

## Nächtliche Schlagfertigkeit Lösungsvorschlag

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger  
Stand der Bearbeitung: November 2013

Die Klage *Schlags* hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist. *Schlag* will festgestellt wissen, dass seine Mitnahme durch die Polizeibeamten zur Wache rechtswidrig gewesen sei. Der Begründung seiner Klage ist zu entnehmen, dass er sich sowohl gegen die Ingewahrsamnahme als solche als auch gegen ihre konkrete Durchsetzung (Abführen in Handschellen und Bademantel) wehrt. Es handelt sich damit in Wirklichkeit um **zwei unterschiedliche Klagebegehren** und damit um **zwei Klageanträge**: Zum einen geht es um die Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme als solcher, zum anderen um die Rechtswidrigkeit ihres Vollzugs im Wege des Verwaltungszwangs. Im Folgenden muss also deutlich zwischen Zulässigkeit und Begründetheit beider Klagen unterschieden werden. Dagegen wendet sich *Schlag* nicht gegen den Kostenbescheid vom 2. Februar, der ihm gegenüber zudem auch nach § 70, § 74 VwGO formell bestandskräftig geworden ist, so dass eine hiergegen gerichtete Klage ohnehin unzulässig gewesen wäre.

*Anmerkung:* Siehe zum Aufbau des Gutachtens bei Klagehäufung im Verwaltungsprozess diesen Hinweis.

### Erster Teil: Klage gegen die Ingewahrsamnahme als solche

Die Klage gegen die Ingewahrsamnahme als solche hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A) Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO gegeben sind.

*Anmerkung:* Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe diesen Hinweis.

### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist eröffnet, da die für die Streitentscheidung maßgebliche Norm des § 30 ASOG eine Vorschrift des öffentlichen Rechts ist, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Eine Sonder-



zuweisung an die ordentlichen Gerichte gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG kommt hier nicht in Betracht, da die Polizeibeamten nicht repressiv, sondern allein präventiv tätig wurden.

## II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO).

### 1. Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO)

Zur Klärung der Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme als solcher könnte zunächst eine **Anfechtungsklage** gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft sein, wenn es sich bei der Anordnung der Ingewahrsamnahme nach § 30 ASOG um einen Verwaltungsakt i.S.d. Legaldefinition des § 35 VwVfG. Dies ist nicht ganz unzweifelhaft, wird aber von der herrschenden Meinung angenommen.<sup>1</sup>

*Anmerkung:* Siehe zum Problem der Verwaltungsaktqualität von Standardmaßnahmen den Fahrrad-Weg-Fall.

Jedoch könnte sich dieser Verwaltungsakt durch Vollzug **erledigt** haben, so dass eine "Aufhebung" nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht mehr in Betracht käme und somit die Anfechtungsklage nicht (mehr) statthaft wäre. Der Vollzug allein würde allerdings noch nicht zur Erledigung ausreichen, wenn der Verwaltungsakt noch als causa für eine Kostenfestsetzung dienen könnte.

Jedoch steht auch dies der Erledigung der Anordnung der Ingewahrsamnahme hier nicht entgegen, da mittlerweile ein Kostenbescheid ergangen ist, der auch seit Anfang März gegenüber *Schlag* nach § 70, § 74 VwGO wegen Ablauf der Widerspruchsfrist formell bestandskräftig geworden ist. Damit können sich aus der Anordnung der Ingewahrsamnahme endgültig keine Rechtsfolgen mehr ergeben, so dass sie erledigt, die Anfechtungsklage also ausgeschlossen ist.

### 2. Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog)

Statthafte Klageart könnte daher die **Fortsetzungsfeststellungsklage** nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO sein. Im Hinblick auf den Umstand, dass sich der Verwaltungsakt schon **vor** Klageerhebung erledigt hat, ist um der Effektivität des Rechtsschutzes willen eine **analoge Anwendung** des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO geboten, weil andernfalls **vor** Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte unter den anderen Voraussetzungen der Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO angreifbarer wären als **nach** Rechtshängigkeit erledigte.<sup>2</sup>

*Anmerkung:* § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO legt gesetzlich das Bestehen eines Rechtsverhältnisses fest, das für die Feststellungsklage erforderlich ist, aber nach Erledigung eines Verwaltungsakts (d.h. nach Wegfall der Beschwerde) gerade nicht mehr besteht,<sup>3</sup> darüber hinaus macht die Vorschrift eine Klageänderung (und damit die Zustimmung der anderen Beteiligten oder die Annahme der Sachdienlichkeit

<sup>1</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 96 ff.

<sup>2</sup> Vgl. aber BVerwGE 109, 203, 206 f. m.w.N.

<sup>3</sup> Anders BVerwGE 109, 203 m.w.N.

durch das Gericht gemäß § 91 Abs. 1 VwGO) entbehrlich und lässt auch - anders als § 43 Abs. 1 VwGO - nicht nur die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts zu, sondern auch die der "schlichten" Rechtswidrigkeit.

Eine unterschiedliche Behandlung angesichts des vielfach von Zufälligkeiten bestimmten Zeitpunkts der Klageerhebung wie des Eintritts der Erledigung wäre nicht angemessen.

### 3. Ergebnis zu II

Dementsprechend ist hier die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog die statthafte Klageart.

### III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog)

Nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog müsste *Schlag* ein **berechtigtes Interesse an der Feststellung** der Rechtswidrigkeit der Anordnung der Ingewahrsamnahme haben.

#### 1. Feststellungsinteresse wegen anhängigen Disziplinarverfahrens

Dieses Interesse besteht hier allerdings nicht schon wegen des **anhängigen Disziplinarverfahrens**. Wie sich aus § 84 WDO ergibt, werden von der Bindungswirkung lediglich Tatsachen erfasst, die einem Beweis zugänglich sind. Bei der Frage, ob die Polizeibeamten rechtmäßig vorgegangen sind, geht es dagegen um eine rechtliche Beurteilung. Eine Bindung des Truppendienstgerichts tritt deshalb weder durch die im Rahmen der strafrichterlichen Entscheidung getroffene Feststellung ein, die Polizeibeamten hätten rechtmäßig gehandelt - was Voraussetzung für die Bestrafung nach § 113 StGB ist -, noch könnte eine dahingehende verwaltungsgerichtliche Entscheidung eine Bindungswirkung entfalten. Ein berechtigtes Interesse *Schlags* lässt sich auch (entgegen seinem Vortrag) nicht daraus ableiten, dass die begehrte Feststellung seine (verfahrens-)rechtliche Position im Disziplinarverfahren verbessern könnte. Für dieses Verfahren ist allein der **spezifische strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff** in § 113 StGB ausschlaggebend, der durchaus zu anderen Ergebnissen als eine verwaltungsrechtliche Beurteilung führen kann.

#### 2. Rehabilitationsinteresse

Ein berechtigtes Interesse *Schlags* kann sich jedoch aus dem Interesse an seiner **Rehabilitierung** ergeben. Ein derartiges - ideelles - Interesse kann die Fortsetzungsfeststellungsklage und auch die allgemeine Feststellungsklage dann rechtfertigen, wenn es nach der Sachlage als schutzwürdig anzuerkennen ist.<sup>4</sup> Hierfür genügt noch nicht ein Interesse an der endgültigen Klärung der Rechtmäßigkeit einer bestimmten Maßnahme ohne Rücksicht darauf, ob abträgliche Nachwirkungen dieser Maßnahme fortbestehen, denen durch eine gerichtliche Sachentscheidung wirksam begegnet werden könnte. Allerdings kann auch die Art des durch die Maßnahme bewirkten Eingriffs, insbesondere im grundrechtlichen Bereich, verbunden mit dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, die Annahme ei-

<sup>4</sup>

Vgl. BVerwGE 61, 164.



nes Feststellungsinteresses für einen Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO begründen. Hierfür dürfte allerdings allein die Tatsache der gegen *Schlag* angestregten Straf- und Disziplinarverfahren nicht genügen. Mit der polizeilichen Ingewahrsamnahme und ihrer Vollziehung war jedoch ein Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützte Grundrecht der persönlichen Freiheit verbunden. Ein solcher Eingriff ist jedenfalls dann, wenn er - wie im vorliegenden Fall - von unbeteiligten Dritten wahrgenommen werden kann, regelmäßig geeignet, das Ansehen des von der Maßnahme Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen. Mit dem Gebot des Art. 19 Abs. 4 GG, einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, wäre es unvereinbar, dem Betroffenen die Möglichkeit einer Rehabilitation zu nehmen.<sup>5</sup> Wie sich aus dem Vorbringen *Schlags*, sowohl Nachbarn als auch Passanten hätten seine Abführung durch die Polizei beobachtet, ergibt, ist dem Kläger an der Rehabilitation auch durchaus gelegen.

### 3. Ergebnis zu III

Somit hat *Schlag* ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angegriffenen Maßnahmen.

### IV. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Bezüglich der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist anerkannt, dass der Kläger zumindest vor Erledigung des Verwaltungsaktes gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt gewesen sein muss, also geltend machen kann, durch diesen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Da die Anordnung der Ingewahrsamnahme *Schlags* einen diesen belastenden Verwaltungsakt darstellt, ist hier zumindest eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG möglich, wenn dieser Verwaltungsakt rechtswidrig ist.

*Anmerkung:* Zu dieser Adressatentheorie siehe diesen Hinweis.

Somit ist *Schlag* auch klagebefugt.

### V. Vorverfahren und Frist

Die Vorschriften über **Vorverfahren** (§§ 68 ff. VwGO) und **Klagefrist** (§ 74 VwGO) finden auf die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zumindest dann keine Anwendung, wenn die Erledigung schon vor Ablauf der Fristen für das Vorverfahren eingetreten ist.<sup>6</sup> Dies ist hier der Fall, da der (mündlich) angeordneten Ingewahrsamnahme keine schriftliche Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt war (§ 58 Abs. 1 VwGO), und sich die dem Kostenbescheid vom 2. Februar beigefügte ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung nur eben auf den Kostenbescheid und nicht auf den "Grundverwaltungsakt" beziehen konnte. Dementsprechend galt für die gegen die Anordnung der Ingewahrsamnahme gerichteten Klage die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO, die vor Eintritt ihrer Erledigung durch das Bestandskräftigwerden des Kostenbescheids Anfang März (siehe oben Erster Teil A II 1) noch nicht

<sup>5</sup> Vgl. BVerwGE 45, 51, 54; OVG Münster NVwZ 1982, 46.

<sup>6</sup> Vgl. hinsichtlich der - früher umstrittenen - Frage der Geltung der Fristvorschrift nunmehr BVerwGE 109, 203 m.w.N.



abgelaufen war.

## VI. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als Behördenträger zu richten.

## VII. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Der Kläger ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 VwGO.

## VIII. Prozessfähigkeit (§ 62 VwGO)

*Schlag* ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Berlin handelt gemäß § 62 Abs. 3 VwGO ein Vertreter.

## IX. Ergebnis zu I

Die Klage ist somit zulässig.

## B) Begründetheit

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog begründet, wenn die Anordnung der Ingewahrsamnahme rechtswidrig war und *Schlag* in seinen Rechten verletzt. Da *Schlag* sich gegen einen an ihn gerichteten, ihn belastenden Verwaltungsakt wendet, ergibt sich eine Verletzung seiner Rechte schon aus Art. 2 Abs. 1 GG, sollte der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sein.

*Anmerkung:* Allgemein zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe diesen Hinweis, zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverfügung diesen Hinweis.

## I. Rechtsgrundlage für die Ingewahrsamnahme

Als Rechtsgrundlage für die Ingewahrsamnahme kommt hier nur § 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG in Betracht. Diese Ermächtigung wird vorliegend insbesondere auch nicht durch § 29a ASOG verdrängt: Die Bestimmung soll nicht abschließend die Befugnisse der Polizei bei häuslicher Gewalt regeln, sondern nur den durch das **Gewalt-schutzgesetz**<sup>7</sup> vermittelten Schutz ergänzen, indem der Polizei entsprechend § 1 Abs. 4 ASOG eine Wohnungsverweisung des "Gewalttäters" für den Zeitraum ermöglicht wird, der bis zum Erlass entsprechender Maßnahmen durch den Zivilrichter nach dem Gewaltschutzgesetz vergeht.<sup>8</sup> Diese opferschützende Intention der Regelung zeigt aber deutlich, dass § 29a ASOG nicht dem Schutz des "Gewalttäters" vor Maßnahmen der Polizei dient, die - wie eine Ingewahrsamnahme nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG - über die Wohnungsverweisung hinausgehen.

<sup>7</sup> Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (GewSchG) vom 11. Dezember 2001 (BGBl. I, 3513).

<sup>8</sup> Vgl. hierzu VG Stuttgart VBIBW 2002, 43 ff.; *Hermann*, NJW 2002, 3062 ff.; *Ruder*, VBIBW 2002, 11 ff.



## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die **Polizei** war für die Ingewahrsamnahme nach § 4 Abs. 2 AZG, § 4 Abs. 1 ASOG, § 30 ASOG grundsätzlich **zuständig**. Die Polizeibeamten waren berechtigt, *Schlag* in Gewahrsam zu nehmen.

Jedoch muss bei der polizeiliche Ingewahrsamnahme nach § 30 ASOG **über die Zulässigkeit und Dauer der Freiheitsentziehung gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 ASOG grundsätzlich ein Richter entscheiden**. Diese richterliche Entscheidung muss unverzüglich, d.h. ohne sachlich begründete Verzögerung erfolgen. Gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 ASOG ist jedoch diese Entscheidung dann nicht notwendig, wenn sie erst nach Beendigung der Freiheitsentziehung ergehen könnte. Zuständig für eine Entscheidung nach § 31 Abs. 1 Satz 2 ASOG ist gemäß § 31 Abs. 3 Satz 1 ASOG das Amtsgericht Tiergarten. Da an dem besagten Abend der nächtliche Notdienst des Amtsgerichts Tiergarten ausnahmsweise nicht besetzt war, hätte eine richterliche Entscheidung frühestens am nächsten Morgen nach Beendigung der Freiheitsentziehung ergehen können und war deshalb entbehrlich.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Um materiell rechtmäßig zu sein, müsste nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG die Ingewahrsamnahme unerlässlich gewesen sein, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern.

Wie die Polizeibeamten aufgrund der Ereignisse des Vortages annehmen durften, war nicht auszuschließen, dass der unter Alkoholeinfluss stehende Ehemann erneut gegenüber seiner Frau aggressiv werden würde mit der Folge, dass sie wiederum erheblicher Gesundheitsgefahr ausgesetzt gewesen wäre. Das Verhalten *Schlags* ließ zum damaligen Zeitpunkt nicht den Schluss zu, er werde seine Ehefrau nicht erneut misshandeln, zumal er ausdrücklich erklärt hatte, er könne mit seiner Frau machen, was er wolle. Angesichts dessen konnten die Polizisten nur davon ausgehen, dass *Schlag* erneut den Tatbestand der **Körperverletzung gemäß § 223 StGB** gegenüber seiner Ehefrau verwirklichen würde. Dies gilt auch dann, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass objektiv die Begehung einer Straftat nicht bevorstand (wie *Schlag* vorträgt, weil er seine Frau nicht habe schlagen wollen); denn es kommt für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme auf die **Betrachtung ex ante** an.

**Unmittelbar bevorstehend** ist die Begehung einer Straftat dann, wenn mit ihrer Verwirklichung sofort oder in zeitlich großer Nähe zu rechnen ist. Hier war nicht auszuschließen, dass *Schlag* seine Ehefrau, die kurz zuvor die Wohnung verlassen hatte, um die Polizei zu alarmieren, bei ihrer Rückkehr wiederum angegriffen hätte. Für die Gefahreinschätzung ist unerheblich, dass er tatsächlich bei Eintreffen der Beamten geschlafen hat, da es wiederum auf die Betrachtung ex ante ankommt.

In dieser Situation war die Ingewahrsamnahme auch **unerlässlich**, da die Begehung einer Straftat durch *Schlag* nicht anders abgewendet werden konnte, insbesondere hätte die Ehefrau mitten in der Nacht nicht anderweitig untergebracht werden können, und den Beamten wäre es auch nicht möglich gewesen, die Ehefrau durch ei-

genes Verbleiben in der Wohnung zu schützen. Dies zeigt auch, dass auch eine Wohnungsverweisung nach § 29a ASOG kein milderes Mittel gegenüber der Ingewahrsamnahme gewesen wäre, da hierdurch noch nicht sichergestellt gewesen wäre, dass *Schlag* auch tatsächlich der Wohnung fernbleibt.

#### IV. Ergebnis zu B

Die Anordnung der Ingewahrsamnahme war insgesamt rechtmäßig und verletzte *Schlag* nicht in seinen Rechten. Die Klage ist somit nicht begründet.

#### C) Ergebnis des Ersten Teils

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist demnach zwar zulässig, jedoch unbegründet und hat damit keine Aussicht auf Erfolg.

#### Zweiter Teil: Klage gegen die Durchsetzung der Ingewahrsamnahme

Die Klage gegen die Art und Weise der Durchsetzung der Ingewahrsamnahme hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A) Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO gegeben sind.

#### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist eröffnet, da die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen über die Zulässigkeit und die Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwangs die §§ 6, 9 VwVG i.Vm. § 1 Abs. 1 UZwG Bln, § 5 a VwVfG Bln,<sup>9</sup> sind, also Normen des öffentlichen Rechts. Eine Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG kommt hier nicht in Betracht, da die Polizeibeamten nicht repressiv, sondern allein präventiv tätig wurden.

#### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). Fraglich ist also, welche Klageart statthaft ist, um sich gegen den (angeblich) rechtswidrigen Vollzug der Anordnung der Ingewahrsamnahme durch Anwendung unmittelbaren Zwangs nach §§ 6, 9 VwVG wehren zu können, wobei es hier insbesondere um die Frage geht, ob *Schlag* in Handschellen und im Bademantel abgeführt werden durfte.

<sup>9</sup>

Im Folgenden wird auf den Verweis in das Berliner Landesrecht bzgl. des VwVG verzichtet.

Eine - vor allem in der polizeirechtlichen Literatur - weit verbreitete Meinung geht auch insoweit von der Zulässigkeit der Anfechtungsklage bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (analog) aus, indem sie annimmt, die Ausübung unmittelbaren Zwangs enthalte konkludent die Anordnung, die **Ausübung dieses Zwangs zu dulden**.<sup>10</sup> Diese Annahme ist jedoch höchst konstruiert.<sup>11</sup> Die Anwendung unmittelbaren Zwangs entfaltet vielmehr keine Regelungswirkung, ist deshalb kein Verwaltungsakt, sondern ein Realakt, dessen Rechtswidrigkeit nicht im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage festgestellt werden kann. Spätestens das Beispiel des finalen Todesschusses - auch ein Fall der Anwendung unmittelbaren Zwangs - zeigt, dass eine "Duldungsregelung" in der Ausübung unmittelbaren Zwangs nicht enthalten ist: Enthält ein solcher Schuss etwa die Anordnung, sofort zu sterben? Kann eine solche Anordnung überhaupt wirksam nach § 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln<sup>12</sup> bekanntgegeben werden, da doch in dem Moment, in dem der Betreffende hiervon erfährt, der Tod eintritt? **Dogmatisch unhaltbar** wäre schließlich eine Argumentation wie: "Die polizeilichen Maßnahmen, deren gerichtliche Überprüfung der Kläger begehrt, sind zwar sog. Realakte, sie haben aber gleichwohl einen regelnden Inhalt i.S.d. § 35 VwVfG".<sup>13</sup>

In **Berlin** wird allerdings durch den Verweis auf das Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes die **Verwaltungsaktqualität** der Anwendung unmittelbaren Zwangs **fingiert** (s. § 18 Abs. 1 Satz 1 VwVG). Sofern man die gesetzliche Anordnung einer solchen Fiktion durch Landesgesetz mit dem geltenden Verwaltungsprozessrecht überhaupt für vereinbar hält,<sup>14</sup> ist aufgrund dieser Fiktion dann unproblematisch die Fortsetzungsfeststellungsklage die statthafte Klageart.<sup>15</sup>

### III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog)

Nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog müsste *Schlag* ein **berechtigtes Interesse an der Feststellung** der Rechtswidrigkeit der Anordnung der Ingewahrsamnahme haben. Dies ergibt sich hier aus seinem Rehabilitationsinteresse (siehe oben Erster Teil A III ).

### IV. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Bezüglich der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist anerkannt, dass der Kläger zumindest vor Erledigung des Verwaltungsaktes gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt gewesen sein muss, also geltend machen kann,

<sup>10</sup> In diese Richtung etwa BVerwGE 26, 161, 164 - "Schwabinger Krawalle".

<sup>11</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 95.

<sup>12</sup> Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

<sup>13</sup> So aber VGH München BayVBl. 1997, 634.

<sup>14</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 93, 365.

<sup>15</sup> Siehe zu den angesprochenen Problemen die sehr lesenswerten Aufsätze von *Pietzner*, Unmittelbare Ausführung als fiktiver Verwaltungsakt?, *VerwArch.* 82 (1991), S. 291 ff.; *ders.*, Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, *VerwArch.* 84 (1993), S. 261 ff.



durch diesen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Da die Anwendung unmittelbaren Zwangs einen fingierten belastenden Verwaltungsakt darstellt, ist hier zumindest eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG möglich, wenn dieser Verwaltungsakt rechtswidrig ist.

*Anmerkung:* Zu dieser Adressatentheorie siehe diesen Hinweis.

Somit ist *Schlag* auch klagebefugt.

## V. Vorverfahren und Frist

Die Vorschriften über **Vorverfahren** (§§ 68 ff. VwGO) und **Klagefrist** (§ 74 VwGO) finden auf die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zumindest dann keine Anwendung, wenn die Erledigung schon vor Ablauf der Fristen für das Vorverfahren eingetreten ist.<sup>16</sup> Hier kann nichts anderes gelten wie für die Ingewahrsamnahme.

## VI. Passive Prozessführungsbefugnis

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als den Behördenträger zu richten.

## VII. Beteiligtenfähigkeit

*Schlag* ist als natürliche Person, Berlin als juristische Person nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig.

## VIII. Ergebnis zu I

Die Klage ist somit zulässig.

## B) Begründetheit

Die Fortsetzungsfeststellungsklage *Schlags* ist begründet, wenn die Polizeibeamten die Ingewahrsamnahme nicht oder nicht auf die Art und Weise wie geschehen, hätten durchsetzen dürfen. Hier geht es um Maßnahmen des **unmittelbaren Zwangs**, denn dazu gehört jede Einwirkung auf Personen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und durch Waffen (vgl. § 2 Abs. 1 UZwG Bln). Es geht also um die Frage der Zulässigkeit von Maßnahmen des Verwaltungszwangs bzw. der Verwaltungsvollstreckung.

## I. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Fraglich ist also zunächst, ob im vorliegenden Fall die allgemeinen Voraussetzungen

---

<sup>16</sup> Vgl. hinsichtlich der - früher umstrittenen - Frage der Geltung der Fristvorschrift nunmehr BVerwGE 109, 203 m.w.N.

der Verwaltungsvollstreckung vorgelegen haben.

- Anwendbar sind insoweit die §§ 6, 9 VwVG.<sup>17</sup> Die Polizeibeamten waren nach § 7 VwVG auch für die Anwendung von Zwangsmitteln zuständig.
- Die Anordnung der Ingewahrsamnahme ist ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG (§ 6 Abs. 1 VwVG). Dieser Verwaltungsakt ist zumindest auf Duldung der Ingewahrsamnahme gerichtet, aber wohl auch auf eine Handlung, nämlich das Mitkommen zur Wache (§ 6 Abs. 1 VwVG).
- Ein Rechtsbehelf gegen die Ingewahrsamnahme hätte nach § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung (§ 6 Abs. 1 VwVG).

Die allgemeinen Voraussetzungen der Verwaltungsvollstreckung lagen also vor.

## II. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

Daneben müssten auch die besonderen Voraussetzungen gerade für die Anwendung des unmittelbaren Zwangs vorgelegen haben:

- Die Anwendung unmittelbaren Zwangs ist grundsätzlich zulässiges Zwangsmittel (§ 9 Abs. 1 lit. c) VwVG Bund).
- Die Anwendung anderer Zwangsmittel (Zwangsgeld, Ersatzvornahme) kam nicht in Betracht (§ 12 VwVG).
- Von der vorherigen Androhung des Zwangsmittels (§ 13 Abs. 1 Satz 1 VwVG) konnte abgesehen werden, weil die Verwirklichung eines Straftatbestandes drohte (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 6 Abs. 2 VwVG).

Die besonderen Voraussetzungen für die Anwendung unmittelbaren Zwangs lagen also ebenfalls vor.

## III. Rechtmäßigkeit der Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwangs

Die Art und Weise der Anwendung des unmittelbaren Zwangs müsste schließlich noch dem in § 4 UZwG Bln normierten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, da der Behörde diesbezüglich Ermessen zusteht.

*Anmerkung:* Zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips siehe diesen Hinweis.

Die Maßnahme der Polizei war geeignet, die unmittelbar bevorstehende Gefahr einer Körperverletzung der Ehefrau abzuwehren, und sie war auch das erforderliche Mittel hierzu: Anders als durch die Mitnahme *Schlags* zum Polizeiposten, die nur nach Anlegung der Handfesseln (vgl. § 2 Abs. 3 UZwG) möglich war, konnte die Gefahr nicht abgewehrt werden - ein milderer Mittel ist nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere

---

<sup>17</sup> S. oben Anm. 9. (XY)



auch für die Anlegung der Handfesseln, weil *Schlag* die Aufforderung der Polizeibeamten, zum Polizeiposten mitzukommen, abgelehnt und sich mit Schlägen gegen die Mitnahme gewehrt hatte. Die Maßnahme kann auch nicht als unverhältnismäßig i.e.S. angesehen werden, obwohl sie in beträchtlichem Maße in das Grundrecht *Schlags* aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG eingriff. Denn angesichts der drohenden Gefahr einer Körperverletzung bildeten die polizeiliche Verwahrung und die Art ihrer Durchführung keine dazu völlig außer Verhältnis stehende Grundrechtsbeeinträchtigung.

Da *Schlag* auch wiederholt erfolglos aufgefordert worden war, sich anzuziehen, kann ebenso wenig ein Verstoß gegen das Übermaßverbot darin gesehen werden, dass er schließlich nur mit einem Bademantel bekleidet mitgenommen worden ist.

#### IV. Ergebnis zu B

Die Anwendung unmittelbaren Zwangs war daher rechtmäßig, so dass auch die zweite Fortsetzungsfeststellungsklage *Schlags* unbegründet ist und damit keinen Erfolg haben wird.

#### C) Ergebnis des Zweiten Teils

Auch die zweite Fortsetzungsfeststellungsklage ist demnach zwar zulässig, jedoch unbegründet und hat damit keine Aussicht auf Erfolg.

#### Dritter Teil: Gesamtergebnis und Zulässigkeit einer Klagehäufung

Sowohl die gegen die Anordnung der Ingewahrsamnahme gerichtete Fortsetzungsfeststellungsklage wie die gegen die Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwangs gerichtete Fortsetzungsfeststellungsklage *Schlags* sind unbegründet und haben keine Aussicht auf Erfolg.

Fraglich ist schließlich noch, ob über beide Begehren in einem Verfahren entschieden werden kann, ob hier also eine Klagehäufung zulässig ist, oder ob beide Begehren nur in getrennten Verfahren verfolgt werden können. Über beide Begehren kann das Gericht in einem gemeinsamen Verfahren entscheiden, weil insoweit eine **objektive Klagehäufung** nach § 44 VwGO zulässig ist.

Fragen und Anregungen zur Lösung? [info@hauptstadtfaelle.de](mailto:info@hauptstadtfaelle.de)