

Engere Grenzen nur in engen Grenzen – zur Novellierung des Rechts der Unterbringung gem. § 63 StGB

Johannes Kaspar, Philipp Schmidt

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes, and Philipp Schmidt. 2018. "Engere Grenzen nur in engen Grenzen – zur Novellierung des Rechts der Unterbringung gem. § 63 StGB." In *Zehn Jahre ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, edited by Thomas Rotsch, 437–54. Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845288932-437>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



Engere Grenzen nur in engen Grenzen – zur Novellierung des Rechts der Unterbringung gem. § 63 StGB

*Von Prof. Dr. Johannes Kaspar, Wiss. Mitarbeiter Philipp Schmidt,
Augsburg**

I. Hintergründe der Reform

Am 28.4.2016 hat der Bundestag das „Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften“¹ beschlossen, das am 1.8.2016 in Kraft getreten ist.²

Auch wenn die Reformdiskussion schon länger geführt wurde, kann im „Fall Mollath“ einer der Hauptgründe für die rasche Novellierung gesehen werden.³ Dieser hatte zu einer bemerkenswerten öffentlichen und medialen Aufmerksamkeit geführt: Es kam zu zahllosen Veröffentlichungen in der Presse,⁴ Biographien und Abhandlungen wurden verfasst, Beiträge in Fachzeitschriften geschrieben⁵ und sogar eigene Internetauftritte zum „Fall Mollath“ erstellt.⁶ Es ist bemerkenswert, dass in diesem Fall ausnahmsweise überwiegend aus der Perspektive des Untergebrachten und seines Schicksals berichtet wurde, während man vergleichbares Mitgefühl für andere möglicherweise zu Unrecht (im Maßregelvollzug oder gar in der Sicherungsverwahrung) Untergebrachte sonst nicht aufzubringen ver-

* Prof. Dr. Johannes Kaspar ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg. Philipp Schmidt ist Wiss. Mitarbeiter am genannten Lehrstuhl.

1 BT-Drs. 18/7244.

2 BGBl. I 2016, S. 1610.

3 Kaspar, in: Dudeck/Kaspar/Lindemann (Hrsg.), Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie, 2014, S. 124; Pollähne, NK 2015, 25 (26) bezeichnet den Fall als „Katalysator“, der Entwurf selbst spricht (ohne Details oder Namen zu nennen) von „einer breiten öffentlichen Diskussion um aktuelle Einzelfälle“, BT-Drs. 18/7244, S. 1.

4 Kaspar (Fn. 3), S. 103.

5 Z.B. Hauer, ZRP 2013, 209; T. Walter, ZRP 2014, 103.

6 <http://www.gustl-for-help.de/>; <http://der-fall-mollath.de/> (beide 24.10.2016).

mag. Jenseits von allen Verschwörungstheorien ist eine mögliche Erklärung hierfür, dass der „Fall Mollath“ der Bevölkerung vor Augen geführt hat, dass man auch bei (angenommener) mittlerer Kriminalität im zumindest vermindert schuldfähigen Zustand zwangsweise in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht werden kann und wie schwer es auch noch nach Jahren sein kann, dort wieder herauszukommen.

Ein weiterer Hintergrund der Reform war die besorgniserregende Ausweitung der Unterbringung gem. § 63 StGB. Sowohl die Zahl der Untergebrachten als auch deren durchschnittliche Unterbringungsdauer sind in den letzten Jahren erheblich angestiegen.⁷ So waren 1996 bundesweit noch 2.956 Personen in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht, 2014 bereits 6.540.⁸ Die Dauer der Unterbringung hat sich innerhalb von zehn Jahren auf durchschnittlich acht Jahre verdoppelt.⁹ Die Gründe hierfür sind vielfältig, vor allem dürfte der Anstieg jedoch auf ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung¹⁰ sowie die Neugestaltung der Entlassungsvoraussetzungen im Zuge des SexualdelikteBekG von 1998 zurückzuführen sein.¹¹ Diese Neuregelung erging im Anschluss an einige Gewalt- und Sexualstraftaten, über die in den Medien sehr intensiv berichtet worden war.¹² Die Zahl der Neuanordnungen ist zwar seit 2008 rückläufig,¹³ was bei weiterhin langen Unterbringungsdauern jedoch bislang kaum zur Entlastung bei der absoluten Zahl der Untergebrachten führt.

Neben dieser aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bedenklichen Entwicklung ist zugleich der Kostendruck für die Länder stetig angestiegen,¹⁴ so dass eine Neugestaltung der Unterbringung auch aus diesem Grund als sinnvoll und notwendig angesehen wurde.

Mit dem nun beschlossenen Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung hat die bereits 2013 mit dem Eckpunktepapier der damali-

7 *Kaspar* (Fn. 3), S. 123.

8 Statistisches Bundesamt, Maßregelvollzugsstatistik 2013/2014, S. 8; zur Entwicklung siehe auch *Jehle*, Strafrechtpflege in Deutschland, 6. Aufl. 2015, S. 38 f.

9 *Kaspar* (Fn. 3), S. 123.

10 *F. Walter*, JA 2015, 87; *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (77).

11 *Kaspar*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 63 Rn. 5.

12 *Kröber*, in: *Pollähne/Rode* (Hrsg.), Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen, 2010, S. 113.

13 Hierzu *Heinz*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Hrsg.), Forensische Psychiatrie – Selbst ein Behandlungsfall?, 2015, S. 75; *Jehle* (Fn. 8), S. 38 f.

14 *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72.

gen Bundesregierung¹⁵ begonnene aktuelle Reformdiskussion ihr vorläufiges Ende gefunden. Das Hauptaugenmerk der Neuregelung soll auf der Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegen.¹⁶ Laut Bundesjustizminister Heiko Maas sollen „die Neuregelungen [...] dafür sorgen, dass vor allem unverhältnismäßige lange Unterbringungen möglichst vermieden werden“.¹⁷

II. Zur Neufassung von § 63 StGB

Nach seiner Neufassung lautet § 63 StGB nun folgendermaßen (die Neuerungen sind kursiv hervorgehoben):

„Hat jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20) oder der verminderten Schulpflichtigkeit (§ 21) begangen, so ordnet das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, daß von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten, *durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird*, zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. *Handelt es sich bei der begangenen rechtswidrigen Tat nicht um eine im Sinne von Satz 1 erhebliche Tat, so trifft das Gericht eine solche Anordnung nur, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter infolge seines Zustandes derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird*.“

Bei den Anordnungsvoraussetzungen findet sich in Satz 1 nun also eine Konkretisierung der zu erwartenden „erheblichen rechtswidrigen Taten“ (dazu unten 1.) sowie in Satz 2 eine ausdrückliche Regelung der Anforderung in der – als Ausnahmefall eingeordneten – Konstellation einer nicht erheblichen Anlasstat (dazu unten 2.)

15 Bachmann, NJ 2014, 401 (403).

16 BT-Drs. 18/7244, S. 10.

17 BMJV Pressemitteilung vom 4.11.2015, abrufbar unter: http://www.bmjv.de/Share_dDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/11042015_Aenderung_Paragr_63StGB.html (24.10.2016).

1. Konkretisierung der zu erwartenden „erheblichen rechtswidrigen Taten“

Vor der Neufassung der Norm war es in weitem Umfang der Rechtsprechung überlassen, zu definieren, was genau unter einer „erheblichen rechtswidrigen Tat“ zu verstehen ist. Nach dem Bundesverfassungsgericht handelt es sich hierbei um Taten, die „mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen [sind], den Rechtsfrieden empfindlich stör[en] und geeignet [sind], das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen; Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind, sind daher nicht mehr ohne weiteres dem Bereich der Straftaten von erheblicher Bedeutung zuzurechnen“.¹⁸

Mit dem Einschub des Halbsatzes nach „rechtswidrige Taten“ versucht der Gesetzgeber nun eine Begriffskonkretisierung, indem er diese als solche definiert, die das Opfer seelisch oder körperlich erheblich schädigen oder gefährden oder schweren wirtschaftlichen Schaden anrichten. Zwar verdient das Anliegen einer Konkretisierung der Anordnungsvoraussetzungen aus rechtsstaatlichen Gründen (unabhängig von der im Maßregelbereich umstrittenen Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG¹⁹) Beifall. Es ist aber zweifelhaft, ob die Neufassung in dieser Hinsicht tatsächlich einen Gewinn darstellt; die Umschreibung einer erheblichen Tat ist nach wie vor recht unbestimmt und vor allem weit formuliert.

a) Erhebliche körperliche oder seelische Schädigung bzw. Gefährdung des Opfers

Den weiten Anwendungsbereich erkennt man zunächst daran, dass mit der bloßen Gefährdung sowie der auch rein seelischen Beeinträchtigung der Bereich der Gewalt- und Sexualdelikte als „Kernbereich“ der Schwerststrafkriminalität deutlich überschritten wird. Hierin liegt also, wenn man vom Erfordernis eines „Opfers“ absieht, wenig Restriktionspotenzial.

Der Versuch, eine *erhebliche* Tat dadurch zu konkretisieren, dass auf eine *erhebliche* Schädigung oder Gefährdung abgestellt wird, erscheint fast tautologisch: „Eine Tat ist erheblich, wenn sie erheblich ist“. Dreh- und Angelpunkt der Norm bleibt also wie zuvor die Ausfüllung des unbe-

18 BVerfG, Beschl. v. 24.7.2013 – 2 BvR 298/12.

19 Vgl. in Bezug auf die Sicherungsverwahrung nur Kaspar, ZStW 127 (2015), 654.

stimmten Rechtsbegriffs der „Erheblichkeit“ der zu erwartenden Straftat, und zu dieser entscheidenden Frage enthält auch der neue Normtext keine wirklich weiterführenden Antworten. Wie schon vor der Reform wird es an dieser Stelle auf die in der Praxis vorzunehmende Konkretisierung ankommen, auf die auch in der Gesetzesbegründung verwiesen wird.²⁰

Damit ändert sich an den Anordnungsvoraussetzungen in diesem Bereich letztlich kaum etwas; die „stärkere Fokussierung auf gravierende Fälle“²¹, die der Gesetzgeber im Entwurf erwähnt, wurde an dieser Stelle nicht realisiert. Der Entwurf selbst spricht davon, dass der Halbsatz vor allem „klarstellende Funktion“²² habe und die Rechtspraxis für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „sensibilisieren“²³ solle. Ob diese „Sensibilisierung“ aber auch wirklich zu einer restriktiveren Anwendung der Norm führt, ist doch sehr fraglich. Letztlich wurde mit der Neufassung des § 63 S. 1 StGB die Gelegenheit verpasst, die Unterbringung noch stärker anhand von klaren Kriterien auf wirklich gravierende drohende Taten zu beschränken.

b) Schwerer wirtschaftlicher Schaden

Etwas mehr Substanz enthält der Versuch des Gesetzgebers, die Anordnung der Unterbringung im Bereich der Vermögensdelikte restriktiver zu gestalten.

Schon in der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung war anerkannt, dass die Gefahr von Taten, bei denen nur geringfügiger wirtschaftlicher Schaden zu erwarten ist, nicht ausreicht. Wie oben bereits erwähnt, sollten Taten, die nicht im mittleren Bereich der Kriminalität liegen, nicht ohne weiteres eine Unterbringung rechtfertigen.²⁴ Die Erwartung der Begehung von Bagatelldelikten reichte also schon bisher nicht zur Anordnung der Unterbringung aus.²⁵ Problematisch daran ist und war, dass die Zuordnung zur Bagatell- oder mittleren Kriminalität mangels konsentierter

20 BT-Drs. 18/7244, S. 18 f.

21 BT-Drs. 18/7244, S. 1.

22 BT-Drs. 18/7244, S. 18.

23 BT-Drs. 18/7244, S. 17.

24 Meyer, JuS 2014, 408 (409); BVerfG, Beschl. v. 24.7.2013 – 2 BvR 298/12; Kaspar (Fn. 11), § 63 Rn. 26.

25 Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 63 Rn. 17.

(geschweige denn gesetzlich geregelter) Abgrenzungskriterien Schwierigkeiten bereitet. Insbesondere die Beurteilung der Gerichte, wann ein Vermögensdelikt in den Bereich der mittleren Kriminalität fällt, blieb uneinheitlich; die Grenzen wurden aber oft relativ gering angesetzt.²⁶ Das liegt auch daran, dass bei der Beurteilung oft lediglich gefragt wird, ob die mit maximal 50 Euro sehr niedrig angesetzte Geringfügigkeitsschwelle des § 248a StGB „deutlich überschritten“ wird oder nicht.²⁷ Geht man aber von einem derart niedrigen Basiswert aus, ist die Grenze zum nicht mehr nur geringfügigen Schaden offensichtlich schnell überschritten.

Hier versucht der Gesetzgeber nun ausdrücklich, eine höhere Hürde zu ziehen, indem er die Gefahr eines „schweren wirtschaftlichen Schadens“ verlangt. Nach der Begründung im Gesetzentwurf soll sich die Einordnung als schwerer wirtschaftlicher Schaden an den zu § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB (in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung) entwickelten Maßstäben orientieren.²⁸ Demnach zieht der Gesetzgeber die Grenze bei einem drohenden Schaden von 5.000 Euro, macht aber gleichzeitig die Einschränkung, dass es sich „nur um eine grobe Richtschnur“ handele und immer auch die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere die „wirtschaftlichen Verhältnisse des potentiellen Opferkreises“, zu berücksichtigen seien.²⁹ Mithin könne daher „im Einzelfall auch ein geringerer drohender Schaden die Gefährlichkeit des Täters begründen“³⁰. Zwar kann der Nutzen einer konkreten Wertgrenze in Zweifel gezogen werden, wenn diese sogleich relativiert wird und Abweichungen „nach unten“ zugelassen werden. Positiv zu bewerten ist dennoch, dass der Richtwert mit 5.000 Euro recht hoch ausfällt. Aufgrund dieser Bezugsgröße ist mit einem etwas restriktiveren Umgang der Gerichte im Bereich drohender Eigentums- und Vermögensdelinquenz zu rechnen.

26 Schiemann, ZRP 2016, 98.

27 Vgl. OLG München, Beschl. v. 17.10.2012 – 1 Ws 839/12; 1 Ws 840/12 = R&P 2013, 45.

28 BT-Drs. 18/7244, S. 20.

29 BT-Drs. 18/7244, S. 21.

30 BT-Drs. 18/7244, S. 21.

2. Erhöhte Darlegungslast bei nicht erheblichen Anlassdelikten (§ 63 S. 2 StGB)

Anlasstat kann gem. § 63 S. 1 StGB im Ausgangspunkt jede rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB sein; nur Ordnungswidrigkeiten genügen nicht. Die Gerichte betonten in der Vergangenheit stets, dass die Anlasstat nicht in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinragen muss, folglich auch Bagateldelikte taugliche Anlasstaten sein können. In derartigen Fällen mussten bei der Gefährlichkeitsprognose jedoch besonders sorgfältige Darlegungen erfolgen.³¹

Diese erhöhte Darlegungslast wurde nun zur Klarstellung kodifiziert. Nach dem neuen § 63 S. 2 StGB soll das Gericht in derartigen Fällen eine Unterbringung nur anordnen, wenn „besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter infolge seines Zustandes derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird“, womit auf den Maßstab von § 63 S. 1 StGB Bezug genommen wird. Ziel des Gesetzgebers ist es erklärtermaßen, die Darlegungsvoraussetzungen zu erhöhen, um Legitimationsproblemen bei lediglich geringfügigen Anlasstaten entgegenzuwirken.³² Eine Anordnung soll jedoch auch bei leichten Taten weiterhin „keineswegs ausgeschlossen“³³ sein. Der Begriff der „besonderen Umstände“, der auch in anderen Normen verwendet wird (vgl. z.B. § 67c Abs. 2 S. 4 StGB), soll dabei „konkrete Gegebenheiten in der Tat oder in der Person des Täters, die Rückschlüsse auf den Grad der von dem Täter ausgehenden Gefahr erlauben“ beschreiben und auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis hindeuten.³⁴

Bei nüchterner Betrachtung bringt die Novellierung des § 63 StGB auch an dieser Stelle keinen inhaltlichen Mehrwert gegenüber der früheren Rechtslage. Wie oben gezeigt, war schon vor der Novellierung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung eine besonders sorgfältige Darlegungspflicht im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose bei bagatellartigen Anlassdelikten etabliert worden. Diese Voraussetzungen wurden durch die Revisionsgerichte auch streng gehandhabt.³⁵ Zwar ist es aus Gründen der Bestimmtheit und Rechtssicherheit zu begrüßen, dass dies nun ausdrück-

31 BGH NStZ-RR 2011, 240 (241); BGH NJW 2013, 2043 (2044).

32 BT-Drs. 18/7244, S. 22.

33 BT-Drs. 18/7244, S. 22.

34 BT-Drs. 18/7244, S. 23.

35 So hatte der Bundesgerichtshof in BGH NStZ-RR 2011, 240 und BGH NJW 2013, 2043 die Unterbringungsanordnung der Landgerichte jeweils aufgehoben, weil de-

lich kodifiziert ist. Auch an dieser Stelle hat der Gesetzgeber aber die Möglichkeit verpasst, sein erklärtes Ziel, namentlich die Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,³⁶ wirklich entscheidend voranzubringen. In § 62 StGB steht explizit, dass eine Maßregel u.a. dann nicht angeordnet werden darf, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter *begangenen* Taten außer Verhältnis steht. Schon daran zeigt sich, dass die Bagatellhaftigkeit der Anlasstat ein Verhältnismäßigkeitsproblem darstellen kann. Hinzu kommt, dass die ohnehin schwere Prognose einer erheblichen Straftat eben nur in seltenen Ausnahmefällen auf eine Bagatelltat gestützt werden kann, so dass hier die Gefahr von zu Unrecht als gefährlich eingestuften Personen (sog. „false positives“) besonders groß erscheint.

Leider setzt sich der Gesetzgeber nicht mit den in der Literatur entwickelten Vorschlägen zur Erhöhung der Anforderungen an die Anlasstat auseinander. Eine klare Grenzziehung, beispielsweise durch das Kriterium einer durch die Anlasstat verwirkten Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr³⁷ oder alternativ ein Abstellen auf die erstinstanzliche Zuständigkeit (erheblich wären dann nur Taten, die vor dem Schöffengericht oder Landgericht angeklagt werden müssen),³⁸ wäre zum einen aus Gründen der Rechtssicherheit, zum anderen als zusätzliche Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wünschenswert gewesen.

III. Zur Neufassung von § 67 Abs. 4 StGB

Nach der bisherigen Regelung in § 67 Abs. 4 StGB a.F. konnte eine Anrechnung des vollstreckten Maßregelvollzugs auf die Freiheitsstrafe nur erfolgen, wenn beide ihre Grundlage im selben Urteil hatten;³⁹ sog. „verfahrensfremde Strafen“ blieben unberücksichtigt. Am 27.3.2012 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass § 67 Abs. 4 StGB insoweit gegen Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verstöße, als durch die Norm eine Anrechnung bei

ren Darlegungen nicht ausreichend waren; vgl. auch *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (79).

36 BT-Drs. 18/7244, S. 1.

37 *Kaspar* (Fn. 3), S. 16.

38 *T. Walter*, GA 2014, 316 (320).

39 *Maier*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 67 Rn. 119.

verfahrensfremden Strafen ausnahmslos und ohne Berücksichtigung von Härtefällen ausgeschlossen ist.⁴⁰

Mit dem neu eingefügten § 67 Abs. 6 StGB setzt der Gesetzgeber diese Vorgaben legislativ um und schafft eine Härtefallregelung für verfahrensfremde Strafen.⁴¹ Gem. § 67 Abs. 6 S. 1 StGB soll eine Anrechnung gem. § 67 Abs. 4 StGB erfolgen, wenn deren Vollzug eine unbillige Härte wäre. Wann ein Härtefall vorliegt, bestimmt sich nach mehreren Kriterien. Voraussetzung ist, dass „Billigkeit und Übermaßverbot verletzt wären und die Entscheidung im Einzelfall als schlechthin ungerecht erscheinen würde.“⁴² Zur Konkretisierung wurde § 67 Abs. 6 S. 2 StGB eingefügt, der einige Kriterien zur Bestimmung der unbilligen Härte enthält. Maßgeblich sollen das Verhältnis der Dauer des bisherigen Freiheitsentzuges zur Dauer der verhängten Strafen sein, daneben der erzielte Therapieerfolg und seine konkrete Gefährdung sowie das Verhalten der verurteilten Person. Eine Anrechnung gem. § 67 Abs. 6 S. 3 StGB kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn die der verfahrensfremden Strafe zugrunde liegende Tat nach der Anordnung der Maßregel begangen worden ist. Die Neuregelung ist zu begrüßen, da sie der Gefahr einer nicht gerechtfertigten kumulativen Belastung von einerseits präventiv, andererseits repressiv begründetem Freiheitsentzug entgegenwirkt. Sie ist Ausdruck der (aus der Perspektive des Grundrechtsschutzes) vorzugswürdigen Vorstellung, dass Strafen und Maßregeln trotz aller möglichen Unterschiede nicht als alia, sondern als Teil einer präventiven „Wirkungseinheit“ zu betrachten sind.⁴³

IV. Zur Neufassung von § 67d StGB

Seit der Neuregelung lautet § 67d Abs. 2 S. 1 StGB (*Hervorhebung* von den *Verf.*): „Ist keine Höchstfrist vorgesehen oder ist die Frist noch nicht abgelaufen, so setzt das Gericht die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, daß der Untergebrachte

40 BVerfG, Beschl. v. 27.3.2012 – 2 BvR 2258/09.

41 BT-Drs.18/7244, S. 25.

42 Fischer (Fn. 25), § 73c Rn. 3; der Gesetzentwurf greift selbst auf diese Quelle und die dort aufgeführte Beschreibung zurück, BT-Drs. 18/7244, S. 27.

43 Dazu und generell zu den straftheoretischen Prämissen der Zweispurigkeit näher Kaspar, in: Höffler (Hrsg.), Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Maßnahmen?, 2015, S. 97 ff.

außerhalb des Maßregelvollzugs keine *erheblichen* rechtswidrigen Taten mehr begehen wird“. Neu eingefügt wurde in diesem Absatz somit nur das Wort „erheblich“. Der Gesetzgeber folgt hier ausdrücklich „der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes“⁴⁴ und verzichtet „gleichzeitig bewusst darauf, die [...] Vorgaben der Rechtsprechung detailliert in § 67d Abs. 2 StGB zu integrieren.“⁴⁵ Aus Regelungstechnischer Sicht ist das verständlich, der Gewinn an Rechtssicherheit hält sich in der Folge allerdings in Grenzen.

Echte inhaltliche Änderungen enthalten dagegen § 67d Abs. 6 S. 2 und S. 3 StGB, die nun folgendermaßen lauten (neue Elemente sind kursiv hervorgehoben):

„Stellt das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fest, dass die Voraussetzungen der Maßregel nicht mehr vorliegen oder die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismäßig wäre, so erklärt es sie für erledigt. *Dauert die Unterbringung sechs Jahre, ist ihre Fortdauer in der Regel nicht mehr verhältnismäßig, wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden. Sind zehn Jahre der Unterbringung vollzogen, gilt Absatz 3 Satz 1 entsprechend.*“

Laut dem Gesetzentwurf ist § 67d Abs. 6 S. 2, 3 StGB „die zentrale Regelung für die Stärkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB“.⁴⁶ Die Einführung zeitlicher Schwellen bei der Fortdauer der Unterbringung steht schon längere Zeit zur Diskussion. Bereits das von der damaligen Bundesregierung entworfene Eckpunktepapier vom 15.7.2013 sah Schwellen von vier und acht Jahren vor.⁴⁷ Letztlich wurden diese im Änderungsgesetz auf sechs (S. 2) und zehn (S. 3) Jahre festgesetzt. Eine absolute zeitliche Obergrenze sieht die Neufassung jedoch nicht vor, womit (bei angenommener Gefahr schwerer Straftaten) auch eine lebenslange Unterbringung weiterhin möglich ist.

Zunächst stellt sich die Frage, wie die Zeitschwellen festgelegt wurden: Warum ausgerechnet sechs und zehn Jahre? Der Gesetzgeber blickt hier in die Vergangenheit und kommt zu dem Ergebnis, dass vor dem rasanten

44 BT-Drs. 18/7244, S. 29.

45 BT-Drs. 18/7244, S. 30.

46 BT-Drs. 18/7244, S. 30.

47 Bachmann, NJ 2014, 401 (403).

Anstieg der Unterbringungsdauer eine überdurchschnittlich lange Unterbringungsdauer ab ca. sechs Jahren des Vollzugs angenommen wurde.⁴⁸ Außerdem ergebe sich auf diese Weise ein Gleichlauf mit den neu eingeführten Begutachtungsfrequenzen in § 463 Abs. 4 S. 2 StPO.⁴⁹ Die Zehn-Jahres-Schwelle übernimmt der Gesetzgeber wiederum aus dem Bereich der Sicherungsverwahrung (§ 67d Abs. 3 S. 1 StGB), was eine partielle Annäherung beider Maßregelformen auch in dieser Hinsicht mit sich bringt.

Von psychiatrischer Seite wurde das Einfügen zeitlicher Grenzen begrüßt.⁵⁰ In die vorgesehenen Zeitintervalle lasse sich ein strukturierter Therapieplan mit klaren zeitlichen Vorgaben gut einführen.⁵¹ Allerdings seien auch Probleme zu erwarten, und zwar in Form von negativen Auswirkungen auf den Behandlungsverlauf bei einigen der Untergebrachten. Zum Teil sei der Sechs-Jahres-Zeitraum zu kurz, weil einige Patienten schon mehrere Jahre benötigten, um überhaupt zu einer (konstruktiven) Teilnahme an einer Therapie motiviert werden zu können,⁵² oder weil der komplexe Krankheitsverlauf eine längere Therapie notwendig mache.⁵³ In derartigen Fällen müssten die Patienten nach der Entlassung eigentlich in anderen Institutionen weiterbehandelt werden,⁵⁴ allerdings sei die Allgemeinpsychiatrie teilweise nicht willens, forensische Patienten in ihre Einrichtungen aufzunehmen.⁵⁵ Ohne den Ausbau forensisch-ambulanter Therapieplätze sei eine „erhebliche Versorgungs- und Sicherheitslücke“⁵⁶ zu erwarten. Hält man sich allerdings vor Augen, dass die Beschränkung durch die Sechs-Jahres-Grenze ohnehin nur bei Tätern gilt, von denen lediglich Delikte mit wirtschaftlichen Schäden drohen, relativieren sich diese Bedenken stark.

48 BT-Drs. 18/7244, S. 32.

49 BT-Drs. 18/7244, S. 32.

50 *Stübner*, NK 2015, 13 (16); Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde (DGPPN) vom 30.7.2015, S. 2, verfügbar unter: http://www.dgppn.de/fileadmin/user_upload/_medien/download/pdf/stellungnahmen/2015/2015-07-30_DGPPN-Stellungnahme_Referentenentwurf_Massregelvollzug_FIN.pdf (24.10.2016).

51 *Stübner*, NK 2015, 13 (16).

52 DGPPN (Fn. 50), S. 2.

53 *Stübner*, NK 2015, 13 (17).

54 DGPPN (Fn. 50), S. 2.

55 *Stübner*, NK 2015, 13 (17).

56 *Stübner*, NK 2015, 13 (17).

Aus rechtlicher Sicht ist die Reform als (wenn auch bescheidene) Grenzziehung grundsätzlich zu befürworten. Das gilt vor allem für die Tatsache, dass allein die Gefahr schwerer wirtschaftlicher Schäden nach Ablauf von sechs Jahren zumindest „in der Regel“ keine Fortdauer der Unterbringung rechtfertigt. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte mit dem Zusatz „in der Regel“ umgehen werden,⁵⁷ da der Gesetzgeber hiermit ausdrücklich eine Ausnahme geschaffen hat, durch die eine Verlängerung der Unterbringung auch bei der Gefahr rein wirtschaftlicher Schäden möglich sein kann.⁵⁸ Nach der Gesetzesbegründung soll dies aber sehr restriktiv gehandhabt werden, etwa, wenn Taten drohen, die zu einem unersetzbaren wirtschaftlichen oder kulturellen Schaden führen würden. Das in der Gesetzesbegründung verwendete Beispiel des „Dürer-Attentäters“⁵⁹, der aufgrund einer paranoiden Störung immer wieder unschätzbar wertvolle Kunstwerke zerstörte, macht den absoluten Ausnahmearakter dieser Fallgruppe deutlich. Es sollte paradigmatisch für die zukünftige Handhabung der Norm seitens der Gerichte sein.

Auch wenn die Fortdauer der Unterbringung nach zehn Jahren an hohe Voraussetzungen anknüpft, ist zum Teil noch weitergehend eine zwingende Höchstgrenze gefordert worden, die sich zum Beispiel nach der maximalen Strafandrohung für die Anlasstat richten könnte.⁶⁰ Betrachtet man die Problematik aus der Perspektive des Verfassungsrechts, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, mag eine absolute Obergrenze wünschenswert erscheinen. Eine starre Frist ist aber insofern problematisch, als es (auch nach psychiatrischer Einschätzung) im Einzelfall Untergebrachte gibt, die kaum therapeutisch beeinflussbar sind.⁶¹ Drohen von diesen Personen störungsbedingt schwere Straftaten gegen Leib, Leben oder sexuelle Selbstbestimmung, kann auch eine langandauernde Unterbringung über zehn Jahre hinaus gerechtfertigt sein.

57 Schiemann, ZRP 2016, 98 (100).

58 Hierzu und im Folgenden BT-Drs. 18/7244, S. 35; Jehle, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11), § 67d Rn. 30.

59 Die Gesetzesbegründung bezieht sich explizit auf den „Dürer-Attentäter“ BT-Drs. 17/7244, S. 35, siehe dazu näher Kaspar (Fn. 3), S. 109, sowie etwas ausführlicher ders., FPPK 2007, 217.

60 Pollähne, in: Pollähne/Lange-Joest (Fn. 13), S. 21; Streng, ZG 2014, 24 (40).

61 Kaspar (Fn. 11), § 63 Rn. 7; kritisch zur Annahme von „Untherapierbarkeit“ Eisenberg, NStZ 2004, 240.

V. Zur Neufassung von § 463 StPO

Die Novellierung des Rechts der Unterbringung bringt auch einige strafprozessuale Änderungen im Bereich des § 463 StPO mit sich. Dabei wird § 463 Abs. 4 StPO ein Satz 1 vorangestellt, nach dem „im Rahmen der Überprüfung [...] nach § 67e StGB eine gutachterliche Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung einzuholen [ist], in der der Verurteilte untergebracht ist“. Gemeint sind dabei die jährlichen Überprüfungen gem. § 67e Abs. 2 StGB, in denen nicht zwingend ein externer Gutachter heranzuziehen ist. In der Praxis wird bereits in den meisten Fällen so verfahren.⁶² Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist auch bei der Überprüfung nach § 67e StGB eine „für den Einzelfall hinreichende Gründlichkeit bei der Entscheidungsfindung zu gewährleisten“⁶³, zumal Art. 2 Abs. 2 GG auch eine verfahrensrechtliche Bedeutung kommt.⁶⁴ An dieser Stelle ist die rechtliche Fixierung einer bereits bestehenden Praxis sinnvoll, da durch die Formulierung „gutachterliche Stellungnahme“ klargestellt wird, dass diese Berichte einen gewissen Standard erreichen müssen, um als Entscheidungsgrundlage für eine Überprüfung herangezogen werden zu können. Die Neuregelung ist also zu begrüßen.

Die wichtigste prozessuale Neuerung ist wohl die in § 463 Abs. 4 S. 2 StPO vorgenommene Erhöhung der Frequenz, in der ein externer Gutachter im Rahmen der Überprüfung nach § 67e StGB herangezogen werden muss, nämlich von fünf auf nunmehr drei Jahre. Damit soll die Qualität der Fortdauerentscheidungen verbessert und zugleich durch die schnellere Heranziehung externer Sachverständiger verhindert werden, dass die Maßregelvollzugsanstalt zu großen Einfluss auf die Entscheidungen nehmen kann.⁶⁵ Außerdem soll mit den neuen Fristen eine Kongruenz zur Neuregelung des § 67d Abs. 6 S. 3 StGB hergestellt werden.⁶⁶

Bedauerlich ist dabei zunächst der Umstand, dass für den Fristbeginn noch immer auf den Vollzug der Unterbringung und nicht auf deren Anordnung abgestellt wird. Bis der „lange Weg durch die Instanzen“ abgeschlossen ist, können sich durchaus Änderungen im jeweiligen Krankheitsbild ergeben, die durch eine zeitnahe erneute Begutachtung frühzeitig

62 Schiemann, ZRP 2016, 98 (100); BT-Drs. 18/7244, S. 36.

63 BVerfG, Beschl. v. 19.7.2011 – 2 BvR 2413/10.

64 BVerfG, Beschl. v. 17.2.2014 – 2 BvR 1795/12; 2 BvR 1852/13.

65 BT-Drs. 18/7244, S. 37.

66 BT-Drs. 18/7244, S. 38.

erkannt werden könnten.⁶⁷ Darüber hinaus ist umstritten, ob eine erhöhte Begutachtungsfrequenz durch externe Sachverständige uneingeschränkt zu begrüßen ist. So hatte sich einerseits die Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde (DGPPN) für eine Drei-Jahres-Frist ausgesprochen.⁶⁸ Andererseits sehen auch psychiatrische Experten die Problematik des deutlichen Mehrbedarfs an ausreichend qualifizierten Sachverständigen und der damit einhergehenden Kostenerhöhung.⁶⁹ Verschärft wird dieser Druck auch durch die Neufassung des § 463 Abs. 4 S. 3 und S. 4 StPO, nach denen dieselbe Sachverständige nicht zweimal hintereinander herangezogen werden soll, um die „Gefahr von repetitiven, sich selbst bestätigenden Beurteilungen“⁷⁰ zu verringern. Es stellt sich die Frage, ob es überhaupt genügend Sachverständige gibt, die diesen enormen Mehrbedarf abdecken können,⁷¹ zumal gem. § 463 Abs. 4 S. 5 StPO in Zukunft ausschließlich ärztliche oder psychologische Sachverständige herangezogen werden dürfen.

Brettel/Höffler kritisieren mit guten Gründen den damit verbundenen (vom Gesetzgeber nicht weiter diskutierten, möglicherweise gar nicht gesehenen) zwingenden Ausschluss von (in Deutschland überwiegend juristisch ausgebildeten) Kriminologinnen und Kriminologen von der Begutachtung.⁷² Sie weisen zu Recht darauf hin, dass sich die Kriminologie als Lehre vom Verbrechen, Verbrecher und Verbrechenskontrolle originär mit Kriminalität und damit auch deren Vorhersage befasst. Psychologie und Psychiatrie stießen bei der Beurteilung einer kriminellen Gefährdung an ihre Grenzen: Eine Störung allein begründe keine Gefährlichkeit, vielmehr komme es auf deren kriminologische Relevanz an.⁷³ Das hierfür notwendige Wissen sei nicht per se in der forensisch-psychiatrischen Sachkunde enthalten. Als weiterer Grund für die Einbeziehung von Kriminologen wird aufgeführt, dass die kriminologische Forschung andernfalls mangels Erfahrungs-, Forschungs- und Weiterentwicklungsmöglichkeiten stagnieren würde.⁷⁴

67 *Kaspar* (Fn. 3), S. 131.

68 DGPPN (Fn. 50), S. 3.

69 *Stübner*, NK 2015, 13 (20).

70 BT-Drs. 18/7244, S. 39.

71 So schon *Kaspar* (Fn. 3), S. 131.

72 *Brettel/Höffler*, medstra 2016, 67.

73 *Brettel/Höffler*, medstra 2016, 67 (68).

74 *Brettel/Höffler*, medstra 2016, 67 (69).

Letzteres Argument darf zwar in seiner Bedeutung nicht überschätzt werden, denn natürlich ist bei einem in Rede stehenden Grundrechtseingriff durch zwangsläufige Unterbringung nicht das Forschungsinteresse der Kriminologie, sondern das Interesse an einer bestmöglichen Begutachtung ausschlaggebend. Völlig richtig ist aber, dass die Kriminologie wichtige Beiträge zur Beurteilung der kriminologischen Relevanz einer Störung leisten kann. Die Diagnose einer Störung selbst enthält eben noch keine Aussage über eine drohende Straftat; in den Worten von *Brettel/Höffler*: „nicht das Wissen auf der Achse gestört/nicht gestört, sondern auf der Achse kriminovalent/kriminoresistent ist das Wissen, auf das es bei der Kriminalprognose ankommt“.⁷⁵ Ist dieses Fachwissen nachweislich vorhanden, spricht nichts gegen einen Einsatz von Kriminologinnen und Kriminologen als Gutachter auch im Maßregelbereich. Die (nicht näher begründete) Entscheidung des Gesetzgebers, dies zwingend auszuschließen, ist daher zu bedauern, und zwar unabhängig von dem bereits oben erwähnten Problem, dass nur eine „überschaubare Zahl“⁷⁶ qualifizierter und erfahrener Sachverständiger im forensischen Bereich existiert. Schon in der Vergangenheit wurden offenbar zum Teil unqualifizierte Sachverständige mangels Alternativen herangezogen.⁷⁷ Ob die höhere Begutachtungsfrequenz zu weiteren Engpässen bei den Sachverständigen führt, bleibt abzuwarten, liegt aber nahe.

Ein Konzept, das es bedauerlicherweise nicht in die Novellierung geschafft hat, ist der Vorschlag von *Schalast/Lindemann*, eine Soll-Vorschrift einzufügen, nach der der Gutachter prüfen soll, ob nicht eine Maßnahme in einem nicht geschlossenen Klinikbereich zur Erreichung des Zwecks der Maßregel ausreichend ist.⁷⁸ Zwar wird bei einem großen Teil der Betroffenen eine stationäre und aus Gründen der Sicherheit auch geschlossene Betreuung und Therapie nötig sein.⁷⁹ Für manche erscheint eine Unterbringung in einem den Hochsicherheitstrakten von Justizvollzugsanstalten ähnelnden Komplex⁸⁰ jedoch schlicht überdimensioniert.⁸¹ Um ein derarti-

75 *Bock*, HRRS 2012, 533 (534).

76 *Stübner*; NK 2015, 13 (21).

77 *Tondorf/Tondorf*, Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren, 3. Aufl. 2011, S. 10 f.

78 *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (80).

79 *Pollähne*, NK 2015, 25 (34).

80 *Konrad*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Fn. 13), S. 118.

81 *Schalast/Lindemann*, R&P 2015, 72 (80).

ges Konzept umsetzbar zu machen, bedürfte es jedoch eines umfassenden Ausbaus der ambulanten Therapiemöglichkeiten.

VI. Schlussbetrachtung und Ausblick

Um mit der Kritik zu beginnen: Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung die Chance verpasst, dem Recht der Unterbringung gem. § 63 StGB noch klarere und vor allem engere Konturen zu verleihen. Es wäre möglich gewesen, die Reformbestrebungen zum Anlass zu nehmen, eine umfassendere und restriktivere Neugestaltung der strafrechtlichen Unterbringung auf den Weg zu bringen und dabei auch andere offene Fragen anzugehen.

So hätte beispielsweise in diesem Zuge auch eine Überarbeitung der §§ 20, 21 StGB stattfinden können. Die Begrifflichkeiten des § 20 StGB sind nicht mehr zeitgemäß und zum Teil degradierend.⁸² So stammt das Merkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit aus der sog. „Degenerationslehre“ der nationalsozialistischen Ideologie.⁸³ In der Debatte um die Reform des Mordparagraphen wurde in Politik und Medien immer wieder (zu Recht) auf dessen unrühmliche Entstehungsgeschichte verwiesen, was im Rahmen der §§ 20 f. StGB aber merkwürdigerweise weit weniger Empörung verursacht. Der gesamte § 20 StGB ist eine Mischform aus überholten medizinischen Krankheitsmodellen und zum Teil sehr unbestimmten juristischen Begriffen, die dringender Reform bedürfte.⁸⁴ Es ist klar, dass dies ein schwieriges und umfangreiches Unterfangen wäre, allerdings auch ein lohnendes, dem man sich stellen sollte.

Keine Beachtung beim Reformprozess hat auch die bereits vorher in der Literatur diskutierte Frage gefunden, inwieweit der Maßregelvollzug mit der UN-Behindertenrechts-konvention vereinbar ist.⁸⁵

Ob die Gesetzesänderung in Zukunft größere Auswirkungen auf die Zahl der Untergebrachten hat, kann bezweifelt werden. Dafür gehen die Änderungen bei den Anordnungsvoraussetzungen nicht weit genug, vor allem, wenn man die an mehreren Stellen (bspw. in § 63 S. 2 StGB oder in

82 *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2015, Rn. 422.

83 *Tondorf/Tondorf* (Fn. 77), S. 29.

84 *Nedopil/Müller*, Forensische Psychiatrie, 4. Aufl. 2012, S. 38 f.

85 Zur ausführlichen Diskussion siehe *Tolmein*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Fn. 13), S. 79 ff.

§ 67d Abs. 6 S. 2 StGB) im Gesetz implantierten „Angstklauseln“ berücksichtigt, die je nach Einzelfall auch ein Unterlaufen der gezogenen Grenzen ermöglichen.

Um zum Abschluss zur Haben-Seite der Reform zu kommen: Immerhin wurden einige bisher nur in der Rechtsprechung entwickelte Anordnungs-voraussetzungen und -grenzen nun ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen, was aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen ist. Auch ist die Stoßrichtung der Reform, die auf eine Stärkung des Verhältnismäßigkeits-grundsatzes abzielt, nachhaltig zu unterstützen. Es ist zumindest nicht aus-zuschließen, dass die Praxis diesen Grundsatz aufgrund der neu im Gesetz verankerten Wertungen in Zukunft noch stärker berücksichtigen wird. Entscheidend dafür dürfte das Bewusstsein der Justizpraktiker sein, welch gravierenden Eingriff in Freiheitsrechte auch die Maßregel des § 63 StGB (trotz ihres therapeutischen Heilungs- und Besserungszwecks) mit sich bringt. Nicht nur die Sicherungsverwahrung, sondern auch die Unterbrin-gung im psychiatrischen Krankenhaus ist nach dem BVerfG ein „Sonder-opfer“⁸⁶, das entsprechend behutsam anzuwenden ist. Es ist das Verdienst der Neuregelung, dies etwas deutlicher zum Ausdruck zu bringen.

86 BVerfG NJW 2012, 1784 (1785).