

**Nr. 4/19**

Mai 2019

**Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zu den Gesetzentwürfen zur Stärkung der Rechte von Betroffenen bei Fixierungen im Rahmen von Freiheitsentziehungen (Entwürfe der Bundesregierung und der Bundestagsfraktionen der CDU/CSU und SPD)**

**Hier: Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 8.5.2019**

**A. Tenor der Stellungnahme**

Der Deutsche Richterbund begrüßt, dass im Rahmen der Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers Regelungen für Fixierungen im Rahmen von Freiheitsentziehungen geschaffen werden sollen. Zu fordern ist aber, dass diese Neuregelungen mit dem systematischen Gesamtgefüge der bereits existierenden rechtlichen Grundlagen in Einklang stehen.

Der Deutsche Richterbund hat verfassungsrechtliche Bedenken zu verschiedenen Regelungsvorschlägen, weil sie die – vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 24.07.2018 ausdrücklich angesprochen – besondere Schwere des Eingriffs durch eine Fixierung und die hiermit verbundenen Gesundheitsgefahren nicht ausreichend berücksichtigen. So kann es nicht richtig sein, dass für ein Hauptsacheverfahren die Anforderungen an eine Sachverhaltsaufklärung abgesenkt werden und die Einholung eines ärztlichen Zeugnisses – statt eines Gutachtens – ausreichen soll. Auch ist zu fordern, dass Qualifikationen für den behördlich beteiligten und den gerichtlich bestellten Arzt gesetzgeberisch festgelegt werden müssen.

Die Schaffung bundeseinheitlicher Zuständigkeitsregelungen für gerichtliche Verfahren auf Anordnung von Fixierungen im Justizvollzug ist uneingeschränkt zu begrüßen. Der Deutsche Richterbund kritisiert aber, dass für die Zuständigkeitsbestimmung keine Begründung gegeben wird und die hierzu vorhandenen gegenläufigen Argumente nicht transparent gegeneinander abgewogen werden.

Nach Auffassung des Deutschen Richterbundes besteht ein Regelungsbedarf für freiheitsentziehende Maßnahmen im Bereich des Betreuungs- und Familienrechts.

---

**Deutscher Richterbund**  
Haus des Rechts  
Kronenstraße 73  
10117 Berlin

T +49 30 206 125-0  
F +49 30 206 125-25

info@drb.de  
www.drb.de

**Verfasser der Stellungnahme:**  
Peter Fölsch, stvDirAG,  
Mitglied des Präsidiums

## **B. Bewertung im Einzelnen**

### I. Allgemeines

Das Bundesverfassungsgericht hat am 24.07.2018 (Aktenzeichen: 2 BvR 309/15 und 502/16) entschieden, dass Fixierungsmaßnahmen (jedenfalls 5- bzw. 7-Punkt-Fixierungen) von nicht nur kurzfristiger Dauer, die im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung nach den jeweiligen Landesgesetzen (PsychKG, UBG) erfolgen, dem Richtervorbehalt unterliegen. Um den Schutz des von einer freiheitsentziehenden Fixierung Betroffenen sicherzustellen, bedarf es eines täglichen richterlichen Bereitschaftsdienstes, der den Zeitraum von 6:00 Uhr bis 21:00 Uhr abdeckt. Auch hat das BVerfG (für die vom bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren unmittelbar betroffenen Bundesländer Baden-Württemberg und Bayern) angeordnet, dass in der Übergangszeit bis zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage in den PsychKG bzw. UBG der beiden Bundesländer der Richtervorbehalt aus Art. 104 Abs. 2 GG unmittelbar anzuwenden sei.

Aus dem Urteil ist ein dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf erwachsen. Die Entscheidung ist zwar zum Recht der öffentlich-rechtlichen Unterbringung ergangen. Die Ausführungen in ihrer Begründung sind jedoch grundsätzlicher Natur und beanspruchen für alle Personen, denen aufgrund richterlicher Anordnung die Freiheit entzogen wird – und damit vor allem auch im Justizvollzug – Geltung. Hierzu liegen nun gleichlautende Entwürfe der Bundesregierung<sup>1</sup> sowie der Fraktionen CDU/CSU und SPD<sup>2</sup> vor.

Insofern ist zu begrüßen, dass im Rahmen der Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers Regelungen für Fixierungen im Rahmen von Freiheitsentziehungen geschaffen werden sollen. Zu fordern ist aber, dass diese Neuregelungen mit dem systematischen Gesamtgefüge der bereits existierenden rechtlichen Grundlagen in Einklang stehen.

Durchaus schwierig ist, wie eine Übertragung der rechtlichen Vorgaben des BVerfG auf Regelungen im Justizvollzug (einschließlich des Vollzugs von Zivilhaft) erfolgen kann. Ein identischer Prüfungsmaßstab für Fixierungen auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Unterbringung auf der einen und bei solchen im Vollzug von Zivilhaft auf der anderen Seite kann schwerlich zugrunde gelegt werden, ist doch die Grundlage der jeweiligen Freiheitsentziehung eine gänzlich andere. Voraussetzung einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung ist stets, dass der Betroffene an einer psychischen Erkran-

---

<sup>1</sup> BR-Drucksache 134/19 = BT-Drucksache 19/9767.

<sup>2</sup> BT-Drucksache 19/8939.

kung leidet, dass eine hiermit im Zusammenhang stehende Gefahrenlage besteht und dass durch die im Rahmen der Unterbringung erfolgende Behandlung die Erwartung der Beseitigung der Gefahr und damit der Beendigung des Freiheitsentzuges besteht. Der Vollzug von Zivilhaft beruht demgegenüber auf keiner dieser Prämissen.

## II. Systematische Einordnung der Regelungen im StVollzG

Nach dem Regierungsentwurf sollen die Regelungen zur Fixierung in einem eigenen Titel „Fixierung“ getroffen werden. Zur Begründung führt der Regierungsentwurf<sup>3</sup> aus, dass die Fixierung wegen der Schwere des Eingriffs als eigenständig zu betrachtende Maßnahme begriffen werden soll. Dies führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten und Praxisproblemen.

Die in § 127 StVollzG-E vorgesehene Fixierung soll der „Abwendung einer drohenden gewichtigen Gesundheitsschädigung des Gefangenen selbst oder einer anderen Person“ dienen. Sie stellt mithin eine klassische besondere Sicherungsmaßnahme im Sinne des § 88 StVollzG dar. Zutreffender Ort der Regelung wäre demgemäß § 88 Abs. 2 StVollzG. Hierfür spricht auch, dass es sich nach der Legaldefinition des § 127 Abs. 1 StVollzG-E bei der Fixierung um eine qualifizierte Fesselung handelt, durch die die Bewegungsfreiheit des Gefangenen vollständig aufgehoben wird. Die Fesselung aber ist in § 88 Abs. 2 Nr. 6 StVollzG als besondere Maßnahme der Sicherung ausdrücklich aufgeführt.

Bei der vom Regierungsentwurf vorgeschlagenen Lösung stellt sich damit die Frage, ob trotz der Ausgliederung der besonders qualifizierten Fesselung in Gestalt der Fixierung aus dem Regelungsbereich des 11. Titels des StVollzG „Sicherheit und Ordnung“ die §§ 81 ff. StVollzG überhaupt anwendbar sein sollen, so etwa die Grundsatzregelung des § 81 StVollzG oder die § 88 StVollzG in Bezug nehmende Vorschrift des § 156 Abs. 3 StVollzG, nach der die Befugnis zur Anordnung von Maßnahmen nach § 88 StVollzG nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde auf Bedienstete delegiert werden darf.

Weiterhin dürfte in § 127 StVollzG-E – so wie zum Beispiel auch in § 91 Abs. 1 S.1 StVollzG – der Begriff des Anstaltsleiters und nicht der Anstaltsleitung zu verwenden sein (vgl. zu den Begrifflichkeiten auch § 156 StVollzG). Ansonsten bleibt unklar, welcher Zweck mit den unterschiedlichen Begrifflichkeiten in § 127 StVollzG-E und in § 91 Abs. 1 S. 1 StVollzG verfolgt wird.

---

<sup>3</sup> BR-Drucksache 134/19, S. 13.

### III. Selbstgefährdung und freier Wille

Besondere Sicherungsmaßnahmen können nach § 88 Abs. 1 StVollzG bei Fluchtgefahr oder dann angeordnet werden, wenn nach dem Verhalten des Gefangenen oder auf Grund seines seelischen Zustandes die Gefahr von Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen oder die Gefahr des Selbstmordes oder der Selbstverletzung besteht.

Für eine Fixierung setzt § 127 Abs. 1 StVollzG-E voraus, dass diese nur zulässig ist, „wenn und solange dies zur Abwendung einer drohenden gewichtigen Gesundheitsschädigung des Gefangenen oder einer anderen Person unerlässlich ist“. Mit dieser Regelung werden teilweise wörtlich die Formulierungen aus dem Urteil des BVerfG vom 24.07.2018 (Rn. 75) übernommen. Vor diesem Hintergrund erscheint eine nähere Umschreibung der Gefahr als „gegenwärtig“, „aktuell“ oder „unmittelbar bevorstehend“ nicht zwingend erforderlich, obwohl dies zur Betonung des Charakters der Maßnahme als ultima ratio unter dem Primat des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der damit verbundenen Begrenzung der Fixierung auf eine akute Krisenintervention sicherlich sinnvoll gewesen wäre.

§ 127 Abs. 1 StVollzG-E beachtet jedoch nicht in ausreichendem Maße die hohen grundgesetzlichen Anforderungen eines gerechtfertigten Eingriffs in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit.

Das BVerfG hat in der Entscheidung vom 24.07.2018 (Rn. 73 f.) ausgesprochen: „Die Freiheit der Person ist ein so hohes Rechtsgut, dass sie nur aus besonders gewichtigem Grund angetastet werden darf (...). Die Einschränkung dieser Freiheit ist daher stets der strengen Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen (...). Dies gilt in besonderem Maße für präventive Eingriffe, die nicht dem Schuldausgleich dienen. Sie sind im Allgemeinen nur zulässig, wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit dies erfordert (...). Allerdings kann eine Einschränkung der Freiheit der Person auch mit dem Schutz des Betroffenen selbst gerechtfertigt werden. ... Die Fürsorge der staatlichen Gemeinschaft kann daher die Befugnis einschließen, den psychisch Kranken, der infolge seines Krankheitszustands und der damit verbundenen fehlenden Einsichtsfähigkeit die Schwere seiner Erkrankung und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen nicht zu beurteilen vermag oder trotz einer solchen Erkenntnis sich infolge der Krankheit nicht zu einer Behandlung entschließen kann, zwangsweise in einer geschlossenen Einrichtung unterzubringen und auch zu fixieren, wenn sich dies als unumgänglich erweist, um eine drohende gewichtige gesundheitliche Schädigung von dem Kranken abzuwenden.“

Die Entscheidung des BVerfG zur Fixierung macht – wie auch schon vorangegangene Entscheidungen des BVerfG z.B. zur Unterbringung und zur Zwangsbehandlung – deutlich, dass das Grundrecht auf körperliche Un-

sehrtheit auch die Selbstschädigung, sei es in der Form der „Freiheit auf Krankheit“, sei es in der Form der „Freiheit zur Selbstverletzung“ umfasst. Das insoweit angesprochene Rechtsgut unterliegt der Disposition des Betroffenen; dem Staat steht es in diesem Fall nicht zu, den zur freien Willensbildung fähigen Betroffenen vor sich selbst zu schützen. Insofern ist eine Fixierung gegen den freien Willen des Betroffenen jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn allein eine Selbstgefährdung vorliegt.

Unter dem aus dem grundgesetzlichen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit herzuleitenden Primat der Willenshoheit ist es demzufolge geboten, die Fixierung bei Vorliegen einer Gefahr zur Selbstschädigung nur zuzulassen, wenn der Betroffene zu einer freien Willensbildung nicht in der Lage ist.

#### IV. Beteiligung des Arztes vor und nach der Fixierungsanordnung

Zur Beteiligung des Arztes vor und nach der Fixierungsanordnung hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 24.07.2018 formuliert (Rn. 83): „Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unabdingbar ist die Anordnung und Überwachung der Fixierung in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung untergebrachter Personen durch einen Arzt.“

Zur Umsetzung dieser Maßgabe hat der Regierungsentwurf für den Bereich des StVollzG in § 127 Abs. 3 S. 3 StVollzG-E bestimmt, dass ein Arzt unverzüglich hinzugezogen werden soll. Diese Hinzuziehung erfolgt durch die Justizvollzugsanstalt, so die Begründung des Regierungsentwurfs<sup>4</sup>. Die Hinzuziehung soll dem Gesundheitsschutz dienen. Es geht bei der Einbeziehung des Arztes in das Verfahren also nicht darum, medizinische Voraussetzungen für die Fixierung als solches festzulegen, sondern (lediglich) um die Feststellung der Fixierungsfähigkeit des Gefangenen. Eine bestimmte Qualifikation des hinzugezogenen Arztes legt der Regierungsentwurf indes nicht fest.

Der Regierungsentwurf schreibt sodann nicht vor, dass der Arzt selbst die Fixierung zu überwachen hat, sondern hält es für ausreichend, dass während der Dauer der Fixierung der Arzt lediglich jederzeit eine angemessene medizinische Überwachung sicherstellt (vgl. § 127 Abs. 4 S. 1 StVollzG-E).

Vor dem Hintergrund, dass eine Fixierung psychische und körperliche Gefahren birgt und für den Betroffenen regelmäßig als „besonders belastend wahrgenommen“ wird (BVerfG vom 24.07.2018, Rn. 71), die Überwachung durch den Arzt überdies durch das BVerfG als „unabdingbar“ „zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ erachtet wird (BVerfG vom

---

<sup>4</sup> BR-Drucksache 134/19, S. 14.

24.07.2018, Rn. 83), sind derartige gesetzliche Vorgaben zur Beteiligung des Arztes bei Fixierungen im Bereich des StVollzG unzureichend.

Der Bundesrat schlägt vor, dass eine Beteiligung des Arztes bei einer nur kurzfristigen Fixierung nicht nach § 127 Abs. 4 S. 1 StVollzG-E, sondern nur nach § 91 Abs. 1 S. 1 StVollzG erfolgen soll.<sup>5</sup> Die Entscheidung des BVerfG vom 24.07.2018 sei nicht ohne weiteres auf den Justizvollzug übertragbar.<sup>6</sup> Eine medizinische Überwachung durch einen Arzt insbesondere während einer kurzfristigen Fixierung sei daher in der Praxis nicht leistbar.<sup>7</sup>

Der Vorschlag des Bundesrats würde übrigens auch dazu führen, dass die Betroffenen keine Eins-zu-Eins-Betreuung nach § 127 Abs. 4 S. 2 StVollzG-E erhalten würden. Dem ist nicht beizutreten.

Auch eine nur kurzfristige Fixierung kann zu psychischen und körperlichen Folgen führen. Die Wahrnehmung des Betroffenen der Fixierung als besonders belastend kann auch bei nur kurzfristigen Fixierungen eintreten. Mit einer solchen Wahrnehmung dürfte gerade zu Beginn einer solchen Maßnahme zu rechnen sein. Insofern erscheint es unabdingbar erforderlich, dass auch kurzfristig fixierte Betroffene unverzüglich ärztlich begleitet und durch therapeutisches und pflegerisches Personal betreut werden.

Der Bundesrat schlägt weiterhin vor, aus § 127 Abs. 4 S. 1 StVollzG-E das Wort „jederzeit“ zu streichen, weil es als Erfordernis einer ständigen Präsenz des Arztes missverstanden werden könnte.<sup>8</sup> Zunächst ist noch einmal zu betonen, dass den Anforderungen des BVerfG aus der Entscheidung vom 24.07.2018 allein entspricht, dass ein Arzt die Fixierung überwacht. Dies muss auch im Bereich des Justizvollzugs gelten. Dieses Mindestmaß unterschreitet der Gesetzentwurf, indem nur verlangt wird, dass ein Arzt jederzeit die angemessene medizinische – also nicht die ärztliche – Überwachung sicherstellt. Der Vorschlag des Bundesrates, das Wort „jederzeit“ zu streichen, senkt noch einmal mehr die Anforderungen herab. Dem Vorschlag des Bundesrates ist deshalb ebenso zu widersprechen.

#### V. Eins-zu-Eins-Betreuung

Gesetzliche Regelungen zur Fixierung im Justizvollzug müssen auch die Maßstäbe des BVerfG zur Gewährleistung einer sogenannten Eins-zu-Eins-Betreuung durch therapeutisches und pflegerisches Personal beachten.

---

<sup>5</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19 (B), S. 5 f.

<sup>6</sup> BR-Drucksache 134/19 (B), S. 5.

<sup>7</sup> BR-Drucksache 134/19 (B), S. 6.

<sup>8</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19 (B), S. 6; hiergegen keine Einwände der Bundesregierung in der Gegenäußerung BT-Drucksache 19/9767, S. 22 (elektronische Vorabfassung).

Diese besondere Form der Begleitung soll sicherstellen, dass der Betroffene in der besonderen Ausnahmesituation der Fixierung mit seiner besonderen Schwere des Eingriffs und der damit verbundenen Gesundheitsgefahren nicht allein gelassen wird und sich auch nicht allein gelassen fühlt. Gesetzlich eindeutig muss sich ergeben, dass mit einer Eins-zu-Eins-Betreuung ein ständiger und unmittelbarer Kontakt zwischen dem Personal der Anstalt und dem Fixierten sichergestellt ist, dass das Personal für den Fixierten stets erreichbar ist und dass eine Videoüberwachung nicht ausreichend ist. Weiterhin ist es geboten, bei der Auswahl der Betreuungspersonen nicht hinter den Anforderungen des BVerfG zurückzubleiben.

Nach § 127 Abs. 4 S. 2 StVollzG-E muss eine Begleitung durch unmittelbaren Sicht- und Sprechkontakt zu einem geschulten Vollzugsbediensteten zu jedem Zeitpunkt gewährleistet sein. Hierzu heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs<sup>9</sup>, dass in den Justizvollzugsanstalten eine sogenannte Sitzwache erforderlich sei, bei der zum Fixierten ununterbrochener Sicht- und Sprechkontakt gehalten werde, um ein sofortiges Eingreifen des Vollzugspersonals zu gewährleisten.

Indes darf die vom BVerfG formulierte Eins-zu-Eins-Betreuung nicht nur so verstanden werden, dass neben dem Fixierten stets und ständig eine Person sitzt, die lediglich eine Kontroll- oder Sicherungsfunktion einnimmt.<sup>10</sup> Vielmehr ist eine persönliche, therapeutische Begleitung durch qualifiziertes Personal, das bei der Bewältigung der Krise hilft und zur Linderung der negativen Folgen der freiheitsbeschränkenden Maßnahme beiträgt, erforderlich.<sup>11</sup> Dies gilt auch, wenn der Fixierte nicht psychisch erkrankt ist. Nur eine so verstandene Eins-zu-Eins-Betreuung wird der besonderen Schwere des Eingriffs durch eine Fixierung und den damit verbundenen Gesundheitsgefahren gerecht.

Den Anforderungen des BVerfG zur Eins-zu-Eins-Betreuung wird sodann die Regelung, wonach diese durch geschulte Vollzugsbedienstete erfolgen kann, nicht gerecht. Dass geschulte Vollzugsbedienstete die vom BVerfG vorgesehene Schutzfunktion gegenüber dem Fixierten nicht in dem gleichen Maße wahrnehmen können wie das vom BVerfG angesprochene, mit einem besonderen Abschluss ausgewiesene therapeutische und pflegerische Per-

---

<sup>9</sup> BR-Drucksache 134/19, S. 15.

<sup>10</sup> Vgl. S3-Leitlinie „Verhinderung von Zwang: Prävention und Therapie aggressiven Verhaltens bei Erwachsenen“ der DGPPN vom 10.09.2018, S. 209.

<sup>11</sup> Vgl. S3-Leitlinie „Verhinderung von Zwang: Prävention und Therapie aggressiven Verhaltens bei Erwachsenen“ der DGPPN vom 10.09.2018, S. 209.

sonal, dürfte auf der Hand liegen. Schließlich geht es doch darum, die Krisenphase aktiv zu begleiten, frühzeitig etwaige Komplikationen aufgrund der Fixierung zu erkennen und in einem solchen Fall zeitnah medizinisch und therapeutisch erforderliche Maßnahmen zu treffen.

#### VI. Dokumentationspflicht

§ 127 Abs. 5 StVollzG-E regelt Dokumentationspflichten. Dies geschieht in nahezu wörtlicher Übernahme der vom BVerfG vorgegebenen Begleitfestlegungen (Dokumentation der Anordnung einer Fixierung, die maßgeblichen Gründe hierfür, ihre Durchsetzung, Dauer und die Art der Überwachung). Muss aber die Überwachung der Fixierung nach § 127 Abs. 4 StVollzG-E durch einen Arzt bzw. in seiner Verantwortung erfolgen, kann die Dokumentation nicht durch „die Anstalt“, sondern muss auch sie durch den Arzt vorgenommen werden.

#### VII. Hinweispflicht

Nach § 127 Abs. 6 S. 1 ist der Gefangene nach Beendigung der Fixierung auf sein Recht hinzuweisen, die Zulässigkeit der durchgeführten Maßnahme bei dem zuständigen Gericht überprüfen zu lassen. Der Bundesrat schlägt hierzu vor, dass die Hinweispflicht auf diejenigen Fälle beschränkt wird, in denen Fixierungen nicht richterlich angeordnet worden sind.<sup>12</sup> Indes ist zu berücksichtigen, dass in das Grundrecht auf Freiheit einer fixierten Person nicht allein durch eine richterliche Anordnung eingegriffen wird, sondern dass dies auch durch die Art und Weise der Durchführung der Fixierung der Fall sein kann. Wird zum Beispiel ein Betroffener aufgrund einer richterlichen Anordnung fixiert, wird er aber nicht Eins-zu-Eins betreut, sollte dem Betroffenen nicht nur die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes eröffnet werden, sondern sollte er über diese Möglichkeit auch angemessen informiert werden.<sup>13</sup> Die Rechtsbehelfsbelehrung in dem Beschluss über die Anordnung der Fixierung ist nicht ausreichend. Die Rechtsbehelfsbelehrung belehrt nur über die Rechtsmittel gegen die Anordnung der Fixierung. Sie gibt aber keinerlei Hinweise dazu, dass die Art und Weise der Durchführung einer Fixierung gerichtlich überprüft werden kann.

---

<sup>12</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19 (B), S. 6-8; im Ergebnis zustimmend die Bundesregierung in der Gegenäußerung BT-Drucksache 19/9767, S. 22 (elektronische Vorabfassung).

<sup>13</sup> Vgl. hierzu auch § 327 FamFG und BGH NJW 1999, 3499 zum Verhältnis von präventivem und nachträglichem Rechtsschutz durch §§ 98, 105 StPO.

### VIII. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte für Fixierungsanordnungen

Nach § 128 StVollzG-E sollen die Amtsgerichte für die richterliche Entscheidung über die Fixierung eines Gefangenen sachlich zuständig sein.<sup>14</sup> Mit den richterlichen Entscheidungen sind – wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs<sup>15</sup> ergibt – Fixierungsanordnungen gemeint.

Die Schaffung bundeseinheitlicher Zuständigkeitsregelungen für gerichtliche Verfahren auf Anordnung von Fixierungen im Justizvollzug ist uneingeschränkt zu begrüßen. Sie entspricht auch dem Wunsch der Justiz. Neue gesetzliche Lösungen müssen aber alle Argumente, die für eine Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammern der Landgerichte oder für eine solche der Amtsgerichte sprechen, transparent gegeneinander abwägen. Diesen Anforderungen entspricht der Regierungsentwurf nicht. Er enthält überhaupt keine Begründung für die Bestimmung der Zuständigkeit.

Bemerkenswert ist im Zusammenhang mit der Zuständigkeitsbestimmung, dass die Zuordnung der Fixierungssachen Bedeutung auch für die Bemessung des Personalbedarfs hat, weil die PEBB§Y-Basiszahlen unterschiedlich hoch sind. Werden die Fixierungssachen den Amtsgerichten zugewiesen, sind diese dem PEBB§Y-Geschäft RA 360 mit einer Basiszahl von 104 Minuten zuzuordnen. Werden die Fixierungssachen dagegen den Landgerichten zugewiesen, sind diese dem PEBB§Y-Geschäft RL 220 mit einer Basiszahl von 219 Minuten zuzuordnen.

Für eine Zuständigkeit der Amtsgerichte für Fixierungsanordnungen wird häufig angeführt, dass hierfür insbesondere die räumliche Nähe der Amtsgerichte zu den jeweiligen Vollzugsanstalten spräche. Regelmäßig bedürfe es zeitnaher Entscheidungen über eine Fixierung, sei es bevor eine Fixierung umgesetzt wird, sei es im Falle einer unverzüglichen Nachholung der gerichtlichen Entscheidung. Bei den Amtsgerichten bestehe ohnehin schon ein richterlicher Bereitschaftsdienst. Sie seien zudem aufgrund ihrer Zuständigkeit für die zivil- und öffentlich-rechtliche Unterbringung viel häufiger mit entsprechenden Fragen befasst. Insgesamt seien sie schon aufgrund ihrer

---

<sup>14</sup> Der Bundesrat BR-Drucksache 134/19 (B), S. 1-4, schlägt sogar darüber hinausgehend noch vor, dass Amtsgerichte im Bereich des Justizvollzugs nicht nur für gerichtliche Verfahren auf Anordnung der Fixierung zuständig sein sollen, sondern auch für Verfahren auf Anordnung ärztlicher Zwangsmaßnahmen und für anderweitige Verfahren auf Anordnung bzw. Genehmigung von dem Richtervorbehalt unterworfenen Sicherungsmaßnahmen. Insoweit gelten die nachfolgenden Ausführungen entsprechend. Vgl. hierzu auch die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucksache 19/9767, S. 19 f. (elektronische Vorabfassung).

<sup>15</sup> BR-Drucksache 134/19, S. 15.

räumlichen, aber auch sachlichen Nähe besser in der Lage, dem verfassungsrechtlichen Gebot einer zeitnahen Entscheidung zu entsprechen. Weiterhin wird angeführt, dass der Nutzen eines eigenen Bereitschaftsdienstes bei den Landgerichten neben dem bestehenden Eildienst der Amtsgerichte in keinem sachgerechten Verhältnis zu dem damit einhergehenden personellen und gerichtsorganisatorischen Aufwand stehe.

Für eine Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammern der Landgerichte für Fixierungsanordnungen werden in der Diskussion folgende Argumente angeführt: Nach dem StVollzG seien die Strafvollstreckungskammern mit den Angelegenheiten des Justizvollzugs befasst; ihnen obliege die gesamte richterliche Überwachung des Vollzuges. Gerade bei einer in schwerwiegendem Maße in das Freiheitsrecht des Gefangenen eingreifenden Maßnahme wie der Fixierung liege es doch nahe, die bestehende Zuständigkeit beizubehalten. Die Amtsgerichte verfügten zudem nicht über tatsächliche oder rechtliche Erfahrungen mit strafvollzugsspezifischen Besonderheiten. Dies gelte insbesondere für die Betreuungsgerichte.

Hinzutrete, dass jede Zuständigkeitsregelung, die losgelöst vom zugrunde liegenden Verfahren (Justizvollzug) allein für die Fixierung gelte, Schwierigkeiten bei der Sachverhaltsermittlung mit sich bringe. In Verfahren auf Anordnung von Fixierungen auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Unterbringungen ergebe sich die Sachverhaltskenntnis des Amtsgerichts aus dem zumeist vorausgegangen Unterbringungsverfahren. Da die Strafvollstreckungskammern mit Angelegenheiten des Justizvollzugs befasst seien, hätten sie (allein) Vorkenntnisse zu dem Gefangenen und zu den Abläufen in der Anstalt. Es dürfte klar sein, dass eine sachgerechte Entscheidung, vor allem aber eine den berechtigten Interessen des Betroffenen wahrende Anhörung auf der Basis der gesamten Vorgeschichte erheblich anders ausfallen würde, wenn auf etwaig vorhandene Verfahrensakten zurückgegriffen könne bzw. der Gefangene dem Gericht bereits bekannt sei, als wenn die Entscheidung allein auf der Grundlage der Angaben in Antrag und Attest erfolge.

Die systematisch richtige Einordnung der Zuständigkeit der Fixierung im Justizvollzug dürfe sich nicht an Gesichtspunkten der Praktikabilität des Bereitschaftsdienstes orientieren. Bei den für den Bereitschaftsdienst geregelten Eilzuständigkeiten handele es sich um Ausnahmeregelungen, die aus dem Charakter der Unaufschiebbarkeit der Handlungen folgen würden und dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz geschuldet seien. Es wäre eine Verkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses, wenn die tatsächliche Einrichtung des Bereitschaftsdienstes bei den Amtsgerichten – als Ausnahme zu den Zuständigkeiten im ordentlichen Dienst – eine Begründung dafür

sein sollte, dass die Strafvollstreckungskammern bei den Landgerichten nicht einmal im Grundsatz für die Anordnung von Fixierungen im Justizvollzug zuständig sein sollen.

Die berechtigte Sorge, dass bei einer Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammern für die Anordnung von Fixierungen im Justizvollzug ein Bereitschaftsdienst bei den Landgerichten eingerichtet werden müsste, könnte leicht entkräftet werden. Zu denken wäre an eine Erweiterung des § 22c GVG in der Weise, dass Bereitschaftsgerichte (besetzt mit Richtern der Amts- und Landgerichte) unaufschiebbare Geschäfte der Amts- und Landgerichte wahrnehmen können. Erheblicher gerichtsorganisatorischer Aufwand entstände durch diese Maßnahme nicht; zusätzlicher personeller Aufwand wäre nicht erforderlich.

#### IX. Zur Ausschließlichkeit der sachlichen Zuständigkeit

§ 128 StVollzG-E bestimmt die Ausschließlichkeit der Zuständigkeit desjenigen Amtsgerichts, in dessen Bezirk die Fixierung durchgeführt wird. Demgegenüber schlägt der Bundesrat vor, das Wort „ausschließlich“ zu streichen und bei einem Justizvollzug außerhalb eines Bundeslandgebietes eine Zuständigkeitsvereinbarung zwischen den Ländern zu ermöglichen.<sup>16</sup>

Eine Ausgestaltung der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte in dieser Weise erscheint problematisch. Wird nämlich in § 128a Abs. 1 S. 2 StVollzG-E auf das Verfahren nach § 312 FamFG verwiesen, sei es nach dessen Nr. 2 oder – wie der Bundesrat vorschlägt<sup>17</sup> – nach dessen Nr. 4, müssen die Gerichte die in § 313 FamFG angeordnete Reihenfolge ausschließlicher Zuständigkeiten vorrangig beachten.

#### X. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte für die rein nachträgliche Kontrolle

Für die rein nachträgliche Kontrolle von behördlichen Fixierungsanordnungen, bei denen es nicht zu einer richterlichen Fixierungsanordnung gekommen ist, führt die Begründung des Regierungsentwurfs aus, dass hierfür die Strafvollstreckungskammern der Landgerichte zuständig seien.<sup>18</sup> Indes hat nun der Bundesrat vorgeschlagen, dass in § 128a Abs. 1 S. 2 StVollzG-E auf § 312 Nr. 4 FamFG verwiesen werden soll.<sup>19</sup> Gegen diesen Vorschlag hat die Bundesregierung keine Einwände.<sup>20</sup> Der Vorschlag des Bundesrats würde aber nun dazu führen, dass auch § 327 FamFG bei Fixierungen im Justizvoll-

---

<sup>16</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19 (B), S. 8-10.

<sup>17</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19 (B), S. 10.

<sup>18</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19, S. 16.

<sup>19</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19 (B), S. 10.

<sup>20</sup> Vgl. BT-Drucksache 19/9767, S. 22 (elektronische Vorabfassung).

zug anzuwenden wäre. Dies führt nach Auffassung des Bundesrats zur Verdrängung der §§ 109-121 StVollzG.<sup>21</sup> Insofern müsste im Sinne der Begründung des Regierungsentwurfs klargestellt werden, ob die Strafvollstreckungskammern der Landgerichte für die rein nachträgliche Kontrolle zuständig bleiben sollen.

#### XI. Verweis auf FamFG-Vorschriften

Das gerichtliche Verfahren über die Fixierungsanordnung soll sich nach § 128a Abs. 1 S. 1, 2 StVollzG-E nach dem FamFG insgesamt, insbesondere nach den Verfahrensvorschriften über sogenannte unterbringungsähnliche Maßnahmen (§ 1906 Abs. 4 BGB) im Sinne von § 312 Nr. 2 FamFG richten.<sup>22</sup> Die vorgeschlagene Parallelführung zu den unterbringungsähnlichen Maßnahmen des § 1906 Abs. 4 BGB dürfte inhaltlich wenig zielführend sein. Denn in einer Vielzahl der entsprechenden Verfahrensvorschriften spielen der rechtliche Betreuer und die Betreuungsbehörde wichtige Rollen (z.B. bei Fragen der Beteiligung, der Anhörung, der Bekanntgabe des Beschlusses, etwaiger Zwangsbefugnisse, der Beschwerdeberechtigung). Diese Akteure sind im Fixierungsverfahren des Justizvollzuges selten vorhanden bzw. beteiligt.

Zwischenzeitlich hat der Bundesrat vorgeschlagen, dass in § 128a Abs. 1 S. 2 StVollzG-E auf das Verfahren nach § 312 Nr. 4 FamFG verwiesen wird.<sup>23</sup> Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag zugestimmt.<sup>24</sup> In der Tat liegt eine Parallele zu den Vorschriften aus § 312 Nr. 4 FamFG (Unterbringungen, Fixierung und ärztliche Zwangsmaßnahmen nach den PsychKG der Bundesländer) erheblich näher.

Jedoch spricht sich der Deutsche Richterbund gegen Regelungsvorschläge aus, wonach es bei Fixierungsverfahren im Justizvollzug

---

<sup>21</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19 (B), S. 10.

<sup>22</sup> Der Bundesrat (BR-Drucksache 134/19 (B), S. 1-4) schlägt sogar darüber hinausgehend noch vor, dass § 128a StVollzG-E im Bereich des Justizvollzugs nicht nur für gerichtliche Verfahren auf Anordnung der Fixierung zuständig sein sollen, sondern auch für Verfahren auf Anordnung ärztlicher Zwangsmaßnahmen und für anderweitige Verfahren auf Anordnung bzw. Genehmigung von dem Richtervorbehalt unterworfenen Sicherungsmaßnahmen. Vgl. hierzu auch die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucksache 19/9767, S. 19 f. (elektronische Vorabfassung).

<sup>23</sup> BR-Drucksache 134/19 (B), S. 10.

<sup>24</sup> BT-Drucksache 19/9767, S. 23 (elektronische Vorabfassung).

- im Hauptsacheverfahren der Einholung eines Gutachtens durch das Gericht nicht bedarf, weil stets die Einholung eines ärztlichen Zeugnisses ausreichend ist (vgl. § 321 Abs. 2, 1 FamFG-E)
- im Eilverfahren nach § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG-E auf eine Qualifikation des Arztes für die Erteilung des gerichtlich anzufordernden ärztlichen Zeugnisses nicht ankommt.

Nach § 321 Abs. 1 S. 1 FamFG („Einholung eines Gutachtens“) hat vor Anordnung einer Unterbringungsmaßnahme eine förmliche Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens stattzufinden. Allein für eine zivilrechtliche unterbringungsähnliche Maßnahme nach § 312 Nr. 2 FamFG gestattet § 321 Abs. 2 FamFG, dass ein ärztliches Zeugnis ausreichend ist. In dem Regierungsentwurf ist nun vorgeschlagen worden, dass ein ärztliches Zeugnis auch bei öffentlich-rechtlichen Fixierungsmaßnahmen nach § 312 Nr. 4 FamFG ausreichen soll (§ 321 Abs. 2 FamFG-E).

Über die Verweisung in § 128a Abs. 1 S. 2 StVollzG-E auf § 312 FamFG, sei es nach dessen Nr. 2 oder dessen Nr. 4, würde es auch bei gerichtlichen Verfahren auf Anordnung der Fixierung im Justizvollzug der Einholung eines Gutachtens durch das Gericht nicht bedürfen, weil nach dem vorgeschlagenen § 321 Abs. 2 FamFG-E die Einholung eines ärztlichen Zeugnisses ausreichend sein würde. Gegenüber der – wie die Entscheidung des BVerfG in unmissverständlicher Weise vor Augen führt – Schwere des Eingriffs in die Freiheitsrechte durch eine Fixierung wirkt es widersprüchlich, die Erfordernisse einer sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung bei Fixierungen im Justizvollzug für jeden Fall abzusenken. Ausnahmen vom Grundsatz des Strengbeweises sollte es nur dann geben, wenn in Eilsituationen einer Gefahr effektiv zu begegnen ist. Für diese aber wird dem Gericht schon mit § 331 FamFG ein Instrumentarium an die Hand gegeben, welches den Schutz des Betroffenen angemessen gewährleistet. Außerhalb solcher Eilsituationen darf die Einholung eines ärztlichen Zeugnisses nicht ausreichen.

Nach § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG („Einstweilige Anordnung“) kann eine einstweilige Anordnung erlassen werden, wenn unter anderem ein ärztliches Zeugnis über den Zustand des Betroffenen und über die Notwendigkeit der Maßnahme vorliegt; in den Fällen des § 312 Nr. 1, 3 und 4 FamFG muss der Arzt, der das ärztliche Zeugnis erstellt, Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie haben und soll Arzt für Psychiatrie sein. Der Bundesrat hat vorgeschlagen, dass es auch für einstweilige Anordnungen von öffentlich-rechtlichen Fixierungen im Sinne von § 312 Nr. 4 FamFG keine Qualifikationsanforde-

rungen für den Arzt mehr geben soll (§ 331 S. 1 Nr. 2 FamFG-E).<sup>25</sup> Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag in der Sache zugestimmt.<sup>26</sup>

Über die Verweisung in § 128a Abs. 1 S. 2 StVollzG-E auf § 312 FamFG, sei es nach dessen Nr. 2 oder dessen Nr. 4, würde es auch bei gerichtlichen Verfahren auf Anordnung der Fixierung im Justizvollzug in Eilverfahren nach § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG-E auf eine Qualifikation des Arztes für die Erteilung des gerichtlich anzufordernden ärztlichen Zeugnisses nicht ankommen. Es würde das Attest eines jeden Approbierten ausreichen; der Arzt müsste keine Erfahrungen auf dem Gebiet der Psychiatrie und auch kein Facharzt für Psychiatrie sein.

Das kann schon allein wegen der Schwere des Eingriffs nicht richtig sein. Dass die Gefahrenlage, aufgrund derer eine Fixierung im Justizvollzug beabsichtigt ist, sich nicht auf einer psychischen Erkrankung gründet, ist nicht maßgeblich. Vorrangig ist allein, dass mit einer Fixierung vor allem schwerwiegende Gefahren für die Psyche des Betroffenen verbunden sind. Solche kann nur der psychiatrienerfahrene Arzt angemessen bewerten. Dies gesetzgeberisch vorzugeben, fügt sich in Vorschriften wie § 280 Abs. 2 FamFG oder § 157 Abs. 6, § 163 Abs. 1 FamFG bestens ein.

Auch unter einem anderen Gesichtspunkt kann die gesetzgeberische Festlegung der Qualifikation des Arztes nicht unterbleiben. Soll nach der Wertung des vorgesehenen § 127 StVollzG-E der Arzt im behördlichen Verfahren der Fixierung lediglich die Aufgabe haben, die Fixierungsfähigkeit festzustellen, so bedarf genauerer Betrachtung, welchen Inhalt das vom Gericht nach § 321 Abs. 2 FamFG-E einzuholende ärztliche Zeugnis haben soll. Dieses hat sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf die Grunderkrankung im Sinne des § 1896 BGB bzw. entsprechenden Krankheiten nach den PsychKG der Bundesländer ebenso zu beziehen wie auf die Frage der medizinischen Notwendigkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme. Sind aber beide Punkte nach der Intention des Gesetzgebers überhaupt nicht Voraussetzung der Anordnung einer Fixierung, so bleibt der Inhalt des vom Gesetz geforderten ärztlichen Zeugnisses im gerichtlichen Verfahren im Unklaren. Aufgrund der Änderungsvorschläge in § 321 Abs. 2 FamFG-E und § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG-E soll offenbar ein jeder Arzt entsprechende Zeugnisse ausstellen können. Auch vor dem Hintergrund der Festlegungen des BVerfG in der Entscheidung vom 24.07.2018 (vgl. Rn. 81) kann dies nicht richtig sein. Denn das BVerfG hat ausgeführt, dass „aus den grundrechtlichen Garantien [...] sich in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch Anforderungen an das Verfahren von Behörden und Gerichten“

---

<sup>25</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19 (B), S. 11-13.

<sup>26</sup> Vgl. BT-Drucksache 19/9767, S. 23 f. (elektronische Vorabfassung).

ergäben und „insoweit die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht für die Anordnung einer Zwangsbehandlung entwickelt hat [...] auf die Anordnung der Fixierung größtenteils übertragbar“ seien. Für die ärztliche Zwangsmaßnahme allerdings hat das FamFG im Hinblick auf das ärztliche Zeugnis in § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG die klare Aussage getroffen, dass hier der erstellende Arzt Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie haben muss und Facharzt für Psychiatrie sein soll.

#### XII. Amts- oder Antragsverfahren

Aus den im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Regelungen ergibt sich nicht eindeutig, ob es sich bei dem Verfahren auf Anordnung der Fixierung um ein Amts- oder ein Antragsverfahren handeln soll. Lediglich in § 127 Abs. 3 S. 6 StVollzG-E heißt es, dass dann, wenn eine gerichtliche Entscheidung beantragt und die Fixierung vor deren Erlangung beendet ist, dies dem Gericht mitzuteilen ist. Dass aber ein Fixierungsverfahren nur auf Antrag eingeleitet werden darf, folgt hieraus nicht.

Die ausdrückliche Verfahrensvoraussetzung eines Antrags dient dem Freiheitsschutz des Gefangenen. Bei der gesetzlichen Regelung über ein Antragserfordernis würde es sich nämlich um eine Verfahrensgarantie handeln, die nach Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG von Verfassungs wegen zu beachten wäre. Diesem Zweck dient zum Beispiel auch § 417 FamFG in Freiheitsentziehungssachen. Auch die PsychKG der Bundesländer sind dementsprechend als echte Antragsverfahren im Sinne des § 13 FamFG ausgestaltet. Warum für das Verfahren auf Anordnung der Fixierung im Justizvollzug – gerade auch im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs in die Freiheitsgarantie für den Betroffenen – eine derartige Regelung nicht getroffen wird, bleibt unklar.

#### XIII. Kostenfreiheit

Nach § 128a Abs. 2 StVollzG-E sollen Fixierungsverfahren gerichtskostenfrei sein. Eine derartige Regelung ist nicht dem Verfahrensgesetz, sondern dem Kostengesetz (GKG) zuzuordnen. Um die in der Begründung des Regierungsentwurfs<sup>27</sup> angesprochene Auslagenfreiheit sicherzustellen, könnte eine entsprechende Regelung in Vorbem. 9 KV GKG aufgenommen werden.

#### XIV. Kindschaftssachen

§ 151 Nr. 7 FamFG-E soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs<sup>28</sup> erweitert werden um „freiheitsentziehende Maßnahmen nach dem Landes-

---

<sup>27</sup> BR-Drucksache 134/19, S. 16.

<sup>28</sup> BR-Drucksache 134/19, S. 18.

recht“ sowie um entsprechende „ärztliche Zwangsmaßnahmen“ bei Minderjährigen. Dies ist notwendig, um die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. FamFG für diese Maßnahmen über § 167 Abs. 1 FamFG sicherzustellen. Zutreffend wird sodann die Anordnung der jeweiligen Maßnahmen erwähnt. Die weiterhin vorgenommene Erwähnung einer „Genehmigung“ erscheint jedoch verfehlt. Im Bereich der Freiheitsentziehung sowie der sie begleitenden Maßnahmen, welche auf der Basis des öffentlichen Rechtes erfolgen, handelt es sich stets um Entscheidungen, die von Staats wegen bei Erfüllung gewisser Tatbestände ergehen. Anders als im Bereich des bürgerlichen Rechtes erfolgt dementsprechend keine Genehmigung der Entscheidung eines dazu berufenen Vertreters, sondern eine eigenständige Anordnung.<sup>29</sup> Zutreffend ist daher auch in § 151 Nr. 6 FamFG von einer Genehmigung der Entscheidung die Rede. Durch die Entscheidung des BVerfG zur Fixierung hat sich an dieser grundsätzlichen Systematik keine Änderung ergeben. Denn das BVerfG spricht in seiner Entscheidung vom 24.07.2018 davon, dass die Freiheitsentziehung grundsätzlich eine „vorherige richterliche Anordnung“ voraussetze (Rn. 98); ergehe eine Eilentscheidung durch die zuständige Exekutivbehörde, sei die „richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen“ (Rn. 99). Mithin wird auch retrospektiv keine Genehmigung der behördlich veranlassten Fixierung ausgesprochen, sondern die originäre richterliche Entscheidung über die Anordnung der Fixierung getroffen.

#### XV. Unterbringungsmaßnahme, § 312 FamFG-E

§ 312 FamFG-E, der eine Legaldefinition der Unterbringungssachen enthält, soll einerseits inhaltlich durch die Aufnahme der möglichen Fixierung nach den Landesgesetzen für psychisch Kranke in Ziff. 4 erweitert werden. Überdies soll durch die Etablierung des übergreifenden (bislang allerdings schon in einer Vielzahl von Normen im zweiten Abschnitt des dritten Buches verwendeten) Begriffes der „Unterbringungsmaßnahme“ ein Terminus geschaffen werden, welcher alle in § 312 Nr. 1-4 FamFG-E genannten Verfahrensgegenstände umfasst.

Letzteres ist vom Grundsatz her uneingeschränkt zu begrüßen. Es war mit der Aufnahme der ärztlichen Zwangsmaßnahme in die verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 312 ff. FamFG bislang sprachlich wie systematisch kaum nachvollziehbar, dass es sich hierbei um Unterbringungssachen handeln sollte.<sup>30</sup>

Durch die nunmehr erfolgte Aussage, dass Unterbringungssachen Verfahren sind, die die Genehmigung oder Anordnung einer Unterbringungsmaßnah-

---

<sup>29</sup> Vgl. z.B. Grotkopp in: Bahrenfuss, 3. Aufl., § 323 FamFG, Rn. 5.

<sup>30</sup> Vgl. z.B. Grotkopp in: Bahrenfuss, 3. Aufl., § 312 FamFG, Rn. 28.

me betreffen, ist sprachlich allerdings nur wenig gewonnen. Denn eine ärztliche Zwangsmaßnahme, welche im Rahmen einer Unterbringung vollzogen wird, ist noch lange keine Unterbringungsmaßnahme, weil das maßgebliche Charakteristikum des Freiheitsentzuges bei eben dieser Maßnahme zwar vorausgesetzt, nicht aber Gegenstand ist. Sinnvoller wäre es insoweit gewesen, als Unterbringungssachen Verfahren zu bezeichnen, welche freiheitsentziehende Unterbringungen (Nr. 1 und 4), bestimmte freiheitsentziehende Maßnahmen (Nr. 2 und 4) sowie besondere, im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringung erfolgende Maßnahmen (Ziff. 3 und 4) betreffen. Im Folgenden könnte dann der schon bislang häufig verwendete Terminus der Unterbringungsmaßnahme fast durchgängig durch die Verwendung der Formulierung „in einer Unterbringungssache“ ersetzt werden.

Schließlich wird die Umsetzung der neuen Terminologie nicht konsequent vorgenommen. In § 313 Abs. 3 S. 1 FamFG-E soll der Begriff der „Unterbringungsmaßnahme“ statt des bisherigen der „Unterbringungen“ verwendet werden. Dies müsste dann allerdings konsequenterweise in Abs. 1 durch einen Austausch des Begriffes der „Unterbringungssachen“ gegen den der „Unterbringungsmaßnahmen“ ebenfalls erfolgen.

Auch in den Kindschaftssachen nach Nr. 151 Nr. 6 und 7 (in Verbindung mit § 167) FamFG wird die Terminologie der „Unterbringungsmaßnahme“ nicht übernommen. Hierdurch könnte fraglich werden, ob die Beschränkung in § 70 Abs. 3 S. 2 FamFG-E auch künftig noch in den Kindschaftssachen zu gelten hat.

In § 339 FamFG-E soll durch die Ersetzung des Wortes „Unterbringung“ durch „Unterbringungsmaßnahme“ eine erhebliche Erweiterung der Mitteilungspflichten des Gerichtes stattfinden. Während die entsprechende Pflicht nach dem bisherigen Wortlaut der Norm der verfassungsgerichtlichen Vorgabe des Art. 104 Abs. 4 GG entspricht, die wiederum auf historischer Tradition fußt, gibt die Begründung des Gesetzentwurfes keinerlei Hinweis, aus welchem Grunde nunmehr eine weit über den bisherigen Standard hinausgehende Erweiterung der Mitteilungspflichten erfolgen soll.

#### XVI. Ärztliches Zeugnis in Fixierungsverfahren auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung, § 321 Abs. 2 FamFG-E

Nach § 321 Abs. 2 FamFG-E soll auch in Verfahren auf Anordnung einer Fixierung auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung im Sinne von § 312 Nr. 4 FamFG die Einholung eines ärztlichen Zeugnisses genügen.

Vor dem Hintergrund der Schwere des Eingriffs in die Freiheitsrechte durch eine Fixierung – welche die Entscheidung des BVerfG in unmissverständlich-

cher Weise vor Augen führt – kann es nicht richtig sein, die Erfordernisse einer sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung bei Fixierungen in Hauptsacheverfahren abzusenken. Die Rechte der Betroffenen werden durch eine derartige gesetzgeberische Maßnahme keineswegs gestärkt, sondern deutlich geschwächt. Es wird in dem Regierungsentwurf auch keine Begründung gegeben, weshalb die öffentliche-rechtliche Fixierung übereinstimmend zu der zivilrechtlichen unterbringungsähnlichen Maßnahme geregelt werden soll.<sup>31</sup> Bei Verfahren auf Anordnung einer öffentlich-rechtlichen Fixierung (§ 312 Nr. 4 FamFG) geht es gleichsam immer um die vollständige Aufhebung der Bewegungsfreiheit. Dagegen sind Verfahren auf Genehmigung einer unterbringungsähnlichen Maßnahme (§ 312 Nr. 2 FamFG) in einer Vielzahl von Fällen nicht auf den Ausschluss der Bewegungsfreiheit gerichtet, sondern nur auf deren Einschränkung (Stichworte z.B. Bettgitter, Fixierung allein an den Händen, komplizierte Schließvorrichtung).

Ausnahmen vom Grundsatz des Strengbeweises sollte es nur dann geben, wenn in Eilsituationen einer Gefahr effektiv zu begegnen ist. Für diese aber wird dem Gericht schon mit § 331 FamFG ein Instrumentarium an die Hand gegeben, welches den Schutz des Betroffenen angemessen gewährleistet. Außerhalb solcher Eilsituationen darf die Einholung eines ärztlichen Zeugnisses nicht ausreichen.

#### XVII. Qualifikation des Arztes für die Erteilung eines ärztlichen Zeugnisses in einstweiligen Fixierungsverfahren auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung, § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG-E

Der Bundesrat hat vorgeschlagen, dass der vom Gericht bestellte Arzt, der im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung einer Fixierung im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung (§ 312 Nr. 4 FamFG) das ärztliche Zeugnis erteilt, nicht mehr Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie haben muss und auch nicht ein Arzt für Psychiatrie sein soll (§ 331 S. 1 Nr. 2 FamFG-E).<sup>32</sup> Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag in der Sache zugestimmt.<sup>33</sup>

Der Bundesrat führt zur Begründung aus, dass es auch in dem bisherigen § 321 Abs. 2 FamFG für Hauptsacheverfahren auf Genehmigung einer unterbringungsähnlichen Maßnahme (§ 312 Nr. 2 FamFG) kein Qualifikationserfordernis für den das Zeugnis erteilenden Arzt gebe. Hierzu führt der Bun-

---

<sup>31</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19, S. 18.

<sup>32</sup> Vgl. BR-Drucksache 134/19 (B), S. 11-13.

<sup>33</sup> Vgl. BT-Drucksache 19/9767, S. 23 (elektronische Vorabfassung).

desrat indes eine Zitatstelle<sup>34</sup> an, die unmittelbar aber die Einrichtung einer Betreuung in besonderen Verfahrenskonstellationen (z.B. bei ausdrücklichem Einverständnis des Betroffenen zur Einrichtung der Betreuung) betrifft. Die Kommentierungen zu § 321 FamFG weisen hingegen darauf hin, dass für das ärztliche Zeugnis nach § 321 Abs. 2 FamFG die ärztliche Qualifikation nach § 321 Abs. 1 S. 4 FamFG in aller Regel geboten ist.<sup>35</sup>

Ohnehin entspricht es der derzeitigen Gesetzeslage, dass in Hauptsacheverfahren auf Anordnung der Fixierung im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung ein Gutachten nach § 321 Abs. 1 FamFG eingeholt werden und der Arzt über die Qualifikation nach § 321 Abs. 1 S. 4 FamFG verfügen muss. Insofern unterscheidet sich § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG für die einstweiligen Verfahren auf Anordnung der Fixierung im Rahmen öffentlich-rechtlicher Unterbringung mit dem ebenfalls bestehenden Qualifikationserfordernis für den das ärztliche Zeugnis erteilenden Arzt gerade nicht.

Der Verzicht auf eine gesetzgeberisch angeordnete Qualifikation des das ärztliche Zeugnis erteilenden Arztes kann schon allein wegen der Schwere des Eingriffs nicht richtig sein. Mit einer Fixierung können schwerwiegende Gefahren für die Psyche des Betroffenen verbunden sein. Solche kann nur der psychiatrienerfahrene Arzt angemessen bewerten. Dies gesetzgeberisch vorzugeben, fügt sich in Vorschriften wie § 280 Abs. 2 FamFG oder § 157 Abs. 6, § 163 Abs. 1 FamFG bestens ein.

Letztlich werden durch derartige vorgeschlagene Regelungen die Rechte der Betroffenen nochmals deutlich geschwächt. Mit der „Stärkung der Rechte von Betroffenen“, wie es in der Überschrift des Gesetzesvorhabens heißt, hat dies nichts zu tun.

#### XVIII. Erweiterung der Kostenregelung in Unterbringungssachen

§ 337 Abs. 2 FamFG ordnet für bestimmte Fallkonstellationen die Erstattung durch den Rechtsträger der antragstellenden Verwaltungsbehörde an. Diese Regelung erscheint unvollständig.

Unterbringungsmaßnahmen können nämlich nach einzelnen Landesgesetzen nicht nur Verwaltungsbehörden stellen, sondern auch Kliniken bzw. Ärzte (z.B.: § 18 Abs. 6 S. 2 PsychKG NRW: Antrag für Zustimmung zur Zwangsbehandlung stellt die ärztliche Leitung, § 20 Abs. 5 S. 1 PsychKHG Baden-Württemberg: Antrag auf Zustimmung zur Zwangsbehandlung durch die behandelnde anerkannte Einrichtung). In diesen Verfahren sind die Kli-

---

<sup>34</sup> Nämlich Keidel, 19. Aufl., § 281 FamFG, Rn. 1.

<sup>35</sup> Vgl. z.B. Marschner in: Jürgens, 5. Aufl., § 321 FamFG, Rn. 9.

niken bzw. Ärzte – statt der Verwaltungsbehörde – Antragsteller und damit Beteiligte im Sinne von § 7 Abs. 1 FamFG. Liegen die sachlichen Voraussetzungen von § 337 Abs. 2 FamFG vor, müssten die Kosten den Kliniken bzw. den Ärzten auferlegt werden. Sie sind dort aber nicht erwähnt und können auch nicht als Verwaltungsbehörde verstanden werden.

Insofern schlägt der Deutsche Richterbund vor, dass in § 337 Abs. 2 FamFG auch Kliniken bzw. Ärzte einbezogen werden.

#### XIX. Erstreckung des Bereitschaftsdienstes auf mehrere Landgerichtsbezirke innerhalb eines Oberlandesgerichtsbezirks

Die vorgeschlagene Erweiterung der Möglichkeit, den Bereitschaftsdienst auch auf mehrere Landgerichtsbezirke innerhalb eines Oberlandesgerichtsbezirks zu erstrecken, wird begrüßt.

Für die Geschäftsverteilung des mehrere Landgerichtsbezirke umfassenden Bereitschaftsdienstes schlägt der Regierungsentwurf in § 22c Abs. 1 S. 4 GVG-E vor, dass über diese – im Einvernehmen – die Präsidien der Landgerichte sowie im Einvernehmen mit den Präsidien der Amtsgerichte entscheiden. Über diese Lösung wird vielleicht noch einmal genauer nachzudenken sein, verhält es sich doch so, dass die betroffenen Richter überwiegend kein Wahlrecht zu diesen Präsidien haben.

#### XX. Regelungsbedarf für freiheitsentziehende Maßnahmen im Bereich des Betreuungs- und Familienrechts

Änderungsbedarf besteht nach Auffassung des Deutschen Richterbundes hinsichtlich der Regelungen in § 1906 Abs. 4 und § 1631b Abs. 2 BGB. Die Gesetzesentwürfe verhalten sich hierzu jedoch nicht.

Beide Vorschriften betreffen freiheitsentziehende Maßnahmen im Bereich des Betreuungs- und Familienrechts. Die Festlegungen des BVerfG sind grundsätzlicher Natur und beanspruchen daher auch Geltung für freiheitsentziehende Maßnahmen für diese Rechtsbereiche, und zwar vor allem dann, wenn sie im Rahmen gerichtlich genehmigter Unterbringungen erfolgen. Auch wenn im Betreuungs- und Familienrecht zivilrechtliche Rechtsbeziehungen geregelt werden, geht es im Kern zumindest auch um die Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe und sind die betroffenen Personen zumindest durch die Drittwirkung der Grundrechte grundrechtlich geschützt.

Zwar enthalten § 1906 Abs. 4 und § 1631b Abs. 2 BGB einen Richtervorbehalt für sogenannte unterbringungsähnliche Maßnahmen jeder Art. Jedoch bestehen keine Regelungen dazu, dass freiheitsentziehende Maßnahmen, durch die die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person vollständig aufgehoben wird, durch einen Arzt anzuordnen und zu überwachen sind, dass während der Maßnahme grundsätzlich eine Eins-zu-eins-Betreuung durch

pflegerisches oder therapeutisches Personal zu gewährleisten ist, ferner dass sie zu dokumentieren, und schließlich, dass die betroffene Person darauf hinzuweisen sind, nach der Beendigung der Maßnahme deren Zulässigkeit gerichtlich überprüfen lassen zu können.

#### XXI. Belastung für die Justiz

Schon derzeit macht sich die Mehrbelastung für die Richter an Standorten, in deren Bezirken sich Justizvollzugsanstalten befinden, sehr deutlich bemerkbar. Auch der Regierungsentwurf<sup>36</sup> geht davon aus, dass ein erhöhter Aufwand für die Gerichte dadurch entstehen wird, dass nunmehr Gerichte über die Anordnung einer Fixierung entscheiden werden. Die Gerichte sind aber nur dann in der Lage, die Vorgaben des BVerfG zu erfüllen, wenn sie über eine angemessene personelle und sächliche Ausstattung verfügen. Dazu gehört auch, dass die Bereitschaftsdienstzeit in vollem Umfang als Dienstzeit gewertet wird und die Personalbedarfsberechnungssysteme entsprechend angepasst werden.

Fehl geht die Annahme des Regierungsentwurfs, dass Einsparungen dadurch entstehen würden, dass sich die Fallzahlen im Bereich des nachträglichen Rechtsschutzes reduzieren werden. Diese Annahme setzt voraus, dass es bereits jetzt Fälle im Bereich des nachträglichen Rechtsschutzes gibt. Maßgebliche Fallzahlen legt der Referentenentwurf jedoch nicht vor. In Ansehung der jetzt geplanten Regelung, dass jeder Fixierte auf die Möglichkeit des Rechtsschutzes ausdrücklich hinzuweisen ist, erscheint es viel mehr wahrscheinlich, dass sich die Zahl der Fälle nachträglicher Entscheidungen gegenüber dem status quo deutlich erhöhen wird.

*Der Deutsche Richterbund ist mit fast 17.000 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden (bei bundesweit 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.*

---

<sup>36</sup> BR-Drucksache 134/19, S. 3, 13.