

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

1. Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Hinblick auf die Vermeidung von unverhältnismäßigen und unverhältnismäßig langen Unterbringungen nach § 63 des Strafgesetzbuches (StGB)

Seit Jahren steigt die Zahl von Personen, die in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB untergebracht sind. So lag diese Zahl im früheren Bundesgebiet im Jahr 1990 bei 2 489 Personen, im Jahr 2000 bei 4 089 Personen, im Jahr 2005 bei 5 640 Personen, im Jahr 2010 bei 6 569 Personen und im Jahr 2013 bei 6 652 Personen (Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10, 4.1., 2013, S. 30 = Tabelle 6). Im gesamten Bundesgebiet befanden sich am 31. Dezember 2010 insgesamt 7 752 Patienten im Maßregelvollzug gemäß § 63 StGB (Bericht „Psychiatrie in Deutschland – Strukturen, Leistungen, Perspektiven“ der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der Obersten Landesgesundheitsbehörden – AOLG – an die Gesundheitsministerkonferenz 2012, Tabellenanhang, S. 13). Gleichzeitig hat sich die durchschnittliche Verweildauer in der Unterbringung vor allem in den letzten Jahren deutlich erhöht. Sie stieg von 6,2 Jahren im Jahr 2008 auf knapp 8 Jahre im Jahr 2012, ohne dass es konkrete Belege für einen parallelen Anstieg der Gefährlichkeit der Unterbrachten gibt (vgl. die Ausführungen und Nachweise im Besonderen Teil zu Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe b). Vielmehr lassen empirische Untersuchungen vermuten, dass der Anstieg zumindest teilweise auch auf eine restriktivere Handhabung der juristischen Erheblichkeitsschwellen durch die Verfahrensbeteiligten zurückzuführen ist (vgl. Traub/Weithmann; Recht & Psychiatrie 2013, S. 208, 216, die eine 15-jährige Langzeitstudie für Baden-Württemberg durchgeführt haben; zu weiteren Gründen, vgl. LK-Schöch, StGB, 12. Auflage 2008, § 63 Rn. 10 und 18; Koller, Bewährungshilfe 2005, S. 237, 238 f.; Dölling, Festschrift für Klaus Rolinski 2002, S. 55, 63 f.). Zugleich sind nach einer aktuellen bundesweiten Studie bei aus der Unterbringung nach § 63 StGB entlassenen Personen vergleichsweise niedrige Rückfallraten festzustellen (danach lag die Rückfallrate nach sechs Jahren in Freiheit bei Unterbringungen ohne Begleitstrafe bei 9 Prozent, bei Unterbringungen mit Begleitstrafe bei 23 Prozent, wobei auch vergleichsweise selten zugleich ein Widerruf der Aussetzung erforderlich war, 0 Prozent bei Unterbringungen ohne, 6 Prozent bei Unterbringungen mit Begleitstrafe, bezogen auf die ersten drei Jahre in Freiheit, Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2013, S. 82, 198).

Diese Entwicklung und die öffentliche Diskussion um aktuelle Einzelfälle haben Anlass gegeben, darüber nachzudenken, wie bei der Unterbringung nach § 63 StGB dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stärker Rechnung getragen und unverhältnismäßige, insbesondere unverhältnismäßig lange Unterbringungen besser vermieden werden können.

Dabei ist diese Diskussion nicht neu. Der Deutsche Bundestag hatte bereits am 20. April 1989 entsprechend einer Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (Bundestagsdrucksache 11/2597) die Bundesregierung aufgefordert, im Benehmen mit den Psychiatrie-Referenten der Länder ein Konzept zur Novellierung der Vorschriften der Unterbringungsvorschriften zu erarbeiten und dabei sicherzustellen, dass die Verhängung der Maßregeln auf wirklich gravierende Fälle beschränkt bleibt und dass an die Stelle der ausnahmslos unbefristeten Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus eine differenzierte Regelung tritt. Die Ergebnisse der Beratungen der daraufhin eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe und Gesetzentwürfe der Bundesregierung und des Bundesrates führten schließlich zur Verabschiedung des Gesetzes zur Sicherung der Unterbringung in

einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327; vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte Bundestagsdrucksache 16/1110, S. 9; LK-Schöch, StGB, 12. Auflage 2008, § 63 Rn. 28 ff.). Dieses sah jedoch in erster Linie im materiellen Strafrecht Änderungen der Vorschriften zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB und zur Überweisung in den Vollzug einer anderen Maßregel nach § 67a StGB vor. § 63 StGB selbst und die Regelungen zur Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d StGB blieben unangestastet.

Um eine erneute Diskussion zur Überarbeitung der strafrechtlichen Vorschriften zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus anzustoßen, hat das damalige Bundesministerium der Justiz im Juli 2013 ein „Eckpunktepapier“ zur Novellierung des § 63 StGB veröffentlicht und an die Länder sowie betroffene Fachverbände versandt.

Die 84. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder hat sich mit Beschluss vom 14. November 2013 für eine eingehende Prüfung ausgesprochen, inwieweit Handlungsbedarf im Hinblick auf eine stärkere Ausrichtung des Unterbringungsrechts und dessen Anwendung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besteht, und das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz gebeten, hierzu eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe unter Einbeziehung der Gesundheitsministerkonferenz der Länder einzurichten. Dabei sollten auch die bereits vorgestellten Überlegungen zu einer Reform des Rechts der Unterbringung nach § 63 StGB (insbesondere zu Anlasstaten, Gefahrenprognose, Befristung, Überprüfungsfristen und Begutachtung) einbezogen werden.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat dieser Bitte entsprechend im März 2014 eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus einberufen.

Für die Justizseite nahmen Vertreterinnen und Vertreter der Justizministerien der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen und Thüringen teil. Für den Bund war neben dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz auch das Bundesministerium für Gesundheit vertreten. Die Vertretung der Gesundheitsministerkonferenz erfolgte durch fünf Vertreterinnen und Vertreter der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der Obersten Landesgesundheitsbehörden (AOLG), die hauptamtlich in den Gesundheits- und Sozialministerien bzw. Gesundheits- und Maßregelvollzugsbehörden der Länder Berlin, Hamburg, Hessen und Nordrhein-Westfalen arbeiten.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe kam zu dem Ergebnis, dass gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht und es einer stärkeren Ausrichtung des Rechts der Unterbringung nach § 63 StGB am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bedarf. Zur Umsetzung dieses Handlungsbedarfs erarbeitete die Bund-Länder-Arbeitsgruppe in insgesamt fünf Sitzungen und einer anschließenden schriftlichen Abstimmung neben einem Ergebnisbericht einen umfassenden Diskussionsentwurf, der ausformulierte Regelungsvorschläge nebst Begründung enthält. Dieser Diskussionsentwurf nebst Ergebnisbericht wurde am 20. Januar 2015 auf der Internetseite des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz veröffentlicht und ist dort unter der Rubrik „Alle Meldungen“ unter diesem Datum abrufbar. Die Vorschläge dieses Diskussionsentwurfs sind nahezu unverändert in diesen Entwurf eingeflossen.

2. Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. März 2012 (2 BvR 2258/09) zu § 67 Absatz 4 StGB.

Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist, dass § 67 StGB das Verhältnis der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe und einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung grundsätzlich nur für den Fall regelt, dass beide im selben Verfahren angeordnet wurden. Dabei bestimmt § 67 Absatz 4 StGB für den Regelfall

des Vorwegvollzugs der Maßregel (§ 67 Absatz 1 StGB), dass die Zeit des Vollzugs der Maßregel auf die Strafe angerechnet wird, bis zwei Drittel der Strafe erledigt sind. Maßgebend für diese Anrechnung ist zum einen die Überlegung, dass der kumulative Vollzug von Freiheitsstrafe und freiheitsentziehender Maßregel den Täter doppelt belastet, zum anderen der Gedanke, dass der Effekt therapeutischen Maßregelvollzugs nicht durch anschließende langjährige Strafvollstreckung zunichte gemacht werden soll (Bundesverfassungsgericht – BVerfG, Urteil vom 5. Februar 2004, 2 BvR 2029/01, bei juris Rn. 161 = BVerfGE 91, 178 ff.; Sch/Sch-Stree/Kinzig, 29. Auflage 2014, § 67 Rn. 4).

Diese Problematik, vor allem die Gefährdung des Therapieerfolgs, kann sich allerdings auch dann stellen, wenn im Anschluss an den Maßregelvollzug noch eine oder mehrere verfahrensfremde Strafen zu vollstrecken sind. Eine Lösung konnte bislang im Wesentlichen nur über § 44b der Strafvollstreckungsordnung erreicht werden, indem die verfahrensfremde Freiheitsstrafe vor dem Maßregelvollzug vollzogen wurde. Andernfalls blieb noch die Möglichkeit, nach Beendigung des Maßregelvollzugs im Gnadenwege die Vollstreckung der verfahrensfremden Strafe zur Bewährung auszusetzen (zu diesen und weiteren Möglichkeiten des bisherigen Rechts vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 27. März 2012, 2 BvR 2258/09, Rn. 36, 43 und 67 ff.).

In der Vergangenheit gab es bereits Bemühungen, diese Problematik anzugehen. Ein Gesetzentwurf der Bundesregierung von 1985 wollte eine Anrechnung der im Maßregelvollzug verbrachten Zeit auch auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen ermöglichen (vgl. Bundestagsdrucksache 10/2720, S. 5). In seiner Stellungnahme bewertete der Bundesrat die vorgeschlagene Anrechnung jedoch als zu weitgehend, denn sie würde zu ungerechtfertigten Vergünstigungen für Wiederholungstäter führen (a. a. O., S. 24). Als Reaktion hierauf beschloss der Deutsche Bundestag eine enger gefasste Vorschrift, nach der eine Anrechnung nicht erfolgen sollte, wenn die ihr zugrundeliegende Tat nach Anordnung der Maßregel begangen worden ist (vgl. Bundestagsdrucksache 10/4391, S. 8 und S. 18; Bundesratsdrucksache 5/86, dort Artikel 1 Nummer 15 Buchstabe d). Diese Einschränkung ging dem Bundesrat jedoch nicht weit genug. Auch auf eine vom Bundesrat zunächst erwogene, noch enger gefasste Anrechnungsvorschrift (vgl. Bundesratsdrucksache 5/1/86, S. 1 f. und den dies ablehnenden Antrag in Bundesratsdrucksache 5/2/86, S. 1 f.), wonach unter anderem die Entscheidung über die Anrechnung dem Gericht vorbehalten werden sollte, konnte man sich nicht einigen, so dass die Vorschrift nach Anrufung des Vermittlungsausschusses (vgl. Bundestagsdrucksache 10/5061) in Gänze gestrichen wurde (Bundestagsdrucksache 10/5061, dort Nummer 1).

In seiner Entscheidung vom 27. März 2012 (2 BvR 2258/09) hat das Bundesverfassungsgericht § 67 Absatz 4 StGB nun für insoweit nicht mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt, als sie es ausnahmslos ausschließt, die Zeit des Vollzugs einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen anzurechnen. Eine solche Anrechnung müsse jedenfalls in „Härtefällen“ möglich sein.

Ausgangspunkt dieser Vorgabe ist auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wonach die Freiheit der Person nur insoweit beschränkt werden darf, als dies im öffentlichen Interesse unbedingt erforderlich ist. Daher, so das Gericht, müssten Freiheitsstrafe und Maßregel, wenn sie nebeneinander angeordnet werden, so einander zugeordnet werden, dass die unterschiedlichen Zwecke beider Maßnahmen möglichst weitgehend erreicht werden, ohne damit in das Freiheitsrecht des Betroffenen mehr als notwendig einzugreifen (Rn. 56 und 60 der Urteilsgründe). Einerseits verlange die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger zu schützen, und die Gleichbehandlung aller in Strafverfahren Verurteilten, dass rechtskräftig erkannte Freiheitsstrafen grundsätzlich zu vollstrecken seien (a. a. O., Rn. 57). Andererseits fordere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch, dass die Schwere des Eingriffs nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehe. (a. a. O., Rn. 58). Insbesondere folge aus dem verfassungsrechtlich fundierten Resozialisierungsauftrag, dass nur gewichtige Gründe es rechtfertigen könnten, im Maßregelvollzug erzielte Therapieerfolge durch eine anschließende Strafvoll-

streckung zu gefährden (a. a. O., Rn. 62). Daher müsse es das Recht ermöglichen, Zeiten des Maßregelvollzugs auch auf verfahrensfremde Strafen anzurechnen, um Härtefälle zu vermeiden, die sich aus der Kumulation von Freiheitsstrafe und Maßregel und den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls ergeben könnten (a. a. O., Rn. 71). Wann ein solcher Härtefall vorliege und wann nicht, skizziert das Bundesverfassungsgericht anhand mehrerer Positiv- und Negativmerkmale (a. a. O., Rn. 64 und 71; siehe näher im Besonderen Teil zu Artikel 1 Nummer 2).

Zugleich ordnete es für die Zeit bis zu einer gesetzlichen Neuordnung gemäß § 35 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes an, dass die im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung verbrachte Zeit zur Vermeidung von Härtefällen nach Maßgabe dieser Kriterien auch auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen angerechnet werden müsse (a. a. O., Rn. 87). Eine Frist hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber für eine entsprechende Neuregelung nicht gesetzt.

Mit dem vorliegenden Entwurf soll eine entsprechende Neuregelung erfolgen. Da inzwischen die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durch mehrere Entscheidungen der Fachgerichte ausgelegt wurden, hat sich auch die Grundlage für eine Regelung verbreitert, die sich möglichst eng an den verfassungsrechtlichen Vorgaben orientiert und zugleich dem Bedürfnis der Praxis nach einer hinreichend flexiblen Regelung Rechnung trägt.

3. Klarstellung zur zulässigen voraussichtlichen Behandlungsdauer nach § 64 Satz 2 StGB bei Verhängung einer Begleitstrafe

Nach § 64 Satz 2 StGB darf die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nur angeordnet werden, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, den Betroffenen durch die Behandlung zu heilen oder zumindest über eine erhebliche Zeit von Rückfalltaten abzuhalten. In der Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist es zu unterschiedlichen Auffassungen gekommen, wie viel Zeit eine solche Behandlung voraussichtlich in Anspruch nehmen darf, wenn neben der Unterbringung zugleich eine Freiheitsstrafe verhängt wird. Während nach einer Ansicht auch in diesen Fällen die Behandlung voraussichtlich nicht mehr als die in § 67d Absatz 1 Satz 1 StGB genannte Höchstfrist von zwei Jahren in Anspruch nehmen darf, weist die andere Ansicht darauf hin, dass in diesen Fällen für eine erfolversprechende Behandlung grundsätzlich die bei Verhängung einer Begleitstrafe geltende verlängerte Unterbringungsfrist nach § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB zur Verfügung steht (vgl. Nachweise bei Schneider, NSTZ 2014, 617).

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat bei der Versendung des Referentenentwurfs, insbesondere an die Länder und Fachverbände abgefragt, ob und gegebenenfalls wie diese divergierende Rechtsprechung aufzulösen ist. Die weit überwiegende Zahl der Stellungnahmen sieht Regelungsbedarf und hält die Aufnahme einer klarstellenden Regelung im Sinne der vorstehend zweitgenannten Ansicht für sinnvoll. In den Fällen einer Begleitstrafe soll eine Unterbringung also nicht von der Prognose abhängen, dass die Behandlung in zwei Jahren abgeschlossen werden kann, sondern als Zeitraum für eine voraussichtlich erfolgreiche Behandlung grundsätzlich der in § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB genannte Zeitraum zur Verfügung stehen.

Mit dem Entwurf soll daher eine entsprechende Klarstellung vorgenommen werden, die an die früher vorherrschende Rechtsansicht anknüpft (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Februar 1996, 5 StR 16/96) und auch nicht der Intention des Gesetzes zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I 1327), mit dem § 64 Satz 2 StGB eingefügt wurde, widerspricht (vgl. erneut Schneider, a. a. O.). Sie ermöglicht eine flexible Handhabung für den Einzelfall, die auch in der Sache angemessen erscheint. Für die Allgemeinheit gefährliche Straftäter, gegen die zugleich eine Freiheitsstrafe verhängt wird, können so auch bei ausnahmsweise besonders zeitintensivem Behandlungsbedarf nach § 64 StGB untergebracht werden,

statt sie entweder nur im Strafvollzug mit den dort beschränkten Behandlungsmöglichkeiten, oder – wenn auch deren Voraussetzungen vorliegen – in den grundsätzlich unbefristeten Maßregeln nach den §§ 63, 66 StGB unterzubringen (vgl. MK-van Gemmeren, StGB, 2. Aufl. 2012, § 64 Rn. 73). Die Regelung ist daher trotz der weiterhin steigenden Zahl der Unterbringungen nach § 64 StGB (am 31. Dezember 2013 befanden sich im früheren Bundesgebiet 3 763 Personen in einer solchen Unterbringung, Statistisches Bundesamt, Maßregelvollzugsstatistik 2013/2014, S. 3 = Tabelle 1.1.) vertretbar, da sie gleichzeitig zu einer Verringerung der genannten anderen freiheitsentziehenden Maßnahmen führen kann. Im Übrigen wird in der gutachterlichen Praxis vertreten, dass trotz der steigenden Behandlungszeiten auch heute noch nur ausnahmsweise die Prognose geboten sein wird, eine erfolgversprechende Behandlung erfordere von vornherein und zwingend eine Behandlungszeit von über zwei Jahren (Schalast, FPPK 2013, 105, 112).

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Der Entwurf verfolgt, soweit er sich unmittelbar auf das Recht der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB bezieht, drei Ziele: eine stärkere (wenngleich maßvolle) Beschränkung der Anordnungen auf gravierende Fälle, eine zeitliche Limitierung der Unterbringung bei weniger schwerwiegenden Gefahren und einen Ausbau der prozessualen Sicherungen, um unverhältnismäßig lange Unterbringungen besser zu vermeiden.

Hierzu sind im Wesentlichen folgende Änderungen vorgesehen:

- Konkretisierung der Anordnungsvoraussetzungen nach § 63 StGB, insbesondere
 - Anhebung der Voraussetzungen, soweit Taten drohen, durch die nur wirtschaftlicher Schaden entsteht,
 - Konkretisierung der Voraussetzungen, soweit Taten drohen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich geschädigt oder gefährdet werden,
 - Normierung der Darlegungsanforderungen, wenn aus nicht erheblichen Anlässen auf die Gefahr erheblicher Taten geschlossen wird,
- Konkretisierung der Anforderungen an die Fortdauer der Unterbringung über sechs und zehn Jahre hinaus nach § 67d Absatz 6 StGB, insbesondere:
 - Fortdauer über sechs Jahre grundsätzlich nur noch, wenn Taten drohen, durch die die Opfer körperlich oder seelisch schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren seelischen oder körperlichen Schädigung gebracht werden; insbesondere die Gefahr rein wirtschaftlicher Schäden reicht für eine Fortdauer in der Regel nicht mehr,
 - Fortdauer über zehn Jahre nur noch – wie bei der Sicherungsverwahrung – bei der Gefahr von Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden,
- Ausbau der prozessualen Sicherungen zur Vermeidung unverhältnismäßig langer Unterbringungen in § 463 Absatz 4 und 6 StPO:
 - Konkretisierung der Anforderungen an die jährlichen gutachterlichen Stellungnahmen der Klinik,
 - Erhöhung der Frequenz für externe Gutachten von fünf auf drei Jahre und für Unterbringungen ab sechs Jahren auf zwei Jahre,

- Pflicht zum Wechsel der externen Gutachter: Gutachter soll nicht das letzte vorangegangene externe Gutachten im Erkenntnis- oder Vollstreckungsverfahren erstellt haben,
- Klarstellung, dass mit der Begutachtung nur ärztliche oder psychologische Sachverständige beauftragt werden sollen, die über forensisch-psychiatrische Sachkunde und Erfahrung verfügen,
- zwingende mündliche Anhörung des Untergebrachten vor jeder Entscheidung, in der es um die Fortdauer bzw. Beendigung der Unterbringung geht, also auch bei der Entscheidung über die Erledigung der Unterbringung.

Außerdem ist eine Übergangsregelung für Unterbringungen vorgesehen, die bereits vollstreckt werden (sogenannte Altfälle). Hier soll die erhöhte Gutachterfrequenz erst zwei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes gelten.

Zur Umsetzung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 27. März 2012 wird in einem neuen § 67 Absatz 6 StGB-E eine Härtefallregelung zur Anrechnung der Zeit des Maßregelvollzugs auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen eingefügt, die sich an den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts orientiert.

Zur Klärung der divergierenden Rechtsprechung zur Höchstfrist der voraussichtlichen Dauer einer erfolversprechenden Behandlung im Sinne von § 64 Satz 2 StGB bei einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt soll klargestellt werden, dass sich diese Frist nach den in § 67d Absatz 1 Satz 1 und 3 StGB jeweils normierten Höchstfristen für die Unterbringung bestimmt, also die in § 67d Absatz 1 Satz 1 StGB enthaltene Höchstfrist von zwei Jahren nur greift, wenn neben der Unterbringung keine Freiheitsstrafe verhängt werden soll.

III. Alternativen

Keine.

IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 des Grundgesetzes (GG) (Strafrecht, gerichtliches Verfahren). Der Kompetenztitel „Strafrecht“ umfasst hierbei auch die Regelungen zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung.

V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Der Entwurf ist, ebenso wie das bereits geltende Recht, mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, vereinbar. Dies gilt insbesondere zum einen für die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (vgl. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 28. November 2010, F. ./.. Deutschland, Nr. 32705/06). Dies gilt zum anderen für das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, wobei auch hier bereits das geltende Recht als vereinbar mit dem Übereinkommen angesehen werden kann (vgl. Bundestagsdrucksache 16/10808, S. 52). Dieses führt nämlich nicht zu einer diskriminierenden Freiheitsentziehung aufgrund einer Behinderung, sondern gestattet diese nur, wenn die Person zusätzlich eine oder mehrere Straftaten begangen hat, von ihr aufgrund ihres Zustands erhebliche Straftaten zu erwarten sind und sie daher für die Allgemeinheit gefährlich ist. Der vorliegende Gesetzentwurf berücksichtigt aber durch die vorgesehenen mate-

riell-rechtlichen Konkretisierungen und Beschränkungen sowie den Ausbau der prozessualen Sicherungen in einem noch stärkeren Maße die insbesondere in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 2 der Konvention verankerten Ziele des Menschenrechtsübereinkommens, die Freiheitsentziehung für Menschen mit Behinderungen an den dort formulierten Bedingungen auszurichten. Dabei greift der Entwurf mit den Regelungen zur zeitlichen Begrenzung der Unterbringung bei weniger schwerwiegenden Gefahren und den hier dargelegten statistischen Zahlen zur gegenwärtigen Situation der Unterbringungen nach § 63 StGB auch die – wenn auch nur allgemein geäußerte – Besorgnis des Ausschusses der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen über mangelnde Informationen zur Anwendung von Maßregeln der Besserung und Sicherung auf, insbesondere soweit sie auf unbestimmte Zeit erfolgen (vgl. Nr. 31 der Abschließenden Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands vom 17. April 2015, CRPD/C/DEU/CO/1). Zudem kommt der vorgesehene Ausbau der prozessualen Sicherungen allen nach § 63 StGB untergebrachten Personen zugute und stärkt damit den vom Ausschuss eingeforderten gleichen Zugang zu Verfahrensgarantien (vgl. Nr. 32 der Abschließenden Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands vom 17. April 2015, a. a. O.).

VI. Gesetzesfolgen

1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Die vorgesehenen Neuregelungen dienen auch der Rechtsklarheit und können insoweit den Prüfungsaufwand für Staatsanwaltschaften und Gerichte verringern: In § 63 StGB-E sollen insbesondere die Voraussetzungen konkretisiert werden, bei deren Vorliegen von „erheblichen“ rechtswidrigen Taten auszugehen ist. § 67d Absatz 3 Satz 2 und 3 StGB-E konkretisiert die Bedingungen, unter denen von einer unverhältnismäßig langen Unterbringung auszugehen ist. § 67 Absatz 6 StGB-E konkretisiert und normiert die Vorgaben, wann ein Härtefall im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. März 2012 (2 BvR 2258/09) anzunehmen ist. § 64 Satz 2 StGB-E stellt klar, welchen Zeitraum eine voraussichtlich erfolgversprechende Behandlung in einer Entziehungsanstalt in Anspruch nehmen darf, wenn neben der Unterbringung eine Freiheitsstrafe verhängt werden soll.

2. Nachhaltigkeitsaspekte

Der Entwurf steht im Einklang mit dem Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie.

3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Es werden keine Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand erwartet.

4. Erfüllungsaufwand

Für die Bürgerinnen und Bürger und für die Wirtschaft entsteht kein Erfüllungsaufwand.

Die Regelungen können bei den für den Vollzug der Unterbringungen nach den §§ 63, 64 StGB zuständigen Behörden sowohl zu Einsparungen als auch zu Mehraufwendungen führen, wobei der Schwerpunkt bei den möglichen Einsparungen für die Unterbringungen nach § 63 StGB liegen dürfte.

So soll und kann die Konkretisierung der Voraussetzungen für die Anordnung und insbesondere für die Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus in den §§ 63, 67d Absatz 4 StGB-E zu einer Verringerung der Zahl der nach § 63 StGB untergebrachten Personen führen, wodurch bei den psychiatrischen Krankenhäusern Unterbringungskosten eingespart würden. Diese betragen nach den von den Ländern mitgeteil-

ten aktuellsten Zahlen pro Tag und Person zwischen 232,22 Euro und 357,78 Euro, wobei der Durchschnittswert bei etwa 280 Euro liegt und damit bei etwa 102 200 Euro pro Jahr und Person. 2013 waren im alten Bundesgebiet 6 652 Personen untergebracht, bundesweit dürften derzeit schätzungsweise rund 7 800 Personen nach § 63 StGB untergebracht sein (siehe oben unter I. 1. und im Besonderen Teil zu Artikel 3 unter 4.). Unterstellt man, dass durch die vorgeschlagenen Neuregelungen zukünftig die Anzahl der untergebrachten Personen 5 Prozent geringer sein wird als ohne diese Neuerungen, würde dies demnach zu Einsparungen von knapp 40 Millionen Euro führen (390 mal 102 200 Euro). Würden die Neuregelungen dazu beitragen, die gegenwärtige durchschnittliche Unterbringungsdauer von knapp acht Jahren wieder auf sechs Jahre abzusenken (vgl. S. 34), könnten die Einsparungen sogar bis zu 200 000 Euro pro untergebrachte Person betragen. Inwieweit die vorgeschlagenen gesetzlichen Änderungen aber tatsächlich zu einem Rückgang oder zumindest zu einem Stillstand der ständig ansteigenden Zahl der nach § 63 StGB untergebrachten Personen und deren durchschnittliche Unterbringungsdauer führen werden, kann nicht prognostiziert werden.

Auch die zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. März 2012 in § 67 Absatz 6 StGB-E vorgesehene Anrechnung der Zeit des Maßregelvollzugs auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen in Härtefällen kann zu Ersparnissen für die Vollzugsbehörden führen, wenn verfahrensfremde Freiheitsstrafen nicht mehr vollzogen werden müssen, denen allerdings Mehraufwendungen bei den Gerichten und Vollstreckungsbehörden gegenüber stehen können (siehe unter 5.). Sowohl Mehraufwendungen als auch Einsparungen dürften sich jedoch im Vergleich zum jetzigen Rechtszustand in sehr engen Grenzen halten, da das Bundesverfassungsgericht eine bis zu einer gesetzlichen Neuregelung geltende Übergangsregelung getroffen hat, die die Praxis bereits jetzt zu einer entsprechenden Handhabung verpflichtet.

Die Klarstellung in § 64 Satz 2 StGB, wonach in den Fällen des § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB die Dauer einer erfolgversprechenden Behandlung mit mehr als zwei Jahren prognostiziert werden kann, kann ebenfalls zu Mehraufwendungen bei den Entziehungsanstalten führen, denen Ersparnisse auf Seiten der für den Vollzug der anderen freiheitsentziehenden Maßregeln und der Freiheitsstrafe zuständigen Behörden gegenüberstehen. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass die durchschnittlichen Kosten für den Vollzug nach § 64 und für den nach § 63 StGB auf einem vergleichbaren Niveau liegen (zu den Kosten für Unterbringungen nach § 63 StGB siehe oben), während sogenannte Haftkosten, insbesondere für den Vollzug der Freiheitsstrafe, niedriger sind. Diese lagen 2013, einschließlich Baukostenanteil, im Durchschnitt bei 112,35 Euro pro Tag und Gefangenen. Diese möglichen Verschiebungen dürften dennoch nicht besonders stark ausfallen, da zum einen die Praxis bereits heute in Teilen entsprechend der vorgesehenen Klarstellung verfährt und diese sich nur auf Personen bezieht, gegen die zugleich eine Freiheitsstrafe verhängt werden soll. Zum anderen wird auch heute noch nur ausnahmsweise die Prognose geboten sein, eine erfolgversprechende Behandlung erfordere von vornherein und zwingend eine Behandlungszeit von über zwei Jahren (vgl. Schalast, FPPK 2013, 105, 112; tatsächlich befanden sich zum 1. März 2012 weniger als 20 Prozent der nach § 64 StGB Untergebrachten länger als zwei Jahre in Behandlung, von der Haar, Stichtagserhebung im Maßregelvollzug nach § 64 StGB, Bundesweite Erhebung, Ausgabe 2012, S. 26).

5. Weitere Kosten

Die Regelungen können bei der Judikative sowohl zu einem nicht näher bezifferbaren Mehraufwand als auch zu Einsparungen führen.

Durch die vorgesehenen strafprozessualen Sicherungen in § 463 Absatz 4 und 6 StPO kann sich bei den Vollstreckungsbehörden und Gerichten ein Mehraufwand ergeben. Dessen Höhe kann hier nicht konkret beziffert werden, da die Länder mitgeteilt haben, dass sie bei Erfassung der Gutachterkosten in gerichtlichen Verfahren nicht zwischen

unterschiedlichen Verfahrensarten und -stadien unterscheiden und somit die Aufwendungen im Zusammenhang mit diesen Fortdauerentscheidungen nicht gesondert erfasst werden.

Insbesondere durch die Erhöhung der Frequenz für externe Gutachter von fünf Jahren auf drei Jahre und ab einer Unterbringungsdauer von sechs Jahren auf zwei Jahre sind Mehrkosten zu erwarten. Diese werden allerdings nicht sofort anfallen, da das Inkrafttreten dieser Regelung nach § 13 des Einführungsgesetzes zur Strafprozessordnung in der Entwurfsfassung (EGStPO-E) um zwei Jahre aufgeschoben werden soll. Die Pflicht des Gerichts zur Sachaufklärung, namentlich für die nach § 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E gebotenen Überprüfungen der Fortdauer über sechs und zehn Jahre hinaus, bleibt jedoch von dieser Verschiebung unberührt und kann bereits ab Inkrafttreten des Gesetzes die vermehrte Einholung von externen Sachverständigengutachten gebieten. Die Länder haben, soweit sie Daten mitgeteilt haben, überwiegend eine Kostenspanne von 2 000 bis zu 8 000 Euro für ein Sachverständigengutachten angegeben, wobei der Schwerpunkt bei Kostenangaben zwischen 2 500 bis 5 000 Euro lag. Konkretere Angaben über die zu erwartenden Mehrkosten sind schon deshalb nicht möglich, weil es vom jeweiligen Einzelfall abhängt, inwieweit die Kostenlast letztlich tatsächlich vom Staat zu tragen ist. Zudem haben die Länder mitgeteilt, dass sie bei der Erfassung der Gutachterkosten in gerichtlichen Verfahren nicht zwischen unterschiedlichen Verfahrensarten und -stadien unterscheiden und somit die Aufwendungen im Zusammenhang mit diesen Fortdauerentscheidungen nicht gesondert erfasst werden.

Ein gewisser Mehraufwand kann auch durch die in § 463 Absatz 6 StPO-E vorgesehene zwingende mündliche Anhörung des Untergebrachten vor der Entscheidung über die Erledigterklärung der Unterbringung nach § 67d Absatz 6 StGB entstehen. Gleiches gilt für die Einholung einer gutachterlichen Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung im Rahmen der Überprüfung der Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 67e StGB. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine entsprechende Handhabung schon jetzt der überwiegenden Praxis entspricht, so dass sich ein diesbezüglicher Mehraufwand in engen Grenzen halten dürfte.

Auch die zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. März 2012 in § 67 Absatz 6 StGB-E vorgesehene Anrechnung der Zeit des Maßregelvollzugs auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen in Härtefällen kann zu nicht bezifferbaren, aber als gering einzuschätzenden (siehe oben 4.) Mehraufwendungen vor allem bei den Vollstreckungsbehörden und Gerichten führen, die entsprechende Härtefälle zu prüfen und darüber zu entscheiden haben. Den Bürgerinnen und Bürgern sowie der Wirtschaft entstehen keine sonstigen Kosten. Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau sind nicht zu erwarten.

6. Weitere Gesetzesfolgen

Die Regelungen sind inhaltlich geschlechtsneutral. Auswirkungen von gleichstellungspolitischer Bedeutung sind ebenso wenig zu erwarten wie verbraucherpolitische oder demografische Auswirkungen.

VII. Befristung; Evaluierung

Eine Befristung der neuen Regelungen erfolgt nicht. Im Hinblick auf deren Evaluierung soll beobachtet werden, wie sich die Zahl der nach § 63 StGB untergebrachten Personen und insbesondere die durchschnittlich Dauer der Unterbringung nach Inkrafttreten der Neuregelungen fortentwickelt. Zu diesem Zweck sollen nicht nur die jährlichen Angaben des Statistischen Bundesamts zur Zahl der Anordnungen nach § 63 StGB ausgewertet werden (Rechtspflege, Fachserie 10 Reihe 3), sondern auch die jährlichen Angaben zur Anzahl der nach § 63 StGB untergebrachten Personen (Maßregelvollzugsstatistik) sowie Angaben der Bundesländer zur durchschnittlichen Dauer der Unterbringung. Dabei wird

es vor allem darum gehen, ob der seit vielen Jahren zu beobachtende Anstieg der Zahl der nach § 63 StGB untergebrachten Personen und der durchschnittlichen Unterbringungsauern gebremst und gegebenenfalls sogar abgesenkt werden kann. Aufgrund der um zwei Jahre verzögerten vollen Anwendbarkeit der vorgesehenen Neuregelungen (vgl. die in Artikel 3 vorgesehene Übergangsvorschrift) soll diese Auswertung frühestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Neuregelungen vorgenommen werden.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)

Zu Nummer 1 (Änderung von § 63 StGB)

Zu Buchstabe a (Satz 1)

Mit der Neuregelung sollen die Voraussetzungen konkretisiert werden, unter denen von „erheblichen“ rechtswidrigen Taten auszugehen ist, die von dem Täter aufgrund seines Zustands zu erwarten sind. Bislang wird der Begriff allein durch die Wissenschaft und vor allem durch die Rechtsprechung konkretisiert. Dabei kommt einer solchen Konkretisierung entscheidende Bedeutung für den Anwendungsbereich von § 63 StGB zu. Denn die Erheblichkeit der vom Täter zukünftig drohenden Taten ist – neben dem Grad der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts – das maßgebliche Kriterium und die maßgebliche Rechtfertigung dafür, gegenüber dem Betroffenen zum Schutz der Allgemeinheit die außerordentlich belastende (vgl. Bundesgerichtshof – BGH, Beschluss vom 25. Februar 2014, 4 StR 544/13, bei juris Rn. 10), zeitlich grundsätzlich unbegrenzte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus anzuordnen. Die Unterbringung nach § 63 StGB dient zwar regelmäßig auch dazu, den Täter von seiner psychischen Störung möglichst so weit zu heilen, dass von ihm aufgrund dieses Zustands keine unvermeidbaren Gefahren für fremde Rechtsgüter mehr ausgehen. Aber die bloße Behandlungsbedürftigkeit des Täters kann gerade keine Unterbringung nach § 63 StGB rechtfertigen, ebenso wenig wie umgekehrt fehlende Heilungsaussichten eine solche Unterbringung ausschließen (vgl. zu alledem Fischer, StGB, 62. Auflage 2015, § 63 Rn. 2 mit weiteren Nachweisen).

Eine Straftat von erheblicher Bedeutung liegt nach der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Konkretisierung allgemein dann vor, wenn sie mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Juli 2013, 2 BvR 298/12, bei juris Rn. 21 = R&P 2014, 31; BGH, Beschluss vom 18. Juli 2013, 4 StR 168/13, bei juris Rn. 43 = NJW 2013, 3383; Fischer, a. a. O., Rn. 16; alle mit weiteren Nachweisen). Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind, sind dabei nicht mehr „ohne Weiteres“ dem Bereich der Straftaten von erheblicher Bedeutung zuzurechnen (BVerfG, BGH, beide a. a. O.). Generell ist auf die konkreten Umstände und Besonderheiten des Einzelfalls und die konkrete Art der zu erwartenden Tatbestandsverwirklichung abzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. April 2001, 4 StR 538/00 = StV 2002, 477). Dabei sind an den Begriff der Erheblichkeit nach herrschender Meinung allerdings nicht so hohe Anforderungen zu stellen wie bei der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB (Fischer, a. a. O., Rn. 16).

Ziel der Konkretisierung ist zweierlei. Zum einen soll sie die Rechtspraxis, namentlich auch die landgerichtliche Praxis, noch stärker für das mit Verfassungsrang ausgestattete und vor allem vom Bundesverfassungsgericht immer wieder betonte Erfordernis der Verhältnismäßigkeit sensibilisieren, wonach die vom Täter zukünftig drohenden Taten von einer Erheblichkeit sein müssen, dass sie die mit der „außerordentlich belastenden“ (vgl. erneut BGH, Beschluss vom 25. Februar 2014, 4 StR 544/13, bei juris Rn. 10) bzw. „außerordentlich schweren“ (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Februar 2011, 4 StR 635/10, bei

juris Rn. 15 = NSTZ-RR 2011, 202) Maßregel der Unterbringung nach § 63 StGB verbundenen Eingriffe in die Grundrechte des Täters rechtfertigen können. Insoweit hat die Neuregelung vor allem klarstellende Funktion. Bedeutsam ist dies insbesondere in den Fällen, in denen die Verletzung oder Gefährdung höchstpersönlicher Rechtsgüter droht (dazu näher unter 1.). Zum anderen soll die Regelung bei drohenden Taten, die dem Bereich der Vermögensdelikte im weitesten Sinne zuzuordnen sind, die Schwelle für eine Unterbringung nach § 63 StGB gegenüber dem jetzigen Rechtszustand anheben (dazu näher unter 2.).

1. Soweit Taten drohen, durch die höchstpersönliche Rechtsgüter verletzt würden, wie beispielsweise die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder auch die Ehre, hat die höchststrichterliche Rechtsprechung gerade in jüngster Zeit verstärkt betont, dass auch Delikte aus diesem Bereich nicht mehr ohne Weiteres als „erhebliche“ Straftaten angesehen werden können, wenn sie im Höchstmaß mit unter fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind; dies gelte etwa für Beleidigungstaten nach den §§ 185 bis 187 StGB, aber auch für eine Nötigung nach § 240 Absatz 1 StGB oder eine Nachstellung nach § 238 Absatz 1 StGB (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Juli 2013, 2 BvR 298/12, bei juris Rn. 21 = R&P 2014, 31; BGH, Beschluss vom 18. Juli 2013, 4 StR 168/13, bei juris Rn. 43 = NJW 2013, 3383; ebenso für Hausfriedensbruch nach § 123 StGB BGH, Beschluss vom 22. Januar 2009, 4 StR 614/08 = StraFo 2009, 164, Beschluss vom 18. März 2008, 4 StR 6/08, bei juris Rn. 6 = R&P 2008, 226). Zudem dürfte durch die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, wonach die zu erwartende Straftat mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen sein müsse, auch die Rechtsprechung überholt sein, nach der in Ausnahmefällen die Annahme einer schweren Störung des Rechtsfriedens und damit die Annahme einer erheblichen Straftat auch noch dann begründbar sei, wenn die zu erwartenden Delikte nicht dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sind (so noch BGH, Beschluss vom 16. Januar 2013, 4 StR 520/12, bei juris Rn. 8 = NSTZ-RR 2013, 141 mit weiteren Nachweisen). Auch sei zwar weiterhin vom Grundsatz auszugehen, dass „Gewalt- und Aggressionsdelikte regelmäßig“ zu den erheblichen Straftaten gehören (vgl. erneut BGH, Beschluss vom 22. Februar 2011, 4 StR 635/10, bei juris Rn. 11 = NSTZ-RR 2011, 202). Gleichzeitig wird im Hinblick auf konkrete Einzelfälle aber betont, dass nicht jede einfache Körperverletzung nach § 223 StGB, etwa ein Fußtritt gegen das Bein des Opfers (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 2010, 5 StR 256/10, bei juris Rn. 7, 13 = NSTZ-RR 2011, 12), ein Umwerfen einer sitzenden Person samt Stuhl (BGH, Beschluss vom 21. September 2000, 1 StR 124/00, bei juris Rn. 9 = NSTZ-RR 2001, 238) oder das Ziehen an den Haaren (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 25. Februar 2014, 4 StR 544/13, bei juris Rn. 3 f. und 10; vgl. aber auch BGH, Beschluss vom 6. März 2013, 1 StR 654/12, bei juris Rn. 19, 21 = NSTZ-RR 2013, 303: Ziehen an Bart- und Haupthaar „am unteren Rand der mittleren Kriminalität“) eine Unterbringung nach § 63 StGB rechtfertigen kann (auch nach einer aktuellen, unveröffentlichten Stellungnahme des Generalbundesanwalts vom 28. März 2014, S. 16, in dem Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 64/14 muss es sich bei der Gefahr von Körperverletzungsdelikten um solche von „erheblichem Gewicht“ handeln). Aus der forensischen Praxis wird ebenfalls berichtet, dass gerade in jüngerer Zeit die Verhältnismäßigkeit der Unterbringung nach § 63 StGB „sorgsam geprüft und nun in vielen Fällen nicht mehr bejaht“ werde (so Kröber, FPPK 2014, 66, wenn auch offenbar vor allem bezogen auf Fortdauerentscheidungen, siehe dazu § 67d Absatz 6 StGB-E). Die Neuregelung soll folglich dazu beitragen, diese Entwicklung, die die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit betont, aufzugreifen und zu verstetigen.

Umgesetzt werden soll dies, indem das Gesetz bestimmt, dass Taten zu erwarten sein müssen, durch die die Opfer körperlich oder seelisch „erheblich“ geschädigt oder „erheblich“ gefährdet werden.

Eine solche erhebliche Schädigung wird – wie bisher – schon aufgrund der vergleichsweise geringen Strafandrohung bei zu erwartenden Beleidigungs- und einfa-

chen Nötigungs- sowie Nachstellungsdelikten, die nicht mit aggressiven Übergriffen einhergehen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Juli 2013, 2 BvR 298/12, bei juris Rn. 28 = R&P 2014, 31; BGH, Beschluss vom 18. Juli 2013, 4 StR 168/13, bei juris Rn. 43 = NJW 2013, 338), in der Regel ausscheiden. Aber auch bei drohenden Körperverletzungsdelikten muss im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob diese zu einer „erheblichen“ Schädigung führen und damit – entsprechend der bereits geltenden obergerichtlichen Rechtsprechung – den Rechtsfrieden „empfindlich“ bzw. „schwer“ stören würden und geeignet wären, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung „erheblich“ zu beeinträchtigen (vgl. erneut BVerfG a. a. O., sowie die Nachweise zur Rechtsprechung des BGH bei Detter, NStZ 2014, 22, 23 f.). Drohende Körperverletzungsdelikte wie eine einfache Ohrfeige (vgl. BGH, Beschluss vom 28. August 2012, 3 StR 304/12, bei juris Rn. 4), die nur mit geringer Gewaltanwendung verbunden sind und nur unwesentlich die Erheblichkeitsschwelle der tatbestandlich verlangten Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit überschreiten, werden daher die „äußerst belastende“ Maßnahme einer zeitlich grundsätzlich unbegrenzten Unterbringung nach § 63 StGB nicht bzw. nicht mehr rechtfertigen können. Ähnliches kann gelten für andere niedrighschwellige Körperverletzungsdelikte wie das Ziehen an den Haaren, einen Stoß gegen die Brust oder einen Kniff in das Gesäß (vgl. diese und weitere von Kröber, a. a. O., geschilderten Fälle aus der Praxis). Aber natürlich verbietet sich auch nach der Neuregelung jede schematische Betrachtung. Die erforderliche Prognose ist weiterhin auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln (vgl. erneut BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2013, 4 StR 135/13, bei juris Rn. 22 = NStZ-RR 2014, 15). Maßgebend ist auch zukünftig eine genaue Betrachtung der konkreten Umstände des Einzelfalls, wobei neben der konkreten Art der drohenden Taten und dem Gewicht der konkret bedrohten Rechtsgüter auch die zu erwartende Häufigkeit und Rückfallfrequenz von Bedeutung sein kann (vgl. erneut BVerfG, a. a. O., bei juris Rn. 22). Dies heißt, dass neben einer rein qualitativen Betrachtung ergänzend auch eine quantitative Betrachtung anzustellen ist. Je höher die zu erwartende Rückfallfrequenz ist, desto eher kommen – in Grenzen – auch Abstriche bei der auf die einzelne Tat bezogenen Schwere der Verletzungsfolgen in Betracht, wobei maßgebend sein wird, inwieweit sich aus der Art der konkret drohenden Taten und der zu erwartenden Rückfallfrequenz insgesamt eine schwere Störung des Rechtsfriedens ergibt (zur vergleichbaren Problematik bei zu erwartenden wirtschaftlichen Schäden siehe nachfolgend unter 2. am Ende; zur Frage des Umfangs der notwendigen Feststellungen, wenn die Anlasstaten selbst nicht erheblich waren, um dennoch ausnahmsweise die zukünftige Gefahr erheblicher Taten zu prognostizieren, vgl. unten zu Buchstabe b). Zudem wird auch zukünftig in Rechnung zu stellen sein, ob der Täter im Zustand der Schuldunfähigkeit oder lediglich der verminderten Schuldfähigkeit gehandelt hat, so dass gegen ihn als Mittel der Einwirkung auch die Verhängung von Strafe zur Verfügung steht (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 2010, 5 StR 256/10, bei juris Rn. 14 = NStZ-RR 2011, 12; Beschluss vom 21. März 1989, 1 StR 120/89, bei juris Rn. 4 = NJW 1989, 2959).

Das vorstehend Gesagte gilt grundsätzlich auch für die Gefahr erheblicher seelischer Schäden. Auch dieses Merkmal greift Vorgaben der Rechtsprechung auf, wonach beispielsweise Todesdrohungen nach § 241 StGB dann erhebliche Straftaten darstellen, wenn sie geeignet sind, den Bedrohten nachhaltig und massiv in seinem elementaren Sicherheitsbedürfnis zu beeinträchtigen (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Februar 2011, 4 StR 635/10, bei juris Rn. 11 = NStZ-RR 2011, 202 mit weiteren Nachweisen).

Nicht erforderlich ist hingegen, dass Straftaten zu erwarten sein müssen, durch die die Opfer körperlich oder seelisch „schwer“ geschädigt werden. Denn dies ist eine höhere Gefährlichkeitsschwelle, die das geltende Recht erst – ausnahmslos – für die Fortdauer einer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus fordert (§ 67d Absatz 3 Satz 1 StGB) und die hier – wenn auch nur als Regelfall und

neben der bloßen Gefahr einer solchen schweren körperlichen oder seelischen Schädigung – erst für die Fortdauer einer Unterbringung nach § 63 StGB über sechs Jahre hinaus vorgesehen wird (siehe unten zu § 67d Absatz 6 StGB-E). Sie wird außerdem beispielhaft für die zu erwartenden Taten genannt, die die Anordnung der Sicherungsverwahrung rechtfertigen können (vgl. dazu Bundestagsdrucksache 17/4062, S. 14). Auch die Neuregelung ändert daher nichts an dem Grundsatz, dass die Schwelle für die Anordnung einer Unterbringung nach § 63 StGB weiterhin niedriger sein wird als die nach § 66 StGB, was vor allem darin begründet ist, dass bei der Sicherungsverwahrung zunächst und in erster Linie die Strafe als Mittel zur Einwirkung auf den Täter in Betracht kommt, während neben der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus bei Schuldunfähigen ein anderes strafrechtliches Mittel der Sicherung und Einwirkung nicht zur Verfügung steht (BGH, Urteil vom 23. Juni 1976, 3 StR 99/76 = NJW 1976, 1949; LK-Schöch, 12. Auflage 2008, § 63 Rn. 83).

Die Regelungsvariante, wonach Taten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich „gefährdet“ werden, bezieht sich vor allem auf gemeingefährliche Delikte wie insbesondere Brandstiftungsdelikte. Auch insoweit wird im Wesentlichen die Rechtsprechung fortgeschrieben und verstetigt, wonach zu erwartende Brandstiftungsdelikte, die mit der Gefährdung von Menschen einhergehen, grundsätzlich die Anordnung einer Unterbringung nach § 63 StGB rechtfertigen können (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Juli 2012, 5 StR 268/12; Beschluss vom 23. Juni 2009, 5 StR 149/09, bei juris Rn. 10 = NJW 2009, 2903; Beschluss vom 24. Oktober 1989, 4 StR 529/89, bei juris Rn. 2, alle zu schweren Brandstiftungen). Namentlich wenn eine schwere Brandstiftung nach § 306a StGB oder ein noch schwereres Brandstiftungsdelikt zu erwarten ist, stellt dies auch nach der Neuregelung eine „erhebliche“ Straftat dar, da eine solche Tat immer mit einer erheblichen Gefährdung von Menschen einhergeht, unabhängig davon, ob es sich nur um eine abstrakte (§ 306a Absatz 1 StGB) oder eine konkrete Gefährdung (§ 306a Absatz 2 StGB) handelt. Besteht nach Überzeugung des Gerichts ausnahmsweise „nur“ die Gefahr einer Brandstiftung nach § 306 StGB, wird zwar – unabhängig davon, ob dieser Tatbestand lediglich eine qualifizierte Sachbeschädigung darstellt oder ihm auch ein Element der Gemeingefährlichkeit anhaftet (vgl. Fischer, a. a. O., § 306 Rn. 1 mit Nachweisen zum Streitstand) – mit einer solchen Tat grundsätzlich keine Gefährdung von Menschen einhergehen. Dennoch kann auch in diesen Fällen nach der Neuregelung die Anordnung einer Unterbringung gemäß § 63 StGB in Betracht kommen, weil Straftaten zu erwarten sind, durch welche „schwerer wirtschaftlicher Schaden ange richtet wird“ (siehe nachfolgend unter 2.).

Betäubungsmitteldelikte oder Taten nach dem Waffengesetz können ebenfalls Taten sein, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich „gefährdet“ werden. Denn die Straftatbestände nach dem Betäubungsmittelgesetz sollen jedenfalls auch Leben und Gesundheit individuell Betroffener schützen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juli 2000, 1 StR 263/00, bei juris Rn. 9; BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994, 2 BvL 42/93 u. a., bei juris Rn. 125; LK-Rissing-van Saan, StGB, 12. Auflage 2008, § 66 Rn. 159; Weber, BtMG, 4. Auflage 2013, § 1 Rn. 3-8 mit weiteren Nachweisen), ebenso wie die Vorschriften des Waffengesetzes neben den sicherheitsrechtlichen Interessen des Staates auch die Interessen seiner Bürger schützen sollen, weshalb der verbotene Waffenbesitz zugleich eine Gefährdung dieser Bürger darstellen kann, insbesondere dann, wenn ein Zugriff unbefugter Dritter nicht auszuschließen ist (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2011, 1 StR 129/11, bei juris Rn. 18).

Daneben können jedenfalls über das Merkmal der erheblichen seelischen Gefährdung auch Straftaten nach dem 13. Abschnitt des StGB erfasst werden, soweit die drohenden Taten nicht ohnedies – wie dies häufig der Fall sein wird – bereits eine erhebliche seelische Schädigung erwarten lassen (siehe im Einzelnen zu Nummer 4 Buchstabe b Ziffer 2 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb). Daher kann auch insoweit an die Rechtsprechung angeknüpft werden, die grundsätzlich von der Erheblichkeit

solcher Delikte ausgeht, aber insbesondere in Grenzfällen nach dem konkreten Einzelfall differenziert (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 26. April 2001, 4 StR 538/00 = StV 2002, 477; weitere Nachweise bei MK-van Gemmeren, StGB, 2. Auflage 2012, § 63 Rn. 53).

2. Für den Bereich der „Vermögensdelikte“ im weitesten Sinne (vgl. dazu bereits Bundestagsdrucksache 17/3403, S. 22, und 17/4042, S. 14, zur Sicherungsverwahrung) sieht der Gesetzentwurf vor, dass solche Taten zu erwarten sein müssen, durch welche „schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird“. Zwar knüpft auch diese Konkretisierung zunächst an die Vorgaben der Rechtspraxis an, wonach die Gefahr von nur geringfügigen wirtschaftlichen Schäden eine Unterbringung nach § 63 StGB nicht rechtfertigen kann (vgl. allgemein LK-Schöch, a. a. O., § 63 Rn. 88, wonach „kleinere Betrügereien“, insbesondere geringfügige Zechprellereien, Schwarzfahrten und andere Leistungserschleichungen nach § 265a“ sowie „gelegentliche kleine Diebstähle“ als nicht erhebliche Taten einzustufen sind; weitere Nachweise bei Fischer, a. a. O., Rn. 18). Allerdings wird die diesbezügliche Grenze von der Rechtsprechung niedrig angesetzt. So wurden vom Bundesgerichtshof z. B. Betrugsschäden von jeweils 100 bis 185 Euro als „zweifello“ erhebliche Taten im Sinne des § 63 StGB angesehen (BGH, Beschluss vom 20. November 2007, 1 StR 518/07, bei juris Rn. 8), ebenso ein Diebstahl mit einem Beutewert von umgerechnet gut 290 Euro (BGH, Beschluss v. 10. Dezember 1993, 1 StR 762/93, bei juris Rn. 2; für den Fall der Sachbeschädigung unklar BGH, Beschluss vom 16. Juli 2008, 2 StR 161/08, bei juris Rn. 8, wonach „Gewalt nur gegen Sachen“ anscheinend generell keine „erhebliche“ Straftat sei; andere Ansicht BGH, Beschluss vom 18. März 1999, 4 StR 72/99, für das Inbrandsetzen von neun Containern mit Altpapier; vgl. hierzu auch MK-van Gemmeren, a. a. O., § 63 Rn. 55). Auch andere Gerichte orientieren sich bei Betrugs- und Diebstahlsdelikten oftmals daran, ob die drohenden Taten die Geringwertigkeitsschwelle des § 248a StGB, die der Bundesgerichtshof derzeit bei 25 Euro zieht (vgl. nur Fischer, a. a. O., § 248a Rn. 3), „deutlich übersteigen“ und bei wiederholter Tatbegehung insgesamt mit „erheblichen“ Schäden zu rechnen sei (vgl. OLG München, Beschluss vom 17. Oktober 2012, 1 Ws 839/12, 1 Ws 840/12, bei juris Rn. 12 = R&P 2013, 45, wonach Anlass für die Anordnung war, dass die Täterin im Zustand der verminderten Schuldfähigkeit bei verschiedenen Banken insgesamt sieben gefälschte Überweisungsträger vorlegte und so erreichte, dass ihr zusammengerechnet 2 050 Euro überwiesen wurden; im Übrigen hat das OLG München auch nach über siebenjähriger Vollstreckung die Unterbringung noch für verhältnismäßig angesehen, da weiterhin mit entsprechenden Taten zu rechnen sei, siehe zur Dauer der Unterbringung bei drohenden Vermögensdelikten Nummer 2 Buchstabe b).

Die vorgeschlagene Neuregelung geht über diese bisherige Grenzziehung hinaus, da zukünftig nur noch zu erwartende Taten eine Unterbringung nach § 63 StGB rechtfertigen können sollen, durch welche „schwerer“ wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird. Für die Auslegung dieses Begriffs kann dabei grundsätzlich auf die Literatur und vor allem die Rechtsprechung zur Auslegung der gleichlautenden Formulierung in § 66 Absatz 1 Nummer 3 StGB in der bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Fassung zurückgegriffen werden. Danach ist grundsätzlich von einem objektiven Maßstab auszugehen, insbesondere der „materiellen Lebenshaltung des Durchschnittsbürgers“ (BGH, Urteil vom 25. Mai 1971, 1 StR 40/71 = BGHSt 24, 160, 163), wobei allerdings die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigt werden müssten. So hat der Bundesgerichtshof zu § 66 Absatz 1 Nummer 3 StGB a. F. in den 1970er Jahren einen schweren wirtschaftlichen Schaden bejaht bei Schadenssummen von 4 000 DM (Urteil vom 22. Juni 1976, 1 StR 295/76 = MDR 1976, 986 bei Holtz), 6 400 DM (Urteil vom 25. Mai 1971, 1 StR 40/71 = BGHSt 24, 160, 163) und 9 000 DM (Urteil vom 18. Mai 1971, 4 StR 100/71 = BGHSt 24, 153, 158; weitere Beispiele bei LK-Rissing-van Saan/Peglau, 12. Auflage 2008, § 66 Rn. 176). Zugleich hat der Bundesgerichtshof aber einen erstrebten Betrag von 8 000 bis 10 000 DM bei verschiedenen Versicherungsgesellschaften durch die betrügerische Abrechnung von

Verkehrsunfallschäden nicht als schweren wirtschaftlichen Schaden angesehen, da im Rahmen der notwendigen Gesamtwürdigung zu berücksichtigen sei, dass die Versicherungsgesellschaften durchaus in der Lage seien, sich gegen derartige Betrügereien zu schützen (Beschluss vom 2. August 1983, 5 StR 137/83 = StV 1983, 503). Orientiert man sich für einen objektiven Ausgangswert an den vorstehenden Angaben, erscheint es vertretbar, heute in etwa einen Betrag von 5 000 Euro anzusetzen. Eine solche Richtgröße entspräche auch dem Ansatz in der Literatur, als Maßstab auf das dreifache (Netto-) Durchschnittseinkommen abzustellen (vgl. LK-Rissing-van Saan/Peglau, a. a. O., § 66 Rn. 177 mit weiteren Nachweisen), das derzeit in Deutschland bei etwa 1 700 Euro pro Einwohner liegt (vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 18, Reihe 1.4, 2013, S. 52, Tabelle 2.1.9, Spalte 4). Allerdings ist zu betonen, dass dies allenfalls eine grobe Richtschnur sein kann, die nichts daran ändert, dass die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Insbesondere wird dabei ergänzend auch auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der potentiellen Opferkreise abzustellen sein, jedenfalls soweit bei diesen besondere Empfindlichkeiten oder Unempfindlichkeiten vorliegen und der Täter sich zielgerichtet gerade gegen wirtschaftlich besonders Schwache oder Starke richtet (vgl. Sch/Sch-Stree/Kinzig, 28. Auflage 2010, § 66 Rn. 32; LK-Rissing-van Saan/Peglau, a. a. O., Rn. 173 f., 181 f.; Lackner/Kühl, StGB, 27. Auflage 2011, § 66 Rn. 14). Denn das Ausmaß der Störung des Rechtsfriedens und damit auch die Betroffenheit der Allgemeinheit und die Gefährlichkeit des Täters können auch davon abhängen, ob der Schaden das Vermögen des Staates, einer finanzkräftigen Kapitalgesellschaft oder eines mittellosen Rentners trifft (vgl. Sch/Sch-Stree/Kinzig, a. a. O.; ähnlich auch BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2004, 1 StR 395/04 = StV 2005, 129). Daher kann im Einzelfall auch ein geringerer drohender Schaden die Gefährlichkeit des Täters begründen (vgl. LK-Rissing-van Saan/Peglau, a. a. O., Rn. 181 f.), ebenso wie diese auch bei höheren Schäden verneint werden kann (vgl. BGH, a. a. O., wo trotz eines sechsstelligen Schadensbetrages die Gefährlichkeit unter anderem aufgrund der besonderen Leichtgläubigkeit des Opfers verneint wurde). Ebenfalls auf die Umstände des Einzelfalls ist für die Frage abzustellen, ob bei einer drohenden Vielzahl von weniger schweren Taten, die für sich gesehen keinen schweren wirtschaftlichen Schaden begründen würden, auf den drohenden Gesamtschaden abzustellen ist, wobei auch hier genereller Maßstab das Ausmaß der Störung des Rechtsfriedens sein wird. So kann schon die Tendenz zur serienmäßigen Tatbegehung den friedensstörenden Charakter jeder einzelnen Tat so erhöhen, dass sie alle als erheblich empfunden werden (vgl. Lackner/Kühl a. a. O.), während auf der anderen Seite drohende Taten mit geringen Schadenswerten selbst dann nicht zu einer empfindlichen, die Unterbringung des Täters erfordernden Störung des Rechtsfriedens führen dürften, wenn diese aufgrund der zu erwartenden serienmäßigen Begehung insgesamt zu einem „schweren“ wirtschaftlichen Schaden führen würden (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Dezember 1991, 5 StR 626/91, bei juris Rn. = NSTZ 1992, 178, wo schon nach geltendem Recht eine Unterbringung nach § 63 StGB für den Fall von rund 70 Zechprellereien innerhalb von 11 Monaten mit einem durchschnittlichen Schadenswert von geschätzt jeweils etwa 30 DM abgelehnt wurde, obwohl das Gericht entsprechende weitere Serientaten erwartet hat).

Grundsätzlich keine Verschiebung der bisherigen Grenzziehung wird die Neuregelung hingegen auf zu erwartende Taten zur Folge haben, bei denen neben wirtschaftlichen Schäden die Opfer auch körperlich oder seelisch erheblich geschädigt oder gefährdet werden. Dies gilt namentlich für die Fälle des Wohnungseinbruchdiebstahls nach § 244 Absatz 1 Nummer 3 StGB. Denn bei einem solchen Einbruch ist in der Regel davon auszugehen, dass die Opfer zumindest seelisch oder körperlich erheblich gefährdet werden (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2001, 5 StR 360/01, bei juris Rn. 10, wonach jedenfalls bei Einbrüchen in die Wohnung „meist hochbetagter Opfer“ sogar „schwere seelische Schäden“ im Sinne des § 66 Absatz 1 Nummer 3 StGB a. F. naheliegen, also nicht nur die für § 63 StGB-E erforderliche „erhebliche seelische Gefährdung“).

Die praktischen Auswirkungen dieser Neuregelung dürften zwar nicht übermäßig groß, aber auch nicht völlig zu vernachlässigen sein. So erfolgten 2012 immerhin knapp 6 Prozent (47 von 817) der Anordnungen nach § 63 StGB aufgrund von Anlasstaten aus den Bereichen der reinen „Vermögensdelikte“ im weitesten Sinne, nämlich Diebstahl und Unterschlagung, Betrug und Untreue, Urkundenfälschung und Sachbeschädigung (vgl. die Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamts für 2012, Fachserie 10 Reihe 3, S. 336 ff., Tabelle 5.1). Da die Statistik keine Angaben zu den erwarteten Delikten und erst recht nicht zu den dadurch drohenden wirtschaftlichen Schäden enthält, ist eine konkrete Vorhersage insoweit zwar nicht möglich. Anzunehmen ist aber, dass die Neuregelung jedenfalls in den Fällen zu einem gewissen Rückgang der Anordnungszahlen führen kann, in denen der Täter durch eher einfache, wenn auch womöglich wiederholte Diebstahls- oder Betrugsdelinquenz auffällt.

Diese inhaltliche Einschränkung entspricht schließlich vom Ansatz her der durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300) vorgenommenen Neuregelung, die die Gefahr „schwerer wirtschaftlicher Schäden“ als hinreichenden Grund für die Anordnung der Sicherungsverwahrung – noch weiter als hier vorgesehen – zurückgedrängt hat (vgl. näher Bundestagsdrucksache 17/3403, S. 22, 51 f. und 17/4042, S. 14). Sie führt damit zu einer Angleichung der Anordnungsvoraussetzungen für diese beiden schwerwiegenden Maßregeln, ohne deren systembedingte Unterschiede (siehe oben) aufzugeben.

Zu Buchstabe b (Satz 2 -neu-)

Aus der dogmatischen Konzeption des Maßregelrechts sowie der geltenden Fassung des § 63 StGB folgt, dass auch bei der Begehung von Bagatelldelikten die Anordnung einer Unterbringung gemäß § 63 StGB grundsätzlich in Betracht kommt, wenn die gesetzlich gebotene Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der Anlasstat die Prognose trägt, dass von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist (vgl. nur Detter, NStZ 2014, 22, mit weiteren Nachweisen). Wenn auch bei der Gesamtwürdigung nicht alleine auf die Anlasstat abzustellen ist (Detter a. a. O.), ist nicht zu verkennen, dass die Anlasstat eine wesentliche tatsächliche Stütze sowie – in Abgrenzung des Strafrechts zum Gefahrenabwehrrecht – Legitimationsbasis für eine tragfähige Gefährlichkeitsprognose darstellt (Kindhäuser/Neumann/Päffgen-Pollähne, StGB, 4. Auflage 2013, § 63 Rn. 61), was naturgemäß gerade bei Ersttätern sowie bei Tätern, bei denen eine der Anlasstat vorausgehende Tatbegehung sehr lange zurückliegt (vgl. zu letzterer Konstellation: Detter a. a. O., S. 23), von besonderer Bedeutung ist. Es ist daher anerkannt, dass gerade, aber nicht nur in diesen Fällen bei leichteren Straftaten eine zuverlässige Prognose der künftigen Begehung erheblicher rechtswidriger Taten mangels tatsächlicher Legitimationsbasis schwierig sein kann (Sch/Sch-Stree/Kinzig, StGB, 29. Auflage 2014, § 63 Rn. 5).

Eine Verschärfung der Darlegungsanforderungen bei einer nicht erheblichen Anlasstat ist ein geeigneter dogmatischer Ansatz, um das potentielle Legitimationsdefizit der Anordnung aufgrund einer solchen Tat auszugleichen und etwaigen Verstößen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Anordnung des § 63 StGB gesetzgeberisch entgegenzuwirken. Dabei zielt die Entwurfsfassung darauf ab, durch das Merkmal der „besonderen Umstände“, die trotz der Begehung einer nicht erheblichen rechtswidrigen Anlasstat eine positive Gefährlichkeitsprognose rechtfertigen, die erhöhten Anforderungen an die Darlegung der tatsächengestützten Umstände in der Persönlichkeit oder des Vorlebens des Täters, die die Prognose tragen, in dieser Fallkonstellation zu verdeutlichen. Durch diese Gesetzesfassung wird zum Zwecke der einfachgesetzlichen Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes klargestellt, dass eine Unterbringung bei nicht erheblichen Anlasstaten zwar keineswegs ausgeschlossen ist, jedoch als Ausnahme vom Normalfall be-

sonders sorgfältig und unter ausführlicher Darlegung des maßgeblichen, eine solche Bewertung rechtfertigenden Tatsachenmaterials begründet werden muss. Damit greift der Gesetzentwurf ein Regel-Ausnahmeverhältnis auf, das von Rechtsprechung und Literatur bereits für das geltende Recht entwickelt wurde. So hat der Bundesgerichtshof in jüngster Zeit zunehmend betont, dass dann, wenn die Anlasstat selbst nicht erheblich ist, „die Gefährlichkeitsprognose besonders sorgfältiger Darlegung“ bedürfe (vgl. BGH 5 StR 120/13, Beschluss vom 9. April 2013, bei juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 2. März 2011, 2 StR 550/10, bei juris Rn. 9; so schon BGH, Urteil vom 23. Januar 1986, 4 StR 620/85; vgl. auch Fischer, a. a. O., § 63 Rn. 16a a. E.: „bei unerheblichen Anlasstaten muss der Tatrichter gewichtige Gründe haben (und aufschreiben), gleichwohl eine Gefahr erheblicher Straftaten anzunehmen“; vgl. auch Müller-Dietz, NStZ 1983, 145, 149; LK-Schöch, a. a. O., § 63 Rn. 58). Dieser Vorgabe gibt der Entwurf eine klare gesetzliche Fassung.

Mit dem Begriff der „besonderen Umstände“ greift der Regelungsvorschlag zugleich eine Formulierung auf, die bereits mehrfach im Strafgesetzbuch verwendet wird (vgl. § 47 Absatz 1, § 56 Absatz 2 Satz 1, § 57 Absatz 2 Nummer 2, § 59 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2, § 67b Absatz 1, § 67c Absatz 2 Satz 4, § 69a Absatz 2 StGB). Dieser Begriff wird dabei namentlich im Zusammenhang mit einer Gefahrenprognose gebraucht, etwa bei einer Aussetzungsentscheidung nach § 67b Absatz 1 oder § 67c Absatz 2 Satz 4 StGB. „Besondere Umstände“ im Sinne dieser Regelungen sind konkrete Gegebenheiten in der Tat oder in der Person des Täters, die Rückschlüsse auf den Grad der von dem Täter ausgehenden Gefahr erlauben (vgl. Sch/Sch-Stree/Kinzig, a. a. O., § 67b Rn. 8 mit weiteren Nachweisen, § 67d Rn. 16). Zugleich können schon nach geltendem Recht „besondere Umstände“ nicht nur eine für den Betroffenen günstige, namentlich eine Aussetzungsentscheidung, rechtfertigen, sondern auch eine ihn belastende Entscheidung (vgl. § 47 Absatz 1 StGB, wonach besondere Umstände die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe unerlässlich machen können). Wie dies bereits für die bisherige Verwendung im Strafgesetzbuch gilt (vgl. nur die Überschrift von § 47 StGB oder zu § 67b StGB Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage 2014, § 67b Rn. 1), deutet der Begriff der „besonderen Umstände“ sprachlich auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis hin. Dies gilt aufgrund der gewählten konditionalen Satzverknüpfung („nur, wenn“) hier erst recht und impliziert, dass es, falls sich solche Umstände nicht feststellen lassen, bei der Regelbehandlung des Sachverhalts sein Bewenden hat, also von einer Unterbringung nach § 63 StGB abgesehen wird. Zur Feststellung „besonderer Umstände“ bedarf es in jedem Fall einzelfallbezogener konkreter Ausführungen (vgl. MK-Veh, StGB, 2. Auflage 2012, § 67b Rn. 13; BeckOK-Ziegler, StGB, Stand 22.7.2013, § 67b Rn. 1 f., jeweils mit weiteren Nachweisen).

Als besondere Umstände kommen dabei namentlich solche in Betracht, die in der Person des Täters, insbesondere im Hinblick auf seinen psychischen Zustand, und in seiner bisherigen Entwicklung liegen, gerade auch jenseits der konkreten Anlasstat. Diese Umstände müssen geeignet sein, die nur schmale Basis, die die nicht erhebliche Anlasstat als Beurteilungsgrundlage für die Prognose zukünftiger erheblicher Straftaten bietet, auszugleichen. Sie müssen – ausnahmsweise – die Schlussfolgerung zulassen, dass beim Täter nicht nur eine reine Wiederholungsgefahr besteht, also die erneute Begehung gleichwertiger Taten wie die der Anlasstat droht, sondern dass von ihm zukünftig gewichtigere, nämlich erhebliche Taten im Sinne des § 63 Satz 1 StGB-E zu erwarten sind. So kann beispielsweise das – sachverständig beratene – Gericht bei einem Täter, der an einer psychischen Störung aus dem Formenkreis der Schizophrenie leidet, aufgrund der konkreten Art der Störung und der bisherigen Entwicklung des Betroffenen zu der Überzeugung gelangen, dass von diesem, obwohl er bislang vorrangig durch nicht oder kaum gewalttätige Aggressionsdelikte aufgefallen ist, dennoch zukünftig mit einer „Wahrscheinlichkeit höheren Grades“ (vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2011, 2 StR 550/10, bei juris Rn. 10) erhebliche Körperverletzungsdelikte zu erwarten sind. Die besonderen Umstände, die zu dieser richterlichen Überzeugung führen, müssen dabei vom Gericht „besonders sorgfältig“ dargelegt werden; dazu kann auch gehören, dass sich das Gericht beispielsweise trotz eines Waffenbesitzes des Täters intensiv auch mit solchen Umständen auseinandersetzen muss, die gegen eine wirkliche Gewaltbereitschaft des Betroffenen spre-

chen könnten (vgl. erneut BGH, Beschluss vom 2. März 2011, 2 StR 550/10, bei juris Rn. 10 f., dort zum Besitz von zwei Messern), und es nähere Ausführungen zum Anlass und den konkreten Umständen der bisherigen Taten des Betroffenen zu machen hat (vgl. erneut BGH 5 StR 120/13, Beschluss vom 9. April 2013, bei juris Rn. 11). Auch wenn der Schwerpunkt der besonderen Umstände daher in der Regel täterbezogen sein wird, so kommt es doch letztlich auf eine Gesamtschau von Täterpersönlichkeit und Tat an, die eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus unerlässlich machen muss (zumal täter- und tatbezogene besondere Umstände ineinander übergehen können, vgl. auch LK-Theune, StGB, 12. Auflage 2006, § 47 Rn. 12).

Von der Frage nach dem Vorliegen der besonderen Umstände nach § 63 Satz 2 StGB-E ist die Frage der Aussetzung zugleich mit der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 67b Absatz 1 StGB) zu unterscheiden. Liegen besondere Umstände nach § 63 Satz 2 StGB-E vor, muss also auch zukünftig dennoch geprüft werden, ob nicht zugleich andere besondere Umstände vorliegen, die eine Aussetzung der Unterbringung rechtfertigen können. In diese Bewertung fließen vor allem konkrete Umstände im gegenwärtigen und künftigen Umfeld des Täters ein, die die grundsätzlich bestehende Gefahr erheblicher Straftaten so verringern können, dass eine Aussetzung verantwortet werden kann. Zu denken ist dabei etwa an eine anderweitige Unterbringung (zum Beispiel nach § 1906 BGB aufgrund der Anordnung eines Betreuers, ggf. aber auch Formen des betreuten Wohnens) oder an intensive ambulante Maßnahmen der Überwachung und Betreuung (vgl. MK-Veh, a. a. O., § 67b Rn. 14 ff. mit weiteren Nachweisen). Zwischen § 63 Satz 2 StGB-E und § 67b Absatz 1 StGB besteht also kein Widerspruch, vielmehr sind beide Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Unterbringungen nur dann anzuordnen und auch zu vollstrecken, wenn dies wirklich notwendig ist.

Im Übrigen lassen die vorgesehenen Neuregelungen zu § 63 StGB erst recht die bereits jetzt bestehenden Möglichkeiten unberührt, auch im Vollzug einer Unterbringung nach § 63 StGB durch vollzugsöffnende Maßnahmen die Beschränkungen für den Unterbrachten auf das unbedingt Notwendige zu begrenzen. Zu denken ist etwa an eine „halboffene“ Unterbringung (vgl. zum Beispiel das Projekt „Rehabilitation und Integration in der halboffenen Unterbringung“ in Berlin) oder an länger andauernde Beurlaubungen aus dem geschlossenen Maßregelvollzug, wobei deren konkrete Ausgestaltung sich nach den Maßregelvollzugsgesetzen der Länder richtet. Damit haben die Länder und die Praxis bereits jetzt die Möglichkeit, im Interesse einer frühzeitigen und umfassenden Resozialisierung derartige „halboffene“, ambulante und wohnortnahe Angebote bereitzustellen, insbesondere soweit sie der Vorbereitung der vollständigen Entlassung aus dem Maßregelvollzug dienen. Diese Möglichkeiten belegen zugleich, dass die gelegentliche Annahme, die Unterbringung nach § 63 StGB sei auf eine Freiheitsentziehung in einem „geschlossenen“ psychiatrischen Krankenhaus beschränkt und bedürfe daher der bundesgesetzlichen „Öffnung“ (vgl. Kammeier, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 2014, 8), unzutreffend ist. Die Zielrichtung dieses Gesetzentwurfs mag aber die Länder und die Praxis in dem Bemühen unterstützen, solche „öffnenden“ Angebote weiter auszubauen.

Zu Nummer 2 (Änderung von § 64 Satz 2 StGB)

Mit der neu einzufügenden Ergänzung von § 64 Satz 2 StGB soll eine in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstrittene Frage durch den Gesetzgeber klargestellt werden und damit einer Forderung der Rechtsprechung und Literatur aufgegriffen werden. Dabei geht es um eine Spezifizierung der Vorgabe in § 64 Satz 2 StGB, wonach die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nur angeordnet werden kann, wenn eine hinreichend konkrete „Erfolgsaussicht“ besteht, den Betroffenen durch die Behandlung zu heilen oder zumindest über eine erhebliche Zeit von Rückfalltaten abzuhalten. Für die Anordnungsentscheidung ist eine präzise Prognose darüber notwendig, wie lange genau die Unterbringung voraussichtlich erforderlich sein wird (BGH 1 StR 478/08, Beschluss vom 24. September 2008, Rn. 7 über juris), wie lange also die Behandlung voraussichtlich dauern wird. In der

Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist es hier zu unterschiedlichen Auffassungen gekommen, wie viel Zeit eine solche Behandlung voraussichtlich in Anspruch nehmen darf (vgl. nur BGH 3 StR 65/12, Beschluss vom 17. April 2012, BGH 5 StR 37/14, Urteil vom 10. April 2014, und zuletzt BGH 4 StR 358/14, Beschluss vom 5. November 2014, weitere Nachweise bei Schneider, NStZ 2014, 617). Auch in der Literatur wird diese Frage unterschiedlich bewertet (vgl. u. a. einerseits MK-van Gemmeren, a. a. O., § 64 Rn. 73, Sch/Sch-Stree/Kinzig, a. a. O., § 64, Rn. 16, Rössner/Best, in Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Auflage 2013, § 64, Rn. 10, Trenckmann, JR 2010, 500 und Schneider a. a. O.; andererseits Winkler jurisPR-StrafR 6/2013 Anm. 2; Schalast, FPPK 2013, 105, 112).

Während drei der fünf Senate inzwischen in § 64 Satz 2 StGB eine generelle Zweijahreshöchstfrist für die zu erwartende Behandlungszeit hineinlesen wollen, will der 5. Senat an der früher herrschenden, differenzierenden Meinung festhalten: Danach sollen in den Fällen, in denen neben der Anordnung zugleich eine Freiheitsstrafe verhängt werden soll (dies geschieht in etwa zwei Dritteln aller Fälle und führt nach § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB dazu, dass sich die zweijährige Höchstfrist für die Dauer der Unterbringung um den anrechenbaren Teil der Freiheitsstrafe verlängert), die Voraussetzungen des § 64 Satz 2 StGB auch dann erfüllt sein können, wenn die Behandlung voraussichtlich mehr als zwei Jahre in Anspruch nehmen wird (vgl. Schneider, NStZ 2014, 617, 620). Dabei zeigt die Vollzugswirklichkeit, dass es bestimmte Fälle gibt, in denen schon bei der Aburteilung erkennbar ist, dass voraussichtlich eine Therapiedauer von mehr als zwei Jahren notwendig sein wird (vgl. nur Sch/Sch-Stree/Kinzig, a. a. O., § 64, Rn. 16, Schalast, a. a. O., 109, 110; Trenckmann JR 2010, 500, 501, 503), auch wenn es sich – trotz der allgemein steigenden Behandlungszeiten – weiterhin nur um Ausnahmefälle handeln wird, in denen eine solche Prognose wirklich geboten ist (Schalast, a. a. O., 112).

Gerade bei Straftätern, die über die Suchtmittelabhängigkeit hinaus an weiteren psychischen Erkrankungen leiden, bis hin zu langjährig verfestigten schweren Persönlichkeitsstörungen als Ursache von Sucht und Kriminalität (Trenckmann, JR 2010, 500, 502), erschweren diese Begleiterkrankungen die Entwöhnungstherapie und können daher die Dauer der Unterbringung verlängern. Werden bei diesen entsprechende Begleitstrafen verhängt, so müsste ihnen ohne die vorgesehene Klarstellung unter Umständen eine therapeutische Behandlung nach § 64 StGB versagt werden, wenn das sachverständig beratene Gericht schon bei der Aburteilung meint, dass diese Behandlung innerhalb von zwei Jahren voraussichtlich nicht erfolversprechend abgeschlossen werden kann. Diese für die Allgemeinheit gefährlichen Straftäter würden dann entweder angesichts der beschränkten Möglichkeiten zur Suchtbehandlung im Strafvollzug Gefahr laufen, nach Verbüßen der Freiheitsstrafe ungenügend behandelt und damit mit einer sehr viel höheren Wahrscheinlichkeit erneuter Straffälligkeit entlassen zu werden, oder sie würden – wenn parallel deren Voraussetzungen vorliegen – in die grundsätzlich unbefristeten Maßregeln nach den §§ 63, 66 StGB überwiesen werden (MK-van Gemmeren, StGB, 2. Aufl. 2012, § 64 Rn. 73). Die Klarstellung ermöglicht stattdessen, dass gerade diese Straftäter auch bei ausnahmsweise besonders zeitintensivem Behandlungsbedarf weiterhin nach § 64 StGB untergebracht werden können, solange sich die voraussichtliche Unterbringungs-dauer innerhalb der sich aus der zusätzlichen Verhängung einer Begleitstrafe ergebenden Höchstfrist nach § 67d Absatz 1 Satz 1 oder 3 StGB hält. Der Hinweis auf § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB sollte allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass damit der Gesetzgeber einen prognostischen Behandlungszeitraum für sinnvoll hält, der einen Großteil oder gar die gesamte danach mögliche Unterbringungszeit ausschöpft. Vielmehr sollte von der Praxis weiterhin nicht außer Acht gelassen werden, dass sinnvolle Behandlungen in aller Regel kaum über drei Jahre hinausgehen sollten, zumal eine vernünftige Prognose über einen längeren Behandlungszeitraum bei Aburteilung im Erkenntnisverfahren ohnehin nur schwer möglich scheint (vgl. Schalast, a. a. O., 112; Schneider, a. a. O., 620 f.; generell kritisch zur Prognose: Dannhorn, NStZ 2012, 414, 418). Mit der Klarstellung soll also nicht etwa eine weitere Ausweitung der ohnedies steigenden durchschnittlichen Behandlungsdauern gefördert, sondern nur ermöglicht werden, auch weiterhin die

Fälle von § 64 StGB zu erfassen, in denen ausnahmsweise eine notwendige Behandlungsdauer von mehr als zwei Jahren zu prognostizieren ist.

Im Übrigen hat sich der Spielraum für die Verlängerung der Höchstfrist nach § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB durch die mit Gesetz vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327) eingefügten § 67 Absatz 2 Satz 2 und 3 StGB zum Vorwegvollzug eines Teils der Begleitstrafe eingeschränkt und damit die Regelung insgesamt zumindest etwas an Bedeutung verloren (MK-Veh, 2. Auflage 2012, § 67d Rn. 9; Sch/Sch-Stree/Kinzig, 29. Auflage 2014, § 67d Rn. 12). Denn der Teil der Strafe, der vor der Maßregel vollzogen wird, fällt nicht in die Berechnung der Höchstfristverlängerung nach § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB (MK-Veh, a. a. O., § 67d, Rn.10; Sch/Sch-Stree/Kinzig, a. a. O.). Wird also bei einer Begleitstrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe ein Jahr der Freiheitsstrafe vorab vollzogen, so verlängert sich die Höchstfrist nur noch um zwei Jahre acht Monate, nicht mehr um drei Jahre vier Monate. Die noch weitergehende, wenn auch nur in einem obiter dictum geäußerte Annahme im Beschluss des BGH vom 5. November 2014, 4 StR 358/14, bei juris Rn. 3, wonach eine Fristverlängerung nach § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB offenbar insgesamt ausscheiden soll, wenn auch nur ein Teil der Strafe vorab vollzogen wird, ergibt sich hingegen nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift und dürfte auch weder dem Sinn und Zweck der Verlängerungsregelung noch einer offenbar verbreiteten Praxis entsprechen (vgl. OLG Braunschweig, Beschluss vom 9. August 2012, Ws 231/12, bei juris Rn. 2; Schneider a. a. O., 620, MK-Veh, Sch/Sch-Stree/Kinzig, beide a. a. O.). Denn andernfalls wäre der mit § 67d Absatz 1 Satz 3 StGB intendierte Ausgleich für die nach § 67 Absatz 4 StGB mögliche Anrechnung der Maßregel auf die verbleibende Begleitstrafe (vgl. MK-Veh a. a. O., § 67d Rn. 9, mit weiteren Nachweisen) schon beim geringsten Vorwegvollzug der Begleitstrafe ausgeschlossen und eine Unterbringungszeit, die eine Anrechnung bis zum Zweidrittelzeitpunkt der Strafe oder sogar – bei einem nur kurzen Vorwegvollzug – bis zum Halbstrafenzeitpunkt nach § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB mit den damit verbundenen Aussetzungsmöglichkeiten eröffnet, nicht mehr möglich.

Zu Nummer 3 (Änderung von § 67 StGB)

Mit dem neu einzufügenden § 67 Absatz 6 StGB-E soll die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. März 2012 (2 BvR 2258/09) umgesetzt werden, wonach die Zeit des Maßregelvollzugs in Härtefällen auch auf eine verfahrensfremde Freiheitsstrafe anzurechnen ist (siehe Allgemeiner Teil A. I. 2.).

Ausgangspunkt und Kern der Neuregelung ist Satz 1, wonach das Gericht bestimmt, dass die Zeit einer vorab vollzogenen Maßregel nach § 67 Absatz 4 auch auf eine verfahrensfremde Strafe anzurechnen ist, wenn deren Vollzug für die verurteilte Person eine „unbillige Härte“ wäre. Satz 2 bestimmt die Kriterien, um das Vorliegen eines solchen Härtefalls festzustellen, Satz 3 einen Ausschlussgrund, wann keine Anrechnung erfolgen kann. Satz 4 erklärt § 67 Absatz 5 Satz 2 StGB für entsprechend anwendbar.

Durch den Verweis auf § 67 Absatz 4 StGB und den dort verwandten Begriff der „Maßregel“ wird deutlich, dass die Vorschrift sowohl für den Vollzug der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB als auch in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB gilt. Denn wenn in § 67 StGB ohne weitere Konkretisierung von „Maßregel“ die Rede ist, sind die Unterbringungen nach den §§ 63 und 64 StGB gemeint (vgl. § 67 Absatz 1 StGB). Dieses Verständnis bezüglich der Reichweite der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts entspricht auch der – soweit ersichtlich – einhelligen Auffassung von Rechtsprechung und Literatur zur entsprechenden Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Februar 2014, III-2 Ws 69-71/14 u. a., Rn. 7; OLG Hamburg, Beschluss vom 8. Mai 2014, 1 Ws 48-52/14 u. a., Rn. 14; OLG Nürnberg, Beschluss vom 22. November 2012, 2 Ws 460-461/12 u. a., Rn. 13; Sch/Sch-Stree/Kinzig, StGB, a. a. O., § 67 Rn. 4).

Eine „verfahrensfremde“ Strafe ist nach der vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 27. März 2012 (a. a. O.) vorgegebenen Definition eine in einem anderen Verfahren verhängte Freiheitsstrafe, die aus einem anderen Urteil als demjenigen, in welchem die Maßregel angeordnet worden ist, oder aus einem anderen Urteil als demjenigen, das bezüglich des die Maßregel anordnenden Urteils gesamtstrafenfähig ist, stammt. Mit diesem letzten Halbsatz wird eine Verurteilung aus einem früheren Verfahren nicht als „verfahrensfremd“ betrachtet, wenn aus dieser früheren Verurteilung und der Begleitstrafe nachträglich eine Gesamtstrafe gebildet wird (§ 55 StGB, § 460 StPO), in der die frühere Verurteilung aufgeht; auch diese Sachverhalte sollen also nicht unter § 67 Absatz 6 StGB-E fallen, sondern weiterhin nach § 67 Absatz 4 StGB behandelt werden.

Zuständig für die Entscheidung über die Anrechnung aufgrund der Härtevorschrift ist das Gericht, also grundsätzlich die zuständige Strafvollstreckungskammer (§ 463 Absatz 1 in Verbindung mit § 462a StPO). Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage der Zuständigkeit in seinem Beschluss vom 27. März 2012 offengelassen (der Hinweis auf die Zuständigkeit der Strafvollstreckungsbehörde in Rn. 66 bezieht sich allein auf die Anrechnung kraft Gesetzes nach § 67 Absatz 4 StGB, a. A. offenbar OLG Braunschweig, Beschluss vom 31. März 2014, 1 Ws 47/14, Rn. 12). Die Handhabung in der Praxis während der Geltung der Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts ist uneinheitlich (gerichtliche Entscheidung aufgrund eines Antrags der verurteilten Person (OLG Hamburg, a. a. O., Rn. 6) bzw. im Rahmen der Entscheidung über die Fortdauer des Maßregelvollzugs und die Aussetzung des Strafrestes nach § 57 StGB (OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 3; OLG Nürnberg, a. a. O., Rn. 6); Entscheidung durch Staatsanwaltschaft (OLG Celle, Beschluss vom 12. März 2013, 1 Ws 91/13, Rn. 1; LG Kleve, Beschluss vom 28. August 2012, 180 StVK 359/12, Rn. 16; OLG Braunschweig, a. a. O.). Zwar ist für die Anrechnung nach § 67 Absatz 4 StGB selbst grundsätzlich die Staatsanwaltschaft als Strafvollstreckungsbehörde zuständig (§ 451 StPO). Eine solche Anrechnung folgt jedoch nicht aus einer Entscheidung, sondern tritt automatisch ein und muss von Amts wegen berücksichtigt werden (vgl. LK-Schöch, a. a. O., § 67 Rn. 25). Parallel verhält es sich bei § 67 Absatz 1 bis 3 StGB. Absatz 1 enthält den Grundsatz der Vorwegvollstreckung des Maßregelvollzugs, der von der Vollstreckungsbehörde von Amts wegen zu beachten ist (vgl. MK-Maier, a. a. O., § 67 Rn. 17). Für die Ausnahmeregelungen des § 67 Absatz 2 und insbesondere 3 StGB normiert das Gesetz jedoch die Zuständigkeit des Gerichts. Diese Systematik wird daher beim Verhältnis zwischen § 67 Absatz 4 als Grundfall und § 67 Absatz 6 StGB-E als Härtevorschrift hierzu übernommen. In der Praxis wird zudem die Frage, ob ein Härtefall im Sinne des § 67 Absatz 6 StGB-E vorliegt, in der Regel mit der Frage, ob eine Entlassung aus dem Vollzug der Maßregel insbesondere nach § 67d StGB sowie eine Aussetzung des Strafrestes nach § 57 StGB in Betracht kommt, zusammenfallen, so dass sich eine gemeinsame Entscheidung durch das Gericht zur Beschleunigung des Verfahrens anbietet.

Im Übrigen belässt es der Vorschlag hinsichtlich der sonstigen Vorgaben zum Verfahren bei der Vollstreckung von verfahrensfremden Strafen bei der derzeitigen Rechtslage, wie sie sich vor allem nach der Strafvollstreckungsordnung bestimmt (vgl. LK-Schöch, StGB, 12. Auflage 2008, § 67 Rn. 14). Nach § 44b dieser Verwaltungsvorschrift, der die Wertungen von § 67 Absatz 1 bis 3 StGB aufnimmt, ist auch bei verfahrensfremden Freiheitsstrafen grundsätzlich die Maßregel zuerst zu vollstrecken; eine Entscheidung der Strafvollstreckungsbehörde über einen ausnahmsweise davon abweichenden Vorwegvollzug – ggf. auch nachträglich – ist ebenfalls weiterhin möglich, wenn der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird. Für einen Verbleib der Zuständigkeit bei der Strafvollstreckungsbehörde dürften auch praktische Gründe sprechen. So wäre bei einer gerichtlichen Zuständigkeit für die Festlegung der Reihenfolge der Vollstreckung entsprechend § 67 Absatz 1 bis 3 StGB unklar, welches Gericht zwischen dem Eintritt der Rechtskraft der Urteile und dem Beginn des Vollzugs einer der verhängten Sanktionen für eine Entscheidung über die Reihenfolge der Vollstreckung zuständig wäre beziehungsweise sein sollte (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 15. Dezember 1982, 3 Ws 357/82 = NSTz 1983, 188, 189; OLG Stuttgart, Beschluss vom 25. März 1980, 3 Ws 45/80 = MDR 1980, 778; OLG

Hamm, Beschluss vom 8. Juni 1979, 6 Ws 115/79, bei juris Rn. 9; vgl. auch LK-Schöch, a. a. O., Rn. 13). Hinzu kommt, dass die vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene und hier zu normierende Härtefallregelung ihrem Charakter nach eine Ausnahmegvorschrift darstellt, deren Eingreifen zudem – wie vorstehend angedeutet – grundsätzlich erst am Ende des Maßregelvollzugs feststellbar sein wird, wenn die für das Vorliegen eines solchen Härtefalls maßgeblichen Kriterien, insbesondere ein erzielter Therapieerfolg und das Verhalten des Betroffenen während des Vollstreckungsverfahrens, beurteilt werden können (zu diesen Kriterien näher im Folgenden). Allein die gerichtliche Zuständigkeit für eine Härtefallregelung am Ende des Maßregelvollzugs dürfte es daher nicht gebieten, generell für jedes Zusammentreffen von Maßregelanordnung und verfahrensfremder Strafe von Anfang an eine solche Zuständigkeit des Gerichts zu begründen. Für eine Beibehaltung der Zuständigkeit der Vollstreckungsbehörde und gegen eine entsprechende Anwendung von § 67 Absatz 1 bis 3 StGB hatte sich auch der Bundesrat in Bundestagsdrucksache 10/5000 (zu Nummer 1 am Ende) ausgesprochen. Da § 44b Absatz 1 Satz 2 der Strafvollstreckungsordnung mit der Einführung von § 67 Absatz 6 StGB-E überholt ist, wird sich die Bundesregierung für eine entsprechende Anpassung einsetzen.

Durch die Formulierung, dass bei einem Härtefall „eine Anrechnung nach Absatz 4“ erfolgt, wird zudem deutlich, dass die Anrechnung auf eine verfahrensfremde Strafe ebenfalls nur erfolgt, „bis zwei Drittel der Strafe erledigt sind“. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 27. März 2012 ausdrücklich betont (a. a. O., Rn. 63), dass keine umfassende Anrechnung erfolgen müsse, weil Freiheitsstrafe und Maßregel der Unterbringung nach rechtfertigendem Grund und Zielrichtung grundsätzlich nebeneinander stehen. Dem Gesetzgeber sei daher die Möglichkeit gegeben, in Ausübung seiner Gestaltungsfreiheit eine nur teilweise Anrechnung der Zeit der Freiheitsentziehung im Maßregelvollzug auf die Freiheitsstrafe vorzusehen. Dies gelte insbesondere, soweit eine zeitliche Begrenzung der Anrechenbarkeit dazu beitragen könne, den Untergebrachten zur Mitwirkung an einer Therapie zu motivieren. Wie bei § 67 Absatz 4 StGB, dessen Begrenzung der Anrechnung auf zwei Drittel der Strafe genau diesen Zweck verfolgt (vgl. nur Sch/Sch-Stree/Kinzig, StGB, 29. Auflage 2014, § 67 Rn. 4), soll daher auch bei der Anrechnung auf eine verfahrensfremde Strafe eine solche Begrenzung erfolgen. Ein sachlicher Grund, der insoweit eine Ungleichbehandlung von verfahrensinternen und verfahrensfremden Strafen rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich.

Bei dem Begriff „unbillige Härte“ handelt es sich um einen (zunächst) unbestimmten Rechtsbegriff, der bereits in § 73c Absatz 1 Satz 1, § 74f Absatz 3 StGB und in § 459f StPO verwendet wird. Eine unbillige Härte setzt im Allgemeinen voraus, dass die Entscheidung Grundsätze der Billigkeit und das Übermaßverbot verletzen würde; sie muss im Einzelfall als vom Zweck nicht mehr getragen und „schlechthin ungerecht“ erscheinen (vgl. Fischer, a. a. O., § 73c Rn. 3 für die Härtevorschrift zur Anordnung des Verfalls).

Satz 2 benennt die Kriterien, die bei der Entscheidung über die Frage, ob ein Härtefall vorliegt, zu berücksichtigen sind. Sie orientieren sich an den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Bestimmung eines Härtefalls. Dieses hat hierfür folgende Umstände benannt (a. a. O., Rn. 71):

- eine erheblich über die verhängten Freiheitsstrafen hinausgehende Dauer der (bisherigen) Freiheitsentziehung,
- die mögliche Entwertung eines bereits erzielten Therapieerfolgs oder
- der Beitrag, den der Betroffene zur konkreten Gestaltung des Vollstreckungsverfahrens geleistet hat.

Demgegenüber ist der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zufolge ein Ausschluss der Anrechnung verfassungsrechtlich in folgenden Fällen berechtigt (a. a. O., Rn. 64):

- wenn die Behandlung im Maßregelvollzug scheitert und dies eindeutig und nachweislich auf eine Therapieunwilligkeit des Betroffenen ohne achtbare Gründe zurückzuführen ist,
- wenn die mit einer Nichtanrechnung von Zeiten des Maßregelvollzugs auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen verbundene Gefährdung oder Verzögerung des Resozialisierungserfolgs der Maßregel dem Verurteilten zurechenbar ist, etwa weil er sich einer Vollstreckung dieser Freiheitsstrafen zu einem früheren Zeitpunkt entzogen hat, oder
- zur Wahrung der präventiven Wirkung von Strafdrohungen, die entfielen oder jedenfalls deutlich abgeschwächt würde, soweit im Maßregelvollzug aufgrund von Anrechnungsregeln gewissermaßen Gutschriften angesammelt und für während des Vollzugs erst noch zu begehende Straftaten genutzt werden könnten.

Diese Vorgaben finden sich komprimiert, aber sinngemäß in den in Satz 2 normierten Kriterien wieder. Sie sind bewusst neutral formuliert, können also je nach Einzelfall für oder gegen die Annahme eines Härtefalls sprechen, und sind auch hinreichend weit gefasst, um den Gerichten genügend Spielraum für die im jeweiligen Einzelfall notwendige Gesamtabwägung zu geben.

Dieses Regelungskonzept greift eine entsprechende Tendenz der bisher veröffentlichten Gerichtsentscheidungen zur Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts auf, wonach diese Vorgaben nicht zu schematisch zu verstehen sind, sondern als Kriterien für eine in jedem Einzelfall notwendige Gesamtabwägung. So hat namentlich das Hanseatische Oberlandesgericht ausgeführt, dass sich die Maßgaben der Weitergeltungsanordnung einer schematischen Anwendung entziehen. Vielmehr sei anhand einer Gesamtschau der vom Bundesverfassungsgericht genannten Kriterien zu ermitteln, ob die Kumulation der Folgen von Straf- und Maßregelvollzug im konkreten Einzelfall zu einem übermäßigen Eingriff in das Freiheitsgrundrecht der verurteilten Person führt. Im Rahmen dieser Abwägung könne einzelnen Umständen mehr oder weniger Gewicht beigemessen werden. So möge ein die Summe verhängter Freiheitsstrafen signifikant übersteigender Freiheitsentzug im Einzelfall geringere Anforderungen an die Gefährdungswahrscheinlichkeit für einen bestehenden Therapieerfolg ebenso rechtfertigen, wie ein besonders eindrucksvoller Therapieerfolg eine von Verfassungs wegen nicht mehr hinnehmbare Dauer des Freiheitsentzugs bereits zum gemeinsamen Zweidrittelzeitpunkt begründen könne (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 8. Mai 2014, 1 Ws 48-52/14 u. a., Rn. 15; tendenziell enger LG Kleve, Beschluss vom 28. August 2012, 180 StVK 359/12, das eine Anrechnung nur in besonderen Ausnahmefällen als geboten ansieht und dabei die vom Bundesverfassungsgericht genannten Umstände möglichst eng auslegen möchte; ähnlich auch Theuer/Herbst, *Recht & Psychiatrie* 2015, S. 17, 18 f.; tendenziell weiter hingegen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Februar 2014, III-2 Ws 69-71/14 u. a., dessen Leitsatz, wonach die in der Übergangsanordnung des Bundesverfassungsgerichtes genannten Umstände „nicht kumulativ“ vorliegen müssten, jedoch insoweit missverständlich erscheint, als auch das OLG Düsseldorf einzelne Umstände nicht etwa als völlig entbehrlich ansieht, sondern diese – jedenfalls vom Ansatz her – nur im Rahmen einer Einzelfallabwägung gewichten will; siehe dazu nochmals im Folgenden).

Erstes im Rahmen einer Gesamtschau zu würdigendes Kriterium ist das Verhältnis der Dauer der bisherigen Freiheitsentziehung, die in der Regel vor allem durch den Vollzug der Maßregel bestimmt sein wird, zur Dauer der verhängten Freiheitsstrafen. Nach der entsprechenden Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts setzt ein Härtefall zwar grundsätzlich voraus, dass die Dauer der bisherigen Freiheitsentziehung die Summe der verhängten Freiheitsstrafen erheblich überschreitet. Hintergrund ist dabei, dass es die Kumulation von Strafe und Maßregel auch angesichts des verfassungsrechtlichen Gewichts des staatlichen Strafanspruchs grundsätzlich rechtfertigen kann, dass die Dauer der Freiheitsentziehung über das der Schuld angemessene Maß hinausgeht (BVerfG, a. a. O., Rn. 78). Entsprechend dem vorstehend skizzierten Bedürfnis nach einer umfassenden

Gesamtabwägung und gegebenenfalls Gewichtung aller Umstände erscheint es jedoch sachgerecht, von diesem Erfordernis dann Abstriche zu machen, wenn etwa die konkrete Gefährdung eines besonders deutlichen Therapieerfolgs immanent ist und man es daher ausreichen lässt, wenn der bisherige Freiheitsentzug zwei Drittel der Summe der verhängten Freiheitsstrafen erreicht (siehe vorstehend zu OLG Hamburg, a. a. O., Rn. 15). Dies steht auch im Einklang mit dem wesentlichen Leitgedanken der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, demzufolge nur gewichtige Gründe es rechtfertigen können, im Maßregelvollzug erzielte Therapieerfolge durch eine anschließende Strafvollstreckung zu gefährden (BVerfG, a. a. O., Rn. 62). Ob es allerdings mit einer solchen Einzelfallabwägung im Einklang steht, es *immer* als ausreichend anzusehen, wenn die Dauer des bisherigen Freiheitsentzugs zwei Drittel aller verhängten Freiheitsstrafen erreicht, erscheint fraglich (so aber offenbar OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 9 und OLG Nürnberg, Beschluss vom 22. November 2012, 2 Ws 460-461/12 u. a., Rn. 11; kritisch auch Theurer/Herbst, Recht & Psychiatrie 2015, S. 17, 18).

Ein wesentliches Kriterium ist ferner der erzielte Therapieerfolg und seine konkrete Gefährdung durch eine anschließende Vollstreckung der Freiheitsstrafe. Liegt ein Therapieerfolg gar nicht vor, insbesondere mangels Mitwirkung der untergebrachten Person, dürfte die Annahme einer unbilligen Härte fernliegen (so auch OLG Celle, Beschluss vom 12. März 2013, 1 Ws 91/13, Rn. 7). Im Übrigen ist im jeweiligen Einzelfall der Umfang des Therapieerfolgs festzustellen. Zusätzlich ist eine Prognose darüber erforderlich, ob und inwieweit die konkrete Gefahr besteht, dass dieser Therapieerfolg durch die anschließende Vollstreckung der Freiheitsstrafe zerstört werden könnte (OLG Nürnberg, a. a. O., Rn. 16; OLG Hamburg, a. a. O., Rn. 24; a. A. OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 10, das darauf abstellt, dass einzelfallbezogene Feststellungen zur Gefährdung des Therapieerfolgs entbehrlich seien, da jedes Maßregelprogramm darauf ausgerichtet sei, die untergebrachte Person in die Freiheit zu entlassen; enger wieder LG Kleve, a. a. O., Rn. 37, das umgekehrt betont, dass die bei nachfolgendem Strafvollzug immer gegebene Möglichkeit einer Entwertung von Therapieerfolgen für sich gesehen noch keinen Härtefall begründe).

Bei dem Kriterium „Verhalten der verurteilten Person im Verlauf des Vollstreckungsverfahrens“ kann zum Beispiel die Mitwirkung der verurteilten Person im Rahmen des Vollzugs und insbesondere bei der Therapie Berücksichtigung finden. Das Gericht kann im Rahmen dieses Kriteriums aber auch berücksichtigen, ob die mit einer Nichtanrechnung von Zeiten des Maßregelvollzugs auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen verbundene Gefährdung oder Verzögerung des Resozialisierungserfolgs darauf beruht, dass sich die verurteilte Person zum Beispiel einer Vollstreckung der verfahrensfremden Freiheitsstrafen zu einem früheren Zeitpunkt entzogen hat (BVerfG, a. a. O., Rn. 64).

Satz 3 sieht einen Ausschlussgrund vor, bei dem eine Anrechnung der Zeit im Maßregelvollzug auf eine verfahrensfremde Freiheitsstrafe in der Regel zu unterbleiben hat. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich erläutert, dass die Wahrung der präventiven Wirkung von Strafdrohungen, die entfielen oder jedenfalls deutlich abgeschwächt würde, soweit im Maßregelvollzug aufgrund von Anrechnungsregeln gewissermaßen Gutschriften angesammelt und für während des Vollzugs erst noch begangene Straftaten genutzt werden könnten, einen Ausschluss der Anrechnung rechtfertigen (a. a. O., Rn. 64). Dieser Ausschlussgrund soll daher ausdrücklich in die Vorschrift aufgenommen werden. Dabei stellt die Regelung allgemein auf verfahrensfremde Freiheitsstrafen ab, die nach der Maßregelanordnung begangen wurden, da der Gedanke der präventiven Wirkung von Strafdrohungen und des Vermeidens von „Gutschriften“ ab diesem Zeitpunkt gilt. Die Formulierung „in der Regel“ lässt jedoch Spielraum, ausnahmsweise auch in solchen Fällen eine Anrechnung zu gestatten, etwa wenn die neue Tat vor dem Maßregelvollzug begangen wurde und der Betroffene daher noch nicht behandelt und dem mit dem Vollzug verbundenen Freiheitsentzug ausgesetzt wird (zumal auch das Bundesverfassungsgericht bei dem von ihm skizzierten Ausschlussgrund vorrangig auf im Maßregelvollzug begangene Straftaten abstellt, a. a. O., Rn. 64). Die weiteren vom Bundesverfassungsgericht genannten Kriterien, die zu einem Ausschluss einer Anrechnung führen könnten (Thera-

pieunwilligkeit und Verzögerung des Resozialisierungserfolgs z. B. durch Sichentziehen), können bereits im Rahmen der Abwägung, ob überhaupt ein Härtefall vorliegt, nach Satz 2 Berücksichtigung finden (vgl. obige Ausführungen zu Satz 2).

Satz 4 bestimmt die entsprechende Geltung von § 67 Absatz 5 Satz 2 StGB. Falls trotz der Anrechnung eine Aussetzung der verfahrensfremden Reststrafe zur Bewährung mangels positiver Kriminalprognose unterbleibt, ist demnach grundsätzlich der Maßregelvollzug fortzusetzen, das Gericht kann jedoch den Vollzug der Strafe anordnen, wenn Umstände in der Person des Verurteilten es angebracht erscheinen lassen.

Die Frage der Aussetzung der verfahrensfremden Strafe bestimmt sich dabei nach den allgemeinen Vorgaben des § 57 StGB. Die entsprechende Anwendbarkeit der in § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB enthaltenen Privilegierung (Aussetzung bereits zum Halbstrafenzeitpunkt unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 57 Absatz 2 StGB) ist nicht vorgesehen, da die vom Bundesverfassungsgericht geforderte „Härtefallregelung“ keine Aussetzung der verfahrensfremden Strafe bereits zu diesem Zeitpunkt gebieten dürfte. Wie dargelegt, kann es im Einzelfall im Rahmen der notwendigen Gesamtabwägung und Gewichtung der einzelnen Umstände zwar gerechtfertigt sein, im Hinblick auf die Dauer des bisherigen Freiheitsentzugs das Erreichen des Zweidrittelzeitpunkts der verhängten Freiheitsstrafen als ausreichend anzusehen, um eine weitergehende Freiheitsentziehung als unverhältnismäßig zu bewerten (siehe vorstehend insbesondere zur Rechtsprechung des OLG Hamburg, a. a. O., Rn. 15). Eine nur die Hälfte der verhängten Strafen übersteigende Freiheitsentziehung wird man aber schwerlich als eine „erheblich über die verhängten Freiheitsstrafen hinausgehende“ Freiheitsentziehung im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. März 2012 (a. a. O., Rn. 71, 78) bewerten können. Im Übrigen stellt die Halbstrafenaussetzung nach § 67 Absatz 5 Satz 1 StGB ihrerseits in der Praxis offenbar die große Ausnahme dar (vgl. Schalast, FPPK 2013, 106, 111, Trenkmann, JR 2010, 500, 503, beide für Unterbringungen nach § 64 StGB), so dass auch insoweit kein Bedarf für deren Ausdehnung auf „Härtefälle“ erkennbar ist.

Zu Nummer 4 (Änderung von § 67d StGB)

Zu Buchstabe a (Absatz 2 Satz 1)

Aus dem Charakter der Unterbringung als „außerordentlich schwere“ Maßregel (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Februar 2011, 4 StR 635/10) folgt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur für ihre Anordnung nach § 63 StGB (siehe oben zu Nummer 1) und eine Erledigterklärung nach § 67d Absatz 6 StGB bestimmend ist (siehe unten zu Nummer 2 Buchstabe b), sondern auch in die Prüfung der Aussetzungsreife der Maßregel nach § 67d Absatz 2 Satz 1 StGB einzubeziehen ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. August 2013, 2 BvR 371/12, bei juris Rn. 43, sog. integrative Betrachtung). Mit der Neuregelung soll deshalb – der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgend – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen dieser Fortdauerentscheidung betont werden. Durch die Aufnahme des Zusatzes „erheblich“ wird verdeutlicht, dass eine Bewährungsaussetzung nicht nur dann zu erfolgen hat, wenn keinerlei Straftaten zu erwarten sind, sondern schon dann, wenn deren Gewicht nicht die Schwelle erreicht, bei der das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit den Freiheitsanspruch überwiegt (vgl. BVerfGE 70, 297, 313; Sch/Sch-Stree/Kinzig, a. a. O., § 67 Rn. 4 mit weiteren Nachweisen). Dies ist dann der Fall, wenn die drohenden bzw. zu erwartenden Taten ihrer Art und ihrem Gewicht nach nicht mehr „erheblich“ im Sinne des § 63 StGB sind, also auch eine Anordnung der Maßregel nicht mehr rechtfertigen könnten (BVerfGE 70, 297, 313; Beschluss vom 5. Juli 2013, 2 BvR 789/13, bei juris Rn. 18; Beschluss vom 26. August 2013, 2 BvR 371/12, bei juris Rn. 44). Insgesamt ist die Unterbringung damit nur so lange zu vollstrecken, wie – nach diesem Maßstab – der Zweck der Maßregel dies unabweisbar erfordert und zu seiner Erreichung den Untergebrachten weniger belastende Maßnahmen nicht genügen (BVerfGE 70, 297, 314).

Ob erhebliche rechtswidrige Taten drohen, hat das Gericht im Rahmen einer umfassenden Gesamtabwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Die Beurteilung hat sich konkret darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrige Taten von dem Untergebrachten drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist (Häufigkeit und Rückfallfrequenz) und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt. Dabei ist die von dem Untergebrachten ausgehende Gefahr hinreichend zu konkretisieren; die Art und der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten sind zu bestimmen, da die bloße Möglichkeit die weitere Maßregelvollstreckung nicht rechtfertigt. Zu erwägen sind insbesondere das frühere Verhalten des Untergebrachten und die bislang von ihm begangenen Taten; abzuheben ist aber auch auf die seit der Anordnung der Maßregel veränderten Umstände, einschließlich für den Untergebrachten günstige Umstände, die für die künftige Entwicklung bestimmend sind (BVerfG, Beschluss vom 26. August 2013, 2 BvR 371/12, bei juris Rn. 45, 50). In die Abwägung sind ferner die Wirkungen der im Fall der Aussetzung eintretenden Führungsaufsicht (§ 67d Absatz 2 Satz 3 StGB) und der damit verbundenen Folgen, insbesondere der möglichen Weisungen (vgl. §§ 68a, 68b StGB) einzubeziehen (BVerfGE 70, 297, 313 f.; BVerfG, Beschluss vom 5. Juli 2013, 2 BvR 789/13, bei juris Rn. 18).

Auch im Rahmen der Prüfung der Aussetzungsreife gewinnt das Freiheitsgrundrecht mit zunehmender Dauer der Unterbringung immer stärkeres Gewicht. Die Strafvollstreckungsgerichte haben gerade bei langdauernden Unterbringungen ihre Würdigung eingehender darzulegen. Knappe allgemeine Wendungen genügen nicht. Vielmehr ist die Bewertung anhand der vorstehend genannten Kriterien substantiiert offenzulegen (BVerfG, Beschluss vom 16. Mai 2013, 2 BvR 2671/11, bei juris Rn. 19 f.; Beschluss vom 5. Juli 2013, 2 BvR 789/13, bei juris Rn. 20; Beschluss vom 26. August 2013, 2 BvR 371/12, Rn. 48).

Zudem werden zukünftig auch im Rahmen der Prüfung der Aussetzungsreife der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus die Wertungen zu beachten sein, die mit der Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Erledigterklärung nach § 67d Absatz 6 Satz 2 StGB-E (siehe unten zu Nummer 2 Buchstabe b) verbunden sind. Denn auch wenn das Gericht im Rahmen der dort geregelten Überprüfungen nach sechs bzw. zehn Jahren Vollstreckungsdauer zu dem Ergebnis kommt, dass von dem Untergebrachten weiterhin solche Taten drohen, die es auch nach diesen neuen Maßstäben rechtfertigen, die Unterbringung nicht für erledigt zu erklären, schließt eine solche Feststellung nicht notwendig die Erwartung aus, dass es „unter Bewährungsdruck“ nicht mehr zu derartigen Straftaten kommen werde (vgl. zum vergleichbaren Verhältnis von § 67d Absatz 2 Satz 1 und § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB BVerfG, Beschluss vom 25. März 2004, 2 BvR 2048/01, bei juris Rn. 4 am Ende; vgl. auch Bundestagsdrucksache 17/4062, S. 15). Dieses abgestufte Nebeneinander von § 67d Absatz 2 Satz 1 StGB und § 67d Absatz 6 Satz 2 StGB-E wahrt seinerseits den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da so eine übermäßige Belastung von solchen Untergebrachten vermieden wird, bei denen die Gefahr zwar bis zur Aussetzungsreife herabgesetzt, aber nicht bis zur Erledigungsreife entfallen ist (vgl. erneut BVerfG, a. a. O).

Insgesamt verzichtet der Entwurf bewusst darauf, die skizzierten Vorgaben der Rechtsprechung detailliert in § 67d Absatz 2 StGB zu integrieren, und beschränkt sich auf die Einfügung des Wortes „erheblich“. Zum einen, weil eine allgemeingültige, scharfe Formel für die Gesamtwürdigung nicht möglich ist (vgl. BVerfGE 70, 297, 313), zum anderen würde eine solche jedes Abwägungskriterium erfassende Regelung dem abstrakt-generellen Charakter der Norm zuwiderlaufen.

Da auch für die Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und in der Sicherungsverwahrung anerkannt ist, dass nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Aussetzung erfordert, dass keine „erheblichen“, die Anordnung der Maßregel rechtfertigenden Taten mehr zu erwarten sind (vgl. nur Fischer, a. a. O., § 67d Rn. 10), kann in

§ 67d Absatz 2 Satz 1 StGB-E für alle drei Maßregeln einheitlich diese Ergänzung vorgenommen werden.

Zu Buchstabe b (Absatz 6 Satz 2 und 3 –neu-)

§ 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E ist die zentrale Regelung für die Stärkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB. Ohne eine starre zeitliche Befristung der Unterbringung zu normieren, sieht § 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E zwei Stufen vor, bei denen jeweils die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Fortdauer der Unterbringung im Hinblick auf die drohenden Rechtsgutsverletzungen angehoben werden. Im Einzelnen:

1. Für die Vollstreckung der Maßregel des § 63 StGB ist keine zeitliche Obergrenze festgelegt, d. h. im Extremfall kann die Unterbringung lebenslang andauern. Dabei bleibt es auch nach dem vorliegenden Entwurf. Zwar wird gelegentlich eine fixe gesetzliche Befristung der Unterbringung gefordert, um eine unverhältnismäßig lange Dauer der Unterbringung von vornherein auszuschließen. Begründet wird dies insbesondere mit einem Vergleich zum schuldfähigen Straftäter, der nach Verbüßung der verhängten Strafe trotz möglicherweise fortbestehender Gefährlichkeit entlassen wird (Baur, MDR 1990, S. 473, 483 ff; Laubenthal, FS Friedrich-Wilhelm Krause, 1990, 357, 372 f.; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Pollähne, Nomos Kommentar zum StGB, 4. Auflage 2013, § 63 Rn. 49).

Gegen eine starre Befristung lässt sich aber der Zweck der Unterbringung gemäß § 63 StGB anführen, nämlich die Besserung gefährlicher Täter und der Schutz der Allgemeinheit (vgl. Fischer, a. a. O., vor § 61 Rn. 1; Sch/Sch-Stree/Kinzig, a. a. O., § 67d Rn. 1). Entsprechend diesem Zweck kommt es für die Dauer der Unterbringung insbesondere auf die konkret zu erwartenden Straftaten, ihre Wahrscheinlichkeit und Gefährlichkeit an. Deren Berücksichtigung ist im Rahmen der durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung bei absoluten Höchstfristen nur unzureichend möglich (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Pollähne, a. a. O., § 67d Rn. 6). Für ein Erreichen des spezialpräventiven Ziels ist vielmehr eine Würdigung des konkreten Einzelfalls unter Berücksichtigung der spezifischen Gefährlichkeit, auch im Hinblick auf etwaige Therapieerfolge, erforderlich. Diese lässt sich aber weder allgemein bei gesetzlicher Festlegung einer fixen Obergrenze (sei es absolut, sei es unter Bezugnahme auf die Strafandrohung der Anlasstat, vgl. Streng, ZG 2014, S. 24, 40, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Pollähne, a. a. O., § 63 Rn. 49, jeweils mit weiteren Nachweisen) noch individuell durch Festlegung im Rahmen des die Unterbringung anordnenden Urteils voraussagen. Zudem würde eine Befristung der Unterbringung nur dann die gewünschte begrenzende Wirkung entfalten, wenn die Dauer niedrig angesetzt würde (gefordert wird in der Fachdiskussion eine Begrenzung auf drei, vier oder auch fünf Jahre). Dies wird aber den Fällen nicht gerecht, in denen bei erheblichen Anlass-taten vom Täter die Gefahr von Gewalt- und Sexualdelikten droht, die die Opfer körperlich oder seelisch schwer schädigen oder entsprechend gefährden. Auch auf Seiten der Verfechter einer Befristung wird daher für besonders gelagerte Einzelfälle bei besonderer Gefährlichkeit des Untergebrachten eine Verlängerungsmöglichkeit gefordert (Baur, MDR 1990, S. 473, 485). Demnach liegt im Ergebnis dann auch keine absolute Höchstgrenze mehr vor. Insofern erscheint eine Anhebung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen im Hinblick auf die konkret drohenden Taten mit zunehmender Dauer der Unterbringung vorzugswürdig, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Sicherheit der Allgemeinheit angemessen gerecht zu werden.

2. Ansatzpunkt für eine Stärkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist insbesondere die Regelung zur Erledigterklärung der Unterbringung gemäß § 67d Absatz 6 StGB, da diese explizit auf den Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit abhebt. Nach dem im

Jahr 2004 angefügten § 67d Absatz 6 StGB erfolgt eine Erledigterklärung durch das Gericht, wenn es feststellt, dass „die Voraussetzungen der Maßregel nicht mehr vorliegen oder die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismäßig wäre.“ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs umso strenger, je länger die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus andauert, weil das Freiheitsgrundrecht wegen des sich verschärfenden Eingriffs immer stärkeres Gewicht gewinnt (grundlegend BVerfGE 70, 297, 315). Sicherungsbelange und der Freiheitsanspruch des Untergebrachten müssen als wechselseitiges Korrektiv gesehen und im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden; daher müssen auch bei Fortdauerentscheidungen die von dem Täter ausgehenden Gefahren zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis gesetzt werden (BVerfGE 297, 313). Da die Gefährlichkeit des Täters sich in der Anlasstat bereits manifestiert hat, wird bei einem relativ geringen Gewicht der Anlasstat dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Beachtung zu schenken sein (Sch/Sch-Stree/Kinzig, a. a. O., § 67 Rn. 6; SSW-Kaspar, StGB, 2. Auflage 2014, § 63 Rn. 9). Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung folgt letztlich, dass aufgrund des immer gewichtiger werdenden Freiheitsanspruchs des Betroffenen nach langer Dauer der Unterbringung nur noch eine schwerwiegende von dem Untergebrachten ausgehende Gefahr die Fortdauer der Unterbringung rechtfertigen kann.

§ 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E setzt diese verfassungsrechtliche Rechtsprechung legislativ um, indem er nach sechs und zehn Jahren vollzogener Unterbringung die Fortdauerentscheidung an jeweils erhöhte Voraussetzungen knüpft. Dabei wird die Höhe der zeitlichen Schwellen nicht – wie teilweise diskutiert – an die Straferwartung der Anlasstat (Streng, ZG 2014, 25, 40 mit weiteren Nachweisen; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Pollähne, a. a. O., § 63 Rn. 49) oder eine fiktive Strafhöhe für die konkreten Umstände der Anlasstat bei Unterstellung einer vollen Schuldfähigkeit des Täters geknüpft (zu den verschiedenen Regelungsansätzen siehe Laubenthal, FS Friedrich-Wilhelm Krause, 1990, 357, 369 ff.; Blau, Regelungsmängel beim Vollzug der Unterbringung gemäß § 63 StGB, FS Hans-Heinrich Jeschek, 1985, 1015, 1025 f.). Gegen eine solche Bezugnahme auf die Anlasstat lässt sich wiederum die präventive Natur der Unterbringung anführen. Sie kann auch nicht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entnommen werden, da dort die Strafandrohung für die Anlasstat nur als einer von mehreren Anhaltspunkten – neben der Strafandrohung für die drohenden Taten und der Gesamtdauer des Freiheitsentzugs – dafür genannt wird, wann von einer langandauernden Unterbringung auszugehen ist, die eine besonders sorgfältige Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer fortdauernden Unterbringung erfordert (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. März 2009, 2 BvR 2543/08, bei juris Rn. 42; Urteil vom 8. Oktober 1985, 2 BvR 1150/80, 2 BvR 1504/82, bei juris Rn. 45).

Die hier als erste gewählte zeitliche Schwelle von sechs Jahren geht vielmehr zum einen auf die Erkenntnis zurück, dass über viele Jahre hinweg bei einer Unterbringungsdauer von mehr als sechs Jahren von einer überdurchschnittlich langen Verweildauer ausgegangen werden konnte, dieser Wert aber in den letzten Jahren deutlich angestiegen ist: So lag nach einer Studie der Kriminologischen Zentralstelle e. V. (Dessecker, Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2006, Wiesbaden 2008, S. 88, vgl. auch die entsprechenden Angaben in den Untersuchungen für die Vorjahre auf den S. 82 [2005], 83 [2004], 78 [2003] und 75 [2002]) die Verweildauer in der Unterbringung gemäß § 63 StGB bei ehemaligen Untergebrachten zwischen 2003 und 2006 durchschnittlich zwischen 5,9 (2003) und 6,4 (2006) Jahren, wobei als Median eine Unterbringungsdauer zwischen 4,6 (2003) und 5,3 (2006) Jahren ermittelt wurde. Während diese durchschnittliche Dauer auch 2008 noch bei gut 6,2 Jahren lag, ist sie in den Folgejahren bis 2012 kontinuierlich auf knapp 8 Jahre gestiegen (Angaben der in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vertrete-

nen Mitglieder der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der Obersten Landesgesundheitsbehörden – AOLG, ergänzt um Daten aus Baden-Württemberg, ohne Daten aus Bayern), ohne dass es konkrete Belege für einen parallelen Anstieg der Gefährlichkeit der Unterbrachten gibt. Die vorgesehene Schwelle von sechs Jahren soll daher dazu beitragen, dass – wie dies lange der Fall war – die Mehrzahl der Unterbringungen vor dieser Grenze beendet und daher eine Unterbringung über sechs Jahre wieder als überdurchschnittlich lange angesehen werden kann. Die Schwelle bei sechs Jahren stellt zudem einen Gleichlauf her mit der Frequenz der Beauftragung von externen Sachverständigen, die gemäß § 463 Absatz 4 Satz 2 StPO-E in den ersten sechs Jahren der Unterbringung nunmehr alle drei Jahre erfolgen soll. Die zweite Schwelle bei einem Zeitraum von zehn Jahren, der zugleich als Maß angesehen werden kann, wann spätestens von einer langandauernden Unterbringung auszugehen ist, erfolgt in Angleichung an die Wertungen im Recht der Sicherungsverwahrung. Auch bei der grundsätzlich unbefristeten Sicherungsverwahrung zieht § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB für eine Fortdauer der Unterbringung über zehn Jahre hinaus eine Grenze durch Erhöhung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen. Die einzelnen Stufen sind dabei wie folgt ausgestaltet:

- a) Die Anforderungen für die Fortdauer der Unterbringung werden nach der Regelung des Entwurfs auf einer ersten Stufe nach sechs Jahren in zweierlei Hinsicht angehoben. Zum einen kann die Gefahr rein wirtschaftlicher Schäden eine Fortdauer der Unterbringung über diese Grenze hinaus grundsätzlich nicht mehr rechtfertigen. Zum anderen werden die Anforderungen im Hinblick auf die Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter dahingehend angehoben, dass grundsätzlich nur noch die Gefahr von solchen Straftaten ausreicht, bei denen die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden.
 - aa) Die Gefahr rein wirtschaftlicher Schäden soll eine über sechs Jahre hinausgehende Unterbringung grundsätzlich nicht mehr rechtfertigen können. Mit dieser Wertentscheidung greift der Entwurf eine Entwicklung auf, die mit dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 164) und der dortigen Aufwertung des Rechtsgüterschutzes bei der Verletzung höchstpersönlichen Rechtsgüter gegenüber Vermögensdelikten im weitesten Sinne begonnen und die mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300) auch in das Maßregelrecht Einzug gehalten hat; mit diesem Gesetz wurde die Gefahr „schwerer wirtschaftlicher Schäden“ schon als Grund für die Anordnung der Sicherungsverwahrung ganz erheblich zurückgedrängt (siehe vorstehend zu Nummer 1 Buchstabe a am Ende). Zugleich wird damit auch hier eine in der Rechtsprechung bereits ausgeprägte Tendenz kodifiziert, wonach die Gefahr bloßer „Vermögensdelikte“ im weitesten Sinne selbst in besonders schweren oder qualifizierten Fällen keine langandauernden Unterbringungen mehr rechtfertigen kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Dezember 2013, III-2 Ws 576 - 577/13, bei juris Rn. 13). Trotz dieses Bezuges zu jüngerer Rechtsprechung dürfte diese Änderung für die Praxis durchaus bedeutsam sein. Nach der vorstehend erwähnten Studie der Kriminologischen Zentralstelle e. V. für das Jahr 2006 (Dessecker, a. a. O., S. 99) waren nämlich damals 38,3 Prozent der ehemaligen Maßregelpatienten, bei denen als maßgebliche Anlasstat „Eigentumsdelikte ohne Gewalt“ angegeben wurde, länger als sechs und immerhin noch 25,6 Prozent länger als sieben Jahre untergebracht. Auch wenn diese Angaben nicht mehr ganz aktuell sind und sich wiederum nur auf die Anlassdelikte und nicht auf die insoweit maßgeblichen drohenden Taten beziehen, legen sie doch die Vermutung nahe, dass diese Regelung spürbare Auswirkungen auf die Unterbringungspraxis haben wird.

- bb) Drohende Straftaten, bei denen die Opfer seelisch oder körperlich „schwer“ geschädigt oder in die Gefahr einer „schweren“ körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden, müssen dem Sinn und Zweck der besonderen Verhältnismäßigkeitsanforderungen entsprechend gewichtiger sein als die, deren Gefahr die Anordnung der Unterbringung bzw. die Fortdauer in den ersten sechs Jahren rechtfertigen, weil durch sie die Opfer seelisch oder körperlich „erheblich“ geschädigt oder „erheblich“ gefährdet werden.

Der Begriff der „Gefahr“ entspricht – wie dies auch im Verhältnis von § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB zu § 66 Absatz 1 Nummer 4 StGB der Fall ist (vgl. nur Fischer, a. a. O., § 67d Rn. 15, LK-Rissing-van Saan/Peglau, a. a. O., § 67d Rn. 69) – dem Begriff der „Gefährlichkeit“ in § 63 StGB und damit auch dem dortigen Begriff der „zu erwartenden“ Straftaten. Wie bei § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB begründet die Negativformulierung „wenn nicht die Gefahr besteht“ ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, das die Erledigung der Maßregel nicht von einer positiven Prognose, sondern ihre Fortdauer von einer negativen Prognose abhängig macht (vgl. BVerfG, Urteil vom 5. Februar 2004, 2 BvR 2029/01, bei juris Rn. 103, 105; Fischer, a. a. O.).

Für den Begriff der rechtswidrigen Taten, „durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden“, können ebenfalls im Wesentlichen die Kriterien herangezogen werden, die die Rechtsprechung zu den materiellen Anforderungen der Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 StGB bzw. § 66 Absatz 1 Nummer 3 StGB a. F. herausgebildet hat. Danach sollen drohende Verbrechen regelmäßig erfasst sein und Straftaten, die dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sind, nur, wenn sie einen hohen Schweregrad aufweisen und den Rechtsfrieden empfindlich stören (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2004, 1 StR 395/04, bei juris Rn. 4; Beschluss vom 28. November 2002, 5 StR 334/02, bei juris Rn. 7; Urteil vom 12. Juli 1988, 1 StR 280/88, bei juris Rn. 4; Urteil vom 18. Mai 1971, 4 StR 100/71 = BGHSt 24, 153, 158, bei juris Rn. 16; LK-Rissing-van Saan, 12. Auflage 2008, § 66 Rn. 145). Diese Klassifizierung ist daher nicht von einer generellen Einstufung der drohenden Straftat als „schwer“, z. B. durch gesetzliche Überschrift, Einordnung als besonders schwerer Fall oder Qualifikation (vgl. Fischer, a. a. O., § 66 Rn. 60) abhängig. Ausreichend, aber ebenfalls nicht erforderlich ist, dass es sich bei den zu erwartenden Taten um „schwere Gewalt- oder Sexualstraftaten“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Übergangsrecht bei der Sicherungsverwahrung wegen Nichtbeachtung des Abstandgebots (BVerfGE 128, 326) handelt, da diese Nichtbeachtung bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht zu beklagen ist und die Einschränkung „striktter Verhältnismäßigkeit“ ohnedies nur für bis zum 31. Mai 2013 begangene Taten gilt (BGH, Urteil vom 11. März 2014, 5 StR 563/13). In Betracht kommen demnach jedenfalls alle drohenden Straftaten aus dem Deliktskatalog von § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstaben a bis c StGB (SSW-Jehle, 2. Auflage 2014, § 66 Rn. 26). Im Übrigen ist eine einzelfallbezogene materielle Bewertung erforderlich. Charakteristisch für schwere seelische Schädigungen sind etwa Folgen von Sexual- oder schweren Gewaltstraftaten, für schwere körperliche Schäden vor allem Gewalttaten, wobei die Schäden keine im Sinne des § 226 StGB sein müssen (vgl. Fischer, a. a. O., § 66 Rn. 58). Eine schwere Schädigung des Opfers kann sich auch aus der Vielzahl von Delikten, besonders bei hoher Rückfallgeschwindigkeit, ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 18. Mai 1971, 4 StR 100/71, bei juris Rn. 19, allerdings bezogen auf Vermögensdelikte im weitesten Sinne; SSW-Jehle, a. a. O., § 66 Rn. 26; siehe dazu auch nachfolgend unter cc).

Eine schwere seelische Schädigung durch drohende Straftaten wird häufig nicht nur bei schweren Gewaltdelikten gegeben sein, sondern auch bei Sexualdelikten (dazu näher im Folgenden). Des Weiteren können auch im Allgemeinen weniger erhebliche Straftaten bestimmte Gruppen von Menschen seelisch schwer schädigen, wie zum Beispiel nächtliche Einbrüche bei hochbetagten, in panische Angst geratenden Opfern (BGH, Urteil vom 9. Oktober 2001, 5 StR 360/01).

Bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung gemäß den §§ 174 ff. StGB wird eine schwere sexuelle Schädigung in der Regel zu besorgen sein. Denn nach der Rechtsprechung zu § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 StGB bzw. § 66 Absatz 1 Nummer 3 StGB a. F. und § 66b Absatz 3 Nummer 2 StGB a. F. genügt es, wenn die genannten Schäden für die zu erwartenden Taten typisch sind, auch wenn ihr konkreter Eintritt nicht exakt feststellbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2010, 2 StR 10/10, bei juris Rn. 10; Urteil vom 28. August 2007, 1 StR 268/07, bei juris Rn. 24; Urteil vom 14. August 2007, 1 StR 201/07 bei juris Rn. 36). Namentlich Taten nach § 176a StGB sind grundsätzlich, zumal in den Fällen der Absätze 2, 3 und 5, Straftaten, deren Erwartung die Verhältnismäßigkeit der Unterbringung auch über sechs Jahre hinaus begründet. Bei zu erwartenden Taten nach § 176 StGB bedarf zwar die Frage, ob schwere Schädigungen der körperlichen oder seelischen Integrität der Opfer zu erwarten sind, näherer Erörterung. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Gefährlichkeit von Taten gemäß den §§ 176, 176a StGB in der Beeinträchtigung der ungestörten Entwicklung von Kindern liegt (BGH, Urteil vom 24. März 2010, 2 StR 10/10, bei juris Rn. 10; vgl. auch Urteil vom 14. August 2007, 1 StR 201/07, bei juris Rn. 36) und davon auszugehen ist, dass fremdbestimmte Eingriffe in die kindliche Sexualität geeignet sind, diese Entwicklung erheblich zu stören (vgl. Fischer, a. a. O., § 176 Rn. 2). Daher lassen Sexualstraftaten zum Nachteil von Kindern – auch ohne Gewaltanwendung – regelmäßig und typischerweise eine schwerwiegende Beeinträchtigung von deren sexueller Entwicklung besorgen (BGH, Beschluss vom 10. Januar 2013, 1 StR 93/11, bei juris Rn. 16; Urteil vom 24. März 2010, 2 StR 10/10, bei juris Rn. 10; Urteil vom 28. August 2007, 1 StR 268/07, bei juris Rn. 24). Schwere seelische Schäden können somit selbst dann drohen, wenn sich zu erwartende Taten nach § 176 Absatz 1 bis 3 StGB eher im unteren Bereich der denkbaren Deliktsskala bewegen, insbesondere, wenn mit einer hohen Rückfallfrequenz und -häufigkeit zu rechnen ist (vgl. dazu OLG Frankfurt, Beschluss vom 1. Oktober 2013, 3 Ws 878/13, bei juris Rn. 9, wo die zu erwartenden Delikte bezüglich ihrer Intensität des Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmung und ungestörte sexuelle Entwicklung der potentiellen kindlichen Opfer zwar an der untersten Grenze lagen – Schieben der Hand unter das Gesäß des stets bekleideten Opfers in öffentlichen Räumen, wobei bleibende seelische Schädigungen der bisherigen Opfer nicht feststellbar waren –, aber aufgrund der zu erwartenden sehr hohen Rückfallfrequenz die Unterbringung erst nach knapp elf Jahren für unverhältnismäßig erklärt wurde). Zumindest können die letztgenannten Fälle über das weitere Merkmal einer „Gefahr“ einer solchen Schädigung erfasst werden.

Über das in § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 StGB genannte Merkmal der schweren Schädigung hinausgehend erfasst die Entwurfsregelung nämlich auch Fälle drohender Taten, durch die die Opfer nur in die „Gefahr“ einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden.

Mit diesem Kriterium werden auch die Fälle sicher erfasst, in denen von dem Untergebrachten Gefährungsdelikte drohen, die zu schweren Verletzungen führen können. Dies ist etwa bei den schweren Brandstiftungsdelikten nach

den §§ 306a ff. StGB der Fall, die immer mit der konkreten oder zumindest abstrakten Gefahr einer schweren körperlichen Schädigung von Menschen verbunden sind (zu der in diesen Fällen erst recht vorliegenden „erheblichen Gefährdung“ im Sinne von § 63 Satz 1 StGB-E siehe oben zu Nummer 1 Buchstabe a). Ob in diesen Fällen eine solche schwere Schädigung bereits als typisch und damit schon die Schädigung selbst als drohend anzusehen ist (vgl. die o. g. Rechtsprechung zum Sexualstrafrecht), kann daher hier offenbleiben; soweit die Rechtsprechung dies für die Fälle des § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB bejaht, kann und soll aber daran festgehalten werden.

Hingegen können solche drohenden Delikte keine Fortdauer der Unterbringung über sechs Jahre hinaus mehr rechtfertigen, die sich im Bereich der mittleren Kriminalität befinden, ohne zugleich – unter Berücksichtigung des Umstands, dass auch die Gefahr einer schweren Schädigung genügt – einen hohen Schweregrad aufzuweisen. Bei den Körperverletzungsdelikten dürften einfache Körperverletzungen gemäß § 223 StGB, die hinsichtlich der Verletzungsfolgen nicht aus der Masse der in der täglichen Strafverfolgungspraxis zu beurteilenden Fälle herausragen, regelmäßig nicht mehr genügen. Dies ist z. B. der Fall bei einfachen Prellungen oder Verstauchungen oder kleineren Blutergüssen, Schürf- oder Schnittwunden. Ein hoher Schweregrad und damit eine schwere Schädigung werden hingegen regelmäßig vorliegen, wenn Taten drohen, bei denen das Opfer Knochenbrüche, Gehirnerschütterungen oder großflächige Schürfwunden erleidet oder gar längerer stationärer Krankenhausbehandlung bedarf. Erst recht ist bei irreparablen Schäden, die den Betroffenen in seinen körperlichen Fähigkeiten beeinträchtigen, ein schwerer körperlicher Schaden grundsätzlich zu bejahen (SSW-Jehle, a. a. O., § 66 Rn. 27). Wuchtige Faustschläge ins Gesicht oder kraftvolle Tritte oder Stöße gegen den Kopf oder wichtige Organe (Nieren, Milz) werden zumindest die Gefahr einer schweren Schädigung begründen.

- cc) Grundsätzlich ist die Art der Delikte, deren Gefahr der Begehung die Fortdauer der Unterbringung über sechs Jahre hinaus rechtfertigen können, in § 67d Absatz 6 Satz 2 StGB-E abschließend beschrieben. Neben der Gefahr von Straftaten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden, sind jedoch in Ausnahmefällen weitere drohende Straftaten denkbar, deren Gefahr ebenfalls im konkreten Fall die Fortsetzung der Unterbringung über sechs Jahre hinaus rechtfertigen kann. Für diese Fälle eröffnet die Formulierung „in der Regel“ die Möglichkeit einer entsprechenden Fortdauerentscheidung.

Um die zur Stärkung der Verhältnismäßigkeit eingefügte Schwelle nicht wieder abzusenken, kommen nur seltene Ausnahmefälle in Betracht, in denen die drohenden Straftaten vergleichbar schädlich sind wie die in § 67d Absatz 6 Satz 2 StGB-E genannten.

Denkbar ist dies insbesondere bei drohenden Taten, die zu einem unersetzbaren wirtschaftlichen und kulturellen Schaden führen. Exemplarisch sei hier der Fall des sogenannten „Dürer-Attentäters“ genannt, der 15 Jahre gemäß § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht war, bevor das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg mit Beschluss vom 21. September 2004, 3 Ws 61/04, die Unterbringung wegen Unverhältnismäßigkeit für erledigt erklärte. Der Untergebrachte war am 25. Januar 1989 vom Landgericht München I wegen gemeinschädlicher Sachbeschädigung (§ 304 Absatz 1 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt worden, zudem wurde die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Nach den Feststellungen des Urteils lag der Entscheidung

zugrunde, dass der Verurteilte in der Pinakothek in München drei Hauptwerke von Albrecht Dürer, die zu unwiederbringlichem Kulturgut von unschätzbarem materiellen Wert gehören, mit hochprozentiger Schwefelsäure gezielt beschädigte. Die Wertminderung an den Gemälden, an denen trotz der für rund 1,2 Mio. DM durchgeführten Restaurierungsarbeiten nichts mehr zu ändern war, betrug insgesamt mindestens 67 Mio. DM. Der Verurteilte war damals bereits wegen zahlreicher Anschläge auf Kunstwerke vorbestraft.

Die Begründung im Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 15. November 1999, 3 Ws 10/99, bei juris Rn. 68 f. für eine weitere Fortdauer der Unterbringung (über zehn Jahre hinaus) erscheint geeignet, Kriterien aufzustellen, nach denen eine Fortdauer der Unterbringung über sechs Jahre hinaus gemäß § 67d Absatz 6 Satz 2 StGB-E angeordnet werden kann, auch wenn keine schweren seelischen oder körperlichen Schädigungen oder Gefährdungen drohen. Nach der Entscheidung des Senats kommt es in erster Linie auf die Wertigkeit des konkret bedrohten Rechtsguts an. Die Besonderheit liege im vorliegenden Fall darin, dass – anders als in anderen Fällen der Sachbeschädigung, in der die betroffenen Gegenstände im Regelfall ersetzbar sind – der Untergebrachte Kunstgegenstände angreife, „die Bestandteil des Welt-Kulturerbes und als solcher unersetzbar“ seien. Hier bestehe eine Parallele zu Gewaltdelikten, bei denen es gerade auch diese nicht wiedergutzumachende Beeinträchtigung sei, die das Opfer eines Angriffs gegen Leib oder Leben existentiell treffe.

- b) Nach zehn Jahren vollzogener Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB kann eine Fortdauer nur noch dann angeordnet werden, wenn die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Damit wird auf der zweiten Stufe der Maßstab des Rechts der Sicherungsverwahrung für die Zehn-Jahres-Prüfung nach § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB übernommen. Dieser Gleichlauf ist angesichts der Eingriffsintensität durch die lange Dauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder im psychiatrischen Krankenhaus auch sinnvoll. Eine Gleichstellung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und in der Sicherungsverwahrung – gerade im Hinblick auf die in diesen Maßregeln untergebrachten Personen, deren Diagnosen und deren Betreuung und Behandlung – geht damit nicht einher. Sinn dieser Regelung ist allein, dem Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkt in rechtlicher Hinsicht gerecht zu werden. Die Maßstäbe für die Fortdauerentscheidungen im Hinblick auf die beiden unbefristeten Unterbringungsarten sind angesichts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei einer Dauer von zehn Jahren dieselben.

Im Hinblick auf die konkrete Bedeutung des Merkmals der Gefahr von Taten, „durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden“, kann auf die entsprechenden Ausführungen vorstehend unter Buchstabe a Doppelbuchstabe bb verwiesen werden und ergänzend auf die Rechtsprechung und Kommentierung zu § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB (wobei die nur „entsprechende“ Anwendbarkeit von § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB beinhaltet, dass sich die Gefahr bei nach § 63 StGB Untergebrachten auch auf die Begehung von nur „rechtswidrigen Taten“ bezieht und die Taten infolge des Zustands des Untergebrachten zu erwarten sein müssen).

Nicht mehr ausreichend ist damit, wenn nur noch die Gefahr besteht, dass der Täter rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer in die „Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden“. Die bloße „Gefahr“ einer „Gefahr“ kann nach so langer Zeit eine weitere Unterbringung also nicht mehr rechtfertigen. Als mögliches Beispiel kann hier der bereits erwähnte Sachverhalt genannt werden, der der Entscheidung des Oberlandesge-

richts Frankfurt vom 1. Oktober 2013, 3 Ws 878/13, zugrunde lag (bloßes Berühren des Gesäßes der stets bekleideten Kinder in öffentlichen Räumen, ohne dass eine seelische Schädigung der Kinder feststellbar war) und bei dem das Gericht bereits nach geltender Rechtslage zu einer Erledigung wegen Unverhältnismäßigkeit nach knapp elf Jahren Unterbringung gelangt ist.

Zu Artikel 2 (Änderung der Strafprozessordnung)

Zu Nummer 1 (Änderung von § 463 Absatz 4 StPO)

Zu Buchstabe a (Satz 1 -neu-)

Der Entwurf normiert eine bereits überwiegend praktizierte Handhabung: Vor Übersendung der Akten an das Gericht holt die Staatsanwaltschaft zur Vorbereitung der Antragstellung für die Fortdauerentscheidung und der Anregung von Weisungen im Rahmen einer etwaigen Führungsaufsicht eine gutachterliche Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung ein, in der der Verurteilte untergebracht ist, und leitet diese an das Gericht weiter. Es wird gesetzlich klargestellt, dass auch diejenigen Fortdauerentscheidungen, denen kein (externes) Sachverständigengutachten zugrunde liegt, auf einer fundierten fachlichen Bewertung beruhen müssen. Aus der freiheitssichernden Funktion des Artikel 2 Absatz 2 GG folgt, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben müssen, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 2014, 2 BvR 1795/12 u. a., bei juris Rn. 37). Durch die ausdrückliche Normierung wird der Stellenwert der gutachterlichen Stellungnahmen der Maßregelvollzugseinrichtung als Grundlage der gerichtlichen Fortdauerentscheidung betont. Den Staatsanwaltschaften und Gerichten soll die Neuregelung verdeutlichen, dass sie gehalten sind, der verfassungsgemäßen gerichtlichen Rechtsprechung entsprechende Anforderungen an Qualität und Belastbarkeit der Stellungnahmen zu stellen.

Durch die Begrifflichkeit „gutachterliche Stellungnahme“ soll diese in zwei Richtungen abgegrenzt werden: Auf der einen Seite genügt ein bloßer „Arztbrief“ als Grundlage für die gerichtliche Fortdauerentscheidung nicht. Vielmehr müssen in der Stellungnahme Ausführungen dazu enthalten sein, ob und welche Art rechtswidrige Taten von dem Unterbrachten drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist (Häufigkeit und Rückfallfrequenz), wie hoch die Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist und inwieweit im Falle einer Aussetzung der Maßregel zur Bewährung im Rahmen der Führungsaufsicht Maßnahmen der Aufsicht und Hilfe (§§ 68a, 68b StGB) als weniger belastende Maßnahmen ausreichen können, um den Zweck der Maßregel zu erreichen (BVerfG, a. a. O., bei juris Rn. 40, 41). Zudem sollten sich in der Stellungnahme Ausführungen dazu finden, welche Behandlungsmaßnahmen durchgeführt wurden, wie der aktuelle Behandlungsverlauf ist, welche (weiteren) Behandlungs- und Therapiemöglichkeiten in Betracht gezogen werden sollten, welche Vollzugslockerungen gewährt werden konnten, ob sie erfolgreich waren und welche Lockerungen anstehen bzw. anzuraten sind. Gegebenenfalls sollte sich die Stellungnahme auch zu möglichen Alternativen zur aktuellen Behandlungs- und Unterbringungsform äußern sowie einen Zeitplan für eine etwaige Entlassungsvorbereitung enthalten. In dem vorstehend skizzierten Rahmen ergibt sich aus der vorgesehenen Regelung zugleich die Befugnis, entsprechende Erkenntnisse auch zum Behandlungsverlauf zu offenbaren; sie ist aber beschränkt auf die Erkenntnisse, die das Gericht benötigt, um eine eigenverantwortliche prognostische Beurteilung im Hinblick auf seine Fortdauerentscheidung treffen zu können; in der Regel reichen hier die Angaben, die im Behandlungs- und Eingliederungsplan dokumentiert werden, während Informationen aus der unmittelbaren Vertrauensbeziehung hierfür nicht erforderlich sind (so schon zum bisherigen Recht Schöch, FS Hans-Ludwig Schreiber, 2003, 437, 446 f.; Beier/Hinrichs, MschKrim 1996, 25, 30 f.; enger Waider, Recht und Psychiatrie 1996, 65, 73; ders. in Pollähne/Rode, Schweigepflicht und Datenschutz 2010, 99, 111; offen gelassen von BVerfG, Beschluss vom 22. Januar 2015, 2 BvR 2049/13, u. a., bei juris Rn. 39). Insbesondere in

den Fällen, in denen sich der Untergebrachte wegen eines Wechsels der Maßregelvollzugseinrichtung erst seit kurzer Zeit in der aktuellen Klinik befindet, wird auch zu prüfen sein, wie auch Erkenntnisse aus der vorhergehenden Unterbringungszeit herangezogen werden können.

Trotz dieser Anforderungen können seitens der Gerichte an die Stellungnahmen der Maßregelvollzugseinrichtungen nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden wie an ein Sachverständigengutachten. Wird seitens der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts zur Beurteilung der Voraussetzungen für die Fortdauer und um der Sachaufklärungspflicht zu genügen, ein solches für erforderlich erachtet, so muss dieses ausdrücklich beauftragt (und nach dem Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz vergütet) werden.

Zu Buchstabe b (Satz 2)

Entscheidungen über die Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) müssen, da sie den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer bestmöglichen richterlichen Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (vgl. BVerfGE 70, 297 307 ff.; BVerfGK 15, 287, 294 ff.; zuletzt BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 2011, 2 BvR 2413/10 = EuGRZ 2011, 521; Beschluss vom 26. August 2013, 2 BvR 371/12 - „Fall Mollath“ = NJW 2013, 3228, bei juris Rn. 40, 42; Beschluss vom 4. März 2014, 2 BvR 1020/13, bei juris Rn. 26 ff.).

Mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzugs steigen dabei die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung und die Begründungstiefe einer Überprüfungsentscheidung. Befindet sich der Untergebrachte seit langer Zeit im psychiatrischen Krankenhaus, ist es daher in der Regel geboten, von Zeit zu Zeit einen klinikfremden Sachverständigen hinzuzuziehen, um der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen vorzubeugen und um auszuschließen, dass Belange der Maßregelvollzugseinrichtung oder die Beziehung zwischen Untergebrachtem und Therapeuten das Gutachten beeinflussen (vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012, 2 BvR 2521/11, bei juris Rn. 17 = NSTZ 2013, 166 mit weiteren Nachweisen).

§ 463 Absatz 4 StPO konkretisiert dieses verfassungsrechtliche Gebot. Derzeit soll das Gericht im Rahmen der Überprüfungen nach § 67e StGB nach jeweils fünf Jahren vollzogener Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus das Gutachten eines Sachverständigen einholen (§ 463 Absatz 4 Satz 1 StPO), der weder im Rahmen des Vollzugs der Unterbringung mit der Behandlung der untergebrachten Person befasst war (§ 463 Absatz 4 Satz 2 Variante 1 StPO) noch in dem psychiatrischen Krankenhaus arbeitet, in dem sich die untergebrachte Person befindet (§ 463 Absatz 4 Satz 2 Variante 2 StPO).

Die einfachgesetzliche Absicherung des Freiheitsgrundrechts durch § 463 Absatz 4 StPO schließt es allerdings nicht aus, dass das Gericht verpflichtet sein kann, im Rahmen seiner Sachaufklärungspflicht bei der Überprüfung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus von Verfassungen wegen bereits vor Erreichen der Fünf-Jahres-Frist einen externen Sachverständigen hinzuzuziehen (BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012, 2 BvR 2521/11, bei juris Rn. 20 = NSTZ 2013, 166; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10. Juni 2008, 1 Ws 154/08).

Die Neuregelung des § 463 Absatz 4 StPO-E greift diesen Gedanken auf und entwickelt ihn fort. Zur Steigerung der Qualität von Fortdauerentscheidungen soll eine externe Begutachtung künftig grundsätzlich nach jeweils drei Jahren vollzogener Unterbringung nach § 63 StGB erfolgen, nach einer Unterbringungszeit von sechs Jahren alle zwei Jahre (dazu näher unten). Dies ermöglicht eine objektivere Beurteilung der der Unterbringung zugrundeliegenden diagnostischen und prognostischen Einschätzungen sowie der Entwicklungen im Rahmen der in Anspruch genommenen Therapieangebote im Maßregelvollzug. Die Erhöhung der Frequenz unterstreicht auch den bereits vom Bundesverfassungsge-

richt betonten Gesichtspunkt, dass das Gutachten nicht durch „Belange der Maßregelvollzugseinrichtung“ beeinflusst werden soll. Mit einer externen Begutachtung wird schon dem bloßen Anschein entgegengetreten, der Inhalt des Gutachtens könne womöglich auch durch das Interesse an der Auslastung der Einrichtung und deren wirtschaftlichen Erfolg mitbestimmt sein, gerade vor dem Hintergrund, dass in den letzten Jahren in einigen Ländern Maßregelvollzugseinrichtungen privatisiert worden sind. Zudem weisen Einzelstudien darauf hin, dass unterschiedliche Unterbringungsdauern und Lockerungsentscheidungen wesentlich auch von der jeweiligen Klinik und ihrem Personal abhängen (Fegert, Lockerungsentscheidungen im Maßregelvollzug: Bedeutung von Einstellungen des Personals und individueller Faktoren der Patienten, 2010, 265, 267; Pfäfflin, Sexual Offender Treatment, 2014, Issue 1, Page 5). Die Frist von drei Jahren hat schon Niederschlag in einigen Maßregelvollzugsgesetzen der Länder gefunden (z. B. Nordrhein-Westfalen, Saarland) und sich in der dortigen Praxis grundsätzlich bewährt (auch wenn nach Angaben der in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vertretenen Mitglieder der AG Psychiatrie der AOLG sich die dortigen Unterbringungsdauern in den Jahren 2009 und 2010 nicht signifikant vom Durchschnitt anderer Länder unterschieden). Dem Gericht bleibt es unbenommen, bei speziellen Fragestellungen oder Zweifeln an der Notwendigkeit der weiteren Unterbringung auch unterhalb der Frist von drei Jahren ein Gutachten einzuholen, wobei es auch nach der Neuregelung nicht ausgeschlossen ist, dass dies im Einzelfall sogar geboten sein kann (vgl. erneut BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012, 2 BvR 2521/11, bei juris Rn. 20 = NSTZ 2013, 166).

Umgekehrt ist ein externes Gutachten als Grundlage einer nach drei Jahren zu treffenden Überprüfungsentscheidung nach der vorgeschlagenen Ausgestaltung als „Soll“-Regelung – wie bisher – nur in sehr eng begrenzten Ausnahmefällen entbehrlich (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012, 2 BvR 2521/11, bei juris Rn. 20 = NSTZ 2013, 166; BVerfGK 15, 287, 297; OLG Oldenburg, NSTZ 2008, 225; OLG Karlsruhe, Die Justiz 2008, 145; OLG Frankfurt, NSTZ-RR 2008, 292). Von dieser Sollvorschrift kann etwa ausnahmsweise abgewichen werden, wenn bereits in kürzeren Zeitintervallen eine externe Begutachtung erfolgt ist und damit bereits ein neueres externes Sachverständigengutachten vorliegt oder wenn sich der zu begutachtende Straftäter bereits aufgrund einer früheren Regelüberprüfung im Stadium der Entlassungsvorbereitung befindet. Ein weiterer Ausnahmefall kann auch gegeben sein, wenn konkrete Aspekte des Behandlungsverlaufs es im Einzelfall geboten erscheinen lassen, eine externe Begutachtung vorübergehend zu verschieben, um aktuell erzielte Therapieerfolge nicht zu konterkarieren. Eine aktuelle Begutachtung durch einen externen Sachverständigen erscheint hingegen grundsätzlich sinnvoll, wenn sich die rechtlichen Voraussetzungen für die Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus ändern, wie dies § 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E für eine über sechs bzw. zehn Jahre hinausgehende Unterbringungsdauer vorsieht (zur Übergangssituation bei sogenannten Altfällen siehe unten zu Artikel 3, Nummer 4). Dies gewährleistet die Neuregelung dadurch, dass das Prüfintervall von jeweils drei Jahren in den ersten sechs Jahren der Unterbringung kongruent zur Schwelle von sechs Jahren nach § 67d Absatz 6 Satz 2 StGB-E verläuft.

In Anlehnung an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, wonach mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzugs die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung und die Begründungstiefe einer Überprüfungsentscheidung steigen und entsprechend auch die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte wächst (vgl. wiederum BVerfG, 2 BvR 2521/11, Beschluss vom 19. Juni 2012, bei juris Rn. 17 = NSTZ 2013, 116), wird dieses Prüfintervall nach einer Unterbringungsdauer von sechs Jahren auf zwei Jahre verkürzt. Diese Verkürzung gewährleistet zugleich, dass die Intervalle für die Einbindung externer Gutachten auch kongruent zu der in § 67d Absatz 6 Satz 3 StGB-E vorgesehenen Prüfung einer über zehn Jahre hinaus andauernden Unterbringung verlaufen. Der Gedanke einer mit zunehmender Unterbringungsdauer erhöhten Kontrolldichte hat – auf materiell-rechtlicher Basis – schon im Recht der Sicherungsverwahrung seinen Niederschlag gefunden (vgl. § 67e Absatz 2, letzter Halbsatz StGB), wiederum aufbauend auf

entsprechenden Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011, u. a. 2 BvR 2333/08 = BVerfGE 128, 326, bei juris Rn. 118).

Entsprechend den Ausführungen zu der gutachterlichen Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung (siehe vorstehend zu Buchstabe a) wird es gerade mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzugs regelmäßig auch geboten sein, die möglichen Alternativen zur aktuellen Behandlungs- und Unterbringungsform sowie zu etwaigen Entlassungsvorbereitungen zu bewerten.

Im Übrigen muss – wie schon nach geltendem Recht (vgl. OLG Braunschweig, StraFo 2009, 40, bei juris Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Auflage 2014, § 463 Rn. 10) – das Gutachten bei Ablauf der Frist nach § 463 Absatz 4 Satz 1 StPO-E bereits vorliegen und darf nicht etwa erst zu diesem Zeitpunkt in Auftrag gegeben werden.

Zu Buchstabe c, d und e (Sätze 3 bis 5 -neu-, Satz 8)

Wie bereits erwähnt, bestimmt das geltende Recht, was konkret unter dem Begriff eines „externen“, also klinikfremden Sachverständigen zu verstehen ist. Nach § 463 Absatz 4 Satz 2 StPO darf der Sachverständige weder im Rahmen des Vollzugs der Unterbringung mit der Behandlung der untergebrachten Person befasst gewesen sein noch in dem psychiatrischen Krankenhaus arbeiten, in dem sich die untergebrachte Person befindet.

Der Entwurf geht einen Schritt weiter und sieht vor, dass der herangezogene Gutachter nicht nur ein „externer“ Sachverständiger sein, sondern es sich auch um einen jeweils „anderen“ Sachverständigen handeln soll. Daher wird § 463 Absatz 4 Satz 3 StPO-E dahin ergänzt, dass der Sachverständige nicht das letzte externe Gutachten im Rahmen einer Fortdauerentscheidung erstattet haben soll. Zwei aufeinanderfolgende Gutachten dürfen also in der Regel („soll“) nicht von demselben Sachverständigen erstellt werden. Hiervon kann lediglich in Ausnahmefällen abgewichen werden, namentlich dann, wenn gerade die Beurteilung der Entwicklung der untergebrachten Person seit der letzten externen Begutachtung von entscheidender Bedeutung ist, insbesondere weil der Sachverständige in seinem vorherigen Gutachten bereits Ausführungen zu einer möglichen Entlassungsperspektive und die notwendigen weiteren Schritte dorthin gemacht hat, die nun im neuen Gutachten im Hinblick auf ihre Umsetzung die Fortentwicklung des Untergebrachten überprüft werden sollen. Dieses Prinzip des „wechselnden“ Gutachters dehnt der neue § 463 Absatz 4 Satz 4 StPO-E auf den im Erkenntnisverfahren oder im Verfahren zur Entscheidung über den späteren Vollzug der angeordneten Unterbringung (§ 67c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, Absatz 2 Satz 3 StGB) beauftragten Sachverständigen aus, wonach dieser nicht das erste externe Gutachten im Rahmen der Überprüfungen der Fortdauer der bereits vollzogenen Unterbringung erstatten soll. Auch damit soll – noch stärker als bislang – der Gefahr von repetitiven, sich selbst bestätigenden Beurteilungen begegnet werden. Diese Regelungen tragen zugleich dem Gewicht des Freiheitsanspruchs des Untergebrachten und dem qualifizierten Therapieanspruch vermehrt Rechnung und minimieren die Gefahr unverhältnismäßig langer Unterbringungsauern.

Konkret beziehen sich die Vorgaben in § 463 Absatz 4 Satz 3, letzter Halbsatz und Satz 4 StPO-E – wie der bisherige § 463 Absatz 4 Satz 2 StPO – immer auf die Begutachtung der jeweils selben Person und deren Unterbringung („der“ Unterbringung, „die“ Unterbringung, „deren“ Vollzug); insbesondere gilt § 463 Absatz 4 Satz 4 StPO-E nicht etwa für solche Sachverständige, die andere Mitangeklagte im selben Erkenntnisverfahren begutachtet haben. Zudem beschränken sich die Regelungen auf die Sachverständigen, die das Gutachten „erstellt“ haben. Nicht ausgeschlossen werden sollen also solche Sachverständigen, die an dem vorhergehenden Gutachten lediglich untergeordnet und vorbereitend mitgewirkt haben, selbst aber kein gutachterliches Votum über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen für die Anordnung oder Fortdauer der Unterbringung abgegeben haben; nur die in diesem Sinne unmittelbar an der Gutachtenerstellung beteilig-

ten Sachverständigen sollen für das nächste Gutachten grundsätzlich nicht in Frage kommen.

Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren erfolgt die Auswahl des Sachverständigen durch den verfahrenszuständigen Staatsanwalt, im gerichtlichen Verfahren durch das Gericht (§ 73 Absatz 1 StPO ggf. in Verbindung mit § 161a Absatz 1 Satz 2 StPO). Dabei muss das den Sachverständigen hinzuziehende Justizorgan stets von Amts wegen darauf achten, dass der für die Gutachtenerstattung ausgewählte Sachverständige fachlich und persönlich für die Gutachtenerstattung geeignet ist (Meyer-Goßner/Schmitt, a. a. O., § 73 Rn. 4; Detter, NStZ 2013, 57, 61; Kruse, NJW 2014, 509), insbesondere über hinreichende forensische Erfahrung verfügt (vgl. Zimmermann in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2012, § 404 Rn. 1).

Dies gilt für das gesamte Strafverfahren, in Bezug auf die Unterbringung gemäß § 63 StGB mithin sowohl für die Erstanordnung als auch für die Entscheidungen über die Fortdauer der Unterbringung gleichermaßen. Von daher ist § 463 Absatz 4 Satz 5 StPO-E lediglich deklaratorischer Natur und soll speziell für das der Fortdauerentscheidung zugrundeliegende Verfahren im Sinne einer Appellfunktion unterstreichen, dass die künftig angestrebte Erhöhung der Begutachtungsfrequenz keinesfalls zu einer Absenkung der Qualitätsanforderungen an die Begutachtung führen darf.

Die für die Heranziehung als ärztlicher oder psychologischer Sachverständiger erforderliche forensisch-psychiatrische Sachkunde und Erfahrung ist zu bejahen, wenn der Sachverständige über die klinischen Kenntnisse seines Fachs hinaus in der Lage und erfahren ist, den Einfluss und die Auswirkungen psychischer Erkrankungen und Störungen auf die Genese individueller Delinquenz und deren prognostische Auswirkung zu analysieren. Um das Vorliegen dieser Voraussetzungen bejahen zu können, kann sich das zuständige Gericht beispielsweise an der Schwerpunktbezeichnung „Forensische Psychiatrie“ der Landesärztekammern oder dem entsprechenden Zertifikat der DGPPN (vgl. Kruse, a. a. O., 513) oder, bei den nichtpsychiatrischen Fachärztinnen und Fachärzten sowie bei approbierten Psychologischen Psychotherapeutinnen und Psychologischen Psychotherapeuten und Rechtspsychologinnen und Rechtspsychologen, an Zeiten der klinischen Tätigkeit der Gutachterin oder des Gutachters (auch in Form einer schwerpunktmäßig forensischen Weiterbildung) in der Forensik sowie an (z. B. gerichtsbekannter) bisheriger supervidierter Gutachtertätigkeit mit typischen forensischen Fragestellungen orientieren.

Die bisherigen Sätze 3 bis 5 von § 463 Absatz 4 StPO werden zu den Sätzen 6 bis 8, wobei Satz 8 an die Umnummerierung und Neufassung von Satz 2 (bisläng Satz 1) angepasst wird: Wie bisher ist dem Sachverständigen daher Einsicht in die Patientendaten des Krankenhauses über die untergebrachte Person zu gewähren. § 454 Absatz 2 StPO gilt entsprechend. Der untergebrachten Person, die keinen Verteidiger hat, bestellt das Gericht für die Überprüfung der Unterbringung nach § 67e StGB, bei der nach § 463 Absatz 4 Satz 2 StPO-E das Gutachten eines Sachverständigen eingeholt werden soll, einen Verteidiger (zum geltenden Recht vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2009, 2 BvR 703/09, bei juris Rn. 4 = NJW 2009, 3153, Leitsatz, und Meyer-Goßner/Schmitt, a. a. O., § 463 Rn. 10). Damit erhöht sich die Frequenz für eine Pflichtverteidigerbestellung parallel zur häufigeren Einbindung eines externen Sachverständigen (siehe oben zu Buchstabe b; zur Frage der Bestellung eines Pflichtverteidigers im Vollstreckungsverfahren im Übrigen vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a. a. O., § 140, Rn. 33).

Zu Nummer 2 (Änderung von § 463 Absatz 6 StPO)

Zu Buchstabe a (Satz 1)

Durch die Ergänzung von Satz 1 werden die Verfahrensregelungen des § 462 StPO auf die zu treffenden Entscheidungen nach § 67 Absatz 6 StGB-E (siehe oben zu Artikel 1 Nummer 2) erstreckt, konkret also auf die gerichtlichen Entscheidungen nach § 67 Ab-

satz 6 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 4 und nach Absatz 6 Satz 4 in Verbindung mit Absatz 5 Satz 2.

Zu Buchstabe b (Satz 2 -neu-)

Nach geltender Rechtslage ergeht die Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus durch Beschluss (§ 463 Absatz 3 in Verbindung mit § 454 Absatz 1 Satz 1; § 463 Absatz 6 Satz 1 in Verbindung mit § 462 Absatz 1 Satz 1 StPO). Der Verurteilte wird angehört (§ 463 Absatz 3 Satz 1 in Verbindung mit § 454 Absatz 1 Satz 2; § 463 Absatz 6 Satz 1 in Verbindung mit § 462 Absatz 2 Satz 1 StPO), wobei grundsätzlich eine mündliche Anhörung gemäß § 463 Absatz 3 Satz 1 in Verbindung mit § 454 Absatz 1 Satz 3 StPO vor der Entscheidung über eine Aussetzung der weiteren Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Bewährung gemäß § 67d Absatz 2 StGB erfolgt, sofern nicht nach § 463 Absatz 3 Satz 1 in Verbindung mit § 454 Absatz 1 Satz 4 StPO davon abgesehen wird. Demgegenüber ist eine mündliche Anhörung vor der Entscheidung über die Erledigterklärung der Unterbringung gemäß § 67d Absatz 6 StGB gesetzlich jedoch nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Sie ist nach allgemeiner Meinung allerdings nicht ausgeschlossen und „mitunter empfehlenswert“ (Meyer-Goßner/Schmitt, a. a. O., § 462 Rn. 3; Karlsruher Kommentar-AppI, StPO, 7. Auflage 2013, § 462 Rn. 3).

Diese Differenzierung lässt unberücksichtigt, dass bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch das Gericht Gesichtspunkte in die Abwägung einzustellen sind, von denen sich das Gericht nach Erlangung eines persönlichen Eindrucks von dem Untergebrachten ein besseres Bild machen kann. So hat das Gericht bei seiner Beurteilung darauf abzustellen, ob und welche Art rechtswidriger Taten von dem Untergebrachten drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt (BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 1985, 2 BvR 1150/80 u. a., bei juris Rn. 41 = NJW 1986, S. 767, 769). Zu erwägen sind die Besonderheiten des Einzelfalls, nämlich das frühere Verhalten des Untergebrachten und bislang begangene Taten, sowie die seit der Anordnung der Unterbringung veränderten Umstände wie der Zustand des Untergebrachten und die zu erwartenden Lebensumstände. Mitentscheidend können auch die voraussichtlichen Wirkungen eventueller Führungsaufsicht und weitere Maßnahmen der Aufsicht und Hilfe sein. Bei der Gewichtung aller dieser Punkte kann der persönliche Eindruck von dem Untergebrachten den entscheidenden Unterschied für die Fortdauerentscheidung des Gerichts ausmachen. Daher sieht § 463 Absatz 6 Satz 2 StPO-E vor, dass nun auch vor der Entscheidung über die Erledigterklärung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus eine mündliche Anhörung des Untergebrachten erfolgen muss. Über den Verweis in § 463 Absatz 6 Satz 1 StPO auf § 462 Absatz 2 Satz 2 StPO kann die mündliche Anhörung auch mittels Videokonferenztechnik (Bild-Ton-Übertragung) erfolgen.

Eine Anordnung der mündlichen Anhörung auch für die Entscheidung nach § 67d Absatz 5 StGB ist nicht veranlasst. § 67d Absatz 5 StGB regelt die Erledigterklärung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB, wenn die Voraussetzungen des § 64 Satz 2 StGB nicht mehr vorliegen. § 67d Absatz 5 StGB enthält damit – anders als § 67d Absatz 6 StGB für die Unterbringung nach § 63 StGB – keine Variante der Erledigterklärung wegen Unverhältnismäßigkeit. Die ausdrückliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch das Gericht ist jedoch der Anknüpfungspunkt für die nach dem Gesetzentwurf obligatorische mündliche Anhörung des Verurteilten.

Zu Artikel 3 (Änderung des Einführungsgesetzes zur Strafprozessordnung)

Der Entwurf dient im Wesentlichen der Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich Anordnung und Vollstreckung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus. Diese Zielsetzung erfordert es, die Neuregelungen nicht auf nach dem Inkrafttreten begangene Taten zu beschränken, sondern grundsätzlich – wenngleich mit Modifikationen für die Übergangszeit – auch auf Altfälle zu erstrecken. Das gilt nicht nur

für noch nicht rechtskräftig abgeschlossene Erkenntnisverfahren, sondern auch für noch nicht abgeschlossene Vollstreckungsverfahren. Denn gerade die Befürchtung, es könnten sich Personen in der Unterbringung nach § 63 StGB befinden, die unter Verhältnismäßigkeitsaspekten nicht länger untergebracht werden sollten, gab mit den Anstoß für die Novellierung. Dabei gilt für die materiell-rechtlichen und die verfahrensrechtlichen Änderungen Folgendes:

1. Zunächst muss die Geltung der vorgesehenen Änderungen für Altfälle nicht durch eine besondere Regelung eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden. Abgesehen davon, dass die Unterbringung nach § 63 StGB unstreitig nicht dem (absoluten) Rückwirkungsverbot unterliegt, sind alle vorgesehenen Änderungen für den Täter günstiger (wobei die Härtefallregelung im neuen § 67 Absatz 6 StGB-E den bereits seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. März 2012, 2 BvR 2258/09, geltenden Rechtszustand fortschreibt, der seinerseits gegenüber der vorgehenden Rechtslage für den Täter günstiger ist). Die Geltung des neuen materiellen Rechts für die laufenden Verfahren ergibt sich daher aus der allgemeinen Regelung des § 2 Absatz 6 StGB, für die Verfahrensvorschriften aus dem allgemeinen Grundsatz, dass das neue Recht anzuwenden ist (vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Auflage 2014, Einleitung Rn. 203).
2. Eine Regelung, die – vergleichbar Artikel 316e Absatz 3 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) – zu einer (vermeintlich) rascheren Erledigterklärung von Unterbringungen führt, die den neuen gesetzlichen Anforderungen des § 63 StGB, vor allem aber denen des § 67d Absatz 6 Satz 1 und 2 StGB-E, nicht mehr entsprechen, ist ebenfalls nicht veranlasst. Die Fallgestaltungen sind nicht gleich gelagert. Der mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300) eingeführte Artikel 316e Absatz 3 Satz 1 EGStGB traf eine Regelung für Unterbringungsfälle, in welchen die Anordnung der Sicherungsverwahrung ausschließlich auf Taten beruhte, die nicht mehr vom neuen Anlass- und Vortatenkatalog des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 StGB erfasst waren. Das diente der zügigen Beendigung von Unterbringungen, deren Anordnung nach neuem Recht eindeutig, weil allein anhand formeller Kriterien feststellbar, nicht mehr möglich gewesen wäre. Wenn hingegen nur eine der zu berücksichtigenden Taten weiterhin zum Katalog gehörte (sog. Mischfälle), griff die Sonderregelung nicht (vgl. dazu Bundestagsdrucksache 17/3403, S. 51; BGH, Beschluss vom 25. April 2012, 5 StR 451/11, bei juris Rn. 13 ff.). Begründet hat dies der Gesetzgeber vor allem damit, dass es in diesen Fällen immer einer Gefährlichkeitsprognose und damit einer materiellen Prüfung bedarf, ob die von dem Unterbrachten ausgehende Rückfallgefahr sich nur (noch) auf Taten bezieht, die nach den Wertungen des neuen Rechts nicht mehr als ausreichend angesehen werden, um eine weitere Freiheitsentziehung zu rechtfertigen. Es blieb dann bei den allgemeinen Regeln für die Überprüfung der Fortdauer der Unterbringung (Bundestagsdrucksache, a. a. O.).

Entsprechendes gilt auch hier. Die Neuregelung des § 63 StGB-E schafft keinen einschränkenden Anlassstatenkatalog und auch sonst kein einem solchen vergleichbares formales Kriterium, anhand dessen Fälle eindeutig identifiziert werden könnten, die den neuen Erfordernissen für die Anordnung der Unterbringung nicht mehr genügen. Vielmehr ist auch hier von Fallgestaltungen auszugehen, die einer individuellen Gefährlichkeitsprognose und damit einer materiellen Prüfung im Einzelfall bedürfen.

Auch praktische Erwägungen sprechen gegen den Versuch, durch eine Übergangsregelung eine Beschleunigung der Erledigterklärung in (vermeintlich) „eindeutigen“ Fällen zu bewirken. Die Zahl der Unterbringungen nach § 63 StGB betrug im Jahr 2010 mehr als das Vierzehnfache der Zahl der Unterbringungen in der Sicherungsverwahrung; zum 31. März 2010 waren 536 Personen in der Sicherungsverwahrung untergebracht (Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 4.1,

S. 13), während sich am 31. Dezember 2010 insgesamt 7 752 Patienten im Maßregelvollzug gemäß § 63 StGB befanden (Bericht „Psychiatrie in Deutschland - Strukturen, Leistungen, Perspektiven“ der AG Psychiatrie der Arbeitsgemeinschaft der Obersten Landesgesundheitsbehörden – AOLG – an die Gesundheitsministerkonferenz 2012, Tabellenanhang, S. 13). Wegen dieser hohen Zahl würde es einen ganz erheblichen Zeitaufwand erfordern, sämtliche laufenden Vollstreckungsverfahren „vorzeitig“ daraufhin zu prüfen, ob von den jeweils Untergebrachten künftig nur noch Taten zu erwarten sind, die die neuen Kriterien nicht erfüllen. Dieser lässt es sehr zweifelhaft erscheinen, ob überhaupt eine signifikante Beschleunigung im Vergleich zur Abarbeitung durch die Regelüberprüfungen erzielt werden könnte. Denn die Fortdauer der Unterbringung nach § 63 StGB ist nach § 67e Absatz 2 StGB jährlich zu überprüfen, so dass spätestens nach einem Jahr alle Fälle dem zuständigen Gericht zur Entscheidung vorgelegen haben. Außerdem ist zu bedenken, dass die beteiligten Stellen – Vollstreckungsbehörden, Gerichte, aber auch Maßregelvollzugseinrichtungen – aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehalten sind, gegebenenfalls Fälle vorzuziehen, in welchen nach ihrer Kenntnis eine Beendigung der Unterbringung auf der Hand liegt, die Regelprüfung aber erst in einem gewissen Zeitabstand ansteht. Letztlich ist auch der Untergebrachte nicht gehindert, unter Hinweis auf die Neuregelung eine sofortige Überprüfung zu verlangen.

Weiter ist zu bedenken, dass die Neufassung der Anordnungsvoraussetzungen von § 63 StGB-E im Wesentlichen Konkretisierungen aufgreift, die vor allem in den letzten Jahren bereits von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgenommen worden sind. Es handelt sich also vorrangig um bestätigende Kodifizierungen. Die Anforderungen an zu erwartende Taten, durch die (schwerer) wirtschaftlicher Schaden entsteht, gehen zwar über die geltende Rechtslage hinaus, aber auch insoweit sind die praktischen Auswirkungen dieser Neuregelung als nicht übermäßig groß einzuschätzen (siehe oben zu Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe b).

Im Hinblick auf die jeweils erhöhten Voraussetzungen für eine Fortdauer der Unterbringung über sechs und zehn Jahre hinaus nach § 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E fehlt es ebenfalls an formalen Kriterien, an denen hinreichend sicher festgestellt werden könnte, dass die sechs bzw. zehn Jahre übersteigende Unterbringung offensichtlich für erledigt zu erklären ist. Vielmehr bedarf es auch hier jeweils einer materiellen Prüfung (Gefährlichkeitsprognose), um die erhebliche Schädigung bzw. Gefährdung von der schweren (Fortdauer über sechs Jahre hinaus) und die entsprechende Gefährdung von der Schädigung (Fortdauer über zehn Jahre hinaus) abzugrenzen.

Auch die Fallgruppe der Untergebrachten, von denen allein schwere wirtschaftliche Schäden erwartet werden, lässt sich nicht allein anhand formaler Kriterien (Anlasstat) identifizieren, sondern erfordert eine materielle Prüfung der Gefährlichkeit, zumal es auch hier fließende Übergänge geben kann. Als Beispiel kann der Wohnungseinbruchsdiebstahl genannt werden, der zwar Eigentumsdelikt ist, dessen erhöhter Strafrahmen sich aber aus der erheblichen psychischen Belastung für die Bewohner rechtfertigt, zu der solche Taten oftmals führen. Bei Einbruchsdiebstählen kann es daher von den konkreten Modalitäten der zu erwartenden Taten abhängen, ob diese eine Fortdauer der Unterbringung über sechs Jahre hinaus rechtfertigen oder nicht. Zudem gelten die oben näher ausgeführten Erwägungen eher praktischer Art auch hier: große Zahl der Fälle mit entsprechendem Zeitaufwand für die Prüfung; fraglicher zeitlicher Mehrwert einer Sonderregelung vor dem Hintergrund der kurzen Regelüberprüfungsfrist von einem Jahr; Vorziehen bekannter Beendigungsfälle aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten; Antragsmöglichkeit der Untergebrachten.

Daher überrascht es nicht, dass auch der Ende 2001 vorgelegte Gesetzentwurf des Bundesrats zur Verbesserung der Vollstreckung freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung (Bundestagsdrucksache 14/8200), der in Artikel 1 Num-

mer 3 Buchstabe a eine ganz ähnliche Stufenregelung wie § 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E enthielt, ebenfalls keine solche Übergangsregelung vorsah, ebenso wenig wie das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327), obwohl auch dort die Anforderungen an eine Unterbringung nach § 64 StGB, ebenfalls zum Teil bereits bestehende Rechtsprechung kodifizierend, aufgehoben wurden.

3. Nicht erforderlich erscheint es auch, eine explizite Regelung vergleichbar Artikel 316e Absatz 2 Satz 2 EGStGB vorzusehen, die eine bis zu sechs Monaten verzögerte Erledigung zur Durchführung von Entlassungsvorbereitungen ermöglicht hat. Im Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen war diese Vorschrift ausschließlich als Ausgleich zu der allein anhand von formellen Kriterien unmittelbar nach Inkrafttreten der Neuregelung vorzunehmenden Erledigung von eindeutigen Altfällen vorgesehen. Solche Fälle sind hier aber nicht ersichtlich (siehe vorstehend). Vielmehr bedarf es einer materiellen Prüfung, ob die weitere Fortdauer der Unterbringung auch unter Zugrundelegung der neuen Prüfungsmaßstäbe nach § 63 StGB-E und vor allem – bei Unterbringungen, die beim Inkrafttreten des Gesetzes bereits sechs oder mehr Jahre bzw. zehn oder mehr Jahre andauern – nach § 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E anzuordnen ist. Dabei kann die Prognose, ob die Gefährlichkeit des Untergebrachten oberhalb oder unterhalb der für eine Fortdauer der Unterbringung maßgeblichen Gefahrenschwelle liegt, gerade auch von der Durchführung von Entlassungsvorbereitungen abhängen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6. Juli 2005, 2 Ws 72/04, bei juris Rn. 7; OLG Koblenz, Beschluss vom 17. September 1998, 1 Ws 172/98, bei juris Rn. 17 ff.). Die gerichtliche Gefährlichkeitsprognose selbst kann also bereits bedingen, dass eine Erledigung unter dem Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit erst dann angezeigt ist, wenn ein hinreichender Zeitraum zur Verfügung steht, um die notwendigen Entlassungsvorbereitungen durchzuführen. Darüber hinaus ist in der richterlichen Praxis anerkannt, dass selbst dann, wenn eine Erledigung der Unterbringung nach § 67d Absatz 6 Satz 1 StGB aus Gründen der Verhältnismäßigkeit angezeigt ist, das Gericht immer noch die Möglichkeit hat, die Erledigung erst zeitversetzt eintreten zu lassen, um der Klinik ausreichend Zeit zur – gerade auch im Interesse des Untergebrachten unabdingbaren – Vorbereitung der Entlassung zu geben, wobei oftmals der auch in Artikel 316e Absatz 3 Satz 2 EGStGB genannte Zeitraum von sechs Monaten vorgesehen wird (vgl. OLG Frankfurt, Beschlüsse vom 1. Oktober 2013, 3 Ws 878/13, bei juris Rn. 10, und vom 4. Januar 2013, 3 Ws 717/12, bei juris Rn. 14; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6. Juli 2005, 2 Ws 72/04, bei juris Rn. 8). Eine explizite Regelung zur verzögerten Erledigung zur Durchführung notwendiger Entlassungsvorbereitungen ist schließlich auch nicht vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. September 2011 (2 BvR 1516/11, bei juris Rn. 28) notwendig, weil dort – anders als hier – die Erledigungen geboten waren, da die Freiheitsentziehung auf Vorschriften beruhte, die gegen das verfassungsrechtliche Vertrauensschutzgebot verstießen. Im Übrigen enthalten auch weder die vorstehend genannten Regelungen (Gesetzentwurf des Bundesrats von Ende 2001, Bundestagsdrucksache 14/8200, Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007) noch Artikel 316f Absatz 3 Satz 4 EGStGB eine solche Regelung.
4. In prozessualer Hinsicht sind für die Übergangszeit vor allem die Verkürzung der Zeitspannen für externe Begutachtungen in § 463 Absatz 4 Satz 2 StPO-E bedeutsam, in der unmittelbaren Übergangszeit auch die Vorgaben in § 463 Absatz 4 Satz 3, letzter Halbsatz, und Satz 4 StPO-E zum Verbot der unmittelbaren Vorbefassung des Gutachters.

Bisher ist gemäß § 463 Absatz 4 Satz 1 StPO nach jeweils fünf Jahren ein externer Sachverständiger zu hören. Die Nachfolgeregelung verkürzt das Intervall auf künftig drei bzw. nach sechs Jahren Unterbringung auf zwei Jahre. Die Neuregelung wird

dazu führen, dass in einer Reihe von Fällen beim Inkrafttreten des Gesetzes das Zeitintervall überschritten ist, nach dem für die Fortdauerentscheidung ein externes Gutachten einzuholen ist. Es versteht sich von selbst, dass ein solches dann – ohne eine Übergangsregelung – bei der nächsten Entscheidung zugrunde zu legen wäre.

Die Umstellung des Fünfjahresrhythmus auf den Drei- bzw. Zweijahresrhythmus in § 463 Absatz 4 Satz 2 StPO-E würde – ohne Übergangsregelung – somit dazu führen, dass in vielen Fortdauerentscheidungen im ersten Jahr nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ein externes Gutachten zugrunde gelegt werden müsste:

- Für die Untergebrachten, die bei der nächsten Regelüberprüfung seit drei, vier oder fünf Jahren untergebracht sind, wäre – erstmals – ein externes Gutachten einzuholen (wobei die Pflicht, bei einer Unterbringung von fünf Jahren ein externes Gutachten einzuholen, der Vorgabe des bereits jetzt geltenden Rechts entspräche).
- Dauert die Unterbringung seit sechs Jahren an, würde die vorgesehene Verdichtung der externen Begutachtungen selbst kein neues Gutachten erfordern, wenn dem geltenden Recht entsprechend ein solches bereits nach fünf Jahren Unterbringung eingeholt wurde. Das Gericht wird im Rahmen seiner Amtsaufklärungspflicht jedoch zu prüfen haben, ob ein solches externes Gutachten deshalb geboten ist, weil die Fortdauer nun an konkretisierten und insoweit neuen materiellen Kriterien (§ 67d Absatz 6 Satz 2 StGB-E) zu messen ist, oder auch hier eine gutachterliche Stellungnahme der Klinik nach § 463 Absatz 4 Satz 1 StPO-E zur Sachverhaltsaufklärung genügt. Eine solche Stellungnahme wird etwa dann ausreichen, wenn das Gericht aus dieser Stellungnahme in Verbindung mit der erst ein Jahr zurückliegenden externen Begutachtung ein hinreichend klares Ergebnis ableiten kann.
- Hat die Unterbringung sieben, acht oder neun Jahre angedauert, wäre eine Begutachtung jedenfalls deshalb erforderlich, weil der Zeitpunkt seit der letzten Begutachtung (entsprechend bisherigem Recht nach fünf Jahren) mindestens zwei Jahre zurückliegt und die betroffene Person seit mehr als sechs Jahren untergebracht ist.
- Dauert die Unterbringung zehn Jahre an, wäre nach neuem wie nach bisherigem Recht (§ 463 Absatz 4 Satz 1 StPO) eine externe Begutachtung erforderlich.
- Hat die Unterbringung elf Jahre angedauert und hat bereits nach zehn Jahren eine externe Begutachtung stattgefunden, wäre wiederum im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob der auf der zweiten Stufe (zehn Jahre Unterbringung) geänderte materielle Prüfungsmaßstab (§ 67d Absatz 6 Satz 3 StGB-E) die Einholung eines erneuten externen Gutachtens erforderlich macht (siehe oben).
- Bei Unterbringungen über zwölf Jahre hinaus würde wiederum die Pflicht nach § 463 Absatz 4 Satz 2 StPO-E greifen, alle zwei Jahre eine externe Begutachtung durchzuführen.

Geht man in einer groben Schätzung davon aus, dass bundesweit etwa 7 800 Personen untergebracht sind (vgl. den unter 2. genannten Bericht der AG Psychiatrie der AOLG) und darunter drei Viertel (ca. 5 800 Personen) seit mindestens drei Jahren, könnte somit innerhalb des ersten Jahres nach Inkrafttreten in bis zu etwa 5 800 Verfahren ein externes Gutachten notwendig werden. Selbst wenn in einer substanziellen Anzahl von Fällen eine Beendigung der Unterbringung ohne externe Begutachtung erfolgen kann, würde es die Praxis voraussichtlich vor ganz erhebliche Probleme stellen, Gutachten in dieser Größenordnung einzuholen.

Um diese Schwierigkeiten abzumildern, soll durch § 13 Satz 1 EGStPO-E die Anwendbarkeit des § 463 Absatz 4 Satz 2 StPO-E zur zeitlichen Verdichtung der externen Begutachtung um einen Zeitraum von zwei Jahren aufgeschoben werden und es nach § 13 Satz 3 StPO-E insoweit beim bisherigen Recht nach § 463 Absatz 4 Satz 1 StPO verbleiben (das Gleiche soll für die Folgeänderung in § 463 Absatz 4 Satz 8 StPO-E im Verhältnis zu § 463 Absatz 4 Satz 5 StPO gelten). Damit kann die Praxis in dieser Übergangsphase in der ersten, dritten und sechsten der vorstehend genannten Fallgruppen von der Pflicht zur Einholung eines externen Gutachtens befreit werden (soweit sich diese nicht aus dem Fünfjahresrhythmus des geltenden Rechts ergibt). Die Kapazitäten können so zunächst auf die Altfälle konzentriert werden, in welchen es die Sachaufklärungspflicht des Gerichts gebietet, aufgrund des geänderten materiellen Prüfungsmaßstabes insbesondere nach § 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E bei sechs oder mehr Jahre andauernden Unterbringungen ein externes Gutachten einzuholen (derart lange dürfte etwa gut die Hälfte aller Patienten untergebracht sein, vgl. die Angaben zur durchschnittlichen Dauer der Unterbringungen bei Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe b unter 2.). Zur Klarstellung soll die Übergangsregelung daher auch einen Hinweis enthalten, dass die Pflicht des Gerichts zur Sachaufklärung, namentlich für die nach § 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E gebotenen Überprüfungen, durch diese Verschiebung unberührt bleibt. Ob und wann diese Aufklärungspflicht die Einholung eines externen Gutachtens erforderlich macht, haben die Gerichte im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden (siehe oben). Auch aus Sicht der Unterbrachten erscheint diese zeitliche Streckung vertretbar, da so die Überprüfungen – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechend – zunächst auf die Personen konzentriert werden können, die bereits sechs Jahre oder länger untergebracht sind.

Um einen praktikablen Übergang zu ermöglichen, sollen auch die zusätzlichen formellen Anforderungen in § 463 Absatz 4 Satz 3, letzter Halbsatz, und Satz 4 StPO-E, wonach der externe Gutachter nicht das letzte vorangehende externe Gutachten im Vollstreckungs- oder im Erkenntnisverfahren erstellt haben darf, erst sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes anwendbar sein (§ 13 Satz 2 EGStPO-E) und es bis dahin beim entsprechenden bisherigen Recht verbleiben, also bei § 463 Absatz 4 Satz 2 StPO (§ 13 Satz 3 EGStPO-E). Damit kann das weitere Problem gelöst werden, dass im ersten halben Jahr nach der Verkündung des Gesetzes in laufenden Vollstreckungsverfahren häufig bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes bestellte Gutachter tätig sein werden, die diese neuen formellen Anforderungen (keine unmittelbare Vorbefassung) nicht erfüllen. Ohne eine solche Übergangsregelung würden die Gerichte vor der Frage stehen, ob sie aufgrund der Soll-Regelung ausnahmsweise ohne das entsprechende Gutachten entscheiden können oder ob sie die Entscheidung über die Jahresfrist des § 67e Absatz 2 StGB hinaus aufschieben sollen, bis ein Gutachten vom „richtigen“ Gutachter vorliegt (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Auflage 2014, § 463 Rn. 10, wonach grundsätzlich dem Aufschub der Entscheidung der Vorzug zu geben wäre). Kurz vor oder nach Inkrafttreten des Gesetzes schriftlich erstellte Prognosegutachten werden zwar häufig auch noch nicht explizit auf die neuen materiell-rechtlichen Kriterien insbesondere nach § 67d Absatz 6 Satz 2 und 3 StGB-E abstellen. Insoweit ist es aber Aufgabe des Gerichts, den Gutachter anzuhalten, spätestens in der mündlichen Anhörung seine Prognose im Hinblick auf diese neuen Vorgaben zu ergänzen und zu konkretisieren, damit es eine ausreichende Grundlage für seine Gefährlichkeitsbeurteilung und deren Abgleich mit den normativen Vorgaben hat. Das Gleiche gilt für eine gutachterliche Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung nach § 463 Absatz 4 Satz 1 StPO-E.

Als Regelungsstandort für die Übergangsregelung wird § 13 EGStPO-E vorgeschlagen, weil § 12 EGStPO-E bereits als Standort für die Übergangsregelung zum Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen (vgl. Referentenentwurf des Bundesministerium des Justiz und für Verbraucherschutz vom 24. September 2014) vorgesehen ist.

Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.