

SEMRA SAGIR*

Nichts für schwache Nerven

Fallbearbeitung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene

SACHVERHALT¹

Am 16. Januar 2018 fand in der niedersächsischen Stadt S eine Demonstration zum Thema „Gute Bildung und Wohnraum für alle“ statt. Im Anschluss daran kam es zu einer Hausbesetzung eines leer stehenden ehemaligen Studentenwohnheims der als Stiftung öffentlichen Rechts ausgestalteten Universität W in S. An dieser Besetzung war auch der K beteiligt. Am Morgen des 17. Januar 2018 erschienen im ehemaligen Studentenwohnheim Vertreter der Universität W und forderten mehrfach die Hausbesetzer erfolglos auf, das Gebäude zu verlassen. Die Vertreter der W riefen sodann die Polizei zur Hilfe.

Als diese vor Ort erschien, hielten sich in dem Gebäude noch elf Personen, unter ihnen auch der gewaltbereite und polizeibekannt K, auf dem Boden sitzend in einem Raum im ersten Obergeschoss auf. Sie wurden von der Polizei zweimal, zuletzt unter Androhung unmittelbaren Zwangs, vergeblich aufgefordert, das Gebäude zu räumen. Die Hausbesetzer wiederum drohten Gegenwehr an; notfalls müsse man „die Fäuste sprechen lassen“. Sie versuchten, die Polizeibeamten mit akrobatischen, dem Kung Fu entsprechenden Handbewegungen einzuschüchtern. Dies ließen sich die Polizeikommissare H und I nicht gefallen. Die Besetzer wurden hierauf von Polizeibeamten hinausgetragen, um insbesondere eine Eskalation der Situation zu verhindern: K wurde von Polizeikommissar H und Polizeikommissar I als erste Person aus dem Gebäude gebracht. Die Polizeibeamten forderten ihn vorher auf, freiwillig mitzukommen, nachdem sie ihn sowie die übrigen Besetzer unterschiedslos als „Deppen“ bezeichnet hatten; ansonsten müsse er mit Zwangsmaßnahmen rechnen. Weil K dieser Aufforderung nicht nachkam, trugen H und I ihn bis zu der Treppe hinunter, die in das Erdgeschoss führt. Aufgrund der großen Rutschgefahr erklärte sich der K dann bereit, die Treppe eigenständig hinunterzusteigen. Am Treppenabsatz angekommen im Erdgeschoss ließ sich K wieder zu Boden fallen. Hierauf versuchten die Polizisten, den K aufzurichten und wegzutragen. Hiergegen leistete K aktiv Widerstand. Er spannte seine Arme an, legte sich aus der sitzenden Position auf die Seite und drehte sich von der Seite unter Verschränkung der Arme auf die Brust in die Bauchlage. Den Polizisten gelang es folglich nicht, den K aufzurichten und wegzutragen. Daher wandte H gegenüber K eine Nervendrucktechnik an. Hierbei drückte er mit seiner linken geöffneten Hand gegen den Hinterkopf des K und

legte die rechte geöffnete Hand auf dessen Nase, um diesen zum eigenständigen Aufstehen zu bewegen. Hierdurch erlitt K neben Schmerzen leichte Hautabschürfungen zwischen Nase und Oberlippe in der linken Gesichtshälfte sowie leichtes Nasenbluten. Nachdem auch diese Drucktechnik ebenso wie der Versuch, dem K Handfesseln anzulegen, nicht zum gewünschten Erfolg geführt hatte, gelang es H und I schließlich, den K zum Hinterausgang des Gebäudes zu tragen. Streitig ist, ob und inwieweit der K am Treppenabsatz im Erdgeschoss und insbesondere vor und während der Anwendung der Nervendrucktechnik Widerstand leistete und in welchem Umfang im Erdgeschoss aufgrund der winterlichen Witterung eine gesteigerte Rutschgefahr bestand.

K ist der Auffassung, dass die Anwendung der Nervendrucktechnik nicht rechtens war. Gegen die Aufforderung, das Gebäude zu verlassen, habe er zwar nichts. Die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme, die in einem anderen Verfahren gesondert festgestellt worden war, wird somit nicht in Frage gestellt. Die Anwendung der schmerzhaften Nervendrucktechnik aber sei unverhältnismäßig gewesen. Die Polizisten hätten ihn auch ohne deren Einsatz die noch verbleibenden zehn Meter zum Ausgang des Gebäudes tragen können, was letztlich schon geschehen war. Der Einwand der Polizisten, er habe durch seine Körperhaltung, insbesondere durch das Verschränken seiner Arme vor dem Oberkörper, sein Wegtragen verhindert, überzeuge nicht. Die Polizeikommissare sehen sich hingegen im Recht: Bei der Nervendrucktechnik handle es sich um die Anwendung unmittelbaren Zwangs. Sie hätten hierbei ermessensfehlerfrei gehandelt. Unerheblich sei, dass die Polizeibeamten abwechselnd verschiedene Zwangsmittel wie das Wegtragen und die Nervendrucktechnik angewandt hätten. Zwangsmittel könnten so lange wiederholt und gewechselt werden, bis der zu vollstreckende Verwaltungsakt umgesetzt sei. Zwar sei das Wegtragen grundsätzlich ein milderer Mittel als die Anwendung der Nervendrucktechnik. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass in dem besetzten Gebäude, insbesondere im Erdgeschoss, aufgrund der winterlichen Witterungsverhältnisse eine große Rutschgefahr bestanden habe. Da der K keine Tragpunkte an seinem Körper zum Wegtragen zur Verfügung gestellt habe, sei das Wegtragen mit wesentlich höheren Risiken für alle Beteiligten verbunden gewesen.

K erhebt form- und fristgemäß vor dem zuständigen Verwaltungsgericht (VG) Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Nervendrucktechnik. Zu prüfen sind die Erfolgsaussichten der Klage.

* Die Autorin ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christine Langenfeld, Richterin des Bundesverfassungsgerichts, an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Angelehnt an OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, NJW 2017, 1626 (Vorinstanz: VG Göttingen, Urt. v. 1. 10. 2014 – 1 A 167/13, BeckRS 2014, 57204).

GLIEDERUNG

- A. Zulässigkeit
 - I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges
 - II. Statthafte Klageart
 - III. Klagebefugnis
 - IV. Subsidiarität der Allgemeinen Feststellungsklage, § 43 II 1 VwGO
 - V. Besonderes Feststellungsinteresse
 - VI. Vorverfahren und Klagefrist
 - VII. Klagegegner
 - VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
 - IX. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen
 - X. Ergebnis
- B. Begründetheit
 - I. Ermächtigungsgrundlage
 - II. Formelle Rechtmäßigkeit
 - III. Materielle Rechtmäßigkeit
 - 1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung: Wirksamer Grundverwaltungsakt
 - 2. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen
 - a) Androhung des unmittelbaren Zwangs, §§ 70 I, 74 I 1 NSOG
 - b) Entbehrlichkeit der Androhung, § 70 I 3 NSOG
 - 3. Zwischenergebnis
 - IV. Ergebnis
- C. Gesamtergebnis

LÖSUNGSVORSCHLAG

Die Klage des K hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig (A.) und soweit sie begründet (B.) ist.

A. Zulässigkeit**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges**

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dieser ist stets eröffnet, wenn dies für konkrete Streitigkeiten durch Gesetz bestimmt ist. Eine aufdrängende Sonderzuweisung zum VG ist nicht gegeben.

Der Verwaltungsrechtsweg könnte jedoch über die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art eröffnet, soweit die Streitigkeit nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen ist.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist dann gegeben, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.² Streitgegenstand ist hier die Rechtmäßigkeit der Nervendrucktechnik. Streitentscheidende Normen sind die §§ 64 ff. Niedersächsisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz (NSOG). Zu prüfen ist, ob diese

öffentlich-rechtlicher Natur sind. Nach der Sonderrechtstheorie gehören die Rechtsvorschriften dann zum öffentlichen Recht, wenn sie einen Träger der öffentlichen Gewalt einseitig berechtigen oder verpflichten.³ Der vorliegende Fall betrifft polizeiliches Handeln. Dessen Rechtmäßigkeit richtet sich nach den Vorschriften des NSOG, einen Träger der öffentlichen Gewalt in der Funktion als Hoheitsträger zu einem Handeln berechtigen und verpflichten. Die einschlägigen Normen (§§ 64 ff. NSOG) sind somit nach der Sonderrechtstheorie öffentlich-rechtlicher Natur. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Zu prüfen ist, ob es sich um eine Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art handelt. Eine Streitigkeit ist verfassungsrechtlicher Art, wenn sich zwei Verfassungsorgane oder unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte über Rechte und Pflichten, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben, streiten (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).⁴ Hier ist K nicht am Verfassungsleben beteiligt. Auch streiten sich K und die Polizei nicht über Rechte und Pflichten, die sich aus der Verfassung ergeben. Es fehlt an der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit. Die Streitigkeit ist nicht-verfassungsrechtlicher Art.

Schließlich dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegen. In Betracht kommt hier eine Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte gem. § 23 EGGVG. Voraussetzung hierfür wäre jedoch, dass es sich bei der polizeilichen Maßnahme der Nervendrucktechnik um einen Justizverwaltungsakt handeln. Handelte die Polizei repressiv zur Strafverfolgung, ist § 23 EGGVG einschlägig, während bei präventivem polizeilichen Handeln der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.⁵ Hier hatten K und die übrigen Personen das Haus der Universität gegen den Willen dieser besetzt und damit den Tatbestand des Hausfriedensbruchs gem. § 123 StGB erfüllt. Allerdings wollte die Polizei hier auch die Begehung weiterer Straftaten vorbeugen. Bei sog. doppel-funktionalen Maßnahmen ist nach h. M. der Schwerpunkt der polizeilichen Maßnahme entscheidend.⁶ Nach der sog. Zwecksetzungslehre hänge die Frage des einschlägigen Rechtsweges von der polizeilichen Zwecksetzung ab.⁷ Die Polizei wollte hier primär die Begehung weiterer Straftaten verhindern. Zu diesem Zweck wurde der K auch hier aus dem besetzten Haus getragen. Die Polizei befürchtete, dass die Besetzer, unter ihnen auch der K, gewalttätig werden würden. Dies äußerte sich in den Kampf-bewegungen sowie den Provokationen der Besetzer. Zudem war zumindest der K der Polizei als Gewalttäter bereits bekannt. Sowohl nach der Schwerpunkttheorie als auch nach der Zwecksetzungslehre handelte die Polizei präventiv. Ein Streitentscheid ist entbehrlich. Somit ist keine abdrängende Sonderzuweisung nach § 23 EGGVG gegeben.

³ Detterbeck (Fn. 2), Rn. 27.

⁴ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Auflage (2016), § 11 Rn. 49.

⁵ Schoch/Schneider/Bier/Ehlers/Schneider, 31. EL Juni 2016, VwGO § 40 Rn. 604.

⁶ Hufen (Fn. 4), § 11 Rn. 63; OVG Münster, NJW 1980, 855.

⁷ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage (2016), Rn. 420 ff.

² Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage (2017), Rn. 28.

Damit ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Dies richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Klagebegehren. Ausweislich des Sachverhalts will K die Rechtswidrigkeit der Nervendrucktechnik festgestellt haben. Da K keine Aufhebung eines Verwaltungsaktes i. S. d. § 42 I Alt. 1 VwGO begehrt, scheidet eine Anfechtungsklage von vornherein aus. In Betracht kommt eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog oder eine Allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO. Entscheidend hierfür ist, ob es sich bei der Nervendrucktechnik um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG handelt. Ob es sich bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs um einen Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG handelt, ist umstritten. Problematisch ist dies in Hinblick auf den Regelungscharakter von Zwangsmaßnahmen.

1. Nach einem Teil der früheren Rspr. und einem Teil der Literatur würden Zwangsmaßnahmen, d. h. sowohl anordnende als auch vollziehende Maßnahmen, den Betroffenen generell zur Duldung des Eingriffs in seine Rechte verpflichten.⁸ Aufgrund des tiefgreifenden Grundrechtseingriffs müsse von einer Regelungsqualität der Maßnahme ausgegangen werden. Der Betroffene habe diese zu dulden. Diese Ansicht nimmt über die Konstruktion einer konkludenten Duldungsverfügung einen Verwaltungsakt an. Folglich wäre die Nervendrucktechnik als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG zu qualifizieren. Wegen der Erledigung der Nervendrucktechnik, die diese Ansicht als VA qualifizieren würde, käme hier eine Fortsetzungsfeststellungsklage als statthafte Klageart in Betracht.

2. Die heute ganz herrschende Meinung in Rspr. und Literatur lehnt die Figur der „konkludenten Duldungsverfügung“ ab. Bei polizeilichen Standardmaßnahmen sowie bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs, die dem Betroffenen keine Verhaltenspflicht auferlegen, sondern die Polizei unmittelbar zu einem grundrechtsrelevanten Handeln ermächtigen, handle es sich um keine Verwaltungsakte.⁹ Es lägen vielmehr Realakte vor.¹⁰ Allein wegen der Grundrechtsrelevanz könne nicht der Schluss gezogen werden, es handle sich bei Zwangsmitteln um Verwaltungsakte.¹¹ Dieser Ansicht zufolge wäre vorliegend die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO die statthafte Klageart.

3. Die dargestellten Ansichten führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ein Streitentscheid ist unentbehrlich. Gegen die Konstruktion der „konkludenten Duldungsverfügung“ spricht, dass eine Gleichsetzung von Eingriff und Regelung nicht nur de facto jede Maßnahme als Verwaltungsakt qualifizieren würde. Gegen eine Gleichsetzung spricht auch, dass nicht jeder Eingriff zugleich einen Verwaltungsakt enthält. „Eingriff“ und „Regelung“ dürfen nicht gleichgesetzt werden, sondern müssen vielmehr strikt voneinander getrennt werden.¹² Die Konstruktion der Duldungsverfügung ist bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs sowie bei vollziehenden Standardmaßnahmen entbehrlich, da sie aus Rechtsschutzgründen nicht notwendig ist. Die Ursprünge der fiktiven Duldungsverfügung stammen nämlich aus einer Zeit, zu welcher das Gesetz nur Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte gewährte.¹³ Insofern bestand das Bedürfnis, eine Standardmaßnahme mit Eingriffsqualität als Verwaltungsakt zu bewerten. Dieses Bedürfnis ist allerdings mit der Einführung der VwGO entfallen, da nunmehr auch Realakte mit Eingriffsqualität mittels der allgemeinen Leistungsklage angegriffen werden können.¹⁴ Schließlich bestehen bei der Annahme der Duldungsverfügung bei vollziehenden polizeilichen Maßnahmen dogmatische Widersprüche. Bei der Ausführung einer Standardmaßnahme in Abwesenheit des Betroffenen, wäre der Verwaltungsakt mangels Bekanntgabe unwirksam (§§ 41 I, 43 I VwVfG).¹⁵ Dies würde auch bei der Ingewahrsamnahme eines Bewusstlosen oder dergleichen gelten. Demnach würde die Konstruktion der Duldungsverfügung bei vollziehenden Maßnahmen in solchen Fällen leer laufen. Um den Betroffenen nicht rechtsschutzlos zu stellen, müsste wiederum auf die Figur des Realaktes zurückgegriffen werden. Ein derartiger Rückgriff wäre dann jedoch inkonsequent. Die Konstruktion der konkludenten Duldungsverfügung führt in vielen Konstellationen mithin zu widersprüchlichen bis lebensfremden Ergebnissen.¹⁶

Es ist der zuletzt genannten Ansicht zu folgen. Die Anwendung unmittelbaren Zwangs stellt damit mangels Regelungsgehalts keinen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG, sondern vielmehr einen Realakt dar. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage scheidet damit mangels Vorliegen eines Verwaltungsakts als statthafte Klageart aus.

Als statthafte Klageart kommt eine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO in Betracht, sofern K hier das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt wissen möchte. Als Rechtsverhältnis wird dabei eine (öffentlich-rechtlich ausgestaltete) Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache definiert.¹⁷ Mithin muss es sich um ein konkretes Rechtsverhältnis handeln, welches dann gegeben ist, wenn der Sachverhalt bestimmt oder be-

8 BVerwGE 26, 161 (164); VGH München BayVBl. 1988, 562 (563); Pietzner, VerwArch 82 (1991), 291 (293); Habermehl, Polizeirecht, 2. Auflage (1993), Rn. 809.

9 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Auflage (2017), § 35 Rn. 114; Huck/Müller, VwVfG, 1. Auflage (2011), § 35 Rn. 41; Finger, Polizeiliche Standardmaßnahmen und ihre zwangsweise Durchsetzung – Rechtsnatur, Rechtsgrundlage und Rechtsschutz am Beispiel der Ingewahrsamnahme, JuS 2005, 116 (118).

10 Racher, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage (2007), F Rn. 51; Schmitt-Kammler, NWVBl. 1995, 166.

11 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 8. Auflage (2014), § 35 Rn. 96.

12 Pietzner, VerwArch 84 (1993), 261 (273).

13 Renck, Verwaltungsakt und Feststellungsklage, JuS 1970, 113 (115); Finger (Fn. 9), 116 (117).

14 Schoch, Rechtsformen polizei- und ordnungsbehördlichen Handelns und Rechtsschutz, JuS 1995, 215 (218).

15 Robbers, Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, 272 (275).

16 BeckOK VwVfG/von Alemann/Scheffczyk VwVfG § 35 Rn. 151; Stelkens (Fn. 11), § 35 Rn. 95; Finger (Fn. 9), 116 (117).

17 BVerwGE 14, 235 (236); 89, 327 (329).

stimmbar ist.¹⁸ K möchte hier geklärt wissen, ob der H die Nervendrucktechnik auf ihn anwenden durfte, mittels derer der K in seiner Bewegung eingeschränkt wurde, sodass der H und I den K wegtragen konnten. Dies stellt ein hinreichend konkretes, durch einen Realakt begründetes Rechtsverhältnis dar. Die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO ist statthafte Klageart.

III. Klagebefugnis

Im Rahmen der Allgemeinen Feststellungsklage ist zwischen der Rspr. und Lit. umstritten, ob § 42 II VwGO auf die Allgemeine Feststellungsklage analog anzuwenden ist. Während die Rspr. § 42 II VwGO analog für die Allgemeine Feststellungsklage heranzieht, um Popularklagen zu vermeiden,¹⁹ lehnt die Literatur einhellig die Notwendigkeit der analogen Anwendung des § 42 II VwGO im Rahmen des § 43 VwGO ab. Popularklagen seien bereits aus dem Grunde nicht zu befürchten, als dass die Allgemeine Feststellungsklage ein berechtigtes Feststellungsinteresse gem. § 43 II VwGO fordere.²⁰ Es fehle somit an einer Regelungslücke.²¹

Indem der H auf den K die Nervendrucktechnik angewandt hat, hat er auf dessen körperliche Unversehrtheit eingewirkt. Vorliegend erscheint eine Rechtsverletzung des K in seinen Grundrechten aus Art. 2 II, Art. 2 I GG zumindest möglich. Die an der Möglichkeitstheorie zu messende²² Klagebefugnis nach § 42 II VwGO wäre gegeben. Damit muss der Streit an dieser Stelle nicht entschieden werden.

IV. Subsidiarität der Allgemeinen Feststellungsklage, § 43 II 1 VwGO

Gemäß § 43 II 1 VwGO kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch die Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Fraglich ist damit, ob die Feststellungsklage hier nicht subsidiär ist. Die Maßnahme der Polizei hat sich hier bereits erledigt. K kann seine Rechte bezüglich der angewandten Nervendrucktechnik nicht mit einer Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen. Da die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog sich nur auf Verwaltungsakte bezieht, kann die Klage auf Feststellung der Nichtberechtigung des Staates zur Vornahme eines erledigten Realaktes auch nicht durch § 113 I 4 VwGO verdrängt werden.²³ Die Feststellungsklage ist nicht zu einer anderen Klage subsidiär.

V. Besonderes Feststellungsinteresse

Überdies muss K ein besonderes Interesse an der Klärung der Rechtsfrage geltend machen (Feststellungsinteresse), § 43 I VwGO. In Betracht kommt als Feststellungsinteresse ein rechtliches, wirtschaftliches oder ideelles Interesse.²⁴ Sofern es um die Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden, auf einem erledigten Realakt beruhenden Rechtsverhältnisses geht, muss das Feststellungsinteresse – wie bei der Fortsetzungsfeststellungsklage – besonders hoch sein und ist in den Fallgruppen der Wiederholungsgefahr, des Rehabilitationsinteresses, bei schwerwiegenden Grundrechtseinwirkungen oder bei der Präjudizität anzunehmen.²⁵ Hier kommt als besonderes Feststellungsinteresse zunächst ein Rehabilitationsinteresse des K in Betracht. Ein Rehabilitationsinteresse ist dann gegeben, wenn von der Maßnahme eine diskriminierende Wirkung ausgeht, die auch nach Erledigung fortwirkt.²⁶ Hier wurde K unterschiedslos mit den übrigen Besetzern als „Depp“ beschimpft. K könnte hier diskriminiert worden sein. Diese Diskriminierung wirkt auch noch fort. Ein Rehabilitationsinteresse ist anzunehmen. Möglich ist ferner ein Präjudizinteresse des K. Dieses darf jedoch nicht ausschließliches Interesse des Klägers sein.²⁷ Ausweislich des Sachverhaltes möchte K auch einen Amtshaftungsanspruch geltend machen. Dementsprechend besteht hier ebenso ein Präjudizinteresse des K. Zudem wurde durch die Nervendrucktechnik in die körperliche Unversehrtheit des K eingewirkt. Ein schwerwiegender Grundrechtseingriff im Hinblick auf Art. 2 II GG kann angenommen werden. K hat folglich ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Nervendrucktechnik.

VI. Vorverfahren und Klagefrist

Ein Widerspruchsverfahren ist bei der Allgemeinen Feststellungsklage nicht erforderlich.²⁸ Ebenso ist keine Klagefrist einzuhalten.²⁹

VII. Klagegegner

Die Klage richtet sich hier gegen die Polizeidirektion G. Richtiger Klagegegner ist damit nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip das Land Niedersachsen (§ 78 I Nr. 1 VwGO analog).

VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

K ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land Niedersachsen ist gem. § 61 Nr. 1, 2. Alt. VwGO beteiligten- und gem. § 62 III VwGO prozessfähig.

¹⁸ Detterbeck (Fn. 2), Rn. 1396 f.

¹⁹ Vgl. BVerwG NVwZ 1991, 470 (471); OVG Münster DVBl. 1993, 60 (61); BVerwG DVBl. 1995, 1250; BVerwGE 100, 262 (271); 111, 276 (279); BVerwG DVBl. 2009, 1382; VGH Kassel BeckRS 2011, 53793.

²⁰ Vgl. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage (2017), Rn. 410, 433; Hufen (Fn. 4), § 18 Rn. 26 ff.; Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage (2000), Rn. 341.

²¹ NK-VwGO/Sodan, 3. Auflage (2010), § 42 Rn. 72, 74 ff.; Glaser, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, 2013, Rn. 84 ff.

²² Detterbeck (Fn. 2), Rn. 1351.

²³ Kopp/Schenke, VwGO, 19. Auflage (2013), § 43, Rn. 5.

²⁴ BVerwGE 36, 218 (226); 100, 262 (271).

²⁵ Kopp/Schenke (Fn. 23), § 43 Rn. 16.

²⁶ Hufen (Fn. 4), § 18 Rn. 50; Detterbeck (Fn. 2), Rn. 1427.

²⁷ Vgl. BVerwGE 61, 128 (135 f.); 72, 38 (42); Rozek, Grundfälle zur verwaltungsgerichtlichen Fortsetzungsfeststellungsklage, JuS 1995, 598 (600).

²⁸ Hufen (Fn. 4), § 18, Rn. 18.

²⁹ Kopp/Schenke (Fn. 23), § 43, Rn. 1; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Auflage (2010), § 43, Rn. 28.

IX. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen (§§ 45, 52, 81 f. VwGO) liegen vor. Es ist auch hier kein einfacherer Weg ersichtlich, mit dem K gegen die Nervendrucktechnik vorgehen könnte. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist somit ebenso gegeben.

X. Ergebnis

Die Klage des K ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage müsste auch begründet sein. Dies ist dann der Fall, wenn das Klagebegehren dem materiellen Recht entspricht,³⁰ wenn also die Nervendrucktechnik rechtswidrig war.

I. Ermächtigungsgrundlage

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG) bedarf jeder Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers einer Ermächtigungsgrundlage.³¹ Ein Grundrechtseingriff ist mithin einer gesetzlichen Regelung vorbehalten.³² Als Rechtsgrundlage kommen hier §§ 64 I Alt. 2, 65 I Nr. 3, 69 NSOG in Betracht. Dazu müsste es sich jedoch bei der Nervendrucktechnik um unmittelbaren Zwang im Sinne dieser Normen handeln. Gemäß § 69 I NSOG stellt unmittelbarer Zwang die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, durch ihre Hilfsmittel und durch Waffen dar. Fraglich ist, ob die Nervendrucktechnik unter § 69 IV NSOG subsumiert werden kann, also unmittelbarer Zwang mit Hilfe von Waffen ausgeübt wird. Die Aufzählung der Waffen i. R. d. § 69 IV NSOG ist hierbei abschließend.³³ Der Einsatz der Nervendrucktechnik wird hier nicht erwähnt. § 69 IV NSOG ist nicht einschlägig. In Betracht käme die Subsumtion der Nervendrucktechnik unter Hilfsmittel der körperlichen Gewalt nach § 69 III NSOG. § 69 III NSOG nennt hierbei beispielhaft Mittel der körperlichen Gewalt (z. B. Fesseln, Wasserwerfer etc.). Die Aufzählung ist hierbei nicht abschließend („insbesondere“).³⁴ Jedoch muss bei der Anwendung von Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt die Einwirkung durch diese Sache „vermittelt“ werden.³⁵ Bei der Nervendrucktechnik wirkt jedoch kein Hilfsmittel, d. h. keine weitere Sache auf den Betroffenen ein. Vielmehr dient der Körper des Angreifers als Mittel zur Anwendung der Gewalt. Die Nervendrucktechnik stellt somit kein Hilfsmittel der Gewalt i. S. d. § 69 III NSOG dar. Die angewandte Nervendrucktechnik könnte somit körperliche Gewalt i. S. d. § 69 I, II NSOG darstellen. Körperliche Gewalt ist dabei nach § 69 II NSOG jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen. Dabei erfolgt diese Einwirkung durch unmittelbare Anwendung von Körperkräften der Polizeibe-

amten, wobei auch die Anwendung von Polizeikräften hierunter fällt.³⁶ Dies gilt nicht nur dann, wenn ein Unterlassen erzwungen werden soll, sondern auch für den Fall, dass dem Pflichten ein aktives Tun, mithin eine Handlung wie das selbständige Aufstehen und Verlassen des besetzten Gebäudes abverlangt wird.³⁷ Dies ergibt sich bereits aus dem in § 64 I NSOG gesetzlich umschriebenen Wesen des Verwaltungszwangs, der der zwangsweisen Durchsetzung eines Verwaltungsaktes dient und auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist.³⁸ Bei der Nervendrucktechnik handelt es sich um eine Maßnahme, bei der durch die Erzeugung von Druck auf empfindliche Stellen des Körpers ein Schmerzgefühl hervorgerufen wird. Es wird somit durch die direkte Anwendung von Körperkraft der handelnden Polizeibeamten auf den Körper des Betroffenen eingewirkt. Unerheblich ist dabei, dass die Nervendrucktechnik mit der Zufügung von Schmerzen verbunden ist.³⁹ Bei der angewandten Nervendrucktechnik handelt es sich mithin um körperliche Gewalt i. S. d. § 69 II NSOG. Unmittelbarer Zwang ist in Form der körperlichen Gewalt gegeben. Ermächtigungsgrundlage ist folglich §§ 64 I Alt. 2, 65 I Nr. 3, 69 NSOG.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Polizei war hier gem. § 64 III NSOG sachlich zuständig. Anhaltspunkte der örtlichen Unzuständigkeit der Polizei sind nicht ersichtlich. Überdies sind keine Form- oder Verfahrensfehler ersichtlich. Da die Anwendung des unmittelbaren Zwangs auch keinen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt (s. o.), sind keine Mängel in Hinblick auf § 28 VwVfG zu erkennen. Die Anwendung des unmittelbaren Zwangs war somit formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Überdies müsste die Anwendung des unmittelbaren Zwangs in Form der Nervendrucktechnik auch materiell rechtmäßig sein.

1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung: Wirksamer Grundverwaltungsakt

Gemäß § 64 I NSOG kann ein Zwangsmittel durchgesetzt werden, wenn der (Grund-)Verwaltungsakt unanfechtbar ist oder wenn ein Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat, wenn er also als Titel vollstreckbar ist. Der Grundverwaltungsakt war hier die Aufforderung der Universität, das besetzte Gebäude innerhalb des genannten Zeitraumes zu räumen. Gegen diese Anordnung haben Rechtsbehelfe gemäß § 80 II 1 Nr. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung. Der Grundverwaltungsakt ist mithin vollstreckbar. Im Rahmen des § 64 I Alt. 2 NSOG ist jedoch umstritten, ob der Grundverwaltungsakt rechtmäßig sein muss. Während eine Mindermeinung die Rechtmäßigkeit eines (fiktiven) Ver-

³⁰ Schenke (Fn. 20), Rn. 870.

³¹ Maurer, Verwaltungsrecht, 19. Auflage (2017), § 6 Rn. 3 ff.

³² Ulrich/Weiner/Brüggemann, Niedersächsisches Polizeirecht, 1. Aufl. 2012, Rn. 127.

³³ Vgl. Rachor (Fn. 10), F Rn. 509.

³⁴ Vgl. Rachor (Fn. 10), F Rn. 497.

³⁵ Vgl. Rachor (Fn. 10), F Rn. 496.

³⁶ Rachor (Fn. 10), E Rn. 831.

³⁷ OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 23.

³⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 23.

³⁹ OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 24.

waltungsaktes fordert, vertritt die herrschende Meinung die Auffassung, dass der Grundverwaltungsakt lediglich wirksam und nicht rechtmäßig sein muss.⁴⁰ Begründet wird die letztgenannte Auffassung nicht nur mit dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch mit der Effektivität des Gefahrenabwehrrechts.⁴¹ Zudem müsste der Betroffene infolgedessen Schutz in Gestalt des vorläufigen Rechtsschutzes sowie durch Widerspruch und Anfechtungsklage suchen.⁴² Ausweichlich des Sachverhalts ist der Grundverwaltungsakt rechtmäßig.⁴³ Aus diesem Grunde kommt es auf den Streit nicht an.

2. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

a) Androhung des unmittelbaren Zwangs, §§ 70 I, 74 I 1 NSOG

Gemäß §§ 70 I, 74 I 1 NSOG ist unmittelbarer Zwang vor seiner Anwendung anzudrohen. Ferner muss sich die Androhung auf bestimmte Zwangsmittel beziehen (§ 70 III 1 NSOG). Diese Regelung im Vollstreckungsrecht ist Ausdruck des in § 37 I VwVfG allgemein normierten Gebots der hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit von Verwaltungsakten.⁴⁴ Ziel des Bestimmtheitsgebots ist die Vorhersehbarkeit des polizeilichen Handelns, sodass der von einer Zwangsmaßnahme Betroffene Klarheit über die zu erwartenden Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit erhält.⁴⁵ Uneindeutig ist hingegen die Frage, ob die Zwangsmaßnahme konkret benannt werden muss.

aa) Nach der Rspr. sei es entbehrlich, dass das genaue Einsatzmittel genannt wird. Argumentiert wird hier damit, dass zum einen die konkrete Benennung eines Zwangsmittels in gewissen Fällen nicht möglich sei. Zum anderen aber wäre eine konkrete Benennung oftmals sogar unzumutbar, da der widerwillige Betroffene sich der Maßnahme entziehen oder diese vereiteln könnte.⁴⁶

bb) Wenngleich diese Sichtweise der Effektivität der Gefahrenabwehr dient, wird in der Literatur die Auffassung, die sich auf den Wortlaut des § 70 III 1 NSOG stützen lässt, vertreten, dass die Polizei aufgrund des genannten Bestimmtheitsgebotes die von ihr beabsichtigten Maßnahmen möglichst konkret benennen müsste. Mit der Androhung werde die Hoffnung verknüpft und der Zweck verfolgt, dass es zu der geplanten Maßnahme im Ergebnis gar nicht mehr kommen muss, da sich der vom Zwangsmittel Betroffene im An-

gesicht des ihm drohenden Ärgers doch noch geneigt sehen würde, den Anweisungen zu folgen.⁴⁷ Insbesondere bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Hilfsmittel der körperlichen Gewalt nach § 69 III NSOG sowie durch Waffen nach § 69 IV NSOG müssten diese bei der Androhung des unmittelbaren Zwangs genannt werden.⁴⁸

cc) In Fällen der Einwirkung auf Personen durch körperliche Gewalt i. S. d. § 69 I, II NSOG gilt grundsätzlich, dass der unmittelbare Zwang angekündigt werden müsse. Allerdings müsse hiervon im Besonderen bei der Nervendrucktechnik eine Ausnahme gemacht werden: Wenn der Betroffene durch die Anwendung einer Nervendrucktechnik zur Vornahme einer Handlung gezwungen werden soll, sei dies nämlich geboten.⁴⁹ Mit der besonderen Nervendrucktechnik wird empfindlich in die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen eingegriffen. Durch den Druck auf Nervenpunkte wird ihm unmittelbar ein erheblicher Schmerz zugefügt. Mit einer solchen schmerzhaften Behandlung muss der Betroffene nicht unbedingt rechnen, wenn ihm „lediglich“ körperliche Gewalt i. S. d. § 69 I, II NSOG angekündigt wird. Der Grundsatz der Vorhersehbarkeit polizeilichen Handelns gebietet es daher, die bewusste und gewollte Zufügung von nicht lediglich unerheblichen Schmerzen durch die Anwendung einer Nervendrucktechnik im Rahmen des unmittelbaren Zwangs gesondert anzudrohen. Nur durch eine derartige vorherige Androhung wird der Betroffene in die Lage versetzt, die Zufügung von Schmerzen dadurch zu verhindern, dass er die geforderte Handlung vornimmt. Hierdurch kann zudem die Beugefunktion des Zwangsmittels besser verdeutlicht werden.⁵⁰

dd) Vorliegend wurden K und die Hausbesetzer noch im Obergeschoss des besetzten Gebäudes aufgefordert, das Gebäude zu verlassen. Ihnen wurden zugleich Zwangsmittel angedroht. Die Anwendung des unmittelbaren Zwangs wurde dabei mündlich angekündigt. Im Erdgeschoss jedoch setzte der P gegen den K die schmerzhafteste Nervendrucktechnik ein, als der K aktiven Widerstand gegen ein Wegtragen geleistet hat, indem er seine Arme anspannte, sich aus der sitzenden Position auf die Seite legte und sich von der Seite unter Verschränkung der Arme auf die Brust in die Bauchlage drehte. Die Anwendung dieser schmerzhaften Form der körperlichen Gewalt wurde jedoch nicht angekündigt. Die im Obergeschoss allgemein gehaltene Androhung des unmittelbaren Zwangs hätte P im Erdgeschoss des Gebäudes aber durch die Ankündigung der Nervendrucktechnik gegenüber K ergänzen müssen, er setze jetzt eine Nervendrucktechnik ein, die schmerzhaft sein könne, falls der K nicht freiwillig aufstehe und das Gebäude verlasse. Ob der K aktiven Widerstand gegen ein Wegtragen geleistet hat, ist dabei unerheblich. Eine Ankündigung der Nervendrucktechnik war dem P in Anbetracht des geringen Widerstands des K mithin möglich. Die vorherige Androhung des unmittelbaren Zwangs

⁴⁰ Vgl. BVerwG DÖV 1984, 884; VGH Mannheim, VBIBW. 1986, 245 (248); BVerfG DVBl. 1993, 150; *Mehde*, in: Hartmann/Mann/Mehde (Hrsg.), Landesrecht Niedersachsen, 1. Auflage (2015), § 4 Rn. 181.

⁴¹ OVG Lüneburg, Nds. VBl. 2009, 345 (346); OVG Lüneburg BeckRS 2010, 56750 sowie 56757.

⁴² *Mehde* (Fn. 40), § 4 Rn. 181 mit Verweis auf OVG Lüneburg, Nds. VBl. 2009, 345 (346).

⁴³ Fehlte diese Angabe im Sachverhalt, müsste die Rechtmäßigkeit des Grund-VA an dieser Stelle inzident geprüft werden. Bei Feststellung der Rechtmäßigkeit des Grund-VA müsste der Streit – wie hier – nicht entschieden werden.

⁴⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 27.

⁴⁵ Vgl. *Rachor* (Fn. 10), F Rn. 516.

⁴⁶ Vgl. BGH MDR 1975, 1006.

⁴⁷ *Rachor* (Fn. 10), E Rn. 868.

⁴⁸ *Rachor* (Fn. 10), E Rn. 867 f.

⁴⁹ OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 28.

⁵⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 28.

(im Obergeschoss) hätte insofern hier um den Hinweis der Nervendrucktechnik ergänzt werden müssen.⁵¹

b) Entbehrlichkeit der Androhung, § 70 I 3 NSOG

Nach § 70 I 3 NSOG kann jedoch von der Androhung abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist. Diese Ausnahme ist restriktiv auszulegen.⁵² Zu prüfen ist, ob die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig war. Nach der Legaldefinition gemäß § 2 Nr. 1 lit. b) NSOG ist eine gegenwärtige Gefahr eine Gefahr, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Hier war K der Erste aus der Besetzergruppe, der die Treppe hinabgeleitet wurde. Er ließ sich nach dem freiwilligen und eigenständigen Hinabsteigen der Treppe im Erdgeschoss zwar am Treppenabsatz sofort wieder auf den Boden fallen. Es ist aber nicht erkennbar, dass durch dieses Verhalten des K auf der Treppe die Bildung eines (beispielsweise) Rückstaus drohte, der die unmittelbar nachfolgenden Polizeibeamten und die übrigen Hausbesetzer auf der rutschigen Treppe der Gefahr des Ausgleitens und der Gefahr, sich

dadurch erheblich zu verletzen, aussetzte. Dieser Gefahr konnte ohne Weiteres dadurch begegnet werden, dass die Nachfolgenden kurzzeitig vor oder auf der Treppe verharren, ohne Schaden zu nehmen, bis der Bereich an der Treppe im Erdgeschoss wieder frei war. Als P bei dem K die Nervendrucktechnik anwandte, war keine gegenwärtige Gefahr i. S. d. § 2 Nr. 1 lit. b) NSOG gegeben. Von der Androhung des unmittelbaren Zwangs in Form der Nervendrucktechnik konnte somit nicht nach § 70 I 3 NSOG abgesehen werden.

3. Zwischenergebnis

Eine ordnungsgemäße Androhung des Zwangsmittels erfolgte nicht.⁵³ Die Anwendung der Nervendrucktechnik ist damit materiell rechtswidrig.

IV. Ergebnis

Die angewandte Nervendrucktechnik war somit rechtswidrig. Das von K behauptete Rechtsverhältnis besteht. Die Klage ist begründet.

C. Gesamtergebnis

Die Klage des K ist zulässig und begründet. Sie hat Aussicht auf Erfolg.

⁵¹ Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 10. 2016 – 11 LB 209/15, Rn. 29.

⁵² BeckOK PolR Nds/*Heinemann*, 3. Edition 1.9.2016, Nds. SOG § 70 Rn. 4.

⁵³ Bearbeiter, die die Anforderungen der Androhung des Zwangsmittels als genügend betrachten, müssten im nächsten Schritt die verhältnismäßige Anwendung des Zwangsmittels (§§ 65 I, 69 VI NSOG) prüfen.