

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 122

**Das strafprozessuale Verbot
der reformatio in peius und die
Maßregeln der Besserung
und Sicherung**

Von

Joachim Kretschmer



Duncker & Humblot · Berlin

JOACHIM KRETSCHMER

Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius
und die Maßregeln der Besserung und Sicherung

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 122

Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung

Von

Joachim Kretschmer



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Klaus Geppert, Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kretschmer, Joachim:

Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung / von Joachim Kretschmer. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 122)

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09892-7

D 188

Alle Rechte vorbehalten
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 3-428-09892-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im August 1998 abgeschlossen und vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im Wintersemester 1998/99 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum sind im wesentlichen bis zum März 1999 berücksichtigt.

An dieser Stelle möchte ich insbesondere meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Klaus Geppert, herzlich danken. Er hat mich zu dem Thema der vorliegenden Arbeit angeregt und ihr Entstehen stets unterstützt. Für die persönliche und fachliche Förderung, die ich bis heute an seinem Lehrstuhl genossen habe, möchte ich ganz besonders danken. Zu danken habe ich auch Herrn Professor Dr. Axel Montenbruck für zahlreiche Anregungen und die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Ein herzlicher Dank gebührt allen Kollegen und Kolleginnen des Lehrstuhls, die mich auf dem Weg begleitet haben. Insbesondere möchte ich aber die Gelegenheit nutzen, meinen beiden Freunden Christian Barz und Lutz Garbers zu danken, mit denen ich Freud und Leid des Jurastudiums geteilt habe. Ich wünsche den beiden auch weiterhin viel Erfolg in ihrer juristischen Laufbahn.

Den Herren Profs. Dres. Eberhard Schmidhäuser und Friedrich-Christian Schroeder bin ich zu besonderem Dank für die Aufnahme in die Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen/Neue Folge“ verpflichtet. Herrn Professor Norbert Simon und seinen Mitarbeitern danke ich für die verlegerische Betreuung.

Berlin, im April 1999

Joachim Kretschmer

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
-------------------	----

ERSTER TEIL

Allgemeine Grundlagen zum System der Zweispurigkeit und zum Verbot der reformatio in peius

Erstes Kapitel: Das System der Zweispurigkeit	16
<i>I. Die Systematik der Rechtsfolgen</i>	16
<i>II. Grundzüge der gesetzlichen Entwicklung des Maßregelrechts</i>	19
<i>III. Von Sinn und Zweck des Strafens</i>	22
1. Der Gedanke der Vergeltung	23
2. Die Spezialprävention als Strafzweck	25
3. Der generalpräventive Ansatz	26
4. Die Rechtsprechung	28
5. Das Schrifttum	32
6. Ein Resümee	34
<i>IV. Grund und Zweck der Maßregeln der Besserung und Sicherung</i>	35
1. Der tragende Grund für das Maßregelrecht	35
2. Zweck und Ziel der Maßregeln	36
<i>V. Die Rechtfertigung der Maßregeln der Besserung und Sicherung</i>	39
<i>VI. Tendenz zur Einspurigkeit?</i>	44
1. Wirkungseinheit von Strafe und Maßregel	44
2. Gegenläufige Entwicklungen	48

Zweites Kapitel: Das Verbot der reformatio in peius	52
<i>I. Der Inhalt des Verschlechterungsverbots</i>	53
<i>II. Die historische Entwicklung</i>	55
<i>III. Die dogmatische Einordnung des Verschlechterungsverbots</i>	58
1. Die Rechtskraftlehre	58
2. Die Idee der Verwirkung	61
<i>IV. Das Verbot der reformatio in peius als notwendiges Element des Rechtsstaats oder „nur“ eine Rechtswohlthat</i>	63
1. Art. 103 Abs. 3 GG – ne bis in idem	65
2. Der „fair trial“-Grundsatz	68
3. Die zu erwartenden Einwände	79
<i>V. Der Begriff des „Nachteils“</i>	84
1. Die Frage nach einem möglichen Maßstab	85
2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs	87
a) Der generell-objektive Maßstab in der Rechtsprechung – RGSt. 69, 76 (2 D 1384/34) und BGHSt. 25, 38 (2 StR 422/72)	87
b) Die konkret-individuelle Betrachtungsweise – BGHSt. 24, 11 (4 StR 66/70)	90
c) Die subjektive Tendenz – RGSt. 69, 129 (1 D 1326/34) und BGHSt. 5, 312 (4 StR 755/53)	92
3. Der Begriff des „Nachteils“ im Schrifttum	94
a) Generell-objektive Ansichten	95
b) Konkret-individuelle Ansichten	109
4. Eigener Standpunkt	110
a) Der Vorzug der generell-objektiven Betrachtungsweise	110
b) Die Verschiedenartigkeit der Maßregeln	111
c) Bedenken hinsichtlich der Legitimation der Ausnahmeregelung in den §§ 331 Abs. 2, 358 Abs. 2 Satz 2 und 373 Abs. 2 Satz 2 StPO	113
d) Würdigung des bisherigen Ergebnisses	116
aa) Rechtsfehlerhafte Erstanordnung einer Maßregel	117
bb) Rechtsfehlerfreie Erstanordnung einer Maßregel	118
<i>VI. Der Verzicht</i>	119

Inhaltsverzeichnis	9
VII. Die Rechtsmittelbeschränkung	122
VIII. Die Berücksichtigung eines Verstoßes gegen das Verbot der reformatio in peius von Amts wegen	125
IX. Sechs Thesen zum Verbot der Schlechterstellung in bezug auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung	126
 Drittes Kapitel: Der Anwendungsbereich des Verschlechterungsverbots in den wichtigsten verfahrensrechtlichen Konstellationen im Hinblick auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung	 127
I. Das Verschlechterungsverbot im anhängigen Verfahren	127
II. Im neuen Verfahren nach vorheriger Einstellung	130
III. § 357 StPO – Revisionserstreckung auf Mitverurteilte	135
IV. Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft	135
V. Die „isolierte“ Maßregel bei verminderter Schuldfähigkeit	136
VI. Das unbeschränkte Rechtsmittel des Angeklagten neben einem auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft	137
VII. Das Sicherungsverfahren	138
VIII. Das Strafbefehlsverfahren	139
IX. Das Beschwerdeverfahren	143
X. Zusammenfassung	147

ZWEITER TEIL

Das Verschlechterungsverbot bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung

Viertes Kapitel: Die freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung	148
I. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§§ 61 Nr. 1, 63 StGB) und die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§§ 61 Nr. 2, 64 StGB)	148

1. Die Ausnahmeregelung in den §§ 331 Abs. 2, 358 Abs. 2 Satz 2 und 373 Abs. 2 Satz 2 StPO	150
a) Eine verfassungsrechtlich fragwürdige Begründung	151
b) Das Verhältnis zu den Länderunterbringungsgesetzen	157
aa) Vollzugsrechtliche Regelungen	157
bb) Das Verhältnis der strafrechtlichen Unterbringung zu den landesrechtlichen Unterbringungsmöglichkeiten	158
α) Die Rechtsprechung	159
β) Das Schrifttum	160
γ) Stellungnahme	164
c) Forderung an den Gesetzgeber	167
2. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus	168
a) Die künftige Gefährlichkeit der Täters	168
b) Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und das Verbot der reformatio in peius anhand des Verhältnisses zur Maßregel der Sicherungsverwahrung	173
aa) Eine Gegenüberstellung der Rechtsprechung	173
bb) Das Schrifttum	176
α) Zustimmung	177
β) Ablehnung	180
cc) Der eigene Standpunkt	181
3. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt	183
a) Zu den Voraussetzungen einer Anordnung nach § 64 StGB	183
aa) Zweck und Ziel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt in verfassungsrechtlicher Betrachtung	183
bb) Der Begriff des Hanges	186
b) Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und das Verbot der reformatio in peius	188
aa) Keine nachträgliche Anordnung bei einer Rechtsmittelbeschränkung des Angeklagten	188
bb) Das Verhältnis von Strafe und Maßregeln der Besserung und Sicherung am Beispiel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt	192
α) Keine stellvertretende Erledigung der Straffunktionen durch den Maßregelvollzug	194
β) Beeinflussung des Strafmaßes durch die Maßregelverordnung	197

4. Das Verhältnis der Maßregeln der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zu den sonstigen Maßregeln	203
5. Ergebnis	208
<i>II. Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (§§ 61 Nr. 3, 66 StGB)</i>	<i>209</i>
1. Zweck und Ziel der Sicherungsverwahrung	209
2. Die Sicherungsverwahrung in ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung	210
a) Die Entwicklung zu § 66 StGB	211
b) Die Sicherungsverwahrung als Rechtsinstitut	213
c) Die vollzugsrechtliche Ausgestaltung	217
3. Die Sicherungsverwahrung und das Verbot der reformatio in peius	220
a) Die Rechtsprechung	221
b) Das Schrifttum	224
4. Ergebnis	227
 Fünftes Kapitel: Die freiheitsbeschränkenden Maßregeln der Besserung und Sicherung	 228
<i>I. Die Führungsaufsicht (§§ 61 Nr. 4, 68 StGB)</i>	<i>228</i>
1. Die Führungsaufsicht in ihrer Doppelfunktion	228
2. Die Führungsaufsicht und das Verschlechterungsverbot in einer Gesamtbetrachtung	232
3. Ergebnis	238
<i>II. Die Entziehung der Fahrerlaubnis (§§ 61 Nr. 5, 69 StGB)</i>	<i>238</i>
1. Die Entziehung der Fahrerlaubnis und das strafprozessuale Verbot der Verschlechterung	241
a) Problemlose Anwendungsfälle	241
b) Die nachträgliche Einziehung des Führerscheins in erweiterter Sicht	246
c) Die Entziehung der Fahrerlaubnis im Austausch mit der Geldstrafe und der Nebenstrafe des Fahrverbots	250
d) Die Berücksichtigung der Zeit einer vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis zwischen Ersturteil und Berufungsurteil bei der Festsetzung der Sperrfrist	263
aa) Die gegenwärtige Gesetzeslage	264
bb) Die Problematik des Verbots der reformatio in peius	266
cc) Ein Ausweg	272

e) Aufhebung der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis im Revisionsverfahren – ein Sonderproblem des § 111 a Abs. 2 StPO	276
2. Ergebnis	280
<i>III. Das Berufsverbot (§§ 61 Nr. 6, 70 StGB)</i>	<i>281</i>
1. Die Voraussetzungen einer Anordnung nach § 70 StGB	282
2. Das Berufsverbot und das Verbot der reformatio in peius	284
a) Die Berücksichtigung des vorläufigen Berufsverbots im Berufungsurteil ...	284
b) Aufhebung des vorläufigen Berufsverbots nach § 132 a Abs. 2 StPO wegen Zeitablaufs im Revisionsverfahren	286
c) Die Änderung des Berufsverbots	287
d) Der Austausch mit anderen Maßregeln unter Berücksichtigung außerstrafrechtlicher Maßnahmen	288
3. Ergebnis	292
Zusammenfassendes Ergebnis	293
Schrifttumsverzeichnis	295
Namen- und Sachregister	304

Einleitung

„Die dogmatische Durcharbeitung des Maßregelrechts entspricht, unbeschadet verdienstlicher Einzelbeiträge aus Praxis und Lehre, nicht dem wünschenswerten Stand“.¹

Der Verfasser will mit der vorliegenden Arbeit ein weiteres Mosaiksteinchen in das große dogmatische Puzzle des Maßregelrechts setzen, um dessen Bild zu ergänzen.

„Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung“. Der Titel macht deutlich, daß der Gegenstand der Arbeit aus zwei großen Themenbereichen gebildet wird, von denen jeder für sich genommen Gegenstand einer eigenen Arbeit sein könnte: das Verbot der reformatio in peius, das strafprozessuale Verschlechterungsverbot und die Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Sanktionensystem des StGB neben der Strafe. Das Verbot der reformatio in peius ist schon in der Vergangenheit hinsichtlich anderer Rechtsfolgen umfassend behandelt worden. „Das Verbot der reformatio in peius im strafprozessualen Beschlussverfahren“ von *Wittschier* (1984), „Die Bedeutung des Verschlechterungsverbots für Geldstrafenerkenntnisse nach dem Tagessatzsystem“ von *Kadel* (1983), „Problematik des Verschlechterungsverbots im Hinblick auf die besonderen Maßnahmen des Jugendrechts“ von *Grethlein* (1963), „Das Verbot der reformatio in peius im Jugendstrafrecht“ von *Kretschmann* (1968), das sind die einschlägigen Titel, und auch der hier besprochene Themenbereich hat einen Vorgänger mit „Das Verbot der reformatio in peius bei den Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßregeln der Sicherung und Besserung“ von *Gerhardt* (1970). Die letztgenannte Münchener Dissertation, die vor nunmehr über einem Vierteljahrhundert erschienen ist, behandelt das Verschlechterungsverbot unter dem Aspekt der Maßregeln der Besserung und Sicherung – die Voranstellung der Besserung in der gesetzlichen Formulierung erfolgte mit dem 2. StrRG vom 4. 7. 1969 (BGBl. I, 717) – nicht in allen Einzelfragen und enthält keine erschöpfende Darstellung und Diskussion aller Problemfelder. So manche Frage wird nur ansatzweise angesprochen oder gar ausgeklammert, was aber seinen Grund in der Weite des von *Gerhardt* gewählten Rechtsfolgenbereichs haben mag. Daher harret das Verschlechterungsverbot im Hinblick auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung noch einer umfassenden und erschöpfenden Erörterung. Die vorliegende Arbeit soll diese Lücke schließen.

¹ Diese Feststellung trifft Hanack, LK, Rdn. 36 Vor §§ 61 ff.

Zwei Wege standen zur Bearbeitung des Themenbereiches offen: zum einen das Verschlechterungsverbot in bezug auf eine einzelne ausgewählte Maßregel zu behandeln, zum anderen das Verschlechterungsverbot gleichsam in einer Gesamtschau auf alle Maßregeln zu beziehen. Der Verfasser hat sich für den zweiten Weg entschieden, insbesondere um in einem Schwerpunkt das weithin vernachlässigte Feld des Verhältnisses der Maßregeln untereinander zu bearbeiten. Auf diesem Weg muß notgedrungen der Gesamtkomplex von tatbestandlichen Voraussetzungen und Wirkungen der einzelnen Maßregeln beiseite gelassen werden, um in einer betont rechtsfolgenorientierten und dogmatischen Sicht die Maßregeln in dem Teilbereich des Verschlechterungsverbots zu behandeln. Vor allem die inhaltliche Ausgestaltung des Maßregelrechts kann nicht vollständig gezeichnet werden, sondern muß sich auf zentrale Voraussetzungen und Prinzipien beschränken. Die Arbeit soll bezogen auf das strafprozessuale Verschlechterungsverbot und die Maßregeln der Besserung und Sicherung die damit zusammenhängenden Fragen einerseits von einer allgemeinen, eher abstrahierenden Sicht aus begutachten, andererseits aber auch konkret unter der Darstellung der vielfältigen Einzelprobleme das Thema erfassen. So wird beispielsweise der Begriff des „Nachteils“ in den strafprozessualen Vorschriften zum Verbot der *reformatio in peius* unter Erfassung der mannigfachen Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum erarbeitet, und so soll der rechtsstaatliche Gedanke bezüglich des Verschlechterungsverbots eine Wiederbelebung erfahren. Dagegen erhebt der Verfasser keinen Anspruch darauf, und es ist auch nicht sein Ziel, eine Arbeit über das Maßregelrecht als solches zu liefern. Wenn auch Grund und Rechtfertigung der Maßregeln als die zweite Sanktionsspur neben der Strafe eine tragfähige Begründung finden müssen, so bilden dennoch den Gegenstand dieser Arbeit nicht allumfassend der Sinn und Zweck der Maßregeln in ihrem Verhältnis zu den Strafen, nicht die Frage nach Sinn oder Sinnlosigkeit der Maßregeln hinsichtlich der Individualprävention und nicht all die Fragen, die mit dem System der Zweispurigkeit der Rechtsfolgen zusammenhängen.

Die beiden Bereiche aus dem Sanktionen- und dem Verfahrensrecht sollen rechtsdogmatisch in der Bearbeitung verbunden werden. Empirische und kriminologische Aspekte aus dem Maßregelrecht erscheinen nur am äußersten Rande. Demzufolge werden im ersten Teil der Arbeit die allgemeinen Grundlagen des Systems der Zweispurigkeit im geltenden Recht (1. Kapitel) und des Verbots der *reformatio in peius* unter dem besonderen Aspekt der Maßregeln der Besserung und Sicherung (2. Kapitel) zu bearbeiten sein. Ein weiteres Kapitel zeigt den Anwendungsbereich des Verschlechterungsverbots im Maßregelrecht. Im zweiten Teil werden die beiden Sachgebiete miteinander verzahnt und wird schwerpunktmäßig eine Vielzahl von Einzelproblemen anhand des hier erarbeiteten Ergebnisses, das in Teilen von der Linie der Rechtsprechung und des Schrifttums abweicht, erörtert und gewürdigt.

Wenn die maßregelrechtlichen Eingriffe in die grundrechtlich verbrieften Freiheits- und Persönlichkeitsrechte des Betroffenen von erheblicher Bedeutung sind, so bewirkt dies einen erhöhten Rechtfertigungsdruck auf Anordnung, Vollstrek-

kung und Vollzug der Maßregeln der Besserung und Sicherung. Mit der vorliegenden Arbeit will der Verfasser die Aufmerksamkeit auf ein strafprozessuales Problem hinsichtlich der Maßregeln lenken, auf die Frage nämlich, ob im Rechtsmittelverfahren unter dem Verbot der *reformatio in peius* Maßregeln der Besserung und Sicherung nachträglich angeordnet oder aber gegen andere schon verhängte Rechtsfolgen, Strafen oder Maßregeln, ausgetauscht werden dürfen. Diese Frage zu beantworten, wird der Leser der Arbeit zum Schluß hoffentlich imstande sein. Auf dem Weg dorthin wird eine allgemeingültige Antwort auf die Wirkweise des strafprozessualen Verschlechterungsverbots im Maßregelrecht gesucht.