

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 516

# Gefahrenabwehr durch Private

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zu den Grenzen  
der Übertragung von Aufgaben der Gefahrenabwehr auf Private  
und der staatlichen Zulassung privater Gefahrenabwehr

Von

Dr. Christian-Dietrich Bracher



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CHRISTIAN-DIETRICH BRACHER

**Gefahrenabwehr durch Private**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 516**

# Gefahrenabwehr durch Private

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zu den Grenzen  
der Übertragung von Aufgaben der Gefahrenabwehr auf Private  
und der staatlichen Zulassung privater Gefahrenabwehr

Von

Dr. Christian-Dietrich Bracher



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Bracher, Christian-Dietrich:**

Gefahrenabwehr durch Private: e. verfassungsrechtl. Unters. zu d. Grenzen d. Übertragung von Aufgaben d. Gefahrenabwehr auf Private u. d. staatl. Zulassung privater Gefahrenabwehr / von Christian-Dietrich Bracher. — Berlin: Duncker und Humblot, 1987.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 516)

ISBN 3-428-06191-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1987 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Gedruckt 1987 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06191-8

## **Vorwort**

Die Arbeit wurde im Sommersemester 1986 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im April 1986 abgeschlossen.

Herr Prof. Dr. F. Ossenbühl hat durch seine Schrift über „Eigensicherung und hoheitliche Gefahrenabwehr“ aus dem Jahre 1981 den Anstoß zur Beschäftigung mit der Thematik gegeben und die Arbeit durch zahlreiche weiterführende Hinweise gefördert. Ihm gilt mein besonderer Dank. Wertvolle Anregungen habe ich auch von Herrn Prof. Dr. K. Redeker erhalten. Für die Erstattung des Zweitvotums danke ich Herrn Prof. Dr. B. Schlink.

*Christian-Dietrich Bracher*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	13
Teil 1	
<b>Begriffliche Vorklärungen</b>	16
A. Gefahrenabwehr	16
I. Gefahrenabwehr und Wohlfahrtspflege	16
II. Gefahrenabwehr und die Rechtsformen des Verwaltungshandelns	21
III. Gefahrenabwehr und eigenständige Aktivitäten von Bürgern	21
B. Private	23
Teil 2	
<b>Überblick über die Formen der Gefahrenabwehr durch Private</b>	26
A. Obrigkeitliche Gefahrenabwehr durch Private	26
I. Beliehene im Verkehrsrecht	27
1. Schiffskapitän	27
2. Flugzeugführer	28
3. Beauftragte für Luftaufsicht	29
4. Bedienstete von Privatbahnen	30
II. Beliehene im Landwirtschafts- und Jagdrecht	30
1. Bestätigte Jagdaufseher	30
2. Jagdausübungsberechtigte	31
3. Feld- und Forsthüter, Fischereiaufseher	31
III. Hoheitliche Eingriffsbefugnisse zur Gefahrenabwehr in Katastrophen- fällen	32
1. Private Werksfeuerwehren	32
2. Brandsicherheitswachen	33
3. Bisamrattenfänger	34
4. Strandvogt	34

IV. Präventivpolizeiliche Befugnisse sachverständiger Privater . . . . .	35
1. Erteilung der Prüfplakette gemäß § 29 Abs. 2 StVZO . . . . .	36
2. Prüfung der Befähigung zum Führen eines Kraftfahrzeugs gemäß §§ 10, 11 StVZO . . . . .	37
V. Ordnungsaufgaben des Versammlungsleiters . . . . .	38
B. Eigenständige Gefahrenabwehr Privater unter Ausübung privater Notrechtsbefugnisse . . . . .	40
C. Eingriffsbefugnisse auf vertraglicher Grundlage . . . . .	42
D. Gefahrenabwehr durch Private ohne Eingriffe in Rechte Dritter . . . . .	43
I. Die polizeiliche Störerhaftung . . . . .	43
II. Gefahrenvorsorge . . . . .	44
III. Hilfeleistungspflichten . . . . .	45
IV. Ärztlicher Notfalldienst . . . . .	46
V. Straßenreinigung . . . . .	46
VI. Eigensicherungspflichten . . . . .	47
1. Eigensicherung im Luftverkehrsrecht . . . . .	47
2. Eigensicherung zur Vorsorge gegen rechtswidrige Angriffe Dritter . . . . .	48
3. Eigensicherung und polizeirechtliche Verantwortlichkeit . . . . .	50
VII. Eigen- und Fremdsicherung auf privatrechtlicher Basis . . . . .	55
VIII. Gefahrenabwehr durch technische Schutzmaßnahmen aus eigener Initiative . . . . .	57
IX. Hilfeleistungen Privater ohne staatliche Veranlassung . . . . .	58

## Teil 3

<b>Verfassungsrechtliche Untersuchung</b> . . . . .	<b>59</b>
A. Die obrigkeitliche Gefahrenabwehr durch Private . . . . .	62
I. Art. 33 Abs. 4 GG . . . . .	62
1. Zur Anwendbarkeit von Art. 33 Abs. 4 GG auf die obrigkeitliche Verwaltung durch Private . . . . .	62
a) Art. 33 Abs. 4 GG als Direktive allein für die Funktionsverteilung zwischen Angehörigen des öffentlichen Dienstes? . . . . .	62
aa) Die Argumentation aus der Entstehungsgeschichte von Art. 33 Abs. 4 GG . . . . .	63
bb) Begründung der Anwendung von Art. 33 Abs. 4 GG auf die Übertragung obrigkeitlicher Befugnisse auf Private . . . . .	64

(1) Zum Zweck von Art. 33 Abs. 4 GG . . . . .	64
(2) Vergleich der Wahrnehmung von obrigkeitlichen Befugnissen durch Private und nichtbeamtete Angehörige des öffentlichen Dienstes . . . . .	65
(3) Zur inhaltlichen Bedeutung der Anwendung von Art. 33 Abs. 4 GG . . . . .	66
b) Zum Einwand der richtigen verfassungsrechtlichen Verortung der Privatisierungsproblematik . . . . .	66
2. Die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse . . . . .	68
3. Die Übertragung als „ständige Aufgabe“ . . . . .	68
4. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis . . . . .	69
a) Meinungsüberblick . . . . .	70
b) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Maßstab . . . . .	71
c) Zur Problematik eines Kernbereichsschutzes bei Art. 33 Abs. 4 GG	73
aa) Keine entsprechende Anwendung von Art. 19 Abs. 2 GG .	74
bb) Kein Kernbereichsschutz aus dem Wesen der institutionellen Garantie . . . . .	75
d) Zur allgemeinen Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Art. 33 Abs. 4 GG . . . . .	76
e) Vergleich der Wirkungsweise des Proportionalitätsprinzips bei Aufgabenübertragung auf Private und nichtbeamtete Angehörige des öffentlichen Dienstes . . . . .	77
5. Zur Präzisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Differenzierung nach dem Gewicht der übertragenen Aufgabe . . . . .	79
a) Staatliches Gewaltmonopol und Art. 33 Abs. 4 GG . . . . .	79
b) Art. 33 Abs. 4 GG und Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung . . . . .	82
6. Zur Präzisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Gründe für die Aufgabenübertragung auf Private . . . . .	83
a) Bessere Eignung des Privaten . . . . .	83
aa) Kongruenz privater und staatlicher Interessen . . . . .	83
bb) Größere Sachkunde Privater . . . . .	84
cc) Schnellere Erreichbarkeit in Notsituationen . . . . .	85
b) Entlastung des Staates von den Kosten der Gefahrenabwehr . . . . .	85
c) Beileihung zur Reduzierung von Eingriffen in grundrechtlich geschützte Lebensbereiche . . . . .	87
d) Freiwillige Unterwerfung Dritter unter die Ordnungsgewalt beliehener Privater . . . . .	87
7. Maßstäbe der Abwägung im Einzelfall . . . . .	88
II. Obrigkeitliche Gefahrenabwehr und Demokratie . . . . .	91
1. Demokratie und Verwaltungsorganisation . . . . .	91

2. Der ministerialfreie Raum in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	93
3. Literarische Stellungnahmen	94
4. Keine Staatsleitung durch Private	95
a) Staatsleitung durch Private und demokratische Legitimation der Exekutive	95
b) Das Verbot der Staatsleitung durch Private und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	98
c) Demokratieprinzip und obrigkeitliche Gefahrenabwehr durch Private im geltenden Recht	99
III. Obrigkeitliche Gefahrenabwehr durch Private und Rechtsstaatsprinzip	99
1. Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private und Rechtsstaatsprinzip	99
2. Rechtsstaat und Gewaltmonopol	101
a) Das Gewaltmonopol des Staates in der neueren staatsrechtlichen Literatur	101
b) Zur Entwicklung der Lehre vom staatlichen Gewaltmonopol – Gewaltmonopol und Staatsbegriff	104
c) Gewaltmonopol und Rechtsstaat	107
d) Staatliche Souveränität und gewaltsame Auseinandersetzungen unter Bürgern	109
e) Die Friedenssicherungspflicht des Staates und gewaltsame Auseinandersetzungen unter Bürgern	110
B. Die schlicht-hoheitliche Gefahrenabwehr durch Private	113
C. Gefahrenabwehr in Formen des Privatrechts	115
I. Meinungsstand	115
1. Der Einsatz professioneller privater Sicherheitskräfte in privaten und öffentlichen Einrichtungen	116
2. Die Verpflichtung zur Eigensicherung gefährlicher Anlagen	118
II. Verfassungsrechtliche Untersuchung	122
1. Gefahrenabwehr ohne staatliche Veranlassung	122
a) Art. 33 Abs. 4 GG	122
b) Demokratieprinzip	124
c) Rechtsstaatsprinzip	125
aa) Gefahrenabwehr ohne Gewaltanwendung	126
bb) Gefahrenabwehr unter Anwendung von Gewalt	127
(1) Staatliches Gewaltmonopol und staatliche Zulassung gewaltsamer Gefahrenabwehr	127
(2) Staatliches Gewaltmonopol und private Notrechte	130

(3) Zur Problematik der Freistellung professioneller Sicherheitskräfte von den Bindungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Ausübung der Nothilfe . . . . .	131
d) Grundrechtlich begründete Schutzpflichten des Staates . . . . .	132
aa) Gefahrenabwehr ohne Gewaltanwendung . . . . .	133
bb) Gefahrenabwehr unter Anwendung von Gewalt . . . . .	133
cc) Die Freistellung professioneller Sicherheitskräfte von den Bindungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips . . . . .	134
(1) Die Durchsetzung des Rechts durch Notwehr und Nothilfe . . . . .	134
(2) Auseinandersetzung mit abweichenden Auffassungen . . . . .	136
2. Staatlich veranlaßte Gefahrenabwehr . . . . .	137
a) Art. 33 Abs. 4 GG . . . . .	137
aa) Zum Begriff der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ . . . . .	138
bb) Gefahrenabwehr als Staatsaufgabe . . . . .	141
(1) Grundsatz: Gefahrenabwehr und staatliche Friedenssicherungs- und Schutzpflichten . . . . .	141
(2) Fälle nichtstaatlicher Gefahrenabwehraufgaben . . . . .	143
cc) Folgerungen aus dem Regel-Ausnahmeverhältnis für die privatrechtsförmige staatlich veranlaßte Gefahrenabwehr . . . . .	145
(1) Gefahrenabwehr ohne Anwendung von Gewalt . . . . .	146
(2) Gefahrenabwehr unter Anwendung von Gewalt . . . . .	149
a) Einsatz privater Sicherheitskräfte in öffentlichen Einrichtungen . . . . .	151
β) Gesetzliche Eigensicherungspflichten . . . . .	154
γ) Privatrechtsförmige und hoheitliche Gefahrenabwehr durch Private . . . . .	156
δ) Konsequenzen für das geltende Recht . . . . .	160
b) Rechtsstaats- und Demokratieprinzip . . . . .	161
c) Grundrechte betroffener Dritter und staatlich veranlaßte privatrechtsförmige Gefahrenabwehr Privater . . . . .	161
D. Abwehrrechte gegen eine staatliche Indienstnahme für Aufgaben der Gefahrenabwehr . . . . .	163
I. Freiheit von Arbeitszwang . . . . .	163
II. Freiheit der Berufsausübung . . . . .	165
1. Die gesetzliche Indienstnahme als Regelung der Berufsausübung . . . . .	165
2. Inhaltliche Anforderungen an die Indienstnahme aus Art. 12 Abs. 1 GG . . . . .	166
III. Eigentumsgarantie . . . . .	170

IV. Leben und körperliche Unversehrtheit . . . . .	172
V. Allgemeine Handlungsfreiheit . . . . .	177
VI. Der allgemeine Gleichheitssatz . . . . .	177

## Schluß

<b>Grundlinien der verfassungsrechtlichen Bewertung der Gefahrenabwehr durch Private</b>	179
--	-----

<b>Literaturverzeichnis</b>	183
-----------------------------	-----

## Einleitung

Die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gilt seit der Entstehung des „modernen Staates“ im Zeitalter des Absolutismus als eine der wichtigsten Aufgaben des Staates. Die Erfüllung dieser Aufgabe durch den Staat wird als zentrales Element seiner Legitimation, wenn nicht sogar – wie vornehmlich in der Staatslehre des liberalen Rechtsstaats – als Hauptzweck staatlicher Herrschaft angesehen<sup>1</sup>.

Ob die Wahrnehmung von Aufgaben der Gefahrenabwehr auch Privaten übertragen oder überlassen werden darf, ist deshalb zweifelhaft. Eine Staatsaufgabe sollte auch vom Staat erfüllt werden. Nimmt er sie nicht wahr, so stellt er damit seine eigene Legitimation in Frage.

Die Staatspraxis ist demgegenüber im weiten Umfang durch ein Nebeneinander von privater und staatlicher Gefahrenabwehr gekennzeichnet. Dies ist keine neue Erscheinung, wenn auch Tendenzen zu einer Privatisierung sich in den letzten Jahren verstärkt haben mögen.

In zahlreichen gesetzlichen Vorschriften werden Privaten hoheitliche Befugnisse zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verliehen. Zu den bekanntesten gehören die Bestimmungen über die Ordnungsbefugnisse des Luftfahrzeugführers und des Seeschiffkapitäns<sup>2</sup>. Teilweise werden Private zur Gefahrenabwehr unter Einsatz hoheitlicher Befugnisse verpflichtet, teilweise werden ihnen derartige Befugnisse nur zur Verfügung gestellt, ohne daß eine Verpflichtung zum Tätigwerden ausgesprochen würde. Daneben finden sich gesetzliche Verpflichtungen zu bestimmten Aktivitäten im Interesse der Abwehr von Gefahren, mit denen ein Eingriff in Rechte Dritter nicht verbunden ist. Dazu gehören etwa die Pflichten zur technischen Sicherung gefährlicher Gegenstände<sup>3</sup>. Schließlich nehmen Private auch aus eigenem Antrieb in weitem Umfang Aufgaben der Gefahrenabwehr wahr; sie sind auch dabei unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, Gewalt gegen Dritte anzuwenden.

Es zeigt sich, daß ein mehrschichtiges Konkurrenzverhältnis zwischen Privaten und Staat bei der Erfüllung von Aufgaben der Gefahrenabwehr besteht. Es können sogar im Hinblick auf dieselbe Gefahr der Staat und Private neben-

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa Drews / Wacke / Vogel, Gefahrenabwehr Bd. 1, S. 1; Friauf, in: v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, S. 186.

<sup>2</sup> Vgl. §§ 29 Abs. 3 LuftVG, 106 SeemG.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. §§ 42 WaffG; 17 Sprengstoffgesetz.

einander zum Einschreiten verpflichtet sein, so etwa wenn der Bürger als Zustandsstörer eine von seinem einsturzgefährdeten Haus ausgehende Gefahr zu beseitigen und der Staat auf diese Beseitigung ordnungsbehördlich hinzuwirken und sie gegebenenfalls zu vollstrecken hat.

Es geht in der vorliegenden Untersuchung nicht darum, das Nebeneinander von Staat und Privaten grundsätzlich in Frage zu stellen. Auch ist nicht die grundsätzliche Frage aufzuwerfen, in welchem Umfang der Staat Aufgaben der Gefahrenabwehr wahrzunehmen hat. Vielmehr sollen die verfassungsrechtlichen Grenzen der bewußten Verlagerung von Aufgaben der Gefahrenabwehr im Spannungsfeld von Staat und Privaten untersucht werden. Nicht nur nach den Grenzen der zulässigen Übertragung solcher Aufgaben auf Private ist dabei zu fragen. Es geht daneben auch um die Grenzen der staatlichen Monopolisierung der Gefahrenabwehr unter Ausschluß privater Eigeninitiativen. Gegenstand der Arbeit ist damit die staatliche Organisation der Gefahrenabwehr, soweit diese die Bestimmung der mit der Aufgabenerledigung befaßten Personen betrifft. Dabei geht sie allerdings über den engeren Bereich der Verwaltungsorganisation insofern hinaus, als sie auch die staatliche Reglementierung eigenständiger, staatlich nicht veranlaßter Gefahrenabwehr durch Bürger thematisiert.

Die Problematik ist in letzter Zeit vor allem im Luftverkehrsrecht, im Atomrecht sowie im Zusammenhang mit den Aktivitäten privater Sicherheitskräfte deutlich geworden. So obliegen gemäß § 19 b LuftVG den Unternehmern von Verkehrsflughäfen umfangreiche Pflichten zur Sicherung des Flughafenbetriebs bis hin zu der Verpflichtung, Luftfahrzeuge, die Gegenstand von Bedrohungen, insbesondere Bombendrohungen sind, auf Sicherheitspositionen zu verbringen und die Entladung sowie die Ver- und Entsorgung der bedrohten Luftfahrzeuge durchzuführen (§ 19 b Abs. 1 Nr. 4 LuftVG). Die Luftfahrtunternehmen treffen nach § 20 a LuftVG Mitwirkungspflichten<sup>4</sup>. In dieselbe Richtung weist § 7 Abs. 2 Nr. 5 AtomG. Nach dieser Vorschrift darf die Genehmigung für ein Kernkraftwerk nur erteilt werden, wenn der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Eingriffe Dritter gewährleistet ist. Ähnlich sind neuerdings nach der Störfallverordnung die Betreiber bestimmter Anlagen verpflichtet, diese vor Eingriffen Dritter zu schützen (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 der 12. BImSchV). Stark zugenommen hat in den letzten Jahren weiterhin der – gesetzlich nicht gelenkte – Einsatz professioneller Sicherheitskräfte zum Schutz nicht nur privater, sondern auch öffentlicher Einrichtungen<sup>5</sup>. Die besondere Problematik dieser Formen der Gefahrenabwehr durch Private besteht darin, daß dem Privaten nicht einmal hoheitliche Handlungs-

<sup>4</sup> Diese Vorschriften sind allerdings bisher nicht in Kraft getreten; vgl. dazu unten Fn. 147.

<sup>5</sup> Vgl. dazu etwa Greifeld, DÖV 1981, 906; Hammacher, Die Neue Polizei 1980, 259; Hoffmann-Riem, ZRP 1977, 277; Roßnagel, ZRP 1983, 59; über neueste Entwicklungen berichtet Der Spiegel vom 21. 4. 1986 (Heft 17), S. 81 f.

befugnisse zur Erfüllung seiner Aufgabe zur Verfügung gestellt werden, daß er also, sofern die Notwendigkeit der Überwindung eines Widerstands besteht, auf die privaten Notrechtsbefugnisse angewiesen ist.

Die Arbeit ist konzipiert auf der Basis der These, daß die verfassungsrechtlichen Probleme der staatlichen Übertragung von Aufgaben der Gefahrenabwehr auf Private durch Beleihung oder Indienstnahme und der staatlichen Gestattung eigenständiger privater Aktivitäten auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr weitgehend verwandt sind. Sie möchte diese These in der Erörterung der verschiedenen Formen der Gefahrenabwehr durch Private erhärten und zur Klärung der gemeinsamen verfassungsrechtlichen Probleme beitragen.

Die Ergebnisse, die bei der Erörterung einer Fallgruppe gewonnen werden, sollen sich befruchtend auf die Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen anderer Formen der Gefahrenabwehr durch Private auswirken.

Im Mittelpunkt steht zunächst die hoheitliche Gefahrenabwehr durch Private, zu der bereits eine recht umfangreiche Literatur vorliegt. Die Arbeit behandelt hier einen Ausschnitt aus der allgemeinen Beleihungsproblematik. Da diese in Rechtsprechung und Literatur bereits weitgehend aufgearbeitet ist, bietet sich bei Untersuchung der anderen Formen der Gefahrenabwehr durch Private der Rückgriff auf die hier gewonnenen Erkenntnisse an. Freilich steht in der Beleihungsdiskussion die Frage im Vordergrund, unter welchen Voraussetzungen eine Beleihung vorliegt und welche Konsequenzen für die Erfüllung der Aufgabe sich daraus ergeben. Starkes Interesse hat insbesondere die Kontroverse darüber gefunden, ob die Beleihung durch die Erfüllung von Staatsaufgaben oder durch die Übertragung von öffentlicher Gewalt gekennzeichnet wird<sup>6</sup>. Diesen Fragen ist hier nicht nachzugehen. Es soll vielmehr für den Sachbereich Gefahrenabwehr danach gefragt werden, welche Aufgaben der Staat auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr selbst durch eigene Kräfte seines öffentlichen Dienstes wahrnehmen muß, welche Grenzen die Verfassung der Übertragung auf hoheitlich oder privatrechtlich handelnde selbständige Rechtssubjekte des Privatrechts und der Überlassung zur staatlich unbeeinflussten Wahrnehmung durch Bürger setzt. Es geht darum, über die besonderen Probleme der Beleihung hinaus die gemeinsamen verfassungsrechtlichen Strukturen aufzudecken, die die Organisation und Form der Wahrnehmung von Aufgaben der Gefahrenabwehr durch Private determinieren.

Die Abgrenzung der Thematik bereitet – insbesondere im Hinblick auf den Terminus Gefahrenabwehr – einige Schwierigkeiten. Diese sind im folgenden zunächst zu behandeln (Teil 1). Im Anschluß daran ist ein Überblick über die Formen der Gefahrenabwehr durch Private zu geben (Teil 2), auf dem die verfassungsrechtliche Untersuchung aufbauen kann (Teil 3).

---

<sup>6</sup> Vgl. zu dieser Kontroverse unten S. 35f. mit Fn. 96, 99.