

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB § 1906 I und IV; PsychKG §§ 1, 7, 16 I und IV

1. Die Unterbringung eines Betroffenen nach dem PsychKG ist nicht dadurch obsolet, dass bereits eine Unter-

bringung der Betroffenen betreuungsgerichtlich nach § 1906 genehmigt worden ist.

2. Der Richtervorbehalt für Fixierungsmaßnahmen folgt nicht aus der entsprechenden Anwendung von § 16

Abs. 1. Ziff. 1 PsychKG, sondern aus einer entsprechenden Anwendung von § 9 PsychKG in Verbindung mit § 1906 Abs. 4 BGB.

3. Die länger andauernde Fixierung eines Betroffenen (durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise) bei einer Unterbringung nach PsychKG bedarf auch im Rahmen einer bereits genehmigten Unterbringung einer gesonderten betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1906 Abs. 4 BGB, wobei stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen ist.

LG Itzehoe, 4. Zivilkammer, Beschluss vom 7. Januar 2016 – 4 T 4/16 – (Vorinstanz AG Itzehoe 86 XIV 1073 L) –, RÖ.

Die Betroffene ist 19 Jahre und ledig. Sie leidet nach den Gutachten der Sachverständigen V. an einer schweren und verfestigten dissoziativen Persönlichkeitsstörung mit Gewaltneigung sowie suizidalen Tendenzen; sie verfügt über keine Empathie. Die Aktenlage ist geprägt durch nachhaltige und sich wiederholende auto- und fremdaggressive Handlungen der Betroffenen in der Vergangenheit. Mehrfach wurde die Betroffene wegen Körperverletzungen angezeigt; eine massive körperliche Auseinandersetzung mit einer Mitbewohnerin wurde nach § 45 JGG eingestellt. Gleichzeitig verfügt die Betroffene über keinerlei Frustrationstoleranz; es imponiert eine Impulskontrollstörung mit vornehmlicher Fremdgefährdung und auch einer Tendenz zur Eigengefährdung bei suizidaler Neigung. Als Nebendiagnose wurde eine frühe und bislang unbehandelte ADHS Störung diagnostiziert. Die Betroffene ist intellektuell nicht reduziert, ihr Entwicklungsstand erscheint jedoch kindlich und nicht altersentsprechend. Seit etwa sieben Jahren befindet die Betroffene sich durchgängig in stationärer Unterbringung, überwiegend in Schleswig.

Eine kausale Therapie für die dissoziative Persönlichkeitsstörung der Betroffenen steht nach der fachpsychiatrischen Einschätzung der Sachverständigen V. nicht zur Verfügung. Dennoch sei eine medikamentöse Stabilisierung der Betroffenen möglich. Sie erhält (im off-label use) Medikinet (ähnlich Retalin), das Neuroleptikum Quetiapin, zudem Risperidon und zur Dämpfung zusätzlich Troxal, da sie auf Benzodiazepine nicht adäquat reagierte.

Seit dem 17. November 2015 befindet die Betroffene sich in der geschlossenen psychiatrischen Abteilung des Klinikums I. Bei dominanter Fremdaggressivität wurde die Betroffene zunächst 7-Punkt fixiert, später 5-Punkt. Zunehmend wird versucht, auf eine 3-Punkt Fixierung überzugehen.

Die Unterbringung der Betroffenen ist auch betreuungsgerichtlich nach § 1906 Abs. 1 BGB genehmigt bis Mai 2016.

Der Kreis S. stellte am 8. Dezember 2015 einen ersten Antrag auf Unterbringung der Betroffenen nach PsychKG in einer geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses mit der Möglichkeit der Fixierung der Betroffenen.

Das Amtsgericht I. hat am 8. Dezember 2015 im Beisein des Verfahrenspflegers die Betroffene angehört, ein Sachverständigengutachten eingeholt und sodann mit Beschluss vom gleichen Tag die Unterbringung der Betroffenen in einer geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses sowie ihre Vollfixierung im Bett bis zum 29. Dezember 2015 angeordnet.

Mit Unterbringungsantrag vom 29.12.2015 beantragte der Kreis S. die Verlängerung der angeordneten Maßnahmen.

Das Amtsgericht I. hat die Betroffene daraufhin am 30.12.2015 erneut angehört und in dieser Anhörung ein mündliches Gutachten durch die Sachverständige V. eingeholt. Mit Beschluss vom gleichen Tag hat es die Verlängerung der Unterbringung und Vollfixierung der Betroffenen bis längstens zum 09.02.2015 angeordnet, wobei die Fixierung auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken sei. Mit gleichem Beschluss hat es den Verfahrenspfleger für das Verfahren der Verlängerung der Unterbringung bestellt.

Das Beschwerdegericht hat die Betroffene im Beisein ihres Verfahrenspflegers am 5.1.2016 erneut angehört und ein ergänzendes Gutachten der Sachverständigen V. eingeholt, nachdem diese mit Beschluss vom gleichen Tag zur Sachverständigen bestellt worden war.

Im Ergebnis hat die Kammer den von der Betroffenen angefochtenen Beschluss des Amtsgerichts 30.12.2015 wie folgt geändert:

Die Unterbringung der Betroffenen in der geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses wird längstens bis zum 9.2.2016 angeordnet.

Die Betroffene darf bis zum 25.1.2016 zeitweise durch eine Fixierung in ihrer körperlichen Bewegungsfreiheit beschränkt werden, wenn und solange die Gefahr besteht, dass sie gegen Personen gewalttätig wird, sich selbst tötet oder erheblich verletzt.

Im Übrigen hat die Kammer die Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen

Die nach §§ 58, 59 FamFG zulässige Beschwerde der Betroffenen hat teilweise Erfolg.

1. Die Anordnung der weiteren Unterbringung der Betroffenen in der geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses bis zum 09.02.2016 ist im Ergebnis rechtmäßig.

Denn psychisch kranke Menschen können gemäß §§ 1, 7 PsychKG gegen oder ohne ihren Willen in einem geeigneten Krankenhaus untergebracht werden, wenn und solange sie infolge ihrer Krankheit ihr Leben, ihre Gesundheit oder Rechtsgüter anderer erheblich gefährden und die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann. Eine Gefahr im o.g. Sinne besteht insbesondere dann, wenn sich die Krankheit so auswirkt, dass ein schadenstiftendes Ereignis unmittelbar bevorsteht oder

unvorhersehbar ist, jedoch wegen besonderer Umstände jederzeit damit gerechnet werden muss. Die (erstinstanzlichen) Entscheidungen über die Unterbringung und eine ärztliche Zwangsmaßnahme werden vom Amtsgericht getroffen, § 9 PsychKG.

Diese materiellrechtlichen Voraussetzungen für eine weitere Unterbringung der Betroffenen sind zweifelsfrei nach wie vor gegeben.

Die Betroffene leidet nach den Gutachten der Sachverständigen V. an einer schweren und verfestigten dissoziativen Persönlichkeitsstörung mit Gewaltneigung sowie suizidalen Tendenzen. Dabei verfügt die Betroffene über keinerlei Frustrationstoleranz, es imponiert eine Impulskontrollstörung mit vornehmlicher Fremdgefährdung und auch einer Tendenz zur Eigengefährdung bei suizidaler Neigung. Als Nebendiagnose wurde eine frühe und bislang unbehandelte ADHS Störung diagnostiziert. Die Sachverständige führte zur Überzeugung des Gerichts aus, dass die Betroffene bei grundsätzlich erhaltenen intellektuellen Fähigkeiten über keinerlei Empathie verfüge. Hierzu im Einklang ist die Aktenlage geprägt durch nachhaltige und sich wiederholende auto- und fremdaggressive Handlungen bis in die frühe Jugend der Betroffenen, welche strafrechtliche Verfolgungen nach sich zogen und z.T. noch ziehen.

Auch im Rahmen der erneuten Anhörung am 5.1.2016 wurde deutlich, dass bei der Betroffenen eine geringe Frustrationstoleranz besteht und eine niedrige Schwelle für aggressives, auch gewalttätiges oder autoaggressives Verhalten, eine Neigung, andere zu beschuldigen oder vordergründige Rationalisierungen für das eigene Verhalten anzubieten, durch das die Betroffene in Konflikte mit ihrem Umfeld geriet.

Die Betroffene erscheint krankheitsbedingt nicht in der Lage zu sein, sich in sozialadäquater Weise in den Klinikalltag zu integrieren und eine tragfähige Compliance zu entwickeln. Nach den Ausführungen der Sachverständigen erschien sie in der jüngsten Vergangenheit in Gesprächen nicht erreichbar, bedrohlich und aggressiv. Sie bedrohte Menschen aus ihrer Umgebung, warf mit Gegenständen um sich und beging Fehlhandlungen. Sie versuchte, möglicherweise in suizidaler Absicht, Gegenstände zu schlucken (einen Kamm) und sich selbst zu verletzen, wodurch die Gefahr lebensbedrohlicher Verletzungen bestand. Mildere Alternativen zur Unterbringung der Betroffenen zum Schutz vor Selbst- und Fremdgefährdung und ihrer Behandlung in einem engmaschig überwachten Rahmen sind nicht erkennbar.

Die Unterbringung der Betroffenen nach dem PsychKG ist auch nicht dadurch obsolet, dass bereits eine Unterbringung der Betroffenen betreuungsgerichtlich bis Mai 2016 genehmigt worden ist. Denn die Unterbringungs Vorschriften nach § 1906 BGB und nach § 7 PsychKG entstammen unterschiedlichen Rechtsgebieten, nämlich einerseits dem Zivilrecht, andererseits dem öffentlichen Recht der Gefahrenabwehr; sie stehen in keinem juristischen Konkurrenzverhältnis zueinander mit der Folge, dass die Unterbringungen jeweils unabhängig voneinander angeordnet und damit auch wieder aufgehoben werden können, so dass die Unterbringung nach dem PsychKG nicht bereits deswegen entbehrlich sein kann, weil eine – jederzeit aufhebbare – Unterbringungsmaßnahme nach dem BGB vorliegt.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht war – da vorliegend nicht gem. § 10 PsychKG i.V.m. §§ 331 ff. FamFG im Wege der einstweiligen Anordnung verfahren worden ist – entsprechend der Vorgaben des BGH (Beschluss vom 16.9.2015 – XII ZB 250/15) die Gutachterin gehalten, die Betroffene zum Zweck der Gutachterenerstattung zu untersuchen, wobei sie vor der Untersuchung der Betroffenen bereits zur Sachverständigen bestellt sein und der Betroffenen den Zweck der Untersuchung eröffnet haben musste

(BGH FamRZ 2013, 1725).

Zusätzlich war der Verfahrenspfleger so rechtzeitig zu bestellen, dass er auf die gerichtliche Entscheidung noch Einfluss nehmen konnte

(BGH, Beschluss vom 2. März 2011 – XII ZB 346/10 –, juris),

mithin nicht erst mit dem angefochtenen Beschluss.

Diese erforderlichen Verfahrenshandlungen sind durch das Beschwerdegericht mit der Anhörung vom 5.1.2016 und dem Beschluss vom gleichen Tag entsprechend § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG nachgeholt worden.

2. Insoweit das Amtsgericht Itzehoe „entsprechend § 16 Abs. 1 Ziff. 1 PsychKG“ auch die Fixierung der Betroffenen für den Zeitraum der Unterbringung angeordnet hat, greift die hiergegen gerichtete Beschwerde teilweise durch.

Die Zuständigkeit des Amtsgerichts, auch über die Maßnahme der Fixierung eine richterliche Entscheidung in erster Instanz zu treffen, ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung von § 9 PsychKG. Denn der hierin niedergelegte Richtervorbehalt für Entscheidungen über ärztliche Zwangsmaßnahmen umfasst nach dem Dafürhalten der Kammer auch Entscheidungen über die Fixierung von (auch bereits untergebrachten) Betroffenen

(a.A. LG Lübeck, Beschluss vom 27.11.2012 – 7 T 732/12 – juris, Rn. 27).

§ 16 PsychKG stellt keine Grundlage für die richterliche Anordnung derartiger Maßnahmen dar, da er im Abschnitt 2 des PsychKG die Rechtsstellung Betroffener während der Unterbringung und Behandlung bei der Anwendung besonderer Sicherungsmaßnahmen lediglich näher beschreibt und dabei die behandelnden Ärzte adressiert, § 16 Abs. 4 PsychKG.

In entsprechender Anwendung des § 9 PsychKG ist der Richtervorbehalt für die Genehmigung von Fixierungsmaßnahmen im Anwendungsbereich des PsychKG von dieser Norm gedeckt, wenn auch vom Wortlaut der Norm Fixierungsmaßnahmen von der Entscheidungsbefugnis der Gerichte nicht umfasst sind.

Denn die entsprechende Anwendung von § 9 PsychKG erscheint vorliegend geboten vor dem Hintergrund eines Vergleichs mit der Rechtslage von zusätzlichen freiheitsentziehenden Maßnahmen im Rahmen der Unterbringung gem. § 1906 Abs. 1 und Abs. 4 BGB. Dort beschränkt § 1906 Abs. 4 BGB das Genehmigungserfordernis seinem Wortlaut nach auf Betroffene, die sich in einer Einrichtung befinden, ohne untergebracht zu sein. Da eine Unterbringung Betroffene tatsächlich aber oft sehr viel weniger beeinträchtigt als die in § 1906 Abs. 4 BGB benannten, zusätzlichen freiheitsentziehenden Maßnahmen, wird im Wege einer gesetzeskorrigierenden Rechtsfortbildung auch für untergebrachte Betroffene eine zusätzliche Genehmigung von Fixierungsmaßnahmen entsprechend § 1906 Abs. 4 BGB als geboten erachtet, selbst wenn schon bei der Genehmigung der Unterbringung von einem Einsatz fixierender Maßnahmen in der betroffenen Klinik auszugehen war

(Palandt-Götz, 75. Aufl. 2016, § 1906 Rn. 34 mwN).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf es daher auch im Rahmen einer genehmigten Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB der gesonderten betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1906 Abs. 4 BGB, wenn dem Betroffenen (durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise) über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll, wobei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen ist

(BGH, Beschluss vom 28. Juli 2015 – XII ZB 44/15 –, juris BGH FamRZ 2010, 1726 Rn. 27; BGH, Beschluss vom 12. September 2012 – XII ZB 543/11 –, juris = BGH FamRZ 2012, 1866 Rn. 14 und BGHZ 166, 141, 153 = FamRZ 2006, 615, 618).

Diese Sichtweise entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung in der übrigen Rechtsprechung und dem Schrifttum

(OLG Frankfurt FamRZ 2007, 673; OLG München FamRZ 2005, 1196; OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 118; BayObLG FamRZ 1994, 721, 722; Staudinger/Bienwald BGB [2013] § 1906 Rn. 94; Jürgens/Marschner Betreuungsrecht 5. Aufl. § 1906 BGB Rn. 39; BeckOK BGB/Gabriele Müller [Stand: November 2014] § 1906 Rn. 21; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann Betreuungsrecht 5. Aufl. § 1906 BGB Rn. 80; a. A. LG Baden-Baden FamRZ 2010, 1471; LG Ulm FamRZ 2010, 1764; LG Freiburg FamRZ 2010, 1846).

Zusätzliche freiheitsentziehende Maßnahmen sind auch im Fall der Unterbringung nach PsychKG gesondert gerichtlich zu genehmigen, weil die Interessenlage der Betroffenen gleich gelagert erscheint. Die Frage des Richtervorbehalts hängt von der Intensität des Eingriffs in grundgesetzlich geschützte Rechte ab. Dass die Unterbringung selbst Betroffene im Ein-

zelfall weniger beeinträchtigt als eine (zusätzliche) freiheitsentziehende Maßnahme ist in gleicher Weise der Fall, wenn eine Unterbringung nach PsychKG angeordnet worden ist. Im vorliegenden Einzelfall drückte die Betroffene sehr eindrücklich die nachhaltigen Beeinträchtigungen durch die bereits über Wochen andauernde Fixierung im Anhörungstermin am 5.1.2016 zur Überzeugung des Gerichts aus. Zudem käme einer nach dem PsychKG untergebrachten Person sonst keine Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Fixierungsmaßnahme zu; anders als im Rahmen einer Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 und 4 BGB.

Die Voraussetzungen für die Genehmigung einer Fixierung der Betroffenen sind grundsätzlich noch erfüllt. Nach den fachpsychiatrischen Ausführungen der Sachverständigen V. dauern sowohl die Eigen- wie auch die Fremdgefährdung durch die Betroffene an. Auf obige Ausführungen wird insoweit verwiesen.

Der Zeitraum der genehmigten Fixierung war nach dem Ergebnis der Ermittlungen jedoch zu beschränken. Eine Unterbringung kann nach § 7 Abs. 1 PsychKG nur angeordnet werden, „solange“ die Gefahr andauert. Hierzu muss sich die Krankheit gem. § 7 Abs. 2 PsychKG so auswirken, dass ein schadenstiftendes Ereignis unmittelbar bevorsteht oder unvorhersehbar ist, jedoch wegen besonderer Umstände jederzeit damit gerechnet werden muss. Unter Berücksichtigung dieser legislativen Vorgaben, ergänzt durch § 16 PsychKG und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, muss die Klinik der Betroffenen eine Chance auf eine entfixierte Unterbringung gewährleisten. Dazu ist im (vorliegenden) Einzelfall engmaschig zu prüfen, ob die Gefahrenlage tatsächlich noch andauert. Eine Fixierungsmaßnahme darf nach § 16 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 PsychKG nur befristet durch die behandelnden Ärzte angeordnet werden, flankiert durch entsprechende Vorgaben für die ärztliche Dokumentation gem. § 16 Abs. 5 PsychKG.

Die Kammer hat im vorliegenden Fall Bedenken hinsichtlich der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesichts einer wochenlangen Vollfixierung der noch jungen Betroffenen, welche im Rahmen der Anhörung am 5.1.2016 aufgrund der Fixierung sichtlich „mit ihren Nerven am Ende war“ im Gespräch recht klar und weder von ihrer körperlichen Verfassung noch von der Stimmungslage her aktuell gewalttätig wirkte. Der Zeitraum für die Überprüfung der Fixierungsmaßnahme war vor diesem Hintergrund zu verkürzen.

Die Möglichkeit einer Entfixierung der Betroffenen wird in den nächsten Wochen zu prüfen und möglichst auch zu erproben sein. Versuche dieser Art werden ärztlicherseits zu dokumentieren sein, damit auf dieser Grundlage bei Auslaufen des Beschlusses ggf. über eine Verlängerung der Maßnahmen substantiiert neu entschieden werden kann.

Anmerkung zu dem Beschluss des LG Itzehoe vom 7.1.2016 -4T 4/16-

von DirAG Dr. Jörg Grotkopp, Bad Segeberg*

Die Entscheidung des Landgerichtes Itzehoe vom 7.1.2016 berührt mehrere Fragen des Unterbringungsrechtes, die kontrovers diskutiert werden. Behandelt werden

- das Verhältnis einer Unterbringung nach den öffentlich-rechtlichen Sonderordnungsgesetzen zu einer solchen nach § 1906 Abs. 1 BGB,
- die Möglichkeit bzw. Notwendigkeit der Erteilung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung für unterbringungsähnliche Maßnahmen i.S.d. § 1906 Abs. 4 BGB, die angewendet werden sollen bei Betroffenen, welche i.S.d. § 1906 Abs. 1 BGB untergebracht sind, sowie schließlich
- die Frage nach einem Genehmigungsbedürfnis für unterbringungsähnliche Maßnahmen, welche im Rahmen der auf der Basis des öffentlichen Rechtes angeordneten Unterbringung eines Betroffenen erforderlich werden.

Während von der Kammer zu den ersten beiden Komplexen aus der Diskussion bekannte Positionen aufgegriffen werden entwickelt sie zum letztgenannten Punkt eine gänzlich

* Der Autor ist Direktor am Amtsgericht Bad Segeberg und war zuvor Ermittlungs- und Freiheitsentziehungsrichter am Amtsgericht Ratzeburg.

neuartige Sichtweise, die bei konsequenter Beachtung zu gravierenden Auswirkungen für die Unterbringungspraxis, die Tätigkeit der Betreuungsrichter sowie weitergehend des amtsrichterlichen Eildienstes führen würde. Hierzu allerdings muss es nicht kommen, da die Herleitung des gefundenen Ergebnisses gravierender Kritik unterliegt.

Im Hinblick auf das Verhältnis der zivilrechtlichen zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung ist das Landgericht der Auffassung, dass ein Konkurrenzverhältnis nicht bestehe; die jeweiligen Entscheidungen könnten jeweils unabhängig voneinander – parallel – getroffen und auch wieder aufgehoben werden. Insbesondere entfalle das Bedürfnis für eine Unterbringung nach dem PsychKG nicht deshalb, weil eine – jederzeit wieder aufhebbare – Unterbringungsentscheidung nach dem Betreuungsrecht gegeben sei. Diese Ausführungen können in ihrer Pauschalität nicht geteilt werden. Sie bedürfen einer Klarstellung zunächst im Hinblick auf den Grund der Unterbringung. Denn im Falle einer ausschließlich gegebenen Fremdgefährdung kann es niemals zu einer Unterbringung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kommen. Gleiches gilt, wenn die akute Beeinträchtigung des Betroffenen durch die Einnahme psychoaktiver Wirksubstanzen hervorgerufen wird, die zu keiner dauerhaften Schädigung im Sinne des § 1896 Abs. 1 BGB führen, wohl aber als Störung erheblichen Ausmaßes i.S.d. § 1 Abs. 2 Ziff. 3 PsychKG mit der Folge zu qualifizieren sind, dass der Betroffene als „psychisch krank“ im Sinne des öffentlich-rechtlichen Unterbringungsrechtes anzusehen ist. Das umgekehrte Ergebnis ist zu verzeichnen, wenn auf der Basis des § 1906 Abs. 1 Ziff. 2 BGB eine Unterbringung ausschließlich zum Zwecke der Heilbehandlung erfolgt, ohne dass zugleich eine Eigen- oder Fremdgefährdung gegeben ist. Mithin kann über ein Konkurrenzverhältnis nur diskutiert werden für den Fall der Eigengefährdung des Betroffenen, die tatbestandlich unter beide Unterbringungsgesetze zu subsumieren ist. Hier nun meint das Landgericht, dass beide Unterbringungsformen ohne weiteres nebeneinanderstehen könnten. Eine weitergehende inhaltliche Begründung erfolgt nicht, sodass der Anschein besteht, dass hier zumindest die herrschende Ansicht wiedergegeben wird. Dies aber ist nicht der Fall. Sofern dieses Problem überhaupt weitergehend thematisiert wird, kann man¹ sagen, dass eher die gegenteilige Auffassung vertreten wird. Wenn in einer solchen Konstellation der bestehende Meinungsstreit nicht einmal angedeutet, wenn ferner keine inhaltlich tragende Begründung für die vertretene Auffassung gegeben wird, dürften die Grundsätze juristischer Methodik kaum eingehalten sein. Und dies gilt umso mehr, als die Frage für den entschiedenen Fall von gravierender Bedeutung ist. Denn die betreuungsgerichtliche Genehmigung einer geschlossenen Unterbringung wegen Eigengefährdung war ausgesprochen bis zum „Mai 2016“; parallel hierzu wurde der Antrag der zuständigen Behörde auf Unterbringung (und Fixierung) gestellt und neben einer Fremd- auch mit einer Eigengefährdung begründet. In Bezug auf letzteres kam das Konkurrenzverhältnis zum Tragen, zumal die wesentliche, auch mit Umständen des Tatsächlichen belegte Begründung des Beschlusses hierzu ein eigengefährdendes Verhalten der Betroffenen betrifft. Dabei hätte das Landgericht unabhängig von dem abstrakten Meinungsstreit sich mit der ausdrücklichen Regelung des § 7 Abs. 3 PsychKG beschäftigen müssen. Denn hieraus ergibt sich jedenfalls für Schleswig-Holstein, dass eine Unterbringung nach § 7 Abs. 1 PsychKG nur in Betracht kommt, „wenn eine Unterbringung psychisch kranker Menschen nach den §§ 1631 b, 1705, 1800, 1906, 1915 des Bürgerlichen Gesetzbuches durch ihre gesetzlichen Vertreterinnen oder Vertreter, denen das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht, unterbleibt oder die gesetzliche Vertreterin oder der gesetzliche Vertreter, der oder dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht, der Unterbringung widerspricht“. Da hier eine entsprechende Unterbringung vor-

lag war eine Unterbringung im Sinne des § 7 Abs. 1 PsychKG wegen einer Eigengefährdung ohne Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des § 7 Abs. 3 PsychKG nicht möglich.

Der wesentliche Inhalt der Entscheidung liegt in der Aussage, dass Fixierungsmaßnahmen im Rahmen einer Unterbringung nach dem PsychKG einem „Richtervorbehalt“ unterlägen. Das Amtsgericht war derselben Auffassung und hatte die entsprechende Anordnung der Maßnahme in analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 (Satz 1) Ziff. 1 PsychKG getroffen. Das Landgericht folgt dieser Auffassung nicht,² sondern gründet seine Auffassung in erster Linie auf „eine entsprechende Anwendung von § 9 PsychKG“. Der hierin niedergelegte Richtervorbehalt für Entscheidungen über ärztliche Zwangsmaßnahmen „umfasse“ auch die Entscheidung über „die Fixierung“. Der Weg zu der offensichtlich angenommenen Analogie ist dann allerdings nicht leicht nachzuvollziehen. Es sind bekanntlich verschiedenen Formen der Analogie möglich, üblicherweise bezeichnet man sie als Gesetzesanalogie oder als Rechtsanalogie.³ Welchen Weg das Landgericht Itzehoe wählt ist im weiteren Verlauf nicht ganz klar, denn nach dem Ansprechen des § 9 PsychKG werden §§ 1906 Abs. 1, Abs. 4 BGB erwähnt, und immerhin regelt § 1906 Abs. 4 BGB die richterliche Genehmigung unterbringungsähnlicher Maßnahmen im Betreuungsrecht. Wenig später wird zusätzlich ausgeführt, bei beiden Unterbringungsformen „erscheine“ „die Interessenlage der Betroffenen gleich gelagert“. Die Begründung eines Richtervorbehaltes soll mithin auf zwei Vorschriften gestützt werden. Eine sogenannte Rechtsanalogie kann hierdurch allerdings nicht erzeugt werden. Denn beiden Normen haben zwar mit dem Vorbehalt der richterlichen Anordnung bzw. Genehmigung nahezu identische Rechtsfolgen, sie besitzen jedoch in den tatbestandlichen Voraussetzungen keinen allgemein zu übertragenden Rechtsgedanken, worauf es bei der Rechtsanalogie hauptsächlich ankommt. Die Bestimmungen zur Zwangsbehandlung sind tatbestandlich stark differenziert ausgebildet und besitzen nur eine geringe Überschneidung mit denen über unterbringungsähnliche Maßnahmen. Mithin ist offenbar gewollt die (doppelte?) Heranziehung einer Einzelanalogie in Bezug auf die beiden genannten Bestimmungen. Hierfür aber bedarf es dreier Voraussetzungen, nämlich neben der Feststellung einer Regelungslücke deren Planwidrigkeit sowie der Vergleichbarkeit der Regelungsgegenstände. Vom Landgericht wird allerdings lediglich der evidente Fall des Fehlens einer Bestimmung zur richterlichen Anordnung unterbringungsähnlicher Maßnahmen im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung angesprochen. Die beiden anderen Voraussetzungen werden ohne weiteres übergangen, in der Folge die Analogie schlicht behauptet. Dabei wäre hier die Hauptarbeit der Argumentation zu leisten gewesen. Denn eine gewisse Schwierigkeit ergibt sich schon bei der Frage nach der Planwidrigkeit der Regelungslücke. Immerhin besteht mit § 16 Abs. 1–5 PsychKG eine ausdrückliche Bestimmung, welche die Vornahme unterbringungsähnlicher Maßnahmen bei untergebrachten Personen regelt. Dies geschieht auch hoch differenziert durch Aufstellung der tatbestandlichen Voraussetzungen, der Regelung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der Zuständigkeit der behandelnden Ärztin/des behandelnden Arztes für die Anordnung, der für längere Zeiträume zusätzlich erforderlichen Zustimmung der ärztlichen Leitung der Krankenhausabteilung, der Dokumentation des Vorganges. Der Gesetzgeber hat mithin auf dem Gebiet des Sonderordnungsrechtes eine bewusste Entscheidung getroffen, unter welchen Voraussetzungen entsprechende Maßnahmen erfolgen können. Der fehlende Richtervorbehalt entspricht im übrigen der ganz überwiegenden Regelungslage der PsychKG der übrigen Bundesländer. Es bedürfte schon guter Argumente, vor diesem Hintergrund eine unbewusste Regelungslücke zu begründen. Weiterhin müsste die Regelung zur Zwangsbehandlung der Situation bei der Vornahme unterbringungsähnlicher

¹ S. z.B. Marschner/Volkart/Lesting-Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, Teil A, Rz. 138 mwN; ferner Probst, Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, 2. Aufl., Rz. 128 mwN; Dodegge, PsychKG NRW, Teil B § 12, Rz. 17a; Bahrenfuss-Grotkopp, § 312, Rz. 12.

² Obwohl genau zu dieser Vorgehensweise mit dem Aufsatz von Dornis (SchlHA 2011, 156f.) eine umfangreiche Abhandlung vorliegt.

³ Vgl. statt aller Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Seite 364 ff.

Maßnahmen entsprechen. Auch dies ist keineswegs offensichtlich. Denn ein Vergleich der im bürgerlichen Recht hierzu vorhandenen Regelungen in § 1906 Abs. 3f. BGB und § 1906 Abs. 4 BGB zeigt, dass gänzlich unterschiedliche Materien behandelt werden. Dies gilt zum einen für die tatbestandlichen Voraussetzungen. Nicht ohne Grund erklärt § 1906 Abs. 4 BGB die Abs. 1 und 2 der Norm für anwendbar, nicht aber die Abs. 3 und 3a. Ein Aufklärungsgespräch ist für unterbringungsähnliche Maßnahmen ebenso wenig gefordert wie eine Bejahung der erheblichen Erforderlichkeitskriterien der Zwangsbehandlung. Der auf der Tatbestandsebene festgestellte Unterschied setzt sich fort bei einer Betrachtung des Verfahrensrechtes. Hier bestehen für die Zwangsbehandlung (§§ 312 Satz 3, 321 Abs. 1 Satz 2, 323 Abs. 2, 329 Abs. 3, 331 Satz 1 Ziff. 2, 333 Abs. 2 FamFG) und die unterbringungsähnlichen Maßnahmen (§ 321 Abs. 2, 331 Satz 1 Ziff. 2 FamFG) explizite Regelungen. Während mit den ersten genannten die Bestimmungen gegenüber der „gewöhnlichen Unterbringung“ verschärft werden, erfolgt bei den zweiten eine zum Teil erhebliche Lockerung. Bereits aus gesetzessystematischen Gründen kann so von einer Ähnlichkeit, welche eine Analogie rechtfertigen könnte, keine Rede sein. Unter Berücksichtigung des Tatbestandes und des Verfahrensrechtes ist das Gegenteil der Fall. Aber unabhängig vom Ergebnis; es hätte immer einer inhaltlich sehr breit angelegten Begründung für die Analogie bedurft. Mithin bleibt festzustellen, dass zwei essenzielle Voraussetzungen einer Einzelanalogie überhaupt nicht angesprochen, geschweige denn begründet werden, obwohl es hier einer eingehenden Auseinandersetzung bedurft hätte. Statt dieser findet sich die Aussage, dass „die entsprechende Anwendung von § 9 PsychKG [...] vor dem Hintergrund eines Vergleichs mit der Rechtslage von zusätzlichen freiheitsentziehenden Maßnahmen im Rahmen der Unterbringung gemäß § 1906 Abs. 1 und Abs. 4 BGB“ [...] „geboten“ erscheine. Die Frage der Notwendigkeit der Übertragung mag man am Ende der Analogieprüfung sehr wohl diskutieren, nicht aber anstelle ihrer Grundvoraussetzungen. Den Erörterungen zu § 9 PsychKG nachfolgend wird die gleichartige Interessenlage bei § 1906 Abs. 4 BGB angeführt. Auch an dieser Stelle erfolgt keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Frage der Planwidrigkeit der Lücke. Die Vergleichbarkeit wird erneut schlicht behauptet, nicht aber begründet. Dabei ist jener Punkt nicht so auf der Hand liegend, wie das Landgericht suggeriert. Denn § 1906 Abs. 4 BGB ist Ausdruck der fürsorglichen Tätigkeit des Betreuers; der Abwehr von Fremdgefährdungen dient er nicht. Die Norm betrifft von ihrem ausdrücklichen Wortlaut her die Anwendung mechanischer Vorrichtungen, Gabe von Medikamenten etc., die außerhalb einer geschlossenen Unterbringung in Heimen, Anstalten oder einer sonstigen Einrichtung vorgenommen werden. Dadurch, dass vom klaren Wortlaut her nur Maßnahmen außerhalb einer geschlossenen Unterbringung erfasst sind, muss die Vergleichbarkeit schon angezweifelt werden. Nun ist dem Landgericht durchaus Recht darin zu geben, dass die ganz herrschende Meinung § 1906 Abs. 4 BGB auch dann für anwendbar hält, wenn eine geschlossene Unterbringung vorliegt. Die Kammer führt hierzu zunächst die Kommentierung bei Palandt⁴ an und spricht von einer gesetzeskorrigierenden Rechtsfortbildung. Kurz danach wird angeführt die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 28.7.2015,⁵ die ihrerseits ohne weitere Begründung darauf rekurriert, der Senat habe bereits mehrfach ausgesprochen, dass es einer gesonderten Genehmigung bedürfe. In typisch höchstrichterlicher Art erfolgt dann die weitere Bezugnahme auf die Senatsrechtsprechung, hier insbesondere den Beschluss vom 15.9.2010,⁶ der eine apodiktisch eine analoge Anwendung zur Begründung angibt. Zudem wird hier angeführt der Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichtes vom 6.5.1993,⁷ der seinerseits eine „gesetzeskonforme Auslegung“ vornimmt. Vor dem Hintergrund noch anderer dogmatischer Herlei-

tung⁸ hätte sich das Landgericht, das nicht in obergerichtlicher Manier auf eine langjährige Spruchkörperpraxis zurückgreifen kann, hier durchaus positionieren können. Um eine tiefergehende Auseinandersetzung scheint es allerdings nicht so sehr gegangen zu sein, denn im nächsten Absatz wird der Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 28.7.2015 einschließlich der umfangreichen Literaturangaben über mehrere Zeilen komplett wörtlich zitiert,⁹ ohne dies kenntlich zu machen. Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass eine – auf welche Weise auch immer – gegen den ausdrücklichen Wortlaut erweiterte Norm des Betreuungsrechtes analog angewendet werden soll, obwohl dort eine Sonderbeziehung durch den gerichtlichen Betreuer bzw. Vorsorgevollmachtnehmers besteht und überdies in § 16 PsychKG die Vornahme unterbringungsähnlicher Maßnahmen ausdrücklich geregelt wird. Dies ist ohne eine Begründung, die sich mit den aufgeworfenen Fragen eingehend auseinandersetzt, nicht möglich.

Das Problem, auf welche der beiden genannten Norm die Analogie (primär?) gestützt wird, setzt sich in der Tenorierung fort. Während das Amtsgericht noch dogmatisch zutreffend die unterbringungsähnlichen Maßnahmen „angeordnet“ hatte, tenoriert das Landgericht, dass „die Betroffene zeitweise durch eine Fixierung in ihrer körperlichen Bewegungsfreiheit beschränkt“ werden „darf“. Nun ist es so, dass die Unterbringung ebenso wie die Zwangsbehandlung im öffentlichen Recht anzuordnen ist, während im Zivilrecht die Genehmigung des Vertreterhandelns erfolgt.¹⁰ Wenn nun § 9 PsychKG entsprechend angewendet werden soll, dann muss die entsprechende Tenorierungssystematik mit übernommen werden, was nicht geschieht. Mithin lässt die verwendete Formulierung darauf schließen, dass die zweifach herangezogene Analogie eine neu geschaffene Mischform bei der Beschlussformel ermöglichen soll. Dieses ist wohl auch der Grund, warum die Durchführung der Fixierung in der Verantwortung eines Arztes nicht tenoriert wird, obwohl dies bei einer Parallele zur Zwangsbehandlung nahe gelegen hätte, zumal der Bundesgerichtshof eine entsprechende Aufnahme in der Beschlussformel dort für konstitutiv erachtet.¹¹

Allen materiell-rechtlichen Fragen ungeachtet behandelt das Landgericht mit keinem Wort, welches Verfahrensrecht, genauer welche Bestimmungen der §§ 312 ff. FamFG konkret angewendet werden sollen. Eines ist jedenfalls klar: die Anwendbarkeit der genannten Vorschriften folgt jedenfalls nicht aus der grundlegenden Bestimmung des § 312 FamFG, weil diese Norm ausschließlich unterbringungsähnliche Maßnahmen erfasst, die gemäß § 1906 Abs. 4 BGB genehmigt werden. Da nun aber zwei Analogien, nämlich zu § 9 PsychKG und zu § 1906 Abs. 4 BGB bemüht werden, da die Komplexe der Zwangsbehandlung und der unterbringungsähnlichen Maßnahmen verfahrensrechtlich gänzlich unterschiedlich behandelt werden, hätte schon interessiert, zu welchen Vorschriften genau eine Analogie (§ 312 Satz 1 Ziff. 2 oder § 312 Satz 1 Satz 2 FamFG und den jeweiligen Folgebestimmungen oder gar zu beiden?) begründet wird. Die Frage der Anwendbarkeit des Verfahrensrechtes wird gänzlich ignoriert, obwohl es in der Kommentarliteratur hierzu immerhin einen vereinzelten Hinweis gibt.¹²

In einer abschließenden Gesamtbetrachtung bleibt festzuhalten, dass das Landgericht Analogien zu zwei Vorschriften im materiellen Recht bemüht, ohne diesen doppelten Rückgriff näher darzulegen und ohne die Mindestvoraussetzungen der entsprechenden Anwendung darzulegen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist gänzlich unklar, nach welchen Vorschriften vorgegangen wird, obwohl die §§ 312ff. FamFG unmittelbar nicht anzuwenden sind. Die Aussage der Beschlussformel betrifft systematisches Neuland. Die Entscheidung befindet sich

⁸ Vgl. dazu nur Marschner/Volckart/Lesting-Marschner, Teil C Rn. 43.

⁹ „Diese Sichtweise [...] LG Freiburg FamRZ 2010, 1846!“

¹⁰ Z.B. Bahrenfuss-Grotkopp, § 312 Rz. 12.

¹¹ Unterbleibt die entsprechende Tenorierung, ist die Genehmigung oder Anordnung der Zwangsbehandlung insgesamt rechtswidrig; BGH v. 14.1.2015 – XII ZB 470/14, z.B. FamRZ 2015, 573 ff.

¹² S. Keidel-Budde, § 312, Rz. 7; allerdings ohne nähere Begründung, unter Hinweis auf Dornis aaO.

⁴ Götz zu § 1906, Rz. 34.

⁵ Az.: XII ZB 44/15; z.B. FamRZ 2015, 1707 ff.

⁶ Az.: XII ZB 383/10; z.B. FamRZ 2010, 1726 f.

⁷ Az.: 3Z BR 79/93; z.B. FamRZ 1994, 721 ff.

damit abseits der zulässigen Möglichkeit einer Auslegung oder entsprechenden Anwendung. Es wird eine freie Rechtsfortbildung betrieben, die an den Beschluss des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2003 zur Entscheidung des Betreuers am Lebensende erinnert. Dort hatte der 12. Zivilsenat unter Verneinung einer Analogiemöglichkeit „aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechtes“ unter Betonung eines „unabweisbaren Bedürfnisses“ ein Genehmigungserfordernis geschaffen.¹³ Von einer solchen Vorgehensweise hat sich allerdings inzwischen auch der Bundesgerichtshof entfernt¹⁴ und zur Frage einer Zwangsbehandlung eines fortbewegungsunfähigen Betroffenen – wie auch immer man dieses rechtlich bewerten möchte¹⁵ – die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt. Nun mag für die hier diskutierte Frage der Weg über § 44 LVerfGG nicht der richtige sein.¹⁶ Eines bleibt unter dem

Primat des in den vergangenen Jahren gerade im Betreuungs- und Unterbringungsrecht immer stärker hervorgetreten Gesetzesvorbehaltes jedenfalls unverrückbar stehen: die Schaffung von Richtervorbehalten ist Aufgabe des Souveräns, nicht der Instanzgerichte. Ein Tätigwerden des Parlamentes dürfte hier umso mehr notwendig sein, als durch die besprochene Entscheidung eine längerwährende Fixierung nicht nur als fremde Entscheidung eines Vertretungsberechtigten genehmigt, sondern in eigener hoheitlicher Verantwortung angeordnet wurde.

Der Besprechung der Entscheidung hätte es nicht bedurft, wenn sie nicht zeitnah auf einer privaten Internetseite veröffentlicht worden wäre und etliche Kolleginnen und Kollegen im Itzehoer Bezirk sich für das Unterbringungsdezernat und den amtsrichterlichen Bereitschaftsdienst ernsthaft fragen, inwiefern sie nunmehr entsprechende Genehmigungen im Rahmen einer Unterbringung nach dem Gesetz für psychisch Kranke des Landes Schleswig-Holstein auszusprechen haben. Sie können beruhigt werden. Aus rechtlichen Gründen gibt hierfür jedenfalls der besprochene Beschluss keinen ausreichenden Anlass.

¹³ B. v. 17.3.2003 – XII ZB 2/03, z.B. FamRZ 2003, 748ff.

¹⁴ B. v. 1.7.2015 – XII ZB 89/15, z.B. FamRZ 2015, 1484ff.

¹⁵ Kritisch hierzu beispielsweise *Dodegge*, BtPrax 2015, 185ff.

¹⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang den Beschluss des SchIH LVerfG v. 27.1.2016 – LVerfG 2/15, SchIA 2016, 58ff.