

Maßregelreform und Ausländerrecht

Hubert Heinhold

Die Bundesregierung hat am 31.03.2006 einen Gesetzesentwurf zur Reform des Maßregelrechts vorgelegt. Anlass ist die Behauptung, in vielen Bundesländern seien die Einrichtungen des Maßregelvollzugs an der Grenze der Aufnahmekapazität angelangt. Um die vorhandenen Unterbringungsmöglichkeiten zielgerichteter nutzen zu können, ist unter anderem die Veränderung der Vollstreckungsreihenfolge vorgesehen – längere Strafen sollen regelmäßig vor der Maßregel (§ 64 StGB) vollstreckt werden. Generell ist dies für Ausländer geplant, bei denen die Beendigung des Aufenthalts in Deutschland in naher Zukunft zu erwarten ist. Dieses Vorhaben wird als mit dem Gleichheitsgebot unvereinbar kritisiert. Es benachteiligt Ausländer, die schon jetzt unterrepräsentiert sind. Für EU-Bürger und deren Familienangehörige dürfte es zudem nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht leer laufen. Da eine Ausweisung oft von der Prognose des künftigen Verhaltens abhängt, schafft die Verweigerung der Therapie in diesen Fällen erst die Voraussetzungen für die Ausweisung.

Schlüsselwörter: Maßregelvollzug, Gesetzesänderung, Änderung der Vollstreckungsreihenfolge, Ausländer, Ausweisung, baldige Abschiebung, Prognose

Legal Reform in Forensic Psychiatry and Deportation of Foreign Offenders in Germany

On 31 March 2006, the German Federal Government presented a bill to reform detention of offenders in forensic psychiatric institutions. The bill was motivated by complaints from German Federal States that forensic psychiatric hospitals had reached the limits of their capacity to admit patients referred by the courts. In order to allow a more purposeful use of the available resources in forensic psychiatry, the bill provides, among other measures, for a change in the order in which sentences of imprisonment and detention in hospital will be served, i. e. imprisonment will precede hospital treatment. This is generally envisaged for those foreigners whose permission to remain in Germany will soon expire. The bill appears to be incompatible with the constitutional principle of equality and discriminates foreigners, a group already underrepresented in the existing system. Moreover, in respect of EU citizens and their relatives it may prove largely ineffective due to European law. As deportation often depends on the prognosis of future behaviour, in such cases the denial of treatment may actually create the reason needed to justify deportation.

Key words: Detention, forensic psychiatry, deportation, prognosis, mental health law

Die Bundesregierung hat am 31.03.2006 einen Gesetzesentwurf zur Reform des Maßregelrechts vorgelegt.¹ In einer Presseerklärung führt die Regierung aus, in vielen Bundesländern seien die Einrichtungen des Maßregelvollzugs »an der Grenze ihrer Aufnahmekapazität« angelangt. Daher müssten die vorhandenen Unterbringungsmöglichkeiten »zielgerichteter« genutzt werden.² Hierfür ist unter anderem eine Veränderung der Vollstreckungsreihenfolge vorgesehen – längere Strafen sollen vor der Maßregel (§ 64 StGB) vollstreckt werden –, und zwar generell bei Ausländern, bei denen »die Beendigung ihres Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland in naher Zukunft zu erwarten ist« (BT-Drs 16/1110, 11). Die Begründung führt weiter aus:

»Zweifelhaft kann hier schon sein, wie viel Zeit für eine Therapie überhaupt zur Verfügung steht. Eine sinnvolle Therapieplanung ist deshalb kaum möglich. Die Therapieaussichten sind von vornherein eingeschränkt. Darüber hinaus erscheint der Vollzug der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben der Strafe zur Besserung des Täters im Hinblick auf die Gewährleistung der Sicherheit der Bevölkerung in der Bundesrepublik Deutschland auch nicht erforderlich, wenn ohnehin aufenthaltsbeendigende Maßnahmen anstehen.« (aaO)

Die Gesetzesnovelle wird, wie der Entwurf einleitend darlegt – jedenfalls aus der Sicht der Haushälter – einen positiven Effekt haben:

»Da die Unterbringung im psychiatrischen Maßregelvollzug erheblich höhere Kosten verursacht als die Inhaftierung im Strafvollzug, werden die Haushalte der Länder im Ergebnis entlastet.« (aaO S. 2)

Geplante Gesetzesänderungen

§ 67 Abs. 2 StGB, der schon bisher dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, anzuordnen, dass die Strafe oder ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist, wenn der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird, wird um weitere Sätze ergänzt. Nach dem künftigen Satz 4 soll das Gericht bestimmen, dass die Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist, »wenn die verurteilte Person vollziehbar zur Ausreise aus dem räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes verpflichtet« ist. Es kann (Satz 5) eine solche Bestimmung treffen, wenn zu erwarten ist, dass »der Aufenthalt der verurteilten Person im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes während oder unmittelbar nach Verbüßung der Strafe beendet wird«.

§ 67 Abs. 3 StGB, der dem Gericht die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der Anordnungen eröffnet, wird insoweit ergänzt, als in den neuen Sätzen 2 und 3 klargestellt wird, dass eine Anordnung nach Abs. 2 Satz 4 oder 5 vom Gericht auch nachträglich getroffen werden kann bzw. eine bereits getroffene Anordnung aufzuheben ist, wenn eine Beendigung des Aufenthalts der verurteilten Person im räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes »während oder unmittelbar nach Verbüßung der Strafe nicht mehr zu erwarten ist«.

Die Begründung dieser Änderungen behauptet erhebliche Praxisprobleme mit in Entziehungsanstalten untergebrachten Ausländern:

»Nicht selten kommt es in der Praxis z. B. vor, dass durchreisende Rauschgiftkuriere aufgegriffen werden, die selbst betäubungsmittelabhängig sind. Sofern die weiteren Voraussetzungen des § 64 StGB vorliegen, müssten sie untergebracht werden, obwohl Maßnahmen zur Beendigung ihres Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland zu erwarten sind.« (BT-Drs aaO S. 14 ff.)

Wegen der kulturellen und sprachlichen Barrieren sei die Behandlung besonders schwierig und aufwändig. Zusätzlich entstände nicht selten das Problem, dass Erprobungen in der Lockerung im Hinblick auf eine erhöhte Fluchtgefahr nicht gewährt werden könnten. Aus diesen Gründen seien die Therapieaussichten von vornherein eingeschränkt. Schließlich erweise eine Unterbringung

»zur Gewährleistung der Sicherheit der Bevölkerung in der Bundesrepublik Deutschland auch nicht erforderlich, wenn ohnehin aufenthaltsbeendigende Maßnahmen anstehen.« (BT-Drs aaO S. 15)

Statistisches Material, das Auskunft geben könnte über den prozentualen Anteil der Ausländer im Maßregelvollzug und – was in besonderem Maße aufschlussreich wäre – deren ausländerrechtliche Situation, gibt es nicht. Nachfragen bei einzelnen Einrichtungen und Ministerien ergaben, dass angeblich auch dort kein verlässliches Zahlenmaterial vorliege: Der Ausländeranteil wird auf 10–15 % geschätzt. Berücksichtigt man, dass nach der Statistik der Anteil verurteilter Ausländer im Jahr 2003 bei 24,2 % lag,³ ist ihr Anteil im Maßregelvollzug demnach schon jetzt unterdurchschnittlich.⁴ Der von der Begründung erweckte Eindruck, ein erheblicher Teil der Therapieplätze werde von durchreisenden, behandlungsbedürftigen Ausländern, die anschließend abgeschoben werden, in Anspruch genommen, entspricht nicht der Realität. Vielmehr ist es so, dass es sich bei den Ausländern im Maßregelvollzug im Wesentlichen um Personen handelt, die seit Jahren hier ansässig sind und als sog. »faktische Inländer« bezeichnet werden. Die meisten sind Angehörige der zweiten und dritten Zuwanderergeneration und in Deutschland geboren oder aufgewachsen und infolgedessen Kinder unserer Gesellschaft.⁵

Die vollziehbare Ausreisepflicht

Der Entwurf knüpft daran an, dass die Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist, wenn die verurteilte Person »vollziehbar zur Ausreise« verpflichtet ist (Satz 4). Satz 5 eröffnet dem Gericht dann die Möglichkeit (»kann«), eine solche Bestimmung zu treffen, wenn zu erwarten ist, dass die Voraussetzungen des Satzes 4 eintreten werden und der Aufenthalt der verurteilten Person im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes während oder unmittelbar nach Verbüßung der Strafe beendet wird. Absatz 3 ermöglicht eine nachträgliche Änderung.

Ein Ausländer ist *zur Ausreise verpflichtet*, wenn er weder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt noch ein Aufenthaltsrecht nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei (§ 50 Abs. 1

- 1 Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 31.03.2006, BT-Drs 16/1110.
- 2 www.bundestag.de/dasparlament/2006/17-18/plenumundaus-schuesse/001.html.
- 3 Bereinigt man die Statistik (www.destatis.de/basis/d/recht/rechts5.php) um die ausländerrechtlichen Straftaten, beläuft sich der Ausländeranteil auf circa 22 %.
- 4 Nach Angaben von METRIKAT (2002, 120 m. w. N.) liegt der Ausländeranteil in der Entziehungsanstalt mit ca. 6 % deutlich unter dem des Strafvollzuges.
- 5 Diese Einschätzung beruht auf Erfahrungen, die der Verf. aufgrund jahrelanger Tätigkeit im Bereich des Ausländerrechts in Kooperation mit drei Kollegen, die überwiegend strafrechtlich tätig sind, gewonnen hat; vgl. auch PFAFF 2006, 121 und HARTMANN 2005, 69 f.

AufenthG) oder wenn die Ausländerbehörde unanfechtbar festgestellt hat, dass für den EU-Unionsbürger das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht (§ 7 Abs. 1 FreizügG/EU). Waren dessen Angehörige (die nicht selbst Unionsbürger sind) schon im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, sind sie ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde ihre Aufenthaltserlaubnis-EU unanfechtbar widerrufen oder zurückgenommen hat (vgl. TRURNIT 2006, 227 ff.).

Vollziehbar ist die Ausreisepflicht, wenn der Ausländer unerlaubt eingereist ist, nach erstmaliger Erteilung einer erforderlichen Aufenthaltserlaubnis oder nach Ablauf einer solchen noch nicht die Verlängerung beantragt hat und der Aufenthalt nicht nach § 81 Abs. 3 AufenthG als erlaubt gilt, der Ausländer aufgrund einer Rückführungsentscheidung gemäß Art. 3 der Richtlinie 01/40/EG des Rates vom 28.05.2001 über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union ausreisepflichtig wird, sofern diese von der zuständigen Behörde anerkannt wird und eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist (§ 58 Abs. 2 S. 1 AufenthG). Im Übrigen ist die Ausreisepflicht erst vollziehbar, wenn die Versagung des Aufenthaltstitels oder der sonstige Verwaltungsakt, durch den der Ausländer nach § 50 Abs. 1 AufenthG ausreisepflichtig wird, vollziehbar ist. Dies ist teils mit Erlass des Bescheids (bei Ablehnung eines Antrags auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis, § 84 Abs. 1 AufenthG) oder bei Anordnung des Sofortvollzugs, teils aber erst bei Bestands- oder Rechtskraft des Bescheids der Fall, wobei gegebenenfalls noch die Möglichkeit besteht, dass das Gericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs oder der Klage anordnet.

Schon die Wiedergabe dieser Bestimmungen macht deutlich, dass die Frage, ob eine *Ausreisepflicht* vorliegt und ob sie vollziehbar ist, nicht auf den ersten Blick zu beantworten ist und hierüber gut und lange gestritten werden kann. Damit ist bereits die erste Kritik an der Soll-Regelung des Satzes 4 evident: Soll bzw. muss der Strafrichter eigene Ermittlungen zur Feststellung einer bestehenden Ausreiseverpflichtung und ihrer *Vollziehbarkeit* anstellen oder muss er gar das Verfahren bis zum Abschluss des vorgreiflichen Verwaltungsstreitverfahrens aussetzen? Oder darf bzw. soll er bei dieser Fallkonstellation auf die Kann-Regelung des Satzes 5 ausweichen und eine eigene Prognose (bei wohl im Regelfall bescheidener ausländerrechtlicher Fachkenntnis) hinsichtlich des anhängigen Streits beim Verwaltungsgericht treffen? Nimmt man die gesetzliche Vorgabe eines »soll« ernst, könnte im Bestreitensfalle das Strafverfahren unnötig belastet und gegebenenfalls durch eine erforderliche Beweisaufnahme verzögert werden, sofern nicht das Gericht den sich anbietenden Ausweg wählt, die Soll-Regelung nicht anzuwenden, da die Vollziehbarkeit der Ausreiseverpflichtung derzeit nicht feststehe. In allen strittigen Fällen dürfte die Bestimmung des Satzes 4 daher nicht allzu wirksam sein.

Ist unstrittig, dass die Ausreiseverpflichtung besteht und vollziehbar ist, ist gegen einen Vorwegvollzug nichts einzuwenden. Davon betroffen sind im Wesentlichen die Täter, die nach illegaler Einreise und bei illegalem Aufenthalt erhebliche Straftaten begangen haben. Dies ist der Personenkreis den die Gesetzesbegründung im Blick hat, wenn sie auf »durchreisende« Rauschgiftkurierere verweist, die selbst betäubungsmittelabhängig sind.

Bei diesen Täterprofilen ist die Frage nach dem Sinn einer Therapie sowohl unter dem Aspekt der Durchführbarkeit bzw.

des erforderlichen Aufwands als auch unter der Zielprämisse (»In welche Gesellschaft soll dieser Täter eigentlich eingegliedert werden?«) berechtigt. Dieser Täterkreis ist jedoch nicht typisch, sondern eher die Ausnahme. Schon nach jetziger Praxis kommt er nicht in den Maßregelvollzug.⁶

Die Prognoseentscheidung des Strafrichters

Der Entwurf bestimmt in § 67 Abs. 2 S. 5 StGB, dass eine solche Bestimmung auch getroffen werden »kann«, wenn zu erwarten ist, dass die Voraussetzungen des Satzes 4 eintreten und der Aufenthalt der verurteilten Person im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes während oder unmittelbar nach Verbüßung der Strafe beendet wird. Es handelt sich nicht um eine Soll-Bestimmung, sondern um eine Kann-Bestimmung. Das gerichtliche Ermessen ist offen. Gleichwohl bestehen gegen die vorgesehene Regelung erhebliche Bedenken. Diese gründen auf den bisherigen Erfahrungen, die dahingehend zusammengefasst werden können, dass schon jetzt viele Gerichte dazu neigen, Ausländern eine Maßregel mit dem Argument zu versagen, dass die Abschiebung drohe und ein Therapieerfolg aus sprachlichen Gründen nicht zu erwarten sei.⁷

Hinzu kommt der Eindruck, dass zunehmend Spar-Erwägungen Bedeutung erlangen. Die Strafrichter sind, was sich an der nachstehenden Darstellung des Ausländerrechts zeigen wird, mit einer sachgerechten Prognoseentscheidung, ob eine Abschiebung zu erwarten ist, regelmäßig überfordert. Dies ist nicht ihr Metier. Hierzu bedarf es vertiefter ausländerrechtlicher Kenntnisse.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen birgt die vorgesehene Bestimmung die Gefahr, dass künftig Ausländer nur noch im Ausnahmefall in den Maßregelvollzug kommen. Die Formulierung, »wenn zu erwarten ist, dass die verurteilte Person vollziehbar zur Ausreise während oder unmittelbar nach der Strafe verpflichtet sein werde«, eröffnet ein weites Ermessen, dem nur mit beschränkten Mitteln (der Anfechtung des Urteils) entgegengetreten werden kann. Es bleibt abzuwarten, welche Grenzen die obergerichtliche Rechtsprechung dem Beurteilungsspielraum der Strafgerichte setzt und ob eine dezidierte Begründung der Prognose verlangt wird.

Differenzierte ausländerrechtliche Rechtslage

Eine solche Begründung würde eine Auseinandersetzung mit der höchst differenzierten Rechtslage und der nur schwer durchschaubaren verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung verlangen. So ist beispielsweise selbst dann, wenn das Aufenthaltsgesetz eine »zwingende Ausweisung« (§ 53 AufenthG) oder eine »Ausweisung im Regelfall« (§ 54 AufenthG) vorsieht, keineswegs zu erwarten, dass der Aufenthalt während oder unmittelbar nach Verbüßung der Straftat auch wirklich beendet wird. Denn einerseits kann die Existenz eines besonderen

6 Zur Sonderbehandlung der »Dealer« u. a. GRAEBSCHE 1998; zu einzelnen Ausweisungsgründen im Zusammenhang mit BtMG-Verstößen RÜTHER 1999 Rn 167 ff. und 457 f.

7 Einschränkung BGH StV 2001, 678 m. Anm. STANGE, vgl. auch BGHSt 36, 199 ff. = NStZ 1990, 78 m. Anm. LORBACHER, BGH StV 2000, 614 und 1998, 74 (sowie StV 2000, 355 zu § 67 Abs. 2 StGB); zu den Sprachproblemen STOLPMANN 2001, 177 ff. und – aus Gutachtersicht – LEONHARDT 2004 und TOKER/SCHEPKER 1996; ausf. zu »Sprachenrechten« Inhaftierter KLOCKE 2006, vgl. auch HARTMANN 2005 zu Besonderheiten der Psychotherapie inhaftierter drogenabhängiger Migranten.

Ausweisungsschutzes nach § 56 AufenthG⁸ zu einer Herabstufung führen mit der Maßgabe, dass die Ist-Ausweisung zu einer Regel-Ausweisung und diese zu einer Kann-Ausweisung wird, andererseits kann höherrangiges Recht, insbesondere Art. 6 GG, Art. 8 EMRK (Schutz der Ehe und Familie)⁹, dem entgegenstehen. Für bestimmte Personengruppen, insbesondere EU-Bürger oder assoziationsberechtigte (vor allem türkische) Staatsbürger, gilt diese Systematik ohnedies nicht.¹⁰ Hier bedarf es einer offenen und individuellen Prognoseentscheidung unter Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalles. Und selbst dann, wenn die Ausweisung erfolgt und vom Gericht gebilligt wird, bedeutet dies noch lange nicht, dass diese Entscheidung auch vollstreckt wird, die Ausweisung also vollzogen wird. Denn die tatsächliche Abschiebung¹¹ können sowohl rechtliche als auch tatsächliche Ausreise- bzw. Abschiebungshindernisse verhindern. Eine rechtskräftige Ausweisung bedeutet keineswegs zwingend oder auch nur regelmäßig, dass der Ausländer auch tatsächlich Deutschland verlassen muss.¹²

Diese im Ausländerrecht selbstverständliche Unterscheidung zwischen »der Vollstreckbarkeit einer Ausreiseverpflichtung« und der tatsächlichen Beendigung des Aufenthalts ignoriert der Gesetzesentwurf – oder kennt sie nicht. Denn die Soll-Bestimmung des Satzes 4 stellt ausschließlich darauf ab, ob eine vollziehbare Ausreisepflicht vorliegt. Bejahendenfalls soll die Strafe vorweg vollzogen werden – selbst wenn die Ausreiseverpflichtung nicht durchgesetzt werden wird oder kann. Die Kann-Bestimmung des Satzes 5 hingegen orientiert sich an der Erwartung des faktischen Vollzugs. Allenfalls die umgekehrte Regelung würde Sinn machen. Eine sachgerechte Einschätzung über den Ausgang des ausländerrechtlichen Verfahrens kann das Strafgericht daher nur vornehmen, wenn es in die Feinheiten des verästelten Aufenthaltsrechts einsteigt. Will man dies, bürdet man der Strafjustiz zusätzliche Aufgaben auf, für die sie nicht gerüstet ist. Es besteht infolgedessen die Gefahr, dass aufgrund von mehr oder weniger pauschalen Einschätzungen eine Negativ-Prognose ergeht. Als Ergebnis der vorgesehenen Gesetzesänderung ist zu befürchten, dass Ausländer weitgehend vom Maßregelvollzug ausgeschlossen werden.

Wahrscheinlich wird sich die Strafjustiz, wie schon jetzt etwa bei Entscheidungen über Vollzugslockerungen oder eine Strafaussetzung zur Bewährung, an den Absichten der Ausländerbehörden orientieren.¹³ Das Argument, Vollzugslockerungen etc. könnten nicht gewährt werden, weil die Ausländerbehörde aufenthaltsbeendende Maßnahmen beabsichtige, ist oft die tragende Begründung.¹⁴ Solange die Gefahr einer Aufenthaltsbeendigung über dem Verurteilten schwebt, werden gegenwärtig Vollzugslockerungen oder eine Bewährungsauussetzung regelmäßig verweigert. Selbst wenn, was ohnedies nur im Ausnahmefall gelingt, mit der Ausländerbehörde ein Agreement getroffen wurde, so dass sie wegen des Vorliegens besonderer Umstände¹⁵ Vollzugslockerungen zugestimmt hat, und im Ausweisungsverfahren eine Regelung über eine spätere Rückkehr nach bereits erfolgter Ausweisung vereinbart werden konnte, hält sich die Strafjustiz nahezu sklavisch an dem formellen Kriterium einer vollziehbaren Ausreiseverpflichtung fest und verweigert z. B. die Aussetzung des Strafrestes. Das Vorliegen einer vollziehbaren Ausweisungsverfügung ist für die Strafjustiz meist das ausschließliche und entscheidende Prognosekriterium. Eigenständige Überlegungen werden fast nie angestellt, Vollstreckungshindernisse oder Besonderheiten des Einzelfalles ausgeblendet, selbst wenn die Ausländerbehörde Flexibilität wegen des Individual-Schicksals gezeigt hat.

Auf der Basis der bisherigen Erfahrungen ist daher zu befürchten, dass Satz 5 der vorgesehenen Bestimmung stets dann zur Anwendung kommen wird, wenn ein ausländerrechtliches Verfahren anhängig ist. Das heißt mit anderen Worten, da regelmäßig ausländerrechtliche Sanktionen zu befürchten sind: immer. Das Ergebnis wird sein, dass künftig bei Ausländern der Maßregelvollzug gemäß § 64 StGB nicht mehr vorrangig in Betracht kommt, sondern regelmäßig ein Teil der Strafe vorweg vollstreckt wird.

Die in § 67 Abs. 3 StGB vorgesehene Möglichkeit, einer nachträglichen Änderung einer einmal getroffenen Bestimmung wird nur ausnahmsweise, nämlich, wenn sie bald nach der Verurteilung erfolgt, relevant werden. In allen anderen Fällen wird sie entweder nicht mehr sinnvoll (oder gewünscht) sein, weil schon ein Großteil der Strafe verbüßt ist, oder wirkungslos bleiben, weil der Klient mittlerweile therapieresistent ist.

Verhängnisvolle Wechselwirkung

Die Verweigerung des sofortigen Beginns der Maßregel wird daneben – in vielen Fällen – das Ausweisungsverfahren selbst beeinflussen. Denn oft hängt die Frage, ob eine Ausweisung ergeht, von der Prognose über das künftige Verhalten des Be-

8 Er privilegiert Personen mit langjährigem Aufenthalt (§ 56 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) oder diejenigen, die minderjährig sind, als Minderjährige eingereist sind (§ 56 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 AufenthG), Familienangehörige (§ 56 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AufenthG) und asylrechtlich Schutzbedürftige (§ 56 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG).

9 Art. 8 EMRK ist weiter als Art. 6 GG, weil er nicht nur das Familienleben, sondern auch das Recht auf Privatheit umfasst. Eine Aufenthaltsbeendigung kann einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens darstellen, wenn sich der Ausländer erfolgreich in dem betreffenden Vertragsstaat persönlich, wirtschaftlich und sozial soweit integriert hat, dass er die Merkmale eines sog. »faktischen Inländers« aufweist (vgl. EGMR vom 27.10.2005, 3221/01, Keles./Bundesrepublik Deutschland; vom 16.06.2005, 60654/00, Sisojeva./Lettland, InfAuslR 2005, 349).

10 EuGH vom 29.04.2004, Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), InfAuslR 2004, 268 ff; vom 02.06.2005, Rs. C-136/03 (Dörr und Ünal), InfAuslR 2005, 289 ff; BVerwG vom 13.09.2005, 1 C 7.04, InfAuslR 2006, 100; vom 06.10.2005, 1 C 5.04, InfAuslR 2006, 114.

11 Die Abschiebung ist die Vollstreckung einer Ausreiseverpflichtung, z. B. aufgrund einer Ausweisung.

12 Allgemein zu mögl. ausländerrechtlichen Folgen der Verurteilung u. a. JUNG 2004; grundlegend zur Verteidigung von Ausländern in der Vollstreckung und im Vollzug SCHMIDT 2005 Rn 381 ff. und RÜTHER 1999 Rn 294 ff.; Überblick über die diff. Länderregelungen BAMMANN 2001 a, vgl. auch SCHMIDT aaO Rn 421 ff.

13 Vgl. dazu u. a. ZIEGER 2006, 380 und TRURNIT 2006, 231 sowie BVerfG StraFo 2002, 412; allzu berechtigt auch der Hinweis, das Vollzugsrecht kenne keine Unterscheidung zwischen Deutschen und Nichtdeutschen (BAISCH 1993).

14 Anders das OLG Oldenburg StV 2001, 25 (zu § 67 Abs. 3 StGB).

15 Meist handelt es sich hierbei um Fallkonstellationen, bei denen eine Deutsch-Verheiratung vorliegt oder Kinder des Beistandes des Verurteilten bedürfen.

troffenen ab.¹⁶ Einer Wiederholungsgefahr will auch der Maßregelvollzug entgegenwirken, wie künftig Satz 2 des § 64 StGB ausdrücklich formuliert.¹⁷ Der Vorwegvollzug einer Strafe und die vorgesehene regelmäßige Zurückstellung des Maßregelvollzugs bei ausländischen Tätern führen daher zwangsläufig zunächst zu einer negativen Prognose und fördern den Erlass einer Ausweisungsverfügung entscheidend. Eine spätere Korrektur durch die Gerichte ist selbst in dem Ausnahmefall, dass sich der Ausländer zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung doch im Maßregelvollzug befindet (aufgrund einer nachträglichen Änderung gemäß § 67 Abs. 3 StGB) nicht immer möglich. Denn nach ständiger Rechtsprechung ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung regelmäßig der Zeitpunkt des Bescheiderlasses bzw. des Erlasses eines Widerspruchsbescheids.¹⁸ Lediglich für EU-Bürger und türkische Staatsangehörige ist aufgrund einer Rechtsprechung des EuGH¹⁹ die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder der Entscheidung des Tatsachengerichts maßgeblich.²⁰ Selbst wenn der Beginn einer Therapie in diesen Fällen im gerichtlichen Verfahren noch zu berücksichtigen ist, bleibt der Nachteil, dass die Therapie dann meist nicht abgeschlossen sein wird und eine Prognose noch nicht oder nur mit geringerer Aussagekraft möglich ist. Das Ergebnis: Die vom Strafgericht nach § 67 Abs. 2 S. 5 StGB vorzunehmende Einschätzung ist in vielen Fällen eine »self-fulfilling prophecy«.

Durch die Verweigerung einer erforderlichen Maßnahme wird das Gewicht zu Lasten des Individuums verschoben. Denn wenn dem therapiewilligen und -fähigen Straftäter die Therapie verweigert wird, bewirkt (auch) der Staat, dass dieser Täter weiterhin eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Würde der ausländische Straftäter dem deutschen gleichbehandelt und ihm die Therapiemaßnahme bewilligt, wäre die von ihm ausgehende Gefahr geringer und eine Ausweisung deshalb unzulässig.

Verstoß gegen den Gleichbehandlungssatz

Dies ist ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG und gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 2 der Richtlinie Nr. 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 (ABl L 180/22) zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft. Da die Sätze 4 und 5 der vorgesehenen Neuregelung ausschließlich daran anknüpfen, dass die betreffende Person »vollziehbar zur Ausreise« verpflichtet ist und damit nur Ausländer betreffen kann, und die Ausländereigenschaft als solche kein sachlicher Differenzierungsgrund für den faktischen Therapieausschluss sein darf, ist ein Gleichheitsverstoß zu bejahen (ähnlich SCHLEBUSCH 1999, 19). Die Möglichkeit, im Einzelfall Therapie zu gewähren, ändert wegen der aufgezeigten Wechselwirkung hieran nichts.

EU-Bürger

Für EU-Bürger dürfte – oder müsste jedenfalls bei sachgerechter Prognoseentscheidung – die Regelung ins Leere gehen. Denn EU-Bürger sind erst dann vollziehbar ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde unanfechtbar festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht (§ 7 Abs. 1 S. 1 FreizügG). Eine solche Feststellung liegt zum Zeitpunkt der Verurteilung regelmäßig nicht vor. Eine eventuelle Prognose, ob eine diesbezügliche Feststellung der Ausländerbehörde »unanfechtbar« werden wird, kommt dem Kaffeesatz-Lesen nahe und ist dem Strafgericht nicht möglich. Dies gilt auch für

die Familienangehörigen von EU-Bürgern, da § 7 Abs. 1 S. 2 FreizügG bestimmt, dass auch diese erst dann ausreisepflichtig sind, wenn die Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis-EU unanfechtbar widerrufen oder zurückgenommen hat.

Auch im Übrigen ist die Bestimmung nicht mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren. Das Aufenthaltsrecht eines EU-Bürgers entspringt nicht einem hoheitlichen Akt des nationalen Gesetzgebers, sondern hat seine Grundlage im gemeinschaftlichen Freizügigkeitsrecht. Dieses kann dem EU-Bürger durch die Nationalstaaten nicht unbefristet entzogen werden. Vielmehr ist nach Art. 32 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 2004/38/EG (ABl L 158/77) die nationale Behörde verpflichtet, einen nach angemessener Frist oder nach drei Jahren gestellten Antrag auf Fristverkürzung innerhalb von sechs Monaten zu verbescheiden. Das Freizügigkeitsrecht ist also selbst nach einem Entzug nicht gänzlich verschwunden, sondern existiert weiter, es »lauert, wieder zum Durchbruch kommen zu dürfen« (PFAFF 2006, 122). Der Unionsbürger ist dem Inländer nicht ganz, aber weitgehend gleichgestellt. Er kann, wenn überhaupt, nur eine beschränkte Zeit vom deutschen Territorium fern gehalten werden. Vor dem Hintergrund dieser gemeinschaftlichen Rechtsstellung des EU-Bürgers erscheint es höchst fragwürdig, ihm unter Hinweis auf einen tatsächlich erfolgten bzw. wahrscheinlich erfolgenden Verlust seines Aufenthaltsrechts im Bundesgebiet die »Wohltaten« des Maßregelvollzugs vorzuenthalten.

Die Motivation, dem Ausländer deshalb die Therapie zu versagen, weil er das Bundesgebiet ohnehin bald verlassen müsse und deshalb keine Gefahr für die Sicherheit der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland mehr darstelle,²¹ geht

16 Beispielhaft VGH-BW, Urteil vom 25.07.2001 (13 S 2401/99, AuAS 2002, 4): »Die nach Verurteilung wegen Heroinhandels auf § 47 Abs. 1 AuslG gestützte Ausweisung eines Ausländers der 2. Generation mit schutzwürdigen familiären und sozialen Bindungen in Deutschland kann im Einzelfall im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK unverhältnismäßig sein, wenn eine Wiederholungsgefahr zu verneinen ist.« – Ähnlich OVG Schleswig AuAS 2001, 87, vgl. auch VG Düsseldorf NWVBl 2005, 233 (sehr eng hingegen die bayrische Rechtsprechung, exempl. BayVGH vom 21.3.2005 – 24 ZB 04.2907 – juris).

17 Er lautet: »Die Anordnung ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt zu heilen oder über eine nicht unerhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.«

18 Ob ein Widerspruchsverfahren durchgeführt wird, ist nicht bundeseinheitlich geregelt, sondern hängt von der jeweiligen Länderregelung ab.

19 Zuletzt EuGH, Urteil vom 11.11.2004, Rs. C-467/02 (Cetin-kaya), InfAuslR 2005, 13, dazu TRURNIT 2006, 229; vgl. auch NITZ 2002, 318 sowie TRURNIT (aaO S. 230 f.) zu § 35 BtMG.

20 Dies wurde, trotz entgegenstehender Rechtsprechung des EuGH, von der deutschen Rechtsprechung beharrlich bestritten und erst mit den Entscheidungen vom 03.08.2004 (BVerwG, Urteil vom 03.08.2004, 1 C 29.02, InfAuslR 2004, 26) für EU-Bürger und vom 13.09.2005 (BVerwG, Urteil vom 13.09.2005, 1 C 7.04, InfAuslR 2006, 110) für assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige (nicht aber für andere Türken) geändert.

21 Ebenso BVerfG vom 25.11.2005 (2 BvR 1368/05, dok. in juris) zu § 456a StPO, aber auch ebenso wenig überzeugend:

in diesem Fall offenkundig fehl.²² Der EU-Bürger hat vielmehr nach spätestens drei Jahren die reale Chance, wieder zurückzukehren und kann dies gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen. Schon deshalb und unter Berücksichtigung der Absicht, die Europäische Gemeinschaft zu einem einheitlichen Rechts- und Lebensraum weiter zu entwickeln, ist das Vorhaben, EU-Bürgern den Maßregelvollzug im Interesse einer raschen Abschiebung zu verweigern, verfehlt. Gleiches gilt – als Annex – für deren Ehegatten. Die Regelung verstößt daher sowohl gegen das Freizügigkeitsrecht²³ als auch gegen das umfassende Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG.²⁴

Türkische Staatsangehörige

Ähnliches dürfte für viele türkische Staatsangehörige gelten. Diese sind zwar keine Gemeinschaftsangehörigen, doch enthält Art. 37 des Zusatzprotokolls zum Abkommen EWG/Türkei²⁵ ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot. Der EuGH versteht unter Arbeitsbedingungen auch Sozialleistungen, »die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern im Allgemeinen hauptsächlich wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt werden oder geeignet erscheinen, die Mobilität der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft zu fördern.«²⁶ Da türkische Staatsangehörige nach Art. 6 und 7 ARB 1/80²⁷ (sofern die Voraussetzungen vorliegen) ein Arbeits- und Aufenthaltsrecht ableiten können und die vorgesehene Regelung von der Prognose des voraussichtlichen Verlustes des Aufenthaltsrechts abhängt, ist eine unmittelbare Verknüpfung zwischen Diskriminierungsverbot und Aufenthaltsrecht gegeben. Die Relevanz – besser gesagt die Virulenz – dieser Verknüpfung zeigt sich gerade hier. Denn das Aufenthaltsrecht eines assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen aus Art. 6 oder 7 ARB 1/80 kann nach Art. 14 ARB nur unter den für EG-Arbeitnehmer geltenden Voraussetzungen beendet werden.²⁸ Die Aufenthaltsbeendigung ist, wie bei EU-Bürgern, prognoseabhängig.

Resümee

Die vorgesehene Reform des Maßregelrechts, die bei Ausländern weitgehend zum Vollzug der Strafe vor einer Unterbringung in der Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB führen wird, ist abzulehnen. Weder besteht hierfür ein Bedürfnis noch gibt es eine sachliche oder rechtliche Rechtfertigung. Vielmehr vrefestigt die Reform einen schon jetzt vorhandenen gesellschaftlichen und rechtlichen Missstand der Benachteiligung von Ausländern. Die Novelle ist weder zielführend noch vom Recht legitimiert. Sie ist vielmehr geeignet, ohnedies benachteiligte gesellschaftliche Gruppen weiter zu diskriminieren. Sie dient vornehmlich fiskalischen Zwecken und torpediert die Zielsetzung einer Integration und Förderung von in Deutschland lebenden Ausländern.

Literatur

- BAISCH G (1993): Strafvollzug – Büttel einer Ausländer-raus-Politik? *KrimPäd* 21 (34) 33–35
- BAMMANN K (2001 a): Die Unterbrechung der Strafvollstreckung bei Auslieferung oder Ausweisung. *MschrKrim* 84, 91–106
- BAMMANN K (2001 b): Deportationsstrafe und Ausweisung. *KrimJ* 33, 28–42
- GRAEBSCH C (1998): Ausweisung als Strafe oder: Das geteilte Dealerbild des Rechts. In: PAUL B, SCHMIDT-SE-

- MISCH H (Hg.) Drogendealer. Ansichten eines verrufenen Gewerbes. Freiburg/B.: Lambertus S. 109–126
- HARTMANN T (2005): »Das Paradies liegt unter den Füßen Deiner Eltern ...« Psychotherapeutische Arbeit mit Inhaftierten ausländischer Herkunft. *WsFPP* 12 (1) 67–106
- JUNG T (2004): Ausländerrechtliche Folgen bei der Verurteilung von ausländischen Staatsangehörigen. *StV* 24, 567–570
- KLOCKE G (2006): Zugewanderte Inhaftierte und ihre Sprachenrechte. *KrimJ* 38, 180–194
- LEONHARDT M (2004): Psychiatrische Begutachtung bei asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren. In: VENZLAFF/FOERSTER, Psychiatrische Begutachtung. 4. Aufl. München: Elsevier, S. 747–755
- METRIKAT I (2002): Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB – Eine Maßregel im Wandel? Frankfurt/M. et al.: Lang
- NITZ H (2002): Ausländerrechtliche Folgen als Strafzumessungsgrund. *StraFo* 316–319
- PFAFF V (2006): Von der zweckwidrigen Anwendung des § 456 a StPO. *ZAR* 26, 121–124
- RÜTHER K (1999): Strafverteidigung von Ausländern. Neuwied: Luchterhand
- SCHLEBUSCH S (1999): Drogenabhängige Ausländer im Jugendstrafvollzug – Psychosoziale Hintergründe, Therapiechancen und Folgerungen für die Suchtberatung. *ZfStrVo* 48, 15–21
- SCHMIDT J (2005): Verteidigung von Ausländern. 2. Aufl. Heidelberg: Müller

Dass nach Überschreiten der Grenze die Gefahr für die Allgemeinheit wegfällt, weshalb der Untergebrachte plötzlich als »ungefährlich« aus dem Maßregelvollzug in eine »fremde« Allgemeinheit zu entlassen sei, ist kaum nachvollziehbar (entgegengesetzt – freilich zu § 67d Abs. 2 StGB – OLG Celle R & P 1989, 163).

- 22 Ungeachtet dessen ist diese Argumentation menschenverachtend: Sie hat nur die staatlichen Interessen im Auge und bedenkt nicht die Not des Menschen; zudem ist sie – in unserer globalisierten Welt – anachronistisch: Sowohl aus wirtschaftlichen, politischen und entwicklungspolitisch-strategischen Überlegungen im Hinblick auf künftige Entwicklungen, aber auch wegen der zunehmenden individuellen Verflechtungen kann die Annahme, dass ein Mensch, der jahrelang hier gelebt hat und deutsch spricht, auf Dauer in sein Ursprungsland »entsorgt« werden kann, nur als naiv bezeichnet werden (vgl. auch BAMMANN 2001 b zu Geschichte und Gegenwart der Deportation).
- 23 Siehe Art. 39, 43 und 49 EG vom 07.02.1992, idF vom 02.10.1997, BGBl. 1998 II S. 387.
- 24 Meines Erachtens ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH im Gegenteil für EU-Bürger, sofern sie von dem Freizügigkeitsrecht je Gebrauch gemacht haben, ein Anspruch auf Durchführung der erforderlichen Rehabilitationsmaßnahmen.
- 25 Abkommen vom 23.11.1970, BGBl. 1972 II S. 385.
- 26 EuGH, Slg. 1988, I-2691-Salah; EuGH, Urteil vom 29.10.1998, Rs. C-185/96, Kommission gg. Griechenland.
- 27 Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19.09.1980, ANBA 1981, 4 (= *InfAusIR* 1982, 33).
- 28 EuGH vom 20.02.2000, Rs. C-340/97 (Nazli./Stadt Nürnberg), *InfAusIR* 2000, 161; BVerwG vom 03.08.2004, *InfAusIR* 2005, 86.

STOLPMANN G (2001): Psychiatrische Maßregelbehandlung. Göttingen et al.: Hogrefe
TOKER M, SCHEPKER R (1996) Forensische Begutachtung von Migranten: Vorgaben und Grenzen. R & P 8–13
TRURNIT C (2006): Konsequenzen der wichtigsten Wechselwirkungen zwischen dem Straf- und Ausländerrecht. StraFo S. 226–232

ZIEGER M (2006): Vernachlässigte Tätigkeitsfelder der Verteidigung, insbesondere Vollstreckung und Vollzug. StV 26, 375–382

Anschrift des Verfassers

*Rottmannstr. 11a
80333 München*