

Der Fall "Mollath" und die Folgen - zur Reform der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2014. "Der Fall 'Mollath' und die Folgen - zur Reform der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB." In *Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie*, edited by Manuela Dudeck, Johannes Kaspar, and Michael Lindemann, 103–34. Baden-Baden: Nomos.

https://doi.org/10.5771/9783845253299_103.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



Der Fall »Mollath« und die Folgen – zur Reform der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB

Johannes Kaspar

I. Einführung

Der Fall Mollath hat das Vertrauen der Bevölkerung in Strafjustiz und Forensische Psychiatrie erschüttert. Beide Institutionen waren hier beteiligt, auf beiden Seiten ist es offenbar zu Fehlern gekommen.¹ Wie sehr der Fall für öffentliches Aufsehen gesorgt hat, zeigt die Flut an Veröffentlichungen in den Medien.

Daher soll die Causa »Gustl Mollath« der Ausgangspunkt meiner Überlegungen sein. Ich will anhand dieses konkreten Beispiels die Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB vorstellen. Es soll ganz generell um den Zweck sowie die Voraussetzungen dieser Maßregel gehen und die juristischen Probleme, die sich mit ihr verbinden. Nicht zuletzt der Fall Mollath hat gezeigt, dass es hier vor allem um zwei Fragen geht, etwas salopp formuliert: Wie gelangt man in den Maßregelvollzug und, für den Betroffenen dann natürlich genauso wichtig: Wie kommt man aus ihm heraus? Dass dieses »Herauskommen« in den letzten Jahren insgesamt schwieriger geworden ist, zeigen die empirischen Daten zur Anwendungspraxis des § 63 StGB, die ich zur Vervollständigung des Bildes von § 63 StGB anführen möchte.

Danach soll es um die aktuell diskutierten Reformvorschläge im Bereich des § 63 StGB gehen, bevor ich im Fazit noch versuchen werde, den Fall Mollath in die allgemeine Frage unseres Umgangs mit »abweichendem Verhalten« einzuordnen.

Eine der Besonderheiten dieses Falles, soviel vielleicht vorweg, liegt u. a. darin, dass er unser juristisches Denken arg strapaziert. Denn wir müssen hier zumindest vorläufig, vielleicht dauerhaft, damit leben, dass wir es nicht nur mit einer unsicheren Tatsachengrundlage zu tun haben – das ist Alltagsgeschäft der Justiz. Hier aber lassen sich darüber hinaus in selten extremer Ausprägung zwei völlig unterschiedliche Sichtweisen auf das

1 Vgl. Hauer ZRP 2013, 209; s. auch Walter GA 2014, 316.

Geschehen feststellen, zwei für sich genommen durchaus plausible »Narrative«, also Arten, die Geschichte Mollaths zu erzählen.

Sprechen wir von einem beruflich erfolglosen, verbitterten und aggressiven Mann, der sich im Laufe der Zeit in einen querulatorischen Wahn gesteigert hat und als Folge dieses Wahns Leib und Leben mehrerer Personen verletzt bzw. gefährdet hat und, da völlig uneinsichtig und unbelhrbar, auch in Zukunft gefährden wird?

Oder handelt es sich um einen streitbaren Kämpfer für Recht und Gerechtigkeit, der eine kriminelle Verstrickung höherer Kreise aufgedeckt hat und der nun durch eine Intrige seiner in diesem Zusammenhang ebenfalls verdächtigen Ex-Ehefrau durch falsche Anschuldigungen mundtot gemacht werden sollte? Als eigentlich geistig Gesunder zu Unrecht mehrerer Straftaten verdächtigt und darüber hinaus auf ungewisse Zeit in die Psychiatrie eingesperrt zu werden – das ist eine Horror-Vorstellung, die vermutlich mit dazu beigetragen hat, dass Gustl Mollath, nachdem diese Version der Geschichte zunehmend in den Medien verbreitet wurde, soviel Zuspruch und Solidarität erfahren hat.

II. Der Fall Mollath

Wo also liegt die Wahrheit? Welche Version der Geschichte ist richtig? Um falsche Erwartungen von vornherein gar nicht aufkommen zu lassen: Das wird hier nicht geklärt werden können. Zu viele Details dieses komplexen Falles sind umstritten, zu vieles ist – trotz des jüngst als Folge der erfolgreichen Wiederaufnahme ergangenen freisprechenden Urteils des LG Regensburg vom 14.8.2014– offen geblieben.

Ich kann im Folgenden also nur in der Weise in den Fall Mollath einführen, dass ich eine kurze Zusammenfassung der Vorgeschichte sowie den Gang des gerichtlichen Verfahrens samt den von den Gerichten ursprünglich zugrunde gelegten Tatsachen schildere – im Wissen, dass manche dieser ursprünglich gerichtlich festgestellten, im Rahmen des Urteils vom 14.8.2014 teilweise korrigierten Fakten offenbar nicht zutreffend waren.

Zunächst zur Vorgeschichte. Gustl Mollath wurde 1956 in Nürnberg geboren.² Nach einem abgebrochenen Maschinenbaustudium arbeitete er kurze Zeit bei MAN und machte sich dann im Bereich Autotuning – Rei-

² Zur Biografie s. die Ausführungen in LG Nürnberg-Fürth Urt. v. 08.08.2006, Az. 7 KLS 802 Js 4743/2003 Rz. 17 ff. sowie *Ritzer/Przybilla*, Die Affäre Mollath, 2013, 22 ff.

fenhandel selbständig. 1978 hatte er seine Frau, die als Vermögensberaterin arbeitete, kennen gelernt. 1991 heiratete das Paar. 2002 kam es zur Trennung, 2004 zur Scheidung. Bereits 2003 hatte seine Ehefrau Anzeige gegen Gustl Mollath wegen Körperverletzung erstattet.³

Da Mollath eine ambulante Begutachtung verweigerte, wurde er Mitte 2004 und erneut 2005 vorübergehend untergebracht, um eine psychiatrische Untersuchung zu ermöglichen. In diesem Jahr kam als strafrechtlicher Vorwurf noch hinzu, dass Mollath bei verschiedenen Personen Autoreifen zerstochen haben soll, die er möglicherweise dem »Lager« seiner Ex-Frau zugeordnet habe, darunter den Ehemann und Kanzleikollegen der Anwältin, die Frau Mollath im Scheidungsverfahren vertreten hatte.⁴

Wichtig ist noch zu erwähnen, dass Mollath im Vorfeld wiederholt von einer Verstrickung seiner Ehefrau als Mitarbeiterin der Hypovereinsbank in einen »Schwarzgeldskandal« berichtet hatte. Richtigerweise ging es wohl nicht um »Schwarzgeld«, sondern um rechtmäßig erworbenes Geld von Bankkunden, das ins Ausland geschafft worden sei, um auf diese Weise Steuerhinterziehung zu ermöglichen.⁵ Bereits 2003 hatte ein interner Prüfbericht der Hypovereinsbank ergeben, dass »alle nachprüfbarer Behauptungen« von Mollath sich als wahr erwiesen hätten.⁶ In der Folge kam es dann zu bankinternen arbeitsrechtlichen Konsequenzen und mittlerweile offenbar auch zur Einleitung von Steuerstrafverfahren. Dieser Bericht wurde allerdings erst 2012 durch Medienberichte publik, lag also zum Zeitpunkt der ursprünglichen gerichtlichen Ausgangsentscheidung noch nicht vor.

Damit bin ich beim nicht unkomplizierten Verfahrensgang und seiner Chronologie angelangt. Zum besseren Verständnis ist eine Differenzierung wichtig, die auch erklärt, warum eigentlich in kürzerer Zeit mehrere Gerichte an verschiedenen Orten in der Sache Entscheidungen getroffen haben. Es geht um die Ebene der Anordnung der Maßregel, die von der Ebene der Vollstreckung der Maßregel zu unterscheiden ist.

Bei der Anordnung, die durch das Landgericht Nürnberg im Jahre 2006 erfolgte⁷, ging es um die grundsätzliche Frage, ob Mollath aufgrund der Begehung von Straftaten im Zustand der Schuldunfähigkeit in die Maßregel einzuweisen war, was bekanntlich bejaht wurde. Das Landgericht sah es als erwiesen an, dass Mollath seine damalige Ehefrau mehrfach körper-

3 Ritzer/Przybilla (FN. 2), 34 f.

4 LG Nürnberg-Fürth Urt. v. 08.08.2006, Az. 7 KLS 802 Js 4743/2003 Rz. 59.

5 Vgl. Schöch (in diesem Band).

6 Ritzer/Przybilla (FN. 2), 153; dazu auch Hauer ZRP 2013, 209, 210 sowie 212.

7 LG Nürnberg-Fürth Urt. v. 08.08.2006, Az. 7 KLS 802 Js 4743/2003.

lich misshandelt hatte, sie für ca. 1,5 Stunden ihrer Freiheit beraubt und mehrere Autoreifen zerstochen hatte. Er habe also rechtswidrige Taten begangen, es könne aber nicht ausgeschlossen werden, dass Mollath wegen krankhafter Wahnvorstellungen gem. § 20 StGB schuldunfähig gehandelt habe. Daher wurde er vom strafrechtlichen Vorwurf freigesprochen, zugleich aber seine Unterbringung gem. § 63 StGB angeordnet.⁸

Ebenfalls auf dieser Ebene ist die Entscheidung des OLG Nürnberg vom 6.8.2013⁹ anzusiedeln, mit der die Wiederaufnahme des ursprünglichen Verfahrens angeordnet wurde. Das bedeutet, dass das gesamte ursprüngliche Verfahren komplett neu aufgerollt werden muss und dementsprechend auch ganz neu über die Voraussetzungen der Unterbringung zu entscheiden ist. Bemerkenswert ist, dass dieser Antrag nicht nur von der Verteidigung Mollaths, sondern zugleich von der Staatsanwaltschaft gestellt wurde. Man kann vor diesem Hintergrund von einem erhöhten »Gewicht« des Antrags sprechen, auch wenn es natürlich Spekulation ist, anzunehmen, dass das Gericht dem Wiederaufnahmeantrag deswegen positiver gegenüber stand. Fakt ist aber, dass Wiederaufnahmeanträge an sich äußerst selten erfolgreich sind, schon aufgrund der sehr hohen Anforderungen für die Durchbrechung der Rechtskraft eines Urteils. Hier wurde allerdings vom Oberlandesgericht die Wiederaufnahme des Strafverfahrens tatsächlich angeordnet. Begründet wurde das mit dem Wiederaufnahmegrund von § 359 I Nr. 1 StPO, also dem Vorliegen einer falschen Urkunde. Denn es hatte sich herausgestellt, dass ein ärztliches Attest, das die Ehefrau Mollaths vorgelegt hatte, nicht von der dort namentlich genannten Ärztin, sondern von deren Sohn unterzeichnet worden war. Mollath wurde in der Folge dieses Urteils aus dem Vollzug der Unterbringung entlassen; am 14.8. 2014 erfolgte ein freisprechendes Urteil durch das LG Regensburg, in dem nur ein Teil der ursprünglichen strafrechtlichen Vorwürfe aufrecht erhalten blieb.

Davon zu unterscheiden ist die zweite Ebene der Vollstreckung. Hier ging es während des Zeitraums der Unterbringung um die Folgeentscheidungen, die zu einer Beendigung der Maßregel führen können, insbesondere um die Frage der Aussetzung der Maßregel zur Bewährung. Das LG Bayreuth hatte als zuständige Strafvollstreckungskammer am 9.6.2011¹⁰ die Fortdauer der Unterbringung angeordnet, »...weil derzeit nicht zu erwarten ist, dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzuges keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird...«. Gestützt wurde dies we-

8 LG Nürnberg, Urt. v. 08.08.2006, Az. 7 KLS 802 Js 4743/2003, Rz. 124 ff.

9 OLG Nürnberg Urt. v. 06.08.2013, Az. 1 Ws 354/13 WA, NJW 2013, 2692.

10 LG Bayreuth Urt. v. 09.06.2011, StVK 551/09.

sentlich auf ein von Pfäfflin am 12.2.2011 erstattetes Gutachten¹¹, dem sich die Klinik in Bayreuth anschloss und das letztlich auch von der Kammer ihrer Entscheidung zu Grunde gelegt wurde. An der Diagnose »wahnhaften Störung« wurde nicht gezweifelt, immerhin war diese durchgehend von den mit dem Fall betrauten Gutachtern bestätigt worden. Ein von Mollath selbst in Auftrag gegebenes Privatgutachten wurde mangels Objektivität nicht herangezogen, zumal es laut Aussage des Gerichts nicht geeignet war, »(...) Zweifel an den übrigen Einschätzungen zu wecken, mit der Folge, dass es auch der Einholung eines »Obergutachters« nicht bedarf.«¹²

Der weitere Vollzug der Maßregel, so das LG weiter, sei (auch wegen der Anlasstat einer gefährlichen Körperverletzung) verhältnismäßig.

Eine sofortige Beschwerde gegenüber diesem Beschluss wurde vom OLG Bamberg am 26.8.2011¹³ als unbegründet zurückgewiesen. Das LG sei zu Recht von einer weiter fortbestehenden wahnhaften Störung bei Herrn Mollath ausgegangen. Auch dass das LG dem privat in Auftrag gegebenen Gutachten nicht gefolgt sei, wird nicht beanstandet, da dort die Angaben von Mollath, nicht aber die Feststellungen des Urteils im Erkenntnisverfahren zugrunde gelegt worden seien, was »keinem wissenschaftlichen Standard« entspräche¹⁴. Im Ergebnis stellt das OLG fest, dass die Fortdauer der Unterbringung rechtmäßig sei, weil nach wie vor die Gefahr schwerer Straftaten zu erwarten sei. Dabei wird in erster Linie auf die gegen die frühere Ehefrau gerichteten Körperverletzungsdelikte abgestellt.¹⁵

Diese beiden auf der Vollstreckungsebene ergangenen Beschlüsse wurden von Mollath mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen, die letztlich erfolgreich war. Das BVerfG stellte in seiner Entscheidung vom 26.8.2013¹⁶ überzeugend fest, dass der Beschwerdeführer trotz seiner zwischenzeitlich erfolgten (vorläufigen) Entlassung ein schutzwürdiges Interesse an einer nachträglichen verfassungsrechtlichen Überprüfung der Entscheidungen habe, da gravierende Grundrechtseingriffe im Raum stünden. Im Ergebnis wurde festgestellt, dass die angegriffenen Beschlüsse des LG

11 S. dazu die Zusammenfassung in BVerfG Beschl. v. 26.08.2013, Az. BvR 371/12, Rz. 16.

12 LG Bayreuth Urt. v. 09.06.2011, StVK 551/09.

13 OLG Bamberg Urt. v. 26.08.2011, I Ws 337/11, BeckRS 2013, 17392.

14 OLG Bamberg Urt. v. 26.08.2011, I Ws 337/11, BeckRS 2013, 17392.

15 OLG Bamberg Urt. v. 26.08.2011, I Ws 337/11, BeckRS 2013, 17392.

16 BVerfG Beschl. v. 26.08.2013, Az. BvR 371/12 = NJW 2013, 3228; s. dazu auch Kasiske NJW-Spezial 2013, 632 ff.; Hauer ZRP 2013, 209 ff.; Muckel JA 2014, 73.

Bayreuth sowie des OLG Bamberg Herrn Mollath in seinen Grundrechten aus Art. 2 II 2 GG i. V. m. Art. 20 III GG verletzten, also in seinem Grundrecht auf Fortbewegungsfreiheit in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem darin enthaltenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Moniert wurde u. a., dass die Gerichte sich nicht ausreichend mit entlastenden Tatsachen auseinandergesetzt hätten und v. a. die Prognose weiter bestehender Gefährlichkeit nicht ausreichend begründet worden sei.¹⁷ Generell müsse bei einem solchen gravierenden Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 II GG das »Gebot bestmöglicher Sachaufklärung« beachtet werden, was hier nicht erfolgt sei. Damit sind die (verfassungsrechtlichen) Grenzen der Unterbringung benannt, also der Weg, der aus der Unterbringung hinausführt. Wie aber gelangt man in den Maßregelvollzug hinein? Was sind Zweck und Voraussetzungen der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus, von der im Fall Mollath womöglich von vornherein zu Unrecht Gebrauch gemacht wurde?

III. Die Unterbringung im Psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB)

1. Zweck

Die Unterbringung gem. § 63 StGB ist eine Maßregel der »Besserung und Sicherung« und trägt damit ihren Zweck bzw. ihre Zwecke schon im Namen.¹⁸ Die Reihenfolge wurde im Zuge der Reformen des Maßregelrechts umgekehrt. Heute steht also anders als früher die »Besserung« vor der »Sicherung«. Das sollte das vorrangige Ziel der Behandlung der Untergebrachten stärken.

Was aber, wenn dieser Behandlungs- oder Besserungszweck im konkreten Fall nicht einschlägig ist? Kann dann allein der Sicherungszweck die Unterbringung rechtfertigen? Die Frage stellt sich dann, wenn sich die betroffene Person von vornherein oder zumindest im Laufe der Unterbringung als »untherapierbar« erweist. Dabei ist durchaus umstritten, ob es die Gruppe der »Untherapierbaren« überhaupt gibt.¹⁹ Das OLG Bamberg erkannte in dem oben genannten Urteil jedenfalls die Möglichkeit, dass der (angeblich) wahnhafte Zustand Mollaths »unkorrigierbar« sei.²⁰

17 BVerfG Beschl. v. 26.08.2013, Az. BvR 371/12, Rz. 60 ff.

18 S. dazu nur *SSW-Kaspar* § 63 Rn. 1 f.

19 Krit. *Eisenberg* NStZ 2004, 240.

20 OLG Bamberg Urt. v. 26.08.2011, 1 Ws 337/11, BeckRS 2013, 17392.

Ein ganz konkretes Fallbeispiel eines offenbar »Untherapierbaren« hat vor einigen Jahren für Aufsehen gesorgt. Ich spreche von dem als »Dürer-Attentäter« bekannt gewordenen Hans-Jürgen Bohlmann, der immer wieder Attentate auf Kunstgegenstände verübte, u.a. auf unschätzbar wertvolle Gemälde von Albrecht Dürer in der Alten Pinakothek in München, die er mit Säure schwer beschädigte.²¹

Trotz jahrelanger Unterbringung in der Psychiatrie aufgrund der Diagnose einer paranoiden Persönlichkeitsstörung konnte keine Besserung erzielt werden. Bohlmann wurde 2005 vom OLG Hamburg²² nach etwa fünfzehnjähriger Unterbringung trotz äußerst schlechter Prognose entlassen, weil man von der Unverhältnismäßigkeit einer weiteren Unterbringung ausging. Und tatsächlich handelte es sich hier dann nachweislich nicht um einen »false positive«, also nicht um einen zu Unrecht als gefährlich eingestuften Täter. Denn trotz der Auflage, keine Museen zu betreten und trotz einer europaweiten Warnung an entsprechende Einrichtungen, gelang es Bohlmann einige Zeit nach seiner Entlassung erneut, ein wertvolles Gemälde im Amsterdamer Reichsmuseum zu beschädigen.²³

Es gibt also praktische Fälle, in denen »Untherapierbarkeit« eine Rolle spielt²⁴ und bei denen die Entlassungsperspektive ganz besondere Probleme bereitet. Es bleibt also die Frage: Ist § 63 StGB überhaupt zu rechtfertigen, wo »Heilung« keine entscheidende Rolle spielt?

Der BGH hat klar entschieden, dass auch allein der Sicherungszweck unabhängig von konkreten Therapie- und Heilungschancen die Unterbringung rechtfertigen könne.²⁵ Dafür lässt sich der Wortlaut der Norm anführen, der die Gefährlichkeit des Täters in den Fokus rückt. Auch die systematische Einordnung als Maßregel (eben auch) »der Sicherung« spricht dafür, dass der Schutz der Allgemeinheit nicht nur willkommener Nebeneffekt der Unterbringung gem. § 63 StGB ist, sondern sie im Einzelfall auch allein rechtfertigen kann. Nicht zu übersehen ist aber, dass die Unterbringung gem. § 63 StGB damit sehr stark in die Nähe der Sicherungsverwahrung rückt, bei der der Sicherungszweck klar im Vordergrund steht. Im Fall Bohlmann hat das deshalb zu einer interessanten juristischen Problematik geführt, weil nach damaliger Rechtslage eine Sicherungsver-

21 OLG Hamburg NStZ-RR 2005, 40 sowie *Kaspar* FPPK 2007, 217 ff.

22 OLG Hamburg NStZ-RR 2005, 40.

23 Es handelte sich dabei um das Bild »Schützensmahlzeit zur Feier des Friedens von Münster« von *Bartholomeus van der Helst* (1613-1670), s. Süddeutsche Zeitung v. 29.6.2006, S. 9.

24 Ihr Anteil wird von psychiatrischer Seite auf ca. 10% geschätzt, vgl. *Dönnisch/Seidel* R&P 2002, 2.

25 BGH StV 1995, 300; BGH R&P 2006, 102; SSW-*Kaspar*, § 63 Rn. 2a m. w. N.

wahrung nach zehn Jahren hätte beendet werden müssen – denn es standen keine Gewaltdelikte im Raum, sondern »nur« Sachbeschädigungsdelikte. Ausnahmsweise hat sich also in diesem – gewiss extrem gelagerten – Sonderfall die Tatsache der Unterbringung in der Psychiatrie gem. § 63 StGB im Vergleich zur Sicherungsverwahrung als Nachteil erwiesen. Im Grundsatz ist das auch heute noch denkbar, denn § 63 StGB enthält als einzige Maßregel keinerlei fixierte zeitliche Obergrenze – darauf wird bei den Reformvorschlägen zurückzukommen sein.

2. *Voraussetzungen*

a) *Rechtswidrige Tat*

Zunächst ist für die Unterbringung vorausgesetzt, dass der Täter eine rechtswidrige Tat begangen hat. Allein aufgrund angenommener Gefährlichkeit ohne entsprechende Anlasstat darf die Maßregel als »strafrechtliche Sanktion« im weiten Sinn also nicht verhängt werden. In einem solchen Fall bleibt es bei der Möglichkeit der Unterbringung nach den entsprechenden Ländergesetzen.

Mit der Formulierung der Voraussetzung einer »rechtswidrigen Tat« ist zwar klargestellt, dass eine Ordnungswidrigkeit als Anlass der Unterbringung nicht genügt, das ergibt sich aus § 11 I Nr. 5 StGB.²⁶ Davon abgesehen enthält das Gesetz aber keine Erheblichkeitsgrenze, d. h. auch geringfügige Straftaten können prinzipiell Anlasstat der Unterbringung gem. § 63 StGB sein. Das ist im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bedenklich, auch darauf werde ich bei den Reformüberlegungen zurückkommen. Praktisch relevant wird das aber offenbar selten, denn die Anlasstat ist zumindest ein wichtiger Prognosefaktor im Hinblick auf die festzustellende Gefährlichkeit des Täters. Leichtere Delinquenz in der Vergangenheit lässt üblicherweise gerade nicht den Schluss auf die Gefahr der Begehung erheblicher Taten in der Zukunft zu, vielmehr muss das im Einzelfall besonders begründet werden²⁷ und ist bei Bagatelltaten generell ausgeschlossen.²⁸

26 SSW-Kaspar, § 63 Rn. 9.

27 Nachweise bei Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), Rn. 404 sowie SSW-Kaspar, § 63 Rn. 19.

28 BGHSt 20, 232 f.; Streng (FN. 27), Rn. 404.

b) Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit

Vorausgesetzt ist weiterhin, dass der Täter die Anlasstat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) oder verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) begangen hat.

Die Feststellung von Schuldfähigkeit oder eben Schuldunfähigkeit stellt Sachverständige und vor allem den letztlich für die Entscheidung verantwortlichen Richter im Einzelfall vor Probleme. Auch im Fall Mollath haben sich diese Schwierigkeiten gezeigt, beginnend bei dem Problem, auf welcher Tatsachengrundlage der Sachverständige sein Gutachten erstellt und wie zu verfahren ist, wenn der zu Begutachtende (wie Mollath) die Kooperation mit dem Gutachter verweigert, wie es sein gutes Recht ist.

Fakt ist, dass insgesamt drei renommierte Gutachter im Fall Mollath zum selben Ergebnis kamen und eine ausreichende psychische Störung samt Gefährlichkeit bejaht haben.²⁹ Das Dilemma ist offensichtlich: Eine Begutachtung nach Aktenlage bzw. auf der Grundlage der Beobachtung des Verhaltens in Unfreiheit wird einerseits in der Praxis nicht zu vermeiden sein, birgt aber andererseits ein erhöhtes Fehlerrisiko. Ob die Begutachtung von Herrn Mollath zu anderen Ergebnissen geführt hätte, wenn er kooperiert hätte, ist natürlich eine offene Frage, über die man nur spekulieren kann.

Ich möchte an dieser Stelle noch einen Punkt ansprechen, der als generelles und grundlegendes Problem strafrechtlicher Sanktionen diskutiert wird, im Zusammenhang mit § 63 StGB aber vielleicht noch in einem etwas anderen Licht erscheint. Bekanntlich wird auf der Grundlage der Ergebnisse der modernen Hirnforschung die Existenz eines freien Willens des Menschen in Zweifel gezogen.³⁰ Manche leiten daraus ab, dass ein strafrechtlicher Schuldvorwurf nicht erhoben werden könne, jedenfalls nicht im klassischen Sinne als Vorwurf einer verantwortungsvollen Entscheidung des Einzelnen für das Unrecht und gegen das Recht.³¹ Die Lösung dürfte in einem sozialen Schuldgriff liegen, bei dem man einerseits anerkennt, dass es sich bei der Annahme schuldhaften Handelns um eine Zuschreibung handelt, die andererseits aber nicht willkürlich erfolgt, sondern anhand unserer Erfahrung unseres eigenen Freiheitsbewusstseins so-

29 Vgl. Schöch (in diesem Band).

30 Vgl. nur Roth, Fühlen, Denken, Handeln, 2. Aufl. (2003), 494 ff. sowie die Beiträge in Roth u.a. (Hrsg.), Schuld und Strafe, 2012. S. dazu auch die Kritik von Hillenkamp JZ 2005, 313 ff. m. w. N. sowie zum Ganzen Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2. Aufl. (2014).

31 Roth (FN. 30), 554.

wie einer im Alltag ja tausendfach bestätigten gegenseitigen Zuschreibung von verantwortlichem Handeln.³² Vor diesem Hintergrund lässt sich argumentieren, dass Schuldausgleich als Strafzweck abzulehnen ist, da man mit einem vagen und nicht beweisbaren Postulat wie »Schuld« und deren »Ausgleich« allein keine Eingriffe in Grundrechte begründen kann. Roxin weist nicht umsonst ausdrücklich darauf hin, dass strafrechtliche Schuld sich in seiner Konzeption nur strafbarkeitsbegrenzend auswirke.³³ Das entspricht meiner straftheoretischen Position, auch ich habe ein Problem mit einer Strafbegründung, die allein auf Schuld bzw. Schuldausgleich beruht – ich halte das sogar für eine Strafbegründung, die nicht mit der Verfassung vereinbar ist.³⁴ Was aber bei einer rein straforientierten Betrachtung zu kurz kommt, ist, dass auch die Kehrseite der Medaille, also die Feststellung von *Schuldfähigkeit* Probleme bereitet. Sie exkulpiert den Täter zwar und erspart ihm die Belastung durch eine Strafe. Zugleich ermöglicht sie aber mit der zeitlich unbefristeten Maßregel gem. § 63 StGB einen ebenso gravierenden Grundrechtseingriff – schon deshalb kann man sich keine allzu unbestimmten Maßstäbe im Bereich der Feststellung strafrechtlicher Schuld erlauben.³⁵ Denn wenn wir nicht genau wissen, ob und wie man »Schuld« feststellen soll, erfasst diese Unsicherheit zwingend auch die Feststellung von »Nicht-Schuld«.

Dass ist auch deshalb prekär, weil die Feststellung fehlender Schuld nicht etwa nur für die Minderheit der Täter zur Belastung wird, bei denen aufgrund ihrer angenommenen Gefährlichkeit die Unterbringung gem. § 63 StGB im Raum steht. Bereits die Feststellung selbst tangiert das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen. Denn ihm wird von staatlicher Seite bescheinigt, kein mündiger Bürger zu sein, wenn man es kurz und pointiert zusammenfasst: ein »verbrecherischer Irrer«.

Man kann diesen Punkt mit einem (sehr kurorischen) Ausflug in die Straftheorie noch etwas deutlicher machen. Von Hegel stammt der Ausdruck, wonach in der Strafe der Verbrecher als »Vernünftiges geehrt« werde.³⁶ Ich habe mich als Student über dieses Zitat und die damit verbundene absolute Strafbegründung mit ihrem äußerst hohen Abstraktions-

32 Vgl. dazu nur die Nachweise bei *Kaspar*, Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht, 2014, 271.

33 Vgl. nur *Roxin*, Strafrecht AT, Band 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 51 ff.

34 S. dazu umfassend *Kaspar* (FN. 32), 134 ff.

35 Teilweise wird sogar von der Verfassungswidrigkeit der Vorschriften über die Schulpflicht wegen eines Verstoßes gegen Art. 103 II GG ausgegangen, vgl. *Schiemann*, Unbestimmte Schulpflichtfeststellungen. Verstoß der §§ 20, 21 StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG, 2012.

36 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820/1821, § 100.

niveau etwas geärgert, weil es in meinen Ohren geradezu zynisch klang. Hegels Theorie halte ich immer noch nicht für ausreichend, den Eingriff durch Strafe zu legitimieren. Aber das Zitat, so habe ich mich von Hegel-anern mittlerweile immerhin überzeugen lassen, ist nicht zynisch gemeint. Es geht um die Anerkennung des Verbrechers als vernünftiges Wesen, dessen »Aussage« durch die Begehung des Verbrechens ernst genommen und zum Anlass einer Strafe genommen wird, um diese Aussage wieder aus der Welt zu schaffen. Hegels Position wird aus diesem Grund bekanntlich als »Negation der Negation«³⁷ umschrieben.

Beim wegen einer geistigen Störung schuldunfähigen Täter ist das anders. Er wird nicht als »Vernünftiges geehrt«, sondern, wenn man so will, als »Unvernünftiges entehrt«. Das Stigma ist nicht zu übersehen: Ein in der Psychiatrie zwangsweise untergebrachter schuldunfähiger Straftäter dürfte in der öffentlichen Wahrnehmung nicht weit vom Sicherungsverwahrten anzusiedeln sein. All das erfolgt aber nun, wenn wir uns erinnern, im Wege einer Zuschreibung, die zwar auf empirischen Tatsachen beruht, aber stets auch ein normatives, wertendes Element beinhaltet, das missbrauchsanfällig ist.³⁸

Man wird die Unschärfen und Spielräume für den Rechtsanwender hier vermutlich nie beseitigen können. Aber dennoch ist es wichtig festzuhalten, dass wir als Wissenschaftler, Juristen wie Psychiater, nicht damit aufhören dürfen, uns weiter um möglichst klare Maßstäbe zu bemühen. Denn nicht nur die Zuschreibung von »Schuld«, sondern gerade auch die Verweigerung der Zuschreibung von »Schuld« ist, wie ich zu zeigen versucht habe, mit Belastungen für den Betroffenen verbunden³⁹, die aus rechtsstaatlichen Gründen ein Mindestmaß an Bestimmtheit verlangen.

c) *Gefährlichkeitsprognose*

Erforderlich ist weiterhin die Prognose, dass vom Täter »infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist«. Hier ist eine Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat vorzunehmen.⁴⁰

37 Vgl. dazu (auch zur Entstehung dieses Ausdrucks) Roxin (FN. 33), § 3 Rn. 4.

38 Zum Problem der Definition von »Krankheit« s. Fangerau (in diesem Band).

39 Vgl. Kasiske NJW-Spezial 2013, 633.

40 SSW-Kaspar, § 63 Rn. 16 ff.

Erforderlich ist eine auf konkrete Anhaltspunkte gestützte⁴¹ Wahrscheinlichkeit »höheren Grades«⁴², die bloße Möglichkeit zukünftiger Strafatbegehung genügt nicht.⁴³

Die zu erwartenden Straftaten müssen nicht gleicher Art wie die begangenen sein⁴⁴, allerdings muss dargelegt werden, warum gerade mit solchen (anderen) erheblichen Straftaten mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit gerechnet wird. Das gilt besonders dann, wenn die Anlasstaten eher leichten Charakter haben, nun aber die Gefahr erheblicher Straftaten in der Zukunft angenommen wird.⁴⁵

Schon aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁴⁶ folgt, dass mit »erheblichen« Straftaten zu rechnen sein muss, wie es auch im Wortlaut fixiert ist. Die Details sind umstritten, exakte Maßstäbe lassen sich hier nur schwer formulieren. Die Fortführung von leichteren Eigentums- und Vermögensdelikten genügt richtigerweise nicht, auch dann nicht, wenn der Täter diese hartnäckig wiederholt – das kann eine so gravierende Maßnahme wie die Unterbringung gem. § 63 StGB nicht rechtfertigen. Aber auch bei mittlerer Kriminalität, die in besonderen Fällen für die Anordnung genügen soll⁴⁷, ist Zurückhaltung angebracht. Die Praxis hat sich richtigerweise auf den Bereich der schwereren Straftaten konzentriert, insbesondere auf Körperverletzungs- und Tötungsdelikte.⁴⁸

Dennoch bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber hier bewusst keine klaren und enger umrissenen Kriterien wie bei der Sicherungsverwahrung formuliert hat.⁴⁹ Die Sicherungsverwahrung wurde und wird (auch aufgrund ihres zumindest früher oft fehlenden therapeutischen Elements) als schärfste und eingriffsintensivste Maßregel verstanden, als »Sonderopfer«, wie es das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2011 formuliert hat.⁵⁰ Die Unterbringung gem. § 63 StGB wurde dagegen teilweise offenbar als mildere Form des Freiheitsentzugs betrachtet, vielleicht auch aufgrund des Gedankens, dass es hier ja letztlich um Heilung und Besserung

41 BeckOK-StGB-Ziegler, § 63 Rn. 11.

42 BGH NSZ-RR 2006, 265; NSZ-RR 2009, 306.

43 BGH NSZ-RR 2006, 265.

44 Nachweise bei Fischer § 63 Rn. 14.

45 BGH NSZ-RR 2011, 240 f.

46 NK-Pollähne, § 63 Rn. 53.

47 BGH Urt. v. 02.03.2011, 2 StR 550/10, NStZ-RR 2011, 240 (241); enger Walter GA 2014, 316 (322), der für eine Beschränkung auf schwere Taten plädiert.

48 Eckpunktepapier des BMJ v. Juli 2013, abrufbar unter http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20130715_Eckpunkte_Refomvorschlaege_Unterbringungsrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 13.8.2014).

49 NK-Pollähne, § 63 Rn. 69.

50 S. BVerfGE 128, 326, 374; s. bereits BVerfG NJW 2004, 739, 744.

geht, also um eine, wenn auch zwangsweise auferlegte, »Wohltat« für den Betroffenen. Das mag einer der Gründe dafür sein, dass die Unterbringung (anders als die Sicherungsverwahrung) auch dann angeordnet werden darf, wenn allein der Verurteilte ein Rechtsmittel eingelegt hat, was an sich zur Folge hat, dass das Instanzgericht nicht zu Ungunsten des Rechtsmittel-führers urteilen darf (vgl. §§ 331 II, 358 II 3 StPO).

Die Vorstellung vom mildernden Eingriff trifft allerdings, wie oben an-hand des Falles Bohlmann gezeigt wurde, nicht in jedem Einzelfall zu – wir haben gesehen, dass in manchen Fällen die Unterbringung fast aus-schließlich sichernden Charakter haben kann, andererseits aber anders als die Sicherungsverwahrung keine zeitliche Grenze zumindest für bestim-mte Deliktsformen kennt. Diese Problematik betrifft konkret nicht nur die »Untherapierbaren«, sondern auch die sog. false positives, also diejenigen, die aufgrund einer falschen Prognose weiterhin untergebracht bleiben, obwohl von ihnen keine Gefahr mehr ausgeht. Bedenkt man weiterhin, dass die Sicherungsverwahrung aufgrund des Urteils des BVerfG vom Mai 2011 therapeutisch »aufgerüstet« wurde, ist eine solche klare Abstu-fung der Eingriffsintensitäten endgültig fragwürdig geworden, der Unter-schied zwischen beiden Maßregeln ist so gesehen geringer geworden.⁵¹ Vor diesem Hintergrund ist es nur konsequent, wenn das BVerfG auch die Unterbringung gem. § 63 StGB in einer Entscheidung aus dem Jahre 2012 ohne Differenzierung unter Bezugnahme auf die Entscheidung zur Siche-rungsverwahrung als »Sonderopfer« bezeichnet.⁵² Dabei wird u.a. darauf verwiesen, dass der präventive Freiheitsentzug hier auf einen Umstand ge-stützt werde, der vom Betroffenen naturgemäß nicht beherrscht werden könne. All dies Grund genug, über eine Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen auch bei § 63 StGB nachzudenken.⁵³

d) Symptomatischer Zusammenhang

Der Wortlaut (»infolge seines Zustandes«) setzt voraus, dass die zu erwar-tenden Taten auf den Zustand im Sinne von § 20 StGB zurückzuführen sind. Das gilt auch für die Anlasstat. Jeweils muss ein sogenannter »symp-

51 Gegen die These vom weniger eingriffsintensiven Charakter des § 63 StGB und für eine Angleichung der Anordnungsvoraussetzungen im Hinblick auf die Ge-fährlichkeitsprognose Walter ZRP 2014, 103, 104.

52 BVerfGE 130, 372, 390; so bereits Eisenberg GA 2007, 348, 361.

53 S. dazu unten IV. 1.

tomatischer Zusammenhang« zum Defektzustand bestehen.⁵⁴ Bloße Spontan- oder Gelegenheitstaten, die nicht gerade auf den Defektzustand des Täters zurückgeführt werden können, können daher nicht die Grundlage einer Unterbringung sein.

e) *Würdigung des Falles Mollath*

Wie ist nun der Fall Mollath, soweit bekannt, in dieser Hinsicht zu beurteilen? Lagen die Anordnungsvoraussetzungen tatsächlich vor? Meines Erachtens ist das zweifelhaft, und zwar selbst dann, wenn man mit dem Ausgangsgericht unterstellt, dass Herr Mollath die ihm vorgeworfenen Taten begangen hat und auch die Diagnose eines »querulatorischen Wahns«⁵⁵ zutreffend ist.

Die Anlasstaten (Körperverletzung, gefährliche Körperverletzung sowie Sachbeschädigung) würden zwar in den Bereich mittlerer Kriminalität hineinragen. Fraglich ist aber hinsichtlich der Körperverletzungen gegenüber der damaligen Ehefrau der symptomatische Zusammenhang. Das Gericht bejaht das ganz lapidar, dabei wäre sehr viel genauer zu erörtern gewesen, ob diese Anlasstaten gerade auf einem wahnhaften Zustand beruhten und nicht auf einer konflikthaft verlaufenden Ehe⁵⁶, die zum Urteilszeitpunkt schon geschieden war. Daher wäre im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose in Rechnung zu stellen gewesen, dass dieses Konfliktpotenzial nach vollzogener Trennung und Scheidung so nicht mehr bestand, was auch vom BVerfG jedenfalls in Bezug auf die späteren Entscheidungen auf der Vollstreckungsebene moniert wurde.⁵⁷ Insgesamt muss man also die Heranziehung der behaupteten Körperverletzungen im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose für die Unterbringung in Zweifel ziehen.

Was den Vorwurf möglicher zukünftiger Taten der übeln Nachrede oder Verleumdung angeht, kann wiederum mit Sicherheit gesagt werden, dass solche Delikte, selbst wenn man hier einen symptomatischen Zusammenhang nachvollziehbar bejaht, nicht erheblich genug sind, um die Unterbringung gem. § 63 StGB zu rechtfertigen. Ob die behauptete Verstrickung der Ehefrau und dritter Personen in Steuerhinterziehungstaten zutrifft oder nicht, kann daher dahinstehen. Ohnehin waren diese Delikte

54 NK-Pollähne, § 63 Rn. 73; SSW-Kaspar, § 63 Rn. 27 ff.

55 Zur Anwendung von § 63 StGB in solchen Fällen s. nur BGH NStZ 2009, 383; BGH NStZ-RR 2009, 169.

56 So auch Schöch (in diesem Band).

57 BVerfG Beschl. v. 26.08.2013, Az. BvR 371/12, Rz. 67.

nicht ausdrücklich Gegenstand der Anklage, kamen also als festgestellte Anlasstaten nicht in Betracht.

Was bleibt, ist der Vorwurf, Autoreifen zerstochen zu haben – der aber nur dann über eine Sachbeschädigung hinausgeht, wenn man davon ausgeht, dass Mollath damit jemanden an Leib oder Leben gefährden wollte. Genau das ist als Anlasstat aber nicht festgestellt, das Gericht geht in diesem Komplex lediglich von einer Sachbeschädigung aus, legt dann aber – insofern nicht konsequent, jedenfalls nicht ausreichend begründet – bei der Gefährlichkeitssprognose zugrunde, dass es hier um eine konkrete Gefährdung von Menschen gegangen sei, die man auch in Zukunft zu erwarten habe.⁵⁸

Stellt man dagegen nur auf die Sachbeschädigungen ab, verbleiben große Zweifel an der ausreichenden Erheblichkeit dieser Anlasstaten, und das wohlgernekt ganz unabhängig von der Frage, ob Mollath zu Recht wegen dieser Taten verurteilt wurde. Nicht erst auf der Vollstreckungsebene, wie vom BVerfG beanstandet, sondern bereits hier, auf der Ebene der Anordnungsvoraussetzungen, wurde also der oben erwähnte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁵⁹ nicht ausreichend beachtet.

3. Rechtsfolgen

Liegen die Voraussetzungen der Maßregel vor, was ich für den Fall Mollath wie gesagt bezweifeln würde, ist ihre Anordnung zwingend; ein Ermessen des Richters ist hier also wegen des dann dringlichen Bedarfs nach Besserung und Sicherung nicht vorgesehen.

Bei Annahme von lediglich verminderter Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB kann es zur Kumulation von Strafe und Maßregel kommen, also zu einer doppelten Belastung für den Täter, der einerseits Strafe zu verbüßen hat, andererseits mit dem Damoklesschwert der anschließenden Unterbringung leben muss, deren Dauer nicht klar absehbar ist. Auch das zeigt nochmals, dass die Annahme voller Schuldfähigkeit nicht stets zu Lasten des Täters geht, sondern dass gerade der § 21 StGB für den Täter per saldo nachteilig sein kann.

58 LG Nürnberg-Fürth Urt. v. 08.08.2006, Az. 7 KLS 802 Js 4743/2003, Rz. 161 f. Im späteren, nach erfolgreicher Wiederaufnahme ergangenen Urteil des LG Regensburg v. 14.8.2014 entfiel dieser Tatvorwurf mangels Beweisbarkeit.

59 Vgl. krit. in Bezug auf den Fall Mollath auch Hauer ZRP 2013, 209, 213 sowie Kasiske NJW-Spezial 2013, 632.

Kommt es zu einer solchen Kombination von Freiheitsstrafe und Maßregel, gilt nach § 67 I StGB das Prinzip des sogenannten »Vikarierens«, d. h. die Maßregel wird grundsätzlich vor der Strafe vollzogen. Angestrebt wird dann, einen anschließenden Freiheitsentzug ggf. entbehrlich zu machen. Diesem Zweck dient auch die Regelung in § 67 II StGB, nach der es möglich ist, zunächst einen Teil der Freiheitsstrafe zu vollstrecken und den anschließenden Übergang in die Maßregel so zu gestalten, dass danach eine Aussetzung der restlichen Freiheitsstrafe zur Bewährung möglich wird.

Was nicht befriedigen kann, ist die völlige Gleichstellung der Unterbringung von voll schuldunfähigen Tätern und nur vermindert schulpflichtigen Tätern im Rahmen von § 63 StGB. In beiden Fällen erfolgt die Unterbringung (v. a. auch ihre Vollstreckung) nach denselben Regeln, obwohl die letztgenannte Gruppe ja per Urteil bescheinigt bekommen hat, dass ihre Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nur beeinträchtigt, aber nicht aufgehoben ist. Das legt einerseits geringeren Behandlungsbedarf nahe, andererseits wird der Sicherungszweck der Maßregel faktisch auch bereits durch die Verbüßung der Freiheitsstrafe erzielt. Diese Unterschiede im Hinblick auf die Zielsetzungen der Maßregel sollten sich auch bei den gesetzlichen Regelungen zu deren Beendigung niederschlagen – zu denken wäre etwa an weniger hohe Aussetzungsvoraussetzungen bei der Gruppe der vermindert Schulpflichtigen.⁶⁰

Eine weitere Unstimmigkeit im gesetzlichen System der stationären Maßregeln besteht seit dem Inkrafttreten von § 66c StGB am 1.6.2013. Nach dieser Norm ist bei angeordneter Sicherungsverwahrung zwingend schon während des vorhergehenden Vollzugs der Freiheitsstrafe ein ausreichendes individuelles Therapieangebot bereitzustellen, um eine anschließende Sicherungsverwahrung möglichst obsolet zu machen. Wird dem in der Praxis nicht genügt, ist die Sicherungsverwahrung gem. § 67d II 2 StGB zwingend zur Bewährung auszusetzen; die Norm enthält somit eine Art »Anreiz- und Sanktionsmechanismus«, damit die Haftzeit bei den potenziellen Sicherungsverwahrten sinnvoll genutzt wird.⁶¹

60 S. dazu unten IV. 2. a). Eine (nicht näher konkretisierte) Differenzierung zwischen schuldunfähigen und nur vermindert schulpflichtigen Personen wird auch in einem offenen Brief der Bundesdirektorenkonferenz, dem Verband der leitenden Ärztinnen und Ärzte in den psychiatrischen Kliniken, an die damalige Justizministerin Leutheusser-Schnarrenberger v. 19.8.2013 erwogen.

61 Das wird allerdings kaum praktische Relevanz entfalten, denn sowohl der Verurteilte als auch die Justizvollzugsanstalten können gem. § 119a StVollzG bereits während der Haftzeit gerichtlich überprüfen lassen, ob den Anforderungen des § 66c StGB genügt wird. Wird nach einer denkbaren Negativentscheidung ent-

Kommt es in den Fällen des § 21 StGB, bei denen § 63 StGB angeordnet wurde, zu einem Vorwegvollzug der Freiheitsstrafe, gilt dieses Gebot dagegen nicht. Dabei ist nicht einzusehen, warum nicht auch bei anschließender Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus die vorwegvollzogene Strafhaft zwingend für intensive therapeutische Bemühungen genutzt werden sollte. Nicht nur im Bereich der Sicherungsverwahrung, sondern auch in Bezug auf die Unterbringung gem. § 63 StGB stehen intensive Grundrechtseingriffe im Raum, die aus Gründen der Verhältnismäßigkeit möglichst zu minimieren sind.

4. Beendigungsmöglichkeiten

Damit sind wir bei der Frage angelangt, welche Wege aus dem Maßregelvollzug hinausführen.⁶² Die Unterbringung gem. § 63 StGB enthält wie gesagt keine gesetzlich fixierte Obergrenze. Eine Beendigung kommt daher nach der momentanen Gesetzesfassung nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen einer Aussetzung oder einer Erledigung der Maßregel vorliegen.

a) Aussetzung zugleich mit der Anordnung, § 67b StGB

Zunächst besteht gem. § 67b StGB die Möglichkeit, die Maßregel sofort mit ihrer Anordnung zur Bewährung auszusetzen, wenn »besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Zweck der Maßregel auch dadurch erreicht werden kann«. Allein die Möglichkeit, Weisungen zu erteilen oder den Betroffenen der Führungsaufsicht zu unterstellen, begründet noch keine »besonderen Umstände«.⁶³ Denkbar ist aber die Bereitschaft zur psychotherapeutischen oder medikamentösen Behandlung in einer offenen oder geschlossenen staatlichen Einrichtung.⁶⁴ Auch gravierende Änderungen der persönlichen Lebensverhältnisse in den Bereichen Arbeit oder Familie können als stabilisierende Faktoren eine solche Aussetzung im Einzelfall rechtfertigen, ebenso eine bereits laufende Unterbringung nach Landesrecht oder die Möglichkeit der Einschaltung eines

sprechend nachgesteuert, kommt die Aussetzung gem. § 67d II 2 StGB nicht in Betracht.

62 S. dazu auch (aus prognostischer Sicht) *Seifert* u.a. StV 2003, 301 ff.

63 BGH StV 1999, 601.

64 SSW-Jehle, § 67b Rn. 6 m. w. N. zur Rechtsprechung.

Betreuers oder (im Zusammenhang mit der Führungsaufsicht) eines Bewährungshelfers gem. § 68a StGB. In der Praxis wird von der Möglichkeit des § 67b StGB allerdings sehr selten Gebrauch gemacht, obwohl eine solche Vorgehensweise dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen würde. Scheitern darf das jedenfalls nicht daran, dass zu wenig Geld für mögliche mildere Mittel, vor allem für eine gute ambulante psychiatrische Versorgung, in die Hand genommen wird.

b) Aussetzung bei vorwegvollzogener Strafe, § 67c StGB

Ebenfalls selten erfolgt eine Anwendung von § 67c StGB, der es erlaubt, bei einer vorwegvollzogenen Freiheitsstrafe die anschließende Maßregel zur Bewährung auszusetzen, wenn ihr Zweck schon im Rahmen des Strafvollzugs erreicht wurde, wenn also etwaige Therapiemaßnahmen schon dort erfolgreich waren. Dass hier eine Angleichung an die Maßstäbe der Sicherungsverwahrung (§ 66c StGB) angebracht wäre, wurde oben bereits dargelegt. Es ist nicht zu sehen, warum die Dringlichkeit einer möglichst frühzeitigen therapeutischen Einwirkung bei potenziellen Sicherungsverwahrten größer sein sollte als bei potenziellen Untergebrachten im psychiatrischen Krankenhaus.

c) Aussetzung der weiteren Vollstreckung, § 67d II StGB

Der quantitativ bedeutsamste Weg, der aus dem Maßregelvollzug herausführt, findet sich in § 67d II StGB. Danach ist die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung auszusetzen, wenn »zu erwarten ist, dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird«. Die Aussetzung setzt also eine positive Legalprognose voraus. Die Anforderungen sind sehr hoch, wenn man den Wortlaut der Norm mit der früheren, vor 1998 geltenden Fassung vergleicht. Damals war die Aussetzung möglich, »sobald verantwortet werden kann, zu erproben...«. Zwar war mit der Umformulierung der Vorschrift vom Gesetzgeber nur eine Klarstellung und keine Verschärfung der Maßstäbe intendiert. Das ist bei unbefangenem Blick auf die beiden Formulierungen aber nicht naheliegend.⁶⁵ Und es ist nicht zu übersehen dass

65 Krit. u.a. Schöch NJW 1998, 1257 ff.

seit der Gesetzesänderung die Zahl der Inhaftierten kontinuierlich gestiegen ist, wie sogleich gezeigt wird.

Die ursprüngliche Formulierung mit ihrer »Verantwortungsklausel« ist insofern vorzugswürdig, als sie überzogenen Vorstellungen von einer nahezu auszuschließenden Gefahr weiterer Straftaten entgegenwirkt.⁶⁶ Denn das ist schlicht unmöglich. Ein Restrisiko wird immer bestehen und muss in vertretbaren Fällen eingegangen werden.⁶⁷ Dabei ist nach dem Bundesverfassungsgericht auch hier, bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 67d II StGB, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit heranzuziehen (sog. integrative Betrachtungsweise). Je länger die Unterbringung dauert, desto strenger wird die »verfassungsrechtliche Kontrolldichte«.⁶⁸ Das bedeutet, dass die Anforderungen an die Fortdauer der Unterbringung steigen und ein gewisses Risiko weiterer Straftaten eher in Kauf genommen werden muss.⁶⁹

Um auf den Fall Mollath zurückzukommen: Zu den gestiegenen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäben findet sich in der Aussetzungsentcheidung des LG Bayreuth aus dem Jahre 2011 wenig. Dass die Voraussetzungen der Aussetzungsmöglichkeit aufgrund der zum damaligen Zeitpunkt immerhin schon über fünf Jahre andauernden Unterbringung intensiver geprüft wurden, lässt sich dem Beschluss nicht entnehmen. Dort wird nur, wie vom BVerfG⁷⁰ zu Recht gerügt wurde, sehr knapp und pauschal auf die nach wie vor bestehende Störung des jede Therapie verweigernden Untergebrachten sowie seine weitere Gefährlichkeit hingewiesen. Angesichts des nur mittleren Schweregrades der Anlasstaten und der wie gezeigt alles andere als klaren Prognose zukünftiger erheblicher Taten, hätte die Prüfung der Aussetzung also durchaus zu Gunsten von Herrn Mollath ausfallen können, wenn die verschärften Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beachtet worden wären.

d) Erledigung der Maßregel, § 67d VI StGB

Eine weitere, erst 2004 ins Gesetz gekommene Möglichkeit der Beendigung der Maßregel ist die Erledigung gem. § 67d VI StGB. Sie tritt ein, wenn die Voraussetzungen der Maßregelanordnung nicht mehr vorliegen

66 S. auch die Kritik von *Fischer*, § 63 Rn. 13.

67 *Fischer* § 63 Rn. 11.

68 BVerGE 70, 297, 316.

69 BVerGE 70, 297, 316; BVerfG NJW 1986, 767 ff.

70 BVerfG Beschl. v. 26.08.2013, Az. BvR 371/12, NJW 2013, 3228.

oder wenn die weitere Vollstreckung unverhältnismäßig wäre. Einige dieser Fälle können schon im Wege einer Aussetzung gem. § 67d II StGB sachgerecht gelöst werden.

Bei klar negativer Prognose ist dieser Weg aber verbaut. Daher kam es im Fall des Dürer-Attentäters Bohlmann in der Entscheidung des OLG Hamburg nicht zu einer Aussetzung, sondern zu einer Erledigung aufgrund Unverhältnismäßigkeit. Das Gericht argumentierte mit der langen Unterbringungsdauer sowie der Tatsache, dass der Strafrahmen für die von Bohlmann begangenen und auch drohenden Delikte (also gemeinschädliche Sachbeschädigung gem. § 304 StGB) nur drei Jahre betrage. Ich selbst bin skeptisch, ob das ein sachgerechtes Kriterium ist. Zwar wird mit dem Strafrahmen grob zum Ausdruck gebracht, welchen Wert der Gesetzgeber den geschützten Rechtsgütern zumisst. Aber es ist doch zu beachten, dass die Androhung von Strafe, die sich an geistig Gesunde mit »normativer Ansprechbarkeit« richtet, eine andere Funktion hat als die Unterbringung gem. § 63 StGB, die konkret ins Auge gefasste Straftaten von psychisch Gestörten verhindern will. Bei ganz hartnäckiger krankhafter Deliktsneigung, wie sie bei Bohlmann festzustellen war, ist es daher nicht per se illegitim, wenn sich die Unterbringungsdauer über einen längeren Zeitraum erstreckt als es bei einer Freiheitsstrafe der Fall gewesen wäre. Daher handelte es sich hier um einen Grenzfall, in dem beide Seiten gute Argumente vorbringen konnten. Im Ergebnis war die Entscheidung des OLG Hamburg also nachvollziehbar, wenn auch bei Weitem nicht so eindeutig wie in anderen Konstellationen. So hatte das BVerfG mehrfach über die Unterbringung von Tätern von Eigentums- und Vermögensdelikten zu entscheiden, die auf dieser Grundlage über 20 Jahre untergebracht waren und wegen Unverhältnismäßigkeit der weiteren Vollstreckung der Maßregel entlassen wurden.⁷¹

Im Fall Mollath handelte es sich um Taten aus dem Bereich der mittleren Kriminalität, sowie vor allem um eine äußerst zweifelhafte Gefährlichkeitsprognose, was angesichts der längeren Unterbringungsdauer spätestens auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung Zweifel an der weiteren Vollstreckung hätte wecken müssen.

Eine schwierige Frage ist, ob und wie man bei der hier anzustellenden Gesamtwürdigung auch die im konkreten Fall offensichtlich bestehenden Zweifel im Hinblick auf die der Ausgangsverurteilung zugrunde liegenden tatsächlichen Annahmen mit berücksichtigen kann. Das widerspricht unserem binär codierten juristischen Denken, womit ein Bogen zum Anfang

71 BVerfGE 70, 297 ff.; BVerfG Beschl. v. 06.04.1995 – 2 BvR 1087/94, NJW 1995, 3048.

des Beitrags geschlagen wäre. Denn wir sind es gewohnt, dass auf der Anordnungsebene (ggf. durch mehrere Instanzen hindurch) bestimmte Entscheidungen getroffen werden, nötigenfalls unter Anwendung von Regeln wie »in dubio pro reo«, aber doch so, dass am Ende ein rechtskräftig festgestellter Sachverhalt zu Grunde gelegt und zunächst nicht mehr in Frage gestellt wird. Der Täter hat dann die Tat begangen, er leidet an einem krankhaften Wahn und er ist gefährlich. Das lässt sich hier nicht vermeiden, die Justiz muss Entscheidungen verbindlich treffen. Auf der Vollstreckungsebene können zwar neue Entwicklungen und neue Tatsachen in Rechnung gestellt werden für die ohnehin aktuell anzustellende Gefahrenprognose. Aber an die tatsächlichen Feststellungen im Urteil (etwa im Hinblick auf die Begehung der vorgeworfenen) Taten bleiben Richter und Sachverständige zunächst gebunden. Das folgt aus der Rechtskraft der Ausgangsentscheidung, die im Sinne von Rechtssicherheit und Rechtsfriede nicht einfach außer Acht gelassen werden darf.

Aber: Liegt objektiv doch ein Fehler vor, und das lässt sich auch durch mehrere Instanzenzüge nicht verhindern, dann ist es für den zu Unrecht Verurteilten ein schwacher Trost, wenn sein Freiheitsrecht hinter abstrakten Begriffen wie Rechtssicherheit und Rechtsfriede zurücktritt. Das ist der Grund, warum man angesichts des Falles Mollath auch über eine Absenkung der sehr hohen formellen und materiellen Hürden einer Wiederaufnahme des Verfahrens nachdenken sollte.⁷²

5. Empirische Erkenntnisse

Zumindest ergänzend will ich noch kurz auf einige empirische Erkenntnisse über die Anwendungspraxis des § 63 StGB eingehen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Zahl der Untergebrachten im Laufe der letzten Jahre drastisch angestiegen ist. Im Jahr 2012 waren 6750 Personen in der Psychiatrie untergebracht, das sind mehr als doppelt so viele wie etwa im Jahre 1996.⁷³ Die durchschnittliche Verweildauer liegt mittlerweile bei ca. 8 Jahren und hat sich damit innerhalb von zehn Jahren etwa verdoppelt.⁷⁴

⁷² Vgl. dazu SSW- StPO-Kaspar, Vor §§ 395 ff. Rn. 13 ff.

⁷³ Vgl. Eckpunktepapier des BMJ (FN. 48); Walter ZRP 2014, 103.

⁷⁴ S. die Stellungnahme der DGPPN v. 12.9.2013, S. 2, abrufbar unter http://www.dgppn.de/fileadmin/user_upload/_medien/download/pdf/stellungnahmen/2013/DGPPN-Stellungnahme_Reform%C3%BCberlegungen_63_StGB_BMJ_final_01.pdf (zuletzt abgerufen am 13.8.2014).

Das liegt auch an den strengerer Voraussetzungen, die seit 1998 an die Aussetzung zur Bewährung gestellt werden.

Die Deliktsverteilung zeigt, dass Gewaltstraftaten den Hauptteil der Unterbringungen ausmachen.⁷⁵ Dem Eckpunktepapier des BMJ lässt sich weiterhin entnehmen, dass 75 % der im Maßregelvollzug Untergebrachten bereits Voraufenthalte in der Allgemeinpsychiatrie hatten. Es wird die Vermutung geäußert, dass der Anstieg der Unterbringungen gem. § 63 StGB auch mit einer auf Sparzwängen beruhenden Verkürzung der klinischen Behandlungszeiten und einer nicht ausreichenden Versorgung mit ambulanten Betreuungsmöglichkeiten zusammenhängt.⁷⁶

IV. Reformvorschläge

Der Fall Mollath hatte sicher zumindest ein Gutes – er hat die öffentliche Aufmerksamkeit auf den Maßregelvollzug gelenkt und auf die Schwierigkeiten, die sich bei der sachgerechten Beurteilung einzelner Betroffener stellen können. Das hat einige Schwung in die Reformdiskussion gebracht.

Im Juli 2012 hat z. B. die nordrhein-westfälische SPD einen umfassenden Vorschlag zur Reform der Vorschriften über den Maßregelvollzug vorgelegt.⁷⁷ Die dort zum Ausdruck gebrachte Forderung nach einer »zeitgemäßen Reform« wird mit dem Vorschlag verbunden, nicht mehr von Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu sprechen, sondern von der »Zuweisung zu einer therapiegerichteten und schützenden Maßregel«. Dabei ist klar, dass allein eine Änderung des »Etiketts« kein einziges Problem löst. Inhaltlich soll dies bedeuten, dass die Maßregel nicht nur die stationäre Unterbringung im Krankenhaus, sondern auch andere, ambulante Formen umfassen soll. Das weist in die richtige Richtung; ob dann allerdings in den für gefährlich erachteten Fällen tatsächlich in höherem Maße Risiken eingegangen werden, ist fraglich. Eventuell drohte hier sogar ein Net-widening, also der Effekt, dass die Maßregel schneller verhängt würde, weil sie nicht in allen Fällen zum Freiheitsentzug führt. Das Anliegen, im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dringend

75 Eckpunktepapier des BMJ (FN. 48), 2.

76 Eckpunktepapier des BMJ (FN. 48), 2.

77 Der Vorschlag stammt von der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen in Nordrhein-Westfalen und ist abrufbar unter http://bflk.de/files/doku/2012/fuer_eine_zeitgemaesse_reform_der_psychiatrischen_maessregel_nach_ss_63_stgb.pdf (zuletzt abgerufen am 13.8.2014).

auf die mögliche Wahl milderer Mittel hinzuweisen, ist allerdings völlig richtig und unterstützenswert.

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat im Juli 2013 Eckpunkte zur Unterbringung gem. § 63 StGB veröffentlicht (im Folgenden: Eckpunktepapier), und sich dabei ausdrücklich auf den »Fall Mollath« und die durch ihn aufgeworfenen Fragen bezogen.⁷⁸

Auch der 2013 zwischen CDU, CSU und SPD vereinbarte Koalitionsvertrag sieht (ohne ins Detail zu gehen) vor, dass die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhäuser reformiert wird, indem »(...) insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stärker zur Wirkung (...) verholfen wird«.⁷⁹ Der dort ebenfalls erwähnte Plan der Einrichtung einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe zu dieser Thematik wurde mittlerweile umgesetzt, die Gruppe hat am 14.3.2014 ihre Arbeit aufgenommen.⁸⁰

Schließlich wurde im Juni 2014 ein Diskussionsentwurf des Bayerischen Justizministeriums zur Reform von § 63 StGB vorlegt (im Folgenden: Diskussionsentwurf), der in die Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe einfließen soll.⁸¹ Der Entwurf nennt als ausdrückliches Regelungsziel die Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowohl bei der Anordnung als auch bei der Vollstreckung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus.⁸²

Insbesondere auf die Reformvorschläge im Eckpunktepapier des BMJ sowie im bayerischen Diskussionsentwurf soll im Folgenden etwas näher eingegangen werden.

1. Anordnungsebene

a) Anlassstat

Ein heißes Eisen, das weder im Eckpunktepapier, noch im Diskussionsentwurf angepackt wurde, ist die Erhöhung der Anforderungen an die An-

78 Eckpunktepapier des BMJ (FN. 48).

79 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2013, 146.

80 S. dazu die Mitteilung des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz: http://www.bmjjv.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2014/20140314_Bund_Laender_Arbeitsgruppe_zur_Reform_des_63_StGB.html (zuletzt abgerufen am 13.8.2014).

81 Diskussionsentwurf des BayStMJ v. Juni 2014, abrufbar unter <http://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/unterbringung.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.8.2014).

82 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 10.

lasstat.⁸³ Es soll weiterhin jede rechtswidrige Tat genügen, solange sich aus ihr die Gefahr »erheblicher« Straftaten ableiten lässt. Das ist problematisch, da sich die Frage stellt, inwiefern einfache Diebstähle oder Beleidigungen allein die Prognose schwerer Straftaten rechtfertigen können. Auch § 62 StGB spricht davon, dass die Maßregel nicht außer Verhältnis zur begangenen Straftat stehen darf, stellt also einen Bezug zur Schwere der Anlasstat her.⁸⁴ Zwar sollen »Bagatelltaten« niemals ausreichend sein für die Maßregelverhängung⁸⁵, aber das ergibt sich nun einmal nicht aus dem Wortlaut von § 63 StGB und sollte daher dort festgeschrieben werden, wenn man sich ohnehin um eine Reform bemüht. Ich würde daher vorschlagen, nur solche Taten als Anlasstaten genügen zu lassen, mit denen der Täter mindestens ein Jahr Freiheitstrafe verwirkt hat. Diese konkrete Strafhöhe markiert auch an anderen Stellen im Gesetz, z. B. bei § 60 StGB, die Grenze, bis zu der Sanktionslosigkeit (dort in Form des Absehens von Strafe) aufgrund besonderer Umstände hingenommen werden kann.

b) *Gefährlichkeitsprognose*

Konkrete Reformvorschläge gibt es dagegen bezüglich der Schwere der zu erwartenden »erheblichen« Taten.

Dabei wird teilweise eine Anknüpfung an die zu erwartende Strafe vorgeschlagen, also etwa die Prognose einer Tat, die mit mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen wäre.⁸⁶ Das erscheint als möglicher Ansatzpunkt, liefert bei genauerer Betrachtung aber weniger Klarheit und Rechtssicherheit, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Denn das setzt die hypothetische Strafzumessungsentscheidung bezüglich einer Straftat voraus, die noch gar nicht begangen wurde und deren strafzumes-

83 Krit. auch der DAV in seiner Stellungnahme v. Januar 2014, 5, wo zumindest eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt wird (<http://anwaltverein.de/downloads/DAV-SN2-14.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.8.2014)).

84 Insofern greift die Begründung im Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 25 zu kurz, wonach eine Orientierung (auch) an der Anlasstat der schuldunabhängigen »Natur der Unterbringung« widerspreche.

85 BGHSt 20, 232 f.

86 Frisch ZStW 102 (1990), 383, 385 f.; Volckart/Grünebaum, Maßregelvollzug, 7. Aufl. (2009) Rn. 15 a. E.; Streng (FN. 27), Rn. 405 a. E. Nach Walter ZRP 2014, 103, 104 soll auf eine Straferwartung von mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe abgestellt werden. So auch ders. GA 2014, 316 (330).

sungsrelevante Faktoren daher im Einzelnen noch gar nicht abschätzbar sind. Es strapaziert die Anforderungen an die Gefährlichkeitsprognose, wenn man verlangt, konkrete Delikte mit konkretem Schadensumfang samt weiterer strafzumessungsrelevanter Begleitumstände vorherzusagen.

Naheliegender erscheint eine abstrahierende Betrachtungsweise, bei der man auf den Strafrahmen der zu erwartenden Delikte abstellt; denkbar wäre etwa eine Beschränkung auf zu erwartende Verbrechen, also Straftaten, die mit mind. einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sind. Das erscheint prognostisch realistischer, liefert aber nur einen sehr groben Anhaltspunkt für die Schwere der Tat im Einzelfall, wie das Beispiel der Zerstörung von unschätzbar wertvollen Kunstwerken gezeigt hat. Auch eine solche Lösung würde ich daher als zu schematisch ablehnen.

Sachgerechter ist es daher, die Schwere der Taten anhand materieller Kriterien zu umschreiben. Das Eckpunktepapier des Bundesjustizministeriums enthält einen Vorschlag zur Neufassung des § 63 StGB, der eine Definition von »erheblichen« Straftaten enthält. Das seien »namentlich solche, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird«.⁸⁷

Damit wären für gravierende Sonderfälle auch drohende Eigentums- und Vermögensdelikte mit erfasst, ansonsten aber die in der Praxis ohnehin schon tendenziell festzustellende Konzentration auf drohende schwere Delinquenz aus dem Bereich der Gewalt- und Tötungsdelinquenz festgeschrieben. Eine solche Umschreibung schafft zwar weniger Rechtsicherheit als ein klar ausformulierter Straftatenkatalog⁸⁸, hat aber den Vorteil, dass auf diese Weise flexibler auf drohende Straftaten je nach Art und Ausmaß Rücksicht genommen werden kann.

87 Eckpunktepapier des BMJ (FN. 48), 3. Gleichlautend der Vorschlag im Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 6 sowie 12.

88 Vgl. die dahingehende Forderung des Deutschen Richterbundes in seiner Stellungnahme zum Eckpunktepapier v. August 2013 (<http://www.drb.de/cms/index.php?id=815>, zuletzt abgerufen am 13.8.2014). Nicht überzeugend ist die dort vorgebrachte Kritik, dass bei bloßen Gefährdungen, bei denen wie durch Zufall kein größerer Schaden entstanden sei, eine Anordnung angeblich erschwert oder gar ausgeschlossen sei. Dabei wird nicht ausreichend zwischen der Beurteilung von Anlasstat und Prognosetat unterschieden. Die vom BJM konkretisierte Erheblichkeitsklausel bezieht sich allein auf Letztere. Droht (um ein Beispiel des Deutschen Richterbundes aufzugreifen) in Zukunft eine Brandstiftung, kann das natürlich die Kriterien der zu erwartenden »erheblichen Straftat« im Sinne von § 63 StGB erfüllen, auch wenn bei der konkreten Anlasstat niemand zu Schaden gekommen ist.

Angesichts des noch immer recht weit formulierten Anwendungsbereichs (unter Einschluss bloßer Gefährdungsdelikte) wäre unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten aber zu empfehlen, insofern eine abschließende Regelung im Gesetz zu fixieren. Das wäre durch eine einfache Streichung des Wortes »namentlich« zu erreichen⁸⁹; ernsthafte Sicherheitslücken entstünden dadurch nicht. Die im bayerischen Diskussionsentwurf enthaltene Begründung, wonach man durch die »namentlich«-Klausel besser auf die Umstände des Einzelfalles reagieren könne⁹⁰, ist zwar zutreffend, ein echter praktischer Bedarf ist damit noch nicht dargetan. Allein die drohende wiederholte Begehung von an sich nicht erheblichen Taten⁹¹ (die ohnehin schwer hinreichend sicher prognostizierbar ist), sollte nicht für eine Unterbringung ausreichen. Zweifelhaft ist auch die Erwägung, dass man so auch besser auf »unterschiedliche Verschuldensgrade«⁹² eingehen könne. Denn bei der von der Maßregel des § 63 StGB allein anzustrebenden Prävention von Straftaten wird der Grad des Verschuldens nicht unmittelbar relevant – die Wiederherstellung des »gestörten Rechtsfriedens«⁹³ steht hier (anders als bei der Kriminalstrafe⁹⁴) nicht im Zentrum. Insofern ist eine ganz vorrangig am Taterfolg orientierte, vom Verschulden des Täters unabhängige Betrachtung der Erheblichkeit der drohenden Taten im Gegensatz zu den im Entwurf enthaltenen Bedenken im Rahmen von § 63 StGB durchaus system- und sachgerecht.

Uneingeschränkt zu begrüßen ist die im bayerischen Diskussionsentwurf enthaltene Streichung der Bezugnahme auf die »Gefährlichkeit« des Täters⁹⁵, die auf einem im Vorfeld von mir geäußerten Vorschlag beruht.⁹⁶ Der Begriff ist an dieser Stelle zumindest redundant, weil er im Verhältnis zur ohnehin anzustellenden Prognose erheblicher Straftaten keinen eigenständigen Gehalt hat. Zugleich ist er potenziell schädlich, weil er (insofern vergleichbar dem bei der Sicherungsverwahrung gem. § 66 StGB zu prüfenden »Hang«) das Vorliegen einer quasi feststehenden Eigenschaft einer Person suggeriert. Eine solche Festlegung auf das Bild vom »gefährlichen

89 Vgl. die Forderung des DAV (FN. 81), S. 5.

90 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 18.

91 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 18.

92 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 18.

93 Vgl. Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 18.

94 Zum Strafzweck der positiven Generalprävention s. Roxin (FN. 33), § 3 Rn. 26 ff.

95 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 12 und 14 f.

96 Kaspar, Unveröffentlichte Stellungnahme v. 20.5.2014 zum (vorläufigen) Eckpunktepapier »Reform des Rechts der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB« v. 12.3.2014.

Geistesgestörten«⁹⁷ droht, den Blick auf mögliche alternative Deutungen, ursprüngliche Fehldiagnosen oder auch schlicht zwischenzeitlich eingetretene therapeutische Erfolge zu verstellen.⁹⁸

2. *Vollstreckungsebene*

a) *Zeitliche Dauer*

Dass die Maßregel gem. § 63 StGB im Vergleich zur Sicherungsverwahrung keinerlei zeitliche Begrenzung hat, wurde oben schon erwähnt und kritisiert. Insofern ist es zu begrüßen, dass das Eckpunktepapier des BMJ auch hier eine Reform vorsieht.⁹⁹ In Zukunft soll nach vier Jahren die Maßregel als erledigt gelten, wenn nicht die Gefahr besteht, dass aufgrund des Zustandes weitere erhebliche Straftaten im oben genannten Sinne drohen. Nach Ablauf von acht Jahren soll Erledigung nur dann nicht eintreten, wenn Straftaten drohen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden.

Das BMJ spricht hier etwas euphemistisch von einer differenzierten »dreistufigen« Regelung¹⁰⁰, denn bei genauer Betrachtung ist die zusätzliche Hürde nach vier Jahren nur schwach ausgeprägt. Ab diesem Zeitpunkt soll lediglich die Prognose einer bloßen »Gefährdung« anders als bei der Anordnung nicht mehr genügen. Aber ob das eine Filterfunktion haben wird, ist mehr als zweifelhaft, zumal bei der hier ohnehin einzunehmenden ex-ante-Perspektive der Unterschied zwischen der »Gefahr einer Schädigung« und der »Gefahr einer Gefährdung« nicht auf der Hand liegt. Immerhin kann man aus der neuen Formulierung des Gesetzes eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses herauslesen: Es heißt dort ja, dass die Maßregel erledigt ist, »wenn nicht...«. Ob das allein genügt, um den Trend der längeren Unterbringungsdauer zu stoppen, wird sich zeigen müssen.

Eine in ihrer Wirkung greifbare echte Neuerung bringt daher nur die Grenze von acht Jahren. Ab dieser Unterbringungsdauer kann nicht mehr auf die Gefahr allein ökonomischer Schäden abgestellt werden. Der bayrische Diskussionsentwurf geht hier weiter und sieht aus Gründen der

97 Streng (FN. 27), Rn. 405; vgl. auch Volckart/Grünebaum (FN. 86), Rn. 7.

98 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 15.

99 Eckpunktepapier des BMJ (FN. 48), 4.

100 Eckpunktepapier des BMJ (FN. 48), 4.

Verhältnismäßigkeit bereits nach sechs Jahren eine absolute Grenze vor, wenn vom Untergebrachten nur noch wirtschaftliche Schäden drohen.¹⁰¹

Was im Papier des BMJ wie auch im bayerischen Diskussionsentwurf fehlt ist eine privilegierte Behandlung der vermindert Schulpflichtigen. Bei diesem Personenkreis wäre zu überlegen, von vornherein die Gefahr wirtschaftlicher Schäden nicht ausreichen zu lassen. Möglichen Sicherungsbedürfnissen kann hier durch eine Freiheitsstrafe entgegen gewirkt werden, Therapie ist dann in diesem Rahmen anzubieten. Eine potenziell langjährige Unterbringung allein wegen drohender Eigentums- und Vermögensdelikte erscheint mir hier nicht mehr verhältnismäßig.

b) Begutachtung

Auch im Bereich der Sachverständigengutachten gibt es Reformüberlegungen, die allerdings nur zum Teil überzeugen. Derzeit ist gem. § 67e StGB eine jährliche Überprüfung der Voraussetzungen der Unterbringung vorgeschrieben. Diese kann durch klinikinterne Gutachter erfolgen, nur nach fünf Jahren »soll« ein externer Gutachter beauftragt werden (§ 463a IV StPO).

Das soll nach dem Papier des BMJ geändert werden. Bereits nach vier Monaten Unterbringung soll eine erste Überprüfung erfolgen, dann wieder nach acht Monaten und dann jährlich. Ob allerdings bereits nach vier Monaten eine fundierte Aussage mit ganz neuer Tendenz möglich ist, würde ich bezweifeln. Besonders hier droht vermutlich eine routinemäßige Wiederholung der im Urteil gestellten Ausgangsdiagnose, ganz unabhängig von der Frage, ob die Kapazitäten der vorhandenen Gutachter für einen entsprechend erhöhten Takt von Begutachtungsentscheidungen ausrei-

101 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 12 sowie 26; der DAV (FN. 83), 6 fordert noch weitergehend eine Grenze von vier Jahren, die bei gravierenden Ausnahmefällen wie demjenigen des Dürer-Attentäters (vgl. dazu oben III.1.) aber zu kurz bemessen sein könnte im Hinblick auf je nach Fallgestaltung sehr zeitaufwändige therapeutische Bemühungen. Weiterer Vorschlag einer abgestuften Regelung (strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung nach 5 Jahren sowie nach 10 Jahren Unterbringungsdauer sowie Obergrenze des Strafrahmen der Anlasstat als absolute Grenze) bei Walter ZRP 2014, 103, 105.

chen.¹⁰² Dieser Vorschlag wird daher von psychiatrischer wie juristischer Seite nahezu einhellig und zu Recht abgelehnt.¹⁰³

Sinnvoll erscheint dagegen der Vorschlag im bayerischen Diskussionsentwurf, wonach für den Beginn der Überprüfungsfrist in § 67e StGB in Zukunft nicht mehr auf den Beginn der Unterbringung, sondern auf den Zeitpunkt der Anordnung abgestellt werden soll. Dadurch ist eine frühzeitige Wiederbegutachtung auch in den Fällen gewährleistet, in denen bis zur Rechtskraft des Urteils (etwa aufgrund eingelegter Rechtsmittel) ein längerer Zeitraum verstreicht.¹⁰⁴

Zu begrüßen ist dagegen der Plan, die Stellung externer Gutachter zu stärken. Es ist offensichtlich, dass Rollenkonflikte bestehen, wenn der anstaltseigene Psychiater den von ihm behandelten Patienten zu begutachten hat. Bei unangepassten Untergebrachten, die wie Herr Mollath jede Therapie verweigern, ist zudem wohl niemals ganz ausgeschlossen, dass auch persönliche Kränkungen die Begutachtung beeinflussen. Es ist also in der Tendenz völlig richtig, dass nun nach dem Eckpunktepapier des BMJ gem. § 463 IV StPO n. F. schon nach zweijähriger Unterbringungszeit ein externer Gutachter obligatorisch eingeschaltet werden muss, nach sechs Jahren sogar zwei.¹⁰⁵ Auch hier stellt sich aber die schon oft formulierte Frage einer ausreichenden Zahl geeigneter Gutachter.¹⁰⁶ Eine rein quantitative Erhöhung der Begutachtungen erhöht nicht deren Qualität. Das BMJ schließt sein Papier bemerkenswerterweise mit der Aufforderung an die Länder, »dafür Sorge zu tragen, dass ausreichend gut ausgebildete Gutachter zur Verfügung stehen«. Konkrete Anregungen, wie dieses Ziel gefördert werden könnte, fehlen leider. Es bleibt die Frage, ob diese Reform im Fall Mollath zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Das kann man bezweifeln, denn alle mit dem Fall betrauten externen Gutachter kamen zum selben Ergebnis wie die Klinikärzte – und die letzte Verantwortung für die

102 Krit. dazu auch *Dessecker*, StV 11/2013, I (Editorial) sowie der Deutsche Richterbund (FN. 88), 5.

103 Stellungnahme der DGPPN (FN. 74), 4 f.; Stellungnahme des DAV (FN. 83), 6; Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (FN. 88), 4 f. Ablehnend auch der Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 29 f. Ähnlich aber der Vorschlag von *Walter ZRP* 2014, 103, 106, wonach alle 6 Monate eine Überprüfung zu erfolgen habe – dabei wird allerdings den Unterschieden zwischen § 64 StGB und § 63 StGB nicht ausreichend Rechnung getragen.

104 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 30.

105 Eckpunktepapier des BMJ (FN. 48), 4 f.; zustimmend *Walter ZRP* 2014, 103, 106. Im bayerischen Diskussionsentwurf (FN. 81), 33 ist eine externe Begutachtung nach drei Jahren vorgesehen.

106 S. aktuell nur den Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 33 sowie *Walter ZRP* 2014, 103, 106.

Fortdauerentscheidung liegt ohnehin bei den Strafvollstreckungskammern.¹⁰⁷

c) *Anhörung*

Ein interessanter und begrüßenswerter Vorschlag zur Verbesserung von effektivem Rechtsschutz und zur Erhöhung von Transparenz bei Entscheidungen auf der Vollstreckungsebene findet sich schließlich noch im bayrischen Diskussionsentwurf. Danach soll vor gerichtlichen Entscheidungen über die mögliche Erledigung der Maßregel aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine zwingende mündliche Anhörung des Untergebrachten erfolgen, die auf seinen Wunsch auch öffentlich erfolgen muss.¹⁰⁸ Das soll auch bei den entsprechenden Anhörungen bei anderen Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie vor der Entscheidung über die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung gelten.¹⁰⁹

V. Ausblick

Die genannten Reformen werden das Problem von vornherein zu Unrecht erfolgender oder zumindest unverhältnismäßig langer Unterbringungen abmildern, aber nicht beseitigen können. Das gilt auch für die (inhaltlich natürlich völlig berechtigte) Forderung nach einem ausreichenden Angebot an vorgelagerten, auch ambulanten Formen der Betreuung und Behandlung psychisch kranker Menschen. Denn selbst wenn solche Angebote existieren, muss man in Zweifelsfällen auch die Bereitschaft haben, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit auf die ultima ratio der stationären und potenziell langjährigen Unterbringung zu verzichten.

Dafür bräuchten wir, und damit meine ich nicht nur die Entscheidungsträger in der Justiz, sondern uns alle als Gesellschaft, die Bereitschaft, uns auf ein differenziertes Denken über Menschen mit »abweichendem Verhalten« einzulassen. Das ist vielleicht die wichtigste Lehre aus dem Fall Gustl Mollath. Seit dem Bekanntwerden seines Falles bekam er viel öffentliche Aufmerksamkeit und hatte bald einen aktiven Kreis von Helfern und Unterstützern¹¹⁰ sowie einen der besten Strafverteidiger Deutschlands.

107 Dessecker StV 11/2013, I (Editorial).

108 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 13 sowie 34 ff.

109 Diskussionsentwurf des BayStMJ (FN. 81), 13 sowie 37.

110 Ritzer/Przybilla (FN. 2), 227 ff.

Dieses Engagement ist ohne Einschränkung zu begrüßen. Worauf ich nur hinweisen will ist der Umstand, dass die Gesellschaft mit »Straftätern« – und Straftaten von Herrn Mollath standen ja durchaus im Raum – ansonsten deutlich weniger zimperlich umgeht. Klare Ablehnung und Abgrenzung, bestenfalls Gleichgültigkeit sind hier zu beobachten, alles Umstände, die die verfassungsrechtlich gebotene Resozialisierung vor allem ehemals inhaftierter Straftäter sehr erschweren. Mit einem Stigma und ähnlichen anschließenden Reintegrationsproblemen dürften auch aktuelle und ehemalige Insassen des Maßregelvollzugs zu kämpfen haben.

Der Fall Mollath zeigt, wie wichtig es ist, dass wir uns nicht vorschnell auf ein bestimmtes (notorisch unvollständiges) Bild einer Person festzulegen. Ganz vermeiden können wir das vermutlich nicht. Die oft recht grobe und vereinfachende Kategorisierung von Situationen und Personen hilft uns dabei, nicht in jedem Fall neu nachdenken und entscheiden zu müssen. Sie macht erst alltägliche Routine möglich, sie führt, um ein Wort von Luhmann zu gebrauchen, zu einer »Reduktion von Komplexität«.¹¹¹ Geht es um juristische Entscheidungen, verschärft sich das Problem, das hatte ich eingangs bereits angedeutet. Der Täter hat die Tat begangen oder nicht, er ist ausreichend gefährlich oder er ist es nicht. Der Richter muss sich seine Überzeugung bilden und dies seiner Entscheidung zugrunde legen.

Dringend zu warnen ist aber vor einer Verselbständigung und »Versteinerung« der auf diese Weise getroffenen Feststellungen, vor der unreflektierten Verteilung eines »Etiketts«, das der Betroffene nicht mehr los wird und das auch den zukünftigen Umgang mit ihm negativ prägt.¹¹²

Selbst wenn wir alle Verschwörungstheorien beiseitelassen, drängt sich beim Studium dieses Falles der Eindruck auf, dass sich die Entscheidungsträger sehr stark auf ein »Bild« von Herrn Mollath als gemeingefährlichem Querulanten festgelegt und dann lange Zeit unabirrt an diesem festgehalten haben, ohne die Möglichkeit alternativer Deutungen im Hinterkopf zu behalten. Einseitige Festlegung zu verhindern, den gesamten Menschen und seine Geschichte im Blick zu behalten, auch wenn er Straftaten begangen haben sollte, das ist die gewiss große und anspruchsvolle Aufgabe für uns alle, aber auch und gerade für die an solchen Verfahren beteiligten professionellen Akteure, die eine schwierige und verantwortungsvolle Aufgabe haben. Aber genau darum ist der Fall Mollath lehrreiches Anschauungsmaterial, das sich für die Ausbildung der künftigen Ge-

111 Vgl. nur Luhmann, Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 2. Aufl. (1973).

112 Vgl. zu dieser Problematik auch Hauer ZRP 2013, 209, 211.

neration von jungen Juristinnen und Juristen hervorragend eignet und daher Eingang in die strafrechtliche Ausbildung finden sollte.¹¹³

113 So auch *Hauer ZRP* 2013, 209, 213.