

# Rechtscharakter polizeilicher Maßnahmen

Von Wiss. Mitarbeiterin **Diane Jahr**, Augsburg\*

*Dieser Beitrag befasst sich mit der mitunter schwierigen Feststellung des Rechtscharakters polizeilicher Maßnahmen. Nach Darstellung des Streits und Entwicklung eines Lösungsvorschlags zur Einordnung von polizeilichen Maßnahmen sollen beispielhaft einzelne typische Maßnahmen auf ihren Verwaltungsakt- oder Realaktcharakter untersucht werden, um den Studierenden eine Hilfestellung bei der Abgrenzung reichen zu können. Es werden hierbei auch die unmittelbare Ausführung von Maßnahmen durch die Polizei sowie die Vollstreckung polizeilicher Maßnahmen betrachtet. Schließlich sollen die Auswirkungen der unterschiedlichen Einordnung auf die Falllösung betrachtet werden.*

## I. Einleitung

Sind polizeiliche Maßnahmen als Verwaltungsakte oder Realakte einzuordnen? Dieses Problem bewegt Studierende bei der Prüfungsvorbereitung im Polizeirecht immer wieder. Während in der Vergangenheit diese Frage klar mit der Bejahung eines Verwaltungsakts beantwortet wurde und der Streit darüber als „dogmatische Feinheit“<sup>1</sup> abgetan wurde, wird die Ansicht, dass nicht alle polizeiliche Maßnahmen als Verwaltungsakt einzuordnen sind, besonders in der Lehre zunehmend verbreitet vertreten. Der Streit ist jedoch nicht nur dogmatischer Natur. Er hat Auswirkung auf den Rechtsschutz: Die statthafte Klageart und damit die Anforderungen für den Erfolg des Rechtsmittels entscheiden sich nach der Einordnung der anzugreifenden polizeilichen Maßnahme. Ebenso unterscheiden sich die Konsequenzen hinsichtlich der Durchsetzbarkeit bzw. Bestandskraft einer polizeilichen Maßnahme: Ein Verwaltungsakt erwächst grundsätzlich erst nach Ablauf der Rechtsmittelfristen in Bestandskraft und kann von der Behörde mit Verwaltungszwang durchgesetzt werden. Dagegen kann ein Realakt zwar mangels Rechtsfolge niemals bestandskräftig werden, jedoch ist ihm gegenüber, dass seine tatsächliche Wirkung sofort und jederzeit nach Erlass dieser Maßnahme eintritt und damit auch befolgt werden muss.

## II. Streitdarstellung

Die Einordnung polizeilicher Maßnahmen – darunter sind diejenigen Maßnahmen zu verstehen, die in fremde Rechte eingreifen, also gegen den Willen des Betroffenen oder ohne seinen erkennbaren Willen getroffen werden<sup>2</sup> – vollzog sich in der Vergangenheit vor dem Hintergrund, dass die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nur für Verwaltungsakte vorgesehen war, beispielsweise gem. § 122 Preußisches Landesverwaltungsgesetz (PrLVG) sowie § 44 Abs. 1 S. 2 Preu-

bisches Polizeivollzugsgesetz (PrPVG).<sup>3</sup> Dies gilt jedoch für § 40 Abs. 1 VwGO in seiner heutigen Fassung als maßgebliche Norm für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nicht mehr. Dort wird lediglich das Vorliegen der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit und gerade kein Vorliegen eines Verwaltungsaktes als Voraussetzung für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gefordert. Damit können nicht nur Verwaltungsakte nach § 35 S. 1 VwVfG, sondern auch Realakte mit den verwaltungsgerichtlichen Klagen, insbesondere der Feststellungsklage nach § 43 VwGO, angegriffen werden.<sup>4</sup>

Außerdem erscheint es historisch betrachtet naheliegend, einen Verwaltungsaktcharakter für jede polizeiliche Maßnahme anzunehmen, da sich die gesamte Eingriffsverwaltung ursprünglich aus dem Polizeirecht entwickelt hat.<sup>5</sup> Damit liegt ein Erst-recht-Schluss nahe: Wenn sich das öffentliche Recht mit seinem Haupthandlungsinstrument, dem Verwaltungsakt, aus diesem Rechtsgebiet entwickelt hat, müssten erst recht alle polizeilichen Maßnahmen einen Verwaltungsaktcharakter aufweisen.

Demzufolge nahm die früher herrschende Meinung<sup>6</sup> für jede polizeiliche Maßnahme stets einen Verwaltungsaktcharakter nach § 35 S. 1 VwVfG<sup>7</sup> an.

Diese früher verbreitete Ansicht ist gegenwärtig jedoch Kritik ausgesetzt: Teilweise müsse sich die Ansicht, jede polizeiliche Maßnahme wäre als Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG<sup>8</sup> einzuordnen, mit Kunstgriffen behelfen.<sup>9</sup> Neben „Realakten mit gedanklich vorgelagerten Verwaltungsakten“<sup>10</sup> wird als bekanntestes Konstrukt eine Tathandlung versehen mit einer Duldungsverfügung angenommen<sup>11</sup>. Die Subsumtion unter § 35 S. 1 VwVfG<sup>12</sup> und damit die Bejahung eines Verwaltungsaktes fallen leicht: Die Duldungsverfügung weist Regelungscharakter auf und erfüllt mithin beim Begriff des Verwaltungsaktes die Voraussetzung der „Regelung“<sup>13</sup> im Sinne der Setzung einer Rechtsfolge. Es wird

<sup>3</sup> Vgl. Beckmann, NVwZ 2011, 842 (843).

<sup>4</sup> Zum ganzen Absatz Beckmann, NVwZ 2011, 842 (843).

<sup>5</sup> Statt vieler Heckmann, in: Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen (Hrsg.), Öffentliches Recht in Bayern, 6. Aufl. 2015, Teil 3 Rn. 21.

<sup>6</sup> Z.B. Berner/Köhler/Küß, Kommentar zum PAG, 20. Aufl. 2010, Vor Art. 11 Rn. 4 f.; sowie Art. 53 Rn. 4; Weber/Köppert (Fn. 1), Rn. 13; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 21. Aufl. 2015, Anh § 42 Rn. 35.

<sup>7</sup> Bzw. des jeweiligen VwVfG des Landes.

<sup>8</sup> Entsprechend sind natürlich die jeweiligen VwVfG eines Landes anzuwenden.

<sup>9</sup> Beckmann, NVwZ 2011, 842 (843); sowie v. Alemann/Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck'scher OK VwVfG, 30. Edition 2016, § 35 Rn. 151.

<sup>10</sup> Beckmann, NVwZ 2011, 842 (843).

<sup>11</sup> Vgl. Kopp/Schenke (Fn. 6), Anh § 42 Rn. 25, Weber/Köppert (Fn. 1), Rn. 13, sowie v. Alemann/Scheffczyk (Fn. 9), § 35 Rn. 150.

<sup>12</sup> Bzw. des jeweiligen Landes.

<sup>13</sup> § 35 S. 1 VwVfG.

\* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie bei Prof. Dr. Franz Lindner an der Universität Augsburg.

<sup>1</sup> Weber/Köppert, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 3. Aufl. 2015, Rn. 13.

<sup>2</sup> Vollzugsbekanntmachung zu Art. 2 PAG (Bayern).

jedoch nicht nur das Konstrukt des Verwaltungsakts als Kunstgriff missbilligt, vielmehr ergibt sich in der Realisierung dieser Denkfigur ein weiterer Angriffspunkt für Kritik: Insbesondere bei der Anwendung des polizeilichen Zwangs, also beispielsweise des Schusswaffeneinsatzes, sei es nur schwer vorstellbar, wie diese Tatmaßnahme mit der Duldungsverfügung verbunden sein sollte<sup>14</sup>. Die Kritiker unterstellen an dieser Stelle eine derartige Konstruktion, dass die Kugel aus der Pistole wohl gedanklich mit einem gelben Fähnchen, auf dem die Duldungsverfügung zu finden sei, losgefeuert werde<sup>15</sup>. Diese recht anschauliche Vorstellung lässt die Kritik gut nachvollziehen und schafft damit der Gegenansicht Gehör.

Die heutige (Gegen)Ansicht argumentiert, es bestehe schon kein prozessualer Grund für die Annahme eines Verwaltungsakts bei jeder polizeilichen Maßnahme, noch lasse sich bei natürlicher Betrachtung des Geschehens ein konkludenter Verwaltungsakt dem Verhalten oder dem mutmaßlichen Willen des handelnden Polizeibeamten entnehmen<sup>16</sup>.

Die Argumente der im Vordringen befindlichen Ansicht vermögen zu überzeugen. Es ist zu erwarten, dass sich diese Ansicht zumindest in der Lehre und der Literatur gegen die althergebrachte herrschende Meinung durchsetzen wird. Die Rechtsprechung hält sich die Entscheidung mittlerweile offen.<sup>17</sup> Vorteil dieser in Verwaltungsakte und Realakte differenzierenden Ansicht ist, dass den verschiedenen, vielschichtigen Maßnahmen der Polizei in ihrer rechtlichen Einordnung besser Rechnung getragen werden kann.

Für den Studierenden ergibt sich der Gewinn daraus, dass bei der Falllösung nur die polizeiliche Maßnahme, wie sie der Sachverhalt angibt, betrachtet werden muss, und sich nicht für die ein oder andere Maßnahme eine ungeschriebene, gedachte oder hypothetische Duldungsverfügung dazu gedacht werden muss.

### III. Begrifflichkeiten der in Verwaltungsakte und Realakte differenzierenden Ansicht: Polizeiliche Maßnahmen als „Tathandlungen“, „realisierende“ bzw. „vollziehende“ sowie „befehlende“ Maßnahmen

Damit ist im Einzelfall der rechtliche Charakter einer Maßnahme zu untersuchen und es ist im Einzelfall eine Entscheidung zu treffen, ob die zu betrachtende Maßnahme einen Regelungsgehalt aufweist und letztlich als Verwaltungsakt einzuordnen ist oder ob die Maßnahme sich in einem tatsächlichen Erfolg erschöpft, kein Regelungsgehalt zu ermitteln ist und damit als Realakt einzuordnen ist. Leider kann nicht bereits am Wortlaut der Rechtsgrundlage für die polizeiliche Maßnahme festgemacht werden, ob sich die Ausführung der Ermächtigung in einem Realakt oder einem Verwaltungsakt verwirklicht. Dennoch aber gibt die in Verwaltungsakte und

Realakte differenzierende Ansicht einige Kategorien von Maßnahmen an die Hand, mit denen die polizeilichen Handlungen strukturiert werden können.

Die im Vordringen befindliche Ansicht bringt neue Kategorien zur Bezeichnung der polizeilichen Maßnahmen auf. Es werden „Tathandlungen“<sup>18</sup> bzw. Tatmaßnahmen aufgeführt, bei denen der Schwerpunkt der Maßnahme bei natürlicher Betrachtungsweise auf der tatsächlichen Handlung der Polizei liegt. Die Polizei wirkt bei diesen Maßnahmen unmittelbar und körperlich auf eine bestimmte Sache oder Person ein. Beispielsweise packt sie den Betroffenen am Arm, um ihn festzuhalten oder ihn wegzuschieben. Oder sie nimmt eine bewegliche Sache an sich – sei es, der Betroffene gibt sie freiwillig heraus oder die Polizei nimmt die Sache dem Betroffenen weg. Hierunter gehören auch die Fälle im Verwaltungszwang: die Polizei feuert eine Schusswaffe auf eine Person oder eine Sache ab oder sie schlägt auf den Störer mit einem Schlagstock ein. Der Maßnahme fehlt es offensichtlich an der Setzung einer Rechtsfolge – demgegenüber tritt eine faktische Folge für den Betroffenen ein. Tatmaßnahmen bzw. Tathandlungen werden daher als Realakte eingeordnet.

Daneben finden sich sog. „realisierende“<sup>19</sup> oder „vollziehende“<sup>20</sup> Maßnahmen. Hier führt die Polizei eine Maßnahme selbst aus, zu deren Duldung der Betroffene rein faktisch gezwungen ist. Kennzeichnend für die Annahme einer solchen „realisierenden“<sup>21</sup> Maßnahme ist die Tatsache, dass die Polizei hier ohne vorherigen oder gleichzeitigen Befehl handelt, aber dennoch mit der Maßnahme bereits die Gefahr abwehren oder jedenfalls zur Aufgabenerfüllung beitragen kann.<sup>22</sup> Diese Maßnahmen werden (ebenso wie die Tatmaßnahmen) als Realakte eingeordnet, da die Polizei hier selbst von ihrem Recht Gebrauch macht und ein Maßnahmeerfolg erzielt wird, der tatsächlich und nicht im Wege der Anordnung herbeigeführt wird.<sup>23</sup> Die überkommene Gegenansicht stellt bei diesen Maßnahmen aber gerade auf die Duldung gegenüber dem Betroffenen ab, die ihm gegenüber befohlen wird. Die früher vertretene Ansicht kann damit das Setzen einer Rechtsfolge wegen dem Befehl an den Betroffenen bejahen und nimmt bei diesen Maßnahmen einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG an.<sup>24</sup> Als Beispiele anzuführen wären typischerweise<sup>25</sup> das Durchsuchen von Personen

<sup>18</sup> Beckmann, NVwZ 2011, 842 (844).

<sup>19</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 81.

<sup>20</sup> Weber/Köppert (Fn. 1), Rn. 13.

<sup>21</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 81.

<sup>22</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 81.

<sup>23</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 82.

<sup>24</sup> So die allgemeine Argumentation. Vgl. BVerwGE 26, 161 (164); sowie Weber/Köppert (Fn. 1), Rn. 184.

<sup>25</sup> Diese Maßnahmen, insbesondere das Durchsuchen und Betreten von Wohnungen werden nachher genauer betrachtet. Hier liegt der bekannte Teufel im Detail, es muss genau untersucht werden, welche Äußerungen die Polizei tätigt oder nicht, ob sie beispielsweise einen Befehl zum Öffnen der Wohnungstür erlässt, dann würde ein Verwaltungsakt vorliegen, oder ob sie ohne vorherige mündliche Ankündigung von

<sup>14</sup> So Lindner, Öffentliches Recht im Freistaat Bayern, 2012, Rn. 1061 mit Verweis auf Fn. 1459.

<sup>15</sup> Nochmals Lindner (Fn. 14), Rn. 1061 mit Verweis auf Fn. 1459. Er bezeichnet das Konstrukt als „skurril“.

<sup>16</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 82; sowie Lindner (Fn. 14), Rn. 1061 mit Verweis auf Fn. 1459.

<sup>17</sup> BVerwGE 109, 203 = BayVBl. 2000, 439.

und Sachen sowie das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen.

Schließlich werden „regelnde“<sup>26</sup> Maßnahmen angeführt. Bei diesen Maßnahmen fordert die Polizei den Betroffenen zu einer bestimmten Handlung auf, sie formuliert einen rechtlichen Befehl an den Betroffenen. Die für die Gefahrenabwehr erforderliche Handlung nimmt der Adressat des Befehls, typischerweise der Störer, vor. Diese Maßnahmen lassen sich wegen des vorliegenden Befehls, der eine Rechtsfolge für den Betroffenen setzt, ohne weiteres als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG<sup>27</sup> einordnen. Dazu gehören unproblematisch die Erteilung eines Platzverweises oder das Auskunftersuchen der Polizei sowie die Vorladung durch die Polizei.

#### IV. Entwicklung von Abgrenzungskriterien

Ausgehend von den eben dargestellten Überlegungen sollen Abgrenzungskriterien für die rechtliche Einordnung der polizeilichen Maßnahmen entwickelt werden. Leider ist der Wortlaut der polizeilichen Befugnisse nicht aufschlussreich, da die meisten der polizeilichen Befugnisse den Wortlaut „Die Polizei kann...“<sup>28</sup> aufweisen. Mit einer Wortlautauslegung lässt sich damit noch nicht erkennen, ob die Polizei zu einem Realakt oder einem Verwaltungsakt ermächtigt wird.

Es ist daher der Einzelfall genau zu betrachten und festzustellen, ob die Polizei im Rahmen ihrer Maßnahme eine mündliche Anordnung erlässt. Diese mündliche Anordnung kann bereits Hinweis auf den Verwaltungsaktcharakter der Maßnahme sein. In der Regel wird mit einer mündlichen Ansprache an den Betroffenen diesem eine besondere Verhaltenspflicht<sup>29</sup> angeordnet. Es lässt sich also ein Befehl in der Maßnahme der Polizei ausmachen, der dem Betroffenen eine bestimmte Pflicht auferlegt und damit eine Rechtsfolge für den Betroffenen setzt. Diese „befehlende“<sup>30</sup> Maßnahme kann als Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG eingeordnet werden.

Wird die Polizei dagegen tätig, ohne sich vorher oder gleichzeitig<sup>31</sup> zumindest mündlich an den Betroffenen zu wenden, handelt die Polizei anhand von Maßnahmen, die für den Betroffenen „unmittelbare Eingriffswirkung erzeugen“<sup>32</sup>, liegt die Sache gegenteilig: Es wird eine tatsächliche Maßnahme ergriffen, die einen tatsächlichen Erfolg<sup>33</sup> nach sich zieht. Es wird gerade keine rechtliche Folge für den Betroffene-

ihrem Recht Gebrauch macht, dann wäre ein Realakt anzunehmen.

<sup>26</sup> Weber/Köppert (Fn. 1), Rn. 14; sowie Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 16. Aufl. 2015, § 35 Rn. 114.

<sup>27</sup> Bzw. des VwVfG der Länder.

<sup>28</sup> Vgl. dazu nur den Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz sowie die verschiedenen Polizeigesetze der Länder.

<sup>29</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 114.

<sup>30</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 77.

<sup>31</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 81.

<sup>32</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 114.

<sup>33</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 81.

nen gesetzt, sondern eine rein faktische. Damit liegt ein Realakt vor.

Darüber hinaus wäre als Kontrollfrage zu stellen, ob der Betroffene auf irgendeine Art und Weise selbst zur Gefahrenabwehr beitragen kann. Wenn dies der Fall ist, wäre ein Verwaltungsakt anzunehmen.<sup>34</sup> Ist dies nicht der Fall, geht vielmehr die Gefahr vom Betroffenen aus bzw. scheidet eine Gefahrenabwehr durch den Betroffenen offensichtlich aus, dann liegt die Annahme des Realaktes nahe.<sup>35</sup>

#### V. Unterschiedliche rechtliche Einordnung typischer Einzelmaßnahmen

Im Folgenden wird anhand von typischen Spezialbefugnissen der Polizei die rechtliche Einordnung der Maßnahmen im Einzelfall<sup>36</sup> untersucht:

##### 1. Auskunftspflicht

Bei der Auskunftspflicht<sup>37</sup> ist die Einordnung recht eindeutig: Der Betroffene wird aufgefordert, über seinen Namen, Adresse, Geburtstag und -ort Auskunft zu geben. Diese Auskunft wird von der Polizei mündlich verlangt und vom Betroffenen mündlich gegeben. Ein tatsächlicher Erfolg in dem Sinne, dass die Polizei eine Handlung am Betroffenen vornimmt, kann nicht erreicht werden. Vielmehr setzt die Polizei eine Regelung, also eine Festlegung einer Pflicht,<sup>38</sup> hier einer Auskunftspflicht, für den Betroffenen. Damit liegt ein Verwaltungsakt vor.<sup>39</sup>

##### 2. Identitätsfeststellung

Bereits die Identitätsfeststellung<sup>40</sup> lässt sich nicht mehr eindeutig als Verwaltungsakt einordnen. Die Identitätsfeststel-

<sup>34</sup> Beispielsweise beim Platzverweis, indem der Betroffene den Ort verlässt; bei der Identitätsbefragung und Auskunftspflicht, indem der Betroffene die Angaben macht. Bei der Sicherstellungsanordnung, indem der Betroffene die Sache an die Polizei übergibt.

<sup>35</sup> Beispielsweise bei der Durchsuchung von Personen oder Sachen, beim Betreten der Wohnung, bei dem Rettungseinsatz zugunsten von Personen, bei der Ingewahrsamnahme.

<sup>36</sup> Diese Darstellung könnte auch nach einer Differenzierung in unproblematische und problematische Maßnahmen eingeteilt werden. Aus der Erfahrung der Verf. erscheint die Darstellung anhand einzelner Maßnahmen im vorliegenden Fall vorzugswürdig, da die Studierenden jeweils den rechtlichen Charakter einzelner Maßnahmen erfragt haben.

<sup>37</sup> § 8a MEPolG oder beispielsweise Art. 12 BayPAG, § 20 PolG BW, § 18 ASOG Berlin, § 13 BremPolG, § 11 BbgPolG, § 12 HSOG, § 12 NSOG, § 9 PolG NRW, § 28 SOG M-V, § 9a rhpf POG, § 18 SächsPolG, § 14 SOG LSA, § 180 LVwG SH, § 13 TH PAG.

<sup>38</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 88.

<sup>39</sup> Offengelassen bei Berner/Köhler/Küß (Fn. 6), Art. 12 Rn. 5.

<sup>40</sup> § 9 MEPolG oder beispielsweise Art. 13 BayPAG, § 26 PolG BW, § 21 ASOG Berlin, § 11 BremPolG, § 12 BbgPolG, § 12 Hamburg-SOG, § 18 HSOG, § 13 NSOG,

lung ist verbunden mit weiteren Befugnissen der Polizei: der Betroffene darf angehalten werden, nach seiner Identität befragt werden und unter weiteren Voraussetzungen sogar festgehalten und durchsucht werden. Zwar enthalten das Anhalten und die Befragung nach der Identität noch Gebote im Sinne von Handlungspflichten für den Betroffenen, die als Setzung einer Rechtsfolge eingeordnet werden können und damit die Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllen. Jedoch weisen sowohl das Festhalten als auch die Durchsuchung tatsächliche Handlungen sowie einen tatsächlichen Erfolg auf, sodass bei diesen Befugnisaspekten ein Realakt anzunehmen ist.

### 3. Platzverweis

Eindeutig<sup>41</sup> als Verwaltungsakt einzuordnen ist aber wiederum der Platzverweis.<sup>42</sup> Hier wird der Betroffene mündlich aufgefordert, einen bestimmten Ort zu verlassen oder ihm wird das Betreten eines bestimmten Ortes verboten. Es liegt die klassische Gebots-/Verbotskonstellation vor, dem Betroffenen wird eine Pflicht zu einer Handlung auferlegt, die er zu erfüllen hat. Der Betroffene kann auch durch seine Handlung, nämlich durch das Verlassen des bestimmten Ortes, etwas zur Gefahrenabwehr beitragen. Denn der Platzverweis setzt seinerseits voraus, dass die konkrete Gefahr durch den Platzverweis abgewehrt werden kann. Damit führt auch die Kontrollfrage zum Erfolg.

### 4. Durchsuchung und Ingewahrsamnahme

Recht übereinstimmend<sup>43</sup> werden die Durchsuchung von Personen<sup>44</sup> und Sachen<sup>45</sup> sowie die Ingewahrsamnahme<sup>46</sup> als

Realakte eingeordnet. Zwar kann besonders bei der Durchsuchung von Sachen hilfsweise an eine Duldungsverfügung gegenüber dem Sachberechtigten gedacht werden. Diese Konstruktion ist jedoch – wie bereits am Anfang gesehen<sup>47</sup> – nicht erforderlich: Vielmehr liegt der Schwerpunkt der Maßnahme auf der tatsächlichen sachbezogenen Handlung der Polizei. Die Polizei durchsucht in tatsächlicher Einwirkung eine Person bzw. eine Sache oder nimmt eine Person tatsächlich in Gewahrsam.

Ein vorangehender, befehlender Verwaltungsakt, insbesondere die Auferlegung einer Handlungspflicht, ist hier nicht denkbar. Die Polizei kann nicht dem Betroffenen auftragen, sich selbst zu durchsuchen oder sich selbst in Gewahrsam zu nehmen. Freilich könnte dem Betroffenen auferlegt werden, die Durchsuchung oder die Ingewahrsamnahme zu dulden. Jedoch setzt sich bei der rechtlichen Beurteilung die faktische Einwirkung und Ausführung der Durchsuchung gegen diese Duldungsaufforderung durch. Die Polizei macht unmittelbar von ihrem Recht auf Durchsuchung oder Ingewahrsamnahme Gebrauch, dieses Recht hängt nicht von einer mündlichen Ankündigung oder Duldungsaufforderung ab.

### 5. Betreten und Durchsuchung von Wohnungen

Beim Betreten und Durchsuchen von Wohnungen<sup>48</sup> liegt der Teufel im Detail. Es muss genauestens untersucht werden, welche Äußerungen die Polizei tätigt und wie sie von ihrem Recht Gebrauch macht.

Fordert die Polizei zunächst den Betroffenen auf, er möge die Tür öffnen und der Polizei Eintritt gewähren, liegt darin ein Gebot, nämlich eine Aufforderung zu einer Handlung, das als Verwaltungsakt einzuordnen ist. Öffnet die Polizei dagegen ohne Vorankündigung die Türe, fehlt es gerade an diesem Gebot an den Betroffenen, es wird ihm keine Pflicht auferlegt, sondern die Polizei macht mit einer tatsächlichen Maßnahme von ihrem Recht zum Betreten von Wohnungen Gebrauch und führt einen faktischen Erfolg herbei. Es ist also ein Realakt anzunehmen. Sofern die Polizei ohne Gewaltanwendung die Türe öffnen und die Wohnung betreten kann, sind auch noch kein Verwaltungszwang oder eine unmittelbare Ausführung anzunehmen, da das Recht zum Betreten und Durchsuchen von Wohnungen auch das jedenfalls gewaltlose Zugangverschaffen zu dieser umfasst.<sup>49</sup> Muss die Polizei

§§ 12, 13 PolG NRW, § 29 SOG M-V, § 10 rhpF POG, §§ 9, 10 SPOG, § 19 SächsPolG, § 20 SOG LSA, § 181 LVwG SH, § 14 TH PAG.

<sup>41</sup> So einstimmig Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 79; Kopp/Schenke (Fn. 6), Anh § 42 Rn. 35; Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 114.

<sup>42</sup> § 12 MEPOG oder beispielsweise Art. 16 BayPAG, § 27a PolG BW, § 29 ASOG Berlin, § 14 BremPolG, § 16 BbgPolG, § 12a Hamburg-SOG, § 31 HSOG, § 17 NSOG, § 34 PolG NRW, § 52 SOG M-V, § 13 rhpF POG, § 12 SPOG, § 21 SächsPolG, § 36 SOG LSA, § 201 LVwG SH, § 18 TH PAG.

<sup>43</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 114; Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 82.

<sup>44</sup> § 17 MEPOG oder beispielsweise Art. 21 BayPAG, § 29 PolG BW, § 34 ASOG Berlin, § 19 BremPolG, § 21 BbgPolG, § 15 Hamburg-SOG, § 36 HSOG, § 22 NSOG, § 39 PolG NRW, § 53 SOG M-V, § 18 rhpF POG, § 17 SPOG, § 23 SächsPolG, § 41 SOG LSA, § 202 LVwG SH, § 23 TH PAG.

<sup>45</sup> § 18 MEPOG oder beispielsweise Art. 22 BayPAG, § 30 PolG BW, § 35 ASOG Berlin, § 20 BremPolG, § 22 BbgPolG, § 15a Hamburg-SOG, § 37 HSOG, § 23 NSOG, § 40 PolG NRW, § 58 SOG M-V, § 19 rhpF POG, § 18 SPOG, § 24 SächsPolG, § 42 SOG LSA, § 206 LVwG SH, § 24 TH PAG.

<sup>46</sup> § 13 MEPOG oder beispielsweise Art. 17 BayPAG, § 28 PolG BW, § 30 ASOG Berlin, § 15 BremPolG, § 17 BbgPolG, § 13 Hamburg-SOG, § 32 HSOG, § 18 NSOG, § 35 PolG NRW, § 55 SOG M-V, § 14 rhpF POG, § 13 SPOG, § 22 SächsPolG, § 37 SOG LSA, § 204 LVwG SH, § 19 TH PAG.

<sup>47</sup> Vgl. dazu oben II. Streitdarstellung.

<sup>48</sup> § 19 MEPOG oder beispielsweise Art. 23 BayPAG, § 31 PolG BW, § 36 ASOG Berlin, § 21 BremPolG, § 23 BbgPolG, § 16 Hamburg-SOG, § 38 HSOG, § 24 NSOG, § 41 PolG NRW, § 59 SOG M-V, § 20 rhpF POG, § 19 SPOG, § 25 SächsPolG, § 43 SOG LSA, § 208 LVwG SH, § 25 TH PAG.

<sup>49</sup> Selbiges gilt, wenn der Betroffene nicht anwesend, unbekannt oder handlungsunfähig ist: Die Befugnis zum Betreten

dagegen Gewalt anwenden, um sich Zutritt zur Wohnung zu verschaffen, ist an den polizeilichen Vollzug zu denken. Es ist wiederum zu unterscheiden, ob die Polizei vorher dem Betroffenen das Gebot zum Öffnen der Türe und Einlassen der Polizei erteilt hat, dann würde ein Fall der zweistufigen Vollstreckung vorliegen. Sollte es an diesem Gebot jedoch fehlen, ist beim Gewalteinsatz der Polizei an die einstufige Vollstreckung, auch Sofortvollzug genannt, zu denken.

Zur Abgrenzung zwischen Realakt und Verwaltungsakt beim Betreten und Durchsuchen von Wohnungen lässt sich das Kriterium, ob die Polizei mit oder ohne vorherigen oder gleichzeitigen Befehl handelt,<sup>50</sup> sehr gut anwenden.

### 6. Sicherstellung

Auch die Sicherstellung<sup>51</sup> lässt sich unterschiedlich einordnen: Eine Meinung vertritt gar eine „Doppelnatur“<sup>52</sup> dieser Maßnahme, da die Sicherstellungsanordnung ein Gebot an den Betroffenen beinhaltet, die Gewahrsamsbegründung an der Sache durch die Polizei dagegen eine faktische Maßnahme darstelle. Damit wäre die Sicherstellung ein Verwaltungsakt sowie ein Realakt zugleich. Für den Rechtsschutz werde die Regelung gegenüber dem Betroffenen als ausschlaggebend angesehen, die tatsächliche Maßnahme werde als unselbstständige Vollziehungshandlung eingeordnet.<sup>53</sup> Diese Ansicht mag zwar im Hinblick auf den Rechtsschutz noch recht plausibel klingen, muss aber abgelehnt werden, da sich Realakt und Verwaltungsakt ausschließen. Keine Maßnahme kann beide Rechtsinstitute gleichzeitig ineinander vereinen.

Ähnlich – aber dennoch verschieden zur Konstruktion der Maßnahme mit Doppelnatur – ist nur die Konstellation denkbar, die auf die Sicherstellungsanordnung als Verwaltungsakt abstellt und das tatsächliche Ansichnehmen der Sache als von der Befugnis mitumfasst einordnet. Die Polizei würde also zuvor oder gleichzeitig den Befehl bzw. die Anordnung an den Betroffenen erteilen, dass die Sache sichergestellt wird. Im Weiteren kann es dann aber keinen Unterschied mehr machen, ob der Betroffene die Sache freiwillig herausgibt oder die Polizei dem Betroffenen die Sache jedenfalls gewaltfrei wegnimmt. Die Polizei begründet immer Gewahrsam an der Sache – dies ist zwar eine tatsächliche Handlung, die zu einem faktischen Erfolg führt. Jedoch wird diese Maßnahme neben der bereits ergangenen Sicherstellungsanordnung nicht mehr rechtlich isoliert betrachtet.

Anders einzuordnen ist jedoch eine Sicherstellungshandlung der Polizei, die ohne vorherigen oder gleichzeitigen

von Wohnungen umfasst deren tatsächliche Ausführung, auf die Vorschriften zur unmittelbaren Ausführung ist damit nicht zurück zu greifen.

<sup>50</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 81.

<sup>51</sup> § 21 MEPOG oder beispielsweise Art. 25 BayPAG, § 32 PolG BW, § 38 ASOG Berlin, § 23 BremPolG, § 25 BbgPolG, § 14 Hamburg-SOG, § 40 HSO, § 26 NSOG, § 43 PolG NRW, § 61 SOG M-V, § 22 rhpf POG, § 21 SPOG, § 26 SächsPolG, § 45 SOG LSA, § 210 LVwG SH, § 27 TH PAG.

<sup>52</sup> Kopp/Schenke (Fn. 6), Anh § 42 Rn. 35, 9.

<sup>53</sup> Kopp/Schenke (Fn. 6), Anh § 42 Rn. 35.

Erlass der Sicherstellungsanordnung ausgeführt wird. Wie auch beim Betreten einer Wohnung ist auch die Sicherstellung in Form der Ingewahrsamnahme der Sache unmittelbar von der Befugnis erfasst. Für die jedenfalls gewaltlose Ansichnahme der Sache durch die Polizei ist damit noch nicht auf die Vorschriften zum polizeilichen Zwang oder zur unmittelbaren Ausführung zurückzugreifen.<sup>54</sup> Erst wenn die Polizei im Rahmen der Sicherstellung Gewalt anwenden muss, ist je nachdem, ob ein vorheriger Erlass einer Sicherstellungsanordnung vorliegt, an die zweistufige polizeiliche Vollstreckung oder den Sofortvollzug zu denken.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wann eine Gewaltanwendung bei der Sicherstellung anzunehmen ist. Bereits das Wegnehmen im Sinne von Entreißen aus der Hand des Betroffenen könnte als Gewaltanwendung einzuordnen sein, da die Polizei körperlich auf die Sache einwirkt. Jedoch wird das Sicherstellungsrecht nicht nur mit Ansichnahme der Sache, sondern vielmehr mit Wegnahme der Sache definiert.<sup>55</sup> Weiterhin bringt eine Ansicht die Spitzfindigkeit vor, dass eine Sicherstellung nur dann anzunehmen sei, wenn sie ohne oder gegen den Willen des Betroffenen stattfindet.<sup>56</sup> Schließlich wird unter Berücksichtigung der Hilfsmittel für den unmittelbaren Zwang die Annahme von Gewalt eher restriktiv auszulegen sein. Damit ist der Ansicht zu folgen, dass das bloße Wegreißen der Sache aus der Hand des Betroffenen ohne Einsatz weiterer Hilfsmittel noch von der Befugnis zur Sicherstellung umfasst wird. Damit liegt keine Handlung der Polizei im Sinne des Polizeivollzugs vor.

Jedoch ist im Rahmen der Sicherstellung zu berücksichtigen, dass die Behörde einen rechtlichen Grund benötigt, um die Sache während der Sicherstellung in ihrem Gewahrsam behalten zu dürfen. Damit wird zuweilen richtigerweise vertreten, es handle sich bei einer Sicherstellung stets um einen Verwaltungsakt, da ansonsten kein Verwahrungsverhältnis begründet werde.<sup>57</sup> Dieser Ansicht ist letztlich zu folgen und die Sicherstellung sollte stets als Verwaltungsakt eingeordnet werden.

### 7. Maßnahmen aufgrund der Generalbefugnis

Auch bei Maßnahmen, die auf der Rechtsgrundlage der Generalbefugnis<sup>58</sup> getroffen werden, gestaltet sich die Abgrenzung schwierig. Die Generalbefugnis gibt der Polizei die

<sup>54</sup> Selbiges gilt, wenn der Betroffene nicht anwesend, unbekannt oder handlungsunfähig ist: Die Befugnis zur Sicherstellung umfasst deren tatsächliche Ausführung, auf die Vorschriften zur unmittelbaren Ausführung ist damit nicht zurückzugreifen. A.A. BayVGH in ständiger Rechtsprechung, z.B. NZW 1992, 207, BayVBl 2014, 88, NVwZ-RR 2014, 522, BayVBl 2015, 238.

<sup>55</sup> Berner/Köhler/Käp (Fn. 6), Vor Art. 25-28 Rn. 2.

<sup>56</sup> Berner/Köhler/Käp (Fn. 6), Vor Art. 25-28 Rn. 1.

<sup>57</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 88.

<sup>58</sup> § 8 MEPOG oder beispielsweise Art. 11 BayPAG, §§ 1, 3 PolG BW, § 17 ASOG Berlin, § 10 BremPolG, § 10 BbgPolG, § 3 Hamburg-SOG, § 11 HSO, § 11 NSOG, § 8 PolG NRW, § 12 SOG M-V, § 9 rhpf POG, § 8 SPOG, § 3 SächsPolG, § 13 SOG LSA, § 174 LVwG SH, § 12 TH PAG.

Möglichkeit, eine auf die Besonderheiten des Einzelfalls angepasste Maßnahme einzusetzen. Diese werden auch als sog. „atypische“<sup>59</sup> Maßnahmen bezeichnet, denn sie fallen gerade aus dem Kreis der häufig eingesetzten Spezialmaßnahmen heraus.

Zwei Beispiele seien kurz dargestellt: Das Räumen von besetzten Häusern sowie Rettungseinsätze der Polizei.

#### a) Räumen von besetzten Häusern

Das Räumen von besetzten Häusern ist nicht als Platzverweis einzuordnen, da hier endgültig und nicht nur vorübergehend (wie es beim Platzverweis erforderlich wäre) der Zugang und das sich Aufhalten in den betreffenden Häusern als Unterbindung des noch andauernden Delikts des Hausfriedensbruchs untersagt werden soll.<sup>60</sup> Auch an dieser Stelle ist zu unterscheiden, ob die Polizei zunächst ein Gebot an die Betroffenen erlässt, das Haus zu räumen und den Ort zu verlassen. Dann liegt der Befehl an die Betroffenen vor und die Maßnahme ist in jedem Fall als Verwaltungsakt einzuordnen. Geht die Polizei dagegen ohne mündliche Aufforderung rein tatsächlich gegen die Personen vor und zieht diese beispielsweise am Arm aus dem Haus oder trägt die Personen gar aus dem Haus, ist wiederum an einen Realakt zu denken. Dieser Fall wird jedoch eher selten vorkommen. Vielmehr wird die Polizei wohl die Räumung an die Betroffenen befehlen und sollten diese der Aufforderung, das Haus zu räumen und zu verlassen, nicht nachkommen, wird die Polizei wohl mithilfe der Zwangsmittel die Räumungsaufforderung, einen Verwaltungsakt, in der zweistufigen Vollstreckung durchsetzen.

#### b) Retten von Mensch und Tier

Das Retten von Menschen und Tieren findet sich – obgleich wohl zum alltäglichen Einsatzbild der Polizei gehörend – ebenfalls nicht bei den Spezialmaßnahmen. Bei einer solchen Rettungsaktion handelt die Polizei vornehmlich, um eine Gefahr von der Person oder dem Tier abzuwehren. Beim Einfangen von Tieren geht es aber auch um die Abwehr von Gefahren, die von dem Tier ausgehen.

Bei Rettungseinsätzen von Menschen ist ein Gebot mit dem Inhalt einer Handlungspflicht an die betroffene Person schlecht denkbar: Einerseits ist die betroffene Person zumeist nicht unmittelbar anwesend, sondern muss erst aufgefunden werden. Andererseits würde die Polizei in diesem Fall der Person gebieten, sich selbst zu retten oder sich aus ihrer Notlage zu befreien. Wäre die Person jedoch imstande, sich selbst aus ihrer Notlage zu befreien, müsste die Polizei nicht zu ihrer Rettung handeln. Damit ist aus zwei Gründen kein Regelungsgehalt der polizeilichen Maßnahme denkbar. Die Rettungshandlungen sind damit wegen ihrer tatsächlichen Ausführung durch die Polizei als Realakte einzuordnen.

Beim Einfangen von Tieren ist dagegen eine befehlende Aufforderung an den Tierhalter zum Einfangen des Tieres

denkbar. Damit ist die Maßnahme als Verwaltungsakt einzuordnen. Der Tatsache, dass der Tierhalter in den meisten Fällen nicht anwesend ist – sonst hätte er sein Tier schon selbst eingefangen – kann durch Anwendung der Vorschriften über die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme Rechnung getragen werden. Es wird zu zeigen sein,<sup>61</sup> dass die Anwendung dieses Instituts nichts an der rechtlichen Einordnung der Maßnahme ändert, welche die Polizei wegen Abwesenheit, Unbekanntheit oder Handlungsunfähigkeit des eigentlichen Maßnahmedressaten selbst ausführt. Mithin bleibt es beim Verwaltungsakt-Charakter einer Tierrettungshandlung.

### VI. Unmittelbare Ausführung

Weitere Probleme ergeben sich beim Institut der unmittelbaren Ausführung von Maßnahmen durch die Polizei. Es findet sich dazu in den meisten Polizeigesetzen eine Vorschrift, nach der die Polizei eine Maßnahme selbst ausführen darf, wenn der Zweck der Maßnahme durch Inanspruchnahme der Verantwortlichen nicht erreicht werden kann.<sup>62</sup>

Auch an dieser Stelle ist fraglich, wie die Maßnahme der unmittelbaren Ausführung rechtlich eingeordnet werden soll bzw. ob dieses Institut Auswirkungen auf den Rechtscharakter von polizeilichen Maßnahmen hat.

Dazu existieren verschiedene Einschätzungen: Einer Ansicht nach stellen alle Maßnahmen, die von der Polizei unmittelbar ausgeführt werden, unabhängig davon, welche Maßnahme dies ist, Realakte dar.<sup>63</sup> Dies wird mit einem tatsächlichen Handeln der Polizei und einem tatsächlichen Erfolg der Maßnahme sowie dem fehlenden Regelungsgehalt begründet.<sup>64</sup>

Die Gegenansicht differenziert: Sollte eine Maßnahme als Verwaltungsakt eingeordnet werden, der Betroffene ist aber nicht anwesend, unbekannt oder nicht handlungsfähig, so müssen die Voraussetzungen der unmittelbaren Ausführung hinzutreten, wenn die Polizei den Verwaltungsakt anstelle des Betroffenen selbst ausführen möchte.<sup>65</sup> Nur damit kann dem Erfordernis ausreichend Rechnung getragen werden, dass ein Verwaltungsakt zu seiner Wirksamkeit der Bekanntgabe an den Betroffenen bedarf.<sup>66</sup> Die Regelung zur unmittelbaren Ausführung vermag über dieses Hindernis hinweg zu helfen. Gleichwohl sollten nicht alle Maßnahmen im Rahmen

<sup>61</sup> Vgl. dazu VI. Unmittelbare Ausführung.

<sup>62</sup> Vgl. dazu § 5a MEPolG (Musterentwurf für ein einheitliches Polizeirecht) oder beispielsweise Art. 9 Abs. 1 BayPAG, § 8 PolG BW, § 15 ASOG Berlin, § 7 Hamburg-SOG, § 8 HSOG, § 11 NSOG, § 70a SOG M-V, § 6 rhpf POG, § 6 SächsPolG, § 9 SOG LSA, § 9 TH PAG. Vorschriften hierzu fehlen in Brandenburg, Saarland, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Bremen.

<sup>63</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 278; sowie v. Alemann/Scheffczyk (Fn. 9), § 35 Rn. 155.

<sup>64</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 117 (der jedoch dieser Meinung nicht folgt); sowie v. Alemann/Scheffczyk (Fn. 9), § 35 Rn. 155.

<sup>65</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 115.

<sup>66</sup> Vgl. § 43 Abs. 1 VwVfG.

<sup>59</sup> Berner/Köhler/Käβ (Fn. 6), Art. 11 Rn. 11.

<sup>60</sup> Berner/Köhler/Käβ (Fn. 6), Art. 11 Rn. 17. Vgl. zu diesem Problemkreis auch VG Berlin NJW 1981, 174; sowie Degenhart, JuS 1982, 330 und Schlink, NVwZ 1982, 529.

der unmittelbaren Ausführung als Realakt einzuordnen sein.<sup>67</sup> Vielmehr erscheint die Annahme eines Verwaltungsakts dann richtig, wenn die Maßnahme nach dem äußeren Erscheinungsbild einen relevanten Eingriff in den Rechtskreis des Betroffenen darstellt und damit eine vorherige Ankündigung mittels Verwaltungsakt erfordert; dieser kann dem Betroffenen später bekanntgegeben werden<sup>68</sup>.

Damit bleibt es also an der vorweg angestellten (anhand der oben<sup>69</sup> dargestellten Kriterien) rechtlichen Einordnung einer Maßnahme, unabhängig davon, ob der Betroffene bzw. der für die Gefahr Verantwortliche anwesend, bekannt oder handlungsfähig ist. Sollte der Betroffene jedoch nicht anwesend, unbekannt oder nicht handlungsfähig sein, kann die Polizei den Verwaltungsakt unter den Voraussetzungen der unmittelbaren Ausführung selbst vornehmen. Es bleibt dann je nachdem bei der Rechtsform des Verwaltungsaktes oder des Realaktes, die Vorschriften der unmittelbaren Ausführung haben zunächst keinen Einfluss auf die rechtliche Einordnung der Maßnahme. Die von den Verwaltungsverfahrensgesetzen aufgestellte Forderung der Bekanntgabe von Verwaltungsakten für deren Wirksamkeit<sup>70</sup> darf an dieser Stelle mit der Regelung über die unmittelbare Ausführung umgangen werden. Es liegt damit eine Fiktion des Verwaltungsakts ohne Bekanntgabe vor, die dem Normgeber unbenommen ist.<sup>71</sup> Hierzu findet sich auch das Argument, dass die Definition des Verwaltungsakts keine Rücksicht auf die Wahrnehmung der Maßnahme und damit auf die Sicht des Betroffenen nimmt.<sup>72</sup>

Schließlich kann das Argument des angeblich fehlenden Regelungsgehalts entkräftet werden: Bei der unmittelbaren Ausführung liegen regelmäßig Eingriffe in die Verfügungsgewalt über sich selbst (Art. 2 Abs. 1 GG), das Eigentum des Betroffenen (Art. 14 Abs. 1 GG) oder weitere Verfügungsbechtigungen über eine Sache vor (z.B. zivilrechtliches Besitzrecht)<sup>73</sup>.

Damit kann auch eine Maßnahme, die von der Polizei unmittelbar ausgeführt wird, als Verwaltungsakt eingeordnet werden. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn die Maßnahme nach dem äußeren Erscheinungsbild einen relevanten Eingriff in den Rechtskreis des Betroffenen darstellt.

## VII. Vollstreckung polizeilicher Maßnahmen

Ein letztes Problem ergibt sich bei der polizeilichen Vollstreckung. Es ist die polizeirechtliche Normierung zu beachten, die für eine Vollstreckungsmaßnahme gerade einen Verwaltungsakt der Polizei voraussetzt.<sup>74</sup> An dieser Stelle ist mo-

mentan nicht entschieden, ob der Gesetzeswortlaut letztlich dazu zwingt, die konkrete Maßnahme der Polizei, die sie vollstrecken möchte, für die Vollstreckung als Verwaltungsakt einzuordnen. Möglicherweise könnte aber auch an der oben genannten Differenzierung festzuhalten zu sein, sodass in der Konsequenz die dortigen Realakte zwingend über den Sofortvollzug<sup>75</sup> zu vollstrecken wären.

Die Möglichkeit, dass bei einer Vollstreckung doch wieder jede polizeiliche Maßnahme als Verwaltungsakt einzuordnen sei, steht im krassen Widerspruch zu allen oben angestellten Überlegungen. Jedoch stößt auch eine Vollstreckung von Realakten auf Widerstand, da grundsätzlich das Verwaltungsrecht nur die Vollstreckung von Verwaltungsakten kennt. Eine Ansicht geht daher einen Mittelweg und fordert bei Widerstand gegen die Durchsetzung eines Realaktes – die Durchsetzung sei noch eine Vorstufe zur Vollstreckung – einen begleitenden, zumindest mündlich erlassenen Verwaltungsakt, der die Duldung der Vollstreckung des Realakts anordnet, welcher im Weiteren nach Vollstreckungsrecht durchgesetzt werden kann.<sup>76</sup>

Eine andere Möglichkeit wäre aber, die zwangsweise Durchsetzung im Sinne einer „Vollstreckung“ von Realakten dem Sofortvollzug zuzuordnen. Zwar fordert hier eine Ansicht, dass der vorherige Erlass einer Grundverfügung tatsächlich ausscheiden muss,<sup>77</sup> jedoch lässt sich diese Voraussetzung nicht im Wortlaut des Gesetzes wiederfinden. Dort heißt es nur, dass der Verwaltungszwang ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden kann, insbesondere weil Maßnahmen gegen die eigentlich Verantwortlichen nicht möglich oder nicht erfolversprechend sind.<sup>78</sup> Es wird damit einerseits an die Normierung zur unmittelbaren Ausführung angeknüpft, andererseits ergab sich oben<sup>79</sup> das Ergebnis, dass bei allen Realakten die Durchsetzung des polizeilichen Rechts unmittelbar in der Befugnisnorm mitenthalten ist und damit auf die unmittelbare Ausführung verzichtet werden kann. Dieser Gedankengang auf den Einsatz des polizeilichen Zwangs angewendet bedeutet, dass die Realakte von der Polizei im Rahmen der Befugnisnorm durchgesetzt werden können und weiterhin der Sofortvollzug zusätzlich erlaubt,

POG, § 44 Abs. 1 SPOG, §§ 30, 32 SächsPolG, § 53 Abs. 1 SOG LSA, § 250 LVwG SH, § 51 Abs. 1 TH PAG. Lediglich Vollzugshilfe kennt das ASOG Berlin in § 52.

<sup>75</sup> Vgl. dazu § 28 Abs. 2 MEGPolG oder Art. 53 Abs. 2 PAG, § 53 Abs. 2 BbgPolG, § 47 Abs. 2 HSOG, § 64 Abs. 2 NSOG, § 81 SOG M-V, § 44 Abs. 2 SPOG, § 53 Abs. 2 SOG LSA, § 51 Abs. 2 TH PAG. Vorschriften dazu fehlen in Baden-Württemberg, Bremen, Berlin, Sachsen, Schleswig-Holstein, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz.

<sup>76</sup> Beckmann, NVwZ 2011, 842 (844, 846).

<sup>77</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 260.

<sup>78</sup> § 28 Abs. 2 MEGPolG oder Art. 53 Abs. 2 PAG, § 53 Abs. 2 BbgPolG, § 47 Abs. 2 HSOG, § 64 Abs. 2 NSOG, § 81 SOG M-V, § 44 Abs. 2 SPOG, § 53 Abs. 2 SOG LSA, § 51 Abs. 2 TH PAG. Vorschriften dazu fehlen in Baden-Württemberg, Bremen, Berlin, Sachsen, Schleswig-Holstein, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz.

<sup>79</sup> Vgl. dazu Fn. 49 und 54.

<sup>67</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 116.

<sup>68</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 26), § 35 Rn. 116.

<sup>69</sup> Vgl. dazu IV. Entwicklung von Abgrenzungskriterien.

<sup>70</sup> § 41 Abs. 1 VwVfG.

<sup>71</sup> Kopp/Schenke (Fn. 6), Anh § 42 Rn. 36.

<sup>72</sup> Berner/Köhler/Käβ (Fn. 6), Vor Art. 9 Rn. 9.

<sup>73</sup> Berner/Köhler/Käβ (Fn. 6), Vor Art. 9 Rn. 8.

<sup>74</sup> Vgl. dazu § 28 MEGPolG oder Art. 53 Abs. 1 BayPAG, § 52 Abs. 1 PolG BW, §§ 40, 41 BremPolG, § 53 Abs. 1 BbgPolG, § 17 Hamburg-SOG, § 47 Abs. 1 HSOG, § 64 Abs. 1 NSOG, § 55 PolG NRW, § 79 SOG M-V, § 57 rhpF

Zwangsmittel anzuwenden.<sup>80</sup> Freilich muss die Polizei jedoch immer die Zwangsmittel vor deren Einsatz androhen.<sup>81</sup>

Damit ist an der oben erarbeiteten Differenzierung festzuhalten und es gilt für die polizeiliche Vollstreckung folgendes: Verwaltungsakte sind nach dem zweistufigen Verwaltungszwang<sup>82</sup> zu vollstrecken. Realakte dürfen im Sofortvollzug<sup>83</sup> zwangsweise durchgesetzt werden; ein begleitender Verwaltungsakt, der die Durchsetzung des Realakts anordnet und im Folgenden vollstreckt werden kann, ist nicht erforderlich.

### VIII. Konsequenzen für die Fallbearbeitung: Klageart – Rechtsgrundlage der Maßnahme

Die Annahme eines Verwaltungsaktes oder eines Realaktes wirkt sich unmittelbar auf die statthafte Klageart aus. Je nachdem, ob ein Verwaltungsakt angenommen wird, ist statthafte Klageart die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog, oder im Falle der Annahme eines Realakts die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO.

Hinsichtlich der Zulässigkeit sei zu beachten: Wie auch bei der Fortsetzungsfeststellungsklage (dort in § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO am Ende) ist auch bei der Feststellungsklage ein besonderes Interesse an der Feststellung erforderlich – dies ergibt sich hier jedoch aus § 43 Abs. 1 VwGO letzter Hs. Da bei beiden Klagen der Lebenssachverhalt bereits in der Vergangenheit liegt und die Maßnahme sich erledigt hat, können die von der Fortsetzungsfeststellungsklage bekannten Fallgruppen herangezogen werden.<sup>84</sup> Im Übrigen ist die Klageprüfung dieselbe, da auch die Feststellungsklage nach § 43 VwGO weder ein Vorverfahren noch eine Klagefrist kennt.

In der Begründetheit ist zunächst das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zu prüfen, § 43 Abs. 1 VwGO. Das gesuchte Rechtsverhältnis besteht in der Befugnis der handelnden Behörde, in das verletzte Recht des Betroffenen (das bei Prüfung der Klagebefugnis benannt wurde) einzugreifen.<sup>85</sup> Auch hier verlangt der Gesetzesvor-

behalt aus Art. 20 Abs. 3 GG eine gesetzliche Grundlage für die Maßnahme der Polizei, damit eine Rechtsgrundlage bzw. eine Befugnisnorm gegeben ist, da die polizeiliche Maßnahme in die Rechte des Betroffenen eingreift. Sodann ist in der Begründetheit die polizeiliche Maßnahme auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen. Am Ende ist die Frage, ob die Polizei in das Recht des Betroffenen eingreifen durfte, bei rechtmäßigen Maßnahmen zu bejahen, bei rechtswidrigen Maßnahmen zu verneinen.

### IX. Fazit

Der Streit über die rechtliche Einordnung polizeilicher Maßnahmen ist nicht kompliziert. Nach einer eingehenden Befassung können die Ansichten gut nachvollzogen und die Argumente strukturiert werden. Wichtig ist, dass eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen wird und in der Falllösung der Sachverhalt nach dem Befehl der Polizei abgeklopft wird. Auch die Kontrollfrage, ob der Betroffene möglicherweise selbst zur Gefahrenabwehr beitragen könnte oder ob dies nur die faktische Einwirkung der Polizei vermag, scheint zu ordentlichen Ergebnissen zu führen. Mit dem Beitrag wurden die Argumente geordnet und es wird dem Studierenden eine wertvolle Hilfestellung gegeben, da die typischen polizeilichen Befugnisse ausführlich auf ihren rechtlichen Charakter untersucht wurden.

<sup>80</sup> Berner/Köhler/Käuß (Fn. 6), Art. 53 Rn. 6.

<sup>81</sup> § 29 Abs. 2 MEPolG oder Art. 54 Abs. 2 PAG, § 57 PolG BW, § 44 BremPolG, § 64 BbgPolG, § 18 Hamburg-SOG, § 53 HSOG, §§ 70, 74 NSOG, § 56 PolG NRW, § 87 SOG M-V, § 66 rhpF POG, § 50 Abs. 1 SPOG, § 20 SächsPolG, § 59 SOG LSA, § 236 LVwG SH, § 57 Abs. 1 TH PAG.

<sup>82</sup> § 28 Abs. 1 MEPolG oder Art. 53 Abs. 1 PAG, § 52 Abs. 1 PolG BW, §§ 40, 41 BremPolG, § 53 Abs. 1 BbgPolG, § 17 Hamburg-SOG, § 47 Abs. 1 HSOG, § 64 Abs. 1 NSOG, § 55 PolG NRW, § 79 SOG M-V, § 57 rhpF POG, § 44 Abs. 1 SPOG, § 30, 32 SächsPolG, § 53 Abs. 1 SOG LSA, § 250 LVwG SH, § 51 Abs. 1 TH PAG. Lediglich Vollzugshilfe kennt das ASOG Berlin in § 52.

<sup>83</sup> § 28 Abs. 2 MEPolG oder Art. 53 Abs. 2 PAG, § 53 Abs. 2 BbgPolG, § 47 Abs. 2 HSOG, § 64 Abs. 2 NSOG, § 81 SOG M-V, § 44 Abs. 2 SPOG, § 53 Abs. 2 SOG LSA, § 51 Abs. 2 TH PAG. Vorschriften dazu fehlen in Baden-Württemberg, Bremen, Berlin, Sachsen, Schleswig-Holstein, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz.

<sup>84</sup> Vgl. dazu auch Lindner, NVwZ 2014, 180.

<sup>85</sup> Heckmann (Fn. 5), Teil 3 Rn. 82.