bestanden. Insgesamt wurde ein Notendurchschnitt von 5,07 Punkten erzielt. Schwerpunktmäßig geht es um Probleme der polizei- und ordnungsrechtlichen Störereigenschaft und -auswahl, die mit allgemeinen verwaltungsrechtlichen und verwaltungsprozessualen Fragestellungen verknüpft werden.

Sachverhalt

Am 19.9.2014 erlässt der Stadtrat der nordrhein-westfälischen kreisangehörigen Stadt T eine formell und materiell rechtmäßige ordnungsbehördliche „Verordnung über die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“, die unter anderem folgende Vorschrift enthält:

§ 4. Verunreinigungen

(1) Verkehrsflächen dürfen – auch durch Tiere – nicht verunreinigt werden. (2) Verkehrsflächen im Sinne dieser Verordnung sind alle tatsächlich dem öffentlichen Verkehr dienenden Flächen ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse oder eine etwaige Widmung [...].

Der Kreis K ist Eigentümer eines auf dem Gebiet der zum Kreis gehörenden Stadt T liegenden großen Einkaufszentrums samt Parkplatz, der direkt vor dem Haupteingang des Einkaufszentrums liegt. Das Einkaufszentrum wird von der H-GmbH verwaltet und geleitet. Die H-GmbH sorgt für die Instandhaltung und Sauberkeit des Grundstücks und entscheidet auch, an wen der Kreis die einzelnen Geschäfte im Einkaufszentrum vermietet. Der Kreis K ist ebenso wenig wie andere Hoheitsträger Gesellschafter der H-GmbH.

Vor kurzem hat die C-AG, ein bekannter Hersteller von Unterhaltungselektronik, für ihre erste Filiale in T das Einzelhandelsgeschäft im Erdgeschoss direkt am Haupteingang des Einkaufszentrums gemietet. Die C-AG ist für ihre hochwertigen Produkte auf der ganzen Welt bekannt, so dass es während der ersten Verkaufstage neuer Artikel einen großen Andrang vor den Geschäften der C-AG gibt.

Für den 21.3.2015 hat die C-AG das Erscheinen ihrer neuen Spielekonsole angekündigt. In einer Pressemitteilung heißt es, man rechne für die Filiale in T mit mindestens 280 Kunden, die bereits am Abend zuvor vor dem Geschäft campieren würden, um bei Geschäftseröffnung eine Konsole erwerben zu können. Weil es in der Vergangenheit in anderen Städten vor Filialen der C-AG regelmäßig zu sehr starken Verschmutzungen der Straßen und Gehwege gekommen ist (Essensreste, Abfall, leere Flaschen, ausgedrückte Zigaretten,

Urin), ist der Bürgermeister um die Sauberkeit des Parkplatzes vor dem Einkaufszentrum besorgt und sendet am 15.1.2015 (Donnerstag) ein Schreiben an die H-GmbH, das die Post der H-GmbH am 19.1.2015 mittels Einschreiben durch Übergabe zustellt. Darin heißt es:

„Ich gebe Ihnen auf, für die Nacht vom 20.3.2015 auf den 21.3.2015 für wartende Kunden geeignete Abfallbehälter und drei mobile Toiletten vor Ihrer Filiale aufzustellen, um so eine Verunreinigung der Verkehrsflächen zu verhindern. Gegen diese Verfügung können Sie ab Zustellung binnen vier Wochen Klage zum Verwaltungsgericht in T erheben.“

Die H-GmbH ist empört und erhebt am 21.2.2015 Klage zum zuständigen Verwaltungsgericht. Als Begründung führt sie an, dass die Verschmutzung eines Parkplatzes vor einem Einkaufszentrum die Stadt nichts angehe, da er nicht zum öffentlichen Raum gehöre. Darüber hinaus sei sie für die angebliche Gefahr nicht verantwortlich, da allein die campierenden Kunden die Verschmutzungen verursachten. Von dem in ihrem Herrschaftsbereich stehenden Einkaufszentrum selbst gehe keine Gefahr aus. Und auch sonst seien andere Verantwortliche vorrangig heranzuziehen. So sei insbesondere die C-AG für die Gefahr verantwortlich und verfüge zudem über einen weitaus größeren finanziellen Spielraum, da die H-GmbH – was zutrifft – kurz vor der Insolvenz stehe. Weiterhin habe die H-GmbH – was ebenfalls zutrifft – das Geschäft unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung an die C-AG vermietet, so dass diese zivilrechtlich auch für entsprechende Maßnahmen wie das Aufstellen von Abfallbehälter einzustehen habe. Der Bürgermeister müsse auch solche zivilrechtlichen Absprachen berücksichtigen, zumal wenn sie ihm, wie hier, bekannt seien. Neben der C-AG sei zudem der Kreis K als Eigentümer des Einkaufszentrums und Parkplatzes verantwortlich, da er für sein Eigentum einstehen müsse; und schließlich seien die Kunden selbst für die Gefahr verantwortlich.

Der Bürgermeister erwidert, er habe sich die Störerauswahl nicht einfach gemacht und die H-GmbH deshalb ausgewählt, weil sie als Verwalter die Verfügungsgewalt über das ganze Einkaufszentrum besitze. Zivilrechtliche Binnenverhältnisse müsse und könne er nicht berücksichtigen.

Am 21.3.2015 zeigt sich zudem, dass die Abfallbehälter nicht notwendig gewesen wären, da die Kunden keinerlei Verschmutzungen verursacht haben.

Aufgabe 1

Prüfen Sie gutachtlich, ob die Klage der H-GmbH fristgerecht erhoben worden ist.

Aufgabe 2

Begutachten Sie die Rechtmäßigkeit des Bescheids gegenüber der H-GmbH. Gehen Sie dabei – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle im Sachverhalt angesprochenen Fragestellungen ein.

* Der Autor ist wiss. Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung von Prof. Dr. Julian Krüper an der Ruhr-Universität Bochum.

Lösungshinweise**Aufgabe 1**

Fraglich ist, ob die H-GmbH fristgerecht Klage erhoben hat. Dies könnte sich nach § 74 Abs. 1 VwGO richten.

I. Anwendbarkeit des § 74 Abs. 1 VwGO

§ 74 Abs. 1 VwGO regelt dem Wortlaut nach die Klagefrist für die Erhebung einer Anfechtungsklage. Fraglich ist, ob die H-GmbH hier eine Anfechtungsklage im Sinne von § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO erhoben hat. Die statthafte Klageart richtet sich dabei nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO. Bei einer Anfechtungsklage geht es um die gerichtliche Aufhebung (Gestaltungsklage) eines (wirksamen) Verwaltungsakts im Sinne von § 35 VwVfG^{1,2}.

Hinweis: Achten Sie auf die Anwendung des richtigen Gesetzes. Hier geht es um die Anwendung von Polizei- bzw. Ordnungsrecht und damit um Landesrecht, so dass eigentlich das jeweilige Landes-VwVfG einschlägig ist!³ Dennoch entspricht es der herrschenden Ansicht, hier auf das VwVfG des Bundes abzustellen, da es um die Auslegung der VwGO und damit einer Bundesnorm gehe.⁴

Hier möchte sich die H-GmbH gegen den Bescheid des Bürgermeisters wehren, der ihr am 19.1.2015 zugestellt worden ist. Dabei müsste es sich um einen Verwaltungsakt handeln. Nach § 35 S. 1 VwVfG NW liegt ein Verwaltungsakt vor bei jeder hoheitlichen Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls, die Außenwirkung entfaltet. Die Aufforderung des Landrats, Abfallbehäl-

ter aufzustellen, ist eine Maßnahme einer Behörde (vgl. § 1 Abs. 2 VwVfG) auf dem Gebiet des öffentlichen Ordnungsrechts. Die Maßnahme zielt auf die Bewirkung einer sanktionsfähigen Rechtsfolge und trifft damit eine Regelung, die nicht nur behördenintern wirkt, sondern Außenwirkung entfaltet. Es handelt sich mithin um einen Verwaltungsakt. Da die Verfügung eine Verpflichtung für den 21.3.2015 beinhaltet, die Klageerhebung jedoch bereits am 21.2.2015 erfolgte, hat sich der Verwaltungsakt zu diesem Zeitpunkt auch nicht erledigt (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG). Die H-GmbH möchte sich gegen diesen wehren, mithin die Aufhebung erwirken. Die H-GmbH hat damit eine Anfechtungsklage im Sinne von § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO erhoben.

II. Beginn der Klagefrist

Nach § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO beginnt die Klagefrist mit der Zustellung des Widerspruchsbescheids beziehungsweise nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO ab Bekanntgabe des Verwaltungsakts, sofern ein Widerspruchsverfahren entbehrlich ist. Im vorliegenden Fall ist ein Widerspruchsverfahren nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 110 Abs. 1 JustG NW⁵ entbehrlich.⁶ Damit beginnt die Klagefrist mit Bekanntgabe des Verwaltungsakts gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO.

Fraglich ist, wann der Verwaltungsakt bekanntgegeben worden ist. Unter Bekanntgabe versteht man das Eröffnen des Verwaltungsakts gegenüber dem richtigen Adressaten mit Wissen und Wollen der Behörde.⁷ Bei der förmlichen Bekanntgabe (Zustellung) sind dabei zusätzliche Voraussetzungen zu beachten, § 41 Abs. 5 VwVfG i.V.m. §§ 1 ff. VwZG. Hier handelt es sich um eine Zustellung durch die Post mittels Einschreiben durch Übergabe gem. § 41 Abs. 5 VwVfG i.V.m. § 4 Abs. 1 Var. 1 VwZG. Nach § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG gilt das Dokument am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt, es sei denn, dass es nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Hier wurde das Schreiben des Landrats am 15.1.2015 zur Post aufgegeben, so dass die Zustellung am 18.1.2015 als erfolgt gelten würde. Zu beachten

¹ § 35 LVwVfG BW; Art. 35 BayVwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBln i.V.m. § 35 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBbg i.V.m. § 35 VwVfG; § 35 BremVwVfG; § 35 HmbVwVfG; § 35 HVwVfG; § 35 VwVfG M-V; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 35 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. § 35 VwVfG; § 35 SVwVfG; § 1 SächsVwVfZG i.V.m. § 35 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG LSA i.V.m. § 35 VwVfG; § 106 LVwVG SH; § 35 ThürVwVfG.

² *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 14 Rn. 1 f.; *Ehlers*, in: Schoch/Ehlers (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 22 Rn. 1.

³ Das Bundes-VwVfG ist zwar für die in § 1 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG genannten Bereiche auch teilweise auf das Tätigwerden von Landesbehörden anwendbar; nach § 1 Abs. 3 VwVfG gilt dies aber nur insoweit, wie die Länder keine eigene Verfahrensgesetze haben. Da jedoch alle Länder mittlerweile ein eigenes Landes-VwVfG besitzen, ist das Bundes-VwVfG grds. nur noch auf das Handeln der Bundesbehörden anwendbar, unabhängig davon, ob Landesbehörden Bundesrecht vollziehen oder nicht, es sei denn, das Landesrecht bestimmt die Anwendung des Bundes-VwVfG. Siehe dazu *Decker*, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012, § 1 VwVfG Rn. 49 ff.; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 60 ff.

⁴ Vgl. nur *Rusteberg*, ZJS 2012, 449 m.w.N.

⁵ Ein Vorverfahren ist – in diesem Fall – ebenfalls nicht notwendig in Bayern (Art. 15 AGVwGO Bay), Hessen (siehe Anlage I Nr. 2 zu § 16a AGVwGO Hess) und Thüringen (§ 8a AGVwGO Th).

⁶ In folgenden Bundesländern bleibt es – zumindest in diesem Fall – bei der Notwendigkeit des Widerspruchsverfahrens: Baden-Württemberg (siehe § 15 AGVwGO BW), Berlin (§ 4 Abs. 2 AGVwGO Berl), Brandenburg (keine Widerspruchsregelungen), Bremen (Art. 8 AGVwGO Bre), Hamburg (§ 6 Abs. 2 AGVwGO Hbg), Mecklenburg-Vorpommern (keine Widerspruchsregelungen), Niedersachsen (§ 80 Abs. 1, 3 AGVwGO Nds), Rheinland-Pfalz (keine Widerspruchsregelungen), Saarland (vgl. §§ 7 ff. AGVwGO Saar), Sachsen (vgl. §§ 7 f. AGVwGO Sachs), Sachsen-Anhalt (§ 8a AGVwGO LSA), Schleswig-Holstein (keine Widerspruchsregelungen).

⁷ Vgl. *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2014, § 13 Rn. 5 f.; *Wolff*, in: Wolff/Decker (Fn. 3), § 41 VwVfG Rn. 6; dazu insbesondere auch allgemein *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659.

ist aber, dass die tatsächliche Zustellung erst einen Tag später, am Montag, den 19.1.2015 erfolgt ist, weshalb nach § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG dieser Zeitpunkt als Fristbeginn maßgeblich ist.

III. Länge der Frist

Nach § 74 Abs. 1 VwGO beträgt die Klagefrist einen Monat und endete hier also am 19.2.2015. Die H-GmbH hat am 21.2.2015 Klage erhoben, so dass die Frist bereits verstrichen wäre.

Etwas anderes könnte indes nach Maßgabe des § 58 Abs. 2 S. 1 VwGO gelten. Ist die Rechtsbehelfsbelehrung des Verwaltungsakts unterblieben oder unrichtig, läuft eine Jahresfrist. Hier hat der Bürgermeister der Verfügung eine Rechtsbehelfsbelehrung hinzugefügt. Diese könnte unrichtig gewesen sein. Die Rechtsbehelfsbelehrung ist unrichtig, wenn sie nicht nur nicht die Anforderungen des § 58 Abs. 1 VwGO erfüllt, sondern auch darüber hinaus unvollständig oder unrichtig ist,⁸ etwa in Fällen irreführender Zusätze oder Belehrungen oder unvollständiger Erläuterungen.⁹ Hier könnte ein Fehler darin zu sehen sein, dass statt der gesetzlich vorgesehenen Frist von einem Monat (§ 74 Abs. 1 VwGO) nur „vier Wochen“ angegeben werden. Fraglich ist, ob ein solcher Irrtum ausreicht. Irreführende Belehrungen setzen die Rechtsbehelfsfrist dann nicht in Lauf, wenn sie geeignet sind, bei dem Adressaten der Belehrung einen Irrtum hervorzurufen, der das Einlegen des Rechtsbehelfs erschweren kann.¹⁰ Ein solches Erschweren kann hier bejaht werden, da dem Adressaten (H-GmbH) eine kürzere Klagefrist angegeben wird, er damit weniger Zeit hat, die Klage vorzubereiten und rechtzeitig zu erheben. Sie entspricht zudem nicht gesetzlichen Vorschriften. Es ist damit von einer unrichtigen Rechtsbehelfsbelehrung auszugehen.¹¹

Die Klagefrist beträgt damit ein Jahr seit Zustellung (§ 58 Abs. 2 S. 1 VwGO). Die Klage wurde mithin fristgerecht erhoben.

IV. Ergebnis

Die H-GmbH hat fristgerecht Klage erhoben.

Aufgabe 2

Fraglich ist, ob der gegenüber der H-GmbH erlassene Verwaltungsakt rechtmäßig ist. Dies wäre der Fall, wenn er auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruhte und formell wie materiell den gesetzlichen Anforderungen entspräche.¹²

⁸ Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 25. Lfg., Stand: 2013, § 58 Rn. 55 f.; Decker (Fn. 3), §§ 58, 59 VwGO Rn. 10 f.

⁹ Decker (Fn. 3), §§ 58, 59 VwGO Rn. 11; Kimmel, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck-OK VwGO, Stand: April 2015, § 58 Rn. 21.

¹⁰ Meissner/Schenk (Fn. 8), § 58 Rn. 57; Decker (Fn. 3), §§ 58, 59 VwGO Rn. 11.

¹¹ Vgl. auch Erbguth (Fn. 7), § 20 Rn. 22.

¹² Vgl. Erbguth (Fn. 7), § 14 Rn. 2.

I. Ermächtigungsgrundlage

Nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes bedarf jeder Eingriff der Verwaltung gem. Art. 20 Abs. 3 GG einer gesetzlichen Grundlage. Dabei gehen speziellere Gesetze allgemeineren Gesetzen vor. Daher ist auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht und hierbei vor allem auf die Generalklausel erst dann zurückzugreifen, sofern spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen ausscheiden und sog. Standardmaßnahmen nicht einschlägig wären. Im vorliegenden Fall kommt indes nur die ordnungsbehördliche Generalklausel (§ 14 Abs. 1 OBG NW¹³) in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Ein Verwaltungsakt ist formell rechtmäßig, wenn er unter Beachtung von behördlichen Zuständigkeiten, Verfahrens- und Formvorschriften erlassen worden ist.¹⁴

1. Zuständigkeit

§ 14 Abs. 1 OBG ermächtigt die Ordnungsbehörden zur Gefahrenabwehr. In sachlicher Hinsicht zuständig sind vorrangig die örtlichen Ordnungsbehörden, § 5 Abs. 1 OBG¹⁵. Nach § 3 Abs. 1 OBG¹⁶ nehmen dabei die Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörden die Gemeinden wahr, hier also die Stadt T. Fraglich ist, ob dem Bürgermeister dabei auch die Organkompetenz zukommt. Grundsätzlich ist für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung der (Stadt-)Rat zuständig, § 41 Abs. 1 S. 1 GO NW¹⁷. Zwar ist der Bürgermeister gesetzlicher Vertreter der Gemeinde (§ 63 Abs. 1 S. 1 GO NW¹⁸); sein Handeln könnte aber dennoch rechtswidrig sein,

¹³ §§ 1, 3 PolG BW; Art. 11 Abs. 1 PAG BY; § 17 Abs. 1 ASOGBln; § 13 OBG Bbg; § 10 Abs. 1 BremPolG; § 3 Abs. 1 HmbSOG; § 11 HSOG; § 13 SOG M-V; § 11 NSOG; § 9 Abs. 1 POG RP; § 8 Abs. 1 SPolG; 3 Abs. 1 SächsPolG; § 13 SOG LSA; § 174 LVwG SH; § 5 Abs. 1 OBG TH.

¹⁴ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 10 Rn. 9 ff.

¹⁵ § 66 Abs. 1 PolG BW; Art. 6 LStVG; § 2 Abs. 2 ASOG Bln; § 5 Abs. 1 OBG Bbg; § 79 BremPolG; § 3 Abs. 1 HmbSOG; § 89 HSOG; § 4 SOG M-V; § 97 Abs. 1 NSOG; § 90 POG RP; § 80 Abs. 1 SPolG; § 68 Abs. 2 SächsPolG; § 89 Abs. 2 SOG LSA; § 165 Abs. 2 LVwG SH; § 4 Abs. 1 OBG TH.

¹⁶ § 62 Abs. 4 PolG BW; Art. 6 LStVG; § 2 Abs. 4 ASOG Bln; § 4 Abs. 1 OBG Bbg; § 78 BremPolG; § 4 HmbVerwBehG; § 100 HSOG; § 5 SOG M-V; § 100 Abs. 1 NSOG; § 91 POG RP; § 81 Abs. 1 SPolG; § 70 Abs. 1 SächsPolG; § 88 Abs. 2 SOG LSA; § 166 Abs. 1 LVwG SH; § 4 Abs. 3 OBG TH.

¹⁷ § 24 Abs. 1 S. 2 GemO BW; Art. 29, 30 Abs. 2 GemO BY; § 28 Abs. 1 BbgKV; § 50 Abs. 1 S. 1 HGO; § 22 Abs. 2 KV M-V; § 58 NKomVG; § 32 Abs. 1 S. 2 GemO RP; § 34 S. 1 SKSVG; § 28 Abs. 1 SächsGemO; § 45 Abs. 1 S. 1 KVG LSA; § 27 Abs. 1 S. 2 GemO SH; § 22 Abs. 3 S. 1 ThürKO.

¹⁸ § 41 Abs. 1 S. 2 GemO BW; Art. 38 Abs. 1 GemO BY; § 53 Abs. 1 BbgKV; § 71 Abs. 1 S. 1 HGO; § 38 Abs. 2 S. 1 oder § 39 Abs. 2 S. 1 KV M-V; § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG;

wenn ein entsprechender Ratsbeschluss notwendig wäre. Nach § 41 Abs. 3 GO NW¹⁹ gelten allerdings Geschäfte der laufenden Verwaltung als auf den Bürgermeister übertragen. Darunter könnte auch die Erteilung eines VA fallen. Geschäfte der laufenden Verwaltung sind alle Handlungen, die „nach Regelmäßigkeit und Häufigkeit zu den üblichen Geschäften gehört“. Es muss sich also um Routinegeschäfte handeln. Das ist bei dem Erlass von Ordnungsverfügungen der Fall. Auch bei kleineren Städten muss die Verwaltung häufig und dabei stets nach denselben Vorgaben Verfügungen erlassen. Daher gilt die Erteilung dieser Verfügung als auf den Bürgermeister übertragen gem. § 41 Abs. 3 GO NW. Der Bürgermeister hat als zuständiges Organ gehandelt.

Hinweis: Die Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter führt dazu, dass der Bürgermeister wirksam nach außen tätig werden darf. Das Übergehen des Rates würde dann aber zumindest einen Verfahrensfehler darstellen.²⁰ Begründet man daher die Zuständigkeit des Bürgermeisters über § 63 Abs. 1 GO NRW, muss im Rahmen des Verfahrens kurz auf die notwendige Beteiligung des Rates eingegangen werden. Da hier die Zuständigkeit über § 41 Abs. 3 GO NRW begründet wird, ist dies nicht notwendig, da hier dem Gesetz nach allein der Bürgermeister zuständig ist.

2. Verfahren

Für den Erlass eines Verwaltungsakts gibt es bestimmte Verfahrensanforderungen, vgl. §§ 9 ff. VwVfG NW²¹. Insbesondere ist bei belastenden Verwaltungsakten die Pflicht zur Anhörung (§ 28 VwVfG NW²²) zu beachten.²³ Die Anhörung

§ 47 Abs. 1 S. 1 GemO RP; § 59 Abs. 1 KSVG SL; § 51 Abs. 1 S. 2 SächsGemO; § 60 Abs. 1 S. 2 KVG LSA; § 56 Abs. 1 oder § 51 Abs. 1 GemO SH; § 31 Abs. 1 ThürKO.

¹⁹ § 44 Abs. 2 S. 1 GemO BW; Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GemO BY; § 54 Abs. 1 Nr. 5 BbgKV; § 70 Abs. 1 S. 2 HGO; § 38 Abs. 2 S. 2 oder § 39 Abs. 3 KV M-V; § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 NKomVG; § 47 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GemO RP; § 59 Abs. 3 S. 1 KSVG SL; § 53 Abs. 1 SächsGemO; § 66 Abs. 1 S. 3 KVG LSA; § 55 Abs. 1 S. 2 GemO SH; § 29 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 ThürKO.

²⁰ So auch *Burgi*, in: Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 5. Aufl. 2014, § 2 Rn. 261.

²¹ §§ 9 ff. LVwVfG BW; Art. 9 ff. BayVwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBln i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBbg i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; §§ 9 ff. BremVwVfG; §§ 9 ff. HmbVwVfG; §§ 9 ff. HVwVfG; §§ 9 ff. VwVfG M-V; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; §§ 9 ff. SVwVfG; § 1 SächsVwVfG i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG LSA i.V.m. §§ 9 ff. VwVfG; §§ 74 ff. LVwVG SH; §§ 9 ff. ThürVwVfG.

²² § 28 LVwVfG BW; § 28 LVwVfG BW; Art. 28 BayVwVfG; § 1 I VwVfGBln i.V.m. § 28 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBbg i.V.m. § 28 VwVfG; § 28 BremVwVfG; § 28 HmbVwVfG; § 28 HVwVfG; § 28 VwVfG M-V; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 28 VwVfG; § 28 SVwVfG; § 1

ist hier vor Erlass der belastenden Ordnungsverfügung erfolgt.

3. Form

Für ordnungsbehördliche Verfügungen gilt gem. § 20 OBG²⁴ das Gebot der Schriftlichkeit. Dieses Gebot wurde hier erfüllt. Auch wurde der Verwaltungsakt begründet im Sinne von § 39 VwVfG NW²⁵. Formfehler liegen daher nicht vor.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Eine ordnungsbehördliche Verfügung ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen, der richtige Adressat gewählt und (ermessensfehlerfrei) die richtige Rechtsfolge getroffen wurde sowie ein Verstoß gegen höherrangiges Recht nicht vorliegt.²⁶

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 14 Abs. 1 OBG bedarf es einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung. Fraglich ist damit zunächst, ob eines oder mehrere der ordnungsrechtlichen Schutzgüter betroffen sind.

a) Schutzgut: Öffentliche Sicherheit oder Ordnung

Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfasst die (geschriebene) objektive Rechtsordnung, Rechtsgüter und Interessen von Einzelnen sowie den Bestand des Staates, seiner Einrichtungen und Veranstaltungen.²⁷ Die Rechtsordnung reicht von der Verfassung bis zur Rechtsverordnung und Satzung und schließt das allgemeine und das besondere Verwaltungsrecht, das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, das

SächsVwVfZG i.V.m. § 28 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG LSA i.V.m. § 28 VwVfG; § 87 LVwVG SH; § 28 ThürVwVfG.

²³ Siehe dazu insbesondere *Erbguth* (Fn. 7), § 14 Rn. 19 ff.; *Maurer* (Fn. 14), § 19 Rn. 20 ff.

²⁴ § 19 OBG Bbg; im Übrigen gelten jeweils die allgemeinen landesrechtlichen Formvorschriften.

²⁵ § 39 LVwVfG BW; Art. 39 BayVwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBln i.V.m. § 39 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfGBbg i.V.m. § 39 VwVfG; § 39 BremVwVfG; § 39 HmbVwVfG; § 39 HVwVfG; § 39 VwVfG M-V; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 39 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. § 39 VwVfG; § 39 SVwVfG; § 1 SächsVwVfZG i.V.m. § 39 VwVfG; § 1 Abs. 1 VwVfG LSA i.V.m. § 39 VwVfG; § 109 LVwVG SH; § 39 ThürVwVfG.

²⁶ Vgl. *Maurer* (Fn. 14), § 10 Rn. 14 ff. Die Voraussetzung des richtigen Adressaten ist dabei eine Besonderheit im Gefahrenabwehrrecht, vgl. *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2016, § 8 Rn. 1; *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1.

²⁷ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 53 ff.; *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 8 Rn. 3 f; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, § 4 Rn. 3.

Privatrecht und das Europarecht ein.²⁸ Dazu zählen namentlich auch ordnungsbehördliche Verordnungen im Sinne von §§ 25 ff. OBG²⁹.³⁰ Hier kommt ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 der „Verordnung über die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ in Betracht. Voraussetzung ist aber, dass die Verordnung rechtmäßig ist. Eine solche Verordnung stellt eine Rechtsnorm dar, bei der – anders als bei Verwaltungsakten – die Rechtswidrigkeit zugleich Nichtigkeit bedeutet (sog. Nichtigkeitsdogma).³¹ Sie zählt also nur im Falle ihrer Rechtmäßigkeit tatsächlich zur objektiven Rechtsordnung. Die Verordnung ist laut Sachverhalt formell wie materiell rechtmäßig und daher Bestandteil der Rechtsordnung und also des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit. Fraglich ist aber, ob die Verordnung für den hier geschilderten Sachverhalt einschlägig ist. In Betracht kommt hier § 4 der Verordnung. Danach müsste sich hier um Verunreinigungen einer Verkehrsfläche handeln. Unter Verunreinigung kann man dem Grunde nach die nachteilige Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes verstehen.³² Das betroffene Objekt darf nicht mehr „rein“ bzw. sauber und ordentlich wirken. Im vorliegenden Fall besteht die Gefahr einer Verschmutzung, wie sie in der Vergangenheit vorgekommen ist, etwa durch Essensreste, Abfallreste, ausgedrückte Zigaretten, Urin, Flaschen usw. Die lässt den Parkplatz nicht mehr als sauber erscheinen. Von einer (potentiellen) Verunreinigung ist also auszugehen.

Der Parkplatz müsste aber auch als Verkehrsfläche im Sinne von § 4 Abs. 2 der Verordnung zu qualifizieren sein. Es kommt daher darauf an, ob das Grundstück tatsächlich dem öffentlichen, d.h. unbeschränkten Verkehr dient. Eigentumsverhältnisse sind nicht beachtlich. Hier geht es um den Parkplatz eines Einkaufszentrums, das grundsätzlich allen interessierten Besuchern und Besucherinnen offen steht. Eine Beschränkung des Zutrittsberechtigten Personenkreises ist nicht erkennbar. Damit ist der Parkplatz des Einkaufszentrums eine Verkehrsfläche im Sinne von § 4 Abs. 2 der Verordnung. Dass der Platz im Eigentum eines Hoheitsträgers (Kreis) steht, ist dabei entsprechend der Vorschrift irrelevant. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist hier also in Form der objektiven Rechtsordnung betroffen. Für dieses Schutzgut müsste im Zeitpunkt des Verfügungserlasses auch eine Gefahr bestanden haben.

²⁸ Siehe nur *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 10 ff.

²⁹ §§ 10 ff. PolG BW; Art. 42 ff. LStVG BY; §§ 55 ff. ASOG Bln; §§ 24 ff. OBG Bbg; §§ 48 ff. BremPolG; §§ 1 ff. SOG HH; §§ 71 ff. HSOG; § 17 SOG M-V; §§ 54 ff. NSOG; §§ 43 ff. POG RP; §§ 59 ff. SPolG; §§ 9 ff. SächsPolG; §§ 93 ff. SOG LSA; § 175 LVwG SH; §§ 27 ff. OBG TH.

³⁰ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 11 Rn. 1.

³¹ *Ehlers* (Fn. 2), § 27 Rn. 26; *Papier*, Grundkurs Öffentliches Recht, Bd. 1, 2012, Rn. 46.

³² Vgl. die Definition der Gewässerunreinigung im Sinne von § 324 Abs. 1 StGB („verunreinigt oder sonst dessen Eigenschaften nachhaltig verändert...“).

b) Gefahr

Eine Gefahr ist anzunehmen, „wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird“.³³ Verlangt wird damit nicht nur die Feststellung eines Sachverhalts (Diagnose), sondern auch die Abschätzung des weiteren Verlaufs (Prognose). Hier könnte eine Gefahr darin zu sehen sein, dass die campierenden Besucher/innen möglicherweise den Parkplatz verschmutzen und damit gegen § 4 der Verordnung verstoßen würden.

Problematisch aber ist, dass es – wie sich später herausstellte – nicht zu einer entsprechenden Verschmutzung gekommen ist. Entscheidend ist daher für die Beurteilung der Gefahrenlage die maßgebliche Perspektive: Verlangt man eine Gefahr im objektiven Sinn, muss sie auch aus nachträglicher Sicht (ex-post) zu bejahen sein. Dies wäre hier indes zu verneinen. Aus ex-post-Perspektive ist klar, dass nie die Gefahr der Verschmutzung der Parkflächen zu besorgen war.

Andererseits kann man aber eine Betrachtung der Gefahrenlage auch aus der ex-ante-Perspektive und damit einen „subjektiven Gefahrenbegriff“³⁴ favorisieren. Dann wäre allein entscheidend, dass zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit auszugehen war. Sich nachträglich herausstellende Fehler in der Prognose wären unbeachtlich. Eine solche Anscheinsgefahr ist aber nur dann zu bejahen, wenn zum Zeitpunkt des Entschlusses vertretbar von einer Gefahrenlage ausgegangen werden konnte, eventuelle Prognose-Fehler zu diesem Zeitpunkt nicht erkennbar waren.³⁵ Voraussetzung dafür ist wiederum eine objektiviertete Betrachtung aus der Sicht eines sachkundigen, vernünftigen (Durchschnitts-)Beamten. Nur wenn aus seiner Sicht auch von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ex ante auszugehen war, kann man von einer vertretbaren Annahme sprechen. Im umgekehrten Fall handelte es sich nur um eine Putativgefahr, die rechtlich unbeachtlich ist. Im dem hier gelagerten Fall spricht gegen eine Anscheinsgefahr, dass die C-AG bislang keine Filiale in der Stadt T hatte und die Produktpremiere am 21.3.2015 die erste in der neuen Filiale war, eine Prognose für das Einkaufszentrum T mithin kaum möglich war. Dagegen spricht aber, dass bisher in anderen Städten entsprechende Verschmutzungen entstanden waren und keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass es in der Stadt T anders verlaufen würde. Die Ordnungsbehörde bzw. der Bürgermeister durften davon ausgehen, dass auch die Bürger/innen in T sich ähnlich wie in die Bürger/innen anderer Städte verhalten, zumal Verschmutzungen

³³ BVerwGE 45, 51 (57); *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 5; *Vofskuhle*, JuS 2007, 908; *Schoch*, Jura 2003, 177; *Krüger*, JuS 2013, 985.

³⁴ Dazu insbesondere *Gromitsaris*, DÖV 2005, 535; kritisch dazu *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 4 Rn. 39 ff.; *Poscher*, NVwZ 2001, 141.

³⁵ *Schenke* (Fn. 27), Rn. 80 f.; *Ericksen*, Jura 1995, 219; *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 57 f.; *Krüger*, JuS 2013, 985 (989 f.); *Tettinger/Erbguth/Mann*, Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2015, Rn. 474; *Schoch*, JuS 1994, 667 (668 f.).

ortsunabhängig typische Folge mehrstündiger, großer Menschenansammlungen sind. Die ex-ante Perspektive aus der Sicht eines vernünftigen Dritten legte eine Gefahr damit nahe. Eine Anscheinsgefahr lag damit vor.

Für die Maßgeblichkeit der ex-ante Perspektive spricht insbesondere die Effektivität der Gefahrenabwehr. Der handelnde Beamte muss seine Entscheidung in kürzester Zeit treffen. Würden sämtliche Fehler ihm dabei zur Last gelegt, müsste man besorgen, dass der Beamte lieber auf ein – womöglich notwendiges – sofortiges Einschreiten verzichtet. Darüber hinaus ist die Ungewissheit über den weiteren Ablauf gerade Bestandteil des Wesens einer Gefahr. Zu ihr gehört gerade auch die – wenn auch geringe – Wahrscheinlichkeit der Nichtschädigung. Damit handelt es sich bei der Anscheinsgefahr um eine Gefahr im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts, so dass die Erfüllung des Tatbestandes hier diesbezüglich zu bejahen ist.

2. Der richtige Adressat

Die H-GmbH müsste außerdem der richtige Adressat der Verfügung gewesen sein. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sie „Störer“ bzw. Verantwortlicher im Sinne des OBG war. Dies richtet sich nach den §§ 17 ff. OBG³⁶.

a) Verhaltensstörer (§ 17 OBG³⁷)

Verhaltensstörer ist, wer die Gefahr durch sein Verhalten, d.h. sein Tun oder (pflichtwidriges) Unterlassen verursacht hat, § 17 Abs. 1 OBG. Als einzig mögliches relevantes Verhalten ist die Entscheidung der H-GmbH über das Vermieten der Geschäftsräume an die C-AG heranzuziehen. Fraglich ist, ob dieses Verhalten die Gefahr verursacht hat. Wann dies der Fall ist, wird unterschiedlich bestimmt.

aa) Unmittelbare Verursachung

Nach der Lehre von der unmittelbaren Verursachung muss die betroffene Handlung unmittelbar die (vermeintliche) Gefahrenschwelle überschreiten.³⁸ Entscheidend ist, dass die Ursache in einem Verantwortungszusammenhang mit der Gefahr steht. Das bedeutet, dass es für die Verursachungsfrage mithin nicht (nur) einer tatsächlichen, sondern vielmehr einer normativen Wertung bedarf.³⁹ Hier aber ist zu sagen, dass die Gefahr nicht bereits durch das Vermieten der Geschäftsräume, sondern vielmehr durch das Campieren der

Kunden und die durch sie verursachten Verschmutzungen entsteht. Die H-GmbH wäre danach nicht Verhaltensstörer im Sinne von § 17 Abs. 1 OBG.

bb) Rechtswidrige Verursachung

Eine andere Möglichkeit ist, die Verantwortlichkeit an ein rechtswidriges Verhalten zu knüpfen, das zu der Gefahr geführt hat.⁴⁰ Voraussetzung ist dabei, dass der Schutzzweck der Norm, gegen die verstoßen wurde, gerade auf die Verhinderung der entstandenen Gefahr gerichtet ist.⁴¹ Hier ist das Verhalten der H-GmbH indes nicht rechtswidrig. Bei der Vermietung handelt es sich um ein legales, von der Privatautonomie gedecktes Handeln. Auch nach diesem Ansatzpunkt ist die H-GmbH kein (Verhaltens-)Störer im Sinne von § 17 OBG.

b) Zustandsstörer (§ 18 OBG⁴²)

Eine Pflichtigkeit der H-GmbH könnte darüber hergeleitet werden, dass die Gefahr von einer Sache oder einem Tier im Eigentum der H-GmbH verursacht wird, § 18 Abs. 1 S. 1 OBG. In Betracht kommt die Gefahrverursachung durch den Parkplatz im Einzugsbereich des von der H-GmbH verwalteten Einkaufszentrums.

aa) Der Kreis der Zustandsstörer

Nach § 18 Abs. 1 S. 2 OBG ist, sofern eine Sache oder ein Tier die Gefahr verursacht, der Eigentümer heranzuziehen. Dieser ist hier aber der Kreis K, nicht die H-GmbH. Nach § 18 Abs. 2 S. 1 OBG kann die Maßnahme aber auch gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt gerichtet werden. Dies richtet sich – anders als Fragen des Eigentums – nicht nach sachenrechtlichen Kategorien, sondern alleine danach, wer auf die Sache einwirken kann. Entscheidend ist die unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit.⁴³ Insoweit spricht für eine Pflichtigkeit der H-GmbH, dass sie das Einkaufszentrum – und damit auch die Filiale der C-AG – verwaltet. Darüber hinaus entscheidet sie, wer Mieter der Geschäfte sein darf. Es ist daher davon auszugehen, dass die H-GmbH Verfügungsgewalt über das Einkaufszentrum bzw. das gesamte Grundstück hat. Sie hat damit Einfluss auf den Umgang mit Einkaufszentrum und Parkplatz und ist daher Inhaberin der tatsächlichen Gewalt.

³⁶ §§ 6 ff. PolG BW; Art. 7 ff. PAG BY; §§ 13 ff. ASOG Bln; §§ 16 ff. OBG Bbg; §§ 5 ff. BremPolG; §§ 8 ff. HmbSOG; §§ 6 ff. HSOG; §§ 68 ff. SOG M-V; §§ 6 ff. NSOG; §§ 4 ff. POG RP; §§ 4 ff. SPoIG; §§ 4 ff. SächsPolG; §§ 7 ff. SOG LSA; §§ 218 ff. LVwG SH; §§ 10 ff. OBG TH.

³⁷ § 6 PolG BW; Art. 7 PAG BY; § 13 ASOG Bln; § 16 OBG Bbg; § 5 BremPolG; § 8 HmbSOG; § 6 HSOG; § 69 SOG M-V; § 6 NSOG; § 4 POG RP; § 4 SPoIG; § 4 SächsPolG; § 7 SOG LSA; § 218 LVwG SH; § 10 OBG TH.

³⁸ *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 9 Rn. 11 f.; *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 91 ff.; *Hartmann*, JuS 2008, 539 (594 ff.); *Tettinger/Erbguth/Mann* (Fn. 35), Rn. 490 ff.

³⁹ *Schenke* (Fn. 27), Rn. 243.

⁴⁰ So insbesondere *Poscher*, Jura 2007, 801 (803 ff.); *Poscher/Rusteberg*, JuS 2011, 1082 (1083).

⁴¹ Vgl. VGH Mannheim NZV 1996, 511; VGH Kassel NJW 1999, 3650 f.; vgl. auch *Wehr*, Polizeirecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 136 f.

⁴² § 7 PolG BW; Art. 8 PAG BY; § 14 ASOG Bln; § 17 OBG Bbg; § 6 BremPolG; § 9 SOG HH; § 7 HSOG; § 70 SOG M-V; § 7 NSOG; § 5 POG RP; § 5 SPoIG; § 5 SächsPolG; § 8 SOG LSA; § 219 LVwG SH; § 11 OBG TH.

⁴³ *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 350; *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 124.

bb) Ausgehen einer Gefahr

Voraussetzung ist weiterhin, dass von der Sache, hier also dem Parkplatz, eine Gefahr „ausgeht“. Fraglich ist jedoch, wann und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist. Hier sind zwei Bestimmungsansätze zu unterscheiden.

(1) Kein besonderer Verantwortungszusammenhang

Einerseits könnte man davon ausgehen, dass ein besonderer Zusammenhang zwischen Sache und Gefahr nicht notwendig ist.⁴⁴ Danach würde es für § 18 OBG ausreichen, wenn die Sache nicht Quelle der Gefahr ist, sondern sie lediglich als Mittel verwendet wird. Daher würde hier die Zustandsstörerhaftung zu bejahen sein.

(2) Die Notwendigkeit eines Verursachungszusammenhanges

Angesichts der Wortbedeutung könnte man andererseits für ein „Ausgehen“ der Gefahr von einer Sache eine unmittelbare Kausalitätsbeziehung zwischen Sache und Gefahr verlangen.⁴⁵ Voraussetzung wäre dann – analog zur Verhaltensverantwortlichkeit – eine unmittelbare Verursachung der Gefahr durch die Sache selbst.⁴⁶ Dies wäre insbesondere gegeben, wenn die Gefahr durch eine gefahrbe gründende Eigenschaft der Sache hervorgerufen wird oder eine an sich ungefährliche Sache durch ihre „Lage im Raum“ eine Gefahr begründet (z.B. Felsblock auf Autobahn).⁴⁷ Entscheidend ist danach, dass die Gefahr in der Sache selbst wurzelt.

Fraglich ist, ob dies hier der Fall wäre. Denn problematisch ist, dass die Gefahr (Verstoß gegen § 4 der Verordnung) nicht der Sache (dem Parkplatz) selbst anhaftet, sondern erst durch das an sich rechtmäßige Verhalten der Kunden (Campieren) entsteht. Insofern „vermischen“ sich Verhaltens- und Zustandsverursachung. Nach einer weit verbreiteten Ansicht ist daher bei einem rechtmäßigen Verwenden der Sache durch Dritte die Zustandsverantwortlichkeit zu verneinen, sofern erst durch dieses Verhalten der Dritten die Gefahr begründet wird.⁴⁸ Das Prinzip dahinter lautet: Ein Verhalten kann nicht die Gefährlichkeit einer Sache hervorrufen. Denn

dann wäre nicht die Sache an sich die Gefahrenquelle, sondern allein ihre bloße Existenz.⁴⁹

Für eine solche Betrachtungsweise spricht, dass die Gefahr in Form des Rechtsverstoßes (§ 4 der Verordnung) nicht unmittelbar auf den Parkplatz selbst zurückzuführen ist. Vielmehr ist Gefahrenursache die Verschmutzung der Sache durch das Verhalten der Kunden. Die Sache ist damit selbst „Objekt“ und nicht Ausgangspunkt eines gefahrbe gründenden Verhaltens.

Dagegen spricht aber, dass das die Gefahr be gründende Verhalten die Sache (Parkplatz) gerade miteinbindet. Der Parkplatz ist dabei auch nicht reines „Objekt“ dieses Verhaltens, da die Gefahr zwar tatsächlich in der Verschmutzung (und damit in einer Handlung gegen die Sache selbst), rechtlich und damit auch gefahrenabwehrechtlich aber in einem möglichen Rechtsverstoß (hier gegen § 4 der Verordnung) liegt. Geht es bei der Zustandsstörerhaftung daher um die Frage eines besonderen Zusammenhanges zwischen Sache (Parkplatz) und „Rechtsgefahr“ (Rechtsverstoß), kann dieser nicht mit dem bloßen Verweis auf ein Verhalten Dritter verneint werden, wenn die Sache gerade das besondere Mittel oder – wie hier – den notwendigen Ort der Gefahrverwirklichung darstellt. Wenn dann die Gefahr von der Sache ausgehen muss, stellt sich danach nicht die Frage, ob die Sache aus sich allein heraus die Gefahr be gründet, sondern ob sie derart Gegenstand des Rechtsverstoßes wird, dass die Gefahrenabwehr dem Eigentümer oder dem Sachherrschaftsinhaber zugerechnet werden kann. Es geht letztendlich also um die Zurechnung des Drittverhaltens zum Eigentümer bzw. Sachherrschaftsinhaber. Hintergrund der Zustandsstörerhaftung ist die Wertung, dass der Eigentümer qua seiner rechtlichen und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt kraft seiner Sachherrschaft der Gefahr zumindest näher steht als die Allgemeinheit. Entscheidend ist gerade der Gedanke der „Risikosphäre“ bzw. der „Nutzen-Lasten-Relation“.⁵⁰ Wer sein Eigentum bzw. wer berechtigterweise über fremdes Eigentum verfügt und darauf einwirkt und dadurch Vorteile für sich ziehen kann, muss auch für die Lasten, die bei einer entsprechenden Nutzung entstehen oder die die Sache hervorruft, einstehen.⁵¹ Dabei ist vorliegend festzustellen, dass sich die Kunden berechtigt auf dem Grundstück aufhalten und berechtigt das Grundstück zum Campieren benutzen. Zwar ist der Parkplatz dem Grunde vorrangig dem Abstellen von Kraftfahrzeugen vorbehalten. Die H-GmbH als Verwalter des Grundstücks lässt die Nutzung des Parkplatzes als Campingfläche aber gerade zu. Schließlich geht es darum, möglichst viele Käufer/innen für das Einkaufszentrum zu gewinnen, um wirtschaftlich erfolgreich agieren zu können. Dadurch, dass der Inhaber der tatsächlichen Gewalt andere Personen gerade die Sache nutzen lässt, die Nutzung der Sache also von der Einflussmöglichkeit des Sachherrschaftsinhabers gedeckt ist,

⁴⁴ So Lepsius, JZ 2001, 22.

⁴⁵ Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen (Fn. 26), § 9 Rn. 42 ff.; Schenke (Fn. 27), Rn. 268; Götz (Fn. 27), § 9 Rn. 11; vgl. Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 117; Wehr (Fn. 41), Rn. 164 f.

⁴⁶ Schenke/Schenke, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2006, Kap. II Rn. 171; Schoch, JuS 1994, 932 (936 f.); Denninger, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. D Rn. 75; Württenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 251 ff.; vgl. auch Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen (Fn. 26), § 9 Rn. 45.

⁴⁷ Schenke/Schenke (Fn. 46), Kap. 2 Rn. 171; Wehr (Fn. 41), Rn. 160 f.

⁴⁸ Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 116; Dietlein, in: Dietlein/Burgi/Hellermann (Fn. 20), § 3 Rn. 92.

⁴⁹ Dazu VGH Mannheim DÖV 2013, 121; vgl. auch Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 116.

⁵⁰ Dazu Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen (Fn. 26), § 9 Rn. 42 f.

⁵¹ Siehe oben Fn. 30; vgl. auch Schenke/Schenke (Fn. 46), Kap. 2 Rn. 173.

muss dieser für die entsprechenden Handlungen der Dritten verantwortlich gemacht werden können. Die Gefahr – das Verhalten der Camper sowie der Rechtsverstoß – ist damit auf den notwendigen Ort ihrer Verwirklichung zurückzuführen. Dass die Kunden der Gefahr näher stehen als die H-GmbH, schließt die Verantwortlichkeit der H-GmbH nicht aus, hat aber Einfluss auf die Frage der richtigen Ermessensentscheidung und ist daher dort zu thematisieren.⁵²

(3) Zwischenergebnis

Unabhängig davon, ob man einen besonderen Verursachungszusammenhang zwischen Gefahr und Sache verlangt, ist hier das „Ausgehen“ der Gefahr (Verschmutzung und Rechtsverstoß) von der Sache (Parkplatz) zu bejahen. Einer Entscheidung zwischen beiden Lösungsalternativen bedarf es nicht. Die H-GmbH ist als Zustandsstörer gem. § 18 Abs. 1, 2 OBG zu qualifizieren.

cc) Anscheinsgefahr

Fraglich aber ist, inwieweit es sich auswirkt, dass objektiv ex-post keine Gefahr vorgelegen hat. In diesem Fall müsste streng genommen auch die Störereigenschaft entfallen. Dagegen spricht aber, dass ansonsten die Erweiterung des Gefahrenbegriffs aus Gründen der Gefahrenabwehreffektivität auf die subjektive Dimension sinnlos wäre.⁵³ Es ist daher geboten, die notwendige Korrektur erst auf der sekundären (Kosten-)Ebene durchzuführen, um so den Zweck der Gefahrenabwehr nicht zu vereiteln.⁵⁴ Insoweit ist die H-GmbH Anscheinsstörer. Alle anderen Lösungen, insbesondere die, nach der ein „Anscheinsstörer“ nur dann Störer sein kann, wenn er ein erhöhtes Risiko für die „Irreführung“ der jeweiligen Behörde gesetzt hat,⁵⁵ überzeugen vor diesem Hintergrund nicht. Entscheidend ist nämlich auf primärer Ebene, die (vermutete) Gefahr abzuwenden. Dass tatsächlich keine Gefahr vorliegt, kann der handelnden Behörde nicht vorgeworfen werden.

dd) Zwischenergebnis

Die H-GmbH ist Zustandsstörer gem. § 18 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 OBG.

3. Rechtsfolge

§ 14 Abs. 1 OBG räumt der Behörde ein Ermessen ein („kann“). Solche Ermessensentscheidungen sind gerichtlich

nicht voll überprüfbar, sondern können nur auf Ermessensfehler hin überprüft werden, § 114 S. 1 VwGO.⁵⁶ Das ordnungsbehördliche Ermessen umfasst dabei nicht nur die Entscheidung, ob gehandelt wird (Entschließeremessen), sondern auch wie und gegen wen gehandelt wird (Auswähleremessen). Im Rahmen des Auswähleremessens muss die Ordnungsbehörde sich auch dafür entscheiden, welchen von mehreren Störern sie als Pflichtigen heranzieht. Das Gesetz macht bei der Auswahl unter mehreren Störern grds. keine Vorgaben. Entscheidend ist allein, dass die Behörde ihr Ermessen getreu des gesetzlichen Rahmens aus § 40 VwVfG NW ausübt. Fraglich ist, ob hier mit der Inanspruchnahme der H-GmbH das Auswähleremessen fehlerhaft ausgeübt worden ist. Insbesondere macht die H-GmbH geltend, dass vorrangig andere Verantwortliche heranzuziehen gewesen wären.

a) Mehrere Störer

Entscheidend ist also zunächst, dass es – neben der H-GmbH – tatsächlich noch weitere Störer gab, die die Behörde hätte heranziehen können. Es ist also zunächst zu prüfen, ob es überhaupt weitere Störer gibt, bevor auf Ermessensfehler einzugehen ist. Als Störer kommen die campierenden Kunden, die C-AG und der Kreis K in Betracht.

aa) Kunden

Die Kunden könnten Verhaltensstörer im Sinne von § 17 Abs. 1 OBG sein, wenn sie durch ihr potentielles Verhalten die Gefahr verursacht, also unmittelbar die Gefahrenschwelle übertreten hätten (vgl. oben). Durch das Campieren und gleichzeitigen Verzehr von Nahrung, Getränken, den Konsum anderer Genussmittel und – insbesondere – die nicht ordnungsgemäße Entsorgung verursachen sie die Gefahr (Verschmutzung der Verkehrsflächen) unmittelbar. Sie sind damit Verhaltensstörer gem. § 17 Abs. 1 OBG. Dass es sich hierbei um Anscheinsstörer handelt, ist nach dem eben Gesagten unschädlich (siehe oben). Dass es sich bei den Kunden um einen zum Entscheidungszeitpunkt unbekanntem Adressatenkreis handelt und daher kaum effektive Maßnahmen gegen sie im Raum stehen, ist dabei kein Kriterium bei der Frage, ob die Kunden Störer sind, sondern vielmehr bei der Frage, ob es ein Fehler war, sie nicht auszuwählen (siehe dazu unten). Insoweit müssen die beiden Ebenen getrennt werden.

bb) C-AG

Auch die C-AG könnte Verhaltensstörer im Sinne von § 17 Abs. 1 OBG sein. Dann müsste sie die Gefahr durch ihr Verhalten verursacht haben. Als Handlung kommt die Produktpräsentation am 21.3.2015 in Betracht.

⁵² So auch *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 116; a.A. *Dietlein* (Fn. 48), § 3 Rn. 92.

⁵³ Das Problem des Anscheinsstörers ist überwiegend im Bereich der Verhaltensverantwortlichkeit relevant, kann aber unproblematisch auch auf den Zustandsstörer übertragen werden, sofern man die Figur der Anscheinsgefahr nicht gänzlich ablehnt. siehe dazu auch *Schenke/Schenke* (Fn. 46), Kap. 2 Rn. 172; *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 425 f. ⁵⁴ *Schoch*, in: *Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 2 Rn. 406 f.; *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 866 ff.

⁵⁵ *Schenke* (Fn. 27), Rn. 254; vgl. *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 99.

⁵⁶ Dem Wortlaut nach ist die gerichtliche Überprüfung auf die Überschreitung der gesetzlichen Ermessensgrenzen sowie auf die Beachtung des Zwecks der Ermächtigung beschränkt. In diesem Zusammenhang haben Rechtsprechung und Lehre verschiedene Fallgruppen bzw. sog. Ermessensfehler entwickelt, siehe dazu *Hufen*, *ZJS* 2010, 603.

Fraglich ist, ob diese Handlung die Gefahr tatsächlich verursacht, also unmittelbar die Gefahrenschwelle überschreitet. Wie bereits erwähnt, setzen die Kunden unmittelbar den Grund für die Gefahr. Die C-AG ist nur mittelbare Verursacherin.

Ausnahmsweise könnte sie aber auch Störerin sein, wenn sie *Zweckveranlasserin* wäre. Dies wäre der Fall, wenn sie durch ihr Verhalten die Gefahr durch das Handeln des unmittelbaren Verursachers objektiv, als typische gefahrverursachende Handlung oder subjektiv, d.h. billigend in Kauf nehmend, veranlasst.⁵⁷ Es kommt dabei also auf eine normative Bewertung der Geschehnisse an.⁵⁸ Hier müsste also die C-AG durch das Anbieten von Produkten objektiv oder subjektiv das Verhalten der campierenden Kunden als unmittelbare Gefahrenschwellenüberschreitung hervorrufen. Eine normative Wertung muss ergeben, dass die zusätzliche Vorverlagerung der Verantwortlichkeit gerechtfertigt bzw. billig ist.⁵⁹

Gegen die Annahme des Zweckveranlassers im vorliegenden Fall spricht, dass es gerade zum Tätigkeitsfeld der C-AG gehört, neue Unterhaltenselektronik auf den Markt zu bringen. Die C-AG nimmt hierbei lediglich ihr Recht aus Art. 12, 14 GG wahr. Dass wartende Kunden eine Gefahr verursachen, könnte danach nicht zugerechnet werden. Dagegen spricht aber, dass die C-AG dieses Campieren in der Vergangenheit stets zugelassen hat und – trotz der zahlreichen Verschmutzungen – nichts in ihrem Handeln geändert hat, indem sie z.B. vorab bereits Maßnahmen selber ergriffen hat. Dadurch, dass sie von der Gefahr weiß, aber nichts dagegen unternimmt, obschon es „ihre“ Kunden sind, ist zumindest von einem billigenden Inkaufnehmen der C-AG auszugehen. Zwar ist es durchaus möglich, dass in anderen Städten entsprechende Verordnungen nicht bestehen und es dort gerade deshalb zu Verschmutzungen gekommen ist. Allerdings kann vorab nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass bei Bestehen einer entsprechenden Verordnung keiner der 280 Kunden entsprechende Verschmutzungen verursacht, zumal allgemeine Erfahrungen zeigen, dass es bei einem Campieren von rund 280 Personen typischerweise – zumindest fahrlässig – zu Verschmutzungen kommt, so dass auch eine objektive Veranlassung zu bejahen ist.⁶⁰ Zwar nimmt die C-AG in rechtmäßiger Weise ihre Rechte aus Art. 12, 14 GG wahr; dies spricht jedoch nicht gegen eine Inanspruchnahme als Störerin, zumal die C-AG durch die Kunden wirtschaftliche Vorteile zu erwarten hat. Es erscheint demnach angemessen, ihr auch die drohenden Störungen durch die Kunden zuzurechnen.

⁵⁷ Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 101 ff.; Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 187 ff.; ders., Jura 2009, 360; Götz (Fn. 27), § 9 Rn. 18 ff.; Wobst/Ackermann, JA 2013, 916.

⁵⁸ Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 188 f.

⁵⁹ Vgl. Wehr (Fn. 41), Rn. 145 ff.

⁶⁰ Zwar ist es immer noch unklar, ob der Zweckveranlasser nur bei subjektiver oder nur bei objektiver Veranlassung zu bejahen ist. Da hier jedoch beide Varianten erfüllt sind, ist eine Entscheidung entbehrlich. Siehe zu dieser Frage allgemein Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 104 f.; Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 189 f.

Die überzeugenderen Argumente sprechen für die Qualifizierung der C-AG als Zweckveranlasser. Indem die C-AG sogar in einer Presseerklärung die Anzahl der Personen nennt und Bezug auf das Campen nimmt, zeigt sie sich als des Problems bewusst. Die Verschmutzungen sind, wie die Vergangenheit zeigt, typische Folge des Campierens und werden von der C-AG, die dieses Problem bereits kennen muss, billigend in Kauf genommen. Die C-AG ist damit Verhaltensstörerin im Sinne von § 17 Abs. 1 OBG.

Hinweis: Häufig liest man, dass die Eigenschaft eines Zweckveranlassers stets dann zu verneinen sei, wenn der Betroffene in rechtmäßiger Weise von seinen (Grund) Rechten Gebrauch mache (insbesondere bei Versammlungen im Sinne von Art. 8 GG).⁶¹ Dies ist so pauschal jedoch nicht richtig, sondern bedarf stets einer Abwägung im Einzelfall.⁶² Schließlich kann die Gefahrenabwehr nicht allein von der Rechtmäßigkeit einer Handlung abhängig sein, sondern benötigt gerade hier eine normative Wertung.⁶³ Freilich ist aber zu beachten, dass die zulässige Wahrnehmung eigener Rechte großen Einfluss auf die Abwägung haben dürfte.

cc) Der Kreis K

Der Kreis K ist Eigentümer des Einkaufszentrums und des dazugehörigen Parkplatzes und kann daher in Anspruch genommen werden, wenn von dem Einkaufszentrum bzw. Parkplatz eine Gefahr ausgeht, vgl. § 18 Abs. 1 S. 1 OBG. Bereits oben wurde geklärt, dass ein Zusammenhang zwischen Gefahren und Parkplatz anzunehmen ist (siehe oben). K ist damit Zustandsstörer im Sinne von § 18 Abs. 1 S. 1 OBG.

Problematisch aber ist, dass K selbst Hoheitsträger ist. Dies könnte seine Verantwortlichkeit ausschließen. Zwar ist jeder Hoheitsträger und damit der Kreis K auch an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG) und daher auch materiell polizeipflichtig, soweit das Gesetz davon keine Ausnahmen macht (z.B. § 35 StVO).⁶⁴ Fraglich aber ist, ob ein Vorgehen der Ordnungsbehörde gegen andere Hoheitsträger nicht dennoch unzulässig ist, eine sogenannte formelle Polizeipflichtigkeit also nicht besteht.

Für eine formelle Pflichtigkeit spricht, dass jeder – auch Hoheitsträger – die gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften beachten und einhalten muss. Die Gefahrenabwehrbehörde hat zur Aufgabe, Gefahren abzuwehren. Dabei ist es irrelevant, von wem die Gefahr ausgeht.

⁶¹ So z.B. bei Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 190; Schenke (Fn. 27), Rn. 157; Enders, Jura 2003, 103 (108).

⁶² So hat die Rechtsprechung schon häufiger auch bei Versammlungen die Figur des Zweckveranlassers bejaht bzw. die Störereigenschaft stets im Rahmen einer umfassenden Einzelfallabwägung abgelehnt, siehe nur BVerwG NVwZ 2000, 1406.

⁶³ Vgl. Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 107.

⁶⁴ Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 142.

Gegen⁶⁵ eine formelle Pflichtigkeit spricht aber zum einen, dass die Verwaltungsvollstreckungsgesetze einen Vollzug gegen Behörden bzw. juristische Personen des öffentlichen Rechts ausschließen (z.B. § 17 VwVG; § 76 VwVG NW⁶⁶). Darin zeigt sich bereits der Grundsatz der fehlenden formellen Pflichtigkeit von Hoheitsträgern. Darüber hinaus spricht die Kompetenzordnung gegen gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen gegen Hoheitsträger. Diese sind innerhalb ihrer Kompetenzsphäre selbst für die Einhaltung gefahrenabwehrrechtlicher Vorschriften zuständig.⁶⁷ Durch ein entsprechendes Eingreifen der Gefahrenabwehrbehörden würden etwa Instrumentarien der kommunalen Aufsichtsbehörden ausgehöhlt. Allein diese sollen aber befugt sein, im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht die Einhaltung der gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften durchzusetzen.

Allerdings vermag diese Auffassung letztlich nicht zu überzeugen. Die verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Vorschriften zeigen nur, dass ein Vollzug gegen Behörden nicht zulässig ist. Dass gefahrenabwehrrechtliche Verfügungen dagegen unzulässig seien, belegen diese Vorschriften nicht. Darüber hinaus ist ein Vorgehen gegen Hoheitsträger auch kein Eingriff in die Kompetenzsphäre des jeweiligen Hoheitsträgers, da die Ordnungsbehörden durch ein Einschreiten ihre eigene gefahrenabwehrrechtliche Kompetenz ausfüllen. Hinzu kommt, dass eine strikte Ablehnung der formellen Pflichtigkeit ohnedies nicht gänzlich durchgehalten werden kann. So muss in Eilfällen⁶⁸ oder in den Fällen, in denen die kommunale Aufsichtsbehörde nicht eingreifen kann (z.B. fiskalisches Handeln des Hoheitsträger⁶⁹), die Gefahrenabwehrbehörde tätig werden dürfen.⁷⁰ Insgesamt ist daher die Pflichtigkeit des Kreises zu bejahen (a.A. vertretbar).

Hinweis: Die h.M. verneint weiterhin die formelle Pflichtigkeit von Hoheitsträgern, auch wenn die Gegenauffassung zunehmend an Zustimmung gewinnt. Zu beachten ist grds., dass nach h.M. der jeweilige Hoheitsträger nicht nur kein Störer im Sinne von §§ 17 f. OBG sein kann,

sondern dass der jeweiligen Gefahrenabwehrbehörde bereits die Zuständigkeit fehlt, tätig zu werden.⁷¹

dd) Zwischenergebnis

Störer sind in diesem Fall die Kunden (§ 17 OBG), die C-AG (§ 17 OBG) und der Kreis K (§ 18 OBG), so dass also eine Störermehrheit vorliegt.

b) Ermessensfehler

Fraglich ist nun, ob bei der Inanspruchnahme der H-GmbH als polizeipflichtige Störerin Fehler beim Auswahlmessen vorliegen.

aa) Ermessensausfall

Ein Ermessensausfall kommt dann in Betracht, wenn die Behörde entweder nicht wusste, dass mehrere Störer in Betracht kommen oder dies wusste, aber keine Überlegungen hinsichtlich der Auswahl anstellte.⁷² Dies scheidet hier aus. Der Bürgermeister hat sich vorab genau mit der Frage beschäftigt und Gründe für seine Auswahl gefunden.

bb) Ermessensfehlgebrauch

In Betracht kommt aber, dass die Behörde falsche Überlegungen angestellt hat bzw. die Gewichtung der wesentlichen Belange im Einzelfall verkannt und dadurch einen falschen Adressaten ausgewählt hat (sog. Ermessensfehlgebrauch).⁷³ Zwar gibt es keine genauen gesetzlichen Vorgaben für die Störerauswahl. Dennoch hat die Behörde insbesondere nach § 40 VwVfG NW den Zweck der Ermächtigung, also die Effektivität der Gefahrenabwehr zu berücksichtigen.⁷⁴

(1) Verhaltensstörer vor Zustandsstörer?

Ein Argument für die vorrangige Inanspruchnahme der C-AG bzw. der Kunden könnte sein, dass sie als Verhaltensstörer grundsätzlich vor einem Zustandsstörer heranzuziehen seien. Dagegen spricht aber bereits, dass zum einen eine solche Rangfolge nicht aus dem Gesetz herleitbar ist und zum anderen, dass dies einer effektiven Gefahrenabwehr gerade widerspräche, weil der Zweck der Ermächtigung darüber gerade nicht immer zu verwirklichen wäre (vgl. § 40 VwVfG NW). Ein abstrakter Vorrang des Verhaltensstörers bei der Inanspruchnahme existiert daher nicht.⁷⁵

⁶⁵ Dazu insbesondere *Schenke* (Fn. 27), Rn. 234; *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 489 ff.; *Götz* (Fn. 27), Rn. 238 ff.

⁶⁶ § 22 LVwVG BW; Art. 29 Abs. 4 BayVwZVG; § 8 BlnVwVfG iVm § 17 VwVG; § 7 Abs. 4 VwVGBbg; § 10 VwVGHbg; § 85 SOG MV; § 7 LVwVG RP; § 234 LVwG SH; nach § 26 HVwVG, § 21 Abs. 1 NVwVG und § 40 Abs. 1 ThürVwZVG ist die Vollstreckung zulässig, sofern der betroffene Hoheitsträger nicht an der Erfüllung seiner Aufgaben gehindert wird. Nach § 37 Abs. 1 S. 1 SVwVG ist die Vollstreckung gegen Hoheitsträger sogar grds. zulässig. Nach § 18 SächsVwVG bedarf es der ausdrücklichen Genehmigung zumindest durch die Aufsichtsbehörde.

⁶⁷ *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 491.

⁶⁸ VGH Kassel DÖV 1992, 752.

⁶⁹ VGH Kassel NVwZ 1997, 304.

⁷⁰ So auch *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 143; *Schoch*, Jura 2005, 324.

⁷¹ Vgl. dazu insbesondere *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 491; *Schoch*, Jura 2005, 324.

⁷² Dazu *Hufen*, ZJS 2010, 603 (604); *Erbguth* (Fn. 7), § 14 Rn. 44.

⁷³ Dazu *Hufen*, ZJS 2010, 603 (604); *Erbguth* (Fn. 7), § 14 Rn. 46 ff.

⁷⁴ *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 9 Rn. 86 f.; *Württemberg/Heckmann* (Fn. 46), Rn. 494 f.

⁷⁵ *Thiel* (Fn. 26), § 8 Rn. 162; *Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen* (Fn. 26), § 9 Rn. 92 f.; vgl. *Schenke* (Fn. 27), Rn. 285 ff.; *Schoch* (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 230.

(2) Zivilrechtliche Absprachen

Die H-GmbH argumentiert, dass sie zivilrechtlich mit der C-AG vereinbart habe, dass für entsprechende Maßnahmen wie das Aufstellen von Abfallbehältern nur die C-AG zuständig sei. Der Bürgermeister hingegen argumentiert, er habe solche Absprachen nicht zu beachten.

Für die Haltung des Bürgermeisters spricht bereits, dass es für Behörden und Polizei zumeist schwierig sein wird, zunächst das zivilrechtliche Zuständigkeitsverhältnis zu ergründen. Auch widerspricht eine Pflicht zur Erforschung des zivilrechtlichen Innenverhältnisses zwischen Störern einer effektiven Gefahrenabwehr. Entscheidend ist, wer sicher und schnell die Gefahr beseitigen kann bzw. bei welchem Störer die Behörde den geringsten Aufwand betreiben muss.⁷⁶ Die zivilrechtliche Vereinbarung zwischen der H-GmbH und der C-AG ist daher für die Störerauswahl irrelevant.⁷⁷

(3) Effektivität der Gefahrenabwehr

Als allein maßgeblich für die Ermessensausübung der Ordnungsbehörde bleibt damit der Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr. Wer für die Behörde zum Zeitpunkt der Entscheidung die Gefahr am sichersten, zuverlässigsten und schnellsten beseitigen kann, ist der richtige Adressat.⁷⁸

Hierbei sind bereits die Kunden der C-AG zu vernachlässigen. Insbesondere wegen der zu erwartenden großen Kundenanzahl, aber auch wegen – zumindest im Zeitpunkt der Entscheidung – fehlender Information über die jeweiligen Personen kann die Behörde über die Kunden eine effektive Gefahrbeseitigung nicht gewährleisten. Es ist keine Maßnahme ersichtlich, mit deren Hilfe die Gefahr zuverlässig durch die Kunden beseitigt werden könnte. Die Kunden als Störer heranzuziehen, scheidet daher aus Gründen der Effektivität aus.

Für die Pflichtigkeit der H-GmbH spricht zunächst, dass sie als Verwalter des Einkaufszentrums samt Parkplatz grundsätzlich auf die Sauberkeit und Einhaltung der Regelungen achtet, für sie mithin das Aufstellen von Abfallbehältern kein Problem darstellen müsste.

Ähnliches gilt indes auch für die C-AG. Für das Aufstellen von Abfallbehältern bedarf sie grds. keiner Genehmigung des Eigentümers oder des Verwalters, so dass sie genauso effizient die Gefahr beseitigen könnte.⁷⁹ Für den Kreis gilt als Eigentümer das Gleiche (a.A. vertretbar).

Können mehrere Störer gleich effektiv Gefahrenabwehr betreiben, so kann die Behörde den Störer heranziehen, der

die größere Sachnähe bzw. finanzielle Leistungsfähigkeit aufweist.⁸⁰

Zwar steht die H-GmbH kurz vor der Insolvenz und könnte daher als Störer ausfallen. Allerdings sind die zu erwartenden Kosten für die Aufstellung von Müllvorrichtungen so niedrig, dass das Kriterium der Leistungsfähigkeit hier zu vernachlässigen ist. In diesem Fall ist daher die Gefahr- bzw. Sachnähe der jeweiligen Störer maßgeblich. Am gefahrnächsten steht hier die C-AG. Zwar ist sie als Zweckveranlasser nur mittelbare Verursacherin. Im Verhältnis zur H-GmbH oder dem Kreis steht sie der Gefahr indes näher, da erst durch ihren Verkauf die Gefahr „entsteht“ bzw. durch „ihre“ Kunden hervorgerufen wird. Weiterhin ist sie laut Sachverhalt wirtschaftlich leistungsfähig. Der Kreis hingegen ist von den genannten Störern am weitesten von der Gefahr entfernt, da er sich nicht einmal um die genaue Situation im Einkaufszentrum kümmert, sondern dies der H-GmbH überträgt.

Allerdings ist zu beachten, dass in solchen Fällen eine Verpflichtung der Inanspruchnahme des Sachnäheren bzw. Leistungsfähigeren nicht existiert.⁸¹ Dadurch, dass der Bürgermeister mit der H-GmbH einen Störer ausgewählt hat, der effektiv die Gefahr beseitigen kann, auch wenn er der Gefahr nicht so nahe steht wie die C-AG, wurde der Zweck der Ermächtigung – die Effektivität der Gefahrenabwehr – nicht überschritten. Dass die H-GmbH der Gefahr nicht so nahe ist wie die C-AG, spricht zwar evtl. gegen eine logische Gefahrzurechnung. Eine solche reine Zweckmäßigkeitüberlegung ist jedoch nicht Gegenstand der Ermessensfehlerprüfung, die nach § 114 S. 1 VwGO nur dann greifen würde, wenn der Zweck der Ermächtigung (hier des § 14 OBG) überhaupt nicht erfüllt würde.

Dass durch die Inanspruchnahme der H-GmbH der Zweck der Ermächtigung indes verfehlt worden ist und daher ein Ermessensfehler vorliegt, ist daher nicht ersichtlich. Damit liegt ein Ermessensfehlergebrauch nicht vor (a.A. vertretbar).

c) Ergebnis

Hinsichtlich der getroffenen Rechtsfolge ergeben sich keine Rechtsverstöße.

4. Sonstiger Verstoß gegen höherrangiges Recht

Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht liegt nicht vor. Damit ist die Verfügung materiell rechtmäßig.

IV. Ergebnis

Die Maßnahme ist rechtmäßig.

⁷⁶ Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 164.; Würtenberger/Heckmann (Fn. 46), Rn. 503 ff.; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2012, Kap. 10 Rn. 1 f., 7 ff.

⁷⁷ Vgl. BVerwG NVwZ 1990, 474 (475), wonach jedenfalls dann ein Ermessensfehler vorliegt, wenn die Behörde unstrittige und bekannte Regelungen vernachlässigt. Vgl. auch Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 164.; Würtenberger/Heckmann (Fn. 46), Rn. 505; Schoch (Fn. 54), Kap. 2 Rn. 174.

⁷⁸ Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 164.

⁷⁹ Zur Problematik eventuell notwendiger Duldungsverfügungen gegenüber Dritten Pieroth/Schlink/Kniesel/Poscher/Kingreen (Fn. 26), § 9 Rn 95, 96.

⁸⁰ Schoch, Jura 2005, 685 (689); Schenke (Fn. 27), Rn. 286.

⁸¹ Dies ergibt sich bereits aus der Natur des Ermessens, sofern keine Ermessensreduktion auf Null vorliegt, siehe Thiel (Fn. 26), § 8 Rn. 162 f.; Kugelmann (Fn. 76), Kap. 10 Rn. 14 f.