

Johannes Holzer

## Ein PsychKG für Bayern

### Unterbringungsrecht im Spannungsfeld der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern, Polizeirecht und freiwilliger Gerichtsbarkeit

*Die öffentlich-rechtliche Unterbringung psychisch Kranker erfolgt in den meisten Bundesländern auf der Grundlage moderner Gesetze, die Hilfen für Betroffene in den Vordergrund stellen, zwangsweise Eingriffe in Übereinstimmung mit dem Verfassungsrecht auf das Mindestmaß begrenzen und einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten. Das in Bayern derzeit vorhandene Unterbringungsrecht entspricht diesen Anforderungen nicht mehr. Der folgende Beitrag versucht die Ursachen dieses Defizits im Spannungsfeld zwischen Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern, Polizeirecht und freiwilliger Gerichtsbarkeit aufzuzeigen und stellt dazu die wesentlichen Entwicklungslinien der öffentlich-rechtlichen Unterbringung in Bund und Bayern nebst ihren Verbindungslinien zur freiwilligen Gerichtsbarkeit vor. Ferner wird aufgezeigt, wie bestehender Reformbedarf in Bayern umgesetzt werden könnte.*

#### I. Einführung

Das Recht der öffentlich-rechtlichen Unterbringung blieb trotz mehrerer Anläufe des Bundesgesetzgebers bis heute den Ländern überlassen, die den Weg von einem auf Verwahrung gerichteten Polizeirecht zu einem Hilferecht für psychisch Kranke höchst unterschiedlich und zum Teil nur mühsam beschreiten. Während einige Länder fortschrittliche und verfassungskonforme Regelungen geschaffen haben, wird die Reform der öffentlich-rechtlichen Unterbringung in Bayern seit Jahren ohne Ergebnisse diskutiert. Der folgende Beitrag zeigt, weshalb es zu den einer Reform des Unterbringungsrechts abträglichen landesrechtlichen Zuständigkeiten kommen konnte und wie ein rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechendes und fortschrittliches Unterbringungsrecht in Bayern gestaltet werden könnte.

DOI: 10.5771/0023-4834-2018-2-150

## II. Unterbringungsrecht im Spannungsfeld zwischen Polizeirecht und freiwilliger Gerichtsbarkeit

### 1. Das Unterbringungsrecht bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs

#### a. Unterbringungsrecht vom 19. Jahrhundert bis zum Ende der Weimarer Republik

Im Bayern des 19. Jahrhunderts wurde das Unterbringungsrecht wie im übrigen Reichsgebiet als sog. „Rechtspolizei“ verstanden, die von den „echten“ Polizeisachen<sup>1</sup> und der im Entstehen begriffenen freiwilligen Gerichtsbarkeit dogmatisch noch nicht abgegrenzt werden konnte.<sup>2</sup> Daran änderte auch das am 1.1.1900 in Kraft getretene FGG nichts, das als Rahmengesetz zur Ausführung des materiellen Rechts diente.<sup>3</sup> Die Unterbringung außerhalb des Strafrechts blieb von der Einführung des FGG unbeeinflusst und eine Materie des Polizeirechts,<sup>4</sup> das weit weniger Rechtsgarantien als das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthielt. In Bayern galt das Polizeistrafgesetzbuch von 1871 (BayPStGB),<sup>5</sup> dessen Art. 80 wie folgt lautete:

*"Vernachlässigung der Aufsicht über Blödsinnige und Geistesranke; Einschaffung in die Irrenanstalt wegen Gemeingefährlichkeit.*

*I. Wer mit Gefahr für Personen oder Eigentum oder für die öffentliche Sittlichkeit Bödsinnige oder Geistesranke, deren Aufsicht ihm obliegt, frei auf Straßen oder an öffentlichen Orten herumgehen läßt, wird an Geld bis zu einhundertfünfzig Reichsmark bestraft.*

*II. Hat eine solche Person einen Angriff gegen Personen oder fremdes Eigentum verübt oder die öffentliche Sicherheit verletzt und ist wegen Unzurechnungsfähigkeit des Beschuldigten entweder ein Strafverfahren gar nicht eingeleitet worden oder ein das Strafverfahren einstellendes Erkenntnis erfolgt oder ist die Gemeingefährlichkeit einer solchen Person in sonstiger Weise festgestellt, so ist die Polizeibehörde berechtigt, auf den Grund bezirksärztlichen Gutachtens deren Unterbringung in einer Irrenanstalt oder deren sonstige genügende Verwahrung anzuordnen."*

Art. 80 Abs. 2 BayPStGB sollte die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht im Interesse der Betroffenen wahren, sondern diene allein der Öffentlichkeit.<sup>6</sup> Für eine Unterbringung genügte ein Angriff gegen einzelne Personen oder fremdes Eigentum, der auch in Drohungen bestehen konnte, wobei eine konkrete Gefährdung der Allgemeinheit nicht erforderlich war.<sup>7</sup> Eine Unterbringung war auch bei die "öffentliche Sittlichkeit" beeinträchtigenden Belästigungen und die Verletzung des "allgemeinen Sittlichkeitsgefühls"

1 Dazu Hormuth, Beschwerdeberechtigung und materielle Beteiligung im fG-Verfahren, 1976, 65 f.

2 Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, 2. Aufl. 1881, 459 f.; dazu auch Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., § 1 Rn. 4 f.

3 Holzer, ZNotP 2013, 294, 296.

4 Bartelheimer, Die Entwicklung des Unterbringungsrechts bis zum Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen vom 1. Juli 1956 und dessen Auswirkung auf die Gesetzgebung der Bundesländer, 2003, 19.

5 Dazu Gallwas/Lindner/Wolff, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl., 19.

6 Weinisch, Polizeistrafgesetzbuch nebst einem Anhang wichtiger Vorschriften, 3. Aufl., 1931, Art. 80 Anm. 3.

7 Weinisch (Fn. 6), Art. 80 Anm. 5, 7.

möglich.<sup>8</sup> Die Konzeption des BayPStGB stand damit im Einklang mit der im 19. Jahrhundert vorherrschenden "Wohlfahrtspflege", die die Fürsorge für Hilfsbedürftige und die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch Erfassung und Einschließung sozial unerwünschter Personen zu erreichen suchte.<sup>9</sup> Zu diesem Personenkreis gehörte auch der Bayerische König Ludwig II, dessen Unterbringung auf Grundlage des Art. 80 Abs. 2 BayPStG erfolgt sein dürfte.<sup>10</sup>

Das BayPStGB enthielt lediglich rudimentäre Verfahrensregeln. Immerhin war der gesetzliche Vertreter des Betroffenen durch die die Unterbringung anordnende Verwaltungsbehörde anzuhören und das bezirksärztliche Gutachten nach einer persönlichen Untersuchung des Betroffenen sowie Anhörung des behandelnden Arztes zu erstellen. Falls nicht vorhanden, war für den Betroffenen ein gesetzlicher Vertreter zu bestellen und anzuhören.<sup>11</sup>

Da nicht nur das BayPStGB, sondern auch andere landesrechtliche Regelungen veraltet waren, wurde ab Anfang der 1920er Jahre versucht, ein einheitliches Unterbringungsrecht für das gesamte Deutsche Reich zu schaffen, wobei sich die Zielsetzung der Unterbringung änderte: So ging ein Gesetzentwurf der "Zentrumspartei" über die Unterbringung gefährlicher Personen hinaus und sollte auch als sozial "minderwertig" erkannte Personen erfassen.<sup>12</sup> Obwohl dieser Entwurf scheiterte, hatte das Reich Rahmenvorschriften für die Unterbringung "arbeitsscheuer" Personen durch die Länder erlassen,<sup>13</sup> in denen sich das Ziel der Unterbringung von dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu von der Gesellschaft nicht geduldete Abweichungen von der nicht näher definierten gesellschaftlichen "Norm" entfernte. Die in der Weimarer Republik begonnene Entwicklung wies den Weg für die Perversion des Rechts in der Zeit des Nationalsozialismus, der ebenso wie in anderen Rechtsgebieten<sup>14</sup> zuvor entwickelte Ideen aufgriff und im Sinne des Regimes zu politisch motivierten Regelungen uminterpretierte und verdichtete.

## b. Unterbringungsrecht in der NS-Zeit

Das nationalsozialistische Regime knüpfte die Unterbringung nicht an psychische Erkrankungen, sondern an eine nach Belieben bestimmte "soziale Anomalität" sog. "asozialer" Personen.<sup>15</sup> Die strafrechtliche Unterbringung im Arbeitshaus (§ 42d RStGB 1933), später auch durch die sog. "Schutzhaft" in Konzentrationslagern, sollte bestimmte Verhaltensweisen und Lebensgestaltungen unterbinden,<sup>16</sup> die sich bei "Abweichungen" von gesellschaftlichen Normen wie Alkoholmissbrauch mit landesrechtlichen Regelungen überschneiden. Ob Art. 80 Abs. 2 BayPStGB bei Unterbringungen nach 1933 überhaupt noch angewandt wurde, erscheint zweifelhaft, weil das BayPStGB durch die Besei-

8 Weinisch (Fn. 6), Art. 80 Anm. 6.

9 Dazu Häfner, HDJBO 2016, 119, 121.

10 Häfner, Ein König wird beseitigt. Ludwig II von Bayern, 2011, 252.

11 Weinisch (Fn. 6), Art. 80 Anm. 1, 2, 4.

12 Bartelheimer (Fn. 4), 35 ff.

13 Ausführlich Bartelheimer (Fn. 4), 45 ff.

14 Zum Konkursrecht Holzer, in: Paulus/Wimmer-Amend (Hrsg.), Festschrift für Dr. Klaus Wimmer, 2017, 294 (322 f.).

15 Zur Begrifflichkeit ausführlich Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung "Asoziale" im Nationalsozialismus, 27.6.2016 – WD 1 – 3000 – 026/16, 4 ff.

16 Werle, Jura 1991, 10 (11 f.).

tigung der Eigenstaatlichkeit der Länder bedeutungslos wurde<sup>17</sup> und sich das nationalsozialistische Regime über bestehendes Recht bedenkenlos hinwegsetzte. Ein entsetzliches Beispiel dafür ist die organisierte Ermordung untergebrachter Personen im Rahmen der sog. „T-4“-Aktion.<sup>18</sup> Zu einer reichseinheitlichen Regelung über die Unterbringung kam es trotz fortgeschrittener Entwürfe bis Ende des Zweiten Weltkriegs jedoch nicht.<sup>19</sup>

## 2. Unterbringung und Bundesrecht

### a. Freiheitsentziehungsgesetz und „Irrenfürsorgegesetz“

Die ersten Jahre nach dem Zweiten Weltkrieg waren von der Regelung unmittelbarer Existenzprobleme gekennzeichnet, für die das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wegen seines flexiblen, auf eine rasche Rechtsvorsorge und Streitentscheidung ausgelegten Verfahrens als „Allheilmittel“ erschien.<sup>20</sup> Der Bundesgesetzgeber unterstellte deshalb neu zu regelnde Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere die auf Grund des Art. 104 GG notwendig gewordene gesetzliche Regelung des Verfahrens der Freiheitsentziehung.<sup>21</sup> Das FEVG<sup>22</sup> erfasste jedoch nur die durch „öffentliche Gewalt“ vorgenommene Unterbringung in einer Anstalt, etwa zum Schutz vor ansteckenden Krankheiten. Die Unterbringung von „Geisteskranken“ in Heil- und Pflegeanstalten regelte der Bundesgesetzgeber entgegen § 1 Buchst. b) des Regierungsentwurfs<sup>23</sup> und entsprechender Zusagen gegenüber den Ländern<sup>24</sup> nicht im FEVG. Stattdessen wurde erwogen, die rechtsstaatlich unzureichenden, zum Teil aus dem 19. Jahrhundert stammenden, lückenhaften und unterschiedlichen Regelungen der Länder<sup>25</sup> durch ein besonderes, angeblich bereits in Vorbereitung befindliches „Irrenfürsorgegesetz“ zu regeln.<sup>26</sup> Dies wurde auch in der Literatur gefordert.<sup>27</sup> Zu einer bundesrechtlichen Regelung kam es gleichwohl nicht; vielmehr blieb das Unterbringungsrecht weiterhin der Gesetzgebungskompetenz der Länder überlassen, die es als Polizeirecht behandelten, das Verfahren jedoch immer mehr dem Regime des FGG unterstellten.

17 Schiedermaier, BayVBl. 1962, 200 (203).

18 Dazu Gruchmann, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1972, 235 ff.; Rickmann, "Rassenpflege im völkischen Staat", Vom Verhältnis der Rassenhygiene zur nationalsozialistischen Politik, 2002, 250.

19 Dazu ausführlich Bartelheimer (Fn. 4), 51 ff.

20 Exemplarisch Weitnauer/Wirths, WEG, 2. Aufl., § 43 Rn. 1.

21 Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Freiheitsentziehungen, BT-Drs. 2/169, 7, abgedruckt auch bei Saage/Göppinger, FEVG, 2. Aufl., Einleitung Rn. 4; dazu auch Böning, SchlHA 1958, 253 (254); Prütting/Helms/Jennissen, FamFG, 3. Aufl., § 415 Rn. 1.

22 Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen vom 29.6.1956, BGBl. I 1956, 599.

23 Saage, BAnZ vom 21.8.1952, 3.

24 Dazu Protokoll der Sitzung des Bayerischen Ministerrats vom 25.9.1951, im Internet abrufbar unter <http://www.bayerischer-ministerrat.de>.

25 Kobelt, MDR 1952, 394 (395); Bartelheimer (Fn. 4), 83 f.

26 Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen, BT-Drs. 2/169, S. 7; dazu auch BMJ (Hrsg.), Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 1961, 412; dazu auch Bartelheimer (Fn. 4), 127.

27 Kersting, JZ 1960, 309 (311).

## b. Unterbringungsrecht und FGG-Reform

Auch wenn die Anwendung des FGG im Unterbringungsverfahren für die Betroffenen günstiger war als das Verwaltungsverfahren des Polizeirechts, war es doch mit vielfältigen Mängeln behaftet. Abgesehen davon, dass allgemeine Verfahrensvorschriften fehlten,<sup>28</sup> entsprach auch das FGG nicht den Anforderungen des Verfassungsrechts. Wie in anderen Eingriffsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit waren im Unterbringungsrecht der Länder „obrigkeitlich-inquisitorische Züge“ festzustellen,<sup>29</sup> die sich insbesondere durch Missachtungen des Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) offenbarten.<sup>30</sup> Literatur<sup>31</sup> und Rechtsprechung<sup>32</sup> betrachteten die Anhörung der Beteiligten bis Anfang der 1950er Jahre lediglich als Mittel der Aufklärung im Rahmen der Amtsermittlung ohne grundrechtliche Implikationen. Erst später<sup>33</sup> verdichtete sich die Forderung nach rechtlichem Gehör in Beteiligtenrechten<sup>34</sup> und der Forderung nach ihrer gesetzlichen Regelung.<sup>35</sup> Bis dahin blieb das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit dogmatisch auf dem Stand der Jahrhundertwende.<sup>36</sup> Dies galt auch für das Bayerische Unterbringungsrecht.

Die nächste Äußerung zum Unterbringungsrecht auf Seite des Bundes erfolgte Jahre später von der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit,<sup>37</sup> die den Reformbedarf der freiwilligen Gerichtsbarkeit ermittelte und Eckpunkte einer künftigen Reform einschließlich des Entmündigungsverfahrens erarbeitete.<sup>38</sup> Die Kommission schlug darüber hinaus eine Vereinheitlichung des Unterbringungsrechts der Länder und die einheitliche Unterstellung des Verfahrens unter das Regime des FGG vor.<sup>39</sup> Die Vorschläge wurden in der Folge nicht aufgegriffen: Die 1962 eingesetzte Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit sollte Vorschläge zur Verbesserung des Verfahrens in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorlegen.<sup>40</sup> Ihr 1977 veröffentlichter Entwurf einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit mahnte lediglich die Rechtsbereinigung des der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugehörigen Landesrechts an, klammerte aber die Unterbringungssachen aus.<sup>41</sup> Damit bestand abermals kein Anlass zur bundesrechtlichen Regelung des Unterbringungsrechts.

28 Kollhosser, Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1970, 4 f., 8.

29 Jansen, Wandlungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1964, 19.

30 Dazu Keidel, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1964, 158 ff.; ders., JZ 1957, 746 (747); Hager, ZZP 94 (1981), 407.

31 Vgl. nur Schlegelberger, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1952, § 12 Anm. 19.

32 BayObLGZ 1948/1951, 412 (418); OLG Hamm Rpfleger 1950, Sp. 425.

33 Etwa durch BayObLGZ 1956, 51 (54); BayObLGZ 1956, 353 (360); BayObLGZ 1958, 74 (75); KG NJW 1954, 1410; dazu auch Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., Einl. Rn. 9.

34 Keidel (Fn. 30), 74 ff., 82.

35 Kollhosser (Fn. 28), 111.

36 Hormuth (Fn. 1), 2.

37 BMJ (Fn. 26), 3.

38 BMJ (Fn. 26), 317, 327 f., 329 f.

39 BMJ (Fn. 26), 412.

40 BMJ (Hrsg.), Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 3.

41 BMJ (Fn. 40), 19.

### c. Das Betreuungsgesetz

Der wegen der ausufernden Regelung des Beteiligtenbegriffs gescheiterte Kommissionsentwurf von 1977 brachte die Gesamtreform der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorerst zum Erliegen. Übrig blieb die besonders drängende Reform der Entmündigung, der Vormundschaft über Volljährige und der Gebrechlichkeitspflegschaft. Als „kleine FGG-Reform“ entstand das Betreuungsgesetz vom 12.9.1990,<sup>42</sup> das andere Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie das FEVG ausklammerte,<sup>43</sup> das überkommene Rechtsinstitut der Entmündigung durch die Betreuung ersetzte<sup>44</sup> und das Verfahrensrecht in den §§ 70-70n FGG neu regelte.<sup>45</sup>

Der Bundesgesetzgeber erteilte dabei einer Vereinheitlichung des Unterbringungsrechts – sowohl in Gestalt einer Zusammenführung der öffentlich-rechtlichen und der zivilrechtlichen Unterbringung als auch einer isolierten Regelung der öffentlich-rechtlichen Unterbringung – abermals eine Absage. Die Begründung hierfür erscheint fragwürdig: Die Bundesregierung hatte zwar erkannt, dass die öffentlich-rechtliche Unterbringung in den meisten Ländern nicht mehr ausschließlich als Polizeirecht, sondern zunehmend unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit verstanden wurde. Auch vertrat die Bundesregierung die Meinung, dass das Recht der öffentlich-rechtlichen Unterbringung dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge zuzurechnen sei, für die nach Art. 74 Nr. 7 GG eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit bestand, die das Bundesverfassungsgericht nicht befürwortet habe.<sup>46</sup> Richtig ist, dass sich das Bundesverfassungsgericht zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die öffentliche Fürsorge geäußert,<sup>47</sup> diese aber nicht in Zweifel gezogen hatte. Jedoch diente dies der Bundesregierung als Grund dafür, das Unterbringungsrecht abermals keiner bundesrechtlichen Regelung zuzuführen.

### d. Das FamFG

Das FamFG sollte vor allem das Verfahren in Familiensachen aus der ZPO in die freiwillige Gerichtsbarkeit überführen.<sup>48</sup> In das FamFG wurde auch das bisherige FGG integriert, wobei man sich im Wesentlichen auf eine „Umschreibung“ der bisherigen Vorschriften, eine teilweise Neustrukturierung des Normenbestands sowie die „Übernahme“ einiger außerhalb des FGG geregelter Materien beschränkte.<sup>49</sup> Die Schaffung grundlegend neuer Regelungsstrukturen hatte der Gesetzgeber ebenso wenig beabsichtigt wie einen Eingriff in die bisher durch Landesrecht geregelten Materien. Buch 3 des FamFG enthält daher lediglich das Verfahren in Betreuungssachen und klammert Unterbringungssachen aus.<sup>50</sup> Die Gründe dafür dürften in anfänglichen Vorbehalten der Länder ge-

42 BGBl. I, S. 2002.

43 Begründung zu § 70 FGG-RegE, BT-Drs. 11/4528, 183.

44 Klüsener, Rpfleger 1989, 217 (219).

45 Dazu Begründung zu § 70 FGG-RegE, BT-Drs. 11/4528, S. 183; Bumiller/Winkler, FGG, 5. Aufl., Einl. Anm. 18; Coester, Jura 1991, 1 (3).

46 Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige, BT-Drs. 11/4528, 80.

47 BVerfG Rpfleger 1982, 23.

48 Allgemeine Begründung zum FamFG-RegE, BT-Drs. 16/6308, 162.

49 Holzer, ZNotP 2013, 294 (302).

50 Allgemeine Begründung zum FamFG-RegE, BT-Drs. 16/6308, 170.

legen sein, die das FamFG wegen der Änderung gerichtlicher Zuständigkeiten zunächst kritisch gesehen hatten. Die Bundesregierung wollte diese Unstimmigkeiten nicht durch einen Eingriff in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für Unterbringungssachen vertiefen. Das Ergebnis ist bedauerlich, weil damit auf lange Zeit die Chance zu einer bundeseinheitlichen Regelung des Rechts der öffentlich-rechtlichen Unterbringung verfallen wurde. Doch zurück zur Entwicklung des Unterbringungsrechts in Bayern.

### 3. Unterbringung im Bayerischem Landesrecht nach dem Zweiten Weltkrieg

#### a. Das Ende des Polizeistrafgesetzbuchs

Die Voraussetzungen der Unterbringung und das ihr zugrunde liegende Verfahren entsprachen nach dem Zusammenbruch des NS-Regimes nicht mehr den gewandelten rechtsstaatlichen Anforderungen. Gleichwohl wurde Art. 80 Abs. 2 BayPStGB zunächst weiterhin angewandt. Die Abschaffung der Vorschrift ist der amerikanischen Militärregierung zu verdanken, die sie mit den Grundsätzen der Demokratie für unvereinbar hielt, weil nur dem Richter, nicht aber einer Verwaltungsbehörde das Recht zur Anordnung der freiheitsentziehenden Unterbringung gewährt werden dürfe. Die Vorschrift wurde deshalb durch Entschließung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren vom 9. März 1949 außer Kraft gesetzt.<sup>51</sup>

#### b. Das Bayerische Verwahrungsgesetz

Nach der Außerkraftsetzung des Art. 80 Abs. 2 BayPStGB bestand für eine „Verwahrung“ von psychisch Kranken zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung keine rechtliche Grundlage mehr.<sup>52</sup> Die Arbeiten zu einem landesrechtlichen Unterbringungsgesetz wurden von der Bayerischen Staatsregierung rasch in Angriff genommen, später aber zurückgestellt, da der Bund die Regelung der Unterbringungssachen in einem Ausführungsgesetz zu Art. 104 GG angekündigt hatte.<sup>53</sup>

Nachdem klar wurde, dass der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz in Unterbringungssachen nicht ausüben werde, kam der Bayerische Landtag dem dringenden Bedürfnis zur Neuregelung der öffentlich-rechtlichen Unterbringung durch das Verwahrungsgesetz vom 30.4.1952<sup>54</sup> nach. Die von diesem Gesetz erfassten Personen konnten in einer Heil- und Pflegeanstalt, einer Nervenklinik, einer Entziehungsanstalt oder sonst in geeigneter Weise „verwahrt“ werden, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, d.h. einer Gemein- oder Selbstgefährdung<sup>55</sup> erforderlich war (Art. 1 BayVerwahrG). Zweck des Gesetzes war weiterhin nicht die Behandlung, sondern die „Verwahrung“, d.h., das „Wegschließen“ der Betroffenen in einer Weise, die die Öffentlichkeit vor Gefahren schützen sollte. Dies wurde wegen des Fortschritts der Be-

51 Weiler, Bayerisches Ärzteblatt 1953, 51; Weidmann, Professor Dr. med. Max Mikorey (1899-1977). Leben und Werk eines Psychiaters an der Psychiatrischen und Nervenklinik der Ludwig-Maximilians-Universität München, 287 ff.

52 Zu Regelungen in anderen Bundesländern Kobelt, MDR 1952, 394 (395).

53 Protokoll der Sitzung des Bayerischen Ministerrats vom 25.9.1951, im Internet abrufbar unter <http://www.bayerischer-ministerrat.de>.

54 Gesetz über die Verwahrung geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen vom 30.4.1952, BayGVBl. 163.

55 Stanglmair, BayVBl. 1971, 290.



handlungsmöglichkeiten im Bayerischen Senat kritisiert,<sup>56</sup> änderte jedoch an dem obrigkeitlich-inquisitorischen Grundkonzept des Gesetzes nichts, der der freiwilligen Gerichtsbarkeit bis weit in die Nachkriegszeit hinein anhaftete.<sup>57</sup>

Immerhin hatte der Gesetzgeber das Verfahren dem Regime der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterstellt (Art. 2 Abs. 3 BayVerwahrG) und damit gegenüber dem BayPStGB für mehr Rechtsstaatlichkeit gesorgt. Eine Unterbringung durfte nur durch Entscheidung des Richters und auf Antrag der Kreisverwaltungsbehörde angeordnet werden (Art. 2 Abs. 1 BayVerwahrG); ihr war eine maximal dreimonatige "vorläufige" Unterbringung vorgeschaltet, die zur Beobachtung des Betroffenen und Erstellung eines fachärztlichen Gutachtens diente.<sup>58</sup>

Die Kosten des Verfahrens hatte der Betroffene zu tragen, da er die Unterbringung – gleich ob verschuldet oder nicht – selbst veranlasst hatte.<sup>59</sup> Art. 4 Abs. 5 BayVerwahrG öffnete dem Betroffenen gegen die Unterbringung den Beschwerdeweg.<sup>60</sup> Abgesehen von diesen verfahrensrechtlich notwendigen, aber in der zeitgenössischen Literatur als Erschweris betrachteten Zugeständnissen an das Grundgesetz und die Bayerische Verfassung<sup>61</sup> stand das BayVerwahrG in der Rechtstradition der polizeirechtlichen Regelung des Art. 80 Abs. 2 BayPStGB und setzte dessen Entwicklungslinie trotz verfahrensrechtlicher Einbindung des FGG ungebrochen fort. Das BayVerwahrG wurde deshalb nach wie vor dem materiellen Polizeirecht zugeordnet<sup>62</sup> und als "reines Sicherheitsgesetz" charakterisiert.<sup>63</sup> Immerhin konnte eine öffentlich-rechtliche Unterbringung von Minderjährigen durch eine zivilrechtliche Unterbringung auf Veranlassung der Eltern vermieden werden.<sup>64</sup> Die Einbindung des FGG in das Unterbringungsverfahren war jedoch ein erster Schritt auf dem langen Weg von einem durch "Wegsperrern" dominierten Polizeirecht hin zu einem der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterstellten Rechtsvorsorgerecht mit zeitgemäßen Hilfe- und Interventionsangeboten.

### c. Das Bayerische Unterbringungsgesetz

#### aa. Zweck

Das BayVerwahrG entsprach nach einiger Zeit immer weniger den steigenden rechtsstaatlichen Anforderungen. Es wurde deshalb nach längerer Diskussion und mehreren im Bayerischen Landtag nicht behandelten Gesetzentwürfen<sup>65</sup> durch das Bayerische Unterbringungsgesetz vom 20.4.1982<sup>66</sup> abgelöst, das wenig Neuerungen brachte, sondern ebenfalls der polizeirechtlichen Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ver-

56 Weiler, Bayerisches Ärzteblatt 1953, 51 (53).

57 Dazu oben II.2.b.

58 Stanglmair, BayVBl. 1971, 290.

59 Stanglmair, Rpfleger 1971, 208.

60 Stanglmair, BayVBl. 1971, 290 (291).

61 Dazu Weiler, Bayerisches Ärzteblatt 1953, 51 (53).

62 Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3. Aufl., S. 590; Kullmann, NJW 1967, 287.

63 Stanglmair, BayVBl. 1971, 290 (291).

64 BayObLG Rpfleger 1963, 348.

65 Dazu Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung, LT-Drs. 9/2431, 15.

66 Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker (Unterbringungsgesetz), BayGVBl. 1982, 202, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.7.2015, BayGVBl. 2015, 222.



pflichtet blieb.<sup>67</sup> Dies änderte sich auch nicht durch die Anpassung des BayUnterbrG an die Regelungen des Betreuungsgesetzes. Zweck der Unterbringung ist nach Art. 1 Abs. 1 BayUnterbrG auch heute noch eine von dem psychisch kranken oder infolge Geisteschwäche oder Sucht psychisch gestörten Betroffenen ausgehende Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Die praktische Anwendung des BayUnterbrG wirft diverse Probleme auf, da die Unterbringung in manchen Bayerischen Amtsgerichtsbezirken unabhängig von dem Vorliegen der Unterbringungsgründe nicht über das BayUnterbrG, sondern auf Grundlage des § 1846 BGB erfolgt.<sup>68</sup> Vermutlich meidet eine nicht unerhebliche Zahl von Richtern die öffentlich-rechtliche Unterbringung wegen ihres polizeirechtlichen Hintergrunds und bevorzugt statt dessen die zivilrechtliche Unterbringung.<sup>69</sup> Dass hierdurch bei der Finanzierung Schieflagen zwischen den einzelnen Leistungsträgern (Kommunen und Bezirke) eintreten, liegt auf der Hand.

### *bb. Materielle Voraussetzungen der Unterbringung*

Materielle Voraussetzungen der Unterbringung sind bestimmte psychische Zustände des Betroffenen, die alle Arten geistiger Abnormalität unabhängig von der Ursache ihrer Entstehung erfassen (z.B. hirnorganische Störungen, Psychopathien).<sup>70</sup> Die für eine Unterbringung erforderliche Schwere der Erkrankung ist gesetzlich nicht definiert. Jedoch ist anerkannt, dass die Störung zumindest einen Schweregrad erreichen muss, der Krankheitswert hat.<sup>71</sup> Geringe Abweichungen von der „Norm“ rechtfertigen somit eine Unterbringung nach dieser Regelung nicht.<sup>72</sup>

Daneben ist eine Unterbringung auch möglich, wenn eine psychische Störung geringeren Schweregrads vorliegt, die Folge einer Geistesschwäche oder Sucht ist. Die Abgrenzung zwischen psychischer Krankheit und psychischer Störung ist lediglich graduell-quantitativ und nicht qualitativ zu verstehen.<sup>73</sup> Im zuletzt genannten Fall ist jedoch erforderlich, dass die Störung wegen der von ihr ausgehenden verminderten Erkenntnis- und Einsichtsfähigkeit (bei Geistesschwäche) bzw. Zwangseinwirkung (bei Alkohol- oder Drogensucht) erheblichen Einfluss auf die Willensbildung und Steuerungsfähigkeit des Betroffenen hat.<sup>74</sup>

Erforderlich ist ferner, dass durch die vorgenannten Störungen des Betroffenen eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entsteht. Die öffentliche Sicherheit umfasst dabei die Unverletzlichkeit der öffentlichen Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des

67 Vorblatt zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung, LT-Drs. 9/2431, 1; ebenso die anderen damals geltenden Unterbringungsgesetze der Länder, vgl. Dodegge, NJW 1987, 1910 (1915).

68 Dazu die Anzahl der Unterbringungen zwischen 2008 und 2012, in: Antwort des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, LT-Drs. 17/657, 2.

69 Allgemeine Begründung des Gesetzentwurf zur Hilfe und Unterbringung in psychischen Krisen und bei psychischen Krankheiten (PsychKHG), LT-Drs. 17/2622, 9.

70 Zimmermann, Bayerisches Unterbringungsgesetz, Praxiskommentar, 4. Aufl., Rn. 2.

71 BayObLG NJW 2002, 146 (147); BayObLG BtPrax 2002, 39.

72 Zimmermann (Fn. 70), Rn. 2a.

73 BayObLG FGPrax 2002, 91 f.; Begründung zu Art. 1 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung, LT-Drs. 9/2431, 16.

74 Zimmermann (Fn. 70), Rn. 3.

Staates und der sonstigen Träger der Hoheitsgewalt. Hier geht es insbesondere um Fälle von Körperverletzung, Randalen und Gewalttätigkeiten.<sup>75</sup> Der Verfasser kann sich erinnern, dass er während seiner Tätigkeit als Amtsrichter die Unterbringung eines Betroffenen nach dem BayUnterbrG angeordnet hat, der auf der Straße mit einer Eisenstange wahllos auf Passanten einschlug. Hier lag offenbar eine Drittgefährdung vor, die mit dessen "Wegschließen" beendet war. Dem Betroffenen war damit nicht geholfen, und das ist bis heute so geblieben.

Darüber hinaus erscheint die Anordnung der Unterbringung wegen einer Störung der öffentlichen Ordnung nicht erforderlich.<sup>76</sup> Diese umfasst die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzungen eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens betrachtet werden.<sup>77</sup> Streng genommen würde dies wie nach Art. 80 Abs. 2 BayPStGB auch die Unterbringung von Betroffenen erlauben, deren Verhalten in der Öffentlichkeit als störend oder anstößig empfunden wird. Die Rechtsprechung legt die Störung der öffentlichen Sicherheit jedoch zu Recht eng aus, so dass Schreien und Anpöbeln von Passanten, Spucken auf den Boden und leichtere Beleidigungen nicht für eine Unterbringung ausreichen.<sup>78</sup>

Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 BayUnterbrG kann eine Unterbringung auch bei einer erheblichen Eigengefährdung (Leben oder Gesundheit) des Betroffenen erfolgen. Die öffentlich-rechtliche Unterbringung überschneidet sich hier mit der zivilrechtlichen Unterbringung des § 1846 BGB. Dies ist bedenklich, weil in einer Eigengefährdung keine Störung der öffentlichen Sicherheit liegen dürfte. Eine Störung der öffentlichen Ordnung scheidet hier von vornherein aus.

Die Unterbringung wegen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung weist das BayUnterbrG trotz partieller Anwendbarkeit des FamFG auch heute noch dem Polizeirecht zu und lässt bereits bei der Zweckbestimmung des Gesetzes fürsorgende Aspekte stark in den Hintergrund treten. Es wird deshalb zu Recht kritisiert, dass dies mit Art. 2, Art. 5 und Art. 14 Abs. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention nicht vereinbar ist.<sup>79</sup>

### *cc. Behandlung und Hilfen*

Der primäre Zweck des Gesetzes – Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung – schlägt sich auch in Art. 2 BayUnterbrG nieder. Danach ist der Betroffene wegen seiner psychischen Erkrankung oder Störung zwar auch zu behandeln, um ein eigenverantwortliches Leben in der Gemeinschaft führen zu können. Die Behandlung des Betroffenen tritt jedoch gegenüber der Sicherheitsfunktion der Unterbringung zurück. Demzufolge ordnet Art. 3 Abs. 3 BayUnterbrG keine eigenen Hilfen für den Betroffenen an, sondern verweist auf die Bestimmungen des Sozialgesetzbuchs, ohne diese im Einzelnen zu nennen oder auf konkrete Vorschriften Bezug zu nehmen.<sup>80</sup> Aus dem

75 Zimmermann (Fn. 70), Rn. 6.

76 Zimmermann (Fn. 70), Rn. 5.

77 Dodegge, NJW 1987, 1910 (1916).

78 BayObLGZ 1989, 17 (19 f.).

79 Marschner, Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses des Bayerischen Landtags für Gesundheit und Pflege vom 24.6.2014, 3; zu Parallelen im Betreuungsrecht vgl. Lachwitz, KJ 2004, 385 (397 ff.).

80 Marschner (Fn. 79), 2.

Gesetz kann somit nicht entnommen werden, welche Hilfen dem Betroffenen im Einzelfall anzubieten sind. Dies wird auch durch den Fürsorgegrundsatz des Art. 4 BayUnterbrG nicht kompensiert und hat in der Praxis zur Folge, dass Hilfen nur unzureichend gewährt werden.

### *dd. Zwangsbehandlung*

Verfassungswidrig sind die nach Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayUnterbrG angeordneten „unaufschiebbaren“ Behandlungsmaßnahmen. Der Betroffene hat diese Maßnahmen zu dulden, bei denen auch unmittelbarer Zwang angewandt werden kann (Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayUnterbrG). Die Verpflichtung des Betroffenen zur Duldung der gegen ihn angewandten Behandlung erscheint als landesrechtliches Relikt des in der Mitte des 19. Jahrhunderts entstandenen,<sup>81</sup> durch das Bundesverfassungsgericht aber längst aufgegebenen<sup>82</sup> „besonderen Gewaltverhältnisses“.<sup>83</sup> Bereits aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug kann entnommen werden, dass die Zwangsbehandlung als besonders schwerer Grundrechtseingriff zu werten ist, der nicht zum Schutz Dritter erfolgen darf, sondern auf die Fälle krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit begrenzt ist.<sup>84</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat zudem hinsichtlich des PsychKG Mecklenburg-Vorpommern entschieden, dass eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Durchführung einer Zwangsbehandlung nur dann vorliegt, wenn sie die krankheitsbedingte Unfähigkeit des Betroffenen zur Einsicht oder dessen Unfähigkeit zu einsichtsgemäßigem Verhalten zur Voraussetzung hat.<sup>85</sup> Zudem muss es dem Betroffenen zur Wahrung der Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 GG jedenfalls bei planbaren Behandlungen möglich sein, dagegen rechtzeitig Rechtsschutz zu erlangen. Die Behandlung darf nicht allein durch die unterbringende Einrichtung angeordnet werden, sondern bedarf einer vorherigen Prüfung durch unabhängige und sachkundige Dritte. Damit bestehen erhöhte Anforderungen an die materielle Grundlage der Zwangsbehandlung, die nur dann zulässig ist, wenn sie im Hinblick auf das ihren Einsatz rechtfertigende Behandlungsziel Erfolg verspricht. Das ist nur dann der Fall, wenn eine weniger einschneidende Maßnahme nicht in Betracht kommt und der ohne Druck erfolgte Versuch der Erlangung einer Einwilligung erfolglos war.<sup>86</sup>

Diesen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit – insbesondere der Geeignetheit und Erforderlichkeit – wird Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayUnterbrG in keinsten Weise gerecht, da der Betroffene ohne weiteres zum Zweck seines "Wegschließens" und zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zwangsweise behandelt werden darf. Ob der Betroffene einsichtsfähig ist oder nicht, ist dabei ebenso irrelevant wie sein Wunsch nach einer vorherigen gerichtlichen Klärung der Zwangsbehandlung. Ein "Vier-Augen-Prinzip" gibt es nicht; vielmehr werden die Voraussetzungen der Zwangsbehandlung allein durch die unterbringende Einrichtung und nicht durch unabhängige Dritte überprüft. Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayUnterbrG dürfte deshalb einer Überprüfung durch das Bundes-

81 Kemp, JuS 1972, 701 (702 ff.).

82 BVerfG NJW 1972, 811 ff.

83 Dazu Schmidt-Recla, HFR 2013, 111 ff.

84 BVerfG NJW 2011, 3571 (3572).

85 BVerfG, NJW 2017, 2982.

86 BVerfG, NJW 2017, 2982 (2983).

verfassungsgericht und den Bayerischen Verfassungsgerichtshof – auch im Wege der Popularklage nach Art. 98 Satz 4 der Bayerischen Verfassung – nicht standhalten und sollte dringend geändert werden.

### *ee. Verfahren*

Die mit dem Betreuungsgesetz vorgenommene Unterstellung des Verfahrens des BayUnterbrG unter das Regime der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt unter dem FamFG fort (§ 313 Nr. 2 FamFG).<sup>87</sup> Damit ist auch dessen Buch 1 auf das Unterbringungsverfahren anwendbar, soweit es mit der Eigenart dieses Verfahrens vereinbar ist und keine Sonderregeln wie die folgenden bestehen: Der Richter ordnet die Unterbringung nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag der Kreisverwaltungsbehörde an (Art. 5 BayUnterbrG), die die Voraussetzungen für die Unterbringung ermittelt und dabei erforderlichenfalls einen Arzt hinzuzuziehen hat (Art. 7 Abs. 1 BayUnterbrG). Die Kreisverwaltungsbehörde vollzieht auch die Unterbringung – notfalls mit Hilfe der Polizei (Art. 8 BayUnterbrG). Ob dabei in allen Fällen die verfassungsrechtlich unabdingbare richterliche Anhörung<sup>88</sup> gewährleistet ist, mag bezweifelt werden. Alle mit der Unterbringung verbundenen freiheitsentziehenden Maßnahmen dürfen nur durch den Richter angeordnet werden; dies gilt sowohl im vorläufigen Verfahren (Art. 7 Abs. 1 Satz 4 BayUnterbrG) als auch für die sofortige vorläufige Unterbringung (Art. 10 Abs. 5 Satz 4 BayUnterbrG).

Gegen Maßnahmen im Vollzug der Unterbringung wie Untersagung von Besuch (Art. 15 Abs. 2 BayUnterbrG), Briefkontrolle (Art. 16 Abs. 3 Satz 1 BayUnterbrG) und Telefonate (Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BayUnterbrG) kann nach Art. 10 Abs. 7 Satz 1 BayUnterbrG Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt werden. Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass Betroffene abgesehen von der Zwangsbehandlung auch sonst einschneidenden Einschränkungen ihrer persönlichen Freiheit unterworfen sind, gegen die sie sich nicht effektiv zur Wehr setzen können.

Die vorgenannten Ausführungen zeigen, dass das BayUnterbrG von Anfang an wesentliche rechtsstaatliche Verfahrensgarantien vermissen lässt. Dies wurde bis heute nur marginal korrigiert: So gestattete die Rechtsprechung erst nach längerer Zeit die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer vorläufigen Unterbringung im Wege des Fortsetzungsfeststellungsantrags.<sup>89</sup> Auch wurde die Erstattung außergerichtlicher Kosten des Betroffenen bei erfolglosen Rechtsmitteln der Kreisverwaltungsbehörde gegen die Aufhebung der Unterbringung nicht von Anfang an gewährt.<sup>90</sup>

### *ff. Zwischenergebnis*

Das BayUnterbrG erscheint trotz Verknüpfung mit dem FamFG nach wie vor als ein von obrigkeitlich-inquisitorischen Anschauungen geprägtes, dem Polizeirecht stärker als fürsorglichen Ansätzen verpflichtetes und von überkommenen Ordnungsgedanken geprägtes Gesetz, das in seinen tatbestandlichen Voraussetzungen weder hinreichend konkret ausgestaltet ist noch von einem gesetzgeberischen Willen zur Hilfe gegenüber den

87 VG Bayreuth, Beschl. v. 13.10.2013 – B 2.K 13.726.

88 BVerfG Rpfleger 1982, 23.

89 BayObLG BayVbl. 1983, 602 (603 f.).

90 BayObLG BayVbl. 1990, 507 (508).

Betroffenen getragen ist.<sup>91</sup> Das Verfahren nach dem BayUnterbrG ist in großen Teil mit den Grundrechten der Betroffenen nicht vereinbar und hinsichtlich der Zwangsbehandlung verfassungswidrig, von einem Verstoß gegen die UN-Behindertenrechtskonvention ganz zu schweigen. Das BayUnterbrG ist deshalb dringend reformbedürftig.<sup>92</sup> Die folgenden Ausführungen zeigen, wie eine solche Reform aussehen könnte.

### *III. Die Reform des Bayerischen Unterbringungsgesetzes*

#### **1. Notwendigkeit**

Trotz bestehender Gesetzgebungskompetenz dürfte angesichts der seit Anfang der 1950er Jahre bestehenden Vorbehalte nicht damit zu rechnen sein, dass der Bund ein Unterbringungsgesetz erlässt. Somit bleibt nur eine Reform des Bayerischen Unterbringungsrechts, die dieses auf das verfassungsrechtlich gebotene Niveau hebt. Ein erster Referentenentwurf des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen stammt aus dem Jahr 2001,<sup>93</sup> während ein Fraktionsentwurf<sup>94</sup> nach einem Beschluss des Bayerischen Landtags zur Einrichtung eines "runden Tisches"<sup>95</sup> im parlamentarischen Verfahren nicht weiter behandelt wurde und der parlamentarischen Diskontinuität anheimgefallen ist.

Die Zurückhaltung des Bayerischen Landtags bei der Reform des Unterbringungsrechts verwundert, weil Bayern für den Maßregelvollzug bereits die Wende vom Sicherheitsrecht zum Gesundheitsrecht vollzogen hat. So nennt Art. 2 Satz 2 BayMRVG<sup>96</sup> die Heilung bzw. Besserung des Gesundheitszustands des Betroffenen als Ziel des Gesetzes. Der Betroffene erhält Gelegenheit, an der Behandlung mitzuwirken (Art. 3 BayMRVG) und für ihn ist ein Behandlungs- und Vollzugsplan aufzustellen (Art. 5 BayMRVG), während sich seine Behandlung sich primär an der Prämisse der Freiwilligkeit orientiert (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 BayMRVG). Zwangsweise Behandlungen sind nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 BayMRVG nur unter engen Voraussetzungen im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässig.<sup>97</sup> Auch wenn Unterschiede zwischen den materiellen Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung und dem Maßregelvollzug bestehen,<sup>98</sup> so zeigt das BayMRVG Ansätze eines Umdenkens des Bayerischen Gesetzgebers in Richtung einer verfassungskonformen Mitwirkung der Betroffenen und deren Behandlung. Dies sollte auf für das Bayerische Unterbringungsrechts gelten.

91 Allgemeine Begründung des Gesetzentwurf zur Hilfe und Unterbringung in psychischen Krisen und bei psychischen Krankheiten (PsychKHG), LT-Drs. 17/2622, 9.

92 Marschner (Fn. 79), 2.

93 Allgemeine Begründung des Gesetzentwurf zur Hilfe und Unterbringung in psychischen Krisen und bei psychischen Krankheiten (PsychKHG), LT-Drs. 17/2622, 9.

94 Gesetzentwurf zur Hilfe und Unterbringung in psychischen Krisen und bei psychischen Krankheiten (PsychKHG), LT-Drs. 17/2622.

95 Eckpunkte und runder Tisch für ein Psychisch-Krankenhilfe-Gesetz, LT-Drs. 17/2708.

96 Gesetz über den Vollzug der Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie der einstweiligen Unterbringung (Bayerisches Maßregelvollzugsgesetz) vom 17.7.2015, BayGVBl. S. 222, BayRS 312-3-A.

97 Begründung zu Art. 5 bis 7 RegE-BayMVRG, LT-Drs. 17/4944, 23.

98 Allgemeine Begründung zum RegE-BayMVRG, LT-Drs. 17/4944, 22.

## 2. Die Gesetze anderer Länder als Vorbild

Wie eingangs erwähnt, sind Regelungen anderer Bundesländer wesentlich fortschrittlicher als das BayUnterbrG.<sup>99</sup> Sowohl das BWPsychHKG,<sup>100</sup> das NdsPsychKG<sup>101</sup> als auch das ThürPsychKG<sup>102</sup> sind vom Grundsatz der Hilfe dominiert (§ 1 Nr. 1 BWPsychHKG, § 1 Nr. 1 NdsPsychKG, § 2 ThürPsychKG). Die Gesetze definieren Hilfen, die psychisch kranke Menschen in die Lage versetzen sollen, ein eigenverantwortliches und selbstbestimmtes Leben zu führen (§ 5 BWPsychHKG, § 6 Abs. 2 NdsPsychKG, § 3 Abs. 1 ThürPsychKG). Zuständig dafür sind sozialpsychiatrische Dienste der Kreisverwaltungsbehörden (§ 6 Abs. 1 BWPsychHKG, § 7 Abs. 1 NdsPsychKG, § 4 Abs. 1 ThürPsychKG), die Hilfen planen und koordinieren (§ 8 BWPsychHKG, § 9 NdsPsychKG, § 5 ThürPsychKG). Eine Unterbringung kann nur auf Antrag des sozialpsychiatrischen Dienstes durch den Richter angeordnet werden (§ 15 Abs. 1 BWPsychHKG, § 18 Abs. 1 NdsPsychKG, § 8 Abs. 1 ThürPsychKG), wobei meist die Regelungen des FamFG mit ihren gegenüber dem früheren FGG verstärkten rechtsstaatlichen Sicherungen anwendbar sind. Dem Antrag auf Unterbringung muss ein fachärztliches Gutachten beigelegt werden (§ 15 Abs. 2 Satz 1 BWPsychHKG, § 17 Abs. 1 Satz 2 NdsPsychKG, § 8 Abs. 2 ThürPsychKG). Nur ausnahmsweise ist eine vorläufige Unterbringung ohne gerichtliche Anordnung zulässig (§ 16 Abs. 1 BWPsychHKG, § 17 Abs. 1 Satz 2 NdsPsychKG, § 9 ThürPsychKG). Bei Freiheitsbeschränkungen ist die Verhältnismäßigkeit zu beachten (§ 10 Abs. 1 ThürPsychKG), wobei umfassende Dokumentationen und Aufklärungen des Betroffenen zu erfolgen haben (§ 20 Abs. 4 Satz 3 BWPsychHKG, § 10 Abs. 2 und 3 ThürPsychKG). Eine Behandlung ohne den Willen des Betroffenen ist nur bei gegenwärtiger Gefahr für diesen oder Dritte zulässig (§ 20 Abs. 3 BWPsychHKG, § 21a NdsPsychKG, § 12 Abs. 3 ThürPsychKG). Besondere Sicherungsmaßnahmen wie Fixierung und unmittelbarer Zwang (§ 25 Abs. 2 Nr. 4 BWPsychHKG, § 21c Abs. 1 Nr. 4, § 16 ThürPsychKG) sind nur unter eng umrissenen Voraussetzungen gestattet (§ 14 Abs. 1 ThürPsychKG). Ferner gibt es nachsorgende Hilfen (§ 28 ThürPsychKG). Die vorgenannten Gesetze wahren die Rechte der Betroffenen im Einklang mit dem Verfassungsrecht, folgen nicht mehr überkommenen polizeirechtlichen Vorstellungen und sind primär dem Hilfegrundsatz verpflichtet. Dies erscheint auch für eine Neuregelung in Bayern erforderlich.

## 3. Eckpunkte eines neuen Bayerischen Unterbringungsgesetzes

Die bisher in den bayerischen Landtag eingebrachten Entwürfe und Gesetze anderer Bundesländer weisen Eckpunkte für ein neues Bayerisches Unterbringungsrecht, das den

99 Allgemeine Begründung des Gesetzentwurf zur Hilfe und Unterbringung in psychischen Krisen und bei psychischen Krankheiten (PsychKHG), LT-Drs. 17/2622, 9.

100 Baden-Württembergisches Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten vom 25.11.2014 (BWGBl., 534), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.12.2015 (BWGBl., 1047).

101 Niedersächsisches über Hilfen und Schutzmaßnahmen für psychisch Kranke vom 16.6.1997 (NdsGVBl., S. 272), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.9.2017 (NdsGVBl., 300).

102 Thüringer Gesetz zur Hilfe und Unterbringung psychisch kranker Menschen vom 5.2.2009, ThürGVBl., 10.



Wandel vom Ordnungsrecht zum Gesundheitsrecht mit der Prämisse der Vermeidung der Unterbringung, eine institutionalisierte Einbindung der sozialpsychiatrischen Dienste, eine in ganz Bayern verfügbare Krisenintervention durch psychiatrische Fachkräfte, eine verfassungskonforme Neuregelung der Zwangsbehandlung und die stärkere Ausgestaltung des Verfahrens an den mit rechtsstaatlichen Sicherungen ausgestatteten Regelungen des FamFG enthalten sollte.

Diesen Anforderungen kommt der Fraktionsentwurf zur Hilfe und Unterbringung in psychischen Krisen und bei psychischen Krankheiten (PsychKHG)<sup>103</sup> nach: Bereits aus Art. 1 Abs. 1 PsychKHG-E ergibt sich, dass der Entwurf nicht der Unterbringung und "Wegschließung" psychisch kranker Betroffener dient, sondern Angebote für Menschen in Krisensituationen bereitstellt. Hierzu gehören auch psychisch erkrankte Personen, deren Kreis legal definiert wird (Art. 1 Abs. 2 PsychKHG-E) und die nur zur Krisenintervention untergebracht werden dürfen (Art. 1 Abs. 1 PsychKHG-E). Diese Vorgabe zieht sich konsistent durch den gesamten Gesetzentwurf: Die in Art. 3 Abs. 1 PsychKHG-E ortsnah angebotenen Hilfen sollen dazu führen, dass die Betroffenen ein eigenverantwortliches und selbstbestimmtes Leben in der Gemeinschaft führen können und eine Unterbringung zur Krisenintervention der Ausnahmefall bleibt. Auf die Gewährung der Hilfen besteht ein Rechtsanspruch (Art. 3 Abs. 5 PsychKHG-E). Dies mag zwar zu Mehrkosten bei den Beratungsangeboten führen, die sich jedoch durch Zurückführung der in Bayern zu häufigen öffentlich-rechtlichen Unterbringungen auf das im übrigen Bundesgebiet übliche Maß auch finanziell rechnen werden.

Der PsychKHG-E enthält Vorgaben zur bedarfsgerechten Ausgestaltung der Hilfen, wobei ambulante Maßnahmen den Vorrang haben sollen (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 PsychKHG-E). Die Landkreise und kreisfreien Städte haben eine ausreichende Zahl von sozialpsychiatrischen Diensten vorzuhalten (Art. 4 Abs. 2 PsychKHG-E), wobei auch die psychiatrische Notfallversorgung sicherzustellen ist (Art. 4 Abs. 4 Satz 1 PsychKHG-E). Damit wird der im geltenden Recht unzureichende Verweis auf Hilfen des SGB vermieden.<sup>104</sup>

Zur Einbeziehung ehrenamtlicher Helfer (Art. 5 PsychKHG-E) stellt der Gesetzentwurf das Gebot der Koordination von Hilfen auf (Art. 6 PsychKHG-E). Bei Gefahr im Verzug kann eine Ladung des Betroffenen durch den Sozialpsychiatrischen Dienst erfolgen, der auch Hausbesuche durchführen kann (Art. 7 Abs. 1 Satz 1 PsychKHG-E). Entsprechende Ankündigungen haben schriftlich zu erfolgen, wobei auf die Möglichkeit der Krisenintervention hinzuweisen ist. Der Betroffene ist grundsätzlich persönlich anzuhören (Art. 7 Satz 3 PsychKHG-E) und ihm stehen zur Gewährleistung einer raschen Entscheidung die Rechtsmittel nach dem FamFG zur Verfügung, nicht aber der Verwaltungsrechtsweg (Art. 7 Abs. 4 PsychKHG-E).

Der Gesetzentwurf präzisiert die materiellen Voraussetzungen der Unterbringung exakter als das geltende Recht. So findet sich in Art. 8 PsychKHG-E eine Legaldefinition, während Art. 9 Abs. 2 PsychKHG-E die Dauer der Unterbringung auf drei Wochen begrenzt. Die Unterbringung stellt nur noch eine zeitlich befristete Maßnahme zur Krisenintervention<sup>105</sup> und eine Abkehr von dem polizeirechtlichen Ansatz des geltenden Rechts

103 LT-Drs. 17/2622.

104 Begründung zu Art. 4 PsychKHG-E, LT-Drs. 17/2622, 11.

105 Begründung zu Art. 9 PsychKHG-E, LT-Drs. 17/2622, 12.



dar. Das Verfahren nach Art. 10 PsychKHG-E richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften des FamFG.

Von der Unterbringung zur Krisenintervention ist die vorläufige Unterbringung durch einstweilige Anordnung unterscheiden. Diese ist materiell in Art. 11 PsychKHG-E geregelt, während die zugehörige Verfahrensnorm entgegen der Systematik des Entwurfs aus Art. 10 Abs. 3 PsychKHG-E zu entnehmen ist. Dabei ist die vorläufige behördliche und polizeiliche Unterbringung nur zulässig, wenn dringende Anhaltspunkte für eine Krisenintervention bestehen und eine gerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig ergehen kann (Art. 11 Abs. 1 PsychKHG-E).<sup>106</sup> Dies dürfte nur selten der Fall sein, da bei den Amtsgerichtlichen Bereitschaftsdiensten eingerichtet sind, die auch nachts und am Wochenende eine richterliche Entscheidung sicherstellen.

Besonders gestärkt werden die Rechte der Betroffenen, die zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens einen Angehörigen, Vertrauten oder Rechtsanwalt hinzuziehen können (Art. 12 Abs. 1 PsychKHG-E). Art. 13 Abs. 1 Satz 1 PsychKHG-E legt ferner fest, dass die Unterbringung unter Berücksichtigung therapeutischer Gesichtspunkte den allgemeinen Lebensverhältnissen so weit wie möglich anzugleichen ist. Auf die Behandlung besteht ein Anspruch (Art. 15 PsychKHG-E); sie ist ferner als Hilfe ausgestaltet, so dass eine zwangsweise Behandlung nur unter engen Voraussetzungen gestattet ist (Art. 15 Abs. 5 PsychKHG-E). Besondere Sicherungsmaßnahmen wie Absonderung, Fixierung und medikamentöse Ruhigstellung sind nur im Ausnahmefall und zum Schutz überragender Rechtsgüter des Betroffenen selbst oder anderer Personen zulässig (Art. 16 Abs. 1, 2 PsychKHG-E).<sup>107</sup> Falls keine Gefahr im Verzug ist, sind die Maßnahmen vorher anzudrohen (Art. 16 Abs. 3 PsychKHG-E). Der Betroffene hat ferner das Recht auf Kontakt nach außen, wobei das Briefgeheimnis zu wahren ist (Art. 17 Abs. 3 PsychKHG-E). Art. 18 und 19 PsychKHG-E stellen ferner feste Regeln für Vollzugslockerungen, Urlaub und Entlassungen auf.

Insgesamt stellt der Gesetzentwurf einen beachtlichen Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht dar, der eine deutliche Abkehr vom überkommenen polizeirechtlichen Ansatz der öffentlich-rechtlichen Unterbringung signalisiert und dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch die Prämisse der Freiwilligkeit und der Beachtung des ultima-ratio-Prinzips der zwangsweisen Unterbringung insbesondere im Hinblick auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen gerecht wird. Abgesehen von unwesentlichen Inkonsistenzen im Aufbau entspricht der Entwurf allen notwendigen verfassungsrechtlichen Anforderungen. Es ist bedauerlich, dass dieser Entwurf – wie bereits mehrere Entwürfe zum BayUnterbrG<sup>108</sup> – im Bayerischen Landtag nicht weiter behandelt wurde.

#### 4. Weitere Entwicklungen

Neuerdings soll das Bayerische Arbeits- und Sozialministerium einen Regierungsentwurf zur Neuregelung des BayUnterbrG erarbeitet haben, den der Bayerische Ministerrat am

106 Begründung zu Art. 11 PsychKHG-E, LT-Drs. 17/2622, 12.

107 Begründung zu Art. 16 PsychKHG-E, LT-Drs. 17/2622, 13.

108 Dazu oben II.3.c.aa.

12. Januar 2018 behandelt hat.<sup>109</sup> Man darf gespannt sein, ob und inwieweit dieser Entwurf die verfassungsrechtlichen Vorgaben einhält und hinsichtlich seines Hilfeangebots den hier vorgestellten Lösungen gerecht wird.

#### *IV. Ergebnis*

Das Recht der öffentlich-rechtlichen Unterbringung in Bayern genügt nicht den Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention sowie des Verfassungsrechts und ist dringend reformbedürftig. Angesichts der bisherigen Zurückhaltung des Bundesgesetzgebers kann eine Reform nur durch einen eigenen Bayerischen Weg erfolgen. Eine Neuregelung sollte sich an Regelungen anderer Bundesländer sowie den in den Bayerischen Landtag eingebrachten Fraktionsentwürfen orientieren und die Vermeidung der Unterbringung, die flächendeckende Einbindung der sozialpsychiatrischen Dienste nebst Krisenintervention durch psychiatrische Fachkräfte, die verfassungskonforme Ausgestaltung der Zwangsbehandlung und die stärkere Ausgestaltung des Verfahrens an den Regelungen des die Beteiligtenrechte wahren FamFG berücksichtigen. Andernfalls läuft der Freistaat Bayern Gefahr, dass das Bundesverfassungsgericht bei einer Verfassungsbeschwerde große Teile des derzeit geltenden BayUnterbrG aufhebt.

109 Bericht aus der Kabinettsitzung vom 23. Januar 2018, im Internet abrufbar unter <http://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-23-januar-2018>.