

Übungsklausur: Europa ohne Grenzen

Von Prof. Dr. Josef Ruthig, Mainz

Der Fall, ein aktualisierter Originalfall aus dem 1. Juristischen Examen in Rheinland-Pfalz, beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der sog. Schleierfahndung. Darunter versteht man die Durchführung verdachtsunabhängiger Anhalte- und Sichtkontrollen im öffentlichen Verkehrsraum. Diese soll der Situation Rechnung tragen, dass Rheinland-Pfalz sich immer stärker zu einem Transitland entwickelt. Dies erfordere es, so der Gesetzgeber, die Verkehrswege und -einrichtungen stärker zu kontrollieren, um der grenzüberschreitenden, der organisierten und der Schleuserkriminalität effektiv entgegenzutreten zu können.¹ Insoweit greift der Fall die seit über einem Jahrzehnt geführte Diskussion um ihre verfassungs- und unionsrechtliche Zulässigkeit auf, die regelmäßig die Verfassungsgerichte beschäftigt.² Zusätzlich stellen sich Standardprobleme der polizei- und ordnungsrechtlichen Dogmatik (Anscheinsgefahr und Anscheinstörer) am Beispiel von Gewahrsam (§§ 14 ff. POG) und Sicherstellung (§ 22 POG) sowie des – in der obergerichtlichen Judikatur weiterhin umstrittenen – Rechtswegs für die nachträgliche Überprüfung eines Gewahrsams.

Sachverhalt

Nach Erkenntnissen des rheinland-pfälzischen Verfassungsschutzes operieren islamische Terroristen in beträchtlichem Umfang von Rheinland-Pfalz aus und kooperieren dabei zunehmend mit Gruppierungen aus Frankreich. Die nach § 78 POG örtlich zuständige Polizei führt daher auf der Grundlage von § 9a Abs. 4 POG verstärkte Verkehrskontrollen im südpfälzischen Grenzgebiet durch.

Eines Abends ist der aus Landau stammende, deutsche Staatsangehörige A auf dem Heimweg von einem Ausflug nach Straßburg. Kurz nachdem er die deutsch-französische Grenze passiert hat, wird er von der Polizei an einer solchen Kontrollstelle angehalten. Er wird gebeten, sich auszuweisen und seinen Kofferraum zu öffnen. A macht seinem Unmut lautstark Luft. Europa habe die Grenzen abgeschafft, aber die deutsche Polizei führe sich auf wie die Grenzpolizisten der früheren DDR. Er lässt jedoch die Prozedur über sich ergehen, weist sich aus und gestattet den Polizisten auch einen Blick in seinen Kofferraum und dessen Inhalt.

Nachdem Polizist P dort in einer Plastiktüte mehrere Fleischermesser entdeckt hat, die A in Straßburg gekauft hatte, fragt P den A, ob er in Kontakt zu islamischen Terroristen

stehe oder ob ihm im Grenzbereich verdächtige Personen aufgefallen seien. Da besinnt sich A, dessen Kontakte mit islamischen Ländern sich auf einen jährlichen Badeurlaub in der Südtürkei beschränken, auf seine schauspielerischen Fähigkeiten. Er gibt sich – sehr überzeugend – gegenüber P als ein führendes Mitglied der Terrororganisation Al-Kaida aus. Er komme gerade von einem konspirativen Treffen in Straßburg zurück und sei auf dem Weg nach Mainz, wo er in den nächsten Wochen einen Anschlag auf die Landesregierung durchführen werde. A wird daraufhin von der Polizei in Vorbeugegewahrsam genommen. P legt ihm Handschellen an und sperrt ihn in ein Polizeifahrzeug. Die Fleischermesser werden sichergestellt. Noch bevor A nach § 15 Abs. 1 S. 1 POG dem zuständigen Amtsrichter vorgeführt werden kann, klärt sich der Sachverhalt auf. A wird aus dem Gewahrsam entlassen und seine Messer werden ihm wieder ausgehändigt.

A möchte allerdings die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen überprüfen lassen. Die Straßensperre habe gegen seine verfassungsmäßigen Rechte sowie die Freizügigkeit des Art. 18 EGV und außerdem gegen den Schengener Grenzkodex verstoßen, der Grenzkontrollen und vergleichbare Maßnahmen zwischen den Schengen-Staaten verbiete. Außerdem könne es doch wohl nicht angehen, dass deutsche Polizisten derart leichtgläubig seien, dass sie einen unbescholtenen Bürger in Gewahrsam nähmen und auch noch seine Mitbringsel sicherstellten. Etwas mehr Humor erwarte man in der Pfalz schon.

Frage 1: Waren die polizeilichen Maßnahmen rechtmäßig?

Frage 2: Wäre eine noch in derselben Woche vor dem Verwaltungsgericht erhobene Klage des A zulässig?

Schengener Grenzkodex³

Artikel 1 Gegenstand und Grundsätze

Diese Verordnung sieht vor, dass keine Grenzkontrollen in Bezug auf Personen stattfinden, die die Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union überschreiten. Sie legt Regeln für die Grenzkontrollen in Bezug auf Personen fest, die die Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union überschreiten.

Artikel 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

1. „Binnengrenzen“
 - a) die gemeinsamen Landgrenzen der Mitgliedstaaten, einschließlich der Fluss- und Binnenseegrenzen [...]
2. „Außengrenzen“ die Landgrenzen der Mitgliedstaaten, einschließlich der Fluss- und Binnenseegrenzen, der Seegrenzen

¹ LT-Drs. 14/2287, S. 35. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof argumentiert ähnlich. Nach dem Abbau der Binnengrenzkontrollen durch das Schengener Abkommen habe durch die Schleierfahndung eine Auffangmaßnahme geschaffen werden sollen, die die weggefallene „Filterfunktion“ der bisherigen Grenzkontrollen aufgreift, vgl. BayVerfGH NJW 2006, 3552.

² Vgl. BayVerfGH NVwZ 2003, 1375; BayVerfGH NVwZ 2006, 1284; BayVerfGH, Entsch. v. 24.2.2010 – Vf. 7-VI-08 (juris); SächsVerfGH, SächsVBl. 2003, 247; einschränkend MVVerfG DVBl. 2000, 262.

³ Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) ABl. EG 2006 Nr. L 105/1 (Auszug).

zen und der Flughäfen sowie der Flussschifffahrts-, See- und Binnenseehäfen, soweit sie nicht Binnengrenzen sind [...]

8. „Grenzübergangsstelle“ einen von den zuständigen Behörden für das Überschreiten der Außengrenzen zugelassenen Ort des Grenzübertritts;

9. „Grenzkontrollen“ die an einer Grenze nach Maßgabe und für die Zwecke dieser Verordnung unabhängig von jedem anderen Anlass ausschließlich aufgrund des beabsichtigten oder bereits erfolgten Grenzübertritts durchgeführten Maßnahmen, die aus Grenzübertrittskontrollen und Grenzüberwachung bestehen.

Artikel 20 Überschreiten der Binnengrenzen

Die Binnengrenzen dürfen unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden.

Artikel 21 Kontrollen innerhalb des Hoheitsgebiets

Die Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen berührt nicht:

a) die Ausübung der polizeilichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach Maßgabe des nationalen Rechts, sofern die Ausübung solcher Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat; dies gilt auch in Grenzgebieten. Im Sinne von Satz 1 darf die Ausübung der polizeilichen Befugnisse insbesondere nicht der Durchführung von Grenzübertrittskontrollen gleichgestellt werden, wenn die polizeilichen Maßnahmen

- i) keine Grenzkontrollen zum Ziel haben;
- ii) auf allgemeinen polizeilichen Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und insbesondere auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen;
- iii) in einer Weise konzipiert sind und durchgeführt werden, die sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheidet;
- iv) auf der Grundlage von Stichproben durchgeführt werden;

b) die Durchführung von Sicherheitskontrollen bei Personen in See- oder Flughäfen durch die zuständigen Behörden nach Maßgabe des nationalen Rechts, die Verantwortlichen der See- oder Flughäfen oder die Beförderungsunternehmer, sofern diese Kontrollen auch bei Personen vorgenommen werden, die Reisen innerhalb des Mitgliedstaats unternehmen;

c) die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, in ihren Rechtsvorschriften die Verpflichtung zum Besitz oder Mitführen von Urkunden und Bescheinigungen vorzusehen [...]

Artikel 39 Aufhebungen

Die Artikel 2 bis 8 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 werden mit Wirkung vom 13. Oktober 2006 aufgehoben.

Artikel 40 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 13. Oktober 2006 in Kraft. [...]

Bearbeitervermerk: Andere als die im Sachverhalt genannten unionsrechtlichen Vorschriften sind nicht zu prüfen.

Lösung

I. Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen

1. Die Schleierfahndung (§ 9a Abs.4 POG)

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 9a Abs. 4 Satz 1 POG darf die Polizei Kontrollen im gesamten öffentlichen Verkehrsraum durchführen, ohne dass eine konkrete Gefahr vorliegen muss. Es ist lediglich erforderlich, dass „durch Tatsachen begründete Anhaltspunkte vorliegen, dass dies zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (§ 28 Abs. 3 POG) oder zur vorbeugenden Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität oder zur Unterbindung unerlaubten Aufenthalts erforderlich ist.“ Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass die angehaltene Person in einem Zusammenhang mit diesen Verdachtsmomenten steht.

aa) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Maßnahme war formell rechtmäßig. Die Kontrollen wurden durch die hierfür zuständige Polizei durchgeführt, A wurde angehört und auch sonst sind formelle Fehler nicht ersichtlich.

bb) Materielle Rechtmäßigkeit

Wie von § 9a Abs. 4 POG gefordert, fanden die Kontrollen im öffentlichen Verkehrsraum statt. Es gab Anhaltspunkte, d.h. nachprüfbar Tatsachen, dass die Kontrolle im südpfälzischen Raum zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung oder grenzüberschreitender Kriminalität oder zur Unterbindung unerlaubten Aufenthalts erforderlich war. Die Polizei hatte Hinweise auf grenzüberschreitende Aktivitäten aus dem Umfeld islamischer Terroristen, aus dem Straftaten von erheblicher Bedeutung zu erwarten waren. Solche sind nach der Legaldefinition des § 28 Abs. 3 POG, auf den § 9a Abs. 4 POG verweist, unter anderem Verbrechen und Vergehen, die bandenmäßig begangen werden und geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören. Straftaten im terroristischen Umfeld sind also eindeutig erfasst. Dass die Polizei zunächst keinerlei Verdachtsmomente hatte, die auf eine Beteiligung des A an derartigen Straftaten hindeuteten, ist unerheblich, da die Vorschrift insoweit keine Verantwortlichkeit des A voraussetzt.

cc) Die von § 9a POG umfassten Maßnahmen

Die im Sachverhalt erwähnten einzelnen, von der Polizei im vorliegenden Fall getroffenen Einzelmaßnahmen sind von dieser Standardmaßnahme gedeckt. Die Polizei kann schon nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 9a Abs. 4 POG Personen anhalten, befragen, sich Ausweispapiere aushändigen lassen und mitgeführte Fahrzeuge und Sachen in Augenschein nehmen. Die Inaugenscheinnahme umfasst auch die Befugnis, sich den Kofferraum eines Pkw und (Hand-)Taschen öffnen zu lassen, um Einblick in diese zu nehmen. Sie stellt noch keine Durchsuchung dar, so dass die Maß-

nahme nicht an § 19 POG zu messen ist. Da A diese Maßnahmen „über sich ergehen“ ließ, stellte sich die Frage der Vollstreckbarkeit solcher Standardmaßnahmen bzw. der Abgrenzung von den Standardmaßnahmen nicht.⁴

b) Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Im vorliegenden Fall stellen sich nach dem Sachverhalt sowohl verfassungs- wie unionsrechtliche Fragen. Unionsrecht und nationales Recht bilden zwei getrennte Rechtskreise, die allerdings nicht unverbunden nebeneinander stehen.⁵ Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen EU-Recht und nationalem Recht erfolgt grundsätzlich durch das Unionsrecht, denn nur so lässt sich ein einheitlicher Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten sicherstellen.⁶ EuGH und BVerfG nehmen einen Anwendungsvorrang des Unionsrechts an.⁷ Danach tritt im Falle der Kollision zwischen nationalem Recht und einer Norm des Unionsrechts das nationale Recht in seiner Anwendung zurück. Das bedeutet, dass die nationale Vorschrift in diesem speziellen Fall nicht angewendet wird, es bedeutet hingegen nicht, dass die nationale Vorschrift nichtig ist (kein Geltungs-, sondern Anwendungsvorrang).

aa) Unionsrechtskonformität

Fraglich ist, ob die Schleierfahndung gegen Regeln des Unionsrechts, vor allem gegen den Schengener Grenzkodex (SGK)⁸, verstößt. Grundsätzlich dürfen nach Art. 20 SGK die

Grenzen der Mitgliedstaaten an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden. Nach Art. 2 SGK sind Grenzkontrollen „die an einer Grenze nach Maßgabe und für die Zwecke dieser Verordnung unabhängig von jedem Anlass ausschließlich aufgrund des beabsichtigten oder bereits erfolgten Grenzübertritts durchgeführten Maßnahmen, die aus Grenzübertrittskontrollen und Grenzüberwachung bestehen“. Art. 20 SGK verbietet also zunächst Kontrollen unmittelbar an der Grenze. Art. 21 SGK lässt die Polizeibefugnisse im eigenen Hoheitsgebiet und die nationalen Regeln ausdrücklich unberührt. Danach sind auch Grenzübertrittskontrollen durch die nationale Polizei möglich, sofern diese keine Grenzkontrollen zum Ziel haben bzw. auf allgemeinen polizeilichen Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und insbesondere auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen, Art. 20 lit. a und b SGK. Die im vorliegenden Fall durchgeführte Schleierfahndung gem. § 9a Abs. 4 POG hatte keine Grenzkontrolle zum Ziel, sondern zielte auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität ab. Denn der rheinland-pfälzische Verfassungsschutz hatte festgestellt, dass islamische Terroristen in beträchtlichem Umfang von Rheinland-Pfalz aus arbeiten und zunehmend mit Gruppierungen aus Frankreich kooperieren. Mithin verstößt die Schleierfahndung nicht gegen Art. 20 SGK.

Auch sonstiges (primäres) Unionsrecht steht § 9a Abs. 4 POG nicht entgegen. Als solches käme das von Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. a, Art. 21 AEUV umfasste Recht auf Freizügigkeit in Betracht. Danach darf sich – unabhängig von einer wirtschaftlichen Betätigung, wie sie die Marktfreiheiten voraussetzen – jeder Unionsbürger im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei bewegen und aufhalten. Auf dieses Recht können sich allerdings nach der – freilich im deutschen Schrifttum keineswegs unumstrittenen – Rechtsprechung des EuGH die Unionsbürger nicht gegenüber ihrem eigenen Mitgliedstaat berufen⁹, zum anderen folgt daraus auch für Angehörige anderer EU-Staaten lediglich ein Anspruch auf vollständige Inländergleichbehandlung.¹⁰ Die Freizügigkeit aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. a, Art. 21 AEUV steht daher inner-

⁴ In einer aktuellen Entscheidung vom 24.2.2010 (Vf. 7-VI-08) hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof bei einer Durchsuchung eines KFZ, gestützt auf das bayerische PAG, entschieden, dass unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bei einer Durchsuchung eines KFZ strengere Anforderungen zu stellen seien als bei einer reinen Identitätskontrolle. Überträgt man diese Wertung auf § 9a Abs. 4 POG, so erscheint es sinnvoll, statt einer Anwendung unterschiedlicher Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe eine restriktive Auslegung des Merkmals „in Augenschein nehmen“ schon auf Tatbestandsebene vorzunehmen und im Wege der (verfassungskonformen) Auslegung lediglich die von außen vorgenommene Inaugenscheinnahme des KFZ als von § 9a Abs. 4 POG erfasst anzusehen. Öffnet der Betroffene also den von außen nicht einsehbaren Kofferraum nicht freiwillig, käme demnach nur eine Durchsuchung nach § 19 POG in Betracht.

⁵ EuGH Slg. 1964, 1251 (1269 f.); BVerfGE 73, 339 (368).

⁶ Herdegen, *Europarecht*, 11. Aufl. 2009, § 11 Rn. 1. Strittig ist lediglich, worauf dieser Vorrang beruht, vgl. Herdegen (a.a.O.) und Streinz, *Europarecht*, 8. Aufl. 2008, Rn. 202 ff. Die grundsätzliche EuGH-Entscheidung hierzu ist Costa/ENEL, EuGH Slg. 1964, 1251 (1269 ff.).

⁷ Dazu ausführlich Schroeder, in: Streinz (Hrsg.) *EUV/EGV*, 2003, Art. 249 EGV Rn. 40 ff.; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 220 EGV Rn. 28; Herdegen (Fn. 6), § 11 Rn. 1.

⁸ Bereits das Schengener Durchführungsübereinkommen (Durchführungsübereinkommen [„Schengen II“] zum Übereinkommen betreffend den schrittweisen Abbau an den ge-

meinsamen Grenzen vom 14.6.1985 [„Schengen I“], BGBl. II 1993, S. 1013 ff. – SDÜ) von 1990 zielte auf die Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen der Gemeinschaft ab. Es handelte sich ursprünglich um ein Verwaltungsabkommen zwischen den Beneluxstaaten, Deutschland und Frankreich. Durch die Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in das Unionsrecht nach dem Vertrag von Amsterdam – dazu Rossi, in: Calliess/Ruffert (Fn. 7), Art. 61 Rn. 17. – konnte es durch sekundäres Unionsrecht fortentwickelt werden. Seit dem 13.10.2006 wird es durch den Schengener Grenzkodex, eine Verordnung (Verordnung [EG] Nr. 562/2006), ersetzt, vgl. Kugelman, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2006, Kap. 3 Rn. 78 ff.

⁹ EuGH Slg. 1997, I-3171 Rn. 16 ff.; Magiera, in: Streinz, *EUV/EGV* (Fn. 7), Art. 18 Rn. 14.

¹⁰ EuGH Slg. 2002, I-6191 Rn. 28 ff.; Magiera (Fn. 9), Art. 18 Rn. 15; a.A. Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 18 Rn. 6.

staatlichen Ausweispflichten und ähnlichen Maßnahmen schon dann nicht entgegen, wenn sie unterschiedslos allen Betroffenen auferlegt werden.¹¹

Im Ergebnis verstößt somit § 9a Abs. 4 POG weder gegen den Schengener Grenzkodex noch gegen primäres Unionsrecht. Sofern man – was mit entsprechender Begründung vertretbar ist – Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. a, Art. 21 AEUV für einschlägig hält, stellt sich – wie bei Art. 11 GG – das Problem der Dauer der Maßnahme.¹²

bb) Verfassungsmäßigkeit

Die Regelung beinhaltet einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das vom Bundesverfassungsgericht seit dem Volkszählungsurteil¹³ richterrechtlich aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet wird, und ist deswegen rechtfertigungsbedürftig. Ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, die gleichzeitig den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an eine dem Wesentlichkeitsvorbehalt genügende, bereichsspezifische Rechtsgrundlage erfüllt. Eine solche ist mit § 9a Abs. 4 POG vorhanden. § 9a Abs. 4 S. 1 POG genügt den Anforderungen an die Bestimmtheit der Eingriffsgrundlage, denn die Schleierfahndung ist nur bei durch Tatsachen begründeten Anhaltspunkten zulässig.¹⁴ Die in dieser Bestimmung wie auch sonst verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, vor allem der Gefahrbegriff, sind von der Rechtsprechung hinreichend konkretisiert worden und genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Wesentlichkeitsvorbehalt und die Bestimmtheit.¹⁵

Die Regelung müsste aber auch materiell den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 GG genügen, dessen Schranken auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erstreckt werden. Sie dient dem Schutz vor bestimmten schweren Formen der Kriminalität und kann sich insoweit auf die gesetzgeberischen Schutzpflichten stützen, bei deren Konkretisierung dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum zuzubilligen ist. Als problematisch könnte man allenfalls – auch bei der

Regelung in Rheinland-Pfalz – die fehlende Verknüpfung zwischen einem Verhalten des Betroffenen und den Schutzgütern ansehen. Die Vorschrift erlaubt die Kontrolle sämtlicher an der Kontrollstelle angetroffener Personen, obwohl eine solche Inanspruchnahme (auch) von Nichtstörern nach allgemeinen Grundsätzen nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig ist.¹⁶ Teilweise wurde deswegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung in Zweifel gezogen. Das Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern¹⁷ hielt die Schleierfahndung für unverhältnismäßig, wenn sie sich nicht auf den unmittelbaren Grenzbereich (30 km Entfernung von der Grenze) beschränkt und an gesicherte Erkenntnisse (polizeiliches Lagebild) anknüpft. Ähnlich übten Teile der Literatur Kritik an dieser „Methode aus dem Arsenal des permanenten Ausnahmezustandes“.¹⁸ Diese Kritik überspannt jedoch die Anforderungen an das Übermaßverbot,¹⁹ vor allem hinsichtlich einer starren Zone. Hinsichtlich der Eingriffsschwelle bleibt die rheinland-pfälzische Regelung zwar unterhalb der Schwelle einer echten Gefahr, setzt aber immerhin „durch Tatsachen begründete Anhaltspunkte“ voraus und lässt keineswegs jede Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ausreichen. Zulässig ist die Schleierfahndung nur „zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (§ 28 Abs. 3) oder zur vorbeugenden Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität oder zur Unterbindung unerlaubten Aufenthalts.“ Zum Schutz dieser Rechtsgüter werden dem Einzelnen – als Nichtverantwortlichem – relativ geringfügige Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zugemutet, mildere Mittel sind auch nicht ersichtlich.²⁰

Die Identitätsfeststellung dient freilich primär der Gefahrforschung.²¹ Damit zusammenhängend sah sie sich dem Einwand ausgesetzt, dass es sich dabei in Wahrheit nicht um Gefahrenabwehr, sondern um die Verfolgung von Straftaten handele, wie nicht zuletzt die Auswertung der „Trefferstatistiken“ zeige.²² Diese Argumentation überzeugt allerdings deswegen nicht, weil nach allgemeinem Verständnis auch die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten zu den präventivpolizeilichen Aufgaben gehört, wie sich ausdrücklich aus § 1

¹¹ EuGH Slg. 1998, I-2133 Rn. 13 f.; Auch *Magiera* (Fn. 9), Art. 18 Rn. 15.

¹² *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 7), Art. 18 Rn. 4.

¹³ BVerfGE 65, 1 (41).

¹⁴ BayVerfGH NVwZ 2006, 1284.

¹⁵ Vor allem im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betont das BVerfG den Bestimmtheitsgrundsatz, an dem viele Vorschriften im Ergebnis scheiterten. Im aktuellen Polizeirecht von Rheinland-Pfalz führt dies zur Verfassungswidrigkeit der automatischen Kfz-Kennzeichenerfassung (§ 27 Abs. 5 POG), vgl. *Ruthig/Fickenschner*, in: *Hendler/Hufen/Jutzi* (Hrsg.) *Landesrecht Rheinland-Pfalz*, 5. Aufl. 2009, § 4 Rn. 179 m.w.N.; *Rofsnagel*, NJW 2008, 2547 (2550); allgemein dazu BVerfG NJW 2008, 1505; *Breyer*, NVwZ 2008, 824; *Cornils*, Jura 2010, 443; *Sachs*, JuS 2008, 825; anders zur neuen bayerischen Regelung VG München MMR 2010, 65.

¹⁶ Vgl. dazu insbesondere BayVerfGH NVwZ 2003, 1375.

¹⁷ MVVerfG DVBl. 2000, 262.

¹⁸ *Lisken*, NVwZ 1998, 22 (24); krit. auch *Stephan*, DVBl. 1998, 81; *Waechter*, DÖV 1999, 138.

¹⁹ Vgl. auch *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6. Aufl. 2009, Rn. 121 m.w.N.; *Schoch*, in: *Schmidt-Aßmann/Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, Kap. 2 Rn. 201 m.w.N. Auch die Rechtsprechung der anderen Landesverfassungsgerichte bejahte die Vereinbarkeit mit dem Übermaßverbot, BayVerfGH NVwZ 2003, 1375; SächsVerfGH SächsVBl. 2003, 247.

²⁰ Dies konzidiert auch *Schütte*, DÖV 2002, 393 (399), als einer der Kritiker der Regelung.

²¹ BayVerfGH NVwZ 2003, 1375 (1377); *Rachor*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl. 2007, Teil F Rn. 380; *Gusy*, *Polizeirecht*, 7. Aufl. 2009, Rn. 200.

²² *Schütte*, ZRP 2002, 393 (396 f.).

Abs. 1 S. 2 POG ergibt.²³ Diese umfasst auch die Schleierfahndung. Damit erweisen sich auch diese Bedenken nicht als durchschlagend. Ebenso wenig überzeugen die Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz. Für den Grenzschutz besteht kraft Natur der Sache eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG, der hiervon auch mit dem BPolG Gebrauch gemacht und in diesem Gesetz auch die Schleierfahndung vorgesehen hat. Daraus kann aber schon deswegen nicht ein Kompetenzverstoß des Landesgesetzgebers gesehen werden, weil sich die rheinland-pfälzische Regelung ja gerade nicht auf den Grenzbereich beschränkt.

Folglich verstößt § 9 Abs. 4 a POG nicht gegen die Verfassung.

2. Der Gewahrsam

Die polizeiliche Ingewahrsamnahme ist der Entzug der Bewegungsfreiheit (Art 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 5 Abs. 1 LV), indem eine Person zu präventivpolizeilichen Zwecken an einem bestimmten Ort festgehalten wird. Diese Maßnahme ist nicht mehr von § 9a Abs. 4 POG gedeckt, der nur das kurzfristige Anhalten zum Zweck der Identitätsfeststellung gestattet. Rechtsgrundlage ist vielmehr § 14 POG (Gewahrsam), der die zulässigen Gewahrsamszwecke abschließend aufzählt. Die Vorschrift stellt wohl eine der massivsten Standardmaßnahmen dar.²⁴ Sie steht nach allgemeiner Auffassung mit der Verfassung und mit Art. 5 EMRK in Einklang.²⁵

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Der Verhinderungsgewahrsam (Präventivgewahrsam) nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 POG dient der Verhinderung von unmittelbar bevorstehenden Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung. Das Problem des vorliegenden Falles besteht darin, dass objektiv (sozusagen aus Sicht eines allwissenden Beobachters) diese Voraussetzungen nicht vorlagen, da es sich bei A um einen unbescholtenen Bürger handelte, dass aber aufgrund seiner eigenen Angaben die Polizei davon ausgehen musste, in der Person des A lägen diese Voraussetzungen vor. Dieser Sachverhalt ist unter die Tatbestandsvoraussetzung zu subsumieren.

²³ Auch nach Ansicht des BVerfG liegt „die Verhütung einer Straftat [...] in der Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Gefahrenabwehr, und zwar auch dann, wenn sie vorbeugend für den Zeitraum vor dem Beginn einer konkreten Straftat vorgesehen wird. Wieweit der Gesetzgeber eine derartige Maßnahme in das Vorfeld künftiger Rechtsgutverletzung verlegen darf, ist eine Frage des materiellen Rechts, berührt aber nicht die Gesetzgebungskompetenz des Landes“, BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603 (2605). Zur entsprechenden Diskussion um die Kfz-Kennzeichenüberwachung *Cornils*, Jura 2010, 443 (444 f.).

²⁴ Vertiefend *Ruthig/Fickenscher* (Fn. 15), § 4 Rn. 115 ff.

²⁵ SächsVerfGH LKV 1996, 273 (275 ff.); *Schoch* (Fn. 19), Rn. 218.

aa) Gefahr

Der Wortlaut der Vorschrift (unmittelbar bevorstehend) knüpft an den Gefahrbegriff an, wie er auch der Generalklausel zugrunde liegt. Gefahr bedeutet nach der allgemein anerkannten Definition des Polizei- und Ordnungsrechts die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass bei ungehindertem Geschehensablauf die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt werden. Die Konstellationen der Anscheinsgefahr sind durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass aus der Sicht ex ante eine Gefahr vorliegt, sich jedoch im Nachhinein (ex post) herausstellt, dass ein Schaden tatsächlich nicht gedroht hat. Wegen des prognostischen Charakters jedes Gefahrenurteils ist die Anscheinsgefahr eine echte Gefahr, denn die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts verlangt nicht, dass tatsächlich eine Störung eintritt. Hat der handelnde Beamte eine alle relevanten Umstände berücksichtigende Prognoseentscheidung getroffen, ist das Einschreiten aufgrund der Anscheinsgefahr rechtmäßig. Anhaltspunkte für drohende Anschläge lagen im vorliegenden Fall vor. Aufgrund der prinzipiell glaubhaften Angaben des A verdichteten sich diese zu einer konkreten Gefahr. Unter diesen Umständen konnte von den Polizisten nicht verlangt werden, den A erst einmal „laufen“ zu lassen und weitere Ermittlungen anzustellen, um seine eigene, auf den ersten Blick durchaus glaubhafte Aussage zu überprüfen.²⁶

bb) Verantwortlichkeit

Die Vorschrift verlangt außerdem, dass die Gefahr (drohende Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten) gerade von der Person ausgeht, die in Gewahrsam genommen werden soll. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz des Polizei- und Ordnungsrechts, dass die Abwehr von Gefahren in erster Linie dadurch zu erfolgen hat, dass die für eine Gefahr Verantwortlichen zu ihrer Beseitigung herangezogen werden. Die Inanspruchnahme der Störer hat Vorrang vor eigenen, nicht an Bürger adressierten, behördlichen Bekämpfungsmaßnahmen und erst recht vor der Inanspruchnahme Nichtverantwortlicher. Dies gilt als Konsequenz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erst recht bei einer schwerwiegenden Maßnahme wie der Ingewahrsamnahme. Eine Ingewahrsamnahme anderer, nichtverantwortlicher Personen würde schon gar nicht den Zweck der Vorschrift erreichen können.

Hier besteht die Besonderheit darin, dass A lediglich behauptet hat, er beabsichtige die Begehung schwerer Straftaten. Derjenige, der bei verständiger Würdigung der Sachlage aus der ex-ante Sicht der einschreitenden Polizei den Anschein erweckt, Verhaltens- oder Zustandsstörer zu sein, wird

²⁶ Würde man den Sachverhalt trotz der deutlichen Hinweise auf die schauspielerischen Fähigkeiten des A allerdings so interpretieren, dass die Polizisten den „Scherz“ hätten erkennen müssen, fehlte es an einer Gefahr. Zur Gefahr als Grundbegriff der polizeirechtlichen Dogmatik und den Abgrenzungsfragen ausführlich *Ruthig/Fickenscher* (Fn. 15), § 4 Rn. 36 ff.

von der h.M. als Anscheinstörer bezeichnet.²⁷ Er kann nach dieser h.M. auf der Primärebene uneingeschränkt in Anspruch genommen werden.

Die Gegenauffassung hält die h.M. in mehrfacher Hinsicht für problematisch. Vor allem findet deren Lösung im Wortlaut der §§ 4, 5 POG keine Grundlage. Diese stellen auf eine „Verursachung“ der Gefahr und nicht einen Anschein ab. Durch die unzulässige Parallelisierung zwischen Anscheinstörer und Anscheinsgefahr kommt es zu systematischen Brüchen, vor allem aufgrund der Trennung von Primär- und Sekundärebene, die ebenfalls keine Grundlage im Wortlaut des POG findet, aber zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse für die h.M. unverzichtbar ist. Die Lösung der Problematik kann deshalb nur darin liegen, die allgemeinen Grundsätze der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit (Störereigenschaft) heranzuziehen und nach diesen Kriterien eine Person entweder als Störer oder als Nichtstörer einzustufen.²⁸ Erste Voraussetzung der Verantwortlichkeit ist ein tatsächliches Verhalten des Betroffenen, eine bloße Denunziation durch Dritte würde nicht genügen. Außerdem muss das Verhalten schon nach dem Wortlaut des § 4 POG ursächlich für die Gefahr sein. Auch hierfür gelten die allgemeinen Kriterien der Theorie von der unmittelbaren Verursachung, die sich für die typischen Konstellationen des Anscheinstörers konkretisieren lassen: Es reicht die Schaffung eines erhöhten Risikos. Der Betroffene ist also bereits dann Störer, wenn er Kenntnis davon hat, dass er ein erhöhtes Risiko schafft. Wer also gegenüber der Polizei vortäuscht, eine Gefahr verursacht zu haben, ist auch nach dieser Auffassung Anscheinstörer. Auch nach dieser bezüglich der Primärebene engeren Auffassung ist A somit Störer, so dass der Meinungsstreit keiner Entscheidung bedarf.

Damit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Ingewahrsamnahme vor.

b) Richtervorbehalt

Da der polizeiliche Gewahrsam immer eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG bzw. Art. 5 Abs. 1 LV ist, unterliegt sie dem Richtervorbehalt des § 104 Abs. 2 GG bzw. Art. 5 Abs. 2 LV, der in § 15 Abs. 1 POG konkretisiert wird. Kann eine vorherige richterliche Entscheidung nicht eingeholt werden, ist sie unverzüglich nachzuholen. Die richterliche Entscheidung kann unterbleiben, wenn sie – wie vorliegend – erst nach Wegfall des Gewahrsamsgrundes herbeigeführt werden könnte. Die vorherige Einschaltung des Richters war also nicht erforderlich.

3. Die Sicherstellung der Messer

Sicherstellung i.S.d. § 22 POG bedeutet Beendigung des Gewahrsams des bisherigen Gewahrsamsinhabers unter Begründung neuen Gewahrsams durch die Polizei oder von ihr beauftragte Personen zum Zweck der Gefahrenabwehr.²⁹ Die

Sicherstellung könnte zum einen zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr (§ 22 Nr. 1 POG) oder nach § 22 Nr. 3 POG dann zulässig sein, wenn die sicherzustellende Sache von einer Person mitgeführt wird, die nach dem POG oder anderen Vorschriften festgehalten wird, und sie zu bestimmten, in lit. a bis d aufgeführten Zwecken verwendet werden kann.

§ 22 Nr. 1 POG verlangt eine gegenwärtige Gefahr. Diese setzt voraus, dass die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevorsteht. An einer solchen Gegenwartigkeit der Gefahr fehlt es, selbst wenn man auf der Grundlage der obigen Ausführungen zur Anscheinsgefahr unterstellt, dass die Polizei zu Recht von einem bevorstehenden Terroranschlag ausging und weiter annahm, dass die Messer dabei eingesetzt würden. A hat aber lediglich von einem Anschlag „in den nächsten Wochen“ gesprochen, was nicht mehr unter den Begriff der gegenwärtigen Gefahr subsumiert werden kann. Einschlägig ist also (nur) § 22 Nr. 3 POG. A wurde zum Zeitpunkt der Sicherstellung von der Polizei festgehalten. Die Messer waren auch abstrakt geeignet, sich oder die Polizisten zu verletzen oder die Flucht zu ermöglichen. Eine konkrete Gefahr verlangt Nr. 3 nicht. Zur Rückgabe der Messer war die Polizei schon nach § 25 Abs. 1 POG verpflichtet, allerdings ist sie diesem Rückgabeverlangen auch unverzüglich nachgekommen, so dass diese Frage nicht zu prüfen war.

II. Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage

Der Antrag ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO

Der A will sich gegen polizeiliche Maßnahme wenden. Dabei handelt es sich um einen klassischen Fall der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Insbesondere liegt kein Justizverwaltungsakt i.S.v. § 23 EGGVG vor, da es sich um Gefahrenabwehr- und nicht um Strafverfolgungsmaßnahmen handelt.

Besonderheiten bestehen allerdings hinsichtlich der Ingewahrsamnahme. Da die polizeiliche Ingewahrsamnahme immer eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG bzw. Art. 5 Abs. 1 LV ist, unterliegt sie dem Richtervorbehalt des § 104 Abs. 2 GG bzw. Art. 5 Abs. 2 LV, der in § 15 Abs. 1 POG konkretisiert wird.³⁰ Für diese Entscheidung ist nach § 15 Abs. 2 POG das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Person festgehalten wird. Die richterliche Entscheidung kann aber unterbleiben, wenn sie erst nach Wegfall des Gewahrsamsgrundes herbeigeführt werden könnte. Fraglich ist deswegen, welches Gericht dann zuständig ist,

nahme. Zu aktuellen Fallbeispielen der Sicherstellung, etwa von Presseerzeugnissen, siehe *Ruthig/Fickenscher* (Fn. 15), § 4 Rn. 136 f.

³⁰ Kann eine vorherige richterliche Entscheidung nicht eingeholt werden, ist sie unverzüglich nachzuholen. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die nachträgliche gerichtliche Überprüfung BVerfG NJW 2006, 579.

²⁷ *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Fn. 21), Teil L Rn. 42.

²⁸ *Schenke/Ruthig*, VerwArch 87 (1996), 329 (361).

²⁹ Das POG differenziert – anders als andere landesrechtliche Vorschriften – nicht zwischen Sicherstellung und Beschlagnahme.

wenn – wie im vorliegenden Fall – eine vorherige richterliche Entscheidung nicht getroffen wurde, weil der Betroffene vor Einholung der Entscheidung bereits wieder entlassen worden ist und deswegen erst nach Beendigung des Gewahrsams dessen Rechtmäßigkeit zu prüfen ist.

Die Lösung ist umstritten. Man kann einmal davon ausgehen, dass sich die Entscheidungszuständigkeit der Amtsgerichte auch auf die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der behördlichen Maßnahme erstreckt.³¹ Man könnte andererseits aber auch § 15 Abs. 2 POG als abdrängende Sondervorschrift eng auslegen. Sie würde dann nur richterliche Entscheidungen erfassen, die während der Freiheitsentziehung tatsächlich getroffen würden, so dass für die nachträgliche Überprüfung die Verwaltungsgerichte zuständig wären.³² Berücksichtigt man aber, dass der Amtsrichter sowieso nicht die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme kontrolliert, sondern lediglich darüber befindet, ob die Voraussetzungen für eine weitere, richterliche Ingewahrsamnahme vorliegen,³³ erfasst § 15 Abs. 2 POG schon aus diesem Grund die Überprüfung einer behördlichen Ingewahrsamnahme nicht, so dass auf jeden Fall der Verwaltungsrechtsweg für eine nachträgliche verwaltungsgerichtliche Überprüfung der polizeilichen Ingewahrsamnahme gegeben ist. Damit ist auch hinsichtlich des Polizeigewahrsams der Verwaltungsrechtsweg zu bejahen.³⁴

2. Statthafte Klageart: Fortsetzungsfeststellungsklage bzw. allg. Feststellungsklage

Die statthafte Klageart hängt vom Klagebegehren ab, § 88 VwGO. Vorliegend kommt nur noch eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der polizeilichen Maßnahmen in Betracht. Ob es sich dabei um eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO oder um eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog handelt, hängt von der Rechtsnatur der angegriffenen Maßnahmen ab.

a) Verwaltungsaktsqualität der angegriffenen Maßnahmen

Sämtliche Maßnahmen basieren auf den Standardermächtigungen des POG. Die Rechtsnatur solcher offenen Standardmaßnahmen ist umstritten. Nach zutreffender Ansicht handelt es sich nicht nur dann um Verwaltungsakte, wenn sie den Betroffenen – wie im vorliegenden Fall die Aufforderung, an einer Kontrollstelle anzuhalten und sich auszuweisen – ausdrücklich zu einem Handeln oder Unterlassen verpflichten. Auch bei solchen Standardmaßnahmen wie Gewahrsam bzw. Sicherstellung, bei denen die reale polizeiliche Vollziehung im Vordergrund steht, darf das Regelungselement nicht ausgeblendet werden. Diese Maßnahmen sind nämlich noch keine Vollstreckungshandlungen, ein Verwaltungsakt „auf Duldung“ macht hier auch sehr wohl Sinn.³⁵ Sieht man in den Standardmaßnahmen nämlich ausschließlich Realakte, ergeben sich erhebliche dogmatische Schwierigkeiten, wenn sie zwangsweise durchgesetzt werden müssen. Da ein Realakt nicht Grundlage für eine Verwaltungsvollstreckung sein kann, müsste jedenfalls dann, wenn der Betroffene mit der Maßnahme nicht einverstanden ist, doch noch eine Duldungsverfügung ergehen.³⁶ Dies gilt unabhängig davon, wo genau die Grenze zwischen dem von einer Standardmaßnahme noch mit umfassten „körperlichen Einwirken“³⁷ und der zwangsweisen Durchsetzung solcher Maßnahmen liegt. Deswegen ist im Ergebnis davon auszugehen, dass es sich bei sämtlichen polizeilichen Maßnahmen um Verwaltungsakte gehandelt hat.³⁸

b) Erledigung vor Klageerhebung

Diese Maßnahmen haben sich allerdings erledigt. Erledigung liegt immer dann vor, wenn die Aufhebung des Verwaltungsakts (neben der Feststellung seiner Rechtswidrigkeit) sinnlos geworden ist. Hier ist Erledigung durch Zeitablauf eingetreten. Allerdings trat die Erledigung vor Klageerhebung ein, so dass § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO unmittelbar nicht anwendbar ist. Damit könnte die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft sein.

³¹ Vgl. ausführlich OVG Berlin-Brandenburg NJW 2009, 2695; auch VGH München BayVBl. 1988, 246 (247), nicht beanstandet von BVerwG NJW 1989, 1048 (1049). Zur Prüfung durch ein Zivilgericht: OLG München, Beschl. v. 2.10.2008 – 34 Wx 10/08, 34 Wx 010/08 (juris).

³² OVG Bremen NVwZ-RR 1997, 474; VGH Kassel NJW 1984, 821 (822); VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540; OVG Weimar DÖV 1999, 879.

³³ BVerfGE 96, 27; OLG Karlsruhe VBIBW. 1999, 234; Schenke (Fn. 19), Rn. 145 m.w.N.

³⁴ Der Sachverhalt fragt ausdrücklich nach der Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage, so dass Bearbeiter, die entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Zuständigkeit des Amtsgerichtes bejahen, nichts zu den weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen zu sagen haben. Obwohl diese Fragen auch jüngst wieder die Gerichte beschäftigt haben, werden vertiefte Ausführungen zur Rechtswegproblematik von den Bearbeitern nicht erwartet.

³⁵ Zu dieser Titelfunktion des Verwaltungsakts *Stelkens/Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 38.

³⁶ Näher Schenke (Fn. 19), Rn. 116.

³⁷ Besonders deutlich wird dieses Problem bei Pieroth/Schlink/Kniessel, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2008, § 8 Rn. 37, die am Beispiel der Wohnungsdurchsuchung ausführen, dass die Standardmaßnahme noch mitumfasst „ein körperliches Einwirken, solange nicht der Widerstand des Pflichtigen gebrochen oder die Funktionsfähigkeit einer Sache gestört wird“.

³⁸ Selbstverständlich ist auch die Auffassung vertretbar, dass es sich bei der Sicherstellung um einen Realakt gehandelt hat. Dann ist zu problematisieren, ob die Feststellungsklage gem. § 43 VwGO oder die Fortsetzungsfeststellungsklage in doppelter Analogie des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft ist, vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 113 Rn. 116 m.w.N.

Eine Analogie setzt voraus, dass eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes („Regelungslücke“) besteht. An einer Regelungslücke fehlt es, wenn dem Kläger keine andere Klageart zur Verfügung steht, die ihm effektiven Rechtsschutz gewährleistet. In Betracht kommt hier eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO. Diese ist auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder auf die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes gerichtet. Für die Annahme einer Feststellungsklage spricht, dass ein Verwaltungsakt, auch wenn er selbst kein Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO darstellt, zumindest Ausfluss bzw. Grundlage eines solchen sein kann. Dagegen ist allerdings einzuwenden, dass der Wortlaut des § 43 Abs. 1 VwGO zwischen Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis differenziert. Der Begriff „Rechtsverhältnis“ kann nicht so weit ausgelegt werden, dass er auch Verwaltungsakte erfasst. Außerdem geht es im vorliegenden Fall um die Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes, nicht um dessen Nichtigkeit. Der Gesetzgeber hat mit § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO eine Norm geschaffen, die auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes gerichtet ist. Diese Regeln verdrängen die allgemeine Feststellungsklage. Mithin besteht eine Regelungslücke. Diese ist auch planwidrig, weil es sonst keine Rechtsschutzmöglichkeit gegen sich typischerweise kurzfristig erledigende Verwaltungsakte gäbe, was nicht mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar wäre. Zudem besteht eine vergleichbare Interessenlage zwischen geregelter und ungeregelter Fall. Aus Sicht des Bürgers ist es nämlich gleichgültig, ob sich ein Verwaltungsakt vor oder nach Klageerhebung erledigt. Außerdem kann der Zeitpunkt der Erledigung zufällig sein. Mithin ist die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft.³⁹

3. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Die Fortsetzungsfeststellungsklage erfordert, dass auf Seiten des Klägers ein besonderes Feststellungsinteresse besteht, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog. Dieses ist gegeben, wenn eine Wiederholungsgefahr, ein Rehabilitationsinteresse oder ein Präjudizinteresse bestehen oder wenn ein erheblicher Eingriff in ein wichtiges Grundrecht erfolgt ist, der sich typischerweise kurzfristig erledigt.⁴⁰ Wiederholungsgefahr verlangt die hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit, dass sich der Lebenssachverhalt und das behördliche Vorgehen in absehbarer Zeit wiederholen können,⁴¹ hierfür enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Es erscheint auch fraglich, ob A ein Rehabilitationsinteresse wegen der diskriminierenden Wirkung der polizeilichen Maßnahme hat. Dabei ist zu beachten, dass nicht allein die – möglicherweise – rechtswidrige Maßnahme als solche diskriminierend wirkt, sondern

zusätzlich eine Ehrverletzung durch persönlichen Vorwurf oder Bemakelung festzustellen sein muss.⁴² Darüber hinaus wird bei Verwaltungsakten, die sich typischerweise kurzfristig erledigen, ein berechtigtes Feststellungsinteresse auch aus Art. 19 Abs. 4 GG hergeleitet: Sich schnell erledigende Verwaltungsakte wären ansonsten einer gerichtlichen Überprüfung nämlich grundsätzlich entzogen. Ein berechtigtes Feststellungsinteresse des A ist somit gegeben.

4. Klagebefugnis analog § 42 Abs.2 VwGO

Ob neben dem Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch die Klagebefugnis zu fordern ist, ist umstritten, wird aber von der neueren Rechtsprechung ausdrücklich bejaht.⁴³ Hier besteht die Möglichkeit, dass er als Adressat der belastenden Maßnahmen in seinen Rechten zumindest aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist, so dass die Klagebefugnis gegeben ist.

5. Durchführung des Vorverfahrens

Fraglich ist, ob analog § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO ein Vorverfahren durchzuführen ist. Das ist unstrittig dann der Fall, wenn sich der Verwaltungsakt erst nach Klageerhebung erledigt, weil bereits die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage ein solches vorausgesetzt hätte. Streitig ist jedoch, ob das auch für die Fälle der Erledigung vor Klageerhebung gilt. Dafür spricht, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage eine verlängerte Anfechtungsklage ist. Dagegen spricht allerdings, dass der Gesetzgeber in § 68 VwGO deutlich gemacht hat, dass ein Vorverfahren nur bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen erforderlich ist. Zudem können die Zwecke des Vorverfahrens nach Erledigung des Verwaltungsaktes nicht mehr erreicht werden. Deshalb ist bei der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO in den Fällen der Erledigung vor Klageerhebung ein Vorverfahren nicht erforderlich.⁴⁴

6. Klagefrist

Fraglich ist, ob für die Fortsetzungsfeststellungsklage eine Klagefrist besteht. Unstrittig ist die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO einzuhalten, wenn die Erledigung erst nach Klageerhebung erfolgt, weil diese Frist bereits für die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage maßgeblich war. Streitig ist jedoch, wie bei Erledigung vor Klageerhebung zu verfahren ist.

Nach einer Ansicht folgt aus dem engen Zusammenhang mit der Anfechtungsklage, dass die Klagefrist einzuhalten ist. Nach der Gegenauffassung ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht fristgebunden. Eine zeitliche Beschränkung wird danach für nicht erforderlich gehalten, da der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, der der Grund für die Fristbindung von Rechtsbehelfen ist, nach der Erledigung des Verwaltungsaktes

³⁹ Ausführlich zur Statthaftigkeit *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 322 ff.

⁴⁰ Vgl. zu den entsprechenden Fallgruppen ausführlich *Schenke* (Fn. 39), Rn. 579 ff.

⁴¹ BVerwG NVwZ 1990, 360; *Kopp/Schenke* (Fn. 38), § 113 Rn. 141.

⁴² Vgl. *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113 Rn. 92 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁴³ Vgl. BVerwGE 100, 262 (271); 111, 276 (279); BVerwG DVBl. 2009, 1382; dagegen *Schenke* (Fn. 39), Rn. 409 f.

⁴⁴ So die h.M., vgl. zum Streitstand *Kopp/Schenke* (Fn. 38), § 113 Rn. 127.

nur noch von untergeordneter Bedeutung ist. Zudem wird die Verwaltung ausreichend durch das Erfordernis eines berechtigten Interesses und das Institut der Verwirkung geschützt. Nach beiden Ansichten ist eine Klageerhebung im vorliegenden Fall noch problemlos möglich, weil A die Klage innerhalb einer Woche nach Erledigung erheben will.

7. Richtiger Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Land Rheinland-Pfalz als Träger der Polizeibehörde.

8. Ergebnis

Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Fahrzeugkontrolle, der Gewahrsamnahme und der Sicherstellung der Messer ist zulässig. Die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung gem. § 44 VwGO liegen vor.