

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Polizei- und Ordnungsrecht

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 73 Abs. 1 Nr. 6
LuftVG	§ 1 Abs. 1 und 2, § 29 Abs. 1, § 31 Abs. 2 Nr. 16
LuftVO	§ 19 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b
SächsPolG	§ 1 Abs. 1, § 9 Abs. 1
VwGO	§ 43 Abs. 1, § 113 Abs. 1 Satz 4
ZPO	§ 563 Abs. 3 und 4

Stichworte:

Klage mit dem Ziel, die Genehmigungsfreiheit eines Verhaltens feststellen zu lassen; für die Normanwendung zuständiger Rechtsträger als richtiger Beklagter; Fluglaternen; Anwendungsbereich des Luftverkehrsgesetzes im Bereich der Gefahrenabwehr; Luftverkehrsbegriff; Begriff des Luftfahrzeugs; abstrakte Gefahr; Polizeiverordnung; Gebot der Verhältnismäßigkeit; Ausnahmegenehmigung; Rechtfertigung des generellen Aufstiegsverbots für Fluglaternen durch Brandgefahr.

Leitsätze:

1. Die Klage auf Feststellung, dass ein bestimmtes Verhalten keiner Genehmigung bedarf, ist gegen den Rechtsträger zu richten, der für die Anwendung der Genehmigungsnorm zuständig ist (wie BVerwG, Urteil vom 23. August 2007 - 7 C 2.07 - BVerwGE 129, 199).
2. Fluglaternen sind keine Luftfahrzeuge. Sie unterliegen dem Luftverkehrsrecht des Bundes nur, soweit von ihnen Gefahren für den Luftverkehr ausgehen können.
3. Der Aufstieg von Fluglaternen in den Luftraum kann durch Polizeiverordnung verboten werden, weil Laternenflüge bei generell-abstrakter Betrachtung typischerweise Brände verursachen können.
4. Ausnahmen von dem generellen Aufstiegsverbot kommen nur in Betracht, wenn sich die Brandgefahr im Einzelfall hinreichend sicher ausschließen lässt.

Urteil des 6. Senats vom 25. Oktober 2017 - BVerwG 6 C 44.16



- I. VG Leipzig vom 14. November 2013
Az: VG 3 K 169/12
- II. OVG Bautzen vom 30. Mai 2016
Az: OVG 3 A 275/15



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 44.16
OVG 3 A 275/15

Verkündet
am 25. Oktober 2017

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 2017
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kraft
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, Dr. Möller, Hahn und
Dr. Tegethoff

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Sächsi-
schen Obergerichts vom 30. Mai 2016 wird
zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger will festgestellt wissen, dass er Fluglaternen des von ihm verwendeten Typs "Glühwürmchen" aufsteigen lassen kann, ohne im Besitz einer Aufstiegsgenehmigung zu sein. Hilfsweise strebt er die Feststellung an, dass ihm die Beklagte die Genehmigung für einen bestimmten Aufstieg habe erteilen müssen.
- 2 Fluglaternen bestehen aus einer ballonartigen Hülle aus Papier. Sie sind unten offen; um die kreisförmige Öffnung herum führt ein Ring. In deren Mitte befindet sich ein Gefäß für eine Kerze, das durch zwei Drähte an dem Ring befestigt ist. Die Kerze wird durch eine Drahtschleife fixiert. Die Flamme der Kerze erleuchtet den Ballon. Nach dem Anzünden steigt die Fluglaterne aufgrund der Wärme auf, die die Flamme in der Hülle erzeugt. Der Flug soll andauern, bis die Kerze abgebrannt ist; danach soll die Fluglaterne zu Boden sinken. Allerdings kann

nach dem Aufstieg das Flugverhalten in der Luft nicht beeinflusst werden; es hängt ausschließlich von Wind und Wetter ab. Fluglaternen können bis auf eine Höhe von 500 Metern aufsteigen; ihre Flugdauer kann bis zu 20 Minuten betragen. Die größten Exemplare sind rund zwei Meter hoch und haben einen Durchmesser von einem Meter (BR-Drs. 816/09 S. 21).

- 3 Die frühere Landesdirektion Leipzig, eine Behörde des Freistaats Sachsen, hat den Aufstieg von Fluglaternen durch Polizeiverordnung vom 27. August 2009 (Fluglaternenverordnung) verboten (§ 1). Die Ortpolizeibehörden können auf Antrag örtlich und zeitlich begrenzte Ausnahmen von dem Verbot zulassen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls keine Bedenken wegen der Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer Brandgefahr, begründen (§ 2 Abs. 1). Die Beklagte ist Ortpolizeibehörde für ihr Stadtgebiet. Die Landesdirektion Leipzig wurde 2012 mit den Landesdirektionen Dresden und Chemnitz zur Landesdirektion Sachsen zusammengeschlossen.

- 4 Der Kläger wollte am 26. und 31. Dezember 2011 zwischen 20 und 24 Uhr an zwei Standorten im Stadtgebiet der Beklagten jeweils 50 Fluglaternen des Typs "Glühwürmchen" aufsteigen lassen. Die Beklagte lehnte es wegen Brandgefahr ab, hierfür Ausnahmegenehmigungen zu erteilen. Die Klage mit den Zielen, hauptsächlich die Genehmigungsfreiheit des Aufstiegs von Fluglaternen des Typs "Glühwürmchen", hilfsweise die Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für den am 31. Dezember 2011 geplanten Aufstieg festzustellen, hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. In dem Berufungsurteil des Oberverwaltungsgerichts heißt es im Wesentlichen: Fluglaternen unterlägen dem Landespolizeirecht, soweit es darum gehe zu verhindern, dass sie Brände verursachten. Das Luftverkehrsrecht des Bundes sei insoweit nicht anwendbar, weil Fluglaternen keine Luftfahrzeuge seien. Hierunter fielen nur Fluggeräte, deren Flugverhalten sich steuern ließe. Das Aufstiegsverbot der Fluglaternenverordnung sei von der Ermächtigung des Sächsischen Polizeigesetzes gedeckt, die den Polizeibehörden die Befugnis verleihe, generell gefährliche Verhaltensweisen durch Polizeiverordnung zu untersagen. Bei generell-abstrakter Betrachtungsweise bestehe bei Laternenflügen typischerweise eine Brandgefahr. Aufgrund der Bauweise der Fluglaternen könne die brennende

Flamme während des Fluges mit brennbaren Gegenständen in Berührung kommen und diese entzünden. Derartige Vorfälle ließen sich nicht verhindern, weil der wind- und wetterabhängige Verlauf eines Fluges nicht verlässlich vorhergesagt werden könne. Die von der Beklagten angeführten Schadensfälle deckten sich mit den Erkenntnissen in anderen Bundesländern. Die handelsüblichen Laternentypen wiesen in Bezug auf die Brandgefahr keine Unterschiede auf. Die Ausnahmeregelung der Fluglaternenverordnung sei dahingehend auszulegen, dass ein Anspruch auf Genehmigung eines Aufstiegs bestehe, wenn im Einzelfall die konkrete Gefahr eines Brandes nicht gegeben sei. Das Verwaltungsgericht habe zutreffend dargelegt, dass mit den am 31. Dezember 2011 geplanten Laternenflügen eine konkrete Gefahr verbunden gewesen sei, weil der Standort für den geplanten Aufstieg in einem dicht bebauten Gebiet gelegen habe.

- 5 Mit der Revision macht der Kläger geltend, die Fluglaternenverordnung sei aus mehreren Gründen unwirksam. Zum einen sei das Landespolizeirecht nicht anwendbar, weil Fluglaternen als Luftfahrzeuge dem Luftverkehrsrecht des Bundes unterlägen. Für die Eigenschaft eines Fluggeräts als Luftfahrzeug reiche aus, dass es dazu bestimmt sei, den Luftraum zu benutzen. Zum anderen seien Laternenflüge keineswegs typischerweise gefährlich. Jedenfalls sei das generelle Aufstiegsverbot unverhältnismäßig. Die verschiedenen Laternentypen unterschieden sich in Bezug auf die sicherheitsrelevante Beschaffenheit erheblich. Fluglaternen des Typs "Glühwürmchen" hätten keinen einzigen Schadensfall verursacht. Sorgfaltswidriges Vorgehen könne durch Anwendungshinweise ausgeschlossen werden, in denen etwa vor einem Aufstieg ab einer gewissen Windstärke gewarnt werde. Auch könne das Aufstiegsverbot auf räumliche Bereiche, etwa auf bebaute Gebiete und deren Umgebung, beschränkt werden. Der Genehmigungstatbestand des § 2 Abs. 1 der Fluglaternenverordnung sei unbestimmt, weil die Erteilung der Genehmigung von der rein subjektiven Einschätzung fehlender Bedenken abhängig gemacht werde. Dementsprechend handhabe die Beklagte die Verordnung als "Totalverbot".
- 6 Die Beklagte verteidigt das Berufungsurteil. Sie listet erneut verschiedene Vorfälle nach Zeitpunkt, Ort und Schadensfolgen stichwortartig auf, in denen Flug-

laternen seit 2008 Brände mit zumeist erheblichen Gebäudeschäden, aber auch einen Todesfall verursachten.

- 7 Der Vertreter des Bundesinteresses hält das Luftverkehrsrecht in Bezug auf die Brandgefahr nicht für anwendbar. Die Eigenschaft eines Fluggeräts als Luftfahrzeug setze voraus, dass es während des Flugs gelenkt werden könne. Fluglaternen nähmen nicht am Luftverkehr teil, sondern behinderten diesen.

II

- 8 Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Das angefochtene Berufungsurteil verletzt Bundesrecht im Ergebnis nicht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1, § 144 Abs. 2 und 4 VwGO).
- 9 Der Kläger hat die Klage auch in Bezug auf den Hauptantrag zu Recht gegen die Beklagte gerichtet (unter 1.). Die Abwehr von Gefahren, die Fluglaternen außerhalb des Luftverkehrs hervorrufen, richtet sich nicht nach dem Luftverkehrsrecht des Bundes, sondern nach dem allgemeinen Ordnungsrecht, hier nach dem Sächsischen Polizeigesetz - SächsPolG - i.d.F. der Bekanntmachung vom 13. August 1999 (SächsGVBl. S. 466; unter 2.). Laternenflüge können durch Polizeiverordnung generell verboten werden, weil damit die generell-abstrakte Gefahr von Bränden verbunden ist (unter 3.). Ein Aufstieg kann im Einzelfall nur genehmigt werden, wenn sich eine Brandgefahr hinreichend sicher ausschließen lässt (unter 4.).
- 10 1. Die Klage ist mit dem Hauptantrag, die Genehmigungsfreiheit des Aufstiegs der Fluglaternen des Typs "Glühwürmchen" festzustellen, nach § 43 Abs. 1 VwGO zulässig. Unter einem Rechtsverhältnis im Sinne dieser Vorschrift sind die nach öffentlichem Recht zu beurteilenden Beziehungen zwischen rechtsfähigen Personen, insbesondere zwischen Privaten und öffentlich-rechtlich verfassten Rechtsträgern, in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt zu verstehen. Die Feststellungsklage kann darauf gerichtet sein, ob das Rechtsverhältnis rechtswirksam begründet oder beendet ist und ob es einen bestimmten Inhalt

hat. Der Erfolg der Klage hängt von der Auslegung öffentlich-rechtlicher Normen und deren Anwendung auf den konkreten Sachverhalt ab (stRspr; vgl. BVerwG, Urteil vom 23. August 2007 - 7 C 2.07 - BVerwGE 129, 199 Rn. 21).

- 11 Gegenstand eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO kann die Feststellung sein, dass eine bestimmte Betätigung trotz eines öffentlich-rechtlichen Verbots oder Genehmigungsvorbehalts voraussetzungslos erlaubt ist. Beteiligte eines solchen Rechtsverhältnisses sind die Privaten, deren Betätigungsfreiheit beschränkt wird, und der Rechtsträger, dessen Behörden den Privaten gegenüber die Beachtung des Verbots oder des Genehmigungsvorbehalts zu überwachen und durchzusetzen haben (Vollzugszuständigkeit). Die Verantwortung dieses Rechtsträgers für die Rechtsanwendung gegenüber den Privaten besteht auch, wenn ein anderer öffentlich-rechtlicher Träger die anzuwendenden Rechtsnormen erlassen hat, die das Verbot oder den Genehmigungsvorbehalt anordnen. Zwar hängt der Erfolg der Feststellungsklage von der inzident zu prüfenden Rechtswirksamkeit dieser Rechtsnormen ab. Die Beantwortung dieser Vorfrage nimmt aber nicht an der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung teil. Ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO zwischen Normadressaten und Normgeber kann nur bestehen, wenn die Rechtsnormen unmittelbar Rechte und Pflichten begründen, ohne dass es einer fallbezogenen Anwendung bedarf (BVerwG, Urteile vom 23. August 2007 - 7 C 2.07 - BVerwGE 129, 199 Rn. 21 ff. und vom 28. Januar 2010 - 8 C 19.09 - BVerwGE 136, 54 Rn. 28 ff.; Happ, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 43 Rn. 44).
- 12 Danach besteht hier in Bezug auf das Aufstiegsverbot im Stadtgebiet der Beklagten ein Rechtsverhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten. Ob der Kläger Fluglaternen des Typs "Glühwürmchen" voraussetzungslos aufsteigen lassen darf, hängt von der Rechtswirksamkeit der Fluglaternenverordnung der früheren Landesdirektion Leipzig vom 27. August 2009 ab. Die Beklagte hat als Ortspolizeibehörde nach § 64 Abs. 1 Nr. 4 SächsPolG sicherzustellen, dass das verordnungsrechtliche Aufstiegsverbot beachtet wird, und über die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen zu entscheiden.

- 13 2. Das Luftverkehrsrecht des Bundes ist auf Fluglaternen nur insoweit anwendbar, als es um die Abwehr der von diesen Fluggeräten ausgehenden Gefahren für den Luftverkehr geht. Das Bundesrecht entfaltet keine Sperrwirkung für Maßnahmen des allgemeinen Landespolizeirechts zur Abwehr von Gefahren, die Fluglaternen für die öffentliche Sicherheit außerhalb des Luftverkehrs hervorrufen.
- 14 Die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Luftverkehr nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG umfasst die Luftaufsicht, d.h. die Abwehr von Gefahren für und durch den Luftverkehr (Pabst/Schwartmann, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: September 2017, Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 8 f.; Uhle, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: Dezember 2016, Band V, Art. 73 Rn. 137; Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, § 29 Rn. 4). Die Luftaufsicht ist Bestandteil der Luftverkehrsverwaltung, die als bundeseigene Verwaltung geführt wird, soweit nicht Aufgaben den Ländern als Auftragsverwaltung übertragen werden (Art. 87d Abs. 1 und 2 GG; § 31 Abs. 2 Nr. 18 LuftVG). Im Bereich der Luftaufsicht sind Gefahrenabwehrmaßnahmen anderer Behörden, insbesondere der allgemeinen Ordnungs- bzw. Polizeibehörden der Länder, auf der Grundlage des von ihnen anzuwendenden Rechts nur zulässig, wenn ein rechtzeitiges Einschreiten der Luftaufsichtsbehörden nicht möglich erscheint (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 SächsPolG).
- 15 Der Anwendungsbereich der Luftaufsicht als luftverkehrsrechtlicher Gefahrenabwehr wird durch die Generalklausel des § 29 Abs. 1 Satz 1 des Luftverkehrsgesetzes - LuftVG - in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Mai 2007 (BGBl. S. 698) umschrieben. Danach haben die Luftfahrtbehörden und die Flugsicherungsorganisation die Aufgabe, betriebsbedingte Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch die Luftfahrt abzuwehren. Nach Satz 2 können sie in Ausübung der Luftaufsicht Verfügungen erlassen. Danach umfasst die Luftaufsicht zum einen die Aufgabe, Gefahren abzuwenden, die dem Luftverkehr entweder aufgrund des damit verbundenen Gefahrenpotenzials oder durch Eingriffe von außen drohen (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 LuftVG). Zum anderen gehört zur Luftaufsicht die Ab-

wehr von Gefahren, die der Luftverkehr für die öffentliche Sicherheit außerhalb des Luftverkehrs hervorruft (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 LuftVG).

- 16 Nach § 1 Abs. 1 LuftVG regelt dieses Gesetz die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge. Diese Formulierung bringt zugleich zum Ausdruck, was unter Luftverkehr zu verstehen ist. Entsprechend dem Luftverkehrsbegriff im Sinne von Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG gehören hierzu die Gesamtheit der Flugbewegungen von Luftfahrzeugen im Luftraum, deren Aufstiege und Landungen sowie die dafür benötigten Anlagen (Pabst/Schwartmann, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: September 2017, Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 6; Uhle, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: Dezember 2016, Band V, Art. 73 Rn. 135 f.). Dagegen enthält das Luftverkehrsgesetz keine allgemeine Bestimmung des Luftfahrzeugbegriffs. Stattdessen zählt das Gesetz in § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 10 verschiedene Arten von Luftfahrzeugen auf. Diesen Fluggeräten ist gemeinsam, dass ihr Flugverhalten gesteuert oder doch beeinflusst werden kann. Darüber hinaus stellen nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 LuftVG sonstige für die Benutzung des Luftraums bestimmte Geräte Luftfahrzeuge dar, sofern sie in Höhen von mehr als dreißig Metern über Grund oder Wasser betrieben werden können. Hierbei handelt es sich um einen die voranstehende Aufzählung ergänzenden Auffangtatbestand, der bewusst für Fluggeräte aller Art offen gehalten ist. Damit will der Bundesgesetzgeber Entwicklungen neuartiger Fluggeräte Rechnung tragen. Für deren Betrieb sollen von Anfang an ohne Einschränkungen die Anforderungen des Luftverkehrsrechts gelten, wenn dies geboten ist, um den störungsfreien und gefahrlosen Betrieb des Luftverkehrs sicherzustellen (vgl. auch Giemulla, in: Giemulla/Schmid, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, § 1 Rn. 28 sowie Schwenk/Giemulla, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 4. Aufl., Kapitel 7 Rn. 12 f.; Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz, § 1 Rn. 34).
- 17 Aufgrund dessen erscheint fraglich, ob der Bundesgesetzgeber den Begriff des Luftfahrzeugs im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 LuftVG auf lenkbare Fluggeräte beschränken wollte. Der Wortlaut der Regelung ist nicht eindeutig. Der Begriff "betreiben" kann nach seinem Wortsinn nicht nur, wie das Oberverwaltungsgericht ohne weitere Begründung meint, im Sinne von Lenken oder Steu-

ern, sondern auch im Sinne von In-Bewegung-setzen verstanden werden. Hinzu kommt, dass dieser Begriff nach dem Satzbau des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 LuftVG nicht eine Eigenschaft des Fluggeräts beschreibt, sondern sich auf die erreichbare Flughöhe bezieht.

- 18 Dem Normzweck des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 LuftVG als offengehaltener Auf-
fangtatbestand zur Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs entspricht,
dass grundsätzlich auch nicht lenkbare Fluggeräte Luftfahrzeuge sein können.
Dies setzt voraus, dass ein solches Fluggerät bei der Benutzung des Luftraums
Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs herbeiführt, die den Gefahren des
Betriebs einer Luftfahrzeugart nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 10 LuftVG ver-
gleichbar sind. Dies kann nur aufgrund einer Gesamtwürdigung beurteilt wer-
den, die vor allem die erreichbare Distanz, Dauer, Höhe und Geschwindigkeit
der Flüge, die Wetterabhängigkeit des Flugverlaufs und die möglichen Folgen
von Unfällen, insbesondere von Kollisionen mit Luftfahrzeugen einbezieht (vgl.
Giemulla, in: Giemulla/Schmid, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht,
§ 1 Rn. 28 sowie Schwenk/Giemulla, Handbuch des Luftverkehrsrechts, Kapi-
tel 7 Rn. 12 f.; Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz, § 1 Rn. 34).
- 19 Nach diesem Maßstab erweist sich die Annahme des Oberverwaltungsgerichts,
Fluglaternen seien keine Luftfahrzeuge im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11
LuftVG, im Ergebnis als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). In Bezug auf die Benut-
zung des Luftraums sind Fluglaternen mit keinem der Luftfahrzeuge vergleich-
bar, die in § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 10 LuftVG aufgezählt sind. Fluglaternen
unterscheiden sich nach Bauweise, Größe, Gewicht und Funktionsweise ganz
erheblich von in § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 LuftVG genannten Frei- und Fesselbal-
lons. Im Vergleich zu Flügen, die mit diesen Luftfahrzeugen möglich sind, fallen
Laternenflüge nach der erreichbaren Distanz, der Dauer von höchstens rund
20 Minuten, der Höhe von höchstens 500 Metern und der ausschließlich wind-
abhängigen Geschwindigkeit nicht ins Gewicht. Gefahren für die Luftfahrt kön-
nen sich allenfalls daraus ergeben, dass der Leuchteffekt irritierende Wirkung
auf die Führer von Luftfahrzeugen bei Starts und Landungen haben kann. Da-
her liegt es nahe, Fluglaternen nicht als Luftfahrzeuge, sondern als fliegende
ballonartige Leuchtkörper anzusehen. Diese lösen - wie § 31 Abs. 2 Nr. 16

Buchst. h LuftVG belegt - nach der Einschätzung des Bundesgesetzgebers einen luftverkehrsrechtlichen Regelungsbedarf nur aus, wenn von ihnen Gefahren für den Luftverkehr ausgehen. Dementsprechend hat der Verordnunggeber mögliche Irritationen aufgrund des Leuchteffekts zum Anlass genommen, den Aufstieg von Fluglaternen in der Umgebung von Flugplätzen während der Betriebszeiten zum Schutz der Sicherheit des Luftverkehrs zu verbieten (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b der Luftverkehrs-Ordnung).

- 20 3. Die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, das generelle Aufstiegsverbot nach § 1 der Fluglaternenverordnung der früheren Landesdirektion Leipzig sei rechtswirksam, verstößt nicht gegen Bundesrecht.
- 21 a) Das Oberverwaltungsgericht hat das Verwaltungsorganisationsrecht des Freistaats Sachsen dahingehend ausgelegt, dass die Fluglaternenverordnung auch nach Auflösung der Erlassbehörde fortgilt. An diese Auslegung irrevisiblen Landesrechts ist der Senat gebunden (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO; § 173 Satz 1 VwGO, § 560 ZPO).
- 22 b) Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 der Fluglaternenverordnung ist es im Bezirk der früheren Landesdirektion Leipzig verboten, Fluglaternen aufsteigen zu lassen. Die Vorschrift statuiert keinen Genehmigungsvorbehalt für Aufstiege, sondern verbietet diese generell. Die Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts, dieses Verbot sei von der Ermächtigung nach § 9 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 SächsPolG gedeckt, ist mit Bundesrecht vereinbar. Nach § 9 Abs. 1 SächsPolG können die allgemeinen Polizeibehörden zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz polizeiliche Gebote und Verbote erlassen, die für eine unbestimmte Anzahl von Fällen an eine unbestimmte Anzahl von Personen gerichtet sind (Polizeiverordnungen). Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 SächsPolG hat die Polizei die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird und Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen, soweit es im öffentlichen Interesse geboten ist. Diese Vorschriften ermächtigen die Polizeibehörden zum Erlass von Polizeiverordnungen, um abstrakte Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren. Derartige Gefahren-

abwehrregelungen genügen dem rechtsstaatlichen Gebot hinreichender inhaltlicher Bestimmtheit, wenn sie an den herkömmlichen Gefahrenbegriff anknüpfen, den Rechtsprechung und Lehre in langjähriger Entwicklung herausgearbeitet und verfestigt haben (BVerwG, Urteil vom 3. Juli 2002 - 6 CN 8.01 - BVerwGE 116, 347 <349 ff.>). Dies ist bei § 9 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 SächsPolG nach der Auslegung des Oberverwaltungsgerichts der Fall.

- 23 Eine abstrakte Gefahr setzt herkömmlicherweise voraus, dass eine bestimmte Verhaltensweise oder ein bestimmter Zustand bei generell-abstrakter Betrachtung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Schäden für geschützte Rechtsgüter hervorrufen, wenn nicht eingeschritten wird. Während sich die Prognose des Schadenseintritts bei der konkreten Gefahr auf den Einzelfall, d.h. auf einen örtlich und zeitlich abgrenzbaren Sachverhalt, bezieht, ist Gegenstand der abstrakten Gefahrenprognose eine unbestimmte Anzahl von gleichgelagerten Sachverhalten, die eine bestimmte gefahrenspezifische Eigenart aufweisen. Die Prognose, dass derartige Sachverhalte generell gefährlich sind, muss auf aussagekräftige Erkenntnisse über das ihnen gemeinsame Gefahrenpotenzial und die voraussichtlichen Kausalverläufe bei dessen Entfaltung gestützt sein. Es kommt auf die voraussichtliche Häufigkeit von Schadensfällen und das Gewicht der Schadensfolgen an. An die tatsächlichen Erkenntnisse, die der generell-abstrakten Prognose zugrunde liegen, sind umso geringere Anforderungen zu stellen, je bedeutsamer das bedrohte Rechtsgut und je höher der drohende Schaden im Schadensfall voraussichtlich sind. Das sachverhaltstypische Risiko eines Schadenseintritts muss jedenfalls das allgemeine Lebensrisiko erheblich übersteigen. Rechtfertigen die tatsächlichen Erkenntnisse die Annahme, dass eine bestimmte Verhaltensweise oder ein bestimmter Zustand eine abstrakte Gefahr darstellen, können sie durch eine Polizeiverordnung generell verboten werden, wenn nicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Einsatz einer milderer Maßnahme gebietet. Ein solches Verbot beansprucht unabhängig davon Geltung, ob im Einzelfall eine konkrete Gefahr besteht (BVerwG, Urteil vom 3. Juli 2002 - 6 CN 8.01 - BVerwGE 116, 347 <351 f.>; Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 406 ff.; Götz/Geis, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Aufl. 2017, § 6 Rn. 19 ff.).

- 24 c) Es erscheint fraglich, ob es ungeachtet der Irrevisibilität des Landesrechts zur Wahrung des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots geboten ist, nicht nur die Auslegung eines landesgesetzlichen Gefahrenbegriffs, sondern auch die tatrichterliche Anwendung des sich daraus ergebenden Prognosemaßstabs, d.h. die Würdigung der tatsächlichen Erkenntnisse, revisionsgerichtlich nachzuprüfen (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. Juli 2002 - 6 CN 8.01 - BVerwGE 116, 347 <353 ff.>). Dies kann hier dahingestellt bleiben, weil dem Oberverwaltungsgericht darin zuzustimmen ist, dass Laternenflüge eine abstrakte Gefahr darstellen. Es ist hinreichend wahrscheinlich, dass durch die Flamme der Kerze Brände mit ganz erheblichen Schäden ausgelöst werden. Diese Prognose ist aufgrund folgender Erkenntnisse berechtigt: Wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat, beruht die Brandgefahr auf der Bauweise der Fluglaternen und der verwendeten Materialien. Zum einen ist die Feuerquelle offen, zum anderen fehlen Vorkehrungen gegen das Übergreifen des Feuers auf brennbare Gegenstände. Daher ist das Risiko eines Brandes hoch, wenn Fluglaternen mit brennender Kerze auf brennbare Gegenstände treffen. Diese Brandgefahr ist nicht beherrschbar, weil sich der Verlauf von Laternenflügen nicht verlässlich vorhersagen lässt. Fluglaternen können nicht gelenkt werden, sodass Ausweichmanöver unmöglich sind. Nach dem Aufstieg sind sie vollständig Wind und Wetter ausgeliefert; Flugdauer, -höhe und -route hängen entscheidend von den Windverhältnissen ab. Diese stellen sich vom Erdboden aus gesehen als unberechenbar dar, zumal Fluglaternen eine Höhe von 500 Meter erreichen können. Im Falle eines Brandes wird sich das Feuer oftmals ungehindert ausbreiten können, weil verständlicherweise niemand mit einem solchen Vorfall rechnet. Die generelle Gefährlichkeit von Laternenflügen wird durch die seit 2008 bekannt gewordenen Schadensfälle belegt, die die Beklagte nach Ort, Zeit und Schadensfolge zusammengestellt hat. Danach hat es einen Todesfall gegeben; die durch Brände verursachten Gebäudeschäden waren regelmäßig schwerwiegend.
- 25 Nach den tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts gilt dies auch für Fluglaternen des vom Kläger verwendeten Typs "Glühwürmchen". Danach gibt es bei den handelsüblichen Fluglaternen im Hinblick auf die Brandgefahr keine ins Gewicht fallenden Unterschiede (UA Rn. 35). Daran ist der Senat

nach § 137 Abs. 2 VwGO schon deshalb gebunden, weil der Kläger keine Verfahrensrüge erhoben hat.

- 26 d) Das Aufstiegsverbot stellt einen zulässigen, weil verhältnismäßigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG dar. Es handelt sich um eine geeignete, erforderliche und zumutbare Maßnahme, um Brände durch Laternenflüge zu vermeiden. Ein Grundrechtseingriff ist geeignet, wenn der damit verfolgte Zweck erreicht werden kann. Er ist erforderlich, wenn nicht eindeutig feststeht, dass der Zweck auch durch eine andere, gleich wirksame Maßnahme erreicht werden kann, die das betroffene Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkt. Der Eingriff ist zumutbar, wenn er die Betroffenen nicht übermäßig belastet; dies hängt von dem Ergebnis einer Gesamtabwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Belange ab. Dem Normgeber steht insbesondere für die notwendigen Prognosen der künftigen Entwicklung ein Einschätzungsspielraum zu, dessen Reichweite von der Eigenart des Regelungsbereichs, der Bedeutung des mit dem Eingriff verfolgten Zwecks sowie von Schwere und Intensität des Eingriffs abhängen (stRspr; vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 17. April 1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83 - BVerfGE 84, 34 <50 f.> und vom 12. Juli 2017 - 1 BvR 2222/12, 1 BvR 1106/13 - NVwZ 2017, 1282 Rn. 101 ff.).
- 27 Nach den Ausführungen unter 3. c) steht außer Frage, dass das generelle Aufstiegsverbot geeignet ist, um zu verhindern, dass Fluglaternen mit brennender Kerze Brände verursachen. Der Einwand des Klägers, Fluglaternen könnten erst beim Absinken nach Erlöschen der Kerze mit brennbaren Gegenständen in Berührung kommen, wird bereits durch die bekannt gewordenen Schadensfälle widerlegt. Es bedarf eines generellen Aufstiegsverbots, um sicherzustellen, dass sich solche Vorfälle künftig nicht mehr ereignen. Weder hat der Kläger dargelegt noch ist sonst ersichtlich, dass dieser Verbotszweck auf schonendere Weise gleich wirksam erreicht werden kann. Die Wirksamkeit von Gefahrenabwehrmaßnahmen ist nach den bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen zu beurteilen. Daher ist hier entscheidend, dass keine rechtsverbindlichen Vorgaben für die Bauweise von Fluglaternen und die verwendeten Materialien bestehen. Auch müssen Fluglaternen keine normativ geregelten Verfahren durchlaufen, in denen sie technisch überprüft werden oder über eine Ty-

penzulassung entschieden wird. Davon ausgehend scheiden die vom Kläger vorgeschlagenen Beschränkungen der Brenndauer der Kerze, der Flughöhe oder der Reichweite der Laternenflüge als gleich wirksame Maßnahme anstelle des generellen Aufstiegsverbots aus. Ihre Wirksamkeit setzt Kontrollen der baulichen Beschaffenheit von Fluglaternen voraus. Ungeachtet des hierfür notwendigen Verwaltungsaufwands geht dies über die polizeiliche Aufgabe hinaus, vorhandene Gefahren möglichst wirkungsvoll zu bekämpfen. An der Wirksamkeit der weiter vorgeschlagenen Beschränkung des Aufstiegsverbots auf bestimmte räumliche Bereiche bestehen zumindest erhebliche Zweifel, weil ein derartiges Vorgehen der Unberechenbarkeit von Laternenflügen nicht Rechnung trägt.

- 28 Die Annahme liegt fern, dass sich Brände wirksam durch die rechtsverbindliche Anordnung verhindern ließen, den im Handel erhältlichen Fluglaternen Anwendungshinweise beizufügen, die etwa Warnungen vor Aufstiegen ab einer gewissen Windstärke enthielten. Es bliebe weiterhin den Besitzern von Fluglaternen überlassen, nach ihren Vorstellungen über Ort und Zeitpunkt des Aufstiegs zu entscheiden. Dabei dürfte beispielsweise eine Rolle spielen, ob der Aufstieg zu einem bestimmten Zeitpunkt, etwa während einer Familienfeier, stattfinden soll. Auch lassen sich die Windverhältnisse und damit der Verlauf eines Laternenflugs regelmäßig nicht sicher beurteilen.
- 29 Die Zumutbarkeit des generellen Aufstiegsverbots folgt bereits aus seiner geringen Eingriffsintensität. Die Benutzung von Fluglaternen stellt typischerweise ein Freizeitvergnügen dar, auf das die Betroffenen ohne weitergehende Beeinträchtigungen verzichten können. Das Oberverwaltungsgericht hat nicht festgestellt, dass der Kläger Bau, Vertrieb oder Aufstiege von Fluglaternen des Typs "Glühwürmchen" als berufliche Tätigkeit ausübt. Auch die Revisionsbegründung des Klägers verhält sich dazu nicht. Unabhängig davon rechtfertigt das anders nicht gleich wirksam erreichbare Ziel, Brände durch Laternenflüge zu verhindern, ein generelles Aufstiegsverbot auch im Hinblick auf die freie Berufsausübung. Das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor solchen Beschränkungen beruflicher Tätigkeiten, die unvermeidbar sind, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren.

- 30 e) Schließlich verstößt das generelle Aufstiegsverbot nach § 1 der Fluglaternenverordnung nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Anders gelagerte Gefahrenpotenziale, hier die von Feuerwerkskörpern ausgehenden Gefahren, können nicht dazu führen, dass die Polizeibehörden trotz erkannter Gefahr untätig bleiben oder auf umfassend wirkungsvolle Gefahrenabwehrmaßnahmen verzichten müssen.
- 31 4. a) Die Klage ist mit dem Hilfsantrag, das Bestehen eines Anspruchs auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für den Aufstieg von 50 Fluglaternen am 31. Dezember 2011 festzustellen, als Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig. Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der rechtlichen Klärung der Genehmigungsvoraussetzungen, weil er auch künftig Fluglaternen im Stadtgebiet der Beklagten aufsteigen lassen will.
- 32 b) Das Oberverwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht, aber mit rechtsfehlerhafter Begründung angenommen, dass der Kläger keinen Anspruch darauf hatte, dass die Beklagte ihm den Aufstieg von 50 Fluglaternen des Typs "Glühwürmchen" am 31. Dezember 2011 genehmigte (§ 144 Abs. 4 VwGO). Nach § 2 Abs. 1 der Fluglaternenverordnung können die Ortpolizeibehörden örtlich und zeitlich begrenzte Ausnahmen von dem Verbot nach § 1 zulassen, wenn die Umstände des Einzelfalls keine Bedenken wegen der Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer Brandgefahr, begründen. Das Oberverwaltungsgericht hat diese Bestimmung dahingehend ausgelegt, dass sie einen Anspruch auf die Genehmigung eines nach Ort und Zeit bestimmten Aufstiegs von Fluglaternen einräumt, wenn keine konkrete Brandgefahr besteht, d.h. ein Brand im jeweiligen Fall nicht überwiegend wahrscheinlich ist (UA Rn. 38). Danach hinge stets vom Ergebnis einer Einzelfallprüfung ab, ob Laternenflüge stattfinden können.
- 33 Ein solches Verständnis des § 2 Abs. 1 der Fluglaternenverordnung lässt sich nicht mit dem Bedeutungsgehalt des § 1 als einem generellen Aufstiegsverbot zur Abwehr einer abstrakten Gefahr vereinbaren. Wie unter 3. b) dargelegt, können gleich gelagerte Verhaltensweisen, die bei generell-abstrakter Betrachtung

tung typischerweise eine Gefahr darstellen, durch Polizeiverordnung generell untersagt werden, wenn kein gleich wirksames milderer Mittel der Gefahrenabwehr zur Verfügung steht. Ein solches generelles Verbot beansprucht für alle davon erfassten Verhaltensweisen gleichermaßen Geltung, ohne dass im Einzelfall das Bestehen einer konkreten Gefahr geprüft wird. Der von dem Verbot Betroffene ist mit dem Einwand ausgeschlossen, ein bestimmtes Verhalten sei im jeweiligen Fall nicht mit einer konkreten Gefahr verbunden. Wie unter 3. c) dargelegt, ist dem Oberverwaltungsgericht darin zuzustimmen, dass Laternenflüge wegen der damit verbundenen Brandgefahr eine abstrakte Gefahr darstellen, die das generelle, von den Umständen des Einzelfalls unabhängige Aufstiegsverbot nach § 1 der Fluglaternenverordnung rechtfertigt. Von dieser Beurteilung rückt das Oberverwaltungsgericht jedoch ab, wenn es trotz der generellen Gefährlichkeit von Laternenflügen Genehmigungsansprüche für Aufstiege einräumt, sollte im Einzelfall keine konkrete Brandgefahr gegeben sein. Das Oberverwaltungsgericht hält einerseits ein generelles Aufstiegsverbot für gerechtfertigt, andererseits verlangt es für jedes Aufstiegsverbot im Einzelfall eine konkrete Gefahr.

- 34 Aufgrund dieses dem Berufungsurteil immanenten Widerspruchs fehlt es an einer bindenden Auslegung des § 2 Abs. 1 der Fluglaternenverordnung. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, diese landesrechtliche Bestimmung selbst auszulegen und anzuwenden, anstatt den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung über den Hilfsantrag an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen (§ 173 Satz 1 VwGO, § 563 Abs. 3 und 4 ZPO; vgl. BVerwG, Urteile vom 18. Dezember 1996 - 6 C 6.95 - BVerwGE 104, 1 <6>; vom 14. Juli 1999 - 6 C 7.98 - BVerwGE 109, 203 <210> und vom 7. März 2017 - 9 C 20.15 [ECLI:DE:BVerwG:2017:070317U9C20.15.0] - juris Rn. 20). Für die Auslegung ist davon auszugehen, dass bei Rechtswirksamkeit eines generellen Verbots zur Abwehr einer abstrakten Gefahr keine Notwendigkeit besteht, Ausnahmen zuzulassen. Eröffnet der Normgeber gleichwohl diese Möglichkeit, muss sichergestellt sein, dass das generelle Verbot seinen Zweck, die abstrakte Gefahr wirkungsvoll abzuwenden, noch erfüllen kann. Daher müssen Ausnahmen grundsätzlich auf seltene Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Dementsprechend ist der Genehmigungstatbestand des § 2 Abs. 1 der Fluglaternenverordnung im

Hinblick auf das Verbot nach § 1 der Fluglaternenverordnung systematisch dazuhin gehend auszulegen, dass die Erteilung einer Aufstiegs genehmigung nur in Betracht kommt, wenn im jeweiligen Einzelfall hinreichend sicher feststeht, dass die Laternenflüge keinen Brand auslösen können. Dieses Normverständnis wird durch den Wortlaut des § 2 Abs. 1 der Fluglaternenverordnung bestätigt, der die Erteilung einer Aufstiegs genehmigung nicht vom Fehlen einer konkreten Gefahr, sondern davon abhängig macht, dass keine Bedenken in Bezug auf eine Brandgefahr bestehen. Mit diesem Bedeutungsgehalt ist der Begriff der Bedenken hinreichend bestimmt.

35 Nach diesem Maßstab hat die Beklagte die Ausnahmegenehmigung für den vom Kläger geplanten Aufstieg von 50 Fluglaternen am 31. Dezember 2011 zu Recht versagt. Das Verwaltungsgericht, dessen Ausführungen sich das Oberverwaltungsgericht insoweit zu eigen gemacht hat, hat plausibel dargelegt, dass die geplanten Laternenflüge Bedenken im Hinblick auf die Brandgefahr begegneten, weil der Kläger die Fluglaternen in einem dicht besiedelten Gebiet aufsteigen lassen wollte.

36 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Prof. Dr. Kraft

Dr. Heitz

Dr. Möller

Hahn

Dr. Tegethoff

B e s c h l u s s

Der Streitwert wird für das Revisionsverfahren auf 10 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1, § 45 Abs. 1 Satz 2, § 52 Abs. 2 GKG).

Prof. Dr. Kraft

Dr. Heitz

Dr. Tegethoff