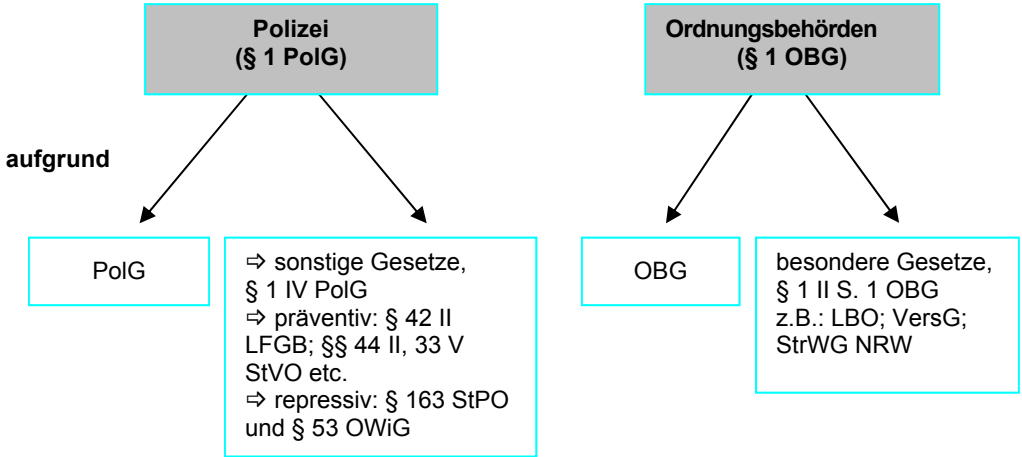


Gefahrenabwehr erfolgt durch:



HEMMER-METHODE zu ÜK 1

Aufgaben der Gefahrenabwehr nehmen die Polizei (§ 1 I PolG) und die Ordnungsbehörden (§ 1 I OBG) wahr.

Wie bereits § 1 IV PolG vorsieht, können der Polizei in anderen Gesetzen weitere Aufgaben der Gefahrenabwehr (z.B. best. Normen des LFGB, StVO, VersG etc.), aber auch solche der Strafverfolgung (vgl. § 163 StPO und § 53 OWiG) zugewiesen werden.

Die Polizei handelt aufgrund des PolG. Sie ist im Verhältnis zu den Ordnungsbehörden grundsätzlich nur subsidiär zuständig, § 1 I S. 3 PolG, d.h. wenn diese nicht oder nicht rechtzeitig einschreiten können (zur Zuständigkeit der Polizei ÜK 9). Die sog. Eilkompetenz („Recht des ersten Zugriffs“) ist insbesondere dann anzunehmen, wenn Einsätze außerhalb der Dienstzeiten der Ordnungsbehörde notwendig sind bzw. eine schnelle Präsenz vor Ort erforderlich ist.

Ausnahmsweise ist die Polizei aufgrund spezieller Vorschriften zuständig. Derartige Normen sind z.B. § 1 I S. 2, V S. 2 und § 1 III PolG. Aus einem Umkehrschluss zu § 24 OBG folgt zudem, dass für die Anwendung bestimmter Standardbefugnisse (z.B. §§ 16 - 21 PolG oder § 31 PolG) exklusiv die Polizei zuständig ist.

Die Ordnungsbehörden handeln aufgrund des OBG und der Gesetze des Sonderordnungsrechts. Diese Gesetze sind vorrangig und grundsätzlich abschließend. Für das Verhältnis zu OBG gilt gem. § 1 II S. 1, dass auf das OBG zurückgegriffen werden kann, wenn das Gesetz nicht abschließend ist.

Klagearten im Polizei- und Ordnungsrecht

Fortsetzungsfeststellungsklage direkt/analog § 113 I S. 4 VwGO

gegen erledigte Verwaltungsakte:

- ⇒ erledigte Primärmaßnahmen (ÜK 3 - 21)
- ⇒ Sekundärmaßnahmen, §§ 50 ff. PolG oder §§ 55 ff. VwVG NRW (ÜK 22 - 24)

Anfechtungsklage

gegen nicht erledigte Verwaltungsakte:

- ⇒ Primärmaßnahmen, v.a. Sicherstellung
- ⇒ Kostenbescheide, u.a. Abschleppkosten (ÜK 26)
- ⇒ Zwangsgeld, § 60 VwVG NRW oder § 53 PolG

Verpflichtungsklage

auf behördliches Einschreiten (ÜK 27)

HEMMER-METHODE zu ÜK 2

POR

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist im Polizei- und Ordnungsrecht Regelfall, denn Gefahrenabwehrmaßnahmen erledigen sich typischerweise kurzfristig. Dies gilt für die Primärmaßnahmen mit Ausnahme der Sicherstellung (§ 43 PolG), dem Aufenthaltsverbot nach § 34 II PolG und den Maßnahmen zum Schutz vor häuslicher Gewalt (§ 34a PolG).

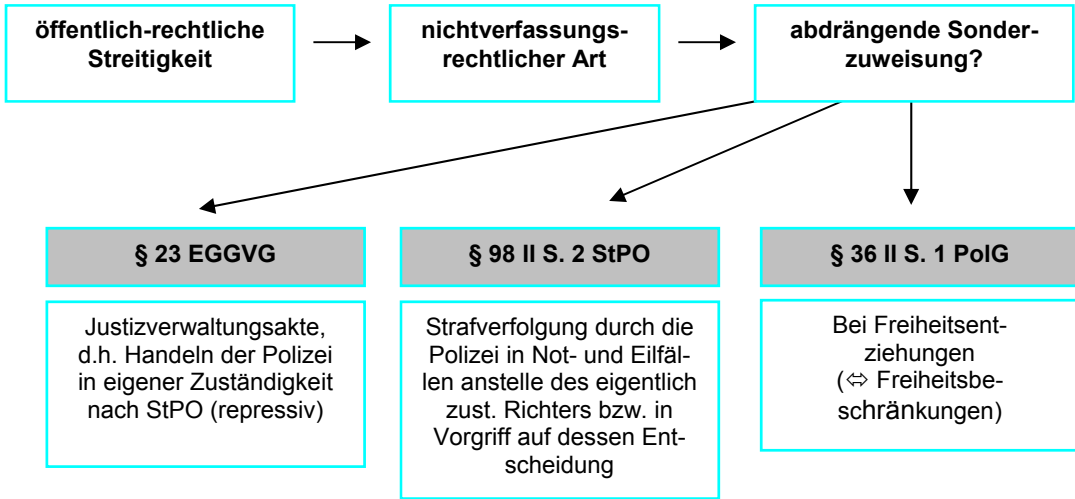
Für die Sekundärmaßnahmen Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang gilt dies ausnahmslos, denn diese erledigen sich unmittelbar mit der Anwendung des Zwangsmittels (vgl. ÜK 4). Lehnt man hier mangels Regelungswirkung einen VA ab, gelangt man zur allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 I VwGO (vgl. ÜK 4).

Kostenbescheide sind stets mit der Anfechtungsklage anzugreifen, denn diese erledigen sich auch mit Zahlung durch den Betroffenen oder nach Vollstreckung im Wege der Beitreibung nicht.

Eine Leistungsklage kommt im Bereich der Datenerhebung in Betracht. Mit einer Unterlassungsklage können sich Bürger z.B. gegen die Videoüberwachung (vgl. §§ 15, 15a PolG) wehren.

Die sonstigen Schadensersatz- und Ersatzansprüche („3. Ebene“) führen grundsätzlich nicht zu verwaltungsgerichtlichen Klagen, denn für sie ist der Zivilrechtsweg eröffnet (ÜK 28).

Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gem. § 40 I S. 1 VwGO:



HEMMER-METHODE zu ÜK 3

Der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit ist stets unproblematisch, denn streitentscheidend sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des PoIG und des OBG. Auch repressives Handeln der Polizei ist zweifelsohne öffentlich-rechtlich!

Beim Handeln der Polizei (nicht der Ordnungsbehörden!) regelmäßig zu prüfende abdrängende Sonderzuweisungen sind § 23 EGGVG und § 98 II S. 2 StPO (analog):

Die Polizei hat eine Doppelfunktion: Neben der Gefahrenabwehr wird sie gem. § 1 IV PoIG i.V.m. § 163 StPO bzw. § 53 OWiG auch strafverfolgend auf Grundlage der StPO tätig. Für Rechtsbehelfe gegen strafverfolgende Maßnahmen in eigener Zuständigkeit ist gem. § 23 EGGVG der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Wird die Polizei im Rahmen der Strafverfolgung in Eil- und Notfällen anstelle des eigentlich zuständigen Richters oder im Vorgriff auf dessen Entscheidung tätig, so ist gem. § 98 II S. 2 StPO (analoge Anwendung bei repressiven Maßnahmen, welche keine Beschlagnahme darstellen) der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Beispiele sind die Beschlagnahme nach § 98 StPO oder die vorläufige Festnahme gem. § 127 StPO. § 98 II S. 2 StPO gilt auch analog bei erledigten Maßnahmen.

Für die Einordnung einer polizeilichen Maßnahme ist entscheidend, ob damit präventive oder repressive Zwecke verfolgt wurden. Sofern beides der Fall ist, muss auf den Schwerpunkt abgestellt werden (vgl. dazu Hemmer/Wüst, POR, Rn. 48 ff.). Aus klausurtaktischen Gründen empfehlenswert ist es, gefahrenabwehrendes Handeln der Polizei zu bejahen, soweit dies vertretbar ist, denn nur dann ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Im Rahmen des § 36 II S. 1 PoIG ist wichtig, dass diese Vorschrift nur für Freiheitsentziehungen, nicht aber für bloße Freiheitsbeschränkungen gilt. Die Abgrenzung erfolgt über die Intensität. Der Rechtsschutz gegen Freiheitsentziehungen ist im Detail in §§ 415 ff. FamFG geregelt und wird im Examen allenfalls in absoluten Grundzügen eine Rolle spielen.

Eine weitere Sonderzuweisung an die Zivilgerichte findet sich in § 67 PoIG i.V.m. § 43 I OBG.

1. Vorliegen eines VA gem. § 35 S. 1 VwVfG

Normalfall: Anordnung (Verfügung) der Polizei gem. §§ 8, 9-46 PolG

Problemfälle:

- ⇒ Anwendung **polizeilichen Zwangs** gem. §§ 50 ff. PolG: (insbes. Einsatzvornahme, unmittelbarer Zwang) nach h.M. VA (+)
Argumente: „konkludente Duldungsverfügung“ und § 112 JustG NRW (a.A.: mangels **Regelungswirkung** nur Realakt, dann allg. FK)
- ⇒ **Datenerhebung und -verarbeitung**, §§ 11 - 33 PolG: sind nach wohl h.M. keine VAe (a.A. wegen Eingriffs in das allg. Persönlichkeitsrecht VA gegeben)

2. Erledigung des VA, § 113 I S. 4 VwGO

- ⇒ nachträglicher Wegfall der mit dem VA verbundenen Beschwerde?
- ⇒ i.d.R. bei Polizeimaßnahmen wegen **Zeitablaufs** (§ 43 II VwVfG) oder
- ⇒ nach erfolgtem Vollzug wegen **Unmöglichkeit/Sinnlosigkeit** einer nachträglichen Aufhebung

3. FFK direkt oder analog § 113 I S. 4 VwGO

- ⇒ i.d.R. tritt bei Polizeimaßnahmen die Erledigung vor Klageerhebung ein, mit Zeitablauf der Maßnahme oder nach erfolgtem Vollzug

HEMMER-METHODE zu ÜK 4

Spätestens an dieser Stelle in der Klausur sind alle polizeilichen Maßnahmen zu benennen. Sie müssen jedenfalls gedanklich durchgehen, ob die VA-Qualität jeder einzelnen Maßnahme gegeben ist, oder einer der problematischen Fälle vorliegt. Als Richtschnur kann dabei gelten: Eine normale Anordnung, d.h. ein ausdrückliches Ge- oder Verbot an den Betroffenen, hat VA-Qualität („Wir nehmen Sie jetzt in Gewahrsam“, „Dieses Messer wird sichergestellt“, auch Verkehrszeichen!). Stellt eine Polizeimaßnahme keine Anordnung dar, dann müssen Sie die VA-Qualität problematisieren.

Zweifelhaft ist dann v.a. das VA-Merkmal „Regelung“. Denn im Vordergrund steht zweifellos die tatsächliche Verrichtung, das reale Handeln. Eine über die Maßnahme selbst hinausgehende Rechtsfolge, welche die Maßnahme bestimmen soll, ist nicht ersichtlich. Daher behilft sich die wohl h.M. mit der Figur der „konkludenten Duldungsverfügung“ sowie dem Hinweis auf die grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung der Maßnahme (dazu Hemmer/Wüst, POR, Rn. 62). Zudem wird auf § 112 JustG NRW verwiesen.

Bei Maßnahmen, die nicht in Gegenwart des Betroffenen ergehen (möglich in den Fällen des Sofortvollzugs nach § 50 II PolG), ist zudem die erforderliche Bekanntgabe (§§ 41, 43 I VwVfG) zweifelhaft.

Beachten Sie bei der Frage nach der Erledigung, dass der Vollzug oder die freiwillige Befolgung eines VA an sich nicht zur Erledigung führen (Hemmer/Wüst, VerwR II, Rn. 112, 116)! Polizeiliche Maßnahmen sind jedoch mit dem Vollzug regelmäßig tatsächlich erledigt, da eine Rückgängigmachung unmöglich ist und die Aufhebung der Maßnahme daher sinnlos wäre (z.B. Gewahrsam, Platzverweisung, Durchsuchung). Die Sicherstellung einer Sache ist jedoch nicht schon mit Vollendung der Sicherstellung, sondern erst mit der Beendigung der tatsächlichen Sachherrschaft der Polizei, d.h. i.d.R. der Rückgabe, erledigt (vgl. ÜK 17)!

Die FFK analog § 113 I S. 4 VwGO ist nicht mehr unumstritten. Z.T. wird stattdessen eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO propagiert.

Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Fortsetzungsfeststellungsklage:

1. Klagebefugnis

⇒ gem. § 42 II VwGO, Begründung i.d.R. mit der Adressatenstellung des Betroffenen

3. Vorverfahren

⇒ nach h.M. nicht erforderlich bei Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist; außerdem § 110 JustG NRW zu beachten

2. Klagefrist

⇒ nach h.M. keine Klagefrist, da Bestandskraft bei erledigtem VA sinnlos (a.A.: Jahresfrist analog § 74 I S. 2 VwGO); i.d.R. unerheblich wegen § 58 II VwGO

4. Besonderes Feststellungsinteresse

- ⇒ konkrete Wiederholungsgefahr
- ⇒ Rehabilitationsinteresse
- ⇒ sich typischerweise schnell erledigender Grundrechtseingriff bzw. bei schweren Grundrechtseingriff (umstr.)
- ⇒ Präjudizialität für Ersatzansprüche (nach h.M. nur bei FFK nach § 113 I S. 4 VwGO)

5. Richtiger Beklagter

⇒ Rechtsträgerprinzip, § 78 I Nr. 1 VwGO

HEMMER-METHODE zu ÜK 5

Merken Sie sich zu Klagefrist und Vorverfahren, dass die Erledigung des Verwaltungsakts niemals zu einer Erweiterung des Rechtsschutzes führen kann. Wäre eine Anfechtungsklage vor Erledigung bereits unzulässig, dann ist es nach Erledigung auch die Fortsetzungsfeststellungsklage (dazu Hemmer/Wüst, VerwR II, Rn. 143 ff. und Hemmer/Wüst, POR, Rn. 67 ff.).

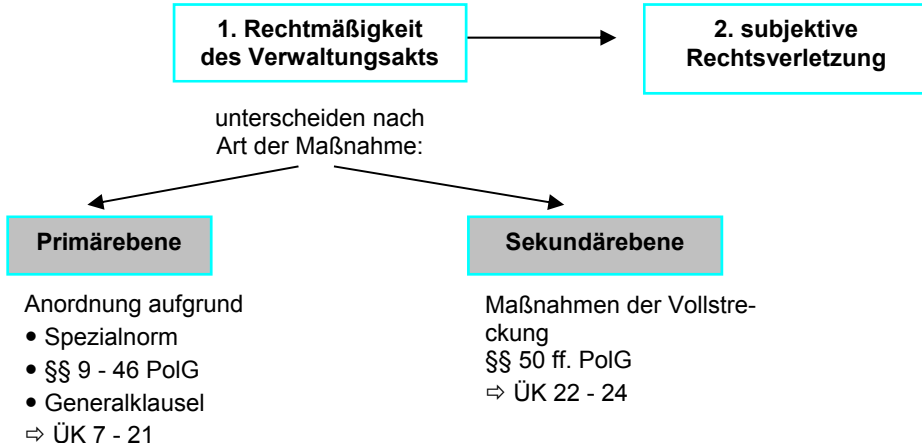
Bis zur Erledigung handelt es sich um eine „Anfechtungssituation“, d.h. der statthafte Rechtsbehelf (Anfechtungsklage) muss fristgerecht eingelegt werden. Erfolgt dies nicht, so wird die Anfechtungsklage unzulässig. Bei Erledigung nach Ablauf der Klagefrist kann eine Fortsetzungsfeststellungsklage also nur zulässig sein, wenn der Rechtsbehelf fristgerecht eingelegt wurde! Im Zeitpunkt der Erledigung muss daher eine Anfechtungsklage zulässig gewesen sein!

Im Normalfall einer Polizeimaßnahme erledigt sich der Verwaltungsakt unmittelbar mit Vollzug (vgl. ÜK 4), sodass strittig ist, ob trotz vorheriger Erledigung ein Widerspruch eingelegt und die Klagefrist gewahrt werden muss. Die h.M. verneint beides und argumentiert mit Sinn und Zweck der §§ 68, 74 VwGO sowie mit der Wortlaut, wonach beide Erfordernisse nur für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen gelten. Zumindest die Frage nach der Klagefrist können Sie in Polizeirechtsklausuren regelmäßig offenlassen, da nach § 58 II VwGO ohnehin meist die Jahresfrist gilt. Hinsichtlich des Widerspruchs ist eine Gegenauffassung in NRW nicht mehr vertretbar: Durch § 110 JustG wurde das Vorverfahren weitgehend abgeschafft.

Das Feststellungsinteresse wegen Vorbereitung eines „Amtshaftungsprozesses“ wird von der h.M. nur noch im Fall der Erledigung nach Klageerhebung anerkannt. Im Fall der vorherigen Erledigung ist der Betroffene darauf verwiesen, den Zivilrechtsweg zu beschreiten (vgl. Art. 34 S. 3 GG und § 43 I OBG). Argument ist die Prozessökonomie, zumal das Zivilgericht (LG!) inzident die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts prüft. Hierzu ist es aufgrund der umfassenden Vorfragenkompetenz (§ 17 II S. 1 GVG) befugt.

Überblick über die Begründetheitsprüfung bei der Fortsetzungsfeststellungsklage:

„Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, soweit der VA rechtswidrig war und der Kläger dadurch in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt wurde, §§ 113 I S. 4 (direkt/analog) VwGO.“



HEMMER-METHODE zu ÜK 6

Zur Begründetheit der FFK vgl. Hemmer/Wüst, VerwR II, Rn. 125.

Im Polizeirecht können drei polizeiliche Handlungsebenen (Hemmer/Wüst, POR, Rn. 84) unterschieden werden:

- **Primärebene:** das polizeiliche Ge- oder Verbot an den Betroffenen (= Anordnung, Verfügung) auf Grundlage der Generalklausel oder der §§ 9 - 46 PolG (vgl. ÜK 7 - 21);
- **Sekundärebene:** Anwendung polizeilichen Zwangs gem. § 50 I PolG zur Durchsetzung eines vorangegangenen Verwaltungsakts (ÜK 22 - 24) oder im Fall des Sofortvollzugs gem. § 50 II PolG ohne vorangegangenen VA;
- **Tertiärebene:** durch polizeiliches Handeln ausgelöste Ansprüche (Entschädigungs-, Erstattungs- und Ersatzansprüche), sowohl des Bürgers gegen den Staat, als auch in umgekehrter Richtung, § 67 PolG i.V.m. §§ 39 ff. OBG (vgl. ÜK 28)

Während Maßnahmen auf den ersten beiden Ebenen i.d.R. erledigte Verwaltungsakte darstellen und daher im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage zu prüfen sind, geht es bei den Ansprüchen auf der dritten Ebene um andere Klagen: Ansprüche des Staats gegen den Betroffenen (z.B. aufgrund § 46 III oder § 52 I PolG) werden durch Verwaltungsakt festgesetzt und sind dann im Rahmen einer Anfechtungsklage zu prüfen. Für Ansprüche des Betroffenen gegen den Staat ist der Zivilrechtsweg zu beschreiten (so im Fall des Entschädigungsanspruchs nach § 67 PolG i.V.m. § 39 OBG, vgl. § 43 I OBG. Gleiches gilt für den Amtshaftungsanspruch, Art. 34 S. 3 GG; vgl. Hemmer/Wüst, POR Rn. 393 ff.).