

# Praxis der Strafzumessung

Schäfer / Sander / van Gemmeren

7., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2024

ISBN 978-3-406-78083-7

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## II. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

### 1. Bedeutung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich – mit **Verfassungsrang** – bereits aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 GG. Der Gesetzgeber hat ihn zusätzlich in den für alle Maßregeln geltenden **§ 62 StGB** aufgenommen, um dem Grundsatz besonderen Nachdruck zu verleihen.<sup>8</sup> Er ist **bereits bei der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen** der jeweiligen Maßregel zu beachten. Insbesondere muss es sich im Rahmen der §§ 63, 64, 66 Abs. 1 Nr. 3, 70 Abs. 1 StGB bei den befürchteten Taten um „erhebliche“ handeln. So ist etwa eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB ausgeschlossen, wenn bei dem Täter lediglich die Gefahr besteht, dass er weiterhin Zechprellereien (§ 263 StGB) begeht.<sup>9</sup> Der Grundsatz ist nicht nur bei der Anordnung der Maßregel, sondern jeweils auch bei den **nachträglichen Entscheidungen** (etwa bei den regelmäßig gemäß § 67e StGB vorzunehmenden Überprüfungen der freiheitsentziehenden Maßregeln) zu beachten. Nicht gleichgesetzt werden darf der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit dem bei einigen Maßregeln bestehenden **Ermessen** (zB § 64 S. 1 StGB: „soll“; § 66 Abs. 2 und § 70 Abs. 1 StGB: „kann“). Wenn sich die Anordnung der Maßregel als unverhältnismäßig darstellt, darf sie nicht verhängt werden; ein Ermessen besteht dann nicht mehr. Das BVerfG leitet im Zusammenhang mit den Maßregeln aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz iVm Art. 2 Abs. 2 GG auch verfahrensrechtliche Anforderungen her: Der Entzug der persönlichen Freiheit muss auf einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung beruhen („**Gebot der bestmöglichen Sachaufklärung**“),<sup>10</sup> was sich einfachgesetzlich bereits aus § 244 Abs. 2 StPO ergibt. Zudem werden aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **erhöhte Begründungsanforderungen** hergeleitet. Mit dem immer stärker werdenden Freiheitseingriff wachse bei den Fortdauerentscheidungen gemäß §§ 67d Abs. 2, 67e, 63 StGB die Kontrolldichte; der Richter müsse seine Entscheidungsbegründung eingehender abfassen: Erforderlich seien Angaben zum Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Taten und zu deren Deliktstypus.<sup>11</sup> Selbstverständlich sollte bereits beim Tatgericht die Urteilsbegründung (→ Rn. 1480 ff.) der erheblichen Bedeutung der Maßregelanzahlung, die – insbesondere im Falle der Unterbringung – schwerwiegend in das Leben des Beschuldigten eingreift, Rechnung tragen.<sup>12</sup> Liegt lediglich ein relativ leichtes Anlassdelikt vor, sind die zu erwartenden Straftaten nicht so schwerwiegend oder handelt es sich hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit um einen Grenzfall, werden erhöhte Anforderungen an die Darlegung der Gefährlichkeit gestellt<sup>13</sup> (→ Rn. 416a, 1488).

### 2. Teilgebote

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinne umfasst drei Teilgebote. Jede in die subjektiven Rechte einer Person eingreifende staatliche Maßnahme (mithin auch jede Maßregelanzahlung) muss zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet und erforder-

<sup>8</sup> BVerfG 8.10.1985 – 2 BvR 1150/80 und 1504/82, BVerfGE 70, 297 (312) = NStZ 1986, 185.

<sup>9</sup> BGH 11.12.1991 – 5 StR 626/91, NStZ 1992, 178.

<sup>10</sup> BVerfG 26.8.2013 – 2 BvR 371/12, NJW 2013, 3228 (3229) Rn. 42.

<sup>11</sup> BVerfG 4.10.2012 – 2 BvR 442/12, NStZ-RR 2013, 72; 19.11.2012 – 2 BvR 193/12, StV 2014, 148 (150); 16.5.2013 – 2 BvR 2671/11, R & P 2013, 161; 5.7.2013 – 2 BvR 789/13.

<sup>12</sup> MüKoStGB/van Gemmeren § 63 Rn. 101 ff., § 64 Rn. 114 ff.

<sup>13</sup> BGH 9.4.2013 – 5 StR 120/13 Rn. 11, NJW 2013, 2043 (2044) = NStZ 2013, 613 mAnm Allgayer NStZ 2013, 559; 15.8.2013 – 4 StR 179/13 Rn. 15; 18.11.2013 – 1 StR 594/13 Rn. 13, NStZ-RR 2014, 75.

derlich sein; zudem darf der mit ihr verbundene Eingriff seiner Intensität nach nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zu den vom Betroffenen hinzunehmenden Einbußen stehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bzw. Übermaßverbot).<sup>14</sup>

### a) Geeignetheit

- 394 Ein staatliches Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der angestrebte Erfolg (hier der Zweck der Maßregel) gefördert werden kann. Ob der gewünschte Erfolg dann später tatsächlich eintritt, ist dabei nicht entscheidend.<sup>15</sup> Eine „Teileignung“ reicht aus; nur schlechthin ungeeignete Mittel verstoßen gegen dieses Teilgebot des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>16</sup>

### b) Erforderlichkeit

- 395 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert zudem, dass der Eingriff zur Erreichung des angestrebten Zwecks erforderlich ist; das ist der Fall, wenn kein milderes und gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des Zwecks vorhanden ist.<sup>17</sup> So darf ein Berufsverbot (Maßregel gemäß § 70 StGB) nur in dem Umfang ausgesprochen werden, in dem dies notwendig ist, um die Begehung weiterer Straftaten zu verhindern.<sup>18</sup> Beim sexuellen Missbrauch von ausschließlich männlichen Kindern durch einen Lehrer ist daher eine Einschränkung des Berufsverbots dahingehend zu prüfen, ob die Unterrichtung von Mädchen und Erwachsenen ihm weiterhin erlaubt werden kann.<sup>19</sup> Der Vorrang des weniger belastenden (milderen) Mittels (**Subsidiaritätsprinzip**) ist insbesondere bei den Unterbringungen gemäß §§ 63, 64 StGB zu beachten (→ Rn. 421). Wird eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt, ist die gleichzeitige Anordnung der Sicherungsverwahrung zu- meist überflüssig.<sup>20</sup> Bei der Entziehung der Fahrerlaubnis sind ggf. gemäß § 69a Abs. 2 StGB bestimmte Arten von Kraftfahrzeugen von der Sperre auszunehmen, wenn „der Zweck der Maßregel dadurch nicht gefährdet wird“ (→ Rn. 565). Letzteres ist bei der Prüfung der Erforderlichkeit immer zu beachten. Das mildere Mittel muss zumindest die gleiche Sicherheit bieten, wobei an die Zuverlässigkeit angesichts des überwiegenden Interesses der Allgemeinheit strenge Anforderungen zu stellen sind. Zu der Frage, ob bei bereits bestehender Unterbringung eine nochmalige Unterbringungsanordnung gemäß § 63 StGB erforderlich ist, → Rn. 428.

### c) Übermaßverbot

- 396 Schließlich muss die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung der betroffenen Grundrechte des Betroffenen (hier des Täters) stehen. Bei einer Gesamtabwägung (→ Rn. 401) zwischen der Schwere des Eingriffs und dem

<sup>14</sup> BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 ua, BVerfGE 65, 1 (54).

<sup>15</sup> BVerfG 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157 (173, 175).

<sup>16</sup> Michael JuS 2001, 654 (656).

<sup>17</sup> BVerfG 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157 (173, 176); 8.3.2011 – 1 BvR 47/05, StV 2011, 389; Kudlich JZ 2003, 127 (131).

<sup>18</sup> Sander NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer, 2002, 57 (60).

<sup>19</sup> BGH 17.2.1995 – 2 StR 13/95, BGHR StGB § 70 Abs. 1 Umfang, zulässiger 2. Entsprechend bei ausschließlich weiblichen Opfern BGH 16.1.2003 – 3 StR 454/02, StV 2004, 653 mAnm Kugler; 14.4.2011 – 4 StR 669/10 Rn. 45; 21.1.2014 – 3 StR 388/13, NStZ-RR 2014, 177.

<sup>20</sup> MüKoStGB/van Gemmeren § 62 Rn. 6; vgl. auch BGH 26.3.2012 – 5 StR 57/12; 17.4.2014 – 3 StR 355/13, NStZ-RR 2014, 207. Für die Zulässigkeit der Verhängung von lebenslanger Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung unter Hinweis auf Gesetzeswortlaut, Willen des Gesetzgebers und Möglichkeit des Wegfalls der Strafe in einem Wiederaufnahmeverfahren BGH 24.10.2013 – 4 StR 124/13, BGHSt 59, 56; 28.6.2017 – 5 StR 8/17, StV 2020, 6 (Ls) mAnm Köhne.

Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben. Die Maßnahme darf den Betroffenen nicht übermäßig belasten; das Mittel darf zu dem erstrebten Zweck nicht außer Verhältnis stehen<sup>21</sup> (Übermaßverbot bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Proportionalität oder Angemessenheit).

### 3. Einzelkriterien

Gemäß § 62 StGB darf eine Maßregel nicht angeordnet werden, „wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.“ 397

#### a) Bedeutung der begangenen Taten

Durch den Hinweis auf das Gewicht der Anlasstat soll verhindert werden, dass eine unbedeutende Tat als lediglich formaler „Aufhänger“ für die Anordnung einer schwerwiegenden Maßregel benutzt wird. Bei der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) sind die Anforderungen an die Schwere der Anlasstaten klar definiert. Bei der Führungsaufsicht gemäß § 68 StGB ist zumindest die Verwirkung einer halbjährigen Freiheitsstrafe erforderlich. Beim Berufsverbot muss die Anlasstat unter grober Verletzung der mit dem Beruf verbundenen Pflichten erfolgt sein. Ob bei den §§ 63, 64 StGB nicht nur die zu erwartende Straftat, sondern auch die bereits begangene Anlasstat „erheblich“ sein muss, ist umstritten.<sup>22</sup> Der Zweck der Maßregeln (→ Rn. 389) spricht dafür, dass der Prüfungsschwerpunkt beim Gewicht der zu befürchtenden zukünftigen Straftaten liegt. Aus dem klaren Wortlaut des § 62 StGB ergibt sich jedoch, dass auch die „Bedeutung der vom Täter begangenen Taten“ zu berücksichtigen ist. Hierzu zählen neben der Anlasstat auch eventuelle (noch verwertbare, zum Verwertungsverbot des § 51 BZRG bei getilgten Vorstrafen → Rn. 661; zur Ausnahme nach § 52 BZRG → Rn. 661a) Vorstrafen. Die Berechtigung des Abstellens (auch) auf vorangegangene Taten ergibt sich zudem aus der Überlegung, dass diese viel sicherer festgestellt werden können als drohenden Taten. Zudem ist die „durch die (begangene) Tat zutage getretene Gefährlichkeit“ (vgl. § 454 Abs. 2 StPO) oft der „festeste Punkt“ bei der mit vielen Unsicherheiten verbundenen Prognoseentscheidung hinsichtlich künftiger Gefährlichkeit. Gesichtspunkte bei der Frage, ob die begangene Tat ein ausreichendes Gewicht hat, sind dabei ua die Stellung des verletzten Rechtsguts in der Werteordnung des GG und das Ausmaß seiner Beeinträchtigung. Einen Hinweis kann auch die im betroffenen Straftatbestand angedrohte Höchststrafe geben. Auch die Frage, ob die Tat bereits längere Zeit zurückliegt, spielt eine Rolle.<sup>23</sup> Hat das Anlassdelikt geringeres Gewicht, so bedarf die Prognose, dass zukünftig erhebliche Taten drohen, einer besonders eingehenden Begründung (vgl. § 63 S. 2 StGB; → Rn. 416 f.). 398

#### b) Bedeutung der zu erwartenden Taten

Da der Zweck der Maßregeln nicht in der Bestrafung für das begangene Anlassdelikt, sondern – neben der Besserung des Täters – vorrangig<sup>24</sup> im Schutz der Allgemeinheit vor 399

<sup>21</sup> BVerfG 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157 (173, 178).

<sup>22</sup> Bejahend NK-Böllinger/Pollähne StGB § 63 Rn. 65; aA BGH 23.1.1986 – 4 StR 620/85, NStE Nr. 1 zu § 63 StGB; 21.4.1971 – 2 StR 82/71, BGHSt 24, 134 zu §§ 42a, 42b aF StGB; 23.1.1986 – 4 StR 620/85, NStZ 1986, 237; 12.6.2008 – 4 StR 140/08; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig StGB § 63 Rn. 8.

<sup>23</sup> Vgl. BGH 28.4.1970 – 1 StR 82/70, NJW 1970, 1242.

<sup>24</sup> MüKoStGB/van Gemmeren § 61 Rn. 1.

weiteren (zukünftigen) Straftaten des Täters liegt, kommt den zu erwartenden Taten eine größere Bedeutung zu als der Anlasstat. Während bei der weniger einschneidenden Führungsaufsicht insoweit lediglich die Gefahr von „weiteren Straftaten“ bestehen muss, verlangen die stärker belastenden Maßregeln gemäß §§ 63, 64, 66 Abs. 1 Nr. 3, 70 StGB die Gefahr der zukünftigen Begehung „erheblicher Taten“. Erheblich sind die zu befürchtenden Straftaten, wenn sie erhöht gefährlich sind oder der Rechtsfrieden durch die neuen Taten schwer gestört würde.<sup>25</sup> Die Anforderungen an die Erheblichkeit sind umso größer, je stärker die Maßregel den Betroffenen belastet. In der Regel belastet ein Berufsverbot weniger als eine Unterbringung; die zeitlich begrenzte Unterbringung gemäß § 64 StGB weniger als § 63 StGB und § 63 StGB weniger als die Sicherungsverwahrung als „ultima ratio“. Sind zukünftig lediglich Straftaten zu erwarten, die der „Kleinkriminalität“ zuzurechnen sind und in ihrem Gewicht eher „bloße Belästigungen“ darstellen, so scheidet sowohl Berufsverbot als auch Unterbringung aus; Straftaten der „mittleren Kriminalität“ genügen dagegen – anders als bei § 66 StGB – für eine Unterbringung gemäß §§ 63, 64 StGB.<sup>26</sup> Neben dem Gewicht des betroffenen Straftatbestandes spielen die **Häufigkeit** neuerlicher Delikte (zu erwartende „Serienstraftaten“) und die **Intensität** der zu erwartenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen eine Rolle.<sup>27</sup> Wenn Gesetzgeber und BVerfG<sup>28</sup> im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vermehrt genaue Angaben zum Deliktstypus und zum Umfang der seelischen Schäden beim Opfer (vgl. § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB) verlangen, darf trotz der kaum zu unterschätzenden Prognoseschwierigkeiten nicht – wie vielfach zu beobachten ist – ausschließlich auf das Anlassdelikt abgestellt werden. So ist trotz der relativ niedrigen Strafobergrenze bei einer Sachbeschädigung durch einen „zündelnden“ Täter die zeitlich unbefristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus verhältnismäßig, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit zukünftig auch die Inbrandsetzung von Wohnhäusern (§ 306a StGB) droht. Gleiches gilt für die Bedrohung nach § 241 StGB (Strafobergrenze ein Jahr), wenn die konkrete Gefahr besteht, dass der Täter seine Morddrohungen demnächst verwirklichen wird (§ 211 StGB).

### c) Grad der Gefahr

400 Da die abstrakte Gewichtung der betroffenen Rechtsgüter (in den vorgenannten Beispielfällen die Freiheit des Beschuldigten und das Leben der potentiellen Tatopfer) nahezu immer zu Lasten des Beschuldigten ausfallen würde, ist die Gesamtabwägung zu ergänzen durch die – äußerst schwierige – Prognose, wie hoch der Grad der Wiederholungsgefahr ist, und die Frage, mit welcher Sicherheit diese Prognose gestellt werden kann. Der Grad der vom Täter ausgehenden Gefahr betrifft die Wahrscheinlichkeit, mit der sich die Gefahr der zu befürchtenden weiteren Straftaten realisieren könnte. Für die Gefahr weiterer Straftaten muss eine „**Wahrscheinlichkeit höheren Grades**“ bestehen.<sup>29</sup> Eine lediglich „latente“ Gefahr und die – nahezu immer gegebene – bloße Möglichkeit zukünftiger Straftaten reichen nicht aus.<sup>30</sup> Schon der Gesetzeswortlaut weist darauf hin, dass die Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit bei den einzelnen Maßregeln unterschiedlich sind („wenn die Gesamtwürdigung ... die Gefahr erkennen lässt“ in § 70

<sup>25</sup> BGH 7.1.1997 – 5 StR 508/96, NStZ-RR 1997, 230; 14.2.2001 – 3 StR 455/00.

<sup>26</sup> BGH 17.8.1977 – 2 StR 300/77, BGHSt 27, 246 (248); 14.2.2001 – 3 StR 455/00; 15.8.2007 – 2 StR 309/07, NStZ 2008, 210 (212). Beim zeitlich unbegrenzten § 63 ist bei der Gefahr „lediglich“ mittelschwerer Straftaten jedoch die Verhältnismäßigkeit besonders zu begründen; vgl. BGH 19.2.1998 – 5 StR 17/98, StV 1999, 489.

<sup>27</sup> BGH 11.8.2011 – 4 StR 267/11.

<sup>28</sup> Etwas BVerfG 21.4.2015 – 2 BvR 2462/13, NStZ-RR 2016, 9 (zur Fortdauerentscheidung bei § 63).

<sup>29</sup> BGH 11.7.1986 – 3 StR 274/86, NStZ 1986, 572; 21.9.2000 – 1 StR 124/00, NStZ-RR 2001, 238.

<sup>30</sup> BGH 8.7.1999 – 4 StR 283/99, NStZ 1999, 610 (611).

StGB; „wenn die Gesamtwürdigung ... ergibt, dass ... Taten zu erwarten sind“ in § 63 StGB). Dies folgt zudem aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der je nach der Schwere des Eingriffs ggf. erhöhte Anforderungen an die Sicherheit der Prognose stellt. Angesichts der ohnehin außerordentlich großen Schwierigkeit jeder Gefahrprognose macht es allerdings innerhalb der jeweils zu prüfenden Vorschrift zumeist keinen Sinn, die dort festgestellte Gefährlichkeit gegenüber den für die anderen Maßregeln erforderlichen Gefahrgraden abzugrenzen. Vorzunehmen ist jeweils eine einzelfallbezogene Gesamtwürdigung im Hinblick auf den jeweiligen Täter.

#### 4. Gesamtabwägung

Für die Feststellung der Verhältnismäßigkeit ist eine Gesamtabwägung der drei vorstehend genannten Kriterien erforderlich; sie sind zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen.<sup>31</sup> Es besteht zwischen allen Merkmalen eine gewisse Wechselwirkung. So bedarf bei weniger gewichtigen Anlasstaten die Gefährlichkeitsprognose einer besonders eingehenden Prüfung.<sup>32</sup> Dabei kann aber eine fehlende Tatbestandsvoraussetzung einer Maßregel nicht durch die übermäßige Erfüllung einer anderen Anordnungsvoraussetzung kompensiert werden. Der Gesamtabwägung bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt nämlich eine begrenzende Funktion zu.<sup>33</sup> Gesichtspunkte des Schuldausgleichs und der Sühne müssen dabei außer Betracht bleiben. Unzulässig ist auch die zum Nachteil des Betroffenen erfolgende Berücksichtigung zulässigen Verteidigungsverhaltens<sup>34</sup> oder fehlender Reue.<sup>35</sup> Bei der Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ist etwa von Bedeutung, wie lange dieser Eingriff bereits andauert (zB monatelange einstweilige Unterbringung gemäß § 126a StPO). Die Möglichkeit der baldigen Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel zur Bewährung kann lediglich dann ins Gewicht fallen, wenn dafür gewichtige Anhaltspunkte vorliegen. Nicht selten werden im Fall der Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB insoweit vom (für das weitere Verfahren gar nicht mehr zuständigen) Tatgericht oder von mit der konkreten Ausgestaltung des Maßregelvollzuges offenbar nicht vertrauten Sachverständigen Erwartungen geweckt, die sich später im Vollstreckungsverfahren als unrealistisch herausstellen und sodann für die Therapiemotivation des Betroffenen abträglich sind. Eine gewichtige Rolle bei der Gesamtabwägung spielt es, welche Grundrechte betroffen sind und ob deren Schranken eingreifen.<sup>36</sup> Im Rahmen dieser aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips erforderlichen Gesamtwürdigung sind auch die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (MRK) in ihrer Ausformung durch den EGMR einzubeziehen.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> BGH 21.4.1971 – 2 StR 82/71, BGHSt 24, 135; 6.6.2001 – 2 StR 136/01, insoweit in BGHSt 47, 52 nicht veröffentlicht.

<sup>32</sup> BGH 7.12.1999 – 4 StR 485/99.

<sup>33</sup> NK-Böllinger/Pollähne StGB § 62 Rn. 2.

<sup>34</sup> OLG Celle 14.7.1983 – 1 Ss 387/83, DAR 1984, 93 zu § 69.

<sup>35</sup> BGH 25.2.2000 – 2 StR 555/99, StV 2002, 19 (fehlende Schuldeinsicht und § 66 StGB).

<sup>36</sup> Dessecker, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit, S. 352.

<sup>37</sup> BGH 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 440/10 und 474/10 Rn. 41, BGHSt 56, 73; BVerfG 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 ua Rn. 94, NJW 2011, 1031 (1936).

## B. Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB)

### I. Zweck

402 Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus dient dem **Schutz der Allgemeinheit** vor auch in Zukunft gefährlichen Straftätern.<sup>38</sup> Diese sollen zudem durch die Maßregelvollzugsbehandlung von dem dauernden Zustand, der zur Unterbringung führte, **geheilt oder** in ihrem (unheilbaren) Zustand (lediglich) **gepflegt**<sup>39</sup> werden (vgl. auch § 136 StVollzG). Durch heilende oder bessernde Einwirkung auf den Täter sowie durch seine Verwahrung soll die von ihm ausgehende Gefahr weiterer Taten abgewendet oder verringert werden.<sup>40</sup> Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt eine Erfolgsaussicht der Therapie jedoch nicht zwingend voraus. Von § 63 StGB sind nämlich auch solche Täter erfasst, bei denen die Aussicht auf Besserung von vorneherein zweifelhaft oder sogar ausgeschlossen ist.<sup>41</sup> Denn mit der Unterbringung nach § 63 StGB wird – im Gegensatz zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (vgl. § 64 S. 2 StGB) – notfalls auch lediglich ein bloßer Sicherungszweck verfolgt.<sup>42</sup> Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus dauert daher fort, solange die Anordnungsvoraussetzungen (insbesondere die vom Betroffenen ausgehende Gefährlichkeit und die bei andauerndem Vollzug immer strenger zu prüfende Verhältnismäßigkeit) vorliegen (vgl. § 67d Abs. 2 u. 6 StGB). Notfalls dauert sie lebenslang – was in der Praxis durchaus vorkommt.<sup>43</sup> Bestehen keine Heilungsaussichten, so ist die Belastung durch die Unterbringung beim Betroffenen allerdings höher, was im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist.<sup>44</sup> Andererseits rechtfertigen beim Täter, von dem keine Gefahr erheblicher Straftaten (mehr) ausgeht, allein das Bestehen einer fortdauernden psychischen Störung und deren Behandlungsbedürftigkeit keine strafrechtliche Unterbringung.<sup>45</sup> Der Maßregelvollzug ist nämlich nicht darauf ausgerichtet, aus dem Untergebrachten einen „völlig neuen Menschen“ zu machen. Er soll lediglich keine Straftaten mehr begehen. Dazu muss er lernen, seine Impulse zum delinquenten Verhalten unter Kontrolle zu halten.<sup>46</sup>

<sup>38</sup> BGH 19.2.2002 – 1 StR 546/01, NStZ 2002, 533 (534).

<sup>39</sup> BGH 17.5.1983 – 5 StR 182/83, NStZ 1983, 429; 19.2.2002 – 1 StR 546/01, NStZ 2002, 533 (534); 21.4.2021 – 1 StR 447/20 Rn. 19., NStZ-RR 2021, 292 (294)

<sup>40</sup> BGH 25.7.1985 – 1 StR 241/85, BGHSt 33, 285 = NStZ 1986, 139; 8.9.1998 – 1 StR 384/98, NStZ-RR 1999, 44.

<sup>41</sup> BGH 8.9.1998 – 1 StR 384/98, NStZ-RR 1999, 44; 20.9.2011 – 1 StR 71/11 Rn. 23, StV 2012, 83 (84).

<sup>42</sup> BGH 19.2.2002 – 1 StR 546/01, NStZ 2002, 533 (534). So schon BGH 4.10.1977 – 1 StR 444/77, bei Holtz MDR 1978, 110: § 63 StGB dient „in erster Linie dem Schutz der Öffentlichkeit vor weiter zu erwartenden Rechtsgutverletzungen, nicht der Heilung dieser Personen von ihrem Leiden, so sehr diese als Nebenzweck auch erwünscht sein mag“.

<sup>43</sup> Nach Kröber, Psychiatrische Beurteilung, 2001, S. 147 f. bei etwa 10 % der gemäß § 63 Untergebrachten („kaschierte Form der Sicherungsverwahrung“). Ebenso Kröniger BewHi 2005, 257 (265: 9,4 %). Leygraf R & P (Recht & Psychiatrie) 2002, 3: zwischen 9 und 12 %.

<sup>44</sup> Eisenberg NStZ 2004, 240 (242).

<sup>45</sup> BGH 18.3.2008 – 4 StR 6/08 Rn. 6; 22.7.2020 – 1 StR 166/20 Rn. 8, NStZ-RR 2020, 307.

<sup>46</sup> Vgl. Kröber, Psychiatrische Beurteilung, 2001, S. 147 (155): „Nicht Heilung, sondern hinreichende Selbstkontrolle“.

## II. Voraussetzungen

Die Unterbringung gemäß § 63 StGB ist zwingend anzuordnen, wenn die folgenden **fünf Voraussetzungen** erfüllt sind: 403

- (1) Anlasstat
- (2) Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB)
- (3) Symptomatischer Zusammenhang zwischen (1.) und (2.)
- (4) Gefährlichkeit infolge des Zustandes (negative Gefährlichkeitsprognose)
- (5) Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB)

### 1. Anlasstat

Erste Anordnungsvoraussetzung ist das Vorliegen einer „**rechtswidrigen Tat**“, der sog. Anlasstat. Nach der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist eine „rechtswidrige Tat nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt“. Ausreichend sind auch versuchte Straftaten (wenn der Versuch strafbar ist), Fahrlässigkeitsdelikte,<sup>47</sup> Straftaten nach § 323a<sup>48</sup> StGB (Vollrausch) oder Teilnahmehandlungen. Ordnungswidrigkeiten oder – etwa durch Notwehr<sup>49</sup> (§ 32 StGB) – gerechtfertigte Straftaten genügen dagegen als Anlasstat nicht. Reagiert etwa der Beschuldigte nach Androhung einer Fixierung<sup>50</sup> mit massiven Gewalttätigkeiten, so muss das Urteil Ausführungen dazu enthalten, ob die Fixierung rechtmäßig erfolgte und mithin seine Gegenwehr nicht durch Notwehr gerechtfertigt war.<sup>51</sup> Außer der Schuldfähigkeit (§ 20 StGB) müssen alle Voraussetzungen für eine Bestrafung wegen der Anlasstat vorliegen. Dies folgt aus § 71 StGB. Nach dieser Vorschrift ist die selbstständige Anordnung der Maßregel zulässig, wenn das Strafverfahren wegen Schuld- oder Verhandlungsunfähigkeit undurchführbar ist. Dies bedeutet, dass andere Gründe der Durchführung des Strafverfahrens nicht im Wege stehen dürfen. Eine für § 63 StGB ausreichende Anlasstat ist mithin nur gegeben, wenn ein ggf. erforderlicher **Strafantrag**<sup>52</sup> gestellt ist und beim Versuch kein strafbefreiender **Rücktritt** vorliegt.<sup>53</sup> Ebenso muss der Täter **zumindest 14 Jahre alt** (§ 19 StGB) und es darf noch keine **Verjährung** eingetreten sein. 404

Bei Vorsatzdelikten muss dementsprechend auch der **subjektive Tatbestand (Vorsatz)** erfüllt sein<sup>54</sup> (bzw. die sog. subjektive Fahrlässigkeit bei Fahrlässigkeitsdelikten). Ausreichend ist ein sog. natürlicher Vorsatz.<sup>55</sup> Art und Grad der Gefährlichkeit der Tathand- 405

<sup>47</sup> BGH 5.3.2008 – 5 StR 424/07 Rn. 7 (eingehende Prognoseprüfung erforderlich); Meyer JuS 2014, 408 (409).

<sup>48</sup> BGH 18.5.1995 – 5 StR 239/95, NStZ 1996, 41; 12.10.2000 – 5 StR 407/00; 5.8.2003 – 4 StR 147/03, NStZ 2004, 96 mAnm Neumann NStZ 2004, 198 (zur gleichen Sache BGH 8.1.2004 – 4 StR 147/03, StV 2005, 21).

<sup>49</sup> BGH 18.12.2001 – 1 StR 268/01, NStZ 2002, 275; 29.1.2003 – 2 StR 529/02; 8.8.2002 – 3 StR 239/02; 8.9.2020 – 4 StR 288/20, StV 2021, 236.

<sup>50</sup> Zu den nach BVerfG 24.7.2018 – 2 BvR 502/16, NJW 2018, 2619 erforderlich gewordenen gesetzlichen Neuregelungen zur Fixierung vgl. Baur NJW 2019, 2273.

<sup>51</sup> BGH 30.5.2018 – 1 StR 36/18 Rn. 17, NStZ-RR 2018, 368 (nur Ls).

<sup>52</sup> BGH 12.6.1990 – 1 StR 216/90, BGHR StGB § 63 Tat 3; 12.8.2008 – 4 StR 340/08 Rn. 3; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig StGB § 63 Rn. 9.

<sup>53</sup> BGH 28.10.1982 – 4 StR 472/82, BGHSt 31, 132 = NStZ 1983, 139 (Ls.); 7.4.2021 – 6 StR 128/21 Rn. 6; 10.8.2022 – 1 StR 234/22, NStZ-RR 2022, 372.

<sup>54</sup> BGH 14.3.1989 – 1 StR 810/88, bei Detter NStZ 1989, 471 f.; 10.10.2001 – 3 StR 305/01; einschränkend Schönke/Schröder/Stree/Kinzig StGB § 63 Rn. 5. Vgl. BGH 10.5.2016 – 4 StR 185/16, StV 2016, 719 (720): bei § 224 muss sich der Vorsatz auch auf das qualifizierende Merkmal beziehen.

<sup>55</sup> BGH 11.11.1952 – 1 StR 510/52, BGHSt 3, 287.



lung gestatten regelmäßig Rückschlüsse auf einen entsprechenden (natürlichen) Vorsatz des Täters.<sup>56</sup> So liegt bei den – häufig vorkommenden – „Zündeleyen“ in Suizidabsicht ggf. neben einer Sachbeschädigung auch eine (versuchte oder vollendete) schwere Brandstiftung vor. Um die Selbsttötung durch Feuerlegen zu bewirken, bedarf es nämlich typischerweise entweder einer starken Brandentwicklung oder der Bildung umfangreicher toxischer Rauchgase.<sup>57</sup> Auch vor der Tat erfolgte Drohungen haben großes Gewicht. Die nach der Tat erfolgte Beteuerung, er habe ausschließlich in Selbstverletzungsabsicht gehandelt, steht der Feststellung (auch) einer vorsätzlichen Fremdgefährdung bzw. Fremdschädigung nicht zwingend entgegen. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zugunsten des Beschuldigten Geschehensabläufe (bzw. das Fehlen eines natürlichen Vorsatzes) zu unterstellen, für deren Vorliegen außer den nicht widerlegbaren, aber auch durch nichts gestützten Angaben des Beschuldigten keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte bestehen.<sup>58</sup> Feststellungen zu den inneren Merkmalen der Tat sind im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Unterbringungsanordnung insbesondere bei solchen Taten von großem Gewicht, bei denen die innere Willensrichtung dafür entscheidend ist, ob sie als Versuch eines Verbrechens oder als Vergehen zu werten sind.<sup>59</sup> Aus den vorgenannten Gründen ist die Unterbringung grds. ausgeschlossen, wenn ein Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB), ein unvermeidbarer Verbotsirrtum (§ 17 StGB) oder ein sog. Erlaubnistatbestandsirrtum<sup>60</sup> vorliegt. Eine Ausnahme ist insoweit jedoch bei **durch den „Zustand“ iS der §§ 20, 21 StGB bedingten Fehlvorstellungen** zu machen (str.). Solche „krankheitsbedingten“<sup>61</sup> Irrtümer, die einem geistig Gesunden nicht unterlaufen wären, sind im Rahmen des § 63 StGB unbeachtlich.<sup>62</sup> Im Hinblick auf den Schutzzweck des § 63 StGB<sup>63</sup> (Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten) dürfen die besonders gefährlichen Täter nicht vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen werden, die etwa infolge einer zur Schuldunfähigkeit führenden psychischen Erkrankung bei Fahrlässigkeitstaten die Gefährlichkeit ihres Tuns nicht erkennen oder im Verfolgungswahn vermeintliche Angreifer verletzen. Dagegen sind nicht durch den „Zustand“ verursachte Fehlvorstellungen, denen ggf. auch ein voll schuldfähiger Täter unterlegen wäre, beachtlich.<sup>64</sup>

406 Ob nicht nur die zu erwartenden Straftaten (→ Rn. 399), sondern auch die bereits begangene **Anlasstat „erheblich“** sein muss, ist umstritten.<sup>65</sup> Der Zweck der Maßregel (→ Rn. 389, 402) spricht dafür, dass es vorrangig auf das Gewicht der zu befürchtenden

<sup>56</sup> BGH 21.2.2017 – 1 StR 618/16 Rn. 16.

<sup>57</sup> BGH 21.2.2017 – 1 StR 618/16 Rn. 16.

<sup>58</sup> BGH 26.10.2016 – 2 StR 275/16 Rn. 12; 21.2.2017 – 1 StR 618/16 Rn. 19.

<sup>59</sup> BGH 11.7.2019 – 3 StR 254/19 Rn. 6.

<sup>60</sup> BGH 29.5.1991 – 3 StR 148/91, NStZ 1991, 528.

<sup>61</sup> Der Begriff „krankheitsbedingt“ ist ungenau, da der „Zustand“ iS der §§ 20, 21, 63 StGB nicht in allen Fällen „Krankheitswert“ haben muss; vgl. BGH 13.7.1989 – 4 StR 308/89, BGHR StGB § 63 Ablehnung 1.

<sup>62</sup> BGH 9.7.1957 – 5 StR 199/57, BGHSt 10, 355; 25.8.1982 – 3 StR 247/82, bei Holtz MDR 1983, 90 (betreffend einen wegen paranoider Psychose schuldunfähigen Zechpreller, der infolge von Wahnvorstellungen glaubte, über ein Millionenguthaben zu verfügen); 29.1.2003 – 2 StR 529/02; 27.8.2003 – 1 StR 327/03, NStZ-RR 2004, 10: Annahme des § 33 StGB schließt § 63 StGB nicht aus, wenn die Furcht Folge des seelischen Zustandes iS der §§ 20, 21 StGB war; 24.6.2008 – 3 StR 222/08, NStZ-RR 2008, 334; 11.10.2011 – 3 StR 344/11 Rn. 9; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig StGB § 63 Rn. 7; aA NK-Böllinger/Pollähne StGB § 63 Rn. 69.

<sup>63</sup> BGH 18.6.2014 – 5 StR 189/14.

<sup>64</sup> BGH 29.5.1991 – 3 StR 148/91, NStZ 1991, 528.

<sup>65</sup> Bejahend NK-Böllinger/Pollähne StGB § 63 Rn. 73; aA BGH 23.1.1986 – 4 StR 620/85, NStE Nr. 1 zu § 63 StGB; 21.4.1971 – 2 StR 82/71, BGHSt 24, 134 zu §§ 42a StGB, 42b aF; 23.1.1986 – 4 StR 620/85, NStZ 1986, 237; 18.3.2008 – 4 StR 6/08 Rn. 5; 12.6.2008 – 4 StR 140/08 Rn. 17, NStZ 2008, 563.