

Michael Schäfersküpfer

Und bist Du nicht willig, ...

Unmittelbarer Zwang im Justizvollzug – Teil 2

I. Unmittelbarer Zwang aufgrund anderer Regelungen

I. Öffnungsklausel für andere Regelungen

Das Recht zu unmittelbarem Zwang aufgrund anderer Regelungen bleibt unberührt (Öffnungsklausel).¹ Unmittelbarer Zwang ist im Justizvollzug also nicht nur aufgrund der speziellen Regelungen für den Vollzug zulässig. Es lassen sich bei den anderen Regelungen für den unmittelbaren Zwang vier Fallgruppen unterscheiden:

- allgemeine Notrechte für Bedienstete der Justizvollzugsanstalten,
- Amtshilfe für die Vollzugsbehörde durch andere Behörden,
- Amtshilfe für andere Behörden durch die Vollzugsbehörde und
- Durchsetzung von Maßnahmen anderer staatlicher Stellen durch andere Behörden.

Die Öffnungsklausel besitzt für die letzten drei Fallgruppen zumindest klarstellende Funktion: Unmittelbarer Zwang ist im Justizvollzug jedenfalls nicht nur durch dessen Bedienstete und nicht nur wegen dessen Vollzugs- und Sicherungsmaßnahmen zulässig.² Die Öffnungsklausel ist also auch für die letzten drei Fallgruppen nicht bedeutungslos.³

II. Allgemeine Notrechte für Bedienstete

1. Öffnungsklausel und allgemeine Notrechte

Andere Regelungen zum unmittelbaren Zwang im Sinne der Öffnungsklausel sind die allgemeinen Notrechte. Zu diesen Notrechten gehören z.B.

- die Notwehr auch in Form der Nothilfe (§ 32 StGB),
- der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB) und
- das Jedermannsrecht der vorläufigen Festnahme (§ 127 StPO; siehe hierzu im ersten Teil dieses Aufsatzes H III (= FS 2020, 199).

Die Öffnungsklausel stellt klar, dass Bedienstete der Justizvollzugsanstalten auch aufgrund der allgemeinen Notrechte unmittelbaren Zwang anwenden dürfen.⁴

2. Beispiel: Notwehr (§ 32 StGB)

Bei der Notwehr besteht der Zweck des unmittelbaren Zwangs nicht oder nicht mehr darin, Vollzugs- oder Sicherungsmaßnahmen durchzuführen. Der unmittelbare Zwang dient vielmehr dazu, einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden (§ 32 Abs. 2 StGB).

Beispiel:

Bedienstete sollen einen Gefangenen aus seinem Haftraum in den Arrestraum bringen. Sie müssen unmittelbaren Zwang anwenden. Die Situation eskaliert völlig und es kommt zu einem unkontrollierten Kampfgetümmel. Der Gefangene beißt einem Bediensteten ein Fingerglied ab und setzt nach. Ein anderer Bediensteter bricht daraufhin ein Tischbein ab und schlägt damit auf den Gefangenen ein. Dieser ist benommen. Die Bediensteten retten sich mit ihrem verletzten Kollegen aus dem Haftraum.

Der ursprüngliche Zweck des unmittelbaren Zwangs ist es, die Disziplinarmaßnahme Arrest durchzusetzen. Der verfolgte Zweck ändert sich aber mit der Eskalation. Der Einsatz des Stuhlbeins dient der Abwendung eines Angriffs auf den verletzten Bediensteten. Es liegt Notwehr in Form der Nothilfe vor (§ 32 Abs. 2 StGB).

Das Stuhlbein stellt seiner Beschaffenheit und seiner konkreten Verwendung nach eine Hiebwaaffe oder zumindest einen Waffenersatz dar.⁵ Sein Einsatz beim unmittelbaren Zwang nach den Vollzugsgesetzen bedürfte der dienstlichen Zulassung. Die fehlende dienstliche Zulassung führt hier aber nicht zur Rechtswidrigkeit des unmittelbaren Zwangs. Im Rahmen des Notwehrrechts bedarf es keiner dienstlichen Zulassung.⁶

Die Notwehr kann es auch rechtfertigen, Waffen einzusetzen, obwohl deren Besitz oder Gebrauch an sich unter Strafe steht (z.B. Schlagring, Faustmesser, Schusswaffe ohne entsprechende Erlaubnis).⁷ Die Rechtfertigung greift allerdings nur innerhalb der zeitlichen und inhaltlichen Grenzen der Notwehr im konkreten Fall. Außerhalb dieser Grenzen kann gleichwohl eine Straftat vorliegen. Das kann z.B. für das unerlaubte Führen einer Schusswaffe vor und nach der Notwehrsituation gelten.⁸

3. Keine „Flucht“ ins Notwehrrecht

Das Notwehrrecht (§ 32 StGB) reicht weiter als der vollzugsrechtliche unmittelbare Zwang.⁹ Wie eben dargestellt, gilt das z.B. für den Einsatz bestimmter Waffen. Außerdem vermag die Notwehr z.B. unter besonderen Umständen sogar einen gezielten Tötungsschuss zu rechtfertigen.¹⁰ Vollzugsrechtlich ist ein solcher Schuss aber ausgeschlossen.¹¹ Rechtssystematisch darf die Notwehr nicht dazu führen, die vollzuglichen Regelungen zum unmittelbaren Zwang zu umgehen und auszuhehlen. Es darf keine „Flucht“ ins Notwehrrecht geben.

5 Vgl. Baier & Koepsel (2020), 11. Kap. Buchst. K Rn. 33; Sönke & El-Ghazi (2015), 100.

6 Vgl. BT-Drs. 7/918, 79 f.; Baier & Koepsel (2020), 11. Kap. Buchst. K Rn. 33.

7 Vgl. BGH Beschl. v. 13.01.2010 - 3 StR 508/09, juris Rn. 6; BGH, Beschl. v. 21.03.2001 - 1 StR 48/01, juris Rn. 18; BGH Beschl. v. 18.02.1999 - 5 StR 45/99, juris Rn. 2 f. m.w.N.

8 Vgl. BGH Beschl. v. 18.02.1999 - 5 StR 45/99, juris Rn. 2 f. m.w.N.

9 Vgl. Feest (2017), Teil II § 85 LandesRn. 3; Koch (1995), 27 m.w.N.

10 Vgl. BGH Ur. v. 13.09.2017 - 2 StR 188/17, juris Rn. 12 f. m.w.N.

11 § 76 Abs. 2 S. 1 StVollzG NRW, § 54 Abs. 1 S. 2 HStVollzG, § 91 Abs. 2 S. 1 NJVollzG, § 95 Abs. 3 S. 1 LVollzG RP, § 96 Abs. 3 S. 1 JVollzGB LSA, § 96 Abs. 3 S. 1 ThürVollzGB; vgl. BGH Ur. v. 26.10.1988 - 3 StR 198/88, juris Rn. 17; Perron & Eisele (2019), § 32 Rn. 42b.

1 § 73 Abs. 3 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 3 HStVollzG, § 87 Abs. 3 NJVollzG, § 92 Abs. 3 LVollzG RP, § 93 Abs. 3 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 3 ThürVollzGB.

2 Im Ergebnis ebenso Arloth & Krä (2017), § 94 StVollzG Rn. 5.

3 A.A.Koch (1995), 27 m.w.N.

4 Vgl. BT-Drs. 7/918, 79 f.; siehe zu Öffnungsklauseln im Polizeirecht BayObLG Beschl. v. 13.12.1990 - RRReg 5 St 152/90, juris Rn. 11 ff.; OLG Celle Ur. v. 08.02.2000 - 16 U 106/99, juris Rn. 52 ff.

4. Problemstellung bei der Abgrenzung

Die Abgrenzung von Notwehr und vollzugsrechtlichem unmittelbarem Zwang kann schwierig sein. Das Notwehrrecht arbeitet mit dem Begriff des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs (§ 32 Abs. 2 StGB). Das Vollzugsrecht kennt den Begriff der inneren Sicherheit der Anstalt. Beide Begriffe können sich überschneiden, weil innere Sicherheit die Abwehr von – auch kriminalitätsunabhängigen – Gefahren für Personen und Sachen innerhalb der Anstalt meint.¹²

Einerseits kommt es immer wieder beim unmittelbaren Zwang gegen Personen zu kleineren Handgemengen. Diese könnte man schon als Angriff im Sinne des Notwehrrechts begreifen. Andererseits kann es auch eine völlig eskalierte Situation mit schwer verletzten Bediensteten geben. Diese ließe sich noch immer als vollzugsrechtlicher unmittelbarer Zwang zur Durchsetzung einer Maßnahme der inneren Sicherheit einordnen.

Um eine rechtlich tragfähige Abgrenzung zu erreichen, muss zunächst der vollzugsrechtliche unmittelbare Zwang einen weitgehenden Vorrang vor der Notwehr besitzen („lex specialis“).¹³ Die differenzierten Regelungen des Vollzugsrechts würden ansonsten umgangen und ausgehöhlt (s.o.).

5. Verschiedene Lösungsansätze

Als konkretes Abgrenzungskriterium zwischen Notwehr und vollzugsrechtlichem unmittelbarem Zwang wird angeführt, die Bediensteten müssten bei der Notwehr unabhängig vom hoheitlichen Auftrag selbst bedroht sein.¹⁴ Dem wird jedoch zu Recht entgegengehalten, wenn Gefangene Bedienstete angriffen, bestehe regelmäßig ein untrennbarer Zusammenhang zum hoheitlichen Auftrag.¹⁵ Im vorigen Beispiel beißt der Gefangene dem Bediensteten das Fingerglied gerade deswegen ab, weil dieser unmittelbaren Zwang als hoheitliche Maßnahme anwendet.

Zur Abgrenzung wird daher herangezogen, ob die Gegenwehr der vom unmittelbaren Zwang Betroffenen darüber hinausgehe, die zwangsweise Durchsetzung der Maßnahme zu verhindern. Für die Notwehr müsse die Gegenwehr als aktiver Angriff gegenüber den handelnden Bediensteten zu bewerten sein.¹⁶ Doch vermag diese Position nicht völlig zu überzeugen. Der aktive Angriff ist eine der vielen Formen der Gegenwehr, mit der beim vollzugsrechtlichen unmittelbaren Zwang gerechnet werden muss.

6. Eigener Lösungsansatz

Die Abgrenzung zwischen Notwehr und dem vollzugsrechtlichen unmittelbaren Zwang ist aus der objektiven Sicht eines verständigen Dritten zu bestimmen.¹⁷ Solange grundsätzlich (noch) eine kontrollierte Durchsetzung von Vollzugs- und Sicherungsmaßnahmen vorliegt, handelt es sich um vollzugsrechtlichen unmittelbaren Zwang. Die Bediensteten sind an die einschlägigen Regelungen der Vollzugsgesetze gebunden.

Die Überlegungen gelten unabhängig von der Art der Gegenwehr. Sie gelten auch bei Maßnahmen der inneren Sicherheit als Abwehr von Gefahren für Personen. Sie gelten

ebenso, wenn ein Gefangener einem Bediensteten einen Schlag versetzen möchte, weil dieser verschiedene Anträge abgelehnt hat.¹⁸

Erst wenn eine Situation so weit eskaliert, dass grundsätzlich nicht (mehr) von der kontrollierten Durchsetzung von Vollzugs- und Sicherungsmaßnahmen gesprochen werden kann, so greift das Notwehrrecht (§ 32 StGB).

III. Amtshilfe für die Vollzugsbehörde

1. Kein Amtshilfeverbot

Die Öffnungsklausel für andere Regelungen zum unmittelbaren Zwang¹⁹ stellt klar, dass kein vollzugsrechtliches Amtshilfeverbot für unmittelbaren Zwang besteht. Unmittelbarer Zwang durch andere Behörden kann in Amtshilfe für die Vollzugsbehörde zulässig sein (Art. 35 GG, § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwVfG analog).²⁰

Amtshilfe ist legaldefiniert als die ergänzende Hilfe, die eine Behörde auf Ersuchen einer anderen Behörde leistet (§ 4 Abs. 1 VwVfG analog). Die Vollzugsbehörde kann z.B. die Polizei ersuchen, in Amtshilfe beim unmittelbaren Zwang gegen Gefangene zu unterstützen.²¹

2. Anzuwendendes Recht und Verantwortung

Im Wege der Amtshilfe können andere Behörden Maßnahmen der Vollzugsbehörde durchführen. Die Zulässigkeit der durchzuführenden Maßnahmen richtet sich nach dem Recht, das für die Vollzugsbehörde gilt (Art. 35 GG, § 7 Abs. 1 VwVfG analog). Die Vollzugsbehörde trägt gegenüber den anderen Behörden die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der durchzuführenden Maßnahme (§ 7 Abs. 2 S. 1 VwVfG analog).

Soweit eine andere Behörde Amtshilfe leistet, ist sie ersuchte Behörde im Sinne des Amtshilferechts (z.B. die Polizei). Die Durchführung der Amtshilfe richtet sich nach dem für die ersuchte Behörde geltenden Recht (§ 7 Abs. 1 VwVfG analog). Die Polizei wendet also beim unmittelbaren Zwang die einschlägigen Regelungen des Polizeirechts an.²² Die durchzusetzende Maßnahme der Vollzugsbehörde tritt an die Stelle einer durchzusetzenden Maßnahme des Polizeirechts. Die Polizei ist verantwortlich für die Durchführung der Amtshilfe (§ 7 Abs. 2 S. 2 VwVfG analog).

IV. Amtshilfe durch die Vollzugsbehörden

1. Kein allgemeines Amtshilfeverbot

Für die Vollzugsbehörden gilt kein allgemeines Amtshilfeverbot (Art. 35 GG, § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwVfG analog). Es kann also rechtlich zulässig sein, dass eine Vollzugsbehörde Amtshilfe für andere Behörden leistet.²³

2. Amtshilfeverbot für unmittelbaren Zwang?

Es ist umstritten, ob die Amtshilfe durch die Vollzugsbehörde für andere Behörden auch unmittelbaren Zwang umfassen darf.²⁴ Der Streit besteht trotz der Öffnungsklausel, wonach

18 A. A. Koch (1995), 28.

19 § 73 Abs. 3 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 3 HStVollzG, § 87 Abs. 3 NJVollzG, § 92 Abs. 3 LVollzG RP, § 93 Abs. 3 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 3 ThürVollzGB.

20 Vgl. BT-Drs. 7/3998, 36; Arloth & Krä (2017), § 94 StVollzG Rn. 5.

21 Vgl. zu Vorführungen durch die Polizei in Amtshilfe BGH Beschl. v. 12.08.2015 - StB 6/15, juris Rn. 2.

22 Vgl. BT-Drs. 7/3998, 36.

23 Vgl. OLG Hamm Beschl. v. 13.07.1985 - 1 Vollz (Ws) 196/84, NStZ 1986, 354; VG Meinigen Ur. v. 15.02.2007 - 6 D 60013/04 Me, juris Rn. 21 ff.

24 Bejahend Baier & Koepsel (2020), 11. Kap. Buchst. K Rn. 2 m.w.N.; Feest (2017), Teil II § 82 LandesR Rn. 7; Radtke & Britz (2001), 134 ff.; verneinend Bothge (2001), 335 ff.

12 Vgl. OLG München Beschl. v. 28.01.2013 - 4 Ws 202/12 (R), juris Rn. 34; LG Stendal Beschl. v. 13.01.2016 - 509 StVK 328/15, juris Rn. 28.

13 Vgl. Baier & Koepsel (2020), 11. Kap. Buchst. K Rn. 17 ff. m.w.N.

14 Vgl. Feest (2017), Teil II § 82 LandesR Rn. 10, s. auch Teil II § 85 LandesR Rn. 3; Höflich, Schriever & Barteimer (2014), 165; Grommek (1982), Kap. 5 Rn. 3.

15 Vgl. Koch (1995), 27 m.w.N.

16 Vgl. Koch (1995), 30 f.

17 Ebenso Koch (1995), 31.

das Recht zu unmittelbarem Zwang aufgrund anderer Regelungen unberührt bleibt.²⁵

Beispiel:

Ein Gericht ordnet an, einem Strafgefangenen Körperzellen zur DNA-Identitätsfeststellung zu entnehmen (§ 81g StPO; z.B. Speichel- oder Blutprobe). Die Anordnung ist keine Maßnahme

des Strafvollzugs, sondern der (künftigen) Strafverfolgung.²⁶ Die Zuständigkeit für die zwangsweise Verbringung in eine medizinische Einrichtung liegt bei der Polizei.²⁷

Die Polizei ersucht die Vollzugsbehörde um Amtshilfe. Die Vollzugsbehörde solle den Gefangenen – notfalls mit unmittelbarem Zwang – in die medizinische Abteilung der Anstalt bringen. Dort befänden sich ein Vertreter der Staatsanwaltschaft und ein

Arzt, der mit der Entnahme der Probe beauftragt sei. Der Gefangene weigert sich und ist nicht umzustimmen.²⁸ Die Maßnahme lässt sich alleine mit unmittelbarem Zwang durchsetzen.

3. Argumente für ein Amtshilfeverbot

Dreh- und Angelpunkt der Problematik beim unmittelbarem Zwang ist, dass der Gesetzestext von Vollzugs- und Sicherungsmaßnahmen spricht. Man könnte die Formulierung so auslegen, dass Bedienstete der Justizvollzugsanstalten unmittelbarem Zwang nach den Vollzugsgesetzen nur aufgrund von Vollzugs- und Sicherungsmaßnahmen anwenden dürften.

Die Vollzugsbehörde dürfte dann keine Amtshilfe mit unmittelbarem Zwang leisten, weil sie hierzu aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage wäre (Art. 35 GG, § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwVfG analog). Es bestünde ein Amtshilfeverbot für unmittelbarem Zwang. Die Amtshilfe darf nämlich nicht zu einer unzulässigen Erweiterung der rechtlichen Befugnisse der Behörde führen, die Amtshilfe leistet: Wenn für eine Behörde gar keine Regelungen zum unmittelbarem Zwang gelten, so ist ihr auch unmittelbarer Zwang in Amtshilfe verboten.²⁹

4. Argumente gegen ein Amtshilfeverbot

Der Wortlaut der Öffnungsklausel für unmittelbarem Zwang aufgrund anderer Regelungen spricht gegen ein Amtshilfeverbot. Der unmittelbare Zwang aufgrund von Amtshilfe aufgrund von Maßnahmen anderer staatlicher Stellen ist unmittelbarer Zwang aufgrund anderer Regelungen. Diese anderen Regelungen bleiben unberührt.

Außerdem gehört es zum Wesen der Amtshilfe, dass die Amtshilfe leistende Behörde eine fremde, ihr ansonsten nicht obliegende Aufgabe wahrnimmt (Art. 35 GG, § 4 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG analog).³⁰ Es geht eben nicht darum, dass die Vollzugsbehörde Vollzugs- und Sicherungsmaßnahmen als eigene Aufgabe mit unmittelbarem Zwang durchsetzt. Da

die Fremdheit der durchzuführenden Maßnahme notwendig zur Amtshilfe gehört, liegt darin keine unzulässige Erweiterung der rechtlichen Befugnisse der Vollzugsbehörde. Die fremde Maßnahme tritt beim unmittelbarem Zwang an die Stelle der Vollzugs- und Sicherungsmaßnahmen.

5. Prüfung von Amtshilfeersuchen

Die Vollzugsbehörde muss prüfen, ob sie den Amtshilfeersuchen anderer Behörden entspricht. Es darf zunächst kein Amtshilfeverbot vorliegen (Art. 35 GG, § 5 Abs. 2 VwVfG analog).

Auch wenn die Amtshilfe nicht verboten ist, kann die Vollzugsbehörde Amtshilfeersuchen in bestimmten Fällen ablehnen (§ 5 Abs. 3 f. VwVfG analog). Ein Ablehnungsgrund liegt u.a. vor, wenn die Hilfeleistung die Erfüllung der eigenen Aufgaben ernstlich gefährden würde (§ 5 Abs. 3 Nr. 3 VwVfG analog).

In der Praxis haben Vollzugsbehörden bei DNA-Proben (Beispiel zuvor) schon unmittelbarem Zwang in Amtshilfe wegen des vorgenannten Ablehnungsgrundes verweigert. Sie haben sich auf ihren einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Resozialisierungsauftrag bezogen. Die Erfüllung dieses Auftrags setze eine gewisse gemeinsame Grundlage mit den Gefangenen voraus, die durch jeden zusätzlichen unmittelbarem Zwang durch die Vollzugsbehörde ernstlich belastet werde.

Sofern andere staatliche Stellen nicht ausdrücklich um unmittelbarem Zwang ersuchen, ist vor der Anwendung jedenfalls eine Rückfrage bei diesen Stellen angebracht. Angesichts des unmittelbarem Zwangs verzichten andere staatliche Stellen manchmal auf die Durchsetzung der Maßnahmen.³¹

6. Anzuwendendes Recht und Verantwortung

Für das anzuwendende Recht und die Verantwortung bei der Amtshilfe gelten die obigen Überlegungen zur Amtshilfe für die Vollzugsbehörde durch andere Behörden entsprechend. Die Rollen der beiden Behörden sind nur vertauscht.

V. Durchsetzung von Maßnahmen anderer staatlicher Stellen durch andere Behörden

Die Öffnungsklausel zum unmittelbarem Zwang aufgrund anderer Regelungen³² stellt klar, dass die Durchsetzung von Maßnahmen anderer staatlicher Stellen im Justizvollzug durch andere Behörden nicht verboten ist.³³ Die Anordnung und Durchführung der Maßnahmen richten sich nach den Regelungen, die für die anderen staatlichen Stellen gelten.

Beispiel:

Siehe zunächst das Beispiel zuvor. Bedienstete der Polizei kommen aber in die Anstalt und wenden selbst unmittelbarem Zwang an. Der unmittelbare Zwang richtet sich nach den einschlägigen strafverfolgungsrechtlichen Regelungen.³⁴ Die Regelungen der Vollzugsgesetze zum unmittelbarem Zwang sind nicht anwendbar.³⁵

25 § 73 Abs. 3 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 3 HStVollzG, § 87 Abs. 3 NJVollzG, § 92 Abs. 3 LVollzG RP, § 93 Abs. 3 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 3 ThürVollzGB.

26 Vgl. BVerfG Beschl. v. 14.12.2000 - 2 BvR 1741/99, juris Rn. 48 m.w.N.; Senge (1999), 255 f. m.w.N.

27 Vgl. OLG Karlsruhe Beschl. v. 05.03.2002 - 2 VAS 5/01, juris Rn. 1; s. auch OLG Jena Beschl. v. 09.08.1999 - 1 WS 215/99, juris Rn. 13 f.

28 Nach Bothge (2001), 335.

29 Vgl. OLG Celle Beschl. v. 15.07.1991 - 1 VAS 15/90, NStZ 1991, 559 (560).

30 Vgl. VGH München Urt. v. 29.10.1986 - 5 B 85 A. 1702, NStZ 1987, 294.

31 Vgl. OLG Hamm Beschl. v. 31.05.2012 - III-1 Vollz (Ws) 214/12, BeckRS 2012, 20316.

32 § 73 Abs. 3 StVollzG NRW, § 53 Abs. 2 S. 3 HStVollzG, § 87 Abs. 3 NJVollzG, § 92 Abs. 3 LVollzG RP, § 93 Abs. 3 JVollzGB LSA, § 93 Abs. 3 ThürVollzGB.

33 Vgl. Arloth & Krä (2017), § 94 StVollzG Rn. 5.

34 Vgl. OLG Dresden Beschl. v. 01.08.2001 - 3 Ss 25/01, NJW 2001, 3643 (3644) m.w.N.

35 Vgl. Bothge (2001), 337.

Die Vollzugsbehörde mag in solchen Fällen auch eine Ausantwortung bevorzugen, soweit diese rechtlich zulässig ist.³⁶ Bei der Ausantwortung überlässt die Vollzugsbehörde Gefangene befristet in den Gewahrsam anderer staatlicher Stellen (z.B. der Polizei).³⁷ Es handelt sich um einen Sonderfall der Amtshilfe.³⁸ Der unmittelbare Zwang findet dann im Gewahrsam der anderen Behörde statt.

J. Wahl der Mittel des unmittelbaren Zwangs

I. Zweistufige Entscheidung

Die Entscheidung über unmittelbaren Zwang lässt sich rechtlich zweistufig begreifen:

In einem ersten Schritt muss die Vollzugsbehörde entscheiden, ob sie überhaupt unmittelbaren Zwang anwendet. Auf der Ermessensebene spricht man von einem Entschließungsermessens. Siehe hierzu im ersten Teil dieses Aufsatzes G II (= FS 2020, 198 f.).

In einem zweiten Schritt muss die Vollzugsbehörde auswählen, welche Mittel des unmittelbaren Zwangs sie anwendet. Auf der Ermessensebene spricht man von einem Auswahlermessens.

Zu den Mitteln des unmittelbaren Zwangs gehören auch Schusswaffen. Für diese gelten aber besondere Bestimmungen, die später dargestellt werden.

II. Zulässigkeit der Mittel

Die gewählten Mittel des unmittelbaren Zwangs müssen zulässig sein. Eine allgemeine Unzulässigkeit kann sich z.B. aus einer Verletzung der Menschenwürde ergeben (Art. 1 Abs. 1 GG). Das ist z.B. bei einer Hundepeitsche der Fall.³⁹

Soweit gesetzlich erforderlich, müssen die eingesetzten Mittel dienstlich zugelassen sein. Siehe hierzu im ersten Teil dieses Aufsatzes E III ff. (= FS 2020, 195 f.).

III. Verhältnismäßigkeit der Mittel

NIEDERSACHSEN besitzt im Kapitel über den unmittelbaren Zwang keine allgemeine Vorschrift zur Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel. Die nachfolgenden Gedanken sind dort aus der allgemeinen Regelung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abzuleiten (§ 4 NJVollzG).⁴⁰

1. Möglichkeit der Mittel

Es ist unter den möglichen Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs zu wählen.⁴¹ Der Einsatz bestimmter Mittel des unmittelbaren Zwangs muss also zunächst in der konkreten Situation möglich sein.⁴²

Ein bestimmtes Mittel des unmittelbaren Zwangs kann situationsbedingt nicht einsetzbar sein. Es liegt z.B. ein Eilfall vor und die Schlagstöcke befinden sich in der weit entfernten und mit einer Sonderschließung versehenen Wafenkammer der Anstalt.

36 Vgl. Bothge (2001), 337.

37 § 11 Abs. 3 StVollzG NRW, § 11 Abs. 2 HStVollzG, § 10 Abs. 3 S. 1 NJVollzG, § 48 Abs. 6 LJVollzG RP, § 23 Abs. 8 JVVollzG LSA, § 49 Abs. 6 ThürjVollzG.

38 Vgl. NdsLT-Drs. 15/4325, 6; Arloth & Krä (2017), § 8 StVollzG Rn. 8.

39 Vgl. Baier & Koepsel (2020), 11. Kap. Buchst. K Rn. 29 m.w.N.; Höflich, Schriever & Bartmeier (2014), 164.

40 Vgl. NdsLT-Drs. 15/4325, 3. und 31.

41 § 74 Abs. 1 StVollzG NRW, § 53 Abs. 3 S. 1 HStVollzG, § 4 S. 1 NJVollzG, § 93 Abs. 1 LJVollzG RP, § 94 Abs. 1 JVVollzG LSA, § 94 Abs. 1 ThürjVollzG.

42 Vgl. Baier & Koepsel (2020), 11. Kap. Buchst. K Rn. 39.

Möglicherweise hält die Vollzugsbehörde bestimmte Mittel des unmittelbaren Zwangs auch gar nicht vor (z.B. im offenen Vollzug).

2. Geeignetheit der Mittel

Es ist unter mehreren geeigneten Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs zu wählen.⁴³ Ein Mittel ist geeignet, wenn es die Erreichung des verfolgten Zwecks zumindest fördert.

Wenn der Zweck schon erreicht ist, kann das Mittel die Zweckerreichung nicht mehr fördern.⁴⁴ Das Mittel ist dann ungeeignet und damit rechtswidrig. Gleiches gilt für den unmittelbaren Zwang an sich.

3. Erforderlichkeit der Mittel

Unter mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs sind diejenigen zu wählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigen.⁴⁵ Die Wahl des am wenigsten beeinträchtigenden Mittels entspricht der Erforderlichkeit als Teil der Verhältnismäßigkeit. Ein Mittel ist erforderlich, wenn kein milderes, im Wesentlichen gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht.

Beispiel:

Die Vollzugsbehörde entzieht einem Gefangenen die Erlaubnis zum Besitz eines eigenen Fernsehers. Der Gefangene versucht seinen Fernseher zu „beschützen“. Er verlässt seinen Haftraum nicht mehr. Wenn Bedienstete den Fernseher abholen möchten, stellt sich der Gefangene vor den Fernseher und schirmt ihn ab. Er leistet rein passiven Widerstand.

Falls die Bediensteten Schlagstöcke einsetzen, wäre das nicht das Mittel, das den Gefangenen voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Bei der Sachlage reicht einfache körperliche Gewalt aus. Der Einsatz von Schlagstöcken wäre damit rechtswidrig.

Die Einwirkung auf Sachen ist grundsätzlich weniger beeinträchtigend als die Einwirkung auf Personen. Außerdem nimmt die Beeinträchtigung von Waffen über Hilfsmittel der körperlichen Gewalt bis hin zu einfacher körperlicher Gewalt prinzipiell ab.⁴⁶ In bestimmten Konstellationen kann das aber anders zu bewerten sein.

4. Angemessenheit der Mittel

Unmittelbarer Zwang unterbleibt, wenn ein durch ihn zu erwartender Schaden erkennbar außer Verhältnis zu dem angestrebten Erfolg steht.⁴⁷ Die Regelung entspricht der Angemessenheit als Teil der Verhältnismäßigkeit. Siehe hierzu im ersten Teil dieses Aufsatzes G II (= FS 2020, 198 f.).

43 § 74 Abs. 1 StVollzG NRW, § 53 Abs. 3 S. 1 HStVollzG, § 4 S. 1 NJVollzG, § 93 Abs. 1 LJVollzG RP, § 94 Abs. 1 JVVollzG LSA, § 94 Abs. 1 ThürjVollzG.

44 Vgl. Baier & Koepsel (2020), 11. Kap. Buchst. K Rn. 42; VV zu § 96 StVollzG.

45 § 74 Abs. 1 StVollzG NRW, § 74 Abs. 1 StVollzG NRW, § 53 Abs. 3 S. 1 HStVollzG, § 4 S. 1 NJVollzG, § 93 Abs. 1 LJVollzG RP, § 94 Abs. 1 JVVollzG LSA, § 94 Abs. 1 ThürjVollzG.

46 Vgl. Feest (2017), Teil II § 83 LandesR Rn. 2.

47 § 74 Abs. 2 StVollzG NRW, § 53 Abs. 3 S. 2 HStVollzG, § 4 S. 2 NJVollzG, § 93 Abs. 2 LJVollzG RP, § 94 Abs. 2 JVVollzG LSA.

K. Androhung von unmittelbarem Zwang

I. Pflicht zur Androhung

1. Voraussetzungen und Funktion der Androhung

Unmittelbarer Zwang ist vorher anzudrohen.⁴⁸ Die Androhung setzt voraus, dass unmittelbarer Zwang im konkreten Fall rechtmäßig wäre. Wenn der unmittelbare Zwang hingegen rechtswidrig wäre, so wäre auch die Androhung rechtswidrig.⁴⁹

Die gesetzliche Regelung begründet eine Pflicht der Vollzugsbehörde, unmittelbaren Zwang vorher anzudrohen. Unmittelbarer Zwang ist immer mit Gefahren für die Betroffenen, aber auch für die eingesetzten Bediensteten verbunden. Die Androhung soll solche Gefahren möglichst reduzieren.⁵⁰ Sie stellt sicher, dass selbst die konkrete Aussicht auf unmittelbaren Zwang nicht zum geforderten Verhalten führt.⁵¹

Die rechtmäßige Androhung von unmittelbarem Zwang stellt strafrechtlich keine Nötigung dar. Für eine Nötigung muss die Androhung des empfindlichen Übels rechtswidrig sein (§ 240 Abs. 1 f. StGB). Die Regelungen der Vollzugssetze zur Androhung dienen insoweit als Rechtfertigungsgrund.⁵²

Neben der allgemeinen Regelung zur Androhung von unmittelbarem Zwang gibt es eine abschließende Spezialvorschrift zur Androhung des Schusswaffengebrauchs.⁵³

2. Form und Inhalt der Androhung

Die Androhung von unmittelbarem Zwang ist gesetzlich an keine bestimmte Form gebunden. Sie wird in der Regel mündlich erfolgen.⁵⁴ Eine mündliche Verständigung kann aber z.B. wegen einer Sprachbarriere nicht möglich sein. Es kommt dann auch eine konkludente Androhung z.B. über Gesten in Betracht.⁵⁵

Die Androhung von unmittelbarem Zwang muss eindeutig sein.⁵⁶ Es ist aber nicht erforderlich, dass die Worte „unmittelbarer Zwang“ fallen. Andere Worte können für Laien leichter verständlich sein (z.B. „Gewalt“).

Die Androhung von unmittelbarem Zwang muss nicht die Mittel benennen, die eingesetzt werden sollen.⁵⁷ Zum einen fordert der Wortlaut der Regelung keine Benennung. Zum anderen lässt sich der Umkehrschluss zum Schusswaffengebrauch ziehen, der ausdrücklich als Mittel anzudrohen ist. Die Androhung muss auch nicht den genauen Zeitpunkt des voraussichtlichen Beginns benennen. Sowohl die Kenntnis der Mittel als auch des Zeitpunktes können den Betroffenen taktische Vorteile verschaffen.⁵⁸

Nach der Androhung ist den Betroffenen eine angemessene Frist einzuräumen, damit sie den unmittelbaren Zwang noch durch das geforderte Verhalten abwenden können. Die Angemessenheit der Frist ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls.

3. Verbrauch der Androhung

Die Androhung von unmittelbarem Zwang kann sich verbrauchen. Ein Verbrauch liegt vor, wenn die Betroffenen nach dem Verhalten der Vollzugsbehörde davon ausgehen dürfen, dass die Behörde nicht mehr ohne Weiteres unmittelbaren Zwang anwenden wird. Das kann z.B. der Fall sein, wenn die Vollzugsbehörde nach der Androhung wieder in umfangreiche Gespräche mit den Betroffenen einsteigt.

Nach einem Verbrauch der Androhung ist unmittelbarer Zwang erneut anzudrohen, sofern keine Ausnahme von der Pflicht zur Androhung vorliegt.

II. Ausnahmen von der Pflicht zur Androhung

Die Androhung von unmittelbarem Zwang darf nur in bestimmten Fällen unterbleiben. Die gesetzliche Ausnahmeregelung ist abschließend. Die Voraussetzungen für eine Ausnahme liegen vor, wenn

- die Umstände die Androhung von unmittelbarem Zwang nicht zulassen oder
- unmittelbarer Zwang sofort angewendet werden muss, um die Begehung einer rechtswidrigen Tat zu verhindern, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, oder
- unmittelbarer Zwang sofort angewendet werden muss, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwenden.⁵⁹

Eine gegenwärtige Gefahr liegt vor, wenn

- die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder
- unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht.⁶⁰

HESSEN besitzt eine Ausnahmeregelung mit einer anderen Systematik. Von der Androhung von unmittelbarem Zwang kann abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen. Als Unterfall solcher Umstände benennt das Gesetz beispielhaft („insbesondere“), dass die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer Gefahr notwendig ist (§ 53 Abs. 4 S. 2 HStVollzG). Das praktische Ergebnis der hessischen Regelung entspricht wohl dem in anderen Bundesländern.⁶¹

Psychische Krankheiten und psychische Ausnahmezustände führen nicht notwendig dazu, dass die Umstände eine Androhung von unmittelbarem Zwang nicht zulassen. Es ist auch in diesen Fällen möglich, dass die Betroffenen den Sinn einer solchen Androhung verstehen und sich entsprechend verhalten können.⁶²

III. Folgen von Pflichtverletzungen bei der Androhung

Die Regelungen zur Androhung von unmittelbarem Zwang sind aufgrund ihrer Bedeutung keine sanktionslosen Ordnungsvorschriften, sondern wesentliche Verfahrensvorschriften. Wenn die Androhung unterbleibt, obwohl keine Ausnahme greift, so ist die Anwendung von unmittelbarem Zwang rechtswidrig im Sinne des Vollzugsrechts.

48 § 75 S. 1 StVollzG NRW, § 53 Abs. 4 S. 1 HStVollzG, § 90 S. 1 NJVollzG, § 94 S. 1 LJVollzG RP, § 95 S. 1 JVollzGB LSA, § 95 S. 1 ThürVollzGB.

49 Vgl. LG Neuruppin Beschl. v. 13.10.2004 - 11 Qs 154/04, juris Rn. 13.

50 Vgl. OLG Dresden Beschl. v. 01.08.2001 - 3 Ss 25/01, NJW 2001, 3643 (3644).

51 Vgl. BT-Drs. 7/918, 80; Arloth & Krä (2017), § 98 StVollzG Rn. 1 m.w.N.

52 Vgl. Baier & Koepsel (2020), 11. Kap. Buchst. K Rn. 59.

53 Vgl. BT-Drs. 7/3998, 36.

54 Vgl. Feest (2017), Teil II § 84 LandesR Rn. 2.

55 Vgl. Grommek (1982), Kap. 6 Rn. 1.

56 Vgl. Feest (2017), Teil II § 84 LandesR Rn. 2.

57 Vgl. BGH Urt. v. 14.07.1975 - III ZR 58/73, juris Rn. 24 ff.; OVG Münster Beschl. v. 23.07.1992 - 4 B 898/92, juris Rn. 21 ff. m.w.N.; a.A. Grommek (1982), Kap. 6 Rn. 4 f.

58 S. auch VGH Mannheim Beschl. v. 08.05.2009 - 11 S 1013/09, juris Rn. 9.

59 § 75 S. 2 StVollzG NRW, § 90 S. 2 NJVollzG, § 94 S. 2 LJVollzG RP, § 95 S. 2 JVollzGB LSA, § 95 S. 2 ThürVollzGB.

60 BVerfG Urt. v. 24.07.2018 - 2 BvR 309/15, juris Rn. 109 m.w.N.

61 Vgl. Feest (2017), Teil II § 84 LandesR Rn. 3 m.w.N.

62 Vgl. OLG München Beschl. v. 06.06.2008 - 4 Ws 59/08, juris Rn. 33 m.w.N.

Die Androhung gehört auch zu den wesentlichen Förmlichkeiten im strafrechtlichen Sinne. Ihr ungerechtfertigtes Unterbleiben macht die Anwendung von unmittelbarem Zwang auch im strafrechtlichen Sinne rechtswidrig.⁶³ Der unmittelbare Zwang stellt dann strafrechtlich einen rechtswidrigen Angriff (§ 32 Abs. 2 StGB) und eine rechtswidrige Diensthandlung (§ 113 Abs. 3 S. 1 StGB) dar. Die Betroffenen dürfen sich dann unter Umständen gegen den unmittelbaren Zwang verteidigen und Widerstand leisten. Doch dazu später mehr.

Literatur

- Arloth, F. & Krä, H.** (2017). Strafvollzugsgesetze Bund und Länder. Kommentar. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck oHG.
- Baier, H. & Koepsel, K.** (2020). 11. Kapitel Sicherheit und Ordnung Buchst. K Unmittelbarer Zwang. In Schwind, H., Böhm, A., Jehle, J. & Laubenthal, K. (Hrsg.). Strafvollzugsgesetze. Bund und Länder. Kommentar. 7. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter.
- Bothge, R.** (2001). Nochmal: Die Anwendbarkeit unmittelbaren Zwangs durch Vollzugsbeamte zur Vorbereitung der Entnahme einer Speichelprobe im Rahmen von § 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz. Erwiderung auf Radtke/Britz, ZfStrVo 03/2001, 134 ff. Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe (ZfStrVo), 335 bis 337.
- Feest, J.** (2017). Teil II §§ 82 bis 85 LandesR. In Feest, J., Lesting, W. & Lindemann, M. Strafvollzugsgesetze. Kommentar (AK-StVollzG). 7. Auflage. Köln: Carl Heymanns 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.
- 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.
- Perron, W. & Eisele, J.** (2019). §§ 32, 33 StGB. In Schönke, A. & Schröder, H. (Hrsg.). Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Auflage. München: Verlag C. H. Beck.
- Radtke, H. & Britz, G.** (2001). Zur Anwendbarkeit unmittelbaren Zwangs durch Vollzugsbeamte zur Vorbereitung der Entnahme einer Speichelprobe im Rahmen von § 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz. Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe (ZfStrVo), 134 bis 138.
- Senge, L.** (1999). Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz). Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 253 bis 256.
- 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.