

Entscheidungsbesprechung

Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge

Eine Regelung in einer Polizeiverordnung, wonach es im zeitlichen und örtlichen Geltungsbereich der Verordnung verboten ist, Glas- oder sonstige zerbrechliche Behältnisse mitzuführen, wenn deren Inhalt bei dauerhaftem Verweilen konsumiert werden soll, ist nur dann durch die Ermächtigungsgrundlage des § 10 i.V.m. § 1 PolG gedeckt, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das verbotene Verhalten regelmäßig und typischerweise erhebliche Rechtsgutverletzungen zur Folge hat. Vorsorge-maßnahmen zur Abwehr möglicher Beeinträchtigungen im Gefahrenvorfeld werden durch die Ermächtigungsgrundlage in § 10 i.V.m. § 1 PolG nicht gedeckt (Fortführung der ständigen Senatsrechtsprechung). (Amtlicher Leitsatz.)

PolG BW §§ 10, 1
VwGO § 47 Abs. 2 S. 1

VGH Mannheim, Urt. v. 26.07.2012 – 1 S 2603/11¹

I. Einleitung

Für das Bodenseufer ein Mitführverbot von Glas- und anderen zerbrechlichen Behältnissen zu erlassen, ist mangels abstrakter Gefahr nicht Aufgabe der Polizeibehörden, sondern des Gesetzgebers. Diese Grundaussage lässt sich dem Urteil des VGH BW vom 26.7.2012 entnehmen, in dem er die §§ 2 und 4 der Polizeiverordnung der Stadt Konstanz zum Schutz des frei zugänglichen Seeufers vor Verunreinigungen und den damit einhergehenden Gefahren für unwirksam erklärt hat. Der VGH BW hat damit nach seinem bundesweit für Aufsehen sorgenden Urteil zum mittels Polizeiverordnung ergangenen Verbot des Alkoholkonsums der Stadt Freiburg i. Br.² erneut dem Vorgehen einer Gemeinde mittels Polizeiverordnung wegen Fehlens einer abstrakten Gefahr den Riegel vorgeschoben. Mit beiden Entscheidungen sieht sich der VGH BW in der Tradition des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 3.7.2002 zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung³, in dem sich das BVerwG ausführlich mit der abstrakten Gefahr i.S.d. Polizei- und Ordnungsrechts und mit der Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge beschäftigt hat. Tatsächlich geht der VGH BW jedoch in wesentlichen Teilen über die in diesem Urteil festgelegten bundesverwaltungsgerichtlichen Grundsätze hinaus und legt ein eigenständiges und von der hergebrachten Dogmatik abweichendes polizeirechtsdogmatisches Konzept zugrunde. Nicht zuletzt deshalb, weil Entscheidungen des VGH BW zum

Themenkomplex Verhaltensverbote im öffentlichen Raum seit vielen Jahren bundesweite Ausstrahlungswirkung zukommt⁴ und daher die vom VGH BW entwickelten polizeirechtsdogmatischen Grundsätze Bedeutung für die verwaltungs- und oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bundesweit haben, gilt es, die Schlüssigkeit und Überzeugungskraft des vom VGH BW zugrundegelegten Konzepts einer kritischen Überprüfung zu unterziehen und Schwachpunkte in der Argumentation aufzuzeigen.

II. Zum Sachverhalt

Am 21.7.2011 erließ die Stadt Konstanz eine Polizeiverordnung zum Schutz des frei zugänglichen Seeufers vor Verunreinigungen und den damit einhergehenden Gefahren (im Folgenden: PVO), deren Herzstück, § 2 PVO, ein örtlich und zeitlich begrenztes Verbot von Glas- und anderen zerbrechlichen Behältnissen vorsah. Dort hieß es:

„Das Mitführen von Glasflaschen, Gläsern und jeglichen sonstigen Behältnissen aus Glas, Porzellan oder anderen zerbrechlichen Materialien ist, wenn aufgrund der konkreten Umstände die Absicht erkennbar ist, dass deren Inhalt beim dauerhaften Verweilen konsumiert werden soll, im Geltungsbereich nach § 1 I, II dieser Verordnung untersagt.“

Zweck des Verbots war ausweislich des Titels der PVO und der von der Stadtverwaltung gelieferten Begründung der Schutz bestimmter Seebereiche vor Abfällen aus Glas und anderen zerbrechlichen Materialien, sowie der Schutz der Bevölkerung vor Verletzungen und Sachbeschädigungen, die aufgrund herumliegender Scherben entstehen würden. Belastbare Daten, die Aufschluss über die Menge des im zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der PVO vor Erlass der PVO anfallenden Mülls oder über die Anzahl von Verletzungen und Sachbeschädigungen gegeben hätten, standen der Stadt Konstanz jedoch nicht zur Verfügung.

III. Einführung in das grundlegende Problem: Der polizeirechtliche Gefahrenbegriff und die Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge

Maßgeblich für die Rechtmäßigkeit polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Einschreitens ist das Bestehen einer „Gefahr“;⁵ in den letzten Jahrzehnten sind daneben aber insbesondere in den Bereichen Umweltrecht und technisches Sicherheitsrecht erweiternde Begriffe wie „Vorsorge“ oder „Risiko“ getreten, die auch in der bundesverwaltungs- und oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahre zu Polizeiverordnungen vermehrt thematisiert wurden.⁶ Da die Begriffe „Vorsorge“ und „Risiko“ jedoch ein anderes dogmatisches Feld – nämlich das Recht der Risiko- und Gefahren-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=VGH+Baden-W%FCrttemberg&Art=en&Datum=2012-7&nr=15967&pos=3&anz=19 und BeckRS 2012, 54931.

² VGH BW NVwZ-RR 2010, 55.

³ BVerwGE 116, 347.

⁴ Vgl. dazu Hecker, NVwZ 2010, 359 (362).

⁵ Vgl. nur Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 4 Rn. 1.

⁶ Grundlegend BVerwGE 116, 347; vgl. ferner NdsOVG, Urt. v. 27.1.2005 – 11 KN 38/04; ThürOVG, Urt. v. 26.4.2007 – 3 N 699/05; VGH BW, Urt. v. 28.7.2009 – 1 S 2200/08 = NVwZ-RR 2010, 55 = VBIBW 2010, 29; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 17.3.2010 – 3 K 319/09.

vorsorge – eröffnen, das durch andere Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen gekennzeichnet ist als das Polizeirecht,⁷ ist eine trennscharfe Abgrenzung dieser Begriffe von der Gefahr unumgänglich. Auszugehen ist dabei vom klassischen Gefahrenbegriff,⁸ dem dann die „Gefahrenvorsorge“ und das „Risiko“ entgegengesetzt werden können; nur so ist zu gewährleisten, dass schwierige Fallgruppen nicht vorschnell der Gefahrenvorsorge oder dem Risikorecht unterstellt werden, sondern zunächst gründlich überprüft werden kann, ob diese nicht bereits auf Basis des klassischen Gefahrenabwehrrechts bewältigt werden können.⁹

1. Eine *Gefahr* im überkommenen polizei- und ordnungsrechtlichen Sinn liegt vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird.¹⁰ Dieser Gefahrbegriff und damit die Feststellung einer Gefahr setzt sich also aus zwei Elementen zusammen: einer *Diagnose* der Sachlage und einer *Prognose* des zu erwartenden Geschehensablaufs.¹¹ Die Diagnose bildet die Grundlage der Gefahrenprognose und setzt gesicherte tatsächliche Erkenntnisse voraus. Mit Hilfe von Fakten, Erfahrungswissen, wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen sowie der allgemeinen Lebenserfahrung ist der Sachverhalt festzustellen und sind die möglichen Kausalverläufe, die von dem festgestellten Sachverhalt ausgehen können, und die relative Häufigkeit deren Eintritts in vergleichbaren Situationen zu erfassen.¹² Hinsichtlich der möglichen Kausalverläufe ist dabei nicht zu fordern, dass diese naturwissenschaftlich durchdrungen und vorhersehbar sind; vielmehr genügt es, wenn – auch bei Unsicherheit über das Wie des Zustandekommens – hinreichendes Erfahrungswissen oder auch statistische Belege für die möglichen Auswirkungen einer Sachlage bestehen.¹³

Gestützt auf diese Diagnose – auch als „tatsächliche Grundlagen der Gefahrenprognose“ bezeichnet¹⁴ – erfolgt die Prognose des weiteren Kausalverlaufs: Gefordert ist die Einschätzung, dass die diagnostizierte Sachlage bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit

ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird.¹⁵ „Hinreichende Wahrscheinlichkeit“ meint dabei keine mathematische Wahrscheinlichkeit, d.h. keine mehr als 50 %-ige Eintrittshäufigkeit, sondern bewegt sich im Korridor zwischen der Sicherheit (unter Einschluss derselben) und der nahezu, aber nicht völlig auszuschließenden Möglichkeit, und ist eine Zusammensetzung aus der diagnostisch ermittelten (relativen) Häufigkeit und einem normativen Anteil.¹⁶ Der normative Anteil besteht dabei in einer Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, dem Grundsatz der gegenläufigen Proportionalität: Je größer und folgenschwerer die drohende Schädigung und/oder je höher der Wert des gefährdeten Rechtsguts ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit. Anders gewendet: Die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit wachsen, wenn die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts und/oder der drohenden Schädigung gering ist.¹⁷

Dies alles gilt gleichermaßen für die konkrete wie die abstrakte Gefahr, unterschiedlich ist lediglich der Bezugspunkt der Diagnose und Prognose: Bei der *konkreten Gefahr* kommt es auf einen Einzelfall an, d.h. die Diagnose hat alle für den weiteren Verlauf relevanten Merkmale der konkreten Situation zu berücksichtigen und kann sich hinsichtlich der relativen Häufigkeitsverteilung der möglichen Kausalverläufe nicht mit typisierenden Erkenntnissen oder Statistiken begnügen, sondern kann lediglich Fälle einbeziehen, die die gleichen für den weiteren Verlauf relevanten Merkmale der konkreten Situation aufweisen; die Prognose ist basierend auf dieser Diagnose zu treffen, d.h. es ist zu fragen, ob in einem einzelnen Fall mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich zu rechnen ist. Bei der *abstrakten Gefahr* erfolgen Diagnose und Prognose hingegen anhand typischer Merkmale, d.h. eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder für bestimmte mehrfach auftretende Zustände zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt.¹⁸

Nun kommt es aber vor, dass der handelnde Beamte über die Gegebenheiten einer Situation oder die einschlägigen Erfahrungssätze im Unklaren ist. Wenn sich der Beamte dieser Unvollständigkeit seiner Erkenntnisse bewusst ist, bedeutet dies in beiden Alternativen, dass er die möglichen Kausalverläufe, die aus einer Sachlage folgen können, nicht diagnostizieren kann: In der ersten Alternative, weil selbst das umfassendste Erfahrungswissen nicht mit der notwendigen Beurteilungssicherheit eine Aussage darüber zulässt, wie sich ein ungewisser Sachverhalt weiterentwickeln kann; in der zweiten

⁷ *Di Fabio*, Jura 1996, 566.

⁸ Dabei genügt es für die hier verfolgten Zwecke, den Gefahrbegriff unter Außerachtlassung der sog. Anscheinsgefahr zu erläutern.

⁹ *Möstl*, Jura 2005, 48 (51).

¹⁰ Vgl. nur BVerwGE 45 (51, 57); *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. D Rn. 39; *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 108; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 69; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 2.

¹¹ Vgl. nur *Gusy* (Fn. 10), Rn. 111 ff.; *Schoch*, in: Schmidt-Abmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, Kap. 2 Rn. 87.

¹² *Poscher*, DV 41 (2008), 345 (353 ff.); *Schoch*, Jura 2003, 472 (473); vgl. auch *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 85.

¹³ BVerwGE 116, 347 (357); *Möstl*, Jura 2005, 48 (51).

¹⁴ Z.B. BVerwGE 116, 347 (352).

¹⁵ Vgl. nur *Schoch* (Fn. 11), Rn. 89.

¹⁶ *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 7; *Schoch* (Fn. 11), Rn. 89; *Di Fabio*, Jura 1996, 566 (568).

¹⁷ Schon BVerwGE 45 (51, 61); ferner BVerwGE 116, 347 (356); *Gusy* (Fn. 10), Rn. 119; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 7; *Schenke* (Fn. 10), Rn. 77; *Di Fabio*, Jura 1996, 566 (568).

¹⁸ BVerwGE 116, 347 (351 f.); *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 9; *Poscher*, DV 41 (2008), 345 (360 f., 363 f.); *Schenke* (Fn. 10), Rn. 70; so auch der VGH BW NVwZ-RR 2010, 55 (56).

Alternative, weil der handelnde Beamte mögliche Kausalverläufe mangels Wissens nicht feststellen kann.¹⁹ Beiden Alternativen ist aber gemein, dass es sich um eine vorübergehende, situative Unklarheit handeln muss, d.h. der Sachverhalt muss grundsätzlich aufklärbar sein bzw. Erfahrungswissen oder sonstige Erkenntnisse über mögliche Kausalverläufe sind grundsätzlich verfügbar bzw. zu erlangen.²⁰ Da eine Gefahrenprognose wie bereits erläutert eine sichere Diagnose voraussetzt, kann auf Grundlage einer solchermaßen unsicheren Diagnose nicht prognostiziert werden, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden an einem polizeilich geschützten Rechtsgut eintreten wird. Der Beamte kann daher nicht von einer Gefahr, sondern lediglich von der Möglichkeit einer Gefahr ausgehen. Es besteht dann ein *Gefahrenverdacht*.²¹

Nach h.M. berechtigt grundsätzlich auch ein Gefahrenverdacht die Polizeibehörden zum Einschreiten auf Grundlage der Generalklausel, jedoch ist die verhältnismäßige Reaktion auf den Gefahrenverdacht nur selten ein endgültiges Einschreiten zur Abwehr der Gefahr, über die ja keine Gewissheit besteht, sondern meistens ein vorläufiges Einschreiten zur Verschaffung von Gewissheit über den Sachverhalt oder die einschlägigen Erfahrungssätze, der sog. Gefahrforschungseingriff.²²

2. Ist damit nun der Bereich des klassischen Polizei- und Ordnungsrechts in Bezug auf dessen Zentralbegriff hinreichend klar abgesteckt, so kann derjenige Bereich ins Auge gefasst werden, der mit der Konstruktion des Gefahrenbegriffs als auf eine gesicherte Diagnose gestütztes Wahrscheinlichkeitsurteil nicht erfasst werden kann: Sachverhalte und Kausalverläufe, die nicht nur aus einer situativen Gebundenheit heraus nicht aufgeklärt werden können, sondern die nach derzeitigem Wissensstand strukturell unaufklärbar sind. Die Unaufklärbarkeit kann z.B. daran liegen, dass eine Technik neu ist und noch kein Erfahrungswissen über die mit ihr verbundenen Schadensmöglichkeiten besteht, also nur auf rein theoretische, konstruktive Prognosemodelle zurückgegriffen werden kann; der Grund kann aber auch darin bestehen, dass in Bereichen, in denen es um physikalische, biologische oder ökologische Systeme geht, die in ihren Kausal- und Wirkungszusammenhängen komplex, diffus und von häufig nicht-linearen, sprunghaften, chaotischen Entwicklungen und Veränderungen geprägt sind, die Möglichkeit, gesicherte Diagnosen anzustellen, bereits prinzipiell in Frage gestellt werden muss.²³ In diesen Fällen ist eine Wahrscheinlichkeitspro-

gnose nach klassischem Polizei- und Ordnungsrecht wegen der strukturell unzureichenden Diagnosemöglichkeiten strukturell ausgeschlossen. Mit dem Gefahrenabwehrrecht ist solchen Konstellationen daher nicht beizukommen.²⁴ In Abgrenzung zur polizeirechtlichen Terminologie sollten solche Gegebenheiten dann auch nicht als „Gefahrenverdacht“,²⁵ sondern können im Anschluss an die grundlegende Wyhl-Entscheidung des BVerwG als „Besorgnispotenzial“²⁶ oder „Risiko“²⁷ bezeichnet werden.²⁸

Das Vorgehen gegen bzw. aufgrund eines Besorgnispotenzials bzw. eines Risikos geschieht im Wege der sog. *Risiko- und Gefahrenvorsorge*. Dabei geht es um breite Informationssammlung und -bewertung, um Vergleiche verschiedener Risiken und um Nutzen-Risiko-Abschätzungen, die neben der Beurteilung der Intensität der bestehenden „Verdachtsmomente“ eine Abschätzung der Hinnehmbarkeit der Risiken sowie der Akzeptanz oder Nichtakzeptanz der in Betracht kommenden Freiheitseinschränkungen in der Öffentlichkeit einschließen; die auftretenden Wertungsfragen sind also „politisch“ geprägt oder mitgeprägt und daher Sache des Gesetzgebers.²⁹ Denn „[a]llein der Gesetzgeber ist befugt, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen die Rechtsgrundlagen für Grundrechtseingriffe zu schaffen, mit denen Risiken vermindert werden sollen, [...] Das geschieht üblicherweise durch eine Absenkung der Gefahrenschwelle in dem ermächtigenden Gesetz von der ‚Gefahrenabwehr‘ zur ‚Vorsorge‘ gegen drohende Schäden (vgl. etwa § 7 II Nr. 3 AtG, § 5 I Nr. 2 BImSchG, § 6 II GenTG, § 7 BBodSchG).“³⁰

3. Diese Abgrenzung macht deutlich, dass Gefahr und Risiko und dass Gefahrenabwehr und Gefahren- bzw. Risikovorsorge sich nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ voneinander unterscheiden; Gefahrenabwehr und Gefahren- bzw. Risikovorsorge bezeichnen zwei strukturell verschiedene Bereiche; ein Sachverhalt ist entweder strukturell der Gefahrenabwehr oder strukturell der Gefahrenvorsorge zuzuordnen.³¹ Insbesondere ist daher auch eine auf Grundlage eines

¹⁹ Ähnlich Schoch (Fn. 11), Rn. 95.

²⁰ Poscher, Gefahrenabwehr, 1999, S. 93; Di Fabio, Jura 1996, 566 (569); Trute, DV 36 (2003), 501 (507).

²¹ Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 5), § 4 Rn. 7; Schenke (Fn. 10), Rn. 83; Möstl, Jura 2005, 48 (52); Schoch, Jura 2003, 472 (475).

²² Denninger (Fn. 10), Kap. D Rn. 48; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, § 13 3. (S. 227); Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 5), § 4 Rn. 59; Schoch (Fn. 11), Rn. 97; krit. dazu Schenke (Fn. 10), Rn. 86 ff.

²³ Dazu ausführlich Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 257 f.; vgl. auch

BVerwGE 116, 347 (351 ff.); Di Fabio, Jura 1996, 566 (570); Jaeckel, JZ 2011, 116 (119 f.); Trute, DV 36 (2003), 501 (507); vgl. ferner auch BVerfG DÖV 2010, 485 = NVwZ 2010, 702 zur Möglichkeit des Weltuntergangs durch das CERN.

²⁴ Möstl, Jura 2005, 48 (52); Poscher (Fn. 20), S. 95 f.

²⁵ So aber missverständlich BVerwGE 116, 347 (351 f.); dazu Ehlers, DVBl. 2003, 336.

²⁶ BVerwGE 72, 300 (315).

²⁷ So Di Fabio, Jura 1996, 566 (570); Möstl, Jura 2005, 48 (52); Poscher (Fn. 20), S. 95 f.

²⁸ Andere Konzeption des Risikobegriffs u.a. bei Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Abmann/Kunig, Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 1990, § 2 Abs. 6; Kahl, DVBl. 2003, 1105 (1107 ff.); ausführlich zu diesen Konzeptionen Jaeckel, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 57 ff.; Lepsius, in: VVDStRL 63 (2004), 264.

²⁹ BVerwGE 116, 347 (352).

³⁰ BVerwGE 116, 347 (353).

³¹ Di Fabio (Fn. 12), S. 104, 115, 450 ff., 456; Drews/Wacke/Vogel/Martens (Fn. 22), § 11 2. (S. 160); Jaeckel, JZ 2011,

Gefahrenverdachts ergehende auf Gefahrenabwehr gerichtete Maßnahme keine Maßnahme der Gefahren- bzw. Risikovor-sorge.³² In der Regel ist zwar die verhältnismäßige Reaktion auf einen Gefahrenverdacht ein Gefahrerforschungseingriff; die auf Gefahrenabwehr gerichtete Maßnahme ist meist noch unverhältnismäßig und damit rechtswidrig; nicht jedoch entweicht sie aufgrund dieser Unverhältnismäßigkeit dem Bereich des klassischen Polizei- und Ordnungsrechts.

IV. Entscheidungsgründe

1. Eingangs bejaht der VGH BW in wenigen Sätzen die Zulässigkeit des Antrags, dabei insbesondere die Antragsbefugnis des Antragstellers nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO, und widmet sich dann der Begründetheit des Antrags und dabei zunächst der Frage, ob die angegriffenen Regelungen der PVO dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügen. Unter Verweis auf die Anforderungen, die der VGH BW in Anknüpfung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³³ bereits in früheren Urteilen³⁴ entwickelt hat, stellt er ohne nähere Ausführungen die hinreichende Bestimmtheit des räumlichen Anwendungsbereichs, des objektiven Tatbestandsmerkmals des Mitführens und des subjektiven Tatbestandsmerkmals der Konsumabsicht fest.

2. Den Schwerpunkt des Urteils nehmen die abstrakten Erläuterungen, was unter einer *abstrakten Gefahr* i.S.d. § 10 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 PolG BW³⁵ zu verstehen ist, und die Frage ein, ob das durch § 2 PVO verbotene Verhalten eine abstrakte Gefahr in diesem Sinne darstellt.

Im abstrakten Rechtssatz stellt der *Senat* fest, dass eine abstrakte Gefahr nur dann vorliege, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führe, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflege. Nachdem anschließend die Unterschiede und Gemeinsamkeiten von konkreter und abstrakter Gefahr im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerwG³⁶ erläutert worden sind, folgen die Anforderungen an die tatsächlichen Grundlagen einer Gefahrenprognose: Die Feststellung einer

abstrakten Gefahr verlange eine in tatsächlicher Hinsicht genügend abgesicherte Prognose; der Exekutive komme dabei in Bezug auf die Frage, ob die vorliegenden Erkenntnisse die Annahme einer abstrakten Gefahr rechtfertigen würden, keine Einschätzungsprärogative zu. Für die Gerichte müssten vielmehr hinreichende Anhaltspunkte erkennbar sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen würden.

Da die Anforderungen, die an die Annahme einer abstrakten Gefahr zu stellen seien, umso geringer seien, je höher der Wert der gefährdeten Rechtsgüter sei und je schwerer die abstrakt drohende Rechtsgutsverletzung im Einzelfall wiege, reiche es bei besonders hochwertigen Rechtsgütern aus, dass sich der Eintritt einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht als ein so seltener und atypischer Kausalverlauf darstelle, dass ein unbefangener Beobachter mit dem Schadenseintritt nicht hätte rechnen müssen. In diesem Sinne genüge bereits die entferntere Möglichkeit eines Schadenseintritts. Dagegen würden Risikobewertungen und -bewältigungen im Bereich der Gefahrenvorsorge von den polizeisetzlichen Ermächtigungen nicht erfasst; für derartige Regelungen bleibe allein der Gesetzgeber zuständig.

Die Subsumtion unter diesen abstrakten Rechtssatz ist dreigeteilt: zunächst geht der VGH BW der Frage nach, ob im Hinblick auf mögliche Schnittverletzungen eine abstrakte Gefahr gegeben sei (a), dann klärt er, ob unter dem Gesichtspunkt des Entstehens von Scherben eine abstrakte Gefahr anzunehmen sei (b), und schließlich erörtert er, ob wegen etwaigen bei abendlichen Zusammenkünften entstehenden Lärms eine abstrakte Gefahr bestehe (c).

a) Zwar seien angesichts des in Rede stehenden hochwertigen Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit die Anforderungen, die an die Annahme einer abstrakten Gefahr zu stellen seien, gemindert. Der *Senat* verkenne auch nicht die Gefährlichkeit verdeckter (namentlich im Uferbereich verborgener) Glas- oder Porzellanscherben und das Risiko, dass es bei einer Verletzung im Einzelfall zu langwierigen und schmerzhaften Komplikationen kommen könne; jedoch könne die PVO selbst diesen geminderten Anforderungen nicht standhalten, da sich bereits nicht feststellen ließe, in welchem Umfang es zu Schnittverletzungen aufgrund zerstörter Glasflaschen oder anderer in § 2 PVO genannter Gegenstände gekommen sei.

Zur Begründung bezeichnet der *Senat* die wenigen aktenkundigen Schnittverletzungen als Einzelfälle und stellt fest, dass die Stadt Konstanz lediglich allgemeine, nicht näher belegte Ausführungen zur Anzahl der Verletzungen getätigt habe, was für den Nachweis einer abstrakten Gefahr nicht genüge. Anhand der wenigen aktenkundigen Einzelfälle sei nicht einmal eine Hochrechnung der Gesamtzahl der Schnittverletzungen möglich. Zudem sei das Vorbringen, durch sieben einmonatige Polizeiverordnungen im Vorfeld des Erlasses der PVO sei es zu einem Rückgang der scherbenbedingten Verletzungen gekommen, mangels konkreter Belege nicht stichhaltig. Nicht einmal sei klar, inwieweit die wenigen, von der Stadt Konstanz erfassten Schnittverletzungen überhaupt aus dem räumlichen Anwendungsbereich der PVO stammen würden bzw. ob die gelegentlichen Schnittverletzungen Einzelner

116 (123); *Möstl* (Fn. 23), S. 190 f., 252, 255; *Poscher* (Fn. 20), S. 96.

³² *Poscher* (Fn. 20), S. 96; missverständlich insoweit BVerwGE 116, 347 (356 f.); siehe dazu *Ehlers*, DVBl. 2003, 336.

³³ Namentlich BVerfGE 113, 348 (375 f.).

³⁴ VGH BW VBl. BW 2008, 134 f. und VGH BW NVwZ-RR 2010, 55; dabei standen bei letzterem Urteil aufgrund der nahezu wortgleich verwendeten Tatbestandsmerkmale auch das objektive Merkmal des Mitführens sowie das subjektive Merkmal der Konsumabsicht in Streit, deren hinreichende Bestimmtheit der VGH BW damals mit ausführlichen Erläuterungen bejaht hat.

³⁵ Entspricht §§ 25 Abs. 1, 26 Abs. 1 bbgOBG; § 55 berlASOG; § 49 bremPolG; § 1 I hambSOG; §§ 72, 73, 74 hessSOG; § 17 mvSOG; § 55 ndsSOG; §§ 26 Abs. 1, 27 Abs. 1 nwOBG; § 43 rpPOG; § 59 Abs. 1 saarlPolG; § 9 Abs. 1 sächsPolG; § 94 saSOG; § 175 Abs. 1 shLVwG; § 27 Abs. 1 thürOBG.

³⁶ U.a. BVerwGE 116, 347 (351 f.).

zeitlich und sachlich überhaupt in einem kausalen Zusammenhang mit Handlungen Dritter stehen, die den Tatbestand des § 2 PVO erfüllt hätten.

b) Zwar begründe auch die unerlaubte Entsorgung von Abfall eine Störung der öffentlichen Sicherheit, jedoch sei es bei wertender Betrachtung nicht bereits das Mitführen zerbrechlicher Materialien, das zu Scherben führe, sondern es müssten vielmehr weitere Umstände hinzutreten. Das Verbot des Mitführens zerbrechlicher Materialien erweise sich damit – auch im Hinblick darauf, dass das Verunreinigen öffentlicher Straßen etc. durch § 7 Abs. 1 der Umweltschutz- und Polizeiverordnung der Stadt Konstanz vom 28.4.2005 ohnehin verboten sei – als Maßnahme einer bloßen Gefahrenvorsorge und nicht der Gefahrenabwehr.

c) Abgesehen davon, ob der Zweck der Lärmvermeidung überhaupt in Betracht zu ziehen sei, nachdem die Stadt Konstanz die PVO ausweislich ihrer Bezeichnung nur gegen „Verunreinigungen und [die] damit einhergehenden Gefahren“ richte, stelle das verbotene Verhalten jedenfalls für sich genommen noch keine hinreichende Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar, da das Mitführen zerbrechlicher Gefäße nur bei Hinzutreten weiterer Umstände (z.B. Gruppenbildung etc.) – entfernt – zum Entstehen von Lärmmissionen beitragen könne.

3. Die angegriffene PVO verfehle daher unter jedem Gesichtspunkt die Anforderungen, die an die Annahme einer abstrakten Gefahr i.S.d. §§ 1 Abs. 1 und 10 Abs. 1 PolG BW zu stellen seien. § 2 PVO und damit auch der ebenfalls angegriffene § 4 PVO seien deshalb nichtig.

V. Bewertung

Der Entscheidung des VGH BW ist nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung zu widersprechen. Zu kritisieren ist die vom VGH BW vorgenommene Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge (1.), zudem, dass der VGH BW der Stadt Konstanz als Verordnungsgeberin lediglich einen verkürzten Diagnosemaßstab zugesteht (2.), ferner, dass der VGH BW Zurechnungsgesichtspunkte aus der Störerdogmatik in den Gefahrenbegriff einbezieht (3.) und schließlich, dass der VGH BW das Teilschutzgut der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung verkürzt (4.).

1. Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge

Die grundlegende Aussage des VGH BW bei der Beurteilung der PVO ist, dass es sich beim Verbot des § 2 PVO nicht um eine Maßnahme der Gefahrenabwehr, sondern um Gefahrenvorsorge handele. Die vom VGH BW vorgenommene Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge lässt sich dabei dahingehend beschreiben, dass eine als Gefahrenabwehr gedachte Maßnahme immer dann eine Maßnahme der Gefahrenvorsorge darstellt, wenn eine abstrakte Gefahr nicht angenommen werden kann – sei es wegen lückenhafter Erfassung des zugrundegelegten Sachverhalts, sei es wegen Einschreitens an zu früher Stelle der Ursachenkette bzw. wegen Vorverlagerung des Schutzes gegen ein ohnehin verbotenes Verhalten.

Diese Punkte können jedoch nicht eine Einstufung der PVO als Maßnahme der Gefahrenvorsorge begründen, denn

ausgehend von der bereits erläuterten Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge ist der dem Urteil des VGH BW zugrundeliegende Sachverhalt nach klassischem Polizeirecht zu beurteilen und hat strukturell nichts mit dem Bereich der Risiko- und Gefahrenvorsorge zu tun. Denn die Verhaltensweisen der im räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich der PVO Zusammenkommenden und die Auswirkungen (hinsichtlich des Abfalls und daraus möglicherweise entstehender Verletzungen) dieses Zusammenkommens sind grundsätzlich beobachtbar und dokumentierbar und können in Erfahrungssätzen festgehalten werden. Selbst wenn dies – wovon der VGH BW ausgeht – bisher nicht in hinreichendem Maße geschehen sein sollte, so wäre dies dennoch ein prinzipiell zu bewerkstellendes Unterfangen, mithin würde es sich nur um eine situative Unklarheit, nicht jedoch eine strukturelle handeln und damit um einen Gefahrenverdacht.

Dass der VGH BW die PVO dennoch als Maßnahme der Gefahrenvorsorge einstuft und damit eine Rechtsprechung, die in der Auseinandersetzung mit strukturell unklaren und mit den derzeitigen Mitteln der Fachwissenschaft nicht aufklärbaren Gegebenheiten und Kausalzusammenhängen in der Atomtechnik entwickelt wurde,³⁷ auf den Fall des Konstanzer Glasverbots anwendet, führt zu einer Verschiebung der Grenzen von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge. Dass der VGH BW eine solche Grenzverschiebung vornimmt, dürfte angesichts der Verweisungen auf das Urteil des BVerwG zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung³⁸ darauf zurückzuführen sein, dass er davon ausgeht, das BVerwG habe dort die aufgrund eines Gefahrenverdachts ergriffene Gefahrenabwehrmaßnahme der Gefahrenvorsorge zugesprochen, mithin eine solche Verschiebung der Grenzen von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge vorgenommen.³⁹ Eine solche Grenzverschiebung kann diesem Urteil des BVerwG jedoch nicht entnommen werden; vielmehr nimmt das BVerwG in diesem Urteil genauso wie bereits in seinem grundlegenden Wyhl-Urteil⁴⁰ in gleichem Sinne wie in diesem Beitrag die Abgrenzung von Gefahrenabwehrrecht und dem Recht der Risiko-

³⁷ Vgl. die Wyhl-Entscheidung, BVerwGE 72, 300.

³⁸ BVerwGE 116, 347.

³⁹ Dieses Verständnis prägte im Übrigen bereits das Urteil des VGH BW zum Freiburger Alkoholverbot, in dem er das Verbot des Alkoholkonsums auf öffentlich zugänglichen Flächen dem Bereich der Gefahrenvorsorge unterstellt hat. Bei konsequenter Anwendung der Abgrenzung von Gefahrenabwehrrecht und Gefahrenvorsorge hätte der damals in Rede stehende Sachverhalt aber allein nach Gefahrenabwehrrecht beurteilt werden müssen, denn schon die Tatsache, dass der VGH BW gegen die Annahme eines gewaltfördernden Potentials des Alkoholkonsums Erfahrungssätze anführt und dass die Stadt Freiburg Statistiken vorlegt, die die Auswirkungen des Alkoholkonsums unter bestimmten Bedingungen belegen sollten – auch wenn diese Statistiken methodisch fragwürdig sein mögen –, zeigt, dass es sich hierbei nicht um einen Bereich der strukturellen Unaufklärbarkeit, mithin nicht um Gefahrenvorsorge handelte.

⁴⁰ BVerwGE 72, 300, dort allerdings auch mit missverständlicher Formulierung, vgl. dazu Poscher (Fn. 20), S. 92 ff.

und Gefahrenvorsorge vor. Zwar hat das Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung insoweit für Verwirrung gesorgt, als es so scheinen kann, das BVerwG habe alle Fälle von Unklarheit über Sachverhalte oder mögliche Kausalverläufe dem Recht der Risiko- und Gefahrenvorsorge zugeordnet, mithin den Gefahrenverdacht aus dem klassischen Gefahrenabwehrrecht herausgenommen,⁴¹ indem es generalisierend formulierte, dass in Fällen, in denen die Behörde mangels genügender Erkenntnisse über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe zu der erforderlichen Gefahrenprognose nicht im Stande sei, keine Gefahr, sondern ein Risiko vorliege und nur der Gesetzgeber im Wege der Vorsorge ein solches Risiko bekämpfen könne.⁴² In diesem Sinne dürfte denn auch der VGH BW diese Passage des Urteils verstehen. Diese Äußerung des BVerwG kann jedoch aus zweierlei Gründen nicht dahingehend verstanden werden, das BVerwG habe die in der Wyhl-Entscheidung vorgenommene Abgrenzung von Gefahrenabwehrrecht und Gefahrenvorsorge in erheblichem Maße dahingehend verschoben, dass auch Situationen des Gefahrenverdachts der Gefahrenvorsorge zuzurechnen sind. Denn zum einen liefert das BVerwG keine Begründung zur Verschiebung dieser Grenzen und damit wäre es – bei der Annahme, eine solche Verschiebung sei gewollt gewesen – den im Revisionsverfahren gestellten Erfordernissen nach Rechtsfortbildung und Rechtssicherheit, die die Begründung einschließen,⁴³ – quasi sehenden Auges – nicht gerecht geworden, weshalb dem BVerwG eine solche Verschiebung der Grenzen nicht unterstellt werden kann. Zum anderen ist dadurch, dass das BVerwG wenige Zeilen zuvor seine Wyhl-Entscheidung in Bezug nimmt, in der es mit der Atomtechnik um einen Bereich ging, der durch strukturelle Unaufklärbarkeit von Sachverhalten und Kausalverläufen gekennzeichnet und daher dem klassischen Gefahrenabwehrrecht verschlossen ist, ersichtlich, dass sich auch die darauffolgenden Äußerungen lediglich auf solche Sachverhalte und Kausalverläufe beziehen; das BVerwG nimmt also mitnichten den Begriff des Gefahrenverdachts aus dem Gefahrenabwehrrecht heraus, sondern nimmt lediglich in gleichem Sinne wie in diesem Beitrag die Abgrenzung von Gefahrenabwehrrecht und dem Recht der Risiko- und Gefahrenvorsorge vor. Diese Einschätzung wird im Übrigen auch dadurch gestützt, dass die seither ergangene Rechtsprechung des BVerwG nicht erkennen lässt, dass mit dem Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung die Grenzen von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge verschoben werden sollten;⁴⁴ vielmehr zeigen seither ergangene Urteile, dass das

BVerwG – wenn auch teilweise weiterhin mit missverständlicher Begriffsbildung – an der im Wyhl-Urteil entwickelten Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahren- und Risikoversorge festhält.⁴⁵ Die Situationen des klassischen Gefahrenverdachts sind also auch nach der Konzeption des BVerwG nach Gefahrenabwehrrecht zu beurteilen und fallen nicht etwa in die Zuständigkeit des Gesetzgebers.⁴⁶

Der vom VGH BW unter Berufung auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hergestellte Zusammenhang, dass eine gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme eine Maßnahme der Gefahrenvorsorge sei, wenn keine Gefahr, sondern nur ein Gefahrenverdacht oder nicht einmal ein solcher vorliege, stellt damit eine Fehlinterpretation der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dar und kann schon deshalb, erst recht aber vor dem Hintergrund, dass eine solche Grenzverschiebung letztlich zu einer Verwischung der Konturen des klassischen Gefahrenabwehrrechts führt und damit Rechtsunsicherheit zur Folge hat, nicht überzeugen.

2. Der Diagnosemaßstab des VGH BW

Wie bereits ausgeführt ist Grundlage der Gefahrenprognose eine Diagnose der Sachlage; diese kann nach der herkömmlichen gefahrenabwehrrechtlichen Dogmatik mit Hilfe von Fakten, Erfahrungswissen, wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen und auch der allgemeinen Lebenserfahrung vorgenommen werden. Dass die Diagnose auch mit Hilfe der allgemeinen Lebenserfahrung vorgenommen werden kann, hat der VGH BW noch in seinen Urteilen vom 15.12.2008 zu einer Sperrgebietsverordnung⁴⁷ und vom 28.7.2009 zum Freiburger Alkoholverbot⁴⁸ bestätigt und auch das BVerwG hat dies in seinem grundlegenden Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung betont.⁴⁹ Im Urteil zum Konstanzer Glasverbot spielt die allgemeine Lebenserfahrung als Teil des Diagnosemaßstabs in den Überlegungen des VGH BW hingegen keine Rolle mehr und findet im abstrakten Rechtssatz nicht einmal Erwähnung. Zwar könnte diese Nichterwähnung auch darauf zurückzuführen sein, dass nach Ansicht des VGH BW mithilfe der allgemeinen Lebenserfahrung der konkrete

stätigung der hier als Missverständnis eingestuften Folgerung ableiten.

⁴⁵ Z.B. BVerwGE 119, 329 (332 f.); BVerwGE 131, 129 (144 f.), dort mit ausdrücklicher Differenzierung zwischen Gefahrenverdacht und Besorgnispotenzial.

⁴⁶ Wieder eine andere Frage, die hier jedoch dahingestellt bleiben soll, ist, ob das BVerwG die im Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung entwickelten Grundsätze in der Subsumtion selbst konsequent anwendet oder ob es dabei nicht selbst die Verwischung der unmittelbar zuvor festgelegten Grenzen von Gefahrenabwehrrecht und dem Recht der Risiko- und Gefahrenvorsorge betreibt; die in dieser Subsumtion zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung denn auch korrigierend BVerfGE 110, 141 (159 f.); BVerfG (K) NVwZ 2004, 975; BVerfG (K) NVwZ 2005, 925 (926); vgl. auch die Einschätzung bei Möstl, Jura 2005, 48 (52).

⁴⁷ VGH BW VBl. BW 2009, 220 (222).

⁴⁸ VGH BW NVwZ-RR 2010, 55 (56).

⁴⁹ BVerwGE 116, 347 (350, 356).

⁴¹ So Ehlers, DVBl. 2003, 336; differenzierter Trute, DV 36 (2003), 501 (506 ff.).

⁴² BVerwGE 116, 347 (352).

⁴³ Vgl. zu den Zielen der Revision BVerfGE 19, 323 (327).

⁴⁴ Zwar nimmt das BVerwG in einigen weiteren Entscheidungen zu Hundeverordnungen Bezug auf die im Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung dargelegte Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahren- und Risikoversorge. Da das BVerwG die rassespezifische Gewaltgeneigtheit von Hunden allerdings dem Bereich der strukturellen Unaufklärbarkeit zugeordnet hat, lässt sich daraus jedoch keine Be-

Fall nicht gelöst werden könne, mithin ein Ausscheiden dieses Kriteriums auf Obersatzebene nicht beabsichtigt gewesen sei. Da der VGH BW im Obersatz jedoch ausführlich abstrakt darlegt, welche Anforderungen an die Feststellung einer abstrakten Gefahr zu stellen seien und dabei auch den Diagnosemaßstab darlegt, in diesem Rahmen mithin auch die allgemeine Lebenserfahrung der Erwähnung bedurft hätte, liegt eher der Schluss nahe, der VGH BW wolle die allgemeine Lebenserfahrung aus dem Diagnosemaßstab bei abstrakten Gefahren und damit aus dem Begriff der abstrakten Gefahr ausscheiden. Der VGH BW weicht damit im abstrakten Rechtssatz vom herkömmlichen Diagnosemaßstab und damit auch von seiner eigenen Rechtsprechung und derjenigen des BVerwG ab.

Eine Begründung für diese Abweichung von der gefestigten, auch von ihm selbst vertretenen und dem herkömmlichen Gefahrenbegriff entsprechenden Rechtsprechung gibt der VGH BW nicht. Es ist jedoch zu vermuten, dass diese Abweichung in einer weiteren Fehlinterpretation von Aussagen des BVerwG in dessen Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung begründet liegt. Dort heißt es, die Gefahrenprognose müsse in tatsächlicher Hinsicht genügend abgesichert sein, bei abstrakt-genereller Betrachtung müssten *hinreichende Anhaltspunkte* vorhanden sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen würden, der Behörde müssten *genügende Erkenntnisse* über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe vorliegen.⁵⁰ Der VGH BW, der diese Äußerungen in seinem Urteil z.T. wortgleich, im Übrigen jedenfalls sinngemäß übernimmt, scheint diese nunmehr dahingehend zu interpretieren, dass mit „Erkenntnisse“ der allgemeine Diagnosemaßstab „allgemeine Lebenserfahrung oder die Erkenntnisse fachkundiger Stellen“ auf die „Erkenntnisse fachkundiger Stellen“ beschränkt sei und die allgemeine Lebenserfahrung aus dem Prüfprogramm ausscheide. Diese Interpretation mag vielleicht aufgrund der Wortwahl „genügende Erkenntnisse“ – „Erkenntnisse fachkundiger Stellen“ naheliegen. Dies ist jedoch lediglich eine missverständliche begriffliche Überschneidung und in Wahrheit war es nicht die Intention des BVerwG, den Prüfmaßstab zu beschränken; dies hat es in einem späteren Beschluss⁵¹ ausdrücklich hervorgehoben und damit die Bedeutung der allgemeinen Lebenserfahrung auch für den Begriff der abstrakten Gefahr betont. Schon allein aufgrund dieser Klarstellung hätte der VGH BW der Stadt Konstanz als Verordnungsgeberin auch die Berufung auf die allgemeine Lebenserfahrung zugestehen, mithin den üblicherweise verwendeten und dem überkommenen Gefahrenbegriff inhärenten Diagnosemaßstab zugrundelegen müssen.

3. Einbeziehung von Zurechnungsgesichtspunkten der Störerdogmatik in den Gefahrenbegriff

In den Ausführungen dazu, ob unter dem Gesichtspunkt der Abwehr von Scherben als solchen das von § 2 PVO verbotene Verhalten abstrakt gefährlich ist, formuliert der VGH BW, dass es bei wertender Betrachtung nicht bereits das Mitführen

zerbrechlicher Materialien sei, das zu Scherben führe, sondern dass vielmehr weitere Umstände hinzutreten müssten.

Abgesehen davon, dass dies keine „wertende Betrachtung“ ist, sondern eine formale mit dem Inhalt „Mitführen von Glas ≠ Scherben“, ist auffällig, dass der VGH BW an dieser Stelle ein Kriterium der „unmittelbaren Verursachung der Störung“ einführt, das weder im abstrakten Rechtssatz Erwähnung findet, noch – wenigstens an der Stelle seiner Verwendung – durch einen Verweis auf frühere Rechtsprechung oder Fundstellen in der Literatur belegt wird. Es mag verwundern, dass der VGH BW dieses Kriterium nicht schon bemüht hat, um eine abstrakte Verletzungsgefahr auszuschließen, da dort die Kausalkette noch um (mindestens) ein Glied länger ist und der VGH BW sich dadurch die lange Prüfung der Tatsachengrundlage hätte sparen können. Unabhängig davon soll hier jedoch über die Herkunft dieses Kriteriums Klarheit verschafft werden.

Der Gedankengang und dessen Formulierung erinnern an die in einem Beschluss des VGH BW aus dem Jahr 1998 zu einem Alkoholverbot der Stadt Ravensburg⁵² dargelegte Rechtsprechung zu sog. „mittelbaren Ursachen“ und es liegt daher nahe, dass der VGH BW mit seinen Ausführungen tatsächlich Bezug auf diese auch z.T. in der Literatur befürwortete⁵³ Rechtsprechung genommen hat. Letztlich dürfte es sich bei dieser Rechtsprechung um eine Anleihe bei der Störerdogmatik handeln. Dort ist im Rahmen der von der h.M. befürworteten Lehre der unmittelbaren Verursachung anerkannt, dass nur dasjenige Verhalten als polizeirechtlich erhebliche Ursache anzusehen ist, das selbst unmittelbar die Gefahr oder Störung verursacht und damit die Gefahrengrenze überschreitet.⁵⁴ Damit sollen entferntere, lediglich mittelbare Bedingungen des eingetretenen oder drohenden Erfolges, die sog. „mittelbaren Ursachen“, als polizeirechtlich irrelevant ausgeschieden werden. Bei der Unmittelbarkeit bzw. der Gefahrengrenze handelt es sich dabei nicht um einen faktischen, sondern um einen normativen Gesichtspunkt, d.h. die Grenze zwischen Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit der Verursachung ist nicht zwangsläufig durch die größere oder geringere Nähe zur Gefahr oder durch die Stellung als spätes oder frühes Glied der Ursachenkette vorgegeben. Vielmehr muss in wertender Betrachtung festgestellt werden, ob eine Ursache lediglich als mittelbare oder als unmittelbare und damit polizeirechtlich relevante Ursache anzusehen ist.⁵⁵

Da diese Lehre eine sachgerechte Zurechnung ermöglicht, hat sie in der Störerdogmatik ihre Berechtigung. Der VGH BW verwendet das Kriterium der „unmittelbaren Verursachung“ jedoch weder damals noch heute zur Klärung der Fra-

⁵² VGH BW VBl. BW 1999, 101.

⁵³ Vgl. z.B. *Hebeler/Schäfer*, DVBl. 2009, 1424 (1426); *Kaufmann*, ZJS 2010, 261 (265).

⁵⁴ Vgl. z.B. BVerwG NVwZ 2008, 684; *Gusy* (Fn. 10), Rn. 335; *Schenke* (Fn. 10), Rn. 242; *Schoch* (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 128 m.w.N.

⁵⁵ Vgl. dazu ausführlich *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 22), § 20 3. (S. 313 ff.); ferner *Gusy* (Fn. 10), Rn. 335; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, (Fn. 5), § 9 Rn. 11 ff.; *Schenke* (Fn. 10), Rn. 243.

⁵⁰ BVerwGE 116, 347 (352).

⁵¹ BVerwG, Beschl. v. 24.1.2008 – 6 BN 2.07, Rn. 4 ff.

ge, wer Störer ist, sondern bereits zur Klärung der vorgelagerten Frage, ob eine abstrakte Gefahr vorliegt und damit als Teil des Gefahrenbegriffs. Dies ist aus grundlegenden Erwägungen abzulehnen, denn die Übertragung dieser Lehre in den Gefahrenbegriff führt unweigerlich zu einem Zirkelschluss: wer zeigen möchte, dass ein bestimmtes Verhalten keine polizeirechtliche Gefahr darstellt und dabei darauf hinweist, dass erst noch weitere Ursachen gesetzt werden müssen, damit eine Gefahr oder eine Störung entsteht, der fragt nicht mehr, ob das in Blick genommene Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen Schaden an einem polizeilichen Schutzgut zur Folge haben wird, sondern setzt das voraus, was er erst noch beweisen möchte: nämlich, dass das betreffende Verhalten keine Gefahr darstellt. Die Rechtsprechung von den „mittelbaren Ursachen“ als Teil des Gefahrenbegriffs kann daher schon aus logischen Gründen nicht überzeugen. Abgesehen davon besteht ohnehin schon kein Bedürfnis, mit der „unmittelbaren Verursachung“ einen weiteren Wertungsbegriff in den Gefahrenbegriff einzubeziehen, da es bereits den leistungsstarken Wertungsbegriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit gibt, mit dem ohne Weiteres auch die Fallkonstellationen gelöst werden können, für die die Rechtsprechung von den „mittelbaren Ursachen“ eingeführt wurde.

Aus diesen Gründen ist daran festzuhalten, dass entscheidend für die Bewertung, ob eine abstrakte Gefahr vorliegt, nicht die Anzahl der Verursachungsbeiträge ist, sondern nur das sich aus der diagnostisch ermittelten relativen Häufigkeit eines Kausalverlaufs und dem normativen Anteil zusammensetzende Merkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit.⁵⁶ Zwar kann die Anzahl der auf einer Kausalkette liegenden Verursachungsbeiträge Einfluss auf den Wahrscheinlichkeitsgrad haben, da möglicherweise in vielen Bereichen die Diagnose und die sich darauf stützende Prognose ergeben, dass je länger die Kausalkette ist, umso unwahrscheinlicher der Schaden eintritt. Insofern kann eine lange Kausalkette zwischen einem Verhalten und Schadenseintritt dazu führen, dass der Schadenseintritt nicht hinreichend wahrscheinlich ist. Es bleibt aber festzuhalten, dass beim Begriff der Gefahr der Anzahl der Verursachungsbeiträge nicht für sich Gewicht zukommen kann, so dass entfernte Schadensursachen nicht per se aus dem Gefahrenbegriff ausgeschlossen werden können, sondern zwingend immer gefragt werden muss, ob ein Schadenseintritt ausgehend von der entfernten Ursache hinreichend wahrscheinlich ist oder nicht.

4. Verkürzung des Teilschutzguts der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung

Als weitere Begründung dafür, dass das Verbot des § 2 PVO eine Maßnahme der Gefahrenvorsorge darstelle, führt der VGH BW an, dass das Verunreinigen öffentlicher Straßen etc. durch § 7 Abs. 1 der Umweltschutz- und Polizeiverordnung der Antragsgegnerin v. 28.4.2005⁵⁷ ohnehin verboten sei. Auch hiermit scheint der VGH BW auf die Rechtsprechung aus dem

bereits zitierten Beschluss aus dem Jahre 1998⁵⁸ Bezug zu nehmen. Abgesehen davon, dass die Folgerung, es handle sich um eine Maßnahme der Gefahrenvorsorge, angesichts der oben vorgenommenen Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahren- und Risikovorsorge, nicht überzeugen kann, hält auch die Begründung, aufgrund derer das Nichtvorliegen einer abstrakten Gefahr postuliert wird, einer dogmatischen Überprüfung nicht stand. Dies ist schon im Ausgangspunkt der Ausführungen des VGH BW begründet, indem er ohne Normanbindung feststellt, auch die unerlaubte Entsorgung von Abfall sei eine Störung der öffentlichen Sicherheit. Richtigerweise ist die Entsorgung von Abfall dann unerlaubt, wenn sie gegen eine Norm verstößt. Eine solche Norm ist § 7 Abs. 1 Umw-/PVO. Eine unerlaubte Entsorgung von Abfall ist also dann gegeben, wenn diese entgegen dieser Vorschrift erfolgt. Und da diese Vorschrift Teil der Rechtsordnung ist und damit zum Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ gehört, stellt die gegen § 7 Abs. 1 Umw-/PVO verstoßende Entsorgung von Abfall eine Störung der öffentlichen Sicherheit dar. Und bei Anwendung der – auch vom VGH BW ausgeführten – gefahrenrechtlichen Dogmatik, wäre dann eine abstrakte Gefahr zu bejahen, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung ergibt, dass das Mitführen von Glas und anderen zerbrechlichen Behältnissen im zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der PVO regelmäßig und typischerweise zu einem Entsorgen von Abfall entgegen und damit einem Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Umw-/PVO führt. Es ist also nicht so, dass das von § 2 PVO verbotene Verhalten keine abstrakte Gefahr darstellen kann, weil § 7 Abs. 1 Umw-/PVO das Verunreinigen ohnehin verbietet, sondern so, dass gerade weil es § 7 Abs. 1 Umw-/PVO gibt, die objektive Rechtsordnung als Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit überhaupt erst betroffen sein kann, mithin auch nur deshalb eine abstrakte Gefahr überhaupt begründet werden kann.⁵⁹ Anstatt § 2 PVO apodiktisch als Maßnahme der Gefahrenvorsorge einzustufen, wäre vom VGH BW unter konsequenter Anwendung der gefahrenrechtlichen Dogmatik daher vielmehr zu prüfen gewesen, ob das Entsorgen der zerbrechlichen Glasbehältnisse entgegen § 7 Abs. 1 Umw-/PVO regelmäßige und typische Folge des Mitführens dieser Behältnisse im zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der PVO ist.

5. Die Bedeutung dieser dogmatischen Grundsätze für die Lösung des Falles

Bei dem Insistieren auf diesen dogmatischen Grundsätzen handelt es sich nicht etwa um ein juristisches Gasperspiel, sondern die Berücksichtigung dieser Grundsätze ist durchaus von Bedeutung für die Lösung dieses Falles. So hätten bei

⁵⁸ VGH BW VBl. BW 1999, 101 (104).

⁵⁹ Aufgrund des Grundsatzes der gegenläufigen Proportionalität hat dies auch nicht etwa zur Folge, dass sich die Polizeibehörden deswegen auf diese Weise kaskadenartig neue Kompetenzen erschaffen und den Gefahrenbeginn immer weiter nach vorne verlagern können; denn mit jeder weiteren Stufe der Kaskade sinkt die Bedeutung des Schutzgutes und/oder das Ausmaß des Schadens und steigen damit die Anforderungen an das Merkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit.

⁵⁶ So auch BVerwGE 116, 347 (351); VGH BW NVwZ-RR 2010, 55 (56); so wohl auch bereits BVerfG NJW 1980, 2572 (2573); Gusy (Fn. 10), Rn. 109.

⁵⁷ Im Folgenden: § 7 Abs. 1 Umw-/PVO.

Zugrundelegung des herkömmlichen Diagnosemaßstabs schon hinsichtlich des Entsorgens von Glasmüll mit der allgemeinen Lebenserfahrung die Verhaltensweisen bei größeren abendlichen Zusammenkünften oder gar Trinkgelagen mit bis zu mehreren hundert Personen in den Blick genommen werden können; zusammen mit der Tatsache, dass die Technischen Betriebe der Stadt Konstanz die betreffenden Areale in den Sommermonaten fast täglich von Glasmüll reinigen müssen, was für eine erhebliche Menge an Glasmüll spricht,⁶⁰ hätte damit mit der allgemeinen Lebenserfahrung diagnostiziert werden können, dass bei den abendlichen Zusammenkünften im räumlichen Geltungsbereich der PVO erhebliche Mengen an Glasmüll entgegen der Vorschrift des § 7 Abs. 1 Umw-/PVO entsorgt werden. Auch hinsichtlich der Anzahl an Verletzungen hätte insbesondere angesichts der auch vom VGH BW angedeuteten Tatsache, dass im Uferbereich verborgene Glas- und Porzellanscherben nur schwer zu erkennen sind und dass in den von § 2 PVO erfassten Arealen viele Menschen barfuß gehen, mit der allgemeinen Lebenserfahrung angenommen werden können, dass der z.T. als Scherben zurückbleibende Glasmüll Verletzungen verursacht. Dass die Stadt Konstanz diesbezüglich keine konkreten Zahlen vorgelegt hat, wäre insofern unschädlich.

Aufbauend auf dieser Diagnose hätte zumindest prognostiziert werden können, dass bei einer generell-abstrakten Betrachtung das durch § 2 PVO erfasste Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit im Einzelfall zu Verletzungen führt. Denn angesichts des hochwertigen Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit genügt es – wie auch der VGH BW ausführt –, dass der Eintritt des Schadens sich nicht als ein so seltener und atypischer Kausalverlauf darstellt, dass ein unbefangener Beobachter mit dem Schadenseintritt nicht hätte rechnen müssen; die auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützte Diagnose zeigt aber, dass es sich gerade nicht um einen solchen atypischen Kausalverlauf handelt, so dass hinsichtlich der Verletzungen (trotz der dazwischenliegenden weiteren Umstände) bereits das Mitführen von Glas- und anderen zerbrechlichen Behältnissen eine abstrakte Gefahr darstellt. In Bezug auf die Entsorgung von Glasmüll entgegen § 7 Abs. 1 Umw-/PVO wären zwar wegen des nicht so hohen in Rede stehenden Schutzguts höhere Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad zu stellen gewesen; angesichts des mit der allgemeinen Lebenserfahrung diagnostizierten erheblichen Aufkommens an ordnungswidrig entsorgtem Glas hätte aber auch insofern bei einer generell-abstrakten Betrachtung angenommen werden können, dass das Mitführen von Glas- und anderen zerbrechlichen Behältnissen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das ordnungswidrige Entsorgen dieser Behältnisse im Einzelfall zur Folge hat, mithin eine abstrakte Gefahr darstellt.⁶¹ Eine Abgrenzung von Gefahrenabwehr und

Gefahrenvorsorge vorzunehmen, ist bei Berücksichtigung der herkömmlichen gefahrenabwehrrechtlichen Dogmatik somit gar nicht erst notwendig.

VI. Ausblick

Durch sein Urteil und die darin angeführten Anforderungen an die Annahme einer abstrakten Gefahr schränkt der VGH BW den Handlungsspielraum der Polizeibehörden im Hinblick auf den Erlass von Polizeiverordnungen erheblich ein. Bei Zugrundelegung dieser erhöhten Anforderungen dürften nicht nur zahllose bereits erlassene kommunale Polizeiverordnungen rechtswidrig sein, sondern dürften diese hohen Hürden dazu führen, dass die ohnehin schon rückläufige praktische Bedeutung von Polizeiverordnungen⁶² zumindest in Baden-Württemberg weiter absinkt und es fraglich erscheint, ob die – personell ohnehin chronisch unterbesetzten Kommunen⁶³ – in Zukunft überhaupt noch in der Lage sein werden, Nachweise zu erbringen, die den Anforderungen des VGH BW zur Annahme einer abstrakten Gefahr genügen. Zu hoffen bleibt, dass diesem polizeirechtlichen Urteil des VGH BW ausnahmsweise keine Ausstrahlungswirkung zukommt und dass auch der VGH BW in Zukunft wieder auf die Linie der hergebrachten Dogmatik einschwenkt und mit dem herkömmlichen gefahrenabwehrrechtlichen Instrumentarium arbeitet, anstatt vorschnell mit der Kategorie der Risiko- und Gefahrenvorsorge zu argumentieren; da die Polizeigesetze sich die herkömmliche gefahrenrechtliche Dogmatik zu Eigen gemacht haben,⁶⁴ wäre dies im Interesse einer konsequenten Gesetzesanwendung und, da die Zugrundelegung klarer dogmatischer Strukturen zu Rechtssicherheit führt, auch im Interesse der Rechtssicherheit. Interessant dürfte es werden, wenn die Stadt Konstanz dieses Urteil zum Anlass nimmt, die vom VGH BW als fehlend vermerkten Erkenntnisse nun zu sammeln und daraufhin ggf. eine neuerliche inhaltsgleiche PVO erlässt; denn dann müsste selbst der VGH BW mit seinen hohen Anforderungen eine abstrakte Gefahr bejahen und würde damit in Konflikt mit seinem Postulat von der strukturellen Zuständigkeit des Gesetzgebers für ein Glasverbot an Uferabschnitten des Bodensees geraten. Spätestens in diesem Fall ist eine Klarstellung der Rechtsprechung durch den VGH BW unumgänglich.

Stud. iur. Lucas Hartmann, Heidelberg

⁶⁰ Insbesondere in Zeiten „leerer Kassen“ ist anzunehmen, dass die Stadt Konstanz diesen personellen und finanziellen Aufwand nicht betreiben würde, wenn es sich um vernachlässigbar geringe Mengen an ordnungswidrig entsorgtem Glas und daraus entstehender Scherben handeln würde.

⁶¹ Vgl. hierzu die Wertung bei OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 17.3.2010 – 3 K 319/09.

⁶² Vgl. *Denninger* (Fn. 10), Kap. E Rn. 59.

⁶³ Vgl. *Denninger* (Fn. 10), Kap. E Rn. 62.

⁶⁴ Vgl. BVerwGE 116, 347 (351).