

**Vorlesung Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand ausgewähl-
ter Materien des Besonderen Verwaltungsrechts**

Donnerstag, den 29. April 2004

Nachdem das Prüfungsschema für eine belastende polizeiliche Maßnahme, die auf die Befugnis-Generalklausel gestützt wird, vollständig besprochen ist, variiere ich dieses Schema, indem ich weitere denkbare Eingriffsermächtigungen ins Spiel bringe. Nach wie vor beschränke ich mich dabei auf Handeln der Polizei; Handeln der Ordnungsbehörden wird danach dargestellt; diese rechtfertigt sich aus der stärkeren Verzahnung von Ordnungsbehörden und übriger Verwaltung. Erweiterungen bei polizeilichem Handeln sind in zwei Richtungen denkbar: einmal durch die Einbeziehung repressiv-straftverfolgender Tätigkeit der Polizei, sodann durch die Einbeziehung besonderer Befugnisnormen des ASOG für präventives Handeln der Polizei. Beides möchte ich an einem Fall verdeutlichen, zu dem eine im Vergleich zu dem, was in einer Vorlesung zeitlich möglich ist, ausführlichere Lösung in dem Buch von Gornig / Jahn, Sicherheits- und Polizeirecht, 2. Aufl., 1999, S. 4 - 14 zu finden ist.

A. Der Sachverhalt

Nach dem Ende der Sonntagsmesse lässt A sich in einem Seitenschiff der Herz-Jesu-Kirche in Zehlendorf nieder, breitet eine Luftmatratze und einen Schlafsack aus und befestigt zwischen zwei Säulen ein 4 x 1 Meter großes Transparent, in dem auf die drohende Umweltzerstörung hingewiesen wird. Dem herbeieilenden Pfarrer erklärt A, dies sei eine "ökologische 24-Stunden-Mahnwache". Der Aufforderung, die Kirche unverzüglich zu verlassen, kommt A nicht nach. Daraufhin alarmiert der Pfarrer die Polizei und erstattet namens der Kirchengemeinde Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs. Die anrückende Polizei versucht es zunächst mit gütlichem Zureden. Als A sich nach halbstündiger Diskussion aber immer noch weigert, freiwillig die Kirche zu verlassen,

geschieht Folgendes:

1. Die Identität des A wird für die Zwecke eines nachfolgenden Strafverfahrens wegen Hausfriedensbruchs festgestellt.
2. A wird mitsamt seinen Utensilien unter Anwendung körperlicher Gewalt aus der Kirche entfernt, nachdem ihm zuvor ergebnislos aufgegeben worden ist, die Kirche freiwillig zu räumen, und ihm weiter Zwangsmaßnahmen angedroht worden sind.

A fühlt sich durch die Polizeiaktion diskriminiert und befürchtet deren Wiederholung bei einer demnächst von ihm geplanten weiteren "Mahnwache". Er erhebt deswegen Klage zum Verwaltungsgericht Berlin mit dem Antrag, die Rechtswidrigkeit von Identitätsfeststellung und gewaltsamer Entfernung aus der Kirche festzustellen.

Ist diese Klage zulässig? Bei der Prüfung sollte mit der gewaltsamen Entfernung aus der Kirche begonnen werden, weil das leichter ist. Wichtig ist, dass nur nach der Zulässigkeit gefragt ist.

B. Gewaltsame Verbringung aus der Kirche

I. Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten

Die Rechtswegfrage beantwortet sich nach § 40 I VwGO. Eine diese Norm verdrängende Spezialzuweisung von Streitigkeiten, die aus dem Handeln der Polizei entstehen, an die Verwaltungsgerichte (sog. aufdrängende Sonderzuweisung) gibt es nicht.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die Streitigkeit aufgrund von Normen des öffentlichen Rechts zu entscheiden ist. Das ist hier der Fall, weil die Polizei stets nur auf der Grundlage des öffentlichen Rechts handelt. Zwar kommen als Rechtsgrundlagen alternativ das ASOG oder die StPO in Betracht, je nachdem, ob die Polizei präventiv zur Gefahrenabwehr oder repressiv zur Strafverfolgung tätig wird. ASOG und StPO stimmen aber darin überein, dass sie beide öffentliches Recht sind.

Die Streitigkeit ist auch nicht-verfassungsrechtlicher Art, weil nicht Verfassungsorgane über Verfassungsrecht streiten. Dass für die Entscheidung möglicherweise Grundrechte des A relevant werden, ändert daran nichts. Eine Streitigkeit ist nicht schon dann verfassungsrechtlicher Art, wenn Verfassungsrecht anzuwenden ist. Es muss hinzukommen, dass die streitenden Parteien Verfassungsorgane sind.

Möglicherweise ist die Streitigkeit aber einem anderen Gericht durch eine sog. abdrängende Sonderzuweisung zugeordnet. Das ASOG enthält nur eine solche Norm, nämlich § 65, der für Ansprüche auf Schadensausgleich nach den §§ 59 ff. den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet und damit eine Sonderzuweisung im Sinne von § 40 I 2 VwGO darstellt. Daneben gibt es aber noch weitere Sonderzuweisungen. Hier ist insbesondere § 23 I 1 EGGVG (Schönfelder Nr. 95a) zu nennen: "Über die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf dem Gebiet ... der Strafrechtspflege getroffen werden, entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte." Die Behauptung, dass diese Sonderzuweisung für das Polizeirecht erhebliche praktische Bedeutung hat, überrascht, ist doch nicht recht nachvollziehbar, was die Polizei zu einer "Justizbehörde" machen soll.

Ob die Polizei "Justizbehörde" ist, hängt davon ab, zur Erfüllung welcher Aufgabe sie tätig wird. Soweit die Polizei zur Erfüllung der Aufgabe der Gefahrenabwehr auf der Grundlage des ASOG tätig wird, ist sie nie Justizbehörde im Sinne des § 23 I 1 EGGVG. Soweit aber die Polizei zur Aufklärung und Verfolgung schon begangener Straftaten tätig wird, handelt sie nicht auf der Grundlage des ASOG, sondern auf der Grundlage von Aufgabennormen und Eingriffsermächtigungen, die insbesondere in der StPO geregelt sind und deshalb im Zusammenhang mit der Justiztätigkeit stehen. Zwar bleibt die Polizei organisatorisch auch dann von den Justizbehörden (Staatsanwaltschaft, Ermittlungsrichter) geschieden; ihre Tätigkeit entspricht aber

derjenigen einer Justizbehörde; die Polizei ist dann zwar nicht im organisatorischen, wohl aber in einem funktionellen Sinne Justizbehörde.

Je nach dem Zweck der Maßnahme und der Aufgabe, deren Erfüllung die Maßnahme dient, ist die Rechtsgrundlage für polizeiliches Handeln entweder im ASOG oder in der StPO zu suchen. So können etwa Vorladung und Vorführung, Befragung und Vernehmung, Identitätsfeststellung und erkennungsdienstliche Behandlung nach Maßgabe des ASOG oder nach Maßgabe der StPO erfolgen. Bei jeder polizeilichen Maßnahme muss man sich fragen, in welchem Aufgabenzusammenhang sie steht. Identitätsfeststellungen im Rahmen der Gefahrenabwehr z.B. erfolgen auf der Grundlage von § 21 ASOG, Identitätsfeststellungen im Rahmen der Strafverfolgung werden dagegen auf § 163b StPO gestützt. Dient die Maßnahme der Gefahrenabwehr, handelt die Polizei auf der Grundlage des ASOG und ist sie nicht "Justizbehörde"; Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Polizei auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr wird von den Verwaltungsgerichten gewährt. Dient die Maßnahme dagegen der Strafverfolgung und nicht der Gefahrenabwehr, was etwa dann der Fall ist, wenn die Straftat beendet ist und die von ihr ausgehende Gefahr nicht mehr abgewehrt werden kann, sondern es um deren Sanktionierung geht, ist zu beachten, dass Rechtsschutz aufgrund von abdrängenden Sonderzuweisungen im Sinne § 40 I 1 VwGO nicht von den Verwaltungsgerichten, sondern von den ordentlichen Gerichten gewährt wird. Die grundlegende dieser Sonderzuweisungen ist § 23 I 1 EGGVG. Sie gelangt zur Anwendung, wenn nicht eine andere Sonderzuweisung eingreift, die im Verhältnis zu ihr *lex specialis* ist. Eine solche Sonderzuweisung ist § 98 II 2 ff. StPO, wonach gegen Beschlagnahmen, die von Polizisten als Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bei Gefahr im Verzug vorgenommen worden sind, der Betroffene jederzeit die gerichtliche Entscheidung beantragen kann.

Die Unterscheidung zwischen polizeilichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und polizeilichen Maßnahmen zur Strafverfolgung hat grundlegende Bedeutung. Ist nach der Rechtmäßigkeit einer

polizeilichen Maßnahme gefragt oder nach der Begründetheit eines Rechtsmittels gegen eine polizeiliche Maßnahme, muss als erstes auf diese Unterscheidung eingegangen werden. Von der Klassifikation der Maßnahme hängt der weitere Prüfungsverlauf ab. Bei Maßnahmen zur Gefahrenabwehr ist ein anderer Prüfungsmaßstab zugrundezulegen als bei Maßnahmen zur Strafverfolgung. In dem einen Fall richtet sich die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Handelns nach dem ASOG, in dem anderen Fall nach der Strafprozessordnung. Ist, wie hier, nach der Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen eine polizeiliche Maßnahme gefragt, so erhebt sich die Frage nach deren Zwecksetzung ebenfalls ganz zu Anfang. Maßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr werden von den Verwaltungsgerichten überprüft; eine abdrängende Sonderzuweisung existiert insoweit nicht. Maßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung werden dagegen in der Regel nicht von den Verwaltungsgerichten, sondern von den ordentlichen Gerichten überprüft; kommt es wegen einer solchen Maßnahme zum Streit, liegt zwar eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, es greift aber eine abdrängende Sonderzuweisung ein, § 23 I EGGVG oder eine weitere, im Verhältnis zu § 23 I EGGVG speziellere Sonderzuweisung.

Damit kehre ich zur Falllösung zurück. Die Frage lautet, zu welchem Zweck die Polizei im vorliegenden Fall tätig geworden ist. Hier kann man sagen, die Identitätsfeststellung sei zu Zwecken der Strafverfolgung erfolgt, die Entfernung aus der Kirche zum Zweck der Gefahrenabwehr. Da polizeiliches Einschreiten bei der gerichtlichen Prüfung in seine Komponenten zu zerlegen ist, ergibt sich ein klares Bild. Rechtsschutz gegen die Entfernung aus der Kirche wird von den Verwaltungsgerichten gewährt.

Der Fall ist so konzipiert, dass nicht auf den Meinungsstreit darüber einzugehen ist, wie mit Maßnahmen zu verfahren ist, die sich nicht eindeutig zuordnen lassen. Man spricht hier von doppel funktionellen Maßnahmen. Den Meinungsstreit kann ich an dieser Stelle darum außerhalb der eigentlichen Falllösung

wiedergeben. Grundlegend ist nach wie vor die Entscheidung BVerwGE 47, 255.

Die überwiegende Meinung stellt darauf ab, wie die Polizei ihre Maßnahme bei deren Vornahme selbst einstuft. Es ist die Polizei, die darüber entscheidet, welche Kompetenzen sie ausübt. Liegt der Schwerpunkt bei der Gefahrenabwehr, so ist die Maßnahme nach Polizeirecht zu beurteilen und der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben, dies selbst dann, wenn die Maßnahme nebenbei auch der Strafverfolgung dient. Der Schwerpunkt auf der Gefahrenabwehr führt dazu, dass die einzelne Maßnahme insgesamt, trotz des strafprozessualen "Überhangs", von den Verwaltungsgerichten nach Polizeirecht zu beurteilen ist. Der Schwerpunkt auf der Strafverfolgung führt umgekehrt zum Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten und zur Anwendung des Strafprozessrechts. Diese Schwerpunkttheorie, die die Sicht der Polizei für maßgebend hält, hilft freilich nicht weiter, wenn, wie im vorliegenden Fall für Sie, die Sichtweise der Polizei nicht erkennbar ist. In diesem Fall kommt es auf den Gesamteindruck eines verständigen Dritten an, also darauf, ob das polizeiliche Handeln objektiv überwiegend Gefahrenabwehrzwecken dient oder überwiegend im Kontext der Strafverfolgung steht.

Im vorliegenden Fall dient das Entfernen aus der Kirche der Beendigung der Störung des Hausfriedens und damit der Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Ein Zusammenhang zwischen dieser Maßnahme und Aufgaben der Polizei im Bereich der Strafverfolgung ist nicht ersichtlich. Infolgedessen ist bei diesem Handlungsabschnitt der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben. Eine abdrängende Sonderzuweisung des Strafprozessrechts ist nicht einschlägig.

II. Richtige Klageart

Die nächste Frage, die sich bei der Zulässigkeitsprüfung stellt, ist die nach der richtigen Klageart. Maßgebend ist dabei das vom Kläger formulierte Rechtsschutzbegehren. A will festgestellt

wissen, dass seine gewaltsame Entfernung aus der Kirche rechtswidrig war.

Diese Formulierung deutet auf eine Feststellungsklage. Eine Feststellungsklage ist jedoch nach § 43 II 1 VwGO nicht zulässig, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können.

Als Gestaltungsklage kommt hier die Anfechtungsklage in Betracht. Die gewaltsame Entfernung des A aus der Kirche lässt sich juristisch wie folgt rekonstruieren: Grundlage ist ein auf § 17 ASOG gestützter Verwaltungsakt, durch welchen dem A der Befehl erteilt wird, die Kirche zu verlassen. Dieser Verwaltungsakt ist gemäß § 80 II Nr. 2 VwGO sofort vollziehbar. Weiterhin wird A für den Fall der Zuwiderhandlung die Anwendung von unmittelbarem Zwang angedroht (Zwangsmittelandrohung); auch dies ist ein Verwaltungsakt. Schließlich wird unmittelbarer Zwang angewandt; dies ist kein Verwaltungsakt, sondern ein Realakt. A wendet sich in erster Linie gegen die Grundverfügung. Ist diese rechtswidrig, sind dies auch die darauf aufbauenden Vollstreckungshandlungen. Gegen die Grundverfügung ist mit der Anfechtungsklage vorzugehen; das ist eine Gestaltungsklage im Sinne von § 43 II 1 VwGO.

Allerdings scheidet die Anfechtungsklage gegen die Verfügung, die Kirche zu verlassen, an einem Umstand, der für das Polizeirecht typisch ist. Bevor der Betroffene überhaupt Rechtsschutz erreichen kann, haben polizeiliche Maßnahmen sich häufig erledigt. Gerichtliche Kontrolle ist im Polizeirecht aufgrund der Besonderheit des polizeilichen Handelns vielfach erst möglich, wenn dieses Handeln abgeschlossen ist. Dies hat Konsequenzen für den gerichtlichen Rechtsschutz.

Ein Verwaltungsakt der Polizei wird in dem Moment, in dem er sich erledigt, gemäß § 43 II VwVfG unwirksam. Die an A gerichtete Verfügung, die Kirche zu verlassen, erledigt sich und wird unwirksam, sobald A gewaltsam aus der Kirche entfernt

worden ist, denn in diesem Moment ist das mit dem Verwaltungsakt verfolgte Ziel erreicht.

Ein erledigter Verwaltungsakt ist ein nicht mehr existenter Verwaltungsakt. Gegen ihn kann, wenn das erledigende Ereignis vor Klageerhebung erfolgt ist, mit der Anfechtungsklage nicht mehr vorgegangen werden. Denn die Anfechtungsklage setzt einen existenten, noch nicht erledigten Verwaltungsakt voraus. Die Anfechtungsklage zielt auf die gerichtliche Aufhebung eines Verwaltungsaktes; die Aufhebung eines schon erledigten Verwaltungsaktes ergibt aber keinen Sinn. Die Erledigung entzieht mit anderen Worten einen Verwaltungsakt der gerichtlichen Kontrolle im Rahmen einer Anfechtungsklage.

Die Erledigung der von der Polizei zum Zweck der gewaltsamen Entfernung des A aus der Kirche erlassenen Verwaltungsakte entzieht diese Maßnahmen aber nicht vollständig gerichtlicher Kontrolle. Das wäre mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG unvereinbar. Es wäre nicht nachzuvollziehen, warum die Polizei als eine der staatlichen Behörden, die aus rechtsstaatlichen Gründen in besonderer Weise gerichtlicher Kontrolle unterliegen müssen, sich dieser Kontrolle dadurch soll entziehen können, dass sie in der Regel so schnell zugreift, dass gerichtlicher Rechtsschutz erst im Nachhinein möglich ist.

Eine Lösung des Rechtsschutzproblems könnte die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO darstellen. Die Subsidiaritätsklausel greift scheinbar nicht ein, weil die Möglichkeit zu einer Gestaltungs- oder Leistungsklage nicht bestand. Gleichwohl wird dieser Weg nicht beschritten. Einschlägig für die Fälle erledigter polizeilicher Maßnahmen ist vielmehr eine andere Klageart: die Fortsetzungsfeststellungsklage. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist ein Unterfall der Anfechtungsklage, geregelt in § 113 I 4 VwGO. Um den Unterschied zu ihr deutlicher zu machen, wird die in § 43 VwGO geregelte Feststellungsklage auch als allgemeine Feststellungsklage bezeichnet.

§ 113 I 4 VwGO: "Hat sich der Verwaltungsakt vorher ... erledigt, so spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat." Mit "vorher" meint § 113 I 4 VwGO die Zeit zwischen Klageerhebung und Urteilsverkündung. Im vorliegenden Fall hat der Verwaltungsakt sich jedoch schon vor der Klageerhebung erledigt. § 113 I 4 VwGO ist darum nicht unmittelbar anwendbar. Indes wird § 113 I 4 VwGO auf den Fall der Erledigung eines belastenden Verwaltungsaktes vor Klageerhebung analog angewandt. Richtige Klageart gegen einen polizeilichen Verwaltungsakt, der sich vor Erhebung der Klage zum Verwaltungsgericht erledigt hat, ist also die Fortsetzungsfeststellungsklage. Grundlegend BVerwGE 26, 161 (Schwabinger Krawalle); ferner u.a. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl., 2003, § 18 Rn. 53 ff.

III. Feststellungsinteresse

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nur zulässig, wenn der Kläger an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Polizeiverwaltungsaktes ein berechtigtes Interesse hat. Ein solches Interesse wird in drei Fallgruppen bejaht:

(1) bei konkreter Wiederholungsgefahr, wobei genügt, dass ein ähnliches Verhalten der Polizei gegenüber dem Kläger bei einem vergleichbaren Anlass wahrscheinlich ist.

(2) bei Rehabilitationsinteresse: Dies wird bejaht bei Maßnahmen gegen Unbeteiligte; bei optischer Wahrnehmung der Maßnahmen durch Dritte; bei Anwendung unmittelbaren Zwangs.

(3) zur Vorbereitung eines späteren Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozesses. Insoweit hält das BVerwG die Fortsetzungsfeststellungsklage jedoch dann nicht für zulässig, wenn die Erledigung vor Klageerhebung erfolgt ist (BVerwGE 81, 226).

Im vorliegenden Fall bestehen Wiederholungsgefahr und Rehabilitationsinteresse. Infolgedessen ist das Feststellungsinteresse

zu bejahen.

IV. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist dann, wenn der Verwaltungsakt sich vor der Klageerhebung erledigt hat, nicht erforderlich, ja sogar unstatthaft. Dies ist die Ansicht des BVerwG, die in der Literatur freilich nicht unbestritten ist. Das BVerwG begründet seine Auffassung damit, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage zwar ein Unterfall der Anfechtungsklage sei, dass es aber nicht Aufgabe der Widerspruchsbehörde sein könne, die Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes bloß festzustellen. Eine dem § 113 I 4 VwGO entsprechende Regelung fehle für das Widerspruchsverfahren.

V. Klagefrist

Wohl wendet das BVerwG die Klagefrist des § 74 I 2 VwGO entsprechend an. Da A keine Rechtsmittelbelehrung erteilt worden ist, gilt für ihn gemäß § 58 II VwGO die Jahresfrist.

VI. Ergebnis

Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des gewaltsamen Entfernens aus der Kirche ist als Fortsetzungsfeststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten zulässig.

C. Identitätsfeststellung

Rechtsschutz gegen die Identitätsfeststellung wird von den ordentlichen Gerichten gewährt, wenn diese Maßnahme ganz oder überwiegend Zwecken der Strafverfolgung dient. Die Verwaltungsgerichte sind zuständig, wenn es ganz oder überwiegend um Gefahrenabwehr geht. Im vorliegenden Fall werden die Personalien des A in erster Linie aufgenommen, um später gegen ihn ein strafrechtliches Verfahren durchführen zu können. Die Polizei

verfolgt also Zwecke der Strafverfolgung. Darüber hinaus wird sie möglicherweise auch zum Zweck der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten tätig. Dafür spricht, dass A Wiederholungsabsicht bekundet. Die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten ist gemäß § 1 III ASOG eine Aufgabe, die der Polizei im Rahmen ihrer präventiven, auf das ASOG gestützten Tätigkeit obliegt. Doch ist sie im vorliegenden Fall nur Nebenzweck, so dass sie an der Zuordnung der Maßnahme zur Strafverfolgung und damit zu den ordentlichen Gerichten nichts ändert.

Auf die Zulässigkeit einer Klage gegen Maßnahmen der Polizei, die im Rahmen ihrer Aufgabe ergriffen werden, Straftaten zu verfolgen, soll hier nicht weiter eingegangen werden. Es sei nur darauf hingewiesen, dass § 113 I 4 VwGO eine Parallele in § 28 I 4 EGGVG findet.