

Sechster Titel Maßregeln der Besserung und Sicherung

Vorbemerkungen zu §§ 61 ff. StGB

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
A. Grundsätzliches	1	V. Kumulationsprinzip, Vikariierungsprinzip,	
I. Entwicklung des Maßregelrechts	1	Maßregelkonkurrenz	29
II. Zweck der Maßregeln	8	C. Zuziehung von Sachverständigen	32
B. Prinzipien des Maßregelrechts	13	D. Grundlagen der Kriminalprognose	41
I. Rechtsstaatlichkeit	13	I. Prognosemethoden	41
II. Künftige Gefährlichkeit des Täters	14	II. Prognosekriterien	46
III. Subsidiaritätsprinzip	24	III. Mindestanforderungen für Prognosegut-	
IV. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	28	achten	54

- 1 A. Grundsätzliches. I. Entwicklung des Maßregelrechts. Der Zweck der im konkreten Fall zu verhängenden Strafe ist seit jeher umstritten. Nach traditionellem Verständnis setzt Strafe Schuld voraus, und sie darf zumindest nicht ausschließlich nach Gesichtspunkten der Spezialprävention bemessen werden. Trotz vielfältiger Auflockerungen des Strafsystems ist deshalb auch im geltenden Recht die Schuld des Täters Grundlage für die Zumessung der Strafe (§ 46). Aus dieser Orientierung der Strafe ergibt sich, dass sie den Notwendigkeiten der Vorbeugung gegenüber weiteren Taten des Rechtsbrechers nicht immer gerecht werden kann. Daher verfestigte sich in einem komplizierten Entwicklungsprozess, insb. in Abgrenzung zu vorbeugenden Sicherungsregelungen mehr polizeirechtlicher Art, im Laufe der Zeit der Gedanke, das System der Strafen durch ein System weiterer strafrechtlicher Reaktionsmittel zu ergänzen (näher LK/Schöch Vor § 61 Rn. 1 ff.).
- 2 Die Zweispurigkeit des Sanktionensystems im deutschen Strafrecht geht auf das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24.11.1933 zurück, durch das Maßregeln der Besserung und Sicherung – nach Vorarbeiten in der Weimarer Republik unter dem Einfluss der modernen Strafrechtsschule (*v. Liszt, Radbruch*) – zum ersten Mal Eingang in das StGB fanden. Sie ist seither im Prinzip erhalten geblieben.

Hintergrund der Aufrechterhaltung des zweispurigen Systems ist die Angst vor den angenommenen Risiken eines einspurigen, rein präventiven Systems. So wird befürchtet, dass die **limitierende Funktion des Schuldstrafrechts** zum Schaden des Bürgers zerstört werden könnte, wenn man zwar an der Strafe festhält, diese aber zu sehr an präventiven Bedürfnissen orientiert. Das **Risiko eines reinen Maßregelrechts**, bei dem nur an die Gefährlichkeit des Täters angeknüpft wird, wird darin gesehen, dass man den Bürger ohne Rücksicht auf seine Schuld zum Objekt staatlicher Einwirkungen machen könnte. Beide Szenarien sind allerdings insofern unrealistisch, als ihnen bereits geltendes Verfassungsrecht, insb. die Freiheitsgrundrechte in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie die Menschenwürde entgegenstünden (s. dazu demnächst *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, erscheint 2013).

In der Zeit nach dem 2. Weltkrieg hat das zweispurige System einige Veränderungen und Relativierungen erfahren, insb. durch das 2. StrRG vom 04.07.1969, das am 01.01.1975 in Kraft getreten ist. Einmal ist das Strafsystem seitdem selbst sehr viel stärker an der **gezielt präventiven Einwirkung** ausgerichtet, und zwar durch das vorrangige Vollzugsziel der Resozialisierung (vgl. § 2 Satz 1 StVollzG des Bundes) sowie durch vielfältige gesetzliche Möglichkeiten des Verzichts auf die schuldangemessene Strafe klassischer Prägung (»Öffnung nach unten«) zugunsten spezialpräventiver Beeinflussungen und Reaktionen (z.B. §§ 47, 56 ff., 57, 59; s. vor allem auch §§ 46a und 46b mit der Möglichkeit des Absehens von Strafe). Zum anderen ist das schroffe Nebeneinander von Strafe und Maßregel im Bereich der freiheitsentziehenden Reaktionen durch das **Prinzip des Vikariierens** (§ 67) nicht unerheblich zugunsten »resozialisierungsfreundlicherer« Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 63, 64) abgemildert. Dass hier eine gewisse Austauschbarkeit bzw. funktionale Äquivalenz vorliegt, zeigt das damit verbundene **Prinzip der Anrechnung** von Unterbringungszeiten auf die Strafhaft (§ 67 Abs. 4), das vom BVerfG in jüngerer Zeit weiter gestärkt wurde (Beschl. v. 27.03.2012, 2 BvR 2258/09). Schon diese Entwicklung hat das Bild zweier völlig getrennter Spuren fragwürdig gemacht (*Schüler-Springorum* FS Roxin, 2001; s. außerdem Rdn. 7a).

Schließlich ist das Maßregelsystem selbst in mancherlei Weise stärker an dem Bemühen orientiert worden, mit der Anordnung **nur wirklich gefährliche Täter** zu treffen, die verschiedenen Einwirkungsformen des Maßregelrechts besser zu koordinieren und die notwendige Durchführung einer Maßregel elastischer und kontrollierbarer zu machen, insb. durch Verschärfung der Eingriffsvoraussetzungen und durch regelmäßige gerichtliche Kontrollen bei den freiheitsentziehenden Maßregeln unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (§§ 62, 67d, e).

Insgesamt wurde auf diese Weise ein Reaktionssystem anvisiert, das bei Strafen wie Maßregeln in erster Linie eine **kriminalpolitisch sachgerechte Einwirkung** ermöglichen soll. Programmatish wird diese Entwicklung des individualpräventiven Ansatzes in der Umkehrung der Begriffe Sicherung und Besserung deutlich (vgl. BVerfG StV 1994, 596; *NKI Böllinger/Pollähne* § 61 Rn. 3 m.w.N.).

Die Entwicklung des Maßregelrechts seit Ende der 90er Jahre ist allerdings geprägt von einer verstärkten **Betonung des Sicherheitsgedankens**, die fast durchgehend eine Verschärfung der Regelungen mit sich brachte (vgl. *Fischer* vor § 61 Rn. 4 m.w.N.), und zwar nicht nur bei der Sicherungsverwahrung (§§ 66–66b; s. zusammenfassend *Schöch* NK 2012, 47 ff.), sondern auch bei der Entlassung aus dem Maßregelvollzug (§ 67d). Damit einher ging eine starke Zunahme der Unterbringungsanordnungen (s. nur § 63 Rdn. 3 sowie § 64 Rdn. 2).

Nachdem der EGMR in mehreren Urteilen die Sicherungsverwahrung als »Strafe« im Sinne der EMRK eingeordnet hat (grundlegend EGMR, NJW 2010, 2495), ist die strikte Trennbarkeit zwischen Strafe und der Maßregel der Sicherungsverwahrung und damit das Konzept der Zweispurigkeit insgesamt aktuell wieder in die Diskussion geraten (s. nur *Höffler/Kaspar* ZStW 124 (2012), 87 ff. m.w.N.). Das BVerfG hat demgegenüber auch in einer neueren Entscheidung (NJW 2011, 1931 ff.) daran festgehalten und die Regelungen über die Sicherungsverwahrung wegen Verletzung des »Abstandsgebots« im Verhältnis zum Strafvollzug weitgehend für verfassungswidrig erklärt (s. die Erl. zu § 66; kritisch zur Argumentation mit dem Abstandsgebot und ihren straftheoretischen Prämissen *Höffler/Kaspar* ZStW 124 (2012), 87 [108 ff.]).

II. **Zweck der Maßregeln.** Genereller Zweck aller Maßregeln ist die Gefahrenabwehr durch **Vorbeugung** gegenüber künftigen Straftaten, mit anderen Worten: **präventiver Rechtsgüterschutz**. Die Parallele zu den modernen, eher präventionsorientierten straftheoretischen Ansätzen liegt auf der Hand (s. auch Rdn. 12). Von diesem allgemeinen (End-) Zweck aller Maßregeln zu unterscheiden sind der Weg und die Mittel, mit deren Hilfe das Gesetz der weiteren Gefährlichkeit des Täters zu begegnen sucht.

Grundsätzlich können die Maßregeln ihren generellen Zweck sowohl durch die bessernde Einwirkung auf den Täter als auch durch seine Sicherung erreichen. **Vorrang** hat dabei der Gedanke der **Besserung**; die Sicherung tritt erst und nur dann in den Vordergrund, wenn eine Besserung nicht möglich erscheint.

- 10 Der Vorrang des Besserungsgedankens darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine scharfe Trennung der beiden Ziele nicht immer möglich ist, schon weil z.B. jede Besserung (oder jeder Besserungsversuch) durch Unterbringung in einer freiheitsentziehenden Maßregel auch eine Sicherung für die Zeit der Unterbringung bedeutet.
- 11 Zu betonen bleibt, dass das Besserungsziel allein nie die Anordnung einer Maßregel rechtfertigt, weil die Besserung immer auf den Zweck bezogen sein muss, der Gefahr weiterer Straftaten vorzubeugen (vgl. BVerfGE 22, 180). Auch ist davor zu warnen, vor allem bei den stationären Maßregeln die (im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 62 zu beachtende) Schwere des Grundrechtseingriffs aufgrund der angestrebten Besserungswirkung zugunsten des Täters zu gering zu veranschlagen. Denn der mögliche fördernde und unterstützende Effekt der Unterbringung ändert nichts am Faktum des Freiheitsentzugs, der den Grundrechtseingriff ganz wesentlich prägt. Es wäre daher verfehlt, die Unterbringung einseitig als »Wohltat« gegenüber dem Betroffenen zu begreifen.
- 12 Die an der Gefährlichkeit des Täters orientierten Maßregeln sollen künftige Rechtsbrüche verhindern. Wie bei der Strafe ist dafür die Begehung einer rechtswidrigen Tat als Ausgangspunkt der Beurteilung erforderlich (sog. Anlassstat). Der entscheidende Unterschied zur Strafe im Sinne eines klassischen Schuldkonzeptes liegt darin, dass die Maßregeln ihren rechtfertigenden Grund nicht in der schuldhaften Tatbegehung, sondern in der Verhinderung künftiger Straftaten finden. Genau an dieser Stelle setzt jedoch die Kritik an: Lehnt man eine absolute Strafbegründung allein aus Gründen der Vergeltung oder des »Schuldausgleichs« richtigerweise ab, kann auch die Strafe allein anhand ihres präventiven Zwecks gerechtfertigt werden. Folgt man dem, lässt sich die Abgrenzung von Strafen und Maßregeln nicht mehr anhand des Begriffspaares Schuldausgleich – Prävention vornehmen. Vielmehr bedarf es einer weiteren Differenzierung anhand der verschiedenen Formen von Prävention (vgl. Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87 [97 ff.]).
- 13 **B. Prinzipien des Maßregelrechts. I. Rechtsstaatlichkeit.** Maßregeln setzen die Begehung einer mindestens rechtswidrigen Tat voraus, die in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren festgestellt werden muss. Maßregeln können nur im strafgerichtlichen Verfahren bzw. dem ihm angenäherten Sicherungsverfahren (§§ 413 ff. StPO) angeordnet werden; eine Ausnahme stellt insoweit der seltene Fall der Führungsaufsicht kraft Gesetzes dar (§ 68 Abs. 2). Auch für Maßregeln gilt das Analogieverbot sowie der Grundsatz in dubio pro reo (s.u. Rdn. 16 ff.).
- 14 **II. Künftige Gefährlichkeit des Täters.** Im Mittelpunkt des Maßregelrechts steht die Frage der weiteren Gefährlichkeit des Täters, und zwar speziell im Hinblick auf die Begehung weiterer Straftaten. Gefährlichkeit ist als Wiederholungswahrscheinlichkeit i.S. eines gesteigerten Grades der Möglichkeit zu verstehen (LK/Schöch Vor § 61 Rn. 57 ff.). Diese Wahrscheinlichkeit ist ein der Gegenwart angehörender Sachverhalt, der sich aber regelmäßig aus der Bewertung vieler Einzel Tatsachen zusammensetzt und dadurch stark werdende Züge trägt. Gleichwohl ist die Wahrscheinlichkeit als solche »tatsächlich« festzustellen. Welcher Grad von Wahrscheinlichkeit jeweils ausreichend oder erforderlich ist, ergibt sich aus den Voraussetzungen der einzelnen Maßregel. Generell reicht aber die bloße Möglichkeit der Wiederholung zur Bejahung der Gefährlichkeit nicht (LK/Schöch § 63 Rn. 59).
- 15 Beim **Gefahr**begriff aus prozessualer Sicht geht es um die umstrittene Frage, wie der Richter bei Zweifeln über die weitere Gefährlichkeit des Täters zu entscheiden hat. Das richtet sich im Ausgangspunkt nach den allgemeinen Grundsätzen der richterlichen Überzeugungsbildung (§ 261 StPO).
- 16 Bei der **Anordnung von Maßregeln** muss der Richter nach diesen Grundsätzen (dazu z.B. LR/Sander § 261 Rn. 7 ff. m.w.N.) vom Vorliegen der die Verurteilung begründenden Tatsachen überzeugt sein. Es genügt nicht, dass er diese Umstände nur für wahrscheinlich hält (BGHSt 10, 208 [209]). Bestehen für den Richter nicht überwindliche Zweifel an der Gefährlichkeit, hat er den Grundsatz in dubio pro reo anzuwenden und die Maßregelanordnung zu unterlassen (BGHSt 5, 350 [352]; BGH GA 1955, 149 [151]).
- 17 Bei Entscheidungen über die **Aussetzung oder Beendigung** einer angeordneten Maßregel (§§ 67b, 67c, 67d Abs. 2, 3 und 6, 68e, 69a Abs. 7, 70a Abs. 1) gilt nach traditioneller Meinung der Grundsatz in dubio pro reo nicht (OLG Köln NJW 1955, 683; OLG Karlsruhe, JZ 1958, 669; Lackner/Kühl § 61 Rn. 5): Aus Wortlaut und Zweck der entsprechenden Vorschriften ergebe sich, dass die Aussetzung oder Beendigung nur erfolgen dürfe, wenn der Richter davon überzeugt ist, dass die vom erkennenden Gericht bei der Anordnungsprognose bejahte Gefährlichkeit weggefallen, entscheidend gemindert oder durch andere Maßnahmen ausgeglichen ist. Solange er diese Überzeugung nicht habe, sei die Aussetzung usw. im Gesetz nicht vorgesehen; insoweit könne daher der Grundsatz in dubio pro reo nicht gelten, gehe das non liquet vielmehr zulasten des Verurteilten.
- 18 Diese Auffassung wird mit überzeugenden Argumenten zunehmend bestritten (vgl. SK-StGB/Sinn § 61 Rn. 14; LK/Schöch Vor § 61 Rn. 66 f.). Bei der Anordnung der Maßregel ist nach heutigem Recht auf die

Gegebenheiten im Zeitpunkt des Urteils Bezug zu nehmen. Die Entscheidung über die Aussetzung und Beendigung ist demgegenüber eine **eigenständige und neue Entscheidung**, bei der Zweifel nicht ohne Weiteres zu Lasten des Täters gehen, sondern in die gesetzlichen Kriterien zu integrieren sind, nach denen die Entscheidung jeweils zu treffen ist.

Richtig ist daher, dass der Richter bei seiner Entscheidung »in **dubio pro reo**« diejenigen belastenden tatsächlichen Umstände außer Acht zu lassen hat, von deren Vorhandensein er sich nicht zu überzeugen vermag. Andererseits bedeutet dies nicht, dass für die Entscheidungen über die Aussetzung oder Beendigung der Grundsatz in **dubio pro reo** in gleichem Umfang gilt wie für die Maßregel-Anordnung (so aber offenbar NK/*Böllinger/Pollähne* § 61 Rn. 65). Das Gesetz verlangt für die erörterten Folgeentscheidungen, dass die im Zeitpunkt des Urteils bejahte Gefährlichkeit des Täters nunmehr weggefallen oder entschärft ist. Die Voraussetzungen dieser Entscheidung unterscheiden sich insoweit von denen bei der Maßregel-Anordnung. So führt kein Weg daran vorbei, dass der Richter die Aussetzung einer Maßregel zur Bewährung nur verantworten kann, wenn er von der **Erwartung künftiger Legalbewährung überzeugt** ist.
(nicht besetzt)

20–23

III. Subsidiaritätsprinzip. Im Maßregelrecht gilt das **Subsidiaritätsprinzip**. Danach kommt eine Maßregel dann nicht in Betracht, wenn weniger einschneidende Maßnahmen einen ausreichend zuverlässigen Schutz vor der Gefährlichkeit des Täters bieten. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinne mit seinem Teilaspekt der »Erforderlichkeit« (vgl. § 62 Rdn. 4).

24

Bei den **nicht-freiheitsentziehenden Maßregeln** hat das Subsidiaritätsprinzip bisher praktisch keine Rolle gespielt. Bei den freiheitsentziehenden Maßregeln ist strittig, ob das Prinzip nur für die **Vollstreckung** der Maßregel oder auch für deren **Anordnung** gilt. Ein wesentlicher Teil des Schrifttums will das Subsidiaritätsprinzip – dem StGB-Entw. 1962 (BT-Drucks. IV/650 Begründung S. 210, 211) folgend – nicht mehr bei der Anordnung der Maßregel, sondern nur noch für die Frage der Vollstreckung gelten lassen (z.B. SK-StGB/*Horn* § 63 Rn. 15). Richtigerweise folgt aber aus der **Ableitung des Subsidiaritätsprinzips aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (s. Rdn. 20), dass es der Strafgesetzgeber nicht in der Hand hat, das Subsidiaritätsprinzip bei der Anordnung der Maßregel zwingend auszuschließen (BGH, NStZ-RR 2007, 300; BGH NStZ-RR 1998, 359; OLG München R&P 2002, 184 m. Anm. *Pollähne*; vgl. auch Rdn. 24 sowie § 62 Rdn. 7).

25

Der Richter hat daher eine **doppelte Subsidiaritätsprüfung** vorzunehmen: Er muss zunächst prüfen, ob schon die Anordnung der Maßregel entfallen kann, weil mildere Maßnahmen die Gefährlichkeit des Täters beträchtlich reduzieren; und er muss, falls er dies verneint, weiter prüfen, ob wegen solcher milderer Möglichkeiten die Aussetzung gem. § 67b bzw. § 67c Abs. 1 in Betracht kommt.

26

Zu beachten ist im Übrigen, dass das **Subsidiaritätsprinzip nicht im Verhältnis zur Strafe** gilt, auf die Maßregel also nicht verzichtet werden darf, weil eine Einwirkung durch – gleichzeitig ausgesprochene – Strafe genügt. Das ergibt sich im neuen Recht namentlich aus dem grundsätzlichen Vorrang des Maßregelvollzugs (§ 67) sowie aus dem Umstand, dass der i.S.d. Maßregelrechts gefährliche Täter nach der Entlassung stets der Führungsaufsicht unterliegen soll. Es darf auch nicht die Strafe etwas erhöht werden, um dafür auf eine an sich angezeigte Maßregel zu verzichten. Richtig und notwendig ist nur der Gebrauch des Vikariierens (§ 67) und der Maßregelkonkurrenz (§ 72) sowie, soweit vertretbar, der ersatzlose Verzicht auf eine Maßregel (NK/*Böllinger/Pollähne* § 61 Rn. 62).

27

IV. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Über den spezifischen Bereich des Subsidiaritätsprinzips hinaus gilt im Maßregelrecht der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** (§ 62). Er verlangt generell eine Abwägung der Belastungen, die mit dem Freiheitsentzug als Eingriff in Art. 2 Abs. 2 GG verbunden sind, mit dem damit verfolgten Ziel des Schutzes der Allgemeinheit vor schweren Straftaten (zu den Abwägungskriterien s. genauer § 62 Rdn. 12 ff.). Wichtig ist, dass der Grundsatz kraft Verfassungsrechts für alle belastenden staatlichen Maßnahmen gilt und daher – entgegen dem Wortlaut des § 62 – nicht nur bei der Anordnung von Maßregeln, sondern auch bei der Frage ihrer (weiteren) Vollstreckung zu beachten ist (BVerfGE 70, 297 [311]).

28

V. Kumulationsprinzip, Vikariierungsprinzip, Maßregelkonkurrenz. Entsprechend der unterschiedlichen Eigenart von Strafe und Maßregel gilt im Grundsatz das sog. **Kumulationsprinzip**: Die Maßregel tritt neben die Strafe für die Anlasstat, sofern auch die Voraussetzungen einer Bestrafung vorliegen.

29

Das Prinzip des sog. **Vikariierens** (§ 67) besagt, dass die Maßregel in diesem Fall regelmäßig vor der Strafe zu vollziehen ist; ihr Vollzug muss dann gem. § 67 Abs. 4 auf die Strafe angerechnet werden. Soweit das Prinzip nicht gilt (Sicherungsverwahrung) oder im Einzelfall nach richterlicher Entscheidung nicht angewendet wird

30

(§ 67 Abs. 2), ist nach § 67c Abs. 1 vor dem Ende des Strafvollzugs darüber zu entscheiden, ob der Zweck der Maßregel die Unterbringung noch erfordert.

- 31 Liegen die Voraussetzungen für die **Anordnung mehrerer Maßregeln** vor, werden sie nach § 72 nur insoweit nebeneinander angeordnet, wie das zur Erreichung des erstrebten Zwecks erforderlich ist, wobei unter mehreren geeigneten Maßregeln denen der Vorzug zu geben ist, die den Täter am wenigsten beschweren – auch das ist eine Ausprägung des oben erwähnten Subsidiaritätsprinzips. Sind in verschiedenen Verfahren Maßregeln – sei es der gleichen, sei es verschiedener Art – angeordnet worden, richtet sich ihre Behandlung bei einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung nach § 55 Abs. 2. Kommt es zur mehrfachen Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, ist eine frühere Anordnung durch die spätere kraft Gesetzes »erledigt« gem. § 67f (vgl. § 64 Rdn. 39).
- 32 **C. Zuziehung von Sachverständigen.** Ist mit der Anordnung einer **freiheitsentziehenden Maßregel** zu rechnen, muss das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung einen Sachverständigen zuziehen (§ 246a StPO; BVerfGE 70, 297 [308]). Trotz des missverständlichen Wortlauts des § 246a StPO ist das Gericht verpflichtet, dem Sachverständigen schon **vor der Hauptverhandlung** Gelegenheit zur Untersuchung zu geben (BGH NStZ 2002, 384; s. auch § 64 Rdn. 48). Der Sachverständige muss nicht Arzt sein (*Meyer-Göfner* § 246a Rn. 1). In Betracht kommt auch ein Psychologe, Kriminologe oder (Sozial-) Pädagoge.
- 33 Die Untersuchung muss grundsätzlich im Hinblick auf die im Raum stehende Maßregel erfolgen, also »**maßnahmespezifisch**« (*Meyer-Göfner* § 246a Rn. 3) sein; eine allgemeine psychiatrische Untersuchung genügt nicht (BVerfG NJW 1995, 3047 gegen BGH NStZ 1994, 592). Nach Ansicht des BGH soll jedoch eine Untersuchung i.R.d. Unterbringung gem. § 63 i.d.R. auch für die Anordnung von Sicherungsverwahrung genügen (BGH NStZ-RR 2003, 98), was angesichts der Unterschiede bei den Anordnungsvoraussetzungen fraglich ist.
- 34 Die **unterlassene Zuziehung** begründet i.d.R. die Revision (näher LR/*Becker* § 246a Rn. 12). Auch das Unterlassen einer vorherigen Untersuchung kann – als Verletzung des § 244 Abs. 2 StPO – die Revision begründen (BGHSt 9, 1; 27, 166). Der Richter darf das Sachverständigenurachten nicht unbeschrieben übernehmen. Er muss zu ihm auch im Urteil Stellung nehmen (vgl. z.B. BGHSt 7, 238 [240]; 12, 311 [314 f.]). Im Übrigen »soll« ein Sachverständiger schon im Ermittlungsverfahren zugezogen werden (§ 80a StPO). Unter den Voraussetzungen des § 81 StPO kann eine stationäre Begutachtung im psychiatrischen Krankenhaus für die Dauer von höchstens sechs Wochen erfolgen.
- 35 Bei **nicht-freiheitsentziehenden Maßregeln** richtet sich die Pflicht des erkennenden Gerichts zur Zuziehung von Sachverständigen nach den allgemeinen Regeln (Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO; Beweisanztragsrecht der §§ 244 ff. StPO).
- 36–40 (*nicht besetzt*)
- 41 **D. Grundlagen der Kriminalprognose. I. Prognosemethoden.** Die **intuitive Prognose** ist die in der Strafrechtspraxis in weniger komplizierten Fällen übliche Einschätzung des Täters und der Sanktionswirkungen durch Personen, die hierfür keine psychiatrische, psychologische oder kriminologische Ausbildung besitzen (z.B. Richter, Staatsanwälte, Vollzugsbedienstete), sondern aufgrund ihrer Menschenkenntnis und Berufserfahrung urteilen. Es handelt sich um keine wissenschaftliche Methode, sondern um ein Behelfsverfahren, das jedoch in der Praxis unentbehrlich und am weitesten verbreitet ist, da die Heranziehung spezieller Sachverständiger meistens zu zeitraubend und kostenaufwendig wäre (*Kaiser* § 88 Rn. 4; *Meier* 2010 § 7 Rn. 34). Allerdings ist bei dieser Art der Prognose das Fehlerrisiko am größten.
- 42 Die **statistische Prognose** beruht auf der Annahme, dass die Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten umso größer ist, je mehr kriminogene Merkmale (Prädiktoren) bei einer Person vorliegen. Diese Methode führt nur bei den Extremgruppen mit klarer Häufung von positiven und negativen Merkmalen zu überzeugenden Ergebnissen, nicht jedoch beim breiten Mittelfeld, dem die meisten Probanden angehören (vgl. *Kaiser* § 88 Rn. 11). Zudem können dynamische Risikofaktoren und die voraussichtliche Sanktionswirkung keine hinreichende Berücksichtigung finden.
- 43 Die **klinische Prognose** – auch empirische Individualprognose genannt – wird von Psychiatern und Psychologen mit spezieller kriminologischer Erfahrung gestellt. Sie beruht auf einer Erforschung der Täterpersönlichkeit durch psychodiagnostische Testverfahren, Exploration (Kombination von Befragung und Beobachtung) und Untersuchung des Lebenslaufes, der Familienverhältnisse, des Arbeits- und Freizeitverhaltens sowie der bisherigen Delinquenz. Teilweise werden auch klinische Zusatzuntersuchungen durchgeführt (EEG, CCT, NMR; *Nedopil/Müller* S. 413). Da die abschließende prognostische Gewichtung der Einzelbefunde kriminologisches Bezugswissen und Erfahrung mit Straffälligen voraussetzt, hängt die Richtigkeit der Prognose nicht selten von den speziellen Kenntnissen des Sachverständigen ab. Problematisch ist auch, dass die

Kriterien ausnahmslos anhand kriminologischer Sonder- und Extremgruppen entwickelt wurden, weswegen die Treffsicherheit der Methode im Bereich der allgemeinen Kriminalität begrenzt ist.

Dennoch gilt die klinische Prognose – v.a. auch aufgrund der dargestellten Grenzen der bisherigen statistischen Prognoseverfahren – in Literatur und Praxis als überlegen (vgl. *Lefferenz* S. 1365 ff.). Klinische Prognosegutachten können wegen der hohen Kosten und des erheblichen Zeitaufwandes allerdings nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen der Begutachtung (§§ 246a, 454 Abs. 2, 463 Abs. 3 S. 3, 4 StPO) sowie in seltenen Ausnahmefällen (z.B. vor Lockerungen nach längerem Freiheitsentzug) eingeholt werden.

Als **Kombinationen von klinischer und statistischer Methode** kann man Kriterienkataloge bezeichnen, die in den letzten Jahren vor allem forensische Psychiater und Psychologen vorgelegt haben und in denen die Bereiche frühere Delinquenz, Persönlichkeitsentwicklung vor und nach der Straftat, Krankheits symptomatik und Zukunftsperspektiven differenziert erfasst werden (*Nedopil/Müller* Forensische Psychiatrie, S. 355). Die auf der Grundlage objektivierbarer Kriterien erstellten Befunde können nicht nur die Arbeit des Gutachters unterstützen, sondern erleichtern es auch dem Richter, die auf dieser Grundlage erstellte Prognose nachzuvollziehen und zu bewerten (*Nedopil/Müller* S. 355; *Rasch/Konrad* S. 396). Das gilt auch für die von *Göppinger* entwickelte Methode der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse, die auf den Ergebnissen der Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung beruht (s. dazu näher *Göppinger-Bock*, § 15).

Zusammenfassend kann man sagen, dass beim gegenwärtigen Stand der Forschung die statistischen Prognosetafeln zwar wichtige Erfahrungen fixieren und darum bei der richterlichen Überzeugungsbildung anhand der Dokumentation des Sachverständigen zur Vorbereitung verwendet werden dürfen, jedoch niemals als alleinige Quelle (s. auch *Dahle* Kriminalprognosen im Strafrecht, S. 126 f.; *Endres* ZfStrVo 2000, 78). Hinzukommen muss vielmehr stets die individuelle Prüfung aufgrund der klinischen oder kriminologischen Erfahrung, die regelmäßig sogar im Vordergrund zu stehen hat. Standardisierte Instrumente zur Risikoeinschätzung (Kriterienkataloge) haben für den Einzelfall nur bedingte Relevanz. Sie tragen jedoch dazu bei, dass wichtige und besonders häufige Risikofaktoren nicht übersehen werden (*Nedopil/Müller* S. 367; *Boetticher* u.a. NSz 2006, 537 [542]).

II. Prognosekriterien. Für die Vorhersage künftigen kriminellen Verhaltens haben in der Praxis vor allem die folgenden, **typischen prognoserelevanten Merkmale** Bedeutung (vgl. *Rasch/Konrad* S. 396; *Kaiser/Schöch* Fall 6 Rn. 38; *Nedopil/Müller* S. 355 f.):

Gestörte Familienverhältnisse in der Herkunftsfamilie, insb. Multiproblemfamilie mit Gewalt, Kriminalität, Alkoholismus oder sozialer Auffälligkeit; mehrfacher Wechsel der Haupterziehungspersonen; Erziehungsschwierigkeiten; Verwahrlosung; psychopathologische Störungen und Auffälligkeiten; schulische Störungen (Schwänzen, Sitzenbleiben, Abbruch); abgebrochene Berufsausbildung; unregelmäßige oder fehlende Berufstätigkeit; unstrukturierte, planlose Freizeitgestaltung; exzessives Freizeitverhalten zulasten des Leistungsbereichs; Alkohol- oder Drogenmissbrauch; Frühkriminalität, bei Gewalttätern vor allem frühere Gewaltanwendung; Zahl und Art der Vorstrafen sowie kurze Rückfallintervalle.

Neben diesen statischen Risikofaktoren, die in den Prognoseinstrumenten dominieren, gibt es **dynamische Risikofaktoren** (vgl. zu dieser Unterscheidung *Nedopil/Müller* S. 348), die während der Unterbringung hinzukommen können, wie z.B. risikoträchtige Reaktionsmuster, dissoziales Verhalten, Alkohol- oder Drogenmissbrauch, unrealistische Zukunftsplanung oder fehlende Compliance. Diese Differenzierung ist wichtig für die in Prognosegutachten notwendigen Verflechtungen von Vorhersage künftiger Delinquenz und deren Beeinflussbarkeit durch Therapie (*Nedopil/Müller* S. 348).

Problematisch ist die prognostische Relevanz des Verhaltens im Straf- oder Maßregelvollzug. Während in der Praxis dem Vollzugsverhalten oft große Bedeutung beigemessen wird, gibt es in der Literatur auch viele kritische Stimmen (Überblick bei *Müller-Dietz* NJW 1973, 1067). Unstreitig ist, dass sowohl im Strafvollzug als auch im Maßregelvollzug den Erprobungen bei Vollzugslockerungen oder Urlaub größte Bedeutung zukommt, bei erfolgreichen für eine positive Prognose, bei Lockerungsmissbrauch für eine – jedenfalls vorübergehende – negative Prognose. **Therapieverweigerung oder -abbruch** können vielfältige Gründe in der Person des Verurteilten oder des Therapeuten haben und indizieren nicht automatisch eine fortbestehende oder gar erhöhte Gefährlichkeit des Betroffenen.

(nicht besetzt)

Nach einer stationären Unterbringung kommt in der Regel dem **sozialen Empfangsraum** große Bedeutung für die Entlassungsprognose zu (*Nedopil/Müller* S. 355; *Kröber*, S. 155). Hier geht es um das Vorhandensein und die Qualität des künftigen Wohn- und Arbeitsbereiches, der sozialen Kontakte, Freizeitgestaltung, offizielle Kontrollmöglichkeiten und Kontakte zu Fachdiensten (Bewährungshilfe, Führungsaufsicht, Therapeut, forensische Ambulanz) einerseits, Verfügbarkeit von Opfern, Zugangsmöglichkeit zu Risiken und potenzielle Stressoren andererseits.

- 51 Einen Fortschritt stellt schließlich die Einbeziehung **protektiver Faktoren** dar, also von Schutzfaktoren gegen Kriminalität (vgl. für dissoziale Einflüsse bei Kindern und Jugendlichen *Lösel/Bender* 1999), z.B. emotionale Stabilität, Flexibilität oder Anpassungsfähigkeit, intellektuelle Fähigkeiten, realistische Zukunftsplanung und Einschätzung der eigenen Möglichkeiten, Fähigkeit zu Empathie und zur Aufrechterhaltung sozialer Bindungen (*Nedopil/Müller* S. 356 m.w.N.). Ein protektiver Faktor kann auch das zunehmende Alter sein, da – auch bei wiederholt rückfälligen Straftätern – jenseits des 30. Lebensjahres kriminelle Karrieren oft überraschend abbrechen (vgl. *Stely/Thomas/Kerner/Weitekamp* MSchrKrim 1998, 104 ff.; *Schöch* FS G. Kaiser, S. 1239 [1250 f.]). Selbst bei Gewalt- und Sexualdelikten ist etwa ab dem 50. Lebensjahr eine deutliche Reduzierung des Rückfallrisikos anzunehmen (*Nedopil* Prognosen in der Forensischen Psychiatrie, S. 129).
- 52 Diese protektiven Faktoren stellen oft auch wichtige Anknüpfungspunkte für therapeutische Interventionen dar und tragen zu dem Ziel bei, Prognose und Behandlung aufeinander abzustimmen (vgl. *Nedopil/Müller*, S. 360). Anzustreben ist eine **Behandlungs- bzw. Interventionsprognose** (*Göppinger* Kriminologie, S. 447). Denn im Rahmen der Prognose für die Strafrechtspraxis muss stets auch die voraussichtliche Wirkung möglicher Sanktionen, Therapieangebote, Weisungen oder Auflagen für den Täter beleuchtet werden (NK/*Böllinger/Pollähne* § 61 Rn. 67).
- 53 Bei allen genannten Merkmalen ist zu beachten, dass sie nur eine **statistische Wahrscheinlichkeit** in Bezug auf künftige Straffälligkeit indizieren. Sie führen – i.d.R. anhand sog. Kriterienkataloge (Übersicht bei *Nedopil/Müller* S. 353) und der sog. Basisraten für einzelne Deliktsbereiche (*Boetticher u.a.* NSStZ 2006, 543 f.) – zur Einordnung des Probanden in eine Risikogruppe. Auf dieser Grundlage ist dann unter Berücksichtigung der individuellen Besonderheiten, der protektiven Faktoren und der Interventionsmöglichkeiten im Wege ganzheitlicher Einzelfallbeurteilung die konkrete **Individualprognose** zu erstellen.
- 54 **III. Mindestanforderungen für Prognosegutachten.** Zur **Qualitätssicherung** prognostischer Gutachten empfiehlt sich die Einhaltung formeller und inhaltlicher Mindestanforderungen durch die Sachverständigen. Hierzu hat ein Arbeitskreis aus Richtern, Bundesanwälten, Kriminologen, forensischen Psychiatern und Psychologen Empfehlungen vorgelegt (*Boetticher u.a.* NSStZ 2006, 537 [539 f. m.w.N.]; kritisch *Bock* StV 2007, 569 ff.; dagegen *Schöch* FS Widmaier, S. 971 ff.). Sie dienen auch dazu, abzugrenzen, welche Fragen Gegenstand des Gutachtens sind und welche Fragen allein vom Gericht beantwortet werden müssen.
- 55 Aus juristischer Sicht erfordert das Prognosegutachten eine umfassende und in sich nachvollziehbare Darstellung des Erkenntnis- und Wertungsprozesses des Sachverständigen. Dazu gehört die Angabe der von ihm herangezogenen und ausgewerteten Erkenntnisinstrumente sowie der Untersuchungsmethode, deren Auswahl in seinem pflichtgemäßen Ermessen liegt (*Boetticher u.a.* NSStZ 2006, 537 [539]). Um **Nachvollziehbarkeit und Transparenz** des Gutachtens zu gewährleisten, ist in ihm darzulegen, aufgrund welcher Anknüpfungstatsachen der Sachverständige zu den von ihm gefundenen Ergebnissen gelangt ist.
- 56 Bei **Prognosegutachten im Vollstreckungsverfahren** gilt das strafprozessuale Freibeweisverfahren, bei dem es dem Gericht gestattet ist, auch Informationen aus sog. Fremdanamnesen des Sachverständigen zu berücksichtigen. Bei der in diesem Verfahrensstadium also zulässigen direkten Befragung von Zeugen durch den Sachverständigen sollte dieser aber klarstellen, dass er das Gericht über das Ergebnis informieren muss und hierüber u.U. als Zeuge vernommen werden kann. Außerdem sollte er zeugnis- und auskunftsverweigerungs-berechtigte Personen auf ihr Verweigerungsrecht hinweisen (*Boetticher u.a.* NSStZ 2006, 537 [540]).
- 57 Die Prognosekriterien des geltenden Rechts enthalten teils **vorwiegend tatsächliche Merkmale**, teils **vorwiegend normative Merkmale**. Auch bezüglich der tatsächlichen Merkmale, die mithilfe der Erfahrungswissenschaften vom Sachverständigen zu klären sind, ist die darauf aufbauende rechtliche Bewertung (z.B. über den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad einer Gefährlichkeitsprognose) allein Sache des Gerichts (vgl. *Boetticher u.a.* NSStZ 2006, 537 [540]).
- 58 Nach Auffassung der Arbeitsgruppe gehört zu einem Prognosegutachten auch eine Aussage über die weitere **Behandlungsbedürftigkeit und die Behandlungsfähigkeit** des Verurteilten (vgl. *Boetticher u.a.* NSStZ 2006, 537 [541]). Dies beinhaltet eine Aussage zu den in Betracht kommenden Therapiemöglichkeiten, zu der Notwendigkeit einer ambulanten Nachsorge sowie zu der Ausgestaltung von Auflagen und Weisungen i.R.d. Bewährung oder der Führungsaufsicht (BVerfGE 70, 297 [314]; BVerfG NJW 1998, 1133).