

Stellungnahme zur Reform des FEVG und FGG veröffentlicht von Hannes Honecker am 01-02-2007 17:34

Stellungnahme des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins e.V. (RAV) zur Reform des FEVG und FGG durch das „Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter dem Aspekt der

Neuregelung des Verfahrens bei Freiheitsentziehungen und der Anwendung des FGG im Polizeirecht

bearbeitet von Rechtsanwältin Ulrike Donat, Hamburg

I. Vorbemerkung

Eine Reform des FGG und des FEVG ist grundsätzlich zu begrüßen.

1. Reformbedarf

Das FGG ist seit seiner Entstehung lückenhaft und mußte eine Vielzahl von Gesetzesreformen, insbesondere im Familien- und Unterbringungsrecht, integrieren. Dadurch ist es unübersichtlich geworden. Der Referentenentwurf bringt insoweit allerdings nur wenig Abhilfe.

Die Verfahrensvorschriften im Familienrecht sind bislang zersplittert in der ZPO und im FGG. Es ist wünschenswert, ein einheitliches familienrechtliches Verfahren zu gestalten mit einem übersichtlichen Verfahrens- und Rechtsmittelrecht.

Das FEVG bietet ebenfalls nur ein rudimentäres Verfahrensrecht für Freiheitsentziehungen, die auf Bundesrecht beruhen. Es verweist auf die allgemeinen - ebenfalls lückenhaften - Verfahrensvorschriften des FGG und teilt damit das Problem der Unübersichtlichkeit durch Verweisungen und Unsicherheit in einzelnen Verfahrensfragen mangels Kodifizierung. Das FGG - das zunächst für zivilrechtliche Fragestellungen, Nachlaßabwicklung und Registersachen entwickelt wurde - hat sich als nicht geeignet erwiesen, grundrechtsrelevante Verfahrensfragen der hoheitlichen Freiheitsentziehung zu bewältigen. Unter der Geltung des Grundgesetzes hat sich seit 1949 ein Wandel des Rechtsverständnisses ergeben, der zunehmend dazu geführt hat, daß die Verfahrensvorschriften des FGG sich als unzureichend erwiesen haben:

Art. 2 Abs. 2 GG erklärt die persönliche Freiheit für „unverletzlich“ und läßt Grundrechtseingriffe nur aufgrund eines Gesetzes zu. Art. 104 GG und Art. 5 EMRK stellen Eingriffe in die persönliche Freiheit unter Richtervorbehalt, betonen die Gesetzesbindung und werden vom Bundesverfassungsgericht als unabdingbare Verfahrensgarantien zur Sicherung des Freiheitsgrundrechtes angesehen. Daneben gelten die weiteren Verfahrensgrundrechte Recht auf Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 GG) und das Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG). An diesem Maßstab sowie am Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) muß sich auch eine Neuregelung des Verfahrensrechtes bei Freiheitsentziehungen messen lassen.

Dies hat bereits Ende der 60er/Anfang der 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts dazu geführt, daß das Verfahrensrecht für die Unterbringung psychisch Kranker in den §§ 70 ff FGG unter Beachtung der freiheitssichernden Verfahrensvorschriften neu geregelt werden mußte,

nachdem das Bundesverfassungsgericht die Geltung der Grundrechte auch im „besonderen Gewaltverhältnis“ von Anstalten betont hatte.

2. Regelungsbereich des FEVG

Das FEVG ist bedeutsam für verschiedene bedeutsame Grundrechtseingriffe. Sein Anwendungsbereich umfaßt heute das Verfahren bei

- Abschiebehaft (Vorbereitungshaft und Sicherungshaft) nach dem Ausländergesetz (AuslG)
- freiheitsentziehende Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz
- Polizeigewahrsam nach dem Bundespolizeigesetz (BPolG).

Fast alle Polizeigesetze der Länder verweisen darüber hinaus ebenfalls für die gerichtliche Kontrolle von Freiheitsentziehungen auf das FEVG (mit Ausnahme Niedersachsens, das über das NdsFGG direkt auf das FGG des Bundes verweist, und Baden-Württemberg, das ebenfalls nur auf das FGG verweist), so daß der gesamte Bereich freiheitsentziehender Maßnahmen der Bundes- und Landes-polizeibehörden dem Geltungsbereich der Verfahrensvorschriften von FGG und FEVG unterliegt.

Der Sache nach handelt es sich um staatliche Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Rechtssphäre des einzelnen, die nach der üblichen Rechtssystematik eigentlich dem Verwaltungsrecht und der Verwaltungsprozeßordnung unterliegen. Die Zuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit ist allein deswegen erfolgt, weil an den Amtsgerichten (im Gegensatz zu den Verwaltungsgerichten) durchgängig ein richterlicher Eildienst vorhanden sein sollte und weil widersprüchliche Parallelentscheidungen des Eilrichters am ordentlichen Gericht einerseits, des Verwaltungsgerichtes im nachträglichen Rechtsschutz andererseits vermieden werden sollten.

3. Anwendung des FGG im Polizeirecht

Schon bisher ist das FGG nicht nur auf zivile Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander und der staatlichen Sicherungsfunktion für besonders bedeutsame Akte des Privatrechtsverkehrs anwendbar, sondern auch im Polizeirecht.

Traditionell gilt dies z. B. für die Richterentscheidung bei präventivpolizeilichen Wohnungsdurchsuchungen (vgl. z. B. § 46 BPolG, 59 Abs. 5 SOG MV. Hier verlangt Art. 13 Abs. 2 GG eine (vorherige) Richterentscheidung. In Ermangelung einer anderen verfahrensrechtlichen Zuweisung und wegen der Sachkompetenz der Zivilrichter aus den Wohnungsdurchsuchungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung, der Zuständigkeit für Räumungsverlangen von Wohnraum usw. und wegen des geregelten richterlichen Bereitschaftsdienstes obliegt nach den gegenwärtigen Polizeigesetzen dieser Richtervorbehalt der ordentlichen Gerichtsbarkeit, hier also dem Zivil- bzw. FGG-Richter, soweit es sich nicht um Eingriffe im Ermittlungsverfahren handelt, die der StPO und damit dem Strafrichter (als Ermittlungsrichter) unterliegen.

Aus der Neuregelung einiger Landespolizeigesetze und der Ausdehnung präventivpolizeilicher Befugnisse ergibt sich eine weitere Ausweitung der

Entscheidungskompetenzen der ordentlichen Gerichte im FGG-Verfahren bei polizeilichen Überwachungsmaßnahmen:

- Einsatz technischer Mittel zur Überwachung von beruflichen Vertrauensverhältnissen (§ 34 Abs. 3 SOG MV)
- Telefonüberwachungsmaßnahmen (§§ 34 a Abs. 3, 34 Abs. 3 SOG MV)
- Wohnraumüberwachung (§ 34 b Abs. 5 SOG MV)
- polizeiliche Beobachtung (§ 35 SOG MV)

Bei all diesen Maßnahmen handelt es sich nicht mehr um gleichrangige Beziehungen zwischen Bürgern, die einen staatlichen Rahmen benötigen (wie z.B. Nachlaßsachen, Registersachen, Kindschafts- und Vormundschaftssachen, Versorgungsausgleich), sondern um hoheitliche Eingriffe des Staates in die bürgerliche, verfassungsrechtlich geschützte Freiheitssphäre.

4. Anforderungen an eine Neuregelung des Verfahrensrechtes für Freiheitsentziehungen und andere präventivpolizeiliche Eingriffe

Eine Neuregelung des Verfahrensrechtes sollte eine klare Trennung der Regelungsbereiche herbeiführen, etwa durch ein besonderes Verfahrensrecht für präventivpolizeiliche Eingriffe, das den besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung trägt.

Weitere gesetzgeberische Ziele - auch wegen der Vorbildfunktion eines Bundesgesetzes für landesrechtliche Regelungen und wegen vielfacher Verweise des Landesrechtes auf FGG und FEVG - wären

- Transparenz des Verfahrens, bürgerfreundliche Regelungen
- Umsetzung verfassungsrechtlicher Anforderungen in einfach-
- gesetzliche Verfahrensregelungen
- Klärung und Vereinheitlichung von Zweifelsfragen und Überschneidungen betroffener Rechtsgebiete (hier:
- Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Strafprozessrecht)

a) Anforderungen des Bundesverfassungsgerichtes

In den vergangenen Jahren hat sich in verschiedenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes gezeigt, daß offenbar die verfahrensrechtlichen Sicherungen des FGG/FEVG nicht ausreichend sind oder daß die Richter der ordentlichen Gerichte mangels eigener intensiver Kenntnisse im Ausländer- und Polizeirecht von der Materie überfordert sind, die notwendige Grundrechtssicherung zu gewährleisten:

B. v. 26.06.1997 - 2 BvR 126/91 - und B. v. 03.02.1999 - 2 BvR 803/97 - zur Justiziabilität erledigter polizeilicher Freiheitsentziehungen

B. v. 05.12.2001 - 2 BvR 527/99 u.a. - zum Rechtsschutz bei erledigter Abschiebehaft

B. v. 15.05.2001 - 2 BvR 2292/00 - zum Richtervorbehalt, zum „Unverzüglichkeitsgebot“ und zum richterlichen Bereitschaftsdienst bei Abschiebehaft

B. v. 26.10.2004 - 1 BvR 1726/01 - zu versammlungsrechtlichen Vorfragen bei Gewahrsam, der auf Nichtbefolgung eines Platzverweises gestützt wird (als Beispiel für die besondere Bedeutung verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Fragen bei präventivpolizeilichen Freiheitsentziehungen)

B. v. 13.12.2005 - 2 BvR 44/705 - zur Richtervorbehalt, zur richterlichen Aufklärungspflicht, zu den Arbeitsabläufen und Dokumentationspflichten von Polizei und Gericht, zum richterlichen Bereitschaftsdienst und Beschleunigungsgebot, zur Justiziabilität der Rechtmäßigkeit rechtswidriger Behandlung im Gewahrsam sowie zum effektiven Rechtsschutz

B. v. 02.06. 2006 - 2 BvR 2118/05 u.a. sowie B. v. 12.06.2006 - 2 BvR 1305/05 - zur Gewährleistung des Richtervorbehaltes bei polizeilicher Freiheitsentziehung und zum effektiven Rechtsschutz gegen den Gewahrsamsvollzug

Die Entscheidungen vom 13.12.2005, 02.06.2006 und 12.06.2006 betreffen polizeiliche Freiheitsentziehungen bei Massenprotesten und zeigen die weit über den Regelungsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit hinausgehende Bedeutung des richterlichen Verfahrens im Zusammenhang mit dem Richtervorbehalt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Grundsatzentscheidung vom 13.12.2005 ausgeführt:

„ Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG bezeichnet die Freiheit der Person als „unverletzlich“. Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung kennzeichnet das Freiheitsrecht als ein besonders hohes Rechtsgut, in das nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf.... Die formellen Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in unlösbarem Zusammenhang.... Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird. Für den Staat folgt daraus die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit des zuständigen Richters zu gewährleisten und ihm auch insoweit eine sachangemessene Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgaben zu ermöglichen. Die Erreichbarkeit des zuständigen Richters ist dabei zur Tageszeit stets zu gewährleisten. Ein richterlicher Bereitschaftsdienst zur Nachtzeit ist demgegenüber von Verfassungs wegen erst dann gefordert, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht.

Die Freiheitsentziehung erfordert nach § 104 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung. Eine nachträgliche richterliche Entscheidung, deren Zulässigkeit Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG voraussetzt, genügt nur, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müßte. Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG gebietet in einem solchen Fall, die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuzholen. „Unverzüglich“ ist dahin auszulegen, daß die richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen läßt, nachholt werden muß (vgl. BVerfGE 105, 239, 249)....“

Bedeutsam für eine Neuregelung des gerichtlichen Verfahrens sind darüber hinaus alle Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes aus jüngster Zeit zu Maßnahmen im Ermittlungsverfahren nach der StPO, die unter Richtervorbehalt stehen, wie Wohnungsdurchsuchung, Telefon- und Wohnraumüberwachung (s. z.B. B. v 05.12.2002 - 2 BvR 1028/02 -, B. v. 08.04.2004 - 2 BvR 1821/04, B. v. 13.11.2005 - 2 BvR 728/05 -, B. v.

03.07.2006 - 2 BvR 2030/04 und B. v. 07.09.2006 - 2 BvR 1219/05 zu den Anforderungen an einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss; B. v. 19.12.2004 - 2 BvR 1451/04 - zum Verfahren nach § 98 Abs. 2 StPO analog; B. v. 12.04.2005 - 2 BvR 1027/02 zur Grundrechtsrelevanz der Beschlagnahme von PC und Datenträgern; U. v. 02.03.2006 = NJW 2006, 976 zum Schutz von Kommunikationsdaten bei Wohnungsdurchsuchung und zur Verhältnismäßigkeit; B. v. 23.01.2004 - 2 BvR 1109/01 zu erledigter Durchsuchung und der Notwendigkeit „konkreter Tatsachen“ bei „Gefahr in Verzug“; B. v. 05.02.2004 - 2 BvR 1621/03 zum Rechtlichen Gehör bei Wohnungsdurchsuchung und zur Begründung des Tatverdachts; B. v. 14.01.2005 - 2 BvR 983/04 zur richterlichen Sachverhaltsaufklärung bei Freiheitsentziehung; B. v. 28.09.2006 - 2 BvR 876/06 zum Richtervorbehalt bei Durchsuchung; B. v. 10.10.2006 - 2 BvR 1141/05 zur Verhältnismäßigkeit bei der Durchsuchung einer Anwaltskanzlei).

In diesen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren ebenfalls die Bedeutung der Verfahrensregelungen für die materiellen Freiheitsgarantien betont. Die Vielzahl der stattgebenden Entscheidungen weist auf fehlende Rechtsklarheit bei den einschlägigen Verfahrensregeln hin und/oder auf die Überforderung der Instanzgerichten bei der Entscheidung grundrechtsrelevanter Fragen im Ermittlungsverfahren.

Auch im Regelungsbereich der StPO hat sich gezeigt, dass eindeutige Verfahrensregelungen fehlen und rechtsstaatliche Sicherungen unmittelbar aus der Verfassung hergeleitet werden müssen, dass Ermittlungsrichter häufig ohne besondere gesetzliche Regelung die Bedeutung der Freiheitsgrundrechte und der zu ihrem Schutz ergangenen verfassungsrechtlichen Verfahrenssicherungen verkennen. In der Rechtspraxis hat sich gezeigt, daß der vom BGH und BVerfG gewiesene Weg der nachträglichen Rechtmäßigkeitskontrolle erledigter Eingriffe im Ermittlungsverfahren „analog § 98 StPO“ den Instanzgerichten häufig nicht einmal bekannt ist (vgl. hierzu BGH, B. v. 05.08. 1998 NStZ 1999,200; B. v. 25.08.1999; BGHSt 45, 183 ff.; BVerfG NJW 1997, 2165).

Verfahrensregelungen für das Verfahren „analog § 98 Abs. 2 StPO“ fehlen dort gänzlich, es ist nicht einmal die Stellung der Beteiligten geklärt, wenn ein Ermittlungsverfahren eingestellt wurde, der Betroffene also nicht mehr „Beschuldigter“ oder „Tatverdächtiger“ ist. Ungeklärt bzw. umstritten sind auch Rechtsweg und dementsprechend das anzuwendende Verfahren für ED-Behandlungen nach § 81 b, 2. Alt. StPO (vgl. hierzu VG Berlin, B. v.28.03 2006 - 1 A 152.05) und zur Anfechtung von DNA-Analysen (vgl. z.B. OLG Karlsruhe, NJW 2002, 3117 gegen KG Berlin, B. v. 17.04.2001) deren grundrechtsrelevanter Charakter offenkundig ist

Auch dies belegt die bisherige Unzulänglichkeit der vorhandenen Verfahrensregelungen und spricht für eine einheitliche, klare Kodifizierung des Verfahrens für polizeiliche Eingriffe, die unter Richtervorbehalt stehen, und andere (erledigte) grundrechtsrelevante Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren.

b) Transparenz des Verfahrens, Beseitigung von Unklarheiten

Überschneidungen des Regelungsbereichs der verwaltungsrechtlichen Vorschriften und der Verfahrensordnung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit führen darüber hinaus zu Unklarheiten.

Ungeklärt und bundesweit unterschiedlich beantwortet wird z.B. die Frage, ob nach Beendigung der Freiheitsentziehung, die auf einem Richterbeschluss beruht, die Überprüfung im Beschwerdeverfahren (also in 2. Instanz mit Verlust einer Tatsacheninstanz) stattfindet, oder ob das nachträgliche Feststellungsverfahren gesondert (in einem nachträglichen

Feststellungsverfahren in 1. Instanz, beim selben Gericht oder beim Verwaltungsgericht) anhängig gemacht werden muss, und ob dies unterschiedlich zu beurteilen ist je nachdem, ob der Richterbeschluss im Eilverfahren bereits eine Aussage zur anfänglichen Zulässigkeit der Freiheitsentziehung vom polizeilichen Zugriff bis zur Richterentscheidung trifft. Die Beantwortung dieser „Rechtsmittelkonkurrenz“ betrifft einen Kernbereich des „effektiven Rechtsschutzes“ (Art. 19 Abs. 4 GG). Für die Beschwerde gilt eine Frist von 2 Wochen, während für das nachträgliche Feststellungsverfahren keine Frist oder eine Monatsfrist (Niedersachsen, Berlin, Bayern) gilt.

Klärungsbedürftig ist auch die Frage des Fristenlaufes bei unterbliebener Rechtsmittelbelehrung. Zwar schreiben die Polizeigesetze eine Belehrung über den Grund der Maßnahme vor, dies folgt auch aus dem Prinzip des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und dem Rechtsstaatsgebot (faïres Verfahren), jedoch sind die Rechtsfolgen der unterbliebenen Belehrung weder im FGG noch im Reformentwurf zufriedenstellend geregelt. Wünschenswert wäre eine Übernahme der Regelung in § 58 VwGO (so wohl LG Lüneburg, B. v. 15.08.2005 - 10 T 24/04), während nach anderer Auffassung nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist (so KG Berlin, B. v. 27.06.2003 - 25 W 58/02). Ein Antrag auf Wiedereinsetzung ist frist- und formgebunden, daher dem Bürger schwer zugänglich und mit mannigfachen Fehlerquellen versehen, die den „effektiven Rechtsschutz“ erschweren.

In der Rechtspraxis hat sich außerdem gezeigt, dass die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit verwaltungsrechtlichen Fragestellungen und den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Sachverhaltsaufklärung und Entscheidungsbegründungen im Polizeirecht vielfach überfordert sind (s. die umfangreichen Probleme der Gerichte mit häufigen Rückverweisungen an Vorinstanzen in der Bearbeitung polizeilicher Freiheitsentziehungen in Niedersachsen im Zusammenhang mit den präventivpolizeilichen Freiheitsentziehungen bei Massenprotesten gegen Castor-Transporte seit 2001 - dort wurde zunächst die Berücksichtigung in der Geschäftsverteilung und dann im Arbeitspensum der Richter versäumt).

c) Vereinheitlichung des Verfahrensrechtes, Klärung von Überschneidungen

Bundesweit regeln die Polizeigesetze der Länder die Zuständigkeit der Ordentlichen Gerichte nach dem FEVG/FGG und der Verwaltungsgerichte nach VwGO sowie die jeweiligen Verweisungen und deren Auslegung uneinheitlich:

Anerkannt ist, dass wegen der besseren Erreichbarkeit eines Eilrichters die Eilzuständigkeit während andauernder Freiheitsentziehung bei den ordentlichen Gerichten liegt, dies ist in allen Polizeigesetzen so geregelt.

Bis zum „Hamburger Kessel“ im Jahre 1986 (LG Hamburg, NVwZ 1987, 834) war bundesweit aber auch anerkannt, daß die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit von Freiheitsentziehungen über § 40 VwGO den Verwaltungsgerichten zugewiesen ist. Nachdem bayrische Gerichte (VG Regensburg BayVBl 1987, 505 und VGH München, BayVBl. 1988, 246, bestätigt von BVerwG, NJW 1989, 1048) die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen verschiedener mit der Sache befasster Gerichte thematisiert haben, weist ein Teil der Polizeigesetze nunmehr auch die nachträgliche Entscheidung über die Rechtswidrigkeit einer Freiheitsentziehung den ordentlichen Gerichten zu (so ausdrücklich § 19 Abs. 2 NdsSOG, § 31 Abs. 2, 3 BlnASOG, Art. 18 Abs. 2 BayPAG), während andere ausdrücklich den Verwaltungsrechtsweg beibehalten (§ 13 a HmbSOG, ebenso aufgrund der

Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte Bremen, Hessen, Thüringen; in Baden-Württemberg gilt dies nur, wenn noch keine Richterentscheidung ergangen ist). In anderen Bundesländern ist die Abgrenzung unklar (z.B. nach § 36 NW PolG: Verwaltungsgericht, wenn während der Freiheitsentziehung noch keine Richterentscheidung ergangen ist oder wenn der Antrag auf Richterentscheidung noch nicht anhängig geworden ist).

Für Freiheitsentziehungen durch die Bundespolizei (nach § 40 BPolG wegen freiheitsentziehender Maßnahmen nach §§ 23 Abs. 3, 25 Abs. 3, 39 oder 43 Abs. 5 BPolG) ist bisher ebenfalls nur die Eilzuständigkeit geregelt und den ordentlichen Gerichten zugewiesen (§ 40 Abs. 2 BPolG). Die nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle ist dort gesetzlich nicht geregelt. Das Bundesverwaltungsgericht leitet die Zuweisung an die ordentlichen Gerichte aus § 13 Abs. 2 FEVG her (BVerwGE 62, 317, kritisch hierzu Donat, Polizeiliche Freiheitsentziehung, Eine Anleitung zum Rechtsschutz, S. 70 ff., 73 ff. und KG Berlin, B. v. 30.08.2002 - 25 W 78/02; OLG Frankfurt, NVwZ 1998,213; OLG Hamburg, InfAuslR 2002, 28).

Eine weitere Problematik ergibt sich aus Gemengelagen und sog. „Doppelfunktionalität“ polizeilicher Eingriffe, die teils der Gefahrenabwehr dienen, teils der Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten. „Effektiver Rechtsschutz“ und das Rechtsstaatsgebot verlangen, dass Bürger wissen, auf welche Rechtsgrundlage eine Maßnahme gestützt wird, weil daraus die möglichen Rechtsbehelfe und ihre Erfolgsaussicht folgen. In der Praxis ist dieser Rechtsweg auch qualifizierten Juristen unbekannt. Zur Grundrechtssicherung sollte eine eindeutige Regelung der Überprüfung freiheitsentziehender Maßnahmen und anderer, unter Richtervorbehalt stehender Maßnahmen, jeweils in dem der Sache angemessenen Rechtsweg, aber mit einem einheitlichen, transparenten Verfahrensrecht erfolgen.

d) Sonderregelung für polizeiliches Eingriffsrecht

Die kontinuierliche Vorverlagerung polizeilicher Aufgaben von repressiven Maßnahmen hin zu einer Vielzahl von präventivpolizeilichen Eingriffen hatte gerade in den vergangenen Jahren eine verstärkte Anrufung der Gerichte zur Folge. Massenfreiheitsentziehungen im Zusammenhang mit Castor-Transporten, aber auch mit anderen politischen Protesten (z.B. der Sicherheitskonferenz in München) und ihre gerichtliche Aufarbeitung haben gezeigt, dass klare Verfahrensregelungen im grundrechtsrelevanten Bereich nicht allein dem Richterrecht überlassen bleiben sollten, sondern dem Gesetzgeber obliegen.

Auch der Referentenentwurf bezieht sich in der Begründung auf die Unvollständigkeit und Widersprüchlichkeit der Verfahrensregelungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die (zu) schwache Ausbildung der rechtsstaatlichen Garantien für die Verfahrensbeteiligten aufgrund eines seinerzeit obrigkeitlichen Denkens (S. 330 des RefE 14.02.2006).

Rechtsstaatliche Verfahrenssicherungen haben gerade im Polizeirecht besondere Bedeutung zur Aufrechterhaltung eines freiheitlichen, rechtsstaatlichen Standards und als begrenzende Regelungen gegen obrigkeitliche Machtausübung. Dies gilt in verstärktem Maße für staatliche Eingriffe in die persönliche Freiheit durch präventiv-polizeiliche Eingriffe im Vorfeld, bei der die Unschuldsvermutung gilt. Präventiv-polizeiliche Eingriffe gehen stets von einer „Gefahr“ aus, also einem Geschehen, bei dem noch nicht feststeht, ob sich die „Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts“ tatsächlich zu einer Rechtsgutverletzung verdichtet. Ebenso steht im Vorfeldbereich niemals fest, ob der als „Störer“ in Anspruch genommen Bürger tatsächlich bei ungehindertem Geschehensablauf „Täter“ geworden wäre.

5. Reformziele

Die Ausdehnung der polizeilichen Vorfeldeingriffe, die verstärkte Inanspruchnahme von Bürgern zur Gefahrenabwehr ohne konkreten schweren Tatverdacht bedingt die Ausweitung der mit dem Richtervorbehalt verbundenen rechtsstaatlichen Sicherungen. Damit Richter den freiheitlichen Verfahrenssicherungen gerecht werden können, benötigen sie klare Handlungsanweisungen im Verfahrensrecht, die bislang in weiten Bereichen nur unmittelbar aus dem Verfassungsrecht selbst abgeleitet werden können und darüber hinaus in verschiedenen Verfahrensordnungen und Verweisungen verstreut und widersprüchlich geregelt sind.

Ein Reformvorhaben sollte sowohl den Bereich des Verfahrens bei Freiheitsentziehungen als auch das Verfahrensrecht für den Richtervorbehalt zur Sicherung anderer verfassungsrechtlicher Freiheitsgarantien insgesamt aus dem FGG herausnehmen und gesondert in Anlehnung an die VwGO regeln.

Rechtsstaatlich wünschenswert wäre wegen der grundrechtlichen Bedeutung (vgl. hierzu die oben zitierten Entscheidungen des BVerfG) jedenfalls:

1. eine klare Zuweisung der nachträglichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit präventiv-polizeilicher Freiheitsentziehungen (der Sicherheitsbehörden oder der Ausländerbehörden) und anderer polizeilicher Vorfeldeingriffe unter Richtervorbehalt an die Verwaltungsgerichtsbarkeit wegen der größeren Nähe zu dem betroffenen Rechtsgebiet. Dann würden sich die nachfolgend angesprochenen Themen größtenteils erübrigen, weil die VwGO ausreichend rechtsstaatliche und grundrechtssichernde Verfahrensvorschriften enthält

2. andernfalls

a) eine klare Regelung eines kontradiktorischen Verfahrens - mit den Parteien als „Antragsteller und Antragsgegner“ statt als „Beteiligte“ - mit einer Kostenregelung unter Verweis auf § 104 ff ZPO je nach Unterliegen oder Obsiegen (statt nach „Billigkeit wie in § 13 a FGG)

b) eine Übernahme des § 58 VwGO und klaren Vorschriften zur Rechtsmittelbelehrung bei freiheitsentziehenden Maßnahmen einer Behörde ohne vorherige Richterentscheidung

c) klare Regelungen zur Beiziehung von Verwaltungsvorgängen und Akteneinsichtsrechten der Beteiligten

d) eindeutige Anweisungen an den entscheidenden Richter zum Gang des Verfahrens, zu Aufklärungs- und Begründungspflichten und zur Beschleunigung

e) Vorschriften zu einem Wechsel der Richterzuständigkeit nach Zurückverweisung von einer höheren Instanz

II. Stellungnahme zum Referentenentwurf

Die bisherigen Regelungen im FEVG i.V.m. FGG enthalten Lücken und Unklarheiten, die der Referentenentwurf nicht beseitigt. Stattdessen kommen neue Verfahrensprobleme hinzu. Die hoheitliche Eingriffsqualität der Freiheitsentziehung wird verfahrensrechtlich nicht angemessen gewürdigt.

Der Referentenentwurf berücksichtigt nicht die ebenfalls unzureichend geregelte nachträgliche Anfechtung einer freiheitsentziehenden Maßnahme im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (z.B. überlanges Festhalten oder Verschleppen bei Identitätsfeststellungen, freiheitsentziehende Maßnahmen ohne Vorführung beim Haftrichter usw.) und ebenso wenig die Besonderheit anderer Freiheitseingriffe, die dem Richtervorbehalt unterliegen.

1. Allgemeiner Teil:

§ 2 Abs. 1 RefE (Örtliche Zuständigkeit)

ist als redaktionelle Klarstellung eine Verbesserung des bisherigen § 4 FGG

§ 7 RefE (Akteneinsichtsrecht)

eine „kann“-Regelung ist für Grundrechtseingriffe zu schwach und rechtsstaatlich bedenklich. Hier sollte sich Regelung orientieren an §§ 99, 100 VwGO

§§ 24, 25 RefE, Wiedereinsetzung

Für polizeiliche Freiheitsentziehungen, für die eine Belehrung über den Grund und die Rechtsmittel (landes- oder bundesgesetzlich) vorgeschrieben ist, ist die Wiedereinsetzungsregelung mit der Frist von 2 Wochen, innerhalb derer sowohl Glaubhaftmachung als auch Nachholung der Rechtshandlung erforderlich sind, zu schwach, da der Bürger diesen „Rechtsbehelf“ in der Regel nicht kennt und er auch keine Rechtsmittelbelehrung über Wiedereinsetzung erhält.

Stattdessen sollte bei Freiheitsentziehungen und grundrechtsrelevanten Eingriffen durch eine (Polizei-) Behörde die Regelung des § 58 VwGO übernommen werden.

§ 29 Abs. 4 RefE (Beweisanträge)

Der letzte Satz ist mißverständlich. Gemeint ist vermutlich „Soweit die Ablehnung gesondert erfolgt, ist sie nur mit der abschließenden Entscheidung anfechtbar“

§ 31 Abs. 2 RefE:

Die Einschränkung „Eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft“ ist wegen der Grundrechtsrelevanz für die nachträgliche Anfechtung polizeilicher Eingriffsmaßnahmen nicht akzeptabel. Im Rahmen der Amtsermittlung muß das Gericht, Beweisangeboten und Beweisanträgen des Betroffenen zur objektiven Aufklärung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs nachgehen.

§ 34 RefE Persönliche Anhörung

Nach BVerfG (BVerfGE 58, 208, 222 und 61, 123, 125) dient die persönliche Anhörung des Betroffenen von Freiheitsentziehungen (und dementsprechend anderen schwerwiegenden Grundrechtseingriffen) nicht nur dem Rechtlichen Gehör, sondern sie ist auch „unverzichtbarer Bestandteil der richterlichen Sachverhaltsaufklärung“, die wiederum wegen Art. 104 Abs. 1 GG („... nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen“, und aus Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG selbst, so Gusy in v.Mangold/Klein GG-Kommentar, Art. 104 Rz. 50) als freiheitssicherndes Verfahrensrecht Verfassungsrang hat. Die persönliche Anhörung ist auch nach § 5 Abs. 3 EMRK zwingend vorgeschrieben (EGMR, NJW 2001, 51) und „unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens“ (BVerfG, B. v. 14.01.2005 - 2 BvR 983/04). Zudem dient die persönliche

Anhörung dazu, dem Gericht einen eigenen persönlichen Eindruck zu verschaffen.

§ 39 RefE (Rechtsbehelfsbelehrung)

Die Rechtsbehelfsbelehrung sollte zwingend die Rechtsbehelfe des § 43 (Beschlussergänzung) und Anhörungsrüge (§ 44 RefE) und Wiederaufnahme (§ 51 RefE) umfassen, weil diese fristgebunden sind, aber üblicherweise in Rechtsmittelbelehrungen nicht erwähnt werden.

Anhörungsrüge § 44 RefE

Bei der Regelung der Rechtsbehelfe fehlt eine Regelung der Anhörungsrüge (Gehörsrüge, bisher § 28 a FGG nach dem Anhörungsrügensgesetz, mit dem Anforderungen vom Bundesverfassungsgericht, B. v. 30.04.2003 - 1 PBvU 1/02 zur Sicherung des Rechts auf Gehör umgesetzt wurden); diese ist versteckt unter § 44 RefE und steht dort systematisch unglücklich, da es sich um einen echten, rechtsmittel-ähnlichen Rechtsbehelf handelt.

Der Regelungsbereich der Anhörungsrüge des § 46 RefE sollte erweitert werden auf andere „schwerwiegende Verfahrensverstöße“, für die bislang umstritten ist, ob sie ebenfalls der Anhörungsrüge (analog) unterliegen oder der sofortigen Verfassungsbeschwerde unterliegen (vgl. hierzu OVG Lüneburg, B. v. 08.02.2006, NJW 2006, 2506 und zur Problematik, wenn die letzte Instanz eine klärungsbedürftige Frage - dort: die Kosten - „übersieht“ LG Lüneburg, B. v. 06.11.2006 - 10 T 21/04, Nachfolgeentscheidung des Sachverhaltes von BVerfG, B. v. 13.12.2005 - 2 BvR 447/05)

2. zu Abschnitt 6, Rechtsmittel

Die Anhörungsrüge sollte systematisch in diesen Abschnitt verlegt werden.

§ 65 RefE (Beschränkung der Beschwerdemöglichkeit)

Die sofortige Beschwerde muß in grundrechtsrelevanten Fragen stets zulässig sein.

§ 456 RefE regelt zwar die Beschwerdebefugnis der Behörde, des Verfahrenspflegers, der Angehörigen und Vertrauenspersonen, nicht aber die Beschwerdebefugnis des Betroffenen ohne Zulassung bei geringer Festsetzung des Gegenstandswertes.

§ 65 RefE ist dahingehend zu ändern, daß die Beschwerde in grundrechtsrelevanten Fragen stets (wertunabhängig) zulässig ist.

§ 65 RefE sollte außerdem klarstellen, daß die Zulassung der Beschwerde nachträglich beantragt werden kann, wenn der Beschluß keine Entscheidung oder keine Begründung der enthält.

Die anwaltliche Erfahrung mit zulassungsabhängigen Beschwerden zeigt, daß die unteren Instanzgerichte häufig „vergessen“, über die Beschwerdezulassung zu entscheiden. Dies führt dann bei der nächsthöheren Instanz zu der Annahme, wenn die Beschwerde nicht zugelassen ist, ist sie nicht statthaft, obwohl eine wirkliche Entscheidung hierzu von niemandem getroffen wurde.

Es bedarf daher eines zusätzlichen „Antrages auf Zulassung der Beschwerde“ beim entscheidenden Gericht oder einer „Nichtzulassungsbeschwerde“ beim nächsthöheren Gericht.

Anderfalls bleibt nur unmittelbar die Verfassungsbeschwerde. Dies soll nach st. Rspr. des Bundesverfassungsgerichtes zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde durch die Verfahrensordnung selbst und dort geregelte „außerordentliche Rechtsbehelfe“ vermieden werden.

Möglich wäre auch, die Zulässigkeit der „Anhörungsrüge“ nach § 44 RefE zu erweitern auf einen Antrag auf Zulassung der Beschwerde, wenn diese erkennbar in der angefochtenen Entscheidung nicht entschieden wurde.

§ 67 RefE (Einlegen der Beschwerde)

Zu begrüßen ist die Vereinheitlichung der Rechtsmittelfrist der sofortigen Beschwerde mit der Berufungsfrist nach ZPO und VwGO. Wird die Frist zur Einlegung der Beschwerde auf „spätestens mit Ablauf von 5 Monaten nach Erlass des Beschlusses“ beschränkt für nur mündlich bekanntgegebene Beschlüsse, fehlt eine entsprechende Verpflichtung des Gerichtes zur schriftlichen Rechtsmittelbegründung. Dieser Zusatz sollte daher gestrichen werden.

§ 72 RefE (Beschwerdeentscheidung)

Abs. 3 ist zu ergänzen um eine Begründungspflicht bei grundrechtsrelevanten Eingriffen.

§ 73 RefE (Rechtsbeschwerde)

Es fehlt ein Verfahren zur Rechtsbeschwerdezulassung, wenn das Beschwerdegericht entgegen § 73 Abs. 2 RefE die Beschwerde nicht zugelassen hat.

§ 74 RefE (Frist und Form der Rechtsbeschwerde)

Die Frist in Abs. 2 muß geändert werden auf zwei Monate („innerhalb eines weiteren Monats“) nach schriftlicher Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung, andernfalls muß die Pflicht zur Einlegung einer begründeten Beschwerdeschrift in Abs. 1 zusammengefaßt werden.

3. Zu Buch 7: Verfahren in Freiheitsentziehungssachen (Neuregelung des FEVG)

Der Referentenentwurf 14.02.2006 hat einen zu engen Begriff von „Freiheitsentziehung“. Die Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung geht weit darüber hinaus. Die Definition des Bundesverfassungsgerichtes lautet

„Freiheitsentziehung ist die schwerste Form der Freiheitsbeschränkung. Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich oder rechtlich) zugänglich ist. Der Tatbestand der Freiheitsentziehung kommt nur in Betracht, wenn die - tatsächlich und rechtlich an sich gegebene - körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird“

(BVerfG, Beschluss vom 15.02.2002, 2 BvR 2292/02, st.Rspr).

Offenbar liegt dem Entwurf nur die Vorstellung einer krankheitsbedingten Freiheitsentziehung zugrunde, nicht aber eine sonstige freiheitsentziehende Maßnahme der allgemeinen oder speziellen Polizeibehörden, für die das Gesetz ebenfalls gelten würde.

§ 442RefE (Freiheitsentziehungssachen)

Freiheitsentziehende Maßnahmen außerhalb einer „abgeschlossenen Einrichtung“, z.B. durch

einen Polizeikessel oder bei schlichtem Festhalten oder Fesselung durch Polizeibeamte, „Verwahrung“ in Fahrzeugen usw. fehlen.

Auch für andere polizeiliche Eingriffsmaßnahmen unter Richtervorbehalt ist eine Verfahrensregelung erforderlich. Ggf. sind diese in den Anwendungsbereich dieses Abschnittes einzufügen, sofern nicht der gesamte Komplex gesondert in einem eigenen Verfahrensrecht für staatliche Eingriffe geregelt wird.

§ 443RefE (Örtliche Zuständigkeit)

wie bisher § 4 FEVG - die Regelung ist sachgerecht nur im Eilverfahren, weil das ortsnächste Gericht mit der Sache befaßt wird zwecks Beschleunigung.

Fraglich ist die Geltung des § 2 RefE in den Fällen, in denen die Polizei Betroffene vom Ergreifensort an einen (anderen) Gerichtsort in eine Gewahrsamseinrichtung verschleppen. Dann hat der Staat einen unzulässigen Einfluß auf den „gesetzlichen Richter“.

Daher muß in jedem Fall für die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung der Gerichtsstand mit dem Ergreifensort identisch sein.

§ 444RefE (Antrag)

Die Regelung muß wegen der verfassungsrechtlichen Vorgaben ergänzt werden:

Abs. 2

„Der Antrag muß durch Tatsachen begründet werden. Er muß die Rechtsgrundlage der Freiheitsentziehung und die Gründe einer unterbliebenen vorherigen Richterentscheidung erkennen lassen. Der Antrag muß dem betroffenen Bürger zur Kenntnis gebracht werden.“

Auch hier gilt § 15 Abs. 2 des RefE ergänzend. Dies ist allerdings nicht klargestellt und führt zu Mißverständnissen. Freiheitsentziehende Maßnahmen erfolgen immer auf Initiative einer Behörde, für die aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) sowie aus der Freiheitsgarantie und Art. 104 GG unmittelbar die Pflicht zur Begründung der Eingriffsmaßnahme und zur Bekanntgabe der Rechtsgrundlage folgt.

Ein Bürger kann sich gegen eine staatliche Eingriffsmaßnahme nur dann angemessen zur Wehr setzen, wenn diese eindeutig rechtlich und tatsächlich begründet ist. Die Sollvorschrift des § 15 Abs. 2 RefE - die sich an alle Antragsteller, insbesondere auch an Bürger richtet, die ein Verfahren einleiten wollen - ist hierfür zu schwach. An Behörden im Bereich der Eingriffsverwaltung sind weit strengere Anforderungen an Darlegungs- und Begründungspflichten zu stellen, als an Bürger untereinander im (staatlich überwachten) Rechtsverkehr.

§ 452 RefE (Dauer und Verlängerung)

Angesichts des Anwendungsbereiches des FEVG - das durch die Regelungen dieses Abschnittes ersetzt werden soll - ist die Höchstdauer der Freiheitsentziehung bis zu einem Jahr (mit Verlängerungsmöglichkeit?!) nicht einsichtig.

Die Höchstzulässige Dauer der Freiheitsentziehung muß sich wegen Art. 104 GG nicht aus dem Verfahrensrecht, sondern aus der gesetzlichen Ermächtigung zur Freiheitsentziehung dem Grunde nach ergeben! Daher muß es in Abs. 1 heißen:

„...ist eine Frist entsprechend der gesetzlichen Ermächtigung, auf die die Freiheitsentziehung gestützt wird, unter Beachtung des Art. 104 GG und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen.“

außerdem ist zu ergänzen:

„Die Zulässigkeit einer Verlängerung richtet sich nach der gesetzlichen Regelung, die zur Freiheitsentziehung ermächtigt“

Die vorgeschlagene Regelung kann so keinen Bestand haben, weil das Grundgesetz eine Freiheitsentziehung (außerhalb der aus gesundheitlichen Gründen erforderlichen Unterbringung, die in §§ 325 ff des RefE geregelt ist) allenfalls aus polizeilichen Gründen rechtfertigt, wegen des hohen Ranges der persönlichen Freiheit.

Wie lange eine Freiheitsentziehung aus seuchenpolizeilichen, ausländerpolizeilichen oder allgemeinpolizeilichen Gründen zulässig ist, muß die Eingriffsbefugnis wegen Art. 104 Abs. 1 GG abschließend regeln. Daher ist im Verfahrensrecht eine eigenständige Regelung zur Dauer überflüssig, soweit sie nicht engmaschigere Überprüfungen vorsieht, als die gesetzliche Eingriffsbefugnis.

§ 455 RefE (Verwaltungsmaßnahme, Richterliche Prüfung)

Diese Vorschrift ist § 13 FEVG nachgebildet und teilt daher die Uneindeutigkeit jener Vorschrift.

Wie oben dargestellt, sollte klargestellt werden, daß das nachträgliche Feststellungsverfahren bei Freiheitsentziehungen im sachnächsten Rechtsweg verbleiben muß, bei polizeilichen Maßnahmen also im Verwaltungsrechtsweg. Daher sollte die Vorschrift wie folgt klarstellend gefaßt werden:

Abs. 1 bleibt

Abs. 2 bleibt

Abs. 3 wird ergänzt:

Wird eine Maßnahme der Verwaltungsbehörde nach Abs. 1 S. 1 nach der Freilassung bzw. Erledigung angefochten, entscheidet hierüber das Gericht, das für Verfahren der Hauptsache zuständig ist

Diese Regelung ist erforderlich, wenn das Recht der polizeilichen Eingriffsverwaltung nicht insgesamt aus dem Gesetzentwurf ausgegliedert wird.

Das Bedürfnis für die Verweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit ist allein begründet durch das Gebot einer beschleunigten richterlichen Entscheidung und den bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorhandenen Bereitschaftsdienst.

Für die nachträgliche Entscheidung gelten diese Regelungen nicht .

An dieser Stelle wird noch einmal verwiesen auf die überzeugende Begründung des KG Berlin, B. v. 30.08.2002 - 25 W 78/02, daß eine Konkurrenz der Entscheidungen nicht entsteht.

§ 456 RefE (Ergänzende Vorschriften über die Beschwerde)

Die Beschwerde des Betroffenen muß bei grundrechtsrelevanten Eingriffen stets statthaft sein, ist aber im allgemeinen Teil beschränkt!

Dagegen ist ein Beschwerderecht der Behörde nicht verfassungsrechtlich geboten.

Der Wechsel des Gerichtsstandes für die Beschwerde sollte ausschließlich dem Betroffenen und seinen Angehörigen zustehen, keinesfalls der Behörde, weil dies gegen den gesetzlichen Richter (Art.101 GG) verstößt.

§ 458 RefE (Mitteilung von Entscheidungen)

Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Behörde „an die Stelle des Betreuers“ treten soll.

§ 324 RefE beschränkt zu Recht die Weitergabe von Daten über die Freiheitsentziehung auf die Strafverfolgung. Wenn nunmehr über § 458 die „Behörde“ an die Stelle des Betreuers tritt, kursieren die Daten über die polizeiliche Freiheitsentziehung ohne Beschränkung ungeachtet des Ergebnisses der richterlichen Entscheidung bei den Polizeibehörden. Die Polizei ist als antragstellende Behörde beteiligt - das genügt. Eine beschränkende Regelung wie in § 324 fehlt.

Hamburg, den 23.01.2007

Ulrike Donat

Rechtsanwältin

Holstenstr. 194 c, 22765 Hamburg

Tel. 040- 39 10 61 80

Fax 040 - 39 10 61 83

u.donat@hamburg.de