

**Dr. jur. Heinz Kammeier**

Rilkeweg 11  
D-48165 Münster  
Tel. 02501 - 58 88 88  
Handy 0171 - 744 59 35  
eMail: kammeier-muenster@  
t-online.de

Dr. Heinz Kammeier \* Rilkeweg 11 \* D-48165 Münster

An den  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
des Deutschen Bundestages

Berlin

per eMail

Münster, den 6. Mai 2019

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD:**

**"Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Betroffenen bei Fixierungen im Rahmen von Freiheitsentziehungen",**

**BT-Drs. 19/8939 v. 02.04.2019**

Der vorliegende Gesetzentwurf will die Rechte der von einer Fixierung betroffenen Personen nach den Vorgaben des Urteils des BVerfG v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15 und 2 BvR 502/16 – durch Normierungen im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes hinsichtlich der Zivilhaft und des richterlichen Verfahrensrechts in weiteren straf- und maßregelrechtsbezogenen Vollzügen regeln und damit stärken. Die zügige Umsetzung der Rechtsprechung des BVerfG ist zu begrüßen. Der vorliegende Gesetzentwurf erfüllt aber nicht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Normenklarheit und an das Bestimmtheitsgebot. Er bedarf der Überarbeitung.

Diese Stellungnahme beschränkt sich auf zwei Aspekte der vorgesehenen gesetzlichen Regelung.

**1. Fixierung ist keine Behandlung, sondern eine besondere Sicherungsmaßnahme**

Rechtliche Unklarheiten hinsichtlich der Zuordnung des Regelungsgegenstands "Fixierung innerhalb einer Freiheitsentziehung" zum Behandlungsrecht oder zum Recht der besonderen

Sicherungsmaßnahmen führen dazu, dass der Gesetzentwurf in der vorliegenden Fassung das beabsichtigte Vorhaben der Stärkung der Rechte von Betroffenen nicht nachhaltig einlösen kann und deshalb als unzulänglich zu bewerten ist.

### **Begründung:**

Das BVerfG hat im o.g. Urteil, Rz 74, auf die staatliche Pflicht hingewiesen, sich schützend und fördernd vor das Leben des Einzelnen zu stellen. Auch der Schutz vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und Gesundheit würden von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasst. Soweit diese Aussage die staatliche Schutzpflicht gegenüber dritten Personen betrifft, ist ihr uneingeschränkt zuzustimmen. Allerdings irritieren die Aussagen des letzten Satzes in Rz 74 sowie der Satz in Rz 75, soweit es darin um den Schutz der betroffenen Person vor Selbstgefährdungen und Selbstverletzungen geht:

"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 (vgl. zur Unterbringung BVerfGK 11, 323 <329>).

c) Die Fixierung eines Untergebrachten kann nach diesen Maßstäben zur Abwendung einer drohenden gewichtigen Gesundheitsschädigung sowohl des Betroffenen selbst als auch anderer Personen wie des Pflegepersonals oder der Ärzte gerechtfertigt sein."

Nach meiner Auffassung haben das BVerfG in seinem Beschluss v. 23.03.2011 – 2 BvR 882/09 – und in der Folge der Bundes- wie die Landesgesetzgeber das Problem des Umgangs mit krankheitsuneinsichtigen und einwilligungsunfähigen psychisch kranken Personen im Rahmen des Rechts einer zulässigen zwangsweisen medikamentösen Behandlung beurteilt und geregelt. Danach ist unter Beachtung von engen materiellen und verfahrensrechtlichen Vorgaben – unter grundsätzlicher Anerkennung einer "Freiheit zur Krankheit" – ein Eingriff in das Recht auf Selbstbestimmung zulässig und unter Fürsorgegesichtspunkten ggf. auch geboten, um genau eine (Wieder-) Herstellung dieses krankheitsbedingt beeinträchtigten Selbstbestimmungsrechts zu ermöglichen. Und damit konsekutiv ggf. auch eine Entlassung aus der freiheitsentziehenden Unterbringung.

An diesen Regelungen zur fürsorglich begründeten zwangsweisen Behandlung gemessen, vermag nach hiesiger Auffassung nicht klar zu werden, inwiefern auch eine Fixierung von Gliedmaßen bis zu vollständigen Bewegungsunfähigkeit als schwerwiegendstem Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit sich als "unumgänglich" erweisen soll, "um eine drohende gewichtige gesundheitliche Schädigung" abzuwenden. Soll denn hiernach die Fixierung eben-

falls als eine Behandlungsmaßnahme verstanden werden? Darauf könnte folgender Satz aus dem o.g. Urteil, Rz 83, hindeuten:

"Als besondere Sicherungsmaßnahme zur Abwehr einer sich aus der Grunderkrankung ergebenden Selbst- oder Fremdgefährdung muss die Fixierung mit der in der Unterbringung stattfindenden psychiatrischen Behandlung der Grunderkrankung in engem Zusammenhang stehen."

Der Gesetzgeber sollte die Frage stellen und beantworten, warum die Fixierung als Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit qualitativ – und nicht nur verfassungsrechtlich unter Bezug auf Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG – anders zu bewerten und entsprechend verfahrensrechtlich zu regeln ist, als der mit einer zwangsweisen Behandlung erfolgende Eingriff in das Grundrecht auf Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 1, 2 GG.

Denn nicht nur nach dem Verlauf der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG am 30. und 31.01.2018, der ich als Prozessbeobachter für die Deutsche Gesellschaft für Soziale Psychiatrie e.V. (DGSP) persönlich beigewohnt habe, schien eindeutig klar zu sein, dass es sich bei Fixierungen in freiheitsentziehenden Unterbringungen um "außergewöhnliche" besondere Sicherungsmaßnahmen im Vollzug einer Unterbringung handelt, die in ihrem Umfang und ihrer Eingriffsintensität (bisher) weder durch die Unterbringungsanordnung oder deren Genehmigung mit gedeckt noch durch die Normen zur Regelung einer zwangsweisen Behandlung erfasst seien, sondern einer eigenständigen richterlichen Genehmigung bedürften. Auch ärztlicherseits wurde betont, bei Fixierungen handele es sich nicht um Behandlungsmaßnahmen, sie seien vielmehr dem Zuständigkeitsbereich der Justiz zuzuordnen. Hiernach fallen Fixierungen eben nicht unter das von der Selbstbestimmung geprägte Behandlungsrecht, sondern sind in der Gestalt hoheitlichen Handelns ein Element der selbst- und drittschützenden Gefahrenabwehr im Rahmen der staatlichen Schutzpflicht innerhalb freiheitsentziehender Unterbringungen.

Bei einem Verständnis der Fixierung als einer – auch dem Gesundheitsschutz dienenden – Behandlungsmaßnahme müsste sich jedenfalls die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts dahingehend auswirken können, dass eine einsichtsfähige (psychisch kranke) Person das Recht hätte, diese Art der "Behandlung" abzulehnen bzw. zu verweigern.

Für nicht einsichtsfähige Personen bedürfte es hingegen einer eigenständigen gesetzlichen Eingriffsregelung, soweit die Fixierungen dann nicht ohnehin unter die Rechtsvorschriften für eine zwangsweise Behandlung zu subsumieren wären.

Der vom BVerfG bei der gesetzlichen Regelung der Fixierung geforderte "enge Zusammenhang" mit der Grunderkrankung wird darüber hinaus zusätzlich fraglich, wenn der vorliegende Gesetzentwurf bundesrechtlich – wie beim Hinweis auf landesrechtliche Gesetzgebungskompetenz – auch für Vollzüge Geltung erhalten soll, bei denen im Unterschied zu öffentlich-rechtlichen Unterbringungen (nach PsychKG) und maßregelrechtlichen Unterbringungen (nach § 61 Nr. 1 – 3 StGB) kein zwingender Zusammenhang mit einem kausal auf Krankheit beruhenden Freiheitsentzug besteht, wie dies bei der Zivilhaft oder dem Strafvollzug der Fall ist.

Zum Schutz vor der eigenhändigen Zufügung von schweren Gesundheitsschäden oder gar der Begehung eines Suizids kann eine zwangsweise ärztliche Behandlung – ggf. auch unter der Anwendung von unmittelbarem Zwang – vorgenommen werden, wenn z.B. eine psychotherapeutische Beeinflussung oder Begleitung nicht hinreicht. So sehen es jedenfalls weithin die inzwischen vorliegenden Vollzugsnormen in allen Vollzugsarten vor. Deshalb ist es von der Sache her fraglich, ob es daneben "zur Abwehr einer drohenden gewichtigen Gesundheitsschädigung" des Mittels einer Fixierung bedarf und diese rechtlich Platz hat.

Vielmehr wird in der Alltagspraxis der Vollzüge eine Fixierung als außergewöhnliche besondere Sicherungsmaßnahme doch eher dann angezeigt sein, wenn es um die Bewältigung von relativ schnell eskalierenden Konflikten, um die Abwehr von aggressiven Handlungen, von Randalen oder von Gewalt gegen Dritte, einschließlich möglicher Körperverletzungen, oder von Gewalt gegen Sachen in der Unterbringungseinrichtung geht, bei denen weniger eingreifende bisher schon normierte Sicherungsmaßnahmen nicht (mehr) ausreichen oder sich als nicht zielführend erwiesen haben oder erweisen. Und dabei kann es keine Rolle spielen, ob dieses Gefährdungspotential durch Krankheit hervorgerufen wird oder von einer unter medizinisch-diagnostischem Blick als gesund zu beurteilenden Person ausgeht und von Frustrationen oder nicht bewältigbaren verbalen oder körperlichen Auseinandersetzungen mit anderen Personen hervorgerufen oder beeinflusst worden ist. Hinsichtlich der hier möglicherweise infrage kommenden Fixierung geht es damit folglich um die Abwehr eines rechtlich wie sozial nicht akzeptablen Verhaltens und nicht um die Behandlung oder Bekämpfung einer Krankheit.

Nebenbei gesagt, wäre die psychische Krankheit ansteckend, müsste ihre Bekämpfung als Krankheitsbekämpfung zum Schutz Dritter dem Bereich des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) zugerechnet werden. Und soweit in § 30 IfSG freiheitsentziehende Quarantänemaßnahmen nicht ausreichen, wäre an dortiger Stelle über die Zulässigkeit von Fixierungen nachzudenken.

**Als Konsequenz dieser Klärung sollte § 127 Abs. 1 StVollzG-Entwurf demnach lauten:**

"Eine Fesselung, durch die die Bewegungsfreiheit des Gefangenen vollständig aufgehoben wird (Fixierung), ist nur zulässig, wenn und solange diese Maßnahme zur Abwendung einer drohenden schweren Selbstschädigung eines nicht einsichtsfähigen Betroffenen oder zum Schutz erheblicher Rechtsgüter Dritter unerlässlich ist."

Einsichtsfähigen Betroffenen ist ihre "Freiheit zur Krankheit" im Rahmen des Rechts auf Selbstbestimmung, das die Möglichkeit der Selbstschädigung einschließt, in diesem Regelungskontext zu erhalten. Bei diesen Personen wäre alternativ an eine Unterbringung in einem Raum ohne gefährdende Gegenstände, einem sog. Kriseninterventionsraum, zu denken und die Möglichkeit, diese Sicherungsmaßnahme anzuordnen, zu prüfen.

Die weiteren Normen sind hiernach auszurichten.

Darüber hinaus sei folgende Überlegung angemerkt: Wenn nach Ziffer I. 2. des Allgemeinen Teils der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/8939, S. 11 f., darauf verwiesen wird, entsprechende Regelungen seien auf die Bereiche des Straf- und Maßregelvollzugs übertragbar und die Gesetzgebungskompetenz hierfür liege seit der Föderalismusreform 2006 bei den Ländern, dann kann auch dieser Hinweis nur bedeuten, dass es sich bei der Fixierung um eine "besondere Sicherungsmaßnahme" und nicht um eine Behandlung handelt. Denn gemäß Art. 72 Abs. 1 GG sind Regelungen zum Recht der Behandlung für die Länder gesperrt, wenn der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 (bürgerliches Recht, hier insbesondere: §§ 630a ff., 1901a, 1901b, 1904, 1906a BGB) abschließend Gebrauch gemacht hat. Dies ist nach hiesiger Auffassung der Fall.

Das Recht zur Regelung der Behandlung im Sinne des Verhältnisses zwischen dem Arzt und der zu behandelnden oder diese ablehnende Person kann daneben wohl kaum aus dem das Recht der öffentlich-rechtlichen und der maßregelrechtlichen – und damit polizeirechtlich geprägten – Unterbringung, die sich originär aus dem in der Gesetzgebungskompetenz des Landes, Art. 70 Abs. 1 GG, befindlichen Polizeirecht ergibt, abgeleitet werden. – Auch von dieser Warte her betrachtet können Fixierungen nur freiheitseingreifende Vollzugsmaßnahmen und nicht Behandlungsmaßnahmen sein.

## **2. Der Richtervorbehalt: Gefordert ist eine sachgerechte Zuordnung des Verfahrensrechts, die an den von einer Fixierung potentiell betroffenen Personengruppen orientiert ist**

In den Artikeln 3 und 4 des hier zu begutachtenden Gesetzentwurfs ist vorgesehen, die richterlichen Entscheidungen nach Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG für alle hier zu regelnden Freiheitsentziehungen in Gestalt von Fixierungen einheitlich den Verfahrensregeln des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) zuzuweisen. Gleichzeitig soll durch die vorgeschlagene Änderung von § 22c GVG eine Flexibilisierung des richterlichen Bereitschaftsdienstes ermöglicht werden.

Gegen den "weitgehenden Gleichlauf für das Verfahrensrecht in Fällen der öffentlich-rechtlichen Unterbringungsmaßnahmen nach Landesrecht mit entsprechenden zivilrechtlichen Unterbringungsmaßnahmen" (BT-Drs. 19/8939, S. 13) ist nichts einzuwenden. Im Gegenteil, diese Zuordnung erscheint sachgerecht und damit sinnvoll, da die Zuständigkeiten bereits für öffentlich-rechtliche Unterbringungen und ggf. damit zusammenhängende weitere Verfahrensschritte bisher schon erstinstanzlich bei den Amtsgerichten (Betreuungsgerichten) liegen.

Erhebliche, insbesondere fachliche Bedenken bestehen dagegen, auch das Verfahrensrecht im Zusammenhang mit Fixierungen in den anderen hier – unmittelbar durch den Bundesgesetzgeber selbst bzw. aufgrund anderer Kompetenzen durch die Landesgesetzgeber – zu regelnden Vollzügen ebenfalls den Amtsgerichten (Betreuungsgerichten) zuzuweisen.

### **Begründung:**

#### **2.1. Um welche Personen geht es?**

Im Unterschied zu Personen, die auf zivilrechtlicher Grundlage – aus fürsorglichen Gründen – untergebracht sind und für die zum Selbstschutz eine Fixierung auf der Grundlage von § 1906 Abs. 4 BGB – mit (betreuungs-) richterlicher Genehmigung – möglich ist, und in Abgrenzung zu öffentlich-rechtlich (nach PsychKG) unterbrachten Personen, von denen eine Selbst- oder Fremdgefährdung allenfalls auf dem Niveau polizeirechtlicher Gefahr ausgeht, handelt es sich bei den Gefangenen im Strafvollzug wie bei den unterbrachten Personen in den Maßregelvollzügen um solche, die wegen einer unter Umständen erheblichen rechtswidrigen Tat in zum Teil langdauernden Freiheitsentzug genommen wurden. Auch die Ordnungs-, Sicherungs-, Zwangs- und Erzwingungshaft (die "Zivilhaft" des § 171 StVollzG) ist

Haft und weder Fürsorge noch eine polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahme. Gleiches gilt für die Untersuchungshaft und die einstweilige Unterbringung. Zudem ist insbesondere im Hinblick auf die in den Maßregeln nach § 63 und nach § 66 StGB untergebrachten Personen zu bedenken, dass sie sich ausschließlich aufgrund ihrer anhaltend strafrechtlich relevanten Gefährlichkeit, die das Maß polizeilicher Gefährdung übertrifft, im jeweiligen Maßregelvollzug befinden.

In aller Kürze gesagt, handelt es sich bei diesen Personen um solche, von denen bei zahlreichen im Vollzug mit einem größeren Gefährdungspotential zu rechnen ist, als bei zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich untergebrachten.

Soweit bei den strafrechts- und maßregelrechtsbezogenen Unterbringungen eine Fixierung zwingend erforderlich erscheint, dürfte es sich eher um Maßnahmen handeln, die im Verlauf des andauernden Freiheitsentzugs in zugespitzten vollzugsinduzierten Konfliktsituationen als dringlich und zwingend erforderlich auftreten (vgl. Neubacher 2008), während mit einer Fixierung bei einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung eher bei der Zuführung hierzu und dem Unterbringungsbeginn als einer Kriseninterventionsmaßnahme zu rechnen ist (vgl. die Situationen der Beschwerdeführer im Verfahren vor dem BVerfG, das zum o.g. Urteil führte).

## **2.2. Vordringlich hat es um die Rechte der Betroffenen zu gehen, danach ist die Organisation der Justiz auszurichten**

Der Gesetzentwurf vermittelt den fatalen Eindruck, die Zuweisung von Fixierungsangelegenheiten in allen infrage kommenden Vollzügen an die Amtsgerichte zusammen mit der "Flexibilisierung des richterlichen Bereitschaftsdienstes" (BT-Drs. 19/8939, S. 20) diene weitaus eher der Einsparung von Personal und Kosten im Bereich der Justiz und der Justizverwaltung als der Stärkung und dem effektiven Rechtsschutz der von diesen extremen Eingriffsmaßnahmen betroffenen Personen. Angesichts des von Fixierungen betroffenen Personenkreises außerhalb betreuungsrechtlicher (§ 1906 BGB) und öffentlich-rechtlicher (PsychKG) Unterbringungen erscheint eine differenzierendere, den Beurteilungsanforderungen an die unterschiedlichen Personengruppen und deren besonderen Unterbringungssettings (Vollzugseinrichtungen) sachlich besser gerecht werdende Zuweisung der gerichtlichen Verfahren der Genehmigung und Überprüfung von Fixierungsmaßnahmen zwingend erforderlich.

### **2.3. Zuweisung an die Strafvollstreckungskammer (StVK)**

§ 109 StVollzG (-Bund) eröffnet nach herrschender Meinung alle zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes bei strafgefangenen und untergebrachten Personen erforderlichen Antragsarten (vgl. Lesting/Kammeier 2018, 858 ff.; Oelbermann, in: Kammeier/Pollähne 2018, Rz K 1 ff.; Goerdeler 2018, 204; LG Lübeck, Beschl. v. 10.08.2018 – 5x StVK 1/18, mwN. = BeckRS 2018, 17918). Zuständig für diesbezügliche Entscheidungen ist nach § 78a Abs. 1 Nr. 2 GVG die Strafvollstreckungskammer in der Besetzung mit einem Richter (§ 78b Abs. 1 Nr. 2 GVG). Darüber hinaus ist der effektive Rechtsschutz nach st. Rspr. auch dann noch auf diesem Weg zu gewährleisten, wenn es um bereits erledigte Grundrechtseingriffe im Vollzug einer Strafe oder Maßregel geht (statt vieler: BVerfG, Kammerbeschl., v. 30.11.2016 – 2 BvR 1519/14 = BeckRS 2016, 112185).

Strafrechts- und maßregelrechtsbezogen untergebrachte Personen verbringen weitaus längere Zeit in der Unterbringungseinrichtung mit all den bekannten Einschränkungen und Herausforderungen der täglichen Lebensführung, als dies bei polizeirechtlich untergebrachten Personen in einer psychiatrischen Klinik der Fall ist. Bei diesen Personen sind neben einzel-fallbezogenen Maßnahmen zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit im Vollzug (§ 109 Abs. 1 StVollzG) mitunter für die Lebensperspektive eines Betroffenen viel bedeutsamere Fragen der Vollstreckung, insbesondere bei zeitlich nicht begrenzter Unterbringung, zu verhandeln und zu entscheiden, als dies bei einer PsychKG-Unterbringung der Fall ist. Gerade bei den Personen, die sich im Vollzug einer Maßregel befinden, liegen umfangreiche persönlichkeitsdiagnostische Gutachten vor. Weitere kommen im Vollstreckungsverfahren hinzu. Die StVK befasst sich damit. Bei diesen Entscheidungen sind mehr noch als in Vollzugssachen Prognosen über Stand und Entwicklung der Persönlichkeit zu treffen. In Verbindung mit Vollzugssachen erwerben die Richter der Strafvollstreckungskammer damit im Jahre zählenden Zeitablauf der Unterbringungsdauer in aller Regel ein hohes Maß an Kenntnissen und Kompetenzen, das soziale und rechtlich relevante Verhalten einer Person im Alltag des Vollzugs professionell zu beurteilen.

Zudem sind die Strafvollstreckungskammern bisher schon zuständig, wenn es im Straf- und Maßregelvollzug um Fragen des vorbeugenden Rechtsschutzes bei der behördlichen Anordnung einer zwangsweisen medikamentösen Behandlung geht (vgl. statt vieler: § 56 Abs. 2 Nr. 7 PsychKG-Berlin). In diesen Angelegenheiten sind sie mit umfangreichen medizinischen Belangen ebenso befasst wie mit der Frage nach der Ermöglichung von vollzuglichen Alternativen zur Vermeidung eines zwangsweisen Eingriffs.



Vor allem diese Erfahrungen prädestinieren die Richter der Strafvollstreckungskammer in besonderer Weise dazu, sich bei diesen Personengruppen auch mit den mindestens ebenso schwerwiegenden Grundrechtseingriffen bei Fixierungen zu befassen, wie dies von ihnen bei der Prüfung der Zulässigkeit einer zwangsweisen Medikation gefordert wird.

Außer diesen Argumenten für die Zuweisung von Fixierungsentscheidungen im Straf- und Maßregelvollzug zur Strafvollstreckungskammer ist auf im Folgenden beispielhaft aufgeführte Abgrenzungsprobleme im unmittelbaren Zusammenhang mit einer Fixierung hinzuweisen, bei denen der Gesetzgeber Klarheit schaffen muss, ob sie zum Bereich der – im Gesetzentwurf vorgesehenen – Zuständigkeit des Amtsgerichts oder der hier favorisierten Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer gehören:

- Während der Durchführung der Fixierung erhält die betroffene Person einen Telefonanruf, der nicht zu ihr durchgestellt wird bzw. werden kann.
- Genau zur Zeit der Fixierung erscheinen Personen, die den Betroffenen besuchen wollen und nicht vorgelassen werden.
- Eingegangene Post wird nicht zeitnah ausgehändigt.
- Ist der Ausschluss der Teilnahme an der Arbeit oder der Schule rechtswidrig?
- Der fixierten Person wird keine von ihr in dieser Position einnehmbare Nahrung gereicht.
- Wie ist die Zulässigkeit einer medikamentösen Sedierung während der Fixierung zu beurteilen?

Gehören solche Maßnahmen erstinstanzlich zum amtsrichterlichen Komplex "Fixierung" oder zu den nach § 109 StVollzG landgerichtlich zu beurteilenden einzelnen "Angelegenheiten auf dem Gebiet des Strafvollzuges oder des Vollzuges freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung"?

#### **2.4. Die vorherige richterliche Genehmigung als Real-Fiktion?**

Anders als eine zwangsweise medikamentöse Behandlung zur (Wieder-) Herstellung der Selbstbestimmungsfähigkeit, die nicht auf eine akute Krise spontan reaktiv eingesetzt und verfahrensrechtlich mit einem gewissen Zeitaufwand vorbereitet werden kann und wird, dürfte nach allen Erkenntnissen über Interventionen, um fremd- und selbstschädigenden Handlungen zu begegnen, einer Fixierung der Charakter einer dringenden und unter dem Vorzeichen einer "Gefahr im Verzug" unmittelbar anzuwendenden Sicherungsmaßnahme zur Krisenbewältigung zukommen.

Wenn das BVerfG eine solche Maßnahme als einen innerhalb einer rechtlich genehmigten oder angeordneten Unterbringung erneuten eigenständig zu beurteilenden Eingriff in das Freiheitsgrundrecht klassifiziert, ist es von ihm konsequent zu judizieren, dass dieser Eingriff den Richtervorbehalt auslöst und damit einer weiteren gerichtlichen Prüfung nach Art. 104 Abs. 2 S.1 GG bedarf. Verfassungsrechtlich betrachtet, ist hiergegen nichts einzuwenden. Zu einem praktikablen entsprechenden Verfahrensrecht schlage ich für die hier angesprochenen Vollzugsarten vor:

**Als Konsequenz dieser Argumentation sollte ein neuer Abs. 4 mit folgendem Wortlaut in § 109 StVollzG eingefügt werden:**

"Ordnet eine Vollzugsbehörde auf dem Gebiet des Strafvollzuges oder des Vollzuges freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung die Fesselung des Gefangenen oder der untergebrachten Person an, durch die deren Bewegungsfreiheit vollständig aufgehoben wird (Fixierung), ist vor der Durchführung dieser Maßnahme die Genehmigung des Gerichts einzuholen. In diesem Fall ist die Vollzugsbehörde antragsberechtigt."

Die §§ 128, 128a StVollzG-Entwurf sind entbehrlich. Soweit weitere Normen erforderlich werden, sind sie an dem hier vorgelegten Vorschlag auszurichten.

Die Realität dürfte diesem verfassungsrechtlichen Prüfungsanspruch allerdings nicht gerecht werden (können). Es "ist fraglich, ob das Ideal einer eigenständigen, auf eigener Sachverhaltsermittlung beruhenden richterlichen Entscheidung, die den Freiheitsentzug konstitutiv begründet [...], überhaupt erreichbar ist." (Goerdeler 2018, 203). Bereits in der mündlichen Verhandlung des BVerfG am 30./31.01.2018 erschien den überwiegenden Rednern und Fragestellern die Möglichkeit der Durchführung dieses Verfassungsgebots bei einer Fixierung fraglich. Selbst eine die Fixierungsmaßnahme während ihres Verlaufs "begleitende" richterliche Kontrolle dürfte bei den im Gesetzentwurf vorgesehenen Verfahrensanforderungen kaum durchführbar sein. Insofern ist zu erwarten, dass der in Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG normierte Vorbehalt des Richters im Blick auf Freiheitsentziehungen in den hier zu beurteilenden Fixierungsfällen zu einem verfassungsrechtlichen Phantom werden wird. Es steht darüber hinaus ernstlich zu vermuten, dass selbst bei täglichen richterlichen Präsenzzeiten von 6:00 bis 21:00 h auch Fixierungen von erheblicher Dauer künftig ohne richterliche – anordnende oder verlaufs begleitende – Überprüfung bleiben werden (vgl. Goerdeler 2018, 204).

## 2.5. Die Qualität des nachträglichen Rechtsschutzes steigern

Nach dem oben Gesagten hat der Gesetzgeber umso mehr Gewicht darauf zu legen, den – wenn gewünscht und beantragt – nachträglichen Rechtsschutz der von einer Fixierungsmaßnahme betroffenen Person während einer strafrechts- oder maßregelrechtsbezogenen Unterbringung umfassend und diesem Klientel angepasst zu regeln. Dazu bietet sich nach hiesiger Auffassung der seit langen Jahren zur Verfügung stehende Rechtsschutzweg nach § 109 ff. StVollzG als der vorzugsweise geeignetere gegenüber dem nach dem FamFG an.

Ergänzend hierzu dürften die "Rechte von Betroffenen bei Fixierungen" noch deutlicher und nachhaltiger gestärkt werden, wenn der Gesetzgeber sich entschließen könnte, folgende Vorgaben mit zu normieren:

- Bei der Anordnung einer Fixierung ist der betroffenen Person, wenn es die Umstände zulassen, eine Wahl zwischen dem Einschluss in einem Kriseninterventionsraum ohne gefährdende Gegenstände und der Fesselung, durch die die Bewegungsfreiheit vollständig aufgehoben wird (Fixierung), zu ermöglichen.
- Der Einschluss in einem Kriseninterventionsraum und die Fixierung sind zu befristen; ggf. ist eine Neuordnung oder die Möglichkeit einer Verlängerung der Maßnahme vorzusehen.
- Die Zulässigkeit einer medikamentösen Sedierung zum Gesundheitsschutz – nicht als eine "praktischerweise" mit vorzunehmende Behandlungsmaßnahme – während der Fixierung ist gesetzlich mit zu erfassen.
- Die Einrichtung, in der die Fixierung erfolgt, ist normativ zu verpflichten, unverzüglich Angehörige oder eine Vertrauensperson der betroffenen Person zu benachrichtigen und ihnen bzw. ihr anzubieten, der fixierten Person auch außerhalb der regulären Besuchszeit nahe zu sein (vgl. § 72 Abs. 5 PsychKG-Berlin).
- Die Einrichtung, die die Fixierung anordnet und durchführt, ist darüber hinaus normativ zu verpflichten, der betroffenen Person nach Beendigung ihrer Fixierung eine Nachbesprechung anzubieten und ggf. Vorschläge für ein Verhalten im Wiederholungsfall entgegenzunehmen.
- Will die fixierte Person nach Abschluss der Maßnahme diese gerichtlich überprüfen lassen, ist ihr – analog zu oder mit Verweis auf § 119a StVollzG – für das gerichtliche Verfahren von Amts wegen ein Rechtsanwalt beizuordnen.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass nach hiesiger Auffassung dem Bundesgesetzgeber für den Bereich der Maßregeln, mindestens denen nach § 61 Nr. 1 und 3 StGB, der Un-

terbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und der Sicherungsverwahrung, die wesentliche Grundlinien vorgebende Gesetzgebungskompetenz im Blick auf die hier vorgeschlagenen Regelungen zusteht.

In seinem Urte. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a. – (BVerfGE 128, 326), zur Sicherungsverwahrung hatte das BVerfG den qualitativen Unterschied der Maßregel der Sicherungsverwahrung von der Strafe (Rz 100) hervorgehoben und damit das Abstandsgebot zu ihr begründet. Darüber hinaus sprach es im Plural von "den" freiheitsentziehenden Maßregeln (Rz 104) und davon, dass den von einer Maßregel Betroffenen ein Sonderopfer (Rz 101) auferlegt werde. In der Konsequenz dieser Auffassung über den von Strafe abweichenden Rechtscharakter der Maßregeln zog es dann den Schluss, der Bundesgesetzgeber dürfe Regelungen unter Beachtung des Abstandsgebots "nur als integrale Bestandteile eines freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts treffen" (Rz 128). Und um diese Vorgaben zu konkretisieren, hob das BVerfG einen weiten Auslegungsspielraum hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenzen aus dem kurz zuvor novellierten Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für den Bundesgesetzgeber hervor:

"Aus der Sicht des Freiheitsschutzes spielt es keine Rolle, dass der Bundesgesetzgeber seit der Föderalismusreform im Jahr 2006 nicht mehr über die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug [sic! der Vf.] verfügt. Wenn er sich im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für ein zweispuriges Sanktionensystem und den Einsatz einer so einschneidenden freiheitsentziehenden Maßnahme wie der Sicherungsverwahrung entscheidet, muss er die wesentlichen Leitlinien des freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts, das der Sicherungsverwahrung von Verfassungs wegen zugrundezulegen ist, selbst regeln und sicherstellen, dass diese konzeptionelle Ausrichtung der Sicherungsverwahrung nicht durch landesrechtliche Regelungen unterlaufen werden kann." (Rz 129)

Diese Feststellung "kann nicht ohne Ausstrahlung auf die gesetzlichen Regelungen zur psychiatrischen Maßregel nach § 63 StGB und dessen Vollzugsnormierung bleiben" (vgl. Kammeier 2018, S. 31 ff.). Denn "das Sonderopfer der Freiheitseinbuße bei der psychiatrischen Maßregel ist als höher, als gewichtiger, als größer anzusehen, als das bei der Sicherungsverwahrung" (vgl. Kammeier 2018, S. 49, unter Bezug auf OLG Hamm, Recht & Psychiatrie 2016, 134, 135, m. Anm. *Kammeier*). Demnach ist der Bundesgesetzgeber nicht nur berechtigt, sondern in erster Linie verpflichtet, wesentliche Leitlinien auch für den Vollzug der psychiatrischen Maßregel nach § 63 StGB selbst festzulegen und auch hierbei sicherzustellen, dass sie nicht durch landesrechtlich ab- bzw. aufweichende Normierungen unterlaufen werden.

## Literatur:

- Goerdeler, J., Richtervorbehalt und 1:1-Betreuungen für Fixierungen. Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 24.7.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16, in: *Recht & Psychiatrie* 2018, 199 ff.
- Kammeier, H., Staatliche Pflicht zum Schutz der Allgemeinheit und Bestimmung des Maßes der Freiheitsbeschränkung einer strafrechtlich nach § 63 StGB untergebrachten Person. – Rechtsgutachten zum Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 22.11.2017 – 1 Vollz (Ws) 64 und 65/17 – insbesondere zu Ausgangsregelungen und deren gesetzgeberische Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda, im Auftrag der CDU-Landtagsfraktion Nordrhein-Westfalen, 30.10.2018 (unveröffentlicht)
- Kammeier, H./Pollähne, H. (Hg.), Maßregelvollzugsrecht. Kommentar, de Gruyter, Berlin/Boston, 4., neubearbeitete Aufl. 2018
- Lesting, W./Kammeier, H., Der Vollzug der Freiheitsstrafe in einer Justizvollzugsanstalt gemäß § 38 StGB, in: Hamm, R./Leipold, K. (Hg.), *Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger*, C. H. Beck, München, 6. Aufl. 2018, 858 ff.
- Lesting, W./Kammeier, H., Maßregeln der Besserung und Sicherung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt gem. §§ 63, 64 StGB, in: Hamm, R./Leipold, K. (Hg.), *Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger*, C. H. Beck, München, 6. Aufl. 2018, 889 ff.
- Neubacher, F., Gewalt unter Gefangenen, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2008, 361 ff.