

POLIZEILICHE FREIHEITSENTZIEHUNG

EINE ANLEITUNG ZUM RECHTSSCHUTZ

ULRIKE DONAT

Hg.: Republikanischer Anwältinnen- und Anwaltsverein e.V.
Holtfort-Stiftung und Ermittlungsausschuss Gorleben



**Ermittlungsausschuss
Gorleben**

Republikanischer
Anwältinnen- und
Anwälteverein e.V.

RAV

POLIZEILICHE FREIHEITSENTZIEHUNG

EINE ANLEITUNG ZUM RECHTSSCHUTZ

ULRIKE DONAT

Inhalt

4	VORWORT
5	EINLEITUNG
	KAPITEL 1
	Rechtsschutz gegen polizeiliche Freiheitsentziehung
10	I. Polizeilicher Präventivgewahrsam - Begriff und gesetzliche Regelung
11	1. Polizeilicher Präventivgewahrsam
17	2. Richtervorbehalt und Verzicht auf Richterentscheidungen
18	3. Höchstdauer des Gewahrsams
19	4. Freilassungspflichten
20	5. Präventivgewahrsam auf richterliche Anordnung
20	6. Sonderfall: Gewahrsamsanordnung durch Bundesgrenzschutz
22	7. Freiheitsentziehung nach StPO
25	8. Gemengelagen - Begründungspflichten
28	9. Anschlussgewahrsam
29	10. Höherrangiges Recht zum Richtervorbehalt
33	11. Unverzögerlichkeitsgebot
36	12. Behandlung im Gewahrsam
37	13. Vollzug der Freiheitsentziehung bei Jugendlichen
45	II. Rechtsschutz während der Freiheitsentziehung
45	1. Zuständigkeit des Amtsgerichtes für polizeiliche Freiheitsentziehungen
47	2. Verfahren nach FEVG und FGG
48	3. Richtervorbehalt: Entscheidung von Amts wegen, Amtsermittlung
49	4. Antragsrecht der Betroffenen
51	5. Persönliche Anhörung, Recht auf Gehör
52	6. Verfahren nach StPO
53	7. Umgang mit Verzögerungsstrategien der Polizei
57	8. Umfang der Nachprüfung durch das Gericht
60	9. Rechtsmittel, Fristen bei Beschluss nach Erledigung nach FGG und FEVG
62	10. Rechtsmittel bei Freiheitsentziehung zur Strafverfolgung, Identitätsfeststellung
70	III. Rechtsschutz nach Entlassung aus dem Gewahrsam
71	1. Rechtsweg für präventivpolizeiliche Freiheitsentziehungen
79	2. Fortsetzungsfeststellungsantrag in allen Verfahrensarten
79	3. Zulässigkeitsvoraussetzungen: Fortsetzungsfeststellungsinteresse
81	4. Verfahren zur Überprüfung erledigter Freiheitsentziehung
85	5. Nachträgliche Feststellung im StPO-Verfahren
86	6. Fortsetzungsfeststellungsklage
87	7. Auswahl des Rechtswegs, Rechtsbehelfs für nachträgliche Überprüfung
89	8. Prüfungsmaßstab bei der nachträglichen Rechtsmäßigkeitkontrolle
90	9. Hinweis auf weitere Möglichkeiten der Gegenwehr

KAPITEL 2

Ausreiseverbote | Meldeauflagen | Gefährderanschriften

- 98 **I. Bisherige Erfahrungen**
- 99 1. Ausreiseverbote an der Grenze
- 99 2. Reiseverbote verbunden mit Meldeauflagen
- 100 3. Gefährderanschriften
- 101 **II. Rechtsgrundlagen**
- 101 1. Ausreiseverbote an der Grenze
- 110 2. Reiseverbote mit und ohne Meldeauflagen
- 111 3. Gefährderanschriften
- 112 **III. Rechtsmittel**
- 112 1. Eilverfahren
- 112 2. Hauptsacheverfahren

KAPITEL 3

Polizeiliche Dateien bei Freiheitsentziehung und Ausreiseverboten

- 115 **I. Überblick über Polizeidateien**
- 117 **II. DemonstrantInnen in Polizeidateien**
- 118 1. Landfriedensbruchdatei
- 118 2. LIMO - "Gewalttäter Links"
- 119 3. Anti-Castor-Datei
- 119 4. Freiheitsentziehung und Polizeidateien
- 119 5. Ausreiseverbote und Polizeidateien
- 120 **III. BürgerInnen unter Generalverdacht - Polizeiliche Allmacht?**

123 MUSTERANTRÄGE

128 LITERATURVERZEICHNIS

Vorwort

Atomtransporte, Wirtschaftstreffen und Naziaufmärsche werden von der Polizei regelmäßig genutzt, um Demonstranten in großer Zahl einzufangen und wegzusperren. Das geschieht meist hundertfach und die Betroffenen finden sich anschließend im stunden- oder gar tagelangen Gewahrsam, zumal die Richter ebenso regelmäßig und häufig rechtswidrig die massenhaften Ingewahrsamnahme auf Zuruf der Polizei anordnen. Rechtsstaatlich geht es in aller Regel also nicht zu, wenn Castordemonstranten, Globalisierungsgegner und Antifaschisten protestieren und ihre Grundrechte wahrnehmen. Einzelfallprüfungen durch die Gerichte sind die Ausnahme und der politische Wille, den Protest mit polizeilichen und justiziellen Mitteln zu unterdrücken, wird inzwischen bei jeder größeren Demonstration deutlich.

Anwälte und Ermittlungsausschüsse stehen dieser Einschränkung der Grundrechte mangels Erfahrung und Kenntnissen bei allem guten Willen oft defensiv und verzagt gegenüber. Das würden wir als Herausgeber gern ändern und wollen daher mit dieser Broschüre eine praktische Hilfestellung leisten.

Die vorliegende Arbeit von Ulrike Donat soll den Kolleginnen und Kollegen und allen Interessierten einen Überblick der gewollt komplizierten und verschachtelten Rechtslage geben und vor allem dazu dienen, die vorhandenen Rechtsmittel effektiv und unerschrocken einzusetzen. Bei wem also bisher die ebenso gewollt komplizierten Zuständigkeitsregelungen zwischen Verwaltungsgerichten, Freiwilliger Gerichtsbarkeit und Strafgerichten und die verschiedenen Rechtsgrundlagen der Gefahrenabwehr- und Polizeigesetze, der Strafprozessordnung, der Eisenbahnbetriebsordnung und des BGS-Gesetzes nur ablehnende Verwirrung hervorgerufen haben, kann sich jetzt besser rüsten. Die Justiz und die Polizei sind auf diesem Gebiet viel zu lange unkontrolliert geblieben mit der Folge, dass hundertfache Ingewahrsamnahmen rechtmäßig erscheinen. Sie sind es nicht.

Der Republikanische Anwältinnen- und Anwältevereins, die Holtfort-Stiftung und der Ermittlungsausschuss Gorleben als gemeinsame Herausgeber danken sowohl der Autorin Rechtsanwältin Ulrike Donat als auch den zuarbeitenden Kolleginnen und Kollegen Britta Eder, die am Kapitel 2, III mitschrieb und Karen Ullmann aus Hamburg sowie Alain Mundt und Sönke Hilbrans aus Berlin. Für Hinweise, Fortschreibungen und Kritiken sind wir dankbar.

Martin Lemke
Rechtsanwalt

Einleitung – Erfahrungen mit Polizeilichen Freiheitsentziehungen bei Bürgerprotesten

Im Verlauf der Castor-Transporte seit 1996 mussten wir feststellen, dass die Polizei die Eingriffsermächtigung zum Polizeigewahrsam als Verhinderungsgewahrsam, Gewahrsam zur Durchsetzung von Platzverweisen und Festnahme zur Identitätsfeststellung ausbaut zu einer polizeilichen "Ersatzbestrafung".

Regelmäßig wird der Richtervorbehalt des Art. 104 GG missachtet: Die Betroffenen werden genau so lange festgehalten, dass keine richterliche Überprüfung erfolgt¹ - mit welchen Mitteln auch immer.

So wurden bei Castor-Protesten im März 1996 in einem zunächst undurchsichtigen Kompetenzgewirr von Bundesgrenzschutz und Landespolizei ca. 170 Personen im sog. "Karwitzer Kessel" stundenlang auf freiem Feld und in Gefangenentransportern festgehalten, anschließend in eine Gefangensammelstelle verbracht und erst nach 10 Stunden freigelassen, ohne dass eine richterliche Entscheidung erfolgte². Dem (einzigen) - von Anwälten der Betroffenen herbeigerufenen - Eilrichter wurde weisgemacht, der Gewahrsam richte sich nach dem BGS-Gesetz. Diese Behauptung stellte sich bei späterer gerichtlicher Überprüfung als unwahr heraus. Nachträglicher Rechtsschutz blieb dennoch bisher ohne Erfolg³.

Einen Tag vor dem Castor-Transport nach Gorleben im März 1997 wurden außerhalb der Versammlungsverbotzone gleich 569 Personen eingekesselt im "Quickborner Kessel". Anlass war ein Steinwurf aus einer Kleingruppe an anderer Stelle - gefangen waren offensichtlich zu viele und die falschen. Ohne Versammlungsauflösung wurde gegen alle "Verhinderungsgewahrsam" angeordnet und später unter einem Pauschalvorwurf ohne konkrete personenbezogene Tatsachen wegen "Landfriedensbruch" ermittelt - das Verfahren wurde später ebenso formal wieder eingestellt. 150 Personen wurden nach Personalienfeststellung in Gefangensammelstellen verbracht. Dort verfügte der verspätet benachrichtigte Richter ohne konkrete Befassung im Einzelfall nach Hin und Her zwischen strafrechtlicher und polizeirechtlicher Begründung erst nach 12 Stunden die Freilassung. Danach hielten die verantwortlichen Polizeikräfte die Betroffenen weiter ca. 2 ½ Stunden in der Gefangensammelstelle fest und begründeten dies mit angeblicher Befugnis zu "Anschlussgewahrsam" nach Polizeirecht trotz richterlicher Freilassung. Die übrigen rund 420 Betroffenen wurden ca. 6 Stunden im Freien ohne jegliche richterliche Befassung festgehalten und schließlich nach Intervention von Anwälten und Abgeordneten nach Personalienfeststellung und Videoaufnahmen freigelassen. Auch hier blieb der nachträgliche Rechtsschutz bisher ebenso erfolglos⁴, wie Strafanzeigen gegen die verantwortlichen Polizisten wegen Freiheitsberaubung.

Im März 1998 beim Castor-Transport nach Ahaus wurden ebenfalls mehrere hundert friedliche DemonstrantInnen außerhalb der Versammlungsverbotzonen an verschiedenen Orten festgenommen, vor Ort und in Gefangenentransportern stundenlang ohne Möglichkeit zum Toilettengang eingekesselt und eingesperrt und schließlich in verschiedene Gefangensammelstellen in verschiedene Gerichtsbezirke verbracht. Die richterliche Befassung erfolgte auch hier - wenn überhaupt - erst nach

Stunden auf Intervention von Anwälten, die teilweise die zuständigen Richter persönlich in die Gefangenessammelstellen holen mussten. Freilassungsentscheidungen der Richter wurden von der Polizei zwar befolgt, aber gar nicht oder erst nach Stunden auf gleichgelagerte Fälle übertragen.⁵

Im März 2001 kam es anlässlich des Castor-Transportes zu insgesamt 1.400 präventiv-polizeilichen Festnahmen über mehrere Tage und an mehreren Orten. Es standen zwar ausreichend Container und Käfige zum Einsperren der Demonstranten zur Verfügung, für die Logistik zur Beachtung des Richtervorbehaltes war dagegen nicht vorgesorgt. Teilweise mussten Betroffene viele Stunden in engen Gefangentransportern ausharren. Nur in schätzungsweise 100 Fällen kam es überhaupt zur richterlichen Befassung mit den Freiheitsentziehungen. Mehr als vierhundert Demonstranten wurden vom BGS von den Schienen weg per Bus und Bahn an bis zu 120 km entfernte Orte verbracht und dort ausgesetzt⁶. Erstmals wurde ein gewaltfreier Aktivist auf richterliche Anordnung für bis zu 4 Tage in Verhinderungsgewahrsam genommen wegen angeblicher Aufrufe zu Straftaten in einem Kundgebungsbeitrag. Die Gewahrsamsanordnung wurde nachträglich - nach Vollzug unter unwürdigen Haftbedingungen - vom Oberlandesgericht Celle für rechtswidrig erklärt⁷.

Im November 2001 wurden mindestens 780 Personen präventivpolizeilich in Gewahrsam genommen, überwiegend zur "Durchsetzung von Platzverweisen" nach Schienendemonstrationen oder Blockadeversuchen⁸. Fast alle wurden über viele Stunden auf freiem Feld und in den engen Zellen der Gefangentransporter festgehalten, auch noch nach Erreichen der Gefangenessammelstelle. Nur in ca. 80 bis 100 Fällen kam es zu einer richterlichen Befassung und Anhörung der Betroffenen. Die Polizei kam "mit der Erfassung nicht nach" oder konnte "die Akten noch nicht vorlegen". So vergingen zwischen Festnahme und Vorführung beim Richter häufig 20 Stunden. In fast 700 Fällen fand weder eine richterliche Anhörung noch eine Befassung des Gerichtes mit dem konkreten Fall statt, dennoch wurden Betroffene zwischen 10 und 25 Stunden (mindestens 150 über Nacht ohne Kenntnis des Richters von ihrer Existenz) von der Polizei festgehalten, darunter Jugendliche mit Kinderausweis. Lediglich in 4 Fällen wurde vom Richter die Fortsetzung des Gewahrsams bis zur Einfahrt des Castor-Transportes angeordnet.⁹

Eigene Anträge der Betroffenen auf richterliche Überprüfung und Vorführung werden von der Polizei grundsätzlich missachtet, nicht protokolliert und nicht weitergeleitet. Da den Gefangenen Papier, Stifte und Handys bei der Einlieferung abgenommen werden, sind sie der Willkür der Polizeibeamten ausgesetzt. Nur wenige dürfen telefonieren - ist bei dem einen gestatteten Versuch niemand erreichbar? Kein Kleingeld für die Telefonzelle? Pech gehabt!

Die Unterbringung der Gefangenen wird als solche zur "Ersatzbestrafung" ausgestaltet:

Nach mehreren Stunden auf freiem Feld ist es bei allen Castor-Transporten üblich geworden, die Einkesselten - z.T. mit Fesseln - über Stunden in die engen Zellen der Gefangentransporter einzusperren bei mangelhafter Belüftung und Beheizung ohne Bewegungsmöglichkeit. Der Aufenthalt im Gefangentransporter wird nicht etwa beendet mit Erreichen der Gefangenessammelstellen, sondern dort noch über Stunden fortgesetzt wegen "Engpässen bei der Erfassung". Für 300 bis 500 Gefangene (solche Zahlen sind nach den polizeilichen Prognosen und Einsatzkonzepten vor-

hersehbar) werden nur 10 bis 20 Polizeibeamte mit Computer zur Erfassung abgestellt, bei üblicherweise mangelhaften Kenntnissen im Schnellschreiben, Schnelldenken und mit nur ganz wenigen Druckern.

Richter sind selten ausreichend vorhanden, Gerichtspersonal und Protokollbeamte häufig gar nicht - die Vorbereitung für die rechtsstaatlich erforderliche "Logistik" wird gezielt vernachlässigt.

Die "Zellen" in den Gefangenessammelstellen sind keine zur menschenwürdigen Unterbringung von Gefangenen bestimmten Räume, sondern Container ohne Mobiliar für bis zu 20 Gefangene oder gar verschmutzte bis verschimmelte ehemalige Fahrzeughallen, in denen die Gefangenen mit bis zu 100 Personen nur mit je einer dünnen Isomatte und einer Wolldecke ihre Zeit verbringen müssen. Im November 2001 wurden in solchen Fahrzeughallen auch noch Käfige aufgestellt, wodurch die Gefangenen weiter gedemütigt wurden. Keine Intimität, keine Toiletten, kein Wasser, kein Bett, stets schlechte Belüftung und Beheizung. Manchmal noch voyeuristisches Filmen durch auswärtige Polizeibeamte für das Heimkino, immer schlechte oder gar keine Verpflegung ...¹⁰.

Ähnliche Erfahrungen wurden von Betroffenen auch bei anderen gesellschaftspolitischen Protestaktionen, wie Globalisierungsprotesten in München, Anti-Neonazi-Demonstrationen an vielen Orten, 1.Mai-Demonstrationen in Berlin und auch bei den "Chaostagen" gemacht¹¹.

Wir nennen die Umgehung aller rechtsstaatlichen Sicherungen verfassungsrechtlich garantierter Freiheitsrechte "polizeilichen Selbstvollzug" und sehen in der zunehmenden Verlagerung polizeilicher Eingriffsbefugnisse und ihrer tatsächlichen Umsetzung weit über die gesetzlichen Befugnisse hinaus eine größere Gefahr für den freiheitlich demokratischen Rechtsstaat als in gewaltfreien Massenprotesten mit ggf. begrenzten, aber friedlichen Regelverstößen.

Erfahrungen mit dem Richtervorbehalt in der Praxis

Wir mussten allein bei den Castor-Transporten die Erfahrung machen, dass die Polizei die polizeiliche Freiheitsentziehung immer dreister zu einem Bestrafungsinstrument ausbaut und die zuständigen Eilrichter an der Nase herumführt über Kompetenzen, Tatsachengrundlage und Begründung der Eingriffsmaßnahmen ebenso wie über die Zahl und Haftbegründung der noch festgehaltenen Gefangenen.

In fast allen Fällen zeigten sich die Richter im Ergebnis hilflos gegenüber den Tricks der Polizei: nur selten, nur nach Stunden und nur mit hohem (vorher organisier-ten) anwaltlichen Aufwand konnten die Richter überzeugt werden, Freilassungsentscheidungen zu treffen. Meistens dauert es schon Stunden, die persönliche Anhörung einiger weniger Betroffener durchzusetzen, obwohl diese gesetzlich vorgeschrieben ist und ohne die effektiver Rechtsschutz leerläuft.

Im Massengeschehen liefert die Polizei zu wenig Tatsachengrundlagen, um Richter überhaupt eine Beurteilung der Festnahmeentscheidung zu ermöglichen. Mit dem Polizeigewahrsam wird versucht, die Eingriffsschwelle zu senken, die Protestierenden möglichst lange von der Straße fernzuhalten und zu zermürben. Die Richter sind in der Eilsituation unter Hausrecht der Polizei selten in der Lage, die persönliche Courage

für Freilassungsentscheidungen aufzubringen, wenn sie die Berechtigung der Festnahmegründe nicht beurteilen können mangels Information und Aktenvorlage durch die Polizei. Statt couragiert rechtsstaatlich zu entscheiden, wird die Hinhaltenaktik der Polizei gedeckt, selbst wenn der Eilrichter offensichtlich nur unvollständig über die der Polizei vorliegenden Fakten informiert wird.

Erstmals beim Castor-Transport im November 2002 setzten die Eilrichter der Polizei Fristen zur Vorführung der Festgehaltenen - diese wurden in keinem Fall eingehalten, die Betroffenen unter offener Missachtung des Richtervorbehaltes weiter festgehalten¹². Diese Entwicklung halten wir für bedenklich.

Politische Einflussnahme der Exekutivorgane, Verschiebung der Gewaltenteilung

Eindeutig ist bei all diesen Anlässen die Tendenz der Polizei, die "frustrierende Erfolgsquote" bei den strafrechtlichen Haftanordnungen und strafrechtlichen Verurteilungen umzuwandeln in eine polizeiliche Ersatzbestrafung im Selbstvollzug und die Produktion der gewünschten "Gewalttaten" für die Medien:

Zwischen dem 01.01.1995 und dem 01.04.1997 wurden bei Castor-Protesten im Wendland 1.404 Ermittlungsverfahren eingeleitet¹³, jedoch nur 109 Anklagen erhoben, davon sind nur 48 Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen und nur 19 Verurteilungen erfolgt¹⁴. Die schwersten Verurteilungen wegen Nötigung und Körperverletzungen betrafen ohnehin zwei Verfahren gegen Polizeibeamte. Auch seitdem sieht die Verurteilungsstatistik ähnlich aus: vielen - häufig willkürlich ohne hinreichenden Tatverdacht eingeleiteten - Ermittlungsverfahren stehen wenige Anklagen und fast keine Verurteilungen gegenüber. Abgesprochene und falsche Aussagen von Polizeibeamten sind nicht selten.

Diese "Erfolgsbilanz" und die hohe Schwelle für die Anordnung von Untersuchungshaft - die bei Bürgerprotesten selten erreicht wird - führte zur Verlagerung von der strafrechtlichen Verfolgung zum massenhaften Präventivgewahrsam¹⁵.

Zumeist liegt kein oder nur ein sehr vager oder geringfügiger Straftatverdacht vor, so dass Untersuchungshaft nicht zu rechtfertigen ist. Strafrechtliche Ermittlungsverfahren werden kurze Zeit später nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt, dienen aber weiter der "Datenproduktion" für polizeiliche Vorfelddateien.

Mit dem massenhaften Gewahrsam ohne rechtliche Grundlage produziert die Polizei in der Öffentlichkeit die Gewalt- und Aufruhrmeldungen, die sie benötigt, um die Großeinsätze gegen friedlich demonstrierende Bürger politisch zu rechtfertigen. Polizeiliche "Konfliktmanager" und Pressesprecher beherrschen seit 2001 auch die Berichterstattung vieler Medienvertreter vor Ort.

Im folgenden werden wir im einzelnen darlegen, dass und warum diese Polizeipraxis gegen geltendes Recht verstößt und dass die Richter bisher der ihnen mit dem Richtervorbehalt in Art. 104 Abs. 2 GG und Art. 5 Abs. 3 MRK eingeräumten Wächterfunktion nicht ausreichend nachgekommen sind.

Vor allem aber wollen wir die Kolleginnen und Kollegen ermutigen, diese polizeistaatlichen Praktiken verstärkt anzugreifen und das hierfür notwendige "Handwerkszeug" vermitteln.

Wir möchten auch alle zuständigen Richterinnen und Richter ermutigen, sich den freiheitlichen Kern unserer Verfassung zu vergegenwärtigen. Auch in der schwierigen Situation als Eilrichter ohne eigenständige Ermittlungsmöglichkeiten mahnen wir den Erhalt der Freiheitsgrundrechte und die richterliche Begrenzung polizeilicher Allmacht an und wünschen uns möglichst viele Entscheidungsträger, die diese Aufgabe als unverzichtbarer für die "Staatsraison" ansehen, als die Begrenzung der - vornehmlich gewaltfreien, wenn auch nicht immer legalen - Proteste auf der Straße.

Ulrike Donat

-
- 1 Steven in Cilip 68 (Heft 2 /2001) S. 80 ff, 85
 - 2 S. hierzu Donat, Freiheitsentziehung im polizeilichen Selbstvollzug am Beispiel der Castor-Transporte; Große Anfrage von Bündnis90/Die Grünen im Nds. Landtag, Drs. 13/2678; Donat, Der Karwitzer Kessel - Polizeiliches Handeln im Bund-Länder-Konflikt.
 - 3 S. hierzu AG Dannenberg vom 28.08.1996 und vom 10.12.1997, 3 XIV 148/B/GA, LG Lüneburg B. v. 20.02.1997, 4 T 208/96 und vom 21.03.2000, 1 T 31/98; OLG Celle, B. v. 16.02.2001, 17 W 36/00.; VG Lüneburg, B. v. 27.09.2000, 7 A 155/00 und U.v. 27.09.2000, 7 A 60/97; immer noch - erneut nach Rückverweisung vom VG Lüneburg - anhängig beim Amtsgericht Dannenberg, Az 12 XIV 1 - 3/01.;s. hierzu auch Bericht des Komitees für Grundrechte und Demokratie, Zweiter Castor-Transport nach Gorleben - Der Atomstaat zeigt seine Gewalt, 1996
 - 4 S. hierzu AG Dannenberg 10 XIV 100/97 und 12 XIV 315-317/01 L; LG Lüneburg 1 T 77/97 und B. v. 17.12.2001, 1 T 127 - 129/01; OLG Celle, B. v. 17.04.1998 - 17 W 6/98 und B. v. 26.08.2002 - 17 W 4 - 6/02; VG Lüneburg, B. v. 17.01.2001 - 7 A 35 /98; NdsOVG, B. v. 25.06.2001 - 11 OB 1648/01; Verfassungsbeschwerden blieben erfolglos
 - 5 S. hierzu Bericht des Komitees für Grundrechte und Demokratie "Der Castor rollt mit autoritär-rechtsstaatlicher Hilfe über demokratische Grundrechte", Ahaus März 1998 und AG Ahaus B.v. 12.01.2001 - 7 XIV 353/98; AG Coesfeld B. v. 30.03 1998 - 9 XIV 32/98
 - 6 S. nichtöffentlicher Bericht des Niedersächsischen Ausschusses für Innere Verwaltung vom 25.04.2001, S. 3
 - 7 OLG Celle, B. v. 06.09.2001 - 17 W 25/01
 - 8 neben 45 Festnahmen zur Strafverfolgung
 - 9 S. Presseerklärung des RAV, abgedruckt in der Elbe-Jeetzel-Zeitung vom 20.11.2001 und im RAV-Rundbrief Nr. 88, S. 94 ff.
 - 10 S. Berichte des Komitees für Grundrechte und Demokratie über die Beobachtung der Castor-Transporte 2001 unter www.grundrechtekomitee.de und "Demonstrationsbeobachtung im fürsorglichen Gewahrnsam" www.grundrechtekomitee.de/demore19.htm; Berichte von Gefangenen unter <http://wendland-net.de/castor/?ID=r3.199ihfpq>
 - 11 Zur Geschichte des vorbeugenden Polizeigewahrsams bei Versammlungen siehe auch Wächter, Strafverteidiger 1989, 410 ff.
 - 12 Das Gericht soll diese Vorfälle inzwischen von sich aus an die Staatsanwaltschaft gegeben haben.
 - 13 Darin sind die 568 Verfahren aus dem Quickborner Kessel vermutlich noch nicht enthalten.
 - 14 Edler, S. 148 m.w.N.; zu ähnlichen Strafstatistiken in Wackersdorf und bei Globalisierungsprotesten in Berlin 1988 siehe Wächter, Strafverteidiger 1989, 410 ff.
 - 15 1995 bat die Polizei die Eilrichter vergeblich um "wenigstens einen Haftbefehl!" - die angegebenen "Delikte" und die Tatsachenbasis rechtfertigten Haftbefehle nicht; gegenwärtig sollen rund 2000 unerledigte Verfahren auf Überprüfung polizeilicher Freiheitsentziehungen aus den letzten drei Castor-Transporten beim AG Dannenberg anhängig sein.

Rechtsschutz gegen polizeiliche Freiheitsentziehung

Polizeiliche Freiheitsentziehungen können auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen gestützt werden. Neben dem repressiven und präventiven Instrumentarium nach der Strafprozessordnung ist in den letzten Jahren zunehmend das präventive Instrumentarium im Polizeirecht ausgebaut worden. Insgesamt kann eine erhebliche Vorverlagerung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse festgestellt werden: statt konkretem Tatverdacht einer Straftat plus Haftgründe führt heute schon ein Pauschalverdacht, eine Kollektivhaftung für eine polizeiliche „Störung“ und lediglich polizeiliche Vermutungen und Prognosen zu erheblichen Eingriffen in die grundrechtlich geschützte persönliche Freiheit.

Die Rechtsgrundlagen im Strafprozessrecht und im Polizeirecht unterscheiden sich in den tatsächlichen Voraussetzungen, der zulässigen Dauer und der Ausformung des Richtervorbehaltes. Unübersichtlich wird die Materie zudem durch teilweise sehr unterschiedliche Regelungen im Landespolizeirecht und die häufige Problematik der Gemengelagen.

Die Eingriffsgrundlage bzw. das Schwergewicht der polizeilichen Maßnahme entscheidet nicht nur über die materielle Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung, sondern hat auch unterschiedliche Konsequenzen für den Rechtsschutz während des Gewahrsams und den nachträglichen Rechtsschutz nach Freilassung hinsichtlich des Prüfungsumfanges, des Rechtsweges, der Rechtsmittel und Rechtsmittelfristen sowie der anzuwendenden Verfahrensordnung.

Mit wechselnden Begründungen der Maßnahmen und dem nachträglichen Austauschen der Rechtsgrundlage durch Polizei und Gerichte wird allzu oft versucht, die gesetzlich begrenzten Möglichkeiten der Freiheitsentziehung weiter auszudehnen und die nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle zu verhindern. Insbesondere wird der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 GG durch die Praxis der Polizei und mancher Gerichte ausgehebelt - hier hat das Bundesverfassungsgericht erst in den letzten Jahren klare Vorgaben gemacht, um den Rechtsschutz sicherzustellen.

Die genaue Festlegung und Prüfung der Eingriffsgrundlagen und die Grenzen des höherrangigen Rechtes sind daher wesentlich für den effektiven Rechtsschutz.

I. Polizeilicher Präventivgewahrsam - Begriff und gesetzliche Regelung

Polizeigewahrsam ist die präventivpolizeiliche Freiheitsentziehung durch Festhalten oder Festnahme und ggf. Verbringung zur Polizeiwache oder eine Gefangenensammelstelle (GeSa), die nicht zur Strafverfolgung, sondern auf polizeirechtlicher Grundlage erfolgt. Steht die Strafverfolgung im Vordergrund, gelten die Vorschriften der StPO zur Untersuchungshaft, zum Ermittlungsverfahren und zur vorbeugenden Kriminalitätsbekämpfung¹.

Handelt die Polizei vorrangig „zur Gefahrenabwehr“ und aus eigener Machtvollkommenheit, gelten die Eingriffsbefugnisse des Polizeirechtes.

1. Polizeilicher Präventivgewahrsam

Gesetzliche Ermächtigungen zu Freiheitsentziehungen durch die Polizei finden sich in den Polizeigesetzen als Gewahrsam zur Verhinderung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung (dazu unten a.), Gewahrsam zur Durchsetzung von Platzverweisen (dazu unten b.), Ingewahrsamnahme Hilfsbedürftiger sowie als Festhalten und Mitnehmen zur Polizeidienststelle zur Feststellung der Identität (dazu unten c.). Ferner findet sich in den Polizeigesetzen die Befugnis zur Anordnung vorbeugender Freiheitsentziehung durch den Richter (dazu s. unten 3.)

Nach § 18 Abs. 1 NGefAG kann die Polizei Personen in Gewahrsam nehmen, wenn dies „1. zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib und Leben erforderlich ist...

2. unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung

a) einer Straftat oder

b) einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit zu verhindern, oder

3. unerlässlich ist, um eine Platzverweisung nach § 17 durchzusetzen“

Ähnlich ist der Gewahrsam geregelt in § 28 Abs. 1 PolG BW, Art. 17 BayPAG, § 30 Abs. 1 ASOG Bln, § 17 Abs. 1 BbgPolG, § 15 Abs. 1 BremPolG, § 13 Abs. 1 HmbSOG, § 32 Abs. 1 HSOG, § 55 Abs. 1 SOG MV, § 35 Abs. 1 PolG NW, § 14 Abs. 1 POG RP, § 13 Abs. 1 SPolG, § 22 Abs. 1 SächsPolG, § 37 Abs. 1 SOG LSA, § 204 Abs. 1 LVwG SH².

Bei Protestaktionen erfolgt die Ingewahrsamnahme in der Regel nach § 18 Abs. 1 Ziff. 2 oder 3 NGefAG oder vergleichbaren Landesvorschriften.

Die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung setzt voraus, dass die gesetzlichen Voraussetzungen in jedem Einzelfall vorliegen. Nach der von der Polizei gegebenen Begründung ist das Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale für jeden Betroffenen und insbesondere der Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall zu prüfen. Der pauschale kollektive Gefährlichkeitsverdacht ist nicht ausreichend. Die allgemeine und individuelle Gefahrenprognose muss für jede festgehaltene Person begründet sein³. Je unbestimmter eine Gefahr, desto rechtsstaatlich bedenklicher ist die Freiheitsentziehung⁴.

Bei jeder polizeilichen Freiheitsentziehung ist der Richtervorbehalt zu beachten (dazu s. unten 2., 10. und 11.). Behandlung, Unterbringung und die hygienischen Verhältnisse müssen annehmbar und menschenwürdig sein - kann die Polizei dies nicht gewährleisten, muss sie auf die Maßnahme verzichten⁵.

a) Verhinderungsgewahrsam - Sicherungsgewahrsam - Unterbindungsgewahrsam

Gesetzliche Voraussetzung für die Ingewahrsamnahme in § 18 Abs. 1 Ziff. 2 NGefAG (sog. Verhinderungsgewahrsam, Sicherungsgewahrsam oder Unterbindungsgewahrsam) ist nicht jede rechtswidrige Tat, sondern eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit⁶. Die erhebliche Gefährdung der Allgemeinheit muss neben der Ordnungswidrigkeit im konkreten Fall von Polizei und Gericht nach-

vollziehbar festgestellt werden⁷. Die Freiheitsentziehung muss zudem unerlässlich sein, um die Fortsetzung oder unmittelbar bevorstehende Begehung der Tat zu verhindern. Da es sich bei Eingriffen in die persönliche Freiheit um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt, muss zusätzlich auch die Verhältnismäßigkeit von Schutz der gefährdeten Rechtsgüter einerseits und Eingriff in die Freiheit andererseits gegeben sein. Ob Sicherungsgewahrsam zur Verhinderung von Ordnungswidrigkeiten generell zulässig ist, ist umstritten, weil jedenfalls Art. 5 Abs. 1 lit. c) MRK von "Straftat" spricht⁸.

Gewahrsam wegen einer lediglich geringen Ordnungswidrigkeit ist schon nach dem Wortlaut der gesetzlichen Ermächtigung nie zulässig.

Ein Verstoß gegen das Versammlungsgesetz durch bloße Teilnahme an einer verbotenen oder aufgelösten Versammlung reicht daher in der Regel nicht aus für die Anordnung der Freiheitsentziehung⁹. Liegen die Voraussetzungen des Verhinderungsgewahrsams nicht vor, darf die Polizei die Freiheitsentziehung auch nicht über den „Umweg“ der Erteilung und Nichtbefolgung von Platzverweisen herbeiführen (s. hierzu unten b.) - in der Regel reicht der Platzverweis und die Absperrung der umkämpften Örtlichkeiten, so dass der Gewahrsam nicht „unerlässlich“ ist¹⁰, zudem folgen hier Grenzen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Sicherungsgewahrsam zur Verhinderung nur geringfügiger Straftaten scheidet wegen fehlender Verhältnismäßigkeit aus. Dies gilt für alle Straftaten, bei denen auch Untersuchungshaft nach §§ 112 ff. StPO nicht angeordnet werden dürfte¹¹. Hier ist daher besonders sorgfältig zu prüfen, ob der Gewahrsam "unerlässlich" ist. Ist in einem rechtsstaatlichen Verfahren eine Freiheitsstrafe für die bevorstehenden Straftaten wegen deren geringfügigkeit oder wegen Beweisschwierigkeiten voraussichtlich ausgeschlossen, so folgen hieraus auch Grenzen der Verhältnismäßigkeit für die Bestrafung ohne Urteil allein aufgrund der polizeilichen Prognose unter Umgehung der Unschuldsumutung. Eine besonders erhebliche Gefahr muss aus konkreten Tatsachen abzuleiten sein.

Die Straftat bzw. erhebliche Ordnungswidrigkeit muss bereits begangen sein oder „unmittelbar bevorstehen“¹². Bei Versammlungen geht das Erfordernis einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr aus § 15 Abs. 1 VersG hervor - insoweit ist wegen der Spezialität des Versammlungsgesetzes das Polizeirecht jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar (s. dazu unten bei I. 10. d.)

In den Polizeigesetzen von Brandenburg, Hamburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen (Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 BayPG, § 17 Abs. 1 Nr. 2 BbgPolG, § 37 Abs. 1 SOG LSA; § 19 Abs. 1 Nr. 2 ThürPAG) sind Anhaltspunkte hierfür gesetzlich konkretisiert (Ankündigung oder Aufforderung zur Begehung der Tat, Mitführen von Waffen oder Werkzeugen zur Tatbegehung, Wiederholungsgefahr nach früherem Angetroffensein bei vergleichbaren Taten aus vergleichbarem Anlass). Es handelt sich nur um Orientierungshilfen bzw. Prognosehilfen für Polizeibeamte, nicht um gesetzliche Tatbestandsmerkmale. Allerdings wird mit diesen „Vermutungstatbeständen“ der Polizei die Argumentationslast abgenommen und den Betroffenen aufgebürdet¹³.

Das Vorliegen derartiger Kriterien ersetzt nicht die Prognose im Einzelfall¹⁴. Es muss eine akute Bedrohung der öffentlichen Sicherheit vorliegen, die sich auf konkrete nachvollziehbare Tatsachen stützen muss¹⁵. Der bloße „Eindruck“ reicht ebensowenig aus¹⁶, wie formelhafte Begründungen ohne konkreten Bezug zum individuellen Fall¹⁷.

Unerlässlich ist die Freiheitsentziehung auch dann nicht, wenn die Betroffenen bereit sind, sich zu entfernen oder nach Hause zu gehen oder wenn mildere Mittel (Absperren, Abdrängen, Platzverweis, Personalienfeststellung etc.) in Betracht kommen. Hierüber ist ggf. schon vor Ort zu verhandeln. „Unerlässlich“ ist mehr als „erforderlich“⁴¹⁸.

Bei Jugendlichen ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu beachten, dass i.d.R. Untersuchungshaft nicht angeordnet werden darf und wenn, dann jedenfalls der Vollzug besonders gestaltet werden muss (vgl. § 72 JGG); diese Schranken dürfen nicht durch polizeilichen Präventivgewahrsam umgangen werden. Bei „Jugendlichengewahrsam“ ist daher einer besonders sorgfältige Prüfung der „Unerlässlichkeit“ zur Abwehr schwerer Gefahren und der Verhältnismäßigkeit erforderlich. Zudem muss die Polizei ggf. die Vorgaben des § 72 JGG (pädagogische Gestaltung, getrennte Unterbringung - aber keine stundenlange Einzelhaft ohne Betreuungspersonen!) bei der Gewahrsamsanordnung beachten - kann sie keine geeignete Unterbringung und Betreuung für Jugendliche gewährleisten, muss der Gewahrsam unterbleiben. Einzelhaft ohne Betreuung ist eine zusätzliche Bestrafung und muss bei Festnahmen aus Massenprotesten unterbleiben. Die Polizeipraxis sieht leider zu Zeit anders aus: Gerade Jugendliche werden gerne durch stundenlanges Einsperren allein im engen Gefangentransporter zusätzlich eingeschüchtert.

b) Gewahrsam zur Durchsetzung eines Platzverweises oder Aufenthaltsverbotes

Gewahrsam zur Durchsetzung eines Platzverweises (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 NGefAG) verlangt eine besonders sorgfältige Prüfung der Rechtmäßigkeit des Platzverweises, der „Unerlässlichkeit“ und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁹. Die Ermächtigung dient nicht dazu, der Polizei die Arbeit zu erleichtern²⁰ oder ihr ein Sanktions- oder Disziplinierungsinstrument an die Hand zu geben²¹.

Zunächst muss der ursprüngliche Platzverweis oder das Aufenthaltsverbot rechtmäßig sein (s. dazu unten aa) und bb)).

Der Platzverweis oder das Aufenthaltsverbot muss als Verwaltungsakt dem Betroffenen bekannt gegeben werden, bevor daraus Rechtsfolgen bzw. Gewahrsam als Zwangsmaßnahmen hergeleitet werden können²². Allerdings soll § 18 NGefAG selbst die Zwangsanwendung rechtfertigen, so dass die weiteren Voraussetzungen des Vollstreckungsrechts nicht erfüllt sein müssen²³. Ist der Platzverweis nicht ergangen, nicht bekannt gegeben oder nicht rechtmäßig, so ist nach den Grundsätzen des mehrstufigen Vollstreckungsverfahrens auch der auf seine Nichtbefolgung gestützte Gewahrsam rechtswidrig²⁴.

Die Befugnis zum Ingewahrsamnehmen zur Durchsetzung eines Platzverweises beinhaltet nicht die Befugnis, den Betroffenen mit einem Polizeifahrzeug an einen entlegenen Ort zu bringen und dort auszusetzen²⁵. Als „milderes Mittel“ kann allenfalls diskutiert werden, die Betroffenen an einen von ihnen selbst gewünschten anderen Ort zu bringen²⁶, wenn sie damit einverstanden sind. Gegen ihren Willen ist der „Verbringengewahrsam“ unzulässig mangels gesetzlicher Eingriffsbefugnis. Wegen der abschließenden Spezialregelung des Gewahrsams ist der Rückgriff auf die Generalklausel unzulässig.

Zu beachten ist, dass bei Versammlungen die Rechtmäßigkeit von Platzverweis und Freiheitsentziehung die vorherige Versammlungsauflösung oder den Ausschluss

der Betroffenen aus der Versammlung voraussetzt²⁷. Dies folgt aus der Polizeifestigkeit von friedlichen Versammlungen und aus der Wertentscheidung des Art. 8 Abs. 1 GG²⁸, wenn im konkreten Fall Zweifel über die Frage bestehen, ob die Versammlung verboten ist (z.B. über die Wirksamkeit oder Vollziehbarkeit von Versammlungsverboten oder -auflagen, Zulässigkeit des Demonstrierens auf Bahnanlagen etc., Spontanversammlungen ohne „Genehmigungsbescheid“).

Problematisch sind Polizeikessel: Weil das Festhalten am gleichen Ort erfolgt, wird kein Platzverweis „durchgesetzt“²⁹.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit von Freiheitsentziehungen wegen Nichtbeachtung eines Platzverweises/Aufenthaltsverbotes ist immer die Prüfung anzustellen, ob die strengeren gesetzlichen Voraussetzungen des Sicherungs-/Verhinderungsgewahrsams umgangen werden. Liegen die dortigen Voraussetzungen nicht vor, darf die Eingriffsschwelle und die Begründungspflicht nicht dadurch herabgesetzt werden, dass zur „Arbeits-erleichterung“ für die Polizei Platzverweise erteilt werden, deren anschließende (vorhersehbare) Nichtbeachtung dann die Gewahrsamnahme ermöglicht. Gleiches gilt für die besonderen Beschränkungen der Freiheitsentziehungen von Jugendlichen nach § 72 JGG.

Problematisiert werden muss dies immer bei gewaltfreien Protesten: Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Sitzblockaden und Versammlungsrecht³⁰ sind Sitzblockaden keine Nötigung und auch rechtswidrige Sitzblockaden keine „Gewalt“. Damit sind Sitzblockaden und ähnliche gewaltfreie Proteste keine „unfriedlichen“ Versammlungen i.S.d. Art. 8 GG. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Versammlungsteilnehmer allein reicht für die „Unfriedlichkeit“ nicht aus, so dass der Schutz des Art. 8 GG nicht „automatisch“ und vollständig entfällt, wenn rechtliche Unklarheiten über die Grenzen des Versammlungsrechtes bestehen (Dauer von Blockaden, Versammlungen auf Bahnanlagen, Geltungsbereich von Versammlungsverboten etc.).

In derartigen Fällen ist die Zulässigkeit des Verhinderungsgewahrsams problematisch, weil es sich bei einfachen Verstößen gegen das Versammlungsrecht in der Regel nicht um „Straftaten“ oder „Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit“ handelt. Im Gegenteil haben auch gewaltfreie Proteste häufig „Belange von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit“ auf ihrer Seite.

Die Beschränkungen der Zulässigkeit des Verhinderungsgewahrsams werden gerne umgangen durch die Erteilung von Platzverweisen und anschließender Gewahrsamnahme wegen deren Nichtbeachtung - häufig selbst dann, wenn die Betroffenen der Aufforderung nachgekommen sind und z.B. die Straße oder Schiene verlassen haben. Derartigen Absenkungen der Eingriffsschwelle muss entschieden entgegen getreten werden: Die Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung muss sich immer an den gesetzlichen Wertungen orientieren. Die Eingriffsschwelle beim Verhinderungsgewahrsam ist bewusst (wegen Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 GG) hoch angesiedelt - dies muss auch bei der Anordnung von Freiheitsentziehungen ebenso als gesetzliche Wertentscheidung und Maßstab beachtet werden, wie z.B. Art. 8 GG als Wertentscheidung bei der Auslegung und Anwendung der einfachen Gesetze zu beachten ist³¹.

ba) Exkurs: Rechtmäßigkeit von Platzverweisen

Ein Platzverweis ist zulässig zur Abwehr einer Gefahr nach § 17 Abs. 1 NGefAG

(ähnlich Art. 16 BayPAG, § 29 ASOG Bln, § 16 BbgPolG, § 14 BremPolG, § 12 a HmbSOG, § 31 HSOG, § 52 SOG MV, § 354 PolG NW, § 13 POG RP, § 12 SPolG, § 21 SächsPolG, § 36 SOG LSA, § 201 LVwG SH, § 18 ThürPAG).

Ein Platzverweis als polizeiliche Maßnahme ist seiner Natur nur nach kurzfristig („vorübergehend“), daher soll die Freizügigkeit (Art. 11 GG) nicht betroffen sein³², sondern nur die körperliche Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Zulässig ist ein Platzverweis nur zur Abwehr einer Gefahr im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.

§ 17 Abs. 1 NGefAG gestattet nur ein Verweisen von einem eng begrenzten Ort, etwa einem Gebäude, Grundstück, Straßenstück oder Platz, nicht aber die Verweisung aus großflächigen Gebieten oder einem ganzen Stadtgebiet³³. Großräumige Verweisungen können nur auf die Befugnis zur Erteilung eines Aufenthaltsverbotes nach § 17 Abs. 2 NGefAG gestützt werden.

Ein Platzverweis gegen Teilnehmer einer Sitzblockade ist rechtswidrig, wenn die Versammlung nicht vorher aufgelöst wurde³⁴.

bb) Exkurs: Rechtmäßigkeit von Aufenthaltsverboten

Einige Landespolizeigesetze enthalten darüber hinaus die Befugnis zur Erteilung von Aufenthaltsverboten (§ 29 Abs. 2 ASOG Bln, § 17 Abs. 2 NGefAG - dort geregelt als Unterfall des Platzverweises, § 36 Abs. 2 SOG LSA, § 21 Abs. 2 SächsPolG)³⁵ und die darauf aufbauende Befugnis zum Gewahrsam bei Verletzung des Aufenthaltsverbotes.

Nach diesen Bestimmungen darf die Polizei einer Person das Betreten eines bestimmten örtlichen Bereichs und den Aufenthalt darin verbieten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person dort eine Straftat begehen wird³⁶. Das Aufenthaltsverbot muss zeitlich und räumlich auf den erforderlichen Umfang beschränkt sein und darf nicht den Zugang zur Wohnung des Betroffenen verhindern.

Der örtliche Bereich darf wegen der gesetzlichen Beschränkung auf einen Teil oder eine ganze Gemeinde nicht auf mehrere Gemeinden erstreckt werden, auch nicht in mehreren aufeinander folgenden Verwaltungsakten³⁷. Die räumlichen Grenzen müssen in der Anordnung genau definiert sein. Daher werden Aufenthaltsverbote in der Regel schriftlich erteilt. Üblicherweise wird mit dem ausgefüllten Formblatt ein markierter Lageplan ausgehändigt. An die Begründung von Aufenthaltsverboten sind im Hinblick auf die zeitliche und örtliche Bestimmtheit hohe Anforderungen zu stellen, um eine hinreichend klare Grundlage bei einer späteren Vollstreckung zu bieten³⁸.

Die täterspezifischen Tatsachen und die darauf gestützte Straftatenprognose müssen bezeichnet werden. Daran fehlt es häufig bei formularmäßiger Erteilung von Aufenthaltsverboten anlässlich einschlägiger Bürgerproteste, denn die Wahrnehmung oder Absicht der Versammlungsteilnahme oder der Protestäußerung begründet noch keine konkrete Gefahr der Straftatbegehung.

Es müssen hinreichende Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass gerade der Adressat Straftaten im räumlichen Geltungsbereich des Aufenthaltsverbotes begehen werde; Vermutungen, Behauptungen und subjektive Einschätzungen reichen hierfür nicht aus³⁹.

Bei Aufenthaltsverboten ist eine besonders sorgfältige Prüfung der Verhältnismäßigkeit erforderlich⁴⁰. Insbesondere darf das Mittel des Aufenthaltsverbotes nicht ersatzweise missbraucht werden, eine Eingriffsgrundlage und Anordnungsbefugnis für Polizei-

gewahrksam zu schaffen, wo aus Sicht der Polizei die strafrechtlichen und strafprozessualen Durchgriffsmöglichkeiten unzureichend sind.

Auch das Aufenthaltsverbot muss rechtmäßig und bekanntgegeben sein, bevor auf die nachfolgende Verletzung freiheitsentziehende Maßnahmen gestützt werden dürfen.

Der Bundesgrenzschutz hat nach § 38 BGSOG nur die Befugnis zur Erteilung eines Platzverweises als „vorübergehendes“ Verbot „einen bestimmten Ort“ aufzusuchen. Ähnlich ist die Regelung in vielen Landespolizeigesetzen. Daraus kann weder die Ermächtigung zu einem längerfristigen noch zu einem großräumigen Aufenthaltsverbot abgeleitet werden. Wegen der abschließenden Spezialermächtigung zum Platzverweis ist hier - wie bei anderen Landespolizeigesetzen auch - der Rückgriff auf die Generalklausel ausgeschlossen⁴¹.

c) Polizeilicher Präventivgewahrksam zur Identitätsfeststellung

Daneben sind Freiheitsbeschränkungen zulässig zur Personalienfeststellung nach § 13 Abs. 2 NGefAG: „Die Verwaltungsbehörden und die Polizei können zur Feststellung der Identität die erforderlichen Maßnahmen treffen, insbesondere die betroffene Person anhalten, sie nach ihren Personalien befragen und verlangen, dass sie mitgeführte Ausweispapiere zur Prüfung aushändigt. Die Person kann festgehalten werden, wenn die Identität auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann.“

In den anderen Landespolizeigesetzen ist die Regelung nahezu gleichlautend (§§ 26 Abs. 2 BWPoG; 21 Abs. 3 BerlASOG; 11 Abs. 2 Nr. 8 HBPoG; 12 Abs. 2 HmbSOG; 20 Abs. 4 SOG LSA; 29 Abs. 3 MVSOG; 9 Abs. 2 Nr. 6 SaPoG; 19 Abs. 2 SPoG; 181 Abs. 3 SHLVwG; § 12 Abs. 2 S. 3 NWPoG).

Festhalten und besonders das Verbringen zur Polizei bzw. zur Gefangenensammelstelle muss verhältnismäßig, insbesondere zur Identitätsfeststellung erforderlich sein. Nicht erforderlich ist das Festhalten und Mitnehmen, wenn Betroffene sich vor Ort ausweisen und keine begründeten Zweifel an der Echtheit der Dokumente bestehen.

Auch die Freiheitsbeschränkung zur Identitätsfeststellung oder zur Überprüfung strafrechtlicher Vorwürfe ist eine richterlich überprüfbare Freiheitsentziehung, wenn sie länger andauert⁴².

Allerdings ist die Höchstdauer des Festhaltens ohne richterliche Entscheidung beschränkt auf 6 Stunden (§ 21 NGefAG) bzw. 12 Stunden (§ 20 Abs. 2 BbgSOG, § 33 Abs. 2 BlnASOG, § 18 Abs. 2 BremPoG, § 13 c Abs. 2 HmbSOG, § 35 Abs. 2 HSO, § 38 Abs. 2 POG NW, § 16 Abs. 2 SPoG, § 40 Abs. 2 SOG LSA). In den anderen Bundesländern gilt jedenfalls die Höchstdauer des Festhaltens zur Identitätsfeststellung ohne richterliche Entscheidung von 12 Stunden analog § 163 c StPO⁴³.

Die nachträgliche richterliche Entscheidung nach Freilassung über die anfängliche Zulässigkeit und die Dauer der Freiheitsentziehung kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes auch bei Festnahmen zur Identitätsfeststellung nicht ausgeschlossen werden⁴⁴.

d) Verbringungsgewahrksam

Beim sog. „Verbringungsgewahrksam“ nimmt die Polizei die Betroffenen fest, transportiert sie gegen ihren Willen an den Stadtrand, in eine andere Gemeinde oder an

irgendeinen anderen Ort und setzt sie dort aus.

Die Verfrachtung von Obdachlosen aus der Innenstadt in die Vororte ist davon ebenso erfasst, wie die Verbringung von sitzblockierenden Anti-Castor-DemonstrantInnen in weit entfernte Gemeinden und ihre Aussetzung fernab von öffentlichem Nahverkehr. Während OVG Bremen⁴⁵ und BayObLG⁴⁶ diese Art des Gewahrsams nicht von vornherein für unzulässig halten, sofern darin ein milderes Mittel als das Festhalten im Polizeigewahrsam gesehen werden kann, ist nach zutreffender anderer Auffassung der „Verbringungsgewahrsam“ rechtswidrig, weil es an einer Ermächtigungsgrundlage fehlt⁴⁷. Da die Voraussetzungen des Polizeigewahrsams in den Polizeigesetzen abschließend geregelt sind, kann der „Verbringungsgewahrsam“ auch nicht auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden. Ebenso wenig kann die Ermächtigung aus der Befugnis zur Ingewahrsamnahme zwecks Durchsetzung eines Platzverweises abgeleitet werden, denn wer verpflichtet ist, sich zu entfernen, ist nicht gezwungen, sich an einen bestimmten Ort zu begeben, sondern hat die freie Wahl (Art. 11 GG).

Polizeiliche Exzesse - wie das Aussetzen 15- und 16-jähriger Mädchen nachts im Wald und das Verbringen von Castor-Gegnern von der Schiene in teilweise 150 km entfernt gelegene Orte ohne Fahrgeld für die Rückfahrt - sind immer rechtswidrig, weil hierfür jegliche Rechtfertigung und Rechtsgrundlage fehlt und immer Art. 2 Abs.2, 104 Abs.2 GG und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt sind. Die Polizei ist zu einer derartigen „Ersatzbestrafung“ niemals befugt.

Auch der Ort der Freilassung nach vollzogenem Gewahrsam muss immer so gewählt werden, dass es der freigelassenen Person möglich ist, ohne Gefahren und weitere Verzögerungen nach Hause, zum Auto usw. zu kommen.

2. Richtervorbehalt und Verzicht auf Richterentscheidung

In jedem Fall hat die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen (zum sog. Richtervorbehalt siehe ausführlich unten 10. und 11.) Dies ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Gewahrsams von Anfang an - bemüht sich die Polizei nicht in der gebotenen Weise und sorgt bei Massenfestnahmen nicht organisatorisch oder durch besonders frühzeitige Benachrichtigung des Richters vor oder verzögert sie ohne Grund die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung, so ist die Freiheitsentziehung von Anfang an rechtswidrig⁴⁸.

Der Richtervorbehalt bewirkt eine Verlagerung der Eingriffskompetenz von der Polizei auf den zuständigen Richter⁴⁹. Nur der Richter hat die Eingriffsbefugnis in die persönliche Freiheit - erfolgt der Erstzugriff wegen Gefahr in Verzug durch die Polizei, muss die Richterentscheidung unverzüglich nachgeholt werden⁵⁰.

Auf die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung darf nur dann verzichtet werden, wenn dies die Freilassung verzögern würde (vgl. § 19 S. 2 NGefAG - ähnlich alle anderen Polizeigesetze). Hierzu muss die Polizei zu Beginn der Freiheitsentziehung eine Prognoseentscheidung treffen und im Zweifel alle Bemühungen zur Benachrichtigung des Richters anstellen⁵¹. Hat die Polizei nicht die Absicht der alsbaldigen Freilassung oder ist hierüber behördenintern noch nicht entschieden, muss sie immer die Richterentscheidung beantragen und herbeiführen (ausführlich hierzu s. unten 11.).

Es handelt sich um eine Schutzvorschrift für die Festgehaltenen, so dass die

Freiheitsentziehung nicht deshalb verlängert werden darf, weil bereits Maßnahmen zur Herbeiführung der Richterentscheidung eingeleitet wurden, wenn der Festnahmegrund entfallen ist (s. hierzu 4. und 11. e.).

Da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes nur der Richter die Eingriffskompetenz in die persönliche Freiheit hat, müssen § 19 S. 2 NGefAG und vergleichbare Vorschriften eng ausgelegt werden. Vorsorglich müssen alle Anstrengungen unternommen werden, den Richter zu erreichen. Parallel dazu muss die Notwendigkeit der Fortdauer der Freiheitsentziehung kontrolliert werden.

3. Höchstdauer des Gewahrsams

Die Höchstdauer der Freiheitsentziehung ohne richterliche Anordnung beträgt wegen Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG im äußersten Fall - wenn trotz zumutbarer Bemühungen kein Richter erreichbar ist und schwerwiegende Gründe die Freiheitsentziehung verhältnismäßig und begründet erscheinen lassen - bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen (also längstens 48 Stunden). Keinesfalls darf die Polizei diese Frist ausschöpfen, ohne sich um die Herbeiführung der Richterentscheidung zu bemühen.

In Rheinland-Pfalz und Saarland ist der Betroffene spätestens 24 Stunden nach dem Ergreifen zu entlassen, wenn bis dahin keine anderslautende richterliche Entscheidung vorliegt (§ 17 Nr. 3 POG RP und § 16 I Nr. 3 SPoLG) bzw. keine Richterzuführung erfolgt ist (§ 35 I Nr. 2 HSOG).

Bereits vor Ablauf dieser Höchstfristen ist der Gewahrsam zu beenden, - wenn der Grund für die Freiheitsentziehung weggefallen ist
- oder wenn ein Richter die Freilassung verfügt hat (§ 21 NGefAG, Art. 20 BayPAG, § 33 Abs. 1 ASOG Bln, § 20 Abs.1 BbgPolG, § 28 Abs. 3 PolG BW, § 18 Abs. 1 BremPolG, § 13 c Abs. 1 HmbSOG, § 35 Abs. 1 HSOG, § 55 Abs. 5 SOG MV, § 38 Abs. 1 PolG NW, § 17 PolG RP, § 16 Abs. 1 SPoLG, § 40 SOG LSA).

Die Polizeigesetze differenzieren hinsichtlich der zulässigen Gewahrsamsdauer nach dem Grund des Gewahrsams und unterscheiden sich nach der zulässigen Höchstdauer bei richterlicher Anordnung beträchtlich.

Auf Anordnung des Gerichtes kann der Gewahrsam auf bis zu 48 Stunden (in Berlin, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland) bzw. auf bis zu 4 Tage (Brandenburg, Niedersachsen⁵², Sachsen-Anhalt, BGS-G), 6 Tage (Hessen), 10 Tage (Thüringen) und auf bis zu 2 Wochen (Baden-Württemberg, Bayern, Sachsen) verlängert werden. Keine Höchstdauer enthalten die Polizeigesetze Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.

Diese Höchstfristen gelten uneingeschränkt nur für den Sicherungsgewahrsam⁵³. Für alle anderen Fälle gelten geringere Höchstfristen (z.B. zwei Tage in Hessen, drei Tage in Sachsen und nur 12 Stunden bei Festhalten zur Identitätsfeststellung⁵⁴).

Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes hat nur der Richter die Eingriffsbefugnis in die persönliche Freiheit - erfolgt der erste Zugriff durch die Polizei wegen „Gefahr im Verzug“, muss die richterliche Entscheidung nachgeholt werden⁵⁵.

In Niedersachsen musste bis zur Neufassung des NGefAG im Mai 1996 darüber hinaus immer - auch nachträglich - die richterliche Entscheidung eingeholt werden,

wenn die Freiheitsentziehung länger als 8 Stunden gedauert hat. Nach § 19 NGefAG n.F. kann die nachträgliche Entscheidung nur noch auf Antrag der Betroffenen eingeholt werden; dabei ist das Feststellungsinteresse bei Überschreitung der 8-Stunden-Frist immer, in anderen Fällen bei Darlegung des berechtigten Interesses an der Feststellung gegeben (§ 19 Abs. 2 NGefAG n.F.). Die Polizei ist in diesem nachträglichen Feststellungsverfahren nicht antragsbefugt⁵⁶. Dies bedeutet aber entgegen der Polizeipraxis nicht, dass vor Ablauf der 8 Stunden die „unverzügliche Herbeiführung der richterlichen Entscheidung“ oder eine nachträgliche richterliche Entscheidung entfallen kann, denn auch hier bleibt die Richterentscheidung konstitutiv für die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung⁵⁷. Aus dem Gesetzeszusammenhang ergibt sich eindeutig, dass die 8-Stunden-Frist nur noch das (nachträgliche) Feststellungsinteresse betrifft, nicht aber das „Unverzüglichkeitsgebot“ aufhebt. Dies wäre auch nicht mit Art. 104 Abs. 2 GG und Art. 5 MRK zu vereinbaren.

4. Freilassungspflichten

Nach allen Polizeigesetzen sind Betroffene sofort zu entlassen, wenn der Grund der Freiheitsentziehung entfallen ist, also z.B. die Identität geklärt ist oder die Gefahr entfallen ist, weil das Objekt der Proteste gesichert ist, oder die Wiederholungsgefahr entfallen ist, weil der Betroffene nach Hause gehen will.

Die Betroffenen sind immer freizulassen auf richterliche Anordnung wenn die Gewahrsamsgründe entfallen sind wegen

- Wegfall der allgemeinen Gefahr (Demonstration beendet, Transport beendet.)
- Wegfall der persönlichen Gefahrenprognose (Betroffener fährt direkt nach Hause, weitab vom Geschehen....)
- Klärung der Identität
- Verletzung der Verhältnismäßigkeit durch Fortdauer der Freiheitsentziehung
- wenn die richterliche Anordnung nicht „unverzüglich“ herbeigeführt werden kann oder die rechtzeitige Benachrichtigung versäumt wurde⁵⁸
- mit Ablauf der maximalen Festhaltefristen

(§ 21 NGefAG, Art. 20 BayPAG, § 33 Abs. 1 ASOG Bln, § 20 Abs.1 BbgPolG, § 28 Abs. 3 PolG BW, § 18 Abs. 1 BremPolG, § 13 c Abs. 1 HmbSOG, § 35 Abs. 1 HSOG, § 55 Abs. 5 SOG MV, § 38 Abs. 1 PolG NW, § 17 PolG RP, § 16 Abs. 1 SPolG, § 40 SOG LSA).

Die Entlassung muss immer sofort erfolgen, wenn der Richter die Freilassung anordnet. Die Polizei darf bei der Umsetzung nicht „trödeln“ und die Freilassung nicht verzögern. Die bis zum Eintreten der Freilassungsgründe unterbliebene Anhörung der Betroffenen darf nicht zur Verlängerung des Gewahrsams missbraucht werden. Sog. „Anschlussgewahrsam“ auf polizeiliche Anordnung nach richterlicher Freilassungsentscheidung ist immer rechtswidrig (dazu s. auch 9.)

5. Präventivgewahrsam auf richterliche Anordnung – sog. „Verlängerter Unterbindungsgewahrsam“ (Vorbeugehaft)

Ein Sonderfall des Polizeigewahrsams ist zunehmend die Freiheitsentziehung aufgrund vorheriger oder nachträglicher richterlicher Anordnung (vgl. § 21 NGefAG). Je nach Bundesland und Grund der Freiheitsentziehung kann das Gericht auf Antrag der Polizei Vorbeugehaft von bis zu 4 Tagen bis zu zwei Wochen anordnen⁵⁹. Die Zulässigkeit des richterlichen Präventivgewahrsams im Landespolizeirecht ist wegen der bereits in § 112 a StPO im Bundesrecht eingeführten präventiven Untersuchungshaft problematisch⁶⁰.

Hier kommt es in der Praxis besonders darauf an, dass das Gericht vor der Gewahrsamsanordnung den zu Grunde liegenden Sachverhalt selbst ermitteln muss und sich nicht ohne konkrete Feststellungen der für die erhebliche Gefährdung der Allgemeinheit sprechenden Tatsachen auf die polizeiliche Prognose stützen darf⁶¹.

Bei strenger Beachtung der Verhältnismäßigkeit sind kaum Fälle denkbar, bei denen Gewahrsam über die Frist des Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG (bis zum Ende des auf die Ergreifung folgenden Tages) gerechtfertigt ist⁶².

6. Sonderfall: Gewahrsamsanordnung durch Bundesgrenzschutz

Für Maßnahmen von Bundesgrenzschutzbeamten gelten Besonderheiten, weil der BGS nur als „Sonderpolizei“ mit besonderem Aufgabengebiet nach dem BGS-Gesetz tätig werden darf. Als Bundespolizei ist der BGS weder „Vollzugspolizei“ nach dem Versammlungsgesetz, noch - außer für den Erstzugriff im Eilfall - ermächtigt, als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft strafverfolgend tätig zu werden. Das BGS-G gilt daher nur dann, wenn der BGS im Rahmen der originären Zuständigkeit tätig wird. Probleme entstehen vor allem in Gemengelagen (hierzu s. unten 8 c) und bei Erstzugriff des BGS und weiterer Freiheitsentziehung durch die Polizei.

a) Originäre Zuständigkeit des BGS

Nur dort, wo dem BGS nach §§ 3 ff. BGS-G Aufgaben in originärer Zuständigkeit zugewiesen sind, findet das BGS-Gesetz Anwendung. Das sind - außer im Katastrophen- oder Notstandsfall - die Aufgaben als Grenzpolizei, Bahnpolizei, sowie zum Schutz der Luftsicherheit und der Küstengewässer und der Objektschutz für Bundesorgane. Handelt der Bundesgrenzschutz dagegen im Zusammenwirken mit der Landespolizei bei Großeinsätzen (z.B. Castor-Transporten) in Amtshilfe oder unter einer gemeinsamen Einsatzleitung, so gilt jedenfalls bei Festnahmen auf der Straße das Landespolizeirecht, weil der BGS dann dem Landespolizeirecht untersteht (vgl. § 103 Abs. 2 und 3 NGefAG⁶³ und §§ 9 Abs.1 S. 2 und 11 Abs. 2 BGS-G). Der BGS hat als Bahnpolizei die Aufgabe „betriebsbezogene Gefahren“ für den Betrieb der „Deutschen Bahn AG“⁶⁴ abzuwehren – (nur) insoweit besteht die originäre Zuständigkeit neben der weiterhin bestehenden Zuständigkeit der Landespolizei⁶⁵. Außerhalb der Bahnanlagen und zur Abwehr nicht betriebsbedingter Gefahren darf der BGS aus seiner originären Zuständigkeit heraus nicht tätig werden⁶⁶. Diese Begrenzung auf die originäre Zuständigkeit gilt auch bei den anderen Aufgaben des BGS.

b) Voraussetzungen des Gewahrsams nach § 39 BGS

Handelt der BGS im Bereich der Bahnanlagen oder in Verfolgung einer auf Bahnanlagen begangenen Tat (originäre Zuständigkeit als Bahnpolizei § 3 BGS-G) gilt § 39 BGS:

„Der Bundesgrenzschutz kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies

1. zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist....
2. unerlässlich ist, um eine Platzverweisung nach § 38 durchzusetzen, oder
3. unerlässlich ist, um eine unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern.“

Die Voraussetzungen des Gewahrsams (und ggf. des Platzverweises) decken sich im Wesentlichen mit den Regelungen der Landespolizeigesetze, allerdings kann es Differenzen insbesondere hinsichtlich der zulässigen Gewahrsamsdauer geben. Auch hier gilt der Richtervorbehalt (§ 40 Abs. 1 BGS und Art. 104 Abs. 2 GG unmittelbar).

Die höchstzulässige Dauer der Freiheitsentziehung ist „bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen“ (§ 42 Abs. 1 Ziff. 3 BGS), sofern nicht der Richter zuvor die Verlängerung angeordnet hat. Zum Zweck der Identitätsfeststellung darf die Freiheitsentziehung 12 Stunden nicht überschreiten (§ 42 Abs. 2 BGS).

Der BGS kann (wie die Polizei) auf die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung verzichten, wenn diese länger dauern würde als die Freilassung ohne Richterentscheidung. Diese Befugnis dient dem Schutz der Betroffenen, bedeutet aber keine eigenständige Kompetenz zum Verzicht auf die Richterentscheidung. In normalen Fällen kann innerhalb von zwei Stunden eine Richterentscheidung herbeigeführt werden, im Zweifel ist der Antrag zu stellen⁶⁷.

Auch hier bedeutet der Richtervorbehalt keineswegs, dass der BGS die Betroffenen ohne Herbeiführung der richterlichen Entscheidung bis zu 48 Stunden festhalten darf, vielmehr besteht die Verpflichtung zur „unverzüglichen“ Herbeiführung unmittelbar aus Art. 104 Abs. 1 GG. Wird die richterliche Entscheidung nicht „unverzüglich herbeigeführt“, ist auch hier der Gewahrsam rechtswidrig, und zwar von Anfang an. Verzögerungen, die das Festhalten ohne Richterentscheidung bis zum Ablauf der Maximalfrist rechtfertigen können, sind z.B. mangelnde Erreichbarkeit der Richter, Zustand der Festgenommenen (z.B. Vollrausch)⁶⁸ - nicht aber mangelnde organisatorische Vorkehrungen beim BGS selbst.

c) Gewahrsam aufgrund Richterentscheidung nach § 42 BGS

Der Gewahrsam darf auf richterliche Anordnung maximal 4 Tage betragen. Die richterliche Anordnung über die Fortdauer der Freiheitsentziehung ist nach BGS allerdings nur als Verhinderungsgewahrsam und nur dann zulässig

- wenn eine Straftat nach §§ 125, 125 StGB oder eine gemeinschaftlich begangene Nötigung nach § 240 StGB begangen worden ist und
- Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Betroffene sich an einer solchen Straftat beteiligt hat oder beteiligen wollte und
- ohne die Freiheitsentziehung eine Fortsetzung dieser Verhaltensweise zu erwarten ist (§ 42 Abs. 1 S. 2 BGS).

d) Wechsel der Zuständigkeit bei Übergabe an die Polizei

Sofern nicht von vornherein eine gemeinsame Einsatzleitung besteht - und damit insgesamt auch für den Bundesgrenzschutz das Landespolizeirecht gilt (vgl. §§ 9 Abs. 1 S. 2, 11 Abs. 2 BGS) - kommt auch ein Wechsel der Zuständigkeit und der Rechtsgrundlage in Betracht, wenn der BGS auf den Bahnanlagen oder im Flughafen festgenommene Personen der Polizei übergibt. Rechtsprechung zu dieser Problematik steht noch aus.

Bundesgrenzschutz und Polizei nutzen hier gelegentlich eine vorgetäuschte Kompetenzverwirrung, um die Richterentscheidung über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung zu verhindern oder zu verzögern.

Zu beachten ist, dass der BGS als „Sonderpolizei“⁶⁹ nicht „Vollzugspolizei“ i.S. d. Versammlungsgesetzes ist und daher keine Befugnis zur Auflösung oder Verbot von Versammlungen hat⁷⁰. Er hat außerdem im Bereich der Strafverfolgung nur eine Eilkompetenz⁷¹. Daher können hier BGS-Kräfte zwar den ersten Zugriff einleiten, müssen dann aber Festgenommene der Landespolizei übergeben mit der Folge, dass die Kompetenz für Freiheitsentziehungen bei der Polizei liegt, die die unter der Hoheit des BGS verbrachte Gewahrsamsdauer bei ihren weiteren Entscheidungen beachten muss.

Die Polizei muss dann eigenständig

- die Voraussetzungen für den Gewahrsam nach Polizeirecht
- die Voraussetzungen für die Fortdauer des Gewahrsams, insbesondere Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

nach dem für sie geltenden Landesrecht überprüfen, da die Freiheitsentziehung ja bereits mit der Ergreifung durch den BGS begann und eine richterliche Entscheidung in der Regel weder vorliegt noch herbeigeführt wurde. Damit kann ein weiterer Gewahrsam wegen Zeitablauf unverhältnismäßig werden, weil andernfalls BGS und Polizei im Zusammenwirken die Notwendigkeit der "unverzöglichen" Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung umgehen bzw. eigenmächtig verlängern könnten. Zudem sind die Orte, für die der BGS die originäre Zuständigkeit hat, bei Übergabe an die Polizei regelmäßig nicht mehr gefährdet, so dass ein Platzverweis als milderer Mittel u.U. ausreichend wäre (und meistens durch die vorübergehende Gewahrsamnahme auch schon durchgesetzt ist). Eine konkrete Gefahr, zu deren Abwehr die Freiheitsentziehung „unerlässlich“ ist, besteht dann nicht mehr.

7. Freiheitsentziehung nach StPO

Auch die Strafprozessordnung enthält Eingriffsbefugnisse für polizeiliche Freiheitsentziehungen, sofern die Polizei bei der Freiheitsentziehung zumindest vorwiegend strafverfolgend tätig wird. Das können Freiheitsentziehungen zur Identitätsfeststellung, zur Durchführung erkennungsdienstlicher Behandlungen, zur Vorführung beim Haftrichter und zur Sicherung der beschleunigten Aburteilung sein.

a) Festhalten zur Identitätsfeststellung (§§ 163 b, c StPO)

Die Freiheitsentziehung zur Identitätsfeststellung richtet sich nach § 163 b und c StPO.

§ 163 b StPO erlaubt die Identitätsfeststellung Beschuldigter und ggf. Dritter im

Ermittlungsverfahren und enthält die Befugnis zum Anhalten und Festhalten zur Überprüfung der Identität. Nach § 163 c StPO darf die Freiheitsentziehung zur Identitätsfeststellung erfolgen, aber nur so lange dies „zur Feststellung der Identität unerlässlich“ ist. Über §§ 46 Abs. 1, 53 OWiG gelten §§ 163 b und c StPO auch bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten.

In beiden Fällen ist ebenfalls unverzüglich die richterliche Entscheidung herbeizuführen, sofern dadurch die Freiheitsentziehung nicht verlängert wird. Hier darf die Freiheitsentziehung maximal 12 Stunden betragen - auch mit richterlicher Entscheidung (§ 163 c Abs. 3 StPO).

Die richterliche Entscheidung ergeht über Zulässigkeit und Fortdauer der Festhaltung (Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG), also über die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 163 b Abs. 1 S. 2., Abs. 2 S. 2 Halbs. 1; Unerlässlichkeit des Festhaltens und Einhaltung der Zwölfstundensfrist).

Nach der Kommentarliteratur und häufiger Gerichtspraxis soll der Richter lediglich die Zulässigkeit der gegenwärtigen Festhaltung und ihrer Fortdauer feststellen⁷² - diese Auffassung ist angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur konstitutiven Bedeutung des Richtervorbehaltes überholt⁷³.

Will der Richter die Fortdauer des Festhaltens anordnen, muss er zuvor auch die Zulässigkeit der Identitätsfeststellung als solcher (§ 163 b Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1) bejahen⁷⁴. Hält er die Voraussetzungen für ein weiteres Festhalten nicht für gegeben, ordnet er die sofortige Freilassung des Betroffenen an; anderenfalls lautet seine Entscheidung dahin, dass die Freiheitsentziehung fortauern darf. Nach überholter Auffassung soll dagegen die Frage, ob das Festhalten in der Vergangenheit zulässig war, nicht Gegenstand der Entscheidung des Eilrichters sein. Die Prüfung der anfänglichen Zulässigkeit und muss daher unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes - ggf. nachträglich nach § 98 Abs. 2 StPO⁷⁵ - ausdrücklich beantragt werden.

Gegen die richterliche Entscheidung ist die Beschwerde nach § 304 StPO (auch nachträglich) gegeben.

b) zur ED-Behandlung (§ 81 b StPO)

§ 81 b StPO erlaubt die ED-Behandlung nur gegen Beschuldigte, die Mitnahme durch die Polizei ist nur im Eilfall möglich. Ein Eilfall liegt nur vor, wenn die ED-Maßnahmen unaufschiebbar sind und vor Ort nicht durchgeführt werden können.

Die Maßnahme muss erforderlich und verhältnismäßig sein. Das ist sie z.B. dann nicht, wenn die Polizei bereits ED-Material hat.

Eine zwangsweise durchgeführte ED-Behandlung ist immer auch eine Freiheitsentziehung, da dem Betroffenen die körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung genommen wird.⁷⁶ Gegen die Maßnahme ist, soweit es sich um eine strafprozessuale Maßnahme nach § 81 b 1. Alt. StPO gehandelt hat, nachträglich Rechtsschutz analog § 98 Abs. 2 StPO (Antrag auf richterliche Entscheidung) möglich⁷⁷.

Soll die ED-Behandlung nur für erkennungsdienstliche Zwecke erfolgen, handelt es sich nach bislang gängiger Rechtsprechung um eine rein präventiv-polizeiliche und damit verwaltungsrechtliche Maßnahme. Widerspruch hat aufschiebende Wirkung, Eilrechtsschutz und Hauptsacherechtsschutz gegen die ED-Behandlung selbst richten sich nach der VwGO⁷⁸. Hier ist jedoch mit einem weiteren Einschnitt in den

Rechtsschutz zu rechnen. Wegen einer Entscheidung des BVerfG⁷⁹ zu § 81 g StPO, wonach eine molekulargenetische Untersuchung zur Identitätsfeststellung in zukünftigen Strafverfahren „genuines Strafprozessrecht“ sei und daher keine Bedenken gegen eine Rechtswegzuweisung an den Ermittlungsrichter bestünden, ist eine Änderung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dahingehend zu befürchten, dass der Rechtsschutz gegen ED-Maßnahmen zu erkennungsdienstlichen Zwecken zukünftig als strafprozessuale Maßnahme nach § 98 Abs. 2 StPO ausschließlich bei den ordentlichen Gerichten gesucht werden muss. Damit verbunden sein wird ein Verlust an Rechtsschutz, da der Strafrichter in Regel unter weit mehr Zeitdruck leidet als das Verwaltungsgericht und darüber hinaus der Strafrichter erfahrungsgemäß dazu neigt, die Grundrechte zum Zweck einer erleichterten Strafverfolgung hinten an zu stellen.

Die weitere Speicherung der personenbezogenen Daten aus der ED-Behandlung ist unzulässig, wenn der Beschuldigte rechtskräftig freigesprochen, die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn unanfechtbar abgelehnt oder das Verfahren nicht nur vorläufig eingestellt ist, wenn sich aus den Gründen der Entscheidung ergibt, dass der Betroffene die Tat nicht oder nicht rechtswidrig begangen hat (§ 484 II StPO). Eine weitere Speicherung kann also nur dann zulässig sein, wenn sich aus den Entscheidungsgründen positiv ergibt, dass ein Restverdacht besteht. Eine Einstellung des Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft nach § 170 II StPO ohne weitere Begründung genügt für die Annahme eines Restverdachts nicht.⁸⁰ Die Daten sind gem. § 489 StPO zu löschen.

Die Polizei hat auf Antrag die Löschung der Daten zu bestätigen. Die Verpflichtung ergibt sich aus dem Auskunftsrecht gem. § 491 Abs. 1 StPO i.V.m. § 19 Abs. 1 BDSG.⁸¹

c) zur Vorführung beim Haftrichter nach §§ 127 bis 127 b StPO

Will die Polizei die Freiheitsentziehung zur Strafverfolgung betreiben, müssen die Vorschriften der §§ 127 ff. StPO beachtet werden:

Ohne (vorherigen) richterlichen Haftbefehl ist die polizeiliche Festnahme gemäß § 127 Abs. 2 StPO nur zulässig

- gegen Tatverdächtige
- wegen einer schweren Anlansstraftat (s. §§ 112 ff StPO)
- bei Vorliegen eines der Haftgründe (§§ 112 ff. StPO)
- und bei Gefahr im Verzug.

Bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten ist die Anwendung des § 127 StPO ausgeschlossen (§ 46 Abs. 3 OWiG).

Nach § 127 Abs. 1 StPO kann ein „auf frischer Tat“ Betroffener festgenommen werden nur wegen Fluchtgefahr⁸² (und den vorstehenden Voraussetzungen) oder zur Identitätsfeststellung (dann gelten §§163 b und c StPO, siehe oben aa).

Die vorläufige Festnahmen zur Anordnung der Hauptverhandlungshaft nach § 127 b Abs. 1 StPO erfordert das kumulative Vorliegen der folgenden Voraussetzungen:

- eine unverzügliche Entscheidung im beschleunigten Verfahren ist wahrscheinlich wegen
- einfachem Sachverhalt und/oder
- einfacher Beweislage (s. § 417 StPO)⁸³- aufgrund bestimmter Tatsachen ist zu be-

fürchten, dass der Festgenommene der Hauptverhandlung fernbleibt.

Bei der prognostischen Einschätzung der „Befürchtung“ hat der Festnehmende zunächst einen Beurteilungsspielraum, jedoch muss die Annahme sich auf „bestimmte Tatsachen“ stützen. Typischer Fall soll der „reisende Straftäter“ sein, der sich nur kurzfristig in Deutschland aufhält, wie z.B. der auswärtige Hooligan, nicht aber Aktivisten von Bürgerrechtsgruppen, denn für diese sei typisch, dass sie vorhandene legale und halblegale Spielräume auszuschöpfen versuchten, um - ggf. auch in der Strafverhandlung - moralische Appelle zu formulieren⁸⁴.

In all diesen Fällen müssen Betroffene unverzüglich dem Richter vorgeführt werden und ohne Haftbefehl spätestens am Ende des folgenden Tages freigelassen werden (§ 128 Abs. 1 StPO). Die Polizei ist nicht befugt, von sich aus diese Maximalfrist auszuschöpfen ohne sich um die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung zu bemühen, denn diese Frist entbindet nicht von der Beachtung des Richtervorbehaltes (siehe dazu unten 10. und 11.).

Eine erfolgte Festnahme nach § 127 oder 127 b StPO, deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, darf nicht deshalb aufrechterhalten werden, um eine Aburteilung im beschleunigten Verfahren herbeizuführen⁸⁵.

Stellt sich bei Erledigung der Formalitäten nach der Festnahme heraus, dass die Festnahmegründe nicht (mehr) vorliegen, ist die Freiheitsentziehung vom Festnahmegrund nicht mehr gedeckt und damit rechtswidrig⁸⁶.

Bis zur richterlichen Entscheidung kann die Staatsanwaltschaft die Entlassung anordnen (§ 120 Abs. 3 S. 2 StPO).

Die richterliche Entscheidung ergeht über den Erlass eines Haftbefehles. Der Richter hat die Freilassung anzuordnen, wenn die Festnahme nicht gerechtfertigt war oder die hierfür gegeben Gründe (z.B. Fluchtgefahr, Verdunklungsgefahr) beseitigt sind (§ 128 Abs. 2 StPO). Die anfängliche Zulässigkeit von der polizeilichen Festnahme bis zur Richterentscheidung kann nachträglich im Verfahren nach § 98 Abs. 2 StPO überprüft werden⁸⁷.

Bei Freilassung vor der Richtervorführung gilt ebenfalls § 98 Abs. 2 StPO analog⁸⁸. Eine Richterentscheidung kann nach § 304 StPO angefochten werden.

8. Gemengelage - Begründungspflichten

Immer wieder gibt es vor Ort in sog. Gemengelage Diskussionen darüber, auf welche Rechtsgrundlage die Anordnung der Freiheitsentziehung gestützt wird. Häufig wird auch im Laufe der Freiheitsentziehung oder bei der nachträglichen richterlichen Überprüfung durch Polizei oder Richter die Rechtsgrundlage „ausgetauscht“.

a) Begründung und Auswechseln der Rechtsgrundlage

Das Auswechseln der Rechtsgrundlage ist im Bereich der Eingriffsverwaltung wegen der Bindung an Recht und Gesetz und wegen des Gesetzesvorbehaltes in Art. 2 Abs. 2 GG nicht zulässig. Zudem verlangt Art. 5 Abs. 2 MRK, dass jeder festgenommenen Person kurzfristig der Grund der Festnahme und die gegen sie erhobenen Beschuldigungen mitgeteilt werden. Gleiches gilt nach Polizeirecht (z.B. § 32 Abs. 1

S. 1 ASOG Bln o. § 19 Abs. 1 S. 1 PolG Bbg) und nach dem Strafprozessrecht (§§ 163b Abs. 1, 163a Abs. 4 S. 1 StPO). Daher muss die Polizei sich festlegen. Das Gericht kann wegen des polizeilichen Auswahl- und Entschließungsermessens diese Festlegung nachträglich nicht mehr ändern. Nur so kann auch Rechtsschutz „effektiv“ als Grundrechtsschutz wirken (Art. 19 Abs. 4 GG).

Nach der Rechtsprechung kommt es dann, wenn die Polizei bei ein und derselben Maßnahme teilweise nach Polizeirecht, teilweise zur Verfolgung von Straftaten vorgeht, auf das Schwergewicht der Maßnahme an⁸⁹, im Zweifel also auf die vor Ort gegebene und/oder dokumentierte Rechtsgrundlage des Eingriffshandels. Im Zweifel hat die Gefahrenabwehr Vorrang vor der Strafverfolgung; bei Unklarheiten kommt es auf die Sicht der Betroffenen an⁹⁰. Kommt die Polizei der Verpflichtung zur Begründung nicht nach, so ist die polizeiliche Maßnahme allein wegen des rechtsstaatlichen Begründungsdefizits rechtswidrig⁹¹.

Anwälte (und Richter) sollten frühzeitig darauf drängen, dass die Polizei die Rechtsgrundlage ihres Vorgehens angibt und eine Begründung der Maßnahme unter Berufung auf Art. 5 Abs. 2 MRK verlangen.

Die Erfahrung zeigt, dass andernfalls der (nachträgliche) Rechtsschutz daran scheitern kann, dass die Rechtsgrundlagen ausgewechselt werden und ein Gericht an das andere verweist, ohne dass es zu einer Sachentscheidung kommt⁹².

Zur Begründung ist die Polizei bei Erlass belastender Verwaltungsakte verfassungsrechtlich verpflichtet⁹³. In einem demokratischen Rechtsstaat gilt der Begründungszwang als Grundlage eines rechtsstaatlichen Verfahrens für gebundene Verwaltungsakte ebenso wie für Ermessenentscheidungen und Entscheidungen mit Beurteilungsspielraum⁹⁴.

Zudem sind polizeiliche Entscheidungen in der Regel Ermessenentscheidungen: Die Polizei entscheidet über das Ob und Wie des polizeilichen Eingreifens ebenso wie über die Auswahl zwischen verschiedenen polizeilichen Mitteln oder die Auswahl unter mehreren potentiell Verantwortlichen. Auch die Auswahl, ob präventiv oder repressiv vorgegangen wird, ist eine Ermessenentscheidung, die nur die Polizei selbst und nicht das mit der Überprüfung befasste Gericht treffen kann. Insbesondere kann das Gericht keine eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen an die Stelle der polizeilichen Entscheidung setzen (§§ 114 VwGO i.V.m. § 40 VwVfG)⁹⁵.

Ein geringer richterlicher Spielraum besteht nur während der richterlichen Überprüfung der andauernden Freiheitsentziehung, weil hier die Eingriffskompetenz auf den Richter verlagert ist und insoweit der Richter Exekutivkompetenzen wahrnimmt⁹⁶. Auch hier muss aber eine Festlegung der Eingriffsgrundlage erfolgen, die nachträglich - für den „echten Rechtsschutz“ - verbindlich ist, da andernfalls die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG leer läuft. Nur solange und soweit der Richter selbst im Rahmen der Ausübung des Richtervorbehaltes Exekutivbefugnisse wahrnimmt, darf er auch alternative Eingriffsbefugnisse prüfen - hierbei ist er aber an das polizeiliche Auswahl- und Entschließungsermessen gebunden. Wählt die Polizei ein Vorgehen zur Gefahrenabwehr, ist der Richter an diese Entscheidung gebunden und muss insoweit nur das Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen überwachen.

Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass auch bei Kompetenzverlagerungen

durch den Richtervorbehalt bei der präventiven Freiheitsentziehung nach Polizeirecht verwaltungsrechtliche Prinzipien fortgelten, selbst wenn das Verfahren den Regeln der Freiwilligen Gerichtsbarkeit folgt und der zuständige Richter häufig Ermittlungs- und Strafrichter ist. Dies bedeutet insbesondere, dass die verkürzten Voraussetzungen des sog. strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs jedenfalls bei nachträglicher Überprüfung der Freiheitsentziehung nicht fortgelten, sondern eine unbeschränkte Rechtmäßigkeitsüberprüfung ex post zu erfolgen hat⁹⁷.

Eine spätere Ergänzung der (tatsächlichen) Begründung von Ermessensentscheidungen ist nach der Rechtsprechung nur zulässig, wenn die nachträglich von der Behörde angegebenen Gründe schon bei Erlass des Verwaltungsaktes vorlagen, der Verwaltungsakt durch sie in seinem Wesen nicht geändert und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird⁹⁸. Ein Wechseln von präventivem zu repressivem Einschreiten verändert jedoch den Eingriff in seinem Wesen⁹⁹, weil die Polizei entweder als Ordnungsbehörde oder als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft tätig wird und weil die Maßnahmen und daraus folgenden Rechtsbehelfe unterschiedlichen Regeln und Prozessordnungen folgen. Das Auswechseln der Rechtsgrundlage bedeutet daher immer für die Betroffenen eine Behinderung bei der Justiziabilität der Entscheidung.

Nur die frühzeitige Begründung (und ihre Beibehaltung) kann in Gemengelage effektiven Rechtsschutz ermöglichen und ist daher unverzichtbar.

b) Repressives Eingreifen zur Strafverfolgung nach StPO

Handelt es sich um eine Strafverfolgungsmaßnahme, gelten die unter 7. genannten Voraussetzungen der Strafprozessordnung sowie Art. 104 Abs. 2 und 3 GG sowie Art 5 MRK. Auch hier ist eine richterliche Entscheidung über die Fortdauer der Haft "unverzüglich" herbeizuführen. Betroffene sind spätestens bis zum Ablauf des auf die Ergreifung folgenden Tages zu entlassen, sofern nicht eine richterliche Haftanordnung erfolgt.

Das Verfahren nach StPO erfolgt stets mit Beteiligung der Staatsanwaltschaft. Die Staatsanwaltschaft ist bei rein präventiv-polizeilich begründeten Maßnahmen und dagegen gerichteten Rechtsbehelfen nicht beteiligt.

Die Eingriffsvoraussetzungen nach StPO sind wesentlich enger als nach Landespolizeirecht, die (längerfristigen) Rechtsfolgen aber in der Regel schwerwiegender.

Erfüllen repressive Eingriffe nicht die einschränkenden Voraussetzungen der Strafprozessordnung, dürfen diese rechtsstaatlichen Schranken nicht über das Polizeirecht ausgehebelt werden.

So sind die Eingriffsvoraussetzungen für die Präventivhaft nach § 112 a StPO beschränkt: neben dringendem Tatverdacht für die Begehung einer schweren Straftat müssen weiter bestimmte Tatsachen für die Fortsetzung oder Wiederholung vorliegen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Voraussetzungen weiter beschränkt - wegen des hohen Rangs des Freiheitsgrundrechtes und der Unschuldsvermutung - auf schwerwiegende Beeinträchtigungen der Rechtsordnung durch die Anlasstat, bei der Art und Ausmaß des Schadens erheblich sein müssen. Die Anlasstat muss einen überdurchschnittlichen Unrechtsgehalt und Schweregrad aufweisen, für die Wiederholungsgefahr muss eine hohe Wahrscheinlichkeit sprechen, die Haft muss zur Abwendung der Wiederholungsgefahr erforderlich sein¹⁰⁰.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, dann darf die präventive Freiheitsentziehung

nicht „ersatzweise“ auf polizeirechtliche Eingriffsbefugnisse gestützt werden - umgekehrt gelten diese beschränkenden Voraussetzungen sinngemäß bei der Auslegung der Eingriffsbefugnisse für den Unterbindungsgewahrsam.

c) Präventives Eingreifen mit Polizeikräften und Bundesgrenzschutz

Vor allem im Zusammenhang mit Castor-Transporten, aber auch bei Protesten gegen Abschiebungen auf Flughäfen kommt es zu Kompetenzverwirrungen.

Hier gilt: Bei Amtshilfe des BGS und bei einer gemeinsamen Einsatzleitung geht das Landespolizeirecht vor (vgl. z.B. § 103 Abs. 2 und 3 NGefAG und §§ 9 Abs. 1 S. 2, 22 Abs. 2 BGSG)¹⁰¹.

Handelt der Bundesgrenzschutz aus eigener Kompetenz und beantragt selbst die richterliche Entscheidung, gelten §§ 39 ff. BGSG.

Übergibt der BGS die Betroffenen an die Landespolizei, obwohl die originäre Kompetenz des BGS bestand, handelt die Landespolizei nach dem jeweils einschlägigen Polizeirecht und darf sich nicht auf das BGS-Gesetz berufen.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, der Möglichkeit milderer Maßnahmen und im Hinblick auf das Merkmal der "unverzüglichen" Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung steht die Polizei hier unter besonderem Zeitdruck, weil die Betroffenen in der Regel schon länger vom BGS festgehalten wurden, es für den Grundrechtseingriff (Art. 2 Abs. 2, 104 Abs. 2 GG, Art. 5 MRK) aber auf die Perspektive der Betroffenen ankommt. Mit der Erstinformation durch den BGS über die Übernahme der Festgehaltenen ist daher sofort das Gericht zu benachrichtigen, wenn ein weiteres Festhalten beabsichtigt ist, weil andernfalls der Grundrechtsschutz durch "Pingpong" zwischen Polizei und BGS unterlaufen wird.

Der BGS hat wegen seiner Stellung als „Sonderpolizei“ nicht die Befugnisse der allgemeinen Vollzugspolizei nach dem Versammlungsgesetz, auch nicht in Bahnhof oder Flughafen¹⁰², sondern nur zur spezifischen Gefahrenabwehr, und bei repressivem Eingreifen nach StPO nur eine vorläufige Befugnis nach §§ 12 Abs. 3, 65 BGSG i.V.m. den Landespolizeigesetzen¹⁰³.

9. Sog. „Anschlussgewahrsam“

Beim sog. "Anschlussgewahrsam" (Präventivgewahrsam nach § 18 NGefAG, wenn strafrechtliche Vorwürfe nicht haltbar sind und Haftgründe vom Richter verneint wurden oder umgekehrt) fehlt es schon am Tatbestand des Bestehens einer Tat von gewisser Erheblichkeit. Dies ist ja gerade im vorangegangenen Verfahren, in dem die Freilassung verfügt wurde, geprüft worden. Dann widerspricht schon die richterliche Verneinung des konkreten Tatverdachtes oder der Erheblichkeit der Tat oder der Gefährdung oder der Verhältnismäßigkeit einer Fortsetzung der Freiheitsentziehung.

Die Fortdauer des Gewahrsams darf nur und ausschließlich vom Richter angeordnet werden - hat der Richter entschieden, ist die polizeiliche Eilkompetenz „verbraucht“. Dies folgt aus dem Richtervorbehalt (Art. 104 GG) und der daraus resultierenden Kompetenzverschiebung. Die Richterentscheidung ist konstitutiv für die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung, nur im echten Eilfall darf die Polizei vorläufig die Freiheitsentziehung selbst anordnen, muss dann aber unverzüglich die richterliche Entscheidung beantragen.

terliche Entscheidung herbeiführen. Ab diesem Zeitpunkt liegt die Eingriffskompetenz ausschließlich beim Gericht (dazu s. unten 9. und 10).

Auch wenn die Polizei die Festnahme nacheinander auf verschiedene Begründungen und Rechtsgrundlagen stützt, bleibt immer der Zeitpunkt des erstmaligen Eingriffs in die Freiheit und nicht der Zeitpunkt der Änderung der Begründung maßgeblich¹⁰⁴.

Die Polizei hat die richterliche Freilassungsentscheidung sofort ohne erneute eigene Prüfungen umzusetzen. Hält sie den Betroffenen weiter fest, wird damit die Wächterfunktion des Richters ausgehebelt, die Art. 104 Abs. 2 GG gewährleisten soll. Außerdem ist dies ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 1 und 3 GG (Rechtsstaat, Gewaltenteilung) und strafbar nach § 239 StGB.

10 . Höherrangiges Recht zum Richtervorbehalt (Art. 104 Abs. 2 GG, Art. 5 MRK) und Versammlungsrecht (Art. 8 GG)

a) Art. 104 Abs. 2 GG

Der hohe Rang des Grundrechtes auf persönliche Freiheit spiegelt sich darin, dass staatliche Eingriffe nicht nur unter Gesetzes- sondern auch unter Richtervorbehalt stehen.

Art. 104 Abs. 2 GG lautet:

- (1) Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur auf Grund der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder körperlich noch seelisch misshandelt werden.
- (2) Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterliche Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln. ...

Der Richtervorbehalt dient der formellen Sicherung der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und soll ein unkontrolliertes Verschwindenlassen oder Misshandlungen von Gefangenen nicht nur im Extremfall verhindern. Die persönliche Freiheit des Einzelnen soll im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat im höchstmöglichen Maße von allen staatlichen Organen gewährleistet werden. Angesichts der Schikanen von Betroffenen bei Massenfestnahmen ist dieses Postulat unangenehm aktuell.

Nach der jüngsten, inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes sind alle staatlichen Organe verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird¹⁰⁵.

Gemäß Art. 104 Abs. 2 S.1 GG setzt die Freiheitsentziehung grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung voraus, die nachträgliche richterliche Entscheidung ist der Ausnahmefall, wenn andernfalls der verfassungsrechtlich zulässige Zweck der Freiheitsentziehung nicht erreichbar wäre¹⁰⁶. Die Nachholung der Richterentscheidung ist auch dann nicht entbehrlich, wenn der Freiheitsentzug vor Ablauf der Frist des Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG endet, denn dieser markiert nur die äußerste zeitliche Grenze, befreit aber nicht von der Verpflichtung zur unverzüglichen Herbeiführung der

Richterentscheidung¹⁰⁷.

Strittig ist die Frage, ob der Richter bei Überprüfung der polizeilichen (repressiven oder präventiven) Freiheitsentziehung als Eingriffsrichter und Teil der Exekutive (mit gewissermaßen vorgezogener Rechtmäßigkeitskontrolle), oder als Rechtsschutzrichter und somit Teil der Judikative tätig wird. Praktische Konsequenzen folgen aus diesem Disput allein für den Umfang und das Verfahren des nachträglichen Rechtsschutzes bei erledigten Maßnahmen; hier hat aber inzwischen die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes für Klarstellung gesorgt (ohne den Disput zu entscheiden): Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, dem Richtervorbehalt zur Geltung zu verhelfen, effektiver Rechtsschutz gebietet, dass Eingriffe in die persönliche Freiheit immer justiziabel sind¹⁰⁸.

b) Art. 5 MRK

Der Richtervorbehalt als Schutz vor willkürlichen Verhaftungen ist auch Teil der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Art. 5 MRK lautet

- (1) Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:
 - a) rechtmäßiger Freiheitsentzug nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht;
 - b) rechtmäßige Festnahme oder rechtmäßiger Freiheitsentzug wegen Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;
 - c) rechtmäßige Festnahme oder rechtmäßiger Freiheitsentzug zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern
 - d)...
 - e)...
 - f)...
- (2) Jeder festgenommenen Person muss in möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden
- (3) Jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, muss unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens. ...
- (4) Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzuges entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmäßig ist.
- (5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

Die Europäische Menschenrechtskonvention hat nach Art. 31 GG den Rang eines

Bundesgesetzes und geht daher den Landespolizeigesetzen vor.

In der Literatur wird richtig die Festnahme zur Verhinderung einer Ordnungswidrigkeit als Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. c gewertet, weil dort nur „strafbare Handlungen“ erwähnt sind¹⁰⁹.

c) Freiheitsentziehung - Freiheitsbeschränkung

Begrifflich liegt nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht eine Freiheitsbeschränkung vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist. Der Tatbestand einer Freiheitsentziehung (Art. 104 Abs. 2 GG) kommt nur in Betracht, wenn die - tatsächlich und rechtlich an sich gegebene - körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird.¹¹⁰ Ein Festhalten zur Durchführung einer Identitätsfeststellung ist daher schon eine Freiheitsentziehung.¹¹¹ Eine „Freiheitsentziehung“ liegt vor, wenn der Zweck der Maßnahme gerade die Einschränkung der persönlichen Bewegungsfreiheit ist, aber auch dann, wenn eine ursprünglich nach ihrem Zweck nur als „Freiheitsbeschränkung“ anzusehende Maßnahme - etwa bei Massengeschehen - länger andauert¹¹². Maßgebend ist immer die Dauer und Intensität des Eingriffs¹¹³. Bei einer Dauer von etwa 2 Stunden und mehr wird auch eine zunächst lediglich als Freiheitsbeschränkung angesehene Maßnahme zur Freiheitsentziehung¹¹⁴. Dies ist auch der Zeitraum, in dem sich mit zumutbaren Anstrengungen der Polizei eine richterliche Entscheidung - ggf. nach telefonischer Benachrichtigung vorab - herbeiführen¹¹⁵. Lediglich in der Nacht mag dies - je nach Organisation des Eildienstes - etwas mehr Zeit in Anspruch nehmen. Gerade dieses zwei Stunden Dauer-Kriterium ist wichtig und insbesondere die hier ursprünglich zitierte Rechtsprechung. Durch die veränderten Fußnoten stimmen die Querverweise nicht mehr und ich habe keine Lust, das allen noch mal zu kontrollieren!

Polizeigewahrsam ist immer eine Freiheitsentziehung nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 GG¹¹⁶.

Da zwischen Freiheitsbeschränkungen und Freiheitsentziehung nur ein gradueller Unterschied besteht, beginnt letztlich die Freiheitsentziehung auch bei der polizeilichen Einkesselung¹¹⁷ bereits mit der ersten beschränkenden Maßnahme, die die Betroffenen ihrer persönlichen Bewegungsfreiheit beraubt, also in der Regel mit dem Zuziehen der Polizeikette. Ist von vornherein eine kurzfristige Maßnahme geplant (z.B. Personalienfeststellung nur weniger Personen), kann ggf. noch von einer Freiheitsbeschränkung gesprochen werden. Ist aber von vornherein ein stundenlanges Festhalten beabsichtigt oder absehbar (z.B. bei der beabsichtigten Identitätsfeststellung von mehreren hundert Personen) oder ist eine Verbringung in Gefangenensammelstellen oder an andere Orte geplant, ist die Maßnahme von Anfang an eine Freiheitsentziehung¹¹⁸ mit den entsprechenden Konsequenzen für Richtervorbehalt, Justizialität usw.¹¹⁹, auch wenn sie "nur" zur Identitätsfeststellung erfolgt.

Eine Freiheitsentziehung liegt nach richtiger Auffassung¹²⁰ auch bei Festnahme und Festhalten zur Vorführung beim Richter oder zur Identitätsfeststellung vor, weil es nicht mehr um ein kurzfristiges Festhalten vor Ort, sondern die zwangsweise Verbringung an einen anderen Ort geht und damit auch eine längere Dauer indiziert ist.

Dagegen ist nach der h.M. das kurzfristige zwangsweise Vorführen nur eine Freiheitsbeschränkung, für die die Rechtsgarantien des Art. 104 GG nicht gelten sollen¹²¹. Diese Auffassung ist durch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes überholt¹²². Jeder Ausschluss der Möglichkeit, den Aufenthaltsort zu verlassen, ist eine Freiheitsentziehung¹²³.

§ 19 NGefAG (ähnlich der Wortlaut der anderen Landesgesetze) umgeht diese Differenzierung, indem Richtervorbehalt und richterliche Überprüfung einheitlich für „Freiheitsbeschränkungen“ als Oberbegriff des Gewahrsams und des Festhaltens zur Durchführung der Identitätsfeststellung geregelt werden¹²⁴.

d) Versammlungsrecht - Art. 8 Abs. 1 GG

Auf allgemeines Polizeirecht gestützte Maßnahmen dürfen nicht ganz oder überwiegend darauf abzielen, die Teilnahme an einer nicht verbotenen Demonstration zu verhindern oder zu erschweren. Das Versammlungsrecht als Bundesrecht geht dem Landespolizeirecht vor und regelt versammlungsrechtliche Eingriffsbefugnisse abschließend. Versammlungen sind polizeifest bis zur Auflösung.

Danach sind Freiheitsbeschränkungen und -entziehungen bei Versammlungen nur zulässig, wenn vorher die Versammlung verboten und aufgelöst wurde oder der Adressat der Maßnahme von der Versammlung ausgeschlossen wurde (§§ 15, 11 und 18 Abs. 3 VersG)¹²⁵. Gegen Personen, die eine friedliche Versammlung stören, darf die Polizei dagegen zum Schutz der Versammlung vorgehen.

Art. 8 Abs. 1 GG ist darüber hinaus als Wertentscheidung des Verfassungsgebers auch bei der Auslegung einfachen Rechtes zu beachten¹²⁶ - dies ist insbesondere bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung und im umstrittenen Grenzbereich des Art. 8 GG (Sitzblockaden, Friedlichkeitsbegriff, unklare Vollziehbarkeit von Auflagen, Unfriedlichkeiten lediglich einzelner oder der Versammlung insgesamt etc.) nochmals zu beachten, auch wenn grundsätzlich die Eingriffsbefugnis der Polizei vorliegt. Friedliche Versammlungsteilnehmer müssen nach Auflösung der Versammlung die Gelegenheit haben, sich zu entfernen - „friedlich“ ist hier im Sinne des Art. 8 GG zu verstehen, so dass die „Unfriedlichkeit“ nicht schon aus Rechtsverstoßen wie einfacher Verletzung des Versammlungsgesetzes oder gewaltfreier Verletzung anderer Rechtsvorschriften folgt. Die Einkesselung aller wegen Unfriedlichkeiten (in diesem Sinne) nur Einzelner oder einer Teilgruppe ist daher ein Verstoß gegen Art. 8 GG¹²⁷.

Der Begriff der „Friedlichkeit“ im Sinne des Grundrechtes aus Art. 8 Abs. 1 GG ist die Freiheit von Gewalt, während nach dem Polizeirecht jeder Verstoß gegen die Rechtsordnung - auch das falsche Parken - eine Gefahr und damit eine Eingriffsbefugnis begründet. Die weit höhere Schwelle des staatlichen Eingreifens im Bereich des Versammlungsrechts erst bei „Unfriedlichkeit“ wird durch die Polizei gerne durch die unzulässige Gleichsetzung mit dem Begriff „rechtswidriges Verhalten“ unterlaufen.

11. Insbesondere: Unverzöglichkeitsgebot

Unterlässt oder verzögert die Polizei die gesetzlich vorgeschriebene Herbeiführung der „unverzöglichen“ Entscheidung eines erreichbaren und zuständigen Richters, so ist der Gewahrsam rechtswidrig, wenn er länger als 2 bis 3 Stunden andauert oder andauern soll, ohne dass in dieser Zeit die Richterentscheidung herbeigeführt wird¹²⁸.

a) „unverzöglich“

In jedem Fall muss die Polizei wie auch der Bundesgrenzschutz unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeiführen.

Dies ergibt sich aus Art. 104 Abs. 2 GG und Art. 5 Abs. 3 MRK¹²⁹. Beide Vorschriften enthalten eine Garantie gegen jegliche willkürliche oder rechtswidrige Freiheitsentziehung. Danach ist jede Freiheitsentziehung vom Gericht von Amts wegen und auf Antrag daraufhin zu überprüfen, ob Gründe vorliegen, die die Freiheitsentziehung nach dem Gesetz rechtfertigen.

Der verfassungsrechtlich gebotene Richtervorbehalt hat Eingang in alle Ermächtigungsgrundlagen für polizeilichen Präventivgewahrsam gefunden:

„wird eine Person ... festgehalten, so haben die Verwaltungsbehörden oder die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsbeschränkung herbeizuführen.“ (§ 19 Abs. 1 S. 1 NGefAG)¹³⁰

Weiter heißt es auch:

„Der Herbeiführung der richterlichen Entscheidung bedarf es nicht, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung erst nach Wegfall des Grundes der Maßnahme ergehen wird“ (§ 19 Abs. 1 S. 2 NGefAG).

Eine Freiheitsentziehung setzt grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung voraus, die nachträgliche richterliche Entscheidung ist der Ausnahmefall, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck andernfalls nicht erreichbar wäre¹³¹. Dann ist die richterliche Entscheidung über anfängliche Zulässigkeit und Fortdauer unverzüglich nachzuziehen¹³².

„Unverzüglich“ bedeutet, dass die richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, nachgeholt werden muss¹³³. Die festhaltende Behörde muss den Richter so rechtzeitig wie möglich benachrichtigen und jede Verzögerung begründen¹³⁴. Nicht vermeidbar sind z.B. die Verzögerungen, die durch die Länge des Weges, Schwierigkeiten beim Transport, die notwendige Registrierung und Protokollierung, ein „renitentes Verhalten des Festgenommenen“ oder vergleichbare Umstände bedingt sind¹³⁵.

Hier sind allerdings bei vorhersehbaren Massenfestnahmen und bei vorhersehbaren Abläufen strengere Maßstäbe anzulegen, damit der Richtervorbehalt nicht durch polizeiliche Verzögerungsstrategien unterlaufen werden kann¹³⁶. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist „die Flexibilität bei der Auslegung und Anwendung des Begriffs „unverzüglich“...sehr begrenzt“¹³⁷.

Die Polizei muss „unverzüglich“ eine Entscheidung des Amtsgerichts erwirken oder den Betroffenen freilassen. Wenn ein zuständiger Richter erreichbar ist oder bei den verfassungsrechtlich gebotenen organisatorischen Vorkehrungen erreichbar wäre, ist ein Gewahrsam über die Dauer von zwei bis drei Stunden hinaus ohne deren

Entscheidung unzulässig¹³⁸. Das Bundesverfassungsgericht hat in den Entscheidungen vom 05.12.2001¹³⁹ und vom 15.05.2002¹⁴⁰ klargestellt, dass rein taktisches Zuwarten der Behörden mit der Herbeiführung der Richterentscheidung unzulässig ist¹⁴¹.

Bei Massenprotesten und daraus resultierenden Konflikten sind Freiheitsentziehungen in der Regel vorhersehbar. Hier müssen alle Behörden rechtzeitig organisatorische Maßnahmen dafür treffen, dass eine richterliche Entscheidung unverzüglich herbeigeführt oder nachgeholt werden kann. Formelhafte Begründungen der Verzögerung bei Massengeschehen sind nicht zulässig. Die Verzögerung muss sich auf Ermittlungen oder Umstände im jeweiligen Einzelfall beziehen¹⁴². Bei nicht vorhersehbaren Festnahmen (z.B. in der Nacht nach 22.00 Uhr) muss die Benachrichtigung frühzeitig am nächsten Morgen erfolgen¹⁴³.

b) Rechtsfolgen bei Missachtung des Richtervorbehaltes durch die Polizei

Verstößt die Polizei gegen das Verfassungsgebot zur unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung, führt dies wegen der unmittelbaren Geltung des Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG zur Rechtswidrigkeit des Polizeigewahrsams¹⁴⁴, die Betroffenen sind freizulassen¹⁴⁵. Eine Heilung ist nicht möglich¹⁴⁶.

c) Erreichbarkeit des Gerichtes

Die fehlende Möglichkeit, einen Richter zu erreichen, kann angesichts der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates, der Bedeutung des Richtervorbehaltes durch geeignete organisatorische Maßnahmen Rechnung zu tragen, nicht ohne Weiteres als unvermeidbares Hindernis für die unverzügliche Nachholung der richterlichen Entscheidung gelten¹⁴⁷. Zur Gewährleistung des Richtervorbehaltes sind die Gerichte gehalten, die Erreichbarkeit des Eilrichters auch durch Einrichtung eines Eil- und Notdienstes zu sichern, die Polizei kann sich nicht mit dem abstrakten Hinweis begnügen, innerhalb einer bestimmten Zeitspanne sei eine richterliche Entscheidung nicht zu erlangen¹⁴⁸. Verfassungsgarantien stehen nicht unter dem Vorbehalt richterlicher Erreichbarkeit¹⁴⁹.

Am Wochenende ist daher ein richterlicher Notdienst stets notwendig, damit der Richtervorbehalt und die Höchstdauer der Freiheitsentziehung aus eigener polizeilicher Machtvollkommenheit bis zum Ende des nächsten Tages eingehalten werden kann¹⁵⁰. Aber auch dann, wenn mit Massenprotesten und vorhersehbaren Konflikten mit der Polizei gerechnet werden kann - wie z.B. bei Castor-Transporten, Wehrkundetagen, Globalisierungsprotesten und „Chaostagen“ - gelten gesteigerte Anforderungen an die richterliche Erreichbarkeit und ggf. auch die Zahl der erreichbaren Eilrichter. Andernfalls würde der Richtervorbehalt praktisch leer laufen¹⁵¹.

Erforderlich sind dokumentierte Bemühungen, den Richter zu erreichen. Der bloße Hinweis auf „Dienstschluss“ reicht niemals aus, weil es allgemein festgelegte Dienstzeiten für Richter nicht gibt¹⁵².

d) Besonderheiten bei Massenfestnahmen

Betrifft die Festnahme nur einige Personen, wird der Richtervorbehalt in der Regel gerade aufgrund der jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes - mit mehr oder weniger Zeitverzug - beachtet.

Probleme gibt es jedoch regelmäßig bei Massenprotesten, bei denen der Präven-

tivgewahrsam von Polizeikräften gerne als „Ersatzbestrafung“ aus eigener Machtvollkommenheit ausgestaltet wird. Mit Hinweis auf die Dauer der „Abarbeitung“ einiger hundert Festgehaltener wird die Herbeiführung der Richterentscheidung verzögert oder unterlassen.

Wegen des Richtervorbehaltes in Art. 104 Abs. 2 GG muss die Polizei aber auch bei Massengeschehen unverzüglich eine richterliche Entscheidung für jeden Betroffenen herbeiführen. Da absehbar ist, dass die Abwicklung von massenhaften Gewahrsamnahmen aus sich heraus „Sand im Getriebe“ verursacht, sind die Anforderungen an die Einschaltung des Eilrichters gesteigert. Die Polizei muss dann das Gericht besonders frühzeitig beteiligen - um dem Richtervorbehalt zur Durchsetzung zu verhelfen -, wenn Massenfestnahmen von gewisser Dauer bekannt sind und die Personen entweder draußen stundenlang festgehalten werden oder in Gefangenessammelstellen verbracht werden sollen. Die Anordnung der Gewahrsamnahme erfolgt i.d.R. durch die oberste Einsatzleitung - ein echter „Eilfall“ liegt dabei häufig nicht vor, insbesondere dann nicht, wenn zunächst eine längere Einkesselung vor Ort erfolgt. Wird der Richtervorbehalt ernst genommen, kann die Entscheidung, ob ein Abtransport zur Gefangenessammelstelle erfolgen soll, ebenso gut wie mit der zentralen Einsatzleitung gleich auch mit den zuständigen Richtern abgestimmt oder jedenfalls zeitgleich die Richterentscheidung in die Wege geleitet werden.

In solchen Einsatzlagen ist die Polizei ohne weiteres - ggf. telefonisch - in der Lage, das Gericht sofort zu informieren über die Anzahl der Festgenommenen und einen Überblick über den Sachverhalt und die Begründung der Freiheitsentziehung zu übermitteln. Dies ersetzt nicht den Antrag in jedem Einzelfall, versetzt das Gericht selbst aber frühzeitig in die Lage, eigene organisatorische Vorkehrungen für unverzügliche Entscheidungen zu treffen und seine Wächeraufgabe im Rahmen der Gewaltenteilung von Amts wegen wahrzunehmen.

Die Polizei kann personenbezogene Daten und konkrete Tatvorwürfe ggf. nachliefern, da ja auch die vorgeschriebene persönliche Anhörung der Betroffenen erst später stattfindet. Die frühzeitige Information ist jedoch die einzige Möglichkeit, willkürliche Freiheitsentziehungen zu verhindern und den Richter in seiner Funktion als „Wächter des Freiheit“ zu beteiligen.

Auch Art. 5 Abs. 3 MRK schreibt vor, dass ein Richter die Freiheitsentziehung von Amts wegen zu überprüfen hat, um willkürliche Haft und Misshandlungen Festgenommener zu verhindern¹⁵³.

e) Absehen von richterlicher Entscheidung wegen Verzögerung - nachträgliche Richterentscheidung

Alle Polizeigesetze sehen vor, dass die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung entbehrlich ist, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme ergehen würde (so z.B. § 19 Abs. 1 S. 2 NGefAG). Da der Richtervorbehalt dem Schutz der Betroffenen, nicht aber der Verlängerung des Eingriffs dienen soll, muss die Richterentscheidung in diesen Fällen nicht abgewartet werden. Allerdings muss bei der danach erforderlichen Prognoseentscheidung eine „den verfassungsrechtlichen Erfordernissen entsprechende Gerichtsorganisation“ zu Grunde gelegt werden¹⁵⁴. Eine andere Frage ist allerdings, ob in diesen Fällen eine nachträgliche Entscheidung des Richters nach Entlassung

herbeigeführt werden muss¹⁵⁵.

An die „ex ante“ erforderliche Prognose sind seit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 15.05.2002 strenge Anforderungen zu stellen¹⁵⁶.

Für die Prognoseentscheidung, ob der Gewahrsam mit Richterbeteiligung unnötig verlängert würde, ist maßgeblich die Zeit von der Gewahrsamnahme an - versäumt die Polizei die unverzügliche Benachrichtigung des erreichbaren Gerichtes, kann sie sich später nicht mehr auf diese Klausel berufen, weil dann die Freiheitsentziehung schon rechtswidrig (geworden) ist¹⁵⁷.

12. Behandlung im Gewahrsam

Nach § 20 Abs. 1 NGefAG muss die Polizei den Festgehaltenen „unverzüglich den Grund bekannt geben“¹⁵⁸. Dies folgt auch aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 5 Abs. 2 MRK und § 39 VwVfG als Konkretisierung des rechtsstaatlichen Begründungsgebote¹⁵⁹.

Darüber hinaus muss der Festgehaltene über seine zulässigen Rechtsbehelfe belehrt werden. Diese Belehrungspflicht umfasst nicht nur die Information des Festgehaltenen darüber, ob die Polizei selbst beabsichtigt, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Belehrung muss auch den Hinweis enthalten, dass der Festgehaltene selbst schon während der Dauer des Gewahrsams eine richterliche Entscheidung beantragen kann¹⁶⁰. Zu der Belehrung gehört der Hinweis, dass eine etwaige Aussage freiwillig erfolgt (z.B. § 32 I S. 2 u. 3 ASOG Bln).

Ebenfalls unverzüglich muss die Gelegenheit zur Benachrichtigung und ggf. Hinzuziehung einer Vertrauensperson gegeben werden, bei Minderjährigen sind die Personensorgeberechtigten oder Betreuungspersonen zu benachrichtigen (§ 19 Abs. 2 NGefAG). Sind diese nicht erreichbar, muss das Jugendamt eingeschaltet werden. Die Benachrichtigung darf nicht von der Zahlung des Telefongeldes oder gar dem Bereithalten passender Münzen oder Telefonkarten abhängig gemacht werden (erst recht nicht, wenn den Betroffenen das Handy abgenommen wurde).

Die Unterbringung soll nicht gemeinsam mit Strafgefangenen und Untersuchungshäftlingen erfolgen, Männer und Frauen sollen getrennt untergebracht werden (§ 19 Abs. 4 NGefAG).

Die Unterbringung muss menschenwürdig gestaltet sein¹⁶¹. Menschenwürdig ist weder die stundenlange Unterbringung in Polizeikesseln im Freien ohne Witterungsschutz, Toiletten und Verpflegung, noch das stundenlange Einsperren in engen Zellen im Gefangentransporter ohne ausreichende Belüftung und Beheizung, noch die Unterbringung mit 100 Personen in einer Fahrzeughalle ohne Mobiliar oder zu 10 – 15 in einem unmöblierten Container. Gegen die Menschenwürde und das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit verstößt auch die Verweigerung und Reglementierung des Toilettenganges bei Massenverhaftungen¹⁶².

Wegen Verletzung der Fürsorgepflicht (fehlende Sitz- oder Bewegungsmöglichkeiten, fehlender Witterungsschutz, fehlenden Toiletten und mangelnde Hygiene, Verpflegungsprobleme, keine Möglichkeit zur Benachrichtigung von Vertrauenspersonen) sind stundenlange Polizeikessel unzulässig¹⁶³.

Aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt, dass Betroffene in jeder Verfahrenslage das Recht

auf anwaltlichen Beistand haben¹⁶⁴. Ggf. muss die Polizei oder das Gericht auf Verlangen der Betroffenen den anwaltlichen Notdienst anrufen¹⁶⁵.

Die Betroffenen dürfen nur solchen Beschränkungen unterworfen werden, die der Zweck der Freiheitsentziehung oder die Ordnung im Gewahrsam erfordert (§ 20 Abs. 4 Satz 3 NGefAG). Da der Anlass weit unter dem Anlass für Untersuchungshaft anzusiedeln ist, ist bei Massenfestnahmen nach Demonstrationen daher nicht einsichtig, warum die Wegnahme von Papier, Stiften, Handys, Gürteln, Schuhsenkeln etc. zur Routine gehört. Zweck des Gewahrsams ist allein, dass die Betroffenen vom Ort des Geschehens ferngehalten werden sollen.

Die Fesselung vor Ort, im Transporter oder in der Zelle ist nur zulässig, wenn sie erforderlich und verhältnismäßig ist. Auch die häufige „Fesselung zur Eigensicherung“ ist unverhältnismäßig, wenn die Betroffenen friedlich sind und sich nicht gegen ihre Festnahme sperren. Fesseln sind beim Einsperren in Zellen im Gefangenentransporter unverhältnismäßig, sofern Betroffene nicht „randalieren“, sowie immer dann nicht erforderlich, wenn von den Betroffenen keine Gewalttätigkeiten und kein Widerstand ausgeht oder sie sich gar im Rahmen von gewaltfreien Aktionen zu absoluter Gewaltfreiheit verpflichtet haben.

Die körperliche Durchsuchung ist nach den Polizeigesetzen erlaubt, wenn eine Person „festgehalten werden darf“ und bei Identitätsfeststellung „zur Eigensicherung“ (z.B. § 22 NGefAG). Dies bedeutet weder, dass Betroffene sich nackt ausziehen müssen, noch enthält es die Befugnis zur Kontrolle der Körperöffnungen. Derartige Übergriffe gegen DemonstrantInnen sind wegen Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit und Menschenwürde rechtswidrig.

Über eine rechtswidrige Behandlung im Gewahrsam ist auf Antrag vom jeweils zuständigen Gericht zusammen mit der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung dem Grunde und der Dauer nach zu entscheiden jedenfalls dann, wenn ein Antrag auf Überprüfung der Freiheitsentziehung anhängig ist¹⁶⁶.

13. Vollzug der Freiheitsentziehung bei Jugendlichen

Auch von Jugendlichen können Gefahren ausgehen, die Freiheitsentziehungen rechtfertigen können. Wegen des Primats der Pädagogik im Jugendstrafrecht und den eingeschränkten Möglichkeiten der Untersuchungshaft gegen Jugendliche nach § 72 JGG ist in besonderem Maße die Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung zu prüfen. Jugendlichengewahrsam darf nicht als ein Mittel der Bestrafung unmittelbar durch die Polizei missbraucht werden.

Der Vollzug gegen Jugendliche verlangt im Hinblick auf § 72 JGG gesonderte Unterbringung und Betreuung - darauf soll allerdings dann verzichtet werden, wenn die Jugendlichen dann von anderen Mit-Demonstranten getrennt allein untergebracht werden müßten. Nach allen Polizeigesetzen sind Eltern, ersatzweise das Jugendamt, frühzeitig zu benachrichtigen. Auch bei Massenprotesten sind hier besondere Anstrengungen erforderlich, Eltern oder Vertrauenspersonen der Jugendlichen zu erreichen.

-
- 1 Dazu und zu Gemengelage s. unten I. 7. und 8.
 - 2 Gewahrsam zur Durchsetzung des Platzverweises verlangt in Bremen eine „erhebliche“ Gefahr und ist in Baden-Württemberg und Saarland nicht vorgesehen – hier wird kurzfristiger Gewahrsam zur Durchsetzung des Platzverweises auf die polizeiliche Generalklausel gestützt. Eine genaue Übersicht der unterschiedlichen Regelungen in den Landespolizeigesetzen findet sich bei Wroblewski/Rehme, Cilip Heft 63 (2/1999).
 - 3 OVG Bremen, NVwZ 2001, 221
 - 4 Waechter, Rdz. 682
 - 5 VG Hamburg, NVwZ 1987, 829
 - 6 Ausführlich dazu Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 499 ff.
 - 7 OLG Celle, B. v. 06.09.2001 -17 W 25/01
 - 8 Dagegen: Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 49; Frowein/Peukert, Art. 5 MRK Rdn. 81; „weil nur der Gesetzgeber die Grenzen zur Straftat bestimmen könne“; Pieroth/Schlink/Kniesel, S. 340; Hornmann § 32 Rdz. 20 gegen BayObLGZ 1998, 133 und VG Schleswig, NJW 2000, 970; Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 504 ff und F 516 erreicht das gleiche Ergebnis jedenfalls über das Merkmal „Unerlässlichkeit“ und alternative polizeiliche Maßnahmen; zur Kritik s. auch Waechter, StV 1989, 416 f; KG Berlin v. 24.4.2002 - 25 W 29/02 nimmt an, dass der Gewahrsam zur Erhinderung von Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung zulässig ist und hält die Teilnahme an einer verbotenen Demonstration wegen der regelmäßig bei Zusammentreffen von links- und rechts-extremistischer Gruppen zu beobachtenden gewaltsamen Auseinandersetzungen für eine OWi von erheblicher Bedeutung.
 - 9 So auch Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 510, der unter Berufung auf BVerwGE 45, 51, 56 „gewichtige Gründe“ verlangt und im Bereich des Versammlungsrechtes daher nur die strafrechtlich bewehrten Verstöße als erheblich ansieht. Genau aufgezählt sind die Eingriffstatbestände in Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG, § 17 Abs. 1 Nr. 2 BbgPolG, § 37 Abs. 1 Nr. 2 SOG LSA, § 19 Abs. 1 Nr. 2 ThürPAG.
 - 10 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 529: „Es ist darauf zu achten, dass diese Befugnis zur Ingewahrsamnahme nicht als Mittel zur bloßen Erleichterung polizeilicher Arbeit und auch nicht als Sanktions- und Disziplinierungsinstrument angewendet wird“ - ebenso AG Ahaus, NWVBl. 2001, 321 und AG Coesfeld, B. v. 20.03.1998 - 9 XIV 31/98. Ausdrücklich verlangt § 15 Nr. 3 BremPolG in diesen Fällen eine „erhebliche Gefahr“. In den anderen Bundesländern ergibt sich die gleiche Beschränkung aus der Gesetzessystematik und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.
 - 11 Marschner/Volckart Kap. E Rdn. 47; nach Lisken, ZRP 1996, 332, 333, ist auch die polizeiliche Präventivhaft an die Voraussetzungen des § 112 a StPO gebunden.
 - 12 Hierzu s. LG Berlin, NJW 2001, 162 ; zu weit OLG Hamburg, NJW 1998, 2231.
 - 13 Kritisch dazu Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F. 511 ff.
 - 14 Marschner/Volckart Kap. E Rdn. 51; so auch Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 511 unter Berufung auf BayVerfGH BayVBl. 1990, 686.
 - 15 So jetzt auch LG Lüneburg, B. v. 07.08.2003 - Az.: 10 T 31/03 und B. v. 08.07.2003 - 10 T 20/03; AG Uelzen, B. v. 06.08.2003 - 2 XIV 619 L.
 - 16 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 508 mit weiteren Fallbeispielen in Anm. 509 ff.
 - 17 LG Lüneburg, B. v. 08.07.2003, 10 T 20/03
 - 18 BVerfG, NJW 1991, 1283, 1284 f.
 - 19 Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 54 und BayObLGZ 1999,17
 - 20 „Nicht der Polizeiaufwand bestimmt die Verhältnismäßigkeit der Mittel. sondern die Abwägung widerstreitender Grundrechtsinteressen“, Lisken, ZRP 1996, 332, 333f.

- 21 Rachor in Liskan/Denninger, Anm. F 529; so auch AG Coesfeld, B. v. 20.03.1998 - 9 XIV 32/98 m.w.N. und AG Ahaus, NWVBl, 2001, 321 f.
- 22 Es sind schon Fälle bekannt geworden, bei denen Personen aufgrund der Missachtung eines Platzverweises oder Aufenthaltsverbotes in Gewahrsam genommen wurden, ohne dass sie von diesen vorhergehenden Maßnahmen wußten. An Kontrollstellen hatte jedoch ein Polizist in das Computersystem eingegeben „Platzverweis erteilt“ - ohne jede Bekanntgabe. Kurz darauf diente diese „Maßnahme“ als Begründung für die Anordnung des Gewahrsams wegen Missachtung eines Platzverweises/Aufenthaltsverbotes. Derartige Vorfälle ergeben sich bevorzugt im Umfeld von beabsichtigten Camps von Demonstranten, die kurzfristig verboten werden - Anreisende wissen davon häufig nichts und erhalten dann Platzverweise/Aufenthaltsverbote, wenn sie vor Ort das angekündigte Camp-Gelände suchen. Dann dient die Campingausrüstung zur Begründung von „unmittelbar bevorstehenden Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten“ und die (erstmalige) Anwesenheit am verbotenen Campgelände zur Begründung von Aufenthaltsverboten, einem Eintrag in der „anlassbezogenen Castor-Datei“ mit der Folge, dass bei späteren Kontrollen die betroffenen Personen „vorbelastet“ sind und eine „negative individuelle Gefahrenprognose“ haben.
- 23 Waechter, Rdn. 690
- 24 Waechter, ebd.
- 25 Rachor in Liskan/Denninger, Anm. F 530
- 26 So Waechter, Rdn. 691.
- 27 OVG Bremen, DÖV 1987, 253; Waechter, Rdn. 704
- 28 BVerfG, B. v. 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90 (Sitzblockaden); so auch VG Lüneburg, B. v. 13.11.2002, 3 B 78/02
- 29 Jochum/Rühle, Anm. H 24; anders KG Berlin, NVwZ 2000, 468 wenn der Polizeikessel lediglich zur Zerstreuung eingesetzt wird und die Betroffenen in Kleingruppen entlassen werden
- 30 BVerfG (Sitzblockaden), B. v. 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90
- 31 Vgl. dazu BVerfG, B. v. 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90 (zu Sitzblockaden und Art. 8 Abs. 1 GG).
- 32 Jarras/Pieroth, Art. 11 GG Anm. 2
- 33 VG Lüneburg, B. v. 13.11.2002 - 3 B 78/02 unter Berufung auf VG Hannover, U. v. 07.07.1997 - 10 A 5589/96 = NdsVerwBl 1998, 145 und die Gesetzesbegründung
- 34 OVG Bremen, NVwZ 1987, 235
- 35 In anderen Bundesländern werden gleiche Anordnungen auf die Befugnis zum Platzverweis oder die Generalklausel gestützt, dagegen: VG Bremen U. v. 29.05.1997 - 2 A 149/96 und Roggan, Cilip Nr. 60 (2/98); zur Unzulässigkeit der Aufenthaltsverbote per Allgemeinverfügung jetzt VGH Baden-Württemberg, B. v. 04.10.2002 - 1 S 1963/02; vgl. auch Rachor in Liskan/Denninger Anm. F 453 ff.
- 36 Zu den Anforderungen an die Gefahrenprognose VG Göttingen, NVwZ-RR 1999, 169.
- 37 Rachor in Liskan/Denninger, Anm. F 457.
- 38 Zur Problematik siehe Rachor in Liskan/Denninger, Anm. F 446 ff., 459 ff.
- 39 VG Lüneburg, B. v.13.11.2002 - 3 B 78/02 unter Berufung auf Saipa, NGefAG, Stand März 2002, § 17 Rdn. 2.
- 40 S. dazu Waechter, Rdn. 706 m.w.N.
- 41 str. - s. FN 33
- 42 S. dazu unten I. 10. c) (Freiheitsentziehung - Freiheitsbeschränkung)
- 43 Dazu siehe SächsVerfGH, DVBl 1996, 1423.
- 44 Dazu s. unten I. 10. c.
- 45 NVwZ 1987,237
- 46 NVwZ 1990,196 f.

- 47 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 439 und 707 m.w.N.; so auch LG Hamburg NVwZ 1997, 63 und Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 54.
- 48 So Lisken in Lisken/Denninger, Anm. F 535 und Pieroth/Schlink/Kniesel, S. 336; für Rechtswidrigkeit jedenfalls ab dem Zeitpunkt, in dem ein Richter bei gebotener Beachtung des Richtervorbehaltes hätte entscheiden können: AG Ahaus, NWVwBl. 2001, 301, LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01 und OVG Münster, NJW 1980, 265 ff.; s. jetzt auch zur verfassungsrechtlichen Verpflichtung aller staatlichen Organe, den Richtervorbehalt praktisch wirksam zu machen BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 (m. Anm. Rabe v. Kühlewein, DVBl 2002, 1545).
- 49 Lisken in Lisken/Denninger, Anm. K 48, C 77, 93 und Waechter, Rdn. 334.
- 50 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00.
- 51 Vgl. BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00.
- 52 Künftig voraussichtlich bis zu 10 Tagen bei Unterbindungsgewahrsam.
- 53 Im Anschluss an SächsVerfGH, DVBl 1996, 1423.
- 54 Dazu s. oben 1. c.
- 55 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00
- 56 LG Lüneburg, B. v. 10.12.1997 - 1 T 74/97
- 57 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 und B. v. 30.10.1990 - 2 BvR 562/88 = NJW 1991, 1283; Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 42; so auch BVerfGE 103, 142 zur Wohnungsdurchsuchung: Der Richtervorbehalt dient der Grundrechtssicherung und verpflichtet alle staatlichen Organe dafür Sorge zu tragen, dass dieser praktisch wirksam wird. S. auch unten I.11.
- 58 S. AG Ahaus, NWVBl 2001, 321 f. und LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01.
- 59 Nach LG Frankfurt/O., B. v. 29.06.2001 - 12 T 171/01, soll in Brandenburg Gewahrsam aufgrund „vorbeugend“ eingeholter Richterentscheidung nicht zulässig sein, weil das Gesetz die polizeiliche Freiheitsentziehung mit anschließender Richterkontrolle vorsehe und nur so das rechtliche Gehör (Art. 103 GG) gewahrt werde; diese Entscheidung steht allerdings im Widerspruch zum Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehungen aus Art. 104 GG (s.a. BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00, Absatz-Nr. 26f, www.bverfg.de.
- 60 Dazu s. Lisken, ZRP 1996, 332 und Stn. zur Novelle des NGefAG vom 25.09.1995 vom Januar 1997; s. auch SächsVerfGH DVBl 1996, 1423.
- 61 OLG Celle, B. v. 06.09.2001 - 17 W 25/01; so auch BVerfGE 83, 24.
- 62 Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 57; grundlegend zu den Freiheitsentziehungsfristen im Polizeirecht: Lisken in ZRP 1996, 332; Pieroth/Schlink/Kniesel S. 345 halten Gewahrsam über 4 Tage für verfassungswidrig.
- 63 So auch § 78 Abs. 3 PolG BW, Art. 11 Abs. 5 BayPAG, § 8 Bln ASOG, § 7 Abs. 3 BbgPolG, § 81 Abs. 3 BremPolG, § 30a Abs. 2 HmbSOG, § 103 Abs. 3 HSOG, § 9 Abs. 2 SOGMV, § 9 Abs. 3 PolGNW, § 86 Abs. 2 PolG RP, § 88 Abs. 3 SPolG, § 77 Abs. 3 SächsPolG, § 91 Abs. 3 SOG LSA, § 170 Abs. 2 LVwG SH, § 11 Abs. 4 ThürPAG.
- 64 Dies ist nach BVerfG, NJW 1998, 495 auch nach Privatisierung der Bahn mit der Verfassung vereinbar.
- 65 Waechter, Rdn. 151
- 66 Waechter ebd.; also insbesondere nicht als Vollzugspolizei nach VersG, Fehn, S. 8
- 67 Fischer/Hitz /Laskowski/Walter, § 40 BGSg Rdn. 6
- 68 Fischer/Hitz/Laskowski/Walter, § 40 BGSg Rdn. 4
- 69 Vgl. Art. 35 GG und BVerfG v. 28.10.1998, NVwZ 1998, 495 ff.; zur Problematik der Umgehung der „Notlagenindikation“ und der Entwicklung des BGS als „Bundespolizei“ s. Lisken in Lisken/Denninger, Anm. C 138 ff., 142, 146.

- 70 Fehn, S. 7 ff
- 71 Vgl. Waechter, Rdn. 151
- 72 Meyer-Goßner, StPO, 46. Auflage, 2003, § 163 c StPO, Rdn. 12
- 73 S. nur BVerfG B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 ; BVerfGE 83, 24 , 33
- 74 Rieß in: Löwe/Rosenberg, § 163 b StPO Rdn. 16
- 75 VG Lüneburg, B. v. 17.01.2001- 7 A 35/98; LG Bonn, B. v. 08.03.2000 - 31 Qs 130/99
- 76 Vgl. BVerfG, 2 BvR 2292/00 v. 15.5.2002; a.A. Meyer-Goßner, § 81b, Rdn 15
- 77 S. BVerfGE 94,44; BGH NStZ 1999, 151 (§§ 23 ff EGGVG nicht anwendbar) und BGH NJW 1999, 3499
- 78 Vgl. nur Meyer-Goßner, § 81b Rdn. 7 u. 22
- 79 BVerfGE 103, 21
- 80 HessVGH, B.v. 23.04.2002 - 10 UE 4135/98 (in Juris); dieser Auffassung hat sich das VG Berlin, 1 A 348.99 v. 18.6.2003 ausdrücklich angeschlossen.
- 81 Vgl. HessVGH, B.v.23.04.2002 - 10 UE 4135/98 (in Juris)
- 82 Die strengen Voraussetzungen der Fluchtgefahr nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO müssen nicht vorliegen, es reicht, wenn nach allgemeiner Erfahrung vernünftigerweise die Annahme gerechtfertigt ist, der Betroffene werde sich seiner Verantwortung entziehen, wenn er nicht alsbald festgenommen wird, Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 127 StPO Rdn. 10.
- 83 Vgl. OLG Stuttgart, StV 1998, 585 und Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 417 StPO Rdn. 16
- 84 So LG Karlsruhe, B. v. 19.07.2001 - 2 Qs 52/01
- 85 Gössel in Loewe/Rosenberg, § 418 StPO Rdn. 31
- 86 LG Karlsruhe, B. v. 19.07.2001 - 2 Qs 52/01
- 87 Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 128 StPO Rdn. 12
- 88 BVerfG 96, 27 = NJW 1997, 2163; BVerfG, B. v. 22.01.2002, NJW 2002, 1333; VG Lüneburg, B. v. 17.01.2001 - 7 A 35/98; LG Bonn, B. v. 08.03.2000 - 31 Qs 130/99.
- 89 BVerfG, DÖV 1975, 275; Liskin in: Liskin/Denninger, Anm. K 111; Waechter, Rdn. 319; v.Albedyll in Bader u.a., § 40 VwGO Anm. 104.
- 90 Pieroth/Schlink/Kniesel, S. 27
- 91 Schenke, Rdn. 421
- 92 So z.B. beim „Quickborner Kessel“; nach drei vergeblichen Instanzen auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit im ordentlichen Rechtsweg wurde Fortsetzungsfeststellungsklage wegen Rechtswidrigkeit des Verhinderungsgewahrsams erhoben. Das VG Lüneburg, bestätigt vom NdsOVG, verwies den Rechtsstreit zurück an das Amtsgericht wegen angenommener ausschließlicher Rechtswegzuweisung nach § 19 NGefAG und mit dem Hinweis, auch bei strafprozessualen Vorgehen sei der Rechtsweg zum Amtsgericht analog § 98 StPO gegeben. Daraufhin rechtfertigte das AG Dannenberg fünf Jahre nach dem definitiv als „Verhinderungsgewahrsam“ bezeichneten Eingriff die Maßnahme als erforderlich zur Identitätsfeststellung nach § 163 c StPO; das Verfahren ist immer noch nicht rechtskräftig abgeschlossen.
- 93 BVerfGE 6,32 und 40, 276; Schoch, DÖV 1984, 402
- 94 Kopp/Ramsauer, § 39 VwVfG Rdn. 4.
- 95 Jochum/Rühle Anm. F 36 - dies gilt auch dort, wo der Richter im Rahmen des Richtervorbehaltes die Exekutivbefugnisse übertragen sind: Der Richtervorbehalt verlagert die Eingriffskompetenz nur als Rechtmäßigkeitsüberprüfung.
- 96 Zur Funktion des Richters bei Wahrnehmung des Richtervorbehaltes siehe Liskin in Liskin/Denninger, Anm. C 77, 943 und K 48; Waechter, Rdn. 334 f.
- 97 Vgl. hierzu BVerfG, B. v. 02.03.1995 - 2 BvR 1564/92 = StV 1996, 193, 194 und BVerfGE 87, 399, 410

- 98 Eyermann/Fröhler, § 114 VwGO Rdz. 87; BVerwGE 38, 191, 194; 61, 200, 210
- 99 So auch Kopp/Schenke § 113 VwGO, Rz. 65
- 100 BVerfGE 35, 185 = NJW 1973, 1363
- 101 Dazu s. oben I. 6
- 102 Fehn, S. 7 f.
- 103 Fehn, S. 9
- 104 BGHSt 34, 365, 368f.; Jarras/Pieroth Art. 104 GG Rdn. 17; Gusy in v.Mangold/Klein, Art. 104 GG Anm. 67
- 105 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00, Abs. 25, www.bverfg.de
- 106 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00, Abs. 26 f., www.bverfg.de
- 107 Ebd. (Abs. 27, 28) - überholt daher die Auffassung von Schenke, Rdn. 44
- 108 Z. B. BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 und B. v. 05.12.2001 - 2 BvR 527/99, 2 BvR 1337/00 und 2 BvR 1777/00 zur Abschiebehaf; B. v. 03.02.1999 - 2 BvR 804/97 und 2 BvR 1081/97 zum Polizeigewahrsam; B. v. 13.03.2002 - 2 BvR 261/01 zur Menschenwürde von Strafgefangenen; zur Justiziabilität erledigter Freiheitsentziehungen s. auch BVerfG, B. v. 26.06.1997, 2 BvR 126/91 = EuGRZ 1997, 374.
- 109 S. oben FN 8
- 110 BVerfGE 94, 166, 198
- 111 Vgl. Meyer-Goßner, § 163 b Rdn. 7
- 112 S. Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 486 f.
- 113 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00; so auch BGHZ 82, 261, 265ff. und BVerwGE 62, 317, 321.
- 114 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 487 m.w.N.; OVG Münster NJW 1980, 138, VG Hamburg, NVwZ 1987, 829.
- 115 Vgl. Fischer/Hitz/Laskowski/Walter, § 40 BGG Rdn. 6
- 116 Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 42; Heesen/Hönle/Peilert, § 39 BGG Rdn. 2: Auch das längere Festhalten in einem Gefangenenransporter oder Polizeikessel ist Freiheitsentziehung
- 117 Zur Rechtswidrigkeit der Polizeikessel nach Versammlungsrecht und weil am gleichen Ort kein Platzverweis „durchgesetzt“ wird s. Jochum/Rühle, Anm. H 24; für Unzulässigkeit auch Hornmann, § 33 HessSOG Rz 23 und VG Hamburg, NVwZ 1987, 829 und LG Hamburg, NVwZ 1987, 834.
- 118 Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 42
- 119 So auch Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 483; zum „Hamburger Kessel“ LG Hamburg, NVwZ 1987, 834; s. auch VG Berlin, NVwz-RR 1990, 188; VG Mainz NVwZ 1991, 242 und OLG München, NJW-RR 1997, 279.
- 120 Marschner/Volckart, Kap. F zu § 2 FEVG Anm. 4
- 121 So BGH NJW 1982, 753; kritisch dazu Lisken in Lisken/Denninger, Anm. C 24; diese Auffassung dürfte überholt sein durch die in FN 99 zitierte neuere Rspr. des BVerfG.
- 122 S. FN 96 und 99; s. auch § 36 Abs. 1 S. 1 PG NW
- 123 Gusy in Mangold/ Schmidt/Klein, Art. 104 GG Anm. 19 und 22
- 124 Ähnlich die anderen Landespolizeigesetze, die auf die jeweiligen Befugnisnormen verweisen.
- 125 Vgl. Jochum/Rühle Anm. H 24
- 126 BVerfG, B. v. 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90 (Sitzblockadeentscheidung)
- 127 So auch Jochum/Rühle, Anm. H 24; deutlich BVerfG NJW 1986, 2395, 2400 (Brokdorf) und BGH, NJW 1984, 1226, 1228 f. (Grohnde).
- 128 Marschner/Volckart, Anm. E 56; Gusy, Polizeirecht S. 249; Reiff/Wöhrle/Wolf, § 22 PolG BW Rdn. 33; s. auch AG Ahaus, B. v. 12.01.2001 - 7 XIV 353 = NWVwBl 2001, 321 f., (Verletzung der

„Unverzüglichkeit“ durch Verbringung in einen anderen Gerichtsbezirk und unterlassene Richteranhörung bei Dienstanfang nach nächtlicher Festnahme), bestätigt von LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01; siehe auch bei FN 46 und OVG Münster, NJW 1980, 138.

129 Informativ dazu: EGMR, Urt. v. 29.04.1999 - 25642/94 Aquilina/Malta, NJW 2001, 51 ff., 53: „Die richterliche Prüfung der Freiheitsentziehung muss nicht nur unverzüglich, sie muss auch von Amts wegen erfolgen. Sie kann nicht von einem vorherigen Antrag des Häftlings abhängig gemacht werden. Ein derartiges Erfordernis würde nicht nur die in Art. 5 III MRK vorgesehene Gewährleistung ihrer Natur nach verändern – die eine andere Gewährleistung ist als die in Art. 5 IV MRK, wonach der Betroffene das Recht hat zu beantragen, dass ein Gericht über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsberaubung entscheidet. Es könnte sogar die Zweckbestimmung jener Gewährleistung zunichte machen, die darin besteht, den Einzelnen gegen willkürliche Haft zu schützen, indem sichergestellt wird, dass die Freiheitsentziehung unabhängiger richterlicher Nachprüfung unterliegt. Unverzügliche richterliche Prüfung der Freiheitsentziehung ist auch ein wichtiger Schutz gegen Misshandlung dessen, der in Haft genommen worden ist...“.

130 Nahezu gleichlautend die Regelungen in den anderen Bundesländern - nur in Mecklenburg-Vorpommern und in Schleswig-Holstein gilt Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG unmittelbar.

131 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00, Abs. 26 f.; Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 42

132 Rachor in Lisken/Denninger Anm. F 537; so jetzt auch BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 Abs. 25f.

133 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00, Abs. 27 m.w.N.; BVerwG 45, 51,63; BayObLG, B. v. 10.02.1999 - 3 Z BR 25/99.

134 Gusy in v. MangoldKlein, Art. 104 GG Rdn. 47

135 BVerfG, B. v. 15.05.2002, 2 BvR 2292/00 unter Berufung auf Dürig in Maunz/Dürig, Art. 104 GG Rdn. 38 - diese Kommentierung ist allerdings sehr alt und berücksichtigt weder die aktuellen Geschehnisse bei Massenprotesten noch die zunehmende Tendenz der Verlagerung repressiver Polizeiaufgaben in den Präventivbereich oder die negativen Erfahrungen mit „polizeilichem Selbstvortrag“ z.B. bei Castor-Protesten.

136 So auch EGMR v. 29.04.1999, NJW 2001, 51 bei Ziff. 48 zu § 5 Abs. 3 MRK.

137 EGMR ebd.

138 OVG Münster, NJW 1980, 138; Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 56; Fischer/Hitz/Laskowski/Walter, § 40 BGG Rdn. 6; Gusy, Polizeirecht, S. 161; Reiff/Wöhrle/Wolf, § 22 PolGBW Rdn. 33.

139 2 BvR 527/99

140 2 BvR 2292/00

141 Rabe v. Kühlewein, DVBl. 2002, 1545

142 LG Lüneburg, B. v. 07.08.2003 - 10 T 31/03 und B. v. 08.07.2003 - 10 T 20/03

143 AG Ahaus, B. v. 12.01.2001 = NWVBl 2001,321 f. und LG Münster B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01

144 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 559 unter Berufung auf Maunz/Dürig Art. 104 GG Rdn. 41; Gusy, Polizeirecht, S. 161; OVG Münster, NJW 1980, 138; so auch sinngemäß OLG Zweibrücken, B. v. 14.12.2001 - 1 SS 227/01 (bei Melchior).

145 Jarras/Pieroth, Art. 104 GG Rdn. 24

146 Pieroth/Schlink/Kniesel, S. 336; Sinngemäß folgt dies auch aus BVerfGE 58, 208, 222 und 61,123,125: Auch die Nachholung der unterlassenen persönlichen Anhörung der Betroffenen heilt nur ex nunc, nicht ex tunc.

147 BVerfG B. v. 15.05.2002 -2 BvR 2292/00, Abs. 27; BVerfGE 103, 142,151ff., 156; anders noch BVerwGE 45, 51/63

148 BVerfGE 103, 142, 151 ff. zur Wohnungsdurchsuchung und „Gefahr in Verzug“ (v. 20.02.2001)

149 Liskan in Liskan/Denninger, Anm. K 147

150 Zur Richterbereitschaft s. BGH NJW 1978,899: Der Richter hat stets auch außerhalb von Dienststunden tätig zu werden, wenn das Amt es von ihm fordert, ähnlich BVerwG NJW 1983, 62; und jetzt BVerfG v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00, Abs. 33: Verpflichtung des Staates, der Bedeutung des Richtervorbehaltes durch geeignete organisatorische Vorkehrungen Rechnung zu tragen; ausführlich siehe dazu Rabe von Kühlewein, DVBl. 2002, 1545 ff.

151 Zu eng daher LG Berlin, B. v. 02.08.2002 - 84 T XIV 236/02: In dem entschiedenen Fall wurde ein Gegendemonstrant gegen eine NPD-Veranstaltung am 1.Mai gegen 10.00 Uhr festgenommen. In den Jahren zuvor kam es regelmäßig zu Festnahmen von ca. 100 - 300 Personen, jedoch standen nur 2 Eilrichter bereit und zwar erst ab 17.00 bzw. 19.00 Uhr. Um 23.40 Uhr wurde der Betroffene entlassen, ohne dass eine richterliche Entscheidung überhaupt beantragt worden war. Das LG hielt das Unverzüglichkeitsgebot nicht für verletzt, wenn die richterliche Entscheidung erst bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen herbeigeführt wird und hielt die Frage eines Organisationsmangels zu Unrecht - entgegen BVerfG. B. v. 05.12.2001 - für unerheblich. Das KG Berlin bestätigte diese Auffassung in einer Parallelentscheidung (B. v. 24.04.2002 - 25 W 29/02).

152 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00, Abs. 33, www.bverfg.de

153 So EGMR v. 29.04.1999, NJW 2001, S. 51 ,53 bei Ziff. 47 u. 49.

154 BVerfG, B. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00, Abs. 32, www.bverfg.de, mit Anmerkung Rabe von Kühlewein, DVBl. 2002, 1545

155 Dazu s. unten II. 9 b) und III. sowie Rachor in Liskan/Denninger, Anm. F 537 m.w.N.

156 Hierzu und zu grundsätzlichen Bedenken gegen diese Klauseln in den Polizeigesetzen s. Rabe von Kühlewein, DVBl. 2002, 1545, insbes. bei Fn. 14.

157 So auch LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01

158 So auch die anderen Polizeigesetze: § 28 Abs. 2 PolG BW; Art. 19 Abs. 1 BayPAG; § 32 Abs. 1 S. 2 BlnASOG; § 19 Abs. 1 S. 2 BbgPolG; § 17 Abs. 1 S. 3 BremPolG; § 13 b Abs. 1 HmbSOG; § 56 Abs. 1 SOG MV; § 37 Abs. 1 PolGNW; § 16 Abs. 2 PolG RP; § 15 Abs. 1 S. 2 PolG Saarl; § 22 Abs. 4 SächsPolG; § 39 SOG LSA; § 205 Abs. 1 LVwG SH; § 21 Abs. 1 ThürPAG; zur Begründungspflicht s. auch unten II. 7 a) und d).

159 Pieroth/Schlink/Kniesel S. 336; s. auch Rachor in Liskan/Denninger, Anm. F 327 ff.

160 KG Berlin, B. v. 27.06.2003 - 25 W 58/02

161 Das BVerfG, B. v. 13.03.2001 - 2 BvR 261/01 hat die zeitweilige Unterbringung von zwei Strafgefangenen in einer Einzelzelle als mögliche Verletzung der Menschenwürde angesehen - die Belastungsschwelle durch die Art der Unterbringung muss bei Präventivhaft auf Verdacht entsprechend vermindert werden (vgl. die Privilegien der Untersuchungshäftlinge), statt die Betroffenen im Gewahrsam noch schlechter zu behandeln!

162 AG Frankfurt/M., 32 C 261/01-84 für geschlossene WC's im ICE

163 Jochum/Rühle Anm. H 24

164 Vgl. § 137 Abs. 1 S. 1 StPO; BVerfG, NJW 84, 2403; LG Hamburg, NJW 2000, 673, 678; BGH, NJW 1993, 338

165 BGH, StV 1996, 187ff

166 LG Lüneburg, B. v. 07.08.2003 - 10 T 31/03 und vom 08.07.2003,-10 T 20/03; s. dazu auch unten Kap. III. 1. f)

II. Rechtsschutz bei Freiheitsentziehungen bis zur Entlassung - Das Verfahren vor dem Amtsgericht während des Gewahrsam

Obwohl präventiv-polizeilich Freiheitsentziehungen originäres Polizeirecht und damit eine klassisch verwaltungsrechtliche Materie betreffen, ist die Ausübung des Richtervorbehaltes in allen Fällen, die in Abschnitt I. behandelt sind, durch Sonderregelungen in den Polizeigesetzen und im Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen (FEVG)¹ den Amtsgerichten zugewiesen. Während des Gewahrsams ist damit die Anrufung des Verwaltungsgerichtes zur Überprüfung der Freiheitsentziehung ausgeschlossen (§ 3 FEVG und landesrechtliche Regelungen als Sonderzuweisung i. S. v. § 40 VwGO). Lediglich für andere als freiheitsentziehende Maßnahmen bleibt die Anrufung des Verwaltungsgerichtes im Eilverfahren denkbar, sofern die Maßnahme noch nicht erledigt ist (z.B.: die Fortsetzung der aufgelösten Versammlung ist noch möglich) und nicht im Wege der Annexkompetenz (wie z.B. die Behandlung im Gewahrsam) ebenfalls der Zuweisung ans Amtsgericht unterliegt.

1. Zuständigkeit des Amtsgerichtes für polizeiliche Freiheitsentziehungen

Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichtes zur Überprüfung der Zulässigkeit und Fortdauer der polizeilichen Freiheitsentziehung ergibt sich während andauernder Freiheitsentziehung aus

§ 19 Abs. 1 NGefAG, Art. 18 Abs. 3 BayPAG, § 18 Abs. 2 PolG Bbg, § 28 Abs. 4 PolGBW, § 31 Abs. 3 ASOG Bln, § 16 Abs. 3 PolG Bremen, § 13 a Abs. 2 HmbSOG, § 33 Abs. 2 HSOG, § 56 Abs. 5 SOG MV, § 36 Abs. 2 PolG NW, § 15 Abs. 2 POG RhP, § 14 Abs. 2 PolG Saarland, § 38 Abs. 2 SOG LSA, § 22 Abs. 8 SächsPolG, § 181 Abs. 4 AVwG SH, § 20 Abs. 2 ThürPAG, § 40 BGSG

sowie aus § 3 FEVG und den Verweisungsvorschriften der Polizeigesetze.

Die sachliche Zuständigkeit umfasst auch Rügen der Art und Weise der Freiheitsentziehung. Da ein Rechtsweg für Rügen des Vollzugs der Freiheitsentziehung nicht geregelt ist, sind Grundrechtseingriffe im sach nächsten Rechtszug (mit) zu überprüfen². Dies folgt aus dem Grundsatz der Rechtsschutzkonzentration sowie § 13 Abs. 2 FEVG und dem Prinzip der Annexkompetenz.³

Örtlich zuständig ist während des Gewahrsams das Amtsgericht am Aufenthalts- bzw. Festhalteort des Gefangenen als dem Ort, an dem die Freiheitsentziehung „vollzogen“ wird

(§ 19 Abs. 3 S. 1 NGefAG, Art. 18 Abs. 3 S.1 BayPAG, § 18 Abs. 2 BbgPG, § 33 Abs. 2 HSOG, § 36 Abs. 2 PG NW, § 15 Abs. 3 POG RhP, § 14 Abs. 2 PG Saarland, § 38 SOG LSA, § 181 Abs. 4 S. 3 AVwG SH, § 20 Abs. 2 ThürPAG, § 40 Abs. 2 BGSG, § 4 Abs. 1 S. 2 FEVG),

nach anderer Regelung das Amtsgericht am Ergreifungsort des Gefangenen

(§ 56 Abs. 5 S. 4 SOG MV und § 22 Abs. 8 SächsPG „in dessen Bezirk eine Person in Gewahrsam genommen worden ist“; so wohl auch § 28 Abs. 4 PG BW: „in dessen Bezirk eine Person in Gewahrsam genommen ist“)

oder sowohl das Gericht des Aufenthalts- wie des Ergreifungsortes (so § 16 Abs. 3 BremPolG und § 4 Abs. 1 und 2 FEVG: das Amtsgericht, in dessen Bezirk das „Bedürfnis für die Freiheitsentziehung“ entsteht und bei Verwahrung in einer „Anstalt“ auch in dessen Bezirk, darüber hinaus nach § 4 FEVG auch der Wohnort des Betroffenen).

In Hamburg ist nur das Amtsgericht Hamburg-Mitte (§ 13 a Abs. 2 HmbSOG) und in Berlin das Amtsgericht Tiergarten (§ 31 Abs. 3 BlnASOG) örtlich zuständig.

Nicht geregelt ist der Fall, in dem erst ein Polizeikessel über Stunden an einem Ort zur Zuständigkeit des Amtsgerichtes eines Bezirkes führt, dann aber die Betroffenen in den Bezirk eines anderen Amtsgerichtes in Gefangenen-Sammelstellen gebracht werden. Derartige Verbringungen waren üblich bei den Castor-Transporten (von Ahaus nach Coesfeld und Münster in mehrere Gefangenessammelstellen, von Uelzen und Lüneburg zur Gefangenen-Sammelstelle in Neu Tramm im Bezirk Dannenberg).

Das LG Münster nimmt in diesem Fall die örtliche Zuständigkeit zunächst im Bezirk des Ergreifungsortes, sodann - nach Transport in den anderen Bezirk - auch den Gerichtsstand der Verwahrung an⁴. Der Ansatz, den nächsten verfügbaren Richter - also den des jeweiligen Aufenthaltsortes - mit der Sache zu befassen, ist pragmatisch i. S. der Beschleunigung der Freilassung. Allerdings begegnet die Verbringung der Gefangenen in einen anderen Gerichtsbezirk nach bereits vollzogener Freiheitsentziehung vor Ort Bedenken im Hinblick auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 GG), denn die Polizei kann hier mit der Wahl des Ortes der Gefangenessammelstelle den zuständigen Richter ggf. selbst bestimmen⁵. Zudem ist hier häufig die „Unverzüglichkeit“ der Herbeiführung der Richterentscheidung zu verneinen⁶. Daher muss jedenfalls für die nachträgliche Überprüfung der ursprüngliche Gerichtsstand erhalten bleiben (so wohl § 19 Abs. 3 NGefAG), daneben allerdings auch der der Gefangenessammelstelle, wenn die maßgeblichen Beeinträchtigungen erst hier erfolgten.

Solange die Betroffenen im Polizeigewahrsam sind, ist der für die Überprüfung von Freiheitsentziehungen bestimmte Eilrichter des Amtsgerichtes zuständig (Achtung: dies ist nicht immer der Ermittlungsrichter, sondern kann bei Präventivgewahrsam auch der Vormundschaftsrichter sein! Ist im Geschäftsverteilungsplan die Zuständigkeit für polizeiliche Freiheitsentziehungen nicht geregelt, ist nicht der Ermittlungsrichter zuständig, sondern ggf. der FGG-Richter oder der Richter für „alle sonstigen“ Angelegenheiten.)

Wird bei vorhersehbaren Massenfestnahmen die Anzahl der Bereitschaftsrichter aufgestockt, muss der Geschäftsverteilungsplan die Aufgaben nach allgemeinen, abstrakten, sachlich-objektiven Merkmalen verteilen. Ist die Geschäftsverteilung danach angreifbar, ist das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) verletzt und die Entscheidung des Richters ohne weiteres rechtswidrig, soweit die Richterentscheidung konstitutiv für die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung ist⁷.

2. Verfahren nach FEVG und FGG

Das Verfahren richtet sich aufgrund der Verweisungen in fast allen Polizeigesetzen nach dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen (FEVG, nach anderer Zitierweise auch FrEntzG), welches wiederum in § 3 Abs. 2 FEVG auf das Verfahren nach FGG⁸ verweist. Für den Bundesgrenzschutz gilt das FEVG direkt (§ 1 FEVG), außerdem wird in § 40 BGSG darauf verwiesen.

Lediglich in Baden-Württemberg wird direkt auf das FGG des Bundes verwiesen (§ 28 Abs. 4 S. 2 PG BW) mit der Folge, dass nicht auf die Regelungen des FEVG zurückgegriffen werden kann. Hier bleibt offen, ob neben der sofortigen Beschwerde auch die weitere Beschwerde zulässig ist (§ 28 Abs. 4 S. 2 PG BW).

Hiervon abweichend ist die Rechtslage in Niedersachsen⁹:

§ 19 Abs. 4 NGefAG verweist auf die Verfahrensvorschriften des Niedersächsischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (ndsFGG¹⁰), welches in § 7 ndsFGG wiederum nur auf einige allgemeine Vorschriften des FGG verweist, wodurch z.B. die Notwendigkeit der persönlichen Anhörung der Betroffenen offen bleibt¹¹. Die Anwendung des FEVG ist damit ebenfalls ausgeschlossen, ggf. muss unmittelbar auf die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zum Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen, verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen und das rechtliche Gehör zurückgegriffen werden. In Niedersachsen sind auch die Rechtsmittel direkt in § 19 Abs. 3 NGefAG anders als im FGG geregelt: Die sofortige Beschwerde ist - jedenfalls für den nachträglichen Rechtsschutz - als Zulassungsbeschwerde ausgestaltet (dazu s.u. II. 9. zu den Rechtsmitteln). Insgesamt ist die Regelung in Niedersachsen unübersichtlich, lückenhaft und verfehlt, wie auch die Praxis gezeigt hat. Außerdem ist zweifelhaft, ob sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Regelung der Eingriffsbefugnisse genügt (Art. 104 Abs. 2 S. 4 GG). Die bisherigen Erfahrungen mit der richterlichen Überprüfung der Freiheitsentziehungen nach § 19 NGefAG zeigen, dass allen damit befassten Gerichten die Verfahrensregeln undurchsichtig sind und dass effektiver Rechtsschutz aufgrund dieser Regelung kaum zu erlangen ist¹².

Das Verfahren ist im FEVG und FGG nur lückenhaft geregelt, jedoch inzwischen durch höchstrichterliche Rechtsprechung ausgeformt.

Im FGG-Verfahren in allen Varianten gilt der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 12 FGG i.V.m. § 3 FEVG). Die Amtsermittlungspflicht folgt auch aus der Aufgabenzuweisung durch Art. 104 Abs. 2 GG. Daher darf der Richter sich nicht auf die Überprüfung der Plausibilität der von der Polizei vorgebrachten Gründe beschränken, sondern muss selbst Tatsachen feststellen und prüfen, ob die Freiheitsentziehung begründet und erforderlich ist¹³.

Die Entscheidung erfolgt durch Beschluss, der mit Gründen zu versehen ist (§§ 6 Abs. 1 FEVG) und dem Betroffenen bekannt gemacht werden muss (§ 6 Abs. 2 FEVG). Ist das FGG direkt anwendbar, ist die Form der richterlichen Entscheidung nicht vorgeschrieben, die „Verfügung“ wird allerdings ebenfalls erst mit Bekanntgabe (durch Zustellung oder gegenüber Anwesenden zu Protokoll) gegenüber dem Betroffenen wirksam (§ 16 Abs. 1 FGG).

Obwohl die Begründungspflicht im FGG nicht geregelt ist, verlangt die Rechtsprechung zur Begründung des Grundrechtseingriffs, dass das Gericht alle materiellen Recht-

mäßigkeitsvoraussetzungen der Freiheitsentziehung im konkreten Fall für die konkrete Person nachvollziehbar feststellt¹⁴. Daher ist auch hier ein begründeter Beschluss erforderlich.

Die Entscheidung, mit der die Freiheitsentziehung angeordnet wird, wird erst mit Rechtskraft wirksam, also erst mit Ablauf der Rechtsmittelfrist (2 Wochen nach Bekanntgabe). Soll eine Entscheidung, mit der z.B. vorbeugender Verhinderungsgewahrsam angeordnet wird, vor Ablauf der Rechtsmittelfrist vollzogen werden, muss die sofortige Wirksamkeit angeordnet werden (§ 8 FEVG, §§ 24, 26 FGG).

Der Beschluss ist mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Zwar sehen weder das FGG noch das FEVG eine Rechtsmittelbelehrung vor. Das Rechtsmittelerfordernis ergibt sich jedoch unmittelbar aus dem Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Eine Rechtsmittelbelehrung ist dann geboten, wenn die Formerfordernisse des Rechtsmittels so kompliziert und schwer zu erfassen sind, dass nicht erwartet werden kann, der Rechtssuchende werde sich in zumutbarer Weise darüber rechtzeitig Aufklärung verschaffen.¹⁵ Wegen der schwierigen und unübersichtlichen Rechtslage bei Freiheitsentziehungen nach Polizeirecht ist bei fehlender Rechtsmittelbelehrung Wiedereinsetzung zu gewähren¹⁶.

Die Entscheidung kann mit sofortiger Beschwerde angefochten werden (§§ 7, FEVG, 22 FGG). Die weitere sofortige Beschwerde ist eine reine Rechtsbeschwerde und kann nur auf fehlerhafte Rechtsanwendung gestützt werden. In Niedersachsen, Bayern und Berlin kann die weitere sofortige Beschwerde nur erhoben werden, wenn sie zugelassen ist (§§ 19 Abs. 2 S. 4 NGefAG, 31 Abs. 3 Bln ASOG, Art. 18 Abs. 2 BayPAG). Nach einer Auffassung muss die Zulassung bereits in der Beschwerdeentscheidung selbst erfolgen¹⁷, nach anderer Auffassung ist auch ein nachträglicher Beschluss des Landgerichtes möglich¹⁸ (wegen der Einzelheiten zu den Rechtsmitteln s.u. II. 9.).

3. Richtervorbehalt: Entscheidung von Amts wegen, Amtsermittlung

Das Herbeiführen der richterlichen Entscheidung ist eine Amtspflicht¹⁹.

Aus der Zuweisung der Entscheidung über die Freiheitsentziehung an den Richter in Art. 104 Abs. 2 GG folgt die Kompetenz und Verpflichtung zur Prüfung und Entscheidung von Amts wegen, sobald das Gericht Kenntnis von der Eingriffsmaßnahme hat oder haben kann²⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngsten Entscheidung vom 15. Mai 2002 (zur Abschiebehaft) dazu ausgeführt:

„Der Richtervorbehalt dient der verstärkten Sicherung des Grundrechtes aus Art. 2 Abs. 2 GG. Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird...“²¹

Der Hauptzweck des Richtervorbehaltes in Art. 104 GG ist danach die Grundrechtssicherung für den Bürger. Zwar ist strittig, ob der Richter bei Ausübung des Richtervorbehaltes als Eingriffsrichter und somit Teil der Exekutive, oder als Rechtsschutzrichter und damit Teil der Judikative i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG entscheidet²². Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist die Entscheidung jedenfalls aber „konstitutiv“ für die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung und nicht nur Bestätigung einer behördlichen Maßnahme²³, so dass auch hieraus die Verpflichtung zur Entscheidung

von Amts wegen - ggf. auch nachträglich - folgt. Dem Betroffenen sind alle diejenigen rechtsstaatlichen Sicherungen zu gewähren, die mit einem justizförmigen Verfahren verbunden sind²⁴.

Auch nach EGMR²⁵ ist das Gericht von Amts wegen nach Art. 5 Abs. 3 MRK zur Überprüfung der Freiheitsentziehung der Sache nach verpflichtet. Dies folgt zudem aus dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 12 FGG (i.V.m. § 3 FEVG).

Das Amtsermittlungsprinzip und die Wächterfunktion des Gerichtes verlangen, dass das Gericht den Sachverhalt und die für die Freiheitsentziehung maßgeblichen Tatsachen selbst ermittelt und selbst konkrete Feststellungen hierüber trifft²⁶, es darf nicht einfach die Angaben der Polizei übernehmen²⁷. Das Gericht muss selbst alle tatsächlichen Voraussetzungen für eine einzelfallbezogene Entscheidung über die Freiheitsentziehung feststellen und darf sich nicht lediglich auf eine Plausibilitätskontrolle der von der Polizei vorgetragenen Umstände beschränken²⁸ (im Einzelnen s. dazu unten II. 8.).

Nicht nur Polizei und Gericht sollten Ihre Bemühungen um unverzügliche Herbeiführung der richterlichen Entscheidung dokumentieren²⁹, sondern auch Anwälte und Betroffene.

4. Antragsrecht der Betroffenen

Während im Wortlaut der Vorschriften der Polizeigesetze (z.B. § 19 Abs. 1 NGefAG und § 3 FEVG) immer nur von einem Antrag der Polizei auf richterliche Entscheidung die Rede ist, ergibt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes³⁰, dass auch die Betroffenen jederzeit einen Antrag auf richterliche Entscheidung stellen können³¹. Dies folgt auch aus Art. 5 Abs. 4 MRK³² und § 13 Abs. 2 FEVG.

Der Antrag kann während des Gewahrsams jederzeit gestellt werden, und zwar formlos oder förmlich durch Einreichung eines Antrages beim Gericht (nicht: bei der Polizei, diese ist aber zur Weiterleitung verpflichtet) oder zu Protokoll des Richters bzw. der Geschäftsstelle (sofern eine solche in der Gefangenensammelstelle vorhanden ist).

So hat auch das Amtsgericht Ahaus entschieden:

„Die Rechtsgarantie des Art. 104 Abs. 2 GG gebietet, dass eine Freiheitsentziehung nicht gänzlich einer gerichtlichen Nachprüfung entzogen werden darf. Eine andere Auffassung würde den Grundsätzen über die Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt widersprechen (vgl. VG Regensburg, Urteil vom 7. Mai 1987 BayVB. 1987 S. 505.). Kommt die Polizei der Verpflichtung der unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung pflichtwidrig nicht nach, wäre die Antragstellerin rechtlos gestellt, würde man ihr das Recht, einen eigenen Antrag über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung zu stellen, nicht zubilligen Bei einem so tiefgreifenden Grundrechtsreingriff, wie einer Freiheitsentziehung, muss es dem Betroffenen möglich sein, sich gegen freiheitsentziehende Maßnahmen auf rechtlchem Wege zu wehren. Bei einer verfassungskonformen Auslegung des § 36 PGNW in Verbindung mit Artikel 104 Abs. 2 Grundgesetz kann es hinsichtlich

der Rechtsschutzgarantie des Artikels 19 Abs. 4 Grundgesetz nicht darauf ankommen, ob die richterliche Prüfung von der Polizei oder von dem Betroffenen begehrt wird. Stellt der Betroffene einen Antrag, über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung zu entscheiden, hat das Gericht eine Entscheidung zu fällen, wobei die Polizei die notwendigen sachlichen Informationen dem Gericht zur Verfügung zu stellen hat.⁶³³

Aus Art. 104 Abs. 2 GG folgt, dass Betroffene vor dem Freiheitsentzug Anspruch auf alle rechtsstaatlichen Sicherungen haben, die mit einem justizförmigen Verfahren verbunden sind³⁴. Dazu gehört auch das Recht, selbst einen Antrag auf richterliche Überprüfung behördlicher Eingriffsmaßnahmen zu stellen. Hierüber ist der Festgehaltene schon zu Beginn der Freiheitsentziehung durch die Polizei zu belehren.³⁵ Der Antrag kann förmlich oder formlos erfolgen³⁶.

In der Praxis werden Betroffene und Rechtsanwälte häufig schon in diesem Punkt zermürbt unter Berufung auf den Wortlaut, dass die Betroffenen nur nachträglich einen Antrag auf richterliche Überprüfung stellen können, also erst nach Entlassung³⁷ - und dann wird die nachträgliche Überprüfung für unzulässig erklärt, weil bereits eine richterliche Befassung mit der Angelegenheit stattgefunden habe³⁸.

Die Betroffenen haben häufig faktisch keine Möglichkeit, das Gericht anzurufen: sie sind eingesperrt, können nur selten telefonieren, sich nicht frei bewegen, zu Beginn bei der Durchsuchung werden ihnen selbst Stifte und Papier abgenommen. Sie können allenfalls gegenüber der Polizei zu Protokoll geben, dass sie die unverzügliche Anhörung und richterliche Überprüfung fordern, aber selbst das Gericht nicht erreichen. Häufig erhalten sie - sogar schriftlich! - die wenig hilfreiche Rechtsmittelbelehrung: „Sie können Widerspruch einlegen“³⁹. Wer sich darauf verlässt, versäumt trotz der Regelung in § 13 Abs. 2 FEVG nach Auffassung mancher Gerichte die Beschwerdefrist von zwei Wochen oder die nachträgliche Antragsfrist von einem Monat (Berlin, Niedersachsen, Bayern)⁴⁰.

Die wichtigste Aufgabe der Anwälte in den Gefangenenansammelstellen und vor Ort ist daher immer, den Richter auf seine Wächterfunktion nach Art. 104 Abs. 2 GG und die dazu ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes hinzuweisen. Bei Massenfestnahmen kann eine vorgezogene Entscheidung in geeigneten Beispielfällen zur Beschleunigung und Entlastung des Gerichtes beitragen. Empfohlen wird, dem Eilrichter schriftlich einen förmlichen personenbezogenen Antrag (s. Muster im Anhang) zu übergeben und die Übergabezeit auf dem Dokument und gesondert in den eigenen Unterlagen zu dokumentieren. Damit ist die Angelegenheit rechtshängig, der Sachverhalt dem Richter bekannt und muss bearbeitet und entschieden werden (s. oben II. 3 zur Amtsermittlungspflicht). Weiter kann dann die persönliche Anhörung (s. unten 5.) forciert werden.

Wird nicht in zumutbarer Zeit entschieden, ist - bei längerer Freiheitsentziehung - die (außerordentliche) sofortige Beschwerde zum Landgericht wegen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“⁴⁴¹ zu prüfen.

Da die Polizei nicht selten die richterliche Entscheidung mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zu verzögern versucht, muss das Gericht gelegentlich überzeugt werden, seiner Wächterfunktion nachzukommen. Will das Gericht keine Entscheidung treffen weil es einen eigenen Antrag der Betroffenen entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung für unzulässig hält, ist eine entsprechende schriftliche Entscheidung

oder Erklärung zu fordern. Entscheidet der Richter: „Ein Antrag des Betroffenen selbst ist nicht zulässig“, ist auch dies ein beschwerdefähiger Beschluss, gegen den sofortige Beschwerde erwogen werden kann. Bis dahin ist der/die Betroffene dann möglicherweise entlassen, aber die Beschwerde bleibt trotz Erledigung zulässig⁴⁷.

Entscheidet der Richter, dass die Freiheitsentziehung einer bestimmten Person rechtswidrig ist, gilt dies auch für alle Betroffenen mit gleichgelagerten Begründungen - dann ist jeweils die ganze Gruppe ggf. zur Beschleunigung auch ohne Einzelfallprüfung freizulassen. Ist die ablehnende Haltung des Gerichtes zu den von der Polizei angenommenen Begründungen bekannt, ist das weitere Festhalten erkennbar rechtswidrig und erfüllt den Tatbestand der Freiheitsberaubung. Der Anspruch der Betroffenen auf - ggf. nachträgliche - Einzelfallprüfung entfällt allerdings nicht durch eine solche „Sammelentscheidung“. Eine solche ist dennoch bei Massenvorgängen manchmal das einzige Mittel verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen - die Einzelfallentscheidung ist dann von Amts wegen nachzuholen, auch nach der Entlassung⁴⁸.

5. Persönliche Anhörung, Recht auf Gehör

Der Richter muss den Betroffenen in jedem Fall persönlich anhören, bevor er die Freiheitsentziehung anordnet, bestätigt oder verlängert und die Anhörung ggf. nachholen im nachträglichen Verfahren oder im Beschwerdeverfahren⁴⁴.

Die Pflicht zur persönlichen Anhörung dient nicht nur dem rechtlichen Gehör, sondern ist unverzichtbarer Bestandteil der richterlichen Sachverhaltsaufklärung⁴⁵ und ist auch nach §§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 2 FEVG, § 70 c FGG (ggf. analog angewendet) sowie Art. 5 Abs. 3 EMRK⁴⁶ zwingend vorgeschrieben. Zudem folgt das Recht auf persönliche Anhörung aus Art. 19 Abs. 4 GG und dem Recht auf Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)⁴⁷ und aus Art 104 Abs. 2 S. 2 GG selbst⁴⁸. Erst durch die persönliche Anhörung erhalten Betroffene, die sich in Haft oder Gewahrsam befinden, die Möglichkeit zur Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs und effektiven Rechtsschutzes⁴⁹.

Die Anhörung muss grundsätzlich der Anordnung vorausgehen; erfolgt die Festnahme durch die Polizei, muss die Anhörung durch das Gericht immer unverzüglich nachgeholt werden und vom Gericht auch die Eilbedürftigkeit der Festnahme ohne vorherige Anordnung überprüft werden. Ist der Betroffene ohne vorherige richterliche Anordnung festgenommen worden, so muss die Anhörung immer - ggf. auch im Beschwerdeverfahren oder im nachträglichen Feststellungsverfahren - nachgeholt werden⁵⁰.

Die Anhörung durch die Polizei erfüllt nicht die Anforderungen an das Recht auf Gehör⁵¹, die Gelegenheit einer schriftlichen Anhörung - zudem noch auf Formularen und auf Betreiben der Polizei - ersetzt ebenfalls nicht die persönliche Anhörung.

Das Gehör ist zu den jeweils maßgeblichen Ermächtigungsgrundlagen und zu allen erheblichen Tatsachen zu gewähren⁵², die persönliche Anhörung ist in allen Tatsacheninstanzen - auch im Beschwerdeverfahren - vorzunehmen⁵³. Lediglich ausnahmsweise kann auf eine erneute Anhörung verzichtet werden, wenn mit Sicherheit neue Erkenntnisse daraus auszuschließen sind⁵⁴. Wird die Anhörungspflicht verletzt, die Anhörung aber später nachgeholt, so kommt eine Heilung nur ex nunc, nicht aber ex tunc in Betracht⁵⁵ - die von der unterlassenen Anhörung bis zu ihrer Nachholung

vollzogene Freiheitsentziehung bleibt rechtswidrig⁵⁶.

Im Einzelfall kann zur Beschleunigung ein (vorläufiger) Verzicht auf die persönliche Anhörung durch den Richter erwogen werden, wenn Betroffene anwaltlich vertreten sind und dies der beschleunigten Freilassung dient. Hier ist im Hinblick auf nachträgliche Anfechtungsabsichten deutlich zu unterscheiden, ob auch für die (nachträgliche) Überprüfung der anfänglichen Zulassung oder nur im Hinblick auf die Fortdauer der Freiheitsentziehung auf die persönliche Anhörung verzichtet wird und ob dies nur die aktuelle Situation oder das gesamte Verfahren betreffen soll. Ggf. sollte zu Protokoll gegeben werden, dass nur für die aktuelle Situation, nicht aber für spätere Verfahrensstadien auf die persönliche Anhörung verzichtet wird. Der endgültige Verzicht auf die persönliche Anhörung bedeutet immer eine Verkürzung (auch des nachträglichen) Rechtsschutzes.

Hinweis:

Im Einzelfall ist hier bei der Frage, ob eine Entscheidung durch RechtsanwältInnen forciert oder eine Beschwerde eingelegt werden soll, immer (unter Beachtung des Leidensdruckes der Gefangenen) abzuwägen, ob in der Eilsituation bei den konkreten RichterInnen Erfolgchancen bestehen, oder ob eine nachträgliche Überprüfung mit besseren Erkenntnismöglichkeiten und ohne Zeitdruck vorzuziehen ist⁵⁷.

6. Verfahren nach StPO

Die Kompetenz des Amtsgerichtes/Ermittlungsrichters für die Überprüfung freiheitsentziehender Maßnahmen im Ermittlungsverfahren bei Festnahmen nach § 127 StPO folgt aus §§ 128, 114, 115 ff. StPO. Der Betroffene ist dem Richter vorzuführen, der über die weitere Freiheitsentziehung von Amts wegen zu entscheiden hat. Das weitere Verfahren richtet sich nach den Vorschriften über die Untersuchungshaft (§§ 112 ff. StPO). Bei Festnahme aufgrund eines Haftbefehls muss die richterliche Vorführung und die persönliche Anhörung unverzüglich nach Ergreifen erfolgen⁵⁸. Bis zur richterlichen Entscheidung kann die Staatsanwaltschaft jederzeit die Entlassung anordnen (§ 120 Abs. 3 S. 2 StPO).

Auch bei Festnahmen nach §§ 163 b, c StPO ist die Polizei verpflichtet, die richterliche Entscheidung herbeizuführen (§ 163 c Abs. 1 S. 2 StPO).

Örtlich zuständig ist das Gericht des Ergreifungsortes (§§ 128 Abs. 1 S. 1, 163 c Abs. 1 S. 2 StPO). Von der Beteiligung der Staatsanwaltschaft kann zur Beschleunigung abgesehen werden, wenn dies die Entscheidung verzögern würde⁵⁹. Das Gericht entscheidet durch Beschluss - der verkündet wird - über die Fortdauer der Freiheitsentziehung und deren zeitliche Begrenzung (§ 163 c Abs. 3 StPO), oder es ordnet die Freilassung an.

Im Strafverfahren gilt ausnahmslos der Ermittlungsgrundsatz in jedem Verfahrensstadium (§§ 244 Abs. 2, 155 Abs. 2 StPO sowie Art. 104 Abs. 2 GG unmittelbar).

Für das Antragsrecht und die persönliche Anhörung der Betroffenen gilt das vorgesagte entsprechend. Insbesondere folgen Antragsrecht und Pflicht zur persönlichen Anhörung aus Art. 103 und 104 GG sowie Art. 5 MRK.

Zum jeweiligen Prüfungsumfang des Gerichtes s. oben unter I. 7.

Der Widerspruch gegen die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen nach

§ 81 b 2. Alt. StPO hat aufschiebende Wirkung, sofern nicht die sofortige Vollziehung angeordnet ist. Der Eilrechtsschutz richtet sich nach § 80 Abs. 5 VwGO.⁶⁰

7. Umgang mit Verzögerungsstrategien der Polizei

Nach § 3 Abs. 1 FEVG und den Regelungen in den Landespolizeigesetzen ist trotz Amtsermittlungspflicht ein Antrag der zuständigen⁶¹ Verwaltungsbehörde auf richterliche Anordnung oder Bestätigung der Freiheitsentziehung erforderlich. Das Vorliegen eines solchen ordnungsgemäßen Antrages ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen⁶². Der Antrag begrenzt die Haftdauer, denn Haft darf nur im Rahmen des Antrages angeordnet werden⁶³. Fehlt ein solcher Antrag der Polizei oder wird die Antragstellung und -begründung von der Polizei verzögert, ist der Richter zur Überprüfung und ggf. Freilassung wegen Fehlens der Voraussetzungen verpflichtet, sobald er davon Kenntnis erhält (z.B. durch Antrag des Betroffenen oder Besprechungen mit der Polizei ohne deren Antragstellungen).

a) Rechtsgrundlage des polizeilichen Eingriffs/Begründungspflichten gegenüber Betroffenen

Die Kontrolle von Freiheitsentziehungen bei demonstrativen Massengeschehen wird nicht selten erschwert durch das mehrfache Auswechseln der Rechtsgrundlage des konkreten polizeilichen Handelns, auch nachträglich und auch durch die Gerichte⁶⁴, die polizeiliches Handeln kontrollieren sollen. Das nachträgliche Auswechseln einer einmal gegebenen Begründung ist jedenfalls dann nicht zulässig, wenn dadurch das Wesen der Maßnahme verändert oder der Rechtsschutz der Betroffenen erschwert wird (dazu s. oben I. 8. a).

Vor Ort muss daher frühzeitig geklärt werden, dass die Polizei sich auf die Rechtsgrundlage festlegt (Polizeigewahrsam nach Landespolizeirecht oder BGS-Gesetz, Strafverfolgung, Festhalten zur Identitätsfeststellung nach Polizeirecht/präventiv oder nach StPO/repressiv). Davon hängt nicht nur die weitere Zulässigkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme, sondern auch die nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle und der Beurteilungsmaßstab ab (Kontrolle ex nunc oder ex tunc, objektiver Maßstab oder Beurteilungshorizont der festnehmenden Beamten oder des Gerichtes im Zeitpunkt der Festnahme oder der Entscheidung...). Ggf. sind schon auf dieser Ebene eigene Recherchen erforderlich und Beweise zu sichern und zu dokumentieren (Gedächtnisprotokolle, Namen der zuständigen Beamten, die von diesen angegebenen Rechtsgrundlagen, Angaben gegenüber Betroffenen, Zeugen und Pressevertretern).

Bei Eingriffen muss die Polizei immer die Rechtsgrundlage ihres Handelns und die tatsächliche Begründung für die Eingriffsmaßnahme angeben - dies folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip⁶⁵, der Bindung an Recht und Gesetz (Art 20 Abs. 1 GG) sowie aus Art. 19 Abs. 4 (effektiver Rechtsschutz)⁶⁶ und Art. 103 Abs. 1 GG (Recht auf Gehör) sowie aus § 39 VwVfG (ggf. analog).

Die Pflicht, den Betroffenen die Rechtsgrundlage der Freiheitsentziehung bekannt zu geben, ist auch in den meisten Polizeigesetzen ausdrücklich normiert ebenso wie die Pflicht zur Belehrung über die zustehenden Rechtsmittel (z.B. § 20 Abs. 1 NGefAG, § 41 Abs. 1 BGS⁶⁷). Ähnlich ist die Verpflichtung zur Angabe der Rechtsgrundlage

bei Identitätsfeststellungen geregelt (z.B. § 30 Abs. 2 NGefAG). Zudem ist die Begründung in einer dem Betroffenen verständlichen Sprache zwingend nach Art. 5 Abs. 2 EMRK⁶⁸.

Die Begründung staatlicher Eingriffsakte muss grundsätzlich auf den konkreten Fall abstellen und darf sich nicht in formelhaften allgemeinen Darstellungen erschöpfen. Die Betroffenen müssen die für ihren konkreten Fall für die Behörde maßgeblich gewordenen Gründe erfahren, damit sie ggf. in der Lage sind, sich über einen eventuellen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung schlüssig zu werden und ihn sachgemäß zu begründen⁶⁹. Dabei hat die Polizei auch die Bedeutung des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG zu berücksichtigen⁷⁰. Es ist ein Begründungsumfang erforderlich, der sowohl den Adressaten als auch das angerufene Gericht in die Lage versetzt, anhand der angegebenen Gründe den Bescheid zu überprüfen. Das setzt voraus, dass eine Auseinandersetzung mit den Verhältnissen des besonderen Falles erkennbar wird⁷¹.

Diesen Anforderungen genügt auch bei Massenfestnahmen nicht allein die Schilderung des Massengeschehens; vielmehr muss die Tatbeteiligung des/der Festgehaltenen bzw. die konkreten personenbezogenen Umstände für die Voraussetzungen und die Unerlässlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung in jedem Einzelfall vorgetragen werden⁷².

Aus der Eingriffsgrundlage bzw. dem Schwergewicht des Polizeihandelns resultieren unterschiedliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und Verfahrenswege, so dass die Begründung eindeutig sein muss. Es kann Betroffenen nicht zugemutet werden, Rechtsbehelfe zugleich nach § 98 StPO, nach §§ 80 Abs. 5, 113 Abs. 1 S. 4 VwGO und ggf. aufgrund besonderer Rechtswegzuweisung zum Amtsgericht in polizeirechtlicher, also verwaltungsrechtlicher, Materie parallel einzulegen.

Dies bedeutet, dass die Polizei sich nach kurzer Überlegungsfrist festlegen muss - auch in Gemengelage! - auf welche Eingriffsermächtigung sie sich stützen will. Allein die Polizei kann wegen des im Polizeirecht geltenden Opportunitätsprinzips das polizeiliche Ermessen über das „ob“ und das „wie“ des polizeilichen Eingreifens ausüben, auch wenn die übrigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen bei Freiheitsentziehungen im Rahmen des Richtervorbehaltes in vollem Umfang vom Gericht zu überprüfen sind.

Ein späteres „Auswechseln“ der Rechtsgrundlage durch Polizei oder Gericht ist nicht zulässig⁷³. Andernfalls laufen Rechtsschutzmöglichkeiten unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG leer, weil Betroffene vom Amtsgericht zum Verwaltungsgericht und vom Ermittlungsrichter zum Freiheitsentziehungsrichter verwiesen werden, weil statt des FGG die StPO angewendet wird und die Geltung wesentlicher verwaltungsrechtlicher Grundentscheidungen unklar bleibt, die im allgemeinen Präventiv-Polizeirecht Gültigkeit besitzen, nicht aber im Bereich des repressiven Verwaltungshandelns (z.B. kein Fristenlauf ohne Rechtsmittelbelehrung, § 58 VwGO, Ermessensregeln, objektiver oder eingeschränkter strafrechtlicher Prüfungsmaßstab⁷⁴ usw.).

Betroffene dürfen nicht im Unklaren gelassen werden, ob die Polizei aufgrund präventivpolizeilicher Befugnisse oder repressiv zur Strafverfolgung einschreitet - nur so kann von Verfahrensrechten richtig Gebrauch gemacht werden⁷⁵. Die gesetzlichen Hinweispflichten beschränken sich nicht auf die Mitteilung der Rechtsgrundlage, sondern müssen auch die konkreten tatsächlichen Gründe im Einzelfall umfassen. Dies

gilt auch bei Massenfestnahmen.

Auch Art. 5 Abs. 2 MRK verlangt, dass jedem Festgenommen unverzüglich und in einer ihm verständlichen Sprache die Gründe für seine Festnahme bekannt zu geben sind. Nur so kann der/die Festgehaltene in die Lage versetzt werden, die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel auszuschöpfen. Dazu gehört die Mitteilung der Rechtsgrundlage und des Sachverhaltes, aus dem die Polizei die Befugnis zur Freiheitsentziehung herleitet⁷⁶.

In Gemengelagen, d.h. wenn eine bestimmte Maßnahme zugleich zu präventiven als auch zu repressiven Zwecken erfolgt, richtet sich die Beurteilung nach dem Schwergewicht des polizeilichen Handelns (dazu s. oben unter I. 8.). Repressives Handeln richtet sich nach StPO und den dortigen Zulässigkeits- und Verfahrensregeln, präventives immer nach dem Polizeirecht und den dort geltenden Vorschriften.

Bundesgrenzschutzmaßnahmen sind nur im originären Zuständigkeitsbereich (§§ 2, 3 BGS) am BGS zu messen. Handelt der BGS jedoch in Amtshilfe oder in Gemengelagen mit der Landespolizei, gilt das Landespolizeirecht (vgl. § 103 Abs. 2, 3 NGefAG und vergleichbare Vorschriften⁷⁷). Dies gilt auch dann, wenn der BGS im originären Zuständigkeitsbereich repressiv eingreift, die Betroffenen dann aber in einen Polizeikessel, Transporter, GESA unter Landespolizeihohheit übernommen werden⁷⁸, denn hier hat der BGS nur eine Kompetenz für den „Erstzugriff“ im Eilfall, nicht aber zum repressiven Eingreifen (vgl. § 12 Abs. 3 und § 65 Abs. 1 BGS).

Wegen der unterschiedlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen, Rechtsbehelfe und Beurteilungsmaßstäbe sind die Begründungspflicht und die (zutreffend!) Belehrung über die einschlägigen Rechtsmittel während der Freiheitsentziehung und nachträglich unverzichtbar.

b) Unverzügliche Herbeiführung der richterlichen Entscheidung bei Massenfestnahmen

Bei Massenfestnahmen in Polizeikesseln, bei denen absehbar ist, dass allein die Personalienfeststellung schon Stunden dauert, müsste „unverzüglich“ das Gericht zunächst zumindest informiert werden, um sich schon einmal bereit zu halten und mit dem Sachverhalt vertraut zu machen⁷⁹. Nur so können absehbare weitere spätere Verzögerungen verhindert werden. Dies wird von der Polizei regelmäßig unterlassen. Die Maßnahmen müssen noch „abgestimmt“ werden, der Vorgesetzte „hat noch nicht entschieden, was mit den Leuten passieren soll...“, die richterliche Entscheidung dauert sowieso zu lange, es handelt sich nur um eine „Freiheitsbeschränkung“⁸⁰.

Die Freiheitsentziehung ohne frühzeitige Einschaltung des Richters ist immer rechtswidrig wegen des Verstoßes gegen den Richtervorbehalt auch dann, wenn im Übrigen gravierende Gründe für die Freiheitsentziehung vorliegen⁸¹.

Sind Hinweise auf die Rechtslage und verfassungsrechtliche Pflichten gegenüber der Polizei erfolglos, sollte das Gericht frühzeitig direkt informiert werden über den Sachverhalt und die ungefähre Anzahl der Betroffenen. Anwälte sollten eigene personenbezogene Anträge stellen und diese dokumentieren (s.o.). Bei vorhersehbaren Polizeieinsätzen mit Massenfreiheitsentziehung kann und sollte vorher die Erreichbarkeit des Eildienstes beim Amtsgericht auch am Abend/am frühen Morgen und am Wochenende abgesprochen werden. Andernfalls bleibt außerhalb der Dienstzeiten nur der Weg über ggf. bekannte Privatnummern der zuständigen Richter oder des Gerichtspräsidenten - ein nicht gerade richterfreundliches Vorgehen.

c) Verzögerte „Erfassung“, Fehlende Aktenvorlage

Ist der Antrag gestellt, fehlen häufig die „Akten“.

Person ist gefangen, Personalausweis beim Einsteigen in den Gefangenenbus kontrolliert, ein „Laufzettel“ ausgefüllt - und dennoch scheint es die Person einfach nicht mehr zu geben, solange sie nicht im Computer der Gefangenen-Sammelstelle erfasst und ein Aktenvorgang angelegt wurde.

Richter entscheiden ungern ohne Kenntnis der polizeilichen Vorwürfe, alle warten auf die Akte... Zwanzig abstürzende Computer mit drei langsamen Druckern, dreißig mäßig schreibgewandte Polizisten im Dauereinsatz „schaffen ´s einfach nicht“, Hunderte von Festgenommenen „abzuarbeiten“.... Der Bereitschafts- und Eildienst der Richter ist müde und will nach Hause...⁸² - wer bis dahin nicht durch richterliche Entscheidung entlassen ist, bleibt über Nacht.... So enden Freiheitsentziehungen trotz gesetzlichem Richtervorbehalt häufig im „Polizeilichen Selbstvollzug“.

Ohne Antrag der Polizei ist die Freiheitsentziehung rechtswidrig: Die Polizei muss die richterlichen Überprüfung beantragen und die gesetzlichen Voraussetzungen und Tatsachen darlegen, die dem Richter die eigenständige Prüfung ermöglichen. Unterlässt die Polizei die unverzügliche Antragstellung und Begründung, so ist die Freiheitsentziehung immer rechtswidrig.

Hier können die Betroffenen unter Berufung auf die Wächterfunktion des Gerichtes und dessen Pflicht zur eigenständigen Sachverhaltsermittlung und Übernahme der Exekutivverantwortung die Freilassung oder eine vorgezogene persönliche Anhörung und ggf. mündliche Stellungnahme der Polizeibeamten verlangen.

Das Gericht ist zu überzeugen, dass auch eine vorgezogene Anhörung der Beschleunigung für alle und rechtsstaatlichen Grundsätzen dient. Und siehe da: die Akten finden sich auch an (oder die Polizei kann gar keine Festnahmegründe vortragen!)⁸³. Das Gericht kann der Polizei Fristen zur Vorlage der Begründung und zur Vorführung der Gefangenen setzen und die Freilassung anordnen, wenn diese Mitwirkungspflichten der Polizei nicht fristgerecht erfüllt werden.

Zu prüfen ist auch eine „Sammelentscheidung“ (nur zur Beschleunigung der Freilassung möglich!): Ein Vorgang aus einer bestimmten Gruppe von Betroffenen ist vielleicht schon als Aktenvorgang da - darüber kann das Gericht entscheiden. Zugleich kann es über 20 gleichgelagerte Fälle, für die noch keine Akten vorliegen, entscheiden, wenn der Sachverhalt im wesentlichen gleich ist (ggf. nach Anhörung der Betroffenen und/oder der Polizei), und anordnen, dass die Betroffenen aus denselben Gründen freizulassen sind. Der Anspruch der Betroffenen auf eine Einzelfallentscheidung entfällt damit allerdings nicht - dieses kann das Gericht von Amts wegen nachholen, sofern die Betroffenen nicht wegen der grundrechtsfreundlichen Haltung des Gerichtes darauf verzichten.

Folgt der Leiter der Gefangenen-Sammelstelle einer solchen richterlichen Anordnung zur Freiheitsentziehung nicht, begeht er Freiheitsberaubung (§ 239 StGB), denn die Eingriffskompetenz liegt ab Befassung des Gerichtes allein beim Richter. Freiheitsberaubung liegt auch vor, wenn die verantwortlichen Polizeibeamten den zuständigen Richter mit unvollständigen oder falschen Angaben irreführen.

Schreitet das Gericht gegen offensichtliche Verzögerungsmaßnahmen der Polizei nicht ein (von denen es sich ggf. selbst einen Eindruck durch Besuche in den Zellen und den Bearbeitungsräumen der Polizei machen sollte), ist immer zu prüfen, ob eine

„Nicht-Entscheidung“ wegen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ beschwerdefähig beim Landgericht ist (dort ist außerhalb der Geschäftszeiten aber nur ein Eilrichter verfügbar, wenn dies vorher organisiert wurde). Alternativ sollten die Verzögerungen und die Reaktionen des Gerichtes auf entsprechende Kontrollaufforderungen gut dokumentiert werden für den nachträglichen Rechtsweg mit besseren Argumenten und Aktenkenntnis (dazu s.u. III.) oder Dienstaufsichtsbeschwerden.

d) Darlegungspflichten der Polizei gegenüber dem Richter

Die Polizei muss für jeden Betroffenen - auch bei Massengeschehen - individuelle Begründungen der Freiheitsentziehungen mit konkreten Angaben zu Ort und Grund der Ergreifung, konkreten Angaben zum Sachverhalt, zur Gefahrenprognose und über mögliche Zeugen/Beweismittel angeben. Kann die Polizei keine konkreten personenbezogenen Umstände, keine konkreten Angaben zur etwaigen individuellen Tatbeteiligung⁸⁴ und keine „individuelle Täterprognose“ vorbringen, ist die Freiheitsentziehung rechtswidrig.

Gibt die Polizei die Rechts- und Tatsachengrundlage der Freiheitsentziehung nicht an, ist die Freiheitsentziehung rechtswidrig wegen Ermessensmissbrauch (Nichtgebrauch des polizeilichen Entschließungs- und Auswahlermessens)⁸⁵. Die polizeilichen Angaben zu den Umständen der Freiheitsentziehung unterliegen in vollem Umfang der richterlichen Überprüfung, ein polizeiliches Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum, ob die Voraussetzungen einer Freiheitsentziehung vorliegen, besteht angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs nicht⁸⁶. Das polizeiliche Ermessen beschränkt sich lediglich auf die Auswahl zwischen präventivem und repressivem Vorgehen - (nur) an diese Entscheidung ist das Gericht gebunden.

e) Dauer

Werden Personen, die aus zulässigen Gründen (z.B. Gewahrsam, Identitätsfeststellung) festgenommen werden, später wegen des Verdachts von Straftaten festgehalten, so bleibt der Zeitpunkt der ursprünglichen Festnahme maßgeblich, nicht der Zeitpunkt der Änderung der Gründe⁸⁷. Das Auswechseln der Rechtsgrundlage kommt nur dann in Betracht, wenn der Straftatverdacht nachträglich entstanden ist und nicht als vorgeschobene Begründung, um die Haft zu verlängern.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter I. 3. verwiesen.

8. Umfang der Nachprüfung durch das Gericht

a) Zulässigkeit und Fortdauer

Streitig ist immer wieder, ob der Eilrichter nur über die Fortdauer der Freiheitsentziehung ex nunc, oder auch über die anfängliche Zulässigkeit und die Dauer der Freiheitsentziehung bis zur richterlichen Überprüfung zu entscheiden hat⁸⁸.

Der Wortlaut der Vorschriften über den Richtervorbehalt lautet immer „Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsbeschränkung/-entziehung“⁸⁹. Die im strafprozessualen Bereich vertretene Auffassung, der Eilrichter habe nur über die Zulässigkeit ab dem Zeitpunkt seiner Entscheidung und die Fortdauer zu entscheiden, ist durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes eindeutig überholt (dazu s. oben I. 7.),

ebenso die Annahme, mit Freilassung erledige sich das Rechtsschutzbedürfnis.

Nach dem Wortlaut der Polizeigesetze entscheidet der Richter über „Zulässigkeit“ und „Fortdauer“. Zur Klarstellung sollte jeder Antrag deutlich ausführen (wenn der Sachverhalt dazu Anlass gibt), dass auch die anfängliche Zulässigkeit - ggf. nachträglich (dazu s. unten II. 9 b) und c) und III.) - vom Richter zu überprüfen ist, also z.B. die Voraussetzungen des Gewahrsams oder der Mitnahme zur Identitätsfeststellung, ggf. die „Tatbeteiligung“ an der „Anlasstat“, vorhergehende Versammlungsauflösung etc. Streitgegenstand kann ferner sein die Dauer der Freiheitsentziehung vom erstmaligen Festhalten bis zur Herbeiführung der richterlichen Entscheidung, wenn diese unverhältnismäßig ist oder unnötig verzögert wurde, sowie die Art und Weise der Durchführung der Freiheitsentziehung (z.B. menschenunwürdige Unterbringung, verweigerter Toilettengang, keine Benachrichtigung von Vertrauenspersonen, Weigerung Anträge an das Gericht zu leiten, ...).

Die obergerichtliche Rechtsprechung ist hier in der Sache eindeutig: „Führt die Polizei eine von ihr in Gewahrsam genommene Person gemäß Art. 18 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 PAG dem Amtsrichter vor, hat dieser sowohl über die Zulässigkeit der polizeilichen Freiheitsentziehung als auch über die Fortdauer des Unterbindungsgewahrsams zu entscheiden, und zwar durch einen mit Gründen versehenen Beschluss (Art. 18 Abs. 3 Satz 3 PAG, § 6 Abs. 1 FreihEntzG)⁶⁰⁰“.

Auch das Bundesverfassungsgericht verlangt wegen der konstitutiven Bedeutung des Richtervorbehaltes immer - ggf. auch nachträglich - eine Entscheidung des Richters über die gesamte Freiheitsentziehung⁹¹ (entsprechendes gilt bei den einfachgesetzlich erweiterten Richtervorbehalten auch für Freiheitsbeschränkungen).

Zur Beschleunigung - gerade bei Massenfestnahmen - kann aber ggf. die Entscheidung über die anfängliche Zulässigkeit zurückgestellt werden, um die Freilassung zeitnah zu ermöglichen (nur auf Wunsch der Betroffenen!). Das hat jedoch keinesfalls zur Folge, dass eine Entscheidung des Richters über die anfängliche Zulässigkeit unterbleibt, sondern nur, dass das Verfahren insoweit weitergeführt werden muss⁹². Ein Vorteil könnte sein, dass bei der nachträglichen Klärung der objektiven Berechtigung der Freiheitsentziehung bessere Aufklärungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, als in der Eilsituation. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung immer festgestellt, dass bei der nachträglichen Prüfung von Grundrechtsverletzungen nicht der „eingeschränkte strafrechtliche Prüfungsmaßstab“ gilt, der die Eilsituation beherrscht, sondern die sich ex post ergebenden objektiven Umstände⁹³.

Ist der Richter nicht „unverzüglich“ angerufen worden, ist die Freiheitsentziehung wegen der konstitutiven Bedeutung der Richterentscheidung von Anfang an rechtswidrig⁹⁴ (jedenfalls aber ab Verstoß gegen das Unverzüglichkeitsgebot, also ab dem Zeitpunkt, in dem nach der bei Ergreifung anzustellenden polizeilichen Prognose und allen zumutbaren Anstrengungen der Polizei und allen verfassungsrechtlich gebotenen Vorkehrungen in der Gerichtsorganisation eine richterliche Entscheidung hätte eingeleitet werden können⁹⁵ - dazu s. oben I.11.)

Die Fortdauer kann der Richter nur anordnen, wenn dies unerlässlich ist.

Es darf kein weniger einschneidendes Mittel zur Gefahrenbeseitigung geben (Verhältnismäßigkeitsprinzip). Will der Betroffenen sowieso nach Hause, sogar in einen anderen Landesteil, gibt es keinen Grund mehr zur Aufrechterhaltung der

Freiheitsentziehung. Dann ist die Freilassung anzuordnen - mit oder ohne Entscheidung über die anfängliche Zulässigkeit der Maßnahmen.

Auch persönliche Gründe (Alter, Krankheit, häusliche Betreuungspflichten, berufliche Pflichten) oder besondere Probleme bei der angemessenen und menschenwürdigen Unterbringung (insbesondere bei Jugendlichen) können der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall entgegenstehen und zur Freilassung verpflichten.

Bestätigt der Richter die Fortdauer der Freiheitsentziehung, muss er zugleich über deren zulässige Dauer und ggf. weitere Umstände befinden. Stehen z.B. nur menschenunwürdige Unterbringungsmöglichkeiten oder keine für Jugendliche geeigneten Unterkünfte zur Verfügung, so muss der Richter entweder anordnen, dass die Freiheitsentziehung nur unter definierten besseren Bedingungen fortgeführt werden darf, oder er muss - wenn dies nicht möglich ist - trotz des Vorliegens von Gewahrsamsgründen die Freilassung anordnen.

b) Tatsachengrundlagen - Amtsermittlung - Entscheidungsspielraum

Das Gericht muss den Sachverhalt durch eigene Sachverhaltsaufklärung hinreichend ermitteln⁹⁶ und darf sich nicht auf die Prüfung der Plausibilität der Exekutiventscheidung beschränken⁹⁷.

Die Anhörung des Betroffenen dient nicht nur der Gewährung rechtlichen Gehörs, sondern ist Teil der richterlichen Aufklärungspflicht⁹⁸.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes⁹⁹ muss der Richter nach Art. 104 Abs. 2 GG über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung selbst entscheiden und die Verantwortung dafür übernehmen, dass der Gewahrsam unerlässlich ist. Der Richter muss daher selbst die Tatsachen feststellen, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen. Dazu gehört auch die Prüfung der Anordnungskompetenz der Exekutivbehörde¹⁰⁰. Die Schwere des Grundrechtseingriffs gebietet insbesondere eine eigene eingehende Prüfung der Erforderlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme. Die reine Bezugnahme auf den Antrag der Polizei reicht hierzu nicht aus - der Richter muss den polizeilichen Vortrag beurteilend und wertend aufnehmen. Die aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und Art.104 GG folgende Aufklärungspflicht muss das Gericht veranlassen, sich von der Polizei die Tatsachen so darlegen und erläutern lassen, dass es selbst eine Gefahrenprognose und Verhältnismäßigkeitsprüfung anstellen kann. Als Mittel eigener richterlicher Sachverhaltsaufklärung stehen bei eilbedürftigen Entscheidungen die Akten, die sichergestellten Sachen, die Aussagen der beteiligten Beamten und die persönliche Anhörung der Betroffenen zur Verfügung.

Die richterliche Überprüfung umfasst auch die Frage, ob die Dauer der Freiheitsentziehung bei gehöriger Organisation der polizeilichen Maßnahmen insgesamt erforderlich und verhältnismäßig war¹⁰¹.

Das Gericht muss darüber hinaus auch überprüfen, ob die Polizei „unverzüglich“ die richterliche Entscheidung herbeigeführt hat¹⁰² und dazu bei verzögerter Vorführung ermitteln, welche Anstrengungen unternommen wurden, um einen Richter zu erreichen¹⁰³.

Erforderlich ist die eigenverantwortliche Prüfung durch den Richter, ob die verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Voraussetzungen der unter Richtervorbehalt stehenden Eingriffsmaßnahme beachtet wurden¹⁰⁴.

Die Gerichte haben die Rechtsanwendung der Behörde in vollem Umfang zu über-

prüfen, auch im Hinblick auf unbestimmte Rechtsbegriffe und die prognostischen Elemente des Gefahrbegriffs und der „Störerprognose“¹⁰⁵ - die gerichtliche Kontrolle ist insoweit bei Ausübung des Richtervorbehaltes unbeschränkt, die Exekutive hat weder Auslegungsspielräume noch Letztentscheidungskompetenzen. Bei präventiv-polizeilichen Anordnungen soll der Richter befugt sein, selbst Ermessen auszuüben und Zweckmäßigkeitserwägungen anzustellen¹⁰⁶.

Mängel des richterlichen Beschlusses bei Ausübung des Richtervorbehaltes können nachträglich nicht geheilt werden¹⁰⁷.

c) Unverzüglichkeit der Richterentscheidung

Aus Art. 104 GG folgt nicht nur die Pflicht zur unverzüglichen Herbeiführung der richterlichen Entscheidung durch die Polizei, sondern auch die Pflicht zur unverzüglichen Entscheidung durch den Richter selbst¹⁰⁸.

d) Begründungspflicht

Die richterliche Entscheidung ergeht durch Beschluss und ist Einzelfallbezogen schriftlich zu begründen¹⁰⁹. Formelhafte Begründungen und lediglich die Bezugnahme auf polizeiliche Ermittlungen sind nicht ausreichend, erforderlich sind ein konkreter Bezug zum Einzelfall und eine rechtliche Einordnung des Verhaltens der einzelnen Betroffenen¹¹⁰.

Auch Verzögerungen der Herbeiführung der Richterentscheidung dürfen nicht lediglich formelhaft mit „notwendigen Ermittlungen der Polizei“ gerechtfertigt werden, sondern müssen konkret daraufhin überprüft werden, ob sie auf konkreten Ermittlungen gerade für den einzelnen Betroffenen beruhen¹¹¹.

9. Rechtsmittel/Fristen bei freiheitsentziehendem, bestätigendem oder unvollständigem Beschluss nach Erledigung nach FGG und FEVG

a) Rechtsmittelverfahren, Fristen

Der Beschluss, der die Freiheitsentziehung anordnet, kann vom Betroffenen mit sofortiger Beschwerde zum Landgericht angefochten werden mit einer Frist von zwei Wochen ab Bekanntgabe (§ 22 Abs. 1 FGG i.V.m. §§ 7, 13 FEVG und Verweisungen in den Landespolizeigesetzen), und zwar auch nach der Freilassung¹¹². Die Frist beginnt mit Bekanntgabe des Richterbeschlusses. Die Beschwerde kann auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden (§§ 23 FGG, 3 FEVG).

Die Beschwerde kann sowohl beim Amtsgericht als auch beim Landgericht eingereicht werden (§ 21 FGG).

Die Polizei hat kein Rechtsmittel, wenn der Richter die weitere Freiheitsentziehung ablehnt; dies folgt aus der Verlagerung der Eingriffskompetenz auf den Richter¹¹³.

Auch unbegründete Entscheidungen des Amtsgerichtes sind beschwerdefähig, allerdings beginnt die Beschwerdefrist (§ 22 Abs. 1 FGG) nicht zu laufen¹¹⁴. Dadurch, dass der Beschluss entgegen § 6 Abs. 1 FEVG nicht mit Gründen versehen ist, ist der Betroffene i. S. v. § 20 Abs. 1 FGG beschwert¹¹⁵.

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, ebenfalls mit einer Frist von 2 Wochen ab Bekanntgabe (§§ 7 Abs. 4, 13 FEVG i.V.m. §§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 2 FGG). Die sofortige weitere

Beschwerde kann beim Landgericht oder Oberlandesgericht eingelegt werden, sie unterliegt dem Anwaltszwang (§ 29 Abs.1 FGG). Die sofortige weitere Beschwerde ist eine reine Rechtsbeschwerde, die Rechtsverletzung ist in der Beschwerdeschrift innerhalb der Zweiwochen-Frist darzulegen; hier erfolgt nur noch eine Rechtsüberprüfung, keine neue Tatsachenfeststellung (§§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 2 FGG i.V.m. § 546 ZPO). Enthalten die angefochtenen Entscheidungen des Amts- oder Landgerichtes falsche Tatsachenangaben im Sachverhalt, muss daher die fehlerhafte Sachverhaltsaufklärung unter Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz gerügt werden, um überhaupt eine neue Tatsachenfeststellung zu ermöglichen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichtes kann die sofortige weitere Beschwerde in Niedersachsen, Bayern und Berlin nur erfolgversprechend eingelegt werden, wenn das Landgericht sie wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen hat (§ 19 Abs. 2 S. 4 NGefAG, 31 Abs. 3 S. 3 BlnASOG, Art. 18 Abs. 2 S. 4 BayPAG). Ob das Erfordernis der Beschwerdezulassung für alle richterlichen Entscheidungen über die Freiheitsentziehung auf Antrag des Betroffenen, oder nur für die nachträglichen Anträge auf richterliche Überprüfung gilt, ist allerdings nicht abschließend geklärt¹¹⁶.

Die Zulassung der Beschwerde muss nach Auffassung des OLG Celle bereits in der Beschwerdeentscheidung selbst erfolgen und kann nicht nachträglich geschehen¹¹⁷. Nach Auffassung des KG BERLIN kann die Zulassung nachträglich erfolgen¹¹⁸.

b) Nachträgliche Fortführung des Verfahrens vor dem Amtsgericht von Amts wegen oder auf Antrag?

Erfolgt die Freilassung durch die Polizei, bevor es zu einer Richterentscheidung kommt, ist nach zutreffender Auffassung die nachträgliche richterliche Entscheidung zur Wahrung der konstitutiven Bedeutung des Richtervorbehaltes trotzdem von Amts wegen herbeizuführen¹¹⁹, insbesondere dann, wenn Betroffene dies - während des Gewahrsams oder nachträglich - beantragen.

Entscheidet das Amtsgericht in der Freilassungsentscheidung nicht über die anfängliche Zulässigkeit, über die Missachtung des Richtervorbehaltes in der Zeit bis zur Freilassungsentscheidung oder über Rügen der mangelhaften Behandlung und Unterbringung, so ist strittig, ob das Ursprungsverfahren auf Überprüfung der anfänglichen Zulässigkeit und der Dauer der Freiheitsentziehung fortgesetzt wird¹²⁰, oder ob ein erneuter Antrag auf nachträgliche Überprüfung der Freiheitsentziehung gestellt werden muss¹²¹, oder ob nur der Beschwerdeweg bleibt¹²².

Ordnet das Gericht nur die Freilassung an, ohne über weitergehende Anträge zu entscheiden, so sollte bereits im Gewahrsam klargestellt werden, ob das Verfahren als nachträgliche Überprüfung weitergeführt werden soll¹²³. Dies sollte schriftlich zur Akte oder zu Protokoll gegeben werden (Protokollbeamte fehlen häufig - Polizisten sind keine Protokollbeamten, daher genügt die Niederschrift durch Polizeibeamte nicht der Antragsform nach §§ 11, 21 Abs. 2 FGG und z.B. nach § 19 Abs. 2 NGefAG). Ggf. muss zeitnah nachgefragt werden; bereits zu Protokoll oder mündlich gestellte Anträge sollten innerhalb der Beschwerdefrist von zwei Wochen schriftlich nachgereicht werden - es wurden schon Fristen versäumt, weil der vor Ort gestellte Antrag auf nachträgliche Überprüfung der bisherigen Freiheitsentziehung nicht von Polizei und Eilrichter ins reguläre Verfahren übergeleitet wurde (auch ohne Rechtsmittelbelehrung wird der Fristenlauf angenommen, Wiedereinsetzung ist i.d.R. nur nach § 22 Abs. 2

FGG auf Antrag der anwaltlich nicht vertretenen Betroffenen möglich). Innerhalb der Beschwerdefrist sollte daher vorsorglich gegen unvollständige Beschlüsse sofortige Beschwerde eingelegt werden (s. unten c).

Der nachträgliche Rechtsschutz nach Entlassung ist unübersichtlich. (s. hierzu unten III.)

c) Sofortige Beschwerde bei unvollständigem Beschluss und Erledigung durch Freilassung

Gegen einen unvollständigen amtsrichterlichen Beschluss ist statt Fortführung des amtsrichterlichen Verfahrens auch die sofortige Beschwerde und ggf. die sofortige weitere Beschwerde (in Niedersachsen, Bayern und Berlin nur nach Beschwerdezulassung durch das Landgericht) eröffnet.

Obergerichtlich nicht geklärt ist das Verhältnis der (auch nach Freilassung möglichen) Beschwerde an das Landgericht gegen einen Beschluss, der nur die Freilassung anordnet ohne über die anfängliche Zulässigkeit zu entscheiden, zur auch denkbaren Fortsetzung des Ursprungsverfahrens im Hinblick auf die unerledigten Anträge und zum nachträglichen Rechtsschutzverfahren (dazu s. ausführlich unten III.)

Es bleibt nach der hier vertretenen Auffassung auch nach der Entlassung bei einem Freilassungsbeschluss, der entgegen einem entsprechenden Antrag nicht über die anfängliche Zulässigkeit und ggf. weitere Rügen entscheidet, die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde (Frist: 2 Wochen nach Verkündung des Richterbeschlusses oder - ohne Beschluss - nach Freilassung!). Die Beschwerdebefugnis folgt aus dem Richtervorbehalt und seiner konstitutiven Wirkung für die (anfängliche) Zulässigkeit der Freiheitsentziehung¹²⁴: ist nur die Freilassung verfügt, die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung bis zur Richterentscheidung nach Grund, Dauer, Art und Weise nicht geprüft, ist der Richtervorbehalt nicht vollständig „abgearbeitet“, ein Teil des Verfahrens (bei entsprechenden Anträgen) also noch nicht entschieden und wegen des fortwirkenden Rechtsschutzbedürfnisses gegen den Grundrechtseingriff auch nicht erledigt¹²⁵.

Die sofortige Beschwerde ist aus Fristgründen sicherer als die „Fortführung“ des Ursprungsverfahrens oder ein nachträglicher neuer Antrag - im Zweifel muss das Beschwerdegericht zurückverweisen, aber die (kürzere) Frist ist gewahrt. Allerdings sollte Hilfsweise die Rückverweisung an das Amtsgericht zur Entscheidung der offenen Anträge über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung beantragt werden und ggf. ebenfalls Hilfsweise ein nachträglicher Rechtsschutzantrag gestellt werden, um das Begehren „gerichtsfest“ klarzustellen.

Auch nach Entlassung ist bei Freiheitsentziehungen stets das fortbestehende Rechtsschutzinteresse gegeben (st. Rspr. des Bundesverfassungsgerichtes, dazu s. u. III. 3.).

10. Rechtsmittel bei Freiheitsentziehung zur Strafverfolgung oder Identitätsfeststellung nach StPO

Die polizeiliche Freiheitsentziehung zur Strafverfolgung wird ebenfalls vom Amtsgericht auf Zulässigkeit und Fortdauer überprüft (§§ 128, 163 c Abs. 1 StPO, Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG)¹²⁶, und zwar ggf. mit Beteiligung der Staatsanwaltschaft.

Örtlich zuständig ist das Gericht des Ergreifungsortes (§§ 128, Abs. 1 S. 1, 163 c Abs. 1 S. 2 StPO), daran ändert sich nichts bei Verbringung oder Verwahrung in einem anderen Gerichtsbezirk. Das Verfahren ist nicht näher geregelt, von der Beteiligung der Staatsanwaltschaft kann zur Beschleunigung abgesehen werden, wenn diese nicht in angemessener Zeit erreichbar ist.

Der Prüfungsumfang umfasst nach der Kommentarliteratur die Fortdauer der Festhaltung mit zeitlicher Begrenzung oder die Freilassung²⁷. Die anfängliche Zulässigkeit könnte danach nur nachträglich im Verfahren nach § 98 Abs. 2 StPO oder im Beschwerdeweg überprüft werden - prozessökonomischer ist es, wenn der Richter - unter Beachtung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur vollständigen, ggf. nachträglichen Justiziabilität erledigter Freiheitsentziehungen - auf entsprechenden Antrag gleich über die anfängliche Zulässigkeit mit entscheidet. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes vom 05.12.2001 und vom 15.05.2002 sind so zu verstehen, dass der Richter bei Ausübung des Richtervorbehaltes bei jeder Freiheitsentziehung über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung - ggf. nachträglich nach Festnahme durch die Polizei - aufgrund eigener Sachverhaltsfeststellung in vollem Umfang selbst zu entscheiden hat.

Gegen die richterliche Entscheidung ist die Beschwerde nach § 304 StPO auch bei prozessualer Überholung²⁸ gegeben. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 307 StPO).

Enthält die richterliche Freilassungsentscheidung trotz Antrag keine Aussage zur anfänglichen Zulassung, so muss in Fortentwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung die Überprüfung bzw. Ergänzung der Entscheidung ggf. im Beschwerdeverfahren versucht werden. Ergeht nämlich die Entscheidung nur für die Zeit ab Richtervorführung, so wäre der gesamte Zeitraum der Freiheitsentziehung bis zu diesem Zeitpunkt nicht justiziabel. Dies ist mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Freiheitsentziehung und zu erledigten Maßnahmen im Ermittlungsverfahren nicht vereinbar, da Freiheitsentziehungen immer schwerwiegende Grundrechtseingriffe darstellen.

Erfolgt die Festnahme zunächst nach Polizeirecht, wird aber nach Entlassung ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, so ist nach Auffassung des VG Lüneburg²⁹ der Rechtsweg analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO ebenfalls zum Amtsgericht gegeben für die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der erledigten Freiheitsentziehung selbst dann, wenn jede Tatsachengrundlage für die behaupteten Straftaten oder eine persönliche Tatbeteiligung fehlt, das nachträgliche Ermittlungsverfahren nur der Rechtfertigung einer unzulässigen Polizeimaßnahme diene und die Freiheitsentziehung daher willkürlich war. Dieser Auffassung kann unter Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze und des Willkürverbotes nicht gefolgt werden.

Bei Festnahmen zur Vorführung beim Haftrichter ist nachträglich der Rechtsweg nach § 98 Abs. 2 StPO analog eröffnet³⁰, wenn die Freilassung durch Polizei oder die Staatsanwaltschaft vor der Richterentscheidung erfolgt. Das fortwirkende Feststellungsinteresse folgt nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes bereits aus dem tiefgreifenden Eingriff in das Freiheitsgrundrecht und seiner durch den Richtervorbehalt betonten verfassungsrechtlichen Bedeutung.

-
- 1 Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen vom 29. 06.1956, i.d.F. v. 27.04.2001, abgedruckt bei Sartorius I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze Nr. 617.
 - 2 Vgl. BVerfGE 96, 44
 - 3 Ehlers in Schoch/Schmidt-Aßmann, § 40 VwGO Rn. 621; Berner/Köhler, Art. 18 PAG Rdn. 11; so auch BayVGh, BayVbl. 1989, 2454 = NJW 1989, 1754 für den nachträglichen Rechtsschutz
 - 4 LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01 - danach bleibt für die nachträgliche Entscheidung (bei Geltung des FEVG) der Gerichtsstand des Ergreifungsortes erhalten
 - 5 So für die willkürliche Verbringung an einen anderen Gerichtsort „ohne sachlichen Grund“ Rachor, Anm. F 539; die richterliche Überprüfung der Freiheitsentziehung hat sich auch auf diesem Umstand zu erstrecken, so BVerfGE 83, 24, 35 f.
 - 6 So wohl auch AG Ahaus, B. v. 18.01.2001 - 7 XIV 373 = NWVBl 2001, 321 f. und LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01.
 - 7 ThürOLG, B. v. 14.10.1998 - 6 W 243/98
 - 8 Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.05.1898, zuletzt geändert 23.07.2002, abgedruckt bei Schönfelder, Deutsche Gesetze Nr. 112.
 - 9 Achtung: in diesem Punkt ist die Rechtslage anders als in Berlin und Bayern!
 - 10 Niedersächsisches Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit in der Fassung vom 24.02.1971, NdsGVBl. S. 43, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 17.12.1998, NdsGVBl 1998, S. 710.
 - 11 Die aber jedenfalls unmittelbar aus Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 103 GG und aus Art. 5 Abs. 3 MRK zwingend ist.
 - 12 S. die im Vorwort in Fußnoten 3 und 4 zitierten Entscheidungen: Die Entscheidungen des AG Dannenberg, des LG Lüneburg, OLG Celle, des VG Lüneburg sowie OVG Lüneburg zu Freiheitsentziehungen in den Jahren 1996 bis heute widersprechen einander und der neuen Rechtsprechung des BVerfG mit dem identischen Tenor, dass mit jeder nur denkbaren Begründung eine Sachentscheidung vermieden oder jedenfalls die Behördenentscheidung gerechtfertigt wird; erstmals wird die Änderung der Rspr. des BVerfG seit 1996 in den Entscheidungen des OLG Celle vom 04.11.2002 - 17 W 64/02 und vom 13.01.2003 - 17 W 40/02 aufgenommen!
 - 13 BVerfGE 58, 208,220; 63, 340,341; 65, 317,321; 83, 24, 34; so auch Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 544
 - 14 Z.B. OLG Celle, B. v. 06.09.2001 -17 W 25/01; BVerfG, DVBl 1991,260
 - 15 BVerfGE 93, 99, 108
 - 16 KG Berlin, B. v. 27.06.2003 - 25 W 58/02
 - 17 S. OLG Celle, B. v. 26.08.2002 - 17 W 6/02; str. ist allerdings zwischen LG Lüneburg und OLG Celle, ob das Zulassungserfordernis auch für Entscheidungen nach § 19 Abs. 1 NGefAG - also während des Gewahrsams - gilt; s. unten FN 110 und unten bei III.4.b).
 - 18 KG Berlin, B. v. 24.04.2002 - 25 W 8/02
 - 19 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 533
 - 20 Dies folgt aus Art. 104 Abs. 2 GG: Der Richtervorbehalt verlagert die Entscheidungskompetenz von den Verwaltungsbehörden auf den Richter, Rachor in Lisken /Denninger, Anm. F 533.
 - 21 2 BvR 2292/00, Abs. 25
 - 22 Für die Zuordnung zur Exekutive wegen des materiellen Charakters der richterlichen Tätigkeit Waechter, Rdz. 334 und Lisken in Lisken/Denninger, Anm. K 48 ff.; nach Gusy in v. Mangold/Klein, Art. 104 GG Anm. 40 dient der Richtervorbehalt der Effektivität des Grundrechtsschutzes, ist aber nicht Rechtsschutz i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG.
 - 23 BVerfGE 83, 23, 33 ff. = NJW 1991, 1283
 - 24 BVerfGE 83, 22, 33 ff.

- 25 NJW 2001, 51,53
- 26 BVerfG, NJW 1998, 1774, 1775
- 27 OLG Celle, B. v. 06.09.2001 -17 W 25/01
- 28 BVerfGE 83, 24; Jarras/Pieroth, Art. 104 GG Rdn. 19; s. auch BVerfGE 103,142 zur Wohnungsdurchsuchung
- 29 S. dazu BVerfG, DVBl 2002, 1544 m. Anm. Rabe v. Kühlewein, und BVerfGE 103,142,155
- 30 BVerfGE 40, 276, 286
- 31 So jetzt auch OLG Celle, B. v. 04.11.2002 - 17 W 64/02; KG Berlin, B. v. 24.04.2002 - 25 W 8/02; Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 533: eines Antrages der Betroffenen bedarf es nicht - der Antrag des Betroffenen bewirkt allerdings die Anhängigkeit beim Gericht und dokumentiert den (spätesten) Beginn der Amtspflichten des Gerichtes.
- 32 EGMR, NJW 2001, 51, 53
- 33 AG Ahaus, B. v. 20.03.1998 - 7 XIV 353 = NWVBl. 2001, 321 f., rechtskräftig; so jetzt auch OLG Celle, Beschluss vom 04.11.2002 -17 W 64/02.
- 34 BVerfGE 83, 24
- 35 So der Wortlaut der meisten Polizeigesetze; ausdrücklich auch KG Berlin, B. v. 24.04.2002 - 25 W 8/02.
- 36 OLG Celle, B. v. 04.11.2002 - 17 W 64/02
- 37 So AG Lüneburg, B. v. 13.11.2001 - 21 A XIV 36/01- a.A. AG Ahaus, NWVBl. 2001,321 f.
- 38 So LG Lüneburg in demselben Fall (vorstehende Fußnote), B. v. 04.06.2002, 1 T 179/01 gegen st. Rspr. des BVerfG seit B. v. 30.04.1997 = BVerfGE 96, 27, siehe auch BVerfG B. v. 03.02.1999, 2 BvR 804/97 und 1081/97.
- 39 Nach § 13 Abs. 2 FEVG ist auch für Rechtsbehelfe des Betroffenen im Gewahrsam der Amtsrichter zuständig.
- 40 So die Entscheidungen des AG Dannenberg zum „Quickborner Kessel“ vom 21.03.1997 -10 XIV 103/97, und B. v. 21.07.2001 -12 XIV 315 - 317/01 L, bestätigt von LG Lüneburg, B. v. 10.12.1997 - 1 T 74 /97 und vom 07.12.2001 - 129/01 sowie OLG Celle, B. v. 17.04.1998 - 17 W 6/98 und vom 26.08.2002 - 17 W 6/02; a.A. (und zutreffend) KG Berlin, B. v. 24.4.2002 - 25 W 8/02 und B. v. 27.6.2003 - 25 W 58/02.
- 41 Vgl. zu diesem außerordentlichen Rechtsmittel vor einer instanzbeendenden Entscheidung BGH, RPfl. 86, 56; nach OLG Celle, U. v. 24.09.2002 - W 57/02, sind nach der Zivilprozessreform außerordentliche, gesetzlich nicht geregelte Beschwerden nunmehr unzulässig, stattdessen soll das Gericht zur „Selbstkorrektur der Entscheidung“ veranlasst werden.
- 42 BVerfG, st. Rspr. seit BVerfGE 96,27, anders LG Lüneburg, B. v. 04.06.2002 - 1 T 179/01.
- 43 Vgl. dazu BVerfG, B. v. 15.05.2002 = DVBl 2002, 1544 m. Anm. Rabe v. Kühlewein
- 44 BVerfGE 58, 208, 222 ff.; 61, 123, 125; 65, 317, 322 f.; 66, 191, 197; 83, 24, 35 f.; Jochum/Rühle, Anm. H 25 unter Berufung auf BVerfG, DVBl 1991, 260 und BVerfG, NJW 1991, 1283; Lisken in Lisken/Denninger, Anm. K 56 und Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 542; so auch OLG Karlsruhe, FGGPrax 1998, 116; BayObLGZ 1999, 12, 13 und B. v. 25.10.2001 - 3 ZBR 342/01(bei Melchior); OLG Hamm, B. v. 14.09.2001 - 19 W 78/01 (bei Melchior)
- 45 BVerfGE 58, 208, 222 und 61, 123, 125; so jetzt auch Keidel/Kunze/Winkler, § 12 FGG Rdn. 138,139 und LG Lüneburg, B. v. 08.07.2003, 10 T 20/03 und B. v. 07.08.2003 - 10 T 31/03
- 46 EGMR, NJW 2001, 51
- 47 Lisken in Lisken/Denninger, Anm. K 25; zur Pflicht auf persönliche Anhörung im FGG-Vefahren bei Grundrechtsbetroffenheit s. auch BVerfG, B. v. 21.06.2001 - 1 BvR 605/02 = FamRZ 2002, 1021, 1023

- 48 Gusy in v. Mangold/Klein, Art. 104 Rz. 50
- 49 So auch Bumiller/Winkler, § 70 c FGG, Anm. 6
- 50 OLG Karlsruhe, FGPrax 1998, 116; BayObLGZ 1999, 12, 13 und B. v. 25.10.2001 - 3 ZBR 342/01 (bei Melchior); so jetzt auch OLG Hamm, B. v. 14.09. 2001 - 19 W 78/01 (bei Melchior)
- 51 St. Rspr. seit BVerfG 83, 24, 35 f.
- 52 Gusy in v. Mangold/Klein, Art. 104 GG Rz. 52
- 53 BayObLG, NJW 1990, 194
- 54 OLG Köln, B. v. 02.04.2001 - 16 Wx 65/01 (bei Melchior)
- 55 BVerfGE 58, 202, 222 und 61, 123, 125
- 56 OLG Hamm, B. v. 14.09.,2001- 19 W 78/01 (bei Melchior); BVerfG, InfAuslR 1996, 198, 201; BayObLGZ 1999, 12; 1999, 57, 58; B. v. 30.01.2001 - 3 ZBR 342/01 (bei Melchior) und B. v. 30.01.2002 - 3 ZBR 244/01 (bei Melchior)
- 57 Die Erfahrung von Wächter, StV 1989, S. 410 ff. , dass mit zunehmendem zeitlichen Abstand die Erfolgsaussichten einer gerichtlichen Überprüfung wachsen, kann in Niedersachsen nicht geteilt werden, da - jedenfalls im Zusammenhang mit Castor-Transporten - nachträgliche Rechtsschutzverfahren mit den unterschiedlichsten und z.T. abenteuerlichen Begründungen erfolglos waren. Allerdings ist höchstrichterlich der Prüfungsmaßstab und -zeitpunkt für die nachträgliche Überprüfung noch nicht geklärt. Dazu s. unten III. 7.
- 58 Gusy in v. Mangold/Klein, Art. 104 GG Rz. 67 f.
- 59 Vgl. Plöd in KMR, §163 c StPO, Rn. 11
- 60 Insoweit droht nach der Auslegung des Tatbestandes „zur Identitätsfeststellung in zukünftigen Strafverfahren“ in § 81g Abs. 1 StPO durch BVerfGE 103, 21, als genuines Strafprozessrecht eine Änderung des Rechtsweges hin zur ordentlichen Gerichtsbarkeit (§ 98 Abs. 2 StPO).
- 61 BayObLGZ 1997, 77f. = FGPrax 1997, 117; KG Berlin, NVwZ-Beilage 1998, S. 78 ff.; OLG Frankfurt/M., B. v. 13.11.1998 - 20 W 442/98 (bei Melchior)
- 62 KG Berlin, FGPrax 1998, 242
- 63 BayObLGZ 1993, 294, 296
- 64 Ss. dazu Vorwort, FN 3 und 4
- 65 Pieroth/Schlink/Kniesel, S. 336
- 66 Vgl. hierzu auch BVerfGE 40, 276 (286): ggf. mündliche Begründung ausreichend
- 67 § 28 Abs. 2 PolG BW; Art. 19 Abs. 1 BayPAG; § 32 Abs. 1 S. 2 BlnASOG; § 19 Abs. 1 S. 2 BbgPolG; § 17 Abs. 1 S. 3 BremPolG; § 13 b Abs. 1 HmbSOG (nur Grund); § 56 Abs. 1 SOG MV; § 37 Abs. 1 PolGNW(nur Grund); § 16 Abs. 2 POG RP (nur Grund); § 15 Abs. 1 S. 2 PolG Saar; § 22 Abs.4 SächsPolG; § 39 SOG LSA (nur Grund); § 205 Abs. 1 LVwG SH; § 21 Abs. 1 ThürPAG (nur Grund), § 41 BGSg; Auch in den Ländern in denen das Polizeigesetz eine Rechtsmittelbelehrung nicht ausdrücklich vorschreibt, ergibt sich die Rechtsbelehrungspflicht unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, so KG Berlin v. 24.4.2002 – 25 W 29/02 und KG Berlin v. 27.6.2003 unter Berufung auf BGH, FG Prax 2002, 166ff und BVerfG, NJW 1995, 3173), weil die vom Gesetzgeber gewählte Regelungstechnik schwer sei und Anwaltszwang weder in der 1. Instanz noch im Beschwerdeverfahren bestehe. Darüber hinaus sei eine Ungleichbehandlung gegenüber Unterbringungsmaßnahmen nach §§ 1631b, 1800, 1915, 1906 Abs. 1 - 4, 5 BGB sowie 1906 Abs. 4 BGB, bei denen eine Rechtsmittelbelehrung in § 70 f Abs. 1 Nr.3 FGG i.V.m. §§ 70 ff FGG vorgeschrieben ist, sachlich nicht gerechtfertigt.
- 68 Zum Umfang der Begründungspflicht gehört immer auch die Angabe der Rechtsgrundlage der Entscheidung, jedenfalls dann, wenn die Betroffenen und die Gerichte sonst darüber im Unklaren gelassen würden (vgl. EuGH 26.3.1987 - Rs 45/86).

- 69 BVerfG 6, 44; Kopp/Ramsauer, § 39 VwVfG Rdn. 5.
- 70 Knack, § 39 VwVfG, Rdn. 25.
- 71 VG Potsdam, LKV 96, 219
- 72 Beachte insbesondere bei Vorwürfen nach § 125 StGB: strafbar ist nicht die Anwesenheit, sondern die konkrete Tatbeteiligung an einer konkreten Gewalttätigkeit, mehrere Gewalttätigkeiten sind verschiedene „Taten“(), der Täter muss selbst eigene aggressive Aktivität entfalten, vgl. Rudolph in SK § 125 StGB Rdn. 11, 13, 113 b; vgl. auch OVG Bremen, NVwZ 2001, 221.
- 73 So auch Kopp-Schenke § 113 VwGO Rz. 65.
- 74 Dazu informativ BVerfG, StV 1996, 143, 145.
- 75 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 397 und OLG Hamm NVwZ 1982, 156
- 76 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 546 und 547
- 77 s.o. unter I. 6. und I. 8
- 78 Dazu s. oben I. 6 d), I.8.c).
- 79 Dazu s. oben Kap. I. 11. zur „Unverzüglichkeit“.
- 80 Zum Richtervorbehalt bei Identitätsfeststellungen und zur Abgrenzung Freiheitsentziehung/Freiheitsbeschränkung siehe oben Kap I. 10. c) und I. 1. c).
- 81 Gusy, Polizeirecht, S. 161; OVG Münster, DVBl. 1979, 733; Marschner/Volckart, Kap. E Rdn. 56; Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 559; Maunz/Dürig, Art. 104 GG Rdn. 41
- 82 Zur Richterzuständigkeit „rund um die Uhr“ s. BVerfG NJW 2001, 1121 und Anm. Rabe von Kühlewein, DVBl. 2002, 1545 ff.
- 83 Unzulässig ist es insbesondere, wenn nach der Festnahme - ohne definierte personenbezogene Gründe - die Polizei den Gewahrsam aufrechterhält, bis alle Videoaufnahmen durchgesehen sind oder sogar gemeinsam mit dem Richter Videos betrachtet, ohne vorher einen einzigen personenbezogenen Antrag auf richterliche Entscheidung über die Freiheitsentziehung zu stellen - so geschehen im November 2001 bei Castor-Transporten nach Gorleben.
- 84 Zu beachten ist, dass bei Verhinderungsgewahrsam wegen des Vorwurfs „Landfriedensbruch“ nicht die Anwesenheit vor Ort oder die Teilnahme an der fraglichen Versammlung ausreicht, sondern konkrete Anhaltspunkte für eine Beteiligung an Gewalttätigkeiten erforderlich sind
- 85 so auch Schenke, Rdn. 421.
- 86 BVerfGE 103, 142 zur uneingeschränkten Kontrolle bei Wohnungsdurchsuchung und Gefahr im Verzug; BVerfGE 83,24 = NJW 1991, 1283 zu den richterlichen Aufklärungspflichten bei Freiheitsentziehung
- 87 BGHSt 34, 365, 368f.; Gusy in v. Mangold/Klein, Art. 104 Rz. 67; Jarras/Pieroth, Art. 104 GG, Rdn. 17
- 88 Dafür Ehlers ins Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 40 VwGO Rdn. 621 gegen die früher h.M (nur darüber, ob im Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung die Voraussetzungen noch vorliegen - dagegen spricht der konstitutive Charakter der Richterentscheidung und die dazu ergangene Rspr. des BVerfG); jetzt auch für die umfassende Überprüfung in jeder Lage des Verfahrens OLG Celle, B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02 unter Berufung auf BVerfG, B. v. 05.12.2001.
- 89 Der Wortlaut einiger Eingriffsbefugnisse lautet nur „Fortdauer“, aber hier gilt Art. 104 Abs. 2 GG und die konstitutive Wirkung des Richtervorbehalts mit denselben Rechtsfolgen; teilweise anders bei Freiheitsentziehungen nach StPO - s. dazu oben I. 7.
- 90 BayObLG München, B. v. 04.09.1998 - 3 Z BR 49/98 = BayVBl 1999, 124; so auch schon OVG Münster, NJW 1990, 3224 ; BVerwGE 62, 317, 322 f., ThürOLG v. 14.10.1998 – 6 W 243/98 und jetzt endlich auch OLG Celle, B. v. 13.01.2003 -17 W 40/02
- 91 BVerfG, B. v. 05.12.2001 = NJW 2002, 2545 und B. v. 15.05.2002 = DVBl 2002, 1263; s hierzu auch oben I. 10. a) und c) m.w.N.

- 92** So jetzt auch OLG Celle, B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02 entgegen der früher vertretenen Meinung: noch mit B. v. 04.11.2002 - 17 W 64/02 verlangte das gleiche Gericht im Widerspruch zum BVerfG nach der Freilassung einen neuen (förmlichen) Antrag der Betroffenen nach § 19 Abs. 2 NGefAG, selbst wenn bereits im Gewahrsam die Überprüfung der anfänglichen Zulässigkeit ausdrücklich beantragt worden war.
- 93** Vgl. BVerfG, StV 1996, 143 und DVBl 1993, 150; so auch die h.M für die Überprüfung polizeilicher Eingriffsmaßnahmen vor den Verwaltungsgerichten.
- 94** BVerfG, B. v. 15.05.2002 = DVBl 2002, 1263 und vom 05.12.2001 = NJW 2002, 2454
- 95** AG Ahaus, B. v. 20.03.1998 = NWVwBl. 2001, 321 f.; LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01 sowie oben I. 11, insbes. bei FN 139 bis 141 und bei FN 144 bis 146
- 96** So auch OLG Celle, B. v. 06.09.2001 - 17 W 25/01.
- 97** BVerfGE 83, 24, 33 f. und Jarras/Pieroth, Art. 104 GG, Anm. 19.
- 98** dazu s. oben II. 3.
- 99** BVerfG, NJW 1991, 1283 ff = DVBl 1991, 260, so auch Jochum/Rühle, Anm. H 25; , zur Sachverhaltsermittlung s. auch BVerfGE 103, 142 zur Wohnungsdurchsuchung und „Gefahr im Verzug“ sowie BVerfG, B. v. 22.01.2002, NJW 2002, 1333.
- 100** BVerfG NJW 2002, 1333, 1334
- 101** Die Dauer der Freiheitsentziehung muss auf den unbedingt notwendigen Zeitraum beschränkt werden, daher sind z.B. aus einem Kessel heraus Demonstranten sukzessive zur Zerstreuung in Kleingruppen freizulassen, KG Berlin, NVwZ 2000, 44, und DemonstrantInnen sofort freizulassen, bei denen sich nach Durchsuchung die Hinweise auf gewalttätige Absichten nicht erhärten lassen, spätestens nach Ablauf des Zeitraums, in dem bei gehöriger Organisation die polizeiliche Aufklärung hätte abgeschlossen sein können, AG Uelzen, B. v. 06.08.2003 - 2 XIV 619L.
- 102** So BVerfG, B. v. 15.05.2002, 2 BvR 2292/00 Abs. 33.
- 103** BVerfGE 103, 142, 153 f., 159 f. und B. v. 15.05.2002, 2 BvR 2292/00 = DVBl 2002, 1263 mit Anm. Rabe v. Kühlewein, DVBl 2002, 1545
- 104** BVerfGE 103, 142 ff.
- 105** Vgl. dazu BVerfGE 103, 142, Abs. 45 ff. zur Wohnungsdurchsuchung und „Gefahr im Verzug“.
- 106** Waechter, Rdn. 335
- 107** BVerfG, B. v. 05.05.2000 - 2 BvR 2212/99 zu Begründungsmängeln; BVerfG InfAuslR 1996, 198, 201 und OLG Hamm, B. v. 14.09.2001 - 19 W 78/01 zu Verstößen gegen die Anhörungspflicht.
- 108** Gusy in v. Mangold/Klein, Art. 104 Rdn. 54
- 109** Jarras/Pieroth, Art. 104 GG Rdn. 19 - formularmäßige Begründung danach nicht ausreichend; BayObLG, BayVBl 1999, 124.
- 110** LG Lüneburg, B. v. 08.07.2003 - 10 T 20/03 und vom 07.08.2003, 10 T 31/03.
- 111** ebd.
- 112** So ausdrücklich § 13 a Abs. 2 HmbSOG und st. Rspr des BVerfG seit B. v. 30.04.1997 = BVerfGE 96, 27; z.B. B. v. 03.02.1999 - 2 BvR 804/97 = NJW 1999, 3773 zum Polizeigewahrsam und B. v. 05.12.2001 - 2 BvR 527/99 = NJW 2002, 2545 zur Abschiebehaft.
- 113** Liskan in Liskan/Denninger, Anm. K 48
- 114** BayObLG, NJW 1998, 2455 = BayVBl 1999, 124
- 115** ebd.
- 116** § 31 Abs. 3 BlnASOG unterscheidet schon im Wortlaut zwischen der Richterentscheidung im Gewahrsam und dem nachträglichen Feststellungsverfahren und verlangt die Beschwerdezulassung nur im Feststellungsverfahren.
- 117** So OLG Celle, B. v. 26.08.2002, 17 W 4 - 6/02 - und BayObLG, NJW 1998, 2001 - str. Die zu-

ständige Kammer des LG Lüneburg nimmt jedenfalls in den Fällen der Richterentscheidung während der Freiheitsentziehung nach § 19 Abs. 1 NGefAG an, die weitere Beschwerde sei nicht zulassungspflichtig und trifft daher i.d.R. hierzu keine Entscheidung - das OLG Celle nimmt dagegen an, die Beschwerdezulassung sei in diesen Fällen nicht erfolgt. Hier zeigt sich die Problematik der Regelung in § 19 NGefAG und die Verwirrung über die „richtige“ Verfahrensordnung: im Verwaltungsrecht gilt sonst die VwGO mit Beschwerdezulassung durch gesondertes Verfahren, FGG kennt die Beschwerdezulassung sonst nicht (s. aber § 29 Abs. 2 FGG!), der Rückgriff auf ZPO entspricht nicht der geregelten Materie - s. hierzu auch unten III.

118 KG Berlin, B. v. 24.4.2002 – 25 W 8/02

119 Str. - wie hier Liskan in Liskan/Denninger, Anm. K 48 und Stoermer, S. 182 f.; auch die Entscheidung des BVerfG vom 15.05.2002 = DVBL. 2002, 1263 geht in diese Richtung; OLG Celle verweisen auf den nachträglichen Antrag nach § 19 Abs. 2 NGefAG, auch wenn im Gewahrsam ausdrücklich die Überprüfung der anfänglichen Zulässigkeit gefordert wurde. Die früher herrschende Rspr. nahm Erledigung mit Freilassung an und verneinte Anspruch auf Rechtsschutz nach Erledigung, s hierzu unten III. FN 2.

120 So BVerfG 96, 27 und B. v. 3.2.99 = NJW 1999, 2162.

121 So LG Lüneburg vom 10.12.1997 - 1 T 74/97.

122 So wohl BayObLG, B. v. 5.03.1998, NJW 1998, 2455.

123 OLG Karlsruhe, B. v. 18.12.2002 - 11 Wx 74/02 (bei Melchior) verlangt, dass der Antrag auf einen nachträglichen Feststellungsantrag umgestellt werden muss, was allerdings auch konkludent geschehen könne; nach OLG Zweibrücken, B. v. 23.04.2002 - 3 W 78/02 (bei Melchior) ist ausreichend, dass der Vortrag erkennen läßt, dass der Betroffene die anfängliche Zulässigkeit überprüft haben will. In Niedersachsen verlangt § 19 Abs. 2 NGefAG Schrift- oder Protokollform, so auch Bayern und Berlin, allerdings ist ausreichend, dass schon im Gewahrsam die Überprüfung der anfänglichen Zulässigkeit begehrt wurde, so OLG Celle, B.v. 13.01.2003, 17 W 40/02.

124 So auch Liskan unter Berufung auf BVerfG Urt. v. 20.02.2001- 2 BvR 1444/00 = NJW 2001, 1121.

125 Für Entscheidungspflicht des AG und LG in jeder Verfahrenslage jetzt erstmals OLG Celle, B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02 gegen die noch selbst in B. v. 4.11.2002 - 17 W 64/02 vertretene Auffassung; so auch BayObLGZ 1998, 56 = FG Prax 98, 119.

126 Zum Prüfungsumfang s. o. I. 7., insbes. FN 72 bis 74, und unten III.8.

127 So z.B. Plöd in KMR, § 163 c Rdn. 5.

128 Plöd in KMR, § 163 c Rdn. 12.

129 VG Lüneburg, B. v. 17.01.2001 -7 A 35/98.

130 Vgl. BVerfG E 96, 27 zur Wohnungsdurchsuchung und BGH NJW 1998, 3653 zur Freiheitsentziehung im Ermittlungsverfahren; s. auch Liskan in Liskan/Denninger, Anm. K 147 ff.

III. Rechtsschutz nach Entlassung aus dem Gewahrsam

Die Rechtslage für den nachträglichen Rechtsschutz nach Entlassung aus dem Gewahrsam ist unübersichtlich. Die landesgesetzlichen Regelungen sind ebenso unterschiedlich, wie die obergerichtliche Rechtsprechung in den Bundesländern. Auch die Auffassungen der Verwaltungsgerichte und der ordentlichen Gerichte sind uneinheitlich.

Durch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Rechtsschutz bei erledigten Grundrechtseingriffen¹ ist allerdings die frühere Auffassung einiger Gerichte überholt, nach erledigter Freiheitsentziehung gebe es jedenfalls bei richterlicher Entscheidung über die Freilassung weder Rechtsmittel noch eine nachträgliche richterliche Überprüfung². Mit Beschluss vom 30.04.1997³ hat das Bundesverfassungsgericht die frühere Rechtsprechung aufgegeben, wonach Art. 19 Abs. 4 GG bei erledigten Grundrechtseingriffen in der Regel eine nachträgliche gerichtliche Prüfung durch die Fachgerichte nicht verlange. Zur Gewährleistung des „effektiven Rechtsschutzes“ kann seitdem auch die richterliche Entscheidung zur Freiheitsentziehung im vorgesehenen Instanzenzug trotz Freilassung inhaltlich überprüft werden⁴. Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes wird von den Instanzgerichten nur langsam umgesetzt - allerdings mit der zunehmenden Tendenz, den gesamten nachträglichen Rechtsschutz den ordentlichen Gerichten zuzuweisen, während früher (wenn überhaupt) nach Entlassung überwiegend die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte angenommen wurde. Damit sind u.U. Einschränkungen im Verfahren und in der Kontrolldichte verbunden.

Für den nachträglichen Rechtsschutz gibt es danach verschiedene Möglichkeiten, je nachdem, ob bereits eine richterliche Entscheidung im Gewahrsam getroffen oder herbeigeführt wurde, je nach landesgesetzlicher Regelung und je nachdem, ob die Freiheitsentziehung nach Polizeirecht oder Strafprozessrecht begründet wurde:

- Rechtsmittel gegen eine bereits ergangene richterliche Entscheidung im ordentlichen Rechtsweg (sofortige Beschwerde, weitere sofortige Beschwerde - s. hierzu oben II. 9. a) und c) sowie unten III. 4. c)
- Antrag auf nachträgliche richterliche Überprüfung der Freiheitsentziehung zum Amtsgericht (mit sofortiger Beschwerde und weiterer sofortiger Beschwerde - ggf. nach Zulassung durch das Landgericht - (s. hierzu unten III. 4)
- Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO zum Verwaltungsgericht (s. hierzu unten III. 2. und 5).
- Antrag nach § 98 Abs. 2 StPO (analog) zum Amtsgericht bei repressiver Freiheitsentziehung im Ermittlungsverfahren mit Beschwerde nach § 304 StPO zum Landgericht (s. hierzu unten III. 6.)

Es ist in vielen Einzelpunkten noch unklar, wie die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes von den Instanzgerichten umgesetzt werden wird, daher können die nachfolgenden Ausführungen nur als „Wegweiser“ betrachtet werden. Verbindliche Empfehlungen sind beim gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung und unseren Erfahrungen mit überwiegend erfolglosen Anfechtungen polizeilicher Freiheitsentziehungen über viele Jahre nicht möglich. Zudem liegt jeder Fall anders. Insbesondere gehen in der Regel jeder Freiheitsentziehung bei Bürgerprotesten

Eingriffe in das Versammlungsrecht und die Freizügigkeit voraus, es folgen fast immer Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung durch Aufnahme in diverse Polizeidateien. Daher ist die isolierte Überprüfung der Freiheitsentziehung im ordentlichen Rechtsweg immer eine recht willkürliche Reduzierung des Prüfungsumfanges, wenn die Betroffenen nicht mehrere Klagen anstrengen wollen.

Insgesamt sind die Rechtsschutzmöglichkeiten im geltenden Recht „in schwer zu durchschauender Weise mehrfach gespalten und werden von den Fachgerichten uneinheitlich gehandhabt“⁶⁵.

Verwirrung über den nachträglichen Rechtsschutz entsteht auch aus der Doppelfunktion der Richter bei Ausübung des Richtervorbehaltes als Exekutivorgan und gleichzeitig Kontrollorgan zur Grundrechtssicherung. Weitere Unklarheiten ergeben sich aus unterschiedlichen Rechtmäßigkeitsmaßstäben bei staatlichen Eingriffen in der Eilsituation einerseits und der nachträglichen richterlichen Kontrolle andererseits. Im nachträglichen Rechtsschutz muss nach objektiven Maßstäben aus der Sicht „ex post“ der Grundrechtseingriff in vollem Umfang justiziabel sein, während in der Eilsituation nur der sog. „eingeschränkte Rechtmäßigkeitsbegriff“ der „ex ante“- Situation aus Sicht der handelnden Exekutivorgane Anwendung findet. Diese Unterschiede im Prüfungsmaßstab werden in der Diskussion um Rechtsweg und Verfahren bisher vernachlässigt.

De lege lata sollte - wie in Hamburg - eindeutig klargestellt werden, dass die nachträgliche Überprüfung von polizeilichen Freiheitsentziehungen stets den Verwaltungsgerichten obliegt. Nur dort ist durch ein geregeltes Verfahren und spezielle Kompetenzen der Richter im Polizeirecht und im Recht der Eingriffsverwaltung „effektiver“ Rechtsschutz zu erwarten. Richter am Amtsgericht sind als Einzelrichter nicht nur häufig mit der komplexen Sachverhaltsaufklärung überfordert, sondern auch durch ihre gleichzeitige Funktion als „Ermittlungsrichter“ und „Eingriffsrichter“ mit eigenen Exekutivbefugnissen als Kontrollorgan der Polizei in „gemeinsamer Sache“ nur bedingt geeignet. Zudem ist vor dem Amtsgericht zu befürchten, dass der Umfang der Sachverhaltsaufklärung und der Prüfungsmaßstab durch den Richter als „Eingriffsrichter“ im Eilfall nicht hinreichend unterschieden wird von den umfassenden Aufklärungs- und Prüfungsaufgaben in der nachträglichen Kontrollfunktion als „Rechtsschutzrichter“.

1. Rechtsweg für präventivpolizeiliche Freiheitsentziehungen - § 40 VwGO und Sonderzuweisungen

Über alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art haben nach § 40 Abs. 1 VwGO die Verwaltungsgerichte zu entscheiden, soweit nicht eine gesetzliche Sonderzuweisung besteht.

Bis zum sog. „Hamburger Kessel“ 1986⁶⁶ bestand bundesweit Einigkeit, dass nach Entlassung aus dem Gewahrsam der nachträgliche Rechtsschutz nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO erfolgt, jedenfalls dann, wenn im Gewahrsam keine richterliche Entscheidung getroffen wurde⁶⁷. Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen im Gewahrsam nach Entlassung wurden damals von vielen ordentlichen Gerichten für unzulässig gehalten⁶⁸ - seinerzeit war zudem der FGG-Instanzenzug nicht wie heute ausgestaltet.

Erst seit Entscheidungen des VG Regensburg⁹ und VGH München vom 27.10.1987¹⁰ wird zunehmend die angebliche Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges nach Entlassung diskutiert.

Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges ist seitdem höchst strittig bei erledigten Freiheitsentziehungen nach Landesrecht und durch den BGS.

Die Kommentarliteratur¹¹ sowie einige Obergerichte¹² verweisen auf diesen Rechtsweg für die nachträgliche gerichtliche Überprüfung, während die Tendenz in der Rechtsprechung dahin geht, den Verwaltungsrechtsschutz zurückzudrängen zugunsten allein der Überprüfung im ordentlichen Rechtsweg¹³.

Dabei gehen die Gerichte zu Unrecht davon aus, es könne für die nachträgliche Überprüfung der Freiheitsentziehung nur einen Rechtsweg geben¹⁴. Auch bei anderen polizeilichen Eingriffen gibt es Rechtswegüberschneidungen (z.B. bei Ansprüchen aus Amtshaftung oder Kostenersatzung für polizeiliche Inanspruchnahme sowie bei sog. „doppelfunktionalen Maßnahmen“)¹⁵. Schließlich sind bei Polizeieinsätzen insbesondere gegen Menschenmengen häufig eine Vielzahl von Eingriffsakten angreifbar - es wäre dann Unsinn, Versammlungsaufösungen und Platzverweise dem Verwaltungsgericht, die nachfolgende Freiheitsentziehung aber den ordentlichen Gerichten zuzuweisen und damit den Rechtsweg erneut, nur anders, aufzuspalten. Rechtsschutz für die Bürger wird damit unübersichtlich und vor allem unerreichbar.

Schließlich übt auch der Richter bei Wahrnehmung des Richtervorbehaltes nicht rein judikative, sondern auch exekutive Funktionen in einem Eilverfahren mit eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten aus, so dass seine Exekutiventscheidung durchaus der Überprüfung durch einen anderen Richter oder ein anderes Gericht in einem rechtsstaatlich ausgestalteten Verfahren unterliegen könnte¹⁶ - dies wäre ein effektiverer Rechtsschutz, als das gleiche Gericht noch einmal mit der Überprüfung der eigenen Entscheidungen zu betrauen.

Insgesamt ist das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegenüber der Verwaltungsgerichtsordnung nur unvollständig ausgestaltet und damit wenig für den nachträglichen Rechtsschutz gegen staatliche Eingriffsakte geeignet. Hinzu kommen die kurzen Fristen ohne Zwang zur Rechtsmittelbelehrung, die Unerfahrenheit der ordentlichen Gerichte in polizei- und versamlungsrechtlichen Fragen und der Nachteil der Ausgrenzung der Überprüfung weiterer polizeirechtlicher Eingriffe im Zusammenhang mit der Freiheitsentziehung.

Lediglich in Hamburg stellt § 13 a Abs. 2 S. 4 HmbSOG klar, dass die nachträgliche Überprüfung erledigter Freiheitsentziehungen dem Verwaltungsgericht obliegt, daneben bei beantragter richterlicher Entscheidung auch nach Entlassung der Beschwerdeweg im ordentlichen Rechtsweg zulässig bleibt (§ 13 a Abs. 2 S. 3 HmbSOG).

In Baden-Württemberg ist der nachträgliche Gang zum Verwaltungsgericht immer dann gesetzlich ausgeschlossen, wenn bereits ein Richter über die Freiheitsentziehung entschieden hat (§ 28 Abs. 4 S. 4 BWPolG).

In Nordrhein-Westfalen und weiteren Bundesländern nimmt die obergerichtliche Rechtsprechung an, dass immer dann, wenn bereits ein Richter über die Freiheitsentziehung entschieden hat - sei es nur über die Freilassung oder auch über die anfängliche Zulässigkeit - der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht ausgeschlossen ist. Teilweise wird dies sogar auf solche Fälle erweitert, in denen bereits ein Richter mit der Sache befasst war, die Freilassung jedoch vor einer richterlichen Entscheidung erfolgte.

Bayern, Berlin und Niedersachsen haben (anders als Hamburg) eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung an die ordentlichen Gerichte für die nachträgliche Überprüfung polizeilicher Freiheitsentziehungen und Freiheitsbeschränkungen vorgenommen. Nach der Rspr. soll es sich um eine ausschließliche Rechtswegzuweisung handeln¹⁷, während nach der hier vertretenen Auffassung der Verwaltungsweg für die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit vor allem dann nicht ausgeschlossen werden kann, wenn weitere, mit der Freiheitsentziehung zusammenhängende Maßnahmen im Streit sind (Versammlungsrecht, Kompetenzfragen zwischen BGS und Landespolizei, Zulässigkeit eines vorhergehenden Platzverweises, Durchsuchung, Fesselung, präventiv-polizeiliche ED-Behandlung und Datenspeicherung, etc.)¹⁸.

Die landesrechtliche Rechtswegzuweisung kann immer nur das Landesrecht betreffen. Für bundesrechtliche Materien wie das Versammlungsrecht, präventive erkennungsdienstliche Maßnahmen nach StPO, Datenspeicherung und -übermittlung an das BKA und für die Aufgaben des BGS kann nur eine bundesrechtliche Sonderzuweisung den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten verdrängen.

a) Sonderzuweisung durch § 13 Abs. 2 FEVG?

§ 13 Abs. 2 FEVG bestimmt, dass auch über die Anfechtung von Verwaltungsmaßnahmen, die nicht auf richterlicher Anordnung beruhen, im Verfahren nach dem FEVG - also vor den ordentlichen Gerichten - zu entscheiden ist. Hieraus wird trotz des uneindeutigen Wortlautes die Auffassung abgeleitet, § 13 Abs. 2 FEVG enthalte eine abschließende Sonderzuweisung auch des nachträglichen Rechtsschutzes an die Ordentlichen Gerichte¹⁹. Dies kann selbstverständlich nur dort gelten, wo das FEVG direkt für Freiheitsentziehungen aufgrund Bundesrecht²⁰, z.B. durch den BGS²¹ oder durch Verweisung²² gilt (also nicht in Niedersachsen und Baden-Württemberg).

Diese Sonderzuweisung soll selbst dann gelten, wenn der Richter in der Haft nicht über die anfängliche Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entschieden hat²³, sofern die Richterentscheidung während des Gewahrsams herbeigeführt, also ein Antrag auf richterliche Entscheidung gestellt wurde, unabhängig davon, ob und in welchem Umfang der Richter entschieden hat²⁴. Das Verwaltungsgericht soll dagegen in all den Fällen zuständig bleiben, in denen die Verwaltungsbehörde vor Entlassung keinen Antrag auf richterliche Entscheidung gestellt hat²⁵.

Das Bundesverwaltungsgericht nahm - unter seinerzeit ganz anderen Rahmenbedingungen für den nachträglichen Rechtsschutz - in seiner Entscheidung vom 23.06.1981²⁶ an, dass § 13 Abs. 2 FEVG den gesamten nachträglichen Rechtsschutz für Freiheitsentziehungen aufgrund Bundesrechts erfasst. Dies betrifft insbesondere Anfechtungen von Freiheitsentziehungen aufgrund Bundesrechts; insoweit soll § 13 Abs. 2 FEVG auch andere landesrechtliche Regelungen verdrängen.

Uneindeutig und daher nicht ausreichend für eine Sonderzuweisung i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO ist diese Rechtswegverweisung allerdings für rein auf Landesrecht gestützte polizeiliche Freiheitsentziehungen, soweit das Landesrecht ohne weitere Ausführungen zum Rechtsweg auf das FEVG verweist²⁷. Sonderzuweisungen als Ausnahmefall in der Gerichtsorganisation sind grundsätzlich eng auszulegen²⁸.

Zudem wird von dieser Auffassung übersehen, dass § 13 Abs. 2 FEVG von „Widerspruch“ spricht und insoweit die Entscheidung dem Richter übertragen wird, der mit Wahrnehmung des Richtervorbehaltes die Exekutivkompetenz hat. Dies ist

im Gewahrsam sachgerecht, weil andernfalls verschiedene Rechtsbehelfe (richterliche Überprüfung auf Antrag der Polizei, Widerspruchsverfahren und ggf. § 80 Abs. 5 VwGO-Verfahren auf Antrag des Betroffenen) zu widersprüchlichen Ergebnissen führen könnten. Das dem Richter übertragene „Widerspruchsverfahren“ ist aber keine vollständige justizförmige Rechtmäßigkeitskontrolle, so dass eine eindeutige Rechtswegzuweisung auch für den Rechtsschutz nach Entlassung und Erledigung hieraus nicht abgeleitet werden kann.

Die Exekutivkompetenz des Richters endet mit der Freilassung, so dass für das nachträgliche Rechtsschutzverfahren durchaus eine andere sachliche Zuständigkeit bestehen kann. Zudem ist die Gefahr widersprechender Gerichtsentscheidungen nach Freilassung allenfalls dann gegeben, wenn der Richter über die anfängliche Zulässigkeit der Freiheitsentziehung mit entschieden hat. In diesem Fällen werden ggf. widersprechende Entscheidungen aber in aller Regel darauf beruhen, dass im nachträglichen Verfahren bessere und umfassendere Sachverhaltsaufklärung möglich ist und ein strengerer Kontrollmaßstab anzuwenden ist - auch im Verwaltungsprozess kann ein Eilverfahren andere Ergebnisse haben, als ein Hauptsacheverfahren.

Die überwiegende Gerichtspraxis geht - gegen die klaren Postulate des Bundesverfassungsgerichtes zu einem justizförmigen Verfahren mit allen verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensrechten - dahin, während der Freiheitsentziehung nur die Rechtmäßigkeitsprüfung vorzunehmen hinsichtlich der Fortdauer der Haft ab Richterbefassung und der Beurteilung „ex ante“ aus der Sicht der Eilzuständigkeit zur Gefahrenabwehr. Damit wird im Gewahrsam der vorangängige Bereich dem Rechtsschutz entzogen und nur ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab angewandt.

Nach Erledigung hingegen muss wegen des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs eine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle stattfinden.

Maßstab ist hier nicht mehr die ex-ante Sicht für die Vollziehbarkeit polizeilicher Eilanordnungen, sondern die ex-post Sicht der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle²⁹. Die nachträgliche Überprüfung polizeilicher Eingriffsakte ist immer eine echte Fortsetzungsfeststellungsklage mit uneingeschränkter Justiziabilität³⁰. Dies muss auch dann gelten, wenn der Richter als Exekutivrichter tätig geworden ist und nur eingeschränkte Rechtsschutzfunktionen ausgeübt hat³¹.

Ob § 13 Abs. 2 FEVG nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck die gesamte Rechtmäßigkeitskontrolle auch außerhalb der Wahrnehmung des Richtervorbehaltes den ordentlichen Gerichten zuweisen wollte, bleibt danach zweifelhaft, insbesondere in den Fällen, in denen die Polizei zu keiner Zeit die Richterentscheidung beantragt hatte.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes in der zitierten Entscheidung ist allerdings auch bei Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach § 13 Abs. 2 FEVG eine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle der Freiheitsentziehung von Anfang an vorzunehmen und - soweit das FGG keine passenden Verfahrensvorschriften enthält - auf die Prozessgesetze zurückzugreifen, „die vergleichbare Verfahren regeln“. Leider unterlässt das Bundesverwaltungsgericht Ausführungen dazu, ob dies die VwGO (wegen der verwaltungsrechtlichen Materie) oder die ZPO (wegen der Befassung der ordentlichen Gerichte) oder die StPO (wegen der ähnlichen Problematik) sein soll. Schon wegen dieser Unklarheiten bezüglich der anzuwendenden Verfahrensvorschriften ist die Rechtswegzuweisung an die ordentlichen Gerichte untauglich und sollte durch enge Auslegung der Verweisungsvorschriften den Verwaltungsgerichten verbleiben

bzw. ihnen ausdrücklich de lege lata einheitlich zugewiesen werden.

b) Sonderzuweisung im Landesrecht

Eine von § 40 VwGO abweichende Regelung ist in rein landesrechtlichen Gebieten wie dem Polizeirecht zulässig (§ 40 Abs. 1 S. 2 VwGO). Dies muss jedoch durch Landesgesetz erfolgen, eine Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte durch extensive Auslegung der Eilzuständigkeit der ordentlichen Gerichte auch für das nachträgliche Feststellungsverfahren ist nicht ausreichend, und eine extensive Auslegung der Verweisungskette vom Landespolizeirecht zum FEVG ebenfalls problematisch³², da der Landesgesetzgeber hier keine klare eigene Rechtswegzuweisung vorgenommen hat. Im Interesse des Rechtsschutzsuchenden und um den gesetzlichen Richter eindeutig zu bestimmen, müssen Zuweisungen an ein anderes Gericht eindeutig sein³³.

ba) Sonderzuweisung durch extensive Auslegung der Richtervorbehaltsregelungen und Verweisungsvorschriften?

Eine Sonderzuweisung enthalten alle Landesgesetze für den Richtervorbehalt im Gewahrsam, allerdings aus der Überlegung, dass im Eilfall bei den ordentlichen Gerichten ein Eilrichter verfügbar ist, weil dort Eil- und Notdienste ständig eingerichtet sind. Unstreitig ist daher in allen Fällen während der Freiheitsentziehung die Anrufung des Verwaltungsgerichtes ausgeschlossen³⁴.

Diese Sonderzuweisungen sind - da sie einen Ausnahmefall in der Gerichtsorganisation darstellen - nach richtiger Auffassung eng auszulegen³⁵.

Dagegen erfasst diese Sonderzuweisung nach anderer Auffassung auch die nachträgliche richterliche Überprüfung nach der Freilassung, wobei strittig ist, ob dies nur dann gelten soll, wenn bereits ein Richter über die Freiheitsentziehung entschieden hat³⁶, bereits ein Richter angerufen wurde³⁷ oder auch in allen anderen Fällen³⁸. Teilweise wird dies direkt aus dem Landesrecht³⁹, teilweise aus § 13 Abs. 2 FEVG mit den Verweisungsvorschriften im Landesrecht abgeleitet (dazu s. oben a).

Andere Gerichte leiten umgekehrt aus dem Wortlaut der landesrechtlichen Zuweisung an die Amtsgerichte die Beschränkung auf die Zeit ab, in der der Gewahrsam noch andauert⁴⁰.

Wegen der oben unter a) erläuterten unklaren Reichweite der Verweisung nach § 13 Abs. 2 FEVG kann einer extensiven Auslegung der Verweisungsvorschriften nicht gefolgt werden. Eine eindeutige Zuweisung an ein anderes Gericht durch Landesrecht i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO liegt damit nicht vor, so dass es im Zweifel bei der Rechtswegzuweisung an die Verwaltungsgerichte nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO verbleibt. Dies gilt nach ganz überwiegender Auffassung, wenn während der Freiheitsentziehung eine Richterentscheidung nicht herbeigeführt wurde⁴¹.

bb) Niedersachsen, Berlin, Bayern

§ 19 Abs. 2 NGefAG, § 31 Abs. 2, 3 BlnASOG und Art. 18 Abs. 2 BayPAG weisen die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit erledigter Freiheitsentziehungen den Amtsgerichten zu, wenn die Betroffenen vor Erlass einer gerichtlichen Entscheidung freigelassen wurden. Die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften werden als abschließende Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte ausgelegt⁴² und sind zur Verwirklichung des Grundrechtsschutzes auch dann anzuwenden, wenn der Richter

zunächst nur die Freilassung verfügt hatte, ohne über die anfängliche Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit des Eingriffs oder die Gewahrsamsdauer bis zur Richterentscheidung zu entscheiden⁴³.

Das nachträgliche Feststellungsverfahren findet nur auf Antrag der Betroffenen statt, die Polizei ist dagegen nicht antragsbefugt⁴⁴. Die ältere Rechtsprechung nahm an, dass dieser Antrag förmlich erst nach Freilassung gestellt werden könne⁴⁵, nunmehr ist geklärt, dass der Antrag in jeder Lage des Verfahrens⁴⁶ erfolgen kann.

Die Anforderungen an das Feststellungsinteresse ergeben sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, sind aber zudem in diesen Bundesländern unterschiedlich gesetzlich geregelt (dazu s. unten III.3).

bc) Verwaltungsrechtsweg in Hamburg und Baden-Württemberg

Der nachträgliche Rechtsschutz in Hamburg ist umgekehrt zwingend dem Verwaltungsgericht zugewiesen, § 13 a hmb SOG. Daneben bleibt die Beschwerde gegen eine während des Gewahrsams ergangene Richterentscheidung im ordentlichen Rechtsweg zulässig (und zwar auch durch die antragstellende Behörde⁴⁷).

In Baden-Württemberg ist „die Anfechtungsklage“ nur ausgeschlossen, wenn im Gewahrsam bereits eine Richterentscheidung ergangen ist; auf das FEVG wird hier nicht verwiesen, so dass es für alle nachträglichen Klagen im Übrigen beim Verwaltungsrechtsweg verbleibt⁴⁸. Nicht ausreichend für den Ausschluss des Verwaltungsrechtsweges ist, dass Antrag auf richterliche Entscheidung gestellt war, wenn keine Richterentscheidung ergangen ist. „Ergangen“ ist die Richterentscheidung erst mit Bekanntgabe (§ 16 Abs. 1 FGG)⁴⁹.

c) (Kein) Rechtsschutz nach Richterentscheidung im Gewahrsam?

Während früher in allen Fällen, in denen während der Freiheitsentziehung eine Richterentscheidung herbeigeführt wurde, angenommen wurde, dass nach Entlassung eine nachträgliche Überprüfung vor dem Verwaltungsgericht oder im Beschwerdeverfahren vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen sei, muss nunmehr nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes der Grundrechtseingriff auch nachträglich justiziabel sein.

Das nachträgliche Rechtsschutzverfahren bei wiedererlangter Freiheit findet nach überwiegender Auffassung ausschließlich vor den ordentlichen Gerichten im Beschwerdeverfahren statt, wenn im Gewahrsam eine richterliche Entscheidung herbeigeführt wurde⁵⁰.

Ist allerdings eine richterliche Entscheidung nicht ergangen, bleibt für die nachträgliche Überprüfung der Verwaltungsrechtsweg erhalten⁵¹.

Selbst wenn das Amtsgericht nicht umfassend über die anfängliche Zulässigkeit, Art und Weise sowie Dauer der Freiheitsentziehung entschieden hat, sondern nur die Freilassung verfügt hat, oder wenn es trotz Antrag der Polizei oder der Betroffenen an das Gericht vor der richterlichen Entscheidung zur Freilassung gekommen ist, bleibt nach dieser Meinung das Amtsgericht auch für die nachträgliche Entscheidung zuständig⁵². Die nachträgliche Überprüfung erfolgt dann im ordentlichen Rechtsweg nur im Beschwerdeverfahren (sofortige Beschwerde, sofortige weitere Beschwerde)⁵³.

Ungeklärt ist dabei, ob dies nur bei Vorliegen einer richterlichen Entscheidung⁵⁴ oder schon bei der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung/richterlicher

Befassung gelten soll und ob schon eine Pauschalentscheidung oder -befassung mit der Sache („alle Betroffenen sind sofort freizulassen“) ohne personenbezogenes richterliches Engagement und ohne individuelle Anhörung den Verwaltungsrechtsschutz ausschließen soll. Schließlich ist auch ungeklärt, ob und in welchem Umfang im nachträglichen Rechtsmittelverfahren vor den ordentlichen Gerichten die anfängliche Zulässigkeit der Freiheitsentziehung, die Dauer der Freiheitsentziehung vor und nach der richterlichen Entscheidung und die Behandlung während der Freiheitsentziehung sowie ggf. begleitende Maßnahmen (Durchsuchung, ED-Behandlung, Datenverarbeitung) mit überprüft werden können⁵⁵.

Die Begründung, es könne keinen Rechtsschutz gegen Richterentscheidungen geben, begegnet angesichts der Doppelfunktion der Richterentscheidung bei Ausübung des Richtervorbehaltes Bedenken⁵⁶. (dazu s. auch unten III. 1. g.)

d) Verbleibende Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweg

Nach der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte ist auch in Hessen, Bremen und Thüringen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet⁵⁷, sofern eine richterliche Entscheidung während des Gewahrsams nicht ergangen ist. Es bleibt abzuwarten, ob diese Gerichte ihre Auffassungen auch nach den neueren Entwicklungen in der Rechtsprechung (insbesondere zu § 13 Abs. 2 FEVG) aufrechterhalten.

In Nordrhein-Westfalen ist eine verbleibende Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte dann anzunehmen, wenn während des Gewahrsams kein Antrag auf richterliche Entscheidung beim Amtsgericht anhängig geworden ist⁵⁸, allerdings ist die Reichweite der Zuweisung nach § 36 NW PG strittig⁵⁹.

In Baden-Württemberg bleibt der Verwaltungsrechtsweg, wenn im Gewahrsam (oder ggf. nachträglich) vom Amtsgericht keine Entscheidung getroffen und bekannt gegeben wurde.

In Hamburg ist für die nachträgliche Entscheidung immer der Verwaltungsrechtsweg offen. Für Freiheitsentziehungen durch den BGS ist der Rechtsweg strittig⁶⁰.

Nach richtiger Auffassung bleibt der Verwaltungsrechtsweg immer dann zulässig, wenn das Amtsgericht nicht zwingend zur Entscheidung berufen ist⁶¹, also in allen Bundesländern außer Bayern, Berlin und Niedersachsen - jedenfalls dann, wenn eine richterliche Entscheidung im Gewahrsam nicht ergangen ist⁶² - und bei enger Auslegung des § 13 Abs. 2 FEVG auch für Maßnahmen des BGS.

Nach noch weitergehender Auffassung ist (außer in Baden-Württemberg) eine nachträgliche Entscheidung des Verwaltungsgerichtes auch dann möglich, wenn bereits ein Richter über „Zulässigkeit und Fortdauer“ der Freiheitsentziehung entschieden hat, denn dies umfasst - anders als die Fortsetzungsfeststellungsklage - nicht die Entscheidung über die objektive Rechtmäßigkeit des Grundrechtseingriffs von Anfang an⁶³. Zudem sind Richterentscheidungen im Rahmen des Richtervorbehaltes keine Akte der „Rechtsprechung“, sondern funktionell Verwaltungsakte⁶⁴.

Wird in Niedersachsen, Berlin oder Bayern trotz der Rechtswegzuweisung an die ordentlichen Gerichte aus grundsätzlichen Erwägungen oder wegen des Sachzusammenhangs mit versammlungsrechtlichen Fragen der Gang zum Verwaltungsgericht gewählt, sollte vorsorglich Verweisantrag nach § 17 a GVG gestellt und die Monatsfrist für die nachträgliche Anfechtung gewahrt werden.

e) Überprüfung strafprozessualer Maßnahmen

Geklärt ist durch das Bundesverfassungsgericht, dass Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nachträglich im sachnächsten Instanzenzug zu überprüfen sind⁶⁵, also bei Freiheitsentziehungen nach §§ 127, 128 und 163 b und 163 c StPO ohne richterliche Entscheidung im Verfahren nach § 98 Abs. 2 StPO - ggf. analog -⁶⁶ vor den ordentlichen Gerichten. Das Verfahren nach § 98 Abs. 2 StPO zum Amtsgericht verdrängt das Verfahren nach §§ 23 EGGVG zum Oberlandesgericht⁶⁷.

Dies betrifft insbesondere Freiheitsentziehungen und -beschränkungen ohne richterliche Entscheidung sowie die Art und Weise des Vollzugs⁶⁸.

Die Überprüfung präventiver ED-Maßnahmen nach § 81 b 2. Alt. StPO erfolgt dagegen im Verwaltungsrechtsweg⁶⁹.

Für die von Staatsanwaltschaft oder Polizei angeordneten ED-Maßnahmen gegen Beschuldigte zur Strafverfolgung nach § 81 b 1. Alt. StPO ist dagegen auch das Verfahren nach § 98 Abs. 2 StPO eröffnet⁷⁰.

In Gemengelage bestimmt sich der Rechtsweg und das Verfahren nach der Grundlage, die die Polizei selbst in Anspruch genommen hat⁷¹.

Bei Anordnung von Untersuchungshaft durch den Richter verbleibt nur das reguläre Haftprüfungsverfahren nach §§ 117 ff. StPO. Gegen alle richterlichen Entscheidungen im Ermittlungsverfahren ist die Beschwerdeverfahren nach § 304 StPO im ordentlichen Rechtsweg gegeben.

f) Annexkompetenz für Art und Weise des Vollzugs

Die jeweilige Rechtswegzuweisung umfasst aus dem Prinzip der Rechtsschutzkonzentration auch die Art und Weise des Vollzugs der Eingriffsmaßnahme⁷², so insbesondere die Anfechtung der Behandlung im Gewahrsam, Verstöße gegen Belehrungspflichten etc. Hier muss bei anderen als gravierenden Eingriffen in die persönliche Freiheit jeweils das Feststellungsinteresse gesondert begründet werden!

g) Beschwerde gegen Richterentscheidung

Rechtsmittel gegen eine Richterentscheidung während des Gewahrsams folgen der Rechtswegzuweisung an die ordentlichen Gerichte im FGG-Verfahren bzw. im StPO-Verfahren, je nach der angegebenen Begründung.

Die Anrufung der Verwaltungsgerichte gegen eine Richterentscheidung im Gewahrsam wird überwiegend abgelehnt mit der Begründung, es könne keinen „Rechtsschutz gegen Richterentscheidungen“ geben. Uneingeschränkt kann dies aber nur dort gelten, wo der Richter in einem justizförmigen Verfahren funktionell Rechtsprechung ausübt. Bei der Wahrnehmung des Richtervorbehaltes dagegen übt der Amtsrichter überwiegend exekutive Funktionen aus, er soll die möglichst richtige und grundrechtstreue Rechtsanwendung sicherstellen⁷³. Folgt man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, ist allerdings auch bei Ausübung der Exekutiventscheidung des Richters im Gewahrsam ein strenger Maßstab anzulegen, der ein justizförmiges Verfahren mit allen verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien gewährleistet.

Im Bereich der Abschiebehaft wurden Ausländerbehörden von Verwaltungsgerichten trotz amtsgerichtlicher Haftanordnung verpflichtet, den Haftantrag zurückzunehmen⁷⁴.

h) Verweisung von Amts wegen (§ 17a GVG)

Wegen der Unklarheiten bei der Rechtswegregelung sollte vorsorglich Verweisantrag gestellt werden, insbesondere auch dann, wenn verschiedene polizeiliche Eingriffsmaßnahmen in einem Verfahren gerügt werden. Wegen der Regelung in § 17 a GVG sind die Gerichte allerdings von Amts wegen verpflichtet, ggf. die Verweisung vorzunehmen. Die Einlegung beim „falschen“ Gericht wirkt fristwährend (§ 17 b Abs. 1 S. 2 GVG).

2. Fortsetzungsfeststellungsantrag in allen Verfahrensarten

Sowohl im Verwaltungsgerichtsverfahren als auch im FGG/FEVG- und StPO-Verfahren erfolgt der nachträgliche Rechtsschutz in „echten“ Fortsetzungsfeststellungsverfahren⁷⁵. Davon sind manche Amtsrichter nur schwer zu überzeugen. §113 Abs. 1 S. 4 VwGO ist als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens analog anzuwenden, wenn die maßgebliche Verfahrensordnung keine entsprechende gleichwertige Regelung vorsieht⁷⁶.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Instanzgerichte eindeutig verpflichtet, die Grundrechtsverwirklichung im sachnächsten Instanzenzug sicherzustellen und mehrfach (für polizeiliche und strafprozessuale Eingriffe in die Freiheit und Unverletzlichkeit der Wohnung ebenso wie für Abschiebehaft) festgestellt, dass alle freiheitsentziehenden Maßnahmen als Eingriffe in die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 und 104 GG immer vollständig justiziabel sein müssen, schon im Instanzenzug und nicht erst im Verfassungsbeschwerdeverfahren⁷⁷. Die Instanzgerichte sind wegen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auch nach Erledigung zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung verpflichtet, selbst wenn die einschlägige Verfahrensordnung ein solches (Fortsetzungs-)Feststellungsverfahren nicht kennt, soweit von Verfassungs wegen ein Rechtsschutzinteresse des Betroffenen fortbesteht⁷⁸.

Im Bereich der Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren ist dies inzwischen höchstrichterlich geklärt⁷⁹; im FGG-Verfahren wird dies noch gelegentlich bestritten⁸⁰.

Aus der Aufgabe des Richters, staatlichen Eingriff in geschützte Grundrechte zu überprüfen, folgt die Pflicht zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung unter Gewährung rechtlichen Gehörs, ggf. mit Durchführung einer vollständigen Beweisaufnahme. In einem lediglich schriftlichen oder summarischen Verfahren kann eine vollständige Überprüfung des gerügten Grundrechtseingriffes nicht erfolgen. Gibt die einschlägige Verfahrensordnung hierfür keine Regeln vor, so müssen diese entweder von den Obergerichten entwickelt werden oder die Lücken durch Rückgriff auf die Regelung in § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO und ggf. weitere Vorschriften der VwGO in analoger Anwendung geschlossen werden⁸¹.

3. Zulässigkeitsvoraussetzung: Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Bei erledigten staatlichen Eingriffsakten setzt die Zulässigkeit der Klage/des Antrages ein spezielles Fortsetzungsfeststellungsinteresse voraus.

Das spezielle Feststellungsinteresse für die Klage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO liegt immer vor bei Wiederholungsgefahr oder Rehabilitationsinteresse, speziell bei nachwirkenden schweren Grundrechtseingriffen.

Für die Überprüfung staatlicher Eingriffsakte im FGG- oder StPO-Verfahren verlangt das Bundesverfassungsgericht ein vergleichbares Fortsetzungsfeststellungsinteresse:

„Mit dem Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, ist es zwar grundsätzlich vereinbar, wenn die Gerichte ein Rechtsschutzinteresse nur solange als gegeben ansehen, als ein gerichtliches Verfahren dazu dienen kann, eine gegenwärtige Beschwerde auszuräumen, einer Wiederholungsgefahr zu begegnen oder eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff zu beseitigen. Darüber hinaus ist ein Rechtsschutzinteresse aber auch in Fällen tiefgreifender Grundrechtseingriffe gegeben, in denen die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann. Effektiver Grundrechtsschutz gebietet es in diesen Fällen, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, die Berechtigung des schwerwiegenden - wenn auch tatsächlich nicht mehr fortwirkenden - Grundrechtseingriffs gerichtlich klären zu lassen.... Tiefgreifende Grundrechtseingriffe kommen vor allem bei Anordnungen in Betracht, die das Grundgesetz - wie in den Fällen des Art. 13 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 2 und 3 - vorbeugend dem Richter vorbehalten hat.

Zu der genannten Fallgruppe gehört auch die Freiheitsentziehung nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW ... Freiheitsentziehungen zur Durchsetzung eines Platzverweises können ihrer Natur nach nur ganz kurzfristig sein. Solche Freiheitsentziehungen stellen auch einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff dar.“⁶²

In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht stets betont, dass Eingriffe in die persönliche Freiheit wegen des hohen Ranges des Grundrechts - welches sich aus dem Richtervorbehalt ergibt - immer einen solchen tiefgreifenden Grundrechtseingriff darstellen⁶³. Bei Freiheitsverlust durch Inhaftierung ist das nachträgliche Feststellungsinteresse immer indiziert⁶⁴.

Dieses Rechtsschutzinteresse besteht auch bei Erledigung der Hauptsache durch Entlassung fort⁶⁵. Unerheblich ist dabei, ob eine richterliche Anordnung herbeigeführt wurde oder nicht⁶⁶, die Darlegung einer Wiederholungsgefahr ist nicht erforderlich⁶⁷. Jeder nicht lediglich unerhebliche Eingriff in die persönliche Freiheit, also jedes längere Festhalten und jedes Verbringen an einen anderen Ort, ist damit justizabel⁶⁸, vor allem wenn die Richterentscheidung nicht unverzüglich herbeigeführt wurde⁶⁹.

Diese Rechtsprechung geht über die zunächst als fortschrittlich bezeichnete gesetzliche Regelung in Niedersachsen hinaus, nach der bei Freiheitsentziehungen über 8 Stunden Dauer das Feststellungsinteresse stets gesetzlich indiziert ist (§ 19 Abs. 2 NGefAG). Dies hat zur Folge, dass vorsorglich in Niedersachsen bei der Anfechtung von Freiheitsentziehungen mit einer Dauer unter 8 Stunden zum Feststellungsinteresse auf vorbezeichnete Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes verwiesen werden sollte. Auch das OLG Celle⁷⁰ hat inzwischen klargestellt, dass das Feststellungsinteresse bei Freiheitsbeschränkungen immer gegeben ist unabhängig von der Dauer des

Freiheitsverlustes und unabhängig davon, ob im Gewahrsam eine Richterentscheidung herbeigeführt wurde.

Werden nur (oder auch) weitere Eingriffsmaßnahmen oder die Art und Weise des Vollzugs gerügt (z.B. menschenunwürdige Behandlung, Verstoß gegen Vorschriften zur Behandlung im Gewahrsam), sollte das Feststellungsinteresse insoweit detaillierter begründet werden. Es muss dargelegt werden, dass es sich auch hier um tiefgreifende Grundrechtseingriffe handelt⁹¹ oder dass aus anderen Gründen - etwa wegen der nachwirkenden Diskriminierung - ein Rehabilitationsinteresse besteht⁹².

4. Verfahren zur Überprüfung erledigter Freiheitsentziehung im FGG-/FEVG Verfahren

a) gemeinsame Verfahrensvorschriften

Die örtliche Zuständigkeit ist - je nach landesrechtlicher Regelung - das Amtsgericht des Festhalteortes oder des Ergreifungsortes. Kommen nach § 4 FEVG mehrere Gerichtsstände in Betracht, ist das zuerst mit der Sache befasste Gericht auch für die nachträgliche Feststellung vorrangig zuständig. Im Zweifel ist nach § 5 FGG das örtlich zuständige Gericht vom Landgericht zu bestimmen.

Das Amtsermittlungsprinzip (§ 12 FGG) und die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu den Richterpflichten bei Ausübung des Richtervorbehaltes sind auch hier zu beachten (s. dazu oben II. 3. und 8 b).

Die persönliche Anhörung ist nach Art. 103 GG aus den gleichen Gründen wie im Gewahrsam zwingend (s. dazu oben II. 5.), insbesondere immer dann, wenn sie im Gewahrsam noch nicht erfolgt ist oder bei neuem Tatsachenvortrag.

Die persönliche Anhörung der Betroffenen zu allen maßgeblichen Umständen durch den Richter ist auch nachträglich immer dann erforderlich, wenn die Anhörung durch das Amtsgericht im Gewahrsam unterblieben ist oder fehlerhaft war⁹³; dies gilt auch im Beschwerdeverfahren⁹⁴. Auf Tatsachen, die dem Betroffenen nicht mitgeteilt worden sind, darf die richterliche Entscheidung nicht gestützt werden, wenn sie in seine Rechte eingreift und er dazu nicht angehört worden ist⁹⁵. Die Verhandlungen im FGG-Verfahren sind nicht öffentlich (§§ 8 FGG, 169 ff. GVG)⁹⁶. Dies wird aus dem Fehlen ausdrücklicher Vorschriften über die Öffentlichkeit und aus dem „rechtsfürsorgenden“ Charakter des FGG-Verfahrens hergeleitet. Für die nachträgliche Feststellungsklage ist diese Auffassung nicht zwingend, da § 169 GVG von dem „erkennenden Gericht“ spricht und auch nach der ggf. analog anzuwendenden Verwaltungsgerichtsordnung die Verhandlungen öffentlich sind (§§ 55 VwGO, 169 GVG). Die Öffentlichkeit soll die Objektivität der Verfahren wahren und ist als „Leitgedanke der Prozessgesetze“ auch in Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK verankert⁹⁷.

Gerichtskosten richten sich nach § 14 FEVG: für anordnende und bestätigende Entscheidungen erhebt das Gericht vom Betroffenen eine Gebühr in Höhe von 18 Euro, die in besonderen Fällen auf 10 Euro ermäßigt oder bis zu 130 Euro erhöht werden kann (§ 14 Abs. 2 FEVG). Ist das FEVG nicht anwendbar, richten sich die Gebühren nach §§ 30, 32, 129 ff KO (Regelwert € 3.000, § 30 Abs. 2, 3 KO). Kosten unrichtiger Sachbehandlung werden nicht erhoben (§ 16 KostO).

Die Anwaltsgebühren richten sich nach § 112 BRAGO.

Im FGG-Verfahren gilt der allgemeine Grundsatz, dass jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst trägt. Notwendige Auslagen des Betroffenen sind der Behörde aufzuerlegen, wenn ein „begründeter Anlass“ für die Maßnahme nicht vorgelegen hat, § 16 FEVG. § 13 a FGG (Kostenerstattung nach Billigkeit und bei Obsiegen) ist nur dort anwendbar, wo das FEVG nicht gilt.

Im Beschwerdeverfahren wird nach § 14 Abs. 3 FEVG bei Verwerfung oder Zurückweisung ebenfalls eine (nicht variable) Gebühr von 18 Euro erhoben, bei Zurücknahme 10 Euro. Gilt das FEVG nicht, wird die Hälfte der vollen Gebühr, also 21 Euro erhoben, wenn die Beschwerde verworfen oder zurückgewiesen wird (§§ 131 Abs. 1, 30 KO). Im Übrigen ist das Beschwerdeverfahren gebührenfrei.

b) Antrag auf nachträgliche Überprüfung durch Sonderregelung in Niedersachsen, Bayern und Berlin

In Niedersachsen, Bayern und Berlin ist das nachträgliche Feststellungsverfahren im ordentlichen Rechtsweg gesetzlich verankert in § 19 Abs. 2 NGefAG, Art. 18 Abs. 2 BayPAG, § 31 Abs. 2, 3 BlnASOG.

§ 19 Abs. 2 NGefAG lautet:

„Ist die Freiheitsbeschränkung vor Erlass einer gerichtlichen Entscheidung beendet, so kann die festgehaltene Person, bei deren Minderjährigkeit auch ihr gesetzlicher Vertreter, innerhalb eines Monats nach Beendigung der Freiheitsbeschränkung beantragen, dass die Freiheitsbeschränkung rechtswidrig gewesen ist, wenn diese länger als 8 Stunden gedauert hat oder für die Feststellung ein sonstiges berechtigtes Interesse besteht...“

In Berlin und Bayern fehlt die 8-Stunden-Regelung zum Feststellungsinteresse.

Nach der Rechtsprechung⁹⁸ handelt es sich um eine ausschließliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit für alle Überprüfungen präventivpolizeilicher Freiheitsentziehungen nach Freilassung. Danach soll die Anrufung des Verwaltungsgerichtes nach §§ 40, 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ausgeschlossen sein⁹⁹.

ba) Verfahren, Form, Fristen

Der Antrag auf nachträgliche Feststellung muss zu Protokoll des Gerichtes (nicht: der Polizeibeamten in der Gefangenenansammelstelle!) oder schriftlich (s. Muster im Anhang) gestellt werden (vgl. § 19 Abs. 2 NGefAG, Art. 18 Abs. 2 S. 2 BayPAG, § 21 Abs. 2 FGG)¹⁰⁰, und zwar innerhalb eines Monats nach Freilassung. Die Monatsfrist soll auch gelten, wenn die nach § 20 NGefAG vorgeschriebene Rechtsmittelbelehrung unterblieben ist¹⁰¹ - eine wenig rechtsstaatliche Auffassung, die dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 58 VwGO widerspricht. Wird die Monatsfrist wegen Verletzung der Rechtsmittelbelehrungspflicht¹⁰² versäumt, sollte unmittelbar zugleich mit dem nachträglichen Feststellungsantrag vorsorglich ein Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt werden.

Örtlich zuständig ist nach § 19 Abs. 3 NGefAG während der Freiheitsentziehung das Gericht des Festhalteortes, bei der nachträglichen Feststellung das des Ergreifungsortes. Problematisch ist die örtliche Zuständigkeit, wenn der Ergreifungsort in einem anderen Gerichtsbezirk liegt, als der Vollzugsort (GeSA), insbesondere wenn vor allem

die Missachtung des Richtervorbehaltes oder die Art und Weise des Vollzuges gerügt werden.

War der Richter am Vollzugsort bereits mit der Sache befasst, kann auf die analoge Anwendung des § 4 Abs. 2 FEVG verwiesen werden: danach bleibt das zuerst mit der Sache befasste Gericht zuständig.

Das nachträgliche Verfahren zur Überprüfung der anfänglichen Zulässigkeit der Freiheitsentziehung richtet sich nach Auffassung des OLG Celle immer nach § 19 Abs. 2 NGefAG, und selbst dann nicht nach § 19 Abs. 1 NGefAG, wenn bereits im Gewahrsam entsprechende Anträge gestellt, aber vom Richter nicht entschieden wurden¹⁰³.

Als praktische Auswirkung dieser Auffassung muss im Verfahren der sofortigen Beschwerde nach Freilassung immer § 19 Abs. 2 NGefAG angewendet und vorsorglich die Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde beantragt werden. Unklar ist, ob der Antrag ausdrücklich auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umgestellt werden muss; allerdings ist die Monatsfrist nunmehr auch dann eingehalten, wenn die Überprüfung der anfänglichen Zuständigkeit bereits im Gewahrsam beantragt wurde¹⁰⁴.

bb) Rechtsmittel

Der Instanzenzug ist in § 19 Abs. 2 NGefAG, Art. 18 Abs. 2 BayPAG und § 31 Abs. 3 Bln ASOG auch besonders ausgestaltet:

Gegen die Entscheidung des Amtsgerichtes kann sofortige Beschwerde zum Landgericht binnen 2 Wochen erhoben werden, die sofortige weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht setzt in Niedersachsen die Beschwerdezulassung schon in der Entscheidung des Landgerichts selbst¹⁰⁵ wegen grundsätzlicher Bedeutung voraus. In Berlin kann der Zulassungsantrag nachträglich gestellt werden¹⁰⁶.

In Niedersachsen gibt es wegen der unterschiedlichen Auffassungen des LG Lüneburg und des OLG Celle speziell beim Zulassungserfordernis für die sofortige weitere Beschwerde immer Probleme:

Das OLG Celle ist der Auffassung, mit Entlassung sei das Verfahren nach § 19 Abs. 1 NGefAG erledigt. Ab Entlassung komme nur noch das Verfahren nach § 19 Abs. 2 NGefAG in Betracht¹⁰⁷. Dieser Antrag kann nach neuerer Rechtsprechung allerdings „in jeder Lage des Verfahrens“, also auch schon im Gewahrsam gestellt werden. Dies würde bedeuten, dass bei unvollständiger Richterentscheidung im Gewahrsam und Antrag auf Feststellung der anfänglichen Rechtswidrigkeit - entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichte zur Zulässigkeit der im Instanzenzug vorgesehenen Rechtsmittel trotz prozessualer Überholung die sofortige weitere Beschwerde stets zulassungspflichtig wäre¹⁰⁸.

Demgegenüber geht das LG Lüneburg davon aus, dass sich bei Beschwerdeverfahren gegen unvollständige Richterentscheidungen das Verfahren nach § 19 Abs. 1 NGefAG und den Rechtsmittelvorschriften des FGG richtet, so dass es keine Entscheidung über die Zulassung der weiteren Beschwerde trifft.

In Bayern und Niedersachsen ist bei einer fehlenden Entscheidung des Landgerichtes über die Beschwerdezulassung die Zulassung der weiteren sofortigen Beschwerde endgültig verneint¹⁰⁹. In Berlin kann der Antrag auf Zulassung nachgeholt werden.

Insgesamt ist die Konkurrenz des nachträglichen Verfahrens nach § 19 Abs. 2

NGefAG zum regulären Beschwerdeverfahren bei einer unvollständigen Richterentscheidung im Verfahren nach § 19 Abs. 1 NGefAG nicht abschließend geklärt (s. dazu oben II. 9.c).

Das BayObLG¹¹⁰ hält bei einer Bestätigung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung durch den Richter bei gleichzeitiger Freilassungsverfügung die sofortige Beschwerde für zulässig, nimmt aber gleichwohl an, die weitere sofortige Beschwerde sei auch in diesem Fall nach Art. 18 Abs. 2 BayPAG zulassungspflichtig¹¹¹.

c) Antrag auf nachträgliche Überprüfung der anfänglichen Zulässigkeit im FGG/FEVG-Verfahren (ohne vorangegangene Richterentscheidung)

Nachträgliche Anträge auf Feststellung der Rechtswidrigkeit erledigter polizeilicher Eingriffe ohne vorherige Richterentscheidung nach § 13 Abs. 2 FEVG unterliegen keinen Anforderungen an Form und Frist¹¹².

Daher ist auch nach Entlassung eine förmliche Umstellung auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag nicht erforderlich, insbesondere wenn sich das Begehren der Rechtmäßigkeitsprüfung von Anfang an konkludent aus dem Vortrag des Antragstellers ergibt¹¹³. Dies gilt auch dann, wenn die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in erweiternder Auslegung der Zuständigkeiten für den Richtervorbehalt angenommen wird, weil in den entsprechenden Bundesländern immer auf das FEVG verwiesen wird.

Würde im Gewahrsam die Richterentscheidung bereits herbeigeführt, ohne dass vor Entlassung ein richterlicher Beschluss ergangen ist, muss der Amtsrichter in konsequenter Fortsetzung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes die ihm obliegende Entscheidung im Rahmen des Richtervorbehaltes nachholen. Üblicherweise geschieht dies nicht. Ein entsprechender Antrag kann nach der hier vertretenen Auffassung jederzeit gestellt werden. Dies ergibt sich auch aus § 13 Abs. 2 FEVG, der ja zur Begründung des ordentlichen Rechtswegs statt des Verwaltungsrechtsweges gerne angeführt wird.

Möglich ist auch, die Fälle der richterlichen Befassung ohne richterliche Entscheidung zu behandeln wie die Freiheitsentziehungen, in denen eine Richterentscheidung nicht ergangen ist.

Dann bleibt das nachträgliche Feststellungsverfahren wie oben dargestellt nach den Sonderregelungen in Berlin, Bayern und Berlin, nach § 13 Abs. 2 FEVG oder nach § 113 Abs.1 VwGO.

d) Beschwerdeverfahren nach FGG/FEVG nach Herbeiführung der Richterentscheidung

Gegen jede Richterentscheidung im Gewahrsam, insbesondere gegen bestätigende oder - hinsichtlich der anfänglichen Zulässigkeit der Freiheitsentziehung - unvollständige Entscheidungen des Amtsgerichtes im Gewahrsam kann auch nach Entlassung sofortige Beschwerde (§§ 7, 13 FEVG, 22 Abs. 1 FGG) eingelegt werden.

Die im Instanzenzug vorgesehenen Rechtsmittel bleiben trotz Entlassung stets zulässig¹¹⁴ entgegen der früher von den Gerichten vertretenen Auffassung, nach freilassender Entscheidung gebe es keinerlei nachträglichen Rechtsschutz. Das Grundrecht auf Effektivität des Rechtsschutzes verbietet es, ein von der jeweiligen Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel ineffektiv zu machen und „leerlaufen“ zu lassen¹¹⁵.

Das Beschwerderecht in der Sache steht nur den Betroffenen zu, die Behörde kann lediglich die Verweigerung der Entscheidung rügen¹¹⁶.

Allerdings steht in Hamburg und Baden-Württemberg nach der ausdrücklichen Regelung in § 13 a Abs. 2 S. 2 hmbSOG¹¹⁷ und § 28 Abs. 4 BW PolG dort auch der antragstellenden Behörde ein Beschwerderecht zu bei ablehnender und freilassender Entscheidung des Richters.

Nach abweichender Auffassung des KG Berlin¹¹⁸ steht der Polizeibehörde jedenfalls dann eine Beschwerdebefugnis zu, wenn der Betroffene zuvor einen die Rechtswidrigkeit feststellenden Beschluss des Amtsgerichts erwirkt hat. Denn die Polizeibehörde soll ein berechtigtes Interesse - auch im Interesse der festzuhaltenden Person - daran haben, durch die Rechtsprechung grundlegende Richtlinien zu den Kriterien zu erhalten, die Freiheitsentziehungen nach dem Polizeirecht erlauben oder verbieten¹¹⁹.

Die sofortige Beschwerde ist binnen zwei Wochen schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des Amtsgerichtes oder Landgerichtes einzureichen (§§ 21, 22 Abs. 1 FGG).

Die Beschwerde ist eine volle zweite Tatsacheninstanz, die sofortige Beschwerde kann auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden (§§ 23 FGG, 3 FEVG).

Zur Konkurrenz mit dem nachträglichen Feststellungsverfahren und den damit verbunden Fristenproblemen s. oben II. 9. b) und c).

Ist der Richterbeschluss unvollständig - indem z.B. nur die Freilassung verfügt, aber nicht über die anfängliche Zulässigkeit der Freiheitsentziehung entschieden wurde, besteht neben der Beschwerdemöglichkeit auch die Möglichkeit, die Ergänzung des Beschlusses zu beantragen. Allerdings ist wegen des Fristenlaufs die sofortige Beschwerde, ggf. mit Hilfsantrag auf Zurückverweisung zwecks Ergänzung der Richterentscheidung bzw. verbunden mit dem nachträglichen Feststellungsantrag¹²⁰, zu empfehlen (s. hierzu auch oben II. 9 c).

5. Nachträgliche Feststellung im StPO-Verfahren

Auch bei Freiheitsentziehungen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen gilt, dass Rechtsbehelfe oder -mittel nicht mit Freilassung wegen Erledigung unzulässig werden. Das Rechtsschutzinteresse ist bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen trotz sog. prozessualer Überholung gegeben¹²¹, eine vorläufige Festnahme ist immer ein solcher schwerwiegender Grundrechtseingriff¹²².

Ist eine Richterentscheidung im Rahmen des Richtervorbehaltes unterblieben, kann nachträglich Antrag auf richterliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO - ggf. analog angewendet - gestellt werden¹²³. Das Verfahren nach §§ 98 Abs. 2 StPO schließt die Anwendung der §§ 23 EGGVG (Rechtsweg zum Oberlandesgericht bei sog. Justizverwaltungsakten) aus¹²⁴.

§ 98 Abs.2 S. 2 StPO ermöglicht die Anrufung des (Ermittlungs-)Richters in allen Angelegenheiten, in denen die primäre Eingriffskompetenz beim Richter liegt, während die Polizei nur bei Gefahr im Verzug ohne Richterentscheidung tätig werden darf. Dies betrifft also insbesondere die Angelegenheiten, die unter Richtervorbehalt stehen, wie die Wohnungsdurchsuchung und die Freiheitsentziehung § 98 Abs. 2 S. 2 StPO ist direkt anwendbar, während der Eingriff noch andauert, und analog nach

Beendigung der Eingriffsmaßnahme. Der Anwendungsbereich umfasst daher Freiheitsentziehungen nach §§ 127 Abs. 2, 81 b, 163 b, c und 164 StPO¹²⁵.

Betroffene können „jederzeit“ ohne Einhaltung einer Frist oder bestimmten Form den Antrag stellen (§ 98 Abs. 2 S. 2 StPO) und zwar bei dem Gericht, in dem die Freiheitsentziehung erfolgt ist, oder bei dem das Ermittlungsverfahren geführt wird (§ 98 Abs. 2 S. 3 bis 5 StPO - s. Muster im Anhang).

Das Gericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden, muss aber zu allen maßgeblichen Umständen rechtliches Gehör gewähren und die persönliche Anhörung - ggf. in der Beschwerdeinstanz - nachholen, wenn sie im Gewahrsam nicht erfolgt ist. Dies folgt unmittelbar aus Art. 103 und 104 GG.

Im Verfahren nach § 98 Abs. 2 StPO ist die Staatsanwaltschaft zu beteiligen¹²⁶.

Richterliche Entscheidungen über Freiheitsbeschränkungen im Ermittlungsverfahren können (nur) mit der Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO angefochten werden, soweit nicht die Sonderregelungen des Haftrechtes (§§ 115 ff. StPO) einschlägig sind.

Die Beschwerde ist schriftlich oder zu Protokoll bei dem Gericht einzulegen, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat (§ 306 Abs. 1 StPO). Das Gericht kann seine Entscheidung abändern oder die Sache sofort (spätestens innerhalb von 3 Tagen) dem Beschwerdegericht vorlegen (§ 306 Abs. 2 StPO). Das Beschwerdegericht entscheidet - nach Gewährung rechtlichen Gehörs - ohne mündliche Verhandlung (§ 309 StPO). Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichtes ist die weitere Beschwerde nach § 310 StPO zulässig.

Auch gegen die nachträgliche Entscheidung des Richters nach § 98 Abs. 2 StPO ist die Beschwerde nach § 304 StPO gegeben (§ 306 Abs. 3 StPO) und ggf. die weitere Beschwerde nach § 310 StPO.

§ 146 StPO (Verbot der Mehrfachverteidigung) gilt nicht im nachträglichen Feststellungsverfahren, da es sich um Fortsetzungsfeststellungsklagen handelt, die lediglich wegen des Sachzusammenhanges dem Strafrichter zugewiesen sind, die aber nicht den Tatvorwurf gegen den Beschuldigten im strafprozessualen Erkenntnisverfahren betreffen¹²⁷. Funktional sind Rechtsanwälte in dem Feststellungsverfahren „Prozessbevollmächtigte“ und nicht „Verteidiger“. Ohnehin gilt § 146 StPO nicht, wenn ein Ermittlungsverfahren nicht eingeleitet wurde oder bereits eingestellt worden ist. Da Interessenkollisionen verschiedener Betroffener im Feststellungsverfahren, dass die Rechtmäßigkeit erledigter Freiheitsentziehungen zur Folge hat, ebenfalls nicht zu befürchten sind, ist § 146 StPO auch nach seinem Sinn und Zweck nicht anwendbar.

Die Kosten des Verfahrens nach §§ 98 Abs. 2, 304 StPO folgen der Regelung in § 473 StPO: die Kosten erfolgloser Verfahren trägt der Betroffene, Kosten und notwendige Auslagen des Betroffenen trägt bei dessen Obsiegen die Staatskasse.

6. Fortsetzungsfeststellungsklage § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO

Ist der Verwaltungsrechtsweg nach den Ausführungen oben unter III. 1. gegeben, ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (analog) zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung und ggf. weiterer Eingriffe die statthafte Klageart.

Bei vor Klagerhebung bzw. vor Ablauf der Widerspruchsfrist erledigten Maßnahmen

ist ein Vorverfahren nicht erforderlich¹²⁸. Gleichwohl kann die Behörde vor Klagerhebung zur Feststellung aufgefordert werden, die Rechtswidrigkeit der erledigten Maßnahme anzuerkennen.

Da dementsprechend bei erledigten Eingriffsmaßnahmen keine Widerspruchsfrist läuft, läuft auch weder die Monatsfrist zur Klagerhebung noch die Jahresfrist nach § 58 VwGO. Die Jahrsfrist des § 58 VwGO als Ausschlussfrist sollte jedoch stets eingehalten werden, um den Verwirkungseinwand oder Zweifel am Rechtsschutzbedürfnis zu vermeiden.

Bestehen jedoch - wie z.B. in Berlin, Bayern, Niedersachsen - Zweifel über die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges, so ist vorsorglich für die Klage vor dem Verwaltungsgericht im Hinblick auf eine eventuelle Verweisung nach § 17 a GVG die Monatsfrist für die nachträgliche Feststellung einzuhalten. (Ergibt sich der ordentliche Rechtsweg nur aus § 13 Abs. 2 FEVG, gilt keine Frist!)

Die Antragsformulierung ist sorgfältig zu prüfen. Steht fest, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Freiheitsentziehung nicht vorgelegen haben, lautet der Antrag „...festzustellen, dass die Freiheitsentziehung (Ort, Datum) von Anfang an rechtswidrig war“. Ist die vorhergehende Versammlungsauflösung oder der Ausschluss aus der Versammlung unterblieben, sind alle nachfolgenden Eingriffsmaßnahmen von Anfang an rechtswidrig²⁹.

Lagen die Voraussetzungen der Freiheitsentziehung ursprünglich vor, wurde aber der Richtervorbehalt missachtet, so ist zu entscheiden, ob man sich der Rechtsauffassung anschließt, dass die Freiheitsentziehung damit von Anfang an rechtswidrig war (dann bleibt es bei dem vorgenannten Antrag) oder ob die Freiheitsentziehung erst von dem Zeitpunkt an angefochten werden soll, an dem eine richterliche Entscheidung bei pflichtgemäßem Handeln hätte herbeigeführt werden können (dies ist insbesondere bei Festnahmen mitten in der Nacht außerhalb der erforderlichen Notdienstzeiten zu prüfen). Es reicht auch der Antrag „Festzustellen, dass die Freiheitsentziehung am ... rechtswidrig war“.

7. Auswahl des Rechtswegs und Rechtsbehelfs für nachträgliche Überprüfung

Im Hinblick auf die unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen und die Vielzahl der von den Obergerichten vertretenen Auffassungen hängt der Rechtsweg von der Örtlichkeit ab (s.o. III 1). Die Tendenz, den nachträglichen Rechtsschutz in vollem Umfang den Amtsgerichten zu überlassen, entspricht nicht der Systematik der Verfahrensordnungen, nach denen grundsätzlich staatliche Eingriffsakte außerhalb des Strafverfahrens von den Verwaltungsgerichten zu überprüfen sind. Die Zuweisung an die Amtsgerichte ist nach unseren Erfahrungen mit einer Einschränkung des Prüfungsumfangs verbunden.

a) Vorzüge des Verwaltungsrechtsweges

In jedem Fall ist die Fortsetzungsfeststellungsklage zum Verwaltungsgericht der Rechtsbehelf, der für die nachträgliche Überprüfung polizeilicher Maßnahmen vorzuziehen ist:

Im Kontext können hier (unterbliebene) Versammlungsaufösungen, vorangehende Platzverweise oder Aufenthaltsverbote und andere präventiv-polizeiliche Eingriffsmaßnahmen (Datenerhebung, Datenspeicherung, Durchsuchung, Zwangsmittel, Fesselung..) mit überprüft werden von den Gerichten, die der polizeilichen Eingriffsverwaltung und der spezifisch polizeirechtlichen Materie am sachnächsten sind. Auch die Frage, ob Polizeikessel sowie mehrstündiges Festhalten zur Identitätsfeststellung „nur“ Freiheitsbeschränkung oder schon Freiheitsentziehung sind, entscheidet nicht schon über die Zulässigkeit der nachträglichen Feststellung (wie dies bei der nachträglichen Überprüfung im ordentlichen Rechtsweg befürchtet werden muss), sondern ist von den Verwaltungsgerichten anhand der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage im Polizeigesetz in jedem Fall zu überprüfen. Die Rechtsmittelfristen sind bekannt und daher einzuhalten (ein Jahr ohne Rechtsmittelbelehrung oder bei erledigten Eingriffen, für die die Behörde keine Widerspruchsverfahren mehr durchführt, § 58 VwGO), statt der (insbesondere bei Massengeschehen) sehr kurzen Zwei-Wochen-Fristen für die Rechtsmittel im FGG-/FEVG-Verfahren und ggf. der Monatsfrist für die nachträgliche Feststellung nach § 19 Abs. 2 NGefAG und vergleichbaren Vorschriften.

Auch die Sachverhaltsaufklärung ist vor den Verwaltungsgerichten zuverlässiger zu erwarten. Zwar gilt auch vor den ordentlichen Gerichten im FGG/FEVG-Verfahren der Amtsermittlungsgrundsatz, jedoch zeigt die Erfahrung, dass in den seltensten Fällen bei nachträglicher Überprüfung von Freiheitsentziehungen die Anhörung der Betroffenen, der eingesetzten Polizeibeamten und die Beiziehung wesentlicher Polizeiakten (Funkprotokolle, Einsatzberichte, Videoaufnahmen der Festnahmen und der vorangegangenen Ereignisse) und ggf. Zeugenvernehmungen durchgeführt werden in der Weise, wie es beim Verwaltungsgericht - jedenfalls auf Antrag - üblich und zur Grundrechtswahrung geboten ist.

Im FGG-Rechtsmittelverfahren der sofortigen Beschwerde findet selten (entgegen § 23 FGG), bei der sofortigen weiteren Beschwerde findet keine Sachverhaltsaufklärung mehr statt (§§ 27 Abs. 1 FGG i.V.m. 559 ZPO). Die Rechtsmittelgerichte übernehmen die Darstellung des Amtsgerichtes. Das Amtsgericht wiederum übernimmt häufig ungeprüft die Darstellung der Polizei. Allerdings zeichnet sich hier dank der klaren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes langsam eine Wende auch der Rechtsprechung der obersten Landesgerichte ab.

Schließlich werden Grundrechtseingriffe und die Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrechtsweg in der Regel sorgfältiger geprüft, als vor den ordentlichen Gerichten, denen zudem verwaltungsrechtliche Grundsätze (Begründungspflichten, Rechtsmittelbelehrung, Ermessens- und Prognosenentscheidungen, Verhältnismäßigkeit) eher fremd sind. Stattdessen wird häufig - aber fehlerhaft - die Überprüfung nach strafprozessualen Grundsätzen vorgenommen und die Polizei als Hilfsbeamte (gar des Gerichtes!) behandelt, obwohl die Rechtswegverweisung am verwaltungsrechtlichen Charakter der polizeilichen Freiheitsentziehung nichts ändert und obwohl gerade die Justiziabilität des polizeilichen Vorgehens Streitgegenstand ist¹³⁰.

Die Prinzipien der VwGO werden der Bedeutung des Freiheitsgrundrechtes und den verfassungsrechtlichen Garantien im Vergleich zum FGG besser gerecht¹³¹: Hier gilt das Prinzip der Öffentlichkeit, strenge Beweisregeln, strikte Beachtung des rechtlichen Gehörs¹³². Das Fortsetzungsfeststellungsverfahren ist ausdrücklich geregelt und jahrzehntlang erprobt.

All dies sind gute Gründe, das Verwaltungsgericht anzurufen und um die fortbestehende Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges zu streiten. Dennoch sollte parallel der Rechtsmittelweg gegen richterliche Entscheidungen im Gewahrsam ausgeschöpft werden. Die Tendenz in der Rechtsprechung, auch den nachträglichen Rechtsschutz den ordentlichen Gerichten zuzuweisen, ist deutlich, solange hier nicht die Verwaltungsgerichte ihre Kompetenz bestätigen.

b) Ausschluss des Verwaltungsrechtsweges bei repressiven Maßnahmen

Liegt das Schwergewicht der Freiheitsentziehung eindeutig bei der Strafverfolgung, dann scheidet der Verwaltungsrechtsweg aus. Es bleibt nur der Rechtsweg analog § 98 Abs. 2 StPO. Es muss befürchtet werden, dass dies mit einer Einschränkung der gerichtlichen Kontrollrechte verbunden ist angesichts der im Ermittlungsverfahren noch neuen Rechtslage, dass jeder gravierende Grundrechtseingriff nachträglich justizierbar ist. Hier herrscht vielfach bei den Gerichten noch die Auffassung vor, die Polizei habe immer Recht und Eingriffe seien vom Bürger hinzunehmen, sofern die Polizei Anhaltspunkte für einen Verdacht hatte, auch wenn der Verdacht sich als Irrtum herausstellt.

c) Gemengelagen Polizei und BGS

In Gemengelagen mit Polizei und BGS ist immer der Gang zum Verwaltungsgericht zu empfehlen, weil nur hier eine Aufklärung der Einsatzherrschaft durch Aktenbeiziehung und Beiziehung der Einsatzbefehle realistisch erwartet werden kann (ggf. unter Beachtung der Monatsfrist nach § 19 Abs. 2 NGefAG und vergleichbaren Vorschriften). Allerdings wird auch hier zunehmend die Auffassung vertreten, nach § 13 Abs. 2 FEVG sei auch der nachträgliche Rechtsschutz gegen Eingriffsakte des BGS den ordentlichen Gerichten zugewiesen¹³³. Wegen § 17 a GVG ist die Anrufung des Verwaltungsgerichtes unschädlich, weil Feststellungsanträge nach § 13 Abs. 2 FEVG nicht fristgebunden sind.

Liegt eine Richterentscheidung vor, muss die Beschwerdefrist von zwei Wochen eingehalten werden.

d) Konkurrenzen

Zur Problematik der Konkurrenz zwischen Beschwerde gegen unvollständige Richterentscheidung ohne Entscheidung über die anfängliche Zulässigkeit und das nachträgliche Rechtsschutzverfahren wird auf die Ausführungen unter II. 9 b) und c) verwiesen.

8. Prüfungsmaßstab bei der nachträglichen Rechtmäßigkeitskontrolle

Die nachträgliche Überprüfung im FGG/FEVG-Verfahren beschränkt sich darauf, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der polizeirechtlichen Eingriffsbefugnisse vorgelegen haben; in diesem Verfahren kann nicht entschieden werden, ob die Maßnahmen als Strafverfolgungsmaßnahmen rechtmäßig gewesen wären¹³⁴.

Das Nachschieben von Ermessenserwägungen im nachträglichen Gerichtsverfahren ist in jedem Fall unzulässig, ebenso die gerichtliche Umdeutung einer präventivpoli-

zeilichen Maßnahme in eine Strafverfolgungsmaßnahme und umgekehrt¹³⁵. Nicht möglich ist auch das Nachschieben von Gründen, weil dadurch der angefochtene Verwaltungsakt in seinem Wesen verändert wird bzw. bei Ermessenentscheidungen ein Ermessensdefizit vorliegt¹³⁶.

Der Umfang der Überprüfung umfasst die gesetzlichen Voraussetzungen der Freiheitsentziehung (s. dazu oben II. 8) nach dem „ex post“ vorliegenden Erkenntnisstand¹³⁷. Andernfalls wäre effektiver Grundrechtsschutz nicht gewährleistet. Irrtümern oder Fehleinschätzungen in der Eilsituation können dazu führen, dass eine objektiv rechtswidrige Freiheitsentziehung rechtmäßig vollziehbar ist, jedoch kommt es für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Grundrechtsverletzung auf den objektiven Maßstab im Zeitpunkt der nachträglichen gerichtlichen Entscheidung an. Bei einem mit (objektiv) rechtswidriger Begründung erlassenen Verwaltungsakt besteht ein verfassungsrechtlich garantierter Beseitigungsanspruch¹³⁸.

Polizeiliche Anordnungen in Eilsituationen müssen grundsätzlich durchsetzbar sein, deshalb gelten in der Eilsituation die verkürzten Voraussetzungen des sog. „strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs“¹³⁹. Betroffene müssen dementsprechend in Situationen, die eine vorgängige Aufklärung der Rechtmäßigkeit nicht zulassen, polizeiliche Eingriffe zunächst grundsätzlich hinnehmen. Für die nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle gilt jedoch diese Risikoverteilung nicht, weil dann die Notwendigkeit umgehenden Einschreitens und die Unaufklärbarkeit der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen unter Zeitdruck entfallen. Daher ist nachträglich das Vorliegen aller Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen anhand der dann gegebenen Erkenntnisse in vollem Umfang zu überprüfen, damit sich nicht ein möglicherweise ungerechtfertigter Grundrechtseingriff perpetuiert¹⁴⁰.

Der Prüfungsumfang umfasst bei Freiheitsentziehungen auch die Voraussetzungen für das Unterlassen der vorherigen Einholung der Richterentscheidung wegen Gefahr in Verzug¹⁴¹ und ggf. die Gründe für die Verzögerung der Richterentscheidung. Organisatorische Mängel haben die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung zur Folge zumindest ab dem Zeitpunkt, in dem bei den verfassungsrechtlich gebotenen Vorkehrungen eine Richterentscheidung und/oder die Freilassung erfolgt wären.

Verfahrensfehler im Gewahrsam können nach Erledigung der Freiheitsentziehung nicht mehr geheilt werden, weil eine Heilung immer nur mit Wirkung ex nunc in Betracht kommt (s. dazu oben II. 5 und I. 11).

Auch wenn ein Richter bei Ausübung des Richtervorbehaltes über die „Zulässigkeit und Fortdauer“ bereits entschieden hat, enthält dies kein abschließendes Urteil über die objektive Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung, denn eine solche (Eil-)Entscheidung gestattet nur den Vollzug, enthält aber keine abschließende Rechtmäßigkeitsüberprüfung in einem justizförmigen Verfahren¹⁴².

9. Hinweis auf weitere Möglichkeiten der Gegenwehr

Überschreitet die Polizei ihre Kompetenzen durch gezielte Missachtung des Richtervorbehaltes, so sollten gegen die verantwortlichen Einsatzleiter Strafanzeigen wegen Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) gestellt werden. Diese Verfahren werden zwar im Ergebnis fast immer eingestellt, durch die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen wer-

den aber in der Regel der Einsatzverlauf und die Verantwortlichkeiten geklärt. Dies ist häufig auch für die Verfahren der Betroffenen im nachträglichen Rechtsschutz erhellend und nützlich in eventuellen Ermittlungs- und Strafverfahren gegen die Festgenommenen. Während laufender Ermittlungsverfahren gilt für Polizeibeamte in der Regel ein Beförderungsstopp.

Bei besonders menschenverachtender Behandlung und Unterbringung kann ggf. die Strafanzeige erweitert werden auf Körperverletzung (§ 223 StGB). Die Verweigerung des Toilettengangs ist in einem Zivilprozess gegen die Deutsche Bundesbahn als Körperverletzung angesehen worden¹⁴³.

Bei ungerechtfertigter Freiheitsentziehung besteht zudem Anspruch auf Schadenersatz nach § 5 Abs. 5 MRK und - bei Verschulden - aus Amtshaftung und Delikt nach §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 839 BGB i.V.m. § 239 StGB. Beim „Hamburger Kessel“ wurde für alle Betroffenen ein symbolisches Schmerzensgeld von je DM 100,- anerkannt¹⁴⁴. Nach neuerer Rechtsprechung umfasst der Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 MRK neben der Entschädigung für den Freiheitsverlust (bei dem § 7 StrEG vergleichend herangezogen werden kann) zusätzlich einen Anspruch auf Schmerzensgeld im Sinne einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung des Staates¹⁴⁵. Das OLG Celle nahm für Abschiebehaft einen Orientierungsbetrag von 30,- Euro pro Hafttag an¹⁴⁶.

Zu erwägen sind auch Ansprüche auf Folgenbeseitigung, insbesondere auf Datenberichtigung und Datenlöschung. Diese sind vorrangig im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen. Es ist aber möglich, diesen Antrag mit dem Antrag auf Überprüfung der Freiheitsentziehung (wegen des Sachzusammenhangs) zu verbinden und hilfsweise Verweisung an das VG zu beantragen nach § 17 a VG.

Bei festgestellter Rechtswidrigkeit des polizeilichen Ursprungsingriffs ist die Löschung der Daten über den polizeilichen Eingriff im Verwaltungsrechtsweg zu verlangen. Bereits im anhängigen Verfahren sollte ein Antrag auf Sperrung der Daten erwogen werden. Andernfalls werden die regulären Löschungsfristen regelmäßig von der Verfahrensdauer überholt.

1 Seit BVerfG, B. v. 30.04.1997=NJW 2165=BVerfGE 96,27 und B. v. 26.06.1997=EuGZ 1997, 374.

2 So noch BGHZ 109, 108ff; OVG Münster, NJW 1990, 3224; BayVGh, DÖV 1987, 252; VGh Kassel, NJW 1984, 821; KG Berlin, NJW 1983, 374; LG Lüneburg, B. v. 10.12.1997 - 1 T 74/97, bestätigt von OLG Celle, B. v. 17.04.1998 - 17 W 6/98.

3 BVerfGE 96, 27

4 So auch BVerfG, B. v. 03.02.1999 - 2 BvR 804/97 = NJW 1999, 3773 (= StV 1999, 295) für Polizeigewahrsam.

5 So schon BVerfGE 96, 44,49, mit einem deutlichen Klärungsauftrag an die Instanzgerichte.

6 Gegen Polizeiübergriffe (Gasangriffe auf Demonstranten) bei einer Brokdorf-Demonstration, dazu s. VG Hamburg, NVwZ 1987, 829 und LG Hamburg, NVwZ 1987, 833 ff.

7 So auch heute noch Ehlers in Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner § 40 VwGO, Rdn. 624 m.w.N. und Kopp/Schenke § 40 VwGO, Rdn. 49 b.

8 Vgl. z.B. KG Berlin NJW 1983, 690; s. auch die Rspr.-Nachweise bei Jochum/Rühle Anm. H 27.

9 VG Regensburg, BayVBl 1987, 505

10 VGh München, BayVBl. 1988, 246; bestätigt von BVerwG, NJW 1989, 1048

- 11 Rachor in Liskan/Denninger, Anm. 728 m.w.N.; Wroblewski/Rehmke, S. 58 ff.; Kopp/Schenke, § 40 VwGO, Rdn. 49 b
- 12 OVG Bremen, NVwZ-RR 1997, 474; HessVGH, DÖV 1984, 522; OVG Münster, NJW 1990, 3225; OVG Thüringen, DÖV 1999, 879; VG Frankfurt, NVwZ 1994, 720, 721.
- 13 Z.B. VG Lüneburg, B. v. 27.09.2000 - 7 A 155/00; OLG Schleswig, NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 47
- 14 So z.B. VG Lüneburg v. 17.10.2002 - 3 A 5/02 (unter Berufung auf BVerwGE 62, 317) und Ehlers in Schoch/Schmidt/-Abmann/Pietzner, § 40 VwGO, Rdn. 622 m.w.N.; anders z.B. ThürOVG, DÖV 1999, 879 und OVG Bremen, NVwZ-RR 1997, 474
- 15 Zu doppelfunktionalen Maßnahmen s. Kopp/Schenke, § 179 VwGO Rdn. 7; Denninger in Liskan/Denninger Anm. E 180 ff. und BayObLG, NVwZ 1990, 194; auch bei Abschiebehaft gibt es die Doppelzuständigkeit einerseits der ordentlichen Gerichte für Abschiebehaft, andererseits der Verwaltungsgerichte für das Hauptsacheverfahren - auch hier sind viele Rechtsschutzfragen gleichermaßen ungeklärt (s. hierzu z.B. OVG Saarland, InfAuslR 2001, 172: dort wurde die Behörde vom VG verpflichtet, den Haftantrag zurückzunehmen; so auch VG Berlin, InfAuslR 1999, 80 f.).
- 16 „Die gesetzlich gebotene Übernahme der Eingriffsentscheidung insbesondere vor dem Vollzug ist kein Akt der Rechtsprechung, sondern Bestandteil des Verwaltungsverfahrens, so dass sich ein Rechtsschutzverfahren allenfalls anschließen kann“, Liskan ZRP 1996, 332, 334; ähnlich Gusy in v.Mangold/Klein, Art. 104 GG Rdn. 40.
- 17 VG Lüneburg, B. v. 17.01.2001 - 7 A 35/98; NdsOVG, B. v. 25.06.2001 - 11 Ob 1648/01, so auch BayObLG, NJW 1998, 2455 = BayVBl 1999, 124; VG Berlin v. 15.9.2000 - 1 A 296.00.
- 18 Für Berlin schließt das VG Berlin v. 15.9.2000 - 1 A 296.00 auch für solche Fälle hinsichtlich der Freiheitsentziehung den Verwaltungsrechtsweg aus und spaltet den Rechtsweg auf.
- 19 VG Lüneburg, B. v. 17.10.2002 - 3 A 5/02 und BVerwGE 62, 317 für den BGS; so auch Jochum/Rühle, Anm. H 28 ; für die Verweisungen im Landespolizeirecht auch OLG Schleswig, NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 47; LG Magdeburg, B. v. 27.06.2001- 3 T 528/01 unter Berufung auf OLG Naumburg, B. v. 04.04.2001 (bei Melchior); a.A. KG Berlin NJW 1983, 690; zur Verweisungsproblematik s. unten b), insbes. aa).
- 20 Vgl. OLG Hamburg, NJW 1999, 2231; BVerwGE 62, 317.
- 21 VG Lüneburg, B. v. 17.10.2002 - 3 A 5/02; ebenso Heesen/Hönle/Peilert, § 40 BGG Anm. 2.2. für das FGG-Verfahren nach § 13 Abs. 2 FEVG; dagegen Fischer/Hitz/Laskoswki, Walter § 40 BGG Rdn. 10 für den Verwaltungsrechtsweg.
- 22 So AG Ahaus für § 36 PG NW, NWVwBl 2001, 321; und OLG Schleswig, NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 47 für §§ 204 VI, 181 IV SchlHLVwG; so auch LG Magdeburg, B. v. 27.01.2001 - 3 T 528/01 (348) (bei Melchior).
- 23 LG Magdeburg, B. v. 27.06.2001 - 3 T 528/01 unter Berufung auf OLG Naumburg, B. v. 04.04.2001 (bei Melchior).
- 24 Ehlers in Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, § 40 VwGO Rdn. 623 f.
- 25 Ehlers, aaO. Rdn. 624 m.w.N.
- 26 BVerwGE 62, 317, 321
- 27 Nicht problematisiert von OLG Schleswig, NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 47.
- 28 Kopp/Schenke, § 179 VwGO Rdn. 1 zu §§ 23 EGGVG; s. auch unten FN 34.
- 29 Vgl. hierzu BVerfG, StV 1996, 143.
- 30 So schon BVerwGE 62, 147.
- 31 Vgl. dazu Liskan in Liskan/Denninger, Anm. K 48 und Waechter, Rdn. 332, 334 a.E. und 337.
- 32 So aber z.B. OLG Schleswig, NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 47 und LG Magdeburg, B. v. 27.06.2001 - 3 T 528/01 (bei Melchior).

- 33 Kopp/Schenke, § 40 VwGO Rdn. 49
- 34 Götz, S. 208; BVerwG, NJW 1989, 1048
- 35 Hornmann, § 33 HessSOG Rdn. 10; OVG Bremen, NVwZ-RR 1997, 474; ThürOVG, DÖV 1999, 171.
- 36 So der Gesetzeswortlaut § 28 Abs. 4 S. 4 PolGBW.
- 37 So Ehlers in Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, § 40 VwGO Rdn. 623 und OVG Münster, NJW 1990, 3224.
- 38 So LG Münster, B. v.10.10.2002 - 5 T 91/01; AG Ahaus, NWVwBl. 2001, 321; OVG Münster, NJW 1990, 3224; Ehlers in Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, § 40 VwGO Rdn. 623 m.w.N.
- 39 So LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/91; AG Ahaus, NWVwBl. 2001, 321.
- 40 So ThürOVG DÖV 1999, 879; OVG Bremen NVwZ-RR 1997, 474; s. auch Wortlaut des § 22 Abs. 8 SächsPolG „solange die Maßnahme andauert“.
- 41 S. Kopp/Schenke, § 40 VwGO Rdn. 49 b.
- 42 NdsOVG, B. v. 25.06.2001 - 11 Ob 1648/01; VG Lüneburg, B. v. 17.01.2001 - 7 A 35/98; KG Berlin, NVwZ 2000, 468 (unter Berufung auf OVG Berlin, U. v. 23.03.1994); VG Berlin, B. v. 15.9.2000 - 1 A 296.00.
- 43 OLG Celle, B. v. 13.01.2003 - 1 T 40/02; anders noch LG Lüneburg, B. v. 10.12.1997 - 1 T 74/99 und vom 4.06.2002 - 1 T 179/01; wie OLG Celle auch BayObLG, NJW 1998, 2455 = BayVBl 1999, 124
- 44 LG Lüneburg, B. v. 10.12.1997 - 1 T 74/97
- 45 OLG Celle, B. v. 17.04.1998 - 17 W 6/98
- 46 KG Berlin , B. v. 24.04.2002 - 25 W 8/02; OLG Celle, B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02
- 47 OLG Hamburg, NJW 1998, 2231
- 48 Wolf/Stephan, § 28 BW PolG, Rdn. 46 m.w.N.; Zeitler S. 75
- 49 Noch weitergehend § 6 FEVG: begründeter Beschluss, der dem Betroffenen bekannt gemacht werden muss.
- 50 BVerwG, NJW 1989, 1048 f.; VGH München, NJW 1989, 1754 f.; BayObLG, NVwZ 1990, 194; Jochum/Rühle, Anm. H 28; anders VG Frankfurt, NVwZ 1994, 720, 721.
- 51 OVG Münster, NJW 1990, 3324; Gusy, Polizeirecht, S. 275 f.; Ehlers in Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, § 40 VwGO Rdn. 623.
- 52 Ehlers in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, § 40 VwGO Rdn. 623 ; OVG Münster, NJW 1990, 3224, 3225; BVerwG, NJW 1989, 1048 und BayVGH, BayVBl 1988, 246 (beide bei Rücknahme des Antrages während des Gewahrsams); a.A. Götz, Rdn. 412, und HessVGH, NJW 1984, 821.
- 53 Jochum/Rühle, Anm. H 28.
- 54 Nach Wolf/Stephan, § 28 BW PG Rdn. 34, ist erst mit Erlass der Richterentscheidung und Bekanntgabe an wenigstens einen Beteiligten die Richterentscheidung „ergangen“ i. S. d. § 28 BW PG - erst dann ist die Anfechtungsklage zum VG ausgeschlossen. Für alle anderen Fälle bleibt es beim Rechtsweg zum VG (ebd., Rdn. 46); so auch Zeitler, S. 75.
- 55 Für eine umfassende Überprüfung der Rechtmäßigkeit in jeder Lage des Verfahrens jetzt OLG Celle, B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02.
- 56 Zur Problematik s. Wolter DÖV 1997,939, 941 ff.
- 57 ThürOVG, DÖV 1999, 879; OVG Bremen, NVwZ-RR 1997, 474; HessVGH, DÖV 1984, 552 = NJW 1984, 821; - so auch VG Lüneburg, B. v. 17.3.1999 - 7 A 45/97 trotz der Regelung in § 19 Abs. 2 NGefAG für den Fall, dass während des Gewahrsams überhaupt keine richterliche Entscheidung ergangen ist (wohl überholt durch OLG Celle, B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02); so auch Zeitler, S. 75; Wolf/Stephan, § 28 BW PG Rdn. 46.
- 58 So auch OVG Münster, NJW 1990, 3224; Ehlers in Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, § 40 VwGO Rdn. 623 f..

- 59 OVG Münster, NJW 1990, 3224 und Gusy, Polizeirecht, S. 275 f. gegen AG Ahaus, NWVwBl. 2001, 321 und LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01.
- 60 BVerwGE 62, 147; VG Lüneburg, B. v. 17.10.2002 - 3 A 5/02 und Heesen/ Hönle/Peilert, § 40 BGSg Anm.2.2. gegen Fischer/Hitz/Laskowski/Walter, § 40 BGSg Rdn.10.
- 61 Stoermer, S. 184
- 62 Götz, S. 208; VGH Kassel DÖV 84, 522; Zeiter S. 75; Wolf/Stephan § 28 BW PolG Rdn. 34, 46 m.w.N.; auch BVerwGE 45, 51, 54 hält die nachträgliche Entscheidung des VG je nach Landesrecht für möglich; anders BVerwGE 62, 147 bei Anwendung von Bundesrecht.
- 63 Stoermer, S. 184
- 64 Liskan in Liskan/Denninger, Anm. K 49 f.; Wolter, DÖV 1997, 939, 941f.; a.A. Ehlers in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 40 VwGO Rdn. 623.
- 65 BVerfG, NJW 2002, 1333 und BVerfGE 96, 27; 103,142.
- 66 BVerfG, NJW 1997, 2163; NJW 99,3773 und BGH, NJW 1998, 3653; so mittlerweile auch Meyer-Goßner, § 98 StPO Rdn. 23 und § 23 EGGVG Rdn. 10; soweit in der Kommentarliteratur immer noch der Rechtsweg nach §§ 23 EGGVG vertreten wird, z.B. für Rechtsmittel gegen die Behandlung im Gewahrsam, ist dies durch die höchstrichterliche Rechtsprechung überholt.
- 67 BGH, NJW 1998, 3653
- 68 BGH, NStZ 1999, 151 und 1999,200; BGH, NJW 1999,3499
- 69 Meyer-Goßner, § 81 b StPO Rdn. 22; Senge in Karlsruher Kommentar, § 81 b StPO Rdn. 21; Rogal in: SK StPO, Band I, § 81 b Rdn. 69, s. allerdings zur drohenden Änderung der Rechtsprechung oben I.7.b).
- 70 BGHSt 44, 265 = NJW 1999, 730 = NStZ 1999,200; Meyer-Goßner, § 81 b StPO Rdn. 21.
- 71 Zur Begründungspflicht siehe oben I. 8. und II. 7. a).
- 72 Vgl. BGH, NJW 1999, 3499; Ehlers in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 40 VwGO Rdn. 621; OLG Schleswig, NVwZ -Beilage I 3/2001, S. 47; Berner/Köhler, Art. 18 BayPAG Rdn.11 unter Berufung auf BayVGH, NJW 1989, 1754; so jetzt auch bestätigt von LG Lüneburg, B. v. 08.07.2003 - 10 T 20/03 und B. v. 07.08.2003 - 10 T 31/03.
- 73 Nach Gusy in v.Mangold/Klein, Art. 104 GG Rdn.13, 39, 40 soll der Richtervorbehalt auch Rechtsschutzfunktionen erfüllen, ist aber kein vollständiges Äquivalent für den nach Art. 19 IV GG verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz, sondern „Grundrechtssicherung durch Verfahren“
- 74 OVG Saarland, InfAuslR 2001, 172; VG Berlin, InfAuslR 1999, 80.
- 75 So schon BVerwGE 62, 317: dort wird unter Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG auch im FEVG/FGG-Verfahren von der „Feststellung der Rechtswidrigkeit“ der erledigten behördlich angeordneten Freiheitsentziehung ausgegangen; OLG Schleswig, NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 47 verweist im FGG-Verfahren auf die entsprechende Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO; so auch LG Lüneburg, B. v. 10.12.1997 - 1 T 74/97 für § 19 Abs. 2 NGefAG und Stoermer, S. 184.
- 76 Kopp/Schenke, § 113 VwGO Rdn. 99
- 77 BVerfG, B. v. 30.04.1997, NJW 1997, 2163 (Durchsuchung); B. v. 26.06.1997, EuGRZ 97, 374 und B. v. 03.02.1999, StV 1999, 296 (Freiheitsentziehungen); B. v. 20.02.2001 = BVerfGE 103, 142 Wohnungsdurchsuchung, Gefahr im Verzug), B.v. 05.12.2001, NJW 2002, 2454 (Abschiebehaft).
- 78 BVerfG, B. v. 05.12.2001 - 2 BvR 527/99 = NJW 2002, 2454
- 79 BGH, NJW 1998, 3653; NStZ 1999, 151 und 1999, 200; NJW 1999, 3499
- 80 Das LG Lüneburg v. 10.12.1997 - 1 T 74/97 stellt zwar richtig fest, dass das ndsFGG ein Feststellungsverfahren nicht kennt und dieses dem FGG-Verfahren systemfremd sei, zieht daraus aber den falschen Schluss, nach einer Freilassungsentscheidung des Richters sei ein weiteres Feststellungsverfahren entgegen der Regelung in § 19 Abs. 1 und Abs. 2 NGefAG unzulässig. Nach der

jüngsten Entscheidung des OLG Celle v. 13.01.2003 - 17 W 40/02 (unter Berufung auf die Entscheidung des BVerfG vom 05.12.2001 = NJW 2002, 2454) ist dagegen ein Feststellungsantrag bezogen auf die anfängliche Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung bzw. bezogen auf die Gewahrsamsdauer bis zur Richterentscheidung „in jeder Lage des Verfahrens“ zulässig.

81 Für die Anwendung verwaltungsprozessualer Regeln auch bei Rechtswegverweisung Lisen in Lisen/Denninger, Anm. K 52 - explizit für das Fortsetzungsfeststellungsinteresse - und in Anm. K 54 zur Problematik bei der Abgrenzung des Rechtswegs bei länger dauernden Freiheitsbeschränkungen; s. auch schon BVerwGE 62, 317 und OLG Schleswig, NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 47.

82 BVerfG v. 03.02.1999 - 2 BvR 804/97 = NJW 99, 3773

83 Zum Rechtsschutzinteresse bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen mit typischerweise kurzfristigen Belastungen s. BVerfG, B. v. 19.06.1997 = EuGZ 1997, 347; B. v. 12.09.1997 - 2 BvR 176/96 und B. v. 20.04.1997 = BVerfGE 96, 27, 38 ff.

84 BVerfG, B. v. 05.12.2001, NJW 2002, 2545

85 St.Rspr. seit BVerfGE 96, 27 = NJW 1997, 2163; so jetzt auch OLG Köln, NJW 1998 462 (unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung); OLG Schleswig, NJW 1999, 222 und NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 47; OLG Hamm, B. v. 14.09.2001 - 19 W 78/01 (bei Melchior) - anders noch OLG Hamm, NJW 1998, 463 und NJW 99, 229; für strafprozessuale Eingriffe s. BGH, NJW 1998, 3653.

86 Saage/Göppinger, § 13 FEVG Rdn. 19, 23 und OLG Schleswig, NVwZ-Beilage I 3/2001, S. 47

87 BVerfG, NJW 1999, 3773; Schoch/Schmidt-Aßmann-Gerhardt, § 113 VwGO Rdn. 91

88 Bejaht bei 5 ½ bis 7-stündiger Freiheitsentziehung z.B. von OLG Schleswig, NVwZ Beilage I 3/2001, S. 47.

89 S. hierzu Rabe von Kühlewein, DVBl 2002, 1545.

90 B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02.

91 Bejaht bei menschenunwürdiger Unterbringung von Strafgefangenen von BVerfG, B. v. 13.03.2002 - 2 BvR 261/01 wegen der diskriminierenden Wirkung.

92 S. hierzu BVerwG, NJW 1997, 2534 zur Genugtuungsfunktion und zum Feststellungsinteresse, wenn die Art des polizeilichen Eingriffs Grundrechte berührt (dort: bei Einsatz verdeckter Ermittler).

93 LG Lüneburg, B. v. 28.01.2003 - 1 T 5/03, B. v. 08.07.2003 - 10 T 20/03 und B. v. 07. 08.2003 - 10 T 31/03.

94 BayObLG 1999, 12, 13 und B. v. 25.10.2001- 3 ZBR 342/01 (bei Melchior)

95 Gusy in v.Mangold/Klein, Art. 104 GG Rdn. 53

96 Bumiller/Winkler, §§ 8, 9 FGG Rdn.17;

97 Baumbach-Albers, vor § 169 GVG, Rdn. 2

98 VG Lüneburg, B. v. 17.01.2001 - 7 A 35/98, bestätigt von NdsOVG, B. v. 25.06.2001 - 11 Ob 1648/01, so auch BayObLG NJW 1998, 2455 = BayVBl 1999, 124.

99 VG Berlin v. 15.9.2000 - 1 A 298.00; einschränkend VG Lüneburg, B. v. 17.03.1999 7 A 45/97: nur wenn bereits ein Richter in der Sache entschieden hat.

100 LG Lüneburg, B. v. 10.12.1997 - 1 T 77/97 und OLG Celle, B. v. 17.04.1998 - 17 W 6/98; insoweit anders als in Bayern und Niedersachsen der Wortlaut des § 31 Abs. 2 Bln ASOG; kein Formerfordernis besteht für die nachträgliche Entscheidung des Amtsgerichtes nach § 13 Abs. 2 FEVG, so richtig AG Ahaus, NWVwBl 2001, 321 und Marschner/Volckart, Kap. F zu § 13 FEVG Anm. 4.

101 LG Lüneburg, B. v. 10.12.1997 - 1 T 74/97 gegen KG Berlin, B. v. 27.06.2003 - 25 W 58/02

102 S. hierzu oben I. 12, insbesondere FN 159, 160.

103 OLG Celle , B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02; B. v. 04.11.2002 - 17 W 64/02; ähnlich wohl BayObLG, NJW 1998, 2455 und BayVBl 1999, 124.

104 OLG Celle, B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02; anders noch LG Lüneburg, B. v. 10.12.1997 - 1 T 77/97 und OLG Celle, B. v. 17.04.1998 - 17 W 6/98; Nach der älteren Rechtsprechung des LG Lüneburg und OLG Celle ließ sich der in § 19 Abs. 2 NGefAG vorgesehene nachträgliche Rechtsschutz in vielen Fällen nicht realisieren Nunmehr ist durch die jüngste Entscheidung des OLG Celle klar gestellt, dass dieser Antrag in jeder Lage des Verfahrens gestellt werden kann, auch vor Entlassung. Nach dieser Entscheidung richtet sich das Verfahren nach Entlassung immer nach § 19 Abs. 2 NGefAG (mit Zulassungsbeschwerde!). Da weder das ndsFGG noch das FGG des Bundes das nachträgliche Feststellungsverfahren weiter regelt, ist das Verfahren und der Überprüfungsmaßstab bislang gerichtlich nicht geklärt und in vielen Einzelheiten immer wieder umstritten. Nach zutreffender Auffassung sind verwaltungsprozessuale Regeln ergänzend anzuwenden.

105 So OLG Celle, B. v. 26.08.2002 - 17 W 04/02; BayObLG 2000, 1447.

106 LG Berlin, B. v. 18.12.2001 - 84 T XIV 106/01; von KG Berlin, B. v. 24.4.2002 - 25 W 8/02 unbeanstandet geblieben.

107 B. v. 04.11.2002 - 17 W 64/02

108 So z.B. BayObLG, BayVBl 1999, 124.

109 OLG Celle, B. v. 26.08.2002 - 17 W 04/02; so auch BayObLG 2000,1447.

110 B. v. 05.03.1998, NJW 1998, 2455

111 Das Gericht hat allerdings im konkreten Fall die nicht zugelassene weitere Beschwerde als „außerordentliches Rechtsmittel“ zugelassen, da dem Betroffenen in jedem Fall zwei gerichtliche Instanzen eröffnet sein sollen; außerordentliche Rechtsmittel wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit sind nach der Rspr. seit der Zivilprozessreform jedoch unzulässig, OLG Celle, U. v. 24.09.2002 - W 57/02.

112 Marschner/Volkart, Kap. E zu § 13 FEVG, Anm. 4; AG Ahaus, NWVwBl. 2001, 321 (telefonischer Antrag des Bevollmächtigten ausreichend auch für nachträgliches Feststellungsverfahren), bestätigt von LG Münster, B. v. 10.10.2002 - 5 T 91/01.

113 AG Ahaus, NWVwBl. 2001, 321; OLG Zweibrücken B. v. 23.04.2002 - 3 W 76/02 (bei Melchior - unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung); zu eng OLG Karlsruhe, B. v. 18.12.2002 - 11 Wx 74/02 (bei Melchior).

114 BVerfG, B. v. 05.12.2001- 2 BvR 527/99 = NJW 2002, 2454.

115 StRSpr des BVerfG seit BVerfGE 96, 27.

116 Lisken in Lisken/Denninger, Anm. K 58; s auch § 7 Abs.2 FEVG.

117 S. dazu OLG Hamburg, NJW 1998, 2231.

118 KG Berlin v. 24.4.2002 – 25 W 29/02.

119 Diese Auffassung erscheint zweifelhaft, denn nach § 20 FGG ist nur derjenige beschwerdeberechtigt, der beschwert ist. Die Polizei ist hingegen in den Fällen einer nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht beschwert, da ihre Aufgabe die Gefahrenabwehr ist und die nachträgliche gerichtliche Entscheidung zu einem Zeitpunkt fällt, in dem von dem Betroffenen keine Gefahr mehr ausgehen kann. Die Polizeibehörde hat entgegen der Auffassung des KG nicht die Aufgabe an der Fortentwicklung der Rechtsprechung mitzuwirken.

120 Das OLG Celle, B. v. 04.11.2002 - 17 W 64/02 und B. v. 13.01.2003 - 17 W 40/02 hält hier für die Rügen der anfänglichen Rechtswidrigkeit oder wegen der Dauer bis zur Herbeiführung der Richterentscheidung nur noch das Verfahren nach § 19 Abs. 2 NGefAG für zulässig (mit Zulassungsbeschwerde!), auch wenn entsprechende Anträge bereits im Gewahrsam gestellt wurden.

121 BVerfGE 96, 27; BVerfG, B. v. 15.07.1998 - 2 BvR 446/98 und B. v. 24.03.1998 - 2 BvR 1935/96

122 BGH, NJW 1998, 3653, BVerfGE 96, 3653

123 BGH, NJW 1998, 3653

124 Soweit in vielen älteren Kommentaren nachträglicher Rechtsschutz für unzulässig erklärt oder

auf §§ 23 EGGVG verwiesen wird, ist dies durch die Rechtsprechung des BVerfG und BGH seit BVerfGE 96, 27 und BGH, NJW 1998, 3653 überholt.

125 Götz S. 208; teilweise str.: Pieroth/Schlink/Kniesel nehmen bei Maßnahmen nach 163 b StPO den Rechtsweg nach § 40 VwGO bei präventiv-polizeilicher Begründung und bei repressiver Begründung nach §§ 23 ff EGGVG an.

126 LG Lüneburg, B. v. 17.12.2001 - 1 T 129/01

127 Vgl. Lüderssen in: Loewe-Rosenberg, § 146 StPO Rdn. 41

128 S. Rspr. Nachw. (auch zur Gegenansicht in der Literatur) bei Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rdn. 127

129 Dazu s. oben bei I. 10. d)

130 S. hierzu Direktor des Amtsgerichtes Dannenberg Reif in der Elbe-Jeetzel-Zeitung vom 07.11.2002 und vom 09.11.2002 sowie Pressemitteilung des RAV vom 12.11.2002.

131 So auch ThürOVG, DÖV 1999, 879 f., vgl. auch OVG Bremen, NVwZ -RR 1997, 474 und OVG Münster, NJW 1990, 3224.

132 Wächtler, StV 1989, 413 f.

133 Heesen/Hönle/Peilert, § 40 BGG Anm. 2.2. und VG Lüneburg, B. v. 17.10.2002 - 3 A 5/02

134 BayObLG, NJW 1990, 184

135 Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rdn. 73, 79

136 Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rdn. 65 ff., 68, 69

137 Vgl. BVerfG, StV 1996, 143, 145: dort wird zwischen dem „eingeschränkten strafrechtlichen Prüfungsmaßstab“ in der Eilsituation und dem objektiven Maßstab bei der nachträglichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Eingriffsmaßnahme unterschieden.

138 Kopp, § 113 VwGO Anm. 70;

139 BVerfG, StV 1996, 143

140 So auch BVerfG, DVBl. 1993, 150 für unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe bei Versammlungsauflösung und nachträglicher Rechtmäßigkeitskontrolle.

141 BVerfG, B. v. 22.01.2002 = NJW 2002, 1333

142 So auch Stoermer, S. 185.

143 AG Frankfurt/M., Az. 32 C 261/01-84

144 LG Hamburg, NVwZ 1987, 833 ff.

145 PKH-Beschluss des OLG Schleswig vom 26.11.2001 - 11 W 23/2001 (bei Melchior).

146 PKH-Beschluss vom 15.04.2002 - 16 W 22/02 bei Melchior.

Ausreiseverbote/Meldeauflagen/ Gefährderanschriften

Seit kurzem beschäftigen neue Instrumente der polizeilichen Vorfeldkontrolle grenzüberschreitende Bürgerproteste: Ausreiseverbote nach dem Passgesetz, Meldeauflagen und sog. „Gefährderanschriften“.

Diese polizeilichen Eingriffe gehören in den Kontext der Freiheitsentziehungen, weil auch sie zur Abschreckung und Kontrolle unliebsamer Bürgerproteste missbraucht werden können. Wie bei Platzverweisen und Aufenthaltsverboten wird der polizeiliche Eingriff in das Vorfeld verlagert und auf reine Verdachtsmomente statt auf Tatsachen und erfolgte Rechtsverletzungen gestützt. Wie polizeiliche Freiheitsentziehungen werden die polizeilichen Eingriffe in die Freizügigkeit und Demonstrationsfreiheit auf dieselben fragwürdigen Datenbestände gestützt und speisen umgekehrt die Polizeidateien zur „Szeneüberwachung“ (hierzu s. Kapitel 3.) Unkritisch werden hier wie da gewalttätige Ausschreitungen einzelner oder kleiner Gruppen in der Vergangenheit einer gesamten „Szene“ als „Generalverdacht“ und „potentielle Gewalttätigkeit“ jedes einzelnen vermeintlich „Szene“- Angehörigen zugerechnet.

Mit der gegenwärtigen Praxis der Ausreiseverbote wird die Wahrnehmung der Grundrechte auf Versammlungsfreiheit und Meinungskundgebung sowie die Freizügigkeit der BürgerInnen der polizeilichen Vorfeldkontrolle unterworfen. Diese Polizeiherrschaft darüber, wer reisen und wer protestieren darf, verläuft gegenläufig zum Prozess der Europäischen Einigung und der Politikverlagerung von der nationalen auf die europäische Ebene. Rechtsschutz erweist sich bisher - jedenfalls im Eilverfahren - als ebenso uneffizient wie bei polizeilichen Freiheitsentziehungen. Nationale Verfassungsgarantien werden der europäischen Polizeitaktik geopfert.

I. Bisherige Erfahrungen

Nach den Ereignissen von Göteborg im Juni 2001 reagierten die europäischen InnenministerInnen schnell. Auf einer eiligst einberufenen Tagung verabredeten sie bereits im Juli 2001, dass die Mitgliedstaaten alle ihre rechtlich existierenden Möglichkeiten ausschöpfen sollten, um Personen, die „notorisch für Störungen der öffentlichen Ordnung bekannt sind“, an Einreisen in das Land, das den jeweiligen Gipfel ausrichtet, zu hindern.

Die deutschen Behörden konnten sich dafür des Passgesetzes als Rechtsgrundlage bedienen, das als Folge der Auseinandersetzungen rechter Hooligans mit der Polizei bei der Fußballweltmeisterschaft 1998 in Frankreich erst 2000 entsprechend verschärft wurde. Auch vorher bestand bereits aufgrund des Passgesetzes die Möglichkeit, einzelnen Bürgern die Ausreise zu verweigern¹. Seit der Änderung des Passgesetzes 1998 sind nun Verstöße gegen das Verbot zur Ausreise unter Strafe gestellt. Zudem können Reisebeschränkungen in die Pässe von bekannten "Gewalttätern" eingetragen werden, sofern eine "erhebliche Gefährdung von Belangen der Bundesrepublik" vor-

liegt. Neu ist auch die Möglichkeit, aktenkundigen "Gewalttouristen" vorübergehend den Pass zu entziehen.

Die damals bei Änderung des Passgesetzes geäußerten Befürchtungen, die Beschränkungen der Reisefreiheit würden im Endeffekt gegen linke TeilnehmerInnen grenzüberschreitender Demonstrationen gerichtet werden, haben sich bereits in zahlreichen Fällen und unterschiedlichsten Erscheinungsformen bestätigt, sowohl anlässlich des G8-Gipfel im Juli 2001 in Genua, als auch anlässlich des EU-Gipfels im Dezember 2001 in Brüssel. Eine Ausweitung ist nach den bisherigen Erfahrungen zu befürchten.

1. Ausreiseverbote an der Grenze

Im Vorfeld der Proteste gegen den G8-Gipfel in Genua im Juli 2001 wurden schätzungsweise mehrere hundert Menschen an der Grenze zu Italien durch den Bundesgrenzschutz an der Ausreise gehindert. Ihnen wurde die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland bis zum Ende des Gipfels in Genua untersagt. Um die für diese Ausreiseverbote notwendigen Kontrollen an einer Grenze zwischen zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft möglich zu machen, wurde das Schengener Abkommen vorübergehend außer Kraft gesetzt. Als Grundlage dieser Ausreiseverbote dienten meist angebliche Eintragungen in den Dateien „Gewalttäter Links“ und „Landfriedensbruch (Datei reisende Gewalttäter)“.

2. Reiseverbote verbunden mit Meldeauflagen

Eine weitere Form der Einschränkung des grenzüberschreitenden Demonstrationsrechts und der Freizügigkeit waren Reiseverbote, die durch die Polizeibehörden der Wohnorte der Betroffenen verhängt wurden. Diese waren oftmals mit Meldeauflagen verbunden, sich entweder regelmäßig auf einer bestimmten (z. B. der des Wohnortes) oder einer beliebigen Polizeidienststelle innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zu melden. Zur Durchsetzung legte die Polizei ein Zwangsgeld bei Zuwiderhandlungen fest und drohte den Betroffenen zusätzlich mit Ingewahrsamnahme.

Mit diesen Bescheiden wurden die Reisepässe der Betroffenen dahingehend beschränkt, das der Pass für Reisen nach Polen, Tschechien, Ungarn, Österreich, Schweiz, Italien, Frankreich, Kroatien, Slowenien und die Slowakei (oder überhaupt zur Ausreise oder nur in wenige bestimmte Länder) nicht galt. Zusätzlich wurde den Betroffenen die Ausreise in die vorgenannten Länder - auch mit dem Personalausweis - unter Hinweis auf die Strafdrohung in § 24 PassG untersagt. Daneben erging meist ein Bescheid, wonach der Betroffene für den gleichen Zeitraum verpflichtet wurde, sich einmal täglich bei dem für ihn zuständigen Polizeiabschnitt zu melden. Diese „passbeschränkenden Maßnahmen“ wurden als Vermerk im Computersystem gespeichert und verboten den Betroffenen, an bestimmten Grenzen das Land zu verlassen.

In Berlin z.B. sah ein solches Reiseverbot vom 03.12.2001 wie folgt aus:
„Sehr geehrte Frau X, der Geltungsbereich ihres Personalausweises ... wird hiermit gemäß § 2 Abs. 2 des Gesetzes über Personalausweise ... dahingehend beschränkt,

dass der Personalausweis nicht zum Verlassen des Gebietes des Geltungsbereichs des Grundgesetzes über eine Auslandsgrenze berechtigt. Die Beschränkung hat zur Folge, dass Ihnen die Ausreise nach § 10 des Passgesetzes untersagt ist. Nach § 24 des Passgesetzes wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft, wer entgegen der Beschränkung ausreist oder auszureisen versucht. Die Maßnahme ist bis zum 15.12.2001 befristet.“²

3. Gefährderanschreiben

Schließlich wurden durch die Polizeibehörden sog. Gefährderanschreiben verschickt als angeblich mildeste Maßnahme unterhalb der Schwelle der Ausreiseverbote und Passbeschränkungen.

So forderte das niedersächsische Innenministerium im Vorfeld des EU-Gipfels in Brüssel die Polizeibehörden des Landes auf, "Gefährderansprachen" bei möglichen Teilnehmerinnen und Teilnehmern von Demonstrationen gegen den EU-Gipfel vorzunehmen. Die Göttinger Polizei wendete sich dann auch mit einem Schreiben an zahlreiche Personen aus Göttingen. In dem Anschreiben heißt es:

„Der Polizei Göttingen ist bekannt, dass Sie im Zusammenhang mit versamlungsrechtlichen bzw. demonstrativen Aktionen polizeilich in Erscheinung getreten sind. Daher ist es nicht auszuschließen, dass sie auch in Zukunft an demonstrativen Aktionen teilnehmen werden. Für den 13. - 15. Dezember 2001 sind demonstrative Aktionen gegen den EU-Gipfel in Brüssel geplant. Zu diesen Aktionen in Belgien rufen gewerkschaftliche, studentische, linksautonome, Antifa-Gruppen sowie sonstige Globalisierungsgegner auf. Bei gleichartigen Aktionen (z.B. Göteborg, Genua pp.) kam es in der Vergangenheit zu erheblichen gewaltsamen Ausschreitungen seitens einiger Demonstrationsteilnehmer. Auch während dieses EU-Gipfels ist damit zu rechnen. Um zu vermeiden, dass Sie sich der Gefahr präventiver polizeilicher Maßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr (bis hin zur Zurückweisung an der deutsch-belgischen Grenze) oder strafprozessualer Maßnahmen aus Anlass der Begehung von Straftaten im Rahmen der demonstrativen Aktionen aussetzen, legen wir Ihnen hiermit nahe, sich nicht an den o.g. Aktionen zu beteiligen.“

Nach einer Umfrage der „tageszeitung“ wurden vor dem Brüsseler Gipfel auch in Bayern, Baden-Württemberg, Hessen, Brandenburg und Saarland ähnliche Schritte eingeleitet³.

Das Polizeipräsidium Oranienburg (Brandenburg) verschickte im Mai 2001 folgendes Schreiben an einen Betroffenen: „...wie Ihnen aus öffentliche Mitteilungen bekannt sein dürfte, finden zurzeit polizeiliche Einsatzmaßnahmen im Zusammenhang mit einem Castor-Transport statt. Mir liegen Erkenntnisse vor, dass Sie in der Vergangenheit bei ähnlichen Anlässen mit Polizeibehörden in Kontakt gekommen sind. Beim Castor-Transport am 27.03.2001 von La Hague nach Gorleben sind Sie als Störer polizeilich in Erscheinung getreten. Aus o.g. Gründen ist nicht auszuschließen, dass Sie auch im Rahmen dieser Einsatzmaßnahmen auffällig werden. Ich weise Sie darauf hin, dass im Einsatzraum alle polizeirechtlich zulässigen Maßnahmen durchgesetzt werden, um die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Zusammenhang mit Castor-Transporten zu gewährleisten.“

II. Rechtsgrundlagen

1. Ausreiseverbote an der Grenze

Die an der Grenze verhängten Ausreiseverbote haben ihre Rechtsgrundlage in § 10 Abs. 1 PassG: Die für die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs zuständigen Behörden haben einem Deutschen, dem nach § 7 Abs. 1 ein Pass versagt oder nach § 8 ein Pass entzogen worden ist oder gegen den eine Anordnung nach § 2 Abs. 2 des Gesetzes über Personalausweise ergangen ist, die Ausreise in das Ausland zu untersagen. Sie können einem Deutschen die Ausreise in das Ausland untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei ihm die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 vorliegen oder wenn er keinen zum Grenzübertritt gültigen Pass oder Passersatz mitführt. Sie können einem Deutschen die Ausreise in das Ausland auch untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, der Geltungsbereich oder die Gültigkeit seines Passes nach § 7 Abs. 2 Satz 1 zu beschränken ist.

Und in § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG: Der Pass ist zu versagen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, dass der Passerwerber die innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährdet.

Die Voraussetzungen solcher Maßnahmen sind danach immer das kumulative Vorliegen einer allgemeinen Gefahrenlage für erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland, einer speziellen Gefährdungslage ausgehend von dem Betroffenen sowie Verhältnismäßigkeit und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.

a) Allgemeine Gefahrenlage

§ 7 PassG verlangt eine Gefährdung der inneren oder äußeren Sicherheit oder sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland. Dabei ist der Begriff der erheblichen Belange gerichtlich voll überprüfbar und eng auszulegen⁴.

Die Gerichte, die über Ausreiseverbote gegenüber Anti-Globalisierungsgegnern zu entscheiden hatten, bezogen sich dabei bisher auf die Entscheidungen der Gerichte zu Ausreiseverboten gegenüber Hooligans⁵ und sahen als Gefährdung solcher „sonstiger Belange“ u.a. Handlungen an, die geeignet sind, dem internationalen Ansehen der Bundesrepublik Deutschland zu schaden⁶. Als dazu geeignet sahen sie auch die Beteiligung an gewalttätigen Ausschreitungen an.

So heißt es in einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Freiburg:

„Das Auftreten gewaltbereiter Demonstranten im Ausland schädigt das internationale Ansehen der Bundesrepublik Deutschland. Denn über solche Handlungen, die dem Bereich des Vandalismus zuzurechnen sind, wird auch in den ausländischen Medien berichtet (...). Die Tatsache, dass Anlass der Ausschreitungen kein Fußballspiel, sondern Demonstrationen zur politischen Meinungsäußerung sind, ändert daran nichts, da gewaltsame Ausschreitungen auf jeden Fall den Rahmen legitimer politischer Meinungsäußerung verlassen.“⁷

Ähnlich sieht dies auch das Verwaltungsgericht Berlin: „Die Begehung von Straftaten aus politischen Gründen in Italien während der Zeit des Gipfels würde das internationale Ansehen der Bundesrepublik Deutschland erheblich schädigen. Bereits nach den Ereignissen in Göteborg ist international registriert worden, dass eine überproportional große Zahl von Gewalttätern aus Deutschland eingereist ist“⁴⁸.

Diese Auslegung des Begriffs der „erheblichen Belange“, ist u. E. zu weit. Wenn jedem, der in irgendeiner Weise das Ansehen der Bundesrepublik schädigen könnte, der Pass versagt werden kann, würden der Verwaltung generalklauselartige Spielräume zugestanden werden.

Der Begriff der Gefährdung erheblicher Belange umschreibt jedoch gerade nur einen kleinen Ausschnitt aus dem Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel. Nicht jede „Gefahr“ ist eine „erhebliche Gefahr“ und nicht jede mögliche Beeinträchtigung des Ansehens der Bundesrepublik ist eine Beeinträchtigung „erheblicher Belange“ der Bundesrepublik. Hierzu zählen vielmehr nur solche möglichen Beeinträchtigungen, deren Gewicht der Gefährdung der inneren oder äußeren Sicherheit gleichkommt, und die spezifisch der Bundesrepublik angelastet werden können (und nicht einer gesamten europaweiten oder internationalen Protestszene). § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG darf nicht als Rechtsgrundlage für eine allgemeine grenzüberschreitende polizeiliche Kooperation oder eine zwischenstaatliche Amtshilfe verstanden werden und nicht zu einer generalklauselartigen Totalkontrolle grenzüberschreitender Proteste missbraucht werden.

Aus diesem Grunde bedarf es einer Konkretisierung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG, soweit sonstige Belange der Bundesrepublik in Rede stehen⁹. Nach der Rechtsprechung sind mit „sonstigen erheblichen Belangen“ derartige Tatbestände gemeint, die in ihrer Erheblichkeit den beiden anderen Tatbeständen des § 7 Abs. 1 PassG wenn nicht gleich, so doch nahe kommen¹⁰. Es sind zwingende staatspolitische Gründe gefordert, die die freiheitliche Entwicklung der Bundesrepublik tangieren¹¹. Mit dieser Auslegung ist es kaum vereinbar, jedem, der mit seinen Handlungen in irgendeiner Weise das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland gefährden könnte, den Pass zu versagen.

Dem kann auch nicht die Elfes-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹² aus den 50er Jahren entgegengehalten werden, mit dem Argument, in dieser sei das Ansehen der Bundesrepublik als ausreichenden Grund zu einer Passversagung anerkannt worden sei. Damals war ein sehr bekannter Zentrumspolitiker Beschwerdeführer, der sich vehement für die Wiedervereinigung der beiden Teile Deutschlands einsetzte und damit in der Konsequenz die Existenzberechtigung eines abgetrennten Westdeutschlands in Zweifel zog.

Zudem lag dem Elfes-Urteil auch ein völlig anderer Sachverhalt zu Grunde und die damaligen Umstände der Teilung Deutschlands nach Kriegsende am Anfang des Kalten Krieges hatten eine völlig andere weltpolitische Dimension.

Schließlich verlangt die Gefahr einer Schädigung des Ansehens der Bundesrepublik, dass die Tat als der Bundesrepublik– und nicht nur der Person des Passinhabers – zugeordnet erscheint.

Dies erscheint durch einzelne unbekannte Demonstranten (soweit sie nicht bekannte Personen des öffentlichen Lebens wie bestimmte Politiker oder Protagonisten der Rechtsradikalen Szene sind) nicht möglich, vor allem dann nicht, wenn die Proteste von Teilnehmern aus zahlreichen Ländern getragen werden. In derartigen Fällen liegen die Voraussetzungen eines Reiseverbots gemäß des § 7 PassG daher nicht vor.

b) Spezielle Gefahrenlage

Es müssen weiter „bestimmte Tatsachen“ die „Annahme begründen“, dass gerade der/die Betroffene die innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik gefährdet.

Diese Tatsachen müssen nach der Rechtsprechung zu § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG konkret und nachvollziehbar sein¹³. Der zuständigen Behörde müssen bestimmte gerichtsverwertbare Tatsachen zur Verfügung stehen, die die Begründetheit ihrer Annahme nachvollziehbar rechtfertigen¹⁴. Die bloße Möglichkeit, eine Vermutung oder ein Verdacht reichen nicht aus¹⁵. Daher können etwa Ermittlungsverfahren, die nach § 170 Abs. 2 StPO mangels Tatverdacht eingestellt wurden, nicht als derartige „konkrete Tatsachen“ gewertet werden, weil es hier an beweisbaren Tatsachen fehlt.

Auch der Hinweis auf Einträge der Betroffenen in polizeilichen Dateien ohne Angaben der genaueren Umstände der Eintragung (etwa des Abschlusses des Ermittlungsverfahrens oder konkreter personenbezogener Verdachtsmomente, die dem Eintrag zugrund liegen) reichen nicht aus.

Diesen Anforderungen entsprechen die in den bisherigen Ausreiseverboten benannten Tatsachen meist nicht.

ba) Strafverfahren

Häufig werden zur Begründung angebliche Strafverfahren der Betroffenen ins Feld geführt. Oft werden die Ausführungen hierzu offenbar bewusst ungenau gehalten, wie z.B. „der Betroffene ist bereits strafrechtlich in Erscheinung getreten“. Aktenzeichen oder konkrete Angaben zum Tatvorgang, die dem Gericht und den Betroffenen eine Überprüfung und Bewertung ermöglichen würden, fehlen. Viele der angeblichen Vorfälle oder Dateneinträge, die von den Behörden angeführt wurden, sind den Betroffenen unbekannt. Eine Überprüfung durch das Gericht oder eine fundierte Stellungnahme des Betroffenen, d.h. die effektive Wahrnehmung rechtlichen Gehörs, insbesondere im einstweiligen Rechtsschutzverfahren wird so faktisch unmöglich. Solche Bescheide verstoßen gegen § 39 VwVfG, Art. 19 Abs. 4 und 103 GG, da die Behörde die ihr obliegende Begründungspflicht verletzt.

Eine einzige Eilentscheidung des Verwaltungsgerichtes Berlin zu Ausreiseverboten hat diesen Grundsätzen bisher Rechnung getragen¹⁶. Hier wurde ein Reiseverbot der Polizei für rechtswidrig erklärt, da die angestellte Prognose nicht hinreichend fundiert sei. Zu dessen Begründung hatte die Polizei ausgeführt, der Antragsteller sei in der Vergangenheit mehrfach durch gewalttätiges Verhalten auffällig geworden, in diesem Zusammenhang sei er auch einschlägig strafrechtlich in Erscheinung getreten z.B. wegen schweren Landfriedensbruchs. Nicht der Bescheid, sondern nur die Akte enthielt lediglich einen Auswertungsbericht des Landeskriminalamtes, der nur einen einzigen Vorfall aufführte. Danach solle dem Antragsteller während der Ereignisse in Göteborg im Juni 2001 besonders schwerer Landfriedensbruch vorgeworfen worden sein - der Antragsteller habe sich an gewalttätigen Auseinandersetzungen beteiligt, durch die schwedischen Behörden sei ein Ermittlungsverfahren mit diesem Tatvorwurf eingeleitet worden. Eine Vorgangsnummer oder Aktenzeichen oder war aber nicht vorhanden. Dies hat das Verwaltungsgericht zu Recht als nicht hinreichend konkretisiert angesehen.

bb) Einträge in Polizeidateien

Ebenso sind Ausreiseverbote wegen fehlender Konkretisierung und Nachvollziehbarkeit rechtswidrig, wenn als Begründung für die konkrete Gefährlichkeit des Betroffenen lediglich die Tatsache der Eintragung in eine spezielle Polizeidatei aufgeführt wird.

So wurden zur Begründung von Ausreiseverboten häufig als einzige Tatsache eine Eintragung in der Datei „Landfriedensbruch (reisende Gewalttäter)“ oder Datei „Gewalttäter Links“ ins Feld geführt.

Die Hintergründe der Eintragung in diese Datei oder auch nur die Kriterien, nach denen Personen in diese Datei aufgenommen werden oder gar die konkreten Tatsachen gerade der Aufnahme des jeweils Betroffenen in diese Datei, waren den BGS-Beamten, die die Ausreiseverbote erteilten, nicht bekannt. Sie stützten sich lediglich auf Angaben anderer Behörden nach nicht nachvollziehbaren und auch kaum überprüfbareren Kriterien¹⁷. Eine tatsächliche Gefahrenprognose zur spezifischen „Tätergefährlichkeit“ durch den einzelnen Polizeibeamten, die vom Gesetz vorgeschrieben ist, kann demnach in einem solchen Fall nicht stattfinden. In einem Fall an der Grenze zur Schweiz waren die Beamten nicht einmal in der Lage, die ihnen vorliegenden Datenauszüge richtig zu interpretieren und zwischen den Behörden, die die Öffnung dieser Dateien beantragt hatten und denjenigen, die den Betroffenen in der Datei ausgeschrieben hatten, zu unterscheiden, mit der Folge, dass das Ausreiseverbot auf falsche Informationen gestützt und dem Gericht falsche Informationen vorgelegt wurden.

Das zuständige Verwaltungsgericht Freiburg¹⁸ hat allerdings diese Umstände nicht weiter problematisiert und allein die Tatsache, dass eine Person in Dateien des Bundeskriminalamtes eingetragen war, als ausreichend für den Verdacht der Beteiligung an gewalttätigen Demonstrationen und somit auch für die Erteilung eines Ausreiseverbotes an der Grenze angesehen. Dabei wurde es von Seiten des Gerichtes als irrelevant angesehen, welche konkreten Tatsachen den Eintragungen in der Datei „Landfriedensbruch“ zugrunde lagen oder nach welchen Kriterien der Betroffene in diese Datei aufgenommen wurde. Allein der Eintrag selbst verleitet das Gericht zu der Aussage:

„Es liegen auch Erkenntnisse vor, wonach der Antragsteller der gewaltbereiten Szene zuzurechnen ist. Denn er ist bereits wegen Landfriedensbruch in Erscheinung getreten. Dies ergibt sich aus den vom Antragsgegner in seiner Antragsrwidmung angegebenen Ausschreibungen. Ohne Belang ist, ob es zu Ermittlungsverfahren bzw. Verurteilungen des Antragstellers gekommen ist, da es vorliegend um eine Gefahrenprognose geht“.¹⁹

Dies zeigt, wie entscheidend eine konkretere Auseinandersetzung mit der Problematik dieser Dateien von Seiten der Anwälte ist.

Neben den Umständen der Eintragung (ohne Verurteilung, auch bei Einstellung von Strafverfahren, ohne konkrete personenbezogene Verdachtstatsachen, ohne echte Rehabilitationsmöglichkeiten, evtl. nach rechtswidrigen oder umstrittenen Polizeimaßnahmen, Aufnahme ohne Information der Betroffenen....) ist die Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechtes durch Aufnahme in diese Dateien ohne hinreichende Nachweise zu rügen. Aus Charakter und Verwendung dieser Dateien ergibt sich zwangsläufig die diskriminierende Wertung infolge der Speicherung mit unmittelbaren Folgen für den Betroffenen.

Auf die tatsächlichen Hintergründe der jeweiligen Datenspeicherung kommt es nach der gegenwärtigen Behördenpraxis und Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

(jedenfalls bisher in den Eilverfahren) nicht mehr an, ebenso wenig auf die Kenntnis der Betroffenen von der Eintragung in die jeweiligen Dateien. Dies mag an der mangelnden Kenntnis über Charakter der Dateien und die verbreitet mögliche irrtümliche oder rechtswidrige Aufnahme von Personen liegen. Möglicherweise rechtlich oder tatsächlich fragwürdige Hintergründe dieser Ausschreibungen bleiben so auch bei den Entscheidungen über Ausreiseverbote im Dunkeln.

Die Problematik der neueren Polizeidateien, insbesondere die mangelnden Einfluss- und Rehabilitationsmöglichkeiten der von Ausschreibung in den Dateien Betroffenen zeigt sich hier besonders deutlich: Unter Umgehung der Unschuldsvermutung und jenseits justizieller Kontrollmöglichkeiten hat ein Eintrag selbst unmittelbar diskriminierende Wirkung und greift so auf rechtlich fragwürdiger Basis in das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) ein. Gleichermaßen verletzt die ungeprüfte Verwertung des Dateieintrages durch die Gerichte einerseits die Zweckbestimmung der Dateien (Erleichterung der polizeilichen „Vorfeld“-Arbeit), andererseits ebenfalls das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Auch wird das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und Art. 19 Abs. 4 GG verletzt, wenn schon der Eintrag als solcher und nicht die der Eintragung zugrunde liegenden Tatsachen im Streitfall über die Rechtmäßigkeit der in den Dateien implizit enthaltenen speziellen Gefahrenprognosen entscheiden, denn der Eintrag ohne Tatsachenangabe ist kaum einlassungsfähig.

Diese Kritik betrifft insbesondere die einschlägigen Dateien „LIMO-Gewalttäter Links“ (wegen der Aufnahme allein als Adressat polizeilicher Maßnahmen ohne Rechtmäßigkeitskontrolle und Justiziabilität), „Landfriedensbruch“ (wegen der Aufnahme und Aufrechterhaltung auch bei Einstellungen und Freisprüchen) und „Anti-AKW/Anti-Castor“ (wegen der Aufnahme von ungeprüften „Kriterien“ der „Szenezugehörigkeit“ unter Einschluss rechtmäßigen Verhaltens und der Aufnahme von „Begleitpersonen“ und „Verdächtigen Personen“).

Klärungsbedürftig ist daher in jedem Einzelfall für eine sachgerechte Beurteilung der Umstände einerseits die grundsätzliche Problematik der neueren Polizeidateien, andererseits genaue Aufklärung darüber, in welcher Art und Weise die Betroffenen „in Erscheinung“ getreten sein sollen, ob es sich um ein laufendes oder eingestelltes Ermittlungsverfahren oder eine Verurteilung handelt, da diese Umstände für eine sachgerechte Beurteilung zwingend erforderlich sind.

c) Höherrangiges Recht - Art. 18 EGV, Freizügigkeit innerhalb der EU

Bereits die Regelung des § 10 Abs 1 i. V. m. § 7 Abs. 1 PassG ist mit geltendem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar, da eine Ermächtigung zu einer derartig weitreichenden Beschränkung der Freizügigkeit eigener Staatsbürger nicht existiert.

Art. 18 Abs. 1 EGV bestimmt, dass jeder Unionsbürger, d.h. jeder Staatsbürger der Mitgliedstaaten, das Recht hat, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der im EGV und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. In seinem Schutzraum garantiert Art. 18 Abs. 1 EGV umfassend personelle Mobilität im Binnenraum der EU. Jeder Unionsbürger hat das Recht, seinen Mitgliedstaat zu verlassen und in einem anderen Mitgliedstaat einzureisen. Insbesondere richtet sich die so gewährte Freizügigkeit auch gegen den Mitgliedstaat, dessen Angehöriger der Unionsbürger ist²⁰.

Die Vorschrift des Art. 18 EGV enthält nicht nur einen Gesetzgebungsauftrag, sondern begründet ein unmittelbar geltendes subjektives Recht²¹. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut. Gestützt wird diese Auslegung aber auch durch historische und teleologische Gesichtspunkte. Galt die Personenfreizügigkeit lange Zeit nur als Annex zur Dienstleistungsfreiheit, gewann sie im Verlaufe des europäischen Einigungsprozesses insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung von einer Wirtschaftsgemeinschaft zu einer politischen und sozialen Union maßgebliche Bedeutung²².

Durch Art. 18 EGV ist daher die Freizügigkeit europarechtlich verankert und als eines der wenigen Grundrechte der Europäischen Union ausdrücklich genannt worden²³.

Zwar unterliegt das Grundrecht ausweislich Art. 18 Abs. 1 a.E. EGV einem Schrankenvorbehalt. Jedoch sind der Gemeinschaftsgesetzgeber und die Mitgliedstaaten nur in den Grenzen des Gemeinschaftsrechts befugt, die Mobilität der Unionsbürger zu beschränken. Die insoweit existierenden Schranken bzw. vertraglichen Regelungen beziehen sich jedoch vorwiegend auf grenzüberschreitende Sachverhalte oder EU-Ausländer²⁴. So darf unstreitig etwa ein ausländischer Unionsbürger, der die öffentliche Sicherheit, Ordnung und Gesundheit gefährdet, unter bestimmten Voraussetzungen ausgewiesen werden²⁵. Dies folgt ausdrücklich aus den bezüglich der Grundfreiheiten im EGV enthaltenen Schranken (vgl. etwa Art. 39 Abs. 3) oder sekundärrechtlichen Normen des Gemeinschaftsrechts (etwa Rl 64/221 vom 25.2.1964)²⁶. Ein Einschränkungsvorbehalt für Freizügigkeitsbeschränkungen gegenüber eigenen Staatsbürgern existiert hingegen nicht.

Die einzelnen Mitgliedstaaten können sich insoweit nicht auf einen ungeschriebenen Vorbehalt des „ordre public“ berufen. Die Annahme eines derartigen, national zu bestimmenden, allgemeinen, ungeschriebenen Vorbehalts würde der angestrebten Entwicklung einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten und Grundrechte einschließlich ihrer Schrankensystematik diametral zuwiderlaufen und hätte weitreichende Konsequenzen für die Entwicklung eines einheitlichen Rechtsraums. Aus gutem Grund wurde die mitgliedstaatliche Berufungsmöglichkeit auf einen Ordnungsvorbehalt daher auch nur auf ausgewählte Sachverhalte beschränkt (etwa Art. 39 Abs. 3 EGV).

Selbst wenn man jedoch der Ansicht folgen würde, dass ein Schrankenvorbehalt aufgrund eines ungeschriebenen ordre-public vorläge, verstoßen die im Konkreten erlassenen Ausreiseverbote gegenüber Globalisierungsgegnern gegen geltendes Gemeinschaftsrecht.

Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist in einem solchen Fall gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen und auszulegen, da nur so der EuGH im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle die Anwendung durch die Mitgliedstaaten überprüfen kann²⁷. Zudem würde durch eine nationalstaatliche Bestimmung des ordre public die Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts weitestgehend unmöglich gemacht und die Kommission sowie der EuGH entscheidend geschwächt.

Die Berufung auf „das Ansehen Deutschlands im Ausland“ durch möglicherweise dort begangene Straftaten lässt jeden gemeinschaftsrechtlichen Bezug vermissen und muss daher als rein national bestimmtes Interesse ausscheiden. Zudem ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung der vom EuGH entwickelte enge Maßstab für Eingriffe in europäische Grundrechte anzulegen. Danach muss durch die festzustellende Störung

der öffentlichen Ordnung eine tatsächliche und hinreichende schwerwiegende Gefährdung vorliegen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt²⁸.

Auch insoweit wird erneut deutlich, dass die Berufung auf eine mögliche Beeinträchtigung des nationalen (hier: deutschen) Ansehens im Ausland kein gemeinschaftsrechtliches Schutzgut sein kann. Unter den vorgenannten Voraussetzungen könnte sich allein das europäische Zielland zur Rechtfertigung von Eingriffsmaßnahmen berufen, dessen Angelegenheit die Verfolgung von und Prävention vor Straftaten im eigenen Land ist.

Für den Rechtsgüterausgleich ist darüber hinaus in Rechnung zu stellen, dass das Recht auf Freizügigkeit weit auszulegen ist - wegen seiner Bedeutung für das Selbstverständnis der EU und in Hinblick auf den weiteren Einigungsprozess -, Ausnahmen und Beschränkungen hingegen eng ausgelegt werden müssen²⁹. Hinzu kommt im vorliegenden Fall der Bezug zur Versammlungsfreiheit, die sich in den Verfassungen der Mitgliedstaaten ebenso findet wie in Art. 11 EMRK und die auch Anerkennung durch den EuGH finden würde.

d) Grundrechtsverletzungen gegen deutsche Grundrechte unter Berücksichtigung des Europarechts

da) Ausreisefreiheit

Der Schutz der Ausreisefreiheit im Allgemeinen durch Art. 2 Abs. 1 GG ist seit der Elfes-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unstrittig³⁰. Daneben ist die Ausreisefreiheit explizit im 4. Zusatzprotokoll zur EMRK in Art. 2 („Jeder Person steht es frei, jedes Land, einschließlich des eigenen, zu verlassen“) sowie in Art. 12 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, für beide deutsche Staaten am 23.03.1976 in Kraft getreten, niedergelegt. Diese Rechtslage ist ebenfalls unstrittig.

Welche Grundrechte darüber hinaus in einem solchen Fall jedoch zur Anwendung kommen, ist umstritten. Die Gerichte haben sich bisher entweder gar nicht damit auseinandergesetzt oder eine Anwendung abgelehnt, so das VG Berlin in einer Eilentscheidung³¹.

db) Versammlungsfreiheit

In den einschlägigen Fällen des kollektiven Protestes muss zunächst die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) Berücksichtigung finden.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Proteste fänden im Ausland statt, denn bei Ausreiseverboten oder Reiseverboten geht es nicht um einen weltumspannenden Geltungsanspruch des Grundgesetzes, sondern um die Entscheidung eines deutschen Hoheitsträgers auf deutschem Boden, die sich auf einen deutschen Staatsangehörigen auswirkt, der sich ebenfalls im deutschen Staatsgebiet befindet. Der alleinige Auslandsbezug besteht darin, dass den Betroffenen der Besuch einer Versammlung im Ausland unmöglich gemacht wird und möglicherweise auch ausländische oder gemeinschaftsrechtliche Schutzgüter betroffen sind. Es ist aber in keiner Weise ersichtlich, warum einem deutschen Staatsbürger hier der spezielle Grundrechtsschutz des Art. 8 GG abgeschnitten werden soll. Vor allem tangiert der Grundrechtseingriff kein Handeln ausländischer Hoheitsträger. Damit gilt das

Territorialitätsprinzip, folglich das deutsche Grundgesetz.

Zudem sind weitere Aspekte des Völkerrechts zu berücksichtigen, an die auch deutsche Hoheitsträger gebunden sind. Über die bereits oben genannte Bindung bezüglich Art. 18 EGV hinaus ist Ausdruck der tiefergreifenden Bindung insbesondere in Bezug auf die Versammlungsfreiheit die Europäische Grundrechtscharta. In ihr kommt die gemeinsame Wertegemeinschaft innerhalb der EU zum Ausdruck. Hierzu zählt ebenfalls das Recht eines jeden, sich friedlich zu versammeln (Art. 12 Grundrechtscharta).

Zwar findet die Charta noch keine unmittelbare Anwendung und spezifischer Rechtsschutz ist in ihr noch nicht geregelt. Doch deren feierliche Proklamation am 07.12.2000 in Nizza zeigt, dass sich die wichtigsten EU-Organe zu der Charta bekennen. Außerdem geht es hier nicht um eine direkte Anwendung der Charta, sondern nur um deren Relevanz bei der Präzisierung des Schutzbereiches von Art. 8 GG. Schon wird vielfach daran gearbeitet, die Europäische Grundrechtscharta als 4. Säule der EU zu interpretieren. Im Übrigen geht aus der Präambel der Charta hervor, dass sie Ausdruck der „gemeinsamen Verfassungstradition“ ist und sich aus den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ergibt. Dort wo sie ohnehin nicht nur bestehende Rechte „bekräftigt“, formuliert sie jedenfalls klare Auslegungsregeln für europäische Grundrechte.

In diesem Kontext muss auch Art. 11 EMRK gesehen werden. Das verbürgte Versammlungsrecht gilt für jeden, der sich im Herrschaftsbereich eines Mitgliedstaates der Konvention befindet. Über eine räumliche Beschränkung der Versammlungsfreiheit auf das Staatsgebiet des Herkunftsstaates ist nichts zu finden. Eine solche würde auch dem universellen und völkerrechtlichen Charakter der EMRK widersprechen. Auch sie ist Ausdruck einer europäischen Wertegemeinschaft, die unter den heutigen Bedingungen eine grenzüberschreitende Meinungsbildung beinhaltet und sich bei gemeinsamer Äußerung im europäischen Versammlungsgrundrecht ausdrückt.

Die EMRK steht mindestens im Rang eines innerstaatlichen Gesetzes, dies ist allgemein anerkannt³². Indes werden auch hier die Stimmen lauter, die der wachsenden Bedeutung der EMRK auch im deutschen Recht zu entsprechen versuchen und der EMRK einen übergesetzlichen Rang geben³³.

Hierbei geht es um die Anpassung des Rechts an die realen Gegebenheiten. Problemen wird mehr und mehr auf europäischer Ebene begegnet. Auch eine kritische politische Auseinandersetzung erfolgt länderübergreifend. Würde das Grundgesetz bei diesen gesellschaftlichen Prozessen den Schutz seiner speziellen Grundrechtsverbürgungen verweigern, wäre eine einschneidende Grundrechtsverkürzung die Folge. Dies würde sich auf alle Fragen auswirken, die in europäischen oder internationalen Zusammenhängen gedacht werden müssen - eben global. Weder in Genua noch bei vergleichbaren Gelegenheiten ging es um rein nationale Angelegenheiten der Ausrichterstaaten der Gipfeltreffen. Vielmehr stand europäische und internationale Wirtschaftspolitik im Vordergrund, die für jedermann Auswirkung hat. Demnach muss es auch ein Jeder-Mensch-Recht sein, dazu eine gemeinsame Meinung zu äußern. Der Schutz kann nicht allein von Art. 2 Abs. 1 GG abhängen, der unter den Grundrechten am einfachsten beschnitten werden kann. Es läge ein Zwei-Stufen-Versammlungsrecht vor, welches mit der gesellschaftlichen europäischen Realität nichts mehr zu tun hätte.

Zuletzt darf der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes nicht vergessen werden. Das Bundesverfassungsrecht hat schon früh anerkannt, dass Art. 5 GG auch die Meinungsäußerung im Ausland schütze³⁴. Richtigerweise muss aus den Gründen auch hier der spezielle Grundrechtsschutz des Art. 8 GG für Versammlungen im Ausland greifen³⁵. Ob dieser Schutz dogmatisch durch die direkte Anwendung von Art. 8 GG gewährleistet wird oder ob man die Grundrechtsschranken und Schranken-Schranken des Art. 8 GG analog anwendet, kann dabei offen bleiben. Wichtig ist lediglich festzuhalten, dass den Betroffenen der spezielle Grundrechtsschutz durch Art. 8 GG nicht versagt werden kann.

Davon ausgehend stellen zahlreiche Ausreiseverbote einen rechtswidrigen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 GG dar. In diesen fällt nämlich auch der Vorgang des Sich-Versammelns, insbesondere steht auch die Anreise bereits unter Grundrechtsschutz. Sonst liefe das Versammlungsrecht Gefahr, durch Maßnahmen im Vorfeld eine Grundrechtsausübung ausgehöhlt zu werden³⁶. Auch die Möglichkeit, im Rahmen einer ex-ante Sicht im voraus von einer nur-gewalttätigen Versammlung auszugehen und damit den Grundrechtsschutz zu verweigern, ist nur unter sehr strengen Voraussetzungen möglich und in der Regel auf die oft mehrtägigen Anti-Globalisierungsveranstaltungen sehr unterschiedlicher TeilnehmerInnen nicht anwendbar. Dass auch die Ankunft einiger gewaltbereiter Teilnehmer zu erwarten ist, darf nicht das Grundrecht aller übrigen TeilnehmerInnen aushöhlen. Wenn Rechtsverstöße nicht von der Gesamtgruppe getragen werden, sondern von Einzelnen innerhalb einer sonst friedlichen Versammlung ausgehen, so wird dadurch die Friedlichkeit der Versammlung nicht beeinträchtigt. Die Globalisierungsproteste umfassten stets eine Vielzahl friedlicher, von breiten Gesellschaftsschichten getragene Veranstaltungen. Sogar in Bezug auf die Ereignisse in Genua kann im nachhinein nicht mehr geklärt werden, ob die Demonstrationen friedlich verlaufen wären, wenn das Konzept der Veranstalter ohne Eingriffe der Polizei hätte entfaltet werden können. Die Demonstration im Vorhinein als gewalttätig deklarieren zu dürfen, wäre eine Generalvollmacht, jegliches Versammeln zu unterbinden.

Einschränkungen der Versammlungsfreiheit können auch nicht auf das Passgesetz gestützt werden, da für Einschränkungen des Art. 8 Abs. 1 GG das Versammlungsgesetz als allgemein abschließend gilt.

Schließlich können auch zu erwartende Straftaten oder angebliche Gewaltbereitschaft der Betroffenen einen solchen Eingriff nicht rechtfertigen. Selbst straffällig gewordenen Personen kann nicht auf Dauer von vornherein unmöglich gemacht werden, sich zu versammeln. Vielmehr ist die Versammlung insoweit durch Begleitmaßnahmen zu schützen - dies ist jedoch Aufgabe der Sicherheitskräfte des Gastlandes³⁷. Andernfalls würde eine Kette von Bescheiden wie dem angefochtenen auf eine Verwirkung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit für die Betroffenen hinauslaufen, ohne dass eine solche nach Art. 18 GG vom Bundesverfassungsgericht entschieden worden wäre.

e) Verhältnismäßigkeit

Die Ausreiseverbote sind nach allem auch unverhältnismäßig. Der Zweck, Protestversammlungen im Ausland zu verhindern, verstößt gegen höherrangiges Recht,

sofern nicht eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Proteste insgesamt unfriedlich verlaufen und die ausreisewilligen potentiellen Teilnehmer selbst Unfriedlichkeiten beabsichtigen. Ausreiseverbote sind weder erforderlich, um Schaden vom Ansehen der Bundesrepublik abzuwenden - da auch die Teilnahme an den Protesten Länderübergreifend ist - noch geeignet, diesem Ziel zu dienen, da an der Grenze allein auf Basis der einschlägigen Dateieinträge nicht festgestellt werden kann, wer in den Urlaub, zu normalen geschäftlichen oder privaten Besuchen und wer ausschließlich zur Teilnahme an (insgesamt unfriedlichen oder zulässigerweise verbotenen) Versammlungen unterwegs ist. Die Ausreiseverbote sind schon dann ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip i.e.S., wenn die Ausreise neben dem erklärten Ziel einer Teilnahme an Versammlungen auch weiteren (ggf. belegten) Zielen dient. Dann muss die Verhinderung verbotener Versammlungsbeteiligung ggf. den ausländischen Sicherheitskräften überlassen bleiben, weil die befürchtete Unfriedlichkeit von Versammlungen kein geeignetes, erforderliches und verhältnismäßiges Ziel der Verhinderung privater oder beruflicher Unternehmungen sein kann.

2. Reiseverbote mit und ohne Meldeauflagen

Die Reiseverbote in Form von Beschränkungen des Geltungsbereichs des Reisespasses bzw. Personalausweises erfolgten aufgrund von § 8 PassG:

„Ein Pass oder ein ausschließlich als Passersatz bestimmter amtlicher Ausweis kann dem Inhaber entzogen werden, wenn Tatsachen bekannt werden, die nach § 7 Abs. 1 die Passversagung rechtfertigen würden“.

In Verbindung mit § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG, oder nach § 2 Abs. 2 PausWG: „Unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 des Passgesetzes kann die zuständige Behörde im Einzelfall anordnen, dass der Personalausweis abweichend von den Bestimmungen einer Rechtsverordnung nach § 2 Abs. 1 des Passgesetzes nicht zum Verlassen des Gebietes des Geltungsbereichs des Grundgesetzes über eine Auslandsgrenze berechtigt. Anordnungen nach Absatz 2 dürfen im polizeilichen Grenzfahndungsbestand gespeichert werden.“

An die tatsächlichen Anforderungen der allgemeinen und speziellen Gefahrenprognose sind wegen der einschneidenden Wirkung keine geringeren Anforderungen zu stellen, als bei den Ausreiseverboten.

Die mit solchen Reiseverboten häufig verbundenen Meldeauflagen entbehren jeglicher einschlägigen Ermächtigungsgrundlage.

Die Befugnis der Verhinderung einer Reise ins Ausland durch bundesrechtliche Vorschriften ist eingehend geregelt. Meldeauflagen zur Durchsetzung bzw. Überwachung von Ausreiseverboten sind in diesen Vorschriften nicht geregelt. Eine Heranziehung der polizeilichen Generalklausel, wie bisher durch die Behörden geschehen, ist wegen des Vorrangs spezieller bundesrechtlicher Regelungen unzulässig³⁸. Die polizeiliche Generalklausel betrifft nur Gefahren, deren Realisierung im Geltungsbereich des jeweiligen Landespolizeigesetzes droht; darüber hinaus gelten nur strafrechtliche und bundesrechtliche Eingriffsbefugnisse.

Eine Meldeauflage müsste zudem berücksichtigen, dass an die Wahrscheinlichkeit einer Ausreise strenge Anforderungen zu stellen sind. Die Gründe für die Meldeauflage

müssen über die Begründung für das Ausreiseverbot hinausgehen. Erstere ist nur dann gerechtfertigt, wenn ein Ausreiseverbot rechtmäßig und verhältnismäßig ist und es zusätzlich tatsächlich Anhaltspunkte für die Annahme gibt, der Betroffene wolle letzteres missachten. Diesen Anforderungen werden die bisher bekannten Fälle bei politischen Protesten nicht gerecht.

Insbesondere ist auch eine Anhörung des Betroffenen vor Erlass des Bescheides notwendig. Dabei darf die Behörde diese Pflicht nicht dadurch umgehen, dass sie Reiseverbote und Meldeauflage erst dann erlässt, wenn das Ereignis unmittelbar bevorsteht und sich dann auf § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG beruft, wonach von der Anhörung abgesehen werden kann, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint. Insbesondere dann, wenn der Anlass für die Meldeauflage bereits Monate oder gar Jahre zurücklag, kann die Maßnahme nicht allein auf Dateieinträge ohne Anhörung des Betroffenen gestützt werden.

Zudem verstößt eine Meldeauflage gegen die Freizügigkeit (Reisefreiheit) aus Art. 11 Abs. 1 GG jedenfalls dann, wenn die Verpflichtung den Inhalt hat, sich nur auf einer bestimmten Polizeidienststelle zu melden. Ein rechtmäßiges Ausreiseverbot verbietet dem Betroffenen nämlich nicht, sich innerhalb der Bundesrepublik frei zu bewegen. Er darf sich vielmehr in der Bundesrepublik Deutschland weiterhin frei bewegen.

Aber auch eine Meldeauflage, sich irgendwo in der Bundesrepublik Deutschland auf einer Polizeidienststelle regelmäßig zu melden, ist dann unverhältnismäßig und daher rechtswidrig, wenn die Passbeschränkung sich lediglich auf einige Länder bezieht und der Betroffene jedenfalls in weitere Länder ausreisen darf⁹⁰.

3. Gefährderanschriften

Auch für die sog. Gefährderanschriften fehlt einer Rechtsgrundlage.

Das Heranziehen der polizeilichen Generalklausel kommt auch hier nicht in Betracht, da die Befugnis der Verhinderung einer Reise ins Ausland durch bundesrechtliche Vorschriften eingehend und abschließend geregelt ist.

Die bisher bekannten Anschriften enthalten weder eine „Regelung“ im Sinne eines Verwaltungsaktes, noch hinreichend konkrete Tatsachenangaben. Sie sind daher als diskriminierende Drohbriefe der Polizei ohne hinreichende tatsächliche Grundlagen rechtswidrig: die Polizei hat keine Befugnis, vor Eintritt der Gefahrenschwelle (Rechtsgutverletzung muss unmittelbar bevorstehen, tatsächliche Anhaltspunkte für die Störereigenschaft des in Anspruch genommenen müssen vorliegen) aufgrund bloßer Vermutungen und ungeprüfter Dateieinträge in Rechte der Bürger einzugreifen und erst recht keine Befugnis, bei fehlender gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage ersatzweise zu polizeilichen Einschüchterungsmaßnahmen zu greifen. Wegen ihrer diskriminierenden und einschüchternden Wirkung sind sie allerdings auch dann anfechtbar, wenn ihnen der Verwaltungsaktcharakter abgesprochen wird.

Bei Gefährderanschriften im Zusammenhang mit inländischen Versammlungen und Protestaktionen ist neben dem Geltungsbereich der Art. 8 Abs. 1 und 11 Abs. 1 GG ebenfalls weiter zu beachten, dass die Landespolizei auf Grund des Landespolizeirechtes

nur im Rahmen der eigenen Zuständigkeit handeln darf. Die Polizei des Bundeslandes A darf wegen einer Gefahr, die sich (möglicherweise) in Bundesland B verwirklichen könnte, nicht einschreiten, denn dies fällt in die Kompetenz des Bundeslandes B, in dem sich erst die Gefahrenschwelle und damit die Eingriffsbefugnis realisiert. Das Gefährderansprechen des Bundeslandes Brandenburg ist schon deshalb rechtswidrig.

III. Rechtsmittel

1. Eilverfahren (§ 80 Abs. 5 VwGO)

Sowohl die Ausreiseverbote wie auch die Reiseverbote mit oder ohne Meldeauflagen werden von der Behörde zumeist für sofort vollziehbar erklärt, so dass zunächst Widerspruch und Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO beim Verwaltungsgericht erforderlich sind.

Die Chancen dabei sind nach bisherigen Erfahrungen eher gering. Erst in einem Fall wurde eine Ausreise für rechtswidrig erklärt. Eine Auseinandersetzung mit den konkreten Tatsachen für die angebliche Gefährlichkeit des einzelnen Betroffenen findet, wie oben bereits dargestellt, meist nicht statt. Allerdings sollte die Problematik der polizeilichen Vorfelddateien weiterhin umfassend kritisiert werden.

Bisher findet auch eine differenzierte Auseinandersetzung mit dem für die meisten Gerichte immer noch unbeliebten, aber hier einschlägigen europäischen und internationalen Recht nicht statt. Gerade deshalb sollte aber darauf immer wieder hingewiesen werden und eine konkrete Auseinandersetzung damit gefordert werden.

Es ist zu hoffen, dass mit den zurzeit anstehenden Hauptsacheverfahren eine differenziertere, polizeikritischere und bürgerfreundlichere Rechtsprechung entsteht.

2. Hauptsacheverfahren (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO)

Da sich die Maßnahme meist nach ein paar Tagen erledigt hat, bleibt später in der Hauptsache nur die Fortsetzungsfeststellungsklage beim Verwaltungsgericht gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (analog). Widerspruchsverfahren werden von den Polizeibehörden in der Regel eingestellt, weil eine Entscheidung als Rechtmäßigkeitskontrolle nach Erledigung nicht mehr erfolgen muss, als Zweckmäßigkeitskontrolle aber erfolgen kann.

Das dabei für die Zulässigkeit der Klage erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse kann aus Rehabilitationsinteressen, Wiederholungsgefahr oder fortwirkenden bzw. schwerwiegenden Grundrechtseingriff hergeleitet werden.

Die geschilderten Polizeimaßnahmen haben eine ähnlich diskriminierende Wirkung, wie Freiheitsentziehung und strafrechtliche Verfolgung. Zudem beruhen sie auf unbewiesenen Verdachtsmomenten statt auf nachweisbaren Tatsachen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Notwendigkeit effektiven Grundrechtsschutzes im fachgerichtlichen Instanzenzug gilt hier entsprechend. Wegen der Kürze der Zeit zwischen Anschreiben und Erledigung kann in der Regel effektiver Rechtsschutz auch hier nicht rechtzeitig erlangt werden, so dass das Fortsetzungsinteresse immer vor-

liegt, wenn ein schwerwiegender oder nachhaltend diskriminierend wirkender Grundrechtseingriff oder Rechtsverstoß dargelegt wird.

Betroffen sind bei Ausreiseverboten stets Art. 8 Abs. 1 GG (bei friedlicher Versammlungsabsicht), Art. 2 Abs. 1 GG (bei anderen Reiseabsichten), ggf. andere Grundrechte (z.B. Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG bei Geschäftsreisen, Art. 6 GG bei Verwandtenbesuchen und gemeinsamen Urlaubsreisen...) sowie die zitierten europarechtlichen Vorschriften der Freizügigkeit, Versammlungsfreiheit, evtl. der Dienstleistungsfreiheit usw.

Bei Reiseverboten und Meldeauflagen im Inland ist zudem Art. 11 GG verletzt.

Ergänzend kann das Fortsetzungsfeststellungsinteresse für „notorische“ gewaltfreie DemonstrantInnen mit Wiederholungsgefahr begründet werden, da ähnliche Großereignisse regelmäßig stattfinden. Allerdings wird zunehmend für die Annahme der Wiederholungsgefahr eine gleichartige Wiederholung des Geschehensablaufes verlangt, welche zwar hinsichtlich des Kreislaufs zwischen Dateieintrag und Gefährdverdacht ebenso nahe liegt, wie wegen der ständigen Wiederholung der einschlägigen Gipfeltreffen, jedoch wegen der ständig wechselnden Orte problematisch sein kann.

Demgegenüber kann ein Rehabilitationsinteresse - vor allem bei Maßnahmen aufgrund fehlerhafter Dateieinträge oder auf Basis von Dateieinträgen für rechtmäßiges Verhalten - wohl immer bejaht werden, da mit dem Eingriff nicht nur potentielle und anhaltende Gewaltbereitschaft, sondern sogar konkrete Gewaltabsichten unterstellt werden.

Ergänzend sollte immer erwogen werden, ob wegen der Datenspeicherung ggf. Auskunft und Löschung mit beantragt werden kann.

1 Der bekannteste Fall ist wahrscheinlich der dem sog. „Elfes“-Urteil (BVerfGE 6, 32ff.) zugrunde liegende Fall, bei dem einem bekannten Zentrums- und späteren CDU-Politiker die Verlängerung des Reisepasses versagt wurde, weil er Ende der 40er, Anfang der 50er Jahre die Politik der Bundesregierung bekämpfte und sich mehrfach kritisch zur Politik der Bundesregierung, insbesondere zur Wehrpolitik und zur Frage der Wiedervereinigung auf Veranstaltungen und Tagungen im In- und Ausland öffentliche geäußert hatte.

2 Siehe taz vom 12.12.2001, ohne Az; Landeseinwohneramt Berlin v. 3.12.2001 – II Ord 2.

3 taz v. 12.12.2001.

4 BVerwGE 3,171 (176), Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 713.

5 VGH Baden-Württemberg, B. v. 14.06.2000; VBIBW 2000, 474 zu Hooligans; dazu auch OVG Bremen, B. v. 28.06.2000, 1B 240/00 (zitiert nach juris).

6 Vgl. nur VG Freiburg, B. v. 18.07.2001, 3 K 1150/01; VG Berlin, B. v. 19.07.2001, 23 A 123.01.

7 Vgl. nur VG Freiburg, B. v. 18.07.2001, 3 K 1150/01.

8 VG Berlin, Beschl. v. 19. Juli 2001, 23 A 123.01.

9 VG Frankfurt, NVwZ-RR 1990, S. 415.

10 BVerfGE 6, 32, 43.

11 OVG Lüneburg, JZ 1980, 28ff; zustimmend Hailbronner HdbStR, § 131, Rn. 67.

12 BVerfGE 6, 32 ff.

13 VGH Mannheim NJW 2000, 3658 („auf Tatsachen gestützte Erkenntnisse“); OVG Bremen,

- NordÖR 2001, 107 (auf „konkrete, belegbare Tatsachen“ gestützte Gefahrenprognose).
- 14 Medert/Süßmuth, § 7 PassG Rdn. 4.
 - 15 Erbs/Kohlhaas-Wache, § 7 PassG Rdn. 3.
 - 16 VG Berlin, B. v. 11. 12. 2001 - VG 23 A. 256.01.
 - 17 Zur Fragwürdigkeit der Dateneinträge s. insbesondere Kapitel 3.
 - 18 VG Freiburg, B. v. 18.07.2001, 3 K 1150/01.
 - 19 Ebd.
 - 20 EuGH, U. v. 21.09.1999 - Rs. C-378/97 betr. Wijnsenbeek - , Rz. 22; Hatje in Schwarze, EUV Art. 18 Rdn. 6.
 - 21 Hilf in Grabitz/Hilf, EUV, Art. 8 a Rn. 1; Kluth in Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 18 Rn. 9; Becker, EuR 1999, 522, 528f.
 - 22 Hatje in Schwarze, EUV Art. 18 Rn. 5.
 - 23 Hatje in Schwarze, EUV Art. 18 Rn. 1; Kluth in Callies/Ruffert, EUV/EGV Art. 18 Rn. 9.
 - 24 Hatje in Schwarze, EUV Art. 18 Rn. 11.
 - 25 Becker, EuR 1999, 522, 530.
 - 26 EuGH, U. v. 19.01.1999 - Rs. C-348/96 (Calfa).
 - 27 Vgl. Bongen, S. 71 ff; Schneider, S. 55f.
 - 28 Vgl. etwa EuGH, Rs Bouchereau Nr. 30/77, Slg. 1977, 1999 Tz. 33/35.
 - 29 EuGH U. v. 21.09.1999 - Rs. C-378/97 (Wijnsenbeek), Rz. 36.
 - 30 Jarass/Pieroth, 2 I GG, Rdn. 7.
 - 31 VG Berlin, B. v. 19.07.2001 - VG 23 A 123.01.
 - 32 Vgl. Frowein/Peukert, EMRK, Einführung Rdn. 6.
 - 33 Vgl. hierzu die umfassende Abhandlung von Sternberg.
 - 34 BVerfGE 6, 32, 43.
 - 35 Vgl. Bleckmann/Busse, DVBl 1977, 794 ff.
 - 36 BVerfGE 84, 203, 209;
 - 37 Gusy, Polizeirecht, Rdn. 332.
 - 38 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 720 mit weitergehender Begründung. Anders VGH Mannheim, NJW 2000, 3658 (mit der wenig überzeugenden Begründung, mit der Meldeauflage werde etwas anderes bezweckt als mit der Passversagung).
 - 39 Rachor in Lisken/Denninger, Anm. F 724.

Zur Problematik polizeilicher Dateien bei Freiheitsentziehungen und Ausreiseverboten

Sicherheitsbehörden führen eine Vielzahl von Akten, Handkarteien und Dateien mit personen- und sachbezogenen Informationen für ihre operative Tätigkeit sowie zur Verwaltung von „Vorgängen“ und als Aktennachweis. Automatisierte Dateien gibt es sowohl auf der Ebene der Länder (bei den Landesämtern für Verfassungsschutz und dem Landeskriminalämtern) als auch auf Bundesebene (beim Bundeskriminalamt, Zoll, Bundesgrenzschutz und dem Bundesamt für Verfassungsschutz).

Vernetzt sind diese Dateien jeweils durch ein System von Verbunddateien. Zwischen allen Dateien findet ein reger Austausch statt - z.T. allgemein, z.T. nur „anlassbezogen“ - mit der Folge, dass Betroffene zwar im Einzelfall nach Jahren im Verwaltungsprozess die Löschung der Daten in der Ursprungsdatei durchsetzen können, damit aber nicht sichergestellt werden kann, dass genau diese Daten nicht in einen anderen polizeilichen Datenbestand übernommen worden sind und daher weiter kursieren. Problematisch ist auch die Speicherung von Daten aus dem Vorfeld des strafprozessualen Tatverdachts an Stelle der Beschränkung auf die Speicherung verurteilter Straftäter. Zu diesem Unterlaufen der Unschuldsvermutung durch „Vorfeldspeicherung“ unbescholtener Bürger kommt die mangelnde Überprüfbarkeit in der Praxis hinzu.

I. Überblick über polizeiliche Dateien und Datenübermittlungen

Polizeilich erfasste Vorgänge werden gespeichert in den allgemeinen „Vorgangsverwaltungen“ der jeweiligen Landeskriminalämter (z.B. MIKADO in Niedersachsen) und des Bundeskriminalamtes, den Arbeitsdateien der Landeskriminalämter und des Bundeskriminalamts, im polizeilichen INPOL-Verbundsystem, den PIOS-Arbeitsdateien (= "Personen, Institutionen, Organisationen, Sachen") des Bundeskriminalamts (die teilweise in das INPOL-System integriert sind), den Dateien der Landesverfassungsschutzämter und des Bundesamtes für Verfassungsschutz und im gemeinsamen „Nachrichtendienstlichen Informationssystem“ (NADIS) der Verfassungsschutzämter. Außerdem werden Ermittlungsverfahren unabhängig von Ihrem Ausgang - also auch bei Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO - und ohne Rehabilitationsmöglichkeit in länderübergreifenden Register der Staatsanwaltschaften geführt.

Von den Arbeitsdateien des BKA ist vor allem die Datei APIS (= "Arbeitsdatei PIOS Innere Sicherheit") bekannt geworden. Im Verbundsystem INPOL verwaltet das BKA neben eigene Zentraldateien auch überregional bedeutsame Daten der Länder in deren Auftrag (sog. Verbunddateien); hierzu gehört auch eine zentrale Nachweisdatei für Kriminalakten (KAN) sowie der amtseigene „BKA- Aktennachweis AN". Ferner verwaltet das BKA u.a. das automatisierte Fingerabdrucksystem AFIS (mit Tausenden 'prints' von Ausländern, Asylantragstellern und Polizei- 'Kunden') sowie die DNA-Analysedatei (Ende 2000: 72.300 Personendatensätze, rasch zunehmend). Bei nachrichtendienstlicher Relevanz übermittelt die Polizei Informationen u.a. an Landesämter oder das Bundesamt für Verfassungsschutz. Bei den Grenzschutzbehörden wird der

Grenzfahndungsbestand als eigene Datei geführt, in der auch Ausreiseverbote und Passversagungen gespeichert sind, außerdem ein Grenzaktennachweis GAN.

Die inländischen Dienststellen übermitteln Datensätze aus ihren Sammlungen auch an Sicherheitsbehörden im Ausland und an zwischenstaatliche Einrichtungen (Europol, Schengener Informationssystem (SIS), OLAF u.a.).

Grenzüberschreitend interessierende Informationen übermittelt das BKA u.a. dem Europäischen Polizeiamt EUROPOL, das ab 1.7.1999 seine Analysedateien für bestimmte Kriminalitätsbereiche förmlich in Betrieb nahm und demnächst auch exekutive Befugnisse erhalten soll. Die Vernetzung Europol's mit dem inzwischen in die EU überführten SIS zu Fahndungszwecken ist ebenfalls abzusehen. Datenübermittlung ins Ausland erfolgt weiter aufgrund bi- und multilateraler Abkommen an einzelne Drittstaaten. Ein häufiger Fall ist dabei die Entsendung von sog. Verbindungsbeamten zu ausländischen Polizeidienststellen. Diese übermitteln konstant oder situationsbezogen (etwa bei politischen Großereignissen) personenbezogene Daten aus deutschen Dateien an die ausländischen Partner.

Strafermittlungsverfahren werden unabhängig von Ihrem Ausgang - also auch bei Einstellung mangels Tatverdacht nach § 170 Abs. 2 StPO - u.a. im bundeszentralen staatsanwaltlichen Verfahrensregister (ZStV) notiert, das im Frühjahr 1999 seinen Betrieb offiziell aufnahm¹. Eine Löschung kann nach Freisprüchen, dauerhaften Verfahrenseinstellungen und bei Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens grundsätzlich 2 Jahre nach Verfahrenserledigung von Amts wegen erfolgen (§ 494 Abs. 2 S. 2 StPO). Gerichte bewahren - weiterhin ohne gesetzliche Grundlage - Verfahrensakten auf und speichern personenbezogene Daten hieraus in Dateien.

In den PIOS- und APIS- Dateien des BKA werden die personenbezogenen Daten von Personen erfasst, die zur polizeilichen Beobachtung (§ 163 e StPO und § 9 BKAG) ausgeschrieben sind, außerdem Inhalte von Ermittlungsakten, wobei nicht nur überführte Täter, sondern auch lediglich Beschuldigte, Verdächtige oder Kontaktpersonen unabhängig vom Ausgang des Ermittlungsverfahrens gespeichert werden. Hierzu gehört die „Arbeitsdatei PIOS- Landfriedensbruch“ (APLF- s.u.).

Daneben enthält das INPOL- Verbundsystem einen allgemeinen Ausschreibungs- und Fahndungsbestand, der auch Grundlage für nationale Ausschreibungen im SIS ist.

Wenn Betroffene überhaupt, zufällig oder auf Auskunftsantrag, von der Speicherung der sie betreffenden Informationen erfahren, können sie zwar gelegentlich - ggf. gerichtlich - deren Löschung in der Ursprungsdatei durchsetzen, wenn die Erst- oder fortgesetzte Speicherung rechtswidrig war. Hiervon soll die erstspeichernde Behörde zwar theoretisch andere Stellen informieren, an welche die Daten inzwischen übermittelt wurden, damit auch diese eine Löschung veranlassen. Doch in der Praxis unterbleibt dies oft.

Daher muss, wer die Löschung 'seiner' Daten gegenüber der erstspeichernden Behörde durchgesetzt hat, trotzdem damit rechnen, dass andere Übermittlungsempfänger sie weiterhin aufbewahren und bei einschlägigen Anlässen benutzen. Regelmäßig werden Übermittlungen zwischen den Polizeibehörden nicht oder nur stichprobenmäßig protokolliert.

Erschwerend kommt hinzu, dass Auskunfts- und Löschungsansprüche nur „Personendateien“, nicht aber „Sachdateien“ erfassen sollen². Daher kann - wie bei der

Göttinger „Spudok“-Datei geschehen - trotz Löschung der Daten in der Personendatei Jahre später aus den Sachakten genau der gleiche Sachverhalt erneut erfasst werden. Die Speicherung in Akten oder „Sachdateien“ rechtfertigt so die Umgehung datenschutzrechtlicher Anforderungen. Angesichts der heutigen Datenverarbeitungstechnik ist eine totale Löschung kaum durchsetzbar, denn für geschultes Personal sind auch „gelöschte“ Daten verfügbar und erfasst die „Löschung“ oder „Sperrung“ häufig nur die Datei selbst, nicht aber die Datensicherungsbänder.

II. DemonstrantInnen in Polizeidateien

Schon seit längerem sammeln Bund und Länder Informationen u.a. über „reisende Gewalttäter im Zusammenhang mit politischen Versammlungen“ unter datenschutzrechtlicher Verantwortung und Pflege des BKA: in der INPOL- Verbunddatei "Arbeitsdatei [PIOS] Landfriedensbruch" (APLF) aufgrund einer Errichtungsanordnung vom 25.8.1983 sowie in der BKA-Zentraldatei "Geschützter Fahndungsbestand Landfriedensbruch" (LFH) aufgrund einer Feststellungsanordnung vom 26.11.1992.

Aufgrund eines Beschlusses der Innenministerkonferenz vom 24.11.2000 ordnete das BKA am 23.1.2001 die Errichtung von Dateien "Gewalttäter Rechts" (REMO), „Gewalttäter links“ (LIMO) sowie "Straftäter politisch motivierter Ausländerkriminalität" (AUMO) an und speiste diese ab 20.2.2001 zunächst mit personenbezogenen Daten aus dem vorhandenen INPOL- Fahndungsbestand, noch bevor der Bundesdatenschutzbeauftragte zur förmlichen Errichtungsanordnung angehört wurde. Diese Anhörung wurde am 12.11.2001 zunächst beendet und das Länderzustimmungsverfahren eingeleitet, welches m. W. noch nicht beendet ist.

Im November 2001 waren in LIMO rd. 580 Personen gespeichert, Tendenz rasch steigend. Zum Vergleich: zur gleichen Zeit enthielt PIOS 85.000 personenbezogene Einzelinformationen. In dieser Datei können bei gegebenen weiteren Voraussetzungen neben Anti- Neonazi- DemonstrantInnen auch Globalisierungs- und Castor- GegnerInnen erfasst werden.

Das BKA führt seit dem 16.4.1997 eine Zentraldatei "Anti-AKW/ Anti- Castor", in welcher im Mai 2002 rund 2700 Personen erfasst waren.

Diese Datei bildet die Grundlage für das Auswerteprojekt "Linksextremistische Kernkraftgegner" des BKA, welches damit nach eigenen Angaben die maßgeblichen Gruppierungen/ Personen sowie Strukturen und Verbindungen im Anti-Atom-Widerstand aufdecken möchte. Dabei werden Erkenntnisse herangezogen, die im Rahmen des "Kriminalpolizeilichen Meldedienstes Staatsschutz" (KPDMS) für den Themenbereich "Anti-AKW" gemeldet wurden, die vom BKA aktiv aus kriminalpolizeilichen Sammlungen, Erhebungen und bei Schriftgutauswertung gewonnen wurden, und die schließlich aus Ermittlungsverfahren gegen mutmaßliche führende Mitglieder autonomer Gruppen stammen.

Außerdem wurde beim BKA mit Errichtungsanordnung vom 12.7.2001 unter dem Eindruck der Proteste gegen das Wirtschaftstreffen in Salzburg die Auswertedatei GLOBAL eingerichtet, worin Globalisierungsgegner oder als solche verdächtige Personen gespeichert werden. Diese enthielt im November 2001 insgesamt 1160 Personen, darunter auch solche, die nur bei nationalen Protesten aufgefallen waren.

1. „Reisende Gewalttäter“-Landfriedensbruchdatei

In die BKA- Datei „reisende Gewalttäter“, die sog. Landfriedensbruchkartei, wird auf Meldung der Landeskriminalämter hin jeder aufgenommen, gegen den ein Ermittlungsverfahren wegen bestimmter Straftaten (z.B. Landfriedensbruch, Schwere Hausfriedensbruch, § 27 VersG u.a.) eingeleitet wurde, „soweit die Tat in einem örtlichen, zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer politisch bestimmten öffentlichen Versammlung oder einem solchen Aufzug stand oder wenn sie aus Zusammenrottungen heraus begangen wurde“³.

Diese Daten sind bei Einstellung des Verfahrens oder bei Freispruch zu löschen, aber „bei einem verbleibenden Restverdacht ist die weitere Speicherung nach Einzelfallprüfung möglich“⁴.

Es besteht Grund zu der Annahme, dass mit dem „Resttatverdacht“ insbesondere bei Verfahrenseinstellungen großzügig umgegangen wird. Die zugrunde liegenden Sachverhalte dieser Datei sind zugleich in APIS gemeldet und damit bundesweit verfügbar, die Personen- und KFZ- Daten werden in einem „geschützten INPOL-Fahndungsbestand“ gespeichert und können dann zumindest „anlassbezogen“ innerhalb und – über Verbindungsbeamte oder durch Direktübermittlung - außerhalb der BRD verfügbar gemacht werden.

2. LIMO-„Gewalttäter Links“

Die sog. "Gewalttäter Links"-Datei (LIMO), die bereits errichtet und mit Daten (z.B. von Castor- GegnerInnen) bestückt wurde, bevor die Errichtungsanordnung mit dem Bundes- und den Landesdatenschutz-Beauftragten abgestimmt war, enthält neben Daten von Anti-Neonazi-DemonstrantInnen auch solche von Globalisierungs-GegnerInnen und Castor-GegnerInnen, ohne dass ersichtlich ist, warum z.B. AtomkraftgegnerInnen automatisch als "linksextremistisch" anzusehen sind.

Gemeldet werden Fälle "zur Verhinderung und Verfolgung politisch motivierter Straftaten - links -, insbesondere zur Verhinderung gewalttätiger Auseinandersetzungen und sonstiger Straftaten im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen und Nukleartransporten sowie zur Abwehr von Gefahren, die von Ansammlungen gewaltbereiter Personen ausgehen ..." ⁵.

Anlass für die Meldung sind nicht nur eingeleitete Ermittlungsverfahren (wie z.B. Störung öffentlicher Betriebe § 316 StGB, Nötigung § 240 StGB, Landfriedensbruch §§ 125, 125 a StGB, Hausfriedensbruch §§ 123, 124 StGB und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte § 113 StGB) unabhängig von ihrem Ausgang⁶, sondern auch schon Personalienfeststellungen, Platzverweise und Ingewahrsamnahmen „zur Verhinderung anlassbezogener Straftaten“. Gelöscht werden die Daten nur, wenn sich ihre Unrichtigkeit herausstellt - dies dauert im Justizwege üblicherweise länger als die Lösungsfristen - und ebenfalls nicht, wenn ein „Restverdacht“ dahingehend besteht, „dass diese Personen zukünftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden“⁷.

3. Anti-Castor-Datei

In die zentrale „Anti- AKW/ Anti- Castor- Datei“ beim BKA. werden aufgenommen Beschuldigte, Verdächtige und Geschädigte sowie „andere Personen, wenn hinreichende Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Aufklärung oder vorbeugenden Bekämpfung schwerwiegender Straftaten im Zusammenhang mit dem militanten Widerstand gegen Bau und Betrieb von Kernkraftwerken sowie den Transport abgebrannter Brennelemente oder zur Abwehr einer im einzelnen Fall bestehenden erheblichen Gefahr erforderlich ist“⁸.

Diese Datei wird zumindest „anlassbezogen“ bundesweit dem Zugriff von Polizeibehörden und -beamten geöffnet.

Hier ist aus Baden-Württemberg ein Fall bekannt geworden, bei dem bereits die Anmeldung eines Informationsstandes - also ein legales Verhalten im Rahmen der Wahrnehmung von Grundrechten - zum „Störerverdacht“ und damit zum Eintrag geführt hat⁹.

4. Freiheitsentziehungen und Polizeidateien

Im Zusammenhang mit Freiheitsentziehungen sind folgende Speicherungen bedeutsam:

- jede polizeiliche Freiheitsentziehung im Zusammenhang mit den einschlägigen politischen Protesten ist potentieller Anlass für die Speicherung in der „Gewalttäter Links“-Datei;
- dabei ist es unerheblich und hat auf die weitere Speicherung keinen Einfluss, ob die Freiheitsentziehung gegen den Richtervorbehalt verstößt oder ob sie von einem Richter - ggf. nachträglich - für unzulässig erklärt worden ist;
- auch die Erteilung eines Platzverweises - ebenfalls unabhängig von seiner Recht- und Verhältnismäßigkeit - anlässlich einschlägiger Proteste, führt zur Speicherung. Damit wird praktisch die Schwelle, ab der bei späteren Anlässen „zur Durchsetzung eines Platzverweises“ oder „zur Verhinderung unmittelbar bevorstehender Straftaten“ Gewahrsam angeordnet wird, abgesenkt. (Es sind Fälle bekannt, da wussten die Betroffenen nicht einmal, dass sie einen Platzverweis erhalten haben sollten; wegen der Nichtbefolgung dieses angeblichen Platzverweises erfolgte dann ein Aufenthaltsverbot oder eine Gewahrsamsanordnung bei der nächsten Kontrollstelle...).
- Polizeiliche Profile, die auf Dateieinträge gestützt werden, werden zur Erhärtung der Verdachtsmomente für die „unmittelbar bevorstehende Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit mit erheblicher Bedeutung“ missbraucht oder für die Begründung, warum eine Freiheitsentziehung „unerlässlich“ ist; der Wahrheitsgehalt der Eintragung wird hier ebenso wenig vom Eilrichter überprüft wie von der Polizei.

5. Ausreiseverbote und Polizeidateien

Im Zusammenhang mit Ausreiseverboten und Meldeauflagen gilt ähnliches: Im Juli 2001 vor dem Genua-Gipfel reichten für solche Eingriffe die polizeiliche Einschätzung

der globalisierungskritischen Gesinnung der Betroffene und die Vermutung der Demonstrationsabsicht ohne jede gerichtliche Vorverurteilung oder Überprüfung des Wahrheitsgehaltes der in den maßgeblichen Dateien gespeicherten Tatsachen.

Für Ausreiseverbote und Meldeauflagen wird

- das „Täterprofil“ allein aus den Datenbeständen ermittelt und damit die konkrete Gefährdungslage begründet;
- auch legales Verhalten (Anmeldung eines Informationsstandes oder der Versammlungsleitung einer friedlichen Demonstration - abgespeichert z.B. von den Verfassungsschutzämtern im Rahmen ihrer „Szene“- Beobachtungen) als Indiz für „Gesinnung“ und „Szenezugehörigkeit“ notiert und kann so für die Begründung von behördlichen Eingriffsmaßnahmen „auf Verdacht“ benutzt werden;
- die Erteilung von Ausreiseverboten, Meldeauflagen und "Gefährderansprachen" ebenfalls selbständig gespeichert und – wiederum ungeachtet der Rechtmäßigkeit oder nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit – Grundlage späterer Gefahrenprognosen und Eingriffsmaßnahmen nicht nur der deutschen, sondern möglicherweise auch anderer europäischer Behörden.

III. BürgerInnen unter Generalverdacht - Polizeiliche Allmacht ?

Allein die Anordnung von Maßnahmen wie Gewahrsam oder Platzverweis oder Meldeauflagen durch die Polizei reicht aus, in den einschlägigen Dateien zu landen. Umgekehrt sind diese Dateieinträge wieder Grundlage weiterer polizeilicher Eingriffsmaßnahmen, die weitere Dateieinträge zur Folge haben

Die Erfahrungen zeigen, dass derartige Maßnahmen bei Bürgerprotesten häufig willkürlich, überzogen und nicht selten rechtswidrig sind. Um Rehabilitationsmöglichkeiten wird vor den Verwaltungsgerichten bisher häufig vergeblich gestritten. Meistens sind die Lösungsfristen erreicht, bevor das Gericht entscheidet; oder die Polizei erklärt kurz vor der mündlichen Verhandlung, nun seien die Daten gelöscht. Dann wird die Hauptsache für erledigt erklärt und in der Kostenentscheidung eine Auseinandersetzung mit der Sach- und Rechtslage vermieden – die Kosten trägt der Kläger zumindest zur Hälfte, häufig ganz.

Bei den Verfassungsschutzämtern des Bundes und der Länder werden zur Informationssammlung über extremistische Bestrebungen aufgrund laufender Observation Daten erfasst und gespeichert über weiteres „anrüchiges“ Verhalten: z.B. die Anmeldung eines Informationsstandes oder die Anmeldung einer Versammlung oder die angebliche Zugehörigkeit zu einer einschlägigen „Szene“, unabhängig davon, ob den Betroffenen rechtswidriges oder gar gewalttätiges Verhalten vorgehalten werden konnte oder ob die Versammlung friedlich verlief¹⁰.

Sogar legales und verfassungsrechtlich geschütztes Verhalten kann damit in Datensammlungen von Sicherheitsbehörden erfasst werden und sodann dann den Anlass für weitere behördliche Maßnahme bieten.

Wer also einmal in diesen Dateien gelandet ist, kommt kaum wieder raus. Der „Verdacht“ bleibt lange „kleben“ und unterläuft so die strafrechtliche Unschuldsvermutung. Zwar haben Betroffene das Recht auf Berichtigung, Sperrung oder Löschung fal-

scher Daten; dies greift aber - wenn überhaupt - nur den Datenbestand der ursprünglich speichernden Stelle an. Würden die Daten an andere Stellen übermittelt und in andere Datenbestände übernommen, so erfolgt zwar eine Mitteilung über die Löschung oder Sperrung, jedoch ist die Kontrolle der tatsächlichen Nutzungsuntersagung der gespeicherten Daten nahezu unmöglich. Die „datenschutzrechtliche Verantwortung“ trägt zwar jeweils die Ursprungsquelle, kontrollierbar ist dies jedoch für Betroffene nicht.

„Anlassbezogen“ – also z.B. bei Protesten gegen Gipfeltreffen, Castor-Transporte, Neonazi-Aufmärsche – werden diese Dateien so als Fahndungsdatei freigeschaltet, dass alle eingesetzten Polizisten und Polizeibehörden Zugriff auf den Datenbestand haben (und sich diese Daten dann auch selbst in eigene Dateien abspeichern können). Außerdem können Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden den Datenbestand personenbezogen im Einzelfall abfragen. Dies gilt auch für die Polizeibehörden anderer EU-Länder, sofern es sich um grenzüberschreitende Proteste oder grenzüberschreitende Polizeiaufgaben handelt. Der Weg der Daten ist damit praktisch unkontrollierbar geworden¹¹, während gleichzeitig die Tendenz steigt, immer schwerwiegendere polizeiliche Eingriffe in bürgerliche Freiheiten wie Versammlungsfreiheit, Freizügigkeit oder Freiheit der Person, über Begriffe wie „Verdacht“, „Gesinnung“, „Szenezugehörigkeit“ statt über nachweisbare Straftaten oder beweisbare Tatsachen zu rechtfertigen.

Zu Recht stellt daher Rachor¹² fest, „dass die polizeilichen Datenbestände sozusagen ein Eigenleben führen“. Deshalb ist zu fordern, dass niemals allein der Dateieintrag als solcher, sondern allenfalls der Anlass für die Speicherung selbst nach kritischer Überprüfung Grundlage für polizeiliche Eingriffsmaßnahmen sein darf. Effektiver Rechtsschutz und Gewaltenteilung verlangen, dass Richter derartige Eintragungen nicht als gegeben hinnehmen, sondern eigenständig prüfen und bewerten, ob den Eintragungen hinreichend konkrete Verdachtsmomente zugrunde liegen, die derart einschneidende Eingriffe in bürgerliche Freiheitsrechte rechtfertigen können¹³.

Polizeiliche „Totalkontrolle“ und Definitionsmacht über die „Gesinnung“ der BürgerInnen bewirkt weit größeren Schaden für die freiheitliche Demokratie und das Ansehen der Bundesrepublik, als dies das öffentliche Auftreten der vermuteten „Gewalttäter“ im In- oder Ausland selbst bewirken könnte.

1 Die Speicherung erfolgte aber bereits Jahre vorher, z.B. für die Betroffenen des „Quickborner Kessels“.

2 So der Niedersächsische Datenschutzbeauftragte auf einer Tagung am 26.10.2002 bei Dannenberg.

3 Richtlinie für den kriminalpolizeilichen Meldedienst „Landfriedensbruch und verwandte Straftaten“ des LKA Niedersachsen, Stand Januar 1997; Text entspricht bundesweiter Vereinbarung (Stand 24.10.1991) nicht öffentlich.

4 Ebd.; nach BVerfG, B.v. 16.05.2002, NJW 2002, 3231 verstößt dies nicht grundsätzlich gegen die Unschuldsvermutung, sofern besondere Anhaltspunkte für das Fortbestehen des Tatverdachtes sprechen.

5 So die BKA-Errichtungsanordnung, Stand 22.06.2001 nicht öffentlich; s. hierzu auch Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der PDS-Fraktion, BT-Drs. 14/6990.

- 6** S. hierzu die Straftatenstatistik im Vorwort, bei FN 13 und 14.
- 7** S. dazu Kleine Anfrage der Abgeordneten Rebecca Harms im Nds. Landtag vom 20.06.2001, LT-Drs.14/2651 und Dringliche Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 21.01.2002, LT-Drs.14, 3054 mit stenografischem Bericht der 95. Sitzung des Nds. Landtages vom 24.01.2002, TO-Punkt 17.
- 8** Errichtungsanordnung „ANTI-AKW/ANTI-CASTOR“, Stand 02.04.1997.
- 9** taz vom 23.04.2002, S. 10
- 10** Bekannt ist, der Staatsschutz Berichte auch darüber geschrieben hat, die Europa-Abgeordneten der „Grünen“ Undine v. Blottnitz verstorben war und wann sich Grüne Abgeordnete mit dem Grünen Umweltminister im Vorfeld des Castor-Transportes im März 2001 getroffen haben - von da ist es nicht weit zur Überwachung von Parlamentariern und Trauerfeiern zur Beobachtung der „Szenezugehörigkeit“.
- 11** Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der PDS-Fraktion, BT-Drs. 14/6730, 6806, 6990, 7216.
- 12** In Lisken/Denninger, Anm. F 719.
- 13** S. jetzt auch BVerfG, B.v. 26.05.2002 = NJW 2002, 3231: Für die Aufrechterhaltung der Speicherung nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens oder Freispruch bedarf es besonderer Anhaltspunkte für die Annahme eines fortbestehenden Tatverdachts. Dies ist insbesondere bei Ermittlungsverfahren, die ohne konkrete personenbezogene Verdachtsmomente eingeleitet und dann nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt wurden, beachtlich.

I. Musterantrag während des Gewahrsams zum Amtsgericht

Amtsgericht
(des Aufenthaltes/der Gewahrsamnahme)

Antrag auf richterliche Überprüfung der Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung

In Sachen (Name, Anschrift)
gegen

Bezirksregierung/ Polizeidirektion/ Polizeipräsidium/ Bundesgrenzschutzpräsidium
/das Land vertreten durch wird beantragt,

1. den/die Betroffene unverzüglich aus dem Polizeigewahrsam zu entlassen
2. den/die Betroffene persönlich anzuhören
3. (ggf. auch nachträglich) festzustellen, die Freiheitsentziehung
 - von Anfang an dem Grunde nach
 - der Dauer nach
 - wegen der Nichtbeachtung des Richtervorbehaltes
 - wegen der Behandlung während der Freiheitsentziehung
 von Anfang an (ab Uhr) unzulässig war.

Der/die Betroffene wurde am um in festgenommen und um nach (GeSa) verbracht.

- Die Fortdauer der Freiheitsentziehung ist unzulässig, weil (nicht erforderlich, kein individualisierbarer konkreter Tatvorwurf, mildere Mittel als Freiheitsentziehung)
- Die Freiheitsentziehung war von Anfang an unzulässig, weil die Voraussetzungen für den Gewahrsam (z.B. § 18NGefAG / § 39 BGSg) nicht vorgelegen haben
- Die Freiheitsentziehung war von Anfang an rechtswidrig, weil nicht "unverzüglich" die richterliche Entscheidung herbeigeführt wurde
- Die Art der Freiheitsentziehung bzw. die Behandlung im Gewahrsam ist unzulässig, weil (mangelhafte Unterbringung, hygienische Verhältnisse, Verpflegung, Benachrichtigung von Vertrauenspersonen, übermäßige Beschränkungen, fehlende Begründung/ Rechtsmittelbelehrung, Behinderung des Rechtsschutzes etc.)

Rechtsanwalt/Rechtsanwältin

II. Musterantrag nach Freilassung zum Amtsgericht (FGG- /FEUG-Verfahren)

Amtsgericht (der Gewahrsamnahme)

Antrag auf nachträgliche richterliche Überprüfung der Zulässigkeit der Freiheitsentziehung

In Sachen (Name, Anschrift)
gegen

Bezirksregierung./ Polizeipräsidium/ Bundesgrenzschutzpräsidium / das Land vertreten durch wird beantragt,

- nachträglich festzustellen, dass die Freiheitsentziehung am von bis
 - von Anfang an dem Grunde nach
 - der Dauer nach
 - wegen der Nichtbeachtung des Richtervorbehaltes
 - wegen der Behandlung während der Freiheitsentziehung

rechtswidrig war.

Der/die Betroffene wurde am um in durch die Polizei / den Bundesgrenzschutz festgenommen, bis um vor Ort und bis um im Gefangenentransporter festgehalten und um nach (GeSa) verbracht.

- Die Freiheitsentziehung war von Anfang an (alternativ: ab.....Uhr) unzulässig, weil die Voraussetzungen für den Gewahrsam (z.B. § 18 NGefAG / § 39 BGS) nicht vorgelegen haben.
.....
.....
- Die Freiheitsentziehung war unzulässig, weil nicht "unverzüglich" eine richterliche Entscheidung herbeigeführt wurde. Diese wurde nach meiner Kenntnis überhaupt nicht beantragt
- erst um beantragt
.....
- Die Art der Freiheitsentziehung bzw. die Behandlung im Gewahrsam war unzulässig, weil (mangelhafte Unterbringung, insbesondere Käfighaltung, Massenzellen, Festhalten im Freien oder im Transporter, unwürdige Haftbedingungen, mangelhafte hygienische Verhältnisse, mangelhafte Verpflegung, Benachrichtigung von Vertrauenspersonen, fehlende Begründung, Behinderung bei Inanspruchnahme von Rechtsbeistand)
.....
.....

Das Feststellungsinteresse für die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit ist bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen, insbesondere bei Eingriffen in die persönliche Freiheit, immer gegeben (s. z.B. BVerfG NJW 1999, 3773) - Ggf. weitere Ausführungen hinsichtlich der Grundrechtsbetroffenheit bei der Behandlung im Gewahrsam.

Rechtsanwältin/Rechtsanwalt

Hinweis: Antragsfrist 1 Monat ab Entlassung aus dem Gewahrsam in Niedersachsen, Bayern und Berlin

III. Musterantrag nach Freilassung zum Amtsgericht (StPO-Verfahren)

Amtsgericht (des Ergreifungsortes oder des Ermittlungsverfahrens)

Antrag auf nachträgliche richterliche Überprüfung der Zulässigkeit der Freiheitsentziehung

In dem Ermittlungsverfahren
gegen

wird gemäß § 98 Abs. 2 StPO (analog) beantragt,

nachträglich festzustellen, dass die Freiheitsentziehung am von bis

- von Anfang an dem Grunde nach
- der Dauer nach
- wegen der Nichtbeachtung des Richtervorbehaltes
- wegen der Behandlung während der Freiheitsentziehung

rechtswidrig war.

Der/die Betroffene wurde am um in festgenommen, bis um vor Ort und bis um im Gefangenentransporter festgehalten und um nach (GeSa) verbracht.

- Die Freiheitsentziehung war von Anfang an (alternativ: ab Uhr) unzulässig, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen haben
.....
.....
- Die Freiheitsentziehung war unzulässig, weil nicht "unverzüglich" eine richterliche Entscheidung herbeigeführt wurde. Diese wurde nach meiner Kenntnis
- überhaupt nicht beantragt
- erst um beantragt
.....
- Die Art der Freiheitsentziehung bzw. die Behandlung im Gewahrsam war unzulässig, weil (mangelhafte Unterbringung, , insbesondere Käfighaltung, Massenzellen, Festhalten im Freien oder im Transporter, unwürdige Haftbedingungen, mangelhafte hygienische Verhältnisse, mangelhafte Verpflegung, Benachrichtigung von Vertrauenspersonen, fehlende Begründung, Behinderung bei Inanspruchnahme von Rechtsbeistand)
.....
.....

Zur Zulässigkeit des Antrages wird verwiesen auf BVerfGE 96, 44 = NJW 1997, 2165, NJW 2002 und BGH, NJW 1998, 3654.

Rechtsanwältin/Rechtsanwalt

IV. Musterantrag Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO

Verwaltungsgericht (am Sitz der erlassenden Behörde)

Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO

In der Verwaltungsrechtssache (Name, Anschrift)
gegen

Bezirksregierung/ Polizeipräsidium/ das Land vertreten durch/ Bundesgrenzschutz-
präsidium wird beantragt,

festzustellen, dass die Freiheitsentziehung am von bis

- von Anfang an dem Grunde nach
- der Dauer nach wegen
- der Nichtbeachtung des Richtervorbehaltes
- der Behandlung während der Freiheitsentziehung
- des Nichtvorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen

rechtswidrig war.

Der/die KlägerIn wurde am um in durch die Polizei /den Bundesgrenzschutz
..... festgenommen, bis um vor Ort und bis um im Gefangenentransporter fest-
gehalten und um nach (GeSa) verbracht.

- Die Freiheitsentziehung war von Anfang an (alternativ: ab....Uhr) unzulässig, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen haben
.....
.....
- Die Freiheitsentziehung war unzulässig, weil nicht "unverzüglich" eine richterliche Entscheidung herbeigeführt wurde. Diese wurde nach meiner Kenntnis überhaupt nicht beantragt
- erst um beantragt
.....
- Die Art der Freiheitsentziehung bzw. die Behandlung im Gewahrsam war unzulässig, weil (mangelhafte Unterbringung, insbesondere Käfighaltung, Massenzellen, Festhalten im Freien oder im Transporter, unwürdige Haftbedingungen, mangelhafte hygienische Verhältnisse, mangelhafte Verpflegung, Benachrichtigung von Vertrauenspersonen, fehlende Begründung, Behinderung bei Inanspruchnahme von Rechtsbeistand)
.....

Rechtsanwältin/Rechtsanwalt

Literaturverzeichnis

Bader/Funke-Kaiser/ Kuntze/von Albedyll: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Auflage 2002

Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann: Zivilprozessordnung, 60. Auflage, 2002

Becker, Ulrich: Freizügigkeit in der EU - auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, Deutsches Verwaltungsblatt 1999, 522 ff.

Berner/Köhler: Polizeiaufgaben-Gesetz Bayern, 16. Auflage 2000

Bongen, Wolfgang: Schranken der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 1975

Bumiller/Winkler: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 7. Aufl. 1999

Callies, Christian/Ruffert, Matthias: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: EUV/EGV, 1999 (zitiert: Bearbeiter, in: Callies/Ruffert; EUV/EGV, Art.....Rdn....)

Dombert: Ein Einzelfall? Zur richterlichen Erreichbarkeit nach Dienstschluss, NJW 2002, 1627 ff.

Donat, Ulrike: Freiheitsentziehung im polizeilichen Selbstvollzug am Beispiel der Castor-Transporte, Kritische Justiz 1998, 393

Donat, Ulrike: Der Karwitzer Kessel, Polizeiliches Handeln im Bund-Länder-Konflikt, in: Demonstrieren verboten? Reader 5/1997 der Niedersächsischen Landtagsfraktion von Bündnis90/ Die Grünen

Edler, Matthias: Demonstranten als "Staatsfeinde" - "Staat" als Feindbild? 2001

Erbs/Kohlhaas: Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblattsammlung, 145. Ergänzungslieferung, Stand April 2002

Eyermann/Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 11. Auflage 2000

Fehn, Karsten: Rechtsprobleme bei Versammlungen, insbesondere Selbstbestimmung des Versammlungsortes und versammlungsrechtliche Zuständigkeit des Bundesgrenzschutzes, http://www.dr-fehn-net.de/BGS_Versammlungen.htm

Fischer/Hitz/Laskowski/Walter: BGG-Kommentar, 2. Aufl. 1996

Frowein, J./Peukert, W.: Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 1. Auflage 1996

Grabitz, E./Hilf, M.: Das Recht der Europäischen Union, Band I: EUV/EGV, Loseblattsammlung, Stand Februar 2002

Gusy, Christoph: Polizeirecht, 4. Auflage 2000

Heesen, D./ Hönle, J./Peilert, A.: Bundesgrenzschutzgesetz, 4. Aufl. 2002

Hornmann: Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 1997

Jarass/Pieroth: Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, 2000

Jochum/Rühle: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2000

Karlsruher Kommentar: Zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 1999

Kleinknecht/Meyer-Goßner: Strafordnung, 45. Aufl. 2001

KMR/Heintschel-Heinegg/ Stöckel (Hsg.): Kommentar zur Strafordnung, Loseblatt-Sammlung, Stand Mai 2002

Knack, H.-J.: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7. Auflage 2000

- Kopp, F. /Ramsauer, U.:** Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2000
- Kopp, F. /Schenke, W.-R.:** Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 13. Auflage 2003
- Lisken/Denninger (Hrsg.):** Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, (zitiert Bearbeiterin Lisken/Denninger)
- Lisken:** Freiheitsentziehungsfristen im Polizeirecht, ZRP 1996, 332
- Loewe/Rosenberg:** Strafordnung, Kommentar, 25. Auflage, 2002
- Marschner/Volckart:** Freiheitsentziehung und Unterbringung, 4. Aufl., 2001
- Medert, K./ Süßmuth, W.:** Passrecht, Kommentar, 3. Auflage 2001
- v. Mangold/Klein/Madert:** Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2001
- Pieroth, B./Schlink, B./Kniesel, M.:** Polizei- und Ordnungsrecht, 2002
- Reiff, H./Wöhrle, G./ Wolf, H.:** Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Kommentar, 1999
- Roggan, Frederik:** Ausweitung der Generalklauselanwendung durch die Polizei, Cilip Nr. 60 (Heft 2/1998), <http://www.cilip/Ausgabe/60/roggan.html>
- Rudolphi/Horn:** Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB), Loseblattsammlung Stand Februar 2003
- Schenke, Wolf-Rüdiger:** Polizei- und Ordnungsrecht, 2002
- Schneider, Hartmut:** Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag, 1998
- Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.):** Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Loseblattsammlung Stand Jan. 2001
- Sternberg, Nils:** Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG, Berlin, 1999
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.):** EU-Kommentar, 1999
- Steven, Elke:** Demonstrationsbeobachtung in: Cilip 68 (Heft 2/2001), S. 80 ff.
- Stoermer, Christian:** Der polizeirechtliche Gewahrsam unter besonderer Berücksichtigung des Unterbindungsgewahrsams, 1998
- Waechter, Kay:** Polizei- und Ordnungsrecht, Landesrecht Niedersachsen, 1. Aufl. 2000
- Wächtler, Hartmut:** Vorbeugehaft, in: Strafverteidiger 1989, 410 ff.
- Wolf/ Stephan:** Polizeigesetz Baden-Württemberg, 4. Aufl. 1995
- Wroblewski, Andrej/ Rehmke, Stephen:** Anwendung und Recht des Unterbindungsgewahrsams, in: Cilip Heft 63 (2/1999), S. 58 ff.
- Zeitler:** Allgemeines und besonderes Polizeirecht Baden-Württemberg, 1998

Zitate: BVerfG-Entscheidungen ohne Angabe der Fundstelle sind verfügbar unter www.bverfg.de/entscheidungen und die Entscheidungen "bei Melchior" sind verfügbar unter <http://home.t-online.de/home/mkmelchior/Abschiebehaf.html>, dort in der Rechtsprechung im Anhang.
Andere Gerichtsentscheidungen ohne Angabe der Fundstelle sind (noch) nicht veröffentlicht.

© Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein e.V.,
Holtfort-Stiftung, Ermittlungsausschuss Gorleben
Greifswalder Straße 4, 10405 Berlin
Tel. (030) 417 235 55, Fax. (030) 417 235 57
Email. RAVeV@t-online.de
Internet. www.rav.de
Bankverbindung, Postbank Hannover
Ko-Nr. 9004-301, BLZ 250 100 30

Berlin 2003 - 1. Auflage
Gestaltung: !4T, Berlin
Druck: Bunter Hund, Berlin