

FREDRICH · PAUSCH



Fälle und Lösungen zum Polizei- und Ordnungsrecht in Hessen

4. Auflage

 BOORBERG

Fälle und Lösungen zum Polizei- und Ordnungsrecht in Hessen

Dr.phil. Dr.jur. Dr.rer.pol. Wolfgang Pausch †
Rechtsanwalt, Regierungsdirektor a.D.
Mitbegründer des Werkes und (Mit-)Autor
bis einschließlich der 3. Auflage

ab der 4. Auflage fortgeführt von

Dirk Fredrich
Ministerialrat a.D.
Vormals Referatsleiter im Hessischen Ministerium
des Innern und für Sport

4., aktualisierte Auflage, 2022

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek |
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

4., aktualisierte Auflage, 2022

ISBN 978-3-415-07303-6

E-ISBN 978-3-415-07304-3

© 1993 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede
Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist,
bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für
Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und
die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Titelfoto: © Mummert-und-Ibold – stock.adobe.com |

Satz: abavo GmbH, Nebelhornstraße 8, 86807 Buchloe |

Druck und Bindung: Laupp & Göbel GmbH, Robert-Bosch-Straße 42,
72810 Gomaringen

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Vorwort zur 4. Auflage

Die neue Auflage hält an dem bewährten Format fest und präsentiert zehn Fälle mit Musterlösungen in der Gestalt von Gutachten, Widerspruchsbescheiden, gerichtlichen Beschlüssen und Urteilen, die sich mit praxisrelevanten Themen aus dem Bereich des Gefahrenabwehrrechts in Hessen befassen. Wie bisher sind den Fallbeispielen allgemeine Hinweise für verwaltungsprozessrechtliche Klausuren, die Maßnahmen der Gefahrenabwehrbehörden und der Polizeibehörden betreffen, vorangestellt.

Die Fälle spielen im Jahr 2022 und berücksichtigen den entsprechenden Rechtsstand. Die zur Bekämpfung der Corona-Pandemie erlassenen und mehrfach geänderten Rechtsvorschriften bleiben dabei unberücksichtigt.

Die seit der letzten Auflage im Jahr 2012 erfolgten zahlreichen Gesetzesänderungen, einschließlich der Umsetzung der Europäischen Datenschutzreform in das HSOG, sind berücksichtigt worden. Das Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) in der Fassung vom 14. Januar 2005 (GVBl. I S. 14) ist zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes vom 30.09.2021 (GVBl. S. 622) geändert worden.

Auch für die Praxis wichtige neue Themen aus den Bereichen der Zuständigkeit und der Organisation sind in die Fälle eingearbeitet worden und werden in den Lösungshinweisen ausführlich dargestellt. Hierzu zählen die Themen: Wachpolizei, Freiwilliger Polizeidienst, örtlicher Verwaltungsbehördenbezirk und Wegfall des Regierungspräsidiums als Widerspruchsbehörde.

Diese Fallsammlung ist eine zweckmäßige Ergänzung des im gleichen Verlag erschienen und von demselben Verfasser stammenden Kommentars zum HSOG (derzeit in der 13. Auflage 2021) sowie des Lehrbuches Polizei- und Ordnungsrecht in Hessen von 2019, das sich mit den Grundzügen für die Ausbildung, für das Studium und für die Praxis befasst.

Mein Dank gilt den Begründern dieser Fallsammlung, dem leider verstorbenen Dr. mult. Wolfgang Pausch sowie Prof. Prillwitz. Ihre Fälle bilden noch immer die Basis dieses Buches. Ich danke aber ebenso Frau Pausch und dem Mitautor der letzten Auflage, Herrn Polizeipräsidenten a.D. Dölger, die mit der Verwendung von übernommenen Textstellen einverstanden sind.

Wiesbaden, im September 2022

Dirk Fredrich

Vorwort zur 1. Auflage

Diese Fallsammlung entstand auf Anregung von Studenten und Polizeibeamten und ist in erster Linie für Studierende – an Universitäten, Fachhochschulen und Polizeischulen – sowie für Rechtsreferendare geschrieben.

Die zehn ausgewählten Fälle aus der Praxis sowie die Musterlösungen bilden eine zweckmäßige Ergänzung unseres im gleichen Verlag erschienenen Lehrbuches „Polizei- und Ordnungsrecht in Hessen“ und haben zum Ziel, die im Lehrbuch doch mehr theoretisch aufgezeigten Problembereiche in eine klausurmäßige praxisbezogene Fallbearbeitung umzusetzen.

Den Fällen liegen ausschließlich Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, des Hessischen VGH sowie des Landgerichts Darmstadt zu Grunde. Wert legten die Verfasser insbesondere darauf, den Bearbeiter auch mit examensrelevanten Formalien wie z.B. Zeugenvernehmungen, Form von Widerspruchsbescheiden, Urteilen u.a. vertraut zu machen. Bewusst wurden die Originalentscheidungen der Gerichte grundsätzlich nicht überarbeitet. Wie bei jeder juristischen Klausur erheben die vorgeschlagenen Musterlösungen keinen Anspruch auf Absolutheit. Andere Lösungswege sind durchaus denkbar und vertretbar.

Einige Hinweise für den Bearbeiter:

- Arbeiten Sie selbstständig!
- Gehen Sie davon aus, dass die in dem gerade zu bearbeitenden Fall genannten Rechtsbehelfsbelehrungen ordnungsgemäß sind!
- Halten Sie eine Aufklärung oder Beweiserhebung für erforderlich, so ist zu unterstellen, dass auch die Wahrnehmung der richterlichen Aufklärungspflicht bzw. die Durchführung der Beweisaufnahme keine neuen Ergebnisse gebracht hat.
- Die Formalien sind in Ordnung (Vollmachten, Zustellungen, Ladungen)!
- Nehmen Sie zu allen in Betracht kommenden Rechtsfragen, erforderlichenfalls in einem Hilfgutachten, Stellung!

Wie sehr wir allen, die vor uns das Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung anhand von Fallbeispielen dargestellt haben, für die dort erhaltenen Anregungen verpflichtet sind, werden Kenner der Materie auch dort feststellen können, wo nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wurde. Danken möchten wir auch all den Polizeibeamten, Studierenden, Referendaren und Assessoren für die hervorragende Unterstützung bei der Arbeit an dieser Fallsammlung. Sie haben unsere Entwürfe gelesen, uns kritisiert und zu vielen Verbesserungen angeregt.

Für Kritik, Anregungen und Verbesserungsvorschläge sind wir immer dankbar. Bitte teilen Sie uns Ihre Erfahrungen mit der vorliegenden Fallsammlung mit und schreiben Sie uns, was Sie zu beanstanden haben bzw. was Sie besser darstellen würden.

Darmstadt und Gießen,
November 1996

Dr. Wolfgang Pausch
Prof. Günther Prillwitz

Inhaltsverzeichnis

Prüfungsschema	15
Allgemeine Hinweise für verwaltungsprozessrechtliche Klausuren, die Maßnahmen der Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden betreffen.	
Fallbeispiel 1: Ein außergewöhnlicher Streifendienst	43
<i>Themen:</i> Abschleppen; Androhung von Schusswaffengebrauch; Anwendung von Zwangsmitteln; Durchsuchung; Fesselung; Identitätsfeststellung; Schusswaffengebrauch; Sicherstellung; Sofortvollzug; Vorladung; Warnschuss.	
Fallbeispiel 2: Die gestörte Musikveranstaltung	66
<i>Themen:</i> Beschwerde; Gewahrsam; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Kostenentscheidung; Zuständigkeit/Rechtsweg.	
Fallbeispiel 3: Die Verhinderung von Wohnungseinbrüchen	78
<i>Themen:</i> Datenabgleich; Festhalten; Fortsetzungsfeststellungsklage; Identitätsfeststellung; Kontrollstelle; statische Verweisung.	
Fallbeispiel 4: Der bissige Pitbull	89
<i>Themen:</i> Androhung des unmittelbaren Zwanges; Anhörung; Anscheinsgefahr; Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung; Ermessen; Fortsetzungsfeststellungsklage; HundeVO; öffentliche Sicherheit; Schadensausgleich; Schusswaffengebrauch gegen Tiere; Sofortvollzug; sofortige Vollziehung; Tierschutz; Verantwortlichkeit; Verhältnismäßigkeit, vorläufiger Rechtsschutz.	
Fallbeispiel 5: Der Falschparker	114
<i>Themen:</i> Abschleppmaßnahme; Anfechtungsklage; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Wachpolizei, Zurückbehaltungsrecht.	
Fallbeispiel 6: Rauch und Flammen auf dem Dach	134
<i>Themen:</i> Aufgabengeneralklausel; Freiwilliger Polizeidienst; Schutz privater Rechte; Gefahrerforschung; Befragung; Auskunftspflicht; Durchsuchung einer Wohnung; Betreten einer Wohnung; Nichtstörerin; Sofortvollzug; Datenverarbeitung; Zitiergebot.	

Fallbeispiel 7: Die sichergestellten Fahrzeugschlüssel	153
<i>Themen:</i> Einstweilige Anordnung; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Sicherstellung.	
Fallbeispiel 8: Der gewalttätige Ehemann	168
<i>Themen:</i> Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO; Widerspruchsverfahren; Wegweisungsverfügung; Betretungsverbot; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.	
Fallbeispiel 9: Das obdachlose Ehepaar	182
<i>Themen:</i> Einweisungsverfügung; Ermessen; Gefahrenschwelle; Heilung von Verfahrensfehlern; Verantwortlichkeit; Verhältnismäßigkeit; Zuständigkeit des Magistrats; Widerspruchsverfahren.	
Fallbeispiel 10: Der Gaststättenfall	189
<i>Themen:</i> Anordnung der sofortigen Vollziehung; Betriebsschließung; örtlicher Verwaltungsbehördenbezirk; Untersagung der Ausübung des Gaststättengewerbes; ; Widerspruchsbescheid; Zuverlässigkeit.	
Stichwortverzeichnis	203

Abkürzungsverzeichnis

i.A.	im Auftrag
allg	allgemein
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
BeamStG	Beamtenstatusgesetz
BimSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BpersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BverfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BkatV	Bußgeldkatalog-Verordnung
BKat	Bußgeldkatalog
BpolG	Bundespolizeigesetz
BauGB	Baugesetzbuch
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679
EBO	Eisenbahn-Bau- und Betriebsverordnung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Ermittlungs- personenVO	Verordnung über Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FBA	Folgenbeseitigungsanspruch
FeV	Fahrerlaubnis-Verordnung
FK	Feststellungsklage
FFK	Fortsetzungsfeststellungsklage
FN	Fußnote
GebOST	Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr

Gewerberechts-Zuständigkeitsverordnung	Verordnung über Zuständigkeiten nach dem Hessischen Gaststättengesetz und dem Hessischen Spielhallengesetz
GG	Grundgesetz
GnotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HBO	Hessische Bauordnung
HDSIG	Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz
HessAGVwGO	Hessisches Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung
HessVwVKostO	Hessische Verwaltungsvollstreckungskostenordnung
HFPG	Hessisches Freiwilligen-Polizeidienst-Gesetz
HGastG	Hessisches Gaststättengesetz
HGO	Hessische Gemeindeordnung
HKO	Hessische Landkreisordnung
h.M.	herrschende Meinung
HPolLVO	Hessische Polizeiaufbahnverordnung
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
HSOG-DVO	Verordnung zur Durchführung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung und des Hessischen Freiwilligen-Polizeidienst-Gesetzes
HundeVO	Gefahrenabwehrverordnung über das Halten und Führen von Hunden
HV	Hessische Verfassung
HVwVfG	Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz
i. V.m.	in Verbindung mit
JI- Richtlinie	Richtlinie (EU) Nr. 2016/680
LK	Leistungsklage
Nr.	Nummer
öffentl.	öffentlich
OLG	Oberlandesgericht

OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Pkw	Personenkraftwagen
RegBezG	Gesetz über die Regierungspräsidien und Regierungsbezirke des Landes Hessen
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
s.o.	siehe oben
sog.	so genannte
StAnz.	Staatsanzeiger für das Land Hessen
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
TierschG	Tierschutzgesetz
Tollwut-VO	Verordnung zum Schutz gegen die Tollwut
u. a.	unter anderem
VA	Verwaltungsakt
Verkehrsrechts- ZuständigkeitsVO	Verordnung zur Bestimmung verkehrsrechtlicher Zuständigkeiten
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VLEVollzG	Gesetz zum Vollzug von Aufgaben auf den Gebieten des Veterinärwesens, der Lebensmittelüberwachung und der Ernährungssicherstellung und -vorsorge
VVHSOG	Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
VVFPoID	Verwaltungsvorschrift zur Ausführung der Rechtsvorschriften über den Freiwilligen Polizeidienst in Hessen
VVWaPOL	Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des § 13 HSOG-DVO
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WaffG-DVO	Verordnung zur Durchführung des Waffengesetzes

Allgemeine Hinweise für verwaltungsprozessrechtliche Klausuren, die Maßnahmen der Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden betreffen¹

Obersatz: Die Klage (der Antrag) hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie (er) zulässig und begründet ist.

A. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen

I. Verwaltungsrechtsweg

1. Für die Klage (den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz) müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies bestimmt sich grundsätzlich nach § 40 Abs. 1 VwGO. Soweit keine Sonderzuweisungen bestehen, ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gegeben, die nicht verfassungsrechtlicher Natur sind.

Weil es sich bei § 40 Abs. 1 VwGO um eine Generalklausel handelt, kommt die Bestimmung nicht zur Anwendung, wenn bereits ein spezielles Gesetz die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit begründet (sog. aufdrängende Sonderzuweisung: u.a. § 54 Abs. 1 BeamStG, § 83 BPersVG).

2. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören, das heißt einen Träger öffentlicher Gewalt als solchen berechtigen und/oder verpflichten (sog. „Sonderrechtstheorie“ oder „modifizierte Subjektstheorie“).

3. Ob eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt, kann summarisch anhand des insoweit abschließenden Katalogs des § 13 BVerfGG überprüft werden und ist im Allgemeinen anzunehmen, wenn

- ein Streit zwischen am Verfassungsleben unmittelbar beteiligten Rechtsträgern vorliegt und sich auf Rechte und Pflichten bezieht, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind,

¹ Da das vorgegebene Schema nicht zwingend ist, kann ggf. von der Prüfungsreihenfolge abgewichen werden. Es ist dabei auf die mit einem * gekennzeichneten Punkte nur dann einzugehen, wenn der Sachverhalt dazu Anlass gibt. Die kursiv gedruckten Passagen sollen eine Formulierungshilfe geben.

- und dabei um materielles Verfassungsrecht gestritten wird (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit²).

4. Weiter darf keine abdrängende Sonderzuweisung an ein anderes Gericht vorliegen:

Z.B. §§ 62, 68 OWiG, aber auch Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG, § 70 HSOG, § 49 Abs. 6 Satz 3 HVwVfG, § 40 Abs. 2 VwGO, Art. 34 Satz 3 GG, § 23 Abs. 1 EGGVG

MERKE: Aufdrängende Sonderzuweisungen sind nur durch Bundesgesetz möglich (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO); abdrängende Sonderzuweisungen sind auch durch Landesgesetz möglich (§ 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Eine Sonderzuweisung durch Rechtsverordnung oder Satzung scheidet aus! Vor allem bei Maßnahmen der Polizei ist aufgrund der Doppelfunktionalität von Polizeibehörden (Strafverfolgung und Gefahrenabwehr) § 23 Abs. 1 EGGVG zu beachten. Nach § 23 Abs. 1 EGGVG ist für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Justizbehörde der ordentliche Rechtsweg gegeben (Zuständigkeit des OLG, § 25 Abs. 1 EGGVG).

Nach der heute herrschenden Auffassung kommt es nicht mehr auf die organisatorische Betrachtung (danach ist die Polizei keine Justizbehörde, da sie organisatorisch dem Innenministerium untersteht), sondern auf die funktionelle Betrachtungsweise an.

Bei Maßnahmen der Polizei ist zu unterscheiden:

- Wird die Polizei zur Strafverfolgung (repressiv) tätig, so handelt sie als Justizbehörde, sodass der ordentliche Rechtsweg nach § 23 Abs. 1 EGGVG eröffnet ist.
- Handelt die Polizei dagegen zur Gefahrenabwehr nach den Polizeigesetzen (präventiv), so ist grundsätzlich der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO gegeben.
- Werden sowohl präventive als auch repressive Zwecke (sog. doppelfunktionale Maßnahmen) verfolgt, kommt es nach h.M. wegen der Alternativität der beiden Aufgabenbereiche auf Art, Zweck und Schwergewicht der Maßnahme an.

Ist die Frage, ob ein Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, nicht eindeutig zu bejahen, so ist stets die Vorschrift des § 17 a GVG zu beachten. Liegt ein Verweisungsbeschluss vor, dann ist dieser für das Gericht, an das der Rechts-

2 Einmal im Hinblick auf die der Entscheidung zu Grunde liegenden Normen und zum anderen in Bezug auf die Streitbeteiligten.

streit verwiesen worden ist, bindend, § 17 a Abs. 2 S. 3 GVG. Damit wäre der Verwaltungsrechtsweg gegeben, ohne dass es darauf ankommt, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art i.S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt. Ausnahmen von der Bindungswirkung kommen nur bei schweren und offensichtlichen Rechtsverstößen in Betracht.

II. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts*

- örtliche Zuständigkeit: § 52 VwGO, § 1 Abs. 2 HessAGVwGO
- sachliche Zuständigkeit: § 45 VwGO (Ausnahmen §§ 47, 48, 50 VwGO)

Bei unzulässigem Rechtsweg bzw. fehlender sachlicher oder örtlicher Zuständigkeit wird die Klage nicht als unzulässig abgewiesen, sondern von Amts wegen an das zuständig erachtete Gericht verwiesen (§ 17a GVG, § 83 VwGO).

III. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO*

Die Beteiligtenfähigkeit ist die Fähigkeit, als Subjekt eines Prozessrechtsverhältnisses (vgl. § 63 VwGO) überhaupt an einem Verfahren vor einem Gericht teilnehmen zu können:

- natürliche und juristische Personen, soweit sie nach öffentlichem oder privatem Recht als rechtsfähig behandelt werden.
- Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann, § 61 Nr. 2 VwGO, ist weit zu verstehen, also alle anderen Gruppierungen. Es muss sich jedoch um eine zusammengeschlossene Personenmehrheit handeln, die ein gewisses Maß an Organisation aufweist.
- Behörden, soweit das Landesrecht dies bestimmt (hessisches Landesrecht gibt es insoweit nicht).

IV. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO*

Die Prozessfähigkeit ist die Befugnis, selbst oder durch einen Bevollmächtigten wirksam Prozesshandlungen vorzunehmen. Grundsätzlich ist prozessfähig, wer gemäß

- § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO nach bürgerlichem Recht geschäftsfähig ist, oder gemäß

- § 62 Abs. 1 Nr. 2 VwGO unter den dort genannten Voraussetzungen partiell geschäftsfähig ist.
- Der Begriff der Vereinigung in § 62 Abs. 3 VwGO umfasst sämtliche, in § 61 Nr. 1 und 2 VwGO genannten Vereinigungen. Diese sind als solche zwar nicht prozessfähig, handeln aber durch ihre gesetzlichen Vertreter.

V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis*

Dieses ist nur dann zu verneinen, wenn die klagende Person das Rechtsschutzziel auf andere Weise einfacher und schneller erreichen kann oder sein Begehren sinnlos geworden ist.

VI. Keine entgegenstehende Rechtskraft*

Vergleiche § 121 VwGO. Insbesondere die Voraussetzungen der formellen bzw. materiellen Rechtskraft und deren Bindungswirkung.

B. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen und Besonderheiten der einzelnen Rechtsmittel in der Begründetheit

Unter den besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind die Voraussetzungen zu verstehen, die für die Statthaftigkeit der verschiedenen Klagearten (Antragsarten) bestehen. Zusätzlich wird auf die jeweiligen Besonderheiten in der Begründetheit eingegangen, da auch hier bei den einzelnen Klagearten Unterschiede bestehen.

I. Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO

1. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

a) Verwaltungsrechtsweg

Rechtsweg, § 40 Abs. 1 VwGO.

b) Klageart

Die Anfechtungsklage ist die geeignete Klageart (= statthaft), wenn die klagende Person die Beseitigung eines noch nicht erledigten, belastenden VA

(Verwaltungsakt) (vgl. § 35 VwVfG bzw. § 35 HVwVfG³) begehrt. Sie kann sich auch gegen belastende, selbstständige Nebenbestimmungen eines VA (vgl. § 36 HVwVfG) richten, was im Einzelnen umstritten ist.⁴

Bei der polizeirechtlichen Klausur wird dabei der VA (Verwaltungsakt) oftmals von einem sogenannten Realakt abzugrenzen sein.⁵

Eine Erweiterung enthält § 35 Satz 2 HVwVfG, die Allgemeinverfügung, unter die insbesondere auch Verkehrszeichen zu subsumieren sind.

Der angegriffene VA darf sich noch nicht erledigt haben⁶, d.h., er muss noch Rechtswirkungen auslösen und seine wesentliche Beschwer darf noch nicht entfallen sein (Hauptbeispiel dafür ist der Vollzug der Maßnahme [vgl. auch § 43 Abs. 2 HVwVfG]).

Klagegegenstand ist grundsätzlich der ursprüngliche VA in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat (§ 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).

c) Klagebefugnis, vgl. § 42 Abs. 2 VwGO

Die klagende Person muss grundsätzlich die Verletzung eigener Rechte geltend machen⁷. Dabei bedeutet „geltend machen“, dass die klagende Person Behauptungen bzw. Rechtsansichten vorbringen muss, *die eine eigene Rechtsverletzung zumindest möglich erscheinen lassen; eine solche darf danach zumindest nicht eindeutig und offensichtlich ausgeschlossen sein.*⁸

D.h., wenn die klagende Person geltend machen kann, in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Erhebt der Adressat des belastenden VA Klage, bedarf es grundsätzlich keiner weiteren Prüfung. Er ist stets klagebefugt (Adressatentheorie). Einer eingehenderen Prüfung bedarf es z. B.,

3 VwVfG kommt bei Maßnahmen der Bundespolizeibehörden, das HVwVfG bei solchen des Landes zur Anwendung. Aus Gründen der Darstellung wird im Folgenden das HVwVfG zitiert.

4 § 36 Abs. 2 Nr. 4, 5 VwVfG = selbstständige Nebenbestimmungen (Auflage) zum VA, gegen die die isolierte Anfechtung möglich ist. Gegen sonstige Nebenbestimmungen zum VA, un-selbstständige VA-Bestandteile, z.B. § 36 Abs. 2 Nr. 1–3 VwVfG, ist die isolierte Anfechtung grundsätzlich nicht möglich. Stattdessen muss Verpflichtungsklage auf Erlass eines uneingeschränkten VA gewählt werden.

5 Zu den Realakten gehören neben schlichtem Verwaltungshandeln auch behördliche Handlungen tatsächlicher Art, die mit Eingriffen verbunden sind, ohne auf einen rechtlichen Erfolg mit Außenwirkung zu zielen (vgl. Fredrich, HSOG, 13. Auflage 2021, § 4, RN 2). Bei einem Realakt ist die Leistungsklage die richtige Klageart, s. B III 1; hat sich der Realakt bereits erledigt, kann allgemeine Feststellungsklage erhoben werden, s. B IV....

6 Bei einem erledigten VA ist die Fortsetzungsfeststellungsklage die geeignete Klageart, s. u. B IV; wenn sich der VA nach Klageerhebung erledigt, muss die klagende Person ihre Klage insoweit umstellen.

7 Die Regelung will sogenannte Popularklagen verhindern. Der Gesetzgeber kann Ausnahmen, wie z.B. die Verbandsklage nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, zulassen.

8 Vgl. dazu BVerfG, DVBl. 1998, 326, 327; BVerwGE 36, 192, 199.

wenn sich die klagende Person gegen einen VA wendet, der einen anderen begünstigt und ihn oder sie selbst nur mittelbar beeinträchtigt (sog. VA mit Doppelwirkung, vgl. auch § 80a VwGO). Daher muss die Norm, auf die sich die klagende Person beruft, dazu bestimmt sein, nicht nur die Allgemeinheit, sondern gerade auch seine Individualinteressen zu schützen (Schutznormtheorie). Dies ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn die klagende Person zu einem eng umgrenzten Personenkreis gehört, der in der Norm, genannt ist („die Nachbarschaft“ etc.) oder grundrechtsrelevante Positionen betroffen sind. Im Übrigen ist zu prüfen, ob die Norm, auf die sie sich beruft, drittschützend ist.

d) Vorverfahren, § 68 VwGO

Grundsätzlich ist vor Erhebung der Anfechtungsklage ein Widerspruchsverfahren durchzuführen. In diesem sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des VA zu überprüfen. Sinn und Zweck des Vorverfahrens besteht in Entlastung der VG durch verwaltungsbehördliche Selbstkontrolle und den Rechtsschutz der Bürgerin oder des des Bürgers.

Eine Anfechtungsklage ist in der Regel nur zulässig, wenn ein Widerspruchsverfahren erfolglos durchgeführt worden ist. Von diesem Grundsatz gibt es zahlreiche Ausnahmen, die in § 68 Abs. 1 VwGO selbst, aber auch landesrechtlich in der Anlage zu § 16 Abs. 1 sowie in § 16 a Abs. 2 und 3 HessAGVwGO aufgeführt sind.

Die Wesentlichen sind in § 68 Abs. 1 VwGO selbst ausdrücklich geregelt.

Über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus ist das Vorverfahren nach der Rspr. des BVerwG⁹ entbehrlich, wenn dem Zweck des Widerspruchsverfahrens schon auf andere Weise bereits Genüge getan ist oder sein Zweck nicht mehr erreicht werden kann.

Danach ist der VA in Gestalt des Widerspruchsbescheides Gegenstand der Anfechtungsklage (vgl. § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Sollte das Vorverfahren bei Klageerhebung noch nicht durchgeführt worden sein, kann es allerdings bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden. (Das kommt aber nur ausnahmsweise, z. B. im Fall der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht, da die Widerspruchsfrist in der Regel verstrichen sein wird).

Das Vorverfahren hat drei Funktionen, die in ihrer Bedeutung von unterschiedlichem Gewicht sind.¹⁰ Sein eigentlicher Sinn erschließt sich aus der

9 BVerwGE 64, 325 (330); BayVGH v. 9.2.1983; BayVBl. 1983, S. 315f.

10 BVerwGE 26, 161 (166f.).

Tatsache, dass die Widerspruchsbehörde nach § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO im Gegensatz zu dem Gericht, dessen Kontrolle bei Ermessensentscheidungen begrenzt ist (vgl. § 114 Satz 1 VwGO), eine umfassende Überprüfungsbefugnis besitzt, der Widerspruch also zur Nachprüfung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des betreffenden VA führt. (Ausnahmen bestehen bei Selbstverwaltungsangelegenheiten, wenn die Widerspruchsbehörde nicht mit der Ausgangsbehörde identisch ist). Diese umfassende Überprüfungsbefugnis ermöglicht und bezweckt die **Selbstkontrolle der Verwaltung**, und hierin liegt auch die wesentliche Funktion des Widerspruchsverfahrens. Verbunden hiermit ist die durch das Widerspruchsverfahren als Vorverfahren angestrebte **Entlastung der Gerichte**. Zusätzlich hat das Widerspruchsverfahren auch **Rechtsschutzfunktion**.¹¹ In Hessen findet zusätzlich vor der Entscheidung über Widersprüche gegen kommunale VA grundsätzlich eine Anhörung vor einem Ausschuss nach Maßgabe des § 7 HessAGVwGO statt.

Abweichend von § 68 VwGO ist gemäß § 75 VwGO eine Klage zulässig, wenn die klagende Person gegen einen belastenden VA Widerspruch eingelegt hat, über den die Behörde ohne zureichenden Grund nicht in angemessener Frist sachlich entschieden hat (Untätigkeitsklage); denn eine Behörde muss über Anträge und Rechtsbehelfe in allen Fällen so zügig entscheiden, wie es ihr ohne Nachteil für die gebotene Gründlichkeit möglich ist.

e) Form und Frist

Fristbeginn ist regelmäßig der Zustellungszeitpunkt des mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Widerspruchsbescheides (§ 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO, sowie § 58 Abs. 2 VwGO bei unterbliebener Rechtsbehelfsbelehrung) an den Widerspruchsführer oder dessen Vertreter bzw. die Bekanntgabe des belastenden VA in der nach den einschlägigen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts bzw. Verwaltungszustellungsrechts vorgeschriebenen Form (§ 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO, § 41 HVwVfG).

Die Klage ist erhoben, wenn die Klageschrift bei Gericht eingeht (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Beim VG kann sie gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 VwGO auch zur Niederschrift der Urkundsbeamtin oder des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden; in diesem Fall ist die Klage mit Errichtung des Protokolls erhoben. Eine Klageschrift in Form eines elektronischen Dokumentes ist nach Maßgabe des § 55a VwGO zulässig und bedarf z.B. einer elektronischen Signatur.

11 Vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12 Auflage 2021, § 5, RN 2.