

Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz

Herausgegeben von
Paul Kirchhof und Utz Schliesky

Andreas Nitschke

Die materielle Polizeipflicht im Sinne einer Gefahrenabwehrpflicht als verfassungsrechtliche Grundpflicht

40

Kapitel 1: Einleitung

Gibt es eine materielle Polizeipflicht des Störers im Polizei- und Ordnungsrecht? Diese Frage ist in der Literatur seit Jahrzehnten ebenso umstritten wie die nach ihrer Definition bzw. ihrem Inhalt. Sie stellt sich insbesondere vor dem Hintergrund der „gestuften Antwort“¹ der Polizei- und Ordnungsgesetze bezüglich der Reihenfolge der Inanspruchnahme von Personen zur Abwehr konkreter Gefahren. Danach haben die zuständigen Behörden in erster Linie den sogenannten Störer, also denjenigen, dem eine Gefahr zugerechnet werden kann,² zur Gefahrenabwehr heranzuziehen („erste Stufe“).³ Erst wenn dies nicht möglich bzw. nicht erfolversprechend ist, darf die Polizei- oder Ordnungsbehörde selber zur Gefahrenabwehr tätig werden („zweite Stufe“).⁴ Ist auch das behördliche Eingreifen im konkreten Einzelfall nicht möglich bzw. erfolversprechend, darf die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen den sogenannten Nichtstörer⁵ zur Gefahrenabwehr verpflichten („dritte Stufe“).⁶

Warum aber nach dieser aus den Polizei- und Ordnungsgesetzen hervorgehenden „gestuften Antwort“ grundsätzlich der Störer vorrangig zur Gefahrenabwehr heranzuziehen ist, lässt sich aus dem Gefahrenabwehrrecht unmittelbar nicht entnehmen.⁷ Der Grund hierfür könnte gerade in der materiellen Polizeipflicht liegen, einer öffentlich-rechtlichen Pflicht, die zwar nicht ausdrücklich normiert ist, die sich aber aus den allgemeinen und besonderen Polizei- und Ordnungsgesetzen, insbesondere aus der Generalklausel, ergeben könnte.⁸

Eine Frage, die ähnlich umstritten ist wie die nach der Existenz einer materiellen Polizeipflicht, ist die nach der Existenz von Grundpflichten im Grundgesetz. Während die Grundrechte gleich zu Beginn der Verfassung normiert sind,

1 So ausdrücklich *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 9, Rn. 2.

2 Dazu Kapitel 3, B, I.

3 Vgl. §§ 8, 9 HmbSOG i.V.m. § 10 Abs. 1 HmbSOG; dazu auch *Schoch*, Jura 2012, 685, 685.

4 Vgl. § 7 Abs. 1 HmbSOG i.V.m. § 10 Abs. 1 HmbSOG.

5 Dazu Kapitel 3, B, I.

6 Vgl. § 10 Abs. 1 HmbSOG; zusammenfassend statt aller *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 9, Rn. 2; zum Vorrang der Inanspruchnahme des Störers vor behördlichem Gefahrenabwehrhandeln siehe BGH, NJW 2004, 513, 514.

7 So schon *Griesbeck*, Polizeipflicht, S. 30.

8 Dazu *Griesbeck*, Polizeipflicht, S. 30 f.

finden sich in ihr jedenfalls keine ausdrücklich normierten Grundpflichten. Von daher wird auch die Frage, ob sie überhaupt im Grundgesetz vorhanden sind, differenziert betrachtet.

Das den Komplex der materiellen Polizeipflicht im Polizei- und Ordnungsrecht und den der Grundpflichten im Grundgesetz verbindende Moment ist die Frage, ob die materielle Polizeipflicht als verfassungsrechtliche Grundpflicht zu qualifizieren ist.

A. Thema und Ziel der Ausarbeitung

Diese bisher in der Literatur nahezu unbehandelte Frage⁹ soll als Kernstück der vorliegenden Untersuchung erörtert werden. Ihre Beantwortung führt zu neuen Sichtweisen auf diverse in Literatur und Rechtsprechung seit Jahren kontrovers diskutierte Themen wie zum Beispiel den Bereich Störermehrheit und den der sogenannten „Opferfälle“.

So ist beispielsweise im Rahmen der Störermehrheit seit Jahren umstritten, ob die Verpflichtung jedes Störers, die allen Störern gemeinsam zuzurechnende Gefahr abzuwehren, stets eine vollumfängliche ist oder ob sie in diesen Konstellationen begrenzt werden muss, ob also jeder Störer stets für den gesamten Gefahrenzustand verantwortlich ist oder nur anteilig.¹⁰ Sollte die materielle Polizeipflicht als verfassungsrechtliche Grundpflicht einzuordnen sein, so ließen sich aus dieser Einordnung – ausgehend von Inhalt und Zweck der Grundpflichten – neue Erkenntnisse zur Klärung des Umfangs der Verantwortlichkeit des Störers in den Fällen einer Störermehrheit gewinnen.¹¹

Nichts anderes gilt für die seit Jahrzehnten umstrittene Frage, ob die Verantwortlichkeit des Störers in den oben genannten „Opferfällen“ bis zur sogenannten Zumutbarkeitsgrenze zu begrenzen ist.¹² Auch hier kann die Einordnung der

9 Dies bezieht sich jedenfalls auf die materielle Polizeipflicht in Form einer Gefahrenabwehrpflicht. Diesem Thema haben sich bisher – soweit ersichtlich – lediglich *Griesbeck* und *Lindner* in Ansätzen genähert, ohne allerdings letztlich eine eindeutige Stellung zu beziehen, vgl. *Griesbeck*, Polizeipflicht, S. 97 ff. und *Lindner*, Adressatenpflichten, S. 51 ff. Demgegenüber wurde die Frage, ob die materielle Polizeipflicht in Form einer Gefahrenvermeidungspflicht eine verfassungsrechtliche Grundpflicht darstellt, bereits mehrfach erörtert, siehe dazu auch Fn. 232.

10 Hierzu jüngst *Schoch*, Jura 2012, 685, 685.

11 Dazu ausführlich Kapitel 6, B, II., 2.

12 Dazu beispielsweise *Bockwoldt*, Rechtmäßigkeit und Kostentragungspflicht, S. 240 ff.; *Jochum*, NVwZ 2003, 526, 526 ff., die sich zwar in erster Linie auf die Störermehrheit konzentriert, deren Ausführungen aber auch bezüglich der Opferfälle relevant sind.

materiellen Polizeipflicht als verfassungsrechtliche Grundpflicht die Diskussion um neue Aspekte anreichern.¹³

Ein entsprechendes Verständnis der materiellen Polizeipflicht hat darüber hinaus auch Einfluss auf die Kostentragungspflicht des Störers bezüglich der Gefahrenabwehrmaßnahmen ihm zuzurechnender Gefahren. Diesbezüglich ist einerseits anerkannt, dass der Störer, der eine ihm zuzurechnende Gefahr selber abwehrt, auch die Kosten seiner Gefahrenabwehrmaßnahmen zu tragen hat.¹⁴ Andererseits finden sich für den Fall der Gefahrenabwehr durch die öffentliche Hand anstelle des Störers in den allgemeinen und besonderen Polizei- und Ordnungsgesetzen Normen, die den Staat ermächtigen, die ihm entstandenen Kosten der Gefahrenabwehr auf den Störer abzuwälzen.¹⁵ Die Qualifizierung der materiellen Polizeipflicht als verfassungsrechtliche Grundpflicht hat – wie deutlich werden wird – sowohl Auswirkungen auf die Frage nach der grundsätzlichen rechtlichen Zulässigkeit einer solchen Kostentragungspflicht¹⁶ als auch auf ihren Umfang.¹⁷

Schließlich kommt dem Grundpflichtcharakter der materiellen Polizeipflicht auch Bedeutung bezüglich der Frage nach einem Ausgleichsanspruch zwischen mehreren Störern im Falle einer Störermehrheit zu.¹⁸ Sollten sowohl die materielle Polizeipflicht auf der Primärebene als auch die Kostentragungspflicht auf der Sekundärebene in ihrem Umfang unbeschränkte Pflichten darstellen, stellt sich im Falle einer Störermehrheit die Frage nach einem Ausgleichsanspruch des allein die Kosten der Gefahrenabwehrmaßnahmen tragenden Störers gegen die übrigen Störer. Für den Fall, dass gerade ihre Eigenschaft als verfassungsrechtliche Grundpflicht entscheidend das Ergebnis beeinflussen sollte, dass die materielle Polizeipflicht sowohl auf der Primärebene als auch auf der Sekundärebene in unbegrenzter Höhe besteht, wird zu erörtern sein, ob und inwiefern der Grundpflichtcharakter der materiellen Polizeipflicht Einfluss auf die Frage der Anwendung zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen und die Auslegung ihrer Tatbestandsmerkmale hat.

13 Dazu ausführlich Kapitel 6, B, II., 1.

14 BGHZ 5, 144, 151; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, S. 293; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 15, Rn. 2; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 25, Rn. 1 und § 26, Rn. 13.

15 Vgl. beispielsweise § 7 Abs. 3 SOG; ausführlich dazu *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 697 ff.

16 Siehe unten Kapitel 7, B.

17 Siehe unten Kapitel 7, C.

18 Siehe unten Kapitel 8.

B. Gang der Untersuchung

Bevor aber die Frage beantwortet werden kann, ob es überhaupt eine materielle Polizeipflicht gibt, wie diese Pflicht zu definieren und ob sie als Grundpflicht zu qualifizieren ist, muss einleitend ein Blick auf die historische Entwicklung des Polizei- und Ordnungsrechts geworfen werden. Denn erst im Lichte der Entwicklung eines Rechtsgebietes ist sein heutiges Verständnis – und damit auch die Auslegung seiner Begriffe und Rechtsgrundsätze – überhaupt möglich.

Im Lichte dieser historischen Entwicklung hin zum Recht der Gefahrenabwehr soll sodann auf die Frage eingegangen werden, wem die Aufgabe der Gefahrenabwehr im Staate des Grundgesetzes obliegt. Sie trifft einerseits den Staat, andererseits in bestimmten Fällen aber auch den Bürger, insbesondere den polizei- und ordnungsrechtlichen Störer. Bei letzterem stellt sich dann auch erstmals die Frage nach dem Bestehen und der Definition der ihn treffenden materiellen Polizeipflicht. Diese Fragen sollen daher zunächst beantwortet werden.

Im Anschluss daran erfolgt die Erörterung des eigentlichen Schwerpunktes der Ausarbeitung, nämlich der Frage, ob die materielle Polizeipflicht im Sinne einer Gefahrenabwehrpflicht als eine verfassungsrechtliche Grundpflicht zu qualifizieren ist. Sie erfolgt vor dem Hintergrund von verfassungshistorischen Gesichtspunkten und dem Sinn und Zweck der Verfassung.

Nachdem diese Frage beantwortet ist, schließt sich die Untersuchung der Frage an, zu welchen Konsequenzen die rechtliche Einordnung der materiellen Polizeipflicht als verfassungsrechtliche Grundpflicht führt. Diesbezüglich sind die eingangs erwähnten Komplexe zu nennen.

Zunächst soll der Einfluss dieser Qualifizierung auf den Umfang der materiellen Polizeipflicht untersucht werden. Begonnen wird diesbezüglich mit der Erörterung des Umfangs der materiellen Polizeipflicht auf der Primärebene. Dies erfolgt anhand einer Untersuchung des Zusammenspiels der auf dieser Ebene wirkenden Rechtsgrundsätze¹⁹ unter besonderer Berücksichtigung des Charakters der materiellen Polizeipflicht als einer verfassungsrechtlichen Grundpflicht. Auf diese Weise wird geklärt werden, ob die materielle Polizeipflicht stets eine unbeschränkte Pflicht darstellt oder ob sie auf der Primärebene aufgrund ihres Grundpflichtcharakters in bestimmten Situationen – in den „Opferfällen“ sowie in den Fällen der Störermehrheit – zu begrenzen ist.

19 Dieser Ansatz ist allgemein anerkannt. Neben vielen anderen Autoren ging auch *Bockwoldt* hiervon aus, vgl. *Bockwoldt*, Rechtmäßigkeit und Kostentragungspflicht, S. 39 ff. für die Primärebene und S. 65 ff. für die Sekundärebene. Die vorliegende Ausarbeitung orientiert sich an diesem Aufbau.

Nach der Untersuchung des Umfangs der materiellen Polizeipflicht der Primärebene auf diese Weise erfolgt die Untersuchung dieser Pflicht und ihres Umfangs auf der Sekundärebene. Ausgegangen wird hierbei von der Tatsache, dass sich die materielle Polizeipflicht auf der Sekundärebene als eine Kostentragungspflicht des Störers bezüglich der Abwehrmaßnahmen ihm zuzurechnender Gefahren darstellt.

Bezug nehmend auf *Habermanns* Untersuchung aus dem Jahr 2011²⁰ wird auf die Frage der grundsätzlichen rechtlichen Zulässigkeit des Bestehens einer solchen Kostentragungspflicht im Polizei- und Ordnungsrecht vor dem Hintergrund des Steuerstaatsprinzips, der materiellen Polizeipflicht als verfassungsrechtlicher Grundpflicht und der Untergliederung der Staatsaufgaben in allgemeine und besondere Staatsaufgaben eingegangen.

Im Anschluss daran wird die Frage erörtert, ob der Umfang der materiellen Polizeipflicht auf der Sekundärebene stets von den Ergebnissen der Primärebene abhängt oder ob auf der Sekundärebene andere Kriterien zur Bestimmung des Umfangs gelten. Nach der Klärung dieser Frage schließt sich die Darstellung der auf der Sekundärebene wirkenden Rechtsgrundsätze an – und zwar nach dem gleichen Muster wie dies bereits vorher auf der Primärebene geschah.

Schließlich soll nach der Darstellung des Umfangs der materiellen Polizeipflicht auf Primär- und Sekundärebene auf die Frage des internen Störerausgleichs im Falle einer Störermehrheit eingegangen werden. Diesbezüglich wird insbesondere erörtert, ob einem Störer, der alleine die Kosten der Gefahrenabwehr trägt, Ausgleichsansprüche gegen die übrigen, nicht mit den Kosten belasteten Störer vor dem Hintergrund der Regelungen des Gesamtschuldnerausgleiches oder der Geschäftsführung ohne Auftrag zustehen. Auch die Untersuchung dieser in der Literatur seit Jahren umstrittenen Thematik²¹ soll vor dem Hintergrund der Frage erfolgen, ob und inwiefern die rechtliche Einordnung der materiellen Polizeipflicht als verfassungsrechtliche Grundpflicht Auswirkungen auf die Frage der Anwendbarkeit und Auslegung zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen hat.

20 *Habermann*, Gebühren für Gefahrenabwehr, S. 1 ff.

21 Vgl. beispielsweise *Petersen*, Gesamtschuldnerausgleich, S. 1 ff.; zuletzt Schoch, Jura 2012, 685, 690 f.