

## **Stellungnahme des RAV**

### **zum RefE eines Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches (18.5.2015)**

Verfasser: Dr. iur. habil. *Helmut Pollähne*, Rechtsanwalt

Für den Republikanischen Anwältinnen- und Anwälteverein e.V. (RAV) wird folgende Stellungnahme abgegeben:

#### **A. Einleitung**

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.

Der Verfasser dieser Stellungnahme hat die Entwicklung des psychiatrischen Maßregelvollzuges in einem erst kürzlich erschienen 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 Wiederholungen zu vermeiden, wird hierauf vollinhaltlich Bezug genommen (in Kopie anbei) und im Folgenden ausschließlich auf Details der geplanten Einzelregelungen (s.u. B. zum StGB und C. zur StPO)<sup>1</sup> sowie auf den Entwurf zu § 67 Abs. 6 StGB-neu (der in den bisherigen Entwürfen noch nicht enthalten war) eingegangen (s.u. D.).

---

<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.

## **B. 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 „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 wird, 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 RefE zu dieser Problematik noch nicht einmal ansatzweise äußert.

b) Systemimmanent ist zu kritisieren, dass der RefE 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 RefE 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 RefE – 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. D.) wird eines durch die geplante Neufassung des § 67d Abs. 6 StGB (s.o. II. 2.) eher noch verschärft, was der RefE offenbar übersehen hat:

---

<sup>2</sup> Da die Unterbringung nach § 64 StGB nicht explizit Gegenstand dieses RefE ist, 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.

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 günstige 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.<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 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.

## **C. 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.

#### **D. zu Neureglung des StGB § 67 Abs. 6**

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 RefE sehr eng am *BVerfG*, 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.

Berlin, den 27. Juli 2015

---

<sup>5</sup> Ausf. dazu der Beitrag des Verf.: „Wider die aufschiebende Wirkung staatsanwaltschaftlicher Beschwerden gegen StVK-Entscheidungen“ (zum Abdruck in R&P 2015 angenommen).