

Die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG): Wiederentdeckung eines unterschätzten Grundrechts

PD Dr. David Kuch, Konstanz*

I. „Urgrundrecht“ oder „Nischengrundrecht“?	939
II. Zur Kritik des momentanen Lehrbestands	940
1. Unklarheit mit Tradition	940
2. Konsens in der Methode: Eingriffsorientierte Auslegung	941
3. Dissens in der Sache: Zwei grundverschiedene Lesarten	942
a) Aktivische Lesart(en)	942
b) Passivische Lesart	943
c) Leerstelle: Mangelnde Eingriffsspezifikation	944
III. Ein Neuansatz: Die Freiheit der Person als Freiheit „vor“ der (Handlungs-)Freiheit... ..	945
1. Ermöglichungsbedingung und Ausübungsvoraussetzung anderer Grundrechte	945
2. Probe aufs Exempel: Infektionsschutzrechtliche Ausgangsbeschränkungen	947
3. Zwischenbilanz	948
IV. Das Problem „freiheitspräventiver“ Freiheitsentziehung	948
1. Diversifikation freiheitsentziehender Maßnahmen im deutschen Recht	948
2. Freiheitsentziehung zum Schutz vor „gemeingefährlichen Mitmenschen“?	949
a) Psychiatrieunterbringung und Sicherungsverwahrung nach §§ 63, 66 StGB	949
b) Freiheitsprävention kein legitimer Eingriffszweck	950
3. Polizeirechtliche „Gefährderhaft“ verfassungswidrig	954
V. Fazit und Ausblick	956

I. „Urgrundrecht“ oder „Nischengrundrecht“?

Kaum eine Verfassungsgarantie trifft in der Rechtswissenschaft auf derart gegensätzliche Einschätzungen wie das Gespann aus der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und dem Verhaftungsschutz nach Art. 104 GG.¹ Nicht wenige assoziieren es mit Urbildern des Freiheitsschutzes. Seine glorreiche Geschichte sichere ihm eine Sonderstellung unter den klassischen Abwehrrechten:

* PD Dr. David Kuch ist derzeit Professurvertreter an der Universität Konstanz. Der nachfolgende Beitrag beruht auf der Monographie des Verf., *Freiheitsentziehung, Eine Reinterpretation der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG)* unter besonderer Berücksichtigung präventiver Haft- und Unterbringungsformen, 2023, und übernimmt daraus Formulierungen, ohne dies in jedem Fall einzeln nachzuweisen.

¹ Nach BVerfGE 10, 302 (322) u.a. ist die Verbindung dieser Garantien normativ „unlöslich“.

„Der Schutz vor willkürlicher Verhaftung und Strafverfolgung ist das Ugrundrecht, die Wurzel aller Freiheit.“²

Für andere wiederum kann dieser Glanz vergangener Zeiten nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Freiheit der Person in der jüngeren Forschung kaum eine Rolle spielt:

„Aus der fundamentalen Freiheitsverheißung, deren Anrufung im 19. Jahrhundert sich nach moralischem Hochton und universalem Problemlösungsanspruch nur mit dem heute allgegenwärtigen Rekurs auf die Menschenwürde vergleichen läßt, ist ein polizeirechtsaffines Nischengrundrecht geworden.“³

Der uneindeutige erste Eindruck bietet beste Ausgangsbedingungen für die nachfolgende Untersuchung ausgewählter Themenkreise um dieses Grundrecht. Denn zum einen darf man sich der Virulenz der begegnenden Rechtsprobleme sicher sein. Davon zeugt jedenfalls die Beständigkeit des Schutzgedankens. Zum anderen ist der Bereich gewiss nicht ausgeforscht, sodass es nach wie vor einiges zu entdecken gibt. Tatsächlich dürfte es sich bei der Freiheit der Person um eines der wenigen Grundrechte des Grundgesetzes handeln, deren Aufarbeitung im Schrifttum noch immer viele Fragen offenlässt (II.). Weil die Bestände aber zumindest die *Fragerichtung* präzise vorzeichnen, weisen sie der eigenen Fortentwicklung den Weg (III.). Auf Basis eines geschärften Grundrechtsverständnisses treten überschießende Tendenzen im Präventionsrecht besonders markant hervor (IV.).

II. Zur Kritik des momentanen Lehrbestands

1. Unklarheit mit Tradition

„Die Freiheit der Person ist unverletzlich.“ Der reichlich opake Verfassungssatz über die Freiheit der Person verbindet zwei Begriffe von hoher Strahlkraft – *Freiheit* und *Person* – mit der kontrafaktischen Bewehrung als *unverletzliches* Recht. Im Lauf seiner hierzulande etwa 200jährigen Verfassungsgeschichte erfuhr er trotz langer Textkontinuität⁴ sehr unterschiedliche Deutungen. Der Strafrechtslehrer und Kriminologe Hermann Mannheim, der vor seiner Emigration nach London zu den renommiertesten Weimarer Juristen zählte, brachte es im Jahr 1929 auf den Punkt:

„Trotzdem Artikel 114 [...] zu dem althergebrachten Bestande der Grundrechte gehört, besteht über die Bedeutung des Begriffs der persönlichen Freiheit keine Klarheit.“⁵

Dem vorangegangen war eine wechselhafte Auslegungsgeschichte der Freiheitsgarantie, in der zwei grundverschiedene Überlieferungspfade aufeinandertrafen: Während sie von einigen Stimmen ausschließlich mit dem hochspezifischen Anliegen, vor willkürlicher Verhaftung geschützt zu sein, verbunden wurde,⁶ entnahmen ihr andere Autoren eine gänzlich unspezifische Wirkrichtung. Am wei-

² Kriele, in: FS Scupin, 1973, S. 187 (205).

³ Wittreck, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 7.

⁴ Wichtige Vorgängerbestimmungen bildeten § 138 Abs. 1 der Frankfurter Reichsverfassung (Paulskirchenverfassung) v. 28.3.1849 und Art. 114 S. 1 Weimarer Reichsverfassung v. 11.8.1919.

⁵ Mannheim, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, S. 316 (321).

⁶ Stier-Somlo, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 2. Aufl. 1920, S. 117; Bühler, Die Reichs-

testen ging dabei wohl der Staatsrechtslehrer *Gerhard Anschütz*, berühmter Weimarer Zeitgenosse Mannheims. Nach *Anschützens* maßgeblicher Grundrechtskommentierung gestattet die Freiheit der Person (Art. 114 WRV) dem Einzelnen „alles, was ihm kein Gesetz verbietet“⁷, und formuliert auf diese Weise ein gänzlich offenes, kontextloses Prinzip, wie es heute am ehesten die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) kennt. Im Hinblick auf Art. 114 WRV, den unmittelbaren Vorgänger des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, konkurrierte eine sehr konkrete, erfahrungsgesättigte Rechtstradition mit einer abstrakten, ja formalen Schutzidee. Mannheim hatte also Recht: Von „Klarheit“ über unseren Verfassungssatz konnte damals keine Rede sein.

2. Konsens in der Methode: Eingriffsorientierte Auslegung

Nun ist die Frage, was sich an diesem Gesamtbild seither geändert hat, nicht ganz leicht zu beantworten. Gewiss hat sich das Spektrum an Deutungsangeboten stark vergrößert und ausdifferenziert. Zugleich kann man sich bei der Lektüre repräsentativer Darstellungen des Eindrucks nicht erwehren, dass der sachliche Schutzbereich der Freiheit der Person eigentümlich schemenhaft bleibt. Die stets anzutreffende Umschreibung als „körperliche Bewegungsfreiheit“⁸ ist viel weniger aussagekräftig als die Lehrbestände zu anderen besonderen Freiheitsrechten, wie etwa dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), der Religions- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG), den Kommunikationsgrundrechten (Art. 5, 8, 9 GG) oder der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Während hier die Begriffsbildung und fallgruppenspezifische Theorieentwicklung weit gediehen sind, wird dort selten einmal ein einigermaßen abgrenzbarer Schutzgegenstand anschaulich. Das dürfte nicht zuletzt dem unscharfen Anwendungsbereich der Freiheit der Person geschuldet sein, der von einer lästigen Verkehrskontrolle⁹ über eine infektionsschutzrechtliche Ausgangsbeschränkung¹⁰ bis hin zur lebenslangen Freiheitsstrafe¹¹ reichen soll und sich im Übrigen als kontrovers entpuppt¹². Doch was verbindet diese disparaten Fälle über ihre offensichtlichen Unterschiede hinweg? Und worin liegt die (gemeinsame) Grundlage diesbezüglicher Meinungsverschiedenheiten?

Bei allen Unklarheiten in der Sache hat sich im Lauf der Zeit aber zumindest eine *Methode* herausgeschält, die der weiteren Suche die Richtung weist. Mag die opake Wendung von der Freiheit der Person von sich aus wenig preisgeben, ändert sich die Situation entscheidend, sobald die „Freiheit“ nicht mehr in beziehungsloser Allgemeinheit, sondern – wie es die Verbindung mit Art. 104 GG nahelegt – als spezifische Antithese der *Freiheitsentziehung* ins Auge gefasst wird. Kann der Blick nun zwi-

verfassung vom 11. August 1919, 2. Aufl. 1927, S. 108; *Kelsen*, in: Jestaedt, Allgemeine Staatslehre, Studienausgabe der Originalausgabe 1925, 2019, S. 154, 371.

⁷ *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 543; zur vorangegangenen Entwicklung *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 46 ff.

⁸ *Ipsen*, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, Rn. 265; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 567; *Funke*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 2 Rn. 6, 9; *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 130; *Germelmann*, in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 114 Rn. 21; *Gusy*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 93 Rn. 5.

⁹ *Barczak*, NZV 2010, 598 ff.

¹⁰ Hierzu unten III. 2.

¹¹ BVerfGE 45, 187 (223 ff.); 117, 71 (95 ff.).

¹² Von einer „in dieser Form wohl einmaligen Unsicherheit in der grundrechtsdogmatischen Einordnung“ spricht etwa *Witreck*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 3.

schen Norm und Realbereich hin- und herpendeln, bekommt der Interpret gleichsam festen Boden unter die Füße.¹³ Es trifft daher zu:

„Seine eigentliche Kontur als Grundrecht, auch in Abgrenzung zur Freizügigkeit, zur Niederlassungsfreiheit, zur Ausreisefreiheit, gewinnt die Freiheit der Person durch die Typologie einer ganz bestimmten Eingriffslage: der Haft.“¹⁴

Udo Di Fabio hat diesen mittlerweile ganz herrschenden Themenzugang mit dem treffenden Namen einer „eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung“¹⁵ versehen.

3. Dissens in der Sache: Zwei grundverschiedene Lesarten

Wie bereits angedeutet, brachte der Methodenkonsens dennoch keine Einigkeit in der Sache mit sich. Vielmehr haben sich – ähnlich wie zur Weimarer Zeit – zwei fundamental unterschiedliche Lesarten des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG herausgebildet, die sich als aktivische (a)) und als passivische (b)) Auslegung bezeichnen lassen. Im Negativen verbindet diese Positionen ein zu einschichtiges Verständnis jenes interpretativen Schlüsselbegriffs: der Freiheitsentziehung (c)). Als Anknüpfungspunkt für einen Neuansatz lässt sich diese Schwäche aber ins Positive wenden (siehe unten III.).

a) Aktivische Lesart(en)

Die meisten Interpretinnen und Interpreten beschreiben die Freiheit der Person als ein Recht, das sich aktiv, durch natürliche Fortbewegung, wahrnehmen lässt¹⁶. Diese aktivische Lesart wird in verschiedener Weise ausbuchstabiert. Dem wohl *engsten* Verständnis zufolge „[ist] das Grundrecht auf Freiheit der Person nur dann betroffen [...], wenn die körperliche Bewegungsfreiheit physisch, d.h. durch unmittelbaren Zwang, eingeschränkt wird“¹⁷. Hier wird das Grundrecht speziell auf die Physis menschlicher Aktivität bezogen, die nur durch körperliche Gewalt (*vis*) an ihrer Entfaltung gehindert werden könne. Nach dem *weitesten* Verständnis der aktivischen Lesart sind ihm hingegen auch zahlreiche Handlungs- und Unterlassungspflichten zuzuordnen, d.h. kommunikativ vermittelter, normativer Zwang (*potestas*). Konkreter werden Anwesenheits- und Erscheinspflichten als Eingriffe in die Freiheit der Person verbucht,¹⁸ mitunter auch Platzverweise¹⁹.

Im Schrifttum vorherrschend ist eine auf beiden Auffassungen aufbauende *Vereinigungstheorie*. Diese schließt einerseits (entgegen dem weiten Verständnis) bloße Ge- oder Verbote aus dem Tatbestand des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG aus; andererseits ist ihr zufolge (entgegen dem engsten Verständnis) von einem Eingriff bereits auszugehen, „wenn mit großer Wahrscheinlichkeit bei Nichtbefolgung

¹³ Vgl. allg. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 163, 200.

¹⁴ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 3; auch *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Akt., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 683; *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 10. Aufl. 2023, § 21 Rn. 5.

¹⁵ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 26.

¹⁶ Vgl. bereits *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 1958, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 50; *Brunner*, Jura 2020, 1328 (1330 f.).

¹⁷ *Grabitz*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 1. Aufl. 1989, § 130 Rn. 5; *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 104 Rn. 4; ähnlich *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2022, Rn. 173 ff.

¹⁸ Vorausgesetzt, die Behörde gibt dem Betroffenen einseitig einen Termin vor, vgl. *Correll*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein, Alternativkommentar zum Grundgesetz, 2001, Art. 2 Abs. 2 Rn. 154.

¹⁹ Etwa bei *Graulich*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, E Rn. 437.

einer Anordnung sofortiger unmittelbarer Zwang [...] zu erwarten ist“²⁰. Verhaltenspflichten, wie etwa eine Vorladung, werden damit nicht komplett vom Anwendungsbereich des Habeas-Corpus-Grundrechts ausgeschlossen, doch bedarf es einer gewissen Durchsetzungsnahe.²¹ In diese Richtung tendiert auch die Verfassungsrechtsprechung. Nach einer bis in die Gegenwart reichenden Entscheidungslinie schützt die Freiheit der Person „vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Eingriffen, also vor unmittelbarem Zwang“²².

b) Passivische Lesart

Ein zweiter Theorienstrang stellt ausdrücklich in Frage, ob sich das Grundrecht, wie es das Schlagwort von der „Bewegungsfreiheit“ will, wirklich durch ein *Verhalten*, also ein Tun oder Unterlassen, eine Aktivität der Grundrechtsträger, ausüben lässt. Von einem reinen „Schutzrecht“ sprechend, entnehmen Vertreter der *passivischen* Lesart dem Gewährleistungsgehalt des Grundrechts auf Freiheit der Person gerade *kein* Recht, aufgrund dessen der Staat ein „Verhalten des Bürgers dulden“ müsse.²³ Systematisch rückt die Freiheit der Person damit in die Nachbarschaft solcher Grundrechte, die man gemeinhin als Integritätsrechte bezeichnet, wie etwa jene aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, und entfernt sich zugleich von den sog. Aktivitätsrechten, wie etwa der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG.²⁴ Die Bewegungsfreiheit garantiere eher eine Art „Status“, wie ihn der „auf freiem Fuß“ Befindliche genieße.²⁵

Obgleich sie im Schrifttum nicht die Mehrheit findet, trifft diese Auffassung – vor dem Hintergrund der eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung – eine wichtige Intuition: Allem Anschein nach bedeutet eine Freiheitsentziehung für die Betroffenen mehr und anderes als die Summe einzelner, isolierbarer Belastungsmomente, wie etwa eine Einschränkung der Fortbewegung. Sie zeitigt eine *Gesamteinbuße* an Freiheit, die schon in dem Wort anklingt und von der passivischen Lesart als Statusverlust übersetzt wird. Insbesondere kann der Einzelne diesen Eingriff nicht wie gewöhnliche Einschränkungen in seinen Freiheitsradius eingliedern, sondern *wird er* – umgekehrt – durch diesen Eingriff in ein anstaltsmäßig organisiertes Rechtsregime eingegliedert. Nicht umsonst bildet das Gefangenverhältnis seit jeher ein Paradebeispiel für einen sog. Sonderstatus, der sich grundrechtlich als „Eingliederungsverhältnis“ äußert.²⁶ In ähnlicher Weise hat man die Freiheit der Person mit einem „Flaschenhals“²⁷ verglichen, durch den eine Freiheitsentziehung die Freiheitssphäre des Einzelnen sinnbildlich hindurchzwängt. Zwar lässt die statusbezogene Lesart eine genauere Auseinanderset-

²⁰ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 104; Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, 2014, S. 35 f. mit Sammelfußnoten.

²¹ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 32.

²² BVerfGE 22, 21 (26); siehe auch BVerfGE 105, 239 (247); 149, 293 (318 Rn. 65) u.a.; Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 431.

²³ Merten, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 95 Rn. 5 f., der konsequenterweise die eingeführte Beschreibung der Freiheit der Person als „Bewegungsfreiheit“ fallen lässt; siehe bereits Merten, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, 1970, S. 52 ff.; dogmengeschichtlich nähert sich diese Lesart der frühen Kommentierung von Wernicke, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Erstbearb., Art. 2 sub II 2d, an und entfernt sich dadurch von Dürigs Auslegung (Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 1958, Art. 2 Abs. 2 Rn. 50).

²⁴ Zum Zusammenhang von Integritätsschutz und normtextlich als „unverletzlich“ gewährleisteten Rechten Ipsen, Der Staat 52 (2013), 266 (281 f.).

²⁵ Zitate aus Merten, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 95 Rn. 7.

²⁶ v. Kielmannsegg, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2022, § 70 Rn. 4.

²⁷ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 86.

zung mit dem Eingriffsparadigma des Art. 104 GG vermissen, doch gibt sie insofern einen nützlichen Fingerzeig.

c) Leerstelle: Mangelnde Eingriffsspezifikation

Das leitet bereits zu den Problemen der referierten Ansichten über. Beide Lager tragen der besagten Methode einer eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung offenbar nicht hinlänglich Rechnung. Anstatt den Begriff der Freiheitsentziehung eingehend zu untersuchen, wird er meist unter Zugrundelegung einer dürren Kurzbeschreibung als mehr oder minder geklärt vorausgesetzt. Bei der verwendeten „Definition“ handelt es sich typischerweise um eine vom Bundesverfassungsgericht geprägte Wendung, der zufolge eine Freiheitsentziehung vorliegt, „wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird“²⁸. Dass die Interpretation anhand dieser Formel zu abweichenden Ergebnissen gelangt, ist nicht verwunderlich. Denn die Formel schließt kaum etwas aus.

Mit der Formel ist denn auch wenig gewonnen.²⁹ Sie trifft vor allem auf solche Fälle zu, in denen von vornherein Einigkeit darüber herrscht, dass eine Freiheitsentziehung in Rede steht, etwa weil eine Person in einen polizeilichen Gewahrsamsraum verbracht und dort festgehalten wird.³⁰ Die eigentlich interessante Frage indes, was genau an diesem Vorgang begriffswesentlich für den Eingriff „gerade in die persönliche Freiheit“³¹ sein soll und was nicht, ist aber keineswegs mit seiner gleichsam äußerlichen, phänomenologischen Beschreibung beantwortet, in der sich jene Formel aber erschöpft. Vielmehr handelt es sich um ein Problem der verfassungsrechtlichen *Deutung* solcher Vorgänge. In sie muss insbesondere die Einsicht der passivischen Lesart, dass eine Freiheitsentziehung zu einer Globalschrumpfung der individuellen Freiheitssphäre führt, einfließen. Klassische Fälle einer Freiheitsentziehung – Freiheitsstrafe, Untersuchungshaft, Psychiatrieunterbringung – äußern sich darin, dass sie die Lebensumstände des Betroffenen *umfassend* transformieren:³² Freies Tun und Lassen nach dem eigenen Willen ist für den Inhaftierten nur noch in dem Maß geschützt, wie es die Erfordernisse des (verfassungsrechtlich gerechtfertigten) Freiheitsentzugs zulassen. Der Gefangene hat – ohne dass darin zusätzliche Einschränkungen liegen würden – nur ein begrenztes Recht, Verwandte zu kontaktieren (Art. 6 GG), seinen Aufenthalt frei zu wählen (Art. 11 GG) oder zum Demonstrieren auf die Straße (Art. 8 GG) zu gehen. Er darf nicht in seinen eigenen vier Wänden wohnen (Art. 13 GG) und verbringt seine Zeit nicht mit selbstgewählten Sozialkontakten (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. 1 Abs. 1 GG), sondern in einer Zwangsgemeinschaft.

Naturgemäß verfügt die strafvollzugsrechtliche Literatur über die detailliertesten Beschreibungen dieser unfreiwilligen Lebenssituation (von *Gustav Radbruch* einmal drastisch als „ein Stück Tod

²⁸ BVerfGE 94, 166 (198); 105, 239 (248); BVerfG NVwZ 2011, 743 (744 Rn. 20) u.a.; zu einzelnen Nuancen jüngst *Penßel*, JZ 2022, 535 (538 f.).

²⁹ Gute Definitionen zeichnen sich bekanntlich zuvörderst durch ihre Eliminationsleistung aus.

³⁰ Insofern beispielhaft die im Übrigen tautologische Formulierung des § 415 Abs. 2 FamFG: „Eine Freiheitsentziehung liegt vor, wenn einer Person gegen ihren Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit insbesondere in einer abgeschlossenen Einrichtung, wie einem Gewahrsamsraum oder einem abgeschlossenen Teil eines Krankenhauses, die Freiheit entzogen wird.“ Nur der Hinweis auf die „Einrichtungen“ ist gehaltvoll, im Übrigen fehlt dem Satz („Freiheitsentziehung“, wenn „Freiheit entzogen“) jeder Informationswert.

³¹ Vgl. *Gusy*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 93 Rn. 9.

³² Hier ergeben sich Schnittflächen zu dem durch den kanadischen Soziologen *Erving Goffman* geprägten Begriff der „totalen Institution“, zu denen er etwa Gefängnisse oder geschlossene Psychiatrien zählt (vgl. *Goffman*, *Asyle*, 21. Aufl. 2018, S. 15 f.); der Begriff ist transdisziplinär in Gebrauch, vgl. aus dem Verfassungsrecht insb. *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, WRV Art. 141 Rn. 5; *Kuch*, *Freiheitsentziehung*, 2023, S. 147 ff.; aus dem Strafvollzugsrecht *Eisenhardt*, *Strafvollzug*, 1978, S. 67 ff.; kriminalhistorisch *Ramsbrock*, *Geschlossene Gesellschaft*, 2020, S. 251 ff.

mitten im Leben³³ umschrieben), in denen deutlich wird, dass dem Gefangenen mehr und anderes als die Freiheit zur Fortbewegung fehlt. In den Worten eines Kenners der Materie „führt der Freiheitsentzug zu einem Autonomieverlust, der sich nicht alleine auf die Bewegungsfreiheit beschränkt. So unterliegen im Gefängnis sämtliche Lebensbereiche einer strengen Reglementierung und Kontrolle. Dies kann auch einen Verlust jeglichen Verantwortungsgefühls mit sich bringen, da durch die umfassenden Vorschriften Eigeninitiative nahezu ausgeschlossen, zumindest jedoch nicht gefördert oder belohnt wird. Die angesprochene Kontrolle der Einhaltung der aufgestellten Regeln hat weiter einen Mangel an Privatsphäre zur Konsequenz [...] Einen weiteren Stressfaktor für den Inhaftierten stellt der Abbruch heterosexueller Kontakte dar [...] Daneben kommt es zu einer Trennung von Angehörigen, allgemein der weitestgehenden Unterbindung von sozialen Kontakten zur Außenwelt.“³⁴ Aus der Rechtsstellung des Gefangenen ist ein weites Spektrum von Handlungsmöglichkeiten, die ihm normalerweise freistünden, gewissermaßen ausgeklammert. Seine Grundrechte werden „in ihrem Stamm getroffen“³⁵ – kaum einer der geschützten Entfaltungsräume bleibt davon unberührt.

Ersetzt man jene unterkomplexe Formel aber durch einen vollständigeren Begriff der Freiheitsentziehung³⁶, ändert sich im selben Zug die Perspektive auf den Schutzbereich der Freiheit der Person. Wenn eine Freiheitsentziehung den Entfaltungsraum des Einzelnen umfassend einengt, dann muss die kehrseitige (antithetische) Freiheit gerade diese Spannweite an Möglichkeiten, zu deren Wahrnehmung die Grundrechte jedermann einladen, widerspiegeln³⁷. Der interpretationsleitende Begriff der Freiheitsentziehung stellt die gegenbildliche „Freiheit“ aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht horizontal neben jene durch den Eingriff berührten (weiteren) Grundrechte, sondern gleichsam vertikal *unter* diese. Denn der Verhaftungsschutz sichert den Genuss all dieser „Folgegrundrechte“³⁸, sozusagen den ungehinderten Zugang zu ihnen.

III. Ein Neuansatz: Die Freiheit der Person als Freiheit „vor“ der (Handlungs-)Freiheit

1. Ermöglichungsbedingung und Ausübungsvoraussetzung anderer Grundrechte

„[D]ie persönliche Freiheit ist die Bedingung zur Ausübung aller andern Rechte und Freiheiten, die ohne Werth sind, wenn ich für meine Person nicht vor willkürlichen Verhaftungen gesichert bin“³⁹ – so setzt der Abgeordnete der Paulskirchenversammlung, *Friedrich Gottfried Leue*, im Jahr 1848 den „Werth“ der später in § 138 PKV wortlautgleich mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gewährleisteten Freiheit der Person zur „Ausübung aller andern Rechte und Freiheiten“ in ein Bedingungsverhältnis. Dessen Fundament bildet der Verhaftungsschutz. Die oben skizzierte Grundidee hat also durchaus Tradition, und sie ist nach wie vor im Schrifttum präsent (obgleich nicht näher ausgearbeitet): Einer Vielzahl

³³ *Radbruch*, in: Kaufmann, Gesamtausgabe, Bd. 10 (Strafvollzug), 1994, S. 31 (43).

³⁴ *Jünemann*, Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, 2012, S. 20 f.; etwa auch *Laubenthal*, in: FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, S. 169 (169).

³⁵ *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 1. Aufl. 1992, § 122 Rn. 27.

³⁶ Im Einzelnen *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 109–169.

³⁷ Jene Formel von der Freiheitsentziehung als Aufhebung der Bewegungsfreiheit „nach jeder Richtung hin“ (BVerfG oben bei und in Fn. 28) ist also nicht in einem räumlichen, sondern in einem übertragenen, metaphorischen Sinn zu verstehen.

³⁸ So eine im Strafvollzugsrecht geläufige Bezeichnung der durch den Eingriff in die Freiheit der Person mit betroffenen Grundrechte: *Neubacher*, in: Laubenthal u.a., Strafvollzugsgesetze, Kommentar, 12. Aufl. 2015, B Rn. 97.

³⁹ Abg. *Leue*, in: Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der constituirenden Nationalversammlung, Bd. 2, 1848, S. 1354.

von Autorinnen und Autoren gilt die Freiheit der Person als „Voraussetzung“, „Grundvoraussetzung“ oder als „Basis“ der Ausübung anderer Freiheitsrechte.⁴⁰ Gleichsinnige Einschätzungen gehören in der Rechtsprechung⁴¹ ebenso zum Gemeingut wie in bereichsdogmatischen Untersuchungen.⁴² Nimmt man sie beim Wort, zählt die Singularfreiheit des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in der Tat nicht zum Kanon der übrigen Handlungsrechte (etwa Art. 8, 11, 12, 2 Abs. 1 GG), sondern gehört sie zu den *Vorzeichen* der Wahrnehmung dieser anderen, benannten und unbenannten Rechte.⁴³ Die Freiheit der Person ist eine Freiheit „vor“ der (Handlungs-)Freiheit.

Wendet man also den durch die Freiheitsentziehung bewirkten Freiheitsverlust ins Positive, dann schützt die kontrafaktische „Bewegungsfreiheit“ weniger die Möglichkeit zur Ortsveränderung als die Möglichkeit, überhaupt von seinen Freiheitsrechten – insbesondere solchen der Mobilität und sozialen Interaktion – wie üblich Gebrauch zu machen. Allgemein gesprochen, richtet sich die Freiheit der Person nicht auf Handlungs- oder Aktivitätsschutz, sondern auf Voraussetzungs- oder Modalitätsschutz, nicht auf Ausübungs-, sondern auf *Ausübbarkeitsschutz*. Die Freiheit der Person schützt den Zugang zu jenen Grundrechten, die durch eine Freiheitsentziehung (typischerweise) eine flächendeckende Minderung erfahren. Diese Grundrechtsinterpretation vermittelt zwischen den beiden bekannten Hauptströmungen (siehe oben II.). Einerseits folgt sie der passivischen Lesart darin, dass der Bezugsrahmen der Freiheit der Person allem Anschein nach weniger die einzelne Handlung als die Lebensführung des Betroffenen insgesamt ist; andererseits stimmt sie mit der aktivischen darin überein, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG Zugangsschutz insbesondere zu solchen Grundrechten entfaltet, die Mobilität und soziale Interaktion garantieren, und weniger zu solchen des *forum internum*⁴⁴.

Auch über den juristischen Tellerrand hinaus hat dieses Verständnis gewichtige Referenzen für sich zu verbuchen. So finden sich bei der Philosophin *Hannah Arendt* an etwas entlegener Stelle einige anspielungsreiche Zeilen über „Bewegungsfreiheit“⁴⁵. Vielleicht sieht sie darin denselben Wert verkörpert, um dessen Behauptung gegenüber einem reaktionären „Polizeistaat“ schon in der Paulskirche gerungen wurde – nun allerdings im Bewusstsein einer noch viel verheerenderen Unrechts- erfahrung im politischen Totalitarismus, zu dessen Merkmalen bekanntlich entwürdigende Internierungspraktiken zählten⁴⁶. Auch *Arendt* skizziert jene Bewegungsfreiheit nicht als eine Handlungsfreiheit, sondern als ein vorgelagertes „Freisein“, ein „Können“ oder Potenzial, dessen Erhaltung „Bedingung“ aller spezifischeren Freiheiten sei – und scheint damit den Kern dessen zu treffen, was

⁴⁰ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 16: „Bewegungsfreiheit“ als „Voraussetzung“ für die „personale Existenz“ des Menschen und als „Basis für alle sonstigen frei gewählten Verhaltensweisen“; *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Akt., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 668: „Voraussetzung [von] grundrechtlichen Entfaltungsmöglichkeiten“, und Rn. 674: „grundrechtliche Basis des Freiheitsschutzes“; ebenso zugleich mit Blick auf die EMRK *Dörr*, in: Dörr/Grote/Maruhn, EMRK/GG, Konkordanzkommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, Kap. 13 Rn. 1.

⁴¹ BVerfGE 10, 302 (322): „erste Voraussetzung für jede freiheitliche Betätigung des Menschen überhaupt“; BVerfGE 19, 342 (349): „Basis der allgemeinen Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeit des Bürgers“; ebenso BVerfGE 36, 264 (269); 53, 152 (158); 109, 133 (157): „Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers“; BVerfGE 130, 372 (388); u.a.; auch BGH NJW 2012, 1448 (1449 Rn. 18): „Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen“.

⁴² Etwa *Hantel*, Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 Abs. 2 GG, 1988, S. 138, 143, 200.

⁴³ Vgl. bereits *Kuch*, JÖR 66 (2018), 205.

⁴⁴ Hierzu *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 158 ff.; vgl. auch *Funke*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 11.

⁴⁵ *Arendts* Formulierung (*Arendt*, Von der Menschlichkeit in finsternen Zeiten, 1960, S. 14 f.) greift wohl ein Wort *Friedrich Hölderlins* auf („Aufzubrechen, wohin er will“).

⁴⁶ Vgl. *Bauman*, Die Neue Gesellschaft/Frankfurter Hefte 41 (1/1994), 28 ff.; zum Nationalsozialismus insbesondere *Wildt*, in: Die Ambivalenz des Volkes, 2. Aufl. 2019, S. 223 ff.

heute richtigerweise im Zentrum der eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung stehen sollte:

„Von allen spezifischen Freiheiten, die uns in den Sinn kommen mögen, wenn wir das Wort Freiheit hören, ist die Bewegungsfreiheit nicht nur die historisch älteste, sondern auch die elementarste; das Aufbrechen-Können, wohin man will, ist die ursprünglichste Gebärde des Freiseins, wie umgekehrt die Einschränkung der Bewegungsfreiheit seit eh und je die Vorbedingung der Versklavung war. Auch für das Handeln, in dem menschliche Freiheit in der Welt primär erfahren wird, ist Bewegungsfreiheit die unabläßliche Bedingung.“⁴⁷

2. Probe aufs Exempel: Infektionsschutzrechtliche Ausgangsbeschränkungen

Ein naheliegender Einwand gegen die vorgeschlagene Interpretation mag freilich in ihrer Unbestimmtheit zu suchen sein, die sie fast zwangsläufig kennzeichnet: Gerade als Gegenbild eines derart unspezifischen Globalverlusts von Betätigungs- und Entfaltungsmöglichkeiten, wie ihn ein Freiheitsentzug bewirkt, droht der gesuchten Freiheit, so scheint es, eine Ausdehnung ins Uferlose und Abstrakte. Der Schutzbereich bliebe schemenhaft. Darin läge jedoch ein Missverständnis des geschützten Werts einer Freiheit „vor“ der Freiheit. Im Sinne eingriffsorientierter Auslegung korreliert die Reichweite der Garantie aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG stets mit der Reichweite paradigmatischer Verletzungshandlungen. Und diese lassen sich, wie an der Haft gesehen, durchaus spezifizieren. Zur Verdeutlichung des Ansatzes soll an dieser Stelle das vergleichsweise unverbrauchte Beispiel der infektionsschutzrechtlichen Ausgangsbeschränkung dienen, die während der Corona-Pandemie auch die Gerichte beschäftigte und vom Bundesverfassungsgericht als Eingriff in die Freiheit der Person bewertet wurde⁴⁸. Warum dies im Ergebnis überzeugend erscheint,⁴⁹ lässt sich anhand der vorstehenden Überlegungen erklären:

Im Allgemeinen bezweckt das Infektionsschutzrecht die Abwendung einer Ansteckungsgefahr, die in Pandemiezeiten besonders bei der Interaktion von Personen im öffentlichen Raum besteht. Soll nun aber eine allgemeine Ausgangsbeschränkung (§ 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG) zur Gefahrenabwehr dienen, so handelt es sich bei ihr – anders als etwa bei der Anordnung eines Abstandsgebots (§ 28a Abs. 1 Nr. 1 IfSG) – nicht um eine Intervention, die erst das Sozialverhalten im öffentlichen Raum als die unmittelbare „Gefahrenquelle“ reglementiert. Vielmehr unterbindet die Ausgangsbeschränkung die bloße *Möglichkeit* gefahrenträchtigen Verhaltens (hier: sozialer Interaktion), indem sie nämlich nahezu jegliches Bestreben, den Privatbereich zu verlassen – und sei es für einen einsamen Spaziergang im Wald – pauschal unter Vorbehalt stellt: Die Eventualität oder Potenzialität, nicht die Aktualität gefährlichen Verhaltens bildet hier den Regelungsgegenstand. Nicht objektiv gefährliches Verhalten, sondern schon das entferntere *Risiko* eines solchen wird durch die Ausgangsbeschränkung vorbeugend verhütet.

Und genau darin liegt ein Eingriff in die Freiheit der Person. Denn aus der Grundrechtsperspektive geht es insoweit – anders als im Fall eines Abstandsgebots – eben nicht um Ausübungsschutz, son-

⁴⁷ Arendt, Von der Menschlichkeit in finsternen Zeiten, 1960, S. 14 f.

⁴⁸ BVerfGE 159, 223 (328 ff. Rn. 240 ff.) erkennt darin einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG; zuvor hatte etwa BayVerfGH COVuR 2021, 106 (107), bei der Kontrolle einer landesrechtlichen Ausgangsbeschränkung keinen Eingriff in die Freiheit der Person festgestellt.

⁴⁹ Die Begründung des BVerfG, wo das Gericht mit einer psychisch vermittelten Zwangswirkung argumentiert (BVerfGE 159, 223 [Ls. 3a, 331 ff. Rn. 246 ff.]), überzeugt hingegen nicht; zur Kritik nur Michael, ZJS 2022, 106 (114 ff.).

dem um Ausübbarkeitsschutz, nicht um Aktivitäts-, sondern um Modalitätsschutz. Es geht um die Abwehr (temporärer) rechtlicher Sonderbedingungen, die sich hier in der annähernden Umkehr der normalerweise im Verhältnis zwischen Grundrechtsträger und grundrechtsgebundener Hoheitsgewalt bestehenden Begründungslasten manifestieren: Strukturell einer klassischen Freiheitsentziehung nicht unähnlich, wird „die gesamte Vielfalt der Gestaltung des eigenen Lebens auch in seinen sozialen Bezügen“⁵⁰ beschränkt, weil die Adressaten einer Ausgangsbeschränkung sich geradezu „für die Ausübung ihrer Grundrechte rechtfertigen müssen“⁵¹. Statt auf die individuelle Verantwortlichkeit der Bürgerinnen und Bürger zu vertrauen, wird die Freiheit an der Wurzel gepackt und gleichsam als solche begrenzt. Man lässt sich erst gar nicht auf den Freiheitsgebrauch ein, sondern greift ihm vor – typischerweise zum Nachteil auch völlig ungefährlicher Verhaltensweisen. Auf Seiten der Grundrechtsträger spielt die Freiheit der Person als Freiheit „vor“ der Freiheit aber die Hauptrolle bei der Auflösung solcher Konflikte. Auch jenseits des Verhaftungsschutzes gewinnt sie ihr Profil kontrafaktisch zu der vorgreiflichen Freiheitsbeschränkung.

3. Zwischenbilanz

Die herkömmliche Lehre ist sich zwar nicht über den Gegenstand der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG), wohl aber über den Problemzugang einig: Die Wechselwirkung von Schutzbereich und Eingriff – von Freiheit und Freiheitsentzug – steht im Zentrum der Auslegung. Gleichwohl unternimmt es die Lehre nicht, den Begriff der Freiheitsentziehung genau zu analysieren. Der eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung fehlt es somit ausgerechnet an der Eingriffsspezifikation. Die Füllung dieser Lücke führt zu einem Verständnis der Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG, demzufolge die Freiheit der Person in dienender, akzessorietätssichernder Weise Ausübungsvoraussetzungen anderer Grundrechte, besonders solcher der individuellen Mobilität und sozialen Interaktion, garantiert.

IV. Das Problem „freiheitspräventiver“ Freiheitsentziehung

1. Diversifikation freiheitsentziehender Maßnahmen im deutschen Recht

Im deutschen Recht existieren zahlreiche Formen von Freiheitsentziehung. Die bekannteste davon dürfte die Freiheitsstrafe sein, die schon lange als „klassische Hauptstrafe schlechthin“⁵² figuriert. Im materiellen Strafrecht existiert (darum) kein Straftatbestand, der nicht zumindest auch Freiheitsstrafe androht.⁵³ Neben der repressiven Kriminalstrafe zählen ebenfalls zu den allgemein geläufigen Fällen des Freiheitsentzugs die präventiven Institute des Polizeigewahrsams und der Untersuchungshaft, für deren prinzipielle Anerkennung sich jeweils Anhaltspunkte in den Abs. 2 und 3 des Art. 104 GG finden. Normativ sind hier enge zeitliche Grenzen festgeschrieben, innerhalb deren eine vorläufig (typischerweise durch die Vollzugspolizei) festgenommene Person einem Richter vorzuführen ist.⁵⁴

⁵⁰ BVerfGE 159, 223 (350 Rn. 292).

⁵¹ Treffend *Kießling*, NJW 2021, 182 (183).

⁵² *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 156.

⁵³ Einige jüngere Einzeluntersuchungen rücken diese Strafform in ein kritisches Licht: Generell *Galli*, Weggesperrt, 2020; mit Blick auf die Ersatzfreiheitsstrafe *Steinke*, Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich, 2. Aufl. 2022; mit Blick auf Anspruch und Wirklichkeit des Strafvollzugs *Ramsbrock*, Geschlossene Gesellschaft, 2020.

⁵⁴ Art. 104 Abs. 2 S. 2, S. 3, Abs. 3 S. 1 GG; hierzu bündig *Brunner*, Jura 2020, 1328 (1336 f.). Der Richtervorbehalt des Art. 104 GG bildet ein Thema für sich, auf das an dieser Stelle nur hingewiesen sei. Auch unter dieser Hinsicht ist die Freiheit der Person alles andere als ausgeforscht, näher *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 283 ff.

Doch nicht nur das Grundgesetz trifft wesentliche Vorgaben in puncto Freiheitsentziehung. Darüber hinaus bildet die Europäische Menschenrechtskonvention ein wichtiges Regulativ.⁵⁵ So enthält Art. 5 Abs. 1 EMRK einen Katalog der konventionsrechtlich legitimen Gründe für freiheitsentziehende Maßnahmen, der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als Numerus Clausus behandelt wird.⁵⁶ Die relativ allgemein gehaltenen Tatbestände aus dieser Liste lassen der nationalen Gesetzgebung freilich einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum.⁵⁷

Ohne eine umfassende Sichtung der einschlägigen Materien vornehmen zu können, treten vor dem Hintergrund des nachjustierten Grundrechtsverständnisses besonders im Präventionsrecht bestimmte Wertungsschwierigkeiten hervor. Ein ziemlich lösungsresistentes Problem ist in den strafrechtlichen Maßregeln der Besserung und Sicherung angelegt. Solche Institute werfen kritische Fragen auf (2.), die sich in Zukunft wohl vermehrt stellen dürften (3.). Worum geht es dabei?

2. Freiheitsentziehung zum Schutz vor „gemeingefährlichen Mitmenschen“?

a) Psychiatrieunterbringung und Sicherungsverwahrung nach §§ 63, 66 StGB

Schon das Beispiel der infektionsschutzrechtlichen Ausgangsbeschränkung (siehe oben III. 2.) ließ den vorbeugenden Eingriff in die Freiheit der Person als eigentümlich anmaßend erscheinen: Anstatt auf die Bereitschaft der Bürger zu vertrauen, Abstandsgebote im öffentlichen Raum zu beherzigen, verbietet man ihnen kurzerhand, sich überhaupt noch vor die Türe zu begeben – und sei es für einen einsamen Waldspaziergang, für Einzelsport oder zur Wahrnehmung erlaubter Sozialkontakte. Diese Logik geht das dem freiheitlichen Verfassungsstaat eigentlich immanente Risiko des Freiheitsgebrauchs⁵⁸ gar nicht erst ein, sondern geht gleich „auf Nummer sicher“. Mag eine solche Politik unter den speziellen Bedingungen eines dynamischen Infektionsgeschehens ausnahmsweise zu rechtfertigen sein, erscheint ihre Legitimation im Übrigen zweifelhaft.

Gleichwohl kennt die deutsche Rechtsordnung Materien, in denen sie regulär zum Tragen kommt. Angesprochen sind vor allem Rechtsinstitute, welche die „Gemeingefährlichkeit“ einer Person zum Anlass für eine Freiheitsentziehung nehmen, um auszuschließen, dass diese Person in Zukunft eine Straftat begeht. Solche Institute gehören nach Auffassung einzelner sogar „[z]u den besonders wichtigen Gründen, die einen Entzug der Freiheit der Person rechtfertigen“⁵⁹. Die beiden kontroversesten Fälle im deutschen Gesetzesrecht finden sich im dritten Abschnitt des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, der die „Rechtsfolgen der Tat“ niederlegt. Konkret geht es um die in § 61 Nrn. 1 und 3

⁵⁵ Zusammenstellung weiterer völkerrechtlicher Schutzinstrumente bei Kuch, in: Barczak, BKAG, Kommentar, 2023, § 57 Rn. 33 ff.

⁵⁶ EGMR, Urte. v. 8.6.1976 – 5100/71 (Engel u.a.), Rn. 57; EGMR, Urte. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. gegen Deutschland), Rn. 86; BVerfGE 128, 326 (394); st. Rspr.

⁵⁷ Nach Fallzahl hervorstechende Formen des Freiheitsentzugs bilden hierzulande im Licht des Art. 5 Abs. 1 EMRK: Mit über 200.000 Unterbringungen und freiheitsentziehenden Maßnahmen (Fixierungen) im Jahr 2015 das Erwachsenenschutzrecht nach § 1831 (§ 1906 a.F.) BGB bzw. nach Psychisch-Kranken-Recht der Länder (jeweils Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK); mit über 4.000 Fällen (2017) die Abschiebehafte nach AufenthG (Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK); Zahlen nach Marschner, in: Marschner/Lesting/Stahmann, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 6. Aufl. 2019, A Rn. 62 bzw. 65. Zum Vergleich: die Strafgefangenenpopulation (Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK) belief sich im Jahr 2018 auf ca. 47.000 Personen, vgl. Laubenthal, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 77 mit Tabelle 2.4.

⁵⁸ Dreier, Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaats, 2014, S. 459, 469 ff.; auch Möllers, Freiheitsgrade, 2020, § 80.

⁵⁹ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 244.

StGB i.V.m. §§ 63 bzw. 66 StGB geregelte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bzw. in der Sicherungsverwahrung. Diese Sanktionen unterscheiden sich fundamental von der Freiheitsstrafe (§§ 38, 39 StGB) als der klassischen Hauptstrafe. Anders als diese erklären die Maßregeln nicht die Schuld (§ 46 StGB), sondern die „Gefährlichkeit“ eines Straftäters zum tragenden Eingriffsgrund. Das Gesetz schreibt dem Gericht ihre Anordnung vor, falls eine „Gesamtwürdigung“ ergibt, dass der Täter in Anbetracht der von ihm zu erwartenden Verbrechen „für die Allgemeinheit gefährlich ist“ (§ 63 S. 1 StGB bzw. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a.E. StGB). Zwar knüpfen die Maßregeln an begangene Straftaten als Anlassdelikte an;⁶⁰ doch als solche sollen diese Taten gerade den Sicherungszweck der Maßregeln dem Betroffenen gegenüber legitimieren. *Wolfgang Frisch* fasst die Grundidee zusammen:

„Zweck des Instituts [der freiheitsentziehenden Maßregeln] ist die Verhinderung von Straftaten, die von einer bestimmten Person – belegt unter anderem durch die begangene Tat – in Zukunft drohen; andere Ziele, wie z.B. die Einwirkung auf die Allgemeinheit, die Wiederherstellung des Rechtsfriedens oder der Ausgleich der Schuld, werden nicht verfolgt. Erreicht werden soll dieser Zweck dadurch, daß man dem Täter in Gestalt des Freiheitsentzugs [...] die Aktionsbasis für die Begehung von Straftaten nimmt“⁶¹.

Wohl am markantesten streicht *Klaus Ferdinand Gärditz* die Zielrichtung dieser zweiten, gefahrenabwehrrechtlichen Spur des deutschen Strafrechts heraus:

„Die Person des Täters als solche wird insoweit ausgeblendet, wird [...] zur ‚black box‘ und als reine *Gefahrenquelle* begriffen.“⁶²

In wesentlicher Hinsicht gleicht diese Konfliktstruktur jener bei der Ausgangsbeschränkung. Wie diese verhüten die Maßregeln nicht bereits konkretisierte Gefahren, sondern greifen schon der *Gefahr-entstehung* vor. Ohne Rücksicht auf ihre individuellen Ziele und Wünsche werden die Betroffenen als „reine Gefahrenquellen“ behandelt. Auch hier geht der Staat „auf Nummer sicher“⁶³, greift nämlich nicht erst präventiv, sondern gewissermaßen *prä*-präventiv ein. Wie bei der Ausgangsbeschränkung nimmt man der unterzubringenden Person dadurch allerdings die ‚Aktionsbasis‘ nicht nur für die Begehung von Straftaten, sondern zugleich vielfältige Möglichkeiten unschädlichen oder sogar erwünschten Sozialverhaltens. Um die charakteristische Indifferenz (auch) der Maßregeln gegenüber den wechselnden Prioritäten der Betroffenen abzubilden, erscheint es angebracht, hier statt von „Verbrechensprävention“ (umfassender) von „Freiheitsprävention“ zu sprechen.

b) Freiheitsprävention kein legitimer Eingriffszweck

In einem freiheitlichen Staatswesen muss dieses Modell auf gravierende Einwände treffen. Nicht zufällig sahen sich zwei große politische Ethiker des 20. Jahrhunderts aus dem näheren Umkreis von

⁶⁰ Hierin unterscheiden sie sich etwa vom Polizeigewahrsam oder der öffentlich-rechtlichen Unterbringung nach dem Psychisch-Kranken-Recht der Länder.

⁶¹ *Frisch*, ZStW 102 (1990), 343 (358).

⁶² *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, 2003, S. 128.

⁶³ *Appel*, in: Masing/Jouanjan, Weltanschauliche Neutralität, Meinungsfreiheit, Sicherungsverwahrung, 2013, S. 87 (115).

John Rawls⁶⁴ – namentlich Robert Nozick und Michael Walzer – dazu veranlasst, in ihre Freiheitstheorien einen Argumentationsstrang über vorbeugende Haft einzuflechten. Für beide kann sie in idealtypischen Gegensatz zu einer legitimen, dem Primat der Rechte folgenden Politik geraten. Ziele eine Vorbeugehaft nämlich auf die Neutralisierung einer Person, ohne abzuwarten, ob sie tatsächlich eine Straftat begehen will, sei die Haft „unberechtigt und nicht zulässig“⁶⁵ bzw. schlechterdings „ungerecht“⁶⁶. Denn unter diesen Umständen werde die Selbstbestimmung der Betroffenen nicht lediglich eingeschränkt, sondern ganz und gar hintangestellt und damit überhaupt nicht respektiert.

Zwar führten mehrere Gesetzesreformen, zuerst vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dann vom Bundesverfassungsgericht angemahnt,⁶⁷ in der jüngeren Vergangenheit zu einigen durchaus bemerkenswerten Abmilderungen des deutschen Maßregelrechts⁶⁸. Seine Grundausrichtung als zweite, sozialschützende Spur des Sanktionenrechts blieb davon jedoch unberührt. Und auch die problematische entferntere Vergangenheit der Materie⁶⁹ steht ihrer prinzipiellen Anerkennung heutzutage offenbar nicht im Weg. Viele Stimmen aus Rechtsprechung und Lehre verweisen hierbei auf ein gefahrenabwehrrechtliches „Prinzip des überwiegenden Allgemeininteresses“⁷⁰, welches zwar äußerst strenge, doch eben nicht unüberwindliche Anforderungen an den Freiheitseingriff stelle. Das „Sonderopfer“, das der Gefangene zugunsten der Allgemeinheit erbringe, sei, so das Bundesverfassungsgericht in mittlerweile gefestigter Judikatur, durch „einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug“ der Maßregeln (partiell) aufzuwiegen.⁷¹ Und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner letzten Grundsatzentscheidung zur deutschen Sicherungs-

⁶⁴ Zu dessen *Theory of Justice* von 1971 als Keimzelle der neueren politischen Philosophie nur Forrester, *In the Shadow of Justice*, 2019, hier insb. S. 104 ff.

⁶⁵ Nozick, *Anarchie, Staat, Utopie*, 2006, S. 209.

⁶⁶ Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit*, 2006, S. 387.

⁶⁷ Im Zentrum stand dabei die Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB): EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. gegen Deutschland); BVerfGE 128, 326. Der Psychiatrieunterbringung nach § 63 StGB wurde zu keinem Zeitpunkt die gleiche juristische Aufmerksamkeit zuteil, obwohl hiervon mehr als zehnmals so viele Personen betroffen sind, vgl. die Belegungszahlen bei Pollähne, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 63 Rn. 5 (2014: 6.540 Personen) bzw. § 66 (2010: 536 Personen bzw. 2021: knapp 600); unlängst aber Kammeier, *ZStW* 132 (2020), 133; allgemein zu Verdrängungstendenzen im Hinblick auf den psychiatrischen Bereich Kuch, *Freiheitsentziehung*, 2023, S. 210 ff.

⁶⁸ Vgl. die Darstellung bei Pollähne, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 63 Rn. 3 bzw. § 66 Rn. 7 f.; mit der sog. Verhältnismäßigkeitsnovelle von 2016 (BGBl. I 2016, S. 1610) möchte der Gesetzgeber übermäßig langen Unterbringungen im psychiatrischen Maßregelvollzug (§ 63 StGB) entgegenwirken; die Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) wurde infolge der Judikatur des EGMR und des BVerfG (EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 [M. gegen Deutschland]; BVerfGE 128, 326) im Jahr 2012 mit Wirkung zum 1.6.2013 grundlegend reformiert (BGBl. 2012 I, S. 2425).

⁶⁹ Die Maßregeln wurden hierzulande erstmals 1933/34 unter Hitler eingeführt (Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung v. 24.11.1933, RGBl. 1933 I, S. 995). Längerfristig reicht die Entstehungsgeschichte der Maßregeln vom kriminologisch-forensischen Diskurs des ausgehenden 19. Jahrhunderts bis zur ersten Legiferierung unter dem nationalsozialistischen Regime – der eine wie der andere Prägekcontext muss (rückblickend) problematisch erscheinen, vgl. Kuch, *Freiheitsentziehung*, 2023, S. 423 ff.; in der rechtshistorischen Forschung ist umstritten, ob das Jahr 1933 eine Zäsur innerhalb dieser Entwicklung bildet, sodass (partiell) Rechtskontinuität gerade zwischen dem NS-Recht und dem heutigen Maßregelrecht bestünde: dafür etwa Wagner-Kern, *Präventive Sicherheitsordnung*, 2. Aufl. 2019, S. 64 ff.; das Vorhandensein wesentlicher Strömungen und Konzepte (Sozialdarwinismus, „Volkshygiene“ u.a.) bereits um 1900 betonend aber Lengauer, *ZNR* 45 (2022), 99 (111 f.); im Überblick zur Kontinuitätsfrage Dessecker, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit*, 2004, S. 90 ff.

⁷⁰ So zur Sicherungsverwahrung Laubenthal, *ZStW* 116 (2004), 703 (709); allg. Müller, *Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung*, 1981, S. 31 f.: „Prinzip des überwiegenden Interesses“; Gierhake, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht*, 2013, S. 400 ff. („überwiegendes Gemeininteresse“); vgl. im Einzelnen Dessecker, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit*, 2004, S. 343 ff. (Psychiatrieunterbringung), 376 ff. (Sicherungsverwahrung).

⁷¹ Vgl. BVerfGE 128, 326 (374 f.); 130, 372 (393).

verwahrung aus dem Jahr 2018 festgestellt, dass die Haftbedingungen der therapeutischen Zwecksetzung tatsächlich auch genügten.⁷² Ist damit aber jenes tiefere Legitimationsproblem ausgeräumt? Drei Einwände lassen sich formulieren:

aa) Der erste richtet sich gegen die Vorstellung, eine Freiheitsentziehung lasse sich durch die Vollzugsgestaltung signifikant abmildern. In seinem kurzen Diskurs über Sicherungsverwahrung demonstriert der schon erwähnte *Nozick*, in welchen Dimensionen man wohl denken müsste, wollte man jenen Kompensationsgedanken wirklich mit Substanz füllen: „die Öffentlichkeit würde überhaupt kaum eine Entschädigung für die Benachteiligung durch eine Vorbeugehaft leisten können. Vielleicht wäre das nur in der Form möglich, daß für diese als besonders gefährlich angesehenen Personen ein schönes Gebiet bereitgestellt wird, das zwar eingezäunt und bewacht ist, aber Hotels, Erholungsmöglichkeiten usw. enthält“ – die Anstalt, so *Nozick*, müsste geradezu „ein angenehmer Aufenthaltsort sein“⁷³. Diese Überlegung erfährt eine Stütze durch die oben vorgeschlagene Lesart der Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG. Dort wurde deutlich, dass dem Gefangenen mehr und anderes als nur die Freiheit zur Fortbewegung fehlt – er vielmehr eine Globalschrumpfung seiner Freiheitssphäre zu vergegenwärtigen hat. Der Kompensationsgedanke bricht sich folglich an den schier unermesslichen Möglichkeiten der Lebensführung ‚auf freiem Fuße‘, auf deren Offenhaltung die Freiheit der Person gerade dringt.

bb) Der zweite Einwand schlägt in dieselbe Kerbe, ist jedoch begrifflicher Natur. Ihm zufolge kann die (freiheitsorientierte) Vollzugsgestaltung nicht nur aus faktischen, sondern schon aus logischen Gründen keinerlei Beitrag zur Legitimation der Maßregeln leisten. Wieder bietet *Nozicks* Schrift von 1974 einen Anhalt: Sie verweist auf den amerikanischen Verfassungsjuristen und Strafverteidiger *Alan Dershowitz*, der ein Jahr zuvor eine kritische Analyse präventiver Haft- und Unterbringungsformen vorgelegt hatte. Darin verwirft *Dershowitz* auch einen Ansatz, der den Sicherungsverwahrten quasi im Gegenzug für die Zwangsunterbringung ein Recht auf Therapie zuspricht („right to treatment‘ approach“⁷⁴). Der Einwand liegt im Grunde auf der Hand: Offenbar will dieser Ansatz den Freiheitsentzug durch seine Realisierung rechtfertigen – was einen Zirkelschluss darstellt⁷⁵. So wichtig es ist, durch geeignete Behandlungsangebote die Resozialisierung der Betroffenen zu ermöglichen, so wenig verringert sich dadurch die anfängliche Begründungslast für den Freiheitsentzug.

cc) Lässt man die Vollzugsgestaltung mit Blick auf die primäre Rechtfertigung der Maßregeln dementsprechend beiseite, wird die Tragweite des Legitimationsproblems erst richtig deutlich. Sollen die Maßregeln wirklich „allein präventiv“⁷⁶ – durch die in der Täterpersönlichkeit⁷⁷ wurzelnde Gemeingefährlichkeit – gerechtfertigt werden, raten die Stellungnahmen aus der politischen Ethik zu äußerster Vorsicht. Denn eine solche Rechtfertigung blendet die Perspektive des Betroffenen aus:⁷⁸ Man entzieht ihm die Freiheit ja nicht mit Blick darauf, was er *tut* oder im Begriff ist, zu tun, sondern mit Blick darauf, was er *ist*.⁷⁹ Die Rechtfertigung erfolgt gleichsam über die Handlungsperspektive

⁷² EGMR (GK), Urt. v. 4.12.2018 – 10211/12, 27505/14 (Ilmseher), Rn 167; bemerkenswert an dieser Entscheidung allerdings auch die abweichende Meinung des Richters *Pinto de Albuquerque*, der das Mehrheitsvotum einer ausführlichen Fundamentalkritik unterzieht.

⁷³ *Nozick*, *Anarchie, Staat, Utopie*, 2006, S. 210.

⁷⁴ *Dershowitz*, *Texas Law Review* 51 (1973), 1277 (1319).

⁷⁵ *Dershowitz*, *Texas Law Review* 51 (1973), 1277 (1319): „The argument [...] begs the central question.“

⁷⁶ BVerfGE 128, 326 (375) mit der Wendung vom „allein präventiven Charakter“ der Sicherungsverwahrung; ähnlich zur Psychiatrieunterbringung nach § 63 StGB BVerfGE 130, 372 (389 f.).

⁷⁷ *Radtke*, in: LK-StGB, Bd. 5, 13. Aufl. 2022, Vor §§ 61 ff. Rn. 26, 64 sowie 131 ff. zur empirischen Seite.

⁷⁸ Vgl. *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 66a: die herkömmliche Legitimation der Maßregeln taue nur dazu, „die Maßregeln aus der *Perspektive der Gesellschaft* zu legitimieren“ (*Hervorhebung im Original*).

⁷⁹ Dieser Aspekt verweist auf die geschichtlichen Wurzeln der Maßregeln (vgl. Fn. 69), in die auch problematische (sozial-)deterministische Prämissen einfließen, vgl. die abgewogene Darstellung bei *Wetzell*, *Inventing the*

hinweg, ohne sie einzubeziehen. Weil menschliche Freiheit aber primär im Handeln erfahren wird,⁸⁰ fließt die Freiheit des Täters in eine solche Rechtfertigung (gar) nicht ein.

Diese Problemstruktur, die für die Ablehnung der Vorbeugehaft bei *Nozick* und *Walzer* ausschlaggebend sein dürfte, lässt sich auch verfassungsrechtlich abbilden. Die genaueste Entsprechung stellt wohl ein von *Bernhard Schlink* der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugeordnetes Teilprinzip dar, welches die erste Prüfungsstufe („legitimer Zweck“) betrifft und im Strafrecht bereits als „Verbot ‚eingriffsnaher Zwecke‘“ aufgegriffen wurde⁸¹. Dieses Verbot statuiert eine Einschränkung der im Übrigen bekanntlich weitgezogenen gesetzgeberischen Befugnis zur Setzung legitimer „Gemeinwohlzwecke“⁸². Trotz des weiten Spielraums, so Schlink, „scheiden [...] eingriffsnaher Zwecke, die den Eingriff einschließen, paraphrasieren oder variieren, für die Rechtfertigung aus“⁸³. Das erscheint plausibel, weil der Staat sonst bei der Eingriffsrechtfertigung gleichsam einen Begründungsvorsprung inne hätte, den die Verfassung aber doch der Seite der Grundrechtssubjekte zuordnet.⁸⁴ Richtigerweise trifft denn auch das Bundesverfassungsgericht dieselbe Einschränkung, indem es „eine Aufhebung des in dem jeweiligen Grundrecht enthaltenen Freiheitsprinzips als solchen“ vom Kreis legitimer Zwecke ausschließt.⁸⁵ Mag es sich hierbei auch um eine ganz basale Einschränkung handeln, führt sie dennoch ins Zentrum der vorliegenden Problematik. Denn verfolgen die Maßregeln der §§ 63, 66 StGB nicht gerade eine solche Zielsetzung? Allem Anschein nach besteht ihr Zweck – Verhütung der von einer Person ausgehenden Gemeingefahr – eben darin, zu verhindern, dass sich diese Person weiter ‚auf freiem Fuße‘ befindet. Ist „die Frage nach der wirksamen Sicherung“, wie es in einer exemplarischen Einzeluntersuchung heißt, „identisch mit der Frage nach ausbruchsicheren Haftanstalten“⁸⁶, dann fallen Sicherungszweck und Eingriff ineins. Das wiederum bedeutet: Der Zweck hat kein Gewicht, weil er nur den Eingriff paraphrasiert. Tritt man gleichwohl in eine „Abwägung“ mit der Freiheit des Betroffenen ein, gelangt man mangels Kollisionswerts unmöglich zu einer *Begrenzung* der Maßregel. Dieser Umstand dürfte sich praktisch in der „Tendenz zur unbestimmten Dauer“ der Maßregeln niederschlagen.⁸⁷ Stellt man aber den Vorrang des individuellen Freiheitsprinzips vor den Gemeinwohlbelangen (wieder) her, so umfasst der Schutzbereich der Freiheit der Person den Eingriffszweck der Maßregeln: Eine Person wegen ihrer „Gemeingefährlichkeit“ zu inhaftieren ist nichts anderes, als ihr wegen ihres *Freiseins* – freiheitspräventiv – die Freiheit zu entziehen. Als Frei-

Criminal, 2000, hier etwa S. 39 ff. (vor 1914), 120 ff. (Weimarer Zeit); zum Sozialdarwinismus im ausgehenden 19. Jahrhundert nur *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 3, 1995, S. 1081 ff.

⁸⁰ Vgl. oben bei und in Fn. 47.

⁸¹ Namentlich durch *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 140.

⁸² Siehe nur *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 87 Rn. 10, auch zur oben beschriebenen Einschränkung.

⁸³ *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 445 (450).

⁸⁴ So will es das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, vgl. *Hofmann*, Der Staat 34 (1995), 1 (14 f.).

⁸⁵ BVerfGE 124, 300 (331).

⁸⁶ *Bae*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985, S. 118.

⁸⁷ Allg. *Radtke*, in: LK-StGB, Bd. 5, 13. Aufl. 2022, Vor §§ 61 ff. Rn. 35; die einzige definitive gesetzliche Grenze (Schranken-Schranke) der Maßregeln nach §§ 63, 66 StGB bildet die Erreichung des Vollzugsziels (Minderung der Gefährlichkeit des Täters), vgl. § 67d Abs. 3, Abs. 6 S. 2, S. 3 StGB. Diese Begrenzung kann aus den dargelegten Gründen (Fn. 73 ff.) indes nicht genügen. Es bedürfte folglich einer anderweitigen Schranken-Schranke. Doch kann der herkömmliche Ansatz unmöglich zu einer solchen gelangen, weil der Freiheitsentzug danach (nicht nur das Mittel, sondern) geradezu den *Zweck* der Maßregeln bildet: Freiheitsentzug ist *gleichbedeutend* mit Sozialschutz (vgl. Fn. 86). Unter dieser Prämisse kann das Grundrecht auf Freiheit der Person in der Angemessenheitsprüfung dem Eingriffszweck nicht relativierend gegenüberreten. Denn die Realisierung des Freiheitsanspruchs schliesse die Zweckerreichung aus, was die Konstruktion aber nicht zulässt (weil der Zweck auf früherer Stufe als legitim „gesetzt“ ist). Wertungsmäßig verhält es sich nach diesem Ansatz in etwa so, als stünde das Grundrecht im Falle der „Gemeingefährlichkeit“ seines Trägers unter einer Schutzbereichsausnahme.

heit „vor“ der Freiheit ist dem in Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG garantierten Grundrecht notwendig ein je individuelles, wenn man so will: einzigartiges Missbrauchsrisiko inhärent, aus dem nur das im freiheitlichen Verfassungsstaat reziprok geteilte Lebensrisiko erwächst. Die Gemeingefährlichkeit einer Person ist lediglich ein Merkmal auch *ihrer* Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft, die nicht zur Debatte steht. Als Eingriffszweck trägt sie darum keinen Deut zur Legitimation der Maßregeln bei. Deren verfassungsrechtliche Rechtfertigung scheitert somit (mangels anderweitigen Eingriffszwecks⁸⁸) bereits auf der ersten Prüfungsstufe⁸⁹. Hier schließt sich der Kreis um die Überlegungen *Nozicks* und *Walzers*, die eine rein vorbeugende Haft – zurecht – für unzulässig erachten.

3. Polizeirechtliche „Gefährderhaft“ verfassungswidrig

Trotz des Legitimationsproblems befinden sich die Befürworter vorbeugender Haftinstitute eher auf dem Vormarsch.⁹⁰ Das liegt weniger an Landgewinnen der strafrechtlichen Maßregeln, die seit jeher hochumstritten sind, als an einem anderen Politikfeld, in dem der ‚Schutz vor gemeingefährlichen Mitmenschen‘ Konjunktur hat. Die Rede ist von der präventivpolizeilichen Terrorismusbekämpfung in Gestalt eines Umbaus der Sicherheitsarchitektur⁹¹, der eine Verlagerung polizeilicher Befugnisse in das Gefahrenvorfeld und somit – freiheitstheoretisch gesprochen – in den Normbereich der Freiheit „vor“ der Freiheit mit sich bringt. Symptomatisch für diese Entwicklung sind denn auch Forderungen nach einer Ausweitung des polizeilichen Präventivgewahrsams.⁹² So skizziert etwa *Michael Kubiciel* eine Vorbeugehaft für Fälle, in denen „Äußerungen oder Verhaltensweisen einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit dafür begründen, dass diese Person in naher Zukunft eine staatsgefährdende Gewalttat“ begehen wird.⁹³ Ähnlich argumentiert *Michael Kniesel*, der mit Verweis auf „eine terroristische Bedrohungslage als Dauerzustand“ meint, eine „Präventivhaft für anschlagsbereite Topgefährder“ solle „nicht apodiktisch ausgeschlossen werden.“⁹⁴ Andererseits sah man im Zuge der jüngeren Polizeirechtsnovellen aus dem Zeitkontext des Anschlags am Berliner Breitscheidplatz im Dezember 2016 trotz mancher Ansätze in den Entwurfsstadien am Ende davon ab, eine spezielle, im Gefahrenvorfeld anwendbare Präventivhaft ins Leben zu rufen.⁹⁵ Am weitesten in diese Richtung hat sich freilich Bayern bewegt, dessen Polizeiaufgabengesetz bundesweit eine der schärfsten Bestimmungen zur Präventivhaft enthält.⁹⁶ Doch wäre eine Vorbeugehaft für als gefährlich eingestufte Per-

⁸⁸ Die naheliegende Lösung des beschriebenen Legitimationsproblems bestünde darin, von der ‚rein präventiven‘ Rechtfertigung der Maßregeln wenigstens insoweit abzurücken, dass die Höchstdauer des Maßregelvollzugs durch das Strafmaß der Anlasstat begrenzt werden kann, vgl. für die psychiatrische Maßregel nach § 63 StGB *Pollähne*, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 63 Rn. 33 m.w.N.

⁸⁹ Anders die wohl herrschende Meinung, die – allerdings ohne Diskussion des obigen Einwands – auf ein Prinzip des überwiegenden Allgemeininteresses rekurrieren möchte (Fn. 70, 87).

⁹⁰ Vgl. in internationaler Perspektive etwa Keyzer, *Preventive Detention*, 2013.

⁹¹ Monographisch etwa Huster/Rudolph, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2008; ferner *Schoch*, *Der Staat* 43 (2004), 347 (350 ff.); *Baldus*, *Die Verwaltung* 47 (2014), 1 (5 f.); *Kugelman*, *Die Verwaltung* 47 (2014), 25 ff.

⁹² Vgl. bereits *Kuch*, DVBl. 2018, 343 ff.; frühzeitig *Walther*, ZIS 2007, 464 ff.

⁹³ *Kubiciel*, ZRP 2017, 57 (59).

⁹⁴ *Kniesel*, GSZ 2021, 111 (117 f.).

⁹⁵ Überblick bei *Welzel/Ellner*, DÖV 2019, 211 (212 f.); zu Bayern insb. *Müller*, BayVBl. 2018, 109 (115); siehe auch den Antrag der AfD-Bundestagsfraktion zur Schaffung von „Rechtsgrundlagen für einen Präventivgewahrsam auf Bundesebene für Gefährder“, BT-Drs. 19/23951.

⁹⁶ Aktuell sieht das BayPAG die bundesweit längste Gewahrsamshöchstdauer von bis zu zweimal einem Monat vor (Art. 20 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BayPAG). Am nächsten daran kommen Niedersachsen mit bis zu zweimal 14 Tagen zuzüglich einer weiteren siebentätigen Verlängerungsmöglichkeit (§ 21 S. 2 Hs. 2 Nr. 1, S. 3 NdsPOG), Nordrhein-Westfalen mit bis zu zweimal 14 Tagen (§ 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW) und Sachsen mit 14 Tagen (§ 26 Nr. 3 SächsPDVG). Sonderfälle bilden freilich Bremen (§ 18 BremPolG) und Schleswig-Holstein (§§ 204, 205 LVwG), deren Polizeigesetze keine zeitliche Grenze regeln. Die des Bundes liegen mit (in bestimmten Fällen)

sonen mit dem Grundrecht auf Freiheit der Person zu vereinbaren?

Die Aussichten hierfür sind äußerst gering. Denn einer Person kann zwar in Reaktion darauf was sie tut oder im Begriff ist zu tun, die Freiheit entzogen werden, nicht jedoch in Reaktion darauf, was sie ist – und sei es „gefährlich“. Andernfalls wollte ihr der Staat unter Verstoß gegen Art. 1 Abs. 3, 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG die Freiheit freiheitspräventiv entziehen. Im Unterschied zum Maßregelrecht sind diese Grundsätze für das Polizeirecht vergleichsweise gefestigt. Das betrifft auch und gerade die menschenrechtliche Problemdimension, insbesondere die Maßstäbe des Art. 5 Abs. 1 EMRK, die nach dem Bundesverfassungsgericht in Deutschland berücksichtigungspflichtig sind⁹⁷. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der den Polizeigewahrsam auf Art. 5 Abs. 1 lit. c Var. 2 der Konvention stützt⁹⁸, konstant das Erfordernis einer nach Zeit, Ort und Angriffsobjekt konkretisierten Straftat als Mindestbedingung des Polizeigewahrsams herausgestellt⁹⁹. Dementsprechend kommt ein Polizeigewahrsam nur in Betracht, wenn und solange in derart greifbarer Weise eine relevante Gefahrenlage besteht und andauert. Verfassung und Konvention zwingen letztlich zu einem streng reaktiven Einsatz dieser Standardbefugnis. Die geltenden Polizeigesetze tragen dem Rechnung, indem sie qualifizierte Anforderungen an den Gefahrengrad und die Schadenseintrittsnähe stellen.¹⁰⁰ Eine in das Gefahrenvorfeld vorverlegte Präventivhaft wäre danach unzulässig.

Obwohl diese Grundsätze weitgehend geklärt sein dürften und ihre Anwendung nach der im Schrifttum klar vorherrschenden Auffassung eine polizeirechtliche Vorbeugehaft ausschließt,¹⁰¹ besteht gegenwärtig Anlass, sich ihrer erneut zu vergewissern. Das liegt nicht nur an den genannten (vereinzelten) Vorschlägen zur Einführung dieses Instruments, sondern vor allem auch an gewissen Tendenzen innerhalb der Gerichtsbarkeit, jene Maßstäbe aufzuweichen. Einen hochproblematischen Präzedenzfall schuf erst vor Kurzem die bayerische Justiz, als sie im November 2022 gegen dreizehn Personen, die im Rahmen von Klimaprotesten an einer Klebeaktion teilgenommen hatten, Polizeigewahrsam von bis zu einem Monat verhängte.¹⁰² Das Beispiel verdeutlicht, wohin es führt, wenn man in der Hitze des Gefechts die verfassungs- und konventionsrechtlichen Grenzen der Präventivhaft aus den Augen verliert. Es droht der Eintritt in eine Präventionsspirale. Solange nicht auszuschließen ist, dass die inhaftierte Person *keine* Gefahr mehr verursachen wird, scheint die Devise zu sein: Je länger sie in Haft bleibt, desto besser!¹⁰³ Spätestens an diesem Punkt gibt sich das Konzept

bis zu vier Tagen deutlich unter den o.a. Werten, vgl. § 41 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 BPolG, § 57 Abs. 2 BKAG, § 61 Abs. 2 ZFdG.

⁹⁷ Siehe etwa *Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 42 m.w.N.

⁹⁸ EGMR (GK), Urt. v. 22.10.2018 – 35553/12 (S., V. und A. gegen Dänemark), Rn. 98 ff.; zur älteren Rspr., die lit. c für unanwendbar hielt *Kuch*, in: Barczak, BKAG, Kommentar, 2023, § 57 Rn. 30.

⁹⁹ Zusammenfassend *Pöschl*, in: FS Kopetzki, 2019, S. 499 (504, 507); *Guckelberger*, Jura 2015, 926 (932); *Barczak*, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2021, S. 576 f. m.w.N.

¹⁰⁰ Übergreifend *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 2022, § 16 Rn. 17; exemplarisch Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG; § 30 Abs. 1 Nr. 2 Bln ASOG; § 33 Abs. 1 Nr. 1 BW PolG; § 39 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.

¹⁰¹ *Bäcker*, in: Herdegen u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 28 Rn. 169; zusammenfassend *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen als Instrument der Terrorismusbekämpfung, 2011, S. 115; *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 403 ff., alle m.w.N.; interessant auch *Leese*, Critical Studies on Terrorism 10 (2017), 320, der *Nozicks* bekannte Einwände (Fn. 65, 73) auf die Gefährderhaft überträgt.

¹⁰² Kritisch *Prantl*, SZ v. 12./13.11.2022, S. 6, der zurecht darauf hinweist, dass die in den Fällen zur Anwendung gelangte Ausweitung des Gewahrsams in einen ganz anderen Kontext gehört: Sie geht auf das bayerische „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ v. 24.7.2017 (GVBl. S. 388) zurück, für das die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus den Anlass gab. Damit sind die Klebeaktionen in der Tat nicht vergleichbar (hierzu instruktiv *Mayer*, der Freitag v. 30.5.2023, abrufbar unter <https://www.freitag.de/autoren/der-freitag/letzte-generation-die-friedlichen-kriminellen> [30.8.2023]).

¹⁰³ Für den Polizeigewahrsam nach bayerischem Landesrecht gilt zwar de lege lata (seit 2021 wieder, vgl. GVBl. S. 418) eine Höchstdauer von zweimal einem Monat (Fn. 96). Die Münchener „Klebefälle“, in denen die Justiz zur Verhinderung geringfügiger Störungen (Verkehrsbelästigungen) offenbar zur Höchstdauer griff, zeigen

einer „Gefährderhaft“ als in ähnlicher Weise freiheitspräventiv wie die strafrechtlichen Maßregeln der §§ 63, 66 StGB zu erkennen und stößt darum auf dieselben verfassungsrechtlichen Einwände.¹⁰⁴ Mögen die Münchener Judikate auch „Ausreißer“ sein – und gewiss können sie nicht *pars pro toto* für den Umgang deutscher Gerichte mit der Freiheit der Person genommen werden – so bleiben sie gleichwohl für Ausbildungszwecke (als Negativbeispiele) relevant, waren an ihrer Abfassung doch aller Wahrscheinlichkeit nach hochqualifizierte Berufsjuristen beteiligt.

V. Fazit und Ausblick

Die Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG blickt zwar auf eine lange Geschichte zurück und ist rechtspraktisch von ungeminderter Bedeutung. Die Wissensgrundlage, auf der man sich dabei bewegt, ist jedoch erstaunlich schmal. Das lässt Raum für weitergehende Untersuchungen, die beispielsweise der hiesigen Marschroute folgen und bei der „eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung“ anknüpfen können. Die eigentliche Tragweite des geschützten Werts – sich „auf freiem Fuße“ zu befinden – erschließt sich gegenbildlich zum klassischen Eingriffsparadigma: der Haft. Unter dieser Hinsicht wird die Freiheit der Person zur Wegbereiterin für den Genuss anderer Freiheitsrechte, besonders solchen der individuellen Mobilität und sozialen Interaktion. Als Freiheit „vor“ der Freiheit garantiert sie ein Freisein, ein Können, das sich vielleicht (mit *Hannah Arendt*) als „die ursprünglichste Gebärde“ menschlicher Freiheit offenbart. Der darin verkörperte Potentialitätsschutz widersetzt sich in spezifischer Weise vorbeugenden Haft- und Unterbringungsformen. Die aktuelle Sicherheitspolitik fordert die Freiheit der Person deshalb zwar heraus – bietet zugleich aber die Chance, das Grundrecht aus seinem Nischendasein (wieder) zu befreien. Denn schon immer schöpften die Grundrechte Kraft aus den Forderungen *bedrohter* Individualität.¹⁰⁵

aber, dass die zum Tragen kommende Präventionslogik sich jeder vernünftigen Relativierung widersetzt, vgl. *Steinke*, SZ v. 10.11.2022, S. 9: „Die Präventivhaft ist zwar ein geeignetes Mittel, um diese Aktivisten für bis zu 60 Tage von den Straßen fernzuhalten. Aber wenn man einmal anfängt, in diese Richtung zu denken, in der Tat, dann braucht es eigentlich viel, viel mehr: Haft ohne Ende.“

¹⁰⁴ Siehe zuvor IV. 2. b). Die Forderung von *Kniesel*, GSZ 2021, 111 (118), die Gefährderhaft müsse „kompatibel zu anderen Formen des Gewahrsams sein, der Sicherungsverwahrung und Therapieunterbringung, der der Unterbringung psychisch Kranker [u.a.]“, führt insofern nicht weiter. Denn das Problem liegt gerade in dieser Kompatibilität der Gefährderhaft zu jenen anderen Formen der Vorbeugehaft.

¹⁰⁵ *Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1895, S. 65: „Der Druck, den die herrschenden Gewalten auf die freie Bewegung des Individuums üben, erzeugt die Vorstellung, daß den Richtungen des Druckes ein besonderes Recht der Menschen entspreche.“