

Freiheitsentziehung und Grundgesetz

Professor Dr. Christoph Gusy, Mainz

Die Freiheit der Person wird zu Recht als „hoher Wert“ bezeichnet. Der grundrechtliche Schutz vor Verhaftung, das habeas-corporis-Grundrecht, zählt zu den ältesten Errungenschaften des Verfassungsrechts. In der alltäglichen Entscheidungsroutine der Untergerichte scheinen jene Rechte aber bisweilen eher als lästige Formalie empfunden zu werden. Nicht zuletzt deshalb ist Art. 104 GG regelmäßiger Gegenstand von Entscheidungen des BVerfG. Der Beitrag erörtert Rechtsfragen des Art. 104 GG.

I. Art. 104 GG im System der Grundrechte

1. Freiheit der Person

Art. 104 GG ist kein eigenes Freiheitsrecht. Gäbe es diese Bestimmung nicht, wäre deshalb keine Freiheit ungeschützt. Vielmehr zeigt schon der Wortlaut: Die Garantien aus Art. 2 II 2 GG einerseits und diejenige aus Art. 104 GG haben dieselbe Freiheit zum Gegenstand. Die Bedeutung beider Grundrechte erschließt sich also wesentlich aus ihrem Verhältnis zueinander¹. Dieses Verhältnis läßt sich so bestimmen: Art. 2 II 2 GG stellt das eigentliche Freiheitsrecht dar; Art. 2 II 3 GG begründet den dafür maßgeblichen Einschränkungsvorbehalt. Solche Einschränkungen sind aber nicht aufgrund jedes beliebigen Gesetzes möglich; vielmehr begrenzt Art. 104 GG seinerseits die Grundrechtsschranken. Er ist somit eine Grenze der Einschränkungbarkeit des Grundrechts der persönlichen Freiheit, indem er Art. 2 II 3 GG insoweit von einem allgemeinen zu einem limitierten Gesetzesvorbehalt reduziert. Oder - traditioneller gesprochen - er stellt hinsichtlich der Grenzen der persönlichen Freiheit eine „Schranken-Schranke“ dar². Die Auslegung des Art. 104 GG erfährt aus dem dargestellten Zusammenhang mit Art. 2 II 2 GG wichtige Anhaltspunkte. Jener vom Wortlaut des Art. 104 I 1 GG nahegelegte Zusammenhang bezieht sich zuvörderst auf den Konnex zwischen „persönlicher Freiheit“ und ihren „Beschränkungen“. Zu eng wäre es dagegen, jenen Konnex nur auf Art. 2 II 2 GG einerseits und Art. 104 II, III GG andererseits zu beziehen³. Erst recht wäre es zu eng, wegen dieses Konnexes schon die Garantie der „persönlichen Freiheit“ allein auf die Freiheit von „Beschränkungen der persönlichen Bewegungsfreiheit mit physischen Mitteln“ bzw. mit „unmittelbarem Zwang“ bzw. von Verhaftung zu reduzieren. Die Bedeutung des Art. 104 I bliebe so unausgeschöpft. In systematischer Hinsicht ist entweder Art. 104 I 1 GG allein oder aber Art. 104 GG insgesamt, aber nicht nur seine Absätze 2 und 3 heranzuziehen.

Schutzgut des Art. 2 II 2 GG - und damit auch zumindest des Art. 104 I 1 GG - ist die „Freiheit der Person“. Dies kann nicht die - schon in Art. 2 I GG geschützte - allgemeine Handlungsfreiheit sein⁴. Vielmehr handelt es sich bei der Freiheit der Person ebenso wie bei den übrigen Freiheitsrechten des Grundgesetzes um Spezialfreiheiten gegenüber Art. 2 I GG. Daß jene Freiheit elementarer sein muß als die weite allgemeine Handlungsfreiheit, folgt schon daraus, daß sie im Zusammenhang des Art. 2 II GG neben so elementaren Garantien wie dem Recht auf Leben und demjenigen auf körperliche Unversehrtheit steht. Dementsprechend formulierte schon der Herrenchieser Entwurf, die Bestimmung „ge-

währleiste die persönliche Bewegungsfreiheit im engeren Sinn“⁵. Ganz in diesem Sinne wird seitdem der Schutzbereich als „körperliche Bewegungsfreiheit“ definiert⁶. Sie wird als „liberte d'aller et de venir“ gedeutet, also als Freiheit, einen Ort zu verlassen oder aufzusuchen⁷. Art. 2 II 2 GG stellt also das grundsätzliche Verbot an den Staat dar, einen Menschen daran zu hindern, entweder den Ort, an welchem er sich aufhält, zu verlassen; oder einen anderen Ort, an welchen er sich begeben will, zu erreichen⁸.

2. Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung

a) Das Problem.

Art. 104 GG nennt zwei Formen von Eingriffen in die persönliche Freiheit: „Freiheitsbeschränkungen“ (Abs. 1 S. 1) und „Freiheitsentziehungen“ (Abs. 2). Diese Unterscheidung macht es erforderlich, beide Begriffe

dogmatisch voneinander abzugrenzen. Ein Bedürfnis hierfür ergibt sich schon daraus, daß beide Maßnahmen unter unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen zulässig sind. Während nach Abs. 1 lediglich eine Ermächtigung durch förmliches Gesetz erforderlich ist, gebieten die folgenden Absätze ein besonderes Verfahren. Die beiden in Art. 104 I und II GG genannten Maßnahmen sind nicht identisch⁹.

Daß es sich um verschiedene Maßnahmen, nicht hingegen bloß um verschiedene Ausdrücke für dasselbe handelt, macht die Entstehungsgeschichte deutlich. Danach statuierte die Entwurfsfassung zu Abs. 1 zunächst, daß nur unter bestimmten Voraussetzungen jemand „verfolgt, festgehalten, vorläufig festgenommen, in Haft gehalten oder sonst in seiner persönlichen Freiheit beschränkt“ werden dürfe¹⁰. Dagegen handelte die Vorläuferin des Art. 104 II, III GG stets allein von der „**Freiheitsentziehung**“ bzw. der „Festnahme“¹¹. Die erste Bestimmung sollte demnach offenbar umfassender als die letztere sein. An dieser Verschiedenheit hielt die Mehrheit des Parlamentarischen Rates trotz geringfügig geänderten Wortlautes gegen eine andersdenkende Minderheit¹² fest. Die Entstehungsgeschichte macht aber auch deutlich: Freiheitsbeschränkung und **Freiheitsentziehung** stehen nicht beziehungslos nebeneinander. Art. 104 I GG bezeichnet gegenüber Art. 104 II GG kein vollständiges aliud. Das Verhältnis der Bestimmungen zueinander ist demgegenüber anders zu deuten: Die Entziehung der Freiheit ist eine besondere Form ihrer Beschränkung und nicht etwas völlig anderes. Der Begriff der „Beschränkung“ ist der weitere, derjenige der Entziehung der engere Begriff. Dies zeigt sich insbesondere darin, daß in den - inhaltsgleichen, aber wortverschiedenen - Paraphrasierungen der Entwürfe die Umschreibung der **Freiheitsentziehung** zugleich in diejenige der Freiheitsbeschränkung aufgenommen worden ist. Art. 104 II, III GG sind nach der Entstehungsgeschichte Spezialfälle des Art. 104 I GG. Dies ist offenbar auch die Auffassung des BVerfG, welches Maßnahmen, die unbestreitbar Freiheitsentziehungen sind, auch an Art. 104 I 1 GG mißt¹³. Eine solche Rechtsprechung wäre unmöglich, wenn beide Maßnahmen keine tatbestandlichen Überschneidungen aufweisen würden.

Daraus folgt zumindest zweierlei:

- Nicht jeder Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 II 2 G unterfällt den Richtervorbehalten des Art. 104 II, III GG.
- Umgekehrt unterliegt aber jede **Freiheitsentziehung** zugleich den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 104 I GG.

Damit bleibt aber die Abgrenzungsfrage offen: Wann unterfällt ein Eingriff nur den Anforderungen des Art. 104 I GG? Und wann unterliegt er zusätzlich denjenigen der nachfolgenden Absätze? Anders ausgedrückt: Wann ist eine Maßnahme (bloß) eine Freiheitsbeschränkung, wann hingegen eine **Freiheitsentziehung**¹⁴?

b) Der materielle Begriff der Freiheitsentziehung.

Insbesondere die Rechtsprechung unterscheidet die **Freiheitsentziehung** von der -beschränkung vielfach nach materiellen Kriterien. Dabei lehnt sie sich im Ausgangspunkt eng an den Begriff der **Freiheitsentziehung** des § 2 FEVG an. Diese - nach Ansicht des Gesetzgebers abschließende¹⁵ - Umschreibung enthält drei konstituierende Elemente: (1) Die Unterbringung einer Person (2) ohne oder gegen ihren Willen (3) in einem besonderen, abgeschlossenen Raum oder Gebäude. Aber nicht jede geringfügige Maßnahme dieser Art soll nach der Rechtsprechung den Anforderungen des Art. 104 II GG unterfallen. Vielmehr wird dies nur bejaht, wenn die Unterbringung eine gewisse Mindestintensität überschreitet. Danach ergibt sich folgende Differenzierung: Freiheitsentziehungen sind staatliche Maßnahmen, welche die genannten drei Elemente aufweisen und von einer gewissen Mindestintensität sind. Freiheitsbeschränkungen sind alle anderen Eingriffe in die persönliche Freiheit; und zwar auch solche, welche jene drei Elemente erfüllen, wenn ihnen jene Intensität fehlt.

Prototypen der **Freiheitsentziehung** sind danach die Freiheitsstrafe, die Untersuchungshaft sowie die Unterbringung Geisteskranker in Heilanstalten. Keine **Freiheitsentziehung** sind hingegen nach jener Rechtsprechung die Pflicht zur Teilnahme am Verkehrsunterricht gem. § 48 StVO und die Ladung dazu¹⁶, die Vorführung zu gesundheitsamtlichen oder ähnlichen medizinischen Untersuchungen¹⁷, die Abschiebung eines Ausländers im Unterschied zur Abschiebungshaft¹⁸, die Auslieferung im Unterschied zur Auslieferungshaft¹⁹, das Anhalten gem. § 12 I NRWPolG im Unterschied zum Festhalten gem. § 12 III NRWPolG²⁰.

Diese Rechtsprechung wird allerdings den Anforderungen des Art. 104 GG nicht gerecht²¹. Dies zeigt sich am deutlichsten daran, daß äußerlich völlig gleiche Maßnahmen - etwa das Festhalten einer Person auf der Wache - grundsätzlich sowohl eine Freiheitsbeschränkung als auch eine **Freiheitsentziehung** sein können. Wann das eine, wann hingegen das andere der Fall ist, richtet sich nach der Intensität der Maßnahme. Diese kann allerdings - mangels anderer Abgrenzungskriterien - allein nach der Dauer des Festhaltens vorgenommen werden. Tatsächlich scheint dies in der Praxis das maßgebliche Indiz zu sein. Hier stellt sich die

Abgrenzungsfrage insbesondere wegen Art. 104 II GG. Wenn etwa für den Begriff der **Freiheitsentziehung** „die Frist des Art. 104 II 3 GG maßgeblich“ sein soll²², so verfehlt diese Abgrenzung bereits

den Wortlaut des Art. 104 II 1 GG. Wenn danach der Richter - innerhalb der Frist des Satzes 3 - auch über die „Fortdauer“ der **Freiheitsentziehung** zu entscheiden hat, so kann er dies nur, wenn schon vorher eine **Freiheitsentziehung** stattgefunden hat. Dies kann aber nur der Fall sein, wenn die Entziehung nicht erst mit dem Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung beginnt. Aber auch kürzere Fristen würden als Zeitpunkt des Beginns der **Freiheitsentziehung** dem Anliegen des Art. 104 II 1 GG nicht gerecht. Denn danach entscheidet über die Zulässigkeit der Maßnahmen der Richter. Dabei hat das BVerfG den Vorrang der vorherigen vor der nachträglichen richterlichen Entscheidung postuliert²³. Eine vorherige richterliche Entscheidung kann aber nur stattfinden, wenn rechtzeitig feststeht, ob die zu treffende Maßnahme eine **Freiheitsentziehung** oder eine Freiheitsbeschränkung darstellen wird. Daran fehlt es aber immer, wenn die Dauer der Maßnahme nicht von vornherein prognostizierbar ist. Am Beispiel: Eine Mitnahme zur Wache zur erkennungsdienstlichen Behandlung wäre nach jener Rechtsprechung allein eine Freiheitsbeschränkung und damit ohne richterliche Zustimmung möglich. Verzögert sich jedoch auf der Wache die Maßnahme und wird der Betroffene bis dahin festgehalten - schließlich steht seine Identität ja noch nicht fest, so daß man ihn nicht einfach laufenlassen und später erneut holen kann -, so kann die Maßnahme die Intensität der **Freiheitsentziehung** erreichen. Dann wäre eine richterliche Anordnung erforderlich. Hier kann allerdings der Vorrang der vorherigen vor der nachherigen richterlichen Entscheidung gar nicht mehr gewahrt bleiben. Denn zu Beginn der Maßnahme - im Zeitpunkt der Mitnahme auf die Wache - ist noch völlig unklar, wie sich dort im Laufe des Tages der Geschäftsbetrieb darstellen wird²⁴.

Der materielle Begriff der **Freiheitsentziehung** steht demnach seinem eigenen Zweck entgegen. Soll er angeben, wann ein Eingriff in die persönliche Freiheit nur aufgrund - möglichst vorheriger - richterlicher Entscheidung zulässig ist, so vermag er genau dies nicht. Steht nach jenem Begriff zu Beginn der Maßnahme ihr Charakter als **Freiheitsentziehung** vielfach noch gar nicht fest, so bleibt auch der Eintritt der Rechtsfolge des Art. 104 II GG unklar. Statt der gerade in Kompetenz- und Verfahrensfragen gebotenen Rechtssicherheit²⁵ schafft der materielle Begriff Rechtsunsicherheit. Damit verfehlt er nicht nur seinen eigenen Zweck, sondern auch denjenigen des Art. 104 II GG.

c) Der formelle Begriff der **Freiheitsentziehung**.

Der formelle Begriff der **Freiheitsentziehung** lehnt sich gleichfalls eng an § 2 FEVG an. Er ist allerdings im Detail umstritten. Der gemeinsame Ausgangspunkt dieser Lehre läßt sich so formulieren: **Freiheitsentziehung** ist der allseitige Ausschluß der Bewegungsfreiheit einer Person durch Einsperren in einem eng umgrenzten örtlichen Bereich, etwa einem Raum oder einem Gebäude²⁶. Knapper läßt sich dies formulieren als Ausschluß der Möglichkeit, den Aufenthaltsort zu verlassen. Alle anderen Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 2 II 2 GG sind hingegen lediglich Freiheitsbeschränkungen i. S. des Art. 104 I 1 GG. Praktisch verbleibt hierfür insbesondere noch der Fall, daß es einer Person unmöglich gemacht wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten.

Dieser Begriff wird aber in der Praxis als zu weit empfunden. Ein Grund hierfür liegt darin, daß selbst kurzfristige Maßnahmen - wie die zwangsweise Entnahme einer Blutprobe in einem Krankenhaus - bereits alle genannten Begriffselemente erfüllen kann. Daher wird nach Kriterien gesucht, um die genannte Umschreibung sachgerecht einzuengen. So hat das BVerfG in einer Entscheidung auf die angewandten Mittel abgestellt und ausgeführt, daß Art. 2 II 2 GG allein das Festhalten einer Person mit „technischen Mitteln“ oder „unmittelbarem Zwang“ meinen könnte²⁷. Danach wäre der Umfang des Grundrechtsschutzes von der - nirgends rechtlich näher geregelten - Wahl der staatlichen Handlungsform abhängig. Für den Grundrechtsschutz aus Art. 104 II 2 GG macht es jedoch keinen Unterschied, ob eine Person in einen Raum gesperrt wird, dessen Tür abgeschlossen ist, oder ob vor der unverschlossenen Tür eine Wache sitzt, die Sanktionen für den Fall des Entweichens androht.

Statt des angewandten Mittels soll hier ein anderes Abgrenzungskriterium herangezogen werden: Der systematische Zusammenhang zwischen Art. 104 GG einerseits und Art. 2 II 2 GG andererseits. Eine Maßnahme kann zunächst nur dann dem Art. 104 GG unterfallen, wenn sie überhaupt in das Grundrecht der Freiheit der Person eingreift. So klar und eindeutig dieser Gedanke scheinen mag, so ist er dennoch erläuterungsbedürftig. Der Grund hierfür liegt insbesondere im Verhältnis des Zwecks der Maßnahme - also dem Eingriff in die Freiheit der Person - zu ihrem Mittel - eben dem Ausschluß der Bewegungsfreiheit. Im Unterschied zum vorherrschenden formellen Begriffsverständnis stellt nämlich nicht jeder Ausschluß der Bewegungsfreiheit einen Eingriff in jenes Grundrecht dar. Vielmehr bedarf es hierzu einer genaueren Abgrenzung der Eingriffswirkung. Dies zeigen Beispiele: Der Schüler ist zur Teilnahme am Schulunterricht

verpflichtet und darf den Klassenraum während des Unterrichts nicht verlassen²⁸. Der Wahlvorstand (§§ 13 ff. RhPflWG) und der Soldat auf der Wache dürfen gleichfalls während der Ausübung ihres Amtes den dafür vorgesehenen Raum oder das Gebäude nicht verlassen. Das gilt gleichfalls für Zeugen bei Gericht während ihrer Aussage (§ 51 StPO) oder den Angeklagten während der mündlichen Verhandlung, sofern er nicht von der Pflicht zur Anwesenheit befreit ist (§§ 231 ff. StPO). Die Anwesenheitspflicht aller dieser Personen ist rechtlich begründet; ihre Verletzung kann Zwangsmaßnahmen oder Sanktionen durch Strafen oder Ordnungswidrigkeiten nach sich ziehen. Desungeachtet mögen sie zwar einen allseitigen Ausschluß der Fortbewegungsfreiheit begründen; sie sind aber dennoch keine Freiheitsentziehungen und deshalb ohne richterliche Anordnung zulässig.

Der Grund hierfür liegt allerdings nicht darin, daß das Grundrecht der persönlichen Freiheit allein positiv die Fortbewegungsfreiheit garantiere, nicht hingegen die negative Dimension der Freiheit von der Pflicht zum Erscheinen²⁹. Diese Differenzierung zwischen der „positiven“ und der „negativen“ Freiheit der Person ist nur in solchen Fällen hilfreich, in denen die Pflicht des Betroffenen sich in der Verpflichtung zum Erscheinen erschöpft und ihr keine Pflicht zum weiteren Verbleiben folgen würde. Dies ist aber in den genannten Beispielen der Fall: Schüler, Wahlleiter und Wachsoldat müssen nicht nur zu ihren Verrichtungen erscheinen, sondern währenddessen auch bleiben. Würde man hier keine Differenzierung vornehmen, so wäre auch die Ladung zum Strafantritt und dann auch die gesamte Strafhaft keine **Freiheitsentziehung**. Dieses Ergebnis wäre aber der (Entstehungs-) Geschichte des Art. 104 GG unvereinbar.

Der Grund hierfür liegt vielmehr darin, daß sie keinen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit enthalten.

Der Eingriff richtet sich vielmehr auf andere Grundrechte. Die Anwesenheitspflicht ist hier nämlich allein Rechtsfolge des Umstandes, daß der Betroffene eine - vom Unterlassen der Fortbewegung verschiedene - Handlung vornehmen muß und zugleich diese Handlung nur an einem bestimmten Ort geschehen kann. Die Pflicht zum Erscheinen und zum Verbleiben an einem Ort ist also allein Nebenpflicht einer anderen Verhaltenspflicht. Maßgeblich für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher Maßnahmen ist aber allein dasjenige Grundrecht, welches die Rechtmäßigkeit der Hauptpflicht regelt. Stellt also der Schulunterricht einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit dar, so ist seine Zulässigkeit einschließlich der Pflicht zum Erscheinen und Verbleiben in der Schule während des Unterrichts allein an Art. 2 I GG zu messen³⁰. Ein zusätzlicher Eingriff in Art. 2 II 2 GG liegt daneben nicht vor. Eine Pflicht zum Verbleiben in einem Raum stellt demnach nur eine **Freiheitsentziehung** dar, wenn sie eine selbständige ist; wenn sie also nicht bloße Nebenpflicht einer anderen Verpflichtung darstellt. Aus diesem Grunde ist die Pflicht, zur Befragung bei der Polizei zu erscheinen, ebensowenig als **Freiheitsentziehung** zu qualifizieren wie die Pflicht, als Zeuge oder Angeklagter zur Hauptverhandlung zu erscheinen.

d) Abgrenzungsfragen.

Ist das maßgebliche Kriterium präzisiert, so läßt es sich in einen Begriff der **Freiheitsentziehung** fassen. Ausgangspunkt ist der Schutzbereich des Art. 2 II 2 GG. Jeder Eingriff in dieses Grundrecht ist zunächst eine Freiheitsbeschränkung i. S. des Art. 104 I 1 GG. Den Charakter einer **Freiheitsentziehung** erlangen nur solche Beschränkungen, welche eine bestimmte Qualität aufweisen. Diese Qualität wird allein nach formellen Kriterien bestimmt. Danach ist unter einer **Freiheitsentziehung** jeder Eingriff in die Freiheit der Person mit dem Mittel des allseitigen Ausschlusses der Bewegungsfreiheit durch Einsperren in einem eng umgrenzten örtlichen Bereich, etwa einem Raum oder einem Gebäude, zu verstehen. Knapper läßt sich dies formulieren als rechtlich selbständiger Ausschluß der Möglichkeit, den Aufenthaltsort zu verlassen. Die Pflicht zum Verweilen an einem bestimmten Ort oder in einem bestimmten Raum darf eben nicht bloße Nebenpflicht einer anderen Verpflichtung sein. Alle anderen Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 2 II 2 GG sind hingegen lediglich Freiheitsbeschränkungen i. S. des Art. 104 I 1 GG. Insoweit stimmt der hier verwendete Begriff mit dem bislang üblichen formellen Kriterium überein³¹.

Umstritten ist allerdings die Frage nach der Beurteilung von Zwangsmaßnahmen, welche der Durchsetzung einer Pflicht dienen, die ihrerseits keine **Freiheitsentziehung** darstellt. Sie wird vielfach als **Freiheitsentziehung** angesehen. Maßgeblich dafür sind unterschiedliche Gründe: Partiiell ist sie ein Resultat der Auffassung, unmittelbarer Zwang stelle einen selbständigen Eingriff in die Freiheit der Person dar³². Oder aber sie folgt aus einer Betrachtungsweise, welche die **Freiheitsentziehung** überwiegend oder ausschließlich nach ihrem Effekt - Ausschluß der Fortbewegungsfreiheit - beurteilt³³. Nach der hier vertretenen Differenzierung unterfallen solche Zwangsmaßnahmen nicht dem verfassungsrechtlichen Begriff der **Freiheitsentziehung**. Ist die Verpflichtung zum Verlassen des Bundesgebiets keine **Freiheitsentziehung**, so gilt dies auch dann, wenn sie mit der Abschiebung durchgesetzt wird. Die Abschiebung ist demnach auch nach

dem hier angewandten Kriterium keine **Freiheitsentziehung**. Auch sonstige Zwangsmaßnahmen, welche die Wahrnehmung von Verhaltenspflichten der genannten Art durchsetzen, sind keine Freiheitsentziehungen. Ist der Schulunterricht kein Eingriff in Art. 2 II 2 GG, so ist es auch die Vorführung zum Schulunterricht nicht; und dann ist es auch nicht die Pflicht zur Teilnahme am oder die Vorführung zum Verkehrsunterricht³⁴. **Freiheitsentziehung** ist hingegen das Festhalten einer Person, um sie dafür bereitzuhalten, später einer anderen Verpflichtung nachzukommen. Hierzu zählen etwa die Abschiebungshaft oder der Haftbefehl nach § 236 StPO.

Der hier dargestellte formelle Begriff der **Freiheitsentziehung** ist allein ein solcher des Verfassungsrechts. Er umschreibt allein den Anwendungsbereich des Art. 104 II GG. Davon unabhängig ist die Frage, ob in einzelnen Gesetzen ein anderer, weiterer Begriff verwendet oder vorausgesetzt wird. Insbesondere die Polizeigesetze (etwa: § 15 RhPfPVG) unterwerfen mit gutem Grund auch einzelne Maßnahmen, die hier nicht als Freiheitsentziehungen bezeichnet wurden, dem Richtervorbehalt. Art. 104 II GG besagt hingegen allein, welche Maßnahmen nach Verfassungsrecht den besonderen Anforderungen dieser Bestimmung unterliegen. Er schließt nicht aus, daß andere, weitere Maßnahmen durch Gesetz denselben Anforderungen unterstellt werden. Die Verwendung eines weiteren Begriffs der **Freiheitsentziehung** in Gesetzen ist demnach rechtlich unschädlich. Die Verwendung eines engeren Begriffs würde hingegen hinter das in Art. 104 II GG gebotene Maß zurückfallen und wäre damit verfassungswidrig.

II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Freiheitsentziehungen

Freiheitsentziehungen sind stets zugleich Freiheitsbeschränkungen³⁵. Damit unterliegen sie kumulativ den Anforderungen des Art. 104 II, III GG einerseits und denjenigen des Art. 104 I GG andererseits³⁶. Diese Bestimmungen werden vom BVerfG bisweilen in Anlehnung an Art. 5 MRK gehandhabt, dessen „Inhalt und Entwicklungsstand bei der Auslegung des Grundgesetzes in Betracht zu ziehen sind“³⁷.

1. Vorbehalt des förmlichen Gesetzes

Art. 104 I 1 GG läßt auch Freiheitsentziehungen nur auf der Grundlage materieller³⁸ Parlamentsgesetze zu. Dies gilt für jede Maßnahme nach Art. 104 GG. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß hierzu auch - weitere - Freiheitsentziehungen gegenüber Personen zählen, die sich bereits in Haft befinden³⁹. Hingegen unterfallen Vorbereitungshandlungen zur **Freiheitsentziehung** nicht dem Gesetzesvorbehalt des Art. 104 I 1 GG⁴⁰.

Freiheitsbeschränkungen und -entziehungen sind allein aufgrund förmlicher Gesetze zulässig. Diese müssen die Voraussetzungen der **Freiheitsentziehung** und die möglichen Rechtsfolgen selbst regeln⁴¹. Daraus leitet das BVerfG - regelmäßig unter Berufung auf Art. 104 I GG i. V. mit Art. 103 II GG -

ein Analogieverbot⁴² und ein Bestimmtheitsgebot⁴³ her. Nicht geboten ist allerdings, die **Freiheitsentziehung** allein in einem einzigen, bestimmten Paragraphen zu regeln. Vielmehr genügt es, wenn ihre Voraussetzungen aus einer Zusammenschau mehrerer gesetzlicher Bestimmungen hergeleitet werden kann⁴⁴. Dies ist etwa der Fall, wenn einzelne gesetzliche Normen Rechtspflichten statuieren, andere Bestimmungen des Gesetzes für Verstöße gegen jene Pflichten die Sanktionen der **Freiheitsentziehung** vorsehen⁴⁵. Hingegen sind Gesetze, welche die Voraussetzungen der **Freiheitsentziehung** offenlassen oder insoweit auf untergesetzliche Normen verweisen, unzulässig⁴⁶. Dies folgt bereits daraus, daß die gesamte Regelung der Zulässigkeit von Freiheitsentziehungen im förmlichen Gesetz selbst geschehen muß. Insoweit unterliegt die Legislative einem Delegationsverbot: Rechtsverordnungen reichen hierzu allein nicht aus⁴⁷. Diese Grundsätze in Verbindung mit einer nicht starren Fassung des Bestimmtheitsatzes⁴⁸ schließen die Zulässigkeit von Rechtsverordnungen auf dem hier genannten Gebiet aber nicht völlig aus. Allerdings stellt das BVerfG hier strenge Maßstäbe auf: „Bestimmt der Gesetzgeber hinreichend deutlich, was strafbar sein soll, und legt er weiterhin Art und Maß der Strafe im förmlichen Gesetz fest, überläßt er hingegen dem Ordnungsgeber nur die Spezifizierung des Straftatbestandes, so wird die Rechtssicherheit und die Freiheit des einzelnen nach Sinn und Zweck des Art. 104 GG gewahrt und dem Gesetzgeber die ihm vom **Grundgesetz** auferlegte Verantwortung nicht abgenommen.“⁴⁹ Daraus ergibt sich die verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabenverteilung zwischen Gesetz und Rechtsverordnung: Das Gesetz muß (1) selbst bestimmen, daß eine **Freiheitsentziehung** als Rechtsfolge überhaupt in Betracht kommt⁵⁰; (2) die Regelung der Voraussetzungen der **Freiheitsentziehung** nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt vornehmen (Art. 80 I 2 GG) und (3) eine im übrigen verfassungsgemäße Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung enthalten⁵¹. In diesem Rahmen ist eine nähere Ausformung von Voraussetzungen und Ausmaß der **Freiheitsentziehung** durch Rechtsverordnung zulässig. Dagegen genügt ein bloßer Verwaltungsakt als tatbestandlicher Anknüpfungspunkt jedenfalls dann nicht, wenn sein Inhalt bzw. seine Nebenbestimmungen nicht ihrerseits gesetzlich bestimmt sind⁵².

Der Gesetzesvorbehalt des Art. 104 I 1 GG bezieht sich auf die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung bzw. -entziehung; nicht hingegen auf die Art und Weise ihrer Durchführung⁵³. Letztere unterliegt möglicherweise anderen grundgesetzlichen Gesetzesvorbehalten. Sie ist dann allerdings nach diesen anderen verfassungsrechtlichen Maßstäben zu beurteilen. Zentraler verfassungsrechtlicher Maßstab für die Zulässigkeit einer **Freiheitsentziehung** ist in materieller Hinsicht das Übermaßverbot⁵⁴. Es ist vom Gesetz, welches die Maßnahme zulässt, zugrunde zu legen. Unterläßt die Legislative dessen Berücksichtigung, so ist die Norm verfassungswidrig, soweit sie nicht unter Heranziehung des Übermaßverbotes verfassungskonform ausgelegt werden kann⁵⁵.

2. Richtervorbehalt

Gem. Art. 104 II, III GG hat über Zulässigkeit bzw. Fortdauer von **Freiheitsentziehung** bzw. Haft der „Richter“ zu entscheiden. Die Richter müssen den Anforderungen des Art. 97 I, 101 GG entsprechen, also sachlich und persönlich unabhängig sowie gesetzlich zur Entscheidung berufen sein⁵⁶. Diese verfahrensrechtliche Anforderung tritt zum Gesetzesvorbehalt des Art. 104 I GG hinzu und erweitert ihn nicht⁵⁷. Der Sinn des Richtervorbehaltes liegt in der Sicherung von Rechtsschutz und rechtlichem Gehör für den Betroffenen⁵⁸. Art. 19 IV GG regelt nur, daß Rechtsschutz zu gewähren ist; nicht hingegen, wann dies zu geschehen hat. Diese Frage ist für den Spezialfall der **Freiheitsentziehung** in Art. 104 II, III GG geregelt. Art. 103 I GG regelt nur, daß vor Gericht Gehör zu gewähren ist; nicht hingegen, wann für eine Entscheidung gerade ein Gericht zuständig und damit Art. 103 I GG anwendbar ist. Diese letzte Frage beantwortet sich erst aus den Richtervorbehalten des GG (Art. 92, Art. 13 II, Art. 104 GG). Art. 104 II, III GG begründet so die Zuständigkeit der Gerichte und damit die Anwendbarkeit des Grundrechts auf Gehör.

Die richterliche Entscheidung bezieht sich auf „Zulässigkeit und Fortdauer“ der Maßnahme. Im Rahmen seiner Prüfung hat das Gericht selbst „in vollem Umfang die Verantwortung für die Maßnahme“ zu übernehmen⁵⁹. Andere Stellen sind damit von der verbindlichen Entscheidung über diese Fragen grundsätzlich ausgeschlossen. Erst recht kommt eine Bindung des Gerichts an vorgängige Entscheidungen der Exekutive nicht in Betracht. Anderen Stellen kann damit allein ein Antragsrecht bei Gericht zustehen⁶⁰. Ob diese Grundsätze auch im Wehrdisziplinarrecht gelten oder ob hier der Richter auf die rechtliche Nachprüfung eines von Stellen der Exekutive angeordneten Disziplinararrests beschränkt werden darf, hat das BVerfG zunächst ausdrücklich offengelassen⁶¹, später aber ohne nähere Begründung im zuletzt genannten Sinne hingenommen⁶².

Art. 104 II, III GG regelt auch den Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung. Sie kann vor der **Freiheitsentziehung** stattfinden, welche in einem solchen Fall „auf richterlicher

Anordnung beruht“ (Art. 104 II 2 GG). Lag eine solche Anordnung nicht vor, so kann die Mitwirkung des Gerichts auch nachträglich geschehen (Art. 104 II 2; III 1 GG)⁶³. Art. 104 II 3 GG betrifft die Rechtsstellung des Betroffenen bis zur nachträglichen gerichtlichen Entscheidung. Das BVerfG entnimmt der Systematik dieser Vorschrift und dem Übermaßverbot den Vorrang der vorgängigen richterlichen Entscheidung. Die nachträgliche Entscheidung ist nur zulässig, wenn „der mit der **Freiheitsentziehung** verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, wenn der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müßte“⁶⁴. Die Anforderungen an diese Zweckverfehlung werden allerdings nicht hoch angesetzt. Vielmehr hat das BVerfG schon wegen der ausdrücklichen Zulassung nachträglicher richterlicher Mitwirkung in Art. 104 II 2, III 1 GG ein zwingendes Gebot vorheriger richterlicher Mitwirkung abgelehnt⁶⁵. Eine nachträgliche richterliche Entscheidung ist insbesondere zulässig, wenn die vorläufige **Freiheitsentziehung** durch die Behörde zur Sicherung ihres eigenen Zwecks erforderlich ist. Dies soll nicht nur bei Verfehlung des tatsächlichen Zwecks - Entweichen des flüchtenden Tatverdächtigen -, sondern auch bei Gefährdung des rechtlichen Zwecks der Maßnahme geschehen. So wurde etwa die Eilbedürftigkeit von Disziplinarstrafen wegen Verletzung der militärischen „Zucht und Ordnung“ als zureichender Grund für eine nur nachträgliche gerichtliche Kontrolle qualifiziert⁶⁶. Die nachträgliche gerichtliche Kontrolle hat unverzüglich stattzufinden (Art. 104 II 2 GG). Die früher in der Rechtswissenschaft außerordentlich umstrittene Frage, wann dieser Zeitraum beginnt⁶⁷, darf gegenwärtig als geklärt gelten: sie beginnt mit dem Zeitpunkt der **Freiheitsentziehung**⁶⁸.

Aus dem Zweck der richterlichen Mitwirkung, für den Betroffenen Rechtsschutz zu sichern, folgt zugleich: ist der Grund für die **Freiheitsentziehung** weggefallen, bevor eine richterliche Entscheidung möglich war, so entfällt die Pflicht aus Art. 104 II, III GG⁶⁹. Der Grund hierfür liegt darin, daß die Durchführung des Verfahrens, welches dem Schutz des Betroffenen zu dienen bestimmt ist, nicht zur Verlängerung der **Freiheitsentziehung** führen darf.

3. Gerichtliches Verfahren

Das gerichtliche Verfahren unterliegt gem. Art. 104 II 4 GG dem Gesetzesvorbehalt⁷⁰. Gesetzgeber, Vollziehende Gewalt und Rechtsprechung sind jedoch bei der Konkretisierung der Anforderungen an das Verfahren an die Vorgaben des Art. 104 GG wie an die des übrigen Verfassungsrechts gebunden.

a)

Freiheitsentziehung ist eine Maßnahme, die ohne oder gegen den Willen des Betroffenen stattfindet. Dabei ist allein der natürliche Wille maßgeblich. Auf seine Handlungs- oder Geschäftsfähigkeit kommt es hingegen ebensowenig an wie auf eine wie auch immer zu bestimmende Grundrechtsmündigkeit⁷¹. Demnach findet eine Maßnahme auch dann ohne seinen Willen statt, wenn sie auf Antrag oder mit Zustimmung seines Sorgeberechtigten vorgenommen wird⁷². Auch in diesen Fällen orientiert sich der Grundrechtsschutz an Art. 2 II 2, Art. 104 GG; das Verfahren an Art. 104 II 2, Art. 3 GG (§ 1906 BGB, §§ 70 ff. FGG). Daraus resultiert zugleich die Stellung des Betroffenen im Verfahren: Unabhängig von seiner Handlungsfähigkeit ist er im Verfahren der **Freiheitsentziehung** selbst zu beteiligen. Ist ein Sorgeberechtigter oder Pfleger vorhanden, so sind dieser und daneben der Betroffene selbst Verfahrensbeteiligte. Das gilt nicht nur bei der erstmaligen Begründung der **Freiheitsentziehung** etwa aus therapeutischen, medizinischen oder Sicherheitsgründen⁷³, sondern auch bei richterlichen Entscheidungen über die Fortsetzung früher angeordneter Maßnahmen⁷⁴. Das gilt auch dann, wenn von vornherein erkennbar ist, daß der Betroffene wegen seines psychischen Zustandes nicht in der Lage ist, seine Verfahrensrechte selbst sachgerecht wahrzunehmen. Auch in solchen Fällen darf der Betroffene nicht bloß Objekt des Verfahrens sein. Dabei ist er aber nicht ausschließlich auf die Wahrung seiner Rechte durch sorgeberechtigte Dritte angewiesen. Vielmehr ist ihm von Verfassungs wegen ein Rechtsanwalt, ggf. als Pflichtverteidiger, beizuordnen⁷⁵. Das gilt erst recht, wenn ein Eingewiesener ohne jeden Beistand eines Dritten ist⁷⁶.

Bei ausländischen Betroffenen, die nicht über hinreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen, ist ein Dolmetscher heranzuziehen (Art. 5 II MRK)⁷⁷.

b)

Im Verfahren ist vom entscheidenden Gericht der Betroffene persönlich mündlich anzuhören⁷⁸. Dies folgt nicht aus Art. 103 I GG, der auch eine schriftliche Äußerung zumindest nicht ausschließt⁷⁹. Maßgeblich für diese Pflicht ist vielmehr Art. 104 GG selbst als insoweit speziellere Norm. Während sie in Art. 104 III 1 GG sogar in den Wortlaut des Grundrechts aufgenommen worden ist ("vorzuführen"), wird dieser Gedanke auch auf Art. 104 II GG übertragen. Die Pflicht zur persönlichen mündlichen Anhörung gilt nicht nur dann, wenn sie im maßgeblichen Gesetz ausdrücklich angeordnet ist⁸⁰, sondern unmittelbar kraft Verfassungsrechts auch, wenn sie nicht erwähnt ist oder gar ausgeschlossen wäre. Ist die Anhörung bei Beginn der **Freiheitsentziehung** unterblieben - weil sie etwa unmöglich war -, so ist sie „so bald als möglich“ nachzuholen⁸¹. Sie ist in jedem Verfahren, in welchem über die Begründung, Fortsetzung oder Beendigung der **Freiheitsentziehung** entschieden wird, geboten⁸². Allerdings wird ein grundrechtlicher Anhörungsanspruch im Instanzenzug nur bei der Eingangsinstanz stets bejaht; auf Rechtsbehelfe ist eine Anhörung auch verfassungsrechtlich nur noch dann geboten, wenn sich für das Rechtsmittelgericht aus den Akten „irgendeine Veranlassung“ für die An-

nahme ergibt, von der persönlichen Stellungnahme sei noch irgend eine Sachaufklärung zu erwarten⁸³. Diese Ausnahme von der Anhörungspflicht gilt jedenfalls dann, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist; sie zählt danach eher zu den Schranken als zum Inhalt der verfahrensrechtlichen Garantien des Art. 104 II, III GG.

Fehlende Ansprechbarkeit oder Äußerungsfähigkeit schließt die Pflicht zur persönlichen Anhörung nicht aus. Vielmehr hat das Gericht sich von diesem Zustand selbst zu überzeugen. Auf Äußerungen Dritter - etwa der Anstalt, in welcher eine Person untergebracht ist, oder der sie behandelnden Ärzte - darf es sich insoweit nicht verlassen. „Vorrangiger Zweck der Anhörung im Unterbringungsverfahren ist es vielmehr, dem Richter einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen und der Art seiner Erkrankung zu verschaffen, damit er in den Stand gesetzt wird, ein klares und umfassendes Bild von der Persönlichkeit des Unterzubringenden zu gewinnen und seiner Pflicht zu genügen, den ärztlichen Gutachten richterliche Kontrolle entgegenzusetzen.“⁸⁴

Schon gar nicht ausreichend ist es, statt des Betroffenen lediglich den festnehmenden oder einen sonstigen Polizeibeamten anzuhören⁸⁵. Dieses Verfahren ist sowohl mit Art. 103 I GG als auch mit Art. 104 II, III GG unvereinbar. Zwar läßt Art. 103 I GG die Vermittlung rechtlichen Gehörs durch Dritte grundsätzlich zu. Doch setzt dies mindestens voraus, daß ein solcher Dritter „das Vertrauen des Berechtigten genießt oder einer besonderen rechtsstaatlichen Objektivitätspflicht unterworfen ist“. In keinem Falle ausreichend ist die Vermittlung von Gehör durch diejenige Behörde, deren Maßnahme in dem Gerichtsverfahren überprüft werden soll. Ausnahmen davon können höchstens in eilbedürftigen Verfahren unter einschränkenden Voraussetzungen

angenommen werden. Sie können aber lediglich vorliegen, wenn der Betroffene weiß, daß seine Äußerungen vor der Polizei zugleich für das Gericht bestimmt sind; wenn die Polizei die Äußerungen des Betroffenen so weitergibt, wie er sie getan hat; und wenn die persönliche Anhörung des Betroffenen baldmöglichst nachgeholt wird.

c)

Gegenstand der Anhörung ist die Befragung zu den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der **Freiheitsentziehung**. Ausgangspunkt hierfür ist das anwendbare Recht. Der Richter hat zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm erfüllt sind, welche die (weitere) **Freiheitsentziehung** rechtfertigen kann. Das Gehör ist zu jeweils anwendbaren Ermächtigungsgrundlagen zu gewähren; und es hat sämtliche gesetzlichen Anforderungen einzubeziehen⁸⁶. Dies gilt in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht.

Insbesondere hat der Richter sich vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen selbst zu überzeugen⁸⁷. Auf das entsprechende Urteil Dritter - etwa von Ärzten, des Sorgeberechtigten oder gar der Polizei - darf er seine Entscheidung nicht gründen. Ist der Richter zur Sachverhaltsfeststellung - z. B. im Unterbringungsverfahren - nicht in der Lage, weil es ihm etwa an erforderlichen medizinischen Fachkenntnissen fehlt, so hat er unabhängige Sachverständige heranzuziehen⁸⁸. Diese haben dann Aufklärung über das Vorliegen derjenigen Tatsachen zu schaffen, welche der richterlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden sollen. An das Gutachten ist der Richter aber nicht gebunden⁸⁹. Dies ergibt sich schon daraus, daß richterliche Entscheidung und Sachverständigenutachten unterschiedliche Fragestellungen zu beurteilen haben. Erst wenn der Sachverständige das Vorliegen eines Krankheitsbildes bejaht, hat auf dieser Grundlage das Gericht die Frage zu beurteilen, ob jenes Krankheitsbild die rechtlichen Anforderungen an die **Freiheitsentziehung** erfüllt. Hierbei kommt insbesondere der Prüfung des Übermaßverbotes zentrale Bedeutung zu⁹⁰. Sofern für diese Beurteilung gleichfalls medizinischer Sachverstand erforderlich ist, muß das Gutachten gegebenenfalls ergänzt werden.

Zu den tatsächlichen Feststellungen ist dem Betroffenen Gehör zu gewähren. Hierzu sind ihm die Gründe mitzuteilen, welche zu der beabsichtigten Maßnahme geführt haben⁹¹. Ihm ist sodann Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Aufgrund dieser Stellungnahme hat sich der Richter eine eigene Anschauung zu bilden. Soweit erforderlich, sind zur Vorbereitung der Entscheidung weitere Beweismittel heranzuziehen.

Die richterliche Entscheidung bedarf einer einzelfallbezogenen Begründung. Das Ankreuzen eines formularmäßigen Vordrucks⁹² allein vermag diese Begründung schon deshalb nicht zu ersetzen, weil auf einem Formular einzelfallbezogene Ausführungen nicht enthalten sein können. Diese müssen jedenfalls im Einzelfall noch hinzugesetzt werden. Unterbleibt das vorgeschriebene Verfahren oder die ordnungsgemäße Entscheidung, so kann eine Nachholung den Fehler nicht rückwirkend heilen, sondern nur für die Zukunft wirken⁹³.

III. Zusammenfassung

Die kontinuierliche Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 104 BVerfG bislang wenig zur Beendigung des Mißstandes beigetragen, daß „die dritte Instanz wegen immer wieder gleicher typischer Fehler angefochtene Freiheitsentziehungsbeschlüsse aufheben muß“⁹⁴. Dafür können und sollen keineswegs allein die Gerichte verantwortlich gemacht werden. Schon die gesetzliche Regelung der Materie wird dem Verfassungsauftrag des Art. 104 II 4 GG nur mit Hilfe von Analogien und richterlicher Lückenfüllung gerecht⁹⁵. Die wenig klaren Bestimmungen über Gerichtszuständigkeiten und Rechtswege⁹⁶ tun ein übriges, den verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahrenszweck eher zu erschweren als zu ermöglichen.

Eine nicht geringe Zahl von Entscheidungen des BVerfG zeigt aber auch, daß offenbar im Alltagsbetrieb der Gerichte der Sinn dafür auf der Strecke zu bleiben droht, was der Zweck und was der Inhalt des Art. 104 GG sind. Eine richterliche Entscheidung, die zugleich ohne Anhörung des Betroffenen - statt seiner wurde der Polizeibeamte gehört -, ohne Einzelfallbegründung und ohne Begründung am anwendbaren Recht stattfand, mag eine Ausnahme sein⁹⁷. Aber zumindest die formularmäßige Begründung unter Abweichung vom Gesetz zeigt, daß solche Verfahrenfehler offenbar keine Einzelfälle sind. Zumindest insoweit kommt dem jüngsten Beschluß des BVerfG - über den Einzelfall hinaus - auch grundsätzliche Bedeutung zu.

¹ BVerfGE 10, 302 (322 f.: „Die formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 II 2 GG in unlöslichem Zusammenhang“) = NJW 1960, 811 und 1388 L. Zum folgenden Pieroth-Schlink, Grundrechte, 6. Aufl. (1990), Rdnrn. 472 ff., 480 ff.

² Ganz ähnlich deuten Pieroth-Schlink (o. Fußn. 1), Rdnr. 623, das Verhältnis zwischen Art. 5 I 1 GG und Art. 5 I 3 GG.

³ In dieser Richtung wohl BVerfGE 22, 21 (26) wohl auch Grabitz, in: Isensee-Kirchhof (Hrsg.), HdBSiR VI, 1989, § 130 Rdnr. 5. Er zieht daraus den Schluß, daß das Grundrecht aus Art. 2 II 2 GG „historisch an das habeas-corpus-Recht anknüpft“. Letzteres ist aber erst in Art. 104 II, III GG enthalten.

⁴ Insoweit zutr. BVerwGE 6, 354 (355 f.) = NJW 1958, 1249.

5 JöR 1, 63.

6 Dürig, in: Maunz-Dürig, GG, 7. Aufl. (1991), Art. 2 Rdnr. 50; Grabitz (o. Fußn. 3), Rdnr. 4; v. Mangoldt-Klein-Starck, GG, 3. Aufl. (1985), Art. 2 Rdnr. 131; Pieroth-Schlink (o. Fußn. 1), Rdnr. 474; alle m. w. Nachw.

7 Dürig (o. Fußn. 6), Art. 2 Rdnr. 50.

8 Hinsichtlich des so umschriebenen Schutzbereiches können Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber Art. 11 GG - der freien Wahl des Wohn- bzw. „Aufenthalts“ortes - und gegenüber Art. 2 I GG entstehen. Dazu eingehend Tiemann, NVwZ 1987, 10.

9 BVerfGE 22, 21 (26) = NJW 1967, 1211 rückt allerdings beide Maßnahmen zumindest recht eng aneinander heran.

10 JÖR 1 (1951), 63, 65 f.

11 JÖR 1 (1951), 746 f.

12 S. insb. Abgeordnete Dr. Laforet, JÖR 1 (1951), 747 f.

13 BVerfGE 9, 89, (99 f.) = NJW 1959, 427; BVerfGE 14, 174 (186 f.) = NJW 1962, 1339 und 1563 L; BVerfGE 14, 245 (252) = NJW 1962, 1563; BVerfGE 15, 303 (308) = NJW 1963, 757; BVerfGE 16, 211 (213).

14 Überblick hierzu bei Hantel, Der Begriff der **Freiheitsentziehung** in Art. 104 II GG, 1988, S. 84 ff.; Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche **Freiheitsentziehung**, 1969, S. 26 ff.

15 BT-Dr 2/169, S. 8.

16 Nach BVerfGE 22, 21 (26) = NJW 1967, 1221 ist dies nicht einmal eine Freiheitsbeschränkung; s. auch BVerwGE 6, 354 = NJW 1958, 1249; OVG Münster, NVwZ 1982, 447.

17 BVerwG, JR 1958, 153.

18 Und zwar auch nicht bei mehrstündigem Festhalten des Betroffenen auf der Wache oder dem Flughafen, BVerwGE 62, 325 (329) = NJW 1982, 357; s. auch BGH, NJW 1982, 753 (755).

19 BGHSt 13, 97 (99) = NJW 1958, 1185.

20 VG Würzburg, NJW 1980, 2541.

21 Abl. daher Kunig, in: v. Münch, GG Bd. 3, 2. Aufl. (1985), Art. 104 Rdnr. 19; Liskan, NJW 1982, 1268.

22 OLG Stuttgart, NJW 1980, 2029.

23 BVerfGE 10, 302 (323) = NJW 1960, 811 und 1388 L; BVerfGE 22, 311 (317 f.) = NJW 1968, 243.

24 Das obiter dictum des BVerfG, wonach dahingestellt bleiben solle, „ob überall, wo ein materielles Gesetz Freiheitsbeschränkungen erlaubt, eine richterliche Entscheidung notwendig wird, wenn sich die Freiheitsbeschränkung zur **Freiheitsentziehung** steigert“ (BVerfGE 10, 302 (323) = NJW 1960, 811 und 1388 L), gibt das Dilemma an, kann aber schon wegen des insoweit klaren Wortlautes des Art. 104 II 1 GG nicht die Lösung indizieren.

25 Friesenhahn; in: Der BR als Verfassungsorgan und als politische Kraft, 1974, S. 253, 255.

26 So oder ähnlich Dürig (o. Fußn. 6), Art. 104 Rdnr. 12; Kunig (o. Fußn. 21), Art. 104 Rdnr. 19; Hantel (o. Fußn. 14), S. 176 ff.; Koschwitz (o. Fußn. 14), S. 43 f.

27 BVerfGE 22, 21 (26) = NJW 1967, 1221.

28 Dazu: VGH Mannheim, DÖV 1984, 766 (767); VG Freiburg, NVwZ 1984, 131 (132).

29 So aber Dürig (o. Fußn. 6), Art. 2 Rdnr. 50.

30 Das gilt auch für zusätzlichen Unterricht und die Pflicht zur Teilnahme daran (Nachsitzen); VGH Mannheim, DÖV 1984, 766 (767); VG Freiburg, NVwZ 1984, 131 (132), nicht hingegen für die früher bestehende Möglichkeit, den Schüler außerhalb des Unterrichts im Karzer festzuhalten. Diese Pflicht ging über die Teilnahmepflicht am Schulunterricht hinaus und wäre daher heute an Art. 2 II 2 GG zu messen.

31 Dazu o. I 2 b.

32 BVerfGE 22, 21 (26) = NJW 1967, 1221.

33 So insb. Koschwitz (o. Fußn. 14), S. 43 f.

34 Für die Teilnahmepflicht ebenso BVerfGE 22, 21 (26); BVerwGE 6, 354 f. = NJW 1958, 1249; für die Vorführung anders BVerfGE 22, 21 (26) = NJW 1967, 1221.

35 S. o. I 2 a.

36 Zu letzteren jüngerer Zeit insb. BVerfG, NJW 1991, 1283. Aus der Literatur Pentz, NJW 1990, 2777; Less, Die Unterbringung von Geisteskranken, 1990; Dodegge, NJW 1987, 1910; Juchart, NJW 1987, 3165.

37 BVerfGE 74, 358 (370) = NJW 1987, 2427 = NStZ 1987, 421; BVerfGE 82, 106 (115) = NJW 1990, 2741 = NStZ 1990, 598. Zu Art. 5 MRK Funk-Gimpel=Hinteregger, EuGRZ 1985, 1.

38 BVerfGE 2, 118 (119) = NJW 1953, 577.

39 BVerfGE 36, 137 (138 f.) zur Hausstrafe im Gefängnis; s. dazu auch OLG Köln, NJW 1990, 3280.

40 BVerfGE 57, 9 (23) = NJW 1981, 1154 (zum Auslieferungersuchen).

41 BVerfGE 14, 174 (186 f.) = NJW 1962, 1339 und 1563 L.

42 BVerfGE 29, 183 (195 f.) = NJW 1970, 2205.

43 BVerfGE 14, 245 (251) = NJW 1962, 1563; BVerfGE 22, 1 (18) = NJW 1967, 1555; BVerfGE 51, 70 f.; BVerfGE 75, 340 ff.; BVerfGE 78, 374 (387 ff.) = NJW 1989, 1663 = NStZ 1989, 229.

44 BVerfGE 75, 329 (342) = NJW 1987, 3175 = NStZ 1987, 450.

45 BVerfGE 78, 374 (383 f.) = NJW 1989, 1663 = NStZ 1989, 229.

46 BVerfGE 14, 245 (252) = NJW 1962, 1563; s. auch BVerfGE 22, 1 (18) = NJW 1967, 1555; BVerfGE 21, 25; BVerfGE 23, 265 (269) = NJW 1968, 1515; BVerfGE 78, 374 (383) = NJW 1989, 1663 = NStZ 1989, 229.

47 BVerfGE 14, 174 (186 f.) = NJW 1962, 1339 und 1563 L; anders für gesetzesvertretende Verordnungen der Weimarer Zeit BVerfGE 22, 1 (12 f.) = NJW 1967, 1515.

48 BVerfGE 14, 245 (251) = NJW 1962, 1563.

49 BVerfGE 14, 174 (187) = NJW 1962, 1339 und 1563 L; BVerfGE 14, 245 (251) = NJW 1962, 1563; BVerfGE 22, 21 (25) = NJW

1967, 1221.

50 BVerfGE 51, 60 (71) = NJW 1979, 1981; Gesetzgeber muß „Art und Maß“ der Strafe selbst bestimmen.

51 Daran fehlte es in BVerfGE 14, 174 (188) = NJW 1962, 1339 und 1563 L.

52 BVerfGE 78, 374 (388 f.) = NJW 1989, 1663 = NStZ 1983, 229.

53 BVerfGE 2, 118 (119) = NJW 1953, 577; BVerfGE 33, 1 (9) = NJW 1972, 811; BVerfGE 34, 369 (383) = NJW 1973, 1451; BVerfGE 49, 64; BVerfGE 64, 263 (280).

54 BVerfGE 19, 342 (349 ff.) = NJW 1966, 243; BVerfGE 29, 312 (316 f.) = NJW 1970, 2287; BVerfGE 35, 185 (190) = NJW 1973, 1363; s. auch BVerfGE 45, 187 (270 f.) = NJW 1977, 1525.

55 BVerfGE 19, 342 (349 ff.).

56 BVerfGE 14, 156 (161 f.) = NJW 1962, 1495; s. auch BVerfGE 31, 145 (163 f.) = NJW 1971, 2122 und NJW 1972, 1024 L; BVerfG, NJW 1982, 29.

57 BVerfGE 10, 302 (310) = NJW 1960, 811 und 1388 L.

58 Zum Zusammenhang zwischen Art. 104 und Art. 103 I GG BVerfGE 9, 89 (99); BVerfGE 64, 135 (146) = NJW 1983, 2762 = NStZ 1983, 446.

59 BVerfGE 10, 302 (310) = NJW 1960, 811 und 1388 L; BVerfGE 21, 378 (390) = NJW 1967, 1651; BVerfG, NJW 1990, 1284; Dürig (o. Fußn. 6), Art. 104 Rdnr. 25; Grabitz (o. Fußn. 3), Rdnr. 25.

60 So etwa der Verfahrensgang in BVerfGE 76, 363 (370 = Beugehaft durch parlamentarischen Untersuchungsausschuß) = NJW 1988, 897 = NVwZ 1988, 429 L = NStZ 1988, 138; BVerfG, NJW 1991, 1285.

61 BVerfGE 21, 378 (390) = NJW 1967, 1651.

62 BVerfGE 22, 311 (317 f.) = NJW 1968, 243.

63 Bisweilen ist die Zuordnung zur einen oder anderen Fallgruppe schwierig; s. BVerfGE 42, 1 (6 ff.) = NJW 1976, 1736 einerseits; abw. Votum Hirsch, BVerfGE 42, 1 (12 ff.).

64 BVerfGE 22, 311 (317 f.) = NJW 1968, 243.

65 BVerfGE 9, 89 (99).

66 BVerfGE 22, 311 (317 f.) = NJW 1968, 243.

67 Nachw. bei Koschwitz (o. Fußn. 14), S. 95 ff.

68 Nachw. bei Hantel (o. Fußn. 14), S. 39 ff.

69 So die Regelung in den Polizeigesetzen der Länder, etwa § 15 I 2 RhPfPVG; s. auch BGH, NJW 1990, 443 = MDR 1990, 230 (231).

70 Im Unterschied zum Gesetzesvorbehalt des Art. 104 I 1 GG gilt hier jedoch kein Analogieverbot; BVerfG, NJW 1991, 1284.

71 Dazu v. Münch, GG I, 3. Aufl. (1985), vor Art. 1 Rdnrn. 11 ff.; s. auch Roell, Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, 1984; Fehnmann, Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter, 1983.

72 BVerfGE 10, 302 (317 ff.) = NJW 1960, 811 und 1388 L.

73 BVerfGE 10, 302 (317 f.) = NJW 1960, 811 und 1388 L.

74 BVerfGE 70, 297 (322 f.) = NJW 1986, 767 = NStZ 1986, 185. Nach BVerfGE 65, 317 (323 f.) = NJW 1984, 1025 soll eine gesetzliche Regelung mit Art. 104 II 2 GG vereinbar sein, welche im Rechtsmittelverfahren die persönliche richterliche Anhörung ausschließt, wenn in der Vorinstanz eine solche stattgefunden hat und aus den Akten nichts erkennbar ist, daß eine erneute Anhörung zur weiteren Sachaufklärung beitragen könnte.

75 BVerfGE 70, 297 (323) = NJW 1986, 767 = NStZ 1986, 185 unter Hinweis auf BVerfGE 63, 380 (391) = NJW 1983, 1599.

76 BayObLG, NJW 1990, 774.

77 BVerfGE 40, 95 (98) = NJW 1975, 1597; BayObLG, NJW 1977, 1596.

78 BVerfGE 58, 208 (220 ff.) = NJW 1982, 691; BVerfGE 61, 123 (125); BVerfGE 65, 317 (321 ff.) = NJW 1984, 1025; BVerfGE 66, 191 (197) = NJW 1984, 1806 = NVwZ 1984, 781.

79 BVerfGE 5, 9 (11) = NJW 1956, 985.

80 So der Fall BVerfGE 58, 208 (221 f.) = NJW 1982, 691.

81 BVerfGE 66, 191 (197) = NJW 1984, 1806 = NVwZ 1984, 781.

82 OLG Frankfurt, HessJMBI 1984, 515.

83 BVerfGE 65, 317 (324) = NJW 1984, 1025.

84 BVerfGE 58, 208 (223) = NJW 1982, 691; BVerfGE 66, 191 (197) = NJW 1984, 1806 = NVwZ 1984, 781.

85 BVerfG, NJW 1990, 1283 (1284 f.).

86 BVerfG, NJW 1991, 1284, mußte dies eigens hervorheben.

87 BVerfGE 58, 208, 220 ff. = NJW 1982, 691; BVerfGE 61, 123 (125); BVerfGE 63, 340 (341) = NJW 1983, 2627; BVerfGE 65, 317 (321 ff.) = NJW 1984, 1025.

88 Dabei scheint das BVerfG für Personen, die in psychiatrischen Krankenhäusern untergebracht sind, im Verfahren über die Fortdauer der **Freiheitsentziehung** einer anstaltsexternen Begutachtung vor einer anstaltsinternen den Vorrang einzuräumen; s. BVerfGE 70, 297 (319) = NJW 1986, 767 = NStZ 1986, 185.

89 BVerfGE 58, 208 (223) = NJW 1982, 691; BVerfGE 66, 191 (198) = NJW 1984, 1806 = NVwZ 1984, 781.

90 BVerfGE 70, 297 (311 ff.) = NJW 1986, 767 = NStZ 1986, 185.

91 Dieser sich aus Art. 103 I GG ergebende Grundsatz (BVerfGE 19, 32 (36); 55, 95 (99); 67, 96 (99 f.)) wird im Anwendungsbereich des Art. 104 GG ignoriert von OLG Düsseldorf, JMBINRW 1984, 179.

92 Dazu BVerfG, NJW 1991, 1284.

93 BVerfGE 58, 208 (222) = NJW 1982, 691.

94 Pentz, NJW 1990, 2777.

95 Dazu BVerfGE 29, 183 (197) = NJW 1970, 2205.

⁹⁶ Dazu zuletzt OVG Münster, NJW 1990, 3224.

⁹⁷ Dies war der Sachverhalt von BVerfG, NJW 1991, 1283.