

**Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand ausgewählter  
Materien des Besonderen Verwaltungsrechts**

Dienstag, den 20. April 2004

Thema: **Gefahrbegriffe**

"Öffentliche Sicherheit", "öffentliche Ordnung" und "Gefahr" sind die drei grundlegenden Begriffe der Aufgaben- und der Befugnis-Generalklausel des ASOG (§§ 1 I, 17 I) sowie des Polizei- und Ordnungsrechts allgemein. Zum Gefahrbegriff, mit dem wir uns zuletzt beschäftigt haben, sind noch einige Ergänzungen erforderlich.

Hier ist vorzuschicken, dass es "den" Gefahrbegriff nicht gibt. Das ASOG kennt vielmehr mehrere Gefahrbegriffe. So ist in § 16 I Nr. 1 ASOG von einer "gegenwärtigen erheblichen Gefahr" die Rede, in § 2 V ASOG von "Gefahr im Verzug", in § 15 I VersG von einer "unmittelbaren Gefahr" die Rede, alles Ausprägungen des Grundbegriffs der "konkreten Gefahr". Daneben gibt es den Begriff der "abstrakten Gefahr", der bei Verordnungen eine Rolle spielt. Dieser Gefahrenbegriff ist zu unterscheiden von bloßen Nachteilen oder Belästigungen, bei denen die Schwelle für polizeiliches Einschreiten noch nicht überschritten ist, und von Risiken, d.h. Sachlagen, deren Gefährlichkeit aufgrund der Begrenztheit des menschlichen Wissens vermutet, aber nicht nachgewiesen werden kann.

Polizei- und Ordnungsrecht ist präventiv, d.h. auf die Abwehr von Gefahren, die Verhinderung ihrer Entstehung oder ihre Beendigung, gerichtet. Das ist ein Hauptunterschied zu Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, das repressiv, d.h. auf die Ahndung von begangenen Rechtsverstößen gerichtet ist. Das Polizei- und Ordnungsrecht ist so geartet, dass der Staat auf jede Gefahrenlage eine Antwort geben kann, materiell-rechtlich, indem eine Vielzahl von besonderen Befugnisnormen von einer

Befugnis-Generalklausel unterfangen wird, zuständigkeitsrechtlich, indem bei Gefahr im Verzug jede Behörde, die tatsächlich in der Lage ist einzuschreiten, dazu auch befugt ist.

## **1. Konkrete Gefahr**

Der Begriff der konkreten Gefahr ist der Grundbegriff. Sofern im Polizei- und Ordnungsrecht von "Gefahr" die Rede ist, ist eine konkrete Gefahr gemeint. Eine konkrete Gefahr ist eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit bei ungehindertem Geschehensablauf ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird. Das Wort "konkret" bezieht sich dabei nicht auf die Wahrscheinlichkeit oder die zeitliche Nähe des Schadens. Mit "konkret" ist schlicht gemeint, dass die Gefahr in einem einzelnen Fall besteht. Der Begriff "konkret" meint dasselbe wie der Begriff "Einzelfall" in § 35 VwVfG. Dies erklärt nebenbei, dass die Maßnahmen, die auf § 17 I ASOG gestützt werden, Verwaltungsakte sind, nämlich Polizei- und Ordnungsverfügungen.

Um zu beurteilen, ob im Einzelfall eine Gefahr vorliegt, ist eine Prognose erforderlich. Diese Prognose erfordert zweierlei: die Ermittlung eines Sachverhalts, wofür der Untersuchungsgrundsatz gilt, und eine Prognose, eine Wertung, die Ungewissheiten enthält. Es muss festgestellt werden, ob ein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung "hinreichend" wahrscheinlich ist und ob sein Eintritt in "absehbarer" Zeit droht. Um dieser Wertung mehr Kontur zu geben, arbeitet man mit der Je-desto-Formel und mit dem Kriterium der Sozialadäquanz.

Je-desto-Formel bedeutet: Je größer der zu erwartende Schaden und je ranghöher das betroffene Schutzgut sind, desto geringere Anforderungen sind an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und an seine zeitliche Nähe zu stellen. So würde das Bersten eines Atomreaktors zu so großen Schäden führen, dass es praktisch ausgeschlossen sein muss (BVerfGE 49, 89). Umgekehrt

begründet ein falsch parkendes, den Verkehr aber nicht behinderndes Fahrzeug an einer Stelle, wo es noch genügend Parkplätze gibt, einen so geringen Schaden, dass ein Abschleppen nicht in Betracht kommt. Insbesondere an dem letzten Beispiel wird deutlich, dass auch Schadensprognose und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eng verbunden sind.

Obwohl der Gefahrbegriff ein prognostisches Element enthält, wird seine Anwendung von den Verwaltungsgerichten voll nachgeprüft. Ein Beurteilungsspielraum wird den Gefahrenabwehrbehörden nicht eingeräumt. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum; gleiches gilt für die Begriffe der "öffentlichen Sicherheit" und der "öffentlichen Ordnung". Die Unbestimmtheit dieser Begriffe wird durch die gerichtliche Vollkontrolle rechtsstaatlich erträglicher.

Allerdings stellt sich auch das ex post kontrollierende Gericht auf die ex ante Perspektive. Das ex post - Wissen, dass kein Schaden eingetreten ist und möglicherweise kein Schaden eintreten konnte, bleibt unberücksichtigt. Hiervon abgesehen wird ein Verwaltungsgericht in vollem Umfang prüfen, ob die Gefahrenabwehrbehörden die genannten Begriffe richtig ausgelegt und angewandt haben. Vertretbarkeitsspielräume gibt es insoweit nicht.

## **2. Spezifizierungen der konkreten Gefahr**

Bei weiteren Gefahrbegriffen handelt sich um Spezifizierungen des Begriffs "konkrete Gefahr". Eine Variante verschärft die Anforderungen des Begriffs der konkreten Gefahr hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit und der zeitlichen Nähe eines Schadens. In diese Gruppe gehören die gegenwärtige und die unmittelbare Gefahr. Gegenwärtig ist eine Gefahr, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Zu finden ist der Begriff der gegenwärtigen Gefahr z.B. in § 38 Nr. 1

ASOG. Von einer unmittelbaren Gefahr ist in § 15 I VersG die Rede. Bei ihr handelt es sich um nichts anderes als eine gegenwärtige Gefahr.

Eine andere Variante des Gefahrbegriffs steigert die Anforderungen an das gefährdete Rechtsgut. In diese Gruppe fällt der Begriff der erheblichen Gefahr. Erheblich ist eine Gefahr, wenn ein bedeutendes Rechtsgut bedroht ist, wie Leben, Gesundheit, Freiheit, nicht dagegen bloße Vermögenswerte. So darf nach § 16 I Nr. 1 ASOG eine nicht verantwortliche und nicht verdächtige Person für Zwecke der Gefahrenabwehr nur in Anspruch genommen werden, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr erforderlich ist. Bei der Erheblichkeit der Gefahr sind weitere Steigerungen möglich. So ist die Zwangsernährung von Gefangenen nach § 23 I BerlUZwG nur zulässig, wenn eine Gefahr für Leib und Leben besteht.

Eine dritte Variante des Gefahrbegriffs legt nicht die Eingriffsschwelle im Verhältnis von Gefahrenabwehrbehörden und Bürger fest, sondern Zuständigkeiten innerhalb der Gefahrenabwehrbehörden. Hierher gehört der Begriff der Gefahr im Verzug. Gefahr im Verzug bedeutet, dass die an sich zuständige Behörde nicht rechtzeitig tätig werden kann. Dies hat zur Folge, dass eine andere, an sich nicht zuständige, tatsächlich aber reaktionsschnellere Behörde tätig werden darf. So kann nach § 2 V ASOG bei Gefahr im Verzug die zuständige Senatsverwaltung die Befugnisse einer nachgeordneten Ordnungsbehörde wahrnehmen.

Eine letzte Spezifizierung des Begriffs der konkreten Gefahr ist der Begriff der Störung. Von einer Störung spricht man, wenn eine konkrete Gefahr sich verwirklicht hat. Die Abwehr von Störungen ist Teil der Gefahrenabwehraufgabe. Sie ist nämlich insoweit eine Gefahr, als sie weiter andauert. Hat ein Geschehen sich bereits zu einem Schaden entwickelt, z.B. der Verletzung einer Rechtsnorm, so geht die Gefahrenabwehraufgabe dahin, die bereits eingetretenen Störungen zu unterbinden und Schäden zu beseitigen. Das Vorliegen einer Störung erleichtert die Subsum-

tionsarbeit insoweit, als die Gefahrenprognose entbehrlich wird. Sie erschwert die Subsumtionsarbeit insoweit, als nun zwischen präventivem Handeln, auf der Grundlage des ASOG, und repressivem Handeln, auf der Grundlage von StPO und OWiG, zu unterscheiden ist. Ist die Rechtsgutsverletzung im Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch die Polizei oder Ordnungsbehörden bereits abgeschlossen, besteht also keine Fortwirkung, die es zu beseitigen gälte, und keine Wiederholungsgefahr, dann ist ein behördliches Handeln zur Gefahrenabwehr ausgeschlossen. Unter diesen Voraussetzungen kann die Ordnungsbehörde nicht mehr und kann die Polizei nur noch repressiv tätig werden. Mit dem Begriff der Störung kann man mithin das zeitliche Ende des Gefahrenabwehrauftrags markieren, den Bereich der *Nicht-mehr-Gefahr*.

.

### **3. Gefahr und Belästigung**

Das andere Ende auf der (Zeit-)Schiene markiert der Begriff der Belästigung, der aber nur einen Teilaspekt dieses Endes betrifft. Von einer Belästigung spricht man, wenn die Beeinträchtigung, die einem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung droht, (noch) nicht intensiv genug ist, um als Schaden qualifiziert werden zu können. Mit dem Begriff der Belästigung lässt sich nur in Bezug auf solche Schutzgüter sinnvoll operieren, bei denen Beeinträchtigungen im Sinne eines Mehr oder Weniger abgestuft werden können. Das Hauptbeispiel sind Immissionen. Immissionen überschreiten erst dann die Gefahrenschwelle, wenn sie Rechtsgüter, wie die Gesundheit, beeinträchtigen oder wenn sie gegen Rechtsnormen verstoßen, etwa Grenzwerte überschreiten. Belästigungen kann man deshalb definieren als Einwirkungen auf die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die unter der Gefahrenschwelle bleiben.

Kriterien für die Abgrenzung zwischen Belästigungen und Gefahren liefert häufig die Rechtsordnung selbst. Sie legt Grenzwerte fest, z.B. in der VerkehrslärmschutzVO, oder in Verwaltungsvorschriften, wie TA Lärm und TA Luft. Zum Teil wird die Grenze aber auch in gesetzlichen Vorschriften nur angedeutet, so mit

dem Wesentlichkeits-Begriff in § 906 BGB. Zum Teil verschiebt die Grenze zwischen Gefahr und Belästigung sich mit dem Wachsen des menschlichen Erfahrungswissens. So hat man das Passivrauchen bis Anfang der 1980er Jahre für eine ungefährliche Belästigung gehalten; inzwischen weiß man um die Gesundheitsgefahren auch des Passivrauchens.

#### **4. Anscheinsgefahr, Putativgefahr, Gefahrenverdacht**

Das prognostische Element des Gefahrenbegriffs lässt sich gut an den Begriffen Anscheins-, Putativgefahr und Gefahrenverdacht verdeutlichen, die problematische Grenzfälle des Gefahrbegriffs bezeichnen.

Von einer Anscheinsgefahr spricht man bei einer Sachlage, welche die Polizei als gefährlich angesehen hat und unter den gegebenen Umständen bei Anlegung des Maßstabes verständiger Würdigung und hinreichender Sachverhaltsaufklärung als gefährlich ansehen durfte, während diese Sachlage in Wahrheit nicht gefährlich war.

**Beispiel:** Ein Streifenbeamter hört nachts aus einer Wohnung Hilfeschreie, die auf einen lebensbedrohenden Angriff schließen lassen. Obwohl er deutlich um Einlass in die Wohnung ersucht, wird dem Polizisten nicht geöffnet. Daraufhin tritt der Beamte die Tür ein. Er findet in der Wohnung einen schwerhörigen Rentner, der seine Schlaflosigkeit mit einem Fernsehkrimi bekämpft. Die fraglichen Geräusche stammen aus diesem Krimi. Der Fernseher ist sehr laut. Vom Flur aus kann man nicht unterscheiden, ob die aus ihm stammenden Geräusche Film oder Realität sind. Ist das Handeln des Polizisten rechtmäßig? - was zur Folge hätte, dass der Rentner wegen der eingetretenen Tür keinen Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch hat.

Die Maßnahme des Polizisten ist rechtmäßig, wenn eine Gefahr vorgelegen hat (§ 17 I ASOG). Dies wäre der Fall, wenn der Sachverhalt, den der Polizist sich als Grundlage für seine Gefahrprognose vorgestellt hat, richtig wäre. Dies ist zwar nicht der Fall. Doch kann dem Polizisten für seine

Fehleinschätzung nach Lage der Dinge kein Vorwurf gemacht werden. Die herrschende Meinung löst den Fall dahin, dass aufgrund des prognostischen Elements des Gefahrbegriffs die Vorstellung des Polizisten maßgebend ist, sofern diese auf einer sorgfältigen Sachverhaltsermittlung beruht. Darauf, dass ex post betrachtet, keine Gefahr vorgelegen hat, kommt es dann nicht an. Die Anscheinsgefahr lässt sich also charakterisieren als unvermeidlicher Irrtum über das tatsächliche Vorliegen einer gefährlichen Sachlage. Sie ist Gefahr.

Ist der Irrtum dagegen vermeidbar, so liegt keine Anscheins-, sondern eine Putativgefahr vor. Sie ist keine Gefahr. Von einer Putativgefahr müsste man sprechen, wenn in dem zuvor gegebenen Beispiel der Polizist hätte erkennen können, dass die verdächtigen Geräusche aus dem Fernseher stammen.

Anscheins- und Putativgefahr haben zweierlei gemeinsam: Beidemale ist die Polizei subjektiv vom Vorliegen einer Gefahrenlage überzeugt. Beidemale ist diese Überzeugung objektiv falsch, befindet sich die Polizei in einem Irrtum. Der Unterschied liegt darin, dass bei der Anscheinsgefahr dieser Irrtum unvermeidbar, bei der Putativgefahr der Irrtum dagegen vermeidbar ist.

Die Besonderheit des Gefahrenverdachts liegt darin, dass bei ihm schon das erste, was Anscheins- und Putativgefahr gemeinsam ist, fehlt. Der Gefahrenverdacht ist zu definieren als Sachlage, bei der ungewiss ist, ob sie zu einem Schaden führen kann, und bei der die Polizei sich dieser Ungewissheit bewusst ist. **Beispiel:** Bei der Polizei geht ein Anruf ein, dass sich in einem Kaufhaus eine Bombe befindet, die in einer Stunde explodieren werde. Wenn sich in dem Kaufhaus tatsächlich eine Bombe befindet, liegt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit unproblematisch vor. Im vorliegenden Fall steht dies allerdings nicht fest. Bombendrohungen erweisen sich erfahrungsgemäß häufig als falsch. Es besteht daher nur der Verdacht, daß eine Gefahrenlage vorliegt. Die herrschende Meinung löst diese Fälle wie folgt: Auch der Verdacht einer Gefahr ist eine Gefahr. Allerdings ist

die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts geringer. Dem wird auf der Rechtsfolgenseite Rechnung getragen. Beim Gefahrenverdacht sind Massnahmen zunächst auf die Gefahrerforschung zu richten, also auf die Beseitigung der Ungewissheit. In dem Beispielsfall dürfte die Polizei das Kaufhaus also auf die Bombe durchsuchen. Darüber hinausgehende Massnahmen, in dem Beispielsfall eine Räumung des Kaufhauses, dürfen nur angeordnet werden, wenn besonders wichtige polizeiliche Schutzgüter irreversibel gefährdet sind. Insoweit kommt die Je-desto-Formel zur Anwendung. In dem Kaufhaus-Beispiel sind ihre Voraussetzungen erfüllt, weil, wenn die Drohung richtig sein sollte, Leben und Gesundheit von Kunden und Mitarbeitern in Gefahr sind.

Zum Gefahrenverdacht ist zusammenfassend das Folgende zu sagen:

- 1) Der Gefahrenverdacht ist eine Gefahr, allerdings eine Gefahr mit einer geminderten Schadenswahrscheinlichkeit.
- 2) Bei einem Gefahrenverdacht ist die Polizei grundsätzlich nur zu Gefahrerforschungsmaßnahmen ermächtigt.
- 3) Weitergehende Maßnahmen sind nach der Je-desto-Formel nur zulässig, sofern besonders wichtige Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung irreversibel gefährdet sind, z.B. Leben und Gesundheit.

## **5. Gefahr und Gefahrenvorsorge**

Gefahrenvorsorge ist die Tätigkeit der Polizei im Vorfeld einer konkreten Gefahr, die darauf gerichtet ist, eine Gefahrenlage gar nicht erst entstehen zu lassen und die Polizei in die Lage zu versetzen, auf eine solche Gefahrenlage, wenn sie doch entsteht, gut vorbereitet reagieren zu lassen. Maßnahmen der Gefahrenvorsorge sind z.B. die nächtliche Streifenfahrt eines Polizeiwagens durch ein Wohnviertel, die sichtbare Präsenz von Polizisten in U-Bahnen oder das Sammeln von Informationen über eine kriminelle "Szene". Gefahrenvorsorge findet im Vorfeld einer Gefahr statt, kann darum auf § 17 I ASOG nicht gestützt werden. Soweit es um Maßnahmen geht, die keinen Eingriff



darstellen (Gegenbeispiel z.B. in § 19 ASOG), ist dies auch nicht erforderlich. Es genügt dann die Aufgaben- und Zuständigkeitsnorm des § 1 ASOG. Der dort verwendete Gefahrenbegriff ist etwas weiter als derjenige in § 17 I ASOG. Es fehlt der Bezug auf einen Einzelfall; dafür ist die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten umfasst (§ 1 III ASOG).

## **6. Risiko**

Von der Gefahrenvorsorge ist die Risikovorsorge zu unterscheiden. Ein Risiko ist etwas anderes als eine Gefahr. Von Risiken spricht man bei Sachlagen, von denen man nicht weiß und aufgrund der Begrenztheit des menschlichen Wissens zumindest zur Zeit nicht wissen kann, ob sie gefährlich sind. Für den Risikobegriff ist die Ungewissheit über die Gefährlichkeit einer Sachlage konstitutiv. Diese Ungewissheit herrscht zwar auch beim Gefahrenverdacht. Dort kann die Ungewissheit aber durch Gefahrerforschungseingriffe prinzipiell behoben werden. Ein Handeln in Ungewissheit findet dort nur statt, wenn für die Gefahrerforschung nicht mehr genug Zeit bleibt. Das Risiko kennzeichnet sich dadurch, dass die Ungewissheit selbst bei Einsatz aller zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel in einem absehbaren zeitlichen Rahmen nicht zu beheben ist, weil sie ihre Ursache in der Begrenztheit des menschlichen Wissens über natürliche Geschehensabläufe findet. Ein Beispiel für eine Regelung zur Risikovorsorge ist § 5 I Nr. 2 BImSchG. Danach muss bei der Errichtung und beim Betrieb genehmigungsbedürftiger Anlagen Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen getroffen werden, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung. Wie Emissionen auf die Umwelt einwirken, ist in vielen Fällen nicht oder nur teilweise wissenschaftlich geklärt. Gleichwohl erlaubt das BImSchG Vorsorgemaßnahmen, z.B. in Form von Emissionsgrenzwerten, und dies im vollen Bewusstsein der Tatsache, dass bei umfassender Aufklärung der Wechselbeziehungen von Emission und Umwelt die Grenzwerte sich als verfehlt oder überzogen erweisen können. Wenn man dies zusammenfasst, kann man

sagen, dass Risiken Sachlagen sind, von denen man aufgrund bestimmter Tatsachen annimmt, dass sie möglicherweise gefährlich sind, bei denen man dies aber nicht nachweisen kann. Die Risikovorsorge ist nicht Thema des ASOG. Dessen Instrumentarium ist für etwas so Subtiles, nur unter Anspannung aller Erkenntnis- und Problemlösungskräfte von Wissenschaft und Technik Greifbares wie Risiken zu schlicht und zu grobschlächtig. Risikovorsorge ist vielmehr Thema spezieller Regelungen des Umwelt- und des Gesundheitsrechts.