

recherchiert von: **unter juris.de** am 04.07.2013

<b>Gericht:</b>	BVerfG 1. Senat	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsname:</b>	Aufenthaltsbestimmungsrecht des Vormunds, Vormundschaft, Aufenthaltbestimmungsrecht	<b>Normen:</b>	Art 2 Abs 2 S 2 GG, Art 104 Abs 2 S 1 GG, Art 104 Abs 2 S 2 GG, Art 6 GG, § 1837 BGB, § 1838 BGB, § 1886 BGB, § 1 IrrFürsG BA, § 2 IrrFürsG BA, VerwahrG BY, UbrgG NW
<b>Entscheidungsdatum:</b>	10.02.1960		
<b>Aktenzeichen:</b>	1 BvR 526/53, 1 BvR 29/58		
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss		

### Leitsatz

Eine richterliche Entscheidung nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG ist auch dann erforderlich, wenn der Vormund in Ausübung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts den volljährigen Entmündigten in einer geschlossenen Anstalt unterbringt.

### Orientierungssatz

1. Die hergebrachte Überwachung der Anstaltsunterbringung Volljähriger durch die Vormundschaftsgerichte entspricht nicht GG Art 104 Abs 1 S 2: danach ist eine Freiheitsentziehung nur statthaft, wenn sie auf richterlicher Anordnung beruht oder richterlicher Kontrolle unterliegt. Dieser verfahrensrechtliche Vorbehalt des GG steht nicht zur Verfügung des Gesetzgebers, aus seiner Verletzung ergibt sich ein Verstoß gegen GG Art 2 Abs 2 S 2. Das gilt - entgegen älterer Lehre (vgl zB BGH, 1955-03-30, XX, BGHZ 17, 108) - nicht nur für Freiheitsentziehung durch die öffentliche Hand, insbesondere zur Strafverfolgung (hier: Anstaltsunterbringung durch Ausübung des privatrechtlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts des Vormundes). Dazu gehört, daß ein Richter in vollem Umfang und im Voraus die Verantwortung für die Maßnahme übernimmt, nicht aber eine bestimmte Form des richterlichen Spruches (hier: Entscheidung für oder gegen die Genehmigung der Einweisung des Mündels). Nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts erfolgt nur eine nachfolgende und beschränkte Prüfung von Mißbrauch der vormundschaftlichen Gewalt (vgl BGB §§ 1837, 1886).

2. Ein Eingriff in die Freiheit der Person wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Betroffenen nicht voll geschäftsfähig sind und der gesetzliche Vertreter (hier: Vormund) zugestimmt hat. Entscheidend ist der tatsächliche, natürliche Wille der Verletzten, nicht der des gesetzlichen Vertreters.

3. Der Einwand, daß die Bindung von Maßnahmen des familienrechtlichen Gewalthabers an die richterliche Kontrolle einen mit GG Art 6 unverträglichen Eingriff in die Familien- und Elternrechte darstelle, greift nicht: der Vormund (hier: bei Volljährigen) ist als solcher nicht Mitglied der Familie, sondern Vertrauensperson des fürsorgenden Staates; seine Gewalt ist nicht elterliche Gewalt, wenn sie dieser auch weitgehend nachgebildet ist.

4. Auch wenn die Landesgesetzgeber, von der o.a. restriktiven Interpretation des GG Art 104 Abs 2 S 1 ausgehend, keine Bestimmungen für richterliche Genehmigung der

Unterbringung volljähriger Entmündigter getroffen haben, obwohl sie zur Erfüllung des Auftrags in GG Art 104 Abs 2 S 4 das "Nähere" zu regeln hatten, ist eine verfassungsverletzende Unterlassung des Gesetzgebers nicht festzustellen: der Inhalt von GG Art 104 Abs 2 S 1 u 2 ist für eine unmittelbare Anwendung durch den Richter präzise genug (vgl BVerfG, 1953-12-18, 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 <239>).

5. Entmündigte und Geisteskranke sind prozeßfähig, um selbständig Verfassungsbeschwerde einzulegen, soweit es sich um ihre Entmündigung oder Unterbringung handelt.

Zur Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen unterlassene richterliche Entscheidung:

a) Wird ein bestimmtes Rechtsschutzverfahren durch die Verfassung geboten, so besteht der Anspruch darauf unabhängig davon, ob ein anderes Verfahren bereitgestellt wird, das möglicherweise praktisch den gleichen Erfolg hat (hier: Verwaltungsvorschriften zur Kontrolle der Unterbringungsfälle in Bayern);

b) das Recht auf gerichtliche Klärung einer behaupteten Freiheitsverletzung entfällt nicht ohne weiteres durch Wiedergewährung der Freiheit;

c) Verfassungsbeschwerden gegen Unterlassungen sind zulässig, solange die Unterlassung dauert (vgl BVerfG, 1957-02-20, 1 BvR 441/53, BVerfGE 6, 257 <266>).

### **Fundstellen**

BVerfGE 10, 302-331 (Leitsatz und Gründe)

### **Verfahrensgang**

vorgehend AG München, kein Datum verfügbar, Az: VII 273/52

vorgehend AG Hamm, kein Datum verfügbar, Az: 8 L VII 1116

### **Diese Entscheidung wird zitiert**

#### **Rechtsprechung**

Anschluss LG Darmstadt 5. Zivilkammer, 14. März 2012, Az: 5 T 475/10

Anschluss LG Darmstadt 5. Zivilkammer, 14. März 2012, Az: 5 T 128/11

Vergleiche BVerfG 2. Senat, 23. März 2011, Az: 2 BvR 882/09

Vergleiche BVerfG 2. Senat 1. Kammer, 23. September 2010, Az: 2 BvR 1143/08

Vergleiche BVerfG 2. Senat 1. Kammer, 25. September 2009, Az: 2 BvR 1195/08

Vergleiche BVerfG 2. Senat 1. Kammer, 4. September 2009, Az: 2 BvR 2520/07

Vergleiche BVerfG 2. Senat 1. Kammer, 7. Mai 2009, Az: 2 BvR 475/09

Vergleiche BVerfG 2. Senat 1. Kammer, 7. Mai 2009, Az: 2 BvR 2367/07

Vergleiche BVerfG 2. Senat 2. Kammer, 1. April 2008, Az: 2 BvR 1925/04

Vergleiche BVerfG 2. Senat 3. Kammer, 26. September 2005, Az: 2 BvR 1019/01

Vergleiche BVerfG 2. Senat 3. Kammer, 27. Januar 2005, Az: 2 BvR 2311/04

Vergleiche BVerfG 2. Senat 3. Kammer, 14. Januar 2005, Az: 2 BvR 1825/03

Vergleiche BVerfG 2. Senat, 15. Mai 2002, Az: 2 BvR 2292/00

Vergleiche BVerfG 2. Senat 2. Kammer, 28. September 1998, Az: 2 BvR 2232/94

Vergleiche BVerfG 1. Senat 1. Kammer, 6. Mai 1997, Az: 1 BvR 711/96

Vergleiche BVerfG 2. Senat 2. Kammer, 16. Juni 1995, Az: 2 BvR 1414/94

Vergleiche Bayerisches Oberstes Landesgericht 3. Zivilsenat, 30. Juli 1991, Az: BReg 3 Z 112/91

im Text BFH 5. Senat, 28. Februar 1991, Az: V R 63/86

Vergleiche OLG Stuttgart 8. Zivilsenat, 18. Januar 1991, Az: 8 W 606/90

Vergleiche Bayerischer Verfassungsgerichtshof, 11. Dezember 1990, Az: Vf. 36-VI-90

Anschluß Bayerisches Oberstes Landesgericht 3. Zivilsenat, 11. September 1981, Az: BReg 3 Z 65/81

im Text BFH 5. Senat, 4. Dezember 1980, Az: V R 27/76

Vergleiche BVerfG 2. Senat, 13. Oktober 1971, Az: 2 BvR 233/71

Vergleiche Bayerischer Verfassungsgerichtshof, 29. Mai 1970, Az: Vf. 27-VI-70

### **Kommentare**

*jurisPK-BGB*

- Jaschinski, 6. Auflage 2012, § 1906 i.d.F. v. 17.12.2008 BGB
- Lafontaine, 6. Auflage 2012, § 1793 BGB
- Lafontaine, 6. Auflage 2012, § 1800 BGB

**Diese Entscheidung zitiert****Rechtsprechung**

Vergleiche BVerfG 1. Senat, 20. Februar 1957, Az: 1 BvR 441/53

Vergleiche BGH 4. Zivilsenat, 30. März 1955, Az: IV ZB 23/55

Vergleiche BVerfG, 18. Dezember 1953, Az: 1 BvL 103/53

**Tenor**

1. Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 in Verbindung mit Artikel 104 Absatz 2 Satz 1 und 2 des Grundgesetzes ist dadurch verletzt, daß die Amtsgerichte München und Hamm es unterlassen haben, über die Statthaftigkeit der von den Vormündern veranlaßten Unterbringung des Beschwerdeführers zu 1) - Amtsgericht München - und des Beschwerdeführers zu 2) - Amtsgericht Hamm - in einer geschlossenen Heil- und Pflegeanstalt zu entscheiden.

2. ...

**Gründe**

I.

1. Beide Beschwerdeführer sind volljährige Entmündigte.
2. a> Der am 2. Juli 1907 geborene Beschwerdeführer zu 1> befindet sich seit dem 3. Februar 1938 wegen Schizophrenie in der Heil- und Pflegeanstalt Haar bei München. Durch Beschluß des Amtsgerichts München vom 15. Dezember 1953 wurde er wegen Geistesschwäche entmündigt. Die Entmündigung ist damit begründet, daß dem Entmündigten die Möglichkeit genommen werden müsse, "sich selbst größere wirtschaftliche und persönliche Schäden zuzufügen", sowie mit der Notwendigkeit, daß "die ihn betreuende Person so rechtzeitig und so lange seine Anstaltsunterbringung veranlassen" könne, "wie es das geistige Leiden" erfordere. Der Beschluß ist rechtskräftig geworden; die Entmündigung dauert noch an. Die Verwahrung wird seither auf Anordnung des Vormundes, eines Rechtsanwaltes, fortgesetzt. Dieser hat am 29. Juli 1954 beim Vormundschaftsgericht die Einholung eines Obergutachtens über den Geisteszustand des Mündels und die Notwendigkeit der Anstaltsverwahrung erbeten und am 23. April 1959 den Antrag gestellt, über die Rechtmäßigkeit des weiteren Verbleibs des Beschwerdeführers in der Anstalt Haar zu entscheiden. Mit Schreiben vom 2. August 1954 und 25. Mai 1959 hat das Amtsgericht es abgelehnt, den Anträgen zu entsprechen, da das Gericht nicht über das Verbleiben des Entmündigten in der Anstalt zu befinden habe; das sei Sache des Vormundes.
3. b> Der am 19. März 1922 geborene Beschwerdeführer zu 2> war seit 1948 mehrmals wegen Schizophrenie in Heilanstalten untergebracht und nach Besserung seines Zustandes jeweils wieder entlassen worden. Durch Beschluß des Amtsgerichts Hamm vom 1. Oktober 1952 wurde er wegen Geisteskrankheit entmündigt. In den Gründen wird ausgeführt, daß der Entmündigte bei dem offen zutage tretenden Persönlichkeitsverfall "dringend der Fürsorge" bedürfe; er sei nicht in der Lage, "selbst dem Leben gerecht zu werden". In der voraufgehenden Sachdarstellung ist von früheren Aufenthalten in geschlossenen Anstalten die Rede, doch ist die Entmündigung nicht besonders mit der mutmaßlichen Notwendigkeit künftiger Unterbringung begründet. Auch dieser Beschluß ist rechtskräftig geworden. Anträge des Beschwerdeführers, das Verfahren auf Aufhebung der Entmündigung einzuleiten, hat das Amtsgericht wiederholt zurückgewiesen. Am 27. September 1957 überreichte der zum Vormund bestellte Vater des Beschwerdeführers zu 2> dem Amtsgericht ein privatärztliches Zeugnis darüber, daß erneut Anstaltsbehandlung notwendig sei. Darauf erteilte das Amtsgericht ihm am gleichen Tage eine "Bescheinigung", in der bestätigt

wurde, daß er als Vormund berechtigt sei, seinen Sohn im Wege der Aufenthaltsbestimmung in einer geschlossenen Anstalt unterzubringen, und in der das Ordnungsamt in Hamm gebeten wurde, dem Vormund Amtshilfe zu leisten. Am 31. Oktober 1957 überführte der Vormund den Beschwerdeführer in die Landespflegeanstalt Marienthal bei Münster, wo vom 31. Oktober 1957 bis zum 2. April 1958 eine Kur vorgenommen wurde. Zur Zeit haben ihn seine Eltern wieder bei sich aufgenommen.

- 4 2. Mit den während des Anstaltsaufenthaltes eingelegten Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführer, daß sie ohne triftigen Grund und ohne gerichtliche Entscheidung in eine geschlossene Anstalt eingewiesen worden seien.
- 5 Durch Beschluß vom 19. Februar 1959 hat das Bundesverfassungsgericht beide Verfahren zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden und den Beschwerdeführern die Rechtsanwältin ... zu ihrer Vertretung in diesem Verfahren beigeordnet. Sie macht namens der Beschwerdeführer geltend, daß nach Art. 2 in Verbindung mit Art. 104 GG Freiheitsentziehungen gegen oder ohne den Willen des Entmündigten auch bei Einverständnis des Vormundes nur durch Richterspruch angeordnet werden könnten, da es für den Begriff der Freiheitsentziehung auch im Sinne des Art. 104 GG nicht auf den sonst rechtserheblichen Willen des Vertreters, sondern auf den natürlichen Willen des Betroffenen ankomme. Die Amtsgerichte München und Hamm hätten daher, indem sie es unterließen oder ablehnten, in eigener Verantwortung über die Statthaftigkeit der Unterbringung zu beschließen, das Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 2 in Verbindung mit Art. 104 GG verletzt. Das gleiche Grundrecht habe der Gesetzgeber dadurch verletzt, daß er es unterließ, auch für Fälle dieser Art die ihm in Art. 104 Abs. 2 letzter Satz GG aufgebene nähere Regelung zu treffen.
- 6 Die Vertreterin der Beschwerdeführer bittet, vor Erschöpfung eines etwa gegebenen Rechtsweges zu entscheiden, und beantragt in erster Linie
- 7 festzustellen, daß Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 des Grundgesetzes dadurch verletzt worden sei, daß die Amtsgerichte - Vormundschaftsgerichte München und Hamm es unterlassen haben, einen die Rechtmäßigkeit der Unterbringung der Mündel prüfenden, rechtsmittelfähigen Beschluß zu erlassen;
- 8 sie beantragt ferner,
- 9 die Sachen zur Entscheidung an die zuständigen Amtsgerichte - Vormundschaftsgerichte - zurückzuverweisen;
- 10 hilfsweise beantragt sie
- 11 festzustellen, daß Art. 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 2 Satz 4 GG dadurch verletzt sei, daß der Gesetzgeber es unterlassen hat, die in Art. 104 Abs. 2 Satz 4 GG vorgesehene Regelung zu treffen.
- 12 Auf mündliche Verhandlung hat sie verzichtet.
- 13 Der Bundesminister der Justiz vertritt die Auffassung, daß der Vormund zur Unterbringung seines Mündels in einer geschlossenen Anstalt auf Grund seines Aufenthaltsbestimmungsrechts befugt sei und einer richterlichen Genehmigung nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG nicht bedürfe. Es ergebe sich besonders aus der Entstehungsgeschichte und aus dem systematischen Zusammenhang der in Art. 104 GG enthaltenen Bestimmungen, daß die Gewährleistung richterlicher Entscheidung in Absatz 2 Satz 1 nur für Freiheitsentziehungen durch die öffentliche Gewalt gelte.
- 14 Vormundschaftliche Gewalt aber sei nach ihrer Gestaltung im geltenden Recht nicht öffentliche, sondern private Gewalt. In gleichem Sinne haben das Bayerische Staatsministerium der Justiz, die Regierung des Landes Baden-Württemberg und die Landesregierung des Landes Nordrhein-Westfalen Stellung genommen. Die Vormünder der Beschwerdeführer haben sich nicht geäußert.

## II.

- 15 Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig.
- 16 1. Die Beschwerdeführer sind trotz ihrer Entmündigung für das Verfahren dieser Verfassungsbeschwerden prozeßfähig. Es ist ein allgemeiner Grundsatz unserer Rechtsordnung, daß auch Entmündigte und Geisteskranke für Verfahren, in denen über die wegen ihres Geisteszustandes zu treffenden Maßnahmen entschieden wird, zur Wahrung ihrer Rechte als prozeßfähig gelten <vgl. die Zusammenstellung bei Röhl, JZ 1956 S. 309>. Diesem Gedanken folgend ist das Bundesverfassungsgericht durch den gemäß § 91 a BVerfGG gebildeten Ausschuß des Ersten Senates stets davon ausgegangen, daß Entmündigte und Geisteskranke, soweit es sich um ihre Entmündigung oder Unterbringung handelt, auch selbständig Verfassungsbeschwerden einlegen können.
- 17 2. Es steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden ferner nicht entgegen, daß sie sich gegen das Unterlassen einer richterlichen Entscheidung wenden. Die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch Unterlassen ist für die Exekutive und für die Legislative bereits bejaht worden <BVerfGE 2, 287 <290>; 6, 257 <263 ff.>>. Für die Rechtsprechung kann nichts anderes gelten.
- 18 Vom Rechtsstandpunkt der Beschwerdeführer aus liegt in der Tat ein Unterlassen des Richters vor; denn bei Anwendbarkeit des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG hätten sie Anspruch auf eine Entscheidung, wie sie weder im Entmündigungsverfahren noch im Zuge der vormundschaftsgerichtlichen Überwachung ergangen ist.
- 19 Die Einrichtung der Vormundschaft für einen Erwachsenen erfolgt meist, weil er zur Besorgung seiner Angelegenheiten, namentlich in wirtschaftlichen Dingen, nicht in der Lage ist. Andererseits kommt es vielfach auch dann nicht zur Bestellung eines Vormundes, wenn ein Geisteskranker der Anstaltsbehandlung bedarf. Für das Entmündigungsverfahren sind also andere Gesichtspunkte maßgebend als für die Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt. Auch in den vorliegenden Fällen haben die Amtsgerichte, wie schon der Tenor der Entmündigungsbeschlüsse ergibt, mit der Entmündigung nicht über die Zulässigkeit einer Anstaltsunterbringung entschieden. Die Entmündigung des Beschwerdeführers zu 1> ist zwar unter anderem damit begründet, daß sich wahrscheinlich eine Anstaltsunterbringung als notwendig erweisen werde. Doch hat das Gericht zu einer derartigen vom Vormund beabsichtigten oder getroffenen Maßnahme weder zustimmend noch ablehnend Stellung genommen. In dem Beschluß über die Entmündigung des Beschwerdeführers zu 2> ist Anstaltsunterbringung durch den Vormund gar nicht erwähnt.
- 20 Daß die hergebrachte vormundschaftsgerichtliche Überwachung dem Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG nicht entspricht, liegt auf der Hand. Nach dieser Norm müßte der Vormundschaftsrichter die Zulässigkeit der Unterbringung in vollem Umfang und grundsätzlich im voraus prüfen. Nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts hingegen ist er nur berufen, bei Mißbrauch der vormundschaftlichen Gewalt einzuschreiten, besitzt also lediglich ein nachfolgendes und beschränktes Prüfungsrecht <§§ 1837, 1886 BGB>. Die während der Entmündigung im Rahmen der hergebrachten Überwachung erlassenen Verfügungen der Gerichte - in der Sache des Beschwerdeführers zu 1> die formlosen Antworten auf die Anträge vom 29. Juli 1954 und vom 23. April 1959, in der Sache des Beschwerdeführers zu 2> die am 27. September 1957 dem Vormund ausgestellte "Bescheinigung" - bestätigen demgemäß, daß die Gerichte eine eigene Stellungnahme zu der von den Vormündern veranlaßten Anstaltsunterbringung bewußt unterlassen haben, weil sie eine solche Stellungnahme grundsätzlich nicht für geboten, eine Entscheidung über die Unterbringung also für rechtlich nicht zulässig hielten.
- 21 3. Es kann ferner nicht das Rechtsschutzinteresse mit der Begründung verneint werden, daß durch Maßnahmen der Verwaltung - wie in Bayern durch Unterrichtungs- und Aktenübersendungspflicht, vgl. Erlaß vom 24. September 1953, JMBL. S. 238 eine sorgfältige Prüfung aller Unterbringungsfälle durch die Vormundschaftsgerichte

gewährleistet sei, eine Lücke im Rechtsschutz für den Mündel also nicht bestehe. Wird ein bestimmtes Verfahren des Rechtsschutzes durch die Verfassung geboten, so ist das Recht auf Einhaltung dieses Verfahrens unabhängig davon, ob ein anderes Verfahren bereitgestellt wird, das möglicherweise praktisch den gleichen Erfolg hat.

- 22 Auch ist die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 2> nicht dadurch gegenstandslos geworden, daß er zur Zeit aus der Anstalt entlassen ist. Es würde der Bedeutung des Schutzes der Freiheit durch das Grundgesetz nicht entsprechen, wenn das Recht auf gerichtliche Klärung einer behaupteten Freiheitsverletzung bei Wiedergewährung der Freiheit ohne weiteres entfielen. Hier kommt hinzu, daß der Beschwerdeführer, da er entmündigt bleibt, jederzeit mit einer Wiederholung des gerügten Verhaltens des Gerichts rechnen muß.
- 23 4. Die Verfassungsbeschwerden sind rechtzeitig erhoben, denn Verfassungsbeschwerden gegen Unterlassungen sind zulässig, solange die Unterlassung dauert <BVerfGE 6, 257 <266>>.
- 24 5. Unschädlich ist schließlich, daß die Beschwerdeführer einen Rechtsweg gegen die behauptete Grundrechtsverletzung nicht beschritten haben. Die - nicht ganz zweifelsfreie - Frage, ob ein Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 BVerfGG überhaupt gegeben war, bedarf keiner Antwort; denn die Verfassungsbeschwerden sind um der aufgeworfenen grundsätzlichen Verfassungsfrage willen offensichtlich von allgemeiner Bedeutung, so daß vor Erschöpfung eines etwa gegebenen - im vorliegenden Fall noch erschöpfbaren - Rechtsweges entschieden werden kann. Von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen ist hier geboten. Seit 1955 liegt eine gefestigte und einheitliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte im Sinne der Rechtsansicht vor, auf der das gerügte Verhalten der Amtsgerichte München und Hamm beruht; neue Argumente sind seither nicht vorgebracht worden. Es wäre also auch im konkreten Fall kein abweichendes Erkenntnis zu erwarten. Nach dem Sinn des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG wäre daher die Erschöpfung des Rechtsweges objektiv überflüssig und den Beschwerdeführern subjektiv nicht zuzumuten <BVerfGE 9, 3 <7, 8>>.

### III.

- 25 Die Verfassungsbeschwerden sind begründet.
- 26 Die Entscheidung hängt davon ab, ob das in Art.104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG statuierte Recht auf vorgängige, notfalls unverzüglich nachzuholende richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung auch dann besteht, wenn der Vormund eines volljährigen Entmündigten dessen Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt veranlaßt. Es geht also nicht so sehr darum, ob der Vormund zu der Unterbringung berechtigt ist, sondern darum, ob der Staat den in Art. 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG gewährleisteten Schutz auch für Fälle dieser Art zur Verfügung stellen muß.
- 27 Unzweifelhaft wird ein Eingriff in die persönliche <körperliche> Freiheit nicht schon begrifflich dadurch ausgeschlossen, daß die von dem Eingriff betroffene Person nicht voll geschäftsfähig ist. Im Gebiet des straf- und zivilrechtlichen Freiheitsschutzes <§ 239 StGB, § 823 BGB> war von jeher unbestritten, daß es bei Freiheitsverletzungen gegenüber nicht voll geschäftsfähigen Personen lediglich auf den tatsächlichen, natürlichen Willen des Verletzten, nicht auf den Willen seines gesetzlichen Vertreters ankommt. Ebenso dürfen auch die Begriffe "Beschränkung" und "Entziehung" der Freiheit im Sinne des Grundgesetzes nicht dahin gedeutet werden, daß der "rechtlich erhebliche" Wille des Gewalthabers gegenüber dem natürlichen oder dem fehlenden Willen des Gewaltunterworfenen schlechthin maßgebend sei, so daß eine "Freiheitsentziehung" schon begrifflich nicht vorliege, wenn der Gewalthaber ihr zustimme.
- 28 Unbestritten ist auch, daß Art.104 Abs. 2 Satz 1 GG stets eine materielle Norm voraussetzt, aus der sich die Berechtigung zur Freiheitsentziehung ergibt; andere als gesetzmäßige, d. h. im materiellen Recht begründete Freiheitsentziehungen sind

selbstverständlich unstatthaft und unterliegen, wenn verschuldet, strafrechtlicher Ahndung. Art.104 Abs. 2 Satz 1 GG erweitert oder beschränkt die materiellen Gründe für eine Freiheitsentziehung nicht, sondern bestimmt lediglich mit Verfassungskraft, daß allein der Richter über die Statthaftigkeit einer jeden Freiheitsentziehung zu entscheiden hat. Zu dem Begriff "Entscheidung" gehört, daß der Richter in vollem Umfang die Verantwortung für die Maßnahme übernimmt, nicht aber eine bestimmte Form des richterlichen Spruches. Diese ergibt sich, wenn der Gesetzgeber sie nicht ausdrücklich geregelt hat, aus der jeweiligen Rechtsmaterie.

- 29 Für das Vormundschaftsrecht folgt hieraus, daß Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG kein selbständiges Unterbringungsrecht des Richters zu Heil- und Sicherungszwecken neu begründet, wie das in § 1838 BGB zum Zwecke der Erziehung geschehen ist. Mit Recht wird vielmehr übereinstimmend davon ausgegangen, daß die Befugnis zur Unterbringung des Mündels in einer geschlossenen Anstalt nach wie vor materiell auf dem Recht des Vormundes beruht, den Aufenthalt des Mündels zu bestimmen; es fragt sich nur, ob dieses Recht dadurch eingeschränkt ist, daß die Statthaftigkeit einer solchen Unterbringung von einer richterlichen Entscheidung abhängt. Ist das zu bejahen, dann hätte die "Entscheidung" des Richters - vorbehaltlich anderer Regelung durch den Gesetzgeber - den Charakter einer "Genehmigung" im Sinne des Vormundschaftsrechts; sie wäre eine die Maßnahme des Vormundes billigende und ihr erst Rechtswirksamkeit verleihende richterliche Anordnung.
- 30 Es ist also lediglich zu prüfen, ob die Gerichte durch Ablehnung oder Erteilung der Genehmigung über die Einweisung des Mündels durch den Vormund hätten entscheiden müssen.
- 31 1. Zum Verständnis des Meinungsstreites um diese Frage bedarf es eines Blickes auf das Vormundschafts- und das Unterbringungsrecht.
- 32 a> Das Vormundschaftsrecht hatte von jeher einen starken öffentlich-rechtlichen Einschlag. Selbst im römischen und germanischen Recht, wo Vormundschaft ursprünglich Sache der Familie oder Sippe war, entwickelte sich bereits sehr früh ein staatlicher Einfluß. In Rom erfolgte seit der jüngeren Zeit der Republik die Bestellung des Vormundes durch staatlichen Akt, in der Kaiserzeit trat dazu eine starke staatliche Aufsicht. In Deutschland entstand schon vor der Rezeption des römischen Rechts eine Obervormundschaft des Landesherrn; im gemeinen Recht ging sie auf die Gerichte über.
- 33 Seitdem wird Einrichtung und Verwaltung der Vormundschaften als "eine der obersten Aufgaben der staatlichen Wohlfahrtspflege" <Endemann> verstanden, dazu bestimmt, den Schutz durch die Familie zu ergänzen. Anlaß und Grundlage für die Einrichtung einer Vormundschaft insbesondere über Volljährige bildet das öffentliche Interesse an der Fürsorge für den schutzbedürftigen Einzelnen; ihre Eigenart ist, daß sie sich - wenngleich im öffentlichen Interesse - unmittelbar auf die privatrechtliche Sphäre des Einzelnen erstreckt, öffentliche Fürsorge durch Wahrnehmung privater Angelegenheiten ist. Das hat zur Übertragung der "verwaltenden Tätigkeit" der Obervormundschaft, "die von der sonst den Gerichten obliegenden Tätigkeit der Rechtspflege grundsätzlich verschieden ist" <RGRK Vorbem. Ziff. 1 vor § 1773 BGB>, auf die Gerichte und zur Einordnung des materiellen Vormundschaftsrechts in das bürgerliche Recht geführt.
- 34 Der Staat läßt die fürsorgende Tätigkeit der Vormundschaft entweder durch Beamte ausüben <vgl. §§ 32, 35, 41 des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 9. Juli 1922>, oder er bestellt eine für den Einzelfall ausgewählte Vertrauensperson zum Vormund <§ 1779 BGB>. Auch solche Einzelvormundschaft ist ein Amt, zu dessen Übernahme eine staatsbürgerliche Pflicht besteht; sie bringt Rechte und Pflichten des öffentlichen und des privaten Rechts mit sich.
- 35 Wie die Vormundschaft ausschließlich auf obrigkeitlicher Bestellung beruht, so überwacht der Staat ihre Durchführung auf Grund seiner obervormundschaftlichen Gewalt. Die Obervormundschaft kann sehr intensiv sein, wie z. B. nach Preußischem Allgemeinen Landrecht, das die Vormundschaft fast zur allgemeinen Verwaltungsaufgabe machte und dem Vormund nahezu jede Selbständigkeit entzog

<vgl. besonders ALR Teil II Tit. 18 § 236>, oder sehr locker, wie nach der Preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch übt der Vormund sein Amt prinzipiell in eigener Verantwortung aus. Doch ist die Wirksamkeit der staatlichen Obervormundschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst vielfältig gesichert: durch Rechte und Pflichten der Aufsicht <§§ 1837,1886>, unmittelbaren richterlichen Eingreifens <§ 1838> und richterlicher Genehmigung <neben einer Fülle von Einzelvorschriften vor allem §§ 1821 und 1822>. Außerdem findet die Amtsgewalt des Vormundes ihre Grenze in Vorschriften anderer Gesetze, auch des öffentlichen Rechts.

- 36 Genehmigungspflichtig sind nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches alle vermögensrechtlichen Geschäfte und Handlungen von größerer Tragweite, aber auch solche von geringer Bedeutung, da die Genehmigungspflicht im allgemeinen unabhängig vom Vermögenswert an die Art der Geschäfte und Handlungen geknüpft ist. So sind genehmigungspflichtig alle Verfügungen über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück, auch wenn der Wert noch so gering ist <§ 1821 BGB>, und jeder Vergleich oder Schiedsvertrag, wenn der Gegenstand des Streites oder der Ungewißheit 300 DM übersteigt <§ 1822 Nr. 12 BGB>.
- 37 Die Genehmigungspflicht ergreift ferner eine Reihe von Maßnahmen persönlicher Fürsorge, die über das Übliche hinausgehen, teils nach bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen
- 38 den Abschluß eines Lehrvertrages, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird <§ 1822 Nr. 6 BGB>, oder
- 39 eines auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrages, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll <§ 1822 Nr. 7 BGB>,
- 40 den Antrag auf Ehelichkeitserklärung und die Anfechtung und Bestätigung dieser Erklärung <§§ 1729, 1731 BGB>, die Eingehung und Aufhebung des Kindesannahmevertrages sowie die Anfechtung und Bestätigung dieser Erklärungen <§§ 1750, 1751, 1752,1755,1770 BGB>,
- 41 die Anfechtung der Ehelichkeit <§ 1595 Abs. 2 BGB>, teils nach anderen, insbesondere öffentlich-rechtlichen Normen,  
so
- 42 die Erhebung der Scheidungs- oder der Aufhebungsklage <§ 612 Abs. 2 ZPO>,
- 43 das Einverständnis des Vormundes zur Auswanderung von Mädchen unter 18 Jahren <§ 9 der Verordnung gegen Mißstände im Auswanderungswesen vom 14. Februar 1924>,
- 44 die Bestimmung über die religiöse Kindererziehung <§ 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 15. Juli 1921>,
- 45 den Antrag auf Todeserklärung <§ 16 Abs. 3 des Verschollenheitsgesetzes vom 15. Januar 1951>,
- 46 den Antrag auf Namensänderung <§ 2 des Namensänderungsgesetzes vom 5. Januar 1938>,
- 47 den Antrag auf Entlassung des Mündels aus der Staatsangehörigkeit <§ 19 Abs. 1 RStAngG vom 22. Juli 1913>.
- 48 Das Recht der Aufenthaltsbestimmung, um dessen Grenzen es sich in den vorliegenden Fällen handelt, ist einerseits das einzige Recht, in das der Richter - ohne daß ein Versagen des Vormundes vorausgesetzt würde - unmittelbar eingreifen darf, indem er die Unterbringung des Mündels zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt selbst anordnet und

vollzieht <§ 1838 BGB>. Andererseits bindet das bürgerliche Recht die Aufenthaltsbestimmung durch den Vormund nicht an richterliche Genehmigung, so daß nach bürgerlichem Recht der Vormund - sogar der vorläufige Vormund <§ 1906 BGB> - den Mündel in einer geschlossenen Anstalt, etwa in einer Irrenanstalt oder einer Trinkerheilanstalt, unterbringen kann, und zwar auch unter Anwendung von Zwang.

- 49 Doch hat das Bürgerliche Gesetzbuch hier ebensowenig wie in den anderen angeführten Bereichen in das öffentliche Recht eingegriffen: Über die Frage, wer in eine geschlossene Anstalt aufzunehmen und dort ohne oder gegen seinen Willen zum Zwecke der eigenen Sicherheit oder Heilung oder im Interesse der allgemeinen Sicherheit zurückzuhalten sei, entschied nach wie vor das öffentliche Landesrecht, das in zahlreichen Erlassen und Verordnungen verstreut war. Die Zersplitterung führte zu praktischen Unzuträglichkeiten, die den Wunsch nach gesetzlicher Regelung wachriefen. Diesem Anliegen hat damals nur das badische Irrenfürsorgegesetz vom 25. Juni 1910 <GVBl. S. 299> entsprochen. Nach dessen § 1 durfte die Unterbringung eines Geisteskranken oder Geistesschwachen in einer Irrenanstalt ohne oder gegen seinen Willen erst erfolgen, wenn das zuständige Bezirksamt die Unterbringung auf Antrag oder von Amts wegen für statthaft erklärt hatte; das galt auch bei Entmündigten, für die nach § 2 Ziff. 1 des Gesetzes der gesetzliche Vertreter antragsberechtigt war. Im übrigen blieb es bei der unbefriedigenden Regelung des Unterbringungsrechts in verstreuten landesrechtlichen Bestimmungen.
- 50 b> Erst das Grundgesetz gab in vielen Ländern Anlaß zu Unterbringungsgesetzen, weil Art. 104 Abs. 2 GG der verfassungsrechtlichen Schutzbestimmung den Satz anfügt: "Das Nähere ist gesetzlich zu regeln."
- 51 Zunächst waren die Ansichten darüber geteilt, ob die Verfahrensgarantie des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG nur bei Entziehung der Freiheit unmittelbar durch die öffentliche Gewalt oder auch bei Anstaltsunterbringung des Mündels, insbesondere des volljährigen Mündels, durch den Vormund Geltung haben sollte. In den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erließen sechs Länder neue Gesetze für das Verfahren bei Freiheitsentziehung <Hamburg 1949, Niedersachsen und Baden 1951, Bayern, Hessen und Berlin 1952>. Die Gesetze von Baden <GVBl. 1951 S. 152, §§ 1 und 2> und Berlin <GVBl 1952 S. 630, §§ 1 und 2> forderten richterliche Entscheidung über die Statthaftigkeit zwangsweiser Unterbringung ausdrücklich auch dann, wenn der Vormund sie anordnete. Die übrigen vier Ländergesetze machten übereinstimmend zwangsweise Unterbringung allgemein von richterlicher Entscheidung abhängig <Hamburg § 1 Abs. 1, Niedersachsen § 10 Abs. 1, Bayern § 2 Abs. 1, Hessen § 2 Abs. 1>, trafen aber für die Unterbringung Entmündigter keine besondere Regelung. Die Gesetzesinterpretation war in Rechtsprechung und Schrifttum verschieden. In Hessen und Hamburg setzte sich die Ansicht durch, daß auch bei Anordnung oder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eine gerichtliche Entscheidung eingeholt werden müsse <RdErl. HessStA 1952 Nr. 27 S. 501 Nr. I 2; OLG Frankfurt NJW 1953 S. 1187; HansOLG Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 1953 S. 61>. Hingegen wurde in Bayern und Niedersachsen die Genehmigungspflicht für vormundschaftliche Unterbringungsmaßnahmen verneint <BayObl.G BayObLGZ NF 1 S. 523 und seitdem in ständ. Rspr.; Komm. z. d. nieders. Ges. von Müller/Heidelberg /Claus 1, § 10 Anm. 5>. Dieser Meinung schlossen sich württemberg-badische und nordrhein-westfälische Gerichte an <Württ.-Bad. VGH VerwRspr. Ed. 5 Nr. 66 S. 331 <336>; OVG Münster Amtl. Samml. Bd. 6 Nr. 56 S. 185; OLG Köln NJW 1955 S. 320>.
- 52 Entscheidend für die weitere Entwicklung war der Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 30. März 1955 <BGHZ 17, 108>, der ausspricht, daß der nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestellte Vormund zur Einweisung eines Mündels in eine geschlossene Anstalt keiner richterlichen Anordnung nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG bedarf. Diesem Beschluß sind Wissenschaft und Rechtsprechung seither gefolgt, ohne daß - soweit ersichtlich - die verfassungsrechtliche Frage nochmals eingehend untersucht worden wäre; nur die rechtspolitischen Bedenken sind nicht verstummt <vgl. etwa Vilmar SchIHA 1957 S. 6 und Böning SchIHA 1958 S. 281>. Die nach dem Beschluß des Bundesgerichtshofs erlassenen Gesetze der Länder über eine gegen oder

ohne den Willen des Betroffenen erfolgende Unterbringung <Baden-Württemberg 1955, Nordrhein-Westfalen 1956, Schleswig-Holstein und Berlin 1958, Rheinland-Pfalz 1959> bestimmen sämtlich - Berlin unter Aufgabe der entgegengesetzten früheren Regelung -, daß der Wille des zur Bestimmung des Aufenthalts Berechtigten maßgebend sein soll, wenn die Verwahrung in seinem Einverständnis erfolgt. Hiervon ausgehend, beziehen sie den Fall der Unterbringung durch den Gewalthaber in die gesetzliche Regelung nicht ein, unterstellen also stillschweigend, daß es in solchen Fällen einer gerichtlichen Entscheidung nicht bedürfe.

- 53 Die gleiche Ansicht hat sich in dem Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen vom 29. Juni 1956 <BGBl. I S. 599>, § 2 Abs. 2, durchgesetzt. Entgegen einem Referentenentwurf, der vorsah, daß auch Eltern oder Vormund zur Einweisung des Kindes oder Mündels in eine geschlossene Anstalt prinzipiell nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts berechtigt sein sollten <nach Wolff DÖV 1951 S.313 <316>, und Holtkotten in Bonner Kommentar Art. 104 Anm. II C 3 b>, fehlte eine solche Bestimmung bereits in den Entwürfen, die in der ersten und zweiten Legislaturperiode von der Bundesregierung vorgelegt wurden <BT I/1949 Drucks. Nr. 3640 und BT II/ 1953 Drucks. 169>. Der Bundesrat äußerte zwar beide Male - ohne die Frage verfassungsrechtlich zu vertiefen - Bedenken und schlug vor, der Anerkennung des Aufenthaltsbestimmungsrechts für Eltern, Vormünder und Pfleger anzufügen: "Jedoch bedürfen diese Personen zur Unterbringung des Kindes oder des Mündels in einer der ... bezeichneten Anstalten der vorherigen Genehmigung des Amtsgerichts <Vormundschaftsgerichts>" <BT I/1949 Drucks. Nr. 3640 S. 18 Nr. 26 und BT II/1953 Drucks. 169 S.18 Nr. 12>. Die Bundesregierung trat jedoch diesem Änderungsvorschlag entgegen <BT I/1949 Drucks. Nr. 3640 S.20 Nr. 3 und S. 23 Nr. 26; BT II/1953 Drucks. 169 S. 24 Nr. 12>. Im Rechtsausschuß des Bundestages endete die erste Beratung des Vorschlages mit der zusammenfassenden Feststellung des Vorsitzenden, daß sich Art. 104 GG nach allgemeiner Meinung nur auf die Freiheitsentziehung durch die öffentliche Gewalt beziehe <Ausschußprotokoll Nr. 23 vom 7. September 1954 S. 13>. Trotzdem wurde die Frage bei einer späteren Beratung erneut behandelt <Prot. Nr. 82 vom 19. Oktober 1955 S.4-6>, und aus den Ausführungen des stellvertretenden Vorsitzenden <S. 4 Abs. 4 und 5> geht hervor, daß mehrere Mitglieder, darunter der Referent des Ausschusses, die Ansicht vertraten, Art. 104 GG beziehe sich "gerade auf die nichtöffentliche Unterbringung". Auch hatte der Deutsche Anwaltsverein die Anregung des Bundesrates gegenüber dem Bundestag unterstützt <Prot. S. 8 oben>. Jedoch ist die Sache im Ausschuß - allerdings ohne daß die Stellungnahme vom 7. September 1954 geändert worden wäre - nicht abschließend erörtert worden, nachdem man sich entschlossen hatte, die Unterbringung wegen Geisteskrankheit, bei der sie die bedeutendste Rolle spielt, in diesem Gesetz nicht zu behandeln <Ausführungen des stellvertretenden Vorsitzenden Seite 5 und Seite 8>. Demgemäß wird in dem Bericht des Rechtsausschusses <BT II/1953 Drucks. 2322 S. 2, 3> unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme des Gesundheitsausschusses hervorgehoben, daß ein weiteres Gesetz über die Unterbringung von Geisteskranken <Irrenfürsorgegesetz> zu ihrem Schutze notwendig sei, in dem auch geregelt werden müsse, unter welchen Voraussetzungen ein Kranker auf Veranlassung seiner Angehörigen in eine Anstalt eingewiesen werden könne.
- 54 Der Änderungsvorschlag des Bundesrates wurde hiernach in das Gesetz nicht aufgenommen.
- 55 2. Für das Bundesverfassungsgericht erhebt sich die Frage, ob die Rechtslage, die der Bundesrat und die maßgebenden Ausschüsse des Bundestages als unbefriedigend bezeichnet haben, zutreffend beurteilt ist oder ob nicht Art. 104 Abs. 2 GG unmittelbar dazu führen muß, jedenfalls die Anstaltseinweisung des geisteskranken Mündels durch den Vormund von einer richterlichen Genehmigung abhängig zu machen. Die Frage ist im zweiten Sinne zu beantworten.
- 56 a> Das Grundgesetz knüpft mit dem in Art. 2 Abs. 2 statuierten Grundrecht auf körperliche Freiheit und seinen in Art. 104 Abs. 2 bis 4 geordneten Gewährleistungen formalen Charakters an Artikel 114 der Weimarer Reichsverfassung an. Es weicht

jedoch nicht nur durch die Stellung der einzelnen Bestimmungen in der Verfassung, sondern auch durch ihren Inhalt wesentlich von diesem Vorbild ab.

- 57 Die Weimarer Reichsverfassung faßte die Bestimmungen zum Schutze der körperlichen Freiheit in einem Artikel zusammen. Ebenso kam ihre Zusammengehörigkeit im Herrenchiemsee-Entwurf und in der vom Ausschuß für Grundsatzfragen in erster Lesung angenommenen Fassung dadurch zum Ausdruck, daß die formellen Garantien bei Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung in unmittelbarem Anschluß an das materielle Grundrecht der Freiheit der Person in einem Artikel - damals Artikel 3 geregelt waren <ParlR Drucks. Nr. 203 S. 3>. Zu ihrer Trennung kam es auf Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses; dieser war der Meinung, die Regelung der Einzelheiten bei Freiheitsbeschränkung und namentlich bei Freiheitsentziehung und Festhaltung passe nicht in den Grundrechtsteil mit seinen im allgemeinen kurzen und knappen Formulierungen. Der Redaktionsausschuß wünschte deshalb, diese wichtigen Teile des Freiheitsschutzes in den Abschnitt über die Rechtspflege zu überführen, und der Grundsatzausschuß stimmte dem in der zweiten Lesung zu <23. Sitzung vom 19. November 1948, Stenoprot. S. 11>.
- 58 Inhaltlich ging schon der Herrenchiemsee-Entwurf mit der Gewährleistung des Freiheitsschutzes über die entsprechende Bestimmung in Artikel 114 der Weimarer Reichsverfassung grundsätzlich hinaus, indem er für jeden "von der öffentlichen Gewalt Festgenommenen" das Recht vorsah, spätestens am Tage nach der Festnahme auf Verlangen dem zuständigen Richter vorgeführt zu werden, während die Weimarer Reichsverfassung eine richterliche Kontrolle nicht erwähnte. Als der Entwurf der Freiheitsgewährleistungen in den Protokollen des Parlamentarischen Rates auftaucht - zunächst als Artikel 3 -, hat er bereits in einem Unterausschuß eine weitere entscheidende Änderung erfahren. Neben der Übernahme richterlicher Kontrolle aus dem Herrenchiemsee-Entwurf erscheint der Begriff der "öffentlichen Gewalt" oder ein sinngleicher Begriff nicht mehr. Danach heißt es jetzt, daß jede Beschränkung der persönlichen Freiheit schlechthin von einer formellen Gesetzesgrundlage abhängig und jede nicht auf richterlicher Anordnung beruhende Freiheitsentziehung richterlicher Kontrolle unterworfen sei. Protokolle des Unterausschusses sind nicht vorhanden. Ein Hinweis auf die mit dieser Streichung verfolgte Absicht könnte einer Äußerung des Abgeordneten Zinn, der Mitglied des Unterausschusses war <Grundsatzausschuß 4. Sitzung vom 23. September 1948, Stenoprot. S. 1, 27 und 31>, entnommen werden; er begründete den Vorschlag zu dem damaligen Artikel 3 - jetzt Artikel 104 - mit der Notwendigkeit, über die Weimarer Reichsverfassung hinauszugehen, und betonte, daß es künftig "keinerlei Freiheitsentziehungen auf die Dauer ohne Tätigwerden eines Richters" geben solle. Bei der Diskussion des Vorschlages des Unterausschusses im Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege wendeten sich einige Abgeordnete mit großer Beharrlichkeit gegen die Ausdehnung der richterlichen Kontrolle über die "kriminellen Fälle" hinaus auch auf Freiheitsentziehungen aus fürsorgerischen Gründen <Rechtspflegeausschuß 7. und 8. Sitzung vom 6. und 7. Dezember 1948 <7. Sitzung S. 164, 167; 8. Sitzung S. 49, 56 bis 59>>. Sie fanden jedoch für ihre Ansicht nicht die Zustimmung der Mehrheit. Diese schloß sich der Meinung an, die Entscheidung über Freiheitsentziehung solle auch in allen Fällen mit fürsorgerischem Charakter dem Richter vorbehalten bleiben. Als konkrete Beispiele wurden in der Diskussion allerdings nur Freiheitsentziehungen unmittelbar durch die öffentliche Gewalt angeführt, Anordnungen des Vormundes nicht erwähnt. Im Verlaufe der 8. Sitzung wurde in diesem Zusammenhang auch eine Umstellung der einzelnen Sätze in Aussicht genommen, jedoch nicht verwirklicht <vgl. 8. Sitzung, Stenoprot. S. 53, 56, 60>. Im Anschluß an die Diskussion in der 7. und 8. Sitzung des Rechtspflegeausschusses erhielten die Absätze 2 und 4 des heutigen Artikels 104 - damals Artikel 136 im wesentlichen bereits ihre endgültige Fassung <vgl. neben den zitierten Protokollen der 7. und 8. Sitzung des Rechtspflegeausschusses die zusammenfassende Darstellung in JÖR NF 1 S. 745 bis 748>.
- 59 Der weite, auch fürsorgerische Maßnahmen umfassende Wortlaut ist also ebenso wie die Reihenfolge der Sätze bewußt gewählt worden. Jedoch erlaubt die Entstehungsgeschichte keinen sicheren Schluß darauf, was die Mitglieder der

maßgebenden Ausschüsse sich unter Maßnahmen fürsorgerischen Charakters vorgestellt haben. Für die Annahme, daß sie nur an unmittelbare Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gedacht haben, spricht die Art der in der Diskussion verwendeten Beispiele; gegen diese Annahme lassen sich die zitierte Äußerung des Abgeordneten Zinn und die auffällige Textänderung im Unterausschuß - das Eliminieren des Begriffes der öffentlichen Gewalt - anführen, die mit redaktionellen Gründen kaum erklärt werden kann. Gewiß war der Parlamentarische Rat von dem Grundgefühl leidenschaftlicher Abkehr vom Nationalsozialismus erfüllt; doch darf die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Freiheitsgarantie im einzelnen nicht aus dieser Haltung gedeutet und daraus gefolgert werden, daß die richterliche Kontrolle nur gegen Mißbräuche der Exekutive gemeint sein könne. Den Abgeordneten im Parlamentarischen Rat ging es nicht nur darum, etwas gegen den Nationalsozialismus zu "pointieren" <vgl. etwa die Abgeordneten Dr. Heuss und Dr. Schmid, Grundsatzausschuß 4. Sitzung, Stenoprot. S. 10>.

- 60 b> Der Wortlaut der - durch keinen Vorbehalt eingeschränkten - ersten beiden Sätze des Art.104 Abs. 2 GG spricht zunächst gegen die restriktive Deutung. Die Verwendung der Worte "nur" und "jeder" weist darauf hin, daß die Norm eine umfassende Geltung beansprucht. Gelegentlich ist behauptet worden, eine auf Freiheitsentziehungen unmittelbar durch die öffentliche Gewalt beschränkte Wirkung des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG folge aus dem Gebrauch des Wortes "Anordnung" in Absatz 2 Satz 2; es wird davon ausgegangen, daß nach dem im Rechtsleben üblichen Sprachgebrauch nur behördliche Weisungen als "Anordnungen" bezeichnet würden, und daraus wird geschlossen, daß in Art.104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG lediglich zwischen richterlichen und verwaltungsbehördlichen "Anordnungen" unterschieden werden solle. Ganz abgesehen davon, daß das Wort "Anordnung" nicht von dem Wort "richterlicher" getrennt werden darf, trifft die Ausgangsthese nicht zu. Das ergeben z.B. § 1518 BGB, in dem von "Anordnungen" der Ehegatten, und §§ 1852 bis 1857 BGB, in denen vielfach von "Anordnungen" des Vaters oder der Mutter die Rede ist.
- 61 c> Maßgeblich wird die restriktive Deutung auf den systematischen Zusammenhang aller in Art. 104 Abs. 2 und 3 GG enthaltenen Vorschriften gestützt. Es wird aus der deutlichen Wendung der dem Absatz 2 Satz 1 und 2 nachfolgenden Bestimmungen - Absatz 2 Satz 3 und Absatz 3 - gegen bestimmte Maßnahmen der öffentlichen Gewalt geschlossen, daß auch Absatz 2 Satz 1 und 2 nur als Schutz gegen unmittelbare Eingriffe der öffentlichen Gewalt gemeint sein könne.
- 62 Dem kann nicht gefolgt werden. Liest man Art.104 Abs. 2 GG vom ersten zum dritten Satz fortschreitend, so ergibt sich ein klarer systematischer Aufbau. Satz 1 stellt das maßgebende Prinzip vorgängiger richterlicher Entscheidung auf; Satz 2 enthält die Weisung, sie unverzüglich nachzuholen, falls der in Satz 1 gesetzte Regel nicht entsprochen worden ist oder nicht entsprochen werden konnte; Satz 3 konkretisiert wiederum den in Satz 2 gebrauchten Ausdruck "unverzüglich" für den Fall, daß die Freiheitsentziehung durch die Polizei erfolgt ist. Es geht hiernach nicht an, aus der in Absatz 2 Satz 3 enthaltenen Regelung eines Sonderfalls auf den Sinn des bewußt vorangestellten ersten Satzes zu schließen, der das Leitprinzip enthält.
- 63 In Art.104 Abs. 3 GG handelt es sich vollends um Spezialbestimmungen für besondere Tatbestände, nämlich um die Sicherung einzelner Grundsätze des Polizei- und des Strafrechts im Verfahren bei Freiheitsentziehung. Auch diese Bestimmungen können es nicht rechtfertigen, den Wirkungsbereich der vorangestellten allgemeinen Regel einzuschränken.
- 64 d> Doch kommt es auf all diese Erwägungen nicht entscheidend an, denn zweierlei ist sicher:
- 65 <1> die persönliche <körperliche> Freiheit als erste Voraussetzung für jede freiheitliche Betätigung des Menschen überhaupt wird vom Grundgesetz hoch angeschlagen;
- 66 <2> vorgängige richterliche Entscheidung ist bei Freiheitsentziehung nicht nur in

"kriminellen", sondern auch in "fürsorgerrischen" Fällen erforderlich.

- 67 Von diesen beiden Grundvorstellungen des Verfassungsgebers her ergibt sich die Bedeutung der Gewährleistung des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG auch im Bereich des Vormundschaftsrechts.
- 68 <1> Mag auch auf Grund eines Gesetzes in die körperliche Freiheit eingegriffen werden können, so weist doch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG: "Die Freiheit der Person ist unverletzlich" gerade in dem Pathos der Formulierung deutlich auf die grundsätzliche Tendenz, die Wertentscheidung der Verfassung hin. Eine solche verfassungsrechtliche Grundsatznorm enthält, wie das Bundesverfassungsgericht bereits ausgesprochen hat <BVerfGE 6, 55; vgl. auch 7, 198>, eine objektive Wertentscheidung, die für alle Bereiche des Rechts gilt. Gewiß geht die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Freiheit als Grundrecht ursprünglich auf die Idee zurück, den Einzelnen gegen Übergriffe der öffentlichen Gewalt zu schützen. Doch zeigt sich gerade bei diesem Grundrecht schon früh seine Bedeutung auch für andere Rechtsgebiete. Wenn in zahlreichen Verfassungen des 19. Jahrhunderts Sklaverei und Leibeigenschaft ausdrücklich als Institutionen der Unfreiheit verworfen wurden, so bewirkte das auch eine tiefgreifende Wandlung der Beziehung der Einzelnen zueinander.
- 69 Die formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unlöslichem Zusammenhang. Die formalen Schutznormen im Abschnitt über die Rechtspflege ergänzen den Freiheitsschutz im Grundrechtsteil. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistet die Freiheit der Person schlechthin nur unter dem Vorbehalt gesetzlicher Eingriffe. Art. 104 Abs. 1 GG wiederholt und ergänzt den Vorbehalt für alle Freiheitsbeschränkungen. Für den schwersten Eingriff, die Entziehung der Freiheit, hingegen schränkt Art. 104 Abs. 2 GG den Vorbehalt des Gesetzes, dem das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Freiheit in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unterworfen ist, durch den weiteren, verfahrensrechtlichen Vorbehalt richterlicher Entscheidung ein, der nicht zur Verfügung des Gesetzgebers steht. Die Gewährleistung grundsätzlich vorgängig zu treffender - notfalls unverzüglich nachzuholender - richterlicher Entscheidung ist somit die einzige Sicherung für die Freiheit der Person, die auch den Gesetzgeber bindet; durch eine Nichtbeachtung dieser Gewährleistung wird notwendig zugleich das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Freiheit der Person verletzt. Aus dieser Verknüpfung ergibt sich, daß die Verfahrensordnung des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG an der allgemeinen, wertentscheidenden Funktion der Freiheitsgarantie teilhat.
- 70 <2> Damit ist noch nicht gesagt, in welchem Maße und in welcher Weise diese Wirkung sich in den einzelnen Rechtsbereichen entfaltet. Es braucht hier nicht umfassend untersucht zu werden, ob überall, wo ein materielles Gesetz Freiheitsbeschränkungen erlaubt, eine richterliche Entscheidung notwendig wird, wenn sich die Freiheitsbeschränkung zur Freiheitsentziehung steigert. Die Unterbringungsgesetze des Bundes und der Länder lassen die Unterbringung des Gewaltunterworfenen durch Eltern, Vormünder und Pfleger in gleicher Weise unberührt, davon ausgehend, daß sie alle einer richterlichen Genehmigung nicht bedürfen. Hier steht ausschließlich die Freiheitsentziehung gegenüber volljährigen Entmündigten in Rede. Für diesen Fall ist maßgebend, daß der Freiheitsschutz des Art.104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG nicht auf strafrechtliche Fälle und Festnahmen im Interesse der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung beschränkt ist, sondern darüber hinaus auch Freiheitsentziehungen umfaßt, die fürsorgerrischen Charakter haben. Das spricht, da die Vormundschaft, insonderheit die Vormundschaft über Volljährige, seit Jahrhunderten ein Teil der öffentlichen Fürsorge ist, entschieden für die Wirksamkeit des Art.104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG auch bei Freiheitsentziehungen durch den Vormund. Nur die Eigentümlichkeit, daß die Fürsorge hier im Rahmen eines personalen Gewaltverhältnisses ausgeübt wird und daß der Staat sich zu ihrer Durchführung einer Privatperson bedient, scheint diesem Ergebnis entgegenzustehen.
- 71 Doch kann aus dem Wesen der personalen Gewalt eines vom Staat bestellten Gewalthabers nicht gefolgert werden, daß verfassungsrechtlich gewährleisteter

Rechtsschutz gegen Freiheitsentziehung entfallen muß, wenn dieser die Freiheitsentziehung herbeiführt. Die personale Gewalt des Vormundes soll dem Schutz und Wohle des Mündels dienen. Dieser hat daher prinzipiell auch im Verhältnis zum Vormund Anspruch auf Rechtsschutz, wie sich in den zahlreichen Aufsichts- und Kontrollbefugnissen des Vormundschaftsgerichts zeigt. Sie alle schalten den Staat zum Schutz des Mündels gegen Mißbrauch der Gewalt ein. Ein entsprechender Schutz kann ihm nicht versagt sein, wenn es sich um das hohe Gut der Freiheit handelt und die Schutzgarantie sogar in der Verfassung enthalten ist.

- 72 Auch kann es nicht darauf ankommen, daß die Unterbringung des volljährigen Mündels in einer geschlossenen Anstalt nach geltendem Recht nicht als unmittelbarer Akt der öffentlichen Fürsorge erscheint, sondern in die Gestalt einer - privatrechtlichen Aufenthaltsbestimmung durch den Vormund gekleidet ist. Wie wenig diese begriffliche Qualifikation des Aktes der Unterbringung geeignet ist, die Auslegung des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG zu tragen, ist schon aus den innerlich widersprüchlichen Ergebnissen abzulesen, zu denen die auf solcher Qualifikation beruhende, bisher herrschende Auslegung führt: Läßt der Staat die Vormundschaft durch Beamte führen, dann handeln sie in Ausübung öffentlicher Gewalt. So hat auch der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit Haftungsfragen entschieden <BGHZ 9, 255>. Die Bedeutung des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG für die Unterbringung durch den Amtsvormund bei Minderjährigen hat er allerdings offengelassen <BGHZ 17, 108>; aber die erstgenannte Entscheidung legt den Schluß nahe, daß ein beamteter Vormund auch bei restriktiver Interpretation des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG, anders als der nicht beamtete Einzelvormund, zur Unterbringung des Mündels richterlicher Genehmigung bedürfte, obwohl beider Entscheidung auf derselben bürgerlich-rechtlichen Bestimmung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht beruht. - Die Nichtbeachtung des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG bei der Unterbringung volljähriger Geisteskranker durch den Vormund steht auch in keinem verständigen Verhältnis zu dem Aufwand an gerichtlichem Schutz in anderen Fällen zwangsweiser Unterbringung, namentlich im sogenannten Sicherungsverfahren <§ 429 a ff. StPO>: Erfüllt ein Geisteskranker den objektiven Tatbestand einer Straftat, so wird gegen ihn vor der Strafkammer ein Verfahren mit dem Ziel der zwangsweisen Unterbringung durchgeführt, das mit allen rechtsstaatlichen Garantien ausgestattet ist und die Anrufung einer Rechtsmittelinstanz vorsieht. Begeht der Geisteskranke dagegen keine Straftat, so soll seine zwangsweise Unterbringung durch den Vormund allein möglich sein ohne Mitwirkung auch nur eines einzigen Richters. - Schließlich ist es auch unter einem allgemeinen Gesichtspunkt wenig folgerichtig, dem Entmündigten den Verfahrensschutz aus Art. 104 Abs. 2 GG gegenüber Maßnahmen des Vormundes zu versagen, während dieser besondere Schutz jedem Staatsbürger bei jeder Freiheitsentziehung unmittelbar durch die öffentliche Gewalt gesichert ist. Für ihre Organe ist in einer rechtsstaatlich geführten Verwaltung die Versuchung, eine Befugnis zur Freiheitsentziehung aus unsachlichen Motiven auszunutzen, verhältnismäßig gering. Liegt die Befugnis zur Freiheitsentziehung in der Hand eines zum Vormund bestellten Privatmannes, so ist die Gefahr des Mißbrauchs erheblich größer. Neben dem Wunsch, sich der Belastung mit einem schwierigen und unbequemen, vielfach hausangehörigen Mündel durch Unterbringung in einer Anstalt zu entziehen, können noch bedenklichere wirtschaftliche oder persönliche Motive eine Rolle spielen. Der bayerische Versuch, vormundschaftsgerichtliche Kontrolle mit Hilfe von Verwaltungsmaßnahmen sicherzustellen, beruht offenbar auf der Erkenntnis dieser Gefahren. Auf sie ist auch bei der Beratung des Freiheitsentziehungsgesetzes im Bundestag eindringlich hingewiesen worden <BT II/ 1953, 10. Sitzung vom 21. Januar 1954, Prot. S. 294 B>. Die restriktive Interpretation würde also dazu führen, den Verfahrensschutz in einem Falle zu versagen, wo er mindestens ebenso nötig erscheint wie dort, wo er unstreitig zu gewähren ist. Alle diese Ungereimtheiten fallen fort, wenn man nicht die Einordnung der jeweiligen Unterbringung in die herkömmlichen Kategorien des zivilen oder des öffentlichen Rechts als maßgeblich ansieht, sondern den Gedanken der öffentlichen Fürsorge, der das gesamte Vormundschaftsrecht bestimmt.
- 73 Es ist seit je anerkannt worden, daß der Komplex des Ehe-, Familien- und Vormundschaftsrechts trotz seiner grundsätzlichen Zugehörigkeit zum Privatrecht starke öffentlich-rechtliche Elemente enthält. Die Doppelgleisigkeit der Vormundschaft

liegt von vornherein in der gegenseitigen Zuordnung der öffentlich- rechtlichen Tätigkeit der Obervormundschaft und der privatrechtlichen Tätigkeit des Vormundes begründet, dem Hineinwirken in die Führung der Vormundschaft durch die verschiedenen Formen vormundschaftsgerichtlicher Überwachung. Am deutlichsten tritt die Verschränkung öffentlichen und privaten Rechts bei der Vormundschaft über Volljährige zutage, da der Staat hier aus fürsorgerischen Gründen den Status der vollen Geschäftsfähigkeit durch die Entmündigung aufhebt und den Vormund einsetzt d. h. seine Gewalt begründet und begrenzt. Bei der zwangsweisen Unterbringung wird das öffentlich- rechtliche Element noch dadurch verstärkt, daß sie nur mit Hilfe der öffentlichen Gewalt möglich ist, welche die zur Einschließung notwendigen Anstalten entweder selbst bereitstellt oder konzessioniert <Gewerbeordnung § 30> und dem gesetzlichen Vertreter bei der Unterbringung notfalls die Hilfe staatlicher Vollzugsorgane- des Gerichtsvollziehers oder der Polizei - zur Verfügung stellt. Die in der Sache des Beschwerdeführers zu 2> vom Amtsgericht Hamm erteilte Bescheinigung beruht auf dieser Rechtsanschauung. Ohne die mit seinem Amt verbundene Möglichkeit, seinen Willen mit Hilfe staatlicher Organe durchzusetzen, könnte der Vormund die zwangsweise Unterbringung seines Mündels in einer geschlossenen Anstalt oft praktisch gar nicht verwirklichen. Aber auch wenn es im Einzelfall des faktischen Einsatzes staatlicher Machtmittel nicht bedarf, wird die zwangsweise Unterbringung rechtlich dadurch gekennzeichnet, daß öffentliche Gewalt als "Reserve" bereitsteht und auf Anforderung des Vormundes jederzeit eingesetzt werden kann. Sein Recht zur zwangsweisen Unterbringung wird also effektiv durch die tatsächliche oder potentielle Hilfe des Staates. Die Wirklichkeit ist, daß - oft im handgreiflichen Sinne - auch hier der Staat unterbringt, wenn auch nicht aus eigener Initiative, so doch dadurch, daß er sich dem Vormund als Ausführungsorgan zur Verfügung stellt.

- 74 <3> Es verbietet sich hiernach, die Unterbringung volljähriger Geisteskranker durch den Vormund rechtlich so zu würdigen, als ob die Freiheitsentziehung sich im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen zwischen Staatsbürgern abspielte. Der Staat kann sich von der Grundrechtsbindung nicht dadurch befreien, daß er einen Privatmann zur Wahrung einer öffentlichen Aufgabe bestellt und ihm die Entscheidung über den Einsatz staatlicher Machtmittel überläßt.
- 75 Erweitert Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG den Freiheitsschutz durch richterliche Kontrolle über die kriminellen Fälle hinaus auch auf Freiheitsentziehungen zu fürsorgerischen Zwecken, so ist es allein folgerichtig, diesen Schutz unabhängig davon zu gewähren, ob der Staat die Fürsorgemaßnahme unmittelbar durch staatliche Organe bewirkt oder ob er sie mit Mitteln des Privatrechts herbeiführt.
- 76 e> Keine Rolle spielt für die hier zu entscheidenden Fälle der Einwand, daß unerträgliche Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen echten Erziehungsmaßnahmen und Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 GG entstehen könnten, wenn auch Freiheitsentziehungen durch den Vormund richterlicher Genehmigungspflicht unterworfen würden; denn gegenüber dem volljährigen Mündel hat der Vormund im allgemeinen keine Erziehungsaufgaben. Im übrigen haben die Gerichte von jeher bei der Rechtsprechung zu § 239 StGB <Freiheitsberaubung> ähnliche Schwierigkeiten zu lösen verstanden; auch könnte zur Abgrenzung des Wirkungsbereiches von Art. 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG die Legaldefinition der "Freiheitsentziehung" in § 2 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehung vom 29. Juni 1956 herangezogen werden.
- 77 Ebenso ist es hier ohne Bedeutung, wenn eingewendet wird, die Bindung von Maßnahmen des familienrechtlichen Gewalthabers an die richterliche Kontrolle stelle einen mit Art. 6 GG nicht verträglichen Eingriff in die Familien- und Elternrechte dar. Der Vormund ist als solcher nicht Mitglied der Familie, sondern Vertrauensperson des fürsorgenden Staates; seine Gewalt ist nicht elterliche Gewalt, wenn sie dieser auch weitgehend nachgebildet ist. Art. 6 GG kann daher durch eine Beschränkung vormundschaftlicher Befugnisse nicht betroffen sein.
- 78 Ob Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG auch bei Freiheitsentziehung im Rahmen der elterlichen

Gewalt wirksam wird, war hier nicht zu entscheiden. Möglicherweise könnten bei Unterbringung Minderjähriger durch die Eltern andere Gesichtspunkte maßgebend sein als bei der Unterbringung Volljähriger durch den Vormund. Elterliche Gewalt und Vormundschaft dienen zwar verwandten Zwecken, doch besteht ein Gegensatz im Rechtsgrund. Die elterliche Gewalt beruht auf dem natürlichen Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern und tritt unmittelbar kraft Gesetzes ein; das Amt des Vormundes hingegen ist eine staatliche Einrichtung und wird durch vormundschaftsgerichtliche Bestellung begründet; seine Gewalt über den Mündel beruht also auf staatlichem Hoheitsakt.

- 79 3. Das Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG ist hiernach dadurch verletzt, daß eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer ihrer Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt nicht getroffen worden ist.
- 80 Veranlaßt ist diese Grundrechtsverletzung ersichtlich dadurch, daß die Landesgesetzgeber, von der restriktiven Interpretation des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG ausgehend, keine Bestimmungen für richterliche Genehmigung der Unterbringung volljähriger Entmündigter getroffen haben, obwohl sie zur Erfüllung des Auftrags in Art. 104 Abs. 2 Satz 4 GG, das "Nähere" zu regeln, Unterbringungsgesetze erlassen haben. Die Frage, ob diese unvollständige Erfüllung des Verfassungsauftrages dazu führen müßte, eine verfassungsverletzende Unterlassung des Gesetzgebers festzustellen - wie hilfsweise beantragt ist -, würde sich jedoch nur dann erheben, wenn der Inhalt des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG ohne Regelung des "Näheren" für eine unmittelbare Anwendung durch den Richter nicht präzise genug wäre <vgl. dazu BVerfGE 3, 225 <239>>. Das ist nicht der Fall. Der greifbare rechtliche Gehalt des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG - das Gebot vorgängiger oder unverzüglich nachzuholender Entscheidung über die Statthaftigkeit einer Freiheitsentziehung bietet einen für die Behandlung der hier in Rede stehenden Fälle unmittelbar anwendbaren Rechtssatz, ohne daß an die Kraft richterlicher Interpretation oder Gesetzesergänzung Ansprüche gestellt würden, die über die herkömmliche Aufgabe des Richters hinausgingen. Die materielle Grundlage für die Freiheitsentziehung liegt unverändert in dem Aufenthaltsbestimmungsrecht des Vormundes, der Maßstab ihrer Berechtigung, wie allgemein im Vormundschaftsrecht, im Wohle des Mündels, d. h. hier in der Möglichkeit seiner Heilung oder der Sachdienlichkeit seiner Sicherung. Da durch Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG lediglich die vielfach bereits bestehende Pflicht zu obervormundschaftlicher Genehmigung für einen weiteren Fall begründet wird, kann das Verfahren ohne besondere Schwierigkeiten in Analogie zu dem hergebrachten Genehmigungsverfahren gestaltet werden; soweit die Analogie nicht ausreicht - etwa für die Anhörung von Sachverständigen oder die Überprüfungsfristen -, stehen die Bestimmungen der Unterbringungsgesetze ergänzend zur Verfügung. Es ist deshalb nach dem Hauptantrag, nicht nach dem Hilfsantrag zu erkennen.
- 81 Die Sache des Beschwerdeführers zu 1> war in analoger Anwendung des § 95 Abs. 2 BVerfGG zum Erlaß der durch Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG gebotenen Entscheidung über die Statthaftigkeit der Unterbringung an das Amtsgericht München zurückzuverweisen. Einer Zurückverweisung der Sache des Beschwerdeführers zu 2> bedurfte es nicht, da er vor einiger Zeit aus der geschlossenen Anstalt entlassen worden ist, die richterliche Entscheidung also nicht mehr nachgeholt werden kann.
- 82 Ein Ausspruch über die Verfassungswidrigkeit der Gesetze, aus denen die Unterlassung der Richter sich erklärt, kam nicht in Betracht. Weder das bayerische noch das nordrhein-westfälische Unterbringungsgesetz enthält Bestimmungen über das gerichtliche Verfahren bei Unterbringung des Mündels durch den Vormund. Beide Gesetze regeln lediglich das Verfahren bei Unterbringung unmittelbar durch eine Verwaltungsbehörde. Das bayerische Gesetz vom 30. April 1952 erwähnt die Unterbringung durch den gesetzlichen Vertreter gar nicht. Das nordrhein-westfälische Gesetz vom 16. Oktober 1956 sagt nur zur Abgrenzung seines Wirkungsbereiches, daß für die Frage, ob es sich überhaupt um eine behördliche Zwangsunterbringung handelt, dann, wenn die unterzubringende Person unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft

steht, der Wille desjenigen maßgebend ist, dem die gesetzliche Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten zusteht. Das entspricht der materiellen Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch, sagt aber nichts darüber, ob die Entschließung des zur gesetzlichen Vertretung Berufenen einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Die Vorstellung des Gesetzgebers in beiden Ländern, nach der die Wirkung des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG auf unmittelbare Maßnahmen der öffentlichen Gewalt beschränkt sein soll, wird also nur darin sichtbar, daß eine Bestimmung über die Genehmigungsbedürftigkeit der Unterbringung durch den Vormund fehlt. Eine Norm, die etwa in entsprechender Anwendung des § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG für verfassungswidrig hätte erklärt werden müssen, gibt es hiernach nicht.

© juris GmbH