

*ERICH JOESTER\* · THOMAS BECKER · WOLFGANG MÜLLER-SIBURG\*\*  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE*

*PROF. DR. REINHOLD SCHLOTHAUER\* · TEMBA HOCH  
DR. HABIL. HELMUT POLLÄHNE\*\*\* · LEA VOIGT  
RECHTSANWÄLTE*

*Rechtsanwälte Joester · Becker · Müller-Siburg · Prof. Dr. Schlothauer · Hoch · Dr. Pollähne  
Willy-Brandt-Platz 3, 28215 Bremen*

*Bremen, den 11. Februar 2016*

*Willy-Brandt-Platz 3, 28215 Bremen  
(Hauptbahnhof Ausgang Bürgerweide)*

*Telefon (0421) 33 51 66*

*Telefax (0421) 33 51 6 88*

*E-Mail: sommer@strafverteidigerkanzlei-bremen.de*

*Bürozeiten: Montag-Freitag 8- 18 Uhr*

*\* Fachanwalt für Strafrecht*

*\*\* Notar bis 2008*

*\*\*\* Privatdozent Universität Bremen*

Deutscher Bundestag  
- Rechtsausschuss -

per mail vorab:

[rechtsausschuss@bundestag.de](mailto:rechtsausschuss@bundestag.de)

*Akten-Nr.*

**HP/33/16 pol**

*Bitte bei Zahlungen u. Schriftwechsel stets angeben.*

**Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften (BT-Drs 18/7244)**

*Sehr geehrter Herr Dr. Grußendorf,*

*gerne nehme ich Ihre Einladung an und stehe dem Rechtsausschuss am 15.2.2016 ab 16:00 als Gutachter zur Verfügung. Meine ausführlichen Überlegungen waren bereits Gegenstand einer Stellungnahme des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins (RAV) vom 27.7.2015. Der nunmehr als BT-Drs. vorliegende Entwurf gibt keine Veranlassung, diese Stellungnahme zu revidieren, weshalb sie hiermit dem Ausschuss (zzgl. Anlage, s.u.) noch einmal übersandt wird – zu ergänzen sind lediglich Ausführungen zu der in den Entwurf aufgenommenen Klarstellung in § 64 S. 2 (s.u. **C.I.**):*

Die Unterbringung gem. § 63 StGB ist seit längerem dringend reformbedürftig, sowohl in der justiziellen und forensisch-psychiatrischen Praxis (in puncto Anordnung, Vollstreckung und Vollzug) als auch hinsichtlich der dafür erforderlichen Rechtsgrundlagen.

*Commerzbank Bremen, BLZ 290 800 10, Kto. 111 760 900  
IBAN: DE35 2908 0010 0111 7609 00 – BIC: DRESDEFF290  
Postgiroamt Hamburg, BLZ 200 100 20, Kto. 743 48-201  
IBAN: DE59 2001 0020 0074 3482 01 - BIC: PBNKDEFFXXX  
Steuer-Nr. 60-163-06949 – Finanzamt Bremen*

Der Verfasser dieser Stellungnahme hat die Entwicklung des psychiatrischen Maßregelvollzuges in einem Beitrag für die „Neue Kriminalpolitik“ (1/2015 S. 25-47) nachgezeichnet: Darin wird der Reformstau beschrieben und die „Forensische Psychiatrie“ als „Behandlungsfall“ charakterisiert; außerdem werden die überfälligen Reformforderungen im Lichte der aktuellen Reformvorschläge diskutiert (aaO S. 36 ff.), wobei insb. auch auf das Eckpunktepapier des BMJ vom Juli 2013 und den Abschlussbericht der Bund-Länder-AG vom Dezember 2014 eingegangen wird.

Um vorliegend Wiederholungen zu vermeiden, wird hierauf vollinhaltlich Bezug genommen (in Kopie anbei) und im Folgenden ausschließlich auf Details der geplanten Einzelregelungen (s.u. **A.** zum StGB und **B.** zur StPO)<sup>1</sup> sowie auf den Entwurf zu § 67 Abs. 6 StGB-neu und zu § 64 S. 2 StGB (in den bisherigen Entwürfen noch nicht enthalten) eingegangen (s.u. **C.**).

## **A. zu den StGB-Einzelregelungen (§§ 63, 67d)**

### **I. zur Neufassung des § 63 StGB**

#### **1. § 63 S. 1 StGB nF**

Der Versuch, bereits die Anordnungsvoraussetzungen einzugrenzen, ist grundsätzlich zu begrüßen, der Vorschlag geht jedoch nicht weit genug. Die drohenden Taten, die die unbefristete (und deshalb potenziell lebenslange) Freiheitsentziehung in der forensischen Psychiatrie legitimieren sollen, auf solche zu reduzieren, „durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird“, bleibt in zweierlei Hinsicht hinter dem Ziel zurück, die Zahl der Unterbringungsanordnungen deutlich zu reduzieren.

Einerseits ist die hiermit konstruierte (wenn auch bereits dem geltenden Recht immanente) „Gefahr der Gefährdung“ zu kritisieren: Als Maßnahme der Gefahrenabwehr kann eine solche freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung ihre Legitimation allenfalls daraus ableiten, zu erwartende Taten zu verhindern, „durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt“ werden. Werden potenzielle ‚Opfer‘ lediglich „gefährdet“, ohne dass bereits die Gefahr besteht, sie würden seelisch oder körperlich auch

---

<sup>1</sup> Zu § 13 EGStPO ist eine eingehendere Stellungnahme nicht veranlasst: Dass die Neuregelungen (nach gewissen Übergangsfristen) auch für sog. Altfälle gelten müssen, versteht sich selbst.

„erheblich geschädigt“, so kann der Schutz vor einer solchen Gefährdung das mit der Freiheitsentziehung durch den Betroffenen erbrachte Sonderopfer nicht aufwiegen. Eine solche „Gefahr der Gefährdung“ ist auch kriminalprognostisch derart vage, dass sie nicht geeignet erscheint, die forensisch-psychiatrische Freiheitsentziehung zu legitimieren.

Andererseits ist die Gefahr, dass „wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird“, auch dann keine hinreichende Legitimation, wenn „schwerer“ wirtschaftlicher Schaden droht.

Es ist kein Zufall, dass sich der für § 63 StGB-E vorgeschlagene Maßstab (s.o.) von dem des § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB für die Sicherungsverwahrung abhebt, der auf einen „Hang zu erheblichen Straftaten“ abstellt, „namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt“ werden. Einmal abgesehen von sonstigen Probleme in der Gleichstellung der gem. § 63 StGB einer- und § 66 StGB andererseits Untergebrachten (s. auch u. **II. 2.**), ist der genannte Unterschied aber weder nachvollziehbar noch legitimierbar und birgt die Gefahr der Diskriminierung (s.u. **3. a**).

## **2. § 63 S. 2 nF**

Das Problem, dass eine tatbestandliche Reduzierung auf der Ebene der „zu erwartenden Taten“ nicht ausreicht, um Unterbringungsanordnungen zu verhindern, die sich im Hinblick auf die „begangenen Tat(en)“ als unverhältnismäßig erweisen, wurde erkannt, aber nur halbherzig gelöst: Dass eine Anordnung bei Taten, die im Hinblick auf den neuen S. 1 (s.o.) zukünftig nicht mehr als erheblich gelten, zulässig sein soll, „wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter infolge seines Zustandes derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird“, verschiebt das Verhältnismäßigkeitsproblem auf die Prognoseebene, wo es – wie die Erfahrung zeigt – nicht gut aufgehoben ist. Zwar wird ein Regel-Ausnahme-Verhältnis begründet, so dass die Unterbringungsanordnung in den genannten Fällen die Ausnahme sein soll, was zunächst einmal zu begrüßen ist, es besteht jedoch auch weiterhin die Gefahr, dass es im Hinblick auf die Anlasstat(en) zu unverhältnismäßigen Unterbringungsanordnungen kommt, denen man mit § 62 StGB alleine nur schwer beikommen wird.

In Anbetracht der notorischen kriminalprognostischen Unsicherheiten ist das Gebot der Stunde, solange an unbefristeten kriminalrechtlichen Maßnahmen der Gefahrenabwehr festgehalten werden soll (wogegen weiterhin gute Gründe streiten; vgl. auch u. **II. 2.** zur

Befristung), die Stärkung materieller Rechtssicherheit, u.a. durch Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen (dazu *Pollähne* in: *Pollähne/Rode* [Hg.], *Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen*, 2010, 98 ff. sowie *ders.*, *Kriminalprognostik*, 2011, 299 ff.): Hat der Betroffene m.a.W. keine „erheblichen“ rechtswidrigen Taten begangen, hat die Unterbringung zu unterbleiben.

### **3. was fehlt?!**

**a)** Die Unterbringung gem. § 63 StGB ist – zumal mit der Bezugnahme auf die §§ 20, 21 StGB – im Hinblick insb. auf die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) grundsätzlich infrage zu stellen. Das liegt nicht nur an der Unbestimmtheit der §§ 20, 21 StGB (ausf. dazu *Schiemann*, in: *Pollähne/Lange-Joest* [Hg.], *Verbrechen, Rechtfertigungen, Wahnsysteme*, 2014, 101 ff. m.w.N.), sondern auch an der in ihnen angelegten Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen, zu denen die meisten der Betroffenen i.S.d. UN-BRK zu rechnen sind. Außerdem ist in § 63 StGB die Gefahr angelegt, Freiheitsentziehungen zu begründen, die mit Art. 14 UN-BRK nicht vereinbar sind (ausf. dazu *Tolmein* in: *Pollähne/Lange-Joest* [Hg.], *Forensische Psychiatrie – selbst ein Behandlungsfall?* 2015, 79 ff. m.w.N., vgl. auch *Pollähne* in *Aichele* [Hg.] *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht*, 2013, 173 und 193). Es ist nicht nachvollziehbar, dass sich der GesE zu dieser Problematik noch nicht einmal ansatzweise äußert.

**b)** Systemimmanent ist zu kritisieren, dass der GesE daran festhält, die Unterbringung (bei Vorliegen der jew. Voraussetzungen) ausschließlich „in einem psychiatrischen Krankenhaus“ vorzusehen: Einerseits wären durchaus andere Institutionen des psycho-sozialen Versorgungssystems denkbar, um dem angestrebten Zweck – nicht zuletzt i.S.d. Subsidiaritätsprinzips – gerecht zu werden; andererseits hätte es nahegelegen, die neuen Diskussionen um den Ausbau der sozialtherapeutischen Anstalt (ehedem. § 65 StGB) resp. deren Renaissance als Maßregel aufzugreifen, wie dies in § 63 Abs. 2 StGB i.d.F. von 1969 bereits einmal vorgesehen war.

**c)** Nach der Ersetzung des ehem. § 42e StGB aF durch § 63 wurde längere Zeit die Auffassung vertreten, die Geltung des Subsidiaritätsprinzips bereits auf der Anordnungsebene (ehedem hervorgehoben durch das Kriterium der „Erforderlichkeit“) sei durch den seinerzeit neuen § 67b StGB (s.u. III. 2.) suspendiert worden; eine Auffassung, die bereits

damals verfassungsrechtlich nicht haltbar war. In Rechtsprechung und Literatur ist die Geltung des Subsidiaritätsprinzips auf der Anordnungsebene allerdings nachwievor umstritten, so dass eine legislative Klarstellung (des verfassungsrechtlich Selbstverständlichen) dringend angezeigt erscheint. Da das Missverständnis auch durch § 62 StGB mitbegründet wird, könnte sich eine Klarstellung des Umfangs der im Maßregelrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzipien (insb. Geeignetheit und Erforderlichkeit, und nicht ‚nur‘ Verhältnismäßigkeit i.e.S.) anbieten. Will man an Unterschieden zwischen einzelnen Maßregeln festhalten, böte sich eine Ergänzung in § 63 StGB an, die das Kriterium der Erforderlichkeit der (freiheitsentziehenden) Unterbringung wieder explizit zum Ausdruck bringt (so wie dies auch in § 126a Abs. 1 StPO der Fall ist).

## **II. zur Neufassung des § 67d**

### **1. § 67d Abs. 2 nF**

In § 67d Abs. 2 S. 1 StGB das Wörtchen „erheblichen“ einzufügen, bedarf keiner weiteren Anmerkung, handelt es sich doch im Hinblick auf die völlig einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass allenfalls weitere „erhebliche rechtswidrige Taten“ die Fortdauer der Unterbringung (ebenso wie ihre Anordnung) rechtfertigen können, nur um eine redaktionelle Klarstellung. Mindestens so wichtig wäre hingegen die Klarstellung gewesen, dass sich jene Erheblichkeit an der Neufassung des § 63 S. 1 StGB-E zu orientieren hat (ungeachtet der Neuregelung in Abs. 6, s.u.).

### **2. § 67d Abs. 6 nF**

Für das Reformvorhaben, unverhältnismäßigen Freiheitsentziehungen in der forensischen Psychiatrie gem. § 63 StGB vorzubeugen, erlangt diese Neuregelung eine Schlüsselrolle – für (zu) viele Betroffene im wahrsten Sinne des Wortes! Auch hier gilt (wie bei § 63 StGB-E, s.o. I.) jedoch: Das Vorhaben ist im Ansatz zu begrüßen, bleibt aber auf halber Strecke stehen. Zu fordern wäre eine absolute Befristung der Maßregel, die diesen Namen verdient, der GesE bietet demgegenüber nur eine relative Befristung, und die auch nur „in der Regel“:

- Dauere die Unterbringung sechs Jahre, sei ihre Fortdauer „in der Regel nicht mehr verhältnismäßig, wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch

oder körperlich schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden.“ Damit fällt der GesE – ohne nachvollziehbaren Grund – erheblich hinter die Vorschläge des Eckpunktepapiers von 2013 zurück, das eine Staffelung von 4 bzw. 8 Jahren vorsah. Um die Brisanz zu erkennen, muss die Regelung umgekehrt gelesen werden: Obwohl nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder (auch ‚nur‘) in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden, könnte er in Ausnahmefällen länger als sechs Jahre (bis max. 10 Jahre, s.u.) untergebracht werden.

- Sind sogar zehn Jahre der Unterbringung vollzogen, soll die für die Sicherungsverwahrung in § 67d Abs. 3 S. 1 StGB vorgesehene Regel „entsprechend“ gelten: Danach wäre auch die Unterbringung nach § 63 StGB für „erledigt“ zu erklären, „wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte erhebliche [rechtswidrige Taten] begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden“. Darin liegt einerseits eine zu begrüßende kriminalprognostische Beweislastumkehr; andererseits ist die Zehnjahresgrenze hier ebenso problematisch wie bei der Sicherungsverwahrung.

### **III. was noch fehlt !**

#### **1. § 67 Abs. 4 (bzw. 6 nF) StGB**

Von den zahlreichen Anrechnungsproblemen beim Nebeneinander von Strafe und Maßregel aus einem Verfahren<sup>2</sup> (zu verfahrensfremden Strafen s.u. **C. II.**) wird eines durch die geplante Neufassung des § 67d Abs. 6 StGB (s.o. **II. 2.**) eher noch verschärft, was der GesE offenbar übersehen hat:

Wird eine Maßregel nach §§ 63, 21 StGB infolge Unverhältnismäßigkeit für erledigt erklärt, bleibt von der Begleitstrafe gem. § 67 Abs. 4 StGB ein Strafdrittel über, dessen Vollstreckung in der Regel mangels günstiger Prognose nicht gem. § 57 Abs. 1 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Der Betroffene muss deshalb nach Beendigung einer unverhältnis-

---

<sup>2</sup> Da die Unterbringung nach § 64 StGB nicht explizit Gegenstand dieses GesE ist (vgl. zum Reformbedarf auch Schalast/Lindemann R&P 2016, (?), sei die Kritik an der durch das 23. StrÄndG 1986 eingeführten sog. „limitierten“ Vikariierung in § 67 Abs. 4 StGB (exempl. NK-StGB/Pollähne, § 67 Rn. 7 m.w.N.) nur in Erinnerung gerufen.

mäßig langen Freiheitsentziehung noch ein (mehr oder weniger langes, je nach Urteil) Strafdrittel verbüßen.<sup>3</sup> Ihn auf das Gnadenrecht zu verweisen, sollte eines Rechtsstaats unwürdig sein. Da es eine ‚Erledigung‘ der Strafe aus Gründen der (hier: erst recht) Unverhältnismäßigkeit von Gesetzes wegen nicht gibt, ist der Gesetzgeber gefordert, dieser Absurdität ein Ende zu bereiten!

## **2. § 67b StGB**

Für die Verhinderung potenziell unverhältnismäßiger Freiheitsentziehungen in der forensischen Psychiatrie gem. § 63 StGB spielt § 67b StGB – jenseits der verstärkten Beachtung des Subsidiaritätsprinzips bereits auf der Anordnungsebene (s.o. **I. 3. c**) – eine wesentliche Rolle, die es legislativ<sup>4</sup> zu stärken gilt:

Einerseits verstärkt die Forderung „besonderer Umstände“ (ähnlich § 56 Abs. 2 StGB) die Wahrnehmung der Vorschrift als Ausnahme-Regelung, was nicht sachgerecht ist: Wenn „die Erwartung [zu] rechtfertigen“ ist, dass der „Zweck der Maßregel“ (Besserung und Sicherung) auch durch deren Anordnung mit gleichzeitiger Aussetzung zur Bewährung „erreicht werden kann“, dann bedarf es keiner „besonderen Umstände“, um dieses Vorgehen zu legitimieren.

Andererseits ist das Festklammern an der Zweijahresgrenze (§ 67b Abs. 1 S. 2 in Anlehnung an § 56 Abs. 2 StGB) im Hinblick auf ggf. verhängte Begleitstrafen sachwidrig, abgesehen von der darin liegenden Diskriminierung derer, die gem. § 63 StGB i.V.m. § 21 StGB untergebracht wurden, im Vergleich mit denjenigen, deren Unterbringung i.V.m. § 20 StGB erfolgte. Selbstverständlich kann sich die Vollstreckung der freiheitsentziehenden Maßregel des § 63 StGB auch bei längeren Begleitstrafen als nicht erforderlich und deshalb als unverhältnismäßig erweisen: Sollte die Gefahr bestehen, dass sich der Verurteilte in Anbetracht längerer Begleitstrafen der Vollstreckung entzieht, wären schon die tatbestandlichen Voraussetzungen der Aussetzung nicht gegeben; der Konflikt mit den §§ 56, 57 StGB (die freilich ihrerseits reformbedürftig sind, gerade auch im Hinblick auf die Zweijahresgrenzen) könnte durch eine Anrechnungsregelung ausgeräumt werden.

---

<sup>3</sup> Vgl. LG Leipzig R&P 2012, 55 einerseits und BVerfG StV 2013, 217 andererseits.

<sup>4</sup> Für einen Ausbau der forensischen Ambulanzen auch insoweit: *Hahn* in: Pollähne/Lange-Joest (Hg.) Forensische Psychiatrie – selbst ein Behandlungsfall? 2015, 125 ff.

### **3. § 67e StGB**

Dass die noch im Eckpunktepapier 2013 vorgesehene wichtige Neuregelung der Überprüfungsfristen in § 67e StGB (im Sinne ihrer gestaffelten Verkürzung) vollständig entfallen ist, befremdet. Zur Verhinderung übermäßig langer Unterbringungszeiten braucht es – im Rahmen des Konzepts prozeduraler Rechtssicherheit (*BVerfGE* 109, 130 und 117, 71) – kürzerer Prüfungszeiträume, als es die derzeitigen lediglich jährlichen Überprüfungen gewährleisten. Man versetze sich einmal in die Situation eines Unterbrachten, der am Ende der StVK-Anhörung vom Vorsitzenden hört, man sehe sich dann in einem Jahr wieder: Gerade in der forensischen Psychiatrie sollte man sich nicht damit beruhigen, der Unterbrachte könne ja jederzeit einen Antrag auf Überprüfung stellen.

## **B. zu den StPO-Einzelregelungen (§ 463)**

### **I. zu § 463 Abs. 4 StPO nF**

#### **1. § 463 Abs. 4 S. 1 StPO nF**

Eine „Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung einzuholen, in der der Verurteilte untergebracht ist“, bevor die StVK über die Fortdauer der Vollstreckung entscheidet, ist bereits jetzt eine pure Selbstverständlichkeit und bedürfte eigentlich keiner Vergesetzlichung.

Dass es sich dabei immer um eine „gutachterliche Stellungnahme“ handelt, erscheint fraglich: Soweit der Regelungsvorschlag als Appell zu begreifen ist, diese Stellungnahmen fachlich aufzuwerten, wäre dies zu begrüßen, auch wenn dem Missverständnis vorzubeugen ist, jene Stellungnahmen mit (echten) Gutachten zu verwechseln.

In diesem Zusammenhang ist die Schweigepflicht gem. § 203 StGB ein ungelöstes Problem (vgl. nur *Waider* und *Tolmein* in: *Pollähne/Rode* [Hg.] *Schweigepflicht und Datenschutz*, 2010, 99 ff. und 123 ff.), das die psychiatrische und justizielle Praxis vor ebenso schwierige Entscheidungen stellt, wie den Betroffenen selbst und seine Verteidigung. Hier besteht legislativer Klärungsbedarf.

#### **2. § 463 Abs. 4 S. 2 bis 5 StPO nF**

Im Rahmen eines Konzepts prozeduraler Rechtssicherheit erhalten externe Begutachtungen eine zentrale Rolle (vgl. *BVerfG* aaO). Insoweit ist zu begrüßen, dass solche Gutachten nicht



erst – wie bisher – nach fünf Jahren, sondern bereits nach jeweils drei Jahren (wie bereits jetzt in Teilen des Landes-Maßregelvollzugsrechts) und „ab einer Dauer der Unterbringung von sechs Jahren [sogar] nach jeweils zwei Jahren“ eingeholt werden sollen.

Es darf jedoch (ohne dass auf Anhieb ersichtlich wäre, wie dies legislativ ‚einzufangen‘ ist) nicht übersehen werden, dass externe Gutachten kein ‚Allheilmittel‘ zur Eindämmung unverhältnismäßiger Freiheitsentziehungen in der forensischen Psychiatrie sind und dass sie sich in nicht wenigen Fällen gar als kontraproduktiv erweisen: Umso mehr negative externe Gutachten der Untergebrachte ansammelt, um so unwahrscheinlicher, dass er jemals auf Bewährung entlassen wird; stattdessen muss er auf Unverhältnismäßigkeit hoffen.

Auch vor diesem Hintergrund erscheint die in § 463 Abs. 4 S. 3 StPO-E vorgesehene Klarstellung, wonach der externe Gutachter auch nicht „das letzte Gutachten bei einer vorangegangenen Überprüfung erstellt haben“ darf, über das Ziel hinausgeschossen: Es sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen es nicht nur sachgerecht sondern auch den Interessen des Betroffenen förderlich wäre, den oder die letzte Gutachter/in nach drei Jahren erneut zu beauftragen; dem Untergebrachten dann einen neuen Sachverständigen aufzuzwingen, ist abwegig.

Ähnliches gilt für den – ebenfalls ‚gut gemeinten‘ – neuen Satz 4, demzufolge der Sachverständige, „der für das erste Gutachten im Rahmen einer Überprüfung der Unterbringung herangezogen wird, ... auch nicht in dem Verfahren beauftragt gewesen sein [darf], in dem die Unterbringung oder deren späterer Vollzug angeordnet worden ist.“ Es gibt durchaus Einweisungsgutachten, die deutlich zurückhaltender sind, als die nachfolgenden „sachverständigen“ Stellungnahmen der Maßregelvollzugseinrichtung. Weshalb jener Gutachter – allemal mit (anwaltlich beratener) Zustimmung des Untergebrachten – nicht erneut dazu gehört werden sollte, ob er sich z.B. das, was sich seit dem Urteil im Maßregelvollzug tat, so vorgestellt hat, erschließt sich nicht.

Mit der Begutachtung sollen – so der Entwurf in Satz 5 – nur „ärztliche oder psychologische Sachverständige beauftragt werden, die über forensisch-psychiatrische Sachkunde und Erfahrung verfügen.“ Das ist ein hehres Ziel und mehr kann in einer Strafprozess-Ordnung wohl auch nicht geregelt werden. Worin die „forensisch-psychiatrische Sachkunde und Erfahrung“ besteht und wie sie zertifiziert wird, um der Justiziabilität offen zu stehen, muss

wohl andernorts geregelt und gewährleistet werden. Die Veränderungen der gutachterlichen Landschaft verdienen allerdings verstärkt Beachtung: Immer häufiger werden von den Gerichten z.B. niedergelassene Gutachter hinzugezogen, deren klinische und therapeutische Erfahrung mehr und mehr verblasst; sie befinden über Diagnosen, Prognosen und Behandlungsaussichten weitgehend vom Schreibtisch aus.

Ungeachtet dessen sei angemerkt, dass nicht ‚nur‘ die psychologischen Sachverständigen auch über forensisch-psychiatrische Sachkunde und Erfahrung verfügen sollten, sondern umgekehrt die ärztlichen Sachverständigen auch über – um im Duktus zu bleiben – ‚forensisch-psychologische‘ Sachkunde und Erfahrung. Darüber hinaus wird sowohl die forensisch-psychiatrische wie -psychologische Sachkunde und Erfahrung nicht ohne kriminologisches Zusatzwissen auskommen: Die geplante gesetzliche Fassung betont – gerade auch in kriminalprognostischer Hinsicht – zu einseitig die medizinische Dimension.

### **3. § 463 Abs. 4 S. 8 StPO nF**

Die Änderung in dem neuen Satz 8 (ehedem Satz 5) dient lediglich der Klarstellung, dass bei der „Überprüfung der Unterbringung, bei der nach S. 2 das Gutachten eines Sachverständigen eingeholt werden soll“, eine Verteidigung notwendig ist. Dem Missverständnis, dass es zukünftig nicht mehr um „das Verfahren“ geht, sondern ‚nur‘ noch um „die Überprüfung“, wird durch das Wörtchen „soll“ nur unzureichend entgegengewirkt: Es muss klar sein, dass die Beiordnung bereits für das Verfahren der Auswahl des Gutachters notwendig ist; mehr noch: Bereits die Entscheidung, ob von der in der soll-Vorschrift angelegten Ausnahmeoption (Verzicht auf externe Begutachtung) Gebrauch gemacht wird, bedarf der Mitwirkung eines Verteidigers.

### **II. zu § 463 Abs. 6 nF**

Die Änderung in Satz 1 ist lediglich redaktioneller Natur (Einbeziehung des neuen § 67 Abs. 6 StGB); und dass der Verurteilte „in den Fällen des § 67d Abs. 6 StGB ... mündlich zu hören“ ist (Satz 2 nF), sollte schon bisher selbstverständlich gewesen sein, die Klarstellung kann aber nicht schaden.

### **III. was fehlt !?**

1. Einige Vollstreckungsgerichte halten daran fest, dass nicht bei jeder Überprüfung der § 63-Unterbringung gem. § 67e StGB ein Fall notwendiger Verteidigung analog § 140 Abs. 2 StPO gegeben sei: Der Gesetzgeber ist dringend aufgefordert, dies klarzustellen.

2. Beschwerden der StA gegen freiheitsentziehungsbeendende StVK-Entscheidungen haben von Gesetzes wegen – also automatisch – aufschiebende Wirkung (§§ 454 Abs. 3 S. 2 sowie 462 Abs. 3 S. 2 StPO); § 307 StPO gilt insoweit nicht. Mit Art. 104 Abs. 2 GG ist dies nicht in Einklang zu bringen, ermöglicht es doch dem Exekutivorgan StA die Möglichkeit, gegen das Gericht die Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen.<sup>5</sup> Dies muss dringend korrigiert werden.

### **C. zu weiteren Neuregelungen im StGB (§ 64 betreffend)**

#### **I. § 67 Abs. 6 neu**

Die in § 67 Abs. 6 StGB (etwas unsystematisch platzierte) Neuregelung dient der Umsetzung der Härtefall-Entscheidung des *BVerfG* (E 130, 372) zur Anrechnung des Maßregelvollzugs auf sog. verfahrensfremde Strafen (und gilt insoweit sowohl für Unterbringungen nach § 63 StGB als auch nach § 64 StGB). Das ist zunächst einmal grundsätzlich zu begrüßen.

Bei der Frage, ob die Nichtanrechnung (und damit ggf. der vollständige Vollzug jener Strafe) eine „unbillige Härte“ wäre, sollen „insbesondere das Verhältnis der Dauer des bisherigen Freiheitsentzugs zur Dauer der verhängten Strafen, der erzielte Therapieerfolg und seine konkrete Gefährdung sowie das Verhalten der verurteilten Person im Vollstreckungsverfahren“ Berücksichtigung finden. Damit orientiert sich der GesE sehr eng am *BVerfG* – und in puncto „Verhalten im Vollstreckungsverfahren“ zu eng wegen des damit verbundenen disziplinarischen Einschlags.

Die Anrechnung soll ausgeschlossen werden, wenn „die der verfahrensfremden Strafe zugrundeliegende Tat nach der Anordnung der Maßregel begangen worden ist“. Abgesehen davon, dass dies in der Praxis nur äußerst selten vorkommt, versteht sich keineswegs von selbst, dass in jenen Fällen keine „unbillige Härte“ gegeben sein kann.

---

<sup>5</sup> Ausf. dazu der Beitrag des Verf. „Wider die aufschiebende Wirkung staatsanwaltschaftlicher Beschwerden gegen StVK-Entscheidungen“ in R&P 2015 S. 198-200, ebenfalls anliegend).

## II. § 64 S. 2 nF

Als gäbe es im Bereich der Anordnung des § 64 StGB sowie seiner Vollstreckung und im Vollzug nicht schon genug Probleme, musste der 3. Strafsenat des BGH noch ein weiteres erfinden: Komme das Gericht nach gutachterlicher Einschätzung – insb. im Zusammenhang mit längeren Begleitstrafen – zu dem Ergebnis, die Entziehungsbehandlung könne länger als zwei Jahre dauern (was in der Praxis gar nicht so selten ist), dann bestehe von Rechts wegen keine hinreichende Erfolgsaussicht im Sinne des § 64 S. 2 StGB, mit der Folge, dass diese Verurteilten (deren Abhängigkeitsprobleme gar nicht in Frage gestellt werden), im Justizvollzug landen (BGH R&P 2011, 32 und NStZ-RR 2015, 43). Dazu hätte Bernd Volckart – einer der Vordenker des Maßregelvollzuges – gesagt: Fug & Recht, das ist Unfug & Unrecht! (vgl. auch Trenckmann NStZ 2011, 322 mwN) Hier steht eigentlich eine höchstrichterliche Klärung aus – in einer funktionierenden Demokratie ist es aber vorzugswürdig, wenn der Gesetzgeber von sich aus eingreift.

Dass dies mit dem vorliegenden GesE geschehen soll, indem in § 64 S. 1 weingefügt wird: „innerhalb der Frist nach § 67d Abs. 1 S. 1 oder 3“, ist zu begrüßen. Damit wird – um einem Missverständnis zu begegnen – nicht exorbitanten Unterbringungszeiten im 64er-Maßregelvollzug das Wort geredet; es gilt aber zu verhindern, dass alkohol- und drogenabhängige Verurteilte, die therapiebedürftig und entsprechend motiviert sind, stattdessen im Strafvollzug unterzubringen. Deshalb ist die geplante gesetzliche Klarstellung sachgerecht.

Dr. iur. habil. Helmut Pollähne  
- Rechtsanwalt -

## Maßregelvollzug (§ 63 StGB) im Reformstau Forensische Psychiatrie – ein Behandlungsfall?<sup>1</sup>

Abstract:

Nach einer Phase tiefgreifender kriminalpolitischer und psychiatriepraktischer Reformen im Maßregelvollzug der 1980er Jahre haben sich Entwicklungen eingestellt, die zu einer erneuten Reform drängen, die auf sich warten lässt. Überbelegung, Fehlweisungen, Unverhältnismäßigkeit der (Dauer der) Freiheitsentziehung, Grenzen der Zwangsbehandlung sind einige der Stichworte der aktuellen Debatte, die die Gesetzgebung davon zu überzeugen hat, dass es mit Reförmchen in Details nicht getan ist.

Schlüsselwörter: Maßregelrechtsreform; Forensische Psychiatrie; Unterbringung im Maßregelvollzug (§ 63 StGB); Verhältnismäßigkeit; Freiheitsentziehung; Kriminalpolitik.

*The blocking of reforms in hospital treatment orders (§ 63 StGB). Forensic Psychiatry – in need of treatment?*

*Abstract*

*After a period of extensive reforms in hospital treatment orders as well in criminal policy as in psychiatric and practical terms in the 1980ies developments have taken place that strongly ask for new reforms being long in coming. Forensic hospital overcrowding, wrongful inpatient treatment orders, deprivation of liberty beyond proportionality, limits to compulsory treatment – only some keywords of the actual debate, that will have to convince legislation to render more than just minor reforms in details.*

*Keywords: Forensic psychiatry; Inpatient treatment of mentally ill offenders; Legal basis of inpatient treatment of mentally ill offenders; deprivation of liberty; criminal policy reform.*

### A. Einleitung

Von allen freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung, die es im Strafrecht (§ 61 StGB) gibt bzw. gab (bis 1969: Arbeitshaus; ab 1975 vorübergehend: Sozialtherapeutische Anstalt), scheint diejenige der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus<sup>2</sup> die am wenigsten umstrittene zu sein – während die Sicherungsverwahrung seit eh und je als die umstrittenste galt und wohl auch weiterhin gelten wird.<sup>3</sup> Dass die Unterbringung gem. § 63 StGB in der Praxis nicht selten zur – wenn auch ‚nur‘ psychiatrischen – Sicherungsverwahrung gerät, ist bereits ein Teil der Probleme, die es im Folgenden zu erörtern gilt.

Der Fall „Mollath“ war nicht Auslöser der aktuellen Reformdebatte, wohl aber ein Katalysator; freilich gibt es im psychiatrischen Maßregelvollzug viele ‚Mollath-Fälle‘, und durchaus nicht wenige, die in puncto Unverhältnismäßigkeit skandalträchtiger wären. Abgesehen davon, dass das BMJ bereits im Juli 2013 Eckpunkte einer Maßregel-Reform unterbreitet hat und das Thema auch im Koalitionsvertrag vermerkt wurde,<sup>4</sup> wird die kriminalpolitische

---

<sup>1</sup> Erweiterte Fassung des Eröffnungsvortrages auf dem 43. Symposium des Instituts für Konfliktforschung „Forensische Psychiatrie – selbst ein Behandlungsfall? Alternativen zum Maßregelvollzug (§ 63 StGB) zwischen Reform und Abschaffung“ am 04.04.2014 in Maria Laach; der Autor ist wissenschaftlicher Leiter des Instituts.

<sup>2</sup> Zur historischen Entwicklung Kammeier 1996, vgl. auch Hassemer 2010, 31 ff. zum „Glanz“ der Maßregeln im Strafrecht (neben dem „Elend“ und „Teufelswerk“, ebd. S. 35 ff.).

<sup>3</sup> Vgl. nur Mushoff 2008b sowie Pollähne 2008a und 2014a m.w.N.; exempl. zum Streit um § 64 StGB Pollähne/Kemper 2007 und Kemper 2010.

<sup>4</sup> Die auf jener Grundlage eingesetzte Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat unter dem 05.12.2014 einen „Diskussionsentwurf zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63

und rechtswissenschaftliche Diskussion durch unterschiedliche Entwicklungen befördert, in Stichworten: Inkrafttreten der sog. Behindertenrechtskonvention (UN-BRK); Grundsatzentscheidungen des BVerfG zur Zwangsbehandlung; Stärkung der Patientenautonomie; Belegungs-/Kostendruck. Um die aktuellen Debatten und die Entwicklungen der letzten Jahre, die diese Debatten ausgelöst haben, in das rechte Licht zu rücken, sei ein Rückblick gestattet auf die letzte große Maßregel-Reformphase vor rund 30 Jahren – zum Zwecke der Anschaulichkeit und Konkretisierung mit einem gewissen biographischen Einschlag:

## B. Maßregelvollzug 1985: Schatten und Licht

Vor ziemlich genau 30 Jahren geriet der Verfasser erstmals mit dem Maßregelvollzug in Kontakt, nämlich im Rahmen der universitären Schwerpunktausbildung in Bielefeld bei einem Besuch in Lippstadt-Eickelborn. Damals war der 63er-Maßregelvollzug im Allgemeinen ein Behandlungsfall, und der Maßregelvollzug in Eickelborn ganz besonders:

*Rasch* hatte in einem ersten Gutachten für den Träger der Klinik deren Auflösung empfohlen: Moderne forensische Psychiatrie könne dort im ‚Niemandland‘, im sog. *Rottlandbereich* und in jenen Gebäuden der *Westfälischen Provinzialheilanstalt* nicht gelingen. Sein abschließendes Gutachten „krank und/oder kriminell“ empfahl immerhin noch die Vonselbstständigkeit der Klinik und führte zur Gründung des *Westfälischen Zentrums für Forensische Psychiatrie*; dass es lange Zeit die größte Maßregelvollzugseinrichtung der Republik blieb (und eine viel zu große allemal), konnte auch er nicht verhindern.<sup>5</sup>

Der Auftrag des BVerfG (von 1972)<sup>6</sup> und des StVollzG (von 1977), auch für die Maßregeln der „Besserung und Sicherung“ – wie sie in dieser durchaus programmatisch gemeinten Reihenfolge erst seit 1969 hießen – Vollzugsgesetze zu schaffen, wurde gerade erst und mit erheblicher Verspätung erfüllt: NRW erhielt 1984 ein Maßregelvollzugsgesetz, in anderen Bundesländern mussten die Untergebrachten zum Teil noch länger warten.<sup>7</sup>

Ein Essener Pelzmanteldieb schrieb Rechtsgeschichte: In seiner Grundsatzentscheidung vom 08.10.1985 bekräftigte das BVerfG die Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch für die Vollstreckung der freiheitsentziehenden Maßregeln und beendete damit eine wegen der Gefahr weiterer Diebstähle bereits achtzehn Jahre währende Unterbringung (davon alleine neun Jahre in Eickelborn), für die die damalige Landesregierung nur den ebenso lapidaren wie zynisch anmutenden Kommentar übrig hatte, das läge „in der Natur der Sache begründet“.<sup>8</sup>

Das sozial- bis antipsychiatrie Umdenken in der psychosozialen Versorgungslandschaft hatte – nicht zuletzt infolge der Psychiatrie-Enquete von 1975 – die gesamte Anstalts-Psychiatrie erreicht. Die forensische Psychiatrie behielt jedoch bis auf weiteres die „absolute Schlusslichtposition“. Hier galt es, so die Enquete, „erst einmal dem heutigen Justizvollzug vergleichbare Mindestbedingungen einer menschenwürdigen Unterbringung zu gewährleisten“.<sup>9</sup> *Leygraf* beklagte noch in seiner 1988 erschienenen Bestandsaufnahme des bundesdeutschen Maßregelvollzuges die „desolaten, deprimierenden und unzulänglichen“ Unterbrin-

---

StGB“ (DiskE) vorgelegt, der am 20.01.2015 veröffentlicht wurde (s.u. E.):

[http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/BL-AG%20Novellierung%2063%20StGB%20-%20Diskussionsentwurf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/BL-AG%20Novellierung%2063%20StGB%20-%20Diskussionsentwurf.pdf?__blob=publicationFile)

<sup>5</sup> *Rasch* 1984, vgl. auch *ders.* 1986, 83 ff.; ausf. auch *Pollähne* 1994 m.w.N.

<sup>6</sup> BVerfGE 33, 1 (vgl. auch E 40, 276).

<sup>7</sup> Ausf. *Pollähne* 1994, 15 ff., 25 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> BVerfGE 70, 297 = R&P 1986, 25 m. Anm. *Eisel*, dazu auch *Fabricius/Wulff* 1984.

<sup>9</sup> BT-Drs 7/4200, 281 f., vgl. dazu auch *Finzen/Schädle-Deininger* 1979.

gungs- und Behandlungsbedingungen;<sup>10</sup> es handele sich um „gigantische Lebensversicherungsanlagen“.<sup>11</sup>

1983 war der erste Jahrgang von *Recht & Psychiatrie* erschienen, einer interdisziplinären Fachzeitschrift, die sich von Anfang an gerade auch dem Maßregelvollzug intensiv widmete. Darin vertrat *Volckart* 1984 erstmals die – inzwischen weit verbreitete – Auffassung, die im Maßregelvollzug Untergebrachten hätten einen Rechtsanspruch auf Lockerungen und Urlaub; und bereits 1985 problematisierte *Marschner* dort die Rechtsgrundlagen der Zwangsbehandlung.<sup>12</sup>

Teile des sozialliberalen Programms der großen Strafrechtsreform von 1969/1975 harrten der Durchsetzung: Ein Flaggschiff dieser Reform, die Maßregel der Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt (§ 65 StGB a.F.), wurde Ende 1984 von der neuen schwarz-gelben Koalition endgültig beerdigt, ohne dass sie jemals wirklich das Licht der Justizpraxis erblickt hatte; an die Stelle trat die sog. „Vollzugslösung“ des § 9 StVollzG, womit das Reformpotenzial der Sozialtherapie für die forensische Psychiatrie (vgl. ehemals § 63 Abs. 2 StGB a.F.) zunächst einmal versickerte.<sup>13</sup> Dass der Maßregelvollzug keine „Rechtswohltat“ war bzw. sein sollte,<sup>14</sup> machte der Gesetzgeber spätestens 1986 deutlich, als er Änderungen im Vollstreckungsrecht – v.a. beim Nebeneinander von Maßregel und Freiheitsstrafe – vornahm (insb. § 67 Abs. 4 StGB), mit deren Unzulänglichkeiten die Kliniken und die Justiz, vor allem aber die Betroffenen und ihre Anwälte heute noch zu kämpfen haben.<sup>15</sup>

Aber immerhin: Resozialisierung und der Grundsatz >in dubio pro libertate< waren noch Leitmotive der Kriminalpolitik (die Wende zur Sicherheitspolitik und zum Prinzip >in dubio pro securitate<<sup>16</sup> sollte noch gut zehn Jahre auf sich warten lassen): Am 05.12.1985 wurde die Bundesregierung einstimmig durch den Bundestag aufgefordert, einen „Bericht zur Beurteilung des strafrechtlichen Sanktionsinstrumentariums“ vorzulegen.<sup>17</sup> In dem am 07.07.1986 vorgelegten Bericht hieß es zum Maßregel-Komplex u.a., für den Gesetzgeber stelle sich die Frage, ob nicht „an die Stelle der derzeit unbefristeten Unterbringung des psychisch kranken Rechtsbrechers in einem psychiatrischen Krankenhaus eine differenziertere Regelung treten sollte, die sicherstellt, dass eine lebenslange Unterbringung tatsächlich nur in den Fällen erfolgt, in denen von dem Untergebrachten erhebliche Gefahren für besonders hochrangige Rechtsgüter – namentlich für das Leben – ausgehen“.<sup>18</sup> Knapp drei Jahre später, am 20.04.1989, verabschiedete der Bundestag mit großer Mehrheit eine noch weiter gehende Aufforderung an die Bundesregierung: Danach sollte sie „im Benehmen mit den Psychiatrie-Referenten der Länder ein Konzept zur Novellierung der Vorschriften der §§ 63, 64 StGB“ erarbeiten und dabei sicherstellen, dass die Verhängung dieser Maßregeln „auf wirklich gravierende Fälle beschränkt“ bleibe und „an die Stelle der derzeit ausnahmslos unbefristeten Unterbringung eines psychisch kranken Rechtsbrechers in einem psychiatrischen Krankenhaus eine differenzierte Regelung“ trete.<sup>19</sup> Daraus wurde bekanntlich nichts mehr – bereits Mitte der 1990er Jahre zeichnete sich eine radikale Trendwende ab, die ihren deutlichsten Ausdruck in den sich seit 1997 häufenden Entwürfen zur „Verbesserung des Schutzes der

<sup>10</sup> *Leygraf* 1988, 183, vgl. auch die Beschreibungen bei *Albrecht* 1978, 124, *Rüping* 1983 und *Pollähne* 1994, 17, 118 f. m.w.N.

<sup>11</sup> *Leygraf* 2002, 3, vgl. *Merkel/Roth* 2010, 5 und *DGSP* 2014, 8.

<sup>12</sup> *Volckart* 1984 und *Marschner* 1985, vgl. auch das 1983 erstmals erschienene und längst (inzwischen fortgeführt von *Grünebaum*) zum Standardwerk avancierte Handbuch von *Volckart* zum „Maßregelvollzug“ (7. Aufl. 2009) sowie *Marschner/Lesting* 2010.

<sup>13</sup> *Rasch* 1985 und 1989, vgl. auch *Egg* 2008; zur Lage der Sozialtherapie nach den Gesetzesverschärfungen von 1998 *Alex* 2006.

<sup>14</sup> Vgl. den Disput zwischen *Jäger/Jacobsen* 1990 und *Gretenkord* 1991.

<sup>15</sup> Dazu *Hoffmann/Feest* 1986 und *Pollähne/Woynar* 2014, 191 ff.

<sup>16</sup> Dazu *Braum* 2004, vgl. auch *Pollähne* 2011, 109, 253, 263 f., 300 m.w.N.

<sup>17</sup> BT-Drs 10/4391.

<sup>18</sup> BT-Drs 10/5828, 6.

<sup>19</sup> vgl. BT-Drs 11/2597, 3.

Gesellschaft vor gefährlichen Straftätern“ fand, wobei es nicht nur, aber primär um einen Ausbau der Sicherungsverwahrung ging.<sup>20</sup> Mit dem „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“ von 1998 wurde diese Entwicklung ebenso besiegelt wie die nur zehn Jahre vorher vereinbarte Reform des strafrechtlichen Sanktionsinstrumentariums (s.o.) bis auf weiteres beerdigt;<sup>21</sup> und mit dem sog. „Unterbringungssicherungs-gesetz“ von 2007 wurden „am Ende nur noch die Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben und die bessere Nutzung der Kapazitäten des Maßregelvollzuges“ bezweckt, wobei es primär um die Unterbringung gem. § 64 StGB ging.<sup>22</sup>

Wie all dem auch sei: Die forensische Psychiatrie befand sich Mitte der 1980er Jahre – nicht zuletzt in Eickelborn – in einer Aufbruchstimmung; dies hatte sie aber auch nötig, denn sie war ein Behandlungsfall. Wie weitgehend jene Behandlung seinerzeit gediehen ist und wie nachhaltig die Behandlungserfolge waren, blieb freilich umstritten.<sup>23</sup>

### C. 30 Jahre später: Forensische Psychiatrie – quo vadis?

Die Pelzmanteldiebe von damals wurden entlassen, aber in anderem Gewande gibt es sie noch immer, die Täter aus dem Bereich der sog. mittleren Kriminalität, mit deren Entlassung sich die Justiz auch nach langen Jahren der Freiheitsentziehung schwer tut<sup>24</sup> – obwohl man sich doch jederzeit unweigerlich fragen müsste, warum sie überhaupt jemals in der forensischen Psychiatrie eingeschlossen wurden (zur Verhältnismäßigkeit s.u. D.).

Die Unterbringungsdauer nahm in den 1980er und 90er Jahren ab, ist seitdem aber offenbar wieder angestiegen, auch wenn die präzise Erfassung methodisch schwierig ist.<sup>25</sup> Die durchschnittliche an einem Stichtag gemessene bisherige Verweildauer lag in den 1970er-Jahren bei ca. 8-12 Jahren.<sup>26</sup> Die einzig repräsentative Studie von *Leygraf* ergab 6,3 Jahre für die 1980er-Jahre.<sup>27</sup> Verweilten rund 60% der strafrechtlich Untergebrachten nach früheren Studien länger als 10 Jahre, waren dies *Leygraf* zufolge nur noch 20%.<sup>28</sup> Im Übrigen muss wegen der immanenten Probleme der Stichtags-Erhebung von einer generell deutlich längeren Verweildauer ausgegangen werden. Besonders bedenklich sind auch die großen regionalen und anstalts- aber auch delikt-spezifischen Unterschiede in der mittleren Verweildauer.<sup>29</sup> Nach den zuletzt für den Entlassungsjahrgang 2006 durch die *KrimZ* erhobenen Zahlen lag die durchschnittliche Verweildauer der Entlassenen bei 6,6 Jahren,<sup>30</sup> was freilich dadurch verzerrt wird, dass gerade die „ewigen“ Maßregelvollzugspatienten in diesen Zahlen unterrepräsentiert sind.<sup>31</sup> Die *Bund-Länder-AG* geht von einem Anstieg der durchschnittlichen Unterbringungsdauer bis in das Jahr 2012 auf knapp 8 Jahre aus.<sup>32</sup>

---

<sup>20</sup> *Pollähne* 1998 und 2008a m.w.N.

<sup>21</sup> *Ausf. Pollähne* 2007, 387 ff.

<sup>22</sup> *Schöch* 2009, 704, vgl. *Kemper* 2010.

<sup>23</sup> *Krit. DGSP* 2014, 8: „diese Reformen führten zu fatalen Fehlentwicklungen“.

<sup>24</sup> Dazu *Bund-Länder-AG* DiskE 2015, 16 m.w.N. (vgl. auch aaO S. 25).

<sup>25</sup> Jährliche *KrimZ*-Untersuchungen liegen leider nur für die Jahre 2002 bis 2006 vor, wurden dann jedoch – wohl auch aus Gründen mangelnder Kooperation der Bundesländer und Anstaltsdirektionen – eingestellt (zuletzt *Dessecker* 2008, 34 ff.).

<sup>26</sup> *Ritzel* 1975, 186; *Albrecht* 1978, 113.

<sup>27</sup> *Leygraf* 1988, 107 ff., vgl. NK-StGB-*Pollähne* § 63 Rn. 6 m.w.N.

<sup>28</sup> *Gretenkord/Lietz* 1983, 383; *Leygraf* 1988, 109.

<sup>29</sup> *Rasch* 1991, 111, vgl. auch *Traub/Weithmann* 2011.

<sup>30</sup> *Dessecker* 2008, 34 ff., der als Median 5½ Jahre angibt; die *DGPPN* (2013, 2) geht gar von einer Verdopplung der Unterbringungsdauer innerhalb der letzten 20 Jahre aus.

<sup>31</sup> Immerhin wird mitgeteilt (a.a.O. S. 39), dass 6% der „ehemaligen“ Untergebrachten (35 Männer und Frauen) im Vollzug verstorben waren; vgl. NK-StGB-*Pollähne* a.a.O. m.w.N.

<sup>32</sup> DiskE 2015, 15 m.w.N.



Als Mittel gegen überlange Unterbringungsauern war bereits Ende der 1970er Jahre gefordert worden, regelmäßig externe Gutachten einzuholen.<sup>33</sup> Im nordrhein-westfälischen Maßregelvollzugsgesetz von 1984 wurde dies festgeschrieben, einige andere Landesgesetze folgten dem Beispiel.<sup>34</sup> Aber nur gut zehn Jahre später hatte sich der Wind gedreht: Nun wurden externe Gutachten gefordert zur Verhinderung zu früher Entlassungen – der Gesetzgeber verankerte dies 1998 in der StPO (§§ 463 Abs. 3 i.V.m. 454 Abs. 2 StPO).<sup>35</sup> Ob die erst 2007 eingeführte Soll-Vorschrift (§ 463 Abs. 4 StPO) zu externen Gutachten nach jeweils fünf Jahren der Unterbringung gem. § 63 StGB halten kann, was sich der Gesetzgeber davon versprochen hat, steht noch dahin.<sup>36</sup>

Vor gut zehn Jahren setzte eine Diskussion ein, die der allfälligen – so genannten, wenn nicht persiflierten – ‚Behandlungsideologie‘ ein Ende bereiten sollte und long stay-Unterbringungen propagierte.<sup>37</sup> Diese Diskussion ist mindestens ambivalent: Propagiert sie einerseits die Verkürzung oder gar Befristung der psychiatrischen Maßregel, fordert sie zugleich – und sei es ‚nur‘ implizit – den Auf- bzw. Ausbau einer (wenn auch psychiatrischen) Sicherungsverwahrung; dabei werden zudem menschenrechtliche und rechtsstaatliche Argumente von pragmatischen und fiskalischen überlagert.<sup>38</sup>

Die in den 1980er Jahren angedachte Dezentralisierung des Maßregelvollzuges im Sinne der Auflösung von Mammutanstalten, die zugleich eine Zentralisierung sein sollte im Sinne eines Heranrückens an die zumeist städtischen Wohn- bzw. Herkunftsorte der Betroffenen, scheiterte beginnend in den 1990er Jahren am zunehmenden Widerstand der betroffenen Kommunen und am Sankt Floriansprinzip.<sup>39</sup> Erst in den letzten Jahren wurde es möglich, das Konzept wenigstens ansatzweise durchzusetzen, wenn auch häufig um den Preis von Hochsicherheitsanstalten, Teilprivatisierungen und Sonderrechtsbedingungen.<sup>40</sup> Zugleich haben die inflationären Steigerungsraten der Belegung das ihre dazu beigetragen, neue Mammutanstalten entstehen resp. alte wieder wachsen zu lassen.

1985 war mit insg. 2.500 Patienten der Tiefstand der Belegung im 63er Maßregelvollzug erreicht, nachdem er in den 1960er Jahren noch bei knapp 4.500 lag – ein Wert, der allerdings spätestens 2005 wieder überschritten wurde: Inzwischen liegt die Zahl nur in den sog. alten Bundesländern (inkl. Gesamtberlin) über 6.500.<sup>41</sup> Allein in dieser quantitativen Dimension ist die Diagnose berechtigt: Der psychiatrische Maßregelvollzug ist wieder zum Behandlungsfall geworden.<sup>42</sup>

Die steigenden Einweisungszahlen (lt. Strafverfolgungsstatistik) sind nur ein Teil des Problems der rapiden Belegungszunahme (zur Unterbringungsdauer s.o.), verdienen aber gleichwohl einen genaueren Blick: Nachdem sie ab Mitte der 1990er Jahre stark angestiegen

---

<sup>33</sup> Albrecht 1978.

<sup>34</sup> Ausf. Pollähne in: Kammeier 2010 Rn. F 142 ff. m.w.N.

<sup>35</sup> HK-StPO-Pollähne § 454 Rn. 22 ff. m.w.N., vgl. auch ders. 2007, 399 f. zu den Änderungen durch das „Gesetz zur Sicherung der Unterbringung ...“ v. 16.07.2007 (BT-Drs 16/1110).

<sup>36</sup> Vgl. Schöch 2009, 711 f., Pollähne 2007, 395 ff. und BT-Drs 16/1110, 25 ff. sowie 16/5137, 11 f.; zum Streit um den Wert externer Gutachten Beier 2000 und Müller/Becker/Stolpmann 2006, vgl. auch Pollähne 2011, 151 ff. m.w.N.

<sup>37</sup> Vgl. dazu nur Lindemann 2002 sowie Leygraf 2002, Pollähne 2005b, Mushoff 2008a und Merkel/Roth 2010, 7 f., wobei kriminalpolitikhistorisch bemerkenswert ist, wie sich die Kritik an einer vermeintlichen „Behandlungsideologie“ (oder wahlweise -euphorie) im politischen Spektrum von rechts nach links und dann wieder nach rechts verschoben hat.

<sup>38</sup> Ansatzweise Kröber 2003.

<sup>39</sup> Pollähne 1999.

<sup>40</sup> Lohner/Pape/Konrad 2005, Schmidt-Quernheim/Rabe/Hax-Schoppenhorst 2011 und Steinböck 2011, vgl. bereits Kammeier 1990 sowie Pollähne 2008b und Kammeier 2002 zu Kostenaspekten, vgl. auch DGSP 2015, 9.

<sup>41</sup> Vgl. auch NK-StGB-Pollähne § 63 Rn. 5 m.w.N.

<sup>42</sup> Ebenso DGSP 2014, 3 f., ähnlich Dessecker 2013b, 68 ff. m.w.N., vgl. auch Streng 2014 und Walter 2014a; um ein Bild von Hassemer (2010, 35 und 40) zu bemühen: das „Prinzip der Prävention [hat] sich selbstständig gemacht. Der „Ergebnisbericht“ der Bund-Länder-AG 2015 beginnt mit den Worten „Angesichts der steigenden Zahl von Personen, die in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB untergebracht sind ...“.

waren, trat ab etwa 2004 eine gewisse Abflachung ein, 2008 wurde allerdings mit 1.101 ein Allzeitrekord verzeichnet. Seitdem sind die Zahlen (jedenfalls bis 2012) wieder rückläufig, liegen aber nachwievor auf dem hohen Stand von vor 15 Jahren. Insgesamt hatte sich die Zahl der Einweisungen innerhalb von 20 Jahren (1991 bis 2010) mehr als verdoppelt. Legt man die Gesamtzahlen für den Maßregelvollzug zugrunde, wobei der 63er den mit Abstand größten Anteil hat, kommt inzwischen ein Untergebrachter auf fünf Strafgefangene – 1995 war das Verhältnis noch 1:10.<sup>43</sup> *Heinz* hat zudem darauf aufmerksam gemacht, dass mittlerweile die Zahl der gem. § 63 StGB Untergebrachten höher liegt als die Gesamtzahl der Gefangenen mit einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren.<sup>44</sup> Über die Gründe dieser Entwicklung ist wenig Verlässliches bekannt, offenbar hat sich jedoch „die Handhabung der juristischen Erheblichkeitsschwelle“ verändert, so *Traub/Weithmann* auf der Grundlage einer vergleichenden Untersuchung der Unterbringungen in Baden-Württemberg in den Jahren 1995 bis 2009: Der Anstieg gehe „im Wesentlichen auf eine ansteigende Zuweisung von psychisch ernsthaft gestörten Patienten mit mittelschweren Straftaten und geringer kriminologischer Vorbelastung zurück“, gleichwohl gebe es keinen Hinweis darauf, dass schizophrene Patienten „krimineller“ würden, vielmehr seien die „Delikte der psychisch Kranken in Schwere und Vorgeschichte eher geringer geworden“; ein Grund könnte die gestiegene Zahl von Begutachtungen sein, ein anderer ein verändertes Behandlungsverständnis in der Allgemeinpsychiatrie, das „gewalttätige und deliktische Verhaltensweisen zunehmend weniger als Krankheitssymptome einordnet und kürzere stationäre Behandlungen anstrebt“, so dass „ein Teil der psychisch Kranken aus der notwendigen Versorgung mit der Folge zunehmender sozialer Auffälligkeit herausfallen“.<sup>45</sup>

Ob der Rückgang seit 2008/2009 auch auf eine restriktivere Revisionsrechtsprechung des *BGH* zurückzuführen ist, wäre einer näheren Analyse wert. Abgesehen davon, dass die allermeisten Anordnungen gem. § 63 StGB offenbar niemals zum Gegenstand eines Revisionsverfahrens<sup>46</sup> und viele Revisionen wohl ohne weitere Begründung gem. § 349 Abs. 2 StPO verworfen werden, fällt in den letzten Jahren die hohe Quote der Aufhebungen in den veröffentlichten *BGH*-Beschlüssen<sup>47</sup> auf: In insg. 88 Entscheidungen der letzten fünf Jahre (2010-2014) kam es in 59 Fällen (67%) zur Aufhebung der Anordnung, in weiteren 9 Fällen wurde die Nichtanordnung (gegen die Revision der StA) gehalten; nur in 15 Fällen wurde die Anordnung gehalten und lediglich in weiteren 5 Fällen die Nichtanordnung beanstandet. Insgesamt wurde mithin in drei von vier Fällen die Unterbringungsanordnung aufgehoben bzw. die Nichtanordnung bestätigt. Das mag darauf hindeuten, dass die Bereitschaft der Tatgerichte, eine Anordnung gem. § 63 StGB zu treffen, bzw. der StA, eine solche Anordnung zu betreiben, nachwievor hoch ist<sup>48</sup> – und dass sie aus Sicht des *BGH* zu hoch ist. Bereits de lege lata sind m.a.W. ein erheblicher Teil der Probleme im Maßregelvollzug hausgemacht; da hapert es an allen Ecken und Enden des normativen Instrumentariums (§§ 20, 21, 62, 63, 67b StGB) und nicht selten – zumal im Sicherungsverfahren – entsteht der Eindruck, in Anbetracht der erheblichen psychiatrischen Probleme des Beschuldigten müsse man es mit den Regeln der

---

<sup>43</sup> *Heinz* 2014, vgl. auch *Dessecker* 2013b, 69 f. und *Pollähne* 2013a, 26 f.

<sup>44</sup> *Heinz* 2014, vgl. *Dessecker* 2013b, 70.

<sup>45</sup> *Traub/Weithmann* 2013, 215 m.w.N., vgl. auch *Dessecker* 2013b, 70 ff., der ebenfalls die – naheliegend kriminalpolitisch bedingte (ähnlich *Hassemer* 2010, 38 f.) – Zunahme im Wesentlichen im Bereich der Körperverletzungsdelikte sieht (s.a. *Dessecker* a.a.O. S. 72 ff. zu Aspekten der „Psychiatisierung“ und „Forensifizierung“; Kurzfassung bei *ders.* 2013a).

<sup>46</sup> Nicht selten wohl auch aufgrund informeller Absprachen und/oder gut gemeinter, aber letztlich fataler Verteidigung; ausf. zum Verbot der Verständigung über Maßregeln *Weider* 2011, vgl. auch *BGH* StV 2011, 647.

<sup>47</sup> Bei *juris* werden alle *BGH*-Entscheidungen veröffentlicht, sofern sie auch nur eine (über den Wortlaut des § 349 Abs. 2 StPO hinausgehende) Zeile der Begründung aufweisen, und sei es nur ein Hinweis.

<sup>48</sup> *Walter* 2014a, 326 stellt gar die Frage, warum „der Colt bislang so locker“ saß?! Auch insofern exempl. der „Mollath“-Fall, vgl. *Müller* 2013. Auch die *Bund-Länder-AG* (DiskE 2015, 4) hält es für nötig, die „landgerichtliche Praxis noch stärker für das mit Verfassungsrang ausgestattete ... Erfordernis der Verhältnismäßigkeit [zu] sensibilisieren“.

strafjustiziellen Kunst nicht so eng sehen.<sup>49</sup> Ob die höchstrichterlichen Signale, ungeachtet etwaiger gesetzgeberischer Korrekturen (s.u. D.), nachhaltig wirken und zu einem (weiteren) Rückgang der Einweisungszahlen führen werden, steht dahin.

Vollzugslockerungen bis hin zur Beurlaubung wurden erst im Rahmen der Vollzugsgesetzgebung in den 1980er Jahren verrechtlicht und praktisch ausgeweitet. Die Rede war vom „kalkulierten Risiko“, und nicht mehr die vermeintliche „Vergünstigung“, sondern das jeweilige „Maß des Freiheitsentzuges“ galt es zu legitimieren.<sup>50</sup> Die Erfahrungen waren gut, Zwischenfälle blieben selten – und doch waren es gerade sehr seltene gravierende Zwischenfälle, nicht zuletzt in Eickelborn, die die Trendwende beförderten: Sicherheit wurde größer und Freiheit kleiner geschrieben, die Mauern wurden höher und die Toleranz niedriger, die Angst nahm zu und die Hoffnung auf Entlassung ab.<sup>51</sup> Aus Angst davor, politisch und/oder medial (nur sehr selten auch juristisch) zur Verantwortung gezogen zu werden für sog. Prognoseopfer, womit nurmehr die sog. „falschen Negativen“ gemeint waren,<sup>52</sup> wurden Fragen der Lockerung des Vollzuges zur Erprobung und der Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung wie heiße Kartoffeln hin- und hergereicht zwischen Kliniken und Staatsanwaltschaften, Gutachtern und Gerichten: Niemand wollte sich die Finger verbrennen. Dass dadurch der Schutz der Allgemeinheit nachhaltig (und nicht nur wahlperiodisch) verbessert wurde, ist nicht belegt – dass die Freiheitsrechte der Untergebrachten beeinträchtigt wurden, ist demgegenüber nicht von der Hand zu weisen.<sup>53</sup>

Die Verrechtlichung des Maßregelvollzuges – von der klinischen Praxis ohnehin beargwöhnt – konnte nicht halten, was man sich und insb. den Untergebrachten mit dem Maßregelvollzugsrecht versprochen hatte: Vollzugsgerichtliche Auseinandersetzungen sind selten, ‚Siege‘ der Patienten gegen ‚ihre‘ Klinik noch seltener. Ob sich die Erfolge vor dem BVerfG in Sachen Zwangsbehandlung nicht längerfristig als Niederlagen erweisen, steht noch dahin.<sup>54</sup> Kleine Fortschritte in der Vollzugsrechtswirklichkeit werden allzu oft von den Landesgesetzgebern wieder zunichte gemacht, wenn sie nicht ohnehin von sicherheitspolitischen Praktiken neutralisiert bzw. konterkariert werden.<sup>55</sup>

## D. Psychiatrischer Maßregelvollzug als Behandlungsfall

### I. Ein Tagungsbericht

Im Forum „Freiheitsorientierter und therapiegerichteter Schutz der Allgemeinheit“ des eingangs erwähnten Symposiums in Maria-Laach wurden „Reformvorschläge zum psychiatrischen Maßregelvollzug“ diskutiert.<sup>56</sup> Kammeier präsentierte und erläuterte seine Thesen zur Reform des Maßregelrechts, die er u.a. für die ASJ-NRW erarbeitet hat.<sup>57</sup> Nötig sei ein radikales Umdenken im Rechtssystem zwischen Vollstreckungs- und Vollzugsrecht; der Glaube, die aktuellen Probleme mit der Kategorie der Unverhältnismäßigkeit lösen zu können, beruhe teilweise auf verfassungsrechtlichen Fehlvorstellungen und kriminalrechtlichen Missver-

---

<sup>49</sup> Vgl. auch Hassemer 2010, 41 f.; das Sicherungsverfahren (§§ 413 ff. StPO) gehört in der anstehenden Reformdebatte ohnehin auf den Prüfstand, vgl. NK-StGB-Pollähne § 71 Rn. 1 ff. m.w.N.

<sup>50</sup> Pollähne 1994, 44 ff. m.w.N. sowie ders. in Kammeier 2010 Rn. F 29 ff., 59, 123.

<sup>51</sup> Dazu Pollähne 1999.

<sup>52</sup> Vgl. Pollähne 2004b und 2011, 229 ff.

<sup>53</sup> Ähnlich DGSP 2014, 3.

<sup>54</sup> Zu BVerfGE 128, 282; 129, 269 und 133, 112 (vgl. auch R&P 2014, 85) und den daran anknüpfenden Diskussionen um Grundlagen und Grenzen der Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug vgl. Pollähne 2014a m.w.N.

<sup>55</sup> Ähnlich DGSP 2014, 8 ff.

<sup>56</sup> Vgl. auch den Tagungsbericht im Forum Strafvollzug 2014, 267; die Dokumentation (hrsg. von Pollähne und Lange-Joest) erscheint 2015 im LitVerlag.

<sup>57</sup> [www.asjnrlw.de/news/2012/positions-papier-zur-reform-psychiatrischen-massregel](http://www.asjnrlw.de/news/2012/positions-papier-zur-reform-psychiatrischen-massregel).

ständnissen.<sup>58</sup> *Tolmein* stellte u.a. in Frage, ob der Maßregelvollzug in puncto Zwangsunterbringung und ggf. -behandlung überhaupt mit der UN-BRK in Einklang zu bringen sei – wobei sich überhaupt erst einmal die Einsicht durchsetzen müsse, dass der weitaus größte Teil der im 63er-Maßregelvollzug Untergebrachten als „Menschen mit Behinderungen“ im Sinne jener Konvention zu gelten habe.

Inwieweit „Forensisch-Psychiatrische Ambulanzen als Alternative“ dienen bzw. zukünftig verstärkt dienen könnten, untersuchte *Hahn*. Anhand von aktuellem Zahlenmaterial über die Arbeit der forensischen Ambulanzen in Bayern und bundesweiten Stichtagserhebungen (2009-2013) bot er eine „Bestandsaufnahme & kritische Anmerkungen“: Trotz Zunahme der forensischen Ambulanzen und deutlicher Ausweitung der Betreuungsplätze sei ein Rückgang der Unterbringungsdauer nicht zu beobachten. Die Ambulanzen seien ausbaufähig, insb. sei auch deren Potenzial im Bereich der Aussetzung der psychiatrischen Unterbringung zur Bewährung gem. § 67b StGB bei weitem nicht ausgeschöpft.<sup>59</sup> Man dürfe sich aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch weiterhin ein erheblicher Teil der im Maßregelvollzug untergebrachten Menschen einer mehr oder weniger langen stationären Behandlung bedürften.

Unter dem Titel „Gewaltfreie Allgemeinpsychiatrie und die Grenzen der Selbstreform“ referierte *Tänzer* u.a. darüber, ob der „Maßregelvollzug als Hintertür“ der Allgemeinpsychiatrie (AP) dient. Zu beobachten seien sozialpsychiatrische Entwicklungsprozesse einerseits und solche der Forensifizierung des Gesamtsystems andererseits, hinzu kämen fatale Marktmechanismen. Seines Erachtens benötige die psycho-soziale Versorgungslandschaft beides: Die AP und die forensische Psychiatrie, wobei die Grenzen fließend seien. In der AP mangle es noch immer an einer systematischen Risikoeinschätzung bei der Aufnahme; bis zu 80% der im 63er-Maßregelvollzug Untergebrachten hätten AP-Vorerfahrungen.

Wer offen über die Reform des psychiatrischen Maßregelvollzuges diskutiert mit dem Ziel seiner deutlichen Einschränkung (inkl. Auflösungs-Option), muss die mehr oder weniger zwangsläufigen Alternativen in den Blick nehmen – wobei innerhalb des Kriminaljustizsystems insbesondere der Justizvollzug in den Blick gerät. Über die „Versorgung psychisch kranker Straftäter“ referierte *Konrad* unter dem Titel „Psychiatrie im Strafvollzug als Alternative?“ Es wurde schnell deutlich, dass bereits jetzt die psychiatrische Betreuung Inhaftierter unzureichend ist, und das obwohl einiges dafür spricht, dass die Anzahl der Gefangenen mit psychischen Störungen die Zahl der im Maßregelvollzug Untergebrachten womöglich übersteigt (bei deutlichen Unterschieden in der Diagnostik). Nicht selten sei kaum nachvollziehbar, warum bestimmte Inhaftierte eigentlich nicht im Maßregelvollzug untergebracht wurden – während sich bei nicht wenigen Maßregelvollzugspatienten die Frage aufdrängt, ob sie nicht genauso ‚gut‘ im Justizvollzug aufgehoben wären (Stichworte: Fehleinweisungen und Selektivität). Die psychiatrische Versorgung im Justizvollzug weise zwar – sowohl qualitativ als auch quantitativ – deutliche Defizite auf, könne aber auch aus prinzipiellen Gründen wohl auf absehbare Zeit nicht als „Alternative“ für den Maßregelvollzug dienen. Es müsste wieder verstärkt über ein Revitalisierung der Sozialtherapie als Maßregel (§ 65 StGB a.F.) nachgedacht werden.<sup>60</sup>

*Knecht* referierte über die „Verteidigung gegen Maßregelvollzug gem. § 63 StGB zwischen ‚Zwangstherapiefälle‘ und ‚Rechtswohltat‘“ und wies dabei insb. auf die Risiken hin, die bestimmte Verteidigungsstrategien (v.a. im Zusammenhang mit § 21 StGB) in puncto Maßregelverordnung mit sich bringen können: Die ggf. gut gemeinte Anregung, den Mandanten begutachten zu lassen (insb. im Zusammenhang mit Sexualdelikten), könne dieser später – nach langen Jahren des Maßregelvollzuges – bitter bereuen. Wer Mandate in Maßregelvollstreckung und -vollzug übernimmt, muss rückblickend nicht selten resignierend feststellen, wie leicht es war, in den Maßregelvollzug zu geraten – und wie es schwer es ist, wieder her-

<sup>58</sup> Ausf. *Kammeier* 2014, vgl. auch *ders.* 2012 zu Einflüssen des Betreuungsrechts sowie *ders.* 2013.

<sup>59</sup> Ähnlich *DGSP* 2014, 11.

<sup>60</sup> Vgl. auch *ders.* Editorial R&P 2012, 2.

auszukommen. Die Grenze der Unverhältnismäßigkeit weiterer Freiheitsentziehung helfe nur in Extremfällen; als „Rechtswohltat“ könne § 63 StGB – wenn überhaupt – allenfalls bei Psychosekranken gelten.

An dem abschließenden rechtspolitischen Streitgespräch über „Bürgerrechte und Maßregelvollzug: Wie grundlegend muss eine Reform sein?“ beteiligten sich u.a. MinDir *Dittmann* vom BMJV sowie Rechtsanwältin *Scharfenberg*. Es wurde einerseits deutlich, dass sich die große Koalition – nicht zuletzt unter dem Druck der Bundesländer und unter dem Eindruck der Zahlen (s.o.) – des Themas annehmen wird, dass die derzeit konsensfähigen Punkte aber (etwa in puncto gestaffelter Befristung) noch hinter denen des BMJ-Eckpunktepapiers aus 2013 zurückbleiben werden.<sup>61</sup> Andererseits wurde auf dem Podium und aus dem Plenum heraus mehrfach die Kritik geäußert, dass jene Eckpunkte ohnehin zu kurz griffen: Durch die zeitliche Staffelung der Anforderungen an Fortdauerentscheidungen werde sich praktisch wenig ändern, zumal an der Option lebenslanger Unterbringung<sup>62</sup> festgehalten werden soll; die häufigere und ggf. frühere Hinzuziehung von Gutachtern (wobei es strittig blieb, inwieweit externe Sachverständige immer hilfreich seien) löse noch keine Probleme. Es wäre bedauerlich, wenn durch eine Mini-Reform auf Jahre hinaus die nötigen Änderungen blockiert würden.

## II. Prüfsteine der Reformdebatte

Ob es der ‚richtige‘ Fall war, um den Maßregelvollzug zu skandalisieren, sei einmal dahingestellt, aber der ‚Fall Mollath‘<sup>63</sup> hat zweifellos dazu beigetragen, die forensische Psychiatrie ins Gerede zu bringen,<sup>64</sup> auch die Gefahr ihres Missbrauchs zu privaten und/oder politischen Zwecken. Die Öffentlichkeit hat angefangen zu begreifen, wie leicht es sein kann, in den psychiatrischen Maßregelvollzug zu geraten, und wie es schwer es ist, wieder herauszukommen. Dass es sowohl vor Mollath als auch danach zahlreiche andere Fälle gab und gibt, durchaus auch ‚skandalösere‘, sollte dabei aber nicht vergessen werden.<sup>65</sup> Ungeachtet dessen wird die überfällige Reformdebatte<sup>66</sup> Folgendes zu beachten haben:

Mit dem Inkrafttreten der UN-BRK im Jahre 2009 ist fraglich geworden, ob bzw. unter welchen Bedingungen es überhaupt zulässig ist, Menschen, die als solche mit psychischen Behinderungen im Sinne der Konvention zu gelten haben, aufgrund dieser Behinderung der Freiheit zu berauben; zumindest schärft diese Menschenrechtskonvention den Blick für illegitime Ungleichbehandlungen (Diskriminierungsverbot).<sup>67</sup>

Mit den Grundsatzentscheidungen des BVerfG zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug (s.o. C.) sind dessen Konzepte ins Wanken geraten, was nicht ohne Auswirkungen auf die Legitimation der freiheitsentziehenden Unterbringung an sich bleibt. Hinzu kommt die Stärkung der Patientenautonomie durch sog. Patientenverfügungen: Die Vorstellung, man könne durch eine >PatVerfü< und durch die Verweigerung der Begutachtung die Unterbrin-

---

<sup>61</sup> So umfasst die Fallgruppe derer, deren Maßregel nach 4 Jahren erledigt werden soll, bereits solche Fälle, die von Anfang an nicht im geschlossenen Maßregelvollzug hätten untergebracht werden sollen.

<sup>62</sup> Vgl. dazu die Beiträge in *Pollähne/Rode* 2010.

<sup>63</sup> Der Fall (bzw. „Skandal“) hat bekanntlich viele Facetten (vgl. nur *Müller* 2013 und *Hauer* 2013), hier geht es vor allem um jene, die auch Gegenstand des BVerfG-Beschlusses v. 26.08.2013 waren (2 BvR 371/12 = NJW 2013, 3228 = R&P 2014, 34 = JA 2014, 73 m. Anm. *Muckel*), vgl. auch das im ZEIT-Dossier am 22.8.2013 abgedruckte Streitgespräch mit *Strate*.

<sup>64</sup> *Müller* 2013, *Bachmann* 2014, 404; die Einschätzung von *Dessecker* 2013b, 81 (vgl. auch *ders.* 2013a), die Reformdiskussion sei „weitgehend zum Erliegen gekommen“, war gleichwohl nicht ganz falsch (s.o. B.).

<sup>65</sup> Allein im Jahre 2013 waren sieben weitere Verfassungsbeschwerden erfolgreich, im Folgejahr 2014 noch einmal sechs.

<sup>66</sup> *DSGP* 2014, 4; Überblick bei *Dessecker* 2004, 396 ff. und NK-StGB-Pollähne § 61 Rn. 38 ff., § 63 Rn. 42 ff. und vor § 67 Rn. 64 ff.

<sup>67</sup> Vgl. auch *Pollähne* in: *ders./Lange-Joest* 2014, 71.

gung gem. § 63 StGB verhindern,<sup>68</sup> mag blauäugig sein, lenkt aber immerhin die Aufmerksamkeit auf die gestärkten Rechte Betroffener.

Die §§ 20, 21 StGB sind ebenfalls ins Gerede gekommen, sei es ob ihrer Unbestimmtheit, sei es in Anbetracht des taktischen Umgangs damit.<sup>69</sup> Während bei Anwendung des § 20 StGB die weitere Zuständigkeit des Strafrechts resp. der Strafjustiz infrage steht, schafft § 21 StGB durch das Nebeneinander von Strafe und Maßregel nahezu unlösbare Probleme für das Vollstreckungs- und Vollzugsrecht. Ob die §§ 20, 21 StGB vor dem Diskriminierungsverbot der UN-BRK Bestand haben, steht dahin.<sup>70</sup> Eine Maßregelrechtsreform, die die Grundlagen der Schuld(un)fähigkeit ausklammert, greift zu kurz.<sup>71</sup>

Im strafrechtlichen Sanktionsinstrumentarium im Allgemeinen und im Maßregelrecht im Besonderen haben sich – nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen Neuerungen im Recht der Sicherungsverwahrung – Unstimmigkeiten und Widersprüche eingeschlichen, die der Klärung harren.<sup>72</sup> Soweit dabei verfassungsrechtliche Prinzipien tangiert waren, hat sich das BVerfG in den letzten Jahren mehrfach darum bemüht, Korrekturen anzubringen – aber eigentlich wäre der Gesetzgeber gefordert.<sup>73</sup> Vorgaben des BVerfG zum ThUG<sup>74</sup> verdienen für Anordnung und Vollstreckung des § 63 StGB womöglich dieselbe Beachtung, wie die inzwischen Gesetz gewordenen Vorgaben zur Sicherungsverwahrung.<sup>75</sup>

Mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der für Maßregelanordnung, -vollstreckung und -vollzug gleichermaßen Bedeutung erlangt,<sup>76</sup> sind die anstehenden Probleme allein sicher nicht zu lösen.<sup>77</sup> Allerdings müsste sich überhaupt erst die Auffassung durchsetzen, dass es nicht ‚nur‘ um die Verhältnismäßigkeit i.e.S. geht, wie sie insb. in § 62 StGB Ausdruck gefunden hat, sondern dass vorrangig Fragen nach der Geeignetheit/Funktionalität und Erforderlichkeit/Subsidiarität zu beantworten sind, die bereits bei der Unterbringungsanordnung, und nicht erst in der Vollstreckung (§§ 67b, 67d StGB) bzw. im Vollzug Beachtung finden müssen.<sup>78</sup> So mag die Geeignetheit der forensischen Psychiatrie allenfalls in puncto „Sicherung“ unstreitig sein – in puncto „Besserung“ und „Behandlungsaussichten“ gibt es hingegen durchaus Aufklärungsbedarf im Einzelfall.<sup>79</sup> Die Erforderlichkeit der Freiheitsentziehung im Maßregelvollzug<sup>80</sup> resp. deren Subsidiarität ist bereits bei der Anordnung zu prüfen;<sup>81</sup> da die vorherrschende Meinung dies noch immer anders sieht (und insb. auf § 67b StGB verweist), bedarf es eines klarstellenden Hinweises, entweder in § 63 StGB oder – für alle Maßregeln – in § 62 StGB.<sup>82</sup>

---

<sup>68</sup> Exempl. [www.patverfue.de](http://www.patverfue.de) und [www.zwangspanychiatrie.de](http://www.zwangspanychiatrie.de) sowie das in 2011 erschiene „Handbuch PatVerfü“ (S. 73 ff.).

<sup>69</sup> Ausf. Schiemann 2012 m.w.N.; vgl. auch Merkel/Roth 2010, 20 ff. und die Beiträge in Pollähne/Lange-Joest 2014.

<sup>70</sup> Pollähne in: ders./Lange-Joest 2014, 71.

<sup>71</sup> Ähnlich DGPPN 2013, 9.

<sup>72</sup> Exempl. Pollähne in: ders./Rode 2010, 85 ff. und 2014a, vgl. auch Boetticher 2013, 162 ff. und Walter 2014a, 327; ähnlich Kammeier 2014, allerdings in diff. Perspektive.

<sup>73</sup> NK-StGB-Pollähne vor § 67 Rn. 64 ff. m.w.N.

<sup>74</sup> Walter 2014a, vgl. auch Höffler/Stadland 2012 zum Begriff der „psychischen Störung“.

<sup>75</sup> Vgl. auch Pollähne 2013b.

<sup>76</sup> Grundlegend Dessecker 2004.

<sup>77</sup> Weitergehende Zweifel auch bei Kammeier 2013 und 2014 sowie DGSP 2014.

<sup>78</sup> Ausf. Dessecker 2004, 334 ff.

<sup>79</sup> Maier/Mache/Klein 2000, vgl. auch Merkel/Roth 2010, 7 und Pollähne 2005a.

<sup>80</sup> Dass daneben auch Fragen der „vertikalen“ Eingriffstiefe von Bedeutung sind (DGSP 2014, 10), versteht sich von selbst, dürfte aber letztlich eher vollstreckungsrechtlich (insb. § 67b StGB, s.u.) oder vollzugsrechtlich zu lösen sein (vgl. auch Pollähne in: Kammeier 2010 Rn. B 21 f. und F 51 ff., 55 ff. m.w.N.).

<sup>81</sup> Streng 2014, 39; ausf. Pollähne 2004a.

<sup>82</sup> Meyer 2014, 410, Walter 2014, 322 f., Hassemer 2010, 34; zur Erforderlichkeit „extramuraler ... Betreuungseinrichtungen“ auch Nowak/Kripsner 2013, 661.

Die Möglichkeiten, die § 67b StGB bietet zur Anordnung ambulanter Maßregelvollstreckungsformen,<sup>83</sup> werden nicht ausgeschöpft: Die primär als Nachsorge-Einrichtungen konzipierten forensischen Ambulanzen können ebenso wertvolle Arbeit leisten in der Vorsorge mit dem Ziel einer Vermeidung stationärer Unterbringung. Einer Änderung der §§ 67b, 68a, 68b StGB bedürfte es dazu nicht; es wäre allerdings zu erwägen, die Sperrklausel des § 67b Abs. 1 S. 2 StGB zu lockern, wenn nicht zu streichen.<sup>84</sup>

Die dem Gefahrenabwehrrecht innewohnenden Prognoseprobleme sind letztlich nicht lösbar; die dem § 63 StGB zugrundeliegende Konzeption des Sicherheitsrechts konfliktiert zwangsläufig mit den Prinzipien der Rechtssicherheit.<sup>85</sup> Die Stärkung prozeduraler Rechtssicherheit ist wichtig, wenn auch nicht ausreichend (s.u.): Ohne externen Sachverstand wird es – über § 463 Abs. 4 StPO hinausgehend – nicht gehen, die Gutachter müssen aber hinreichend qualifiziert und unabhängig sein.<sup>86</sup> Die vollstreckungsgerichtlichen Überprüfungszeiträume (§ 67e StGB) sind abzukürzen; eine erste frühe Befassung durch die StVK ist – abgesehen von der ggf. im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens seit der Hauptverhandlung verstrichenen Zeit – alleine schon deshalb angezeigt, damit das Gericht den Untergebrachten kennenlernt und seine Verantwortung für dessen „Sicherung und Besserung“ von Anfang an wahrnimmt.<sup>87</sup> Pflichtverteidigung sollte sowohl in Vollstreckungs- wie in Vollzugsangelegenheiten von Anfang an gewährleistet sein.<sup>88</sup>

Daneben bedarf es eines neuen Konzepts zur Stärkung der materiellen Rechtssicherheit: Der Katalog möglicher Anlasstaten muss in § 63 StGB erheblich eingegrenzt werden, der Ansatz des BMJ-Eckpunktepapiers („erhebliche rechtswidrige Taten, namentlich solche ...“) greift zu kurz.<sup>89</sup> Die freiheitsentziehenden Maßregeln sind Teil des Strafrechts und „nehmen teil an dessen Ansehen und Strenge“, sie liegen an der „strafrechtlichen Kette“;<sup>90</sup> sie bleiben im Strafrecht Reaktion „auf Tatumrecht“ und müssen diesbezüglich angemessen sein.<sup>91</sup> Neben einem engen Deliktskatalog liegt es nahe, die Erheblichkeit anhand der Strafan drohung näher zu präzisieren.<sup>92</sup> Die Prognosemaßstäbe müssen verschärft werden, insb. auch im Vollstreckungsrecht.<sup>93</sup>

Auch die Probleme überlanger Unterbringungszeiten – die mit *Walter* jenseits von fünf Jahren anzusetzen wären<sup>94</sup> – sind mit § 67d Abs. 6 StGB alleine nicht in den Griff zu kriegen, obgleich das Potenzial der Vorschrift von den Vollstreckungsgerichten nicht ausgeschöpft wird, wie das BVerfG nicht müde wird zu betonen.<sup>95</sup> Vielmehr bedarf es einer Befristung,<sup>96</sup> wobei es mit einer dem § 67d Abs. 3 StGB nachgebildeten Regelung nicht getan wäre, weshalb – wie vom BMJ vorgeschlagen – eine gestaffelte Befristung naheliegt, die allerdings

---

<sup>83</sup> Einen ähnlichen Ansatz verfolgt im Erg. die *DGSP* 2014, wenn auch über den Versuch einer Änderung des § 63 StGB, vgl. *Kammeier* 2014. Im DiskE der *Bund-Länder-AG* (2015, 12) bleibt es letztlich bei der Erwähnung des § 67b StGB (s.u. E.).

<sup>84</sup> NK-StGB-Pollähne § 67b Rn. 6 m.w.N.

<sup>85</sup> Ausf. *Pollähne* 2011, ähnlich *Prantl* 2013: „Es geht um die Sicherheit der Menschen im Recht.“

<sup>86</sup> *Bachmann* 2014, 404 und *Müller* 2013, vgl. auch *Streng* 2014, 40 f. und *Walter* 2014a, 331 sowie *Strafverteidigervereinigungen* 2013, *DGPPN* 2013, 5 ff. und *DAV* 2013, 7; krit. *Pfäfflin* und *Schalast R&P* 2014, 3 und 62 (Editorial).

<sup>87</sup> *Walter* 2014a, 328 f., 331, *Strafverteidigervereinigungen* 2013, *DAV* 2013, 6.

<sup>88</sup> *Strafverteidigervereinigungen* 2013, *DAV* 2013, 6, vgl. *DGSP* 2014, 7.

<sup>89</sup> So auch *DAV* 2013, 5 und *Strafverteidigervereinigungen* 2013; die *DGPPN* (2013, 3) fordert „schwere“ Straftaten.

<sup>90</sup> *Hassemer* 2010, 35, 42.

<sup>91</sup> *Merkel/Roth* 2010, 23.

<sup>92</sup> *Walter* 2014a, 330; vgl. auch *Nowak/Krisper* 2013, 661 m.w.N. zu ähnlichen Reformüberlegungen in Österreich: enger Deliktskatalog und erhöhte Mindeststrafandrohung.

<sup>93</sup> Exmpl. *Streng* 2014, 35, 41 (zu § 454 Abs. 2 StPO) und *Schalast R&P* 2014, 2 f. (Editorial) zu § 67d Abs. 2 StGB.

<sup>94</sup> *Walter* 2014a, 324.

<sup>95</sup> Krit. zu dieser Rechtsprechung *Kammeier* 2014 m.w.N.

<sup>96</sup> *Merkel/Roth* 2010, 23 m.w.N.

deutlich restriktiver zu fassen wäre.<sup>97</sup> Es bedarf aber auch absoluter Höchstfristen, die etwa an der jeweils maximalen Strafandrohung für die Anlasstat anknüpfen könnten.<sup>98</sup>

Das Maßregelvollzugsrecht war von Anfang an den Landesgesetzgebern anheimgestellt. Im Zuge der Föderalisierung des allgemeinen Strafvollzugsrechts wird das StVollzG zerrieben, mitsamt seiner §§ 136-138 für den Maßregelvollzug.<sup>99</sup> Zumindest was den § 63 StGB betrifft, müsste jedoch die Vorgabe des BVerfG zum Vollzug der Sicherungsverwahrung gleichermaßen gelten: Wenn der Bundesgesetzgeber sich „im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für ein zweispuriges Sanktionensystem und den Einsatz einer so einschneidenden freiheitsentziehenden Maßnahme [...] entscheidet, muss er die wesentlichen Leitlinien des freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts, das [...] von Verfassungen wegen zugrundezulegen ist, selbst regeln und sicherstellen, dass diese konzeptionelle Ausrichtung [...] nicht durch landesrechtliche Regelungen unterlaufen werden kann.“<sup>100</sup> Mit § 136 StVollzG ist es nicht getan: Es bedarf einer dem § 66c StGB (zzgl. § 67d Abs. 2 S. 2 StGB) entsprechenden Regelung.<sup>101</sup>

Der Strafvollzug taugt – allemal in seiner jetzigen Verfassung und Ausgestaltung – nicht als Alternative für den Maßregelvollzug. Dagegen dürfte das Potenzial der Sozialtherapie noch lange nicht ausgeschöpft sein, nicht ‚nur‘ als Alternative für die Sicherungsverwahrung,<sup>102</sup> sondern – wie ehemals geplant (s.o. B.) – auch als Option für den Maßregelvollzug.<sup>103</sup> Ob es gelingen wird, die Abschiebung von der Allgemein- in die forensische Psychiatrie zu stoppen, gar umzukehren,<sup>104</sup> steht dahin – ob damit nicht mehr Schaden angerichtet als Nutzen gestiftet würde, allerdings auch.<sup>105</sup>

#### E. Die Zeit ist reif für eine Reform ... die diesen Namen verdient

Hat der Gesetzgeber tatsächlich „getan, was er konnte, um die Maßregeln zu bändigen“?<sup>106</sup> Die ‚Reformen‘ (bzgl. § 63 StGB) von 1998 und 2007<sup>107</sup> haben dies jedenfalls (noch) nicht vermocht, wenn nicht – jedenfalls nach 1998 – eher noch zur Verschärfung der Probleme beigetragen.<sup>108</sup>

Alles in allem ist die Zeit reif für eine Reform des psychiatrischen Maßregelvollzuges, die diesen Namen verdient hat.<sup>109</sup> Das Eckpunktepapier des BMJ vom Juli 2013<sup>110</sup> war sicher ein begrüßenswerter Auftakt und eine Klausel im großen Koalitionsvertrag lässt immerhin erahnen, dass auch die amtierende Bundesregierung das Thema nicht aus dem Auge verlieren wird: „Wir reformieren das Recht der strafrechtlichen Unterbringung in psychiatrischen

<sup>97</sup> Ebenso DAV 2013, 6 und *Strafverteidigervereinigungen* 2013.

<sup>98</sup> Ausf. Walter 2014a, 324 ff., 330, ähnlich Müller 2013 und Streng 2014, 40; a.A. Kammeier 2014 und DGPPN 2013, 5.

<sup>99</sup> Ob dieser Titel des Bundes-StVollzG überdauert, steht dahin; vgl. AK-StVollzG-Pollähne vor § 136 Rn. 45 m.w.N.

<sup>100</sup> BVerfGE 128, 326 Rn. 129, vgl. Pollähne 2013b, 256 und DAV 2013, 5.

<sup>101</sup> Ähnlich *Strafverteidigervereinigungen* 2013; ob der Bundesgesetzgeber die §§ 136-138 StVollzG überhaupt (noch) ändern dürfte, ist ungeklärt.

<sup>102</sup> Vgl. Boetticher 2013, 161 ff. und Konrad in R&P 2012, 2 (Editorial).

<sup>103</sup> Egg 2008, vgl. auch Boetticher und Konrad a.a.O.

<sup>104</sup> Vgl. jüngst den Beschluss des BGH v. 09.12.2014 - 2 StR 297/14; die DGSP 2014 favorisiert jedenfalls eine Stärkung sozial- und gemeindepsychiatrischer Elemente im System des Maßregelvollzuges.

<sup>105</sup> Zu dieser Diskussion u.a. Doenisch-Seidel 2014, Schalast 2012, Zinkler 2014, vgl. auch DGSP 2014, 9.

<sup>106</sup> So Hassemer 2010, 41.

<sup>107</sup> Dazu Nedopil 1998 und Kobbé/Pollähne 1999 einerseits und Schöch 2009, Spiess 2008 sowie Pollähne 2007 andererseits.

<sup>108</sup> Ähnlich DGSP 2014, 10 f.

<sup>109</sup> DGSP 2014, 4.

<sup>110</sup> [www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20130715\\_Eckpunkte\\_Reformvorschlaege\\_Unterbringungsrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20130715_Eckpunkte_Reformvorschlaege_Unterbringungsrecht.pdf?__blob=publicationFile).



Krankenhäusern, indem wir insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stärker zur Wirkung verhelfen. Hierzu setzen wir eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe ein.“<sup>111</sup>

## I. Zu den Vorschlägen der *Bund-Länder-AG*

Die tatsächlich eingesetzte *Bund-Länder-AG* hat bereits Anfang 2015 ihren Abschlussbericht und einen DiskE veröffentlicht zur „Novellierung der Regelungen zur Unterbringung“ gem. § 63 StGB, der die o.g. Befürchtungen bestärkt, es werde am Ende bei ‚Reförmchen‘ bleiben. Verfolgt werden (nur) drei Ziele: „stärkere (wenngleich maßvolle) Beschränkung der Anordnungen auf gravierende Fälle, zeitliche Limitierung der Dauer der Unterbringung bei weniger schwerwiegenden Gefahren und Ausbau der prozessualen Sicherungen, um unverhältnismäßig lange Unterbringungen zu vermeiden.“<sup>112</sup> Dabei erweisen sich etliche Vorschläge lediglich als „bestätigende Kodifizierungen“ bereits geltender Rechtsauffassungen bzw. sollen explizit nur „deklaratorischer“ Natur sein oder der Klarstellung dienen.<sup>113</sup> Änderungen zu den §§ 63, 67d StGB und 463 StPO waren zu erwarten (s.u.) – umso mehr fällt ins Auge, dass weiterer Novellierungsbedarf (etwa in den §§ 20, 21, 62, 67b, 67e StGB) oder Ergänzungsbedarf (insb. im Zusammenhang mit §§ 66c StGB, 136 StVollzG) überhaupt nicht gesehen wird. Hier in der gebotenen Kürze zu den drei Zielen und zu den Vorschlägen für ihre Umsetzung nur einige wenige Anmerkungen:<sup>114</sup>

(1) Die Restriktionen des § 63 StGB auf der Anordnungsebene bleiben, insoweit dem BMJ-Eckpunktepapier folgend, halbherzig.<sup>115</sup> Bedenklich erscheint zudem die – bereits zu § 454 Abs. 2 StPO kritisierte<sup>116</sup> – Konstruktion der „Gefahr einer Gefahr“<sup>117</sup> (auch in § 67d Abs. 2 StGB-E, s.u.); die in der Begründung gelieferten Beispiele<sup>118</sup> verstärken die Bedenken eher. Der geplante neue S. 2 ist gut gemeint, bestätigt aber zunächst einmal auf fatale Weise die zur bisherigen Fassung durchaus bestrittene Auffassung, auch nicht erhebliche Taten<sup>119</sup> könnten eine Unterbringung nach § 63 StGB rechtfertigen.<sup>120</sup> Ob die geforderten „besonderen Umstände“ verhindern können, dass eine solche Unterbringung selbst dann erfolgt, wenn der Betroffene – trotz seines krankheitsbedingten Zustands – noch nie eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat, ist zu bezweifeln. Gerade hier wird der entscheidende Unterschied zur Sicherungsverwahrung und die Ungleichbehandlung allein aufgrund der „seelischen Störung“ (§§ 20, 21 StGB) besonders deutlich, was mit der UN-BRK nicht in Einklang zu bringen ist.

(2) Die zeitliche Limitierung der Unterbringungsdauer ist eine zu limitierte (und bleibt noch hinter dem Eckpunktepapier zurück): Dass die neue Regel der Unverhältnismäßigkeit einer mehr als sechsjährigen Unterbringung<sup>121</sup> bei der Gefahr nur „erheblicher“ (also nicht

---

<sup>111</sup> [www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile) S. 146, eingesetzt am 14.03.2014.

<sup>112</sup> *Bund-Länder-AG* Ergebnisbericht S. 2.

<sup>113</sup> Exmpl. *Bund-Länder-AG* 2015 DiskE S. 24 und 26 sowie S. 4, 5, 10, 12, 20.

<sup>114</sup> Eine ausf. Auseinandersetzung mit dem DiskE folgt in einer der nächsten R&P-Ausgaben; dabei gilt es auch, die halbherzige Übergangsvorschrift in § 12 EGStPO-E zu kritisieren.

<sup>115</sup> *Bund-Länder-AG* 2015 DiskE S. 26: „Die Neuregelung des § 63 StGB-E schafft keinen einschränkenden Anlasstatenkatalog und auch sonst kein einem solchen vergleichbares formales Kriterium, anhand dessen Fälle eindeutig identifiziert werden könnten, die den neuen Erfordernissen für die Anordnung der Unterbringung nicht mehr genügen.“

<sup>116</sup> Vgl. HK-StPO-Pollähne § 454 Rn. 30 m.w.N.

<sup>117</sup> So explizit *Bund-Länder-AG* 2015 DiskE S. 20; in § 63 StGB soll es u.a. heißen „sind Taten, durch welche die Opfer ... erheblich gefährdet werden ..., zu erwarten und ... deshalb für die Allgemeinheit gefährlich“.

<sup>118</sup> *Bund-Länder-AG* 2015 DiskE S. 5 ff.

<sup>119</sup> Der DiskE (aaO S. 10) spricht sogar ausdrücklich von „Bagatelldelikten“.

<sup>120</sup> Vgl. nur NK-StGB-Pollähne § 63 Rn. 66 m.w.N.; die Begründung des DiskE (aaO S. 5 und 10 ff., 14) ist insoweit nicht frei von Widersprüchen, auch wenn es heißt (aaO S. 14), die Gefährlichkeit des Täters habe sich bereits „in der Anlasstat ... manifestiert“.

<sup>121</sup> Der DiskE (aaO S. 15) spricht insofern selbst von einer „überdurchschnittlich langen Verweildauer“.

„schwerer“) rechtswidriger Taten noch Ausnahmen zulässt („in der Regel ...“), ist inkonsequent und letztlich ein Zeichen dafür, dass eine Befristung nicht gewollt ist.<sup>122</sup> Auch hier irritiert die Konstruktion einer „Gefahr“, dass der Untergebrachte „Taten begehen wird, durch welche die Opfer ... in die Gefahr einer schweren ... Schädigung“ gebracht werden, die immerhin eine Freiheitsentziehung von mehr als sechs Jahren rechtfertigen soll.<sup>123</sup> Ob diese Vorgaben zur Erledigung der Unterbringung aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit Rückwirkungen auf die vorgelagerten Aussetzungsentscheidungen gem. § 67d Abs. 2 StGB haben werden,<sup>124</sup> steht dahin.

(3) Die Ansätze zur Stärkung der prozeduralen Rechtssicherheit sind zu schwach und letztlich nicht geeignet, die Defizite an materieller Rechtssicherheit auszugleichen, zumal § 67e StGB ausgeklammert wurde<sup>125</sup>: Das (einzige) Heil wird in häufigeren externen Gutachten<sup>126</sup> gesucht, wobei das Verbot, einen Gutachter<sup>127</sup> (erneut) hinzuzuziehen, der bereits bei der vorangegangenen Überprüfung beteiligt war (§ 463 Abs. 4 S. 3 StPO-E), gut gemeint ist,<sup>128</sup> aber zu rigoros daherkommt.<sup>129</sup> Die schon bisher missverständliche Formulierung „nach jeweils fünf Jahren“ sollte nicht fortgeschrieben werden, wenn gemeint ist, dass das externe Gutachten rechtzeitig vor Ablauf der jeweiligen Frist vorliegen muss.<sup>130</sup> Dass § 463 Abs. 4 S. 5 StPO-E (als neuer S. 6) unverändert bleiben soll, könnte auf einem Redaktionsfehler beruhen,<sup>131</sup> aber in der Tat wäre die gesetzliche Festschreibung einer Pflichtverteidigung für jede Überprüfung gem. § 67e StGB zu fordern.

## II. Skeptischer Ausblick

Aus den Bundesländern kommt ein erheblicher Reformdruck, der dem wachsenden Belegungs- und Kostendruck geschuldet ist.<sup>132</sup> Das allein legitimiert zwar weder Abstriche am Sicherheitsauftrag der Allgemeinheit noch gar am Behandlungsauftrag den Patienten gegenüber, dürfte aber sicher ‚heilsam‘ dazu beitragen, die drängenden Probleme der Forensischen Psychiatrie endlich anzugehen. Möge der DiskE der *Bund-Länder-AG* nicht das letzte Wort gewesen sein zur überfälligen Reform des Maßregelvollzuges und zur Behandlung der forensischen Psychiatrie – er könnte sich im Nachhinein als bloße Palliativmedizin erweisen oder, schlimmer noch, als Behandlungsfehler.

### Literatur

*Albrecht* (1979) Aspekte des Maßregelvollzuges im psychiatrischen Krankenhaus, MschrKrim 104

<sup>122</sup> *Bund-Länder-AG* 2015 DiskE S. 13 ff.

<sup>123</sup> Die dazu in der Begründung (DiskE S. 18 f.) angeführten Beispiele bestärken nur die Bedenken.

<sup>124</sup> So der DiskE (aaO S. 13); zu Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei § 67d Abs. 2 einerseits und Abs. 6 andererseits: NK-StGB-Pollähne § 67d Rn. 25 ff. und 58 ff. m.w.N.; diff. *Kammeier* 2014.

<sup>125</sup> Anders noch das BMJ-Eckpunktepapier 2013 S. 4, vgl. dazu *Strafverteidigervereinigungen* 2013, 5 und *DAV-Strafrechtausschuss* 2014, 6.

<sup>126</sup> Ausf. dazu *Pollähne* in: *Kammeier* 2010 Rn. F 142 ff. sowie *ders.* 2011, 151 f., 220, 224 m.w.N.

<sup>127</sup> In einem neuen § 463 Abs. 4 S. 5 StPO-E sollen Mindestanforderungen an die Qualifizierung der Gutachter formuliert werden, was zu begrüßen ist – ob es auch justiziabel wäre, steht dahin.

<sup>128</sup> Dazu *Bund-Länder-AG* 2015 DiskE S. 23: Der „Gefahr von repetitiven, sich selbst bestätigenden Beurteilungen“ vorzubeugen, ist berechtigt, eine zwingende Regelung aber zu starr.

<sup>129</sup> Gerade auch der Untergebrachte selbst könnte (mit anwaltlicher Unterstützung) ein Interesse daran haben, einen Gutachter, der bereits vor drei bzw. zwei Jahren einer Entlassungsvorbereitung das Wort redete, erneut zu hören.

<sup>130</sup> DiskE (aaO S. 22 und 23): Das Gutachten muss nicht erst „bei Ablauf der Frist ... bereits vorliegen“, sondern rechtzeitig vorher, damit die (möglichst rechtskräftige) StVK-Entscheidung „bei Ablauf der Frist“ vorliegt.

<sup>131</sup> Die Begründung in *Bund-Länder-AG* 2015 DiskE S. 24 trägt nicht zur Aufklärung bei.

<sup>132</sup> Die Einsetzung der *Bund-Länder-AG* ging u.a. auf einen Beschluss der Justizministerkonferenz v. 14.11.2013 zurück.

- Alex* (2006) Sozialtherapie unter den Bedingungen der Gesetzesverschärfungen seit 1998 unter besonderer Berücksichtigung von vorbehaltener und nachträglicher Sicherungsverwahrung, StV 105
- Bachmann* (2014) Reformvorhaben der Großen Koalition auf dem Gebiet des StGB – Ein kritischer Blick, NJ 401
- Beier* (2000) Über den Mythos des Externen, ZfStrVo 285
- Boetticher* (2013) Zur nachhaltigen Reform der Sicherungsverwahrung, NK 149
- Braum* (2004) Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate? ZRP 105
- Bund-Länder-AG* (2015) Ergebnisbericht und Diskussionsentwurf (DiskE) „zur Novellierung der Regelungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB“
- DAV-Strafrechtsausschuss* (2014) Stellungnahme zum Eckpunktepapier „Reformüberlegungen zur Unterbringung nach § 63 StGB“ (SN 2/2014)
- Dessecker* (2004) Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit
- ders.* (2008) Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus: Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2005 (KrimZ)
- ders.* (2013a) Die Problematik des § 63 StGB, DRiZ 172
- ders.* (2013b) Der psychiatrische Maßregelvollzug. Patientenzahlen und Wirkungen, Soziale Probleme 66
- DGPPN* (2013) Stellungnahme zu den Reformüberlegungen des § 63 StGB durch das Bundesministerium der Justiz
- DGSP* (2014) Forderungen an eine Reform von Recht und Durchführung der psychiatrischen Maßregel nach § 63 StGB unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit von Dauer und Eingriffsintensität
- Doenisch-Seidel* (2014) Gemeindepsychiatrie – die Forensik der Zukunft? R&P 189
- Egg* (2008) Die sozialtherapeutische Anstalt als Alternative zur Forensischen Psychiatrie, WsFPP (1) 19
- Fabricius / Wulff* (1984) Der Fall Paul L. Stein. Psychiatrisches Lebenslänglich nach einem Pelzdiebstahl, R&P 15
- Finzen / Schädle-Deiningner* (1979) „Unter elenden menschenunwürdigen Zuständen“. Die Psychiatrie-Enquete
- Gretenkord* (1991) Der Maßregelvollzug mag zwar keine „Rechtswohltat“ sein, aber ..., MschrKrim 124
- Hassemer* (2010) Glanz und Elend der Maßregeln im Strafrecht, in: Joecks u.a. (Hrsg.) FS Samson 31
- Hauer* (2013) Anmerkungen und Gedanken zum Fall Mollath – Verschwörung oder Gleichgültigkeit? ZRP 209
- Heinz* (2014) Entwicklung und Stand der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (KIS) [www.ki.uni-konstanz.de/kis](http://www.ki.uni-konstanz.de/kis)
- Höffler / Stadtland* (2012) Mad or bad? Der Begriff „psychische Störung“ des ThUG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR, StV 239
- Hoffmann / Feest* (1986) Die „Wende“ im Maßregelrecht? R&P 62
- Jäger / Jacobsen* (1990) ‚Rechtswohltat‘ oder unkalkulierbare Einzelfallentscheidung? MschrKrim 305
- Kammeier* (1990) Schöner sichern – sicherer Bessern? R&P 2
- ders.* (1996) Maßregelrecht

- ders.* (2002a) Der Preis der Sicherheit, R&P 168
- ders.* (Hrsg.) (2010) Maßregelvollzugsrecht. Kommentar, 3. Aufl.
- ders.* (2012) Einfluss und Funktion des Betreuungsrechts im Maßregelvollzug (Teil 1 und 2), BtPrax 140 und 192
- ders.* (2013) Lockerungen und Entlassungen aus der psychiatrischen Maßregel, R&P 3
- ders.* (2014) Zur Verhältnismäßigkeit der psychiatrischen Maßregel, Sozialpsychiatrische Informationen (2) 34
- Kemper* (2010) Erfolgreiches Krisenmanagement für die Entziehungsanstalt? R&P 81
- Kobbé / Pollähne* (1999) RechtsSicherheit oder: Die Neuordnung des Sozialen. Gesellschaftspolitische Aspekte des Sexualstrafrechts, Zeitschrift für Politische Psychologie SH 237
- Kröber* (2013) Befristung der psychiatrischen Maßregel nach § 63 StGB? in: Osterheider (Hrsg.) Krank und/oder kriminell? 50
- Leygraf* (1988) Psychisch kranke Straftäter. Epidemiologie und aktuelle Praxis des psychiatrischen Maßregelvollzuges
- ders.* (2002) Verschiedene Möglichkeiten, als nicht therapierbar zu gelten, R&P 3
- Lindemann* (2002) Zur Vereinbarkeit gesonderter Longstay-Abteilungen im Maßregelvollzug mit den geltenden (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben, R&P 8
- Lohner / Pape / Konrad* (2005) Modellkonzeption eines Krankenhauses des Maßregelvollzuges, R&P 122
- Maier / Mache / Klein* (2000) Woran krankt der Maßregelvollzug? MschrKrim 71
- Marschner* (1985) Rechtsgrundlagen zur Zwangsbehandlung, R&P 3
- ders. / Lesting* (2010) Freiheitsentziehung und Unterbringung, 5. Aufl.
- Merkel / Roth* (2010) Langzeitverwahrung von Gewalttätern, HFR Nr. 17
- Meyer* (2014) Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB, JuS 408
- Müller* (2013) Der Fall Mollath und die Strafjustiz – Anmerkungen aus der Praxis. Betrifft JUSTIZ (116) 176
- Müller / Becker / Stolpmann* (2006) Vergleich externer und interner Prognose-Gutachten im Maßregelvollzug Sachsen-Anhalts, R&P 174
- Mushoff* (2008a) Verwahrverschluss light? NK 67
- ders.* (2008b) Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung
- Nedopil* (1998) Folgen der Änderung des § 67d II StGB für den Maßregelvollzug und die Begutachtung, Mschr-Krim 44
- Nowak / Krisper* (2013) Der österreichische Maßnahmenvollzug und das Recht auf persönliche Freiheit, EuGRZ 645
- Pollähne* (1994) Lockerungen im Maßregelvollzug
- ders.* (1998) Vorwärts in die Vergangenheit. Zur unheilvollen Renaissance der Sicherungsverwahrung, FoR 129
- ders.* (1999) Maßregelvollzug zwischen Strafvollzug und Psychiatrie in: Weigand (Hrsg.) Der Maßregelvollzug in der öffentlichen Diskussion, 37

- ders.* (2003) Mit Sicherheit Expansion? Zur Kapazitätsentwicklung im Maßregelvollzug, Sozialpsychiatrische Informationen (4) 4
- ders.* (2004a) Forensische Psychiatrie als „ultima ratio“. Zur Subsidiarität der strafrechtlichen „und/oder“-Unterbringung. Eine kasuistische Zeitreise, in: Osterheider (Hrsg.) Behandlungs- und Organisationsmodelle in der Forensik (Forensik 2003) 241
- ders.* (2004b) MRVGmbH? in: Kammeier/Michalke (Hrsg.) FS Tondorf 95
- ders.* (2005a) Gutachten über „die Behandlungsaussichten“ im Maßregelvollzug, R&P 171
- ders.* (2005b) Wenn Patienten in „long stay units“ (ver)enden, GrundrechteReport 195
- ders.* (2007) Effektivere Sicherheit der Bevölkerung und schärfere Kontrolle der Lebensführung: Zur Reform des Maßregelrechts und der Führungsaufsicht, KritV 383
- ders.* (2008a) Endstation Unrechtsstaat? Mit der Sicherungsverwahrung auf Zeitreise, in: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.) Jahrbuch 2008, 122
- ders.* (2008b) Die Privatisierung psychiatrischer Krankenhäuser und ihre Folgen für den Maßregelvollzug, in: Dessecker/KrimZ (Hrsg.) Privatisierung in der Strafrechtspflege 139
- ders.* (2011) Kriminalprognostik. Untersuchungen im Spannungsfeld zwischen Sicherheitsrecht und Rechtssicherheit
- ders.* (2013a) Alternativen zur Freiheitsstrafe, in: Strafverteidigervereinigungen Organisationsbüro (Hrsg.) Alternativen zur Freiheitsstrafe (Dokumentation des 36. Strafverteidigtages) 9
- ders.* (2013b) Vollstreckung und Vollzug der Sicherungsverwahrung nach Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung, StV 249
- ders.* (2014a) Hat das Bundesverfassungsgericht das Heilen verboten? in: Henking/Vollmann (Hrsg.) Gewalt und Psyche 17
- ders.* / Kemper (2007) Fehleinweisungen in die Entziehungsanstalt (§ 64 StGB)
- ders.* / Lange-Joest (Hrsg.) (2104) Verbrechen, Rechtfertigungen, Wahnsysteme
- ders.* / Rode (Hrsg.) (2010) Rechtsprobleme unbefristeter Freiheitsentziehungen
- ders.* / Woynar (2014) Verteidigung in Vollstreckung und Vollzug, 5. Aufl.
- Rasch (1984) Krank und/oder kriminell? Maßregelvollzug in Westfalen-Lippe (unveröff. Gutachten im Auftrage des LWL)
- ders.* (1985) Nachruf auf die sozialtherapeutische Anstalt, BewHi 319
- ders.* (1986) Forensische Psychiatrie
- ders.* (1989) Sozialtherapie im Maßregelvollzug, MschrKrim 115
- Rüping (1983) Der psychisch Kranke als Sicherheitsrisiko, NStZ 13
- Schalast (2012) Delinquenzrisiken psychisch Kranker und stationäre Behandlung, R&P 179
- Schiemann (2012) Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen
- Schmidt-Quernheim / Rabe / Hax-Schoppenhorst (2011) Das Forensische Dorf in Düren – (Auslauf-)Modell einer therapeutischen Gemeinschaft? WsFPP (3) 29
- Schöch (2009) Bemerkungen zur Reform der stationären psychiatrischen Maßregeln durch das Therapieunterbringungsgesetz vom 16.7.2007, in: Hassemer u.a. (Hrsg.) FS Volk 703

*Spiess* (2008) Das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt, StV 160

*Steinböck* (2011) Kann es im Maßregelvollzug eine „salutogenetische Architektur“ geben? WsFPP (3) 7

*Strafverteidigervereinigungen* (2013) Stellungnahme zu den Reformüberlegungen des Bundesjustizministeriums zur Unterbringung nach § 63 StGB (Berichterstatte(r)in: Scharfenberg)

*Strate* (2014) Der Fall Mollath: Vom Versagen der Justiz und Psychiatrie

*Streng* (2014) Problembereiche und Reformperspektiven der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB, ZG 24

*Traub / Weithmann* (2011) Regionale Einflüsse auf den Maßregelvollzug, R&P 79

*dies.* (2013) Werden schizophrene Patienten „krimineller“? R&P 208

*Volckart* (1983) Maßregelvollzug

*ders.* (1984) Rechtsanspruch auf Lockerungen und Urlaub im Maßregelvollzug, R&P 3

*Walter* (2014a) Die Freiheit der Person und die Psychiatrie, GA 316

*ders.* (2014b) „Beyond Mollath“ – Strafrechtliche Unterbringung in der Psychiatrie, ZRP 103

*Weider* (2011) Das Verbot der Verständigung über Maßregeln der Besserung und Sicherung, in: Bernsmann/Fischer (Hrsg.) FS Rissing-van Saan 731

*Zinkler* (2014) Risikobasierte Allgemeinpsychiatrie: Wirkungen und Nebenwirkungen, R&P 64

Kontakt:

Dr. iur. habil. Helmut Pollähne

Rechtsanwalt und Strafverteidiger

Privatdozent am Bremer Institut für Kriminalpolitik

Wissenschaftlicher Leiter des Instituts für Konfliktforschung

Rechtsanwälte Joester und Partner

Willy-Brandt-Platz 3

28215 Bremen

[pollaehne@strafverteidiger-bremen.de](mailto:pollaehne@strafverteidiger-bremen.de)

Helmut Pollähne

## Wider die aufschiebende Wirkung staatsanwaltschaftlicher Beschwerden gegen StVK-Entscheidungen

Sofortige Beschwerden der Staatsanwaltschaft gegen freiheitsentziehungsbeendende Entscheidungen der Strafvollstreckungskammer haben von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung. Dies wird verfassungsrechtlich kritisiert und vorgeschlagen, die Vorschriften durch eine verfassungskonforme Regelung zu ersetzen.

**Schlüsselwörter:** Strafvollstreckung, StVK, Beschwerde, Richtervorbehalt, aufschiebende Wirkung

### *Against the suspensive effect of prosecution appeals against court decisions on penal execution*

*Prosecution appeals against court decisions on penal execution lead to their suspension by law, with the effect that the convict may have to stay in detention. This will be criticized as a violation of the habeas corpus rule; the law will have to be changed.*

**Key words:** Penal execution, prosecution appeal, suspensive effect, habeas corpus rule

Hiermit wird vorgeschlagen, die Vorschriften des strafprozessualen Vollstreckungsrechts, denen zufolge sofortige Beschwerden der Staatsanwaltschaft (StA) gegen freiheitsentziehungsbeendende Entscheidungen der Strafvollstreckungskammer (StVK) aufschiebende Wirkung haben, aufzuheben. An ihre Stelle sollte die allgemeine Regelung des § 307 Abs. 2 StPO treten, wonach das zuständige Gericht im Einzelfall die aufschiebende Wirkung der Beschwerde herstellen kann (Aussetzung der Vollziehung der angefochtenen Entscheidung).

### Geltende Rechtslage

Beschwerden (auch sofortige Beschwerden) haben – unabhängig davon, wer sie eingelegt hat – im Strafprozessrecht grundsätzlich<sup>1</sup> keine aufschiebende Wirkung (§ 307 Abs. 1 StPO), das zuständige Gericht kann jedoch im Einzelfall auf Antrag einstweilige Anordnungen treffen (Abs. 2). Hiervon sind im Strafvollstreckungsrecht der StPO (§§ 449 ff.) Ausnahmen zugunsten der StA vorgesehen (§§ 454 Abs. 3 S. 2 und 462 Abs. 3 S. 2 StPO); Beschwerden des Verurteilten haben hingegen – das folgt nicht zuletzt im Umkehrschluss aus jenen Vorschriften – niemals aufschiebende Wirkung (vgl. auch §§ 453 Abs. 2 S. 3 StPO).<sup>2</sup>

Danach haben sofortige StA-Beschwerden gegen Entscheidungen der StVK, mit denen sie die Vollstreckung freiheitsentziehender Strafrechtsfolgen (Strafen und Maßregeln) beendet, diese mithin zur Bewährung aussetzt oder für erledigt erklärt (insb. §§ 57, 67 d StGB), von Gesetzes wegen – also automatisch – aufschiebende Wirkung. Dies gilt unabhängig davon, ob die Beschwerde begründet wird. Die StA kann so durch die schlichte Beschwerdeeinlegung die Entlassung des Verurteilten in Freiheit bis auf Weiteres aufhalten. Die Begründung wird – so die Erfahrung der Verteidigung in der Vollstre-

ckung (dazu auch POLLÄHNE & WOYNAR 2014 Rn. 467 m. w. N) – entweder gar nicht oder erst später (zumeist durch die jeweils zuständige Generalstaatsanwaltschaft) nachgeliefert; bisweilen werden Beschwerden auch – ebenfalls ohne ersichtlichen Grund – später wieder zurückgenommen.<sup>3</sup>

Für den Eintritt der aufschiebenden Wirkung bedarf es weder einer Begründung (arg. § 306 Abs. 1 StPO) noch hat der Verurteilte die Möglichkeit, gegen den Eintritt der aufschiebenden Wirkung seinerseits Rechtsmittel einzulegen, also ein Gericht anzurufen: Er kann nur die Entscheidung des Beschwerdegerichts abwarten, das seinerseits an keine Fristen gebunden ist. Der Gesetzgeber hat all dies vorab so entschieden, basta.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ausnahmen (außerhalb des Siebenten Buches/Erster Abschnitt der StPO; vgl. auch § 570 ZPO) gelten für die Unterbringung zur Begutachtung (§ 81 Abs. 4 StPO) und den Ausschluss aus der Hauptverhandlung wegen herbeigeführter Verhandlungsunfähigkeit (§ 231 a Abs. 3 StPO).

<sup>2</sup> Für den Widerruf der Straf(rest)aussetzung, der rechtskräftig werden muss, gilt insoweit die Sonderregelung des § 453 c StPO.

<sup>3</sup> So jüngst in einem Verfahren der StA Oldenburg, die gegen die StVK-Entscheidung, die Unterbringung in der Entziehungsanstalt gem. § 67 d Abs. 5 StGB für erledigt zu erklären, Beschwerde einlegte mit der Folge, dass der Mandant weitere Monate im Maßregelvollzug verblieb, ohne dass ihm diese Zeit auf die Reststrafe angerechnet wurde (§ 67 Abs. 4 StGB). In einem durch den Verf. erwirkten Beschluss des LG Osnabrück (v. 23.06.2015 – 17 StVK 305/15, n. rk.) heißt es dazu, der Verfahrensbevollmächtigte habe »sicherlich einige Punkte angesprochen, die für den Gesetzgeber überprüfenswert sind. Nach derzeitiger Rechtslage gibt es jedoch keinen Grund, von der Strafzeitberechnung abzuweichen«.

<sup>4</sup> Durch das 3. StrRÄG v. 04.08.1953 (BGBl. I, 735, 748) »um zu vermeiden, daß ein Verurteilter zunächst bedingt entlassen wird, jedoch nach erfolgreicher Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen den Entlassungsbeschluß wieder in Haft genommen werden muß« (BT-Drs I/3713, 56).

## Verstoß gegen Richtervorbehalt

Im Lichte des Art. 104 GG ist diese Regelung sehr bedenklich und sollte deshalb gestrichen werden. Gemäß Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG hat (nur) »der Richter« über Zulässigkeit *und Fortdauer* einer Freiheitsentziehung zu entscheiden. Dieser sog. Richtervorbehalt (habeas corpus) ist eines der historisch grundlegenden Grund- und Menschenrechte (vgl. auch Art. 5 Abs. 4 EMRK). Die Exekutive (hier: die StA) soll nicht die Möglichkeit haben, Freiheitsentziehungen ohne richterliche Überprüfung und Bestätigung zu begründen bzw. aufrechtzuerhalten. Genau dies geschieht jedoch mit Einlegung einer der o. g. sofortigen Beschwerden mit der (gesetzlichen) Folge aufschiebender Wirkung: Die von einem »Richter« i. S. d. Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG getroffene Entscheidung zur Beendigung der Freiheitsentziehung (Verneinung der Fortdauer) wird durch einen Akt der Exekutive – Einlegung der sofortigen Beschwerde – ausgehebelt. Die Beschwerde begründet die weitere Fortdauer der Freiheitsentziehung, was im Widerspruch zu Art. 104 Abs. 2 GG steht.

## Einwände und Gegenargumente

Diesem verfassungsrechtlichen Einwand (bzw. der Kritik an jener Regelung) wird – soweit dieses Problem resp. diese Regelung überhaupt als Problem erkannt wird – dreierlei entgegengehalten:

### Die Legitimationsreichweite des Urteils

Einerseits ergebe sich die Legitimation der (Fortdauer der) Freiheitsentziehung unmittelbar aus dem rechtskräftigen Urteil und insoweit nur mittelbar aus der Beschwerde der StA, die damit die richterlich begründete Freiheitsentziehung gem. Art. 104 Abs. 2 GG gewissermaßen »nur« wiederherstelle. Damit würde jedoch die (hier: negative) Fortdauerlegitimation der StVK-Entscheidung negiert: Bei Vorliegen der jeweiligen gesetzlichen Voraussetzung ist die Freiheitsentziehung zu beenden, d. h. jeweils zur Bewährung auszusetzen oder zu erledigen. Die Fortdauer der Freiheitsentziehung steht damit unter dem Vorbehalt einer entsprechenden richterlichen Entscheidung der StVK.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, ohne eine entsprechende Entscheidung der StVK stehe die Fortdauer der Freiheitsentziehung gar nicht zur Diskussion: Dies wird insbesondere deutlich in den gem. § 67 e StGB regelmäßig erforderlich werdenden Prüfungen der Fortdauer der Maßregelvollstreckung, die ohne rechtzeitige Entscheidung der StVK ihre verfassungsrechtliche Legitimation verliert. Dies gilt letztlich aber auch für die Strafrestaussatzungsentscheidung gem. § 57 Abs. 1 StGB i. V. m. mit § 454 StPO, auf die der Gefangene – bei Vorliegen der Voraussetzungen – einen Rechtsanspruch hat.<sup>5</sup>

Ungeachtet dessen greift das Argument jedoch ohnehin zu kurz: Wenn das zuständige Gericht (hier: die StVK) die Fortdauer der Freiheitsentziehung i. S. d. Art. 104 Abs. 2 GG verneint, verliert das rechtskräftige Urteil bis auf Weiteres seine Legitimationskraft für jene (fortdauernde) Freiheitsentziehung. Etwas anderes gilt erst dann, wenn die StVK-Entscheidung im

Beschwerdeverfahren vom zuständigen Gericht (!) aufgehoben wird. Es kann der StA als Exekutivorgan nicht zustehen, die Legitimation der Fortdauer der Freiheitsentziehung durch das rechtskräftige Urteil an der gegenteiligen richterlichen Entscheidung der StVK vorbei wiederherzustellen. Diese gesetzgeberische Vorentscheidung erweist sich als nicht haltbar.

### Zumutbarkeitsgrenzen

Andererseits wird eingewandt, dem Verurteilten sei nicht zuzumuten, nach einer Entlassung durch die StVK aufgrund einer gegenteiligen Beschwerdeentscheidung des OLG (zum Teil erst nach Monaten) wieder in die Freiheitsentziehung zurückkehren zu müssen.<sup>6</sup>

Abgesehen davon, dass der Betroffene damit zu rechnen hätte,<sup>7</sup> erweist sich dieses Argument als paternalistisch, so als habe der Gesetzgeber durch die aufschiebende Wirkung der StA-Beschwerde die Interessen des Verurteilten schützen wollen. Diesen Schutz wahrzunehmen sollte ihm selbst und seiner Verteidigung überlassen bleiben. Zudem würde dem Betroffenen damit zugleich die Chance genommen, in dem Zeitraum zwischen Entlassung und Beschwerdeentscheidung unter Beweis zu stellen, dass die StVK-Entscheidung (insbesondere in kriminalprognostischer Hinsicht) zutreffend war, seine Lage sich möglicherweise sogar noch verbessert hat.<sup>8</sup>

### Schutz der Allgemeinheit?

Wenn schließlich eingewandt wird, es müsse möglich sein, den Schutz der Allgemeinheit (bei abweichenden Auffassungen zwischen StVK und StA, insb. in kriminalprognostischer Hinsicht) zumindest solange im Wege der Fortdauer der Freiheitsentziehung aufrechtzuerhalten, bis die StVK-Entscheidung rechtskräftig ist, so ist dagegen noch einmal die Kompetenzverteilung im Lichte des Art. 104 Abs. 2 GG in Erinnerung zu rufen (s. o.). Ungeachtet dessen bietet gerade dafür die allgemeine Regel des § 307 Abs. 2 StPO das nötige Instrumentarium. Den Schutz der Allgemeinheit kann die StA ggf. mit einem entsprechenden Eilantrag geltend machen: Sollte die StVK daraufhin zu dem Ergebnis kommen, die aufschiebende Wirkung sei herzustellen, wäre Art. 104 Abs. 2 GG gewahrt; andernfalls hätte es mit der Entlassung sein Bewenden.

Um eine vermeintliche »Schutzlücke« zu schließen, könnte die Entlassung von Gesetzes wegen aufgeschoben werden, bis die StA (innerhalb Wochenfrist nach Zugang des StVK-Beschlusses) sofortige Beschwerde eingelegt und diese mit einem begründeten Antrag auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung verbunden hat: Bis zum Abschluss des Verfahrens gem. § 307 Abs. 2 StPO<sup>9</sup> wäre die Entlassung aufzuschieben.

<sup>5</sup> Dazu MüKo-StGB/GROSS § 67 e Rn. 9 m. w. N.

<sup>6</sup> FISCHER 2015 § 57 Rn. 20 m. w. N.

<sup>7</sup> Daran dachte ggf. der Gesetzgeber, s. o. Anm. 4.

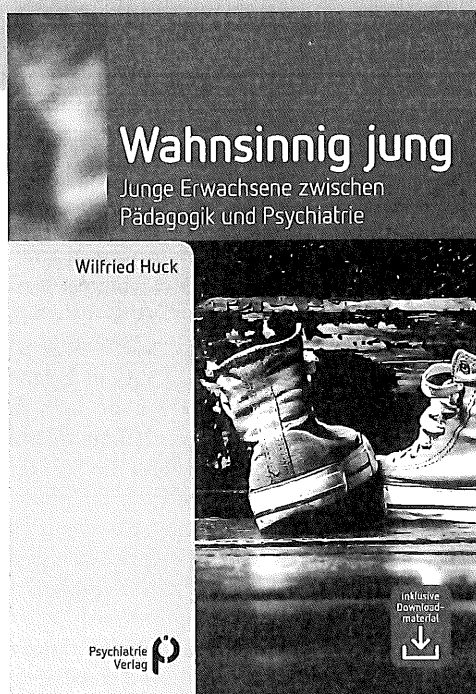
<sup>8</sup> Entsprechendes gilt bei der U-Haft: Während die Beschwerde der StA gegen die Aufhebung des Haftbefehls keine aufschiebende Wirkung hat (§ 120 Abs. 2 StPO), kann deren Erfolg zur erneuten Inhaftierung führen.

<sup>9</sup> In der Kriminalprognostik ist das Problem der sog. »falschen Positiven« geläufig, die aufgrund unzutreffender prognostischer Einschätzung eingesperrt bleiben und keine Chance erhalten zu beweisen, dass die Prognose »falsch« ist, vgl. POLLÄHNE 2011, 229 ff. m. w. N.



# Jung und wild

Junge Erwachsene in der Psychiatrie sind eine Patientengruppe, die als sogenannte »junge Wilde« zu den herausforderndsten für Jugendhilfe und Psychiatrie zählt. Dieses multiprofessionelle und diagnosenübergreifende Buch erschließt die Ressourcen sowohl der Jugendhilfe als auch der Adoleszenzpsychiatrie für beide Berufsfelder. Es hilft, effektive und vernetzte Behandlungskonzepte für psychisch erkrankte junge Erwachsene zu entwickeln.



Wilfried Huck

Wahnsinnig jung

224 Seiten + Downloadmaterial, 29,95 €

ISBN 978-3-88414-627-9

eBook 23,99 €

ISBN 978-3-88414-871-6

Psychiatrie  
Verlag

[www.psychiatrie-verlag.de](http://www.psychiatrie-verlag.de)

Eine solche Neufassung der Regelung wäre mit Art. 104 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen. Gegenüber den oft monatelang dauernden Beschwerdeverfahren würde dies zu einer erheblichen Beschleunigung beitragen und die Verantwortung für die Fortdauer (wieder) in die Hand des Richters legen.

## Ausblick

Die dargestellten Regelungen bedürfen dringend einer verfassungskonformen gesetzgeberischen Korrektur. Die nach Abschluss der Beratungen in der vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz einberufenen Expertenkommission – so bleibt zu hoffen – anstehende StPO-Reform wäre der ideale Anlass, den hier unterbreiteten Vorschlag aufzugreifen. Derweil ist die Verteidigung aufgefordert, die Unvereinbarkeit der durch eine sofortige Beschwerde der StA bewirkte Fortdauer der Freiheitsentziehung mit Art. 104 GG zu rügen.

## Literatur

- FISCHER T (2015) Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 62. Aufl. München: Beck  
 POLLÄHNE H (2011) Kriminalprognostik. Berlin: de Gruyter  
 POLLÄHNE H, WOYNAR I (2014) Verteidigung in Vollstreckung und Vollzug, 5. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller  
 v. HEINTSCHEL-HEINEGG B (Hg.) (2012) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl. München: Beck (zit. MüKo-StGB/Verf.)

## Anschrift des Verfassers

Willy-Brandt-Platz 3  
 28215 Bremen  
[pollaehne@strafverteidiger-bremen.de](mailto:pollaehne@strafverteidiger-bremen.de)