

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 802

Gefahrenabwehr

Eine dogmatische Rekonstruktion

Von

Ralf Poscher



Duncker & Humblot · Berlin

Ralf Poscher · Gefahrenabwehr

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 802

Gefahrenabwehr

Eine dogmatische Rekonstruktion

Von

Ralf Poscher



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Poscher, Ralf:

Gefahrenabwehr : eine dogmatische Rekonstruktion / von
Ralf Poscher. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 802)

Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-09869-2

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09869-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1998/99 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.

Herrn Prof. Dr. Bernhard Schlink danke ich herzlich für die Betreuung der Arbeit. Er hat mich seit meiner Studienzeit gefördert und immer wieder ermutigt, einen Gedanken zu Ende zu denken. Herrn Prof. Dr. Gunnar-Folke Schuppert gilt mein Dank für die Erstattung des Zweitgutachtens und die Auseinandersetzung mit den Thesen der Arbeit. Danken möchte ich auch den Mitgliedern des Arbeitskreises zur Geschichte, Methodik und Dogmatik des Öffentlichen Rechts, die mir ein erstes Diskussionsforum geboten haben, von dem eine Reihe von Anregungen ausgingen, sowie Dres. Christian Bumke, Thomas Flint, Klaus Joachim Grigoleit und Ulla Held-Daab für die kritische Lektüre des Manuskripts.

Herrn Prof. Dr. jur. h. c. Norbert Simon danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum öffentlichen Recht“ und der Deutschen Forschungsgemeinschaft für den unbürokratisch gewährten Druckkostenzuschuß.

Ich widme das Buch Roswitha und Heinz Poscher.

Berlin, im März 1999

Ralf Poscher

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-----------------|---|
| Einleitung..... | 9 |
|-----------------|---|

Erster Teil

| | |
|---|----|
| Die positiv-rechtlichen Vorgaben | 16 |
|---|----|

Zweiter Teil

| | |
|--|----|
| Die Subjektivierung des Rechts der Gefahrenabwehr | 25 |
|--|----|

| | |
|--|-----|
| A. Vom objektiven zum subjektiven Recht der Gefahrenabwehr | 29 |
| I. Das Gefahrenabwehrrecht in der Zeit des Preußischen Oberverwaltungsgerichts | 30 |
| 1. Die Programmatik..... | 31 |
| 2. Die Fallpraxis..... | 34 |
| a) Rechtsprechung..... | 34 |
| b) Literatur | 45 |
| II. Das Gefahrenabwehrrecht in der Bundesrepublik..... | 49 |
| 1. Die ersten Entscheidungen und Stellungnahmen | 50 |
| 2. Die theoretische und dogmatische Konsolidierung..... | 55 |
| 3. Der dogmatische Ausbau | 64 |
| a) Die Subjektivierung der polizeilichen Verantwortlichkeit..... | 64 |
| b) Die Diskussion um den Gefahr- und Störerforschungseingriff..... | 65 |
| c) Dogmatik auf zwei Ebenen – Kostenersatz- und Entschädigungsansprüche..... | 69 |
| 4. Neuere Ansätze..... | 78 |
| III. Resümee..... | 81 |
| B. Ursachen und Gründe der Subjektivierung | 83 |
| I. Epistemischer Status der Wahrscheinlichkeit | 83 |
| II. Technisierung der Lebenswelt und Paradigmenwechsel in den Naturwissenschaften..... | 88 |
| III. Rechtswidrigkeitsurteil und Steuerungsfunktion des Rechts | 96 |
| IV. Wille zum subjektiven System oder dogmatische Verlegenheit?..... | 103 |
| C. Resümee und Ausblick..... | 108 |

Dritter Teil

| | |
|---|-----|
| Das dogmatische System des Rechts der Gefahrenabwehr | 110 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| A. Die rechtliche Bewertung der Gefahrenabwehrmaßnahme | 112 |
| I. Der Begriff der Gefahr | 112 |
| 1. Die zeitliche Dimension..... | 114 |

| | |
|---|------------|
| 2. Perspektivisch-personelle Dimension | 118 |
| 3. Die sachliche Dimension | 122 |
| 4. Objektiver Wissenshorizont und Objektivität | 125 |
| 5. Resümee | 127 |
| II. Polizeiliche Verantwortlichkeit | 128 |
| III. Gefahrenabwehrmaßnahme | 132 |
| IV. Kosten | 140 |
| V. Entschädigung | 143 |
| VI. Resümee | 146 |
| B. Disziplinar- und strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gefahrenabwehrorgane | 147 |
| I. Anscheinsgefahr und Anscheinsverantwortlichkeit | 148 |
| II. Gefahrverdacht und Verdachtsverantwortlichkeit | 151 |
| 1. Gefahrverdacht und die Überzeugung von der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts | 151 |
| a) Gefahrverdacht als Überzeugung von einer Gefahr minderen Grades? | 152 |
| b) Reflexive Wahrscheinlichkeit und Gefahrverdacht | 155 |
| 2. Beweismaßreduktion | 164 |
| a) Beweismaßreduktion und Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes | 167 |
| (1) Gefahrverdacht und Teleologie des Gefahrenabwehrrechts | 168 |
| (2) Gefahrverdacht in der Geschichte des Gefahrenabwehrrechts | 170 |
| (3) Gefahrverdacht und Kodifikation des Gefahrenabwehrrechts | 171 |
| b) Art der Beweismaßreduktion | 173 |
| (1) Grad der Beweismaßreduktion | 173 |
| (2) Voraussetzungen der Beweismaßreduktion | 176 |
| c) Bedeutung der Beweismaßreduktion | 177 |
| (1) Rechtliche Bewertung der Gefahrenabwehrmaßnahme | 177 |
| (2) Dienstliche Verhaltenspflichten des Gefahrenabwehrorgans | 178 |
| (3) Strafrechtliche Bewertung des Verhaltens des Gefahrenabwehr- organs | 179 |
| 3. Verdachtsverantwortlichkeit | 183 |
| C. Notrechte der Betroffenen gegen Gefahrenabwehrmaßnahmen | 184 |
| I. Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff | 185 |
| II. Die vollstreckungsrechtliche Lösung | 188 |
| 1. Vollstreckung von Gefahrenabwehrverfügungen | 188 |
| a) Gestrecktes Verfahren | 189 |
| b) Sofortige Vollziehung | 189 |
| c) Abgekürztes Verfahren | 190 |
| d) Polizeiliche Standardmaßnahmen | 192 |
| 2. Sofortvollzug und unmittelbare Ausführung | 194 |
| D. Resümee | 200 |
| Literaturverzeichnis | 205 |
| Sachwortregister | 221 |

Einleitung

Eine Arbeit zu dem „Recht der Gefahrenabwehr“ hat Anlaß, zunächst die Wahl ihres Gegenstands zu rechtfertigen. Zumindest zwei Zweifel drängen sich auf. Der eine zielt auf die Existenz des Untersuchungsgegenstands, der andere auf den mit der Themenwahl unterstellten rechtswissenschaftlichen Bedarf.

Die Arbeit an einem dogmatischen System des Gefahrenabwehrrechts setzt voraus, daß es noch „das“ Recht der Gefahrenabwehr gibt. Wäre die Behauptung früher noch trivial gewesen und mit dem Hinweis auf die Polizeigesetze belegt worden, so erscheint sie heute problematisch. Das Recht der Gefahrenabwehr hat sich in eine Vielzahl von Spezialgesetzen ausdifferenziert, die wesentliche Bereiche der Lebenswelt abdecken. Nur noch selten scheinen die Polizeigesetze, auf die früher für die Einheit des Rechts der Gefahrenabwehr verwiesen worden wäre, Bedeutung zu entfalten. Gefahrenabwehrrecht ist heute weitgehend außerhalb der Polizeigesetze geregelt.¹ Spötter könnten davon sprechen, daß die Polizeigesetze wesentlich nur noch das Abschleppen von Kraftfahrzeugen regeln² – und das auch nur unter größten dogmatischen Schwierigkeiten, mit Ach und Krach.³ Ist es in Anbetracht der Ausdifferenzierung des Gefahrenabwehrrechts noch sinnvoll, von „dem“ Recht der Gefahrenabwehr zu sprechen? Die Arbeit an einem dogmatischen System des Rechts der Gefahrenabwehr würde sich nicht mehr lohnen, wenn sich das Gefahrenabwehrrecht in Spezialgesetzen nicht nur thematisch ausdifferenziert, sondern darüber hinaus

¹ So schon 1950 Wolff, VVDStRL 9, 134/160.

² Dazu jetzt monographisch Schieferdecker, Die Entfernung von Kraftfahrzeugen.

³ Die Spötter müßten jedoch die gegenüber den Spezialgesetzen subsidiäre Funktion der Polizeigesetze unterschlagen, die dem allgemeinen Polizeirecht gegenüber neuen Gefahren schlagartig zu Aktualität verhelfen kann. Wie das Beispiel der Altlasten belegt, können die Reaktionszeiten der Politik so verlangsamt sein, daß erhebliche gesellschaftliche Probleme zunächst über längere Zeiträume mit dem Instrumentarium des klassischen Polizeirechts bearbeitet werden müssen. Zwar haben inzwischen alle Länder besondere Regelungen zum Umgang mit Altlasten erlassen – s. die Aufstellungen bei Papier, DVBl. 1996, 125 und Pohl, NJW 1995, 1645, die jetzt noch um das Berliner Bodenschutzgesetz vom 10.10.1995, GVBl. S. 646, ergänzt werden können. Doch das allgemeine Gefahrenabwehrrecht hat seine Bedeutung auch jetzt noch nicht gänzlich verloren, da die neuen Regelungen überwiegend nur neben den Rechtsgrundlagen des Polizeirechts Anwendung finden – s. z.B § 2 BlnBodSchG, i.e. Papier, JZ 1994, 810.

von den dogmatischen Strukturen emanzipiert hätte, die dem traditionell in den Polizeigesetzen geregelten Recht der Gefahrenabwehr zugrunde liegen.

Zum Teil ist eine solche Emanzipation erfolgt. Für den Umgang mit Risiken sind im technischen Sicherheitsrecht mit den Regelungen zur Gefahrenvorbeugung und -vorsorge eigene gefahrenbezogene, aber weit über die traditionelle Gefahrenabwehr hinausgehende Instrumente entwickelt worden. Die Gefahrenvorbeugung wurde mittlerweile auch in die Polizeigesetze aufgenommen und hat sich neben der Gefahrenabwehr als eigene rechtliche Struktur etabliert. Das Recht hat im Umgang mit Gefahren neben der Gefahrenabwehr weitere Regulationsformen entwickelt, die auf neuartige Schädigungspotentiale reagieren. Umweltgefahren lassen sich häufig nicht mehr abwehren, wenn sie konkret geworden sind; es muß der konkreten Gefahr vorgebeugt und für den Schadensfall vorgesorgt werden. Reagieren mußte das Recht nicht nur im Hinblick auf neuartige faktische Schädigungspotentiale, sondern auch im Hinblick auf eine neuartige rechtliche Bewertung traditioneller polizeilicher Tätigkeiten. Die Polizei hat immer schon Personen und Orte observiert, Karteien über Taten und Täter angelegt, allgemein Informationen zur Vorbeugung von Gefahren gesammelt.⁴ Doch erst seit dem Volkszählungs-Urteil mußte auf die grundrechtliche Dimension dieser traditionellen Instrumente der Gefahrenvorbeugung reagiert werden. Insoweit wurde mit der Gefahrenvorbeugung kein neues Instrumentarium in die Polizeigesetze eingeführt, sondern traditionelle Handlungsformen der Polizei kodifiziert,⁵ die besonders aufgrund der Entwicklung der Informationstechnologie grundrechtlich neu bewertet worden sind.

Die Innovation und die Kodifikation traditioneller Handlungsformen haben das klassische Gefahrenabwehrrecht aber weder in den Spezialgesetzen noch in den neuen Polizeigesetzen ersetzt. Sie sind nicht an dessen Stelle, sondern an dessen Seite getreten. Viele Sonderordnungsgesetze beschränken sich darauf, für ihren Gegenstandsbereich Rechtspflichten zu statuieren, ohne Ermächtigungsgrundlagen zur Durchsetzung der Rechtspflichten vorzusehen. Die materiellen Regelungen des Sonderordnungsrechts werden zu einem Teilaspekt der öffentlichen Sicherheit, deren Gefährdung dann auf der Grundlage der allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetze abgewehrt werden kann.⁶ Das allgemeine Polizeirecht regelt den Sachbereich zwar nicht mehr materiell, aber die materiellen Regelungen der Sonderordnungsgesetze werden in das allgemeine Gefahrenabwehrrecht eingelassen und über dessen dogmatische Strukturen umgesetzt. Dabei bleiben gerade die dogmatischen Strukturen des klassischen Gefahrenabwehrrechts erhalten, die den Gegenstand der Arbeit bilden sollen. Und auch

⁴ Vgl. Bäuml, in: Handbuch des Polizeirechts, Abschn. J Rn. 147–158.

⁵ Zusammenstellung ebd. Rn. 563–657.

⁶ Götz, Polizeirecht, Rn. 580.

dort, wo Sonderordnungsgesetze einmal selbst Eingriffsermächtigungen vorsehen, wird das dogmatische System des Gefahrenabwehrrechts meist lediglich thematisch konkretisiert oder allenfalls modifiziert, nicht aber strukturell verändert. Das Versammlungsgesetz knüpft seine Eingriffstatbestände an eine qualifizierte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung; soweit aber bei unmittelbaren Gefahren die Versammlung nicht gleich aufgelöst werden soll, richtet sich der Erlaß von Verfügungen gegen einzelne Demonstrationsteilnehmer nach den Grundsätzen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts.⁷ Entsprechendes gilt für das Luftverkehrsgesetz⁸ und die Landeswassergesetze⁹. Die Bauordnungen der Länder regeln in ihren bauordnungsrechtlichen Generalklauseln die Gefahrenabwehr für die von baulichen Anlagen ausgehenden Gefahren lediglich thematisch spezieller und modifizieren die polizeiliche Verantwortlichkeit, indem sie sie für den Bauherrn, Unternehmer und Bauleiter besonders ausgestalten.¹⁰ Die Beispiele ließen sich vermehren.¹¹ Die dogmatische Struktur des Gefahrenabwehrrechts bleibt von den Konkretisierungen und Modifikationen unberührt. Die Bedeutung des in den Polizeigesetzen archetypisch normierten dogmatischen Systems ist trotz der nachhaltigen Ausweitung des Sonderordnungsrechts ungebrochen. Die traditionelle Dogmatik bildet nach wie vor das Rückgrat des allgemeinen und besonderen Polizei- und Ordnungsrechts.¹²

Doch auch wenn das Gefahrenabwehrrecht nicht durch neue Rechtsformen abgelöst, sondern nur ergänzt worden ist, bleibt die Frage, ob es heute noch Gründe gibt, sich Gedanken über die dogmatischen Strukturen eines Systems zu machen, das auf eine Norm des Preußischen Allgemeinen Landrechts zurückgeführt und in über 100 Jahren Verwaltungsrechtsprechung durchgearbeitet worden ist. In der historischen Perspektive erscheint es kontraintuitiv, daß das dogmatische System des Gefahrenabwehrrechts nicht schon längst zu einem verbindlichen Ergebnis geführt worden ist. Nach über 100 Jahren mögen sich immer wieder Einzelfragen neu stellen, doch das dogmatische System – so wäre die unbefangene Vorhersicht – kann nach einer solchen Zeit nicht mehr der Bearbeitung bedürfen.

Es reicht indes ein Blick in ein neueres Polizeirechtslehrbuch, entsprechende intuitiv begründete Erwartungen zu enttäuschen und zum Lernen zu zwingen.

⁷ Dietsch/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, § 15 Rn. 27 ff.; Götz, Polizeirecht, Rn. 194.

⁸ BVerwG, NJW 1986, 1626; VGH Mannheim, DVBl. 1983, 41.

⁹ OVG Hamburg, DÖV 1983, 1016; VGH Kassel, UPR 1986, 116; VGH Mannheim, NVwZ 1986, 325; Götz, Polizeirecht, Rn. 194.

¹⁰ Vgl. etwa §§ 52–53 BauO Bln.

¹¹ I.e. zu Bedeutung des allgemeinen Polizeirechts in den Sonderordnungsmaterien Götz, Polizeirecht, Rn. 576–594.

¹² Vgl. Breuer, in: GS Martens, S. 315/318 f.; Schenke, in: FS Friauf, S. 455/456.