

**Nr. 2/19**  
März 2019

## **Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zu dem Referentenentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Stärkung der Rechte von Betroffenen bei Fixierungen im Rahmen von Freiheitsentziehungen**

### **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.

---

**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.

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 Erkrankung 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 Referentenentwurf sollen die Regelungen zur Fixierung in einem eigenen Titel „Fixierung“ getroffen werden. Zur Begründung führt der Referentenentwurf (S. 16) 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-RefE 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-RefE 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 Referentenentwurf 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-RefE – 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-RefE und in § 91 Abs. 1 S. 1 StVollzG verfolgt wird.

## 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-RefE 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 (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-RefE 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 (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 Unversehrtheit 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 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 Referentenentwurf für den Bereich des StVollzG in § 127 Abs. 3 S. 3 StVollzG-RefE bestimmt, dass ein Arzt unverzüglich hinzugezogen werden soll. Diese Hinzuziehung erfolgt durch die Justizvollzugsanstalt (so die Begründung des Referentenentwurfs, S. 17). 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 Referentenentwurf indes nicht fest.

Der Referentenentwurf 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 Überwachung sicherstellt (vgl. § 127 Abs. 4 S. 1 StVollzG-RefE).

Vor dem Hintergrund, dass eine Fixierung psychische und körperliche Gefahren birgt und für den Betroffenen regelmäßig als „besonders belastend wahrgenommen“ wird (BVerfG, Rn. 71), die Überwachung durch den Arzt überdies durch das BVerfG als „unabdingbar“ „zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ erachtet wird (BVerfG, Rn. 83), sind derartige gesetzliche Vorgaben zur Beteiligung des Arztes bei Fixierungen im Bereich des StVollzG unzureichend.

#### 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. 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-RefE muss eine Begleitung durch unmittelbaren Sicht- und Sprechkontakt zu einem geschulten Vollzugsbediensteten zu jedem Zeitpunkt gewährleistet sein. Hierzu heißt es in der Begründung des Referentenentwurfs (S. 18), 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 sollte die vom BVerfG formulierte Eins-zu-Eins-Betreuung nicht so verstanden werden, dass neben dem Fixierten stets und ständig eine Person sitzt, die lediglich eine Kontroll- oder Sicherungsfunktion einnimmt (vgl. S3-Leitlinie „Verhinderung von Zwang: Prävention und Therapie aggressiven Verhaltens bei Erwachsenen“ der DGPPN vom 10.09.2018, S. 209). 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 (vgl. S3-Leitlinie „Verhinderung von Zwang: Prävention und Therapie aggressiven Verhaltens bei Erwachsenen“ der DGPPN vom 10.09.2018, S. 209). 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 Personal, 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-RefE 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-RefE 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. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte

Nach § 128 StVollzG-RefE sollen die Amtsgerichte für die richterliche Entscheidung über die Fixierung eines Gefangenen sachlich zuständig sein. Mit den richterlichen Entscheidungen sind – wie sich aus der Begründung des Referentenentwurfs (S. 18) ergibt – Fixierungsanordnungen gemeint. Für die rein nachträgliche Kontrolle von behördlichen Fixierungsanordnungen, bei denen es nicht zu einer richterlichen Fixierungsanordnung gekommen ist, bleiben hingegen die Strafvollstreckungskammern der Landgerichte zuständig (vgl. S. 19).

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 Referentenentwurf 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 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 entstünde durch diese Maßnahme nicht; zusätzlicher personeller Aufwand wäre nicht erforderlich.

#### VIII. Verweis auf FamFG-Vorschriften

Das gerichtliche Verfahren über die Fixierungsanordnung soll sich nach § 128a Abs. 1 S. 1, 2 StVollzG-RefE nach dem FamFG insgesamt, insbesondere nach den Verfahrensvorschriften über sogenannte unterbringungsähnliche Maßnahmen (§ 1906 Abs. 4 BGB) im Sinne von § 312 Nr. 2 FamFG richten. Allerdings hätte eine Parallele zu den Vorschriften aus § 312 Nr. 4 FamFG (Unterbringungen, Fixierung und Zwangsmaßnahmen nach den PsychKG der Bundesländer) erheblich näher gelegen.

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.

Des Weiteren erscheint die Ausgestaltung der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte problematisch. Örtlich zuständig soll das Gericht am Sitz der Anstalt sein (§ 128 StVollzG-RefE). Der Entwurf legt aber keine ausschließliche örtliche Zuständigkeit fest. Wird aber nun in § 128a Abs. 1 S. 2 StVollzG-ReE auf das zivilrechtliche Verfahren über unterbringungsähnliche Maßnahmen

(§ 1906 Abs. 4 BGB) im Sinne von § 312 Nr. 2 FamFG verwiesen, müssten die Gerichte bei Fixierungen nach dem StVollzG die für Verfahren über unterbringungsähnliche Maßnahmen vorgegebene Reihenfolge ausschließlicher örtlicher Zuständigkeiten des § 313 Abs. 1 FamFG, beachten. Dementsprechend kann sich bei einer Zuständigkeitsprüfung zwar die Zuständigkeit am Sitz der Anstalt ergeben (z.B. in Eilverfahren nach § 313 Abs. 2 FamFG), doch muss dies nicht so sein. Auf § 313 Abs. 3 S. 2 FamFG, welcher die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts in dem Bezirk bestimmt, in welchem die Einrichtung liegt, in der der Betroffene untergebracht ist, kann nicht zurückgegriffen werden, weil sie nur für Verfahren im Sinne von § 312 Nr. 4 FamFG anwendbar ist.

Gegen eine Verweisung in § 128a Abs. 1 S. 2 StVollzG auf die Regelungen zu den Verfahren über die unterbringungsähnlichen Maßnahmen des § 1906 Abs. 4 BGB spricht weiter, dass es dann der Einholung eines Gutachtens durch das Gericht nicht bedarf, weil stets die Einholung eines ärztlichen Zeugnisses ausreichend ist (vgl. § 321 Abs. 2, 1 FamFG). 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.

Schließlich würde eine Verweisung auf die Regelungen zu den Verfahren über die unterbringungsähnlichen Maßnahmen des § 1906 Abs. 4 BGB dazu führen, dass es im Eilverfahren nach § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG auf eine Qualifikation des Arztes für die Erteilung des gerichtlich anzufordernden ärztlichen Zeugnisses nicht ankommen würde. 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 § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG, § 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-RefE 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 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 Verweisung auf die unterbringungsähnliche Maßnahmen und damit auf § 321 Abs. 2 FamFG soll offenbar ein jeder Arzt entsprechende Zeugnisse ausstellen können. Auch vor dem Hintergrund der Festlegungen des BVerfG (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“ 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.

#### IX. Amts- oder Antragsverfahren

Aus den im Referentenentwurf 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-RefE 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 Verfassungen 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.

#### X. Kostenfreiheit

Nach § 128 Abs. 2 StVollzG-RefE sollen Fixierungsverfahren gerichtskostenfrei sein. Eine derartige Regelung ist nicht dem Verfahrensgesetz, sondern dem Kostengesetz (GKG) zuzuordnen. Um die in der Begründung des Referentenentwurfs (S. 19) angesprochene Auslagenfreiheit sicherzustellen, könnte eine entsprechende Regelung in Vorbem. 9 KV GKG aufgenommen werden.

#### XI. Kindschaftssachen

§ 151 Nr. 7 FamFG-RefE soll nach der Begründung des Referentenentwurfs (S. 21) erweitert werden um „freiheitsentziehende Maßnahmen nach dem Landesrecht“ 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 (vgl. z.B. Grotkopp in: Bahrenfuss, 3. Aufl., § 323 FamFG, Rn. 5). 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 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.

## XII. Unterbringungsmaßnahme, § 312 FamFG-RefE

§ 312 FamFG-RefE, 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-RefE 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 (vgl. z.B. Grotkopp in: Bahrenfuss, 3. Aufl., § 312 FamFG, Rn. 28).

Durch die nunmehr erfolgte Aussage, dass Unterbringungssachen Verfahren sind, die die Genehmigung oder Anordnung einer Unterbringungsmaßnahme 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-RefE 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-RefE auch künftig noch in den Kindschaftssachen zu gelten hat.

In § 339 FamFG-RefE 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.

#### XIII. Ärztliches Zeugnis in Fixierungsverfahren auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung. § 321 Abs. 2 FamFG-RefE

Nach § 321 Abs. 2 FamFG-RefE 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 unmissverständlicher Weise vor Augen führt – kann es nicht richtig sein, die Erfordernisse einer sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung bei Fixierungen in Hauptsacheverfahren 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.

#### XIV. 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 Referentenentwurf in § 22c Abs. 1 S. 4 GVG-RefE 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.

#### XV. 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 Referentenentwurf geht davon aus, dass ein erhöhter Aufwand für die Gerichte dadurch entstehen wird, dass nunmehr Gerichte über die Anordnung einer Fixierung entscheiden werden. Fehl geht aber die Annahme, 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.*