

Praxis der Strafzumessung

Bearbeitet von
Dr. Gerhard Schäfer, Prof. Dr. Günther M. Sander, Gerhard Gemmeren

6. Auflage 2017. Buch. Rund 600 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 68179 0
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Strafrecht > Strafgesetzbuch](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

vertritt – in Übereinstimmung mit der Entwurfsbegründung¹⁹⁷ des StGB E 1962 – die Ansicht, dass bei den freiheitsentziehenden Maßregeln das Subsidiaritätsprinzip nur für die Frage der Vollstreckung, nicht aber für die Frage der Anordnung gelte. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Auf Grund sowohl des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes¹⁹⁸ als auch des eindeutigen Wortlautes des § 62 StGB ist das Subsidiaritätsprinzip grds. bereits bei der Anordnung der Maßregel zu berücksichtigen. Allerdings muss das mildere Mittel zumindest die gleiche Sicherheit bieten, wobei an seine Zuverlässigkeit angesichts des überwiegenden Interesses der Allgemeinheit strenge Anforderungen zu stellen sind.

Eventuell bereits bei der Prüfung der Gefährlichkeit, spätestens jedoch bei der Frage, ob eine Aussetzung zur Bewährung möglich ist, sind beispielsweise die ggf. positiven Auswirkungen der (inzwischen erfolgten?) Einrichtung einer Betreuung zu berücksichtigen.¹⁹⁹ Hierbei sollte man allerdings die Einwirkungsmöglichkeiten und die Mitwirkungsbereitschaft des Betreuers nicht überschätzen. In seltenen Ausnahmefällen wird bereits die Anordnung der Führungsaufsicht (§ 68 StGB) samt der damit zu verbindenden Weisungen (→ Rn. 519) ausreichen.²⁰⁰ Auch bei freiwilligen Aufenthalten in der Allgemeinpsychiatrie, zivilrechtlichen Unterbringungen²⁰¹ und bei polizeirechtlichen Unterbringungen nach Landesgesetzen²⁰² ist zu prüfen, ob eine Unterbringung gemäß § 63 StGB noch erforderlich ist. Aus der prozessualen Fürsorgepflicht lässt sich die Verpflichtung des Tatgerichts ableiten, auf naheliegende mildere Mittel hinzuweisen. Für die Umsetzung dieser Alternativen dürfte es dem Strafrichter aber zumeist am nötigen Fachwissen und an der Zuständigkeit fehlen.²⁰³ Bedenklich ist es, wenn das (später nicht mehr zuständige) Tatgericht unrealistische Hoffnungen zB auf ein baldiges Überwechseln in eine offenere Einrichtung bzw. auf eine in Kürze mögliche Aussetzung zur Bewährung schürt, etwa um einen Rechtsmittelverzicht zu erreichen. Auch in günstig gelagerten Fällen müssen die Unterbrachten gemäß § 63 StGB nämlich in der Regel länger andau-

Schönke/Schröder/*Stree/Kinzig* (28. Aufl.) StGB § 63 Rn. 19; LK-*Schöck* § 63 Rn. 134. Vgl. auch BGH v. 16.12.1997 – 1 StR 735/97; 7.12.1999 – 5 StR 533/99, NStZ-RR 2000, 138; 13.1.2000 – 4 StR 609/99, die jeweils ua unter Hinweis auf eine inzwischen erfolgte Betreuerbestellung vom Tatgericht eine eingehendere Prüfung der Gefährlichkeit verlangen. BGH v. 5.3.2008 – 5 StR 424/07 Rn. 6, jurisPR-StrafR 10/2008 mit insoweit abl. Anm. *Braasch* verweist hinsichtlich der Anordnung auf das „im gesamten Maßregelrecht geltende und aus dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt des Übermaßverbotes abgeleitete Subsidiaritätsprinzip“ hin.

¹⁹⁷ BT-Drs. IV/650, S. 210: „Der Entwurf anerkennt schließlich keine Subsidiarität bei der Anordnung der Anstaltsunterbringung. Vielmehr muss der Richter die Maßregel auch dann anordnen, wenn besondere Umstände – zB die Überwachung durch zuverlässige Angehörige – die Erwartung rechtfertigen, dass der Zweck der Maßregel auch ohne ihre sofortige Vollstreckung erreicht werden kann.“

¹⁹⁸ *Müller-Dietz* NStZ 1983, 145 (149).

¹⁹⁹ Vgl. BGH v. 25.5.2000 – 1 StR 56/00; 14.12.2011 – 5 StR 488/11, NStZ-RR 2012, 39 (40). Andererseits wird oft von der Betreuung abgesehen, weil der Betroffene gemäß § 63 StGB untergebracht ist, vgl. BGH v. 6.7.2011 – XII ZB 80/11, R & P 2011, 236.

²⁰⁰ BGH v. 23.10.2013 – 2 StR 343/13, NStZ-RR 2014, 77.

²⁰¹ Vgl. MüKoStGB/*van Gemmeren* § 63 Rn. 127 ff.

²⁰² Vgl. BGH v. 27.3.2007 – 1 StR 48/07, NStZ 2007, 465; LG Kleve v. 7.7.2010 – 120 Qs 65/11, abrufbar unter www.nrwe.de; MüKoStGB/*van Gemmeren* § 63 Rn. 125.

²⁰³ Zu weitgehend daher BGH v. 28.9.2006 – 1 StR 410/06, wonach es im Fall einer Unterbringung gemäß § 63 „primär Sache der Justiz“ sei, im Hinblick auf das Übermaßverbot, eine alternative Unterkunft (Seniorenwohnheim) zu suchen bzw. (mit dem Ziel der späteren Aussetzung zur Bewährung) hierauf hinzuwirken. Man dürfe den Angeklagten, seinen Betreuer und seinen Verteidiger insoweit nicht allein lassen. Das Tatgericht ist mit der Sache nach Rechtskraft nicht mehr befasst; die StVK erfährt idR erst ein Jahr später (§ 67e StGB) von der Unterbringung. Zuständig sind eventuell die StA als Vollstreckungsbehörde, die Maßregelvollzugsklinik oder der Betreuungsrichter bzw. Betreuer.

ernde Eingangs-, Behandlungs- und Erprobungsphasen im geschlossenen Maßregelvollzug durchlaufen, bevor gelockerte alltagsähnliche Bedingungen und danach eine Aussetzung zur Bewährung in Betracht kommen.

III. Rechtsfolgen

1. Zwingend

- 423 Die Unterbringung muss zwingend angeordnet werden, wenn die vorstehend dargestellten fünf Voraussetzungen des § 63 StGB vorliegen. Ein Ermessensspielraum ist dem Tatgericht insoweit (anders als der Staatsanwaltschaft im Rahmen des § 413 StPO) nicht eingeräumt.²⁰⁴

2. Bewährung

- 424 Bereits gleichzeitig mit der Anordnung kann die Vollstreckung der Unterbringung gemäß § 67b StGB zur Bewährung ausgesetzt werden. Angesichts der streng zu prüfenden Anordnungsvoraussetzungen, die ua – wie vorstehend dargestellt – eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades zukünftiger erheblicher Straftaten beinhalten, müssen für eine Aussetzung schon „besondere Umstände“ vorliegen, die gewährleisten, dass der Zweck der Maßregel (Schutz der Allgemeinheit vor erheblichen Straftaten) auch so gewährleistet ist. Dies erfordert, dass die alternativen Maßnahmen im Urteilszeitpunkt von den zuständigen Stellen bereits angeordnet worden sind und ein nahtloser Übergang sicher feststeht²⁰⁵ (zum Subsidiaritätsprinzip → Rn. 421). Zu bedenken ist dabei, dass zu erteilende Weisungen (§ 68b StGB) und der drohende Bewährungswiderruf stabilisierende Wirkungen entfalten können²⁰⁶ (die man allerdings auch nicht überschätzen darf).

3. Verbindung von Maßregeln/Verhältnis zu §§ 64, 66 StGB

- 425 Unterschiedliche Maßregeln können nebeneinander verhängt werden, wobei allerdings gemäß § 72 StGB nur die weniger beschwerende Maßregel anzuordnen ist, wenn diese auch allein ausreicht, den Schutz der Allgemeinheit vor zukünftigen Straftaten zu gewährleisten.
- 426 So können die Maßregeln der §§ 63, 64 StGB nebeneinander angeordnet werden, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für beide vorliegen, § 72 Abs. 2 StGB.²⁰⁷ Die Maßregel des § 63 StGB darf aber gemäß § 72 Abs. 1 S. 2 StGB nicht angeordnet werden, wenn deren Zweck bereits durch die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB erreicht werden kann, da Letztere ua wegen ihrer begrenzten Dauer die weniger beschwerende Maßnahme ist.²⁰⁸ Hier bedarf es allerdings der sorgfältigen Prüfung der Therapiewilligkeit und –fähigkeit des Betroffenen, weil zB bei späteren erfolglosen Therapiebemühungen oder Therapieverweigerung andernfalls gar keine Heilbehandlung erfolgen würde. Insbesondere bei schuldunfähigen Tätern, bei denen neben der Maßregel keine Begleitstrafe verhängt werden kann, ist deshalb stets daran zu denken, dass eine in der Hauptverhandlung gezeigte Therapiemotivation sich später im Rahmen der sehr

²⁰⁴ BGH v. 10.8.2005 – 2 StR 209/05, NStZ-RR 2005, 370.

²⁰⁵ BGH v. 27.3.2007 – 1 StR 48/07, NStZ 2007, 465.

²⁰⁶ BGH v. 8.11.2011 – 5 StR 404/11.

²⁰⁷ Vgl. BGH v. 5.7.2011 – 3 StR 173/11, NStZ 2012, 209 (Kombination Minderbegabung und Alkoholkonsum). Zum Rauschmittelkonsum als „Zustand“ im Sinne des § 63 StGB vgl. MüKoStGB/van Gemmeren § 63 Rn. 119; zu den erforderlichen konkreten Feststellungen zum symptomatischen Zusammenhang in diesen Fällen vgl. BGH v. 16.12.2015 – 4 StR 294/15.

²⁰⁸ BGH v. 25.6.1997 – 2 StR 283/97, StV 1997, 72; 29.6.2016 – 1 StR 254/16.

belastenden Maßregelvollzugsbehandlung in der überwiegenden Anzahl der Fälle als nicht ausreichend tragfähig herausstellt und die Unterbringung in der Entziehungsanstalt sodann mangels Erfolgsaussicht beendet werden muss (§ 67d Abs. 5 StGB); der Schutz der Allgemeinheit erfordert daher bei dieser Fallgestaltung in der Regel die gleichzeitige Anordnung von §§ 63 und 64 StGB.²⁰⁹ Es ist auch die Fallgestaltung möglich, dass ein straffälliger Süchtiger mangels konkreter Erfolgsaussicht der Entziehungskur nicht nach § 64 StGB, wohl aber nach § 63 StGB (der keine Erfolgsaussicht voraussetzt) unterzubringen ist.²¹⁰

Die **Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB)** und in einem psychiatrischen Krankenhaus sind in ihrer unmittelbaren Zweckbestimmung und in ihren Voraussetzungen hinsichtlich der Erwartung künftiger Straftaten nicht deckungsgleich („bad or mad“)²¹¹. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist daher gegenüber der Sicherungsverwahrung im Grundsatz „kein geringeres, sondern ein anderes Übel“,²¹² so dass deren gleichzeitige Anordnung grds. rechtlich möglich ist (§ 72 Abs. 2 StGB). Trotzdem wird regelmäßig § 63 StGB die weniger beschwerende Maßregel sein, weil ihr Vollzug grundsätzlich vor dem Vollzug der Strafe stattfindet und auf die Strafe angerechnet wird (§ 67 StGB).²¹³ Wenn also zu erwarten ist, dass die Gefährlichkeit des Täters durch die Behandlung im psychiatrischen Krankenhaus behoben werden kann, darf wegen des Vorrangs der Besserung und des **Ultima-ratio-Charakters der Sicherungsverwahrung** („letztes Mittel der Kriminalpolitik“) lediglich die Unterbringung nach § 63 StGB angeordnet werden.²¹⁴ Aufgrund des zur Verwirklichung des Abstandsgebotes (→ Rn. 485) eingeführten § 66c StGB, der Sicherungsverwahrten bereits während des Strafvollzugs gegenüber „normalen“ Häftlingen eine bevorzugte Resozialisierungsbehandlung ermöglichen soll, sind vermehrt Fälle denkbar, bei denen § 66 StGB gegenüber § 63 StGB die weniger beschwerende Maßregel ist. Die **zusätzliche Anordnung von Sicherungsverwahrung** (§ 72 Abs. 2 StGB) kommt neben der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus aber in Betracht, wenn auch nach Wegfall des von § 63 StGB vorausgesetzten Zustandes die Gefährlichkeit des Betroffenen auf Grund eines aus anderen Gründen gegebenen Hangs zu erheblichen Straftaten fortbestehen wird.²¹⁵

4. Mehrfache Anordnung des § 63 StGB

Der Umkehrschluss aus § 67f StGB zeigt, dass die Maßregel des § 63 StGB auch dann angeordnet werden kann, wenn die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bereits in einem früheren Verfahren ausgesprochen worden ist und seither vollzogen wird. Allerdings folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 62 StGB), dass die erneute Anordnung nur erfolgen darf, wenn sie auch erforderlich ist²¹⁶ (s. o. → Rn. 395).

²⁰⁹ MüKoStGB/van Gemmeren § 63 Rn. 25.

²¹⁰ Vgl. BGH v. 17.2.1999 – 2 StR 483/98, BGHSt 44, 369 (376); 23.11.1999 – 4 StR 486/99, StV 2001, 677; 14.12.2000 – 4 StR 334/00.

²¹¹ BGH v. 9.1.2007 – 1 StR 605/06, BGHSt 51, 191 (199).

²¹² BGHSt 5, 312 (314); BGH v. 25.6.1981 – 4 StR 513/81, NStZ 1981, 390 zu §§ 63, 66; 20.9.2011 – 1 StR 71/11, StV 2012, 83.

²¹³ BGH v. 19.12.2006 – 4 StR 530/06, NStZ-RR 2007, 138.

²¹⁴ BGH v. 21.12.1994 – 3 StR 347/94, BGHR StGB § 63 Konkurrenzen 3; 19.2.2002 – 1 StR 546/01, NStZ 2002, 533 (534); 14.5.2002 – 5 StR 138/02, NStZ-RR 2002, 230 (231).

²¹⁵ BGH v. 19.2.2002 – 1 StR 546/01, NStZ 2002, 533 (535).

²¹⁶ BGH v. 9.5.2006 – 3 StR 111/06, NStZ-RR 2007, 8; 17.9.2009 – 4 StR 325/09: die erneute Anordnung muss zur Erreichung des Maßregelziels der Besserung (Heilung) und Sicherung geeignet und erforderlich sein; 21.7.2010 – 5 StR 243/10; 9.4.2013 – 5 StR 58/13 Rn. 11. Ähnlich OLG München v. 9.11.2001 – 2 Ws 1223/01 unter Hinweis ua auf § 62 StGB und das Subsidiaritätsgebot. Weitergehend gegen die nochmalige Anordnung („regelmäßig nicht erforderlich“) BayObLG v. 22.6.2004 – 5 StR 121/04, NStZ-RR 2004, 295 (297).

- 429 Bei (vermindert) schuldfähigen Angeklagten, die (auch) zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden, kann²¹⁷ die Rechtfertigung der nochmaligen Unterbringungsanordnung darin liegen, dass hierdurch die Zeit der Unterbringung auch auf die neue Strafe angerechnet werden kann (§ 67 Abs. 4 StGB; § 54 Abs. 3 StVollstrO).²¹⁸ Dies dient der Erreichung des Maßregelziels, weil so eine gleichzeitige Aussetzung von Maßregel und Freiheitsstrafen möglich ist, was die Resozialisierung fördert.
- 430 In den übrigen Fällen (wenn aufgrund festgestellter oder nicht auszuschließender Schuldunfähigkeit keine Strafe verhängt wird) ist die nochmalige Unterbringungsanordnung jedenfalls dann erforderlich, wenn besonders schwerwiegende Straftaten (insbesondere Tötungsdelikte, Vergewaltigung, Kindesmissbrauch) begangen wurden. Zum einen hat die zweite Anordnung faktisch erhebliche Auswirkungen bei den nachfolgenden Überprüfungsverfahren (§ 67e StGB) der zunächst verhängten Unterbringung.²¹⁹ Die damit dokumentierte fortbestehende Gefährlichkeit wird so für alle Verfahrensbeteiligten klar erkennbar. Zwar kann grundsätzlich auch die Strafvollstreckungskammer bei den jährlichen Überprüfungsverfahren feststellen, ob erneute (für die Gefährlichkeitsprognose relevante) Straftaten begangen wurden. Das Strengbeweisverfahren des Tatgerichts ist hierfür aber der geeigneter Weg.²²⁰ Nicht selten bestreiten Untergebrachte erst nach vielen Jahren die von ihnen zunächst eingeräumten Taten. Es würde die Strafvollstreckungskammer überfordern, diese Taten dann nach so langer Zeit (ggf. in jedem Überprüfungsverfahren erneut) aufzuklären.²²¹ Zum anderen dient es dem Rechtsfrieden (→ Rn. 809), wenn solche schwerwiegenden Straftaten möglichst tatnah in (grundsätzlich öffentlicher) Hauptverhandlung festgestellt werden und nicht gänzlich ohne klar erkennbare staatliche Reaktion bleiben.
- 431 Schließlich ist eine Doppelanordnung auch dann erforderlich, wenn – was nicht selten der Fall ist – der für die Schuldbeeinträchtigung und Gefährlichkeit mitursächlichen psychischen Beeinträchtigung eine (teilweise) andere Diagnose zugrunde liegt als bei der früheren Unterbringungsanordnung.²²² Wird nämlich in einem späteren Überprüfungsverfahren (§ 67e StGB) sicher festgestellt, dass der „Zustand“, der zur Anordnung des § 63 StGB geführt hat, vollständig ausgeheilt ist, so ist die Maßregel für erledigt zu erklären (§ 67d Abs. 6 StGB); die Fortdauer kann nicht auf eine neu entdeckte, völlig andere²²³ psychische Beeinträchtigung gestützt werden (→ Rn. 417, 441).

²¹⁷ BGH v. 24.3.2015 – 1 StR 39/15 Rn. 11, StV 2016, 733 (734). Diese Argumentation greift allerdings nicht, wenn die neue Freiheitsstrafe bereits durch Anrechnung von Untersuchungshaft (§ 51) oder durch vollständigen Vorwegvollzug (§ 67 Abs. 2 StGB) vollständig verbüßt ist.

²¹⁸ BGH v. 14.7.2005 – 3 StR 216/05, BGHSt 50, 199 (202) mAnm *Pollabne* JR 2006, 316; 17.7.2012 – 4 StR 179/12, StraFo 2012, 369; 16.10.2014 – 3 StR 329/14 Rn. 11, StV 2015, 217 (218).

²¹⁹ BGH v. 14.7.2005 – 3 StR 216/05, BGHSt 50, 199 (204 f.); 3.6.2014 – 4 StR 85/14; 16.10.2014 – 3 StR 329/14 Rn. 6 bis 10, StV 2015, 217; 7.3.2017 – 1 StR 629/16.

²²⁰ Vgl. BVerfG v. 3.6.1992 – 2 BvR 1041/88, 2 BvR 78/89, BVerfGE 86, 288 (319) sowie EGMR v. 3.10.2002 – Beschwerde Nr. 37568/97, Fall *Böhmer* ./ Deutschland, StV 2002, 82. Vgl. auch *Radtke* NStZ 2010, 537 (542): Solche Entscheidungen der StVK sind der materiellen Rechtskraft in einer dem strafgerichtlichen Sachurteil vergleichbaren Weise nicht fähig.

²²¹ So ist zB im Fall OLG Hamm v. 5.4.2005 – 4 Ws 124 und 126/05 bei einer Unterbringung wegen Raubmordes ein Ermittlungsverfahren wegen eines 1982 begangenen weiteren Raubmordes gemäß § 154 StPO eingestellt worden. Der im Überprüfungsverfahren gemäß § 67e ergangene Beschluss des OLG Hamm aus 2005 enthält nun eine umfangreiche Beweiswürdigung dazu, dass der Untergebrachte auch diesen – inzwischen 23 Jahre zurückliegenden – Mord begangen hat.

²²² LG Kleve v. 14.3.2011 – 120 KLS 45/10, R & P 2011, 246, auch abrufbar unter www.nrwe.de.

²²³ Ein unzulässiges Austauschen der Anordnungsvoraussetzungen liegt nicht vor, wenn die Diagnosebezeichnung nur leicht variiert (etwa kombinierte Persönlichkeitsstörung statt dissozialer Persönlichkeitsstörung) oder die vom Tatgericht und von der StVK festgestellten Beeinträchtigungen dieselbe Wurzel („Defektquelle“) haben (OLG Köln v. 28.4.2010 – 2 Ws 218/10, NStZ-RR 2010, 325; vgl. auch BGH v. 24.6.2004 – 4 StR 210704, NStZ-RR 2004, 331 und OLG Bremen v. 24.9.2010 – Ws 90/10, R & P 2010, 50).

5. Vollstreckungsreihenfolge

Werden gleichzeitig eine (Freiheits-) Strafe und eine oder mehrere Maßregeln verhängt, so muss die Vollstreckungsreihenfolge festgelegt werden (§§ 67, 72 Abs. 3 StGB). Dabei ist der **Vorwegvollzug der Unterbringung** in dem Psychiatrischen Krankenhaus vor der Vollstreckung von Freiheitsstrafe der Regelfall, um sogleich mit der Behandlung des psychisch kranken Täters zu beginnen. Ausnahmsweise kann gemäß § 67 Abs. 2 StGB ein – in die Urteilsformel aufzunehmender und im Urteil eingehend zu begründender²²⁴ – Vorwegvollzug eines Teils oder der gesamten Freiheitsstrafe angeordnet werden, um beispielsweise so durch erhöhten „Leidensdruck“ die Therapiebereitschaft des Betroffenen zu fördern. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Förderung der Therapiemotivation integraler Bestandteil jeder Therapie ist; der Strafvollzug dürfte auch mit psychisch kranken Verurteilten häufig überfordert sein; zudem kann eine Änderung der Vollstreckungsreihenfolge auch noch später angeordnet werden (§ 67 Abs. 3 StGB). 432

6. Auswirkungen auf die Strafzumessung

Die (Freiheits-) Strafe und die freiheitsentziehende Maßregel verfolgen verschiedene Zwecke;²²⁵ sie können deshalb auch nebeneinander angeordnet werden. Aus der „**Zweispurigkeit**“ von Strafe und Maßregel (→ Rn. 389) ergibt sich, dass zwischen diesen Rechtsfolgen **grds. keine „Wechselwirkung“** besteht. Strafe und Maßregel sollen unabhängig voneinander bemessen bzw. verhängt werden.²²⁶ Eine strafmildernde oder -schärfende Berücksichtigung der Unterbringung würde zu einer Missachtung der Entscheidung des Gesetzgebers führen. Das sog. vikariierende System des § 67 StGB löst die Problematik des Nebeneinanders von Strafe und Maßregel in anderer Weise und lässt für die strafmildernde Berücksichtigung der Unterbringung keinen Raum.²²⁷ Andererseits gebieten es aus verfassungsrechtlicher Sicht das Grundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 62 StGB), dass (Freiheits-) Strafe und Maßregel einander so zugeordnet werden, dass die Zwecke beider möglichst weitgehend erreicht werden, ohne dabei in das Freiheitsrecht des Betroffenen mehr als notwendig einzugreifen; die Kumulierung beider Freiheitsentziehungen darf insgesamt nicht übermäßig sein.²²⁸ Ob dies generell oder zumindest in allen Fällen des (teilweisen oder vollständigen) Vorwegvollzugs der Maßregel²²⁹ (§ 67 Abs. 2 StGB) eine strafmildernde Berücksichtigung des „Gesamtübels“ erfordert, erscheint aus den vorgenannten Gründen fraglich. Eine Berücksichtigung bei der Strafzumessung ist zudem allenfalls innerhalb des Spielraums der schuldangemessenen Strafe zulässig; die Maßregel-

²²⁴ BGH v. 28.4.2016 – 4 StR 474/15, StV 2016, 736.

²²⁵ BVerfG v. 2.11.1994 – 2 BvR 298/92, NJW 1995, 1080 (1081): zu § 64 StGB; volle zeitliche Anrechnung nicht geboten.

²²⁶ BGH v. 7.10.1992 – 2 StR 374/92, BGHSt 38, 362 (365) zu § 64 StGB. Vgl. auch BVerfG v. 16.3.1994 – 2 BvL 3/90 ua, BVerfGE 91, 1 (32) = NStZ 1994, 578 zu §§ 64, 67: Jedenfalls eine volle zeitliche Anrechnung ist vom Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht geboten; andererseits darf die Kumulierung von Freiheitsstrafe und Maßregel insgesamt nicht zu einer übermäßigen Freiheitsentziehung führen.

²²⁷ Zurückhaltender Schönke/Schröder/Stree (27. Aufl.) StGB § 46 Rn. 71: Aus der Möglichkeit des Vikariierens von Strafen und Maßregeln lasse sich jedenfalls erkennen, dass eine völlige gegenseitige Ersetzung nicht in Betracht komme.

²²⁸ Zu §§ 64, 67 StGB: BVerfG v. 16.3.1994 – 2 BvL 3/90 ua, BVerfGE 91, 1 (31 f.) = NStZ 1994, 578 (579).

²²⁹ BGH v. 28.9.1984 – 2 StR 568/84, bei Theune StV 1995, 163. Vgl. 28.9.1984 – 2 StR 568/84, NStZ 1985, 91 zu §§ 64, 67 StGB. Ebenfalls zu §§ 64, 67 Abs. 2 29.6.1993 – 1 StR 352/93, bei Holtz MDR 1993, 1039: Der Vorwegvollzug „kann“ sich „im Einzelfall“ als zusätzliches Strafübel auswirken und dann Rückwirkungen auf die Höhe der Strafe haben.

anordnung darf selbstverständlich nicht zur Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe führen.²³⁰

- 434 Aus der Zweispurigkeit folgt auch, dass die Strafe nicht erhöht werden darf, weil von einer Unterbringung abgesehen wurde.²³¹
- 435 Bei der Bemessung der Strafe ist in Fällen, bei denen die §§ 21, 63 StGB eingreifen, daran zu denken, dass die Art der Tatausführung nicht strafscharfend berücksichtigt werden darf, soweit sie unverschuldete Folge des geistig-seelischen Defektes ist, der zur Anwendung des § 21 StGB geführt hat (→ Rn. 1025).²³² So ist auch die strafscharfende Berücksichtigung des hohen Gefährdungspotenzials der Tat nur zulässig, wenn der Angeklagte zu einer Einsicht in die besondere Gefährlichkeit seines Handelns in der Lage war.²³³ Entsprechendes gilt für Tatmotivation,²³⁴ die besondere kriminelle Energie,²³⁵ die Brutalität der Tatausführung²³⁶ und die Warnwirkung aufgrund der psychischen Beeinträchtigung ergriffener hoheitlicher Maßnahmen.²³⁷

IV. Verfahrensfragen²³⁸

- 436 Zur Unterbringungsanordnung im **Urteilstenor** → Rn. 1482, zur Darstellung in den **Urteilsgründen** → Rn. 1488.

1. Sachverständigengutachten

- 437 Wenn eine Unterbringung möglicherweise in Betracht kommt, sollte im Interesse der Verfahrensbeschleunigung (Art. 6 MRK) möglichst bereits im Ermittlungsverfahren gemäß § 80a StPO ein Sachverständiger hinzugezogen werden, ggf. in Kombination mit einer **Unterbringung zur Beobachtung gemäß § 81 StPO**. Beim Eingreifen der Anordnungsvoraussetzungen beider Vorschriften sollte aus diesem Grund auch der **einstweiligen Unterbringung gemäß § 126a StPO** gegenüber der Untersuchungshaft der Vorzug gegeben werden.²³⁹ Gelegentlich kann der Beschuldigte dabei bereits soweit stabilisiert werden, dass im Urteil eine Aussetzung der Unterbringung zur Bewährung (→ Rn. 424) ermöglicht wird. Kommt § 63 StGB in Betracht, wird es sich bei dem Sachverständigen zumeist um einen Psychiater handeln müssen.²⁴⁰ Spätestens in der Hauptverhandlung (in der die große Strafkammer gemäß § 76 Abs. 2 Nr. 2 GVG mit drei Berufsrichtern besetzt ist) ist die **Hinzuziehung eines Sachverständigen gemäß 246a StPO zwingend**. Dieser hat den damit einverständenen Beschuldigten selbst zu explorieren und darf dies nicht vollständig an Hilfspersonen delegieren.²⁴¹ Bei standardisierten

²³⁰ BGH v. 27.10.1970 – 1 StR 423/70, BGHSt 24, 132; 28.4.1992 – 1 StR 181/92, NStE Nr. 9 zu § 64.

²³¹ BGH v. 4.8.1965 – 2 StR 282/65, BGHSt 20, 264.

²³² BGH v. 17.11.1961 – 4 StR 373/61, BGHSt 16, 360 (364); 21.4.1998 – 1 StR 103/98, NJW 1998, 2986.

²³³ BGH v. 20.7.2010 – 5 StR 240/10 – Schwachsinn und Brandstiftung.

²³⁴ BGH v. 6.10.2009 – 3 StR 376/09 Rn. 8, insoweit in NStZ-RR 2010, 42 nicht abgedruckt.

²³⁵ BGH v. 8.1.2014 – 2 StR 514/13.

²³⁶ BGH v. 9.4.2014 – 5 StR 106/14; 3.2.2015 – 3 StR 541/14 Rn. 16.

²³⁷ BGH v. 25.4.2013 – 5 StR 104/13 Rn. 8, NStZ-RR 2013, 239.

²³⁸ Eine umfangreichere Darstellung der Verfahrensfragen im Zusammenhang mit § 63 StGB enthält MüKoStGB/van Gemmeren § 63 Rn. 81 bis 112.

²³⁹ Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 126a Rn. 2.

²⁴⁰ BGH v. 23.7.1975 – 2 StR 331/75, bei Dallinger MDR 1976, 17; aA Kruse NJW 2014, 514; im Regelfall ebenso Psychologische Psychotherapeuten.

²⁴¹ BGH v. 25.5.2011 – 2 StR 585/10. Vgl. auch 21.2.2017 – 1 StR 506/16 Rn. 15 (kein Verzicht auf Gutachten bei Verweigerung der Mitwirkung an der Exploration).

Prognoseinstrumenten (→ Rn. 455) ist darauf zu achten, ob sie für den vorliegenden Einzelfall tauglich sind.²⁴² Eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe aus Juristen, Psychiatern und Psychologen hat sehr hilfreiche **Mindestanforderungen für Schuld-²⁴³ und Prognosegutachten²⁴⁴** zusammengestellt. Zwar bleibt es grundsätzlich dem Sachverständigen überlassen, in welcher Art und Weise er sein Gutachten dem Gericht unterbreitet.²⁴⁵ Es muss aber jedenfalls transparent und nachvollziehbar sein, um eine Überprüfung durch die Verfahrensbeteiligten zu ermöglichen. Es ist nämlich das Recht und die Pflicht des Gerichts, sich gegenüber dem Sachverständigen die Selbständigkeit des Urteils zu bewahren (vgl. auch § 78 StPO). Das Gericht hat daher nicht nur reine Rechtsfragen wie zB die Erheblichkeit beim § 21 StGB, sondern insbesondere auch die Gefahrprognose beim § 63 StGB selbst zu treffen und darf dies nicht dem Sachverständigen überlassen.²⁴⁶ Daher ist das Gericht auch nicht gehindert, von dem Gutachten abzuweichen²⁴⁷ (zur Darstellung in den Urteilsgründen → Rn. 1488). Strafverfahren, bei denen die Verhängung einer Maßregel gemäß § 63 StGB im Raum steht, sind für eine Verständigung („deal“) **nach § 257c StPO nicht geeignet**.²⁴⁸ Nach dem eindeutigen Wortlaut dieses Verbots sowie seinem Sinn und Zweck (Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Tätern) gilt dies ua auch für die Frage, ob die Unterbringung zur Bewährung ausgesetzt werden kann (§ 67b StGB). Wegen des engen Zusammenhangs zwischen Schuldanspruch, Strafe und freiheitsentziehender Maßregel ist über die kaum zu isolierende Unterbringungsfrage hinaus das gesamte Verfahren für eine Verständigung nicht geeignet.²⁴⁹ Auch ein umfassendes Geständnis und allseitige Zustimmung dürfen kein Grund sein, von einer (unter Einschaltung eines Sachverständigen zu erfolgenden) naheliegenden Prüfung der §§ 20, 63 StGB abzusehen, zumal das Geständnis ggf. von einem schuldunfähigen Geisteskranken stammt.²⁵⁰ Angesichts des Gewichtes dieser zeitlich unbegrenzten Maßregel und der Bedeutung dieser Feststellungen für die Behandlung und das spätere Vollstreckungsverfahren darf auf die Aufklärung (§ 244 Abs. 2 StPO) der Tathintergründe und der Auswirkungen der Störung auf das bisherige Leben, die Vorstrafen und die Gefährlichkeit auch dann nicht verzichtet werden, wenn alle Verfahrensbeteiligten mit der Unterbringung nach § 63 StGB einverstanden sind.

2. Sicherungsverfahren

Nach § 71 Abs. 1 StGB kann das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus auch selbstständig anordnen, wenn das Strafverfahren wegen Schuld- oder Verhandlungsunfähigkeit des Täters undurchführbar ist. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften hierzu enthalten die §§ 413–416 StPO.²⁵¹ § 416 StPO ermöglicht die Überleitung vom Sicherungsverfahren ins Strafverfahren. Der umgekehrte Fall der Überleitung vom Strafverfahren in das Sicherungsverfahren kann nur bis zum Zwischenverfahren

²⁴² BGH v. 22.7.2010 – 3 StR 169/10, StraFo 2011, 62. Zum Umgang mit Prognoseinstrumenten vgl. *Boetticher/Dittmann/Nedopil/Nowara/Wolf*, NStZ 2009, 478.

²⁴³ *Boetticher/Nedopil/Bosinski/Saß* NStZ 2005, 57.

²⁴⁴ *Boetticher/Kröber/Müller-Isberner/Böhm/Müller-Metz/Wolf* NStZ 2006, 537.

²⁴⁵ BGH v. 30.7.1999 – 1 StR 618/98, BGHSt45, 164 (178) = NStZ 2000, 100 (zum Glaubhaftigkeitsgutachten).

²⁴⁶ BGH v. 23.9.2003 – 1 StR 343/03, NStZ-RR 2004, 7 (8). Ebenso – zur Prognose bei § 57 – BVerfG v. 27.6.2011 – 2 BvR 2135/10.

²⁴⁷ BGH v. 13.3.1985 – 3 StR 8/85, NStZ 1985, 421 (422); 13.9.2001 – 3 StR 333/01.

²⁴⁸ BGH v. 25.1.2012 – 5 StR 482/11, NStZ-RR 2012, 140.

²⁴⁹ BGH v. 22.6.2011 – 5 StR 226/11, StraFo 2011, 355; 25.1.2012 – 5 StR 482/11, NStZ-RR 2012, 140 (141).

²⁵⁰ Vgl. BGH v. 22.6.2011 – 5 StR 226/11, StraFo 2011, 355.

²⁵¹ Zum Urteilstenor und zur „Paragaphenkette“ im Sicherungsverfahren s. *MüKoStGB/van Gemmeren* § 64 Rn. 116 f.

erfolgen.²⁵² Nach Eröffnung des Hauptverfahrens ist dies nicht mehr möglich.²⁵³ Ergibt sich mithin erst im Laufe einer Hauptverhandlung die dauernde Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten, ist das Strafverfahren einzustellen. War der Angeklagte während der Tatausführung sicher oder nicht auszuschließbar schuldunfähig, so ist er freizusprechen und (ggf.) seine Unterbringung in einem Psychiatrischen Krankenhaus anzuordnen.

3. Vollstreckung und Überprüfung

439 Die Vollstreckung der Unterbringungsanordnung ist in § 463 StPO geregelt bzw. in den Maßregelvollzugsgesetzen der Länder.

440 Gemäß § 67e StGB ist spätestens alle zwölf Monate zu **überprüfen, ob eine Unterbringungsfortdauer erforderlich** ist. Zuständig hierfür ist die große Strafvollstreckungskammer (§§ 78a, 78b GVG), die den Untergebrachten hierzu – ggf. durch eines ihrer Mitglieder als beauftragten Richter²⁵⁴ – mündlich anzuhören hat. Der Vorsitzende hat dem Untergebrachten, der über keinen Wahlverteidiger verfügt, analog § 140 Abs. 2 StPO einen Pflichtverteidiger beizuordnen. Das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung erfordert eine Stellungnahme der Klinik zum bisherigen Vollzugsverhalten, aber nicht bei jeder Überprüfung auch ein externes Sachverständigengutachten.²⁵⁵ Spätestens alle drei Jahre bzw. nach sechs Jahren Unterbringung alle zwei Jahre²⁵⁶ ist ein externes Sachverständigengutachten einzuholen (§ 463 Abs. 4 StPO).²⁵⁷ Dabei kann und muss der Sachverständige von den Feststellungen des rechtskräftigen Urteils, durch das die Unterbringung angeordnet worden ist, ausgehen.²⁵⁸ Diese Regelgutachten ändern allerdings nichts daran, dass die Prognoseentscheidung nicht der Sachverständige, sondern das Gericht zu treffen hat. Für eine Fortdauer reicht es nicht aus, dass die Fortsetzung der Therapie für den Untergebrachten vorteilhaft ist. Vielmehr müssen alle vorstehend dargestellten Anordnungsvoraussetzungen des § 63 StGB nach wie vor vorliegen, insbesondere die negative Gefährlichkeitsprognose und die – mit zunehmender Dauer immer strenger zu prüfende – Verhältnismäßigkeit. Durch die 2016 erfolgte Neufassung des § 67d Abs. 6 StGB²⁵⁹ wurden die bei längerer

²⁵² BGH v. 6.6.2001 – 2 StR 136/01, BGHSt 47, 52.

²⁵³ BGH v. 23.3.2001 – 2 StR 498/00, BGHSt 46, 345 = JR 2001, 520 mAnm Gössele; 19.8.2009 – 1 StR 338/09; 21.6.2016 – 5 StR 266/16.

²⁵⁴ OLG Düsseldorf v. 15.3.2001 – 2 Ws 66/01, JMBL. NRW 2001, 216; 9.3.2011 – III-4 Ws 109/11; 25.2.2013 – III-2 Ws 51/13; HansOLG Hamburg v. 8.11.2002 – 2 Ws 186/02; Schleswig-Holsteinisches OLG v. 21.11.2002 – 1 Ws 295/02; OLG München v. 6.3.2013 – 1 Ws 99/13, StV 2014, 159; OLG Stuttgart v. 13.2.2015 – 2 Ws 230/14, NStZ-RR 2015, 230. Es obliegt der StVK in pflichtgemäßer Ausübung ihrer richterlichen Verantwortlichkeit darüber zu entscheiden, ob im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände die mündliche Anhörung des Untergebrachten von einem Kammermitglied oder durch die gesamte Kammer durchzuführen ist, wobei die Anhörung durch drei Richter nicht der Regelfall ist (OLG Düsseldorf v. 8.5.2006 – III-4 Ws 228/06). Wenn teilweise für Fallgestaltungen, bei denen eine Dreieranhörung zwingend sein soll, starre Regelwerke entwickelt wurden, finden diese im Gesetz keine Stütze und sind mit dem Gebot einer effektiven Strafrechtspflege kaum zu vereinbaren.

²⁵⁵ BVerfG v. 22.1.2015 – 2 BvR 2049/13, R & P 2015, 100 (102 f.). Zur Klinikstellungnahme vgl. Geyer ua NStZ 2017, 185.

²⁵⁶ Früher alle fünf Jahre; die Neufassung ist für am 1.8.2016 bereits anhängige Vollstreckungsverfahren gemäß Art. 3 EGStPO erst ab dem 1.8.2018 anwendbar.

²⁵⁷ Es reicht dabei aus, wenn ein externes Gutachten nach den Maßregelvollzugsgesetzen der Länder vorliegt (zB § 16 Abs. 3 MRVG NRW, die alle drei Jahre von der Klinik einzuholen sind). Die für die Maßregelvollzugseinrichtung geltenden Fristen nach Landesrecht bewirken keine Abänderung der nach Bundesrecht (StPO) für die StVK verbindlichen Frist. Unabhängig davon kann im Einzelfall die vorzeitige Beauftragung eines gerichtlichen Gutachters erforderlich werden.

²⁵⁸ Boetticher/Kröber/Müller-Isberner/Böhm/Müller-Metz/Wolf NStZ 2006, 537 (540, 542).

²⁵⁹ Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB und zur Änderung anderer Vorschriften v. 8.7.2016, BGBl. I, 1610; dazu Gesetzentwurf der Bundesregierung mit Begründung BT-Drs. 18/7244 v. 13.1.2016.