

Michael Schäfersküpfer

Und bist Du nicht willig, ...

Unmittelbarer Zwang im Justizvollzug – Teil 1

A. Einleitung

Irgendwann ist es soweit. Alle Gespräche sind geführt, alle Versuche unternommen, alle Möglichkeiten ausgeschöpft. Es bleibt nur noch ein Mittel: die schiere körperliche Gewalt. Zwar ist die staatliche Gewalt in einem Rechtsstaat an die Kette gelegt. Doch ganz ohne Gewalt geht es manchmal nicht.

Auf der einen Seite ermächtigen die Gesetze die Vollzugsbehörden, Gewalt in Form des unmittelbaren Zwangs auszuüben. Auf der anderen Seite stecken die Gesetze aber auch die rechtlichen Grenzen des unmittelbaren Zwangs ab. Sie zähmen und zügeln die Staatsgewalt.

Es ist schon etwas her, seit das letzte Bundesland ein eigenes Gesetz für den Vollzug der Freiheitsstrafe erlassen hat. Damit hat die erste Stufe der vollzuglichen Entwicklungen, die von der Föderalismusreform des Jahres 2006 ausgehen, einen Abschluss gefunden.¹ Deshalb ist es nun an der Zeit, einen Überblick zum unmittelbaren Zwang im Lichte der Ländergesetze zu geben.

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt bewusst auf der Rechtsprechung, weil sie die Praxis unmittelbar prägt. Die Paragrafenangaben zu den Vollzugsgesetzen der Bundesländer finden sich grds. in den Fußnoten. Dieser Weg soll eine bessere Lesbarkeit gewährleisten.

B. Abhängiger Begleiter (Akzessorietät)

Unmittelbarer Zwang dient der zwangsweisen Durchsetzung von anderen Maßnahmen. Er kann nicht alleine stehen, sondern ist abhängig von der durchzusetzenden Maßnahme. Unmittelbarer Zwang ist also akzessorisch. Er tritt als abhängiger Begleiter zu anderen Maßnahmen hinzu.

C. Abgrenzung vom mittelbaren Zwang

Unmittelbarer Zwang ist vom mittelbaren Zwang abzugrenzen. Beim unmittelbaren Zwang soll die Einwirkung auf den Körper von Personen und Sachen direkt dazu führen, den verfolgten Zweck zu erreichen. Das ist z.B. der Fall, wenn Bedienstete Gefangene in den besonders gesicherten Haftraum tragen.

Mittelbarer Zwang soll den Willen so weit beugen, dass ein bestimmtes Verhalten gezeigt wird. Der verfolgte Zweck wird dann indirekt auf dem Umweg über die Beugung des Willens erreicht. Das kann durch das Androhen einer bestimmten Maßnahme geschehen (z.B. einer Disziplinarmaßnahme). Die Vollzugsbehörde darf aber keine rechtswidrigen Maßnahmen androhen, weil eine solche Androhung selbst wiederum rechtswidrig ist.²

Die gesetzlich vorgeschriebene Androhung von unmittelbarem Zwang ist selbst mittelbarer Zwang. Sie soll den

Willen so weit beugen, dass die Vollzugsbehörde auf die Anwendung von unmittelbarem Zwang verzichten kann.

Unmittelbarer Zwang kann sich auch als mittelbarer Zwang auswirken. Das ist der Fall, wenn Gefangene während der Anwendung von unmittelbarem Zwang einlenken.

D. Grundrechtsbezug

Unmittelbarer Zwang kann in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit eingreifen (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Dieses Grundrecht unterfällt dem verfassungsrechtlichen Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG). Das Zitiergebot hat eine Warn- und Besinnungsfunktion für die Abgeordneten, die über einen Gesetzentwurf abstimmen. Außerdem soll es eine Diskussion in der Öffentlichkeit ermöglichen.³ Die Vollzugsgesetze zitieren das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit bei der Regelung zur Einschränkung von Grundrechten.⁴

E. Begriffsbestimmungen beim unmittelbaren Zwang

I. Legaldefinition „unmittelbarer Zwang“

Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, Hilfsmittel der körperlichen Gewalt und durch Waffen.⁵ Die zwangsweise Verabreichung von Beruhigungsmitteln fällt nicht hierunter.⁶ Insofern sind die Regelungen zu Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge einschlägig.

Die Regelungen zum unmittelbaren Zwang erfassen von ihrem Sinn und Zweck her nicht die Einwirkung auf Sachen der Vollzugsbehörde (z.B. Notöffnung einer Haftraumtür). Die Vollzugsbehörde übt insoweit als Organ des Bundeslandes dessen Eigentumsrecht aus (§ 903 S. 1 BGB).⁷

Die drei Begriffe „körperliche Gewalt“, „Hilfsmittel“ der körperlichen Gewalt und „Waffen“ sind gesetzlich näher bestimmt.

II. Legaldefinition „körperliche Gewalt“

Körperliche Gewalt ist jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen.⁸

III. Begriffsbestimmung „Hilfsmittel“ der körperlichen Gewalt

Hilfsmittel der körperlichen Gewalt sind namentlich Fesseln.⁹ Es handelt sich nicht um eine Legaldefinition, sondern

3 Vgl. BVerfG Urt. v. 27.07.2005 - 1 BvR 668/04, juris Rn. 88 m.w.N.

4 § 109 StVollzG NRW, § 82 Nr. 1 HStVollzG, § 202 NJVollzG, § 119 LJVollzG RP, § 167 Nr. 1 JVollzGB LSA, § 141 Nr. 1 ThürJVollzGB.

5 § 72 Abs. 1 StVollzG NRW, § 53 Abs. 1 S. 1 HStVollzG, § 88 Abs. 1 NJVollzG, § 91 Abs. 1 LJVollzG RP, § 92 Abs. 1 JVollzGB LSA, § 92 Abs. 1 ThürJVollzGB.

6 Vgl. BT-Drs. 7/3998, 36; s. auch OLG Frankfurt am Main Beschl. v. 12.05.2016 - 3 Ws 51/16 (StVollz), juris Rn.18.

7 Vgl. Höflich, Schriever & Bartmeier (2014), 162.

8 § 72 Abs. 2 StVollzG NRW, § 53 Abs. 1 S. 2 HStVollzG, § 88 Abs. 2 NJVollzG, § 91 Abs. 2 LJVollzG RP, § 92 Abs. 2 JVollzGB LSA, § 92 Abs. 2 ThürJVollzGB.

9 § 72 Abs. 3 StVollzG NRW, § 53 Abs. 1 S. 3 HStVollzG, § 88 Abs. 3 NJVollzG, § 91 Abs. 3 S. 1 LJVollzG RP, § 92 Abs. 3 S. 1 JVollzGB LSA, § 92 Abs. 3 S. 1 ThürJVollzGB.

1 Vgl. Schäfersküpfer (2017), 361 f.

2 Vgl. LG Neuruppin Beschl. v. 13.10.2004 - 11 Qs 154/04, juris Rn. 13; Höflich, Schriever & Bartmeier (2014), 161 f. mit einem ausführlichen Beispiel.

um eine Begriffsbestimmung durch ein Beispiel. Hilfsmittel der körperlichen Gewalt sind alle Sachen, die keine Waffen sind und die Körperkraft der Bediensteten bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs wirksamer machen.¹⁰

Die Vollzugsgesetze zählen die Hilfsmittel der körperlichen Gewalt nicht abschließend auf. Dies ergibt sich aus den

Worten „namentlich“ oder „insbesondere“ im Gesetzestext.¹¹ Es kann also weitere, ungenannte Hilfsmittel geben. Beispiele hierfür sind Blendscheinwerfer sowie Rauch- und Nebelerzeuger.¹²

In einem Teil der Bundesländer müssen nicht nur die Waffen, sondern auch die Hilfsmittel der körperlichen Gewalt dienstlich zugelassen sein.¹³ Das erscheint problematisch: Bedienstete dürfen Gefangene

dann z.B. nicht mehr behelfsweise mit einem Hosengürtel fesseln, wenn keine dienstlich zugelassenen Fesseln griffbereit sind.¹⁴ Die Alternative ist eine nahezu uferlose dienstliche Zulassung von Hilfsmitteln.

IV. Spezialproblem: Schutzhunde

Diensthunde sind als Spürhunde ein zulässiges Hilfsmittel bei der Durchsuchung von Hafträumen.¹⁵ Sie können aber auch als Schutzhunde ein genanntes¹⁶ oder ungenanntes Hilfsmittel der körperlichen Gewalt sein.¹⁷

Zu Schutzhunden als Hilfsmittel der körperlichen Gewalt wird vertreten, eine Verletzung der Menschenwürde erscheine nicht abwegig (Art. 1 Abs. 1 GG).¹⁸ Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden.¹⁹ Das StVollzG des Bundes enthielt seinerzeit keine ausdrückliche Regelung zu Hunden, weil kein Bedürfnis hierfür gesehen wurde.²⁰ Der Einsatz von Schutzhunden ist aber u.a. in zahlreichen Polizeigesetzen ausdrücklich vorgesehen.²¹ Ein solcher Einsatz kann und muss natürlich auch verhältnismäßig sein.²²

Schutzhunde besitzen eine hohe einschüchternde Wirkung. Sie können daher ein milderes Mittel zum tatsächlichen Einsatz von Schlagstöcken sein, deren einschüchternde Wirkung deutlich geringer ist.²³ Im Justizvollzug waren Schutzhunde schon eine Alternative dazu, Schusswaffen im Nachtdienst mitzuführen.

Die Kontrolle der Hundeführerinnen und Hundeführer muss jederzeit sicherstellen, dass sich auch erregte Diensthunde nicht willkürlich verhalten. Das gilt insbesondere für

ein „überschießendes Beißen“. Auch nach einem ersten Biss muss der Hund zuverlässig zum Ablassen gebracht werden können.²⁴

V. Legaldefinition „Waffen“

Waffen sind jedenfalls die dienstlich zugelassenen Hieb- und Schusswaffen.²⁵ Eine Hiebwaffe ist z.B. ein Schlagstock. Wesentliches Merkmal von Schusswaffen ist, dass Geschosse durch einen Lauf getrieben werden (§ 1 Abs. 4 WaffG, Nr. 1.1 der Anlage 1 zum WaffG).²⁶ Eine Schusswaffe ist z.B. eine Pistole.

VI. Einordnung von Reizstoffen

Reizstoffe sind Stoffe, die u.a. Haut- und Schleimhautreizungen hervorrufen und resorptiv nicht giftig wirken (§ 1 Abs. 4 WaffG, Nr. 5 der Anlage 1 zum WaffG). Hierzu gehören z.B. Pfefferspray und Tränengas.

Der eine Teil der Vollzugsgesetze ordnet Reizstoffe ausdrücklich als Waffen ein.²⁷ Das entspricht gesetzlichen Regelungen des Bundes (§ 95 Abs. 4 StVollzG, § 2 Abs. 4 UZwG). Der andere Teil der Vollzugsgesetze zählt die Reizstoffe ausdrücklich zu den Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt.²⁸ Das kann dem Polizeigesetz des jeweiligen Bundeslandes entsprechen.²⁹

Die Einordnung von Reizstoffen als Hilfsmittel der körperlichen Gewalt stößt auf Kritik.³⁰ Allerdings ist die praktische Relevanz der Einordnung dann eher gering, wenn nach dem jeweiligen Vollzugsgesetz sowohl die Waffen als auch die Hilfsmittel dienstlich zugelassen sein müssen.³¹ Andernfalls bedürfen die Reizstoffe als Hilfsmittel keiner dienstlichen Zulassung kraft Gesetzes. Die Aufsichtsbehörden können aber das Erfordernis einer dienstlichen Zulassung im Verwaltungsweg schaffen. So gibt es in der Praxis Erlasse zu zulässigen Reizstoffen und sogar zu den regulär zulässigen Fesseln.

F. Anordnungsbefugnis und Durchführungsbefugnis

I. Anordnungsbefugnis

Die Anordnungsbefugnis für unmittelbaren Zwang liegt bei Vorgesetzten oder sonst befugten Personen. Der Ausdruck „Vorgesetzte oder sonst befugte Personen“ stammt aus einer Vorschrift des StVollzG des Bundes zum unmittelbaren Zwang (§ 97 Abs. 1 StVollzG). Die Bundesländer wiederholen diese Vorschrift zum „Handeln auf Anordnung“ oder es ist von einer Weitergeltung als Bundesrecht auszugehen.³²

10 Grommek (1982), Kap. 3 Rn. 10.

11 Vgl. BT-Drs. 7/918, 80.

12 Vgl. Feest (2017), Teil II § 81 LandesR Rn. 6 m.w.N.; Sönke & El-Ghazi (2015), 100.

13 § 91 Abs. 4 LVollzG RP, § 92 Abs. 4 JVollzGB LSA, § 92 Abs. 4 ThürVollzGB.

14 Vgl. Sönke & El-Ghazi (2015), 108.

15 Vgl. OLG Nürnberg Beschl. v. 24.10.1996 - Ws 753/96, juris Rn. 25.

16 § 88 Abs. 3 NJVollzG.

17 Vgl. VG Lüneburg Urte. v. 27.07.2004 - 3 A 124/02, juris Rn. 33.

18 Vgl. Feest (2017), Teil II § 81 LandesR Rn. 6 m.w.N.

19 Vgl. Arloth & Krä (2017), StVollzG § 95 Rn. 2 m.w.N.

20 Vgl. BT-Drs. 7/918, 80.

21 Vgl. NdsLT-Drs. 15/4325, 31; Verrel (2015), Abschn. M Rn. 114.

22 Vgl. BVerfG Beschl. v. 29.04.1991 - 1 BvR 7/90, juris Rn. 7; BGH Beschl. v. 27.10.1988 - III ZR 256/87, juris Rn. 6 f.; OLG München Beschl. v. 12.12.2006 - 1 W 2901/06, juris Rn. 18 ff.; Arloth & Krä (2017), StVollzG § 95 Rn. 2; Verrel (2015), Abschn. M Rn. 114.

23 Vgl. VG Lüneburg Urte. v. 27.07.2004 - 3 A 124/02, juris Rn. 33 f.

24 Vgl. OLG Karlsruhe Urte. v. 18.06.2015 - 9 U 23/14, juris Rn. 27; OLG Düsseldorf Urte. v. 21.07.1994 - 18 U 25/94, juris Rn. 5; OLG Hamm Urte. v. 21.03.1997 - 11 U 179/96, juris 55 f.

25 § 72 Abs. 4 StVollzG NRW, § 53 Abs. 1 S. 4 HStVollzG, § 88 Abs. 4 NJVollzG, § 91 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 LVollzG RP, § 92 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 JVollzGB LSA, § 92 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 ThürVollzGB.

26 Vgl. SächsLT-Drs. 5/10920, 140.

27 § 72 Abs. 4 StVollzG NRW, § 53 Abs. 1 S. 4 HStVollzG, § 92 Abs. 3 S. 2 ThürVollzGB.

28 § 88 Abs. 3 NJVollzG, § 91 Abs. 3 S. 1 LVollzG RP, § 92 Abs. 3 S. 1 JVollzGB LSA.

29 Vgl. § 69 Abs. 2 NPOG, § 58 Abs. 3 POG RP, § 58 Abs. 3 SOG LSA; vgl. NdsLT-Drs. 15/4325, 31.

30 Vgl. Sönke & El-Ghazi (2015), 97 ff.

31 Vgl. Verrel (2015), Abschn. M Rn. 115; Sönke & El-Ghazi (2015), 107 f.

32 § 110 Nr. 5 StVollzG NRW, § 97 Abs. 1 StVollzG, § 83 Nr. 2 HStVollzG, § 97 Abs. 1 StVollzG, § 89 Abs. 1 NJVollzG, Art. 4 Nr. 2 des Landesgesetzes zur Weiterentwicklung von Justizvollzug, Sicherungsverwahrung und Datenschutz RP v. 08.05.2013 (GVBl. S. 79), § 97 Abs. 1 StVollzG, § 166 Nr. 2 JVollzGB LSA, § 142 S. 2 Nr. 2 ThürVollzGB, § 97 Abs. 1 StVollzG; vgl. OLG Hamm Beschl. v. 05.11.1981 - 7 Vollz WS 166/81, MDR 1982, 431.

Vorgesetzte sind Personen, die Beamtinnen und Beamten Anordnungen für ihre dienstliche Tätigkeit erteilen können (z.B. § 2 Abs. 5 S. 1 LBG NRW). Wer Vorgesetzte sind, bestimmt sich nach dem Aufbau der öffentlichen Verwaltung (z.B. § 2 Abs. 5 S. 2 LBG NRW).

Es ergibt sich grds. aus den Geschäftsverteilungsplänen, wer für welche Bereiche wessen Vorgesetzter ist. Die Pläne sind ggf. nach Sinn und Zweck auszulegen. Auch Verwaltungsvorschriften können die Anordnungsbefugnis für unmittelbaren Zwang regeln (z.B. VV zu § 97 StVollzG).³³ Es ist zudem möglich, die Befugnis nur für einen ganz konkreten Fall zu übertragen („Augenblicksvorgesetzter“).³⁴

Die Vollzugsgesetze enthalten keine Regelungen zu einer Anordnungsbefugnis für unmittelbaren Zwang bei Gefahr im Verzug. In Abhängigkeit von der durchzusetzenden Maßnahme wird man eine solche Befugnis aber annehmen müssen. Ansonsten wäre die Anordnungsbefugnis für bestimmte Maßnahmen bei Gefahr im Verzug ein zahnlöser Tiger.

II. Durchführungsbefugnis

Bedienstete der Justizvollzugsanstalten dürfen unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbaren Zwang anwenden.³⁵ Die gesetzliche Regelung spricht vom Anwenden des unmittelbaren Zwangs. Sie begründet damit keine Anordnungsbefugnis, sondern nur eine Durchführungsbefugnis.³⁶

Nordrhein-Westfalen verwendet eine Passivformulierung („... darf unmittelbarer Zwang angewendet werden, ...“, § 73 Abs. 1 StVollzG NRW). Insoweit ist auf die Vorschrift zur Wahrnehmung von Aufgaben der Anstalt durch Bedienstete zurückzugreifen (§ 96 Abs. 1 StVollzG NRW).³⁷

Die ausdrückliche Erwähnung von Bediensteten der Justizvollzugsanstalten stellt klar, dass die Vorschriften der Vollzugsgesetze zum unmittelbaren Zwang nur für diese Bediensteten gelten.³⁸ Die Vorschriften binden z.B. nicht die Polizei, auch wenn sie in Justizvollzugsangelegenheiten tätig wird.

III. Bedienstete der Justizvollzugsanstalten

1. Begriff der Bediensteten

Bedienstete der Justizvollzugsanstalten sind die Vollzugsbeamtinnen und Vollzugsbeamte sowie andere Bedienstete der Anstalten (z.B. Tarifbeschäftigte).³⁹ Tarifbeschäftigte besitzen einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag. Keine Bediensteten sind die nebenamtlich für die Anstalt Tätigen und vertraglich verpflichtete Personen (z.B. Honorarärztinnen und Honorarärzte). Es bedarf besonderer Gründe, um die Wahrnehmung von Aufgaben der Anstalten an andere Bedienstete, nebenamtlich Tätige oder vertraglich verpflichtete Personen übertragen zu dürfen.⁴⁰

Es gibt Vollzugsgesetze, die den Begriff der Bediensteten nicht näher bestimmen. Diese Gesetze sprechen dann z.B. einfach von dem „erforderlichen Personal“ (z.B. § 107 Abs. 1 S. 1 LJVVollzG RP). Es ist dann auf den dargestellten traditionellen Begriff der Bediensteten zurückzugreifen.

2. Tarifbeschäftigte und hoheitsrechtliche Befugnisse

Tarifbeschäftigte dürfen als andere Bedienstete ggf. unmittelbaren Zwang ausüben. Zwar gilt der verfassungsrechtliche Funktionsvorbehalt für die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Als ständige Aufgabe ist diese Ausübung aber nur in der Regel Beamtinnen und Beamten zu übertragen (Art. 33 Abs. 4 GG). Ausnahmen sind zulässig, soweit ein hinreichender sachlicher Grund für die Ausnahme besteht und das Regel-Ausnahme-Verhältnis gewahrt bleibt.⁴¹

3. Eignung der Bediensteten

Zu den Bediensteten der Justizvollzugsanstalten gehören z.B. die Angehörigen des allgemeinen Vollzugsdienstes, des Sozialdienstes und des psychologischen Dienstes. Die Ausbildung des allgemeinen Vollzugsdienstes umfasst auch die Anwendung von unmittelbarem Zwang. Das ist beim Sozialdienst und beim psychologischen Dienst nicht der Fall.

Die Vollzugsbehörde hat die Pflicht, für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben geeignete Bedienstete einzusetzen. Daher muss die Anwendung von unmittelbarem Zwang in der Regel durch solche Bedienstete geschehen, die über eine entsprechende Ausbildung verfügen. In Ausnahmefällen kann aber auch eine Anwendung durch andere Bedienstete in Betracht kommen.⁴²

Beispiel:

Ein Psychologe sieht, wie ein Gefangener an der Anstaltsmauer hochklettert. Der Gefangene hat die Freiheit fast erreicht. Alle anderen Bediensteten sind wesentlich weiter entfernt als der Psychologe. Dieser zieht den Gefangenen mit Körperkraft von der Mauer. Die anderen Bediensteten eilen herbei.

G. Unmittelbarer Zwang gegen Gefangene

I. Tatbestandsvoraussetzungen bei Gefangenen

1. Durchführung von Vollzugs- oder Sicherungsmaßnahmen

Unmittelbarer Zwang setzt die Durchführung von Vollzugs- oder Sicherungsmaßnahmen voraus.⁴³ Sicherungsmaßnahmen sind alle vollzuglichen Maßnahmen, deren Schwerpunkt auf der Gefahrenabwehr liegt (z.B. besondere Sicherungsmaßnahmen). Vollzugsmaßnahmen sind alle anderen vollzuglichen Maßnahmen (z.B. Disziplinarmaßnahmen). Die Rechtsgrundlage für die Maßnahmen kann auch außerhalb der Vollzugsgesetze liegen (z.B. das Infektionsschutzgesetz).⁴⁴

2. Rechtmäßigkeit der Vollzugs- oder Sicherungsmaßnahmen

Die Durchführung der Vollzugs- oder Sicherungsmaßnahmen muss rechtmäßig sein.⁴⁵ Nach dem Wortlaut der Regelung bezieht sich die Rechtmäßigkeit nur auf die Durchführung der Vollzugs- oder Sicherungsmaßnahmen. Dem Sinn und Zweck nach muss aber auch die durchzuführende Maßnahme rechtmäßig sein.⁴⁶

33 Vgl. OLG Hamm Beschl. v. 05.11.1981 - 7 Vollz WS 166/81, MDR 1982, 431.

34 Vgl. Grommek (1982), Kap. 11 Rn. 4.

35 § 92 Abs. 1 LJVVollzG RP, § 93 Abs. 1 JVVollzG LSA, § 93 Abs. 1 ThürJVollzGB.

36 Vgl. Arloth & Krä (2017), StVollzG § 94 Rn. 3.

37 Vgl. NRWLT-Drs. 16/5413, 146 f.

38 Vgl. BT-Drs. 7/3998, 36; BT-Drs. 7/918, 79.

39 § 96 Abs. 1 StVollzG NRW, § 76 Abs. 1 HStVollzG, § 177 Abs. 1 NJVVollzG, § 108

Abs. 1 JVVollzG LSA, § 108 Abs. 1 ThürJVollzGB.

40 § 96 Abs. 1 S. 2 StVollzG NRW, § 76 Abs. 1 S. 2 HStVollzG, § 177 Abs. 1 S. 2 § 178 NJVVollzG, § 108 Abs. 1 S. 2 JVVollzG LSA, § 108 Abs. 1 S. 2 ThürJVollzGB.

41 Vgl. BVerfG Urt. v. 18.01.2012 - 2 BvR 133/10, juris Rn. 143 ff. m.w.N.

42 Zurückhaltend Grommek (1982), Kap. 4 Rn. 4.

43 § 73 Abs. 1 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 1 HStVollzG, § 87 Abs. 1 NJVVollzG, § 92 Abs. 1 LJVVollzG RP, § 93 Abs. 1 JVVollzG LSA, § 93 Abs. 1 ThürJVollzGB.

44 Vgl. Arloth & Krä (2017), StVollzG § 94 Rn. 3.

45 § 73 Abs. 1 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 1 HStVollzG, § 93 Abs. 1 JVVollzG LSA, § 93 Abs. 1 ThürJVollzGB.

46 Vgl. Arloth & Krä (2017), StVollzG § 94 Rn. 3; Feest (2017), Teil I § 82 LandesR Rn. 5; Verrel (2015), Abschn. M Rn. 109; Höflich, Schriever & Bartmeier (2014), 163; Koch (1995), 27 und 30.

Vor diesem Hintergrund spricht Niedersachsen von der „Durchsetzung rechtmäßiger Vollzugs- und Sicherungsmaßnahmen“ (§ 87 Abs. 1 NJVollzG).⁴⁷

Die Rechtmäßigkeit der durchzuführenden Maßnahme ergibt sich nicht aus den Vorschriften zum unmittelbaren Zwang. Es ist auf die jeweils einschlägigen Spezialregelungen abzustellen (z.B. für Disziplinarmaßnahmen oder besondere Sicherungsmaßnahmen).⁴⁸

Soweit die durchzuführende Maßnahme rechtswidrig ist, ist auch der unmittelbare Zwang zu ihrer Durchsetzung rechtswidrig. Soweit die durchzuführende Maßnahme rechtmäßig ist, kann der unmittelbare Zwang zu ihrer Durchsetzung gleichwohl rechtswidrig sein. Es geht hier um die vollzugsrechtliche Rechtswidrigkeit. Davon abzugrenzen ist der engere strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff, der zur Notwehr (§ 32 Abs. 2 StGB) oder zum Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 Abs. 3 StGB) berechtigt.⁴⁹ Doch dazu in einem späteren Teil.

3. Sonderweg Sachsen

Sachsen hat mit Wirkung vom 22.03.2019 das Wort „rechtmäßiger“ bei den Vollzugs- und Sicherungsmaßnahmen ersatzlos gestrichen (§ 87 Abs. 1 S. 1 SächsStVollzG).⁵⁰ Zur Begründung wird ausgeführt, es sei ein allgemeiner vollstreckungsrechtlicher Grundsatz, dass die Vollstreckung die Vollziehbarkeit einer Maßnahme, nicht aber deren Rechtmäßigkeit voraussetze.⁵¹

Sachsen kündigt damit einen – soweit ersichtlich – allgemeinen Konsens auf.⁵² Der Inhalt dieses Konsenses ist nach wie vor richtig, weil der Justizvollzug eine „totale Institution“ ist.⁵³ Der Vollzug umfasst alle Lebensbereiche der Gefangenen. Die Gefangenen sehen sich in völlig anderer Weise der Staatsgewalt gegenüber als Personen auf freiem Fuß. Es besteht ein umfassendes Abhängigkeitsverhältnis zur Vollzugsbehörde, was besondere rechtliche Maßstäbe gebietet.⁵⁴

Die besonderen rechtlichen Maßstäbe zeigen sich z.B. bei der vollzugsrechtlichen Folgepflicht.⁵⁵ Gefangene mögen sich weigern, den Anordnungen von Bediensteten Folge zu leisten. Die Vollzugsbehörde darf die Weigerung aber nur dann disziplinarisch ahnden, wenn die Anordnung rechtmäßig gewesen ist. Das gilt auch dann, wenn der Gesetzestext die Rechtmäßigkeit der Anordnung mit keinem Wort erwähnt.⁵⁶

4. Subsidiarität des unmittelbaren Zwangs

Unmittelbarer Zwang darf nur angewendet werden, soweit der damit verfolgte Zweck auf keine andere Weise erreicht

werden kann.⁵⁷ Unmittelbarer Zwang ist also nachrangig zu anderen Maßnahmen (Subsidiarität). Er ist Ultima Ratio, also letztes Mittel.⁵⁸

Der Zweck des unmittelbaren Zwangs kann in anderer Weise z.B. durch Gespräche, Belehrungen und angemessenes Zuwarten erreicht werden.

Beispiel:

Ein Gefangener weigert sich, einer vollzuglichen Anordnung nachzukommen. Die Vollzugsbehörde bereitet unmittelbaren Zwang vor. Bedienstete führen Gespräche mit dem Gefangenen, um den unmittelbaren Zwang abzuwenden.

Der Gefangene möchte der Anordnung keinesfalls nachkommen, ohne mit seinem Verteidiger gesprochen zu haben. Da genügend Zeit vorhanden ist, ermöglicht die Vollzugsbehörde ein Telefonat mit dem Verteidiger. Dieser rät dem Gefangenen, der Anordnung nachzukommen. Der Gefangene folgt diesem Rat. Der verfolgte Zweck ist somit ohne unmittelbaren Zwang erreicht.

Die anderen Mittel müssen entweder von vornherein aussichtslos oder nach angemessenen Versuchen erfolglos sein, damit unmittelbarer Zwang in Betracht kommt.

Auch die Androhung von unmittelbarem Zwang soll die Anwendung von unmittelbarem Zwang vermeiden. Es ist aber ausdrücklich gesetzlich geregelt, wann eine Androhung unterbleiben kann.⁵⁹

II. Ermessen als Rechtsfolge bei Gefangenen

Soweit die Voraussetzungen vorliegen, darf die Vollzugsbehörde unmittelbaren Zwang anwenden.⁶⁰ Sie ist zur Anwendung aber nicht verpflichtet.⁶¹ Die Vollzugsbehörde muss also pflichtgemäßes Ermessen ausüben, ob sie überhaupt unmittelbaren Zwang anwendet. Die Betroffenen besitzen einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung.

Auf der Ermessensebene sind jedenfalls die Elemente der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, die bislang noch nicht eingeflossen sind. Das kann insbesondere die Angemessenheit sein. Der verfolgte Zweck mag zwar ohne unmittelbaren Zwang nicht erreichbar sein. Gleichwohl kann der unmittelbare Zwang als Maßnahme außer Verhältnis zum damit verfolgten Zweck stehen.

Beispiel:

Unter bestimmten Voraussetzungen müssen Gefangene in eine Sozialtherapie verlegt werden (Ist-Verlegung). Ein Gefangener erfüllt alle Voraussetzungen für die Verlegung. Außerdem ist der richtige Zeitpunkt hierfür gekommen. Der Gefangene weigert sich standhaft und ist nicht umzustimmen. Er kündigt für den Fall der Verlegung glaubhaft heftige Gegenwehr an. Die verpflichtende Verlegung ist mit keinem anderen Mittel als mit unmittelbarem Zwang erreichbar. Die Verlegung soll letztlich in eine Sozialtherapie münden. Für eine erfolgreiche Sozialtherapie bedarf es aber einer hinreichenden Therapiemotivation.

Zwar gehört die Motivierungsarbeit bereits zu den Aufgaben der Sozialtherapie.⁶² Wenn die Vollzugsbehörde eine Verle-

47 Vgl. NdsLT-Drs. 15/4325, 30.

48 Vgl. OLG Hamm Beschl. v. 02. Juli 1991 - 1 Vollz (Ws) 48/91, juris Rn. 13 m. Anm. Schriever (1993), 103; BT-Drs. 7/3998, 36; BT-Drs. 7/918, 79; Feest (2017) Teil II § 82 LandesR Rn. 5; Verrel (2015), Abschn. M Rn. 109.

49 Vgl. Vgl. BGH Urt. v. 09.06.2015 - 1 StR 606/14, juris Rn. 25 m.w.N.; Koch (1995), 28; s. auch BVerfG Beschl. v. 29.04.1991 - 1 BvR 7/90, juris Rn. 7.

50 Art. 2 Nr. 31 des Gesetzes über den Jugendarrestvollzug im Freistaat Sachsen sowie zur Anpassung der weiteren sächsischen Vollzugsgesetze und anderer Gesetze mit Bezug zur Justiz vom 05.03.2019 (SächsGVBl. S. 158).

51 Vgl. SächsLT-Drs. 6/13475, 122.

52 Vgl. BVerfG Beschl. v. 23.04.2008 - 2 BvR 2144/07, juris Rn. 42 m.w.N.

53 Vgl. Goffman (1973), 15 f.

54 Vgl. BVerfG Beschl. v. 15.01.2020 - 2 BvR 1763/16, juris Rn. 40; BVerfG Beschl. v. 26.06.2014 - 2 BvR 2699/10, juris Rn. 12.; BVerfG Beschl. v. 25.10.2011 - 2 BvR 979/10, juris Rn. 21.

55 § 63 Abs. 3 S. 1 StVollzG NRW, § 45 Abs. 4 S. 1 HStVollzG, § 75 Abs. 1 NjVollzG, § 83 Abs. 2 LjVollzG RP, § 84 Abs. 2 S. 1 JVollzGB LSA, § 84 Abs. 2 ThürVollzGB.

56 Vgl. BVerfG Beschl. v. 23.04.2008 - 2 BvR 2144/07, juris Rn. 42 m.w.N.; mit Rechtmäßigkeit § 75 Abs. 1 NjVollzG; vgl. NdsLT-Drs. 15/4325, 29.

57 § 73 Abs. 1 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 1 HStVollzG, § 87 Abs. 1 NjVollzG, § 92 Abs. 1 LjVollzG RP, § 93 Abs. 1 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 1 ThürVollzGB.

58 Vgl. BT-Drs. 7/3998, 36; NRWLT-Drs. 16/5413, 146.

59 § 75 S. 2 StVollzG NRW, § 53 Abs. 4 S. 2 HStVollzG, § 90 S. 2 NjVollzG, § 94 S. 2 LjVollzG RP, § 95 S. 2 JVollzGB LSA, § 95 S. 2 ThürVollzGB.

60 § 73 Abs. 1 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 1 HStVollzG, § 87 Abs. 1 NjVollzG, § 92 Abs. 1 LjVollzG RP, § 93 Abs. 1 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 1 ThürVollzGB.

61 Vgl. Grommek (1982), Kap. 4 Rn. 2.

62 Vgl. OLG Celle Beschl. v. 03.08.2007 - 1 Ws 294/07 (StVollz), juris Rn. 16 m.w.N.

gung aber nur mit unmittelbarem Zwang durchsetzen kann, können die Erfolgsaussichten so gering sein, dass der unmittelbare Zwang außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht. Der unmittelbare Zwang ist dann unangemessen und damit unverhältnismäßig.⁶³

H. Unmittelbarer Zwang gegen Nicht-Gefangene

I. Eigenständige Ermächtigungsgrundlage bei Nicht-Gefangenen

Für den unmittelbaren Zwang gegen andere Personen als Gefangene gelten besondere Regelungen.⁶⁴ Diese Regelungen stellen eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage für unmittelbaren Zwang dar.⁶⁵

Die Regelungen zu unmittelbarem Zwang gegen andere Personen als Gefangene tragen die durchzuführenden Maßnahmen bereits im Tatbestand in sich. Es geht darum,

- eine Befreiung von Gefangenen zu verhindern,
- das widerrechtliche Eindringen in den Anstaltsbereich abzuwehren und
- einen unbefugten Aufenthalt im Anstaltsbereich zu beenden.

II. Tatbestandsvoraussetzungen bei Nicht-Gefangenen

1. Befreiung von Gefangenen

Unmittelbarer Zwang darf gegen andere Personen als Gefangene angewendet werden, wenn sie es unternehmen, Gefangene zu befreien.⁶⁶ Es ist der strafrechtliche Begriff des Unternehmens einer Tat anzuwenden.⁶⁷ Er erfasst sowohl den Versuch als auch die Vollendung der Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB). Eine Tat versucht, wer nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung der Tat unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Vor dem Ansetzen handelt es sich um reine Vorbereitungshandlungen.⁶⁸

2. Widerrechtliches Eindringen in den Anstaltsbereich

Unmittelbarer Zwang darf gegen andere Personen als Gefangene angewendet werden, wenn sie es unternehmen, in den Anstaltsbereich widerrechtlich einzudringen.⁶⁹ Es ist der strafrechtliche Begriff des Unternehmens einer Tat anzuwenden (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB; s.o.).

Der Anstaltsbereich muss nicht mit einer Mauer oder einem Zaun umwehrt sein. Es reicht die Erkennbarkeit aus, dass ein Bereich zur Anstalt gehört und von Dritten nicht betreten werden darf (z.B. durch Hinweisschilder).⁷⁰

3. Unbefugter Aufenthalt im Anstaltsbereich

Unmittelbarer Zwang darf gegen andere Personen als Gefangene angewendet werden, wenn sie sich unbefugt im Anstaltsbereich aufhalten.⁷¹ Ein unbefugter Aufenthalt liegt auch vor, wenn die Vollzugsbehörde eine bestehende Befug-

nis aufgehoben hat. Das ist z.B. bei Besucherinnen und Besuchern der Fall, die sich nach einem Besuchsabbruch weigern, die Anstalt zu verlassen. Gleiches gilt, wenn die Vollzugsbehörde bei Entlassenen die Erlaubnis zum Verbleib oder zur Wiederaufnahme auf freiwilliger Grundlage aufgehoben hat.

III. Ermessen als Rechtsfolge bei Nicht-Gefangenen

Soweit die Voraussetzungen vorliegen, darf die Vollzugsbehörde unmittelbaren Zwang gegen andere Personen als Gefangene anwenden. Sie ist zur Anwendung aber nicht verpflichtet. Die Vollzugsbehörde muss also pflichtgemäßes Ermessen ausüben, ob sie überhaupt unmittelbaren Zwang anwendet. Die Betroffenen besitzen einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung.

Auf der Ermessensebene ist zu prüfen, ob der unmittelbare Zwang gegen andere Personen als Gefangene erforderlich ist. Insoweit fließt der bereits bekannte Gedanke ein, inwieweit der mit dem unmittelbaren Zwang verfolgte Zweck auf keine andere Weise erreicht werden kann.

Die speziellen Voraussetzungen für andere Personen als Gefangene bestimmen den Zweck des unmittelbaren Zwangs gegen Nicht-Gefangene. Dieser Zweck begrenzt wiederum den Umfang des unmittelbaren Zwangs. Der Umfang darf nur so weit reichen, bis z.B. der unbefugte Aufenthalt im Anstaltsbereich beendet ist. Möchte die Vollzugsbehörde einen Nicht-Gefangenen z.B. bis zum Eintreffen der Polizei festhalten, nimmt sie das Jedermannsrecht zur vorläufigen Festnahme in Anspruch (§ 127 StPO).

Literatur

- Arloth, F. & Krä, H.** (2017). Strafvollzugsgesetze Bunde und Länder. Kommentar. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck oHG.
- Feest, J.** (2017). Teil II § 82 LandesR. In Feest, J., Lesting, W. & Lindemann, M. (Hrsg.). Strafvollzugsgesetze. Kommentar (AK-StVollzG). 7. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Goffman, E.** (1973). Asyle. Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen. Berlin: Suhrkamp Verlag.
- Grommek, S.** (1982). Unmittelbarer Zwang im Strafvollzug. Köln Berlin Bonn München: Carl Heymanns Verlag KG.
- Höflich, P., Schriever, W. & Bartmeier, A.** (2014). Grundriss Vollzugsrecht. Das Recht des Strafvollzugs, der Untersuchungshaft und des Jugendvollzugs. 4. Auflage. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Kett-Straub, G. & Streng, F.** (2016). Strafvollzugsrecht. München: Verlag C. H. Beck oHG.
- Koch, R.** (1995). Zur Ausübung von Notwehrrechten im Rahmen der Anwendung unmittelbaren Zwanges gem. §§ 94 ff. StVollzG. Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe (ZfStrVo), 27 bis 32.
- Schäfersküpfer, M.** (2017). Das Strafvollzugsgesetz Nordrhein-Westfalen. Verwaltungsrechtscharakter, Gesetzgebungskompetenz und Rechtsprechung. Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung, 361 bis 366
- Schriever, W.** (1993). Anmerkung zu OLG Hamm Beschl. v. 02.07.1991 - 1 Vollz (Ws) 48/91. Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ), 103 bis 104.
- Sönke, G. & El-Ghazi, M.** (2015). Reizstoffe sind Waffen! Eine Kritik der Neuregelung zum Begriff der Hilfsmittel körperlicher Gewalt in diversen Landesvollzugsgesetzen. Neue Kriminalpolitik. Forum für Kriminalwissenschaften, Recht und Praxis (NK), 97 bis 110.
- Verrel, T.** (2015). Abschnitt M. Sicherheit und Ordnung. In Laubenthal, K., Nestler, N., Neubacher, F. & Verrel, T. (Hrsg.). Strafvollzugsgesetze. Kommentar. 12. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.

63 S. auch Arloth & Krä (2017), StVollzG § 5 Rn. 3 für ein Thema der Gesundheitsfürsorge.

64 § 73 Abs. 2 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 2 HStVollzG, § 87 Abs. 2 NJVollzG, § 92 Abs. 2 LJVollzG RP, § 93 Abs. 2 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 2 ThürVollzGB

65 Vgl. Kett-Straub & Streng (2016), 151.

66 § 73 Abs. 2 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 2 HStVollzG, § 87 Abs. 2 NJVollzG, § 92 Abs. 2 LJVollzG RP, § 93 Abs. 2 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 2 ThürVollzGB.

67 Vgl. Höflich, Schriever & Bartmeier (2014), 167.

68 Vgl. BGH Urt. v. 25.10.1955 - 2 StR 282/55, juris Rn. 6 für die Gefangenenbefreiung.

69 § 73 Abs. 2 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 2 HStVollzG, § 87 Abs. 2 NJVollzG, § 92 Abs. 2 LJVollzG RP, § 93 Abs. 2 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 2 ThürVollzGB.

70 Vgl. Arloth & Krä (2017), StVollzG § 94 Rn. 4.

71 § 73 Abs. 2 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 2 HStVollzG, § 87 Abs. 2 NJVollzG, § 92 Abs. 2 LJVollzG RP, § 93 Abs. 2 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 2 ThürVollzGB.