

Nach der Reform des Unterbringungsrechts (§ 63 StGB) ist vor der Reform

von Rechtsanwalt Dr. jur. habil.

Helmut Pollähne*

Abstract

Die Unterbringung gem. § 63 StGB war seit längerem dringend reformbedürftig, sowohl in der justiziellen und forensisch-psychiatrischen Praxis (Anordnung, Vollstreckung, Vollzug) als auch hinsichtlich der dafür erforderlichen Rechtsgrundlagen. Die jetzt in Kraft getretene Novellierung verzeichnet Schritte in die richtige Richtung (insb. Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes), bleibt aber halbherzig. Wichtige Themen wurden umgangen (z.B. die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention), weshalb bereits jetzt absehbar ist, dass die Forensische Psychiatrie ein „Behandlungsfall“ bleibt.

Inpatient treatment in forensic psychiatry (acc. to § 63 StGB) has been in need of a reform for quite a while, concerning the judicial and forensic-psychiatric practice (order, enforcement, treatment) as well as its appropriate legal basis. The amendment recently put into force scores some steps forward in the right direction (esp. strengthening the principle of proportionality), remains half-hearted however. Important aspects have been neglected (i.e. the impact of the UN-Convention on the Rights of Persons with Disabilities), so that it is foreseeable, that forensic psychiatry will remain “in need of treatment”.

I. Einleitung

Die Unterbringung gem. § 63 StGB war 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 – und wird es wohl bleiben. Die Entwicklung des psychiatrischen Maßregelvollzuges in den vergangenen rund 30 Jahren war wechselhaft, mittlerweile befindet er sich wieder im Reformstau: Die „Forensische Psychiatrie“ ist selbst zum „Behandlungsfall“ geworden; die überfälligen Reformforderungen wurden im Lichte der aktuellen Reformvorschläge – insb. das Eckpunktepapier des BMJV vom Juli 2013 und der Abschlussbericht der Bund-Länder-AG vom Dezember 2014 – bereits hinlänglich diskutiert.¹

Nachdem sich das Gesetzgebungsverfahren z.T. recht kontrovers gestaltete und die unterschiedlichen Positionen in der Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestages sowohl auf Seiten der ExpertInnen als auch auf Seiten der Ausschussmitglieder noch einmal deutlich wurden,²

haben sich – so war zu vernehmen³ – die koalitionsinternen Meinungsverschiedenheiten am Ende neutralisiert: Auf Änderungswünsche wurde gegenseitig verzichtet, so dass das Gesetz, wie vom BMJV vorgelegt, vom Rechtsausschuss unverändert in den Bundestag eingebracht und dort bereits am Folgetag ‚durchgewunken‘ werden konnte; es wird in Kürze in Kraft treten.

Im Folgenden wird – anknüpfend an die bereits erwähnten grundlegenden Anmerkungen – ausschließlich auf Details der verabschiedeten Einzelregelungen (s.u. II. zum StGB und III. zur StPO) sowie auf § 67 Abs. 6 und § 64 S. 2 StGB n.F. eingegangen (s.u. IV.).

II. StGB-Einzelregelungen

I. Neufassung des § 63 StGB

a) Der Versuch, bereits die Anordnungsvoraussetzungen einzugrenzen (S. 1), ist grundsätzlich zu begrüßen, 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.⁴

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 Beserung 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 „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.

* Rechtsanwalt und Strafverteidiger in Bremen (Kanzlei *Joster & Partner*) sowie Privatdozent am Institut für Kriminalpolitik der dortigen Universität.

¹ Pollähne, NK 2015, 25 ff.

² Vgl. auch BT-Drs. 18/8267, 3 f., wo diese Differenzen jedoch nicht dargelegt werden, sondern lediglich auf das Ausschussprotokoll (der 85. Sitzung am 15.2.2016) verwiesen wird.

³ So klingen auch die Ausführungen der CDU/CSU einer- und der SPD andererseits (BT-Drs. 18/8267, 9 f.).

⁴ Ähnlich Niehaus, in: Müller-Heidelberg u.a. (Hg.), Grundrechte-Report 2016, (2016), S. 200 ff.; Claus spricht in jurisPR-StrafR 6/2016 Anm. 1 C. von einer „im Wesentlichen klarstellenden Funktion“.

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 nun für § 63 StGB verankerte 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 Problemen in der Gleichstellung der gem. § 63 StGB einerseits und § 66 StGB andererseits Untergebrachten (s. auch u. 2. b), ist der genannte Unterschied aber weder nachvollziehbar noch legitimierbar und birgt die Gefahr der Diskriminierung (s.u. c).

b) Eine tatbestandliche Reduzierung auf der Ebene der „zu erwartenden Taten“ reicht nicht aus, um Unterbringungsanordnungen zu verhindern, die sich im Hinblick auf die „begangenen Tat(en)“ als unverhältnismäßig erweisen. Dies wurde als Problem erkannt,⁵ aber nur halbherzig gelöst: Dass eine Anordnung bei Taten, die im Hinblick auf den neuen S. 1 (s.o. a) 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“ (§ 63 S. 2 StGB n.F.), 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, jedenfalls solange an unbefristeten kriminalrechtlichen Maßnahmen der Gefahrenabwehr festgehalten werden soll (wogegen weiterhin gute Gründe streiten; vgl. auch u. 2. b zur Befristung), die Stärkung materieller Rechtssicherheit, u.a. durch Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen:⁶ Hat der Betroffene m.a.W. keine „erheblichen“ rechtswidrigen Taten begangen, hat die Unterbringung zu unterbleiben.

c) Die Unterbringung gem. § 63 StGB wäre – zumal mit der Bezugnahme auf die §§ 20, 21 StGB – im Hinblick insb. auf die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) grundsätzlich infrage zu stellen gewesen. Das liegt nicht nur an der Unbestimmtheit der §§ 20, 21 StGB,⁷ sondern auch an der in ihnen angelegten Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen, zu denen die meisten der

Betroffenen i.S. der 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.⁸ Es ist nicht nachvollziehbar, dass sich die Gesetzgeber zu dieser Problematik noch nicht einmal ansatzweise äußerten,⁹ oder auch nur insoweit nachvollziehbar, als man die Auseinandersetzung mit dieser Problematik offenbar scheut.

Systemimmanent ist zu kritisieren, dass das Gesetz daran festhält, die Unterbringung (bei Vorliegen der jew. Voraussetzungen) ausschließlich „in einem psychiatrischen Krankenhaus“ vorzusehen: Einerseits wären durchaus andere Institutionen des psychosozialen Versorgungssystems denkbar, um dem angestrebten Zweck – nicht zuletzt i.S. des Subsidiaritätsprinzips – gerecht zu werden;¹⁰ andererseits hätte es nahegelegen, die neuen Diskussionen um den Ausbau der sozialtherapeutischen Anstalt (ehem. § 65 StGB) resp. deren Renaissance als Maßregel aufzugreifen, wie dies in § 63 Abs. 2 StGB i.d.F. von 1969 bereits einmal vorgesehen war.¹¹

Nach der Ersetzung des ehem. § 42 e StGB a.F. durch § 63 StGB wurde längere Zeit die Auffassung vertreten, die Geltung des Subsidiaritätsprinzips bereits auf der Anordnungsebene (seinerzeit hervorgehoben durch das Kriterium der „Erforderlichkeit“) sei durch den neuen § 67 b StGB (s.u. 3. b) suspendiert worden; eine Auffassung, die bereits damals verfassungsrechtlich nicht haltbar war.¹² In Rechtsprechung und Literatur ist die Geltung des Subsidiaritätsprinzips auf der Anordnungsebene allerdings nach wie vor umstritten, so dass eine legislative Klarstellung (des verfassungsrechtlich Selbstverständlichen) dringend angezeigt war. Da das Missverständnis auch durch den Wortlaut des § 62 StGB mitbegründet wird, hätte sich eine Bekräftigung des Umfangs der im Maßregelrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzipien (insb. Geeignetheit und Erforderlichkeit, und nicht ‚nur‘ Verhältnismäßigkeit i.e.S.) angeboten. Will man an Unterschieden zwischen einzelnen Maßregeln festhalten, wäre auch eine Ergänzung in § 63 StGB angebracht gewesen, die das Kriterium der Erforderlichkeit der (freiheitsentziehenden) Unterbringung wieder explizit zum Ausdruck bringt (so wie dies auch in § 126 a Abs. 1 StPO der Fall ist).¹³ Eine weitere vertane Chance zur Eindämmung unverhältnismäßiger Maßregelangeordnungen.

2. Neufassung des § 67 d StGB

a) In § 67 d Abs. 2 S. 1 StGB das Wörtchen „erheblichen“ einzufügen, bedarf keiner weiteren Anmerkung, handelt es sich doch im Hinblick auf die völlig einhellige Auffas-

⁵ Vgl. auch *Claus* Anm. 1 B.

⁶ Dazu *Pollähne*, in: *Pollähne/Rode* (Hg.), *Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen*, 2010, S. 98 ff. sowie *ders.*, *Kriminalprognostik*, 2011, S. 299 ff.

⁷ Ausf. dazu *Schiemann*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Hg.), *Verbrechen, Rechtfertigungen, Wahnsysteme*, 2014, S. 101 ff. m.w.N.

⁸ Ausf. dazu *Tolmein*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Hg.), *Forensische Psychiatrie – selbst ein Behandlungsfall?*, 2015, S. 79 ff. m.w.N., vgl. auch *Pollähne*, in: *Aichele* (Hg.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht*, 2013, S. 173 und 193.

⁹ Vgl. auch den Bericht des BT-RA vom 27.4.2016 (BT-Drs. 18/8267, S. 5).

¹⁰ Auch dazu *Kammeier*, *WSFPP* 2014, 8 ff.

¹¹ Vgl. *Konrad/Rasch*, *Forensische Psychiatrie*, 4. Aufl. (2014), S. 284 ff. und *ders.*, *WSFPP* 2012, 189 ff.

¹² *Pollähne*, in: *Osterheider* (Hg.), *Behandlungs- und Organisationsmodelle in der Forensik*, 2004, S. 241 ff.

¹³ Dazu *Pollähne*, *R&P* 2002, 229 (239 ff.).

sung 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.¹⁴ Mindestens so wichtig wäre hingegen die Klarstellung gewesen, dass sich jene Erheblichkeit an der Neufassung des § 63 S. 1 StGB zu orientieren hat (ungeachtet der Neuregelung in Abs. 6, s.u.).

b) Für das prinzipiell begrüßenswerte Reformvorhaben, unverhältnismäßigen Freiheitsentziehungen in der forensischen Psychiatrie gem. § 63 StGB vorzubeugen, erlangt die Neuregelung des § 67 d Abs. 6 StGB eine Schlüsselrolle – für (zu) viele Betroffene im wahrsten Sinne des Wortes! Auch hier gilt (wie bei § 63 StGB n.F., s.o. 1.) jedoch: Das Vorhaben ist im Ansatz richtig, bleibt aber auf halber Strecke stehen. Gefordert wäre eine absolute Befristung der Maßregel, die diesen Namen verdient;¹⁵ die Neuregelung bietet demgegenüber nur eine relative Befristung, und die auch nur „in der Regel“:

- Dauert die Unterbringung sechs Jahre, ist 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 die Neuregelung – ohne nachvollziehbaren Grund – erheblich hinter die Vorschläge des Eckpunkte-papiers 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 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, gilt die für die Sicherungsverwahrung in § 67 d Abs. 3 S. 1 StGB vorgesehene Regel „entsprechend“: Danach ist 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 aber – ungeachtet des Umstandes, dass es in diesen Fällen in aller Regel keinen Vorwegvollzug von Freiheitsstrafe gab – ebenso problematisch wie bei der Sicherungsverwahrung.

3. Verbleibender Reformbedarf

a) Von den zahlreichen Anrechnungsproblemen beim Nebeneinander von Strafe und Maßregel aus einem Verfahren (zu verfahrensfremden Strafen s.u. IV. 2.) wird eines durch die Neufassung des § 67 d Abs. 6 StGB (s.o. 2. b) eher noch verschärft, was die Gesetzgeber offenbar übersehen haben:

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 unverhältnismäßig langen Freiheitsentziehung noch ein (mehr oder weniger langes, je nach Urteil) Strafdrittel verbüßen. 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, wäre der Gesetzgeber gefordert gewesen, dieser Absurdität ein Ende zu bereiten!

b) Für die Verhinderung potenziell unverhältnismäßiger Freiheitsentziehungen in der forensischen Psychiatrie gem. § 63 StGB spielt § 67 b StGB – jenseits der verstärkten Beachtung des Subsidiaritätsprinzips bereits auf der Anordnungsebene (s.o. 1. c) – eine wesentliche Rolle, die legislativ hätte gestärkt werden müssen.¹⁶

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 (§ 67 b 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)

¹⁴ Vgl. nur *Pollähne*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 67 d Rn. 16 m.w.N.

¹⁵ Ähnlich, aber in letzter Konsequenz unklar: *Stübner*, NK 2015, 13 (16).

¹⁶ Ähnlich die Grüne Abg. *Klein-Schmeink* im BT-PlenProt 18/152, 15044 (vgl. auch BT-Drs. 18/8267, S. 8, 10) sowie *Stübner*, NK 2015, 13 (15, 17).

hätte durch eine Anrechnungsregelung ausgeräumt werden können.

c) Dass die noch im Eckpunktepapier 2013 vorgesehene wichtige Neuregelung der Überprüfungsfristen in § 67 e StGB (im Sinne ihrer gestaffelten Verkürzung)¹⁷ vollständig entfallen ist, befremdet. Zur Verhinderung übermäßig langer Unterbringungszeiten braucht es – im Rahmen des Konzepts prozeduraler Rechtssicherheit¹⁸ – kürzerer Prüfungszeiträume, als es die derzeitigen lediglich jährlichen Überprüfungen gewährleisten. Man versetze sich einmal in die Situation eines Untergebrachten, 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 Untergebrachte könne ja jederzeit einen Antrag auf Überprüfung stellen.

III. StPO-Einzelregelungen

I. § 463 Abs. 4 StPO n.F.

a) Eine „Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung einzuholen, in der der Verurteilte untergebracht ist“ (S. 1), bevor die StVK über die Fortdauer der Vollstreckung entscheidet, ist bereits jetzt eine pure Selbstverständlichkeit und hätte eigentlich keiner Vergesetzlichung bedurft. Dass es sich dabei immer um eine „gutachterliche Stellungnahme“ handelt, erscheint fraglich: Soweit die Neuregelung 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,¹⁹ das die psychiatrische und justizielle Praxis vor ebenso schwierige Entscheidungen stellt, wie den Betroffenen selbst und seine Verteidigung. Hier besteht weiterhin legislativer Klärungsbedarf.²⁰

b) Im Rahmen des Konzepts prozeduraler Rechtssicherheit erhalten externe Begutachtungen eine zentrale Rolle.²¹ Insoweit ist zu begrüßen, dass ein solches Gutachten nicht erst – wie bisher – nach fünf Jahren, sondern bereits nach jeweils drei Jahren (wie schon jetzt in Teilen des Landes-Maßregelvollzugsrechts)²² und „ab einer Dauer der Unterbringung von sechs Jahren [sogar] nach jeweils zwei Jahren“ eingeholt werden „soll“.

Es darf jedoch (ohne dass auf Anheb ersichtlich wäre, wie dies legislativ ‚einzufangen‘ ist) nicht übersehen werden, dass externe Gutachten kein ‚Allheilmittel‘ zur Eindämmung unverhältnismäßiger Freiheitsentziehungen in der forensischen Psychiatrie sind²³ 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.²⁴

Auch vor diesem Hintergrund erscheint die in § 463 Abs. 4 S. 3 StPO n.F. verankerte Klarstellung, wonach der externe Gutachter auch nicht „das letzte Gutachten bei einer vorangegangenen Überprüfung erstellt haben“ soll, 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 S. 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 [soll], 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 hatte, erschließt sich nicht.²⁵

Mit der Begutachtung sollen – so § 463 Abs. 4 S. 5 StPO n.F. – 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.²⁶ Die Veränderungen der gutachterlichen Landschaft verdienen allerdings verstärkt Beachtung.²⁷ Immer häufiger werden von den Gerichten z.B. niedergelassene Gutachter hinzugezogen, deren klinische und therapeutische

¹⁷ Dazu auch Stübner, NK 2015, 13 (19).

¹⁸ BVerfGE 109, 130 und 117, 71.

¹⁹ Vgl. nur Waider und Tolmein, in: Pollähne/Rode (Hg.), Schweigepflicht und Datenschutz, 2010, S. 99 ff. und 123 ff.

²⁰ Ein (ansatzweise) entsprechendes Ansinnen des BRates (BT-Drs. 18/7244, S. 50) wurde von der BReg mit dem Hinweis verworfen, der neue § 463 Abs. 4 S. 1 StPO stelle eine hinreichende Rechtsgrundlage für den Bruch der Schweigepflicht dar, alles Weitere sollten die Länder in ihrem Maßregelvollzugsrecht klären (a.a.O. S. 51 sowie S. 36 f.).

²¹ Vgl. BVerfG a.a.O.

²² Dazu Pollähne, in: Kammeier (Hg.), Maßregelvollzugsrecht, 3. Aufl. (2010), Rn. F 142 ff.

²³ Deutlich die Kritik von Neuhaus, in: Grundrechte-Report, S. 205: „Kosmetik“; Claus, jurisPR-StrafR 6/2016 Anm. 1 C. erwartet insoweit die „weitaus größten Auswirkungen ... für die Arbeit der StVK“ und eine „stärkere Belastung für die Gerichte – und den Justizfiskus“ (vgl. auch BT-Drs. 18/7244, S. 45, 47).

²⁴ Pfäfflin, in: FS Venzlaff, 2006, S. 266 (277) und ders., R&P 2014, 62 f.; Stübner, NK 2015, 13 (20) weist außerdem zu Recht auf die den Untergebrachten treffende steigende Kostenlast hin.

²⁵ Ob sich die darin angelegten Probleme bei der Anwendung der „soll“-Regelungen lösen lassen, wird sich zeigen.

²⁶ Dazu auch Stübner, NK 2015, 13 (20 f.).

²⁷ Pollähne/Lange-Joest (Hg.), Achtung: Begutachtung! Sachverständige in Justiz und Gesellschaft: Erwartungen und Verantwortung, 2016 (in Vorb.).

Erfahrung mehr und mehr verblasst; sie befinden über Diagnosen, Prognosen und Behandlungsaussichten weitgehend vom Schreibtisch aus.²⁸

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 gesetzliche Neufassung betont – gerade auch in kriminalprognostischer Hinsicht – zu einseitig die medizinisch-psychowissenschaftliche Dimension.²⁹

c) Die Änderung in § 463 Abs. 4 S. 8 (ehedem S. 5) StPO n.F. 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.

2. § 463 Abs. 6 n.F.

Die Änderung in S. 1 ist lediglich redaktioneller Natur (Einbeziehung des neuen § 67 Abs. 6 StGB); und dass der Verurteilte „in den Fällen des § 67 d Abs. 6 StGB ... mündlich zu hören“ ist (S. 2 n.F.), sollte schon bisher selbstverständlich gewesen sein – die Klarstellung kann aber nicht schaden.³⁰

3. Verbleibender Reformbedarf³¹

Einige Vollstreckungsgerichte halten daran fest, dass nicht bei jeder Überprüfung der § 63-Unterbringung gem. § 67 e StGB ein Fall notwendiger Verteidigung analog § 140 Abs. 2 StPO gegeben sei: Der Gesetzgeber bleibt dringend aufgefordert, dies klarzustellen.³²

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. Dies muss dringend korrigiert werden.³³

IV. Weitere Neuregelungen im StGB (§ 64 betreffend)

1. § 67 Abs. 6 StGB n.F.

Die in § 67 Abs. 6 StGB (etwas unsystematisch platzierte) Neuregelung dient der Umsetzung der Härtefall-Entscheidung des *BVerfG*³⁴ 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.³⁵

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 das Gesetz sehr eng am *BVerfG* – und in puncto „Verhalten im Vollstreckungsverfahren“ zu eng³⁶ wegen des damit verbundenen disziplinarischen Einschlags.³⁷ Die Anrechnung soll ausgeschlossen sein, 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.

2. § 64 S. 2 StGB n.F.

Als gäbe es im Bereich der Anordnung des § 64 StGB sowie seiner Vollstreckung und im Vollzug nicht schon genug Probleme,³⁸ musste der 3. *Strafsenat* des *BGH* noch ein weiteres erfinden: Komme das Gericht nach gutachterlicher Einschätzung – insb. im Zusammenhang mit länge-

²⁸ Diff. *Saimeh*, in: *Pollähne/Lange-Joest*, Achtung: Begutachtung!

²⁹ Ausf. *Brettel/Höffler*, *medstra* 2016, 67 ff., vgl. auch *LG Marburg*, *StraFo* 2015, 429.

³⁰ Vgl. dazu auch *Pollähne*, in: *HK-StPO*, 5. Aufl. (2012), § 454 Rn. 6 ff. und § 463 Rn. 5, 7.

³¹ Der bayerische Vorschlag einer „Beteiligung der Öffentlichkeit“ an den mündlichen Anhörungen der *StVK* (vgl. auch *BT-PlenProt* 18/152, 15041 sowie *BT-Drs.* 18/8267, S. 10) wurde zu Recht verworfen.

³² Dass man dies nicht für erforderlich erachtete, weil es ohnehin „der Praxis in den Ländern“ entspreche, Pflichtverteidiger hinzuzuziehen (so der *CDU/CSU-Abg.* *Grindel* am 28.4.2016 vor dem *BT*), wird man versuchen müssen, wörtlich zu nehmen (in der *BT-Drs.* 18/8267, 10 klingt das freilich anders!).

³³ Ausf. *Pollähne*, *R&P* 2015, 198 ff., dem schloss sich die Linke Fraktion im *BT* an (*BT-Drs.* 18/8267, S. 11).

³⁴ E 130, 372, dazu *Grabenwarter*, *EuGRZ* 2012, 507 und *Fischer*, *StGB*, 63. Aufl. (2016), § 67 Rn. 21a.

³⁵ Die Vorstellung, „Straftäter [würden] durch Taktieren und beispielsweise vorsätzlichen Verbleib im Maßregelvollzug Vorteile bei der Haftverschonung erlangen“ (so der *SPD-Abg.* *Wiese* im *BT-PlenProt* 18/1532, 15043), ist abwegig.

³⁶ Zumal es sich dabei nur um eine Übergangsregelung gem. § 35 *BVerfGG* handelte.

³⁷ Die vom *BRat* geäußerte Befürchtung, die Vollstreckungsgerichte könnten übermäßig mit entsprechenden Anträgen behelligt werden (*BT-Drs.* 18/7244, S. 49), wurde von der *BReg* bezeichnenderweise mit dem Argument zurückgewiesen, schon die vorgesehenen Kriterien „verdeutlichen, dass hierüber erst gegen Ende des Vollzugs der Maßregel entschieden werden kann“, weshalb die Praxis „verfrühte Anträge wenig aufwendig erledigen“ werde (a.a.O. S. 51).

³⁸ Exmpl. *Pollähne/Kemper*, *Fehleinweisungen in die Entziehungsanstalt* (§ 64 StGB), 2007.

ren 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 i. S. des § 64 S. 2 StGB, mit der Folge, dass diese Verurteilten (deren Abhängigkeitsprobleme gar nicht in Frage gestellt werden), im Justizvollzug landen.³⁹ Dazu hätte *Bernd Volckart* – einer der Vordenker des Maßregelvollzugs(rechts) – gesagt: Mit Fug & Recht, das ist Unfug & Unrecht!⁴⁰ Hier stand 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 Gesetz geschehen ist, indem in § 64 S. 1 StGB n.F. eingefügt wurde „innerhalb der Frist nach § 67d Abs. 1 S. 1 oder 3“, ist deshalb zu begrüßen. Damit wird – um einem Missverständnis zu begegnen – nicht exorbitanten Unterbringungszeiten im 64er-Maßregelvollzug das Wort geredet; es gilt aber zu verhindern, alkohol- und drogenabhängige Verurteilte, die therapiebedürftig und entsprechend motiviert sind, stattdessen im Strafvollzug unterzubringen. Darum ist die geplante gesetzliche Klarstellung sachgerecht.

V. Nach der Reform ist vor der Reform!

Eine Reform des Unterbringungsrechts gem. §§ 63, 67 d StGB war, wie einleitend vermerkt, dringend überfällig – insoweit sind die in Kraft getretenen Änderungen prinzipiell begrüßenswerte Schritte in die richtige Richtung. Allerdings handelt es sich um halbherzige Trippelschritte und einige wurden schlicht ausgelassen. Das erweist sich auch deshalb als problematisch, weil das Thema „Reform der §§ 63 ff. StGB“ mit dem vorliegenden Gesetz für längere Zeit ‚ad acta‘ liegen dürfte. Dass die Probleme, die mit dem Reformvorhaben gelöst werden sollten, damit gelöst werden resp. sich lösen lassen, erscheint fraglich.⁴¹ Insofern sind nicht nur die Obergerichte, allen voran der *BGH*, weiterhin aufgerufen, sich um eine Eindämmung des § 63 StGB zu bemühen,⁴² vielmehr muss das Reformanliegen – vorzugsweise im Rahmen einer überfälligen systemischen Gesamtreform des Maßregelrechts – unvermindert weiterverfolgt werden. Dabei sind grundlegende Fragen, wie die Bedeutung der UN-BRK und die Ausgestaltung der §§ 20, 21 StGB, um nur zwei Punkte zu nennen, die in der jetzt abgeschlossenen Novellierung offen geblieben sind, endlich anzugehen.

³⁹ *BGH*, R&P 2011, 32 und NSTZ-RR 2015, 43, vgl. *Pollähne*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Hg.), *Rauschzustände. Drogenpolitik – Strafrecht – Psychiatrie*, 2016, S. 5 (18).

⁴⁰ Vgl. auch *Trenckmann*, NSTZ 2011, 322 m.w.N. sowie *Pollähne*, R&P 2012, 178.

⁴¹ Auf die nach fünf Jahren angedachte Evaluation (BT-Drs. 18/7244, S. 17) darf man gespannt sein.

⁴² Ebenso *Niehaus*, in: *Grundrechte-Report*, S. 205 f., vgl. auch *Pollähne*, NK 2015, 25 (32).