

An das Bundesministerium für Justiz

Museumstraße 7, 1070 Wien

team.s@bmj.gv.at



Abteilung Grundlagen und Wirtschaftsstrafrecht

Stellungnahme

betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozeßordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz, das Jugendgerichtsgesetz 1988 und das Strafregistergesetz 1968 geändert werden (Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetz 2021)

Geschäftszahl: 2021-0.371.078

Einleitung

Das Bundesministerium für Justiz hat am 25.05.2021 den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozeßordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz, das Jugendgerichtsgesetz 1988 und das Strafregistergesetz 1968 geändert werden sollen (Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetz 2021), samt Erläuterungen und wirkungsorientierter Folgenabschätzung mit dem Ersuchen um Kenntnisnahme und der Bitte um Stellungnahme übersendet. Die vorgeschlagenen Änderungen und Neuerungen betreffen die §§ 21 – 25 StGB, das 21. Hauptstück der StPO sowie das Strafvollzugsgesetz, das Jugendgerichtsgesetz und das Strafregistergesetz.

In der vorliegenden Stellungnahme analysiert *Mag. Dr. Siegmar Lengauer* (JKU Linz) den Entwurf hinsichtlich der Änderungen des materiellen Rechts des StGB. Daran schließt eine Betrachtung der vorgeschlagenen Änderungen in der StPO von *Mag.^a Dr.ⁱⁿ Lisa Schmolzmüller* (JKU Linz) an. *MMag. Dr. Martin Kitzberger* (Forensisches Zentrum Asten, JKU Linz) bringt seine profunde forensisch psychologische Expertise und den Blickwinkel der forensischen Praxis in die Stellungnahme ein. Der Praxisbezug wird verstärkt durch die Mitwirkung von *Mag.^a Stephanie Deix* (Klinische- & Gesundheitspsychologin).

Wir fokussieren unser Stellungnahme auf die vorgeschlagenen Änderungen des StGB sowie der StPO und orientieren uns dabei an der Grundannahme, dass eine rein auf das Allgemeinwohl ausgerichtete Begründung des vorbeugenden Eingriffs in einem unauflösbaren Konflikt zur rechtlichen Subjektstellung des Einzelnen steht. Der Entzug der persönlichen Freiheit kann daher nicht bloß damit legitimiert werden, dass er ein Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit bedient. Daran knüpft ein Verständnis, wonach sich staatliche Institutionen im Maßnahmenrecht an Prinzipien der fairen Verteilung des immanenten Irrtumsrisikos prognostischer Urteile ausrichten müssen. Dazu gehört auch ein Prozessrecht, das den Schutz von Grund- und Freiheitsrechten des Einzelnen unter dem Eindruck eines öffentlichen Interesses an Gefahrenabwehr einfachgesetzlich gewährleistet. Insbesondere die Möglichkeit, sich effektiv gegen die Annahme einer unterbringungsrelevanten Gefährlichkeit verteidigen zu können, muss jederzeit gewahrt bleiben. In ihrer Gesamtheit müssen die gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen, Verfahrens- und Vollzugsregeln also gewährleisten, dass die Maßnahme die Ausnahme von der Regel bleibt und der Betroffene nicht zur bloßen Gefahrenquelle degradiert wird. Es gilt von vornherein jeden Anschein zu vermeiden, dass den Staat in der sog. zweiten Spur ein geringeres Maß an rechtsstaatlichen Verpflichtungen trifft. Dazu kann eine kohärente Reform des Maßnahmenrechts einen wesentlichen Beitrag leisten, indem rechtliche Standards an dem immanenten Spannungsverhältnis zwischen Sicherheitsbedürfnissen und Freiheitsrechten ausgerichtet werden. So kann es gelingen für alle Beteiligten eine zeitgemäße Rechtsgrundlage zu schaffen, der besonderen Sensibilität der gegenständlichen Materie gerecht wird. An diesem Anspruch sind der vorliegende Entwurf und seine Erläuterungen zu messen.

1. Änderungen des Strafgesetzbuches betreffen § 21 StGB

Dem nun vorliegenden Entwurf geht ein langer und durchaus langwieriger Diskussionsprozess voraus. Verlauf und wesentlicher Inhalt der Debatte wird Beobachter*innen und Kenner*innen der Materie bekannt sein. Schade ist allerdings, dass die Erläuterungen zum MVAG 2021 mit Ausnahme der Dissertation von Dr. Tschachler (Parlamentskoordination im Kabinett der Bundesministerien) auf wissenschaftliche Beiträge aus den Jahren 2009-2015 verweist. Die strafrechtswissenschaftliche Community war in der Zwischenzeit nicht untätig. Es ist aber wohl kaum förderlich an dieser Stelle die Forderungen, Reformvorschläge und Gegenausführungen noch einmal im Detail wiederzugeben. Die vertretenen Positionen dürfen ohnehin bezogen sein. In diesem Teil der Stellungnahme soll vielmehr die aktuelle Rechtslage dem vorgeschlagenen Normenregime gegenübergestellt werden, um so die entscheidenden Änderungen bewerten zu können. Diesbezüglich zeigt sich rasch, dass eine der Neuerung bereits die Benennung (Überschrift) des § 21 StGB in der angestrebten Fassung betrifft, die sich im weiteren Verlauf nicht bloß im Normtext des StGB durchzieht. Mit dem **Begriff der strafrechtlichen Unterbringung** in einem forensischen Zentrum werden mehrere Aspekte der Anstaltsunterbringung angesprochen, die sich bisher als durchaus problematisch erwiesen haben: Zunächst kommt dadurch deutlich zum Ausdruck, dass es sich bei den Unterbringungsformen der §§ 21 ff StGB um strafrechtliche Eingriffe in die persönliche Freiheit einer Person handelt. Es wird also die Kompetenz aber auch die Verantwortung der Strafjustiz in Hinblick auf Rechtsbrecher, die unter dem Einfluss besonderer psychischer Zustände handeln, angesprochen. Gleichsam wird damit eine grundlegende Erwartung zum Ausdruck gebracht, dass hinsichtlich der strafrechtlichen Eingriffsform der Unterbringung nicht von vornherein ein geringerer Maßstab an den staatlichen Eingriff in die persönliche Freiheit angelegt werden dürfen: Die Maßnahme ist zwar etwas anderes als die Strafe. Deshalb muss aber das Maß an rechtsstaatlicher Zurückhaltung hinsichtlich der Entscheidung über den strafrechtlichen Entzug der Freiheit nicht weniger ausgeprägt sein. Dies sollte hinsichtlich der Losung „so viel Schutz wie nötig“ (Erläuterungen zum MVAG 2021, 7) immer hinzugedacht werden, denn die **Notwendigkeit ist rechtlich und ethisch für einen solchen Eingriff nicht ausreichend** (Lengauer, Die dogmatische Legitimation der strafrechtlichen Unterbringung geistig abnormer Rechtsbrecher, 2021, 165 ff und 181 ff). **Der Eingriff in die Recht des/der Einzelnen muss auch angemessen sein!** Nicht zu leugnen ist aber, dass im Vergleich zum Begriff der Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher nun bereits aufgrund der anfänglichen Begriffsverwendung eine Verbesserung im Verständnis der Funktion und den Zielen Unterbringung erwartet werden darf. Es geht eben nicht nur um Sicherung durch Absonderung des Abnormen, sondern um die Gewährleistung von therapeutischer Auseinandersetzung mit den Betroffenen in einem forensischen Setting.

Der Begriff der psychischen Störung

Dieses Grundverständnis ist auch im vorgeschlagenen Normtext erkennbar: Hier wird eine Anbindung an den Stand der Wissenschaft im Bereich der Psychiatrie, Psychologie und Neurologie angestrebt, indem (endlich) auf den historisch durchaus auch vorbelasteten Begriff der Abartigkeit verzichtet wird. Der Begriff der Abartigkeit suggeriert, dass der/die Betroffene eine „andere Art von Mensch“ sei, was zwangsläufig eine Abwertung seiner Existenz bedeutet und damit zur Diskriminierung, Entrechtung und letztlich Entpersonalisierung führt. Bisher musste also allen Beteiligten der ewig gestrige Mief einer vermeintlichen Entartung des/der Betroffenen in die Nase steigen. Stattdessen soll nun der Begriff der psychischen Störung Einzug in das Maßnahmenrecht finden, was als ein großer Fortschritt anzuerkennen ist (Lengauer, 24 ff). Der Begriff der psychischen Störung ist ein diagnostischer Begriff, der eine Kommunikation und auch eine **gerichtliche Beurteilung am Stand internationaler, wissenschaftlich fundierter Standards** ermöglicht. Es kommt dann also nicht mehr auf die im Grunde völlig unbestimmte „Variationsbreite des noch Normalen“ an, sondern auf den präziseren und auch fachlichen richtigen Störungsbegriff, der krankhafte Störungen und Störungen mit Krankheitswert umfasst (vgl. Dahle/Volbert, Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren (2010) 117;

Helmchen, Front Psychol 4/2013, Different Conceptions of Mental Illness, 4:269). Die antiquierte Befürchtung, es könnten dann vielleicht „besonders gefährliche Psychopathen und Neurotiker“ nicht mehr untergebracht werden, kann von Seiten der Psychowissenschaften sicherlich rasch entkräftet werden, indem auf bekannte Diagnosestandards hingewiesen wird, die einschlägig tätigen Jurist*innen ohnehin auch ein Begriff sein müssten.

In diesem Zusammenhang ist auch die Ergänzung des Begriffs der psychischen Störung durch die **Merkmale schwerwiegend und nachhaltig als positive Neuerung** hervorzuheben. Im Unterschied zur Unterbringungs Voraussetzung der höhergradigen geistigen oder seelischen Abartigkeit wird damit eine Anbindung an etablierte Standards möglich (*Boetticher et al*, NStZ 2005, 57 ff; *Dahle/Volbert*, 118). Zudem wird auch eine inhaltliche Handhabung dieser Unterbringungs Voraussetzung erleichtert, indem eine rechtssystematische Verbindung zum, Merkmal der Schwere iSd § 11 Alt. 4 StGB hergestellt werden kann (so bereits *Triffterer* in SbgK § 21 Rz 21; *Pallin* in WK¹ § 21 Rz 16).

Der Begriff der unmittelbaren Folge

In Anlehnung an die Empfehlungen der Arbeitsgruppe ist der Entwurf bemüht die Kausalbeziehung zwischen psychischer Störung und Verhalten zu konkretisieren. Dies ist im Grundsatz anzuerkennen, da die bisher von juristischer Seite gern hervorgestellte Ansicht, die Störung müsse bloß ein Kausalfaktor des rechtswidrigen Verhaltens sein, dem Wesen des verhaltensbestimmenden Zustandes und damit auch dem Wesen der strafrechtlichen Unterbringung sowie dem damit verbundenen Freiheitsverlust niemals gerecht wurde (siehe dazu auch *Bertel* in Festschrift für Fuchs, 24). Allerdings stellt sich die Frage, inwiefern der nun vorgeschlagene Begriff der unmittelbaren Folge den spezifischen Zusammenhang zwischen einem psychischen Grundzustand und dem gezeigten Verhalten besser beschreiben kann. **Im Grunde legt ein Folgenbegriff erst recht eine Ursache-Wirkung Verbindung, dh. bloße Kausalität nahe.** Der Zusatz „unmittelbar“ trägt zur Konkretisierung des **Folgenbegriffs nur wenig bei**, da ja auch bei Mitkausalität mehrere notwendigen Bedingungen jeweils unmittelbar auf das Geschehen einwirken können, dass zu einer Gefährdung oder Verletzung führt. Hinsichtlich einer Rangordnung der Kausalfaktoren sagt der Begriff der unmittelbaren Folge also eigentlich nichts auch. Das selbst genannte **Ziel einer Klarstellung**, dass der psychische Zustand die maßgebliche Ursache für Anlass- und auch Prognoseetat sein muss (Erläuterungen, 8), wird so nicht erreicht. Im schlimmsten Fall führt der Begriff der unmittelbaren Folge aber dazu, dass dieser für die strafrechtliche Unterbringung ganz wesentlich Zusammenhang sukzessive auf eine monokausale Verbindung zwischen Störung und Verhalten reduziert werden wird. Dies wird in den meisten Fällen aber psychologischen und psychiatrischen Erklärungsansätzen menschlichen Verhaltens zuwiderlaufen.

Der bisher verwendete Begriff des Einflusses beschreibt den verhaltensauslösenden Zusammenhang eigentlich besser. Warum es hinsichtlich dieses Grundbegriffs eine Änderung braucht, ist nicht ganz nachvollziehbar. Er könnte durchaus beibehalten werden, müsste aber konkretisiert werden. Zu empfehlen wäre sicherlich auch hier eine Anbindung des Normtextes an den diagnostischen Sprachgebrauch und den einschlägigen Forschungsstand, indem etwa auf die Voraussetzung eines **symptomatischen Zusammenhangs zwischen Störung und Verhalten** abgestellt wird (so bereits *Konrad* in Festschrift für Rasch, 148 f *Lengauer*, 32 ff; so auch die mittlerweile üA in Deutschland, siehe dazu *Sinn* in SK-StGB⁹ § 63 Rz 17 mwN) oder eine direkte Bezeichnung dessen erfolgt, was von den Verfasser*innen des Entwurfs offenbar gewollt ist: **ein maßgeblicher Einfluss** auf das gezeigte und das prognostizierte Verhalten (Erläuterungen, 8). Dadurch käme zum Ausdruck, dass die psychische Störung bestimmend sein muss, um von einer ausreichenden motivationalen Verbindung ausgehen zu können. So gelänge auch eine Emanzipation von der Bedingungslehre des Allgemeinen Teils des Strafrechts, da es eben in Hinblick auf die strafrechtliche Unterbringung nicht ausreicht, dass die schwerwiegende und nachhaltige Störung bloß *conditio sine qua non* ist. Der Zusammenhang zwischen

Störung und Verhalten muss vor dem Hintergrund der Eingriffsintensität vielmehr auch als eine normative Klammer funktionieren (*Lengauer*, 36 f).

Die Bedeutung der hohen Wahrscheinlichkeit für die Tätergefährlichkeit

Der Tätergefährlichkeit ist für die Unterbringung von entscheidender Bedeutung: Sie soll den Wegfall der Tatschuld kompensieren und so den Eingriff in die Rechte des Einzelnen tragen (*Moos* in SbgK § 4 Rz 30). Dazu muss dieses Merkmal auch eine rechtsethisch und rechtsstaatlich vertretbare Anwendung der Unterbringungsnorm ermöglichen, indem es das Prognoserisiko des Urteils reduziert und die Entscheidung dadurch stabilisiert. Trotz seiner hervorgestellten Bedeutung im Maßnahmenrecht findet dieses zentrale Element der Unterbringung auch in der Entwurfsfassung der §§ 21 Abs 1 und 21 Abs 2 StGB keine ausdrückliche Nennung. Hingegen soll in § 21 Abs 3 StGB der Begriff einer besonders hohen Tätergefährlichkeit eingeführt werden. Aus systematischen Erwägungen ist zu empfehlen innerhalb des Normenregimes des § 21 StGB für eine einheitliche Begriffsverwendung zu sorgen. Da die Bestimmung der Tätergefährlichkeit ohnehin schwer genug ist, muss unnötige Komplexität tunlichst vermieden werden. **Auch in § 21 Abs 1 StGB könnte eine Novellierung dazu genutzt werden, der Begriff der Tätergefährlichkeit positivrechtlich zu verankert.**

Selbst wenn es nicht dazu kommen sollte, ist mit der vorgeschlagenen Konkretisierung der Befürchtung einer weiteren Tat mit schweren Folgen aber schon etwas gewonnen. Es ist aber nur vorsichtiger Zweckoptimismus angesagt: Durch die Bindung der Entscheidung an das Vorliegen einer **hohen Wahrscheinlichkeit** wird in erster Linie klargestellt, dass das StGB keinem charakterlogischen Gefährlichkeitsbegriff folgt. Diese Klarstellung ist zu begrüßen, obwohl sie an sich keine entscheidende Neuerung bringt: Die Ansicht, dass sich die Tätergefährlichkeit aus einer *Klassifizierung der Natur des Verbrechers* ableiten ließe (sog. Tätertypenlehre), haben wir zum Glück schon lange überwunden. Nach hA kann sich die Gefährlichkeitsfeststellung vielmehr auf den erfahrungswissenschaftlichen Vergleich der erkennbaren Risikofaktoren zu *standardisierten Ausgangswerten* stützen, der **eine statistisch-unterlegte Aussage über den Wahrscheinlichkeitsgrad der neuerlichen Tatbegehung** ermögliche (so bereits *Pallin* in WK¹ § 21 Rz 14; *Ratz*, ÖJZ 1986, 680; siehe auch *Nowakowski* in FS Broda (1976) 204; *Tipold* in *Leukauf/Steininger-StGB*⁴ § 21 Rz 12; OGH 9 Os 76/85 mV RS 0089988; RS 0090401; *Nimmervoll* in SbgK § 21 Rz 94). Allgemein wird also von einem **normativen Gefährlichkeitsbegriff** ausgegangen, demzufolge sich die Tätergefährlichkeit aus einer *methodisch-fundierten Erwartung* einer weiteren Tat erschließt (*Moos* in SbgK § 4 Rz 31). Eine solche **derivative Gefährlichkeit** (*Frisch*, ZStW 102/1990, 371) führt uns jedoch logischerweise zu der Frage, ab wann ein inadäquates Risiko besteht, das eine Ableitung der Tätergefährlichkeit zulässt. Nach dieser Grenzziehung richtet sich die eigentliche entscheidende Trennlinie, der ausschlaggebende Cut-Off Wert der Unzumutbarkeit der Gefahr für die Allgemeinheit: **Wann ist die Wahrscheinlichkeit ausreichend hoch, um auf Basis eines prognostischen Urteils einem Menschen die persönliche Freiheit zu entziehen?**

Die juristische Debatte zu dieser so entscheidenden Grenzziehung verläuft gegenwärtig leider zumeist zirkulär: Der OGH postuliert, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dann zu bejahen sei, wenn bei realistischer Betrachtung eine Gefährdung anderer Menschen zumindest naheliegend erscheint (RIS-Justiz RS0090401). Eine bloß hypothetisch-abstrakte Besorgnis reicht also nicht aus. Dies wird im Schrifttum so verstanden, dass die Umstände des Einzelfalls den Schluss zulassen müssen, dass die Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung im Vergleich zur normalen Tatbegehungswahrscheinlichkeit in der Bevölkerung deutlich erhöht ist (*Ratz* in WK² Vor §§ 21-25 Rz 4; *Medigovic/Reindl-Krauskopf/Luef-Kölbl*, AT II², 145 mN). Es kommt dann aber nach ÜA nicht darauf an, dass der Eintritt der befürchteten Tat wahrscheinlicher ist als ihr Ausbleiben: Hohe Wahrscheinlichkeit bedeutet damit eine naheliegende Möglichkeit, bedeutet eine real-konkrete Befürchtung, bedeutet eine naheliegende Realisierungswahrscheinlichkeit, bedeutet eine nicht bloß geringgradige

Tatbegehungswahrscheinlichkeit. **Die tautologische Kernaussage lautet somit: Eine hohe Wahrscheinlichkeit erneuter Tatbegehung ist eine nicht bloß geringen Tatbegehungswahrscheinlichkeit.**

Sohin erhärtet sich schon seit längerer Zeit der Eindruck, dass hier in einem geschlossenen Diskussionszirkel mehr über terminologische Fragen als über die Sache selbst debattiert wird. Ähnlich lautete das Urteil eines prominenten Strafrechtslehrers zur Situation in Deutschland: „Über die Wortwahl mag man, wenn nur die mit den Worten gemeinten Substrate klar sind, innerhalb gewisser Grenzen streiten. Was hier moniert wird, ist das Fehlen klarer Vorstellungen schon über das Substrat selbst. Die gegenwärtige Situation ist nicht bloß durch unbedeutende Unterschiede in den Nuancen, sondern dadurch gekennzeichnet, daß man schon gar nicht recht weiß, was die einzelnen Stellungnahmen präzise meinen“ (*Frisch, Prognoseentscheidungen*, 9). Grund dafür könnte sein, dass gegenwärtig niemand auch nur im Geringsten öffentlich verantwortlich gemacht werden möchte, falls es aufgrund „zu lascher Maßstäbe“ zur Verneinung der Unterbringung kommt und später etwas passiert. Hier muss von unseren gesetzgebenden Institutionen daher ein **Bekennnis zu liberalen Freiheitsrechten** erfolgen: **Der Staat ist nicht bloß dem Schutz der Öffentlichkeit verpflichtet! Er ist nicht minder auch dem Schutz der Freiheit und Rechtspersönlichkeit des betroffenen Einzelnen verpflichtet!** Dies bedeutet im maßnahmenrechtlichen Kontext, dass in die Rechte des Einzelnen zum Wohl der Allgemeinheit nur eingegriffen werden darf, wenn wir mit der nötigen Überzeugungsgewissheit sagen können, dass es für die Gesellschaft eine unzumutbare Gefahr bedeutet, wenn der einzelne Täter nicht gesondert untergebracht werden würde. Die Erläuterungen zum Entwurf werden diesem Anspruch leider nicht gerecht. Vielmehr sprechen sie das ganz grundsätzliche Spannungsverhältnis überhaupt nicht an: Das Postulat „so viel Schutz wie nötig“ (Erläuterungen, 7) fokussiert viel zu einseitig auf das Schutzinteresse der Gesellschaft. Wird dies isoliert als Prämisse der Unterbringung formuliert, wird dem Allgemeininteresse von vornherein ein Übergewicht beigemessen und gleichsam suggeriert, dass der Einzelne jeden staatlichen Eingriff dulden müsse, solange dieser nur dem Wohle der Allgemeinheit dienen könnte: Was nötig ist richtet sich dann nach dem Interesse der Allgemeinheit an möglichst umfassender Sicherheit und möglichst geringem Risiko. Damit kommt nicht nur eine bloß nutzenethische Rechtfertigung zum Ausdruck, in weiter Folge wird immer eine bloß erhöhte Tatbegehungswahrscheinlichkeit als ausreichend erscheinen, um die Notwendigkeit der Unterbringung zu begründen. Dadurch bringen sich staatliche Institutionen aber beständig selbst unter Zugzwang.

Insofern ist es grundsätzlich sehr zu begrüßen, dass der Entwurf den bestehenden Zirkel durchbrechen möchte. Fraglich ist aber, ob dies mit der angebrachten Deutlichkeit und dem nötigen Selbstbewusstsein getan wird: **Den Erläuterungen kann man entnehmen, dass künftig im Maßnahmenrecht eine ernstliche Gefährdung vorausgesetzt sein soll** (Erläuterungen, 9). **Warum wird das dann aber nicht ausdrücklich so festgeschrieben?** Da es sich um eine so entscheidende Grenzziehung handelt, muss vom Gesetzgeber Klarheit eingefordert werden. Es darf anlässlich der angestrebten Reform eine grundlegende Entscheidung erwartet werden:

- Soll die Unterbringung weiterhin angeordnet werden dürfen, wenn der Eintritt der befürchteten Tat weniger wahrscheinlich ist als ihr Ausbleiben, dann ist es auch nicht notwendig ein zusätzliches Kriterium einzufügen. Der Status quo würde sich nicht verändern, wenn die hohe Wahrscheinlichkeit aus der Judikatur übernommen wird und darunter aber eine nicht nur geringe Wahrscheinlichkeit zu verstehen ist. Ein Kriterium, das einer zirkulären Logik folgt, erweckt bloß den Anschein der Konkretisierung. Darauf kann genauso gut verzichtet werden.
- Soll es aber in Zukunft tatsächlich um eine ernstliche Gefährlichkeit (se *eminenten Gefährdung* (RIS-Justiz RS0090043; OGH 12 Os 185/08k) gehen, dann muss der Gesetzgeber von einer **überwiegenden Wahrscheinlichkeit** sprechen: Dann würde den ursprünglichen Forderungen von

Moos und *Triffterer* entsprochen, die in gewissermaßen wie selbstverständlich davon ausgingen, dass aufgrund des Ausmaßes des staatlichen Freiheitsentzuges und der immanenten Unsicherheit der Urteilsbasis, der Eintritt der befürchteten Tat überzufällig wahrscheinlich sein müsse, um die Unterbringung anordnen zu dürfen (*Moos*, ZnStR I 1973, 66; *Triffterer* in SbgK § 21 Rz 28; *ders.* AT² Kap 19 Rz 87). Sie meinten noch, dass die Tatbegehungswahrscheinlichkeit nach klassisch Laplace'scher Wahrscheinlichkeit über 50 % liegen muss, um als sozialinadäquat gelten zu können (*Triffterer*, AT² Kap 19 Rz 87). Offenbar trauten die Jurist*innen dieser Generation einer stabilen und rechtlich verbundenen Gesellschaft insgesamt aber noch zu ein etwas höheres Restrisiko zu tragen.

Nach allem, was wir in den vergangenen Jahrzehnten über die Herausforderungen des Maßnahmenrechts gelernt haben und mit dem Wissen, dass teils sehr unterschiedliche gesellschaftliche und öffentlichen Erwartungshaltungen auf die Anordnungspraxis einwirken wollen, sollte eine Reform im materiellen Recht das Ziel verfolgen, klare Verhältnisse zu schaffen: Das Maßnahmenrecht dient der Gefahrenabwehr. Die Legitimation des Eingriffs ergibt sich daraus, dass es jeder Mensch in bestimmten Umfang dulden kann, wenn zur Abwehr einer ernstlichen Gefahr für andere in seine Rechte eingegriffen wird. Dies entspricht jenem grundlegenden Verständnis unter den Mitgliedern der Gesellschaft, das ein komplexes gesellschaftlichen Zusammenleben erst möglich macht. **Die vorbeugende Maßnahme dient aber nicht der Rundumabwehr der Allgemeinheit, denn gewisse Restrisiken müssen zum Schutz der individuellen Freiheit in Kauf genommen werden.** Dies gilt umso mehr, wenn der staatliche Eingriff eine Gefahr beantworten soll, die auf einem psychischen Zustand des Einzelnen zurückzuführen ist und sich der Eingriff damit hauptsächlich auf eine Vorhersage zukünftigen Verhaltens stützt. **Das Merkmal der Gefährlichkeit ist am besten geeignet, die damit verbundene Unsicherheit auszugleichen und zu gewährleisten, dass die Rechtsanwendung nicht dem Anspruch nach Sozialverteidigung ausgesetzt wird. Die Forderung einer hohen Wahrscheinlichkeit genügt dazu aber noch nicht.** Es müsste vielmehr zu einem Verständnis des Spannungsverhältnisses zwischen Allgemein- und Individualinteressen zurückgefunden werden, auf das *Moos* die originär maßnahmenrechtliche Forderung nach einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit der erneuten Tatbegehung stütze (*Moos*, ZnStR I 1973, 66; dazu auch *Lengauer*, 60 ff).

Die Begrenzung des Prognosezeitraums und die Bedeutung für die unterbringungsrelevante Gefahr

Der Qualität der Feststellung der Tatbegehungswahrscheinlichkeit kommt nach normativem Gefährlichkeitsverständnis eine besondere Bedeutung zu: Eine Gefährlichkeitsprognose soll die geforderte *realistische Betrachtung* ermöglichen. Ein grundlegender Qualitätsstandard ergibt sich dabei durch die Arbeitsteilung zwischen Sachverständigen und Gericht: Die Grundlage für das richterliche Urteil schaffen Sachverständige mittels *Prognosegutachten* (*Murschetz* in WK-StPO § 429 Rz 6). Dem Gericht kommt daraufhin die Aufgabe zu, die gesellschaftliche Zumutbarkeit des Risikos in einer Gesamtwürdigung zu beurteilen (sog. *juristische Kriminalitätsprognose*) und im Falle der Unzumutbarkeit die Gefährlichkeit festzustellen (*Ratz* in WK² § 21 Rz 24; *Tipold* in *Leukauf/Steininger-StGB*⁴ § 21 Rz 12 und 15; *Nimmervoll* in SbgK Vor §§ 21–25 Rz 2; OGH 12 Os 73/11v; 15 Os 2/13b; *Haller*, RZ 2002, 107; bereits *Peters* in Festschrift für Kleinknecht, 342 f). Die juristische Würdigung des Prognosegutachtens soll idealerweise eine Prüfung der Qualität der Urteilsbasis beinhalten. Umgekehrt soll die Schaffung der Urteilsbasis durch Sachverständige einer bloß intuitiven Prognose des Gerichts vorbeugen. Der Zeitraum auf den sich Prognosegutachten und Urteil beziehen ist in einem solchen System methodisch und prozessual von Bedeutung. Vor allem spielt er aber auch für die Rechtfertigung des vorbeugenden Eingriffs eine zentrale Rolle:

Prognosegutachten weisen üblicherweise einen statistisch-nomothetischen Rückfallquotienten aus, der zum Ausdruck bringt, wie wahrscheinlich es nach gegenwärtigem Erkenntnisstand ist, dass die begutachtete Person, die bestimmte Persönlichkeitseigenschaften bzw. eine bestimmte Störung

aufweist, innerhalb der sog. *time of risk* wieder delinquieren könnte. Spezielle Untersuchungen zeigen, dass Rückfallrate in der *time of risk* eher gering ist (Bericht der Arbeitsgruppe Maßnahmenvollzug, 17 und 31 ff; eingehend *Stempkowski*, ÖJZ 2019, 961 ff). In der Prognoseforschung ist also grundsätzlich außer Streit gestellt, dass die Leistungsfähigkeit von Kriminalprognosen für den Einzelfall begrenzt ist und vor allem Prognosen über einen längeren Zeitraum hinaus unzuverlässig sind (*H.J.Albrecht* in Festschrift für Frisch 1074 ff; *Tröbinger/Kitzberger*, StGB 2015 und Maßnahmenvollzug, 187). Mit der Wedung: **in absehbare Zukunft**, wird insofern Erkenntnissen der Prognoseforschung Rechnung getragen. Was absehbar ist, wird sich in weitere Folge nach den Kriterien für die Validität der vorhandenen Prognoseverfahren richten müssen. Von Bedeutung ist die Begrenzung des Prognosezeitraum daher offensichtlich deswegen, weil dadurch das **Risiko für falsch positive Prognoseurteile verringert werden kann**: Je enger der zeitliche Rahmen, desto aussagekräftiger und zuverlässiger wird die Basis für das richterliche Urteil ausfallen können.

Weniger offensichtlich – aber sicherlich nicht weniger von Bedeutung – ist der **Zusammenhang zwischen Zeitraum und Eingriffslegitimation**: Das Recht zur Abwehr einer Gefahr ist immer auch von der Gegenwärtigkeit der Gefahr abhängig. Insofern bereitet uns die Begründung der Abwehr eines akuten Angriffs generell weniger Probleme, als die Rechtfertigung eines Eingriffs, der die Realisierung einer entfernten Gefahr verhindern soll. **Für das Maßnahmenrecht bringt die Konkretisierung eines relevanten Zeitraums insofern auch auf theoretischer Ebene viel**: Besteht das Risiko darin, dass ein bestimmter Mensch unter dem Einfluss eines länger anhaltenden psychischen Zustandes wieder eine Tat begehen könnte, geht es im Kern um eine sog. Dauergefahr (*Börger*, Gefahrenurteil, 29; *Lengauer*, 195). Davon zu unterscheiden ist die sog. *Augenblicksgefahr*, in der die Verletzung fremder Rechtsgüter momentan bevorsteht. Eine solche akute Gefahr ist im Maßnahmenrecht nicht vorausgesetzt, dh der Angriff muss nicht unmittelbar bevorstehen. Die eigentliche Frage lautete damit aber bisher, ob es auch ausreichen kann, wenn die Realisierung der Gefahr zu einem unbestimmten Zeitpunkt in der Zukunft geschehen kann, dh. es irgendwann einmal zu einem Angriff kommen könnte. Bisher muss davon ausgegangen werden, dass auch eine Gefahr von unbestimmter Dauer (sog. Permanenzgefahr) ausreicht, weil das Gesetz keine temporale Grenzziehung vornimmt (*Lengauer*, 230). Darunter leidet die Tragfähigkeit des legitimatorischen Unterbaus der Maßnahme ganz eindeutig: Darf im Grunde immer schon dann von einem staatlichen Eingriffsrecht ausgegangen werden, wenn im Urteilszeitpunkt angenommen werden kann, dass der betroffene Täter wegen seines Zustandes irgendwann einmal eine weitere Tat begehen könnte, wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ad absurdum geführt. Eine temporale Begrenzung des Gefahrenhorizonts ist damit auf Rechtfertigungsebene potentiell sogar bedeutsamer als die vorgeschlagene Formel von der hohen Wahrscheinlichkeit.

Der Zusammenhang zwischen Anlass- und Prognosestat

Wie bisher soll die Unterbringung nur dann erfolgen dürfen, wenn zu befürchten ist, dass der Täter **eine weitere Tat mit schweren Folgen** begehen wird. § 21 StGB spricht damit keinen Rückfall im „klassischen Sinne“ an, denn im Unterschied zu § 23 StGB sind nicht nur „solche strafbaren Handlungen“ Gegenstand der Befürchtung. Ein weiteres Spezifikum ist es auch, dass sich die Befürchtung auf einen singuläre strafbedrohte Prognosestat beziehen kann (vgl *Tipold* in Leukauf/Steininger-StGB⁴ § 21 Rz 4). Die gesetzlichen Vorgaben weisen insofern zwar auf eine spezielle Stoßrichtung der Regelung hin, geben der zugrundeliegenden Befürchtung aber auf den ersten Blick kaum eine Kontur. Nur durch eine Bestimmung der sog. schweren Folgen lässt sich die Befürchtung etwas konkretisieren. Wenn nun aber die Beurteilung der Tätergefährlichkeit im Einzelfall von der konkreten Befürchtung abhängt, **stellt sich die Frage, ob es wirklich ausreichen kann, dass irgendeine weitere Tat mit schweren Folgen droht**. Nach der üA kann das nämlich ausreichen, denn eine Bindung der prognostizierten Tat an die Anlasstat sei zu verneinen. Dies wird recht kryptisch damit begründet,

dass für die Prognosestat „andere Gesichtspunkte eine determinierende Rolle“ spielen würden. Die Befürchtung müsse sich daher nicht auf ein sog. rechtsguteinschlägiges Delikt richten (*Ratz*, ÖJZ 1986, 678 (680); *Ratz* in WK² § 21 Rz 25; *Nimmervoll* in SbgK § 21 Rz 72; *Tipold* in Leukauf/Steininger-StGB⁴ § 21 Rz 4 ff). Die Rspr schließt sich dem offenbar an (OGH 13 Os 4/77 = EvBl 1977/180 = SSt 48/2; 12 Os 10/84 = EvBl 1985/135 = SSt 56/8). Warum aber die Signalwirkung der Anlasstat hinter andere Gesichtspunkte zurücktritt und wie genau diese anderen Gesichtspunkte eine determinierende Wirkung entfalten, wird nicht näher erklärt. Schon *Pallin* äußerte daher ernstzunehmende Bedenken gegen diese Missachtung des Zusammenhangs zwischen Anlass- und Prognosestat in Lehre und Rspr (*Pallin* in WK¹ § 21 Rz 11, dagegen *Moos*, ZnStR I, 1973, 66): **Es ist nicht die Sache des Rechtsanwenders, den eindeutigen Hinweis des Gesetzes auf die Art der Anlasstat hinsichtlich der Bestimmung der Befürchtung für überflüssig zu erklären.** Dem muss zugestimmt werden, denn in einem demokratischen Rechtsstaat liegt die Determinierungsmacht zuerst eindeutig beim Gesetzgeber. Daher kann ein Zusammenhang zwischen Anlass- und Prognosestat auch nicht vom Rechtsanwender von vornherein negiert werden. Eine solche Verneinung - die nach wie vor der überwiegenden Ansicht entspricht - macht aber auch inhaltlich keinen Sinn: Wenn sowohl Anlass- als auch Prognosestat als Manifestationen derselben zustandsbedingten Gefährlichkeit gelten müssen, wie kann dann die Prognosestat völlig anderer Natur als die Anlasstat sein? Wenn die Störung und ihr Einfluss auf das Verhalten sich nicht gravierend verändern und das Verhalten symptomatisch (oder unnm. Folgen) derselben Störung sein müssen, dann muss logischerweise und auch rechtlich zwischen den unterbringungsrelevanten Manifestationen der Störung ein gewisser Zusammenhang bestehen. Andernfalls wäre nicht nur die Prognosebasis im Einzelfall, sondern auch die Norm an sich als Entscheidungsgrundlage instabil. Um einer dahingehenden Destabilisierung von vornherein vorzubeugen, sollte in der Gesetzgebung der **symptomatische Zusammenhang auch im Sinne einer normativen Klammer zwischen den Anordnungsvoraussetzungen der Anlass- und der Prognosestat** festgeschrieben werden (*Lengauer*, 36 f). Auch hier könnte der Entwurf einfacher das schreiben, was er wohl beabsichtigt: [...], *dass sich sonst in absehbarer Zukunft die störungsbedingte Gefährlichkeit in einer weiteren mit Strafe bedrohten Handlung mit schweren Folgen manifestieren werde.*

Die Konkretisierung der Anlasstat in § 21 Abs 3 StGB vF

Die Anstaltsunterbringung nach § 21 StGB nimmt darauf Bezug, dass von einer Person aufgrund einer individuellen psychischen Störung eine besondere Gefahr ausgeht, die sich bereits in einer einzigen strafbedrohten Handlung von gewisser Intensität manifestieren kann. Anlass für diese Bezugnahme kann daher auch eine einzelne Manifestation der Tätergefährlichkeit in einem fremdgefährdenden oder schädigenden Verhalten sein (*Ratz* in WK² § 21 Rz 11 f; *Nimmervoll* in SbgK § 21 Rz 40). Dies bedeutet auch einen wesentlichen Unterschied zur Unterbringung gefährlicher Rückfalltäter, die niemals schon anlässlich der ersten Tat erfolgen darf. Der Bestimmung der Anlasstat durch den Gesetzgeber kommt daher gerade bei der Unterbringung nach § 21 StGB besondere Bedeutung zu. Es gibt verschiedenste Ansätze, wie die Definition des Anwendungsbereichs erfolgen könnte: nur erhebliche Taten, ausschließlich Aggressionsdelikte, Beschränkung auf die unmittelbare Ausführung usw. In Österreich geht der Gesetzgeber bisher den Weg den Anwendungsbereich des § 21 StGB generell nach dem Ausmaß der für die Tatbegehung abstrakt angedrohten Freiheitsstrafe zu begrenzen. Auf eine Mindestschwere der konkreten Tatbegehung kommt es also nicht an (statt vieler *Nimmervoll* in SbgK § 21 Rz 26). Nach geltendem Recht kommen vielmehr von vornherein nur Taten in Betracht, die mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht sind. Diese Grenzziehung wirkt willkürlich und wird seit langem auch als zu niedrige Eingangsschwelle kritisiert: Manche vermissen eine Anbindung an den Verbrechensbegriff des § 17 StGB, andere heben hervor, dass der Anwendungsbereich weder auf Vorsatzdelikte noch auf sog. Hands-On-Delikte beschränkt sei (*Grafl et al*, JRP 3/2009, Vorschläge, 115; *Walser*, EÜH 2018, 223). Insgesamt fordern viele eine Anhebung der Grenze (siehe dazu *Tschachler*, Maßnahmenvollzug, 32 und 61 ff mN). Dahinter steht die Vorstellung,

dass durch die Ausnahme der sog. minderschweren Kriminalität aus dem Anwendungsbereich eine weitere Zunahme der Unterbringungszahlen verhindert werden könne. Oder provokant formuliert: Es wird darauf vertraut, dass der Gesetzgeber die mittlerweile eindeutigen Risse im Fundament der Maßnahmentheorie mittels Anhebung der Eingangsschranke zukittet.

Der Forderung nach Anhebung wollte grundsätzlich schon der Entwurf eines Maßnahmenreformgesetzes aus 2017 gerecht werden.¹ Der nun vorliegende Entwurf zum MVAG 2021 nimmt eine vergleichbare Position ein: Nach dem vorgeschlagenen § 21 Abs 3 StGB soll künftig eine Tat, die **mit mehr als 3 Jahren Freiheitsstrafe** bedroht ist, als Regelfall für eine strafrechtliche Unterbringung in ein forensisches Zentrum gelten. **Eine Tat, die abstrakt mit mehr als einem Jahr Freiheitstrafe bedroht ist, kann aber dann ausreichen, wenn die Umstände der Tatbegehung eine besonders hohe Gefährlichkeit für Leib und Leben oder sexuelle Integrität und Selbstbestimmung nahelegen.** Offensichtlich ist hier das Bemühen konkurrierende Erwartungshaltungen nach Liberalisierung und Sicherung bedienen zu wollen. Die angebotene Regelung hinterlässt aber gerade deswegen den Eindruck eines unnötig komplizierten und redundanten Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Es ist zu befürchten, dass die Ausnahme in diesem Zusammenhang nicht die Regel bestätigen, sondern sie überhaupt unterlaufen wird. Damit wäre der erzielte Effekt recht gering. Daher ist die Frage legitim, ob nicht **die Norm ohne die 3 Jahres Grenze viel einfacher formuliert** werden könnte und dennoch **dieselbe Wirkung** entfalten würde?

Zusätzlich bräuchte es dann auch die Ausnahme und Gegen Ausnahme des § 21 Abs 4 nicht mehr. Es ist zwar ein wichtiger Teilschritt gewesen, dass die meisten Vermögensdelikte aus dem Anwendungsbereich ausgeklammert wurden. Ganz konsequent war diese Ausnahme aber nie, da bspw. ungeklärt blieb, warum ein Betrug niemals, dafür aber zumindest nach dem Wortlaut eine Urkundenfälschung oder die Entfremdung unbarer Zahlungsmittel ein Anlassdelikt für die Unterbringung nach § 21 StGB sein können. Es kann hier zwar die Ausnahme teleologisch zu Gunsten des Betroffenen ausgedehnt werden (*Lengauer*, 278). Etwas mehr systematische Kohärenz würde dem Gesetz aber sicherlich guttun. Der einfachste Weg dies zu erreichen ist es wohl, unnötige Komplexität zu verringern, was durch die oben angedeutete Lösung gewährleistet wäre.

¹ § 21 Abs. 3 Maßnahmen-Reform-Gesetz 2017: <https://www.bmj.gv.at/dam/ocr:f64f7b60-2f02-46b2-97ea-036acf951c71/ma%C3%9Fnahmen-reform-gesetz%202017-text.pdf>.
https://strafrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_strafrecht/Fuchs/HF/MASSN_2017_Text_18.7.2017_HF_mit_IV_.pdf.

2. Änderungen des Strafgesetzbuches betreffen § 23 StGB

Mit dem vorgeschlagenen § 23 Abs 1a StGB soll eine neue Unterbringungsart in den maßnahmenrechtlichen Teil des StGB eingeführt werden. Um Grundrechtskonformität zu gewährleisten soll die sog Unterbringung terroristischer Straftäter als eine Unterform der bisher schon möglichen Unterbringung gefährlicher Rückfalltäter ausgestaltet sein. Im Vergleich dazu werden allerdings einige Modifikationen hinsichtlich der Anordnungsvoraussetzungen vorgeschlagen. Hervorzuheben ist dabei die bloße Notwendigkeit einer entsprechenden Vorverurteilung ohne ein Mindestmaß einer deshalb verbüßten Haft. In diesem Zusammenhang erscheint es sehr problematisch, dass als mögliche Vortat eine schwere Körperverletzung ausreichen soll. Selbst wenn der individuelle Verletzungsgrad gesteigert ist, eignet sich dieses Delikt nicht unbedingt als eine unterbringungsspezifische Vortat. Hier muss der Gesetzgeber nachschärfen, da der Entwurf nicht konkretisiert welche Art der schweren Körperverletzung in ausreichendem Zusammenhang zu einer terroristischen Gesinnung und einer terroristisch motivierten Anlasstat steht. Der Konnex zum Zweck des vorgeschlagenen § 23 Abs 1a StGB muss aber für den Rechtsanwender eindeutig erkennbar sein, da der Anwendungsbereich ansonsten von vornherein zu weit gefasst ist.

Abgesehen davon, dass der Normtext in der vorgeschlagenen Fassung eine zu weit gefasste Anwendung ermöglichen würde, muss auf genereller Ebene auch noch einmal die Frage nach der Notwendigkeit dieser Unterbringungsform gestellt werden: Welchen Sinn hat diese Neuregelung eigentlich? Zweifelhaft ist, ob überhaupt Rechtsbrecher als Adressaten des § 23 Abs 1a StGB in Betracht kommen, die nicht schon gem. § 21 StGB untergebracht werden können. In den meisten Fällen wird wohl die Unterbringung in einem forensischen Zentrum Vorrang haben, womit die Unterbringung terroristischer Straftäter eine ähnliche Anwendungspraxis erleben wird, wie die Unterbringung gefährlicher Rückfalltäter. Fraglich ist aber auch, was der Staat eigentlich mit einem terroristischen Straftäter machen will, sobald dessen Unterbringung nach § 23 Abs 1a StGB angeordnet wird. An eine „Umerziehung“ im totalitären Sinne wird ja wohl hoffentlich nicht gedacht. Insofern wird es wohl auf ein therapeutisches Angebot zur Deradikalisierung hinauslaufen, womit sich aber wieder die Frage nach der Abgrenzung zu § 21 StGB stellt: Eine Person die Therapie benötigt, um eine sozialadäquate Lebensführung zu lernen und zu erproben, ist richtigerweise in einem forensischen Zentrum zu behandeln. Lautet das übergeordnete Ziel also Resozialisierung, so erscheint eine Form der Unterbringung solcher Straftäter außerhalb eines forensischen Zentrums nicht nur als lebensfremd, sondern auch als ein ziemlich nutzloser Eingriff. Lautet das Ziel hingegen bloß: „Sicherung zur Befriedigung eines subjektiven Sicherheitsempfindens der Gesellschaft“, dann bewegen wir uns hier auf dem Gebiet der Sicherheitsdoktrin eines Feindstrafrechts. In diesem Fall sollte sich der Gesetzgeber seiner Pflicht zum Schutz der Freiheit aller Menschen erinnern und einer solchen „Law & Order“ Politik besser eine Absage erteilen, indem er von einem solchen vorbeugenden Freiheitsentzug Abstand nimmt.

3. Änderungen des Strafgesetzbuches betreffen § 25 StGB

Als wesentliches Versäumnis des Entwurfs muss die fehlende Definition eines zeitlichen Rahmens der strafrechtlichen Unterbringung nach § 21 StGB hervorgehoben werden. Es ist ja schön und gut, dass den Gerichten aufgetragen wird, über die Voraussetzungen mindestens einmal im Jahr zu entscheiden. Was aber wirklich notwendig ist, ist eine Konkretisierung jenes Zeitpunktes, ab dem die Unterbringung in einem forensischen Zentrum nur noch wegen einer ausgeprägten und aktuellen Gefahr für Leib, Leben, sexuelle Integrität oder Selbstbestimmung aufrechterhalten werden darf. Scharfe Kritik ist hier vor allem deshalb zu äußern, weil sich die Erläuterungen mit keinem Wort der Verhältnismäßigkeit der dauerhaften Unterbringung widmen. Stattdessen wird ohne jeden Erkenntnisgewinn postuliert, dass die Unterbringung von Erwachsenen hier weiterhin auf unbestimmte Zeit erfolgen soll. So einfach ist die Sache aber nicht und so einfach darf sich der Gesetzgeber auch nicht aus seiner Verantwortung stehlen, denn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz soll im Maßnahmenrecht ein tragendes Prinzip sein. Ihn zu wahren ist vorrangige Pflicht des Gesetzgebers. Argumente im Stile von: „Das wurde immer schon so gemacht!“, genügen angesichts der Tragweite der Einschränkung der Freiheit betroffener Personen sicherlich nicht. Wir haben es hier mit einem schuldungebundenen Eingriffsrecht zu tun. Das bedeutet insbesondere auch, dass der Schuldgrundsatz einer gravierenden Überbelastung des Einzelnen nicht vorbeugt: Im Normalfall der Strafe darf der Einzelne über die Verantwortung hinaus selbst dann nicht belastet werden, wenn ein großes öffentliches Interesse daran bestehen sollte. Im Maßnahmenrecht soll hingegen eine strenge Bindung an die Verhältnismäßigkeit gelingen, damit die Gefahrenabwehr trotz des Zurücktretens des Schuldgrundsatzes auf das „rechtsstaatlich erträgliche Maß“ reduziert werden kann (*Nowakowski* in FS Broda (1976) 202; *Moos*, RZ 1977, Die gesellschaftliche Funktion des Strafrechts und die Strafrechtsreform 229 (233); *Ratz* in WK² Vor §§ 21–25 Rz 6 f mV OGH 15 Os 138/00; 15 Os 159/07g, EvBl 2008/109; *Ratz*, ÖJZ 1986, 679; *Nimmervoll* in SbgK Vor §§ 21–25 Rz 18; *Kunst*, ÖJZ 1980, Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, 314 (319); *Medigovic*, Maßnahmen (1986) 13 f; *Höpfel* in FS Moos (1997) 81; *Eder-Rieder*, Maßnahmen (1985) 75; *Eder-Rieder/Mitterauer*, ÖJZ 16/1999, Alternativen zur Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher nach § 21 Abs. 1 StGB, 595 ff). Dieser Gedanke ist nun wirklich nicht neu, sondern begleitet die Debatte um vorbeugende Maßnahmen schon seit mehr als 100 Jahren (siehe etwa *Exner*, Sicherungsmittel, 1914, 4 f). Es ist daher sehr bedauerlich, dass der Zusammenhang zwischen der zeitlichen Dauer der Unterbringung und ihrer Verhältnismäßigkeit nicht berücksichtigt wird. Dass er nicht richtig verstanden wird, ist kaum vorstellbar. Vielleicht wird er also bewusst ignoriert. Anders lässt sich eigentlich nicht erklären, dass kein Wort darüber verloren wird. Selbst hinsichtlich der vorgeschlagenen Befristung der Unterbringung Jugendlicher und junger Erwachsener gem. § 17b JGG erwähnen die Erläuterungen den eigentlichen Grund für eine solche gesetzgeberische Weichenstellung ja nicht. Vielmehr finden sich Äußerungen zur Gehirnentwicklung von Jugendlichen und jungen Erwachsenen ohne jede Angabe konkreter wissenschaftlicher Quellen oder einer Erklärung, wie die Gehirnentwicklung und die Gefährlichkeit, gegen die sich die Unterbringung ja richten soll, zusammenhängen. Der eigentliche Grund für die Einziehung einer Höchstgrenze kann nur sein, dass der Staat zur Wahrung von Freiheits- und Entwicklungsrechten eines jungen Menschen besonders Umsichtig in der Durchsetzung öffentlicher Sicherheitsinteressen vorgehen muss, dh. besondere Verhältnismäßigkeitserwägungen ausschlaggebend sind.

Es wäre allerdings verkürzt in Zusammenhang mit der vorgeschlagenen minimalen Anpassung des § 25 StGB von einer vertanen Chance zu sprechen. Vielmehr kommt der Gesetzgeber seiner eigenen Konkretisierungspflicht nicht nach, wenn er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im einfachgesetzlichen Kontext nicht effektuiert: Die Diskrepanz zwischen der staatlich-öffentlichen und der privaten Interessensphäre ist bei der Unterbringung gem. § 21 StGB besonders ausgeprägt. Das Risiko einer übermäßigen Belastung des Einzelnen im Namen des öffentlichen Interesses dementsprechend hoch. Daher muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Maßnahmenrecht als eine immanente

Übermaßschranke funktionieren: Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit müssen dazu im Maßnahmenrecht auf generell abstrakter Ebene sichergestellt sein.² Gemeint sind damit aber nicht nur die einfachgesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen. Auch in Hinblick auf das Ausmaß der Beschränkung verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte des Betroffenen ist der Gesetzgeber verpflichtet dem Rechtsanwender erkennbarer Grenzen der Rechtmäßigkeit vorzugeben. Es geht nicht nur darum dem Betroffenen eine Perspektive zu bieten. Vielmehr geht es um eine notwendige Selbstbindung der staatlichen Eingriffsmacht. Insofern führt wegen dem zunehmenden Gewicht des Freiheitsanspruchs bei langandauernden Unterbringungen eigentlich kein Weg an erhöhten Erforderlichkeitsgrenzen nach mehrjähriger Unterbringungsdauer vorbei. Werden solche in Hinblick auf die Unterbringung nach § 21 StGB nicht vorgesehen, könnte die Untätigkeit des Materiengesetzgebers - ähnlich wie in Deutschland (siehe BVerfGE 70, 297, 311 f; BVerfG 16.05.2013 – 2 BvR 2671/11 16; 11.07.2014 – 2 BvR 2848/12 17) - durchaus die Verfassungswidrigkeit der Norm bedingen. Nicht umsonst gelten für die Dauer der Unterbringung gem. § 67d Abs 6 dStGB mittlerweile strengere zeitliche Grenzen: Die Annahme lautet, dass eine Unterbringung, die über 6 Jahre andauert, im Vergleich zum Anlass in der Regel unverhältnismäßig ist und ihre Fortsetzung daher besonders begründungspflichtig ist. Eine vergleichbare Regelung sollte auch für das österreichische Maßnahmenrecht vorgesehen werden, um für die Zukunft einen verfassungskonformen Rechtszustand sicherzustellen. Wird dies hingegen nicht für notwendig erachtet, wäre es wünschenswert, dass dafür zumindest nachvollziehbare Gründe vorgebracht werden, denn die Beibehaltung eines problematischen Status Quo ist in einem liberalen Verfassungsstaat jedenfalls kein sich selbsterklärendes Vorgehen.

² Ratz in WK² Vor §§ 21–25 Rz 6; siehe auch *Nimmervoll* in SbgK Vor §§ 21–25 Rz 18 mV Moos ZnStR I (1973) 63 f und *Pallin* in WK¹ § 23 Rz 33.

4. Änderung der Strafprozessordnung

Der vorliegende Entwurf kennzeichnet sich ua dadurch, dass die verfahrensrechtlichen Regelungen übersichtlicher gestaltet und die Terminologie an die vorgeschlagenen Änderungen des StGB angepasst werden. Eine bessere Übersichtlichkeit wird durch die vorgeschlagene Neustrukturierung jedenfalls erreicht. Doch ist zu hinterfragen, ob durch die Änderungen auch den verfahrensrechtlichen Grundrechten des Betroffenen entsprochen wird. Wie würden sich die Änderungen auf dessen Rechtsstellung auswirken? Werden dessen Rechte gestärkt oder geschwächt? Primäre Bedeutung haben dabei die effektive Verteidigungsmöglichkeit des Betroffenen, die objektive Entscheidungsfindung durch das Gericht und die Überprüfbarkeit der Entscheidung (Rechtsschutz). Diese Punkte sollen nun anhand von einzelnen verfahrensrechtlichen Änderungsvorschlägen besprochen werden:

Neustrukturierung durch die gemeinsame Regelung der Unterbringung nach § 21 Abs 1 und Abs 2 StGB

Durch den Entfall der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen dem Verfahren nach § 21 Abs 1 und Abs 2 erspart sich der Gesetzgeber Wiederholungen und Verweise: Die Besonderheiten des Verfahrens sollen nun in beiden Verfahrensarten gelten und diese werden für das **gesamte Verfahren** in § 430 nF (nicht nur für das Ermittlungsverfahren wie in § 429 Abs 2 aF) zusammengefasst. Diese Änderung dient der Übersichtlichkeit und soll dem Umstand gerecht werden, dass beide Verfahren zu einem lebenslangen Freiheitsentzug führen können und somit dem Betroffenen dieselben Verfahrensgarantien zukommen sollen. Da sich in der Regel erst im Laufe bzw am Ende des Verfahrens herausstellt, ob es sich um ein Verfahren zur Unterbringung nach § 21 Abs 1 oder Abs 2 handelt, ist die vorgeschlagene einheitliche Verfahrensregelung notwendig. Nach der aktuellen Rechtslage muss bereits zu Beginn des Verfahrens das Ergebnis des Verfahrens „vorausgesagt“ werden, um die Entscheidung zwischen einer Verfahrensführung nach §§ 429 ff oder nach §§ 435 ff treffen zu können. Unmittelbare Auswirkungen auf die Rechte des Betroffenen hat die gemeinsame Regelung der beiden Verfahren jedoch kaum zur Folge:

- Wie bereits bisher ist der **Verteidiger** in beiden Verfahren berechtigt, zugunsten des Betroffenen auch gegen dessen Willen Anträge zu stellen.
- Unverändert besteht auch die Notwendigkeit, dass der Betroffene im Verfahren durch einen **Sachverständigen der Psychiatrie** untersucht wird und die Möglichkeit, dass ein Sachverständiger zur Vernehmung des Betroffenen hinzugezogen wird.
- Entfallen soll allerdings die Höchstzahl an Sachverständige, die zur Vernehmung hinzugezogen werden können. Bislang stand der Gesetzestext einer Beziehung von mehr als zwei Sachverständigen eindeutig entgegen. Soweit es im Einzelfall der Entscheidungsfindung dienlich ist, sollte jedoch auch eine Beziehung von mehr als zwei Sachverständigen rechtlich zulässig sein.
- Wenig praktische Auswirkung ist von der ausdrücklichen Verknüpfung der **Verständigungspflicht des Pflschaftsgerichtes** mit der Anregung, einen Erwachsenenvertreter zu bestellen, zu erwarten. Bereits aktuell wird vertreten, dass diese Verständigungspflicht der raschen Bestellung eines solchen Vertreters dient (*Murschetz* in WK-StPO § 429 Rz 16). Dieser Zweck wird durch den Entwurf ausdrücklich gesetzlich verankert. Fraglich ist die Notwendigkeit dieser Klarstellung.
- Im Interesse des Betroffenen liegt die Unzulässigkeit eines **Abwesenheitsverfahrens**. Die Regelungen zur Abwesenheit des Betroffenen und zur Möglichkeit, von einer Vernehmung des Betroffenen Abstand zu nehmen, sollen entfallen. Damit wird den Verteidigungsinteressen gedient und Art 6 EMRK entsprochen.

Während sich die Bestimmungen des § 430 auf das gesamte Verfahren beziehen; ergeben sich aus § 434d nF die **Besonderheiten der Hauptverhandlung**:

- Hier wird unnötigerweise in Abs 1 2. Satz wiederholt, dass der Verteidiger berechtigt ist, auch gegen den Willen des Betroffenen Anträge zu dessen Gunsten zu stellen (siehe bereits § 430 Abs 1 Z 1). Im Sinne der angestrebten Übersichtlichkeit sollte dieser Satz gestrichen werden.
- Ein wichtige Klarstellung erfolgt durch Abs 2: Der Sachverständige muss die gesamte Verhandlung anwesend sein. Dadurch wird auf die bisher offene Frage reagiert, ob der Sachverständige nur während der Vernehmung des Betroffenen oder die gesamte Verhandlung anwesend sein muss. Ist der Sachverständige nicht anwesend, ist die HV zu vertagen bzw zu wiederholen. Die verpflichtende **Anwesenheit des Sachverständigen** ist aus der Perspektive der Verfahrensgrundrechte zu begrüßen. Der Sachverständige muss die Möglichkeit haben, den Betroffenen vor Gericht zu beobachten und hat seine Beobachtungen in sein Gutachten miteinzuschließen (*Murschetz* in WK-StPO § 430 Rz 8; *Stiebellehner* in LK-StPO § 430 Rz 22). Zudem muss das Gericht und der Betroffene bzw dessen Verteidiger die Möglichkeit haben, Fragen an den Sachverständigen zu stellen. Dieses Recht wird für eine faire Verfahrensführung vorausgesetzt und ergibt sich ebenso aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz. Der Entwurf verzichtet allerdings darauf, eine Aussage darüber zu treffen, ob die Verlesung des Gutachtens bereits ausreicht oder dieses mündlich vorgetragen werden muss. Diese Unklarheit kann insoweit hingenommen werden, da auch bei einer Verlesung nach § 252 Abs 1 Z 4 StPO der Sachverständige nach der nF in der Hauptverhandlung anwesend sein muss und daher das Fragerecht gewahrt bleibt. Der Eingriff in die Unmittelbarkeit scheint insoweit vertretbar.
- Abs 4 legt dem Gericht die Pflicht auf, im Urteil ausdrücklich zu benennen, **welche Taten Anlass für die Unterbringung** waren. Diese Änderung ist insbesondere aus rechtsstaatlicher Perspektive zu begrüßen. Die Kontrolle der Entscheidung wird dadurch erleichtert. Der Betroffene selbst kann erkennen auf welche Anlasstat sich eine Unterbringung stützt und die Rechtsmittelinstanz das Vorliegen der Voraussetzungen einer Unterbringung auf dieser Grundlage überprüfen. Eine Anordnung der Unterbringung nach § 21 Abs 1 und Abs 2 soll nicht mehr zulässig sein. Die jüngste Anlasstat entscheidet über die Unterbringung nach Abs 1 und 2. Damit wird die Frage eindeutig geklärt, nach welche Unterbringungsart bei einem Zusammentreffen tatsächlich Anwendung findet.
- Zugunsten des Betroffenen, insbesondere seiner Behandlung und Betreuung, untersagt der Entwurf ausdrücklich eine Verhängung und Fortsetzung der **Untersuchungshaft**. Liegen Anhaltspunkte vor, auf deren Grundlage angenommen werden kann, dass die Voraussetzungen für eine Unterbringung in einem forensisch-therapeutischen Zentrum gegeben sind, ist nach den Erläuterungen eine Untersuchungshaft unzulässig. Ab diesem Zeitpunkt ist eine Behandlung des Betroffenen geboten und daher nur noch eine vorläufige Anhaltung gem § 431 nF zulässig. Das Gericht trifft diesbezüglich eine amtswegige Prüfpflicht, sollte der Betroffenen bereits in Untersuchungshaft sein. In dieser Bestimmung kommen medizinische und psychologische Behandlungsgedanken sowie der Aspekt der Resozialisierung zum Ausdruck. Mit der Behandlung soll ehestmöglich begonnen werden, um die Gefährlichkeit zu reduzieren und die Dauer der Unterbringung auf ein Minimum zu beschränken. Idealerweise soll bereits ab dem ersten Moment des Freiheitsentzuges die Zeit für eine Behandlung genutzt werden, auch wenn noch kein Antrag auf Unterbringung oder keine Anklage eingebracht wurde und ebenso wenig eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt.

Gesetzlicher Vertreter und dessen Rechte

Zusätzlich werden in § 434c nF die bereits nach der aktuellen Rechtslage geltenden Bestimmungen über die **Rechte des gesetzlichen Vertreters** zusammengefasst. Dadurch wird für eine bessere Übersichtlichkeit der Verfahrensbestimmungen gesorgt. Entfallen soll dabei die **Anfechtungsbefugnis der Angehörigen** des Betroffenen. Zum einen wird diese Streichung durch die umfassenden Rechte des gesetzlichen Vertreters und zum anderen durch den fehlenden Angehörigenbegriff in § 282 Abs 1 gF (§ 433 Abs 1 gF verweist auf diese Bestimmung) begründet. Der Rechtsschutz wird trotz dieser Änderung gewahrt. Die Wahrnehmung der Rechtsmittelmöglichkeiten durch Angehörige kommt bisher nur Bedeutung zu, wenn der Betroffene aufgrund der psychischen Störung nicht in der Lage ist, dem Verfahren zu folgen, die Tragweite zu erkennen und sich verständlich und sachbezogenen zu äußern und selbst die Rechte sinnvoll wahrzunehmen. Eben in jenen Fällen ist auch jetzt schon ein gesetzlicher Vertreter zu bestellen (*Murschetz* in WK-StPO § 431 Rz 1). Diesem stehen alle Rechtsmittel offen, die auch der Betroffene selbst erheben könnte. Kann der gesetzliche Vertreter dem Betroffenen im Verfahren nicht beistehen (§ 434c Abs 3 nF) oder ist in Fällen des § 21 Abs 1 kein gesetzlicher Vertreter bestellt, gehen die Rechte auf den Verteidiger über. Da im Verfahren nach § 21 Abs 1 oder Abs 2 notwendige Verteidigung besteht, ist das Rechtsschutzinteresse des Betroffenen jedenfalls gewahrt. Eine Anfechtungsbefugnis der Angehörigen kann daher entfallen.

Zu bedenken ist, dass sich bei einem Übergang der Rechte des gesetzlichen Vertreters auf den Verteidiger dessen Handlungsspielraum erweitert; neben dem grundsätzlichen Recht des Verteidigers im Unterbringungsverfahren, Anträge auch gegen den Willen des Betroffenen zu stellen (§ 430 Abs 1 Z 1 nF), ist es diesem dann auch möglich, **gegen dessen Willen** Einspruch gegen die Anklage oder den Antrag auf Unterbringung, sowie Rechtsmittel gegen das Urteil zu erheben. Diese Rechte kommen laut Entwurf in Fällen des **§ 21 Abs 1 StGB** stets dem Stellvertreter des Betroffenen – entweder dem gesetzlichen Vertreter oder dem Verteidiger – zu. In Fällen des **§ 21 Abs 2 StGB** hat hingegen niemand diese Rechte, wenn kein gesetzlicher Vertreter bestellt wurde. Durch diese Differenzierung zwischen den Rechten von zurechnungsunfähigen und zurechnungsfähigen Betroffenen ergibt sich allerdings eben jene Schwierigkeit, die durch die gemeinsame Regelung von Verfahren zur Unterbringung nach § 21 Abs 1 und Abs 2 eigentlich behoben werden soll: Es muss bereits am Beginn des Verfahrens die Entscheidung am Ende des Verfahrens prognostiziert werden, um den rechtlichen Spielraum des Verteidigers (eines Betroffenen, der keinen gesetzlichen Vertreter hat) definieren zu können: Ist der Betroffene zurechnungsfähig oder nicht? Darf der Verteidiger gegen den Willen des Betroffenen Einspruch erheben oder nicht? Um diese Schwierigkeit tatsächlich zu umgehen, müssten die **Entscheidung** über die Zurechnungsfähigkeit und jene **über die strafprozessuale Handlungsfähigkeit** getrennt werden: Eine Zurechnungsunfähigkeit ist nicht zwangsläufig mit einer strafprozessualen Handlungsunfähigkeit verbunden und umgekehrt. Die aktuelle sowie vorgeschlagene Gesetzeslage unterstellen jedoch eine solche Beziehung. Zugunsten des Verteidigungsinteresse sollte daher am Beginn des Verfahrens zwingend eine Entscheidung über die strafprozessuale Handlungsfähigkeit getroffen werden müssen (Verständigungspflicht des zuständigen Pflsgerichts besteht; siehe § 430 Abs 2). Nur wenn daraufhin ein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, dürfen Anträge und Rechtsmittel gegen den Willen des Betroffenen gestellt werden. Ein Betroffener, der selbst im Verfahren handlungsfähig ist, sollte im Verfahren auch selbst über die in seinem Namen gesetzten Verfahrenshandlungen entscheiden können. Dadurch würde auch der Versuch, die Verfahren zur Unterbringung von zurechnungsfähigen und -unfähigen Betroffenen zu vereinheitlichen, nicht unterlaufen werden. Der letzte Satz des § 434c Abs 3 nF wäre damit gegenstandslos.

Sachverständige der Psychiatrie, vorzugsweise eines*einer psychiatrischen Kriminalprognostiker*in

Mit dem Entwurf wird - zumindest vorsichtig - der Versuch unternommen, das Fachgebiet des Sachverständigen zu konkretisieren: „...einen Sachverständigen der Psychiatrie, vorzugsweise eines solchen, der auch für das Fachgebiet psychiatrische Kriminalprognostik eingetragen ist...“ (§ 430 Abs 1 Z 2). Eine wirkliche Änderung in der Vorgehensweise und der Qualität wird dadurch aber nicht erreicht werden. Es wird ein altes Rezept etwas nachgebessert, anstatt die Chancen eines interdisziplinären Zugangs zu nutzen. Der Forderung nach einer alternativen oder verpflichtend zusätzlichen Untersuchung durch klinisch-psychologischen Gutachter*innen (Arbeitsgruppe Maßnahmenvollzug) wird eine Absage erteilt. Da nur wenige Sachverständige in diesem Fachbereich zur Verfügung stünden, wäre die Begutachtung mit einer längeren Wartezeit verbunden. Diese Untersuchung widerspreche daher dem **Beschleunigungsgebot**. Inwiefern eine zusätzliche Begutachtung durch klinisch-psychologische Gutachter*innen vermutlich eine längere Verfahrensdauer zur Folge hätte, tut auf Ebene der Gesetzgebung aber nichts zur Sache, denn das Beschleunigungsgebot kann hier nicht als Argument vorgebracht werden: Das Beschleunigungsgebot richtet sich an die Justiz (alle im Strafverfahren tätigen Behörden, Einrichtungen und Personen, *Kier* in WK-StPO § 9 Rz 58); das Strafverfahren ist zügig und ohne unnötige Verzögerungen zu führen. Dieses Gebot steht jedoch sicherlich nicht einer gesetzlichen Verfahrensregelung entgegen, die zu einem größeren Aufwand und einer längeren Verfahrensdauer führt, um am Ende des Verfahrens die sachlich richtige Entscheidung zu treffen. Jedes Verteidigungsrecht stünde ansonsten im Widerspruch zum Beschleunigungsgebot. Das Beschleunigungsgebot darf sich nicht zulasten des Interesses an materiell richtigen Entscheidungen und der Verteidigungsinteressen des Betroffenen auswirken. Unabhängig davon ist das in den Erläuterungen vorgebrachte Argument auch inhaltlich unschlüssig: Eine alternative Begutachtung durch klinisch-psychologische Gutachter*innen könnte durchaus auch der Beschleunigung des Verfahrens dienen. Die Anzahl an in Betracht kommende Gutachter*innen würde sich in Anbetracht des deutlich spürbaren **Psychiater*innen-Mangels**³ automatisch vergrößern und zu einer Verkürzung von Wartezeiten beitragen. Gegenwärtig zeigt der Blick auf die Liste eingetragener gerichtlicher Sachverständiger des BMJ, dass es etwa keine*n Sachverständige*n mit der Kombination Kinder- und Jugendpsychiatrie und Kriminalprognostik gibt (dies wäre laut aktuellem Gesetzesentwurf aber zu bevorzugen). Für den Erwachsenenbereich liegen ebenfalls nur wenige Eintragungen vor, weshalb auch die Volksanwaltschaft auf den „auffallenden Mangel an Fachärzt*innen im Bereich Psychiatrie“ hinweist.⁴

Fraglich bleibt in diesem Zusammenhang auch, ob die Verankerung des **Vorzugs von psychiatrischen Kriminalprognostiker*innen** faktisch zu einer Änderung führt. Durch die Formulierung bleibt es weiterhin dem Rechtsanwender überlassen, ob er sich um eine Bestellung eines Sachverständigen für das Fachgebiet der psychiatrischen Kriminalprognostik bemüht. Die Bestimmung kann auch so gelesen werden, dass sich der Rechtsanwender nur bei einer sich aufdrängenden Auswahl immer zugunsten desjenigen zu entscheiden hat, der (auch) für die psychiatrischen Kriminalprognostik eingetragen ist. Die Bestimmung bedarf einer eindeutigeren Formulierung, etwa dass primär SV für das Fachgebiet der psychiatrischen Kriminalprognostik zu bestellen sind und nur bei fehlender Alternative (etwa aufgrund Überlastung, zeitlich unangemessener Verfahrensdauer, etc) auch andere psychiatrische Sachverständige in Betracht zu ziehen sind.

³ [Ärztchamber für Steiermark : Ärztkammer Steiermark \(aekstmk.or.at\)](http://aekstmk.or.at)

⁴ [Broschüre Schriftenreihe-der-Volksanwaltschaft-Band-VIII.pdf \(strafverteidigung.at\)](http://www.volksanwaltschaft.at/Broschüre_Schriftenreihe-der-Volksanwaltschaft-Band-VIII.pdf)

Klar ist, dass das Sachverständigengutachten im Verfahren gegen den Betroffenen eine zentrale Entscheidungsgrundlage für das Gericht bildet. Daher ist die Qualität dieses Gutachtens sowohl für die Entscheidungsfindung als auch für das Interesse des Betroffenen an einem fairen Verfahren von maßgeblicher Bedeutung. Juristisch betrachtet, wäre eine Begutachtung **sowohl durch klinisch-psychologischen Gutachter*innen als auch durch psychiatrische Gutachter*innen** aus Qualitätsgesichtspunkten sehr wünschenswert. Entgegen der Komplexität und Sensibilität der Materie beschränkt sich der Entwurf allerdings darauf, dass die Begutachtung durch einen Sachverständigen der Psychiatrie ausreichen soll. Dabei sei einem Sachverständigen, der auch im Fachgebiet der psychiatrischen Kriminalprognostik eingetragen ist, der Vorzug zu geben. Auch hier belässt es der Entwurf also bei einer nur minimalen Annäherung an langjährige und fundierte Forderungen: Die gängige Praxis zeigt, dass Kolleg*innen der Klinischen Psychologie hier tätig sind und bereits heute mit Psychiater*innen zusammenarbeiten. Und das nicht ohne Grund: Das **Psychologengesetz 2013**⁵ schreibt der Klinischen Psychologie die klinisch-psychologische Diagnostik zu und diese wird im Maßnahmenvollzug zu 100% umgesetzt: Es erfolgen Untersuchung, Auslegung und Prognose menschlichen Verhaltens sowie die Einschätzung gesundheitsbezogener, störungsbedingter und störungsbedingender Einflüsse und die klinisch-psychologische Behandlung von Verhaltensstörungen psychische Veränderungen und Leidenszuständen. **Klinische Psycholog*innen sind dafür prädestiniert, denn sie werden seit über 20 Jahren in der Anwendung von Kriminalprognoseverfahren ausgebildet und verfügen über das notwendige klinisch-forensische Fachwissen** - eine Qualifikation, die auch im aktuellen Gesetzesentwurf betont wird. Diese Qualität wird ebenfalls seitens der der Volksanwaltschaft eingefordert (2019)⁶. Ein **multiprofessionelles Zusammenwirken** zumindest zweier Fachkräfte bei der Erstellung von Gutachten wird als wesentlicher Qualitätsfaktor hervorgehoben. Dass eine multidisziplinäre Zusammenarbeit zwischen den Fachbereichen gegenseitig unterstützend, produktiv und auch qualitätsfördernden wirkt, wird ebenso in der Literatur beschrieben (*Kröber/Steller, 2005; Hoffmann-Richter/Pielmaier, Die psychiatrisch-psychologische Begutachtung, 2016*). Es handelt sich also um eine fachlich begründete Kooperation, die aktuell praktiziert, gesetzlich aber nicht abgebildet wird. Auch aus Sicht der forensischen Praxis sollten das bereits vorhandene Know-How und die Bedingungen für eine standardisierte Hinzuziehung klinischer Psycholog*innen gesetzlich verankert werden. Dies ist auch nicht beispiellos:

- Aktuell wird der Fachbereich Psychologie in **§ 180 Abs 2 StVG** explizit hinsichtlich der **Entscheidung über eine beabsichtigte Verlängerung der Probezeit** genannt. Dafür ist eine fachliche Einschätzung der aktuellen Gefährlichkeit einer Person notwendig. Die Klinische Psychologie kann dies leisten und arbeitet mit gesetzlich definierten Standards.
- In **§ 165 Abs 1 Z 1 StVG** werden die Grundsätze und Methoden der Psychiatrie, **Psychologie** und Pädagogik für die Behandlung von Untergebrachten genannt. Gerade bei Fragestellungen, die das Wiederverurteilungsrisiko einer Person betreffen, wird dabei auf **Erkenntnisse und Methoden der Klinischen Psychologie** zurückgegriffen. Standardisierte Verfahren, wie etwa die VRS bzw. VRS-SO, PCL-R, dienen zur Überprüfung empirisch gesicherter kriminologischer Risikovariablen und sind aus heutiger Sicht unverzichtbarer Bestandteil qualitativ hochwertiger Prognosegutachten. Diese Verfahren wurden mitunter von Psycholog*innen entwickelt und getestet.

⁵ [RIS - Psychologengesetz 2013 - Bundesrecht konsolidiert, Fassung vom 30.06.2021 \(bka.gv.at\)](#)

⁶ [Broschüre Schriftenreihe-der-Volksanwaltschaft-Band-VIII.pdf \(strafverteidigung.at\)](#)

- Nicht unerwähnt soll auch bleiben, dass die Kolleg*innen der Klinischen Psychologie im Maßnahmenvollzug nach § 21 Abs 2 StGB als **Case Manager** im Sinne des § 25 Abs 3 StGB zur Entwicklung der einweisungsrelevanten Gefährlichkeit Stellung nehmen und eben solche Verfahren zur Anwendung bringen. Dabei handelt es sich um erlassmäßig geregelte Praxis seit 2015: Kernprozesse der Behandlung, Betreuung und des Risikomanagements orientieren sich nach Störungsbildern und werden von Klinischen Psycholog*innen organisiert. Mit ihrer Arbeit tragen sie maßgeblich zum Risikomanagement und Funktionieren des Maßnahmenvollzuges bei.
- Des Weiteren sind Kollege*innen auch mit der **Departmentleitung** im Maßnahmenvollzug betraut. Für diese Funktion ist ein fundiertes klinisch-psychologisches Wissen unbedingt vorausgesetzt.

Vorläufige Unterbringung

Die „vorläufige Anhaltung“ soll in die „**vorläufigen Unterbringung**“ umbenannt werden. Dadurch wird der Unterschied zwischen diesem Sicherungsmittel zu einer Anhaltung (se bloßen Freiheitsentziehung) deutlich: die vorläufige Unterbringung dient bereits der Behandlung und Betreuung zur Besserung. Mit der Behandlung soll ehestmöglich begonnen werden, um die Zeit der Unterbringen auf ein Mindestmaß zu beschränken. Die Regelungen werden zudem konkretisiert: Bisher war nur aus dem Verweis auf die Regeln des allgemeinen Strafverfahrens und dem Verweis auf die Bestimmungen zur Untersuchungshaft abzuleiten, dass eine vorläufige Anhaltung einen dringenden Tatverdacht nach § 173 Abs 1 StPO voraussetzt. Der Entwurf nennt nun ausdrücklich den **dringenden Verdacht, dass der Betroffene die Anlasstat begangen hat**, als Grundvoraussetzung für die vorläufige Unterbringung (im Falle des § 21 Abs 1 StGB). Zudem muss anzunehmen sein, dass die Tat als unmittelbare Folge einer schwerwiegenden und nachhaltigen psychischen Störung begangen wurde und der Betroffene nach seiner Person, nach seinem Zustand und nach der Art der Tat in absehbarer Zukunft wiederum eine mit Strafe bedrohte Handlung mit schweren Folgen als unmittelbare Folge seiner psychischen Störung begehen wird. Der Verdacht muss sich also auf

- die Begehung der Anlasstat,
- das Vorliegen einer schwerwiegenden psychischen Störung,
- die Kausalität dieser Störung für die Tat,
- die erneute Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung mit schweren Folgen und
- wiederum die Kausalität der schwerwiegenden psychischen Störung für die Wiederholung

beziehen. Der Verdacht hat sich jeweils auf konkrete Tatsachen zu stützen.

Mit dieser Änderung wird die bisherige Frage, ob sich der dringende Verdacht auch auf die **Gefährlichkeitsprognose** beziehen muss (*Murschetz* in WK-StPO § 429 Rz 19), allerdings bloß umformuliert: Es muss der Verdacht einer zukünftigen Tatbegehung aufgrund der schwerwiegenden psychischen Störung vorliegen. Der Entwurf ändert nichts daran, dass das Gericht den Verdacht einer schwerwiegenden psychische Störung und einer Tatbegehungsfahr feststellen muss bevor ein Sachverständigengutachten vorliegt. Jedoch ist für eine **Verdachtslage** ein solches Gutachten eben nicht notwendig. Sobald etwa eine psychische Störung gutachterlich festgestellt wurde, kann nicht mehr von einer bloßen Verdachtslage gesprochen werden.

Im Interesse des Betroffenen schlägt der Entwurf vor, dass eine vorläufige Unterbringung nicht erfolgen darf, wenn gelindere Mittel ausreichen, um weitere Straftaten entgegen zu wirken und die Unterbringungszwecke zu gewährleisten. Die Unterbringung ist demzufolge ausgeschlossen, wenn der Betroffene auch ohne vorläufige Anhaltung ausreichend behandelt und betreut werden kann. Dabei ist an ambulante Behandlung und Betreuung zu denken, die vom Gericht mit einer Überwachung durch Bewährungshilfe verbunden werden kann. Durch diese Neuregelung wird gewährleistet, dass der Freiheitsentzug als **ultima ratio** eingesetzt wird. Nur wenn kein anderes Mittel in Betracht kommt, darf

in die Freiheit des Betroffenen eingegriffen werden. Dennoch bleibt der Besserungsgedanke durch Behandlung und Betreuung aufrecht. Diese Bestimmung liegt sowohl im Interesse des Betroffenen als auch des Gesetzgebers, die Anzahl der Untergebrachten zu reduzieren.

Offen lassen Entwurf und Erläuterungen jedoch, wieso sich die Konkretisierung der Unterbringungs Voraussetzungen auf eine vorläufige Unterbringung nach § 21 Abs 1 StGB beschränkt und nicht auch auf eine Unterbringung nach § 21 Abs 2 StGB übertragen wird. Für diese Unterbringungsform sollen weiterhin die Regelungen des § 438 aF zur Anwendung kommen. Eine Anpassung wäre auch hier wünschenswert.

Vorläufiges Absehen vom Vollzug der Unterbringung

Die Regelung über die bedingte Nachsicht der Unterbringung im StGB soll gestrichen und durch die Möglichkeit, vorläufig vom Vollzug der Unterbringung abzusehen, ersetzt werden. Die materiellen Voraussetzungen werden dafür im §§ 157a ff StVG geregelt. In einem weiteren Schritt sollen sie in ein MVG übertragen werden. Wie auch bei einer bedingten Nachsicht hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein vorläufiges Absehen vom Vollzug vorliegen. Es bedarf dafür keines Antrages des Betroffenen. Während im Entwurf § 434g Abs 1 StPO von der verpflichtenden Prüfung, „ob vom Vollzug der Unterbringung vorläufig abgesehen werden *kann*“ spricht, soll gem § 157a StVG dem Gericht dahingehend kein Ermessen zukommen (vergleichbar der bedingten Entlassung gem § 43 StGB): Liegen die Voraussetzungen des § 157a StVG vor, *ist* vom Vollzug vorläufig abzusehen. Folglich sollte auch in § 434g Abs 1 StPO der **bindende Charakter** zum Ausdruck gebracht und die Regelung wie folgt formuliert werden: Das Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob vom Vollzug [...] vorläufig abgesehen werden **muss**.

Das Gericht hat gem § 434g Abs 1 StPO den Sachverständigen dazu aufzufordern, sich auch zur Möglichkeit des vorläufigen Absehens zu äußern. Die verpflichtende Stellungnahme des Sachverständigen der Psychiatrie ergibt sich auch aus § 430 Abs 1 Z 2 2. Satz StPO: Das Gutachten des SV hat sich auch auf die Möglichkeit von alternativen Behandlungs- oder Betreuungsmaßnahmen, die ein vorläufiges Absehen vom Vollzug einer Unterbringung gem § 157a StVG ermöglichen, einzugehen. Die Prüfpflicht des Gerichtes der Voraussetzungen eines vorläufigen Absehens vom Vollzugs wird dadurch verschärft, dass neben dem Sachverständigen gegebenenfalls auch der Bewährungshelfer, das forensische-therapeutische Zentrum, in dem der Betroffene vorläufig untergebracht ist und der Arzt, der die psychische Störung behandelt, gehört bzw um Stellungnahme ersucht werden müssen. Aufgrund dieser Rahmenbedingungen muss sich das Gericht künftig eingehend mit der Möglichkeit eines vorläufigen Absehens auseinandersetzen. Die amtswegige Prüfpflicht und die damit verbundene Pflicht, Stellungnahmen von Sachverständigen und etwaigen weiteren Fachkräften, die mit dem Betroffenen in Kontakt stehen (Bewährungshelfer, forensisch-therapeutische Zentrum, behandelnder Arzt), einzuholen, werden sich **positiv auf die Rechtsposition des Betroffenen auswirken**: Dadurch wird deutlicher als bisher zum Ausdruck gebracht, dass der staatliche Entzug der Fortbewegungsfreiheit **ultima ratio im Einzelfall sein muss**. Nur wenn ein bedingtes Absehen in Verbindung mit alternative Behandlungs- oder Betreuungsmaßnahmen den Zweck nicht erfüllen würde, darf es zur Freiheitsentziehung kommen. Doch nicht nur dem Interesse des Betroffenen, auch dem Zweck der Reform, die Zahl an Untergebrachten zu reduzieren, wird durch diese Neuerung entsprochen.

Zuständigkeit des Geschworenen- oder großen Schöffengerichtes

Eine weitere Änderung betrifft die Zuständigkeit: Weiterhin soll die Zuständigkeit des Einzelrichters auf das Schöffengericht übergehen. Geändert werden soll jedoch die Zusammensetzung des Schöffengerichtes: Dieses ist mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen zu besetzen (**großes**

Schöffengericht). Der Zweck dieser Änderung ergibt sich weder aus den Erläuterungen noch aus dem Gesetzestext selbst. Insoweit kann nur gemutmaßt werden: Die verstärkte Besetzung kann zum einen durch den schwerwiegenden Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen, der mit einer Unterbringung verbunden wäre, gerechtfertigt werden. Zudem ist die Entscheidung über die Voraussetzungen des § 21 Abs 1 oder Abs 2 StGB auf faktischer als auch rechtlicher Ebene komplex. Der zweite Berufsrichter kann dabei unterstützend, kontrollierend und fehlervermeidend eingreifen (siehe *Markel* in WK-StPO § 32 Rz 1/1).

Gleichstellung Anklageschrift und Unterbringungsantrag

In den Erläuterungen wird die ausdrückliche Regelung der Gleichwertigkeit von Anklageschrift und Antrag auf Unterbringung hervorgehoben. Neu ist diese Gleichwertigkeit allerdings nicht, denn bereits in der gF stellt § 434 Abs 2 ausdrücklich die Anklageschrift dem Antrag auf Unterbringung gleich. Ein Schuldspruch aufgrund eines Antrags auf Unterbringung und eine Unterbringung auf Grundlage einer Anklage sind nach der hM auch aktuell möglich (*Murschetz* in WK-StPO § 434 Rz 4). Ebenso ergibt sich bereits aus der gF, dass eine Unterbringung aufgrund einer Tat, die Gegenstand einer Anklage ist, nicht ausgesprochen werden darf, wenn kein Verteidiger oder kein Sachverständiger im Verfahren anwesend war. Insoweit betrifft diese Änderung eine bloße bessere Strukturierung und dient der Übersichtlichkeit der Verfahrensregelungen. In diesem Sinne handelt es sich eher um eine kosmetische als um eine inhaltliche Änderung.

Im Namen des gesamten Teams:



Dr. Siegmund Lengauer



JKU
JOHANNES KEPLER
UNIVERSITÄT LINZ