



Universität Hamburg

DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

UHH · Fakultät Jura · Rothenbaumchaussee 33 · 20148 Hamburg

Per E-Mail

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Paul-Löbe-Haus
Konrad-Adenauer-Straße 1
10557 Berlin

Prof. Dr. Alexander Baur, M.A./B.Sc.

Institut für Kriminalwissenschaften
Juniorprofessur für Strafrecht

Rothenbaumchaussee 33
D-20148 Hamburg

Tel. +49 (0)40 42838-3004
Mobil +49 (0)170 8649052
alexander.baur@uni-hamburg.de
www.uni-hamburg.de

Hamburg, den 5. Mai 2019

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des deutschen Bundestages am 8. Mai 2019 zu dem

**Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Betroffenen
bei Fixierungen im Rahmen von Freiheitsentziehungen der Fraktionen CDU/CSU und SPD
(BT-Drs. 19/8939)**

I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

1. Übertragbarkeit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf den Straf- und Maßregelvollzug

Der vorliegende Gesetzentwurf reagiert auf zwei erfolgreiche Verfassungsbeschwerden, die sich gegen eine 5- bzw. 7-Punkte-Fixierung während einer **Unterbringung nach baden-württembergischen und bayerischen Landesrecht** richteten (BVerfG, Urteil vom 24. Juli 2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16).

Zutreffend geht der Gesetzentwurf davon aus, dass die Vor- und Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts in dieser Entscheidung nicht auf die Unterbringung nach Landesrecht zu beschränken sind, sondern Geltung für den Straf- und Maßregelvollzug beanspruchen (S. 11 f.; so auch die recht einhellige Auffassung im Schrifttum, vgl. *Goerdeler*, R&P 2018, 200, 201; *Jürschik/Schulte*, NVwZ 2018, 1695; *Kaehler/Petit*, FamRZ 2019, 164 f.; *Rodenbusch*, NSTZ 2019, 10, 12; *Baur*, R&P 2019, 116, 117). Wenn Fixierungen im Straf- und Maßregelvollzug bzw. anlässlich der sogenannten Zivilhaft (vgl. § 171 StVollzG) zulässig sein sollen, ist deswegen auch dafür eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die den vom Bundesverfassungsgericht formulierten Voraussetzungen gerecht wird.

2. Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Die Kernaussage der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist, dass jedenfalls eine nicht nur kurzfristige 5- bzw. 7-Punkte-Fixierung aufgrund ihrer sehr hohen Eingriffsintensität eine rechtlich eigenständig zu beurteilende und nur unter strengen Voraussetzungen zulässige (weitere) Freiheitsentziehung ist. Aus dieser Prämisse zieht das Bundesverfassungsgericht für die landesrechtliche Unterbringung mehrere Schlussfolgerungen, die zugleich die Anforderungen an eine gesetzliche Regelung der Fixierung umreißen:

- (1) Die Fixierung kann nur „zur Abwendung einer drohenden gewichtigen Gesundheitsschädigung sowohl des Betroffenen selbst als auch anderer Personen wie des Pflegepersonals oder der Ärzte gerechtfertigt sein.“ (BVerfG aaO, Rdn. 75). Aufgrund ihrer Eingriffsintensität darf eine Fixierung ferner nur vorgesehen sein, wenn mildere Mittel nicht (mehr) in Betracht kommen; die Fixierung ist **ultima ratio**. Dies gilt allerdings nicht zwingend im Verhältnis zur Isolierung, die nicht in jedem Fall als milder anzusehen sein soll (BVerfG aaO Rdn. 80). Weiterhin muss eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Fixierung **hinreichend bestimmt** sein; gegen die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe besteht aber solange kein Bedenken, wie „sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden [...] eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt.“ (BVerfG aaO, Rdn. 78).
- (2) Die Fixierung stellt besondere Anforderungen an das **Verfahrensrecht**. In einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung soll die Anordnung der Fixierung durch einen Arzt unabdingbar sein. Die Fixierung bedarf zudem der medizinischen Überwachung und macht aufgrund der Schwere des Eingriffs und der damit verbundenen Gesundheitsgefahren „grundsätzlich ei-

ne Eins-zu-eins-Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal“ (BVerfG aaO, Rdn. 83) erforderlich. Die „Anordnung einer Fixierung, die maßgeblichen Gründe hierfür, ihre Durchsetzung, Dauer und die Art der Überwachung“ (BVerfG aaO, Rdn. 84) müssen **dokumentiert** werden, um erstens nachlaufenden Rechtsschutz zu ermöglichen (siehe dazu so gleich), zweitens die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu rechtfertigen und drittens eine fortlaufende Qualitätssicherung zu gewährleisten,

- (3) Schließlich handelt es sich bei der Fixierung um eine – untechnisch gesprochen – „Freiheitsentziehung in der Freiheitsentziehung“. Fixierungen von einer Dauer über 30 Minuten sollen daher nicht bereits von der ursprünglichen richterlichen Unterbringungsanordnung mitumfasst sein, sondern einen weiteren **Richtervorbehalt nach Art. 104 Abs. 2 GG** auslösen (BVerfG aaO, Rdn. 69). Dieser soll eine vorbeugende Kontrolle der Fixierung durch eine unabhängige und neutrale Instanz sicherstellen (BVerfG aaO, Rdn. 96).

Der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 GG setzt grundsätzlich eine **vorherige richterliche Anordnung** voraus. Dies dürfte in der Praxis aber regelmäßig nicht möglich sein, weil es sich bei Fixierungen um zeitkritische Krisenmaßnahmen handelt (BVerfG aaO, Rdn. 98). In einem solchen Fall ist nach Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG eine richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen (BVerfG aaO, Rdn. 99). Dies soll jedoch entbehrlich sein, „wenn bereits zu Beginn der Maßnahme abzusehen ist, dass die Entscheidung erst nach Wegfall des Grundes der Maßnahme ergehen wird, oder die Maßnahme vor Herbeiführung der Entscheidung tatsächlich beendet und auch keine Wiederholung zu erwarten ist.“ (BVerfG aaO, Rdn. 101).

Unabhängig davon muss der Betroffene die Möglichkeit haben, die Fixierung **nachträglich gerichtlich prüfen** zu lassen; er ist auf **diese Möglichkeit hinzuweisen** (BVerfG aaO, Rdn. 85 und Rdn. 104).

Als **Übergangsregelung** bis zu einer gesetzlichen Ausgestaltung des Richtervorbehalts verweist das BVerfG auf eine entsprechende Anwendung der §§ 312 ff. und §§ 710 ff. FamFG (BVerfG aaO, Rdn. 124).

II. Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben und Bewertung des Gesetzentwurfs

1. Grundausrichtung des Gesetzentwurfs

- (1) Der vorliegende Gesetzentwurf setzt die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts – teilweise buchstabengetreu – um. Das ist auf den ersten Blick zu begrüßen, könnte sich bei näherer Betrachtung aber auch als problematisch entpuppen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Fixierung bezieht sich nicht nur formal, sondern auch materiell auf die landesrechtliche Unterbringung und damit zuvorderst auf die **Fixierung psychisch kranker Menschen**. Zumindest einige der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts gründen erkennbar in der Annahme, dass die Fixierung in einem inneren Zusammenhang zu einer psychischen Erkrankung steht. So stellt das Bundesverfassungsgericht etwa auf die psychische Disposition nach Landesrecht Untergebrachter sowie deren besondere Schutzwürdigkeit ab (z.B. BVerfG

aaO, Rdn. 71) und überträgt auf die Fixierung die verfahrensrechtlichen Vorgaben aus seiner Rechtsprechung zur Zwangsbehandlung (BVerfG aaO, Rdn. 81 ff.).

Soweit es um Regelungen zur Fixierung im Vollzug der Maßregeln nach § 63 StGB (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus) und § 64 StGB (Unterbringung in der Entziehungsanstalt) geht, dürften die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts noch am ehesten übertragbar sein. Ob dies im selben Maße für den Strafvollzug gilt, scheint hingegen fraglich. Fixierungen im Strafvollzug stehen nämlich regelmäßig nicht in einem „**Erkrankungszusammenhang**“.

Es wäre daher eine vertiefte Auseinandersetzung wert gewesen, ob sich die Voraussetzungen einer Fixierung im Strafvollzug – und insbesondere auch im durch § 127 StVollzG n.F. geregelten Bereich der Zivilhaft – der Sache nach nicht grundlegend von denen in einer Fixierung in der landesrechtlichen Unterbringung oder auch im Vollzug der strafrechtlichen Behandlungsmaßregeln unterscheiden. So dürften Fixierungen in der landesrechtlichen Unterbringung regelmäßig mit einer psychiatrischen Behandlung verzahnt und vor allem Krisenmaßnahmen zu Beginn einer (vorläufigen) Unterbringung sein. Dieser **Zusammenhang zu einer psychiatrischen Behandlung** ist im Strafvollzug schon deswegen nicht herzustellen, weil es dort an entsprechenden Behandlungsmöglichkeiten und Behandlungsbefugnissen fehlt. Zumindest die hinter einer (längeren) Fixierung stehenden Umstände dürften daher regelmäßig die Kompetenzen des Strafvollzugs übersteigen, weil sie den Bedarf einer psychiatrischen Behandlung indizieren. Bedenkenswert scheint in diesem Zusammenhang daher, ob eine länger andauernde Fixierung nicht zumindest eine Verlegung in ein Vollzugskrankenhaus – nicht zuletzt auch wegen der dort vorgehaltenen psychiatrischen Diagnose- und Behandlungsmöglichkeiten – erforderlich macht.

- (2) Es ist an dieser Stelle in Erinnerung zu rufen: **Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bedeutet nicht, dass man flächendeckend eine gesetzliche Regelung für die Fixierung schaffen und diese dadurch für zulässig erklären müsste.** Das gilt besonders für einzelne Formen der Zivilhaft (vgl. dazu § 171 StVollzG), bei denen es durchaus fragwürdig scheint, ob eine längere Fixierung jemals verhältnismäßig sein kann. Bedenklich scheint in diesem Zusammenhang ferner, wenn der Gesetzentwurf ohne tiefergehende Erwägungen auch das Verfahrensrecht für Fixierungen im Jugendstrafvollzug schafft (§ 93 JGG n.F.). Die Entscheidung darüber, ob Fixierungen im Jugendstrafvollzug ermöglicht werden sollen, fällt zwar in die Gesetzgebungskompetenz der Länder; ein deutlicheres Problembewusstsein und gegebenenfalls eine kritische Positionierung des für das Verfahrensrecht zuständigen Bundesgesetzgebers wären aber wünschenswert gewesen.

2. Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in § 127 StVollzG n.F.

Abgesehen von diesen grundsätzlichen Bedenken weist der vorliegende Gesetzentwurf aus meiner Sicht einige handwerkliche Schwächen auf. Es kann insoweit unter anderem auf die ausführliche Stellungnahme des Deutschen Richterbunds verwiesen werden. Die dort geäußerten Kritikpunkte teile ich weitgehend. Hervorheben möchte ich zwei Punkte:

- (1) Nicht nachvollziehbar ist, warum nicht eine Regelung im Umfeld von § 88 Abs. 2 StVollzG geschaffen worden ist. Die in § 127 Abs. 1 StVollzG n.F. geregelte Fixierung ist der Sache nach eine rechtlich qualifizierte Fesselung (§ 88 Abs. 2 Nr. 6 StVollzG) und dogmatisch eine besondere Sicherungsmaßnahme. Eine separate Regelung in § 127 StVollzG leuchtet gesetzssystematisch nicht ein.
- (2) Unklar bleibt, was mit der Betreuung durch einen „**geschulten Vollzugsbediensteten**“ (§ 127 Abs. 4 StVollzG n.F.) gemeint ist. Der Gesetzentwurf müht sich an dieser Stelle sichtlich darum, die vom Bundesverfassungsgericht für die psychiatrische Unterbringung gemachten Vorgaben (Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal) irgendwie sinnvoll auf die Verhältnisse im Strafvollzug anzupassen. Auch die erforderliche Hinzuziehung eines Arztes dürfte den Strafvollzug zumindest teilweise vor praktische Probleme stellen. Zu den mit § 127 Abs. 4 StVollzG n.F. verbundenen vollzugsorganisatorischen Herausforderungen und dem einhergehenden Ressourcenbedarf verhält sich der Gesetzentwurf nicht.

3. Umsetzung der Verfahrensregelung, insbesondere des Richtervorbehalts

- (1) Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts fordert für die Fixierung einen Richtervorbehalt und formuliert diesbezüglich unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung einen **Regelungsauftrag** an den Gesetzgeber: *„Um den Besonderheiten der unterschiedlichen Anwendungszusammenhänge gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber ein Verfahren zu regeln, das auf die jeweils zur Entscheidung stehende Freiheitsentziehung abgestimmt ist, und sicherzustellen, dass dem Betroffenen vor der Freiheitsentziehung alle diejenigen rechtsstaatlichen Sicherungen gewährt werden, die mit einem justizförmigen Verfahren verbunden sind.“* (BVerfG aaO, Rdn. 94).

Die Effektivität eines Richtervorbehalts steht und fällt mit der sachlichen Güte und Reichweite der richterlichen Prüfung. Mit der bloßen Erreichbarkeit irgendeines Richters ist es nicht getan. Ein Richtervorbehalt bleibt ein Formalismus, wenn einem eilig herbeigerufenen Richter nichts anderes übrig bleibt, als die ihm mitgeteilte Einschätzung eines Arztes oder Anstaltsleiters zu besiegeln. Ein effektiver Grundrechtsschutz setzt voraus, dass der Richter in eigener Kompetenz etwas prüfen kann und für seine Entscheidung über eine tragfähige Grundlage verfügt. Andernfalls ist nicht Grundrechtsschutz zu gewinnen, sondern Verantwortungsdiffusion zu befürchten: Der Richter muss sich allein auf die sachkundige Einschätzung des Arztes oder Behördenleiters verlassen, letztere geben ihre Verantwortung aber an den Richter ab. Ein effektiver Grundrechtsschutz fordert daher erstens, dass **sachkundige und sachvertraute Richter** mit der Anordnung einer Fixierung betraut werden. Zweitens sind diesen Richtern gesetzlich ein **praktisch umsetzbares Prüfungsprogramm und klare Prüfungsmaßstäbe** an die Hand zu geben.

- (2) Das Prüfungsprogramm setzt freilich an den tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen (meist landesrechtlichen) Rechtsgrundlage für die Fixierung an. Wenn sich diese wie § 127 StVollzG im vorliegenden Entwurf eng an den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ausrichten, mithin vage bleiben und die **Voraussetzungen nicht näher konkretisieren und auf den jeweiligen Freiheitsentzug abstimmen**, ist dies zwar verfassungsrechtlich noch hinnehmbar (zum Bestimmtheitserfordernis vgl. BVerfG aaO, Rdn. 78). Gleichwohl stellt es zu-

mindest einen – mit der Materie regelmäßig nicht vertrauten – (Bereitschafts-)Richter vor eine nur schwer zu bewältigende Herausforderung.

Der Gesetzentwurf macht zudem keine besonderen Vorgaben, für wie lange eine Fixierung im Straf- oder Maßregelvollzug richterlich angeordnet werden kann oder nach welchem Zeitablauf deren Fortdauer erneut zu prüfen ist. Gerade bei Fixierungen im Strafvollzug oder auch in der Sicherungsverwahrung, die in keinem Erkrankungszusammenhang stehen und nicht durch die Einleitung psychiatrischer Behandlungsmaßnahmen ersetzt werden können, scheint aber eine besonders **engmaschige richterliche Prüfung angebracht**. Damit könnte zuverlässig verhindert werden, dass Fixierungen für zu lange Zeiträume oder gar mit disziplinierendem Ahndungscharakter eingesetzt werden.

- (3) Verfahrensrechtlich bemerkenswert ist, dass sich der Gesetzentwurf für eine **geteilte gerichtliche Zuständigkeit** entscheidet: Richterliche Fixierungsanordnungen sollen in die Zuständigkeit der Amtsgerichte fallen. Auch für Folgeentscheidungen (Beschwerde und Rechtsbeschwerde) bleibt es beim eingeschlagenen Rechtsweg des FamFG. Die nachträgliche Kontrolle rein behördlicher Fixierungsanordnungen und die Prüfung der Durchführung einer Fixierung obliegen hingegen den Strafvollstreckungskammern bei den Landgerichten. Bei einem unbedarften Blick verwundert diese vom Gesetzentwurf kaum näher begründete Zuständigkeitsverteilung. Der Regelungszusammenhang, die Sachnähe und wohl auch die Entscheidungsqualität sprechen nämlich eher für eine generelle Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer. Diese ist auch sonst für vollstreckungs- und vollzugsrechtliche Angelegenheiten zuständig und verfügt möglicherweise aus anderen Entscheidungen im konkreten Fall über Wissen, das für die Entscheidung bedeutsam ist. Umgekehrt ist auch für die Beurteilung anderer vollstreckungs- und vollzugsrechtlicher Fragen das Wissen um eine notwendig gewordene Fixierung für die Strafvollstreckungskammer bedeutsam. Auch aus der Sicht der betroffenen Gefangenen ist eine geteilte Zuständigkeitsregelung zudem unnötig komplex.

Man muss klar sehen, dass es bei der im Gesetzentwurf vorgesehenen Zuständigkeitsverteilung weniger um die Effektivität des gebotenen präventiven Rechtsschutzes geht, sondern **justizökonomische Erwägungen** im Vordergrund stehen: Es soll für gerichtliche Fixierungsanordnungen auf den ohnehin eingerichteten Bereitschaftsdienst bei den Amtsgerichten zurückgegriffen werden können (vgl. auch S. 17). Justizökonomische Erwägungen sind nicht *per se* unangemessen. Insbesondere eine Eilzuständigkeit für richterliche Fixierungsanordnungen beim Amtsgericht ist nachvollziehbar. Erwägenswert schiene es aber, zumindest nach einer ersten (eilbedürftigen) richterlichen Anordnung der Fixierung die Verantwortung und Zuständigkeit – insbesondere auch für die angesprochene Entscheidung über die Fortdauer einer Fixierung nach einem gewissen Zeitablauf – auf die sachnähere Strafvollstreckungskammern zurückzuleiten.

III. Rechtsfolgenbetrachtung und Evaluationsbedarf

- (1) Nicht überzeugen kann die Prognose des Gesetzentwurfs, dass einem „*erhöhten Aufwand mittel- bis langfristig Einsparungen gegenüberstehen*“ (S. 3) werden. Durch den neuen Richtervorbehalt wird die **Belastung der Gerichte** zunehmen. Dies ist – auch nicht langfristig – nicht in Abrede zu stellen. Erste Erfahrungen aus der Praxis legen zudem nahe, dass viele Einrichtungen dazu übergehen, vorsorglich und zur eigenen Absicherung Anträge auf eine richterliche Fixierungsanordnung zu stellen. Was im Gesetzentwurf ebenso unerwähnt bleibt, ist, dass die Neureglung – soweit sie denn im Bereich der Zivilhaft zum Tragen kommt – auch zusätzliche **Ressourcen im Vollzug** binden wird.
- (2) Das nach wie vor mangelnde Wissen um die Vollzugswirklichkeit – gerade auch im Bereich besonders einschneidender Sicherungsmaßnahmen – führt dazu, dass der vorliegende Gesetzentwurf vielfach auf einer wackeligen Tatsachengrundlage steht. Es lässt sich derzeit noch nicht einmal mit Sicherheit sagen, über wie viele Fixierungen pro Jahr wir bundesweit eigentlich sprechen. Wünschenswert wäre daher eine **nachlaufende Evaluation** der gesetzlichen Neuregelungen auf Bundes- und Länderebene.