

Carolin Gütschow

**Die einstweilige Unterbringung
im Strafprozess (§ 126a StPO) und das
Unterbringungsverfahren
gem. §§ 121, 122 StPO**

Carolin Gütschow

**Die einstweilige Unterbringung
im Strafprozess
(§ 126a StPO) und das
Unterbringungsprüfungsverfahren
gem. §§ 121, 122 StPO**

Carolin Gütschow

**Die einstweilige Unterbringung im
Strafprozess (§ 126a StPO) und das
Unterbringungsprüfungsverfahren
gem. §§ 121, 122 StPO**

Tectum Verlag

Carolin Gütschow

Die einstweilige Unterbringung im Strafprozess (§ 126a StPO) und das Unterbringungsprüfungsverfahren gem. §§ 121, 122 stop.

Zugl. Diss., Westfälische Wilhelms-Universität Münster 2011

© Tectum Verlag Marburg, 2013

ISBN 978-3-8288-5840-4

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter der ISBN 978-3-8288-3065-3 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

www.facebook.com/tectum.verlag

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Meiner Familie

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2010 fertiggestellt. Für die aktualisierte Druckfassung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Juli 2010 berücksichtigt werden.

Mein Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Michael Heghmanns, der mir die Möglichkeit einer Promotion gegeben hat und durch Anregungen, stetige Bereitschaft zu Diskussionen und aufbauende Worte half, die Arbeit zu beenden. Des Weiteren ein Dank an Prof. Dr. Mark Deiters für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich danke zudem meiner Familie, die mich nicht nur finanziell in der Zeit unterstützt hat. Auch danke ich all meinen Freunden, die immer an mich geglaubt haben und mich die ganze Zeit begleitet haben. Ganz besonders danke ich Frau Dr. Anna Helena Albrecht für die Freundschaft, Motivation und die vielen Stunden am Horst und Frau Anja Brückner für das Korrekturlesen.

Berlin, im Juli 2012

Carolin Gütschow

Inhaltsverzeichnis

Einführung	15
1. Problemstellung	18
2. Aktuelle Rechtslage/ Bedeutung	19
1. Grundlagen.....	25
1.1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	25
1.2. Internationale Grundlage: Art. 5, 6 EMRK	27
1.2.1. Art. 5 EMRK.....	27
1.2.2. Art. 6 EMRK.....	31
1.2.2.1. Art. 6 Abs. 1 EMRK	31
1.2.2.2. Art. 6 Abs. 2 EMRK	32
1.3. Einstweilige Unterbringung § 126a StPO	36
1.3.1. Geschichtliche Entwicklung § 126a StPO.....	39
1.3.1.1. Geschichte 1532 bis 1871	40
1.3.1.1.1. Constitutio Criminalis Carolina von 1532	40
1.3.1.1.2. Partikulargesetzgebung	40
1.3.1.1.3. Aufklärung 1794; preußisches Allgemeines Landrecht (ALR)	41
1.3.1.1.4. Preußisches Strafgesetzbuch 1851	41
1.3.1.1.5. Deutsches Reich 1871	42
1.3.1.2. Nach 1871 bis 1933.....	42
1.3.1.2.1. Der Streit der Strafrechtstheorien.....	42
1.3.1.2.1.1. v. Liszt	43
1.3.1.2.1.2. Gegner	43
1.3.1.2.2. Entwürfe.....	44
1.3.1.2.3. Landesrechtliche Regelungen	46
1.3.1.3. Gewohnheitsverbrechergesetz 1933	47
1.3.1.3.1. Materielles Recht – Maßregeln der Besserung und Sicherung.....	48
1.3.1.3.2. § 126a StPO	48

1.3.1.4.	Nach 1933	49
1.3.2.	Sinn und Zweck der vorläufigen Maßregeln	51
1.3.2.1.	Zweck der einstweiligen Unterbringung	51
1.3.2.1.1.	Anlehnung an § 63 StGB – Sicherungsgedanke.....	51
1.3.2.1.1.1.	Systematik.....	52
1.3.2.1.1.1.1.	§ 112 StPO	52
1.3.2.1.1.1.2.	§ 112 Abs. 3 StPO	52
1.3.2.1.1.1.3.	§ 112a StPO	53
1.3.2.1.1.2.	Historie	54
1.3.2.1.1.3.	Teleologische Betrachtung – verfassungsrechtliche Bedenken	54
1.3.2.1.1.3.1.	Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit	55
1.3.2.1.1.3.1.1.	Gerichtliches Verfahren	55
1.3.2.1.1.3.1.2.	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 112 Abs. 4 a.F. StPO	57
1.3.2.1.1.3.1.3.	Strafrecht	57
1.3.2.1.1.3.2.	Begründung einer Bundeskompetenz durch Reichskompetenz	59
1.3.2.1.1.3.3.	Annexkompetenz- Prävention und Repression	59
1.3.2.1.2.	Besserungsgedanke des § 63 StGB	64
1.3.2.1.2.1.	Praktische Erwägungen	65
1.3.2.1.2.2.	Rechtliche Bedenken	65
1.3.2.1.2.3.	Besserungsproblematik in der Praxis – Einordnung des § 126a StPO anhand praktischer Erwägungen	67
1.3.2.2.	Rechtfertigung der Maßregel / Notwendigkeit der Maßregel.....	68
1.3.3.	Voraussetzungen des § 126a StPO	73
1.3.3.1.	Dringende Gründe.....	74
1.3.3.1.1.	Grundlegendes.....	75

1.3.3.1.2.	„für eine rechtswidrige Tat“	77
1.3.3.1.3.	Zustand nach §§ 20, 21 StGB	78
1.3.3.1.3.1.	„für den Zustand der Schuldunfähigkeit“	78
1.3.3.1.3.2.	„für den Zustand der verminderten Schuldfähigkeit“	80
1.3.3.1.4.	Wahrscheinlichkeit der Anordnung nach den §§ 63, 64 StGB	80
1.3.3.1.4.1.	§ 63 und § 64 StGB Maßregelrecht – Grundlagen	80
1.3.3.1.4.2.	Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB	81
1.3.3.2.	Gefahr für die öffentliche Sicherheit	84
1.3.3.3.	Verhältnismäßigkeit	91
1.3.4.	Vollzug und Vollstreckung	92
1.3.4.1.	Unterbringungsbefehl	92
1.3.4.2.	Ermessen	92
1.3.4.3.	Vollstreckung des Unterbringungsbefehls	96
1.3.4.4.	Vollzug des § 126a StPO	99
2.	Das Verfahren nach § 121 StPO	105
2.1.	Grundlagen und Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 StPO	105
2.1.1.	Grundlagen	105
2.1.1.1.	Anwendbarkeit	108
2.1.1.2.	Geschichtliche Entwicklung	109
2.1.1.3.	Stellung des § 121 StPO im Haftrechtssystem (andere Haftprüfverfahren)	116
2.1.1.3.1.	Internationale Stellung: Art. 5 Abs. 3 S. 2 EMRK/ Art. 6 EMRK	116
2.1.1.3.2.	Verfassungsrechtliche Bedeutung	121
2.1.1.3.3.	Strafprozessuale Bedeutung	122
2.1.1.3.3.1.	§ 117 StPO	122
2.1.1.3.3.1.1.	§ 117 Abs. 1 StPO	122

2.1.1.3.3.1.2.	Anwendbarkeit auf § 126a StPO	124
2.1.1.3.3.2.	§ 126a Abs. 3 S. 3 iVm. § 120 Abs. 3 StPO	125
2.1.1.3.3.3.	§ 268b StPO	128
2.1.2.	Verfahren.....	128
2.1.3.	Voraussetzungen	131
2.1.3.1.	Tatbegriff.....	131
2.1.3.2.	Verlängerungsvoraussetzungen.....	133
2.1.3.2.1.	Besondere Schwierigkeit oder besonderer Umfang der Ermittlungen.....	137
2.1.3.2.2.	Wichtiger Grund	140
2.1.3.3.	Rechtfertigung der Sechsmonatsfrist.....	145
2.1.3.4.	Exklusive Zuständigkeit des OLG	150
2.1.3.5.	Beschleunigungsgebot	152
2.2.	Vergleich.....	153
2.2.1.	§ 112 Abs. 3 StPO	154
2.2.2.	§ 112a StPO	155
2.2.2.1.	Grundlagen des § 112a StPO.....	155
2.2.2.2.	Historie	156
2.2.2.2.1.	1871 – 1945	156
2.2.2.2.2.	1950 bis 1964	158
2.2.2.2.3.	Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1965.....	161
2.2.2.2.4.	StPÄG 1972 - § 112a StPO.....	162
2.2.2.2.5.	Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht von 1973.....	164
2.2.2.2.6.	1973 bis heute	165
2.2.2.3.	Sinn und Zweck des § 112a StPO; Einordnung der Maßnahme	167
2.2.2.4.	Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Haftgrund der Wiederholungsgefahr.....	171
2.2.2.4.1.	Anbindung an das Maßregelrecht	172
2.2.2.4.2.	Verfahrensbezogenheit des § 112a StPO.....	172

2.2.2.4.2.1.	Prävention im Strafverfahren	172
2.2.2.4.2.2.	Normstabilisierung durch § 112a StPO	173
2.2.2.4.3.	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	176
2.2.2.4.4.	Kritik an der BVerfG Entscheidung.....	177
2.2.2.4.4.1.	§ 125a und § 238 StGB	177
2.2.2.4.4.2.	Streichung der Regelvoraussetzung	179
2.2.2.5.	Konformität mit der EMRK.....	179
2.2.2.6.	Voraussetzungen des § 112a StPO	180
2.2.2.6.1.	Dringender Tatverdacht	181
2.2.2.6.2.	Anlasstaten	181
2.2.2.6.2.1.	Wiederholt oder fortgesetzt	181
2.2.2.6.2.2.	Schwerwiegende Beeinträchtigung	182
2.2.2.6.3.	Wiederholungsgefahr	183
2.2.2.6.4.	Erforderlichkeit der Haft	184
2.2.2.7.	Unterbringungsdauer.....	184
2.2.3.	Vergleich: Andere Formen der Unterbringung ..	186
2.2.3.1.	Strafprozessuale Unterbringungen.....	186
2.2.3.1.1.	§ 81 StPO	186
2.2.3.1.2.	§ 127b StPO	187
2.2.3.1.3.	§ 230 Abs. 2, § 236, § 329 Abs. 4 StPO	187
2.2.3.1.4.	§ 275a Abs. 5 StPO – Unterbringung bei zu erwartender Sicherungsverwahrung..	188
2.2.3.1.5.	§ 453c StPO strafrechtliche Sicherungshaft....	189
2.2.3.1.6.	Vergleichbarkeit mit § 126a StPO.....	190
2.2.3.2.	Landesrechtliche Unterbringung und Unterbringung nach dem BGB	191
2.2.3.2.1.	Landesrechtliche Unterbringungen	191
2.2.3.2.2.	Unterbringungsmaßnahmen nach dem BGB	191
2.2.3.2.3.	Vergleichbarkeit mit § 126a StPO.....	192
2.2.4.	Vergleich von § 126a und § 112a StPO	192

2.2.4.1.	Vergleichbarkeit.....	193
2.2.4.2.	Anwendbarkeit des § 121 StPO	194
2.2.4.2.1.	Auf § 112a StPO	195
2.2.4.2.2.	Auf § 126a StPO	195
2.2.4.3.	Unterschiede und deren Rechtfertigung.....	197
2.2.4.3.1.	Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 S. 2 EMRK.....	198
2.2.4.3.2.	Verstoß gegen Art. 6 EMRK.....	203
2.2.4.3.3.	Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.....	207
2.2.5.	Vergleich von § 126a StPO und § 63 StGB	210
2.2.5.1.	Dauer und Verhältnismäßigkeit der Unterbringung gem. § 63 StGB.....	210
2.2.5.2.	§ 126a StPO	213
2.2.5.3.	Erst - Recht - Schluss	214
2.3.	Ausweg durch die bestehenden Haftprüfungsverfahren....	216
2.4.	Ausweg durch uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 121 StPO.....	218
3.	Ergebnis und eigene Stellungnahme.....	221

Einführung

Das Rechtsfolgensystem des materiellen Strafrechts unterscheidet zwischen Strafe (§§ 38 ff. StGB) und Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 63 ff. StGB). Diese Zweiteilung ist bedingt durch die unterschiedliche Zielsetzung der beiden Rechtsfolgen. Während die Strafe schuldangemessen (§ 46 Abs. 1 StGB) repressiv auf den Täter wirken soll, sind die Maßregeln präventive Maßnahmen, durch die, von der Schuld losgelöst, auf den Täter eingewirkt wird.¹ Sie greifen dann ein, wenn ein Schuldspruch mangels Schuldfähigkeit ausbleiben muss, eine Reaktion auf den Täter aufgrund der Gefährlichkeit aber erforderlich erscheint. Maßregeln der Besserung und Sicherung sind daher Zweckmaßnahmen ohne Unwerturteil, die an die Gefährlichkeit des Täters anknüpfen und neben der Strafe sicherstellen sollen, dass durch die Einwirkung auf den Täter eine Wiedereingliederung in die Gesellschaft ermöglicht werden kann und dabei gleichzeitig die Allgemeinheit vor weiteren Rechtsverletzungen geschützt wird.²

Die in § 61 StGB enumerativ erwähnten Maßregeln sind endgültige Maßnahmen, das heißt, sie werden stets nach Durchführung einer Hauptverhandlung durch Urteil (§ 260 StPO) angeordnet.³ Falls die Schuldfähigkeit des Betroffenen erwiesen ist, wird die Maßregel (§§ 63, 64 StGB) neben der Strafe im Urteil angeordnet und grundsätzlich, abgesehen von der Sicherungsverwahrung gem. § 66 StGB, vor der Strafe vollzogen, sofern es sich um eine freiheitsentziehende Maßregel handelt.⁴

Im Falle der erwiesenen Schuldunfähigkeit bzw. Verhandlungsunfähigkeit kann gem. § 71 Abs. 1 StGB die Anordnung der Maßregel auch selbstständig erfolgen, das heißt ohne gleichzeitige Bestrafung der Anlasstat.⁵ Diese Möglichkeit der selbstständigen Anordnung

¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER-Stree Vorbem. §§ 61 ff. Rn. 1.

² Bernd MÜLLER, S. 29f., SK/StGB-Sinn § 61 Rn. 2; LK-Schöch vor § 61 Rn. 29ff.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-Stree Vorbem. §§ 61 ff. Rn. 2.

³ LK-Schöch vor § 61 Rn. 103; eine Ausnahme bildet die Entziehung der Fahrerlaubnis § 69, die auch in einem Strafbefehlsverfahren angeordnet werden kann, sofern die Dauer nicht 2 Jahre überschreitet.

⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER-Stree Vorbem. §§ 61 ff. Rn. 3.

⁵ Eine Ausnahme bilden die Sicherungsverwahrung § 66 StGB und die Führungsaufsicht § 68 StGB, die gegen Schuldunfähige nicht zulässig sind. LK-Hanack § 71 Rn. 1.

widerspricht prinzipiell dem Verständnis des Strafrechts, da eine Strafe oder eine staatliche Reaktion nur dann erfolgen darf, wenn eine Anlasstat vorliegt und dies nur dann der Fall ist, wenn der Beschuldigte auch schuldhaft gehandelt hat. Durch § 71 StGB soll jedoch dem besonderen Sicherungsbedürfnis entsprochen und die Grundlage geschaffen werden, auch auf Täter einzuwirken, die schuld- bzw. verhandlungsunfähig sind und aufgrund dessen von dem Rechtsfolgensystem des StGB sonst nicht erfasst werden würden.⁶

Um diesen umfassenden Sicherungsgedanken während des gesamten Verfahrens Geltung zu verschaffen, sind neben der die Freiheit entziehenden Untersuchungshaft (§§ 112 ff. StPO) zusätzlich vorläufige Maßregeln im Strafprozess vorgesehen – §§ 111a, 126a, 132 a StPO.

Die Untersuchungshaft nach §§ 112 ff. StPO ist die Inhaftierung eines noch nicht verurteilten Beschuldigten im Rahmen des Ermittlungsverfahrens. Ihr Zweck ist es, den Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung des Sachverhalts durchzusetzen.⁷ Gewährleistet werden damit die Durchführung des Strafverfahrens und die Vollstreckung des aus dem Strafverfahren folgenden Urteils.⁸ Vorausgesetzt wird ein dringender Tatverdacht hinsichtlich einer rechtswidrigen und schuldhaft begangenen Tat. Zudem muss Flucht, Fluchtgefahr oder Verdunklungsgefahr als einer der in § 112 Abs. 2 StPO aufgezählten Haftgründe vorliegen. Gegen einen Tatverdächtigen, der die Tat wahrscheinlich im Zustand der Schuldunfähigkeit begangen hat, kann jedoch mangels Schuldfeststellung nicht Untersuchungshaft angeordnet werden. In diesem Fall ist die einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 126a StPO vorgesehen. Voraussetzung ist, dass dringende Gründe für die Annahme vorliegen, es werde im Hauptverfahren eine Maßregel nach § 63 oder § 64 StGB angeordnet. Die vorläufige Maßnahme ist, wie auch § 111a und § 132a StPO, eine Art Gegenstück zu den endgültigen Maßregeln der §§ 61 ff. StGB. Im Unterschied zu den endgültigen Maßregeln zum Anordnungszeitpunkt einer vorläufigen Maßnahme fand weder eine

⁶ Die näheren prozessualen Voraussetzung für eine selbstständige Maßregelanzahlung sind im Sicherungsverfahren gem. §§ 413 ff. StPO geregelt.

⁷ BVerfGE 19, 342 (348); 20, 45 (49).

⁸ BVerfGE 32, 87 (93); BGH NJW 1987, 2524 (2525); OLG Celle in NJW 1965, 926.

Hauptverhandlung statt, noch ist ein Urteil ergangen. Ziel dieses frühen Einschreitens ist der Schutz der Allgemeinheit vor den Tätern, bei denen der Verdacht besteht, dass sie eine strafbare Handlung begangen haben und möglicherweise im Laufe des Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens weitere Straftaten begehen werden und damit eine Gefahr darstellen. Die Anordnung einer vorläufigen Maßregel erfolgt immer unter der Maßgabe, dass die große Wahrscheinlichkeit besteht, die jeweils entsprechende endgültige Maßregel, also eine solche nach §§ 61 ff. StGB, werde in der Hauptverhandlung angeordnet. Im Idealfall soll daher der vorläufigen die entsprechende endgültige Maßregel folgen.

1. Problemstellung

Die meisten Bestimmungen des Untersuchungshaftrechts der StPO finden auf die einstweilige Unterbringung Anwendung, mit einer besonderen Ausnahme: das Haftprüfungsverfahren gem. §§ 121, 122 StPO. Dieses Verfahren garantiert zum einen die Regelgrenze der Freiheitsentziehung von einem halben Jahr und zum anderen die aus der Überschreitung dieser Grenze resultierende Haftprüfung durch das Oberlandesgericht.⁹ Die Haft kann nach Prüfung des OLG auch über die Dauer von sechs Monaten aufrechterhalten werden, sofern das Verfahren bzw. die Besonderheiten des Einzelfalls ein Urteil bis zu diesem Zeitpunkt nicht zugelassen haben. Es soll gewährleistet werden, dass der Freiheitsentzug nicht außer Verhältnis zum Verfahren und der Sachlage steht.¹⁰

Damit ist auch der Problemkomplex angesprochen, den diese Arbeit behandeln wird: Ist aufgrund einer Vergleichbarkeit zwischen der Untersuchungshaft, insbesondere gem. § 112a StPO, und der einstweiligen Unterbringung gem. § 126a StPO aus verfassungsrechtlicher Sicht die uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 121 StPO geboten?¹¹

Durch die Neuregelung in § 126a Abs. 2 StPO ist in eingeschränktem Maße das Haftprüfungsverfahren bereits anzuwenden. Demnach finden die §§ 121, 122 StPO mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass lediglich die Unterbringungsvoraussetzungen gem. § 126a StPO durch das OLG zu überprüfen sind, nicht jedoch die weiteren Voraussetzungen bzw. Gründe für eine Haftfortdauerentscheidung vorliegen müssen.

Es gilt zu überprüfen, ob diese eingeschränkte Anwendung den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 3 GG und den konventionsrechtlichen Vorgaben der Art. 5 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK genügt.¹² Denn die Freiheitsentziehung ist, unabhängig von der Schuld und von der Art des Freiheitsentzugs, nur solange auf-

⁹ Künftig OLG.

¹⁰ LR-Hilger § 121 Rn. 1f.

¹¹ Zu der Problematik Bernd VOLCKART, R&P 1990, S. 72 – 75.

¹² Diese Rechte werden durch § 121 StPO umgesetzt: BVerfGE 20, 49; BVerfG NJW 1991, 689; 1994, 2081; BGHSt 38, 43 ff.; Timm STARKE in StV 1988, S. 223; Martin SCHUBARTH, SchwZStrR 96 (1979), S. 295 – 311, der das Problem im Bereich des Schweizer Strafrechts aufgreift und auf die Besonderheiten des vorläufigen Strafvollzugs im Hinblick auf die EMRK eingeht.

rechtzuerhalten, wie es für eine Verurteilung unerlässlich ist¹³, unabhängig davon, welche Sanktion zu erwarten ist.¹⁴ Sofern die Rechte des Betroffenen aufgrund der derzeitigen Gesetzeslage verletzt werden, wäre die eingeschränkte Anwendbarkeit des Haftprüfungsverfahrens gem. §§ 121, 122 StPO als verfassungswidrig anzusehen.

2. Aktuelle Rechtslage/Bedeutung

Wie bereits angedeutet, hat sich die Rechtslage 2007 bezüglich der Anwendbarkeit des Haftprüfungsverfahrens auf die einstweilige Unterbringung geändert. § 121 StPO findet Anwendung, allerdings mit der Maßgabe, dass das Oberlandesgericht prüft, ob die Anordnungsvoraussetzungen der einstweiligen Unterbringung auch weiterhin vorliegen. Diese Regelung ist letztlich ein Bestandteil eines jahrelangen Novellierungsvorhabens des gesamten strafrechtlichen Sanktionssystems.

Begonnen wurde dieses 1985 mit der Aufforderung seitens des Deutschen Bundestages an die Bundesregierung, unter Bezugnahme der Entscheidung des BVerfG zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Unterbringung¹⁵ einen Bericht über die Bewährung des strafrechtlichen Sanktionssystems zu verfassen.¹⁶ Aufgrund der 1987 stattgefundenen Bundestagswahl wurde seitens der CDU/CSU, der SPD, der Fraktion der FDP und Fraktion DIE GRÜNEN ein Antrag gestellt, durch einen Beschluss des Bundestages die Vorlagen bezüglich einer Novellierung des Sanktionsrechts früherer Wahlperioden an die zuständigen Ausschüsse erneut zu überweisen.¹⁷ Dieser Antrag wurde durch den Bundestag einstimmig angenommen.¹⁸ Auf den Bericht zur Beurteilung des strafrechtlichen Sanktionssystems (BT Drs. 10/5828) erließ der Rechtsausschuss am 29.06.1988 eine Beschlussempfehlung.¹⁹ Demnach kämen Änderungen oder Ergänzungen des bestehenden strafrechtlichen Sanktionssystems in sehr begrenztem Umfang in Betracht.²⁰ Die Bundesregie-

¹³ LR-Hilger § 121 Rn. 5.

¹⁴ LR-Hilger § 121 Rn. 1.

¹⁵ BVerfGE 70, 297 ff.

¹⁶ BT Drs. 10/5828.

¹⁷ BT Drs. 11/883.

¹⁸ BT Plenarprotokoll 11/30 S. 1981 (A).

¹⁹ BT Drs. 11/2597.

²⁰ BT Drs. 11/2597.

zung solle, unter anderem aufgefördert werden, Novellierungsvorschläge zu den Vorschriften über die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bzw. in einer Entziehungsanstalt vorzubereiten. Diese Beschlussempfehlung wurde am 20.04.1989 durch den Bundestag mehrheitlich angenommen.²¹

Aufgrund der politischen Situation, insbesondere der Verwirklichung der Deutschen Einheit, wurde das Vorhaben jedoch zurückgestellt.

Die Entscheidung des BVerfG 1994 regte die Reformgedanken erneut an, da grundlegend die Bedeutung der Unterbringung im Lichte des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und das Verhältnis von Maßregeln und Freiheitsstrafe zueinander thematisiert wurde.²² Eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe erarbeitete von 1995 bis 1997 einen Regierungsentwurf, der im Februar 1998 vorgelegt wurde. Eine weitere Arbeitsgruppe, die von dem Strafrechtsausschuss der Justizministerkonferenz eingesetzt worden war, legte 2000 einen überarbeiteten Referentenentwurf vor. Es zeigte sich, dass die anfänglichen Ideen der Verbesserung des Sanktionsrechts zugunsten der Grundrechte des Einzelnen und der Durchsetzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in den Hintergrund getreten waren und nunmehr sicherheitspolitische Erwägungen im Vordergrund standen. Deutlich wurde dies vor allem an dem von Bayern am 09.10.2001 in den Bundesrat eingebrachten Entwurf.²³ Dieser wurde jedoch aufgrund der daraufhin folgenden Änderungsanträge einiger Bundesländer (u.a. Sachsen²⁴) verändert, sodass erst am 06.02.2002 durch den Bundesrat ein zweiter Referentenentwurf in den Bundestag eingebracht wurde.²⁵

Auf den durch das BVerfG vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken beruhend, wurde durch den Gesetzesentwurf eine Neuregelung des Maßregelrechts, insbesondere dessen Vollstreckung angestrebt. Ziel war es, die Dauer der Freiheitsentziehungen auf das nötigste Maß zu reduzieren. Ausschlaggebend dafür waren die vorangegangenen Entscheidungen des BVerfG, durch welche die §§ 64, 67 Abs. 4 S. 2 und § 67d Abs. 5 S. 1 StGB für teilweise verfas-

²¹ BT Plenarprotokoll 11/137 S. 10105 (B) - 10112 (C).

²² BVerfGE 91, 1 ff.

²³ BRDrs. 775/01.

²⁴ BRDrs. 775/2/01.

²⁵ BTDRs. 14/8200.

sungswidrig erklärt worden waren.²⁶ Die verfassungsrechtlichen Probleme ergaben sich vor allem aus der fehlenden Befristung der Maßnahmen. Im Rahmen dieses Verbesserungsansatzes sollte für die Freiheitsentziehung gem. § 126a StPO das Haftprüfungsverfahren gem. § 121 StPO entsprechend Anwendung finden.²⁷ Dadurch sollte dem grundsätzlich geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzip Geltung verschafft werden. Der Beschleunigungsgrundsatz sei auch bei § 126a StPO durch die Anwendung von § 121 und § 122 StPO umzusetzen. Der Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern, der weiterhin sichergestellt bleiben müsse, sei Aufgabe der Unterbringungsgesetze der Länder.²⁸ Die Bundesregierung äußerte sich in ihrer Stellungnahme diesbezüglich etwas kritisch, da der Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern vorrangig sichergestellt werden müsse.²⁹

Durch die wiederum stattfindenden Bundestagswahlen im Jahr 2001 wurde der Entwurf nicht mehr beraten. Allerdings setzte sich Bayern wiederum für die Einsetzung einer Arbeitsgruppe des Strafrechtsausschusses der Justizministerkonferenz ein („Fragen der Maßregelvollstreckung“). Zunächst erarbeiteten Sachsen und Bayern einen Gesetzesantrag, der am 27.05.2004 dem Bundesrat vorlegt wurde.³⁰ Nach Einbringung in den Bundestag³¹ am 24.08.2004 wurde dem Bundesrat alternativ am 27.05.2005 seitens der Bundesregierung ein Gesetzesentwurf vorgelegt.³² § 121 StPO sollte demnach Anwendung finden, um dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu entsprechen, aber auch den wachsenden Belegungszahlen im Maßregelvollzug entgegenzuwirken. Allerdings wurde der Sicherheitsgedanke auch hier nicht außer Acht gelassen, da, um der besonderen Gefährlichkeit der Beschuldigten gerecht zu werden, nur die Prüfung der Voraussetzungen der Haftanordnung durch das OLG vorgenommen werden sollte. Der Bundesrat lehnte den Entwurf der Bundesregierung jedoch ab und legte dem Bundestag am 26.04.2006

²⁶ BVerfGE 70, 297 ff.; 91, 1.

²⁷ BTDRs. 14/8200, Anlage 1, S. 7: Die Angabe in § 126a Abs. 2 S. 1 „§§ 114 bis 115a, 117 bis 119, 125 und 126“ sollte durch die Angabe „§§ 114 bis 119, 121 und 122, 123 bis 126“ ersetzt werden.

²⁸ BTDRs. 14/8200, Begründung S. 12.

²⁹ BTDRs. 14/8200, Anlage 2 - Stellungnahme der Bundesregierung (S. 15).

³⁰ BRDRs. 455/04.

³¹ BTDRs. 15/3652.

³² BRDRs. 400/05.

einen erneuten Entwurf vor.³³ Dieser sah, im Gegensatz zu dem Entwurf der Bundesregierung, keine Veränderung des § 126a StPO vor; was darauf zurückzuführen ist, dass hier weiterhin allein Sicherheitsfragen bzw. die Schließung von Sicherheitslücken im Vordergrund standen.³⁴

Allerdings wurde der Gesetzesentwurf der Bundesregierung³⁵ dem Bundestag am 31.03.2006 vorgelegt und nach Beratungen und Bericht des Rechtsausschusses³⁶ vom Bundestag am 27.04.2007 angenommen.³⁷

Die Gesetzesänderung wurde damit begründet, dass grundsätzlich dem bei vorläufigen freiheitsentziehenden Maßnahmen in besonderer Weise zu beachtenden Beschleunigungsgebot Rechnung zu tragen sei. Im Unterschied zur Untersuchungshaft, bei der die §§ 121, 122 StPO in vollem Maße zur Anwendung gelangen, würde mit der Unterbringung nicht die Verfahrenssicherung, sondern der Schutz der Allgemeinheit verfolgt werden. Dies begründe den mit der Neuregelung geschaffenen unterschiedlichen Prüfungsumfang der §§ 121, 122 StPO. Die Sechsmonatshaftprüfung sei eine besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und es sei daher nicht zulässig, die Gefährlichkeit des Betroffenen als maßgebliches Kriterium für die Fortdauer der Untersuchungshaft zu berücksichtigen. Diese könne allenfalls bei der Prüfung der Voraussetzungen Einfluss haben. Damit werde dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit, aber auch dem Bedürfnis nach einer beschleunigten Bearbeitung der Fälle durch die Strafverfolgungsbehörde entsprochen.³⁸ Auch aus praktischer Sicht sei es wegen der psychiatrischen Begutachtung nicht möglich, innerhalb von sechs Monaten die für das Verfahren erforderlichen Ermittlungen abzuschließen.³⁹ Eine Vorlagepflicht bei den Oberlandesgerichten, wie bei § 112 StPO, stelle eine zusätzliche Belastung der Gerichte dar und führe zu unfruchtbarem Aktenumlauf. Schließlich sei eine Haftfortdauerprüfung

³³ BT Drs. 16/1344.

³⁴ BT Drs. 16/1344 S. 10.

³⁵ BT Drs. 16/1110.

³⁶ BT Drs. 16/5137.

³⁷ BT Drs. 318/07 (Gesetzesbeschluss).

³⁸ BT Drs. 16/1110 S. 18.

³⁹ BT Drs. 16/1110 S. 24.

bereits durch §§ 117 ff. StPO möglich, sodass es der uneingeschränkten Anwendbarkeit der §§ 121, 122 StPO nicht bedürfe.⁴⁰

Mit Hilfe dieser Argumentation wird auch in der aktuellen Rechtsprechung die eingeschränkte Anwendbarkeit des § 121 StPO gerechtfertigt.⁴¹ Im Vordergrund stünde die Schutzpflicht des Staates gegenüber der Allgemeinheit, wie schon das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen verdeutlicht habe.⁴² Die Entlassung eines Untersuchungshäftlings nach § 112 StPO sei demnach eine eher hinnehmbare Gefahr, als die Gefährdung der Allgemeinheit, die durch die Entlassung eines nach § 126a StPO untergebrachten Beschuldigten entstünde.⁴³

Nach der Neuregelung besteht demnach zwar, ähnlich wie bei §§ 112 ff. StPO, die Pflicht, nach sechs Monaten eine Art Rechenschaft über die bisher durchgeführten Ermittlungen abzulegen. Allerdings spielt die Frage, ob es zu noch hinnehmbaren Verzögerungen gekommen ist oder nicht, nur im Rahmen der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rolle, die auch schon vor der Gesetzesänderung 2007 durchzuführen war.⁴⁴

Ob diese Kriterien, die in der Gesetzesbegründung aufgeführt sind, und im Rahmen der Rechtsprechung verwendet werden, jedoch tatsächlich geeignet sind, die Rechtslage und damit die unterschiedliche Behandlung der durch die §§ 112 ff. StPO und § 126a StPO Betroffenen zu rechtfertigen, soll in dieser Arbeit dargestellt werden.

⁴⁰ BT Drs. 16/1110 S. 24.

⁴¹ 3. Strafsenat OLG Hamm 2007; OLG Celle R&P 2008, 167 (168).

⁴² Schutz der hochrangigen Individualrechtsgüter: BVerfG NJW 1993, 1751(1753); NJW 2006, 891 (894).

⁴³ OLG Hamm 3. Strafsenat, 2007.

⁴⁴ So schon vorher auch: OLG München NSTZ-RR 2003, 366 (367).

1. Grundlagen

1.1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die durch die Unterbringung nach § 126a StPO erfolgte Freiheitsentziehung unterliegt den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm. Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG.

Die in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG garantierte Freiheit der Person nimmt eine gesonderte Rolle in dem Grundrechtskatalog ein, da sie als „unverletzlich“ gilt.⁴⁵ Die Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG verdeutlicht, dass eine Einschränkung nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes möglich ist.⁴⁶ Durch Art. 2 GG wird festgelegt, ob und in welchem Umfang eine Freiheitsbeschränkung zulässig ist und durch Art. 104 GG die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Freiheitsbeschränkung bestimmt.⁴⁷ Diese Doppelung ist nicht lediglich eine Wiederholung, sondern eine Hervorhebung der Bedeutung des Grundrechts.⁴⁸

In Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG wird durch den Schutz der Freiheit der Person die körperliche Bewegungsfreiheit geschützt.⁴⁹ Im Rahmen des Schutzbereiches wird zwischen den durchaus strittigen Begrifflichkeiten der *Beschränkung* und *Entziehung* unterschieden.⁵⁰ Unabhängig davon soll durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG im Kern vor willkürlicher Freiheitsentziehung geschützt werden.⁵¹ Der Einzelne soll vor Maßnahmen, die sich gegen den Körper richten, geschützt werden.⁵² Zu

⁴⁵ BVerfGE 65, 317(322).

⁴⁶ BVerfGE 109, 133 (157).

⁴⁷ JARASS/PIEROTH-Jarass Art. 2 Rn.110.

⁴⁸ SACHS-Murawieck Art. 2 Rn. 228.

⁴⁹ BVerfGE 94, 116 (198).

⁵⁰ dazu: Christoph GUSY, NJW 1992, S. 457 (458ff.).

Freiheitsbeschränkungen sind bestimmte Eingriffe in die körperliche Bewegungsfreiheit, wobei die Freiheitsentziehung den Hauptfall dieser bildet. (JARASS/PIEROTH-Jarass Art. 104 Rn. 2; Art. 2 Rn. 114) Demnach liegt eine Freiheitsentziehung dann vor, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit „nach jeder Richtung hin aufgehoben wird“. (BVerfGE 105, 239 (248); 94, 166 (198); SACHS-Murawieck Art. 2 Rn. 236; Einzelfälle mit Nachweisen: JARASS/PIEROTH-Jarass Art. 104 Rn. 11ff)

⁵¹ SACHS-Murawieck Art. 2 Rn. 229; BVerfGE 6, 354 (355).

⁵² BVerfGE 94, 166 (198) Das BVerfG geht davon aus, dass der Schutzbereich zumindest dann als eröffnet anzusehen ist, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich zugänglich ist.

den Freiheitsentziehungen gehört damit neben dem Vollzug einer Freiheitsstrafe und der Untersuchungshaft auch die vorläufige Festnahme.⁵³ Der Umstand, dass es sich bei den untergebrachten Beschuldigten um geistesranke Personen oder zumindest nicht voll Geschäftsfähige handelt, steht der Geltung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht entgegen,⁵⁴ da die Gewährleistung der Freiheit nicht von der Geschäftsfähigkeit abhängt, sondern von dem natürlichen Willen. Ein durch die Unterbringung nach § 126a iVm. § 114 StPO angeordneter Freiheitsentzug ist demnach nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes zu rechtfertigen (Art. 104 Abs. 1 GG)⁵⁵, welches wiederum den formellen Anforderungen an ein Gesetz, insbesondere der Bestimmtheit der Norm, entsprechen muss.⁵⁶ Der Eingriff muss materiell – rechtlich verhältnismäßig sein; eine Anordnung ist nur möglich, wenn die Maßnahme geeignet und erforderlich ist und zudem vorrangige Rechtsgüter diesen Eingriff erfordern.⁵⁷ Daneben sind die Anforderungen aus Art. 104 Abs. 2 bis 4 GG, die für den Unterfall der Freiheitsbeschränkung – der Freiheitsentziehung⁵⁸ – gelten, zu beachten. Gem. Art. 104 Abs. 2 GG unterliegt eine Freiheitsentziehung dem Richtervorbehalt und muss dabei auf einer Ermächtigungsgrundlage beruhen. Bei der Vollstreckung der Anordnung ist stets der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG), ebenso die Benachrichtigungspflicht aus Art. 104 Abs. 4 GG zu beachten.⁵⁹ Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben wurden in den Vorschriften für die Untersuchungshaft gem. §§ 114 bis 115a, 117 bis 119, 125 und 126 StPO umgesetzt. Durch den Verweis aus § 126a Abs. 2 S. 1 StPO finden diese auch auf die vorläufige Unterbringung Anwendung. Der Eingriff durch die Anordnung und den Vollzug der Unterbringung gem. § 126a StPO ist demnach verfassungsrechtlich gerechtfertigt, sofern diese formellen Voraussetzungen, aber auch materiell die Einhaltung der Verhältnismäßigkeit Beachtung finden.

⁵³ SACHS–Murswiek Art. 2 Rn. 236.

⁵⁴ BVerfGE 10, 302 (309); 58, 208 (224); Wolfgang FRISCH, ZStW 102 (1990), S. 343 (365f.).

⁵⁵ BVerfGE 78, 374 (383).

⁵⁶ SACHS–Degenhart Art. 104 Rn. 9f.

⁵⁷ v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK–Gusy Art. 104, Rn. 27f.

⁵⁸ JARASS/PIEROTH–Jarass Art. 104 Rn. 10.

⁵⁹ v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK–Gusy Art. 104 Rn. 72.