

Richter/in auf Abruf

Neue Herausforderungen für den richterlichen Bereitschaftsdienst durch das Fixierungs-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

von Christian Braun¹



Christian Braun ist Richter am Amtsgericht Frankfurt am Main und dort u.a. als Bereitschaftsrichter tätig.

1. Einleitung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.07.2018² zu Fixierungen im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Unterbringungen hat vor allem bei den Amtsgerichten für helle Aufregung gesorgt. Grund hierfür ist die Forderung des Bundesverfassungsgerichts, dass zum Zwecke der Durchführung von Fixierungsverfahren zumindest zur Tageszeit von 06:00 Uhr bis 21:00 Uhr die ständige Erreichbarkeit eines Richters gewährleistet sein muss.

Entgegen landläufiger Meinung sind die wesentlichen Punkte des BVerfG-Urteils meines Erachtens nicht wirklich überraschend, und die Entscheidung ist insoweit nur eine Fortsetzung der schon seit 2002 etablierten »Unverzüglichkeitsrechtsprechung« des Bundesverfassungsgerichts bei Freiheitsentziehungen.

2. Ausgangslage

Im Wesentlichen sind vier Kernpunkte aus der Entscheidung für die gerichtliche Praxis herauszugreifen.

1. Zunächst beschäftigt sich die Entscheidung mit der Frage, ob und wann eine körpernahe Fixierung eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG darstellt. Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 Abs. 2 GG wird in Abgrenzung zur bloßen Freiheitsbeschränkung im Sinne von Art. 104 Abs. 1 GG nach einer schon länger bekannten

BVerfG-Formel danach bestimmt, ob die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene Bewegungsfreiheit »nach jeder Richtung hin aufgehoben« wird, wobei die Maßnahme »eine besondere Eingriffsintensität« haben und in zeitlicher Hinsicht von »nicht nur kurzfristiger Dauer« sein muss.³ Wenig überraschend bejaht das Bundesverfassungsgericht dies alles bei den streitgegenständlichen 5- und 7-Punkt-Fixierungen und nennt in zeitlicher Hinsicht, dass bei einer Dauer von über einer halben Stunde die Grenze überschritten sei. Ohne dies ausdrücklich auszuführen, nimmt der Senat die Zeitdauer der halben Stunde wohl aus einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 07.01.2015, in der die Abgrenzung zwischen einer Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB und einer freiheitsentziehenden Maßnahme nach § 1906 Abs. 4 BGB auch nach dieser Zeitdauer vorgenommen worden ist.⁴

2. Im zweiten Schritt diskutiert die Entscheidung die Frage, ob die Fixierung neben einer schon angeordneten Unterbringung eine qualitative Intensivierung der schon stattfindenden Unterbringung darstellt. Dies bejaht der Senat und steht auch hier im Einklang mit der schon seit langem einhelligen Meinung im betreuungsrechtlichen Unterbringungsrecht in § 1906 BGB.⁵

3. Da somit Art. 104 Abs. 2 GG zur Anwendung kommt, müssen in der Folge auch zwingend die verfassungsrechtlichen Verfahrensvorgaben wie bei allen anderen Freiheitsentziehungen erfüllt werden. An

dieser Stelle greift der Richtervorbehalt aus Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG, und es muss gemäß Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG »unverzüglich« eine richterliche Entscheidung herbeigeführt werden. Der Begriff der Unverzüglichkeit in Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG wird vom BVerfG wiederum – auch wie schon bisher – äußerst eng ausgelegt: Unverzüglichkeit bedeutet ohne Verzögerungen, welche nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind.⁶ Um die Gerichte zu derartig unverzüglichen Entscheidungen zu befähigen, gibt das Bundesverfassungsgericht sämtlichen staatlichen Organen den ausdrücklichen und unmissverständlichen Auftrag, die ständige Erreichbarkeit eines (Bereitschafts-)Richters zur Tageszeit zu gewährleisten, wobei die Tageszeit nunmehr nach § 758a Abs. 4 S. 2 ZPO mit der Zeit von 06:00 Uhr bis 21:00 Uhr definiert wird.⁷

Die Eins-zu-Eins-Betreuung sollte medizinischer Standard sein

Es ist zu betonen, dass die aktuelle Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in dieser Hinsicht wirklich nichts Neues ist.⁸ Vielmehr weitet der 2. Senat lediglich seine bisherige Freiheitsentziehungs- und Unverzüglichkeitsrechtsprechung, welche bislang für (andere) Freiheitsentziehungssachen im Bereich des Aufenthalts- und Polizeirechts erfolgt ist,⁹ auf körpernahe Fixierungsmaßnahmen aus. Und auch schon vor der aktuellen BVerfG-Entscheidung konnte kein Zweifel daran bestehen, dass ein Festbinden eines Menschen für einen nicht nur unerheblichen Zeitraum eine Freiheitsentziehung darstellt und mithin den Richtervorbehalt und die Verfahrensfolgen des Art. 104 Abs. 2 GG auslöst.¹⁰

Um Missverständnissen vorzubeugen: Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts bedeuten ausdrücklich nicht, dass die Gerichte binnen einer halben Stunde nach Beginn der Maßnahme über eine Freiheitsentziehung in Form einer Fixierung entscheiden müssen. Der Zeitraum der halben Stunde bezieht sich »nur« auf die Qualifikation der Maßnahme als Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 Abs. 2 GG¹¹ und nicht auf die Pflicht zum Erlass einer gerichtlichen Entscheidung in dieser Zeitspanne. Diese

muss unverzüglich sein, aber nicht binnen einer halben Stunde erfolgen.

4. Aufgrund des erheblichen Grundrechtseingriffs fordert das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus verfahrens- und vollzugsrechtliche Sicherungen zum Schutz der betroffenen Person. Maßgeblich bedarf es grundsätzlich einer Anordnung der Maßnahme durch einen Arzt, einer entsprechenden Dokumentation, einer »Belehrung« der betroffenen Person, dass sie nach der Fixierung die Rechtmäßigkeit der Maßnahme gerichtlich überprüfen lassen kann,¹² und einer ständigen Eins-zu-Eins-Betreuung während der Fixierung. Gerade letzteres hat zu großem Unbehagen bei den psychiatrischen Kliniken geführt. Dies ist jedoch etwas verwunderlich, da diese Vorgabe doch gerade von den psychiatrischen Sachverständigen des BVerfG-Verfahrens aufgebracht worden ist und dies auch von entsprechenden medizinischen Leitlinien gefordert wird, welche durch die eigenen psychiatrischen Fachgesellschaften herausgegeben werden.¹³ Das Bundesverfassungsgericht wiederholt also nur das, was ohnehin medizinischer Standard sein sollte.

3. Auswirkungen auf die gerichtliche Praxis

a) Besteht überhaupt ein Handlungsbedarf durch die BVerfG-Entscheidung außerhalb von Bayern und Baden-Württemberg?

Die BVerfG-Entscheidung bezieht sich zunächst einmal nur auf die Psychisch-Kranken-Gesetze in Baden-Württemberg (PsychKHG-Ba.-Wü.) und Bayern (BayUBG). Deswegen ist fraglich, ob die Kriterien des BVerfG auch auf die weiteren Bundesländer übertragbar sind.

Hieran könnte man zunächst zweifeln, da die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Normen grundsätzlich dem BVerfG obliegt (sog. Verwerfungsmonopol des BVerfG). So schreibt das BVerfG auch ausdrücklich in der aktuellen Entscheidung, dass es »zunächst Sache der Fachgerichte [sei], auch die Vereinbarkeit der jeweils herangezogenen Rechtsgrundlagen mit dem Grundgesetz zu prüfen, gegebenenfalls vor-

läufigen Rechtsschutz zu gewähren und bei negativem Ausgang der Prüfung die Sache im Verfahren der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.«¹⁴

Auf der anderen Seite sind die Kriterien des BVerfG hinsichtlich des fehlenden Richtervorbehalts eindeutig und ebenso wie in den baden-württembergischen und bayerischen Landesgesetzen sehen auch die meisten anderen Landesgesetze für Fixierungen im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung keinen Richtervorbehalt vor. Somit kann und muss Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG direkt als Ermächtigungsgrundlage für das Eingreifen des Richtervorbehalts herangezogen werden, ohne vorher eine konkrete Normenkontrolle durchführen zu können. Ausdrücklich wurde dies schon in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.02.1960 so gesehen, bei der es um die Unterbringung von psychisch Kranken ohne (damals) vorgesehenen Richtervorbehalt ging: »Auch wenn die Landesgesetzgeber [...] keine Bestimmungen für richterliche Genehmigung der Unterbringung volljähriger Entmündigter getroffen haben, obwohl sie zur Erfüllung des Auftrags in GG Art 104 Abs. 2 S. 4 das »Nähere« zu regeln hatten, ist eine verfassungsverletzende Unterlassung des Gesetzgebers nicht festzustellen: der Inhalt von GG Art 104 Abs. 2 S 1 u 2 ist für eine unmittelbare Anwendung durch den Richter präzise genug.«¹⁵

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass es bei Fixierungen um situative Maßnahmen geht, welche in aller Regel nach vergleichsweise kurzen Zeiträumen wieder beendet werden. Könnte ein erkennender Richter derartige Verfahren aussetzen und im Wege der konkreten Normenkontrolle dem BVerfG vorlegen, so bekäme der Betroffene rein tatsächlich keinen präventiven Rechtsschutz, den das BVerfG aus der Verfassung heraus doch gerade fordert. Auch rein faktisch könnte auf diesem Wege keine Verfassungsmäßigkeit überprüft werden, da die fehlenden und unbestimmten landesrechtlichen Regelungen nach Erledigung der Maßnahme nicht mehr entscheidungserheblich wären. Eine konkrete Normenkontrolle würde wegen vorheriger Erledigung gar nicht mehr zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung angenommen werden.¹⁶

Tatsächlich entlastet dies jedoch nicht die Landesgesetzgeber, in den Psychisch-Kranken-Gesetzen dem Bestimmtheitsgebot entsprechende Regelungen und einen einfachgesetzlichen Richtervorbehalt vorzusehen. Insbesondere die Vorgaben zur Eins-zu-Eins-Betreuung während des Vollzugs und die genaue Normierung der materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Fixierung müssen dringend besser (d. h. bestimmter) formuliert werden. Der Bundesgesetzgeber geht schon diesen Weg, indem die materiell-rechtlichen Voraussetzungen von Fixierungen im Rahmen der Zivilhaft und verfahrensrechtliche Änderungen im FamFG beschlossen worden sind.¹⁷

b) Was bedeutet »unverzüglich« im Sinne von Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG im Konkreten?

Das BVerfG legt bei der Definition der Unverzüglichkeit die schon seit 2002 bekannten Kriterien an: Unverzüglichkeit bedeutet »ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt. Nicht vermeidbar sind zum Beispiel die Verzögerungen, die durch die Länge des Weges, Schwierigkeiten beim Transport, die notwendige Registrierung und Protokollierung, ein renitentes Verhalten des Festgenommenen oder vergleichbare Umstände bedingt sind.«¹⁸

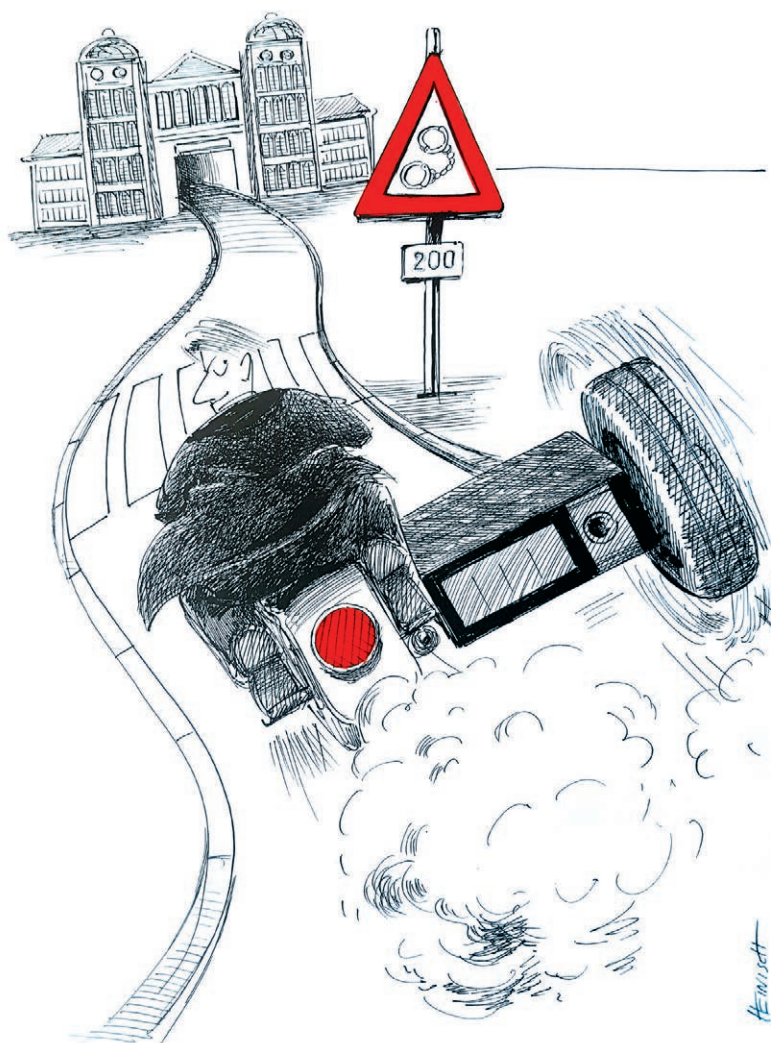
»Als äußerste zeitliche Grenze ist Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG (Ablauf des nächsten Tages) zu beachten, welche aber im Gegenzug nicht von der unverzüglichen Bearbeitung befreit.«¹⁹ Es besteht also immer eine besondere Eilbedürftigkeit und sämtliche weniger eilbedürftigen Entscheidungen müssen sowohl im Tagesdienst als auch im Bereitschaftsdienst zu den Randzeiten warten, bis über die entsprechende Freiheitsentziehung unverzüglich entschieden ist. Aufgrund dieser strengen Vorgaben erscheint es daher entgegen der z. T. zu beobachtenden Gerichtspraxis nicht als zulässig, entsprechende Anträge, welche etwa an einem Sonntagnachmittag eingehen, dem ordentlichen Dezernenten erst am Montag »zuzuschreiben«.

Der Begriff der Unverzüglichkeit ist dem deutschen Recht auch einfachgesetzlich nicht unbekannt. Am bekanntesten ist hier wohl die strafprozessuale Pflicht zur unverzüglichen Vorführung zum Haft-

richter nach § 128 Abs. 1 StPO. Doch auch im Rahmen der »fürsorglichen« Unterbringungen findet sich dieser Begriff in den Unterbringungsgesetzen der Länder (vgl. beispielhaft in Hessen für die öffentlich-rechtliche Unterbringung: § 17 Abs. 1 S. 2 PsychKHG), in § 1906 Abs. 2 S. 2 BGB und in § 1631b Abs. 1 S. 3 BGB sowie auch im Bereich der polizeirechtlichen Ingewahrsamnahmen (§ 40 Abs. 1 BPolG und landesgesetzlich z. B. § 33 Abs. 1 S. 1 HSOG i.V.m. § 428 Abs. 1 S. 1 FamFG).

Im Strafprozessrecht werden die Begriffe der Unverzüglichkeit und des sachlichen Grundes für etwaige Verzögerungen durch die Rechtsprechung noch weitgehender konkretisiert. Ein sachlicher Grund für eine Verzögerung kann hiernach auch die Notwendigkeit von entsprechenden Ermittlungen darstel-

len. Müssen die Ermittlungsbehörden etwa noch weitere Befragungen vor der Haftvorführung durchführen, so ist dies vom Unverzüglichkeitskriterium noch gedeckt.²⁰ Diese Beurteilung kann auch auf andere Freiheitsentziehungen und insbesondere auf Fixierungsmaßnahmen übertragen werden. Denn gerade bei Unterbringungsverfahren nach §§ 312ff FamFG bedarf es aufgrund der zwingenden Verfahrensvorgaben im FamFG durchaus ausführlicher Ermittlungen (insb. Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses (§§ 321 Abs. 2, 331 S. 1 Nr. 2 FamFG), die persönliche Anhörung und der persönliche Eindruck (§§ 319, 331 S. 1 Nr. 4 FamFG), die Bestellung und Anhörung eines Verfahrenspflegers (§§ 317, 331 S. 1 Nr. 3 FamFG), usw.). Der erkennende Richter kann daher diese Ermittlungen in der gebotenen Eile durchführen, ohne



Zeichnung: Philipp Heinisch

gegen die Unverzüglichkeit zu verstoßen. Selbstverständlich muss aber zwingend die Höchstgrenze in Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG eingehalten werden (Entscheidung bis zum Ablauf des nächsten Tages).

Adressaten der
Unverzüglichkeit
sind auch
Verwaltungsbehörden
und Private

Es ist zu beachten, dass Adressaten der Unverzüglichkeit nicht nur die erkennenden Richter sind, sondern eben auch die Verwaltungsbehörden, welche die Freiheitsentziehung vorübergehend vollziehen. Ausdrücklich bezieht das BVerfG in diese Verpflichtung nunmehr auch Private mit ein.²¹ Verfassungsrechtlich führt dies zu einer unmittelbaren Drittwirkung von Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG auch für Mitarbeiter von privaten Kliniken. Dies ist gerade im Bereich der fürsorgerischen Freiheitsentziehung von großer Bedeutung, da dort die vorübergehenden Freiheitsentziehungen zunächst nicht von Amtspersonen durchgeführt werden, sondern von Personen, welche privatrechtlich bei Kliniken oder sonstigen Einrichtungen angestellt sind. Würde man diesen Personenkreis aus dem Schutzbereich von Art. 104 Abs. 2 GG herausnehmen, wäre der Grundrechtsschutz der von Freiheitsentziehungen betroffenen Personen nicht gewährleistet.

c) In welchem Umfang müssen die Gerichte für Fixierungen einen richterlichen Bereitschaftsdienst zu Tageszeiten vorhalten?

aa) Der zeitliche Umfang

Das BVerfG gibt in der aktuellen Entscheidung dem Staat den eindeutigen Auftrag, im Bereich der Fixierungen für eine Gerichtsorganisation zu sorgen, damit die Unverzüglichkeit auf Seiten der zur Entscheidung berufenen Gerichte gewährleistet wird. Dies führt zur Pflicht zur Vorhaltung eines Bereitschaftsdienstes auch in den Tagesrandzeiten. Ausdrücklich ist dieser Auftrag nicht davon abhängig, ob es auch von 06:00 Uhr bis 21:00 Uhr genug Fälle im entsprechenden Gerichtsbezirk gibt.²² Eine solche Bedarfsanalyse ist nur

für die Nachtzeiten (also dem Zeitraum zwischen 21:00 Uhr und 06:00 Uhr des Folgetages) zulässig.²³

Wird somit ein sachlich und örtlich zuständiges Gericht zur o.g. Tageszeit mit der Sache befasst, so muss es auch unverzüglich entscheiden: Geht eine entsprechende Information zwischen 06:00 Uhr und 21:00 Uhr ein, so wird hierdurch die unverzügliche Amtsermittlungspflicht aus § 26 FamFG ausgelöst. Ausdrücklich führt dies dazu, dass etwa eine Benachrichtigung um 20:50 Uhr noch am selben Tag (unverzüglich!) zu bearbeiten ist und nicht damit abgewartet werden kann, dass sich ein Kollege oder eine Kollegin am nächsten Tag (ab 06:00 Uhr) mit der Sache befasst. Es kann daher zu einer tatsächlichen Beanspruchung von Bereitschaftsdiensten auch über die Tageszeiten des § 758a Abs. 4 S. 2 ZPO hinaus kommen.

bb) Übertragung der Grundsätze auch auf andere Fixierungen und Freiheitsentziehungen im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Unterbringungen

Da andere Fixierungen nicht Inhalt der Verfassungsbeschwerden waren, hat das BVerfG ausdrücklich nur über 5- und 7-Punkt-Fixierungen im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung entschieden. Dies bedeutet indes im Umkehrschluss nicht, dass andere Fixierungsmaßnahmen (z. B. 3-Punkt- oder sog. Cross-Fixierungen) nicht auch Freiheitsentziehungen im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG sein könnten. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Entscheidung, indem das BVerfG ausdrücklich formuliert, dass 5- und 7-Punkt-Fixierungen »jedenfalls« eine Freiheitsentziehung darstellen²⁴ und damit nicht ausgeschlossen wird, dass auch andere Fixierungen derart qualifiziert werden können. Wann eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG vorliegt, richtet sich dann wiederum nach den schon lange bekannten Fragen, ob die Bewegungsfreiheit in alle Richtungen hin aufgehoben ist und ob die Maßnahme nicht nur von kurzer Dauer oder von nur geringer Eingriffsintensität ist.²⁵

Gemessen hieran kann es keinen Zweifel geben, dass auch sämtliche weiteren

körpernahen Fixierungen eine Freiheitsentziehung darstellen, wenn sie nicht nur von sehr kurzer Dauer sind. Auch bei 3-Punkt-Fixierungen oder bei einem Anlegen eines Bauchgurtes im Bett oder in einem Rollstuhl ist die Eingriffsintensität erheblich und die Bewegungsfreiheit in jede Richtung hin aufgehoben: Die betroffenen Personen können sich nicht einmal aus dem eng umgrenzten Bereich ihres Bettes oder Stuhles wegbewegen.²⁶ Ebenso kann m. E. auch die »Halbe-Stunden-Regel« des BVerfG auf diese Fixierungen übertragen werden.

Richtervorbehalt
auch bei
3-Punkt-Fixierungen

Ausdrücklich offen gelassen, aber nicht ausgeschlossen hat das BVerfG die Frage, ob auch die Isolierung in einem anderen Raum (sog. Absonderung) eine neben der schon angeordneten Unterbringung eine weitere Freiheitsentziehung darstellen kann.²⁷ Wird eine solche Maßnahme durchgeführt, so muss sich ein entsprechend angerufenes Gericht im Einzelfall hierzu positionieren.

ccc) Übertragung der Grundsätze auch auf andere Settings unabhängig vom Zweck der Maßnahme

Nach den Kriterien des Bundesverfassungsgerichts kann es für die Qualifikation als Freiheitsentziehung auch keine Rolle spielen, an welchem Ort die Fixierung stattfindet. Denn der Grundrechtseingriff durch eine Fixierung wird qualitativ nicht dadurch geringer, nur weil er sich in einem anderen Setting als der öffentlich-rechtlichen Unterbringung, also z. B. auf somatischen Stationen, in Pflege- und Behinderteneinrichtungen oder auf offenen Stationen in psychiatrischen Krankenhäusern abspielt. Aus diesem Grund muss der Richtervorbehalt und die Unverzüglichkeit auch auf freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1906 Abs. 4 und § 1631b Abs. 2 BGB (ggf. i. V. m. § 1846 BGB) übertragen werden.

Auch der Zweck der Fixierung darf keine Rolle spielen. Dem BVerfG kommt es nicht darauf an, ob der Anwender die Fixierung eigentlich nur aus fürsorgeri-

schen Zwecken oder zur Gefahrenabwehr durchführt.²⁸ Entscheidend ist allein die unmittelbare Zwangswirkung für den Grundrechtsträger.

Im Ergebnis ist es also verfassungsrechtlich geboten, dass für sämtliche freiheitsentziehenden Fixierungen (unabhängig vom Ort und vom Anlass) ein Bereitschaftsdienst zur Tageszeit von 06:00 bis 21:00 Uhr vorgehalten wird. Vor diesem Hintergrund ist es gefährlich, wenn staatliche Stellen den Kliniken nur dann eine Benachrichtigungspflicht auferlegen, wenn eine 5- bis 7-Punkt-Fixierung stattfindet.²⁹ Dadurch werden Umgehungen durch die Kliniken ermöglicht, indem dann eben »nur« noch drei Gliedmaßen fixiert werden oder mittels Medikamenten eine chemische Fixierung stattfindet. Tatsächliche Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht werden so der präventiven richterlichen Kontrolle von vorneherein entzogen, da die Gerichte dann gar nicht von den Grundrechtseingriffen erfahren.

d) Übertragung der Grundsätze auch auf andere Freiheitsentziehungen, insbesondere auf die Straf- und Abschiebehaft und die betreuungsrechtlichen Unterbringungsmaßnahmen

Das Bundesverfassungsgericht hat mit der aktuellen Entscheidung nun zum wiederholten Male ausdrücklich über die Erforderlichkeit der Erreichbarkeit eines Richters zur Tageszeit bei Eingriffen in das Freiheitsgrundrecht entschieden. Damit ist zumindest klar, dass bei Abschiebehaftfällen³⁰, bei polizeilichen Ingewahrsamnahmen³¹ und (nunmehr auch) bei Fixierungen ein täglicher Bereitschaftsdienst vorgehalten werden muss.

Sämtliche Entscheidungen des BVerfG seit 2002 haben gemein, dass sie sich jeweils nicht nur auf die spezielle Maßnahme (Abschiebehaft, polizeiliche Ingewahrsamnahme oder Fixierungen während einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung) beziehen, sondern allgemein auf sämtliche (staatliche und private) Eingriffe, welche eine Freiheitsentziehung nach Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 Abs. 2 GG darstellen. Freiheitsentziehungen gleich welcher Art und welchen Zwecks sind ein solch starker Grundrechtseingriff, dass dadurch der Richtervorbehalt und eben

auch die Erreichbarkeit eines Richters zur Tageszeit (also von 06:00 Uhr bis 21:00 Uhr) ausgelöst wird. Die Grundsatzentscheidung vom 15.05.2002 formulierte dies in kaum zu überbietender Klarheit: »Für den schwersten Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person, die Freiheitsentziehung, fügt Art. 104 Abs. 2 GG dem Vorbehalt des (förmlichen) Gesetzes den weiteren, verfahrensrechtlichen Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung hinzu, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht (vgl. BVerfGE 10, 302 [323] = NJW 1960, 811). Der Richtervorbehalt dient der verstärkten Sicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (vgl. zu Art. 13 Abs. 2 GG BVerfGE 103, 142 [151ff.] = NJW 2001, 1121). Für den Staat folgt daraus die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines zuständigen Richters – jedenfalls zur Tageszeit (vgl. etwa § 188 Abs. 1 ZPO, § 104 Abs. 3 StPO) – zu gewährleisten und ihm auch insoweit eine sachangemessene Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgaben zu ermöglichen (vgl. BVerfGE 103, 142 [156] = NJW 2001, 1121).«³²

Grundrechtseingriff auch bei Freiheitsentzug durch Private

Ausdrücklich wird in den genannten Entscheidungen nicht thematisiert, dass Abschiebehaftanordnungen, polizeiliche Ingewahrsamnahmen oder Fixierungen im Vergleich zu anderen Freiheitsentziehungen besonders schwer wiegen würden und dass nur bei den ausdrücklich vom BVerfG entschiedenen Sachverhalten richterliche Bereitschaftsdienste eingerichtet werden müssten. Vielmehr befasst sich das BVerfG eben nur mit den vorgelegten konkreten Einzelfällen und formuliert hieraus allgemein gültige Vorgaben für sämtliche Freiheitsentziehungen nach Art. 104 Abs. 2 GG.

Hieraus folgt zwingend, dass erheblich mehr Sachverhalte als bisher die ständige Erreichbarkeit eines Richters auslösen: Namentlich betrifft dies v. a. die zahlenmäßig große Anzahl von strafrechtlichen Haft- und Unterbringungsanordnungen

nach §§ 115 Abs. 1, 128 Abs. 1 und 126a StPO sowie die öffentlich- und zivilrechtlichen Unterbringungsmaßnahmen bei psychisch erkrankten oder behinderten Menschen nach den Landesunterbringungsgesetzen und nach §§ 1631b, 1906 BGB. Alle diese Maßnahmen haben gemein, dass in der Regel die Freiheitsentziehungen schon vorläufig durch nicht-richterliche Personen (Polizei, Gesundheitsbehörden, Ärzte, Betreuer, Bevollmächtigte, Sorgeberechtigte) vollzogen werden und deswegen der Richtervorbehalt mit dem Unverzüglichkeitsgebot aus Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG greift. Folgerichtig wird auch in der strafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur für den Erlass von Haftbefehlen gefordert, dass die Auslegung der Unverzüglichkeit in § 115 Abs. 1 StPO und § 128 Abs. 1 StPO die Vorhaltung eines Bereitschaftsdienstes zu Tageszeiten (an Werktagen und Wochenenden) erfordert.³³ Dem kommt weder die strafgerichtliche noch die betreuungsgerichtliche Praxis aktuell nach.

Auch in Bezug auf die fürsorgerischen Unterbringungen nach §§ 1631b, 1906 BGB kann nichts anderes gelten. Diese Freiheitsentziehungen werden zunächst durch gerichtlich bestellte Vertreter (Betreuer, Vormund) oder privatrechtlich oder gesetzlich Bevollmächtigte (Vollmachtnehmer oder Sorgeberechtigte) angeordnet und vollzogen (vgl. §§ 1906 Abs. 2 S. 2 BGB, 1631b Abs. 1 S. 3 BGB). Wie das BVerfG in der aktuellen Entscheidung feststellt, kann es aber für das Eingreifen von Art. 104 Abs. 2 GG keine Rolle spielen, wer diesen zunächst vollzieht. Der Grundrechtseingriff wird schließlich nicht dadurch geringer, dass er nicht durch ein staatliches Organ (z.B. Polizei), sondern durch einen (beliehenen oder ermächtigten) Privaten ausgeführt wird.³⁴ Im Gegenteil benötigt die betroffene Person erst recht den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 104 Abs. 2 GG, da ansonsten privaten Personen mehr Rechte eingeräumt würden als originär staatlichen Organen wie der Polizei. In einem vergleichbaren Zusammenhang hat das BVerfG dies schon im Jahr 1960 mit unmissverständlicher Deutlichkeit klargestellt: »Erweitert Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG den Freiheitsschutz durch richterliche Kontrolle über die kriminellen Fälle hinaus auch auf Freiheitsentziehungen zu fürsorgerischen

Zwecken, so ist es allein folgerichtig, diesen Schutz unabhängig davon zu gewähren, ob der Staat die Fürsorgemaßnahme unmittelbar durch staatliche Organe bewirkt oder ob er sie mit Mitteln des Privatrechts herbeiführt.«.³⁵

Bereitschaftsdienst
für alle Freiheitsentziehungen

Im Ergebnis gibt es daher keinen sachlichen Grund, weshalb andere Freiheitsentziehungen hinsichtlich der Vorhaltung eines Bereitschaftsdienstes anders zu beurteilen wären als solche, über welche das BVerfG bisher ausdrücklich entschieden hat. Freiheitsentziehung ist Freiheitsentziehung und es ist verfassungsrechtlich nicht begründbar, einigen von Freiheitsentziehung betroffenen Personen einen schnelleren präventiven Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen als anderen.

4. Der konkrete Umsetzungsauftrag an die Gerichte und an die Gerichtsorganisationen

a) Verfahrensvorgaben

Die entsprechenden Verfahren sind bei Anwendung der Verfahrensvorgaben des FamFG einerseits von einem erheblichen

Zeitdruck geprägt und andererseits verfahrensrechtlich sehr aufwändig. Es ist gerade nicht damit getan, ein Gericht zu benachrichtigen, und der erkennende Dezernent oder Bereitschaftsrichter trifft dann ad hoc eine Entscheidung vom Tisch aus. Vielmehr geben die Verfahrensvorschriften in §§ 312 ff. FamFG sehr konkrete und v.a. zwingende Vorgaben zur Verfahrensgestaltung vor. Das BVerfG nennt in diesem Zusammenhang insbesondere die (persönliche) Anhörung des Betroffenen (§ 319 FamFG), die Anhörung weiterer Beteiligter (§§ 319 f. FamFG), die Bestellung und Anhörung eines Verfahrenspflegers (§ 317 FamFG) und ggf. die Hinzuziehung eines Dolmetschers.³⁶ Hinzukommen muss noch die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses (§ 321 Abs. 2 FamFG, § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG), was in der Praxis bisher zu den größten Umsetzungsproblemen geführt hat. Ein ärztliches Zeugnis muss nämlich durchaus anspruchsvollen inhaltlichen Anforderungen genügen und kann nur dann als Ermittlungsgrundlage erhalten, wenn es diese Bedingungen auch erfüllt.³⁷ Dies bedurfte und bedarf durchaus großer Koordinationsarbeit mit den entsprechenden Kliniken.

Schließlich ist noch zu beachten, dass die Anfahrtswege zu den Kliniken je nach

Gerichtsbezirk erheblich sind. Keine an Gliedmaßen fixierte Person kann zum Termin der persönlichen Anhörung zu Gericht gebracht werden, so dass sich der erkennende Richter immer auf den Weg zu einem »Auswärtsspiel« in die Kliniken oder sonstigen Einrichtungen machen muss. Dabei muss er sowohl den Transport dorthin als auch die Ladung der weiteren Beteiligten (Verfahrenspfleger,

Die Basiszahlen
von PEBB§Y
reichen nicht aus

Angehörige, Dolmetscher) selbst organisieren. All dies ist mit einem erheblichen Aufwand verbunden und weitaus aufwändiger als jede Haftvorführung, bei welcher Vieles schon entscheidungsreif »geliefert« wird. Die Erfahrungen am Amtsgericht Frankfurt am Main zeigen, dass Fixierungsverfahren von Antragseingang bis Beschlussabfassung³⁸ durchaus einen Zeitraum von bis zu drei Stunden und z.T. länger benötigen. Hinzu kommen dann Arbeiten der Folgedienste (Schreibdienst, Kostenfestsetzungen und Zustellungen der Entscheidungen). Die aktuell in PEBB§Y vorgesehene Basiszahl von 104 Minuten für eine Unterbringungssache wird demgegenüber in keiner Weise dem tatsächlichen

Anmerkungen

- 1 Erweiterte Fassung des Impulsvortrags bei einer Veranstaltung des Landesverbands Hessen am 11.04.2019 in Frankfurt am Main.
- 2 Urteil v. 24.07.2018, Az. 2 BvR 309/15 und 2 BvR 502/16, NJW 2018, 2619 = FamRZ 2018, 1442.
- 3 BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 67] mit Verweis auf zahlreiche weitere Senatsentscheidungen und Literaturstellen.
- 4 BGH FGPrax 2015, 77.
- 5 Grundlegend schon: BayObLG, FamRZ 1994, 721; ebenso: BGH NJW 2011, 520; MüKoBGB/Schwab § 1906 Rn. 86.
- 6 Der zum Teil in der betreuungsrechtlichen Literatur in diesem Zusammenhang noch vertretene geringere Maßstab von § 121 I 1 BGB (»ohne schuldhaftes Zögern«) kann daher nicht aufrechterhalten werden.
- 7 Die Erreichbarkeit eines Richters zur Tageszeit wurde vom BVerfG erstmals im Rahmen von Wohnungsdurchsuchungen gefordert: BVerfG NJW 2001, 1121; für Freiheitsentziehungen ist dies seit BVerfG NJW 2002, 3161 ständige Rspr. des BVerfG, wobei hinsichtlich der Tageszeit noch

- auf § 188 Abs. 1 ZPO (a.F.) und § 104 Abs. 3 StPO Bezug genommen wurde.
- 8 So auch: Grotkopp/FölschDRiZ 2018, 326 (329).
- 9 Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 15.05.2002, 2 BvR 2292/00 = BVerfGE 105, 239 = NJW 2002, 3161; wiederholt durch die sog. Castor-Sitzblockadenentscheidung vom 13.12.2005, 2 BvR 447/05 = NVwZ 2006, 579; erneut bestätigt durch: BVerfG, Urt. v. 04.09.2009, 2 BvR 2520/07; BVerfG, Urt. v. 18.04.2016, 2 BvR 1833/12, 2 BvR 1945/12.
- 10 Einige Landesgesetzgeber haben dies schon vor der BVerfG-Entscheidung erkannt: vgl. z.B. § 20 Abs. 2 PsychKG-NRW; § 39 Abs. 5 S. 2 und 3 PsychKG-Berlin (wobei hier der Richtervorbehalt erst nach 18 Stunden greifen soll).
- 11 BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 68]: »... eine 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung ... stellt eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG dar, es sei denn, es handelt sich um eine lediglich kurzfristige Maßnahme. Von einer kurzfristigen Maßnahme ist in der Regel auszugehen, wenn sie absehbar die Dauer von ungefähr einer halben Stunde unterschreitet.«.

- 12 Hier verweist die BVerfG-Entscheidung auf die Kriterien, welche der Senat bei Zwangsbehandlungen schon im Jahr 2011 aufgestellt hat: BVerfG NJW 2011, 2113.
- 13 Vgl. S3-Leitlinie »Verhinderung von Zwang: Prävention und Therapie aggressiven Verhaltens bei Erwachsenen« der Fachgesellschaft Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde e. V. (DG-PPN) (dort unter Punkt 13.5. Durchführung und menschenwürdige Gestaltung: »Bei Fixierung und Isolierung soll grundsätzlich eine kontinuierliche 1:1 Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal mit der ständigen Möglichkeit des persönlichen Kontakts für die Dauer der Maßnahme erfolgen«.
- 14 BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 113].
- 15 BVerfGE 10, 302–331 (Leitsatz 4.).
- 16 Gemäß § 80 II 1 BVerfGG muss im Vorlagebeschluss dargelegt werden, »inwiefern von der Gültigkeit der Rechtsvorschrift die Entscheidung des Gerichts abhängig ist«.
- 17 Siehe zu den einzelnen Vorschriften den Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 19/9769.

zeitlichen Aufwand gerecht. Auch hier besteht erheblicher Nachbesserungsbedarf.

b) Vorgaben für die Justizverwaltungen und die Politik

Den Ministerien, Justizverwaltungen und Präsidien stehen schon weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, um die entsprechenden Tages- und Bereitschaftsdienste entsprechend auszugestalten. Zu nennen ist hier insbesondere die Zusammenlegung mehrerer Amtsgerichte für den Bereitschaftsdienst nach § 22c Abs. 1 S. 1 und 2 GVG, ggf. auch unter Einbeziehung der Richter an den Landgerichten (§ 22c Abs. 1 S. 3 GVG). Einige Bundesländer, insb. Schleswig-Holstein, haben von dieser Möglichkeit schon umfassend Gebrauch gemacht. Darüber hinaus bietet sich die Bildung von »Experten-Bereitschaftsdiensten« an, was allerdings wohl nur bei großen Amtsgerichten möglich ist. So konnte z. B. das Amtsgericht Frankfurt am Main durch Geschäftsverteilung hierfür schon lange eine spezielle sog. »Rufbereitschaftsabteilung« schaffen.

Trotz dieser Gestaltungsmöglichkeiten bedarf es in jedem Fall eines erheblichen Personalmehrbedarfs im richterlichen (und auch im nichtrichterlichen) Be-

reich.³⁹ Dabei darf m. E. nicht der Weg etwa des Präsidenten des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main gegangen werden, die Anzahl der erledigten Verfahren über einen gewissen Zeitraum zu zählen. Vielmehr muss bei der Stellenbemessung die gesamte Bereitschaftszeit als volle Dienstzeit angerechnet werden. Dies gebietet nicht nur die Rechtsprechung des EuGH⁴⁰, sondern auch der Vergleich zu anderen Professionen, welche Bereitschaftsdienste zu erfüllen haben (Feuerwehr, Polizei, Ärzte, etc.).

Die Fuldaer Erklärung der NRV

Die Neue Richtervereinigung hat in einer Mitwirkungskonferenz in Fulda am 19.01.2019 Grundsätze hierfür entwickelt, welche in der »Fuldaer Erklärung für die Entwicklung eines professionellen richterlichen Bereitschaftsdienstes« zusammengefasst worden sind. Diese Erklärung ist bereits in *Betrifft JUSTIZ 2019*, S. 41, Heft 137, abgedruckt.

Fazit

Der Verfasser ist sich bewusst, dass die Vorhaltung eines Bereitschaftsdienstes in dem hier vorgeschlagenen Umfang ein erhebliches Umdenken in der Richterschaft und in den Gerichtspräsidien

erfordert. All dies ist verfassungsmäßig aufgrund des zwingenden Richtervorbehalts bei Freiheitsentziehungen zwingend und steht nicht zur Disposition der Justizverwaltungen oder der Justizministerien. Die Justiz- und Finanzministerien haben dafür Sorge zu tragen, dem einzelnen Richter »eine sachangemessene Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgaben zu ermöglichen«⁴¹, und dies ist eben nur durch eine – auch zahlenmäßig – ausreichend ausgestattete Justiz realisierbar. Erst recht verbieten sich Entscheidungen nach der gerade vorherrschenden »Kassenlage« oder nach Analysen eines etwaigen Bedarfs. Die bisherige Praxis, immer erst auf konkrete Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu warten, um dann panikartig entsprechende Stellen zu schaffen oder zu verschieben, sollte dringend überdacht werden.

Die Gewährleistung und Realisierung des Richtervorbehalts in Art. 104 Abs. 2 GG in der Praxis ist eine ureigene Aufgabe der Justiz und sollte beim diesjährigen 70-Jahre-Jubiläum des Grundgesetzes immer wieder ins Gedächtnis gerufen werden. ■

18 BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 99]; wortgleich: BVerfG NJW 2002, 3161 [Rn. 36]; BVerfG NVwZ 2006, 579 [Rn. 37]; BVerfG, 2 BvR 1833/12, 2 BvR 1945/12 [Rn. 27].

19 Leitsatz: BVerfGE 105, 239: »Art. 104 II 3 GG setzt dem Festhalten einer Person ohne richterliche Entscheidung mit dem Ende des auf das Ergreifen folgenden Tages eine äußerste Grenze, befreit aber nicht von der Verpflichtung, eine solche Entscheidung unverzüglich herbeizuführen«; ebenso BVerfG, NVwZ 2006, 579 (580) [Rn. 38]: »Das Gebot der Unverzüglichkeit des Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG entfaltet in zweierlei Hinsicht Wirkungen. Zum einen verpflichtet es die Polizei, eine richterliche Entscheidung unverzüglich herbeizuführen. Hat sie eine Person in Gewahrsam genommen, so hat sie alle unter den Umständen des Einzelfalls gebotenen Maßnahmen zu ergreifen, um die nachträgliche richterliche Entscheidung über die Ingewahrsamnahme unverzüglich nachzuholen. Zum anderen muss auch die weitere Sachbehandlung durch den Richter dem Gebot der Unverzüglichkeit entsprechen.«

20 BGH, NJW 1990, 1188: »Im vorliegenden Fall erforderten die Ermittlungen, die dem Richter eine umfassende Grundlage für seine Entscheidung boten,

erheblichen Zeit- und Personalaufwand. Sie wurden schnellstmöglich durchgeführt und der Angekl. anschließend sofort dem Richter vorgeführt.«

21 BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 97] und [Rn. 102].

22 BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 96]: »Für den Staat folgt daraus die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines zuständigen Richters – jedenfalls zur Tageszeit – zu gewährleisten.«

23 Zu den Wohnungsdurchsuchungen bejaht: OLG Hamm NJW 2009, 3109.

24 BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 68].

25 Vgl. hierzu schon oben.

26 Ebenso: Grotkopp/Fölsch, DRiZ 2018, 326 (329).

27 Ausdrücklich: BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 80].

28 So schon BVerfGE 10, 302–331

29 So z. B. ein Schreiben des bayerischen Staatsministeriums für Familie, Arbeit und Soziales vom 26.07.2018 an Unterbringungskliniken.

30 BVerfG NJW 2002, 3161.

31 BVerfG NVwZ 2006, 579.

32 BVerfG, NJW 2002, 3161 [3161 f.].

33 Ausdrücklich LG Hamburg, Beschluss vom 09.03.2009 – 604 Qs 3/09 –, Rn. 8: »In Übertragung der vorgenannten verfassungsrechtlichen Vorgaben für den zuständigen Richter an Werktagen muss dieser Bereitschaftsdienst am Wochenende und an Feiertagen jedenfalls tagsüber erreichbar sein.«; ebenso z. B.: BeckOK/Krauß, § 128 StPO Rn. 2; MüKoStPO/Böhm/Werner § 128 Rn. 11.

34 Ausdrücklich: BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 97].

35 BVerfGE 10, 302 [Rn. 75].

36 BVerfG FamRZ 2018, 1442 [Rn. 100].

37 Ausführlich zu den Anforderungen an ein ärztliches Zeugnis: HK-BUR/Braun Kommentierung zu § 331 FamFG.

38 Vgl. hierzu die Vorgaben in § 323 FamFG und zum Begründungsumfang: BeckOK FamFG/Günter § 323 Rn. 7.

39 Ebenso die Forderung des Deutschen Richterbundes: Grotkopp/FölschDRiZ 2018, 326.

40 Entscheidung des EuGH vom 21.2.2018, Ville de Neville. /. Rudy Matzak, C-518/15.

41 BVerfG, NJW 2002, 3161 [3162].