

# Freiheitsentziehung und Unterbringung

Marschner / Lesting / Stahmann

7. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-80400-7  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

nach öffentlichem Unterbringungsrecht angeordnet werden (BGH NJW 2019, 860; AG Bayreuth R&P 2009, 225 L).

An der **Kausalität** fehlt es auch, wenn die Gesundheitsgefahr erst durch den Abbruch einer unmittelbar nach erfolgter behördlicher Unterbringung begonnenen Medikation entsteht, da sie nicht unmittelbare Folge der psychischen Krankheit selbst ist (OLG Schleswig R&P 1994, 35). Dies hat zur Folge, dass bei vorausgegangener behördlicher Unterbringung mit dem Beginn der Behandlung bis zur richterlichen Entscheidung zu warten ist, um die auf Grund der Krankheit selbst bestehende Gefährlichkeit richtig einschätzen zu können. Vergleichbar sind Situationen, in denen sich die Gefährdung erst durch den von den Betroffenen häufig traumatisch erlebten Ablauf der Unterbringung selbst ergibt. Allerdings kann die Mitursächlichkeit des Verhaltens des Betroffenen bei einer bereits bestehenden gesundheitlichen Vorbelastung der attackierten Person ausreichen (OLG Hamm NJW 2008, 2859). 143

### f) Erforderlichkeit

Eine Unterbringung kommt nach der Regelung der Ländergesetze (hierzu → Rn. 116). nur in Betracht, wenn die Gefahr nicht auf andere Weise abgewendet werden kann. Freiheitsentziehung ist die **ultima ratio**. Dass eine Unterbringung sich häufig durch eine bedarfsgerechte psychiatrische Versorgung vermeiden oder verkürzen lässt, ist fachlich unumstritten (hierzu → Kap. A Rn. 85 f.). Alle weniger eingreifenden Möglichkeiten im Sinn vor- und nachgehender Hilfen und Versorgungsangebote (hierzu ausführlich → Rn. 44 ff. und → Kap. C BGB § 1831 Rn. 25; zur Hinzuziehung eines Krisendienstes als weniger einschneidende Maßnahme Bay Art. 5 Abs. 2 S. 1 und Brem § 12 Abs. 2) oder eine freiwillige stationäre Behandlung sind auszuschöpfen. Auch die Bestellung eines Betreuers mit dem Aufgabenbereich der Gesundheitsfürsorge kann geeignet sein, eine Unterbringung zu vermeiden, da die Möglichkeit besteht, dass der Betreuer den Betroffenen durch positive Einflussnahme zur Behandlung bewegt (OLG Köln NJW-RR 2004, 1590). Das Vorliegen einer Vorsorgevollmacht und einer Patientenverfügung steht bei akuter Selbstgefährdung jedenfalls dann einer Unterbringung nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte die zur Beseitigung der Gefahr erforderlichen Schritte nicht gewährleistet (OLG Hamm FamRZ 2007, 934; OLG Schleswig NJW-RR 2008, 380 = FamRZ 2008, 718 L). Allerdings ist eine Patientenverfügung im Sinn des § 1827 Abs. 1 BGB hinsichtlich der beabsichtigten Behandlungsmaßnahmen auch im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung beachtlich (Olzen, 40 ff.; Stolz/Steinert BtPrax 2014, 12, hierzu → Kap. B Rn. 244). Bei Zweifeln an der psychischen Eignung eines Waffenbesitzers kann es geboten sein, eine anderweitige Unterbringung der Waffen zu veranlassen, nicht aber die Unterbringung des Betroffenen (OLG München FamRZ 2009, 1246, (1248)). 144

## 6. Vollstreckung

### a) Das Vollstreckungsverfahren der Gesundheitsbehörde

- 145 Vor der Darstellung des Unterbringungsvollzugs (→ Rn. 168) bedarf es einer inhaltlichen und vor allem **terminologischen Klärung**. Landesgesetzgebung und Praxis leiden teilweise immer noch an den uneinheitlichen und obsoleten Bezeichnungen des Verwaltungshandelns, das sich an die gerichtliche Anordnung eines Freiheitsentzuges anschließt. Anstelle missverständlicher Begriffe, die von „Ausführung“, „Durchführung“ oder „Vornahme“ bis hin zu „Vollzug“ (Brem § 18; MV § 14; SchlH § 13) oder „Vollziehung“ (§ 328 Abs. 1) reichen, werden hier die Begriffe verwendet, die sich in der Wissenschaft und Bundesgesetzgebung durchgesetzt haben.
- 146 Danach ist zu unterscheiden zwischen der Vollstreckung der gerichtlichen Anordnung und deren Vollzug (vgl. Sächs § 14f). Der **Begriff der Vollstreckung** bezeichnet das Verwaltungshandeln auf Grund der gerichtlichen Anordnung außerhalb des Unterbringungskrankenhauses. Hierzu gehören alle Maßnahmen und Anordnungen, die auf die Einleitung und Ausführung, aber auch Abänderung und Aufhebung bzw. Beendigung einer gerichtlichen Entscheidung gerichtet sind.
- 147 Unter **Vollzug** ist demgegenüber die konkrete Durchführung und Ausgestaltung des Freiheitsentzuges innerhalb des Krankenhauses zu verstehen. Zu den Vollzugsmaßnahmen des Krankenhauses gehören systematisch aber auch Belastungserprobungen und Urlaub, obwohl diese nicht innerhalb des Krankenhauses, sondern außerhalb stattfinden. Ergänzende Erläuterungen finden sich bei der Darstellung des Systems des Unterbringungsrechts in → Kap. A Rn. 31.
- 148 Das „Unterbringungsgericht“ vollstreckt seine Entscheidungen nicht selbst. Die zur Vollstreckung erforderlichen Handlungen werden vielmehr von der zuständigen Verwaltung durchgeführt. Wie in den anderen gerichtlichen Verfahrensordnungen, in denen die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidung Sache desjenigen Beteiligten ist, der sie erwirkt hat, obliegt die Vollstreckung der Unterbringung den **Gesundheitsbehörden**. Eine Ausnahme bildet nur die vorläufige Unterbringung nach §§ 334 FamFG, 1867 BGB, bei der das Betreuungsgericht sowohl das Recht als auch die Pflicht hat, die notwendigen Maßnahmen selbst zu treffen (→ Kap. A Rn. 42; → Kap. C § 1867 Rn. 1 und → Kap. D § 334 Rn. 1).
- 149 Nach einer teilweise noch vertretenen Auffassung soll die Gesundheitsbehörde nicht **von der Vollstreckung absehen** dürfen, da sie bundesrechtlich an die Anordnung des Gerichts gebunden sei. Das ist nicht richtig. Das Gericht ordnet den Freiheitsentzug nicht um seiner selbst willen, also „zur Durchsetzung eines staatlichen Anspruchs auf Freiheitsentziehung“, sondern zur präventiven Gefahrenabwehr an. Wenn die Gefahr nicht mehr akut ist, weil sich der Betroffene, wenn auch möglicherweise unter dem Druck der drohenden Unterbringung, in psychiatrische Behandlung begeben hat oder etwa der Schub seiner Psychose abgeklungen ist, sind die Voraussetzungen der Unterbringung weggefallen. In solchen Fällen darf die Gesundheits-

behörde nicht mehr vollstrecken. Ist der Betroffene bereits untergebracht, muss sie ihn im Prinzip entlassen. Von der Entlassung muss die Behörde das Gericht allerdings unterrichten. Zur Möglichkeit, den Betroffenen zumindest im Vorgriff auf die spätere Entlassung zu beurlauben, um einen nicht gerechtfertigten Freiheitsentzug zu vermeiden → Rn. 368.

Die **hier vertretene Auffassung** entspricht der Rechtslage bei der Vollstreckung von Untersuchungshaft oder einstweiliger Unterbringung nach § 126a StPO. Wenn die Staatsanwaltschaft die Aufhebung der Untersuchungshaft beantragt, darf sie die Haft nach §§ 120 Abs. 3 Satz 2, 126a Abs. 3 Satz 3 StPO nicht weiter vollstrecken; der Betroffene ist auch ohne gerichtliche Entscheidung sofort freizulassen (LR-Hilger § 120 Rn. 46; SK-StPO/Paefken § 120 Rn. 13a; Meyer-Goßner/Schmitt § 120 Rn. 14). Die Anordnung der Unterbringung ist mit anderen Worten nicht der materiellen Rechtskraft iS des Zivilprozessrechts fähig (→ Kap. D FamFG Vorb. §§ 312 Rn. 34).

Die hier vertretene Auffassung wird durch **weitere Gesichtspunkte** gestützt. So gebietet das Freiheitsgrundrecht nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 64 StGB (NJW 1995, 1077), Grad und Ausprägung der psychischen Krankheit oder Störung allein auf Grund erfahrungswissenschaftlicher Beurteilung, also unabhängig vom Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Anordnung zu berücksichtigen. Auch das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht bestätigt die Entlassungskompetenz der Gesundheitsbehörden. Bundesrechtlich geregelt ist nur das gerichtliche Verfahren für die Anordnung der Unterbringung. Sowohl die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung als auch das Verwaltungsverfahren der Vollstreckung sind von der bundesrechtlichen Regelung im Wesentlichen unberührt geblieben und unterliegen deshalb dem Landesrecht.

Das Krankenhaus darf den Betroffenen freilich nicht von sich aus ohne weiteres entlassen, da ihm nicht die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidung obliegt, sondern nur deren Vollzug. Das **Landesrecht** kann dem Krankenhaus jedoch diese Vollstreckungsaufgabe übertragen. Das ist in einigen Bundesländern geschehen.

Eine **uneingeschränkte Entlassungskompetenz** des Krankenhauses haben Baden-Württemberg § 28 Abs. 2 und MV § 16 Abs. 2 normiert.

Darüber hinaus haben alle Einrichtungen während der **sofortigen vorläufigen Unterbringung** (Verwaltungsunterbringung) – auch abgesehen von den Fällen des Fristablaufs (zB Brem § 19 Abs. 7 S. 1; NRW § 14 Abs. 2 S. 3) – eine eigene Entlassungskompetenz (ausdrücklich: BW § 16 Abs. 3 S. 2; Bay Art 14 Abs. 4 S. 1; Bln § 23 Abs. 3 S. 2; Bbg § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 1; Brem § 19 Abs. 4 S. 4; Hess § 17 Abs. 3 S. 1; MV § 15 Abs. 2 S. 2; Sächs § 18 Abs. 2 S. 2), wenn die sofortige medizinische Untersuchung die Annahme des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Unterbringung nicht bestätigt. Dies gilt auch bei Regelungen wie RhPf § 18 Abs. 4, wo nach Satz 5 die Gesundheitsbehörde ihre Anordnung der sofortigen Unterbringung auf entsprechende Anzeige des Krankenhauses zwingend aufzuheben hat. Das Krankenhaus darf auf diese Aufhebung nicht warten. In den Ländern, deren Unterbringungsgesetze eine vollstreckungsrechtliche Entlass-

sungskompetenz nicht ausdrücklich vorsehen, muss in den hier erörterten Fällen zumindest Urlaub gewährt werden (→ Rn. 368).

- 155 Besondere landesrechtliche Regelungen** der Vollstreckung der Unterbringungsanordnung werden nur zu wenigen Punkten benötigt. So bedarf es einer besonderen Regelung, wenn die Vollstreckung – etwa einer vorläufigen Unterbringung nach §§ 331 f FamFG – unmittelbar Sache der Polizei statt der Gesundheitsbehörde sein soll, die sich der Polizei nur im Wege der Amtshilfe bedient (vgl. Bln § 19). Zu den Einzelheiten → Kap. B Rn. 94.
- 156 Kosten:** Wegen der im Vollstreckungsverfahren anfallenden Kosten, vor allem Transportkosten, haben einige Bundesländer besondere Bestimmungen getroffen. Diese werden in → Rn. 465 erörtert.

### b) Vollstreckungskonkurrenz mit Freiheitsentzug auf Grund Bundesrechts

- 157** Gelegentlich steht neben der gerichtlichen Anordnung der Unterbringung nach einem PsychKG oder PsychKHG noch eine andere, damit konkurrierende Anordnung einer Freiheitsentziehung. In erster Linie kommen dafür die verschiedenen Formen strafrechtlichen Freiheitsentzugs in Betracht, aber auch Ordnungs- und Erzwingungshaft sowie die in Kapitel E dieses Buches behandelten Freiheitsentziehungen. Auf die Frage, welche Form des Freiheitsentzugs bei der Anordnung einer anderen vorgeht und wie dieses Verhältnis de lege ferenda geregelt werden sollte, ist an dieser Stelle nicht einzugehen (→ Kap. A Rn. 131). Dagegen ist zu erörtern, was vollstreckungsrechtlich zu geschehen hat, wenn zugleich mit der Anordnung nach einem PsychKG oder PsychKHG eine bundesrechtliche Anordnung von Freiheitsentzug vorliegt. Hierfür ist nicht etwa Art. 31 GG (Bundesrecht bricht Landesrecht) einschlägig. Diese Vorschrift regelt die Lösung von Kollisionen zwischen Bundes- und Landesrecht, nicht aber von Maßnahmen der Exekutive. Vom Vollstreckungsverfahren der Gesundheitsbehörde her betrachtet sind bundesrechtliche Vorrangregeln und landesrechtliche Nachrangregeln zu erörtern:
- 158** Es gibt nur eine einzige **bundesrechtliche Vorrangregel**: Ist eine Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB zu vollstrecken, so geht deren Vollstreckung nach § 463 Abs. 5 Satz 1 StPO allen außerstrafrechtlichen Formen von Freiheitsentzug vor, weil die Staatsanwaltschaft als Strafvollstreckungsbehörde nicht hinter einer anderen Freiheitsentziehung zurücktreten und die Vollstreckung dafür aufschieben darf (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt § 463 Rn. 11). Trotz der Anordnung einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung nach Landesrecht muss sie also die Maßregel vollstrecken, solange die Strafvollstreckungskammer deren Vollstreckung nicht zugunsten der weniger einschneidenden Unterbringung ausgesetzt hat. Soweit diese bundesrechtliche Vorrangregel nicht eingreift, kommen landesrechtliche Nachrangregeln in Betracht.
- 159 Landesrechtliche Nachrangregeln** sind zunächst in Bay Art. 5 Abs. 3, Brem § 12 Abs. 5; Hess § 9 Abs. 2, Saar § 10 Abs. 5, Sächs § 10 Abs. 3; LSA § 17 Abs. 2 S. 1 und Thür § 8 Abs. 3 normiert. Danach tritt die Vollstreckung einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung zurück hinter zu voll-

streckende Anordnungen nach §§ 63, 64 StGB, 81, 126a StPO sowie hinter die Sicherungsverwahrung, wenn für sie eine Überweisung in den Vollzug einer anderen Maßregel nach § 67a StGB vorliegt. Dagegen tritt sie nicht zurück hinter die Sicherungsunterbringung nach §§ 453c, 463 StPO. In Bremen darf die öffentlich-rechtliche Unterbringung nur vollstreckt werden, wenn Maßnahmen nach §§ 126a und 453c StPO, § 7 JGG oder §§ 63, 64 und 66 des StGB nicht getroffen sind. Die Regelung in Sachsen ist ähnlich wie die in Bayern, jedoch ist hier der Nachrang auch hinter die Sicherungsunterbringung nach §§ 453c StPO vorgesehen. Demgegenüber umfasst sie – wie die Regelung in Hessen – nicht die Sicherungsverwahrung in den Fällen des § 67a StGB, so dass hier statt einer Vollstreckung im Maßregelkrankenhaus auch deren Unterbrechung zugunsten einer Vollstreckung der PsychK (H)G-Unterbringung zulässig ist.

Eine weitere Nachrangregel findet sich in RhPf § 11 Abs. 4: Ist der Betroffene bereits – auf welcher Rechtsgrundlage auch immer – aufgrund richterlicher Anordnung in Haft oder in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Gewahrsam, so darf die Gesundheitsbehörde unabhängig von seinem Gesundheitszustand nicht darauf bestehen, ihn von dort in ein psychiatrisches Krankenhaus zu verlegen. Enger ist die Regelung in Hmb (§ 9 Abs. 3), wo eine Unterbringung unzulässig ist, solange die betroffene Person nach § 126a StPO einstweilen untergebracht ist. 160

**Uneigentliche Nachrangregeln** sind solche, nach denen die Anordnung der Unterbringung zwingend aufgehoben werden muss, wenn etwa eine Maßregel nach §§ 63, 64 StGB oder die Anordnung einer einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO oder § 7 JGG vorliegt (Bln § 15 Abs. 4; NRW § 11 Abs. 3; LSA § 17 Abs. 2 S. 2; Thür § 8 Abs. 3). Hiermit kann allerdings nur der Nachrang nach zu vollstreckenden Maßregeln gemeint sein und nicht hinter solchen, deren Vollstreckung nach § 67b oder § 67d Abs. 2 StGB ausgesetzt ist. Dies verdeutlicht NRW § 11 Abs. 3 iVm § 1 Abs. 3, wo auf den tatsächlichen anderweitigen Freiheitsentzug abgestellt wird. Eine Unterbringung kann nämlich auch dann notwendig sein, wenn die Voraussetzungen eines Widerrufs der Aussetzung der Maßregelvollstreckung nach § 67g StGB nicht vorliegen, zB mangels ausreichender Erheblichkeit der befürchteten rechtswidrigen Taten. Das kommt beispielsweise in Brem § 12 Abs. 5 zum Ausdruck. Dort wird die Sicherungsunterbringung nach § 453c StPO (iVm § 463 StPO) erwähnt. Diese setzt die Aussetzung der Vollstreckung der Maßregel zur Bewährung voraus. Ist die der Gesundheitsbehörde vorliegende Unterbringungsanordnung nach einer der aufgeführten Vorschriften zwingend aufzuheben, darf sie diese in der kurzen Zeit bis zur Aufhebung nicht schnell noch vollstrecken, selbst wenn das an sich möglich wäre. 161

Wo **keine dieser Regelungen** eingreift, also in BW, Bbg, MV, Nds und SchlH, hat die Gesundheitsbehörde abzuwägen, wo der Betroffene besser aufgehoben ist. Regelmäßig wird insoweit die landesrechtliche Unterbringung vorzuziehen sein. Kostenüberlegungen sind bei der Abwägung nicht legitim und haben als Kriterium auszuschneiden. Zum Rechtsweg → Kap. B Rn. 101. Bei Meinungsverschiedenheiten mit der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde besteht für die Gesundheitsbehörde kein 162

Anlass, von ihren begründeten Überlegungen abzuweichen und gegenüber dem Drängen der Staatsanwaltschaft nachzugeben. Stattdessen ist der Aufsichtsbehörde zu berichten, damit die Entscheidung zwischen den beteiligten Ministerien getroffen wird.

### c) Vollstreckungsplan und Beleihung

- 163** Länder, die mehrere psychiatrische Krankenhäuser für den Vollzug der Unterbringung betreiben, müssen zur Gewährleistung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) deren örtliche und sachliche Zuständigkeit nach objektiven Kriterien in einem Vollstreckungsplan festlegen. Die Entscheidung darf nicht dem Ermessen der Gesundheitsbehörde überlassen werden (so aber BW § 18 Abs. 1, Brem § 18 Abs. 1 („möglichst wohnortnah“) und Hess § 10 Abs. 3). Die folgenden Landesgesetze enthalten die gesetzliche Grundlage für den Vollstreckungsplan: Bln § 19 S. 1; Bbg § 10 Abs. 2; MV § 12; NRW § 10 Abs. 3; RhPf § 14 Abs. 1; Sächs § 2 Abs. 3; LSA § 16 Abs. 1; SchlH § 13 Abs. 2.
- 164** Eine gesetzliche Regelung ist auch erforderlich, wenn eine **private Einrichtung** für den Vollzug der Unterbringung herangezogen werden soll. Die Heranziehung eines „Beliehenen“ bedarf eines Beleihungsakts, der eine gesetzliche Grundlage haben muss. Die entsprechenden Regelungen finden sich in: BW § 14 Abs. 1 Nr. 3; Bay Art. 8 Abs. 4; Bln § 19; Bbg § 10 Abs. 2; Brem § 15; Hmb § 13a; Hess § 11; MV § 12 Abs. 3; Nds § 15 Abs. 2 S. 2; NRW § 10a; RhPf § 14 Abs. 5; Saar § 13 Abs. 6; Sächs § 15 Abs. 2; LSA § 16 Abs. 1 S. 2, SchlH § 13 Abs. 3.
- 165** Die flächendeckende Tendenz zur Privatisierung von Krankenhäusern ist eine der wesentlichen strukturellen Veränderungen der letzten Jahre und Jahrzehnte (zu entsprechenden Entwicklungen im Maßregelvollzug vgl. Kammeier/Pollähne/Baur Rn. C 68 ff.; Volckart/Grünebaum III. Teil Rn. 560; Feest/Lesting/Lindemann/Pollähne Teil IV Vorb. § 136 Rn. 23; im Strafvollzug: Feest/Lesting/Lindemann Teil I Rn. 15 jeweils mwN). Trotz vielfältiger Kritik hat sich die Tendenz weitgehend durchgesetzt. Dabei ist sie insbesondere dort problematisch, wo – wie bei der Unterbringung psychisch Kranker – in besonderem Maße in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen wird. Art. 33 Abs. 4 GG schreibt für hoheitliche Tätigkeiten des Staates in der Regel Beamte vor (sog. **Funktionsvorbehalt**). Deshalb kann man eine Privatisierung von Einrichtungen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung als einem Kernbereich hoheitlicher Verwaltung mit einer Mindermeinung aus gutem Grund für weitgehend ausgeschlossen halten (vgl. OLG Naumburg NStZ 2011, 347; LG Flensburg ZJJ 2005, 208; Grünebaum R&P 2006, 55).
- 166** Die **herrschende Rechtsprechung** (BVerfG NJW 2012, 1563 mabl-Anm Grünebaum R&P 2012, 121; NdsStGH R&P 2009, 99 mAnm Baur; vgl. auch OLG Schleswig R&P 2006, 37 mAnm Baur; Lübke-Wolff 2016, 61) hat demgegenüber inzwischen eine großzügigere Leitlinie vorgegeben. Danach bedürfen Abweichungen vom Grundsatz des Funktionsvorbehalts lediglich der Rechtfertigung durch einen spezifischen, dem Sinn der Ausnahmemöglichkeit entsprechenden Ausnahmegrund. Auch mit dem Demo-

kratieprinzip und den Grundrechten der Betroffenen soll eine Privatisierung vereinbar sein. Zur Umsetzung der gesetzlichen Beilehungsregeln im Bran-  
PsychKG vgl. Hauk R&P 2009, 174 (179 ff.).

Unabhängig von der Organisationsform trägt der Staat die **Verantwortung** für die Einrichtung. Ihm obliegt wegen des Rechts der Patienten auf körperliche und psychische Unversehrtheit die Pflicht, private psychiatrische Kliniken zu überwachen und zu kontrollieren (EGMR R&P 2005, 186 mAnm Cremer EuGRZ 2008, 562). 167

## 7. Vollzug der Unterbringung

### a) Grundlagen des Vollzugsrechts

**aa) Erkenntnisquellen.** Der Freiheitsentzug in einer geschlossenen Ein-  
richtung ist mit gravierenden Eingriffen in die **Grundrechte der Betroffen-**  
**nen** verbunden. Diese Grundrechtseingriffe wurden früher als „in der Natur  
der Sache“ liegend angesehen. Nach der Lehre vom „besonderen Gewalt-  
verhältnis“ befand sich etwa der Strafgefangene in einem spezifischen Unter-  
werfungs- und Pflichtenverhältnis zum Staat, kraft dessen er alle Rechts-  
beschränkungen hinzunehmen hatte, die sich aus den allgemein anerkannten  
Strafzwecken und Aufgaben des Vollzuges – wie dem Schutz der Allgemein-  
heit oder der Resozialisierung des Straftäters – ergaben. Damit erübrigten  
sich zugleich besondere gesetzliche Grundlagen und spezielle Normen für  
die über den reinen Freiheitsentzug hinausgehenden Eingriffe. 168

Diese Auffassung ist spätestens seit der grundlegenden Entscheidung des  
Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug (NJW 1972, 811) überholt. Das  
besondere Gewaltverhältnis bietet keine Grundlage für Grundrechtsein-  
schränkungen. Grundrechte gelten vielmehr auch für Insassen geschlossener  
Anstalten; Einschränkungen können nur durch Gesetz oder aufgrund eines  
Gesetzes erfolgen („**Gesetzesvorbehalt**“). Das Erfordernis einer gesetzli-  
chen Grundlage setzt auch der extensiven Auslegung von Eingriffsnormen  
Grenze. Selbst therapeutische Beurteilungsspielräume ändern nichts am Er-  
fordernis einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage (Lübbe-Wolff 2016, 21 zur  
einschlägigen Rspr. des BVerfG). 169

Der Notwendigkeit einer **Kodifizierung** sind Bundes- und Landesgesetz-  
geber im Straf-, Maßregel- und Unterbringungsvollzugsrecht in sehr unter-  
schiedlicher Weise nachgekommen. Während der Strafvollzug vergleichs-  
weise schnell und detailliert geregelt wurde, blieben die Vorschriften zum  
Maßregel- und Unterbringungsvollzug lange Zeit allenfalls rudimentär. Die-  
ser Befund ist angesichts der Häufigkeit von Unterbringungen (→ Kap. A  
R.n. 53) allein mit der unterschiedlichen Population im Straf- und Maß-  
regelvollzug nicht zu erklären. 170

Eine Erklärung für die früheren gesetzgeberischen Defizite liegt sicherlich  
im Konstrukt einer „**Grundrechtsunmündigkeit**“, wonach psychisch  
Kranke ihre Grundrechte nicht ausüben können, weil sie durch ihre Erkran-  
kung daran gehindert sind, die Bedeutung und den therapeutischen Nutzen  
staatlicher Eingriffe zu erkennen (vgl. Volckart/Grünebaum 2015, 409). 171

Auch diese Vorstellung ist überholt und taugt allenfalls zum Verständnis der Gesetzgebungsgeschichte.

- 172 Ein differenziertes Vollzugsrecht ist zunächst für den Strafvollzug entwickelt worden. Hierzu gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung und Literatur. Diese hat in den letzten Jahrzehnten eine **Dogmatik des Vollzugsrechts** entwickelt, die bei aller Unterschiedlichkeit der Rechtsmaterien und betroffenen Personengruppen auch für das Verständnis des Unterbringungsvollzugsrechts nutzbar gemacht werden kann. Die in der Rechtsprechung und Literatur zum Straf-, aber auch Maßregelvollzug entwickelten Vollzugsstandards können außerdem gelegentlich Hinweise darauf geben, was im Unterbringungsvollzug zumindest gewährleistet sein muss. Es besteht kein Grund, untergebrachte Personen schlechter als Strafgefangene oder Maßregelvollzugspatienten zu behandeln („Verschlechterungsverbot“).
- 173 Das Unterbringungsvollzugsrecht ist zugleich **besonderes (Gesundheits-)Verwaltungsrecht**. Daraus folgt die Anwendbarkeit verwaltungsrechtlicher Verfahrensvorschriften. So ist beispielsweise der Betroffene vor einer belastenden Vollzugsmaßnahme grundsätzlich anzuhören. Das folgt aus dem Recht auf ein faires Verfahren und dem Rechtsstaatsprinzip. Anwendbar sind weiter etwa die Grundsätze über den Widerruf und die Rücknahme von Verwaltungsakten oder der Kontrolle von Ermessensentscheidungen.
- 174 Die Kenntnis dessen, was zum dogmatischen Verständnis des Vollzugsrechts in der öffentlich-rechtlichen Unterbringung beitragen kann, erübrigt aber nicht eine eigenständige, den Besonderheiten einer Unterbringung und der untergebrachten Personen ausreichend Rechnung tragende **gesetzliche Regelung**. Deshalb erscheint es problematisch, wenn manche Länder das Recht des Vollzugs der Maßregeln und der öffentlich-rechtlichen Unterbringung in demselben Gesetz und sogar weitgehend inhaltsgleich geregelt haben. Immerhin hatte die bayerische Landesregierung der massiven Kritik am Entwurf eines neuen Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz zumindest insoweit Rechnung getragen, dass nicht mehr einfach die Regelungen des Bayerischen Maßregelvollzugsgesetzes mehr oder weniger auf die öffentlich-rechtliche Unterbringung übertragen wurden.
- 175 **bb) Differenzierung der Maßnahmen.** Zum Verständnis der Vollzugsmaßnahmen des Krankenhauses sind mehrere Differenzierungen erforderlich. Zuerst muss zwischen **belastenden Maßnahmen**, die sich gegen den Betroffenen richten, und **begünstigenden Maßnahmen**, die aufgrund eines Rechtsanspruchs oder einer Ermessensentscheidung der Einrichtung zu seinen Gunsten wirken, unterschieden werden. Die Unterscheidung ist wichtig, weil das Unterbringungsvollzugsrecht häufig neben Rechten der Betroffenen Ermessens- und Beurteilungsspielräume vorsieht.
- 176 Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten kommt eine weitere Differenzierung hinzu. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG umfasst nicht nur Abwehrrechte, die dem Staat, dh hier der Einrichtung, (Eingriffs-) Grenzen setzen. Es hat auch eine positive Seite. Da der Staat dem Betroffenen mit der Unterbringung zum Zweck der präventiven Gefahrenabwehr ein **Sonderopfer** auferlegt, muss er die Mindeststandards eines menschenwürdigen Vollzugs schaffen und die dafür erforderlichen Leistun-