

# Examensübungsklausur: Geburtstagsfeier unter dem „Sternenhimmel“

Von Jun.-Prof. Dr. **Julian Scheu**, Stud. iur. **Jana Jochem**, Köln\*

*Die Klausur wurde in vereinfachter Form im Sommersemester 2020 als Semesterabschlussklausur im Fach Verwaltungsrecht Besonderer Teil gestellt. Es werden sowohl Problematiken aus dem Polizei- und Ordnungsrecht sowie aus dem Bereich des Kommunalrechts behandelt. Prozessual bewegt sich die Klausur im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes. Der hier vorliegende Fall richtet sich an Examenskandidaten und soll den Umgang mit dem Zusammenspiel von Gesetz, Verordnung und Verwaltungsakt schulen.*

## Sachverhalt

A ist Inhaberin eines Veranstaltungsbetriebs in der kreisfreien nordrhein-westfälischen Stadt S. In einer unmittelbar am Stadtrand gelegenen Scheune werden Veranstaltungen wie Hochzeiten oder Firmenfeiern ausgerichtet. Auch die wohlhabende B möchte ihren 50. Geburtstag am 24.7.2020 auf dem Gelände der A mit etwa 20 Personen feiern. Bei einem vorab vereinbarten Beratungstermin bietet A der B zusätzlich zur Anmietung der Scheune noch weitere optional buchbare Aktivitäten im Rahmen der Feier an. Dazu gehört die Bereitstellung einer besonderen Attraktion namens „Sternenhimmel“.

Die „Sternenhimmel“-Attraktion soll wie folgt aussehen: A überlässt der B Flugballons aus Papier, die nach dem Prinzip eines Heißluftballons funktionieren. Eine kleine Feuerquelle erwärmt die im Papierball befindliche Luft und sorgt dafür, dass der etwa handballgroße Flugballon wie ein Stern leuchtend zum Himmel schwebt. Durch eine besondere Startvorrichtung können bis zu 50 Flugballons auf Knopfdruck in die Luft befördert werden. Die Flugballons können allerdings nur wenige Kilometer (ca. 5 km) weit fliegen, bevor die Feuerquellen erlöschen und die Ballons zu Boden sinken. B ist begeistert und beauftragt A, alles für diese Aktion zu besorgen. Die Inangasetzung der „Sternenhimmel“-Attraktion möchte B nach einer feierlichen Ansprache vor ihren Gästen selbst vornehmen.

C ist Angestellte der A und ebenfalls beim Beratungstermin anwesend. Sie hat Bedenken und meint, schon einmal etwas über die Gefährlichkeit solcher Feuerspektakel gelesen zu haben. Da ihre Bedenken bei A und B kein Gehör finden, wendet sie sich mit ihren Zweifeln an die zuständige Ordnungsbehörde der Stadt S. Diese kontaktiert daraufhin B telefonisch und befragt sie zur geplanten „Sternenhimmel“-Attraktion. B kann die Bedenken der Behörde hinsichtlich einer Brandgefahr nicht nachvollziehen. Sie wendet ein, dass die Flugballons ohnehin nicht weit fliegen und deren Feuerquellen schon nach kurzer Zeit erlöschen würden.

Trotz ihres Vorbringens erhält B zwei Tage nach dem Telefonat einen förmlich zugestellten Brief der Ordnungsbehörde mit Datum vom 13.7.2020. Darin untersagt die Behörde der B unter Anordnung der sofortigen Vollziehung das Starten

der Flugballons anlässlich ihrer Geburtstagsfeier. Hierbei verweist die Behörde auf die von den Flugballons ausgehende Brandgefahr und die Flugballonverordnung der Stadt S (FBalV, siehe Anhang).

Die FBalV wurde vom Rat der Stadt S erlassen. Dabei war den beteiligten Ratsmitgliedern bekannt, dass eine wortgleiche Regelung für das Landesgebiet in Form der Fluglaternenverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 13.7.2009 (NRWFLatV, siehe Anhang) bereits existiert. Mit einer eigenen Verordnung für das Stadtgebiet sollte jedoch bewusst ein politisches Zeichen für den Schutz der Bürger von S gesetzt werden.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung begründet die Ordnungsbehörde damit, dass der Geburtstag der B kurz bevorsteht. Zugleich wird für den Fall, dass B die Flugballons dennoch steigen lässt, ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000 € angedroht.

Daraufhin erhebt die empörte B umgehend Anfechtungsklage und reicht einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz beim zuständigen Verwaltungsgericht ein.

Zur Begründung führt sie an, dass bereits die Rechtsgrundlage des Verbots zu pauschal ausgestaltet und daher unverhältnismäßig sei. Von den Flugballons würde keine generelle Gefahr ausgehen. B argumentiert sachlich zutreffend, dass von den Flugballons eine Brandgefahr insbesondere dann ausgehe, wenn es länger als zwei Wochen nicht geregnet habe. Bei regnerischem Wetter sei die Brandgefahr hingegen gering. Die Wettervorhersage vom 13.7.2020 sagt für die Zeit bis zum 24.7.2020 starke Regenfälle voraus.

B ergänzt, dass es bei der Abstimmung im Rat der Stadt S zur Flugballonverordnung zu Unregelmäßigkeiten gekommen sei. Zutreffend führt sie aus, dass lediglich 35 Ratsmitglieder bei der Abstimmung anwesend waren. Der Stadtrat sei aber erst bei Anwesenheit der Hälfte der gesetzlichen Mitglieder beschlussfähig.

Aufgrund der Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung habe sie auch im Fall der Zuwiderhandlung das angesetzte Zwangsgeld nicht zu zahlen.

Schließlich meint B, dass sich das Verbot ohnehin nicht an sie hätte richten dürfen. Schließlich sei die „Sternenhimmel“-Attraktion eine Idee der A, die letztendlich auch dafür verantwortlich sei.

## **Ordnungsbehördliche Verordnung der Stadt S zur Verhütung von Gefahren durch unbemannte Flugballons (Flugballonverordnung – FBalV) vom 18. Mai 2020**

Aufgrund des § 27 Absatz 1 des Ordnungsbehördengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Mai 2020 wird verordnet:

§ 1 – Im Gebiet der Stadt S ist die Verwendung von unbemannten Flugobjekten, bei denen der Auftrieb durch die von einer eigenen Feuerquelle erwärmte Luft erzeugt wird (Flugballons), verboten.

§ 2 – Die örtliche Ordnungsbehörde kann auf Antrag örtlich und zeitlich begrenzte Ausnahmen von dem Verbot zu-

---

\* Der Autor *Scheu* ist Jun.-Prof. für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Internationales Investitionsrecht an der Universität zu Köln; die Autorin *Jochem* ist Stud. Hilfskraft ebenda.

lassen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls keine Bedenken wegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer Brandgefahr begründen.

§ 3 – <sup>1</sup>Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 1 dieser Verordnung Flugballons verwendet. <sup>2</sup>Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro geahndet werden. <sup>3</sup>Auf § 31 NRWOBG wird hingewiesen.

§ 4 – <sup>1</sup>Diese Verordnung tritt am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft. <sup>2</sup>Sie tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2024 außer Kraft.

**Ordnungsbehördliche Verordnung zur Verhütung von Gefahren durch unbemannte Fluglaternen (Fluglaternenverordnung NRW – NRWLatV) vom 13. Juli 2009**

Aufgrund des § 26 Absatz 1 des Ordnungsbehördengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Mai 1980 (GV. NRW. S. 528), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. April 2005 (GV. NRW. S. 274), wird verordnet:

§ 1 – Es ist in Nordrhein-Westfalen verboten, unbemannte Flugobjekte aufsteigen zu lassen, bei denen der Auftrieb durch die von einer eigenen Feuerquelle erwärmte Luft erzeugt wird und die insbesondere unter den Bezeichnungen „Himmelslaterne“ oder „Kong-Ming-Laterne“ bekannt sind (Fluglaternen).

§ 2 – Die örtlichen Ordnungsbehörden können auf Antrag örtlich und zeitlich begrenzte Ausnahmen von dem Verbot zulassen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls keine Bedenken wegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer Brandgefahr begründen.

§ 3 – <sup>1</sup>Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 1 dieser Verordnung Fluglaternen steigen lässt. <sup>2</sup>Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro geahndet werden.

§ 4 – <sup>1</sup>Diese Verordnung tritt am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft. <sup>2</sup>Sie tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2024 außer Kraft.

**Fallfrage**

Hat der formgerechte Antrag der B auf vorläufigen Rechtsschutz Aussicht auf Erfolg?

**Bearbeitungsvermerk**

Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachterlich – einzugehen.

Dabei ist zu beachten, dass die Stadt S eine Bevölkerungszahl von 535.000 hat. Nach § 3 Abs. 2 lit. a NRW KommunalwahlG sind für die Stadt S somit 74 Ratsmitglieder zu wählen. Die Flugballonverordnung der Stadt S (siehe Anhang) wurde ordnungsgemäß verkündet. Alle nicht im Sachverhalt explizit erwähnten Verfahrensschritte wurden ordnungsgemäß durchgeführt. Die Beschlussunfähigkeit des Rates der Stadt S wurde nicht positiv festgestellt. Vorschriften des Luft- und Infektionsschutzrechts sind nicht zu prüfen. B hat fristgerecht Anfechtungsklage erhoben.

**Lösungsvorschlag**

Der Antrag der B hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

**A. Zulässigkeit des Antrags**

Der von B erhobene Antrag müsste zulässig sein.

**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht angehört. Dies ist entsprechend der modifizierten Subjektstheorie der Fall, wenn die Norm ausschließlich Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.<sup>1</sup> Die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung richtet sich nach § 14 Abs. 1 NRWOBG<sup>2</sup>, die der Androhung des Zwangsgeldes nach §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 2, 60, 63 NRWVwVG<sup>3</sup>. Die ordnungsbehördliche Generalklausel sowie die Ermächtigungsgrundlage zur Androhung von Zwangsmitteln berechtigen ausschließlich Hoheitsträger zum Handeln und sind somit öffentlich-rechtlicher Natur.<sup>4</sup> Die Streitigkeit ist ferner auch nichtverfassungsrechtlicher Art im Sinne der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit.<sup>5</sup> Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

**II. Statthafte Klageart**

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren der Antragstellerin entsprechend §§ 122 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, 88 VwGO. Vorliegend hat B fristgerecht Anfechtungsklage erhoben und begehrt zusätzlich einstweiligen Rechtsschutz. Dieser richtet sich nach den §§ 123, 80 VwGO, wobei ein Antrag nach § 123 VwGO subsidiär ist (§ 123 Abs. 5 VwGO). In Betracht kommt ein Antrag auf Anordnung bzw. Wieder-

<sup>1</sup> *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 17.

<sup>2</sup> Generalklauseln in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 11 Abs. 1 BayPAG; Art. 7 Abs. 2, Abs. 3 BayLStVG; § 10 Abs. 1 BbgPolG; § 13 Abs. 1 BbgOBG; § 17 Abs. 1 BerlASOG; § 10 Abs. 1 BremPolG; § 3 BWPoLG; § 3 HambSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOOG; § 11 NPOG; § 9 Abs. 1 RPPOG; § 8 Abs. 1 SaarlPolG; § 12 Abs. 1 SächsPVDG; § 13 Abs. 1 SächsPBG; § 13 SaSOG; § 174 SHLVwG; § 12 Abs. 1 ThürPAG; § 5 Abs. 1 ThürOBG.

<sup>3</sup> Regelungen zur Zwangsvollstreckung in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 70 ff. BayPAG; §§ 53 ff. BbgPolG; §§ 15 ff. BbgVwVG; §§ 40 ff. BremPolG; §§ 49 ff. BWPoLG; §§ 47 ff. HessSOG; §§ 79 ff. MVSOOG; §§ 64 ff. NPOG; §§ 57 ff. RPPOG; §§ 44 ff. SaarlPolG; §§ 39 ff. SächsPVDG; §§ 53 ff. SaSOG; §§ 51 ff. ThürPAG; §§ 43 ff. ThürVwZVG; §§ 228 ff. SHLVwG; §§ 8 Abs. 1 BerlVwVfG i.V.m. §§ 6 ff. BVwVG; §§ 14 ff. HambVwVG.

<sup>4</sup> *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, § 30 Rn. 1324.

<sup>5</sup> *Hufen* (Fn. 1), § 11 Rn 49.

herstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 VwGO.

B wendet sich gegen das mit Schreiben vom 13.7.2020 ausgesprochene Verbot unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, die Flugballons für den am 24.7.2020 geplanten Geburtstag aufsteigen zu lassen, sowie gegen die Androhung des Zwangsgelds i.H.v. 1.000 €. Hinsichtlich der beiden Begehren kommen Anträge auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Betracht, welche sich nach § 80 Abs. 5 VwGO richten. Erforderlich ist, dass sich B gegen Verwaltungsakte wendet, bezüglich derer die Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung entfaltet.

### 1. Untersagungsverfügung

Bei der Untersagungsverfügung könnte es sich um einen belastenden Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG handeln, dessen Aufhebung in der Hauptsache im Wege der Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO erreicht werden kann. Die Untersagungsverfügung wird von der Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls erlassen und hat Außenwirkung.<sup>6</sup> Ein Verwaltungsakt liegt mithin vor.

Die von B erhobene Anfechtungsklage entfaltet gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Vorliegend hat die Behörde jedoch die sofortige Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO besonders angeordnet, sodass die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage ausnahmsweise entfällt. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Untersagungsverfügung ist damit der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft.

### 2. Androhung des Zwangsgelds

Die Androhung des Zwangsgeldes stellt einen eigenständigen Verwaltungsakt entsprechend § 35 S. 1 VwVfG dar,<sup>7</sup> sodass die Anfechtungsklage der B grundsätzlich aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO entfalten müsste.

Vorliegend hat die Behörde jedoch eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung gem. § 57 Abs. 1 Nr. 2 NRW-VwVG getroffen. Nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 112 NRWJustG entfaltet die Anfechtungsklage gegen die Zwangsmittelandrohung somit keine aufschiebende Wirkung. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Zwangsmittelandrohung ist damit der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO statthaft.

### III. Antragsbefugnis

B müsste analog § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt sein. Es muss also zumindest möglich erscheinen, dass der angegrif-

fene Verwaltungsakt die Klägerin in ihren Rechten verletzt.<sup>8</sup> Das Untersagen der Verwendung der Flugballons sowie die Androhung von Zwangsgeld haben belastenden Charakter und stellen im Sinne der Adressatentheorie<sup>9</sup> zumindest einen möglichen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der B gem. Art. 2 Abs. 1 GG dar. B ist antragsbefugt.

### IV. Antragsgegner

Der Antragsgegner entspricht dem Klagegegner im Hauptsacheverfahren und ist mangels landesrechtlicher Sonderregelungen anhand des Rechtsträgerprinzips analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu bestimmen.<sup>10</sup> Rechtsträger der handelnden Ordnungsbehörde ist die Stadt S. Der Antrag richtet sich somit gegen die Stadt S.

### V. Form

Der Antrag wurde formgerecht erhoben.

### VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit der B als natürliche Person ergibt sich aus §§ 61 Nr. 1 Var. 1, 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Die Beteiligtenfähigkeit der kreisfreien Stadt S als juristische Person des öffentlichen Rechts ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO. Wegen § 62 Abs. 3 VwGO muss sich die kreisfreie Stadt S im Prozess durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten lassen, das ist nach §§ 63 Abs. 1 S. 1, 40 Abs. 2 S. 3 NRWGO<sup>11</sup> der Oberbürgermeister.

### VII. Rechtsschutzbedürfnis

Der Rechtsbehelf in der Hauptsache wurde von B zeitgleich mit dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz erhoben.<sup>12</sup> Die Erhebung der Anfechtungsklage erfolgte auch fristgemäß, der Rechtsbehelf in der Hauptsache ist somit nicht offensichtlich unzulässig.<sup>13</sup>

Mangels einer einfacheren, kostengünstigeren und schnelleren Möglichkeit zum Erlangen von Rechtsschutz ist das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis der B hinsichtlich Untersa-

<sup>8</sup> *Hufen* (Fn. 1), § 32 Rn. 34.

<sup>9</sup> Näheres zu dem Begriff der Adressatentheorie in der Klagebefugnis in *Ramsauer*, JuS 2012, 769 (774).

<sup>10</sup> *Detterbeck* (Fn. 4), § 33 Rn. 1500.

<sup>11</sup> Regelungen zur Vertretungsbefugnis von Bürgermeistern in den verschiedenen Landesgesetzen: §§ 23, 42 ff. GO BW; Art. 34 ff. BayGO; §§ 51 ff. BbgKVerf; §§ 39 ff. HessGO; §§ 21, 37 ff. KV MV; §§ 80 ff. NdsKomVG; §§ 28, 47 ff. GO Rh.-Pf.; §§ 29, 54 ff. KSVG; §§ 48 ff. SächsGO; §§ 60 ff. KVG LSA; §§ 55 ff. GO SH; §§ 22, 28 ff. ThürKO.

<sup>12</sup> Zum Teil wird vertreten, dass die vorherige Erhebung der Klage in der Hauptsache für das Bestehen des Rechtsschutzbedürfnisses zwingend wäre. Dies widerspricht aber dem eindeutigen Wortlaut aus § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO, wonach der Antrag schon vor Erhebung der Klage zulässig ist. Dazu *Puttler*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 129.

<sup>13</sup> Siehe zu den Umständen der offensichtlichen Unzulässigkeit *Puttler* (Fn. 12), § 80 Rn. 129.

<sup>6</sup> Zu den Voraussetzungen des Verwaltungsakts v. *Alemann/Scheffczyk*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zur VwVfG*, 51. Ed., Stand: 1.4.2021, § 35 Rn. 111 ff.

<sup>7</sup> *Kingreen/Poscher*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 11. Aufl. 2020, § 24 Rn. 23 f.

gungsverfügung und Zwangsgeldandrohung gegeben. Insbesondere muss sich B nicht auf eine Antragsstellung gem. § 2 FBalV verweisen lassen. Durch den Erlass der Verbotserfügung hat die Behörde unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass ein Antrag auf Erhalt einer Ausnahmegenehmigung aussichtslos wäre.

### VIII. Zwischenergebnis

Der von B erhobene Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Untersagungsverfügung ist zulässig. Gleiches gilt für den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Zwangsmittelandrohung.

### B. Objektive Antragshäufung

Die Anträge bezüglich Untersagungsverfügung und Zwangsgeldandrohung richten sich gegen die Stadt S und somit gegen denselben Antragsgegner, stehen in sachlichem Zusammenhang und fallen in den Zuständigkeitsbereich desselben Gerichts. Somit liegen die Voraussetzungen der objektiven Antragshäufung gem. § 44 VwGO vor.<sup>14</sup>

### C. Begründetheit bezüglich der Untersagungsverfügung

Der Antrag der B auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist hinsichtlich der Untersagungsverfügung begründet, soweit die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist und/oder das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.<sup>15</sup>

### I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig, wenn Zuständigkeit, Verfahren und Form eingehalten wurden.

Zuständig für die Anordnung ist die Erlassbehörde der Ausgangsverfügung und somit die für die Untersagungsverfügung zuständige Behörde. Vorliegend war die Ordnungsbehörde der Stadt S Erlass- und Ordnungsbehörde, sodass die Zuständigkeit gewahrt wurde. Es bedarf nach ganz überwiegender Ansicht keiner Anhörung gem. § 28 NRWVwVfG<sup>16</sup> innerhalb des Verfahrens zur Anordnung der sofortigen Vollziehung.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> *Wysk*, in: *Wysk* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 3. Aufl. 2020, § 44 Rn. 5 ff.

<sup>15</sup> Im Rahmen der Prüfung von § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist zunächst die Anordnung der sofortigen Vollziehung auf ihre formelle Rechtmäßigkeit hin zu untersuchen. Es ist allerdings streitig, was die Rechtsfolge ist, wenn ohne stattgefundene Interessenabwägung bereits die Anordnung formell rechtswidrig ist. Zu dem (hier nicht relevanten) Streit *Niedzwicki*, JuS 2009, 226.

<sup>16</sup> Die Landesgesetze des VwVfG sind in der Regel identisch zum Bundes-VwVfG.

<sup>17</sup> Nach ganz überwiegender Ansicht stellt die Anordnung der sofortigen Vollziehung keinen eigenständigen Verwaltungsakt

Zuletzt müsste die Anordnung gem. § 80 Abs. 3 VwGO hinreichend begründet sein. Das besondere Interesse an dem sofortigen Vollzug liegt in der zeitlichen Nähe zur Geburtstagsfeier der B. Die Feier soll am 24.7.2020 stattfinden, der Verwaltungsakt ergeht am 13.7.2020. Eine schriftliche Begründung liegt vor.<sup>18</sup>

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig.

### II. Interessenabwägung

Es ist anzunehmen, dass das Aussetzungsinteresse das Vollzugsinteresse überwiegt, wenn die von der Ordnungsbehörde erlassene Untersagungsverfügung nach summarischer Prüfung<sup>19</sup> rechtswidrig ist und B in ihren Rechten verletzt.<sup>20</sup>

Die Untersagungsverfügung ist rechtmäßig, wenn sie im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage gestützt werden konnte und wenn sie in formell und materiell rechtmäßiger Weise erlassen wurde.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Die FBalV enthält selbst keine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Untersagungsverfügung.<sup>21</sup> Mangels anderer Spezialbefugnisse kommt als Ermächtigungsgrundlage lediglich die Generalklausel des § 14 Abs. 1 NRWOBG<sup>22</sup> in Betracht.

dar und bedarf somit zur formellen Rechtmäßigkeit auch keiner vorherigen Anhörung. Dazu *Hufen* (Fn. 1), § 32 Rn. 16.

<sup>18</sup> Es kommt nicht auf die inhaltliche Richtigkeit der Begründung an; es handelt sich lediglich um ein formales Kriterium. Dennoch darf die Begründung nicht formelhaft sein und muss auf die Umstände im Einzelfall abstellen. Wesentliche Mängel der Begründung können zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen. Siehe zum Begründungserfordernis *Tiedemann*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Fn. 6), § 39 Rn. 94 f.

<sup>19</sup> In der Praxis findet eine bloß summarische Prüfung statt. Das bedeutet, dass es vielmehr auf eine offensichtliche (Un-)Zulässigkeit oder (Un-)Begründetheit ankommt und im Zweifel eine Abwägungsentscheidung im Wege der „Doppelfiktion“ getroffen wird (Was wäre, wenn die Entscheidung sofort vollzogen würde, die Klage letztlich aber erfolgreich wäre? – Was wäre, wenn die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt werden würde, die Klage sich aber als erfolglos erwies?). Eine summarische Prüfung stellt eine Absenkung des Prüfungsmaßstabes in tatsächlicher Hinsicht dar. In der Regel kann somit auf Beweiserhebungen verzichtet werden. Siehe dazu *Hufen* (Fn. 1), § 32 Rn. 39.

<sup>20</sup> *Hufen* (Fn. 1), § 32 Rn. 39.

<sup>21</sup> § 1 FBalV enthält nur ein Verbot und keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage zum Erlass eines Verwaltungsakts.

<sup>22</sup> Gefahrenabwehrrechtliche Generalklauseln in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 11 Abs. 1 BayPAG; Art. 7 Abs. 2, Abs. 3 BayLStVG; § 10 Abs. 1 BbgPolG; § 13 Abs. 1 Bbg-OBG; § 17 Abs. 1 BerlASOG; § 10 Abs. 1 BremPolG; § 3 BWPOLG; § 3 HambSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOG; § 11 NPOG; § 9 Abs. 1 RPPOG; § 8 Abs. 1 SaarlPolG; § 12

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Verwaltungsakt müsste formell rechtmäßig ergangen sein. Dazu müsste die Zuständigkeit gewahrt worden sein. Es handelte die zuständige Ordnungsbehörde. Hinsichtlich des Verfahrens bedarf es gem. § 28 Abs. 1 NRWVwFG einer Anhörung. Diese ist in dem Anruf der Behörde bei B zu sehen.<sup>23</sup> Da B von der Ordnungsbehörde einen Brief erhielt, wurde die gem. § 20 Abs. 1 NRWOBG<sup>24</sup> erforderliche Schriftform gewahrt.<sup>25</sup> Die Verfügung ist formell rechtmäßig.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Gem. § 14 Abs. 1 NRWOBG kann die Ordnungsbehörde die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Es müsste eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bestehen.

### a) Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

Das Aufsteigen der Flugballons müsste eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellen. Unter einer Gefahr i.S.v. § 14 Abs. 1 NRWOBG ist die im Einzelfall bestehende konkrete Gefahr zu verstehen.<sup>26</sup> Erforderlich ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit einen Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ernstlich befürchten lässt.<sup>27</sup> Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, den Bestand des Staates, seiner Einrichtungen und Veranstaltungen sowie den Schutz von Individualrechtsgütern.<sup>28</sup>

### aa) Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung

Das beabsichtigte Handeln der B könnte gegen die Verbotsvorschrift des § 1 FBalV und damit gegen die geschriebene Rechtsordnung verstoßen. § 1 FBalV zufolge ist es im Gebiet der Stadt S verboten, Flugballons in Form unbemannter Flugobjekte zu verwenden. B möchte an ihrem Geburtstag die „Sternenhimmel“-Attraktion in Anspruch nehmen und Flugballons in den Himmel aufsteigen lassen. Dies verstößt gegen das Verwendungsverbot aus § 1 FBalV.

Allerdings setzt dies voraus, dass § 1 FBalV überhaupt wirksam ist. Die Flugballonverordnung ist nur dann Teil der objektiven Rechtsordnung, wenn sie selbst rechtmäßig ist.

Abs. 1 SächsPVDG; § 13 Abs. 1 SächsPBG; § 13 SaSOG; § 174 SHLVwG; § 12 Abs. 1 ThürPAG; § 5 Abs. 1 ThürOBG.

<sup>23</sup> Vgl. dazu *Herrmann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Fn. 6), § 28 Rn. 17.

<sup>24</sup> Zudem in § 19 Abs. 1 S. 1 BbgOBG.

<sup>25</sup> Über § 12 Abs. 2 NRWOBG finden die im NRWOBG geregelten Vorschriften auch bei Sonderordnungsbehörden Anwendung. Das gilt beispielsweise auch für die Schriftform aus § 20 Abs. 1 NRWOBG.

<sup>26</sup> Näheres zum Gefahrenbegriff in *Korte/Dittrich*, JA 2017, 332.

<sup>27</sup> *Worms/Gusy*, in: Möstl/Kugelmann (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 17. Ed., Stand: 1.3.2021, PolG § 8 Rn. 110.

<sup>28</sup> *Worms/Gusy* (Fn. 27), PolG § 8 Rn. 75.

### (1) Ermächtigungsgrundlage

Die FBalV wurde von der Stadt S erlassen. Die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der FBalV als kommunale Gefahrenabwehrverordnung ergibt sich aus § 27 Abs. 1 NRWOBG<sup>29,30</sup>

### (2) Formelle Rechtmäßigkeit

Die FBalV müsste formell rechtmäßig sein.

#### (a) Zuständigkeit

Die Stadt S müsste für den Erlass der FBalV zuständig gewesen sein. Aus §§ 26, 27 NRWOBG ergibt sich die Verbandszuständigkeit der Gemeinden.<sup>31</sup> Ferner ergibt sich die Organzuständigkeit des Rates als Vertretung der Stadt S i.S.d. § 27 Abs. 4 NRWOBG aus §§ 40 Abs. 2 S. 1, 41 Abs. 1 S. 1 NRWGO<sup>32</sup>. Der Rat der Stadt S ist zuständig.

#### (b) Verfahren

Das Verfahren müsste ordnungsgemäß erfolgt sein. Der Rat handelt als Vertretung der Gemeinde durch Ratsbeschluss. Für die Rechtmäßigkeit des Ratsbeschlusses sind die §§ 47 ff. NRWGO maßgeblich. Die FBalV wurde am 18.5.2020 ordnungsgemäß verkündet. Dabei wurden alle im Sachverhalt nicht explizit erwähnten Verfahrensschritte ordnungsgemäß durchgeführt. Mangels anderweitiger Angaben ist hinsichtlich des Erlasses der FBalV lediglich die Beschlussfähigkeit des Rates fraglich.

Gem. § 49 Abs. 1 S. 1 NRWGO ist der Rat beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der gesetzlichen Mitgliederzahl des Rates anwesend sind. Die gesetzliche Mitgliederzahl ergibt sich aus §§ 3 Abs. 2 lit. a, 4 S. 1 NRW KommunalwahlG i.V.m. § 40 Abs. 2 S. 2 NRWGO.

<sup>29</sup> Regelungen zur kommunalen Gefahrenabwehrverordnung in den verschiedenen Landesgesetzen: §§ 25 ff. BbgOBG; §§ 55 ff. BerlASOG; §§ 48 ff. BremPolG; §§ 10 ff. BWPoLG; §§ 1 ff. HambSOG; §§ 71 ff. HessSOG; §§ 17 ff. MVSO; §§ 54 ff. NPOG; §§ 43 ff. RPPOG; §§ 59 ff. SaarlPoLG; §§ 32 ff. SächsPBG; §§ 93 ff. SaSOG; § 175 SHLVwG; § 27 ff. ThürOBG.

<sup>30</sup> Die Rechtmäßigkeit der Verordnung setzt nach Art. 70 NRWVerf voraus, dass die Verordnung selbst wiederum auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage in Gestalt eines formellen Gesetzes beruht und formell und materiell rechtmäßig ist (dazu *Schroeder*, in: Möstl/Kugelmann [Fn. 27], OBG NRW § 27 Rn. 9, 10).

<sup>31</sup> Die Länder sind über § 26 NRWOBG nur ausnahmsweise zum Erlass befugt. Dies ist gem. § 26 Abs. 2 NRWOBG der Fall, wenn eine landeseinheitliche Regelung notwendig ist. Ob diese Voraussetzung vorliegt, muss nach pflichtgemäßem Ermessen vom Verordnungsgeber ermittelt werden.

<sup>32</sup> Der Rat und die Ratssitzungen nach den Regelungen der verschiedenen Landesgesetze: §§ 24 ff. GO BW; Art. 30 ff. BayGO; §§ 27 ff. BbgKVerf; §§ 49 ff. HessGO; §§ 22 ff. KV MV; §§ 45 ff. NdsKomVG; §§ 29 ff. GO Rh.-Pf.; §§ 32 ff. KSVG; §§ 27 ff. SächsGO; §§ 36 ff. KVG LSA; §§ 27 ff. GO SH; §§ 23 ff. ThürKO.

Gem. § 3 Abs. 2 lit. a NRW KommunalwahlG sind für Gemeinden mit einer Bevölkerungszahl von über 400.000, aber nicht über 550.000 insgesamt 74 Vertreter zu wählen. Die Stadt S hat mit ihrer Bevölkerungszahl von 535.000 Menschen 74 gewählte Vertreter im Rat. Diese Anzahl erhöht sich um den Oberbürgermeister, der gem. § 40 Abs. 2 S. 2 NRWGO ebenfalls als gesetzliches Mitglied dem Rat angehört. Die gesetzliche Mitgliederzahl des Rates i.S.d. § 49 Abs. 1 S. 1 NRWGO beträgt 75. Die Beschlussfähigkeit erfordert demnach die Anwesenheit von 38 Ratsmitgliedern. Bei Beschluss der FBalV waren nur 35 Ratsmitglieder anwesend und somit nicht die geforderte Hälfte der gesetzlichen Mitgliederzahl.

Allerdings wird gem. § 49 Abs. 1 S. 2 NRWGO die Beschlussfähigkeit fingiert. Dies gilt so lange, wie die Beschlussunfähigkeit des Rates nicht positiv festgestellt wurde.<sup>33</sup> Eine solche Feststellung hat nicht stattgefunden. Es ist von der Beschlussfähigkeit des Rates auszugehen. Der Ratsbeschluss erfolgte damit ordnungsgemäß.<sup>34</sup>

*(c) Zwischenergebnis*

Die Gefahrenabwehrverordnung ist formell rechtmäßig.

*(3) Materielle Rechtmäßigkeit*

Die Verordnung müsste zudem materiell rechtmäßig sein.

*(a) Abstrakte Gefahr*

Es müsste ausweislich des § 27 Abs. 1 NRWOBG eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bestehen.<sup>35</sup> Eine abstrakte Gefahr ist immer dann anzunehmen, wenn mit bestimmten Lebenssachverhalten nach allgemeiner Erfahrung und typisierender Betrachtung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verbunden sind. Es müssen bei abstrakt-genereller Betrachtung hinreichende Anhaltspunkte vorhanden sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen.<sup>36</sup>

Die Verwendung der Flugballons begründet eine abstrakte Gefahr, wenn bei generell-abstrakter Betrachtung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall eintritt. In Betracht kommt die Gefährdung von Rechtsgütern wie Leib, Leben, Eigentum bzw. Kollektivgüter, die bei einem eventuellen Brand von Feuer betroffen sind.

Gegen die Annahme einer abstrakten Brandgefahr spricht, dass die Ballons nur ca. fünf Kilometer weit fliegen. Es ist

absehbar, dass sie im Umkreis von fünf Kilometer vom Startpunkt aus erlöschen und zu Boden sinken. Zudem handelt es sich lediglich um eine kleine Feuerquelle. Wie B richtigerweise anführt, besteht eine erhöhte Brandgefahr nur in den Sommermonaten, die sich durch besondere Trockenheit auszeichnen.

Ungeachtet dessen ist die in dem Flugballon vorhandene Feuerquelle offen und lediglich von dem aus Papier bestehenden Ballon umschlossen. Die Hülle des Ballons ist somit leicht entflammbar. Es besteht keine Sicherheit dahingehend, dass der Flugballon nicht auf andere brennbare Gegenstände treffen kann und diese entzündet, denn die Flugbahnen der Ballons sind nicht kontrollierbar. Die Brandgefahr mag bei vorherigem Regen gering sein. Trotzdem lässt sich die Brandgefahr nicht vollkommen ausschließen.<sup>37</sup> Zudem können nicht nur trockene Bäume in Brand geraten. Die Flugballons können auch Brandschäden an Häusern hervorrufen.

Im Ergebnis ist eine von den Flugballons ausgehende abstrakte Gefahr zu bejahen.

*(b) Pflichtigkeit*

Mangels einer über §§ 17–19 NRWOBG<sup>38</sup> hinausgehenden Pflichtigkeit entspricht die Verantwortlichkeit den allgemeinen Voraussetzungen zur ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit.<sup>39</sup>

*(c) Verhältnismäßigkeit und Ermessen*

Als ungeschriebener Teil des aus Art. 20 Abs. 3 GG resultierenden Rechtsstaatsprinzips müsste die Verordnung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren.<sup>40</sup> Der Schutz vor Brandgefahr stellt ein legitimes Ziel zum Erlass der Verordnung dar. Sie ist aber nur dann erforderlich, wenn es kein milderes Mittel mit zumindest gleicher Erfolgsgauglichkeit gibt. In Betracht kommt ein Verbot, welches lediglich auf die Sommermonate oder auf die Trockenheit zum Zeitpunkt der Verwendung abstellt. Allerdings wäre ein Verbot in dieser Form nicht gleich wirksam, um der Brandgefahr insgesamt vorzubeugen. Trockenperioden kann es zu jeder Jahreszeit geben und das Abstellen auf vorangegangene Regenperioden ist nicht pauschalisiert möglich. Zudem sieht § 2 FBalV vor, dass im Einzelfall ein Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gestellt werden kann. Damit ist das Starten von Flugballons nicht pauschal verboten und konkrete Umstände

<sup>33</sup> Rohde, in: Dietlein/Heusch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Kommunalrecht NRW, 15. Ed., Stand: 1.3. 2021, § 49 Rn. 7 ff.

<sup>34</sup> Für die Nichtanwendung des § 49 Abs. 1 S. 2 NRWGO liegen keine Anhaltspunkte vor. Die Nichtanwendung wird bei evidenter Unterschreitung der zur Beschlussfähigkeit erforderlichen Anzahl an Ratsmitgliedern sowie bei positiver Kenntnis der Anwesenden vertreten. Dazu OVG NRW, Urt. v. 8.3.1973 – III B 44/73 = DVBl. 1973, 646 (648).

<sup>35</sup> Kingreen/Poscher (Fn. 7), § 23 Rn. 15.

<sup>36</sup> Schroeder (Fn. 30), OBG NRW § 26 Rn. 8 ff.

<sup>37</sup> Zu dem Bestehen der abstrakten Gefahr durch Fluglaternen BVerwG NJW 2018, 325 (327).

<sup>38</sup> Zu den Regelungen über die Pflichtigkeit in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 7, 8 BayPAG; Art. 9 Abs. 1, Abs. 2 BayLStVG; §§ 5, 6 BbgPolG; §§ 16, 17 BbgOBG; §§ 13, 14 BerlASOG; §§ 5, 6 BremPolG; §§ 6, 7 BWPolG; §§ 8, 9 HambSOG; §§ 6, 7 HessSOG; §§ 68–70 MVSOg; §§ 6, 7 NPOG; §§ 4, 5 NRWPolG; §§ 4, 5 RPPOG; §§ 4, 5 SaarlPolG; §§ 6, 7 SächsPVDG; §§ 14, 15 SächsPBG; §§ 7, 8 SaSOG; §§ 217–219 SHLVwG; §§ 7, 8 ThürPAG; §§ 10, 11 ThürOBG.

<sup>39</sup> Kingreen/Poscher (Fn. 7), § 23 Rn. 18.

<sup>40</sup> Schroeder (Fn. 30), OBG NRW § 28 Rn. 1 ff.

können im Einzelfall zu einem abweichenden Ergebnis führen. Dies macht deutlich, dass die Regelung auf eine hinreichende Einzelfallgerechtigkeit abzielt. Die Verordnung ist somit verhältnismäßig. Mangels ersichtlicher Ermessensfehler ist sie zudem ermessensfehlerfrei.

*(d) Kein Verstoß gegen höherrangigere Rechtsvorschriften*

Schließlich müsste die FBalV der Stadt S auch den Anforderungen des § 28 NRWOBG genügen. Ein Verstoß gegen höherrangiges Bundes- oder Verfassungsrecht kommt nicht in Betracht. Allerdings könnte ein Verstoß im Hinblick auf die vom Innenministerium NRW erlassene Fluglaternenverordnung vom 13.7.2009 (NRWFLatV<sup>41</sup>) vorliegen.

Gem. § 28 Abs. 1 NRWOBG dürfen ordnungsbehördliche Verordnungen keine Bestimmungen enthalten, die mit den Verordnungen einer höheren Behörde in Widerspruch stehen. Laut Sachverhalt sind beide Verordnungen inhaltsgleich, sodass die FBalV nicht im Widerspruch zu der auf § 26 Abs. 1 NRWOBG gestützten NRWFLatV steht. Ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 NRWOBG liegt nicht vor.

Gem. § 28 Abs. 2 NRWOBG darf die Verordnung einer nachgeordneten Ordnungsbehörde nur dann ergänzende Regelungen enthalten, sofern die Verordnung der höheren Behörde dies ausdrücklich zulässt. Hieraus ergibt sich, dass die Verordnung der höheren Behörde als abschließende Regelung anzusehen ist, sofern nichts anderes geregelt ist. Dementsprechend steht die Ausübung des Ordnungsrechts der §§ 25 ff. NRWOBG unter der durch § 28 Abs. 2 NRWOBG gesetzten Bedingung, dass die Angelegenheit nicht bereits durch höherrangiges Recht geregelt ist.<sup>42</sup>

Die NRWFLatV sieht keine Befugnis für ergänzende Regelungen durch nachgeordnete Ordnungsbehörden vor und stellt damit eine abschließende Regelung für den Umgang mit Himmelslaternen dar. Die inhaltsgleiche FBalV verstößt damit gegen § 28 Abs. 2 NRWOBG.

*(e) Zwischenergebnis hinsichtlich der FBalV*

Die FBalV der Stadt S ist materiell rechtswidrig. Eine Verletzung der geschriebenen Rechtsordnung als Element der öffentlichen Sicherheit kann nicht auf einen drohenden Verstoß gegen die FBalV gestützt werden.

*(4) Verstoß gegen § 1 Fluglaternenverordnung NRW*

Das beabsichtigte Handeln der B könnte jedoch gegen die inhaltsgleiche NRWFLatV und damit gegen die objektive Rechtsordnung verstoßen. Die Untersagungsverfügung kann ebenso auf einen Verstoß gegen die NRWFLatV i.V.m. § 14 Abs. 1 NRWOBG gestützt werden, weil der Rechtsgrund bereits zum Erlasszeitpunkt vorlag und damit keine Wesensänderung des Verwaltungsakts einher geht.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Eine solche Verordnung wurde auch in anderen Bundesländern erlassen: BbgFlugLatV; SaFlugLatV.

<sup>42</sup> Dazu *Schroeder* (Fn. 30), OBG NRW § 28 Rn. 6.

<sup>43</sup> Vgl. zum Aspekt des Nachschiebens von Gründen *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 45 Rn. 45 ff.

§ 1 NRWFLatV zufolge ist es im gesamten Landesgebiet verboten, Fluglaternen in Form unbemannter Flugobjekte zu verwenden. B möchte an ihrem Geburtstag die „Sternenhimmel“-Attraktion in Anspruch nehmen und Flugballons in den Himmel steigen lassen. Dies verstößt gegen das Verwendungsverbot der NRWFLatV.

Die Verordnung beruht auf § 26 Abs. 1 NRWOBG. Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der NRWFLatV bestehen mangels anders lautender Angaben keine Bedenken.

Ob eine einheitliche Regelung für das ganze Land gem. § 26 Abs. 2 NRWOBG geboten ist, hat der Verordnungsgeber im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens zu ermitteln. Trotz der vergleichsweisen geringen Reichweite von Fluglaternen ist es nicht ausgeschlossen, dass diese über die Grenzen eines Regierungsbezirks hinwegfliegen. Folglich dürfte das Innenministerium eine landeseinheitliche Regelung für geboten erachten.

Hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit kann auf die obigen Ausführungen zur inhaltsgleichen FBalV (unter 3. a)–c) verwiesen werden. Die NRWFLatV ist rechtmäßig und damit Teil der objektiven Rechtsordnung.

*(5) Zwischenergebnis*

Ein Verstoß der B gegen § 1 NRWFLatV würde die geschriebene Rechtsordnung als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit verletzen.<sup>44</sup>

*bb) Konkrete Gefahr*

Es müsste entsprechend § 14 Abs. 1 NRWOBG eine konkrete Gefahr im Einzelfall vorliegen. Dazu bedarf es zum Zeitpunkt des Einschreitens objektiver Anhaltspunkte, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft auf eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit schließen lassen.<sup>45</sup> B will die „Sternenhimmel“-Attraktion an ihrem Geburtstag vorführen. Bei der telefonischen Anhörung hat B deutlich gemacht, dass sie die Bedenken der Behörde nicht nachvollziehen kann. Mithin liegen objektive Anhaltspunkte dafür vor, dass B in naher Zukunft gegen § 1 NRWFLatV verstoßen wird. Eine konkrete Gefahr ist gegeben.<sup>46</sup>

*cc) Verantwortlichkeit*

B müsste zudem Verantwortliche nach den §§ 17–19 NRWOBG sein. Sie ist gem. § 17 Abs. 1 NRWOBG verhaltensverantwortlich, wenn sie die Gefahr unmittelbar verursacht.<sup>47</sup> B plant, die Flugballons eigenhändig steigen zu lassen und führt somit die Gefahrenlage kausal und unmittelbar herbei.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> In Betracht kommt zudem die Betroffenheit von Individualrechtsgütern, etwa aufgrund einer Brandgefahr für umstehende Häuser.

<sup>45</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 8 Rn. 2.

<sup>46</sup> Hinsichtlich der Betroffenheit von Individualrechtsgütern müsste aufgrund der geringen Brandgefahr bei regnerischer Wetterlage das Vorliegen einer konkreten Gefahr abgelehnt werden.

<sup>47</sup> OVG NRW NVwZ 1997, 507 (508).

<sup>48</sup> Zur Unmittelbarkeit *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 9 Rn. 11.

B ist damit als Verhaltensverantwortliche zu qualifizieren. Neben B kommt auch A als Verhaltensverantwortliche oder Zweckveranlasserin in Betracht, da diese das erforderliche Material auf ihrem Grundstück bereitstellt.

*b) Rechtsfolge: Ermessen und Verhältnismäßigkeit*

Die Ordnungsbehörde müsste bezüglich des Verbots ermessensfehlerfrei gehandelt haben. Bei der Beurteilung der Ermessensausübung ist zwischen Entschließungsermessen und Auswahlermessen zu unterscheiden.

*aa) Entschließungsermessen*

Das Entschließungsermessen bezieht sich auf die Entscheidung der Behörde, ob sie überhaupt tätig werden soll.<sup>49</sup> Gegen die Notwendigkeit des Tätigwerdens könnten die tatsächlichen Umstände zum Zeitpunkt des Verbots am 13.7.2020 sprechen. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Untersagungsverfügung war ersichtlich, dass es in den zwei Wochen vor Stattfinden des Geburtstages zu vermehrten Regenfällen kommt. Die Brandgefahr am 24.7.2020 war damit als gering einzustufen.

Ungeachtet der vergleichsweise geringen Brandgefahr bestand die konkrete Gefahr, dass B gegen das Verbot des § 1 NRWFLatV verstoßen würde. Einen Antrag auf Ausnahmegenehmigung gem. § 2 NRWFLatV hat B nicht gestellt. Die Behörde war somit an das Verbot aus § 1 NRWFLatV gebunden und musste von einer konkreten Gefahr für die objektive Rechtsordnung ausgehen. Die Behörde hat ihr Entschließungsermessen fehlerfrei ausgeübt.<sup>50</sup>

*bb) Auswahlermessen*

Zudem müsste die Behörde hinsichtlich des Auswahlermessens fehlerfrei gehandelt haben. Dieses bezieht sich auf die Auswahl sowie auf die Ausübung der gewählten Maßnahme.<sup>51</sup> Dass A ebenfalls zum Kreis der Verantwortlichen gehört, ist unschädlich. Nach dem Grundsatz der effektiven Gefahrenabwehr konnte sich die Behörde an die unmittelbar handelnde B wenden.<sup>52</sup> Die Untersagungsverfügung stellt ein angemessenes Mittel zur Gefahrenabwehr dar. Die Behörde handelte auch bezüglich des Auswahlermessens fehlerfrei.

*cc) Zwischenergebnis*

Die Behörde handelte ermessensfehlerfrei und verhältnismäßig.

*c) Zwischenergebnis*

Die Untersagungsverfügung ist materiell rechtmäßig.

*d) Rechtsverletzung*

Die Untersagungsverfügung schränkt die Rechte der B in rechtmäßiger Weise ein. Es liegt im Ergebnis keine Rechtsverletzung vor.

*4. Zwischenergebnis*

Die Untersagungsverfügung ist rechtmäßig. Mithin überwiegt das Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse.

**III. Zwischenergebnis**

Der Antrag ist hinsichtlich der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf die Untersagungsverfügung unbegründet.

**D. Begründetheit bezüglich der Androhung des Zwangsgeldes**

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO ist begründet, soweit das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollzugsinteresse der Behörde überwiegt. Dies ist der Fall, soweit die Androhung des Zwangsgeldes nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist und die B in ihren Rechten verletzt.

Die Androhung ist wiederum rechtmäßig, wenn sie auf einer Ermächtigungsgrundlage beruht, von der in formell und materiell rechtmäßiger Weise Gebrauch gemacht wurde.

**I. Ermächtigungsgrundlage**

Ermächtigungsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung sind die §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 2, 60, 63 NRWwVG<sup>53</sup>.

**II. Formelle Rechtmäßigkeit**

Die Zwangsgeldandrohung ist formell rechtmäßig. Die Androhung erfolgte schriftlich und ist durch Nennung der Höhe des Zwangsgeldes auch hinreichend konkret (§ 63 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 NRWwVG). Zudem wurde die Verfügung der B gem. § 63 Abs. 6 NRWwVG i.V.m. § 1 Abs. 2 NRWLandeszustellungsgesetz förmlich zugestellt.

**III. Materielle Rechtmäßigkeit**

Die Androhung des Zwangsgeldes müsste auch materiell rechtmäßig sein.

*1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen*

Für eine rechtmäßige Androhung müssen zunächst die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen in Form einer vollstreckbaren Grundverfügung i.S.d. § 55 Abs. 1 NRWwVG vorliegen. Ein Verwaltungsakt ist gem. § 55 Abs. 1 NRW-

<sup>49</sup> Zum Ermessensbegriff siehe in *Beaucamp*, JA 2006, 74 (75).

<sup>50</sup> Es erscheint bei entsprechender Argumentation vertretbar, dass die Behörde den Widerspruch der B im Rahmen der Anhörung als einen begründeten Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung hätte ansehen müssen und daher ermessensfehlerhaft handelte.

<sup>51</sup> *Beaucamp*, JA 2006, 74 (75).

<sup>52</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 9 Rn. 89.

<sup>53</sup> Regelungen zur Zwangsvollstreckung in den verschiedenen Landesgesetzen: Art. 70 ff. BayPAG; §§ 53 ff. BbgPolG; §§ 15 ff. BbgVwVG; §§ 40 ff. BremPolG; §§ 49 ff. BWPoIG; §§ 47 ff. HessSOG; §§ 79 ff. MVSO; §§ 64 ff. NPOG; §§ 57 ff. RPPOG; §§ 44 ff. SaarlPoIG; §§ 39 ff. SächsPVDG; §§ 53 ff. SaSOG; §§ 51 ff. ThürPAG; §§ 43 ff. ThürVwZVG; §§ 228 ff. SHLVwG; §§ 8 Abs. 1 BerlVwVfG, 6 ff. BVwVG; §§ 14 ff. HambVwVG.



VwVG vollstreckbar, wenn er auf eine Unterlassung gerichtet ist. Dies ist hinsichtlich der vorliegenden Untersagungsverfügung zu bejahen. Zudem muss der Verwaltungsakt entweder unanfechtbar oder gem. § 80 Abs. 2 VwGO sofort vollziehbar sein. Hinsichtlich der an B gerichteten Untersagungsverfügung wurde gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung durch die Behörde angeordnet.

### 2. Richtiges Zwangsmittel

Das Zwangsgeld ist ein gem. §§ 57 Abs. 1 Nr. 2, 60 NRW-VwVG zulässiges Zwangsmittel.

### 3. Höhe des Zwangsgeldes

Schließlich müsste die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes angemessen sein. Das Zwangsgeld soll psychischen Druck auf die Verfügungsadressatin ausüben, um eine Befolgung des Verwaltungsakts zu erreichen.<sup>54</sup> Die Höhe des Zwangsgeldes ist gem. § 60 Abs. 1 NRWVwVG auf hunderttausend Euro begrenzt, wobei das wirtschaftliche Interesse der Betroffenen an der Nichtbefolgung des Verwaltungsaktes zu berücksichtigen ist. Der wohlhabenden B wurde ein Zwangsgeld i.H.v. 1.000 € angedroht. B hat als Gastgeberin der Geburtstagsfeier kein wirtschaftliches Interesse an der Missachtung des Verbots. Angesichts ihrer Vermögensverhältnisse erscheint das Zwangsgeld jedoch angemessen, um eine ausreichende Beugewirkung zu erzeugen.<sup>55</sup>

## IV. Zwischenergebnis

Die Androhung des Zwangsgeldes ist sowohl formell als auch materiell rechtmäßig. Es überwiegt das Vollzugsinteresse der Behörde. Die aufschiebende Wirkung wird nicht angeordnet.

## E. Gesamtergebnis

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ist insgesamt unbegründet und hat keinen Erfolg.

---

<sup>54</sup> Zum Begriff des Beugemittels *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), § 24 Rn. 11.

<sup>55</sup> Es wäre verfehlt, für die Bemessung des Zwangsgeldes auf den Bußgeldrahmen der Verordnung (§ 2 S. 2 NRWLatV) abzustellen. Dem Bußgeld kommt Strafcharakter zu, sodass es funktional vom Zwangsgeld als Beugemittel zu unterscheiden ist.