

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1264

Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung

Von

Martin Heidebach



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN HEIDEBACH

Grundrechtsschutz durch Verfahren
bei gerichtlicher Freiheitsentziehung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1264

Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung

Von

Martin Heidebach



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-14241-5 (Print)

ISBN 978-3-428-54241-3 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84241-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Den Anstoß für dieses Buch erhielt ich, als ich im Frühjahr 2009 mit der Bearbeitung der FamFG-Vorschriften über die Freiheitsentziehung und Unterbringung für den Kommentar von Haußleiter begann. Zunächst interessierte mich die verfassungsrechtliche Perspektive auf das Verfahren. Stutzig machte mich dabei die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum baden-württembergischen Unterbringungsgesetz vom 7. Oktober 1981, wonach Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG die Pflicht, die formell-rechtlichen Vorgaben in Freiheitsentziehungssachen zu beachten, „zum Verfassungsgebot erhebt“. Mir schien es offensichtlich, dass sich daraus gravierende Konsequenzen für die Behandlung von Verfahrensfehlern ergeben müssten. Nachdem ich mich gründlicher mit der Materie befasst hatte, wurde mir klar, dass weder das Bundesverfassungsgericht noch die Fachgerichtsbarkeit oder das rechtswissenschaftliche Schrifttum dem Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG eine Schlüsselrolle für das gerichtliche Verfahren in Freiheitsentziehungssachen zuerkennen. Deshalb wollte ich meine Sichtweise auf diese Fragen in grundsätzlicher Form darlegen.

Auf dieser Idee beruht die vorliegende Arbeit, die von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität im Sommersemester 2013 als Dissertation angenommen wurde. Ich freue mich, dass ich damit einen Dokortitel der Universität meiner Heimatstadt München führen darf, deren Juristischer Fakultät ich mich durch Studium und Assistententätigkeit besonders verbunden fühle.

Ein Dissertationsprojekt ist eine große Herausforderung. Ich möchte daher allen danken, die es mir ermöglicht haben, dieses Buch zu schreiben. An erster Stelle zu nennen ist Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier, der meine Doktorarbeit betreut hat. Die über zehnjährige Tätigkeit an seinem Lehrstuhl – zuerst als studentische Hilfskraft, später als wissenschaftlicher Mitarbeiter – hat mich geprägt und mir gezeigt, für welche Art juristischer Arbeit ich mich begeistern kann. Dafür bin ich ihm sehr dankbar. Ganz besonders danken möchte ich auch Prof. Dr. Rudolf Streinz, der das Zweitgutachten verfasst hat und der mich nach der Emeritierung von Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier als wissenschaftlicher Mitarbeiter übernommen hat.

Ich danke meinem Studienfreund Timo Fest, der mich als Autor für den Kommentar von Haußleiter zum FamFG vorgeschlagen hat. Ohne diese Tätigkeit wäre die vorliegende Doktorarbeit nicht entstanden. Weiterhin möchte ich meinen früheren Assistentenvertreter-Kollegen Johannes Kaspar erwähnen: Ihm bin ich dankbar für seine Bestärkung in der Frühphase des Entstehungsprozesses, als ich mir hinsichtlich der Eignung des Themas als Dissertation noch nicht sicher war. Für ihre Hilfe in einem späteren Stadium danke ich meinen Freunden Nina

Jarass und Martin Mittermeier, die große Teile der Arbeit gelesen haben: für Ihre Kritik, ihre Anregungen und auch ihr Lob. In allen Phasen haben mich zahlreiche studentische Hilfskräfte an den Lehrstühlen Papier und Streinz unterstützt. Besonders hervorheben möchte ich Isabella Ganzenmüller, die sich zuletzt zur Anpassung der Querverweise durch den gesamten Text kämpfen musste.

Entscheidend für das Gelingen meiner Doktorarbeit war die Atmosphäre an der Juristischen Fakultät der LMU. Allen Kolleginnen und Kollegen, in erster Linie des öffentlichen Rechts, mit denen ich am meisten Kontakt hatte, möchte ich dafür danken. Ich hatte die Möglichkeit, einen Teil meiner Thesen im Rahmen des traditionellen Münchener Jour fixe zu verteidigen und hatte jederzeit Diskussionspartner, die ich mit meinen Überlegungen behelligen konnte. Aber auch jenseits des rein Juristischen war die Tätigkeit in diesem Umfeld immer eine Freude. Wesentlich hierzu beigetragen haben die Kollegen aus meiner Zeit am Lehrstuhl Papier, in der die Arbeit größtenteils entstand. Ich möchte mich deshalb besonders bedanken bei: Foroud Shirvani, Meinhard Schröder und Christoph Krönke. Danken möchte ich darüber hinaus der damaligen Lehrstuhlsekretärin Edith Bätza.

Ich möchte auch die Gelegenheit nutzen, einigen Menschen zu danken, die mich in meinem bisherigen juristischen Werdegang begleitet und damit zum erfolgreichen Abschluss meiner Dissertation beigetragen haben: Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, früher Assistent von Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier, auf dessen Initiative hin ich als studentische Hilfskraft eingestellt wurde, auch für das Vertrauen, das er immer wieder in mich gesetzt hat. Rechtsanwalt Professor Dr. Ferdinand Kuchler, dessen wissenschaftlicher Mitarbeiter in Nebentätigkeit ich während eines Großteils meiner Promotionszeit war. Er hat es mir ermöglicht, das öffentliche Recht in der Praxis auf höchstem Niveau kennenzulernen. Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Guido Kotschy, bei dem ich als Praktikant und als Referendar Einblick in komplexe zivilrechtliche Fälle gewinnen durfte. Schließlich danke ich meinem Studienfreund Daniel Meindl unter anderem dafür, dass mit ihm das Durchstehen der beiden Examina einschließlich deren Vorbereitung leichter war.

Abschließend möchte ich den wichtigsten Menschen in meinem Leben danken: Meiner Frau Alicia, die die Höhen und Tiefen meiner Dissertationszeit ertragen musste. Ich danke ihr für ihre ständige Unterstützung, ihre grenzenlose Geduld und ihre Liebe. Meinen Eltern Ruth und Hans Peter Heidebach, die mich immer und in allem bedingungslos unterstützt haben, möchte ich diese Arbeit widmen.

München, im März 2014

Martin Heidebach

P.S.: Stand der Arbeit ist der 30.11.2013. Dennoch möchte ich sie mit der Drucklegung nicht als abgeschlossen ansehen. Wissenschaft lebt vom Austausch, ich freue mich deshalb über Anregungen, Diskussionsbereitschaft oder auch Kritik hinsichtlich meiner Thesen und Überlegungen und bin dazu unter martin.heidebach@gmx.de erreichbar.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	17
I. Gegenstand der Arbeit und Ausgangsthese	18
II. Begründung für die Fokussierung auf das formelle Recht	20
III. Verfassungsrechtliche Betrachtung mit einfachrechtlichen Bezugspunkten	21
IV. (Verfassungs-)Rechtlicher Rahmen	23
V. Gang der Darstellung	24
B. Eingrenzung des Themas	25
I. Beschränkung auf Freiheitsentziehungen	25
II. Beschränkung auf gerichtliche Freiheitsentziehungen	26
C. Begriff der Freiheitsentziehung	29
I. Definition des Begriffs der Freiheitsentziehung	29
II. Freiheitsentziehung durch Private	70
D. Grundrechtsschutz durch Verfahren	90
I. Einordnung des Themas in die allgemeine Diskussion um den Grundrechtsschutz durch Verfahren	90
II. Abgrenzung von und Zusammenhänge zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht	100
III. Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung	112
E. Allgemeine Anforderungen des Grundgesetzes an Gerichtsverfahren – Geltung für Freiheitsentziehungssachen	124
I. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG	125
II. Art. 103 Abs. 1 GG	128
III. Art. 19 Abs. 4 GG	130
IV. Recht auf ein faires Verfahren	186
V. Anforderungen aus weiteren materiellen Grundrechten?	191
VI. Weitere Anforderungen in strafrechtlichen Freiheitsentziehungssachen	193
VII. Fazit	195
F. Art. 104 GG	197
I. Art. 104 Abs. 2 GG	197
II. Art. 104 Abs. 3 und 4 GG	198
III. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG	198
IV. Pflicht zur Regelung bestimmter formeller Mindeststandards	264

G. Europarechtliche Vorgaben	284
I. EMRK	284
II. Unionsrecht	293
H. Ergebnis	297
I. Zusammenfassung	299
I. Begriff der Freiheitsentziehung	299
II. Konzept des Grundrechtsschutzes durch Verfahren	301
III. Allgemeine Anforderungen des Grundgesetzes für gerichtliche Frei- heitsentziehungsverfahren	304
IV. Art. 104 GG	308
V. Europarechtliche Vorgaben	314
Literaturverzeichnis	316
Stichwortverzeichnis	345

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Gegenstand der Arbeit und Ausgangsthese	18
II. Begründung für die Fokussierung auf das formelle Recht	20
III. Verfassungsrechtliche Betrachtung mit einfachrechtlichen Bezugspunkten.	21
IV. (Verfassungs-)Rechtlicher Rahmen	23
V. Gang der Darstellung	24
B. Eingrenzung des Themas	25
I. Beschränkung auf Freiheitsentziehungen	25
II. Beschränkung auf gerichtliche Freiheitsentziehungen	26
C. Begriff der Freiheitsentziehung	29
I. Definition des Begriffs der Freiheitsentziehung	29
1. Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG	30
2. Allgemeine Definition der Freiheitsentziehung	36
a) Größe des Raums	38
b) Zwang als notwendige Voraussetzung	40
c) Einordnungsproblem der Zwangsanwendung	42
d) Abgrenzung von den Fällen der Freiheitsbeschränkung durch unmittelbaren Zwang	43
aa) Zeitliche Dauer	44
(1) Zeitliche Dauer als geeignetes Abgrenzungskriterium ..	44
(2) Probleme der Abgrenzung anhand der zeitlichen Dauer	48
bb) Zweck der Ausübung des unmittelbaren Zwangs	50
cc) Intensität des Eingriffs	55
e) Zwischenergebnis	59
3. Eigene Definition von Freiheitsentziehung	60
a) Herleitung und Inhalt der eigenen Definition	60
aa) Verknüpfung von Freiheitsentziehung und Richtervorbehalt	61
bb) Funktion des Richtervorbehalts nach dem historischen Verfassungsgeberwillen	61
cc) Freiheitsentziehung als Festhalten außerhalb der öffentlichen Sphäre	65
b) Anwendung auf Beispielfälle	67
c) Fazit	69
II. Freiheitsentziehung durch Private	70
1. Wirkliche Rechtsnatur des Festhaltens	71

a)	Eindeutige Fälle öffentlich-rechtlicher Freiheitsentziehung	71
b)	Freiheitsentziehung auf Antrag Privater	71
c)	Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern, des Vormunds, des Bevollmächtigten oder des Betreuers	74
aa)	Unklare Einordnung: Vormundschaft und Betreuung	75
bb)	Eindeutige Klassifizierung als privater Sachverhalt: Eltern und Bevollmächtigter	80
2.	Verfassungsrechtlicher Umgang mit rein privaten Sachverhalten	80
a)	Geltung des Richtervorbehalts	81
aa)	Unmittelbare Geltung des Art. 104 Abs. 2 GG	82
bb)	Keine Flucht ins Privatrecht?	83
cc)	Schutzpflicht	84
b)	Geltung des Freiheitsentziehungsbegriffs im privaten Bereich	86
3.	Ergebnis	89
D.	Grundrechtsschutz durch Verfahren	90
I.	Einordnung des Themas in die allgemeine Diskussion um den Grund- rechtsschutz durch Verfahren	90
1.	Hauptgegenstand der allgemeinen Diskussion	91
a)	Der Mülheim-Kärlich-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts	91
b)	Die Aussage des Bundesverfassungsgerichts und die anschlie- ßende Diskussion	93
2.	Besonderheiten bei gerichtlichen Freiheitsentziehungen	96
a)	Abwehrrechtliche Konstellation	96
b)	Besondere rechtliche Grundlagen im Grundgesetz	97
c)	Gerichtsverfahren	98
3.	Einordnung in die Diskussion	98
II.	Abgrenzung von und Zusammenhänge zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht	100
1.	Unterscheidung nicht notwendig?	100
2.	Abgrenzung von Verfahrensrecht und materiellem Recht	101
a)	Abgrenzungsansätze	101
b)	Besonderheiten der Freiheitsentziehungssachen	103
c)	Abgrenzung	105
d)	Begriffliche Präzisierung: Verfahrensrecht als formelles Recht	106
e)	„Verinhaltlichung“ durch Grundrechtsbezug des Verfahrens?	109
3.	Zusammenhänge von Verfahrensrecht und materiellem Recht	109
III.	Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentzie- hung	112
1.	Verfahren als Verwirklichung von Grundrechtsschutz	112
a)	Funktion: Grundrechtsschutz durch Verfahren	113
b)	Fortbestehende Bedeutung: Beispiel Guantanamo	116
c)	Andere Funktionen des Richtervorbehalts?	120
2.	Auswirkungen auf das Verfahren	123

E. Allgemeine Anforderungen des Grundgesetzes an Gerichtsverfahren – Geltung für Freiheitsentziehungssachen	124
I. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG	125
1. Anwendbarkeit auf gerichtliche Verfahren in Freiheitsentziehungssachen.	125
2. Umfang des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter	126
3. Fazit für den Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung	127
II. Art. 103 Abs. 1 GG	128
III. Art. 19 Abs. 4 GG	130
1. Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG für das gerichtliche Verfahren im Allgemeinen	131
2. Anwendung auf gerichtliche Freiheitsentziehungssachen	134
a) Anwendung von Art. 19 Abs. 4 GG als allgemeines Verfahrensgrundrecht	134
b) Vorgezogene richterliche Entscheidung	139
aa) Richterliche Freiheitsentziehungsanordnung als Akt der öffentlichen Gewalt?	139
bb) Präventiver Richtervorbehalt als vorgezogener Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG?	142
(1) „Ausschlussgrund“ des defizitären vorgezogenen Verfahrens	143
(a) Vorgezogene richterliche Entscheidung kein „echter“ Rechtsprechungsakt?	144
(b) Strukturelles Defizit der präventiven Freiheitsentziehungsanordnungen?	147
(aa) Anknüpfen an Literatur und Rechtsprechung zum Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 GG	147
(bb) Erfordernis eines „strukturellen“ Defizits	149
(cc) Prüfung des strukturellen Defizits präventiver Freiheitsentziehungsentscheidungen	151
(dd) Zwischenergebnis	159
(2) Verhältnis von Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG	160
(a) Vereinzelt ausdrückliche Ablehnung in der Literatur	160
(b) Herrschende Ansicht in der Literatur?	162
(aa) Richtervorbehalt als Form einstweiligen Rechtsschutzes	163
(bb) Richtervorbehalt als tatsächlicher nachträglicher Rechtsschutz	164
(cc) Richtervorbehalt als vorgezogener Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG	166

(c) Begründung für die Einordnung als vorgezogener Rechtsschutz	167
(d) Denkbare Einwände.....	169
cc) Zwischenergebnis.....	171
dd) Fallkonstellationen des strukturellen Defizits	172
(1) Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 4 GG zumindest teilweise doch begründbar?.....	172
(2) Problematik des Ergebnisses.....	174
c) Nachträgliche richterliche Entscheidung bei vorhergehender behördlicher Freiheitsentziehung	176
aa) Grundsätzlich Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet.....	176
bb) Erstreckung der Prüfung auf vollzogene Freiheitsentzie- hung?	177
cc) Ergebnis: Freiheitsentziehungsanordnung bezieht sich nur auf die Zukunft.....	181
d) Sonderfall: Freiheitsentziehung durch Private.....	182
aa) Freiheitsentziehung durch Private als privatrechtliche Tätigkeit.....	182
bb) Strukturelles Defizit des gerichtlichen Verfahrens?.....	183
cc) Zwischenergebnis.....	184
3. Ergebnis zu Art. 19 Abs. 4 GG	184
IV. Recht auf ein faires Verfahren.....	186
1. Herleitung.....	186
2. Inhalt	187
3. Bedeutung für gerichtliche Freiheitsentziehungsverfahren.....	189
V. Anforderungen aus weiteren materiellen Grundrechten?	191
VI. Weitere Anforderungen in strafrechtlichen Freiheitsentziehungssachen ..	193
VII. Fazit.....	195
F. Art. 104 GG.....	197
I. Art. 104 Abs. 2 GG	197
II. Art. 104 Abs. 3 und 4 GG	198
III. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG	198
1. Anwendungsbereich.....	199
a) Alle Freiheitsentziehungsverfahren	199
b) Alle formellen Vorschriften.....	201
2. Grundrechtsdogmatische Einordnung	202
3. Grundrechtsschutz durch Verfahren mit Hilfe der Wirkung als Schranken-Schranke.....	205
a) Rügbarkeit formeller Fehler durch die Verfassungsbeschwerde ..	206
aa) Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts	207
(1) Keine Beschränkung der Prüfung auf Verletzung spezi- fischen Verfassungsrechts.....	208

(2) Zulässigkeit der Prüfung aller fachgerichtlichen Verfahrensverstöße	211
bb) Schutz nur für bedeutsame Verfahrensgarantien?	214
(1) Hintergrund der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	214
(2) Keine Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG	218
cc) Zwischenergebnis	223
b) Erfordernis der fachgerichtlichen Rügemöglichkeit	224
aa) Übertragung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 103 Abs. 1 GG	225
bb) Verfassungsrechtliche Herleitung und Umfang des fachgerichtlichen Rechtsschutzes	227
c) Vereinbarkeit der Folgenlosigkeit formeller Rechtsverstöße mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG	229
aa) Unbeachtlichkeitsvorschriften	232
(1) Regelung von Unbeachtlichkeitsvorschriften	233
(2) Vereinbarkeit von Unbeachtlichkeitsvorschriften mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG	236
(a) Unbeachtlichkeitsvorschrift gleich Nichtnormierung?	236
(b) Unbeachtlichkeitsvorschrift als Beeinträchtigung von Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG	238
(aa) Beschränkung der Schranken-Schranke möglich?	238
(bb) Immanente Begrenzung der Schranken-Schranke	241
(α) Beschränkung anhand des Sinns und Zwecks von Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG ..	241
(β) Strenger Maßstab	242
(γ) Keine Relativierung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren	244
(δ) Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	245
(3) Verfassungskonformität der konkreten fachgerichtlichen Unbeachtlichkeitsvorschriften	248
(a) § 72 Abs. 1 Satz 1 FamFG	249
(aa) Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht	249
(bb) Vereinbarkeit mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG wegen dessen Anwendungsbereichsbeschränkung	250
(b) § 72 Abs. 2 FamFG	254
bb) Heilung formeller Fehler	255

(1) Heilung für die Zukunft	255
(2) Rückwirkende Heilung	256
(a) Rückwirkende Heilung unzulässig	257
(b) Ausnahmen	259
cc) Fazit	261
4. Verhältnis zu den allgemeinen Anforderungen an das gerichtliche Verfahren	262
a) Verhältnis zu Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 103 Abs. 1 GG	263
b) Verhältnis zu Art. 19 Abs. 4 GG und dem Anspruch auf ein faires Verfahren	264
IV. Pflicht zur Regelung bestimmter formeller Mindeststandards	264
1. Herleitung aus Art. 104 GG	265
2. Konkurrenzfrage	268
a) Vorrangverhältnis zum Recht auf ein faires Verfahren und zu Art. 19 Abs. 4 GG	268
b) Einwand gegen Vorrangverhältnis?	269
3. Bestimmung der Mindeststandards	271
a) Abstrakter Maßstab	271
aa) Meinungsbild zu Art. 19 Abs. 4 GG und dem Anspruch auf ein faires Verfahren	272
bb) Folgerungen für Art. 104 GG	274
cc) Fazit	277
b) Konkrete Mindestanforderungen	279
G. Europarechtliche Vorgaben	284
I. EMRK	284
1. Anforderungen der EMRK an das gerichtliche Freiheitsentziehungsverfahren	285
a) Art. 5 EMRK	285
b) Art. 6 EMRK	287
2. EMRK-Regelungen als Teil der verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen	289
3. Rüge einfachrechtlicher formeller Fehler des nationalen Rechts vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	290
II. Unionsrecht	293
H. Ergebnis	297
I. Zusammenfassung	299
I. Begriff der Freiheitsentziehung	299
II. Konzept des Grundrechtsschutzes durch Verfahren	301
III. Allgemeine Anforderungen des Grundgesetzes für gerichtliche Freiheitsentziehungsverfahren	304
IV. Art. 104 GG	308

1. Rüge einfachrechtlicher Verfahrensfehler mit der Verfassungsbeschwerde	309
2. Vereinbarkeit von Unbeachtlichkeits- und Heilungsvorschriften mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG.....	310
a) Unbeachtlichkeitsvorschriften	310
b) Heilung	312
3. Ableitung formeller Mindeststandards aus Art. 104 GG.....	313
V. Europarechtliche Vorgaben	314
Literaturverzeichnis	316
Stichwortverzeichnis	345

A. Einleitung

Auch im Rechtsstaat ist die Entziehung der Freiheit des Bürgers die wohl stärkste Manifestation staatlicher Macht, der zugleich ein großes Missbrauchspotential innewohnt. Nach dem Grundgesetz darf eine Freiheitsentziehung deshalb nur auf Grundlage eines förmlichen Gesetzes erfolgen.¹ Dieses Gesetz muss sich in materiell-rechtlicher Hinsicht an Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG messen lassen und dabei vor allem den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht werden. Ein grundrechtlicher Schutz, der sich allein auf die inhaltliche Seite der Voraussetzungen einer Freiheitsentziehung bezöge, wäre jedoch unvollständig. Die Mütter und Väter des Grundgesetzes – die teilweise persönlich willkürliche Inhaftierungen in der Zeit des Nationalsozialismus erlebt hatten² – gestalteten deshalb das Freiheitsgrundrecht durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG nicht nur als materiell-rechtliche Gewährleistung aus, sondern ergänzten es in Art. 104 GG durch eine verfahrensrechtliche Absicherung. Selbstverständlich ist die Idee verfahrensrechtlicher Schutzmechanismen gegen hoheitliche Freiheitsentziehungen keine Erfindung des Parlamentarischen Rats. Sie geht bis an die Ursprünge der modernen westlichen Grundrechtsentwicklung zurück. Dabei kommt dem Habeas Corpus Act in England aus dem Jahr 1679 besondere Bedeutung zu, in dem bestimmte Verfahrensrechte im Hinblick auf Freiheitsentziehungen gesetzlich fixiert wurden.³ Hauptanliegen des Habeas Corpus Act war es, Freiheitsentziehungen durch die Staatsgewalt der gerichtlichen Kontrolle zugänglich zu machen. Im deutschen Raum finden sich bereits in den frühkonstitutionellen Verfassungen des 19. Jahrhunderts verfahrens-

¹ Siehe Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG. Für die strafrechtliche Freiheitsentziehung gilt darüber hinaus die noch strengere Regelung des Art. 103 Abs. 2 GG.

² So waren beispielsweise allein drei der zehn ordentlichen Mitglieder des letztlich für Art. 104 GG zuständigen Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege während der Zeit des Nationalsozialismus zumindest zeitweise in Haft: die Abgeordneten *Friedrich Wilhelm Wagner*, *Ernst Wirmer* und *Georg August Zinn*; siehe die Biographien der Mitglieder des Parlamentarischen Rats auf der von der Stiftung Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland eingerichteten Internetseite www.parlamentarischerrat.de.

³ Zum Habeas Corpus Act und der historischen Entwicklung siehe unten S. 114 ff.; dort auch zu der Frage, inwieweit das Habeas-Corpus-Recht dem Art. 104 Abs. 2 GG als Vorbild diene.

rechtliche Regelungen bei Freiheitsentziehungen,⁴ die schließlich in der umfangreichen Ausgestaltung der Verfahrensgarantien in § 138 der Paulskirchenverfassung von 1849 mündeten.⁵ Die Besonderheit und historische Neuheit des Grundgesetzes liegt vor allem darin, dass Art. 104 Abs. 2 GG in allen Fällen der Freiheitsentziehung eine gerichtliche Entscheidung verlangt und die richterliche Anordnung in der Regel zu erfolgen hat, bevor die Freiheit entzogen wird.⁶

I. Gegenstand der Arbeit und Ausgangsthese

Die gängige Schlussfolgerung,⁷ Art. 104 GG diene dem Grundrechtsschutz durch Verfahren, ist angesichts dieses geschichtlichen Hintergrunds naheliegend. Weitgehend im Dunkeln bleibt aber, welche verfassungsrechtlichen Konsequenzen sich daraus für das gerichtliche Verfahren in Freiheitsentziehungssachen konkret ergeben. Diese zu ermitteln, ist der Gegenstand der Arbeit. Dabei stellen sich vor allem drei Fragen: Welche verfassungsrechtlichen Folgen haben Verstöße gegen das einfache formelle Recht? Ist es mit dem Grundgesetz vereinbar, derartige Verfahrensfehler für folgenlos zu erklären? Verpflichtet die Verfassung den Gesetzgeber zu einer bestimmten Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens in Freiheitsentziehungssachen?

Die Ausgangsthese ist, dass sich die drei zentralen Fragen der Einwirkung des Grundgesetzes auf das einfachrechtliche Verfahren anhand des Art. 104 GG beantworten lassen und Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung deshalb vor allem durch diese Norm gewährleistet wird. Neben der schon immer im Fokus stehenden, ohne weiteres aus dem Wortlaut des Art. 104 Abs. 2 GG abzuleitenden Grundvorgabe, dass eine Freiheitsentziehung nur auf richterliche Anordnung hin erfolgen darf,⁸ muss Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG in den Mittelpunkt der Be-

⁴ Bspw. Titel IV § 8 Bayerische Verfassung von 1818 und § 115 Verfassung für das Kurfürstentum Hessen von 1831; siehe dazu *Amelung*, Jura 2005, 447, 454 f.; *Hartlaub*, Theorie und Praxis der Freiheitsentziehungen nach Strafverfahrens- und Polizeirecht – im Lichte des Habeas-Corpus-Artikels des Grundgesetzes, 2000, S. 31 f.

⁵ Zur § 138 Paulskirchenverfassung siehe unten S. 62. Art. 114 Weimarer Reichsverfassung von 1919 enthielt demgegenüber geringere verfahrensrechtliche Vorgaben für Freiheitsentziehungssachen. Das Erfordernis einer richterlichen Entscheidung ist z. B. nicht erwähnt.

⁶ Siehe zur historischen Neuheit unten S. 61 ff.

⁷ Siehe dazu und zu den Nachw. aus der Lit. unten S. 112 ff.

⁸ Schon am Anfang der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Art. 104 GG stand der präventive Richtervorbehalt aus Art. 104 Abs. 2 GG (und dessen mangelhafte Umsetzung) im Mittelpunkt der Diskussion; Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG fand nur im Hinblick auf seine Vorgabe, dass Freiheitsbeschränkungen einer förmlichen

trachtung gestellt werden, der bislang eher ein juristisches Schattendasein führt.⁹

Liest man unbefangen den hier interessierenden zweiten Teil des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, „[d]ie Freiheit der Person kann [...] nur unter Beachtung der [gesetzlich] vorgeschriebenen Formen beschränkt werden“, deuten sich bereits Antworten für die ersten beiden Fragen an. Vollends Klarheit scheint das Bundesverfassungsgericht zu schaffen, indem es in seiner Leitentscheidung vom 7. Oktober 1981 zum baden-württembergischen Unterbringungsgesetz die Norm folgendermaßen interpretiert: „Durch Art. 104 Abs. 1 GG wird die Beachtung der sich aus dem jeweiligen Gesetz ergebenden freiheitsschützenden Formen zur Verfassungspflicht erhoben, deren Einhaltung durch den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde abgesichert wird.“¹⁰

Diese deutlichen Worte des Bundesverfassungsgerichts werden zwar alenthalben in der Literatur wiedergegeben, eine echte Auseinandersetzung mit der Entscheidung ist aber kaum ersichtlich. Noch nicht einmal das Bundesverfassungsgericht selbst scheint die Reichweite seiner eigenen Entscheidung zu sehen, weil es beispielsweise das strafrechtliche Verfahren, das zu einer Freiheitsentziehung in Form der Freiheitsstrafe führen kann, nicht am Maßstab des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG misst.¹¹ Wesentliche Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist deshalb auch, die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorhandenen Ansätze konsistent weiterzuentwickeln.

Die verfassungsrechtliche Betrachtung kann sich allerdings nicht auf Art. 104 GG beschränken. Dessen Bedeutung und Stellung im Gesamtgefüge der Verfassung lässt sich erst beurteilen, wenn die weiteren allgemeinen Vorgaben des Grundgesetzes für gerichtliche Verfahren ermittelt wurden, die auch für gerichtliche Freiheitsentziehungssachen gelten. Besonderes Augenmerk ist dabei auf Art. 19 Abs. 4 GG zu legen, dessen Anwendbarkeit auf gerichtliche Freiheitsentziehungsverfahren einer gründlichen Prüfung bedarf.

Da sich die Arbeit dem Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung widmet, muss darüber hinaus der Begriff „Freiheitsentziehung“ verfassungsrechtlich definiert werden. Dabei wird sich zeigen, dass diese grundlegende Frage bisher nicht in zufriedenstellender

Rechtsgrundlage bedürfen, Beachtung (siehe bspw. *Wolff*, DÖV 1951, 313 ff.; *Gerber*, DÖV 1952, 387 ff.; *Bachof*, JZ 1951, 737 ff.; DÖV 1952, 393 ff.; *Kern*, DÖV 1954, 112 f.; *Nebinger*, DÖV 1954, 144 f.; *Storz*, DÖV 1954, 330 f.).

⁹ Vgl. die allgemeine Kritik von *Wittreck*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR VII, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 7, es fehle an der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Freiheitsgrundrecht.

¹⁰ BVerfGE 58, 208, 220.

¹¹ Dazu ausführlich unten S. 214 ff.