

## Erledigung der Unterbringung und nachträgliche Sicherungsverwahrung<sup>1</sup>

Matthias Koller

Seit dem Juli 2004 enthält das Strafgesetzbuch zwei eng miteinander verknüpfte neue Bestimmungen: § 67 d Abs. 6 StGB regelt zum ersten Mal ausdrücklich die Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus wegen Fehlunterbringung und wegen Unverhältnismäßigkeit und übernimmt damit eine schon seit vielen Jahren bestehende Gerichtspraxis. Gänzlich neu ist die Regelung des § 66 b Abs. 3 StGB, die die nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung ermöglicht, wenn die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus wegen fehlender (diagnostischer) Voraussetzungen für erledigt erklärt worden ist. Beide neuen Regeln sind im Grundsatz zu begrüßen. Allerdings darf insbesondere die gesetzliche Anerkennung der Erledigung wegen Fehlunterbringung nicht dazu verführen, den Behandlungs- und Besserungsauftrag der Psychiatrie-Unterbringung zu unterlaufen und namentlich schwierige Patienten voreilig aus dieser Unterbringung in die nachträgliche Sicherungsverwahrung »abzuschieben«. Der vorliegende Beitrag schlägt deshalb und aus weiteren Gründen eine enge Auslegung des Erledigungstatbestands vor. In einem Ausblick werden außerdem einige wichtige Voraussetzungen für die nachträgliche Sicherungsverwahrung vorgestellt.

**Schlüsselwörter:** Maßregelvollzug, forensische Psychiatrie, Fehlunterbringung, Verhältnismäßigkeit, Erledigungserklärung, nachträgliche Sicherungsverwahrung

### Termination of a Hospital Order and Subsequent Placement in Preventive Detention

Since July 2004 the German penal code provides two closely connected new regulations: section 67 d prescribes that detention in a psychiatric hospital has to be terminated if the patient appears wrongly placed in the institution or if further detention would be disproportional. In so far the new regulation follows recent case law. On the other hand, section 66 b enables the courts to order subsequent placement in preventive detention if the hospital order had to be terminated due to the diagnostic conditions not being met (anymore). This provision is new. Both regulations appear helpful and necessary. However, the new provision on terminating hospital orders may lead to forensic psychiatric hospitals trying to get rid of difficult patients in contrast to their legal obligation to provide treatment and rehabilitation. The authors recommend a restrictive interpretation of the new regulation. The conditions for subsequent placement in preventive detention are reviewed.

**Key words:** Forensic psychiatry, hospital order, preventive detention, German penal code

### Zur Einführung

Zugleich mit der Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung hat der Gesetzgeber im Juli 2004 eine Bestimmung in das Strafgesetzbuch eingefügt, die erstmals ausdrücklich die Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus regelt, wenn sich die (weitere) Maßregelvollstreckung sachlich als nicht (mehr) begründet oder rechtlich als unverhältnismäßig erweist.<sup>2</sup> Der neue § 67 d Abs. 6 StGB schreibt vor, dass die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus – zwingend – für erledigt zu erklären ist, wenn das Gericht nach Beginn der Vollstreckung feststellt, »dass die Voraussetzungen der Maßregel nicht mehr vorliegen oder die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismäßig wäre«.

Die Erledigungsoption ergänzt das gesetzliche Angebot an »Auswegen« aus der vollzogenen Maßregelunterbringung nach § 63 StGB. Denn bisher war von Gesetzes wegen nur die Möglichkeit vorgesehen, die weitere Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 67 d Abs. 2 StGB zur Bewährung auszusetzen. Nach dieser Bestimmung muss dem Untergebrachten eine Bewährungschance in Freiheit eingeräumt werden, »wenn zu erwarten ist, dass [er] außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Ta-

ten mehr begehen wird«, wenn es im Unterbringungsverlauf also gelungen ist, seine Gefährlichkeitsprognose wesentlich zu verbessern, und das verbleibende Restrisiko daher vertretbar gering ausfällt.<sup>3</sup> Freilich steht diese Bewährungschance unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass sich die positive Sozial-, Behandlungs- und Legalprognose im Nachhinein als zu optimistisch erweist und daher ein Widerrufsgrund nach § 67 g StGB vorliegt. Im Unterschied dazu ermöglicht der neue § 67 d Abs. 6 StGB künftig eine unwiderrufliche<sup>4</sup> Beendigung

- 1 Der folgende Beitrag führt Überlegungen fort, die ich bereits in der Festschrift für Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag zu Fragen der »Erledigung der Unterbringung nach § 63 StGB« angestellt hatte, vgl. KOLLER (2006).
- 2 Gesetz vom 23. Juli 2004, BGBl. I S. 1838.
- 3 Vgl. dazu näher KOLLER (2005 a); insbesondere zum Maßstab des »vertretbaren Restrisikos« vgl. z. B. BVerfG, NJW 1998, 2202, 2203; ferner KG Berlin, NStZ 1999, 319; OLG Celle, NStZ-RR 1999, 179; OLG Köln, StV 2001, 30; OLG Saarbrücken, NJW 1999, 438.
- 4 Ganz h. M.: OLG Hamm, NStZ 2000, 168; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2003, 41 f.; auch OLG Celle, NStZ-RR 1997, 240 f.; POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67 d Rn. 43; STREE (2006),

der Unterbringung durch Erledigungserklärung, und zwar auch und gerade dann, wenn dem Untergebrachten eine hinreichend günstige Gefährlichkeitsprognose, die die Einräumung einer Bewährungschance rechtfertigte, nicht gestellt werden kann.

Weil die Erledigungserklärung zur Beendigung der Unterbringung führt, und weil sie dies selbst dann tut, wenn die Gefährlichkeit der Untergebrachten nicht beseitigt ist, erscheint es sachgerecht, dass Satz 2 des neuen § 67 d Abs. 6 StGB – ebenso wie bisher schon § 67 d Abs. 2 S. 2 StGB für den Fall der Aussetzung der Unterbringung zur Bewährung – zugleich mit der Erledigung den Eintritt von Führungsaufsicht vorsieht. Denn die Maßregel der Führungsaufsicht stellt Hilfen, aber auch Kontrollmechanismen bereit, um den Übergang des Betroffenen aus dem stationären Maßregelvollzug in die Freiheit zu begleiten. »Hierfür besteht im Interesse der Wiedereingliederung des Entlassenen und letztlich des Schutzes der Bevölkerung ein zwingendes Bedürfnis.«<sup>5</sup> Da die Erledigungserklärung allerdings – speziell in der Variante der Erledigung wegen Fehlunterbringung – auch Fallgestaltungen erfassen soll, in denen die Gefährlichkeit des Untergebrachten entfallen ist (oder eine überdauernde Gefährlichkeit zu keiner Zeit begründet war)<sup>6</sup>, eröffnet § 67 d Abs. 6 S. 3 StGB außerdem die Möglichkeit, die Führungsaufsicht entfallen zu lassen, »wenn zu erwarten ist, dass der Betroffene auch ohne sie keine Straftaten mehr begehen wird«.

Weil die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus trotz fortbestehender Gefährlichkeit für erledigt erklärt werden kann, ist es, jedenfalls im Ansatz, auch nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber die neue Erledigungsbestimmung mit dem ebenfalls neuen, gerade auf gefährliche Täter ausgerichteten Regelwerk über die nachträgliche Sicherungsverwahrung verknüpft hat. Zwar ist – das versteht sich von selbst – für eine nachträgliche Anordnung von Sicherungsverwahrung kein Raum mehr, wo schon die Fortsetzung der doch auch dem Sicherungszweck dienenden Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus unverhältnismäßig wäre. Der neue § 66 b StGB sieht in seinem dritten Absatz aber die – in das gerichtliche Ermessen gestellte – nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung für den Fall vor, dass »die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67 d Abs. 6 StGB für erledigt erklärt worden [ist], weil der die Schuldunfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat«, wenn weiter bestimmte formelle Voraussetzungen in Bezug auf die Anlasstaten der Unterbringung und etwaige Vorverurteilungen erfüllt sind und wenn »die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Vollzugs der Maßregel ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden«.

Diese Zusammenhänge sind mit zu bedenken, wenn es im Folgenden – nach einem kurzen, aber notwendigen Rückblick auf die bisherige Erledigungspraxis – vor allem um die Auslegung der neuen Erledigungsvorschrift des § 67 d Abs. 6 StGB und um die Bestimmung ihrer Grenzen, in einem Ausblick aber auch um den Anwendungsbereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gehen soll.

## Bisherige Erledigungspraxis

Die gesetzliche Regelung des § 67 d Abs. 6 StGB ist zwar neu. In der gerichtlichen Praxis war die Erledigungserklärung als Instrument zur Beendigung der Unterbringung aber schon seit Langem anerkannt, wenn die (weitere) Maßregelvollstreckung sachlich als nicht (mehr) begründet<sup>7</sup> oder rechtlich als unverhältnismäßig<sup>8</sup> erschien.

Gestützt wurde diese Praxis in den Fehlunterbringungsfällen auf eine analoge Anwendung des – sonst praktisch kaum relevanten – § 67 c Abs. 2 S. 5 StGB, der eine Erledigungserklärung der freiheitsentziehenden Maßregeln vorschreibt, wenn der Zweck der Maßregel erreicht ist. Ein von Rechts wegen vergleichbarer Fall der Zweckerreichung wurde eben auch angenommen, wenn sich im Unterbringungsverlauf das anfängliche Fehlen oder nachträgliche Entfallen der Eingangsvoraussetzungen für die freiheitsentziehende Maßregel herausstellte.

In den (Un-)Verhältnismäßigkeitsfällen hingegen wurde das Ergebnis – Erledigung trotz schlechter Prognose – unmittelbar aus dem mit Verfassungsrang ausgestatteten und durch § 62 StGB für das gesamte Maßregelrecht wiederholten und konkretisierten<sup>9</sup> Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hergeleitet. Die

§ 67 d Rn. 15; TRÖNDLE/FISCHER (2007), § 67 d Rn. 7b; VEH (2005), § 67 d Rn. 43. – Für die Erledigungsfälle nach § 67 d Abs. 5 StGB a. A. RADTKE/BECHTOLDT (2001).

5 So die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 15.

6 Vgl. a. a. O.

7 Vgl. bereits vor 45 (!) Jahren OLG Nürnberg, MDR 1961, 342. – Außerdem OLG Düsseldorf, StraFo 2004, 69–70; OLG Frankfurt, NJW 1978, 2347; StV 1984, 117; NStZ-RR 2002, 27–28; NStZ-RR 2002, 58–60; NStZ 2003, 222–224 = R & P 2003, 108–110 mit Anmerkung von VOLCKART (2003); OLG Hamm, NStZ 1982, 300; OLG Karlsruhe, MDR 1983, 151; Justiz 1987, 463; OLG Nürnberg, OLGSt StGB § 63 Nr. 1; OLG Schleswig, SchlHA 2002, 143–144; LG Göttingen, NStZ 1990, 299–301; offengelassen aber von OLG Hamburg, MDR 1986, 1044–1045. Vgl. ferner für Fälle der Unterbringung nach § 64 StGB: KG Berlin, Beschlüsse vom 4. November 1997 – 5 Ws 447/97 –; vom 26. November 1998 – 5 Ws 610/98 –; vom 29. Dezember 1999 – 5 Ws 711/99 –; OLG Zweibrücken, NStZ 2001, 54–55; OLG Karlsruhe, JZ 2005, 285–286. Das BVerfG, NJW 1995, 2405–2407, insb. 2406, hatte diese Praxis als »von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden« gebilligt und auch der BGH hatte ihr zugestimmt und daraus Schlüsse gezogen, vgl. BGHSt 42, 306–313, insb. 310. Schließlich hatte die Rechtsprechung zur Erledigung wegen Fehlunterbringung im wissenschaftlichen Schrifttum weitgehende Zustimmung gefunden, vgl. z. B. BÖLLINGER (1998), § 67 d Rn. 41; HORN (1999), § 67 d Rn. 13; HORSTKOTTE (1985), § 67 c Rn. 9 und § 67 d Rn. 48; LACKNER/KÜHL (2001), § 67 d Rn. 7; SCHREIBER/ROSENAU (2004), 5.6.1, S. 109; STREE (2001), § 67 d Rn. 14; TRÖNDLE/FISCHER (2004), § 67 d Rn. 5; VOLCKART/GRÜNEBAUM (2003), E. 2.1.1 und 2, S. 248 ff.; vgl. auch RASCH (1999), 3.5.2.3, S. 110 f.

8 Grundlegend BVerfGE 70, 297–323; vgl. in der Folge BVerfG, NJW 1995, 3048, 3049; OLG Celle, NStZ 1989, 491 f.; OLG Karlsruhe, NStZ 1999, 37; LG Paderborn, StV 1991, 73 f.; und aus dem Schrifttum z. B. LACKNER/KÜHL (2004), § 67 d Rn. 1; STREE (2001), § 62 Rn. 3; VOLCKART/GRÜNEBAUM (2003), E. 2.1.4 S 252; heute auch TRÖNDLE/FISCHER (2007), § 62 Rn. 6.

9 Vgl. nur BVerfGE 70, 297, 312.

Grenze zur Unverhältnismäßigkeit sei überschritten und die Erledigung der Maßregel daher geboten, wenn bei der stets erforderlichen Abwägung zwischen den Anlasstaten der Unterbringung sowie den in Zukunft drohenden Taten einerseits und dem mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzuges immer schwerer wiegenden Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Untergebrachten andererseits schließlich ein Missverhältnis eintrete, das rechtlich unerträglich sei.<sup>10</sup>

Tatsächlich stellte das Erledigungsinstrument in der Praxis dabei auch schon ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eine keinesfalls zu vernachlässigende Größe dar. Das belegen nicht nur die zahlreichen veröffentlichten obergerichtlichen und bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen.<sup>11</sup> Vielmehr berichtete z. B. KONRAD, dass bei einer 1990 im Berliner Maßregelvollzug durchgeführten Stichtagserhebung 33 (= 27 %) von insgesamt 125 nach § 63 StGB untergebrachten Patienten fehl- eingewiesen gewesen seien,<sup>12</sup> mithin potenzielle Erledigungsfälle darstellten. Und erstmals für 2002<sup>13</sup> und 2003<sup>14</sup> durchgeführte bundesweite Erhebungen der Kriminologischen Zentralstelle Wiesbaden (KrimZ) zeigen, dass den insgesamt 322 (2002) bzw. 418 (2003) Entlassungen aus der Unterbringung nach § 63 StGB in immerhin jeweils 88 (= 27,5 % bzw. 21 %) Fällen eine Erledigungserklärung analog § 67c Abs. 2 S. 5 StGB zugrunde lag, während in (nur) 166 (= 52 %) bzw. 238 (= 57 %) Fällen die weitere Unterbringung gemäß § 67d Abs. 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt wurde.<sup>15</sup>

Die gesetzliche Regelung der Erledigungsfälle entsprach mit- hin einem beachtlichen praktischen Bedürfnis. Zugleich konnte der Gesetzgeber auf eine bereits entwickelte und überdies ver- fassungsgerichtlich gebilligte<sup>16</sup> Rechtsprechung aufbauen.

#### **Die Erledigung der Unterbringung nach dem neuen § 67d Abs. 6 StGB**

Indem er die bestehende Gerichtspraxis in Gesetzesform um- setzt<sup>17</sup>, fasst § 67d Abs. 6 StGB zwei sorgfältig voneinander zu unterscheidende Erledigungstatbestände zusammen. Die Erledigung wegen Fehlunterbringung (1. Var.) bezieht sich auf die tatsächlichen (psychiatrischen) Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.<sup>18</sup> Bei der Erledigung wegen Unverhältnismäßigkeit (2. Var.) hingegen geht es um die rechtlichen Grenzen der Vollstreckung dieser Maßregel.

#### **Die Erledigung wegen Unverhältnismäßigkeit**

In seiner zweiten Alternative schreibt § 67d Abs. 6 S. 1 StGB fest, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur bei der Anordnung der Unterbringung und der Prüfung ihrer Aussetzungsreife zu beachten ist, sondern darüber hinaus sogar dazu führen kann, dass die Maßregelvollstreckung beendet wird, obwohl die Rückfallwahrscheinlichkeit tatsächlich immer noch derart hoch ist, dass außerhalb der Unterbringung alsbald mit neuen rechtswidrigen Taten des Untergebrachten gerechnet werden muss.<sup>19</sup> Er erfasst mithin die Fälle, in denen einer Fortsetzung der Unterbringung zwar das überwiegende Freiheitsinteresse des Untergebrachten entgegensteht, in denen zugleich aber ein positiver Bewährungsverlauf von vornher- ein nicht zu erwarten ist und daher der Bewährungswiderruf gleichsam schon in der Aussetzungsentscheidung angelegt wäre.

Freilich ist damit noch nichts dazu gesagt, unter welchen kon- kreten Umständen denn das mit zunehmender Unterbringungs- dauer immer gewichtigere Freiheitsgrundrecht ein derartiges

Übergewicht über die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit erlangt, dass von einem rechtlich unerträglichem Missverhält- nis zwischen den abzuwägenden Belangen gesprochen werden muss.<sup>20</sup> Der Wortlaut des § 67d Abs. 6 S. 1 StGB selbst (»dass die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismäßig wäre«) hilft hier nicht weiter. Erste Anhaltspunkte, welche

10 Vgl. OLG Celle, NStZ 1989, 491, 492; OLG Karlsruhe, NStZ 1999, 37.

11 Vgl. die Nachweise in Fn. 7 und 8.

12 KONRAD (1991).

13 Vgl. KRÖNIGER (2004), Tabelle 3.3 k, S. 84. – Die Erhebung erfasst alle Bundesländer außer Bayern und Hamburg; in zwei Fällen fehlen Angaben zum Grund der Beendigung.

14 Vgl. KRÖNIGER (2005 a), Tabelle 3.3 s, S. 94. – Die Erhebung erfasst alle Bundesländer außer Bayern und Hessen; in einem Fall fehlt die Angabe zum Grund der Beendigung; vgl. auch KRÖNIGER (2005 b).

15 Die verbleibenden »Entlassungen« beruhen jeweils auf Ent- scheidungen nach den §§ 67 Abs. 3, 67a StGB bzw. auf Aus- weisung, Auslieferung, Tod oder Flucht des Patienten. – Auch für 2004 liegen mittlerweile übrigens Daten der KrimZ vor. Sie weisen bei insgesamt 410 Entlassungen nur noch 41 (= 10 %) Erledigungsfälle aus. Dieser Befund wird von der Autorin selbst als fraglich angesehen, vgl. KRÖNIGER (2006), S. 40 sowie Tabelle 3.3r, S. 96. – Möglicherweise liegt der Fehler darin, dass nur nach Erledigungen gemäß § 67d Abs. 6 StGB gefragt wurde, obwohl diese Bestimmung erst am 29. Juli 2004 in Kraft trat und bis dahin noch die »alte« Rechtslage fortbestand; dann stellten in nur fünf Monaten »erwirtschaftete« 10 % Erledigen- gen erneut eine beachtliche Größe dar.

16 Vgl. BVerfG, NJW 1995, 2405, 2406, für die Fehlunterbrin- gungsfälle sowie BVerfGE 70, 297–323, und BVerfG, NJW 1995, 3048, 3049, für die Erledigung aus Verhältnismäßigkeits- gründen.

17 So ausdrücklich der Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bun- destags-Drucksache 15/2887, S. 14.

18 Eine entsprechende Regelung für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gibt es weiterhin nicht. Allerdings wird man diskutieren können, ob es nicht an der erforderlichen konkreten Aussicht auf einen Behandlungserfolg fehlt, wenn ein Hang zu übermäßigem Alkohol- oder Rauschmittelgenuss von vornherein gar nicht bestand oder zwischenzeitlich »ausge- heilt« ist, sodass die Unterbringung schon nach § 67d Abs. 5 StGB für erledigt erklärt werden kann. – Im Übrigen wird man auch weiterhin auf eine Analogie zu § 67c Abs. 2 Satz 5 StGB zurückgreifen dürfen; denn der dahinter stehende Gedanke der Erledigung bei Zweckerreichung ist durch die Einfügung des neuen § 67d Abs. 6 StGB keineswegs für unzulässig erklärt, sondern im Gegenteil gerade anerkannt worden. Die Beschrän- kung des Anwendungsbereichs des § 67d Abs. 6 StGB auf die Fälle der Unterbringung nach § 63 StGB dürfte dabei hinläng- lich durch die Verknüpfung mit § 66b Abs. 3 StGB zu erklären sein. – Deshalb ist auch der Beschluss des OLG Karlsruhe, JZ 2005, 285–286, das noch nach Einfügung des § 67d Abs. 6 StGB eine Unterbringung nach § 64 StGB in analoger Anwen- dung des § 67c Abs. 2 Satz 5 StGB für erledigt erklärt hat, in keiner Weise zu beanstanden.

19 Dazu grundlegend DESSECKER (2004), insb. S. 334 ff.; vgl. außerdem näher KOLLER (2006), 244–252, m. w. N.

20 Vgl. erneut OLG Celle, NStZ 1989, 491, 492; OLG Karlsruhe, NStZ 1999, 37.

Kriterien in die vorzunehmende Abwägung einzustellen sind, bietet jedoch die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für das Maßregelrecht konkretisierende Vorschrift des § 62 StGB.<sup>21</sup> Danach sind zu beachten: (1.) die Bedeutung der vom Untergebrachten begangenen und (2.) der zukünftig zu erwartenden Tat(en) sowie (3.) der Grad der Gefahr. Bei der Einschätzung des Grades der Gefahr werden dabei auch die seit der Anordnung der Maßregel veränderten Umstände und die voraussichtlichen Wirkungen der mit der Maßregelerledigung eintretenden Führungsaufsicht zu berücksichtigen sein.<sup>22</sup> Darüber hinaus sind in die erforderliche Gesamtabwägung aufzunehmen: (4.) der Besserungszweck der Maßregel und damit auch die Behandlungsprognose<sup>23</sup> sowie – das versteht sich von selbst – (5.) die Dauer des Freiheitsentzuges.<sup>24</sup>

Auch damit sind jedoch nur die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte angesprochen, ohne indes einen konkreten Maßstab zu benennen, der bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit anzulegen ist. In Betracht der Vielgestaltigkeit und Komplexität der abzuwägenden Gesichtspunkte verbietet sich m. E. aber auch jedes schematische Vorgehen. Insbesondere halte ich starre Grenzen, die sich z. B. an der im Einzelfall verhängten Strafe<sup>25</sup> oder an den allgemeinen Strafraumen des durch die Anlasstat erfüllten<sup>26</sup> oder desjenigen Straftatbestands orientieren, dessen Erfüllung zu befürchten wäre<sup>27</sup>, für nicht sachgerecht. Denn weder der Allgemeinheit noch dem Untergebrachten selbst wäre damit gedient, wenn ein womöglich erst nach langer Unterbringungsdauer und vielen vergeblichen Anstrengungen doch noch in Gang gekommener Entwicklungsprozess, der dem Untergebrachten erstmals eine realistische Aussicht auf ein straffreies Leben in Freiheit bietet, abgebrochen werden müsste, nur weil eine bestimmte Zeitmarke erreicht ist.

Im Übrigen kommt ein Rückgriff auf die konkrete Strafe ohnehin nur in Betracht, wenn deren Verhängung nicht wegen Schuldunfähigkeit des Täters unterbleiben musste; außerdem können Faktoren – wie z. B. ein frühes Geständnis, materielle Wiedergutmachungsleistungen, die Verfahrensdauer oder auch nicht im Krankheitszusammenhang stehende Vorstrafen – für die Bemessung der Strafhöhe mitbestimmend gewesen sein, die nichts zu der Abwägung zwischen den Schutzinteressen der Allgemeinheit gegenüber der störungsbedingten Gefährlichkeit des Untergebrachten einerseits und seinen Freiheitsinteressen andererseits beitragen. Und auch die abstrakten Strafraumen als solche besagen nicht viel für den konkreten Fall, wenn man sich vor Augen führt, dass beispielsweise wegen Vergewaltigung eine Spanne möglicher Strafen von zwei Jahren bis zu fünfzehn Jahren eröffnet ist. Meines Erachtens ist daher VEH grundsätzlich zuzustimmen, wenn er bemerkt, dass die Strafraumen »wegen ihrer schuldbezogenen Funktion kaum einen geeigneten Anhalt der für welches Risiko hinzunehmenden Unterbringungsdauer« geben.<sup>28</sup> Allerdings möchte ich nicht so weit gehen, der konkreten Strafhöhe und den Strafraumen von vornherein jegliche Bedeutung für die Verhältnismäßigkeitsprüfung abzusprechen. Denn immerhin bieten die konkrete Strafhöhe und insbesondere das im allgemeinen Strafraumen zum Ausdruck kommende Gewicht, das der Gesetzgeber einem bestimmten Delikt beigemessen hat, doch jedenfalls gewisse Anhaltspunkte, wenn es darum geht, die Bedeutung der begangenen und zu erwartenden Taten zu gewichten. Nur: Ein schematisches Vorgehen, wonach die Erledigung etwa zu erklären ist, wenn die konkrete Strafhöhe oder die Strafraumenobergrenze erreicht oder um 50, 100 oder 500 % überschritten ist, scheint mir nicht angängig. Letztlich bleibt daher nur die verantwortungsbewusste Abwägung im

Einzelfall, für die es »allgemeingültige, scharfe Formeln [...] nicht [gibt]«. <sup>29</sup>

### Die Erledigung wegen Fehlunterbringung

Wegen Fehlunterbringung kann die begonnene<sup>30</sup> Maßregelvollstreckung für erledigt erklärt werden, wenn sich herausstellt, »dass die Voraussetzungen der Maßregel nicht mehr vorliegen«. Entsprechend ihren Anordnungsvoraussetzungen sollen damit zwei Fallgruppen erfasst werden: (1.) Das Fehlen eines schuldausschließenden oder -vermindernden Zustands im Sinne der §§ 20, 21 StGB und (2.) das Fehlen der Gefährlichkeit des Untergebrachten.<sup>31</sup>

Die relativ offene Formulierung des § 67 d Abs. 6, Var. 1 StGB wirft dabei vor allem drei Fragen auf: Erfasst die Vor-

21 Vgl. auch POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67 d Rn. 58; STREE (2006), § 67 d Rn. 14. – Nach Auffassung von DESSECKER (2004), S. 353 f., sind die in § 62 StGB aufgeführten Gesichtspunkte bereits Bestandteile des Merkmals »Gefährlichkeit«, sodass ihnen eine selbstständige Bedeutung im Rahmen der Verhältnismäßigkeits-Prüfung zwar nicht mehr zukommt. Spätestens bei der Abwägung zwischen Freiheitsgrundrecht und Gefahrenabwehrzweck und der dafür notwendigen Quantifizierung des Gefahrenabwehrzwecks kommen sie aber auch nach der Konzeption DESSECKERS, S. 356, jedenfalls mittelbar ins Spiel.

22 Vgl. abermals BVerfGE 70, 297, 313 f.; ferner BVerfG, NJW 1995, 3048, sowie – schon zu § 67 d Abs. 6 StGB – OLG Hamburg, NStZ-RR 2005, 40 f.; OLG Karlsruhe, R & P 2006, 149 f.

23 Vgl. BVerfGE 70, 297, 318; ebenso HORSTKOTTE (1985), § 67 d Rn. 54; weiter z. B. KRUIS (1998), 97; STREE (2006), § 62 Rn. 3; kritisch VEH (2005), § 67 d Rn. 21, der sich aber entgegenhalten lassen muss, dass niemandem damit gedient ist, wenn der Behandlungsaspekt ausgeblendet und daher eine Behandlung aus Verhältnismäßigkeitsgründen abgebrochen wird, obwohl sie noch aussichtsreich erscheint. – Da § 63 StGB auch Sicherungsmaßregel ist, spielt die Behandlungsprognose bei der Maßregelanordnung allerdings noch keine Rolle, vgl. BGH bei HOLTZ, MDR 1978, 110; NStZ 1990, 122, 123.

24 Statt aller BVerfGE 70, 297, 315, sowie POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67 d Rn. 58.

25 So aber HORSTKOTTE (1985), § 67 d Rn. 64, der jedenfalls in Fällen der leichten und mittleren Kriminalität an die hypothetische Strafe anknüpfen will, die ohne Anwendung der §§ 21, 49 StGB in Betracht gekommen wäre.

26 So POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67 d Rn. 25, die den Strafraumen des Anlassdelikts für »eines der bestimmenden Kriterien« erachten; ferner z. B. OLG Hamm, R & P 2004, 42, 43.

27 So DESSECKER (2004), S. 357.

28 VEH (2005), § 67 d Rn. 21.

29 BVerfGE 70, 297, 313. – Besonders anschaulich werden die im Einzelfall zu bewältigenden Schwierigkeiten m. E. an zwei Entscheidungen des OLG Hamburg, die sich mit der (Un-)Verhältnismäßigkeit der 10- bzw. 15-jährigen Unterbringung des sog. Dürer-Attentäters beschäftigen, vgl. OLG Hamburg, Beschlüsse vom 15. November 1999 – 3 Ws 10/99 –, zitiert nach Juris, sowie vom 21. September 2004, NStZ 2005, 40 – 42. – Dazu sowie zu einigen weiteren Fallbeispielen aus der OLG-Praxis vgl. KOLLER (2006), S. 249–251.

30 Vgl. LG Marburg, NStZ-RR 2007, 28 f.

31 Vgl. Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 14.

schrift, erstens, sowohl die Fälle des anfänglichen Fehlens als auch die Fälle des nachträglichen Entfallens der Maßregelvoraussetzungen? Erfasst sie, zweitens, gegebenenfalls auch Fälle fehlerhafter rechtlicher Bewertung der der Maßregelordnung zugrunde liegenden Tatsachen? Und schließlich drittens: Welche Grenzen sind der Erledigung wegen Fehlunterbringung gesetzt und wo verläuft die Grenze zur Maßregelaussetzung zur Bewährung?

Anfängliches Fehlen und nachträgliches Entfallen der Maßregelvoraussetzungen

Der Erledigungstatbestand erfasst sowohl die Fälle der von vornherein tatsächlich unbegründeten Maßregelordnung als auch die Fälle des nachträglichen Entfallens der Maßregelvoraussetzungen.<sup>32</sup> Überlegungen, die Erledigungserklärung in Abgrenzung zur Vollstreckungsaussetzung zur Bewährung nach § 67 d Abs. 2 StGB auf die Fälle der Fehlunterbringung von Anfang an zu beschränken,<sup>33</sup> hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen. Auch den gegenteiligen Ansatz, die Erledigungserklärung allein bei nachträglichem Entfallen der Maßregelvoraussetzungen zuzulassen, um so einen Eingriff in die materielle Urteilsrechtskraft zu verhindern,<sup>34</sup> hat er nicht übernommen. Eine dahingehende gesetzgeberische Entscheidung lässt sich insbesondere auch nicht daraus ableiten, dass § 67 d Abs. 6 S. 1 StGB von der – nach Beginn der Maßregelvollstreckung getroffenen – Feststellung spricht, dass die Voraussetzungen der Maßregel »nicht mehr« vorliegen. Denn für den damit angesprochenen Ist-Zustand macht es keinen Unterschied, ob die Maßregelvoraussetzungen zu keiner Zeit vorgelegen haben oder ob sie zwischenzeitlich entfallen sind.<sup>35</sup> Mehr als diesen aktuellen Querschnittsbefund sollen die Gerichte im Erledigungsverfahren indes gar nicht erheben dürfen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers haben sie sich vielmehr nur mit der Frage zu befassen, ob *im Zeitpunkt ihrer Entscheidung* der schuldausschließende oder -vermindernde Zustand besteht, der zur Anordnung der Maßregel geführt hat. »Die Frage, ob möglicherweise bereits die Unterbringungsdiagnose fehlerhaft war, stellt sich im Erledigungsverfahren nicht.«<sup>36</sup>

Der Gesetzgeber meint, bereits auf diese Weise dem Vorwurf eines unerlaubten Eingriffs in die Urteilsrechtskraft zu entkommen, der zu erheben sein könnte, wenn und weil sich die Erledigungserklärung auf die Unrichtigkeit der Einweisungsdiagnose gründete.<sup>37</sup> Deshalb also »unterliegt im Erledigungsverfahren im Hinblick auf die fortbestehende Rechtskraft des erkennenden Urteils nur der gegenwärtige und nicht der frühere Zustand des Untergebrachten der Beurteilung des Gerichts.«<sup>38</sup>

Endlich macht es auch vor dem Hintergrund des vollzugsrechtlich festgeschriebenen Besserungs-, Behandlungs- und Pflegezwecks der Maßregel keinen Unterschied, ob der Untergebrachte von vornherein nicht behandlungsbedürftig war oder ob seine Behandlungs- und Pflegebedürftigkeit erst im Nachhinein entfallen ist. Eine nach ärztlich-psychiatrischen Gesichtspunkten ausgerichtete Behandlung, Betreuung und Pflege ist so oder so nicht indiziert (vgl. § 136 StVollzG).

Rechtsfehler des Urteils

Der Erledigungstatbestand dient hingegen nicht dazu, eine fehlerhafte Rechtsanwendung im Urteil zu korrigieren und daher die Beendigung der Maßregelvollstreckung zu eröffnen, wenn deren Voraussetzungen bei unveränderten Anknüpfungstatsachen<sup>39</sup> lediglich aufgrund einer anderen rechtlichen Bewertung dieser Tatsachen vom Vollstreckungsgericht verneint werden.

Das ergibt sich schon daraus, dass das Gesetz die »Feststellung« verlangt, dass die Maßregelvoraussetzungen nicht mehr vorliegen. Denn »Feststellungen« treffen Gerichte nur in Bezug

32 Ganz hM, vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Januar 2005 – 3 Ws 1036/04 – bei Juris Rn. 47; weiter z. B. POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67 d Rn. 56; SCHNEIDER (2004), 649; STREE (2006), § 67 d Rn. 14; TRÖNDLE/FISCHER (2007), § 67 d Rn. 8; VEH (2005), § 67 d, Rn. 28, 30.

33 Vgl. insbesondere HORSTKOTTE (1985), § 67 c Rn. 9 und § 67 d Rn. 48; ebenso HORN (1999), § 67 d Rn. 13; LACKNER/KÜHL (2001), § 67 d Rn. 7.

34 Vgl. RADTKE (1998), insb. S. 306, sowie WOLF (1997), insb. S. 780 f.

35 Das übersieht das OLG Dresden, StraFo 2005, 432 f. = NStZ-RR 2005, 338 (Leitsatz), das deshalb annimmt, dass jedenfalls die Bestimmung des § 67 d Abs. 6 Satz 2 StGB über den gesetzlichen Eintritt von Führungsaufsicht zugleich mit der Maßregel-erledigung auf die Fälle der anfänglichen Fehleinweisung nicht zutreffe.

36 Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 14.

37 Vgl. zu diesem Vorwurf erneut RADTKE (1998), insb. 306, und WOLF (1997), insb. 781, die deshalb eine Lösung für die Fehlunterbringungsfälle – anders als jetzt der Gesetzgeber – nur in einem förmlichen Wiederaufnahmeverfahren sahen, dessen Regelung in den §§ 359 ff. StPO entsprechend zu ergänzen (Radtke) bzw. im Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit »verfassungskonform« ausdehnend auszulegen (Wolf) sei. – Demgegenüber wird ein Rechtskrafteingriff auch in den Fällen einer Erledigung wegen anfänglicher Fehlunterbringung mit teilweise unterschiedlichen Begründungen verneint z. B. von OLG Düsseldorf, StraFo 2004, 69; OLG Frankfurt, NJW 1978, 2347; NStZ-RR 2002, 58, 59 f.; LG Göttingen, Beschluss vom 20. September 2001 – StVK 193/01 gr.; HORSTKOTTE (1985), § 67 d Rn. 48, sowie von VOLCKART/GRÜNEBAUM (2003), E. 2.1.1, S. 248 f.

38 Erneut Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 14, insoweit unter Bezugnahme auf BVerfG, NJW 1995, 2405, 2406. – In der Sache will mich diese Argumentation freilich nicht so recht überzeugen. Denn die damit für das Erledigungsverfahren ausgeschlossene Längsschnittbeurteilung ist unter einer anderen Fragestellung geradezu »wesentlicher Bestandteil« des Vollstreckungsverfahrens: Eine den anerkannten Mindeststandards entsprechende Prognosebeurteilung wird auf eine Längsschnittbetrachtung einschließlich einer eigenständigen rückschauenden Analyse der Anlasstat-Dynamik jedenfalls nicht verzichten dürfen, vgl. BVerfG, NJW 2004, 739, 743 f., unter Bezugnahme auf NEDOPIL (1995), S. 89, sowie OLG Zweibrücken, NStZ 2000, 446, 447, unter Bezugnahme auf RASCH (1999), S. 370 bis 378; ferner BOETTICHER et. al. (2006), insb. 543 f.; außerdem KOLLER (2005 a), 250 ff. Wenig überzeugend erscheint mir deshalb auch das weitere Argument, dass im Erledigungsverfahren »auch aus tatsächlichen Gründen immer nur über die gegenwärtige Sachlage entschieden werden [kann], weil nur zur gegenwärtigen psychischen Situation des Untergebrachten hinreichende gutachterliche Feststellungen getroffen werden können« (vgl. Bundestags-Drucksache, a. a. O.). Insoweit ist überdies darauf hinzuweisen, dass schon die Schuldfähigkeitsbegutachtung schwerlich ohne rückschauende Beurteilung des psychischen Zustands des zu Begutachtenden auskommen kann.

39 Neue Anknüpfungstatsachen können natürlich zu einer anderen rechtlichen Bewertung sogar drängen, vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Januar 2005 – 3 Ws 1036/04 – bei Juris Rn. 48.

auf Tatsachen und nicht in Bezug auf rechtliche Wertungen; sie bilden die Grundlage, aber nicht den Gegenstand der Subsumtion.

Im Übrigen war schon vor Einfügung des § 67 d Abs. 6 StGB anerkannt – und hat inzwischen sogar für die Auslegung dieser neuen Vorschrift verfassungsgerichtliche Billigung gefunden<sup>40</sup> –, dass die Beantwortung der relevanten Rechtsfragen dem Erkenntnisverfahren vorbehalten und gegebenenfalls im Revisionsverfahren zur Überprüfung zu stellen und dass es jedenfalls nicht Sache der Vollstreckungsgerichte ist, Rechtsfehler des Tatrichters zu korrigieren. Denn ein derart korrigierendes Eingreifen würde die mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtskraft des Urteils aushebeln.<sup>41</sup>

Schließlich rechtfertigt auch der vollzugsrechtliche Besserungs-, Behandlungs- und Pflegeauftrag keine andere Auslegung des Erledigungstatbestands, weil anderenfalls dem Abschieben missliebiger Patienten z. B. durch *Umbewertung* der Erheblichkeit der Persönlichkeitsauffälligkeit von der »Persönlichkeitsstörung« zur »akzentuierten Persönlichkeit« oder durch *Neubewertung* des Wahrscheinlichkeits- oder Erheblichkeitsgrades neuer Taten Tür und Tor geöffnet wäre.<sup>42</sup>

#### Grenzen des Erledigungstatbestands

Ist mit dem bisher Gesagten gewissermaßen der äußere Rahmen des Erledigungstatbestands abgesteckt<sup>43</sup>, bleibt schließlich die Kernfrage, wann denn nun davon gesprochen werden kann, dass die Voraussetzungen der Unterbringung nicht mehr vorliegen. Wiewohl sich diese Fragestellung in erster Linie an den forensischen Psychiater richtet, hat sie doch auch rechtliche Dimensionen. Dabei empfiehlt es sich, diese rechtlichen Dimensionen getrennt nach den beiden eingangs genannten Fallgruppen – also (1.) Fehlen (nur) eines schuldausschließenden oder -vermindernden Zustands und (2.) Fehlen (auch) der Gefährlichkeit – zu betrachten.

Vor die Klammer gezogen kann vorab allerdings der Maßstab bestimmt werden, der an die Tatsachengrundlage der Erledigungsentscheidung anzulegen ist. Indem § 67 d Abs. 6 StGB an die »Feststellung«, dass die Maßregelvoraussetzungen nicht mehr vorliegen, anknüpft, ist zweifelsfrei entschieden, dass Zweifel an den tatsächlichen Maßregelvoraussetzungen im Erledigungsverfahren nicht ausreichen und dass sich die Gerichte daher nicht darauf zurückziehen dürfen, dass das Vorliegen dieser Voraussetzungen nur nicht (mehr) positiv feststellbar ist.<sup>44</sup> Das Gesetz entspricht damit der schon früher herrschenden Praxis, »hinsichtlich einer geänderten Beurteilungsgrundlage der Maßregel strenge Anforderungen zu stellen« und dazu »eine klare fachgutachtliche Aussage« zu verlangen,<sup>45</sup> um die Unterbringung schließlich – am Beispiel der ersten Fallgruppe – nur dann für erledigt zu erklären, »wenn sich mit Sicherheit herausstellt, dass der Verurteilte nicht oder nicht mehr an einem Zustand leidet«, der die Unterbringung rechtfertigt.<sup>46</sup>

#### Fehlende Gefährlichkeit

Für die weitere Bestimmung der rechtlichen Grenzen des Erledigungstatbestands bietet sich dann zunächst eine nähere Betrachtung der (zweiten) Fallgruppe an, in der die festgestellte Fehlunterbringung im Fehlen der Gefährlichkeit des Unterbrachten begründet ist. Hier treten Vollstreckungsaussetzung zur Bewährung und Erledigungserklärung in Konkurrenz zueinander. Nähme man daher an, dass bereits jegliche Absenkung der Gefährlichkeit auf ein vertretbares Restrisiko nicht nur die

für die Vollstreckungsaussetzung erforderliche günstige Legalprognose begründete, sondern darüber hinaus auch die Feststellung rechtfertigte, dass die Unterbringungs Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, bedürfte es der Vollstreckungsaussetzung zur Bewährung praktisch nicht mehr.<sup>47</sup>

Richtigerweise wird man eine derartige Ausdehnung des Erledigungstatbestands allerdings nicht annehmen dürfen. Vielmehr kann eine klare Grenze zwischen den beiden konkurrierenden »Auswegen« aus der Unterbringung in der Weise markiert werden, dass in allen Fällen einer nur graduellen oder in ihrem Ausmaß fraglichen Verbesserung der Gefährlichkeitsprognose der Weg über die widerrufliche Vollstreckungsaussetzung zur

40 BVerfG, NStZ-RR 2007, 29 f.

41 Grundlegend OLG Frankfurt, NStZ 2003, 222 = R & P 2003, 108 m. zust. Anm. VOLCKART (2003). – Zu § 67 d Abs. 6 StGB jetzt auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 3. Juni 2005 – 3 Ws 298–299/05 – bei Juris = R & P 2006, 151 f. = NStZ-RR 2005, 252 (Leitsatz); offengelassen noch in OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Januar 2005 – 3 Ws 1036/04 – bei Juris Rn. 48. – Wie hier außerdem POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67 d Rn. 56; STREE (2006), § 67 d Rn. 14; TRÖNDLE/FISCHER (2007), § 67 c Rn. 6; VEH (2005), § 67 d Rn. 30.

42 So zutreffend VOLCKART (2003), 111; im Ergebnis ebenso POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67 d Rn. 57; STREE (2006), § 67 d Rn. 14.

43 Anzufügen ist noch, dass eine Erledigung nach § 67 d Abs. 6 StGB ausschließlich auf die Fälle beschränkt ist, in denen die Maßregel des § 63 StGB originär angeordnet war. Wird ein Unterbrachter erst gemäß § 67 a StGB z. B. aus dem Vollzug des § 64 StGB in den Maßregelvollzug nach § 63 StGB überwiesen, »passt« § 67 d Abs. 6 StGB nicht. Denn für die Überweisung kommt es nicht auf die Voraussetzungen des § 63 StGB, sondern allein darauf an, dass durch den Vollzugsformwechsel die Resozialisierung des Unterbrachten besser gefördert werden kann. Deshalb richten sich auch Dauer und Überprüfung der Unterbringung weiter nach der im Urteil angeordneten Maßregel, § 67 a Abs. 4 StGB. Im Übrigen erscheint eine Ausdehnung des § 67 d Abs. 6 StGB auf Überweisungsfälle umso weniger akzeptabel, als damit gleichsam durch die Hintertür die für die § 64er-Fälle an sich nicht konzipierte Möglichkeit der nachträglichen Anordnung von Sicherungsverwahrung nach Maßgabe des § 66 b Abs. 3 StGB eröffnet würde. – Dies alles übersieht die Entscheidung des OLG Oldenburg, R & P 2005, 87–88, mit daher zu Recht kritischer Anmerkung von POLLÄHNE (2005).

44 Das übersehen POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67 d Rn. 57, die eine Erledigung auch in Betracht ziehen wollen, wenn nachträglich Umstände bekannt werden, die an der mindestens erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit oder der Intensität und Dauer des zur Unterbringung führenden Zustands zweifeln lassen.

45 OLG Karlsruhe, MDR 1983, 151; ebenso KG Berlin, Beschluss vom 4. November 1997 – 5 Ws 447/97 – bei Juris; auch z. B. SCHREIBER/ROSENAU (2004), 5.6.1, S. 109.

46 Vgl. OLG Frankfurt, StV 1985, 117; NStZ-RR 2002, 27; NStZ-RR 2002, 58, 60; auch schon OLG Frankfurt, NJW 1978, 2347 (»mit Sicherheit feststehende Heilung«); ferner HORSTKOTTE (1985), § 67 c Rn. 120; dagegen für Erledigung schon bei verbliebenem Zweifel, ob der Zweck der Maßregel erreicht ist, BÖLLINGER (1998), § 67 c Rn. 30, sowie STREE (2001), § 67 c Rn. 11.

47 Darauf weist zu Recht VEH (2005), § 67 d Rn. 27, hin.

Bewährung einzuschlagen ist, während die *unwiderrufliche* Erledigungserklärung Fallgestaltungen vorbehalten bleibt, in denen die Gefährlichkeit zweifelsfrei komplett beseitigt ist.<sup>48</sup> Der dadurch der Vollstreckungsaussetzung weitgehend eingeräumte Vorrang entspricht der Gesetzessystematik, die durch eine aufeinander aufbauende Folge von Regelungen von der Vollzugszielbestimmung des § 136 S. 2 StVollzG<sup>49</sup> über die Prognoseentscheidung nach § 67d Abs. 2 StGB<sup>50</sup> bis hin zur Ausgestaltung der Führungsaufsicht und schließlich der Bestimmung des § 67g StGB gekennzeichnet ist, die den Widerruf der Vollstreckungsaussetzung ermöglicht, wenn die Entlassungsprognose sich im Bewährungsverlauf als (noch) zu optimistisch und jedenfalls das Entlassungskonzept sich als nachbesserungsbedürftig erweist.<sup>51</sup> Die Vollstreckungsaussetzung mit Widerrufs- und Nachbesserungsmöglichkeit wird außerdem Konstellationen eher gerecht, in denen zwischen einer Heilung und der bloßen Besserung der seelischen Störung als Prognosegrundlage nicht scharf unterschieden werden kann und in denen daher die Gefahr einer erneuten Verschlechterung des erreichten Zustands in Rechnung gestellt werden muss.<sup>52</sup>

Die damit gefundene Lösung des Konkurrenzproblems findet nachhaltige Unterstützung übrigens in der Gesetzesbegründung, die ausdrücklich klarstellt, »dass das Gesetz für all diejenigen Fälle, in denen Therapieerfolge zu einer (erheblichen) Verminderung der Gefährlichkeit des Unterbrachten geführt haben, die Aussetzung der Vollstreckung der Maßregel vorsieht«. Denn diese Regelung sei »nach wie vor sinnvoll und notwendig, da sie den geeigneten rechtlichen Rahmen für die erforderliche nachsorgende Betreuung und Kontrolle des erfolgreich behandelten Unterbrachten einschließlich der Möglichkeit bietet, die Aussetzung im Falle eines Bewährungsversagens zu widerrufen. Die Erledigungserklärung nach § 67d Abs. 6 StGB [...] setzt deshalb voraus, dass auch das bei der Aussetzung der Maßregelvollstreckung in Kauf zu nehmende Restrisiko [...] ausgeschlossen werden kann.«<sup>53</sup> Beispielhaft dafür stellte sich der Gesetzgeber den Fall eines wegen eines Tötungsdelikts Unterbrachten vor, der aufgrund einer fortgeschrittenen Parkinson-Erkrankung an den Rollstuhl gefesselt und kaum mehr ansprechbar war.<sup>54</sup>

#### Veränderte Diagnose, unveränderte Prognose

Weniger deutlich ist die rechtliche Situation, wenn es um die Anwendung des Erledigungstatbestands auf Fallkonstellationen geht, in denen zwar eine seelische Störung, die die Schwelle der §§ 20, 21 StGB überschritte, nicht (mehr) besteht, gleichwohl aber von einer andauernden Gefährlichkeit ausgegangen werden muss. Fraglich ist insbesondere, wie in Fällen zu verfahren ist, in denen – bei unveränderter Gefährlichkeit – die seelische Störung des Unterbrachten zwar nicht (mehr) den in den §§ 20, 21 StGB vorausgesetzten Ausprägungsgrad (z. B. einer schweren Persönlichkeitsstörung) aufweist, er jedoch auch nicht seelisch vollkommen unbeeinträchtigt (also seine Persönlichkeit immerhin deutlich akzentuiert) erscheint. Obwohl es sich dabei um den in der Praxis wichtigsten und jedenfalls den eigentlich kritischen Anwendungsfall der Erledigungserklärung wegen Fehlunterbringung handelt, helfen hier weder der Gesetzestext selbst noch die Gesetzesmaterialien weiter. Und auch die Vorschrift des § 67d Abs. 2 StGB kann für die Auslegung des Erledigungstatbestands nicht unmittelbar fruchtbar gemacht werden. Denn die Vollstreckungsaussetzung zur Bewährung knüpft ausschließlich an die (günstige) Gefährlichkeitsprognose an, die gerade nicht gestellt werden kann.

Dass infolgedessen die Erledigungserklärung wegen Fehlunterbringung unter Umständen die einzige Möglichkeit darstellt, die Maßregelvollstreckung vor Erreichen der (Un-)Verhältnismäßigkeitsgrenze zu beenden, führt mich indessen nicht dazu, in den Fällen der (nur graduell) veränderten diagnostischen, jedoch unveränderten prognostischen Einschätzung weniger strenge Anforderungen an die Erledigungs-Voraussetzungen zu stellen als in den Fällen der Erledigung wegen (auch) fehlender Gefährlichkeit des Unterbrachten. Für die Annahme gleich strenger Anforderungen in beiden Fallgestaltungen spricht dabei nicht nur der eher formale Gesichtspunkt der gleichmäßigen Gesetzesauslegung. Vielmehr erweist sich die Richtigkeit dieses Ansatzes auch, wenn man die möglichen Folgen der Erledigungserklärung bei fortbestehender Gefährlichkeit des Unterbrachten in den Blick nimmt. Denn die Erledigungserklärung eröffnet dann entweder den Weg in die unwiderrufliche Freiheit oder – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – in die nachträgliche Sicherungsverwahrung. Stellt sich die seelische Störung nun lediglich graduell günstiger dar, als dies für die Maßregelanordnung erforderlich ist, befriedigen beide Wege nicht: Die »Erledigung in die *unwiderrufliche* Freiheit« stünde in einem Wertungswiderspruch dazu, dass für den sowohl in seiner seelischen Störung als auch in seiner Gefährlichkeit gebesserten Unterbrachten nur die Chance auf eine Entlassung in die *widerrufliche* Freiheit besteht. Demgegenüber würde mit einer »Erledigung in die Sicherungsverwahrung« der Heilungs- und Besserungsauftrag preisgegeben, was jedenfalls in den Fällen schwerlich hinnehmbar ist, in denen vorerst zwar nur die seelische Störung abgemildert, bei Fortsetzung der Behandlung aber auch eine Absenkung der Gefährlichkeit jedenfalls nicht völlig ausgeschlossen erscheint.

Schon vor diesem Hintergrund wird man für eine Maßregelerledigung auch in den hier in Rede stehenden Fällen daher zu verlangen haben, dass die seelische Störung nicht nur in ihrem Ausprägungsgrad abgemildert ist, sondern dass ihr Fortbestehen – gleichviel, ob sie von Anfang an gar nicht vorlag oder ob sie im Unterbringungsverlauf infolge Heilung, Nachreifung oder Vollremission entfallen ist<sup>55</sup> – insgesamt zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann.<sup>56</sup>

Für die damit vorgeschlagene Umgrenzung des Erledigungstatbestands sprechen im Übrigen noch weitere Gesichtspunkte. So bringt sie die gegenläufigen Gefährdungen des – üb-

48 So auch VEH (2005), § 67d Rn. 29.

49 ... wonach der Zustand des Unterbrachten soweit gebessert werden soll, dass er nicht mehr gefährlich ist.

50 ... die an die Erwartung anknüpft, dass der Unterbrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird.

51 Dementsprechend spricht etwa HORSTKOTTE (1985), § 67d Rn. 1 und 21, mit Blick auf § 67d Abs. 2 StGB von der »für die Rechtsanwendung wichtigsten Regelung« bzw. einer der »in der Praxis [...] wichtigsten Vorschriften über die freiheitsentziehenden Maßregeln«.

52 HORSTKOTTE (1985), § 67c Rn. 9; VEH (2005), § 67d Rn. 27.

53 Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 14f.

54 Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 15, unter Bezugnahme auf BECHTOLDT (2002), S. 57.

55 Vgl. SCHNEIDER (2004), S. 649.

56 So auch VEH (2005), § 67d Rn. 27 u. 28; in der Sache wohl auch STREE (2006), § 67d Rn. 14; dagegen aber POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67d Rn. 56.

rigens verfassungsrechtlich in dem durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG fundierten Resozialisierungsgebot verankerten<sup>57</sup> – Besserungs-, Behandlungs- und Pflegezwecks der Maßregel zu einem angemessenen Ausgleich. Denn einerseits hält sie – jedenfalls für die Fälle des vollständigen Wegfalls der diagnostischen Maßregelvoraussetzungen – die Möglichkeit vor, nicht (mehr) behandlungsbedürftige Untergebrachte trotz fortbestehender Gefährlichkeit aus dem Maßregelvollzug zu entlassen und dadurch einer Umfunktionierung der Besserungs- und Sicherungsmaßregel des § 63 StGB in eine »falsch etikettierte Sicherungsverwahrung«<sup>58</sup> nachhaltig entgegenzuwirken.<sup>59</sup> Und auf der anderen Seite begegnet sie der Versuchung, hilfsbedürftige Patienten unter Aufgabe des therapeutischen Engagements vorschnell »abzuschieben«<sup>60</sup> und aus dem Maßregelvollzug »wegzudiagnostizieren«<sup>61</sup>, weil sie für die Behandlungsinstitution unbequem sind, z. B. bei ungewisser Erfolgsaussicht längerfristig größere therapeutische Ressourcen binden würden, oder weil Behandler und Gutachter sich bei der Gefährlichkeitsprognose nicht »hundertprozentig« sicher sind und in der Korrektur der diagnostischen Beurteilung daher einen »Ausweg« sehen, mit dem sie im Falle des Scheiterns des Untergebrachten in Freiheit weniger in die öffentlichen Kritik geraten.<sup>62</sup> Schließlich minimiert eine enge, auf die »klaren« Fälle beschränkte Fassung des Erledigungstatbestands die Gefahr, dass sich das entscheidend für die Erledigungserklärung streitende Argument – eben eine »falsch etikettierte Sicherungsverwahrung« zu vermeiden – am Ende selbst aufhebt, weil zwar »lästige«, gleichwohl aber hilfsbedürftige Patienten doch geraden Wegs in die (nachträglich angeordnete) Sicherungsverwahrung »abgeschoben« werden.<sup>63</sup>

Endlich trägt eine enge Gesetzesauslegung auch dem Umstand Rechnung, dass die Erledigungserklärung auf der einen Seite zwar nötig ist, um Verurteilte vor einer sachlich ungerechtfertigten Unterbringung in einer forensisch-psychiatrischen Klinik zu schützen, dass auf der anderen Seite aber ein gleichermaßen effektiver Schutz vor Fehlern bei der »Diagnose« einer Fehlunterbringung nicht besteht. Wegen der Unwiderruflichkeit der Erledigungsentscheidung sind Fehl-Erledigungen nämlich allenfalls in den – voraussichtlich seltenen<sup>64</sup> – Fällen korrigierbar, in denen tatsächlich nachträglich Sicherungsverwahrung angeordnet wird und der Untergebrachte daher aus dem Vollzug dieser Maßregel gegebenenfalls gemäß § 67 a Abs. 2 StGB wieder in den Maßregelvollzug in einem psychiatrischen Krankenhaus zurück überwiesen werden kann.<sup>65</sup> In allen anderen Fällen hingegen ist niemandem damit gedient, wenn durch eine Fehl-Erledigung dem Verurteilten die Behandlungschance und damit die Chance auf ein künftig straffreies Leben in Freiheit und der Allgemeinheit der bestmögliche Schutz durch Behandlung des seelisch gestörten Straftäters irreversibel genommen wird.

### Ausblick – Erledigung und nachträgliche Sicherungsverwahrung

Mit der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67 d Abs. 6 StGB ist zugleich der »Einstieg« in die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB eröffnet, wenn die Erledigung darauf beruhte, dass »der die Schuldfähigkeit ausschließende oder verminderte Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat«.

Das neue gesetzliche Regelwerk versucht, auf diese Weise der früher vielfach beklagten<sup>66</sup> Schwäche des Erledigungsins-

truments zu begegnen, dass sich mit der bloßen Erledigungsentscheidung allein ein Sicherheitsdefizit auftut, wenn »in den Fällen des Fehlens oder Wegfalls des krankheitsbedingten Zustands im Sinne der §§ 20, 21 StGB [...] der zu Entlassende dennoch weiterhin in erheblichem Maße gefährlich ist.«<sup>67</sup> Will man trotz dieser Schwäche nicht auf die Erledigungsmöglichkeit verzichten – weil sie in dem hier abgesteckten engen Rahmen notwendig ist, um Verurteilte vor der Fortsetzung einer sachlich ungerechtfertigten Unterbringung in einer forensisch-psychiatrischen Klinik zu bewahren –, stellt die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB eine m. E. durchaus geschickte Lösung dar,<sup>68</sup> um dem Sicherheitsdefizit die Spitze zu nehmen und damit jedenfalls die besonders »besorgniserregenden Sicherheitslücken« zu schließen.<sup>69</sup> Auch unter Beachtung ihres »Ausnahmecharakters« ist die weitere (präventive) Sicherung und damit die (nachträgliche) Sicherungsverwahrung dann erforderlich, um die Erfüllung der staatlichen Schutzaufgabe eben auch in der »geringen Anzahl denkbarer Fälle« zu gewährleisten, in denen ein »überragendes Gemeinwohlinteresse« am Schutz vor solchen hochgefährlichen Straftätern besteht, von denen weiterhin schwere Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung

57 Vgl. nur BVerfG, NJW 1998, 1133–1135.

58 OLG Frankfurt, NJW 1978, 2347.

59 Über diesen Zweck der Erledigungserklärung herrschte schon vor Einfügung der §§ 67 d Abs. 6, 66 b Abs. 3 StGB große Einigkeit, vgl. BVerfG, NJW 1995, 2405, 2406; BGHSt 42, 306, 310; OLG Düsseldorf, StraFo 2004, 69 f.; OLG Frankfurt, NJW 1978, 2347; OLG Hamm, NStZ 1982, 300; OLG Karlsruhe, MDR 1983, 151; Justiz 1987, 463; OLG Nürnberg, MDR 1961, 342; OLG Schleswig, SchlHA 2002, 143 f.; ferner LG Göttingen, NStZ 1990, 299, 300; aus dem Schrifttum z. B. HORN (1999), § 67 d Rn. 13; LACKNER/KÜHL (2001), § 67 d Rn. 7; STREE (2001), § 67 d Rn. 14; TRÖNDLE/FISCHER (2004), § 67 d Rn. 5; VOLCKART/GRÜNEBAUM (2003), E. 2.1.1 und 2, S. 248 ff.

60 Vgl. HORSTKOTTE (1985), § 67 d Rn. 48.

61 Vgl. RASCH (1999), 3.5.2.3, S. 111.

62 Vgl. schon KOLLER (2005 b), S. 32 f.

63 Für »äußerste Zurückhaltung« jedenfalls in den Fällen potenzieller nachträglicher Sicherungsverwahrung auch POLLÄHNE/BÖLLINGER (2005), § 67 d Rn. 61.

64 Jedenfalls lag bisher keiner der schon zahlreichen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur nachträglichen Sicherungsverwahrung ein Erledigungs-Fall zugrunde; vgl. auch ULLENBRUCH (2007), S. 62 f., der deshalb meint, dass die Vorschrift des § 66 b Abs. 3 StGB bisher völlig »ins Leere« geht.

65 Auf diese – nach vorangegangener Erledigungserklärung freilich mindestens kuriose und im ungünstigen Falle die Chance auf ein munteres »Überweisungs-Pingpong« eröffnende – Möglichkeit des § 67 a Abs. 2 StGB weist die Begründung des Regierungsentwurfs im Zusammenhang mit § 66 b StGB bemerkenswerter Weise ausdrücklich hin, vgl. Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 14.

66 Besonders drastisch von WOLF (1997), S. 780 f.; ferner z. B. LOOS (1993), S. 254, und RADTKE (1998), S. 322 f.

67 Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 10; ferner SCHNEIDER (2004), S. 650 f.

68 Zu den Alternativmodellen und der Kritik daran vgl. SCHNEIDER (2004), S. 651 ff.

69 Vgl. Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 10.

mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind.<sup>70</sup> Das hat übrigens auch das Bundesverfassungsgericht – in einer ersten Entscheidung zu dem neuen § 66 b Abs. 2 StGB – mittlerweile noch einmal bestätigt und dabei ausdrücklich klargestellt, dass trotz im Schrifttum verbreitet angemeldeter Bedenken<sup>71</sup> durchgreifende Verfassungsgründe nicht entgegenstehen und die gesetzliche Ermächtigung zur nachträglichen Anordnung von Sicherungsverwahrung weder gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG noch gegen das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot aus Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG und auch nicht gegen das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verstößt, wenn bei der Anordnung strenge Maßstäbe angelegt werden.<sup>72</sup>

Die durch § 66 b Abs. 3 StGB eröffnete – und in das Ermessen des zuständigen Gerichts<sup>73</sup> gestellte – Möglichkeit, nach Erledigung der Fehllunterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nachträglich Sicherungsverwahrung anzuordnen, ergänzt die Erledigungsregelung des § 67 d Abs. 6 StGB mithin in sinnvoller und notwendiger Weise. Die Erledigungsentscheidung ist dabei übrigens förmliche Tatbestandsvoraussetzung des § 66 b Abs. 3 StGB und tritt hier an die Stelle des Erfordernisses neuer, nach der Verurteilung und vor dem Ende des Strafvollzugs hervorgetretener »Tatsachen, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen«, dem in der Rechtsprechung zu § 66 b Abs. 1 und 2 StGB eine wesentliche Begrenzungsfunktion bei der Bestimmung der Anwendungsbreite der nachträglichen Sicherungsverwahrung zugewiesen worden ist.<sup>74</sup>

Es dient damit letztlich auch einem gewissen Gleichlauf in der Anwendung der unterschiedlichen Anordnungstatbestände des § 66 b StGB, wenn nicht nur das Erfordernis »neuer Tatsachen« in § 66 b Abs. 1 und 2 StGB, sondern – der hier vertretenen Auffassung folgend – auch der Erledigungstatbestand der Fehllunterbringung eng auslegt und seine Anwendung – soweit es die Eingangsvoraussetzung der nachträglichen Sicherungsverwahrung betrifft – auf die klaren Fälle beschränkt wird, in denen der Untergebrachte an keinerlei seelischer Störung leidet, die in symptomatischen Zusammenhang mit seiner Delinquenz und seiner Gefährlichkeit zu bringen sein könnte.

Soweit § 66 b Abs. 3 StGB die nachträgliche Anordnung von Sicherungsverwahrung nach Erledigung der (Fehl-)Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus grundsätzlich ermöglicht, werden schließlich keineswegs alle Erledigungsfälle erfasst, in denen erwartungsgemäß weiterhin eine Gefahr von dem Untergebrachten ausgeht. Vielmehr ergeben sich zusätzliche »Hürden« sowohl aus dem Gesetzestext selbst als auch aus der Gesetzessystematik sowie aus dem Verfahrensrecht. Nur einige wenige dieser zusätzlichen »Hürden« möchte ich abschließend kurz skizzieren:<sup>75</sup>

#### Formelle und materielle Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 66 b Abs. 3 Nr. 1 StGB ist formelle Voraussetzung für die nachträgliche »Erlediger-Sicherungsverwahrung«, dass der erledigten Unterbringung eine Katalogtat nach § 66 Abs. 3 S. 1 StGB – mithin ein Verbrechen oder ein Vergehen aus dem Bereich der Sexual- oder der (qualifizierten) Körperverletzungsdelikte oder eine entsprechende Rauschtat – zugrunde liegt; Dieben, Betrügern, Nötigern, Sachbeschädigern und einfachen Körperverletzern droht keine nachträgliche Sicherungsverwahrung.<sup>76</sup>

Nach § 66 b Abs. 3 Nr. 2 StGB ist materielle Voraussetzung außerdem eine gesteigerte Gefährlichkeit (»hohe Wahr-

lichkeit« von Taten, »durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden«). Das Bundesverfassungsgericht verlangt insoweit eine konkrete, auf den Einzelfall bezogene hohe Wahrscheinlichkeit der drohenden Taten. Eine bloß abstrakte, auf statistische Wahrscheinlichkeiten gestützte Prognoseentscheidung reiche nicht aus. Außerdem müsse die von dem jeweiligen Betroffenen ausgehende Gefahr gegenwärtig sein und die zu prognostizierende Gefährlichkeit sich dadurch von einer allgemeinen Rückfallwahrscheinlichkeit abheben.<sup>77</sup> Schwerwiegende Rückfalltaten müssen mithin in einer Weise unmittelbar bevorstehen, dass schon jede denkbare Vollzugslockerung von vornherein ausgeschlossen erscheint.<sup>78</sup>

70 Vgl. Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 10, sowie S. 13 f. unter Bezugnahme auf das Urteil des BVerfG vom 10. Februar 2004 – 2 BvR 834/02 u. a. –, NJW 2004, 750, 757; ferner BGH, NJW 2005, 2022, 2023 (1. StS); NJW 2006, 1442, 1443 f. (5. StS); StV 2007, 29 f. (1. StS).

71 Z. B. von KINZIG (2004), 659 f., sowie von BÖLLINGER/POL-LÄHNE (2005), § 66 b Rn. 4, und ULLENBRUCH (2005), § 66 b Rn. 35–53 m. w. N.; zurückhaltender z. B. ROSENAU (2006).

72 BVerfG, NStZ 2007, 87 = R & P 2006, 207, 208; ebenso schon BGH, NJW 2006, 531, 534 (2. StS), sowie NStZ 2006, 276, 277 (4. StS). – In den »Erlediger-Fällen« des § 66 b Abs. 3 StGB ist die verfassungsrechtliche Problematik übrigens noch dadurch ein zusätzliches Stück weit entschärft, dass – anders als in den »Vollverbüßer-Fällen« des § 66 b Abs. 1 und 2 StGB – nach Verbüßung der verhängten Strafe nicht einfach eine ursprünglich nicht verhängte freiheitsentziehende Maßregel zusätzlich »draufgelegt« wird; vielmehr geht es in den Fällen des § 66 b Abs. 3 StGB »nur« darum, eine unbefristete freiheitsentziehende (Behandlungs- und Sicherungs-)Maßregel (nach § 63 StGB) gegen eine andere freiheitsentziehende (Sicherungs-)Maßregel (nach § 66 b StGB) zu ersetzen, sodass den Untergebrachten zumindest kein zusätzliches Freiheitsopfer trifft.

73 ... das dabei insbesondere auch zu prüfen hat, ob nicht weniger eingriffsintensive Maßnahmen wie die Anordnung und Ausgestaltung von Führungsaufsicht oder polizeirechtliche Maßnahmen ausreichen, vgl. BVerfG, NStZ 2007, 87, 88 = R & P 2006, 207, 209.

74 Vgl. nur ULLENBRUCH (2007), S. 64–66 m. w. N. zu der zwischenzeitlich umfangreich vorliegenden BGH-Rechtsprechung.

75 Eine detaillierte Analyse des in seinen Voraussetzungen in vielfacher Weise zweifelhaften § 66 b Abs. 3 StGB würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung endgültig sprengen. Sie muss daher einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben.

76 Die in der aktuellen Kommentarliteratur von TRÖNDLE/FISCHER (2007), § 66 b Rn. 12, und ULLENBRUCH (2005), § 66 b Rn. 126, vertretene Auffassung, dass der Unterbringung keine Katalogtat zugrunde liegen müsse, wenn bereits eine Vorverurteilung wegen einer oder mehrerer derartiger Taten vorliegt, teile ich nicht; sie überstrapaziert den Gesetzeswortlaut und vernachlässigt den Sinnzusammenhang des Gesetzestextes.

77 BVerfG NStZ 2007, 87 f. = R & P 2006, 207, 209; auch schon NJW 2004, 750, 757 f.; ebenso jetzt auch BGH, Beschluss vom 29. September 2006 – 2 StR 324/06 –.

78 Vgl. SCHÖCH (2006), S. 338.

### Der Hang zu erheblichen Taten als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Nach dem Gesetzestext des § 66 b Abs. 3 StGB entbehrlich ist demgegenüber das für die unmittelbare Anordnung von Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB zentrale Erfordernis des Hanges zu erheblichen Taten. In der Sache wird man indessen nicht umhin können, den Tatbestand des § 66 b Abs. 3 StGB um dieses – ungeschriebene – Erfordernis zu ergänzen. Zwar hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung bewusst auf die Übernahme des Hang-Merkmals für die nachträgliche Sicherungsverwahrung verzichtet; wegen der im Straf- (und Maßregel-)Vollzug bestehenden »künstlichen, da stark kontrollierenden und reglementierenden Bedingungen« sei das Vorliegen eines Hanges am Ende des Vollzuges und anhand des Vollzugsverhaltens letztlich nicht verlässlich einzuschätzen.<sup>79</sup> Zudem hat auch das Bundesverfassungsgericht dieses Erfordernis in seiner schon genannten Entscheidung zu § 66 b Abs. 2 StGB für verzichtbar gehalten; die Feststellung der psychologischen Tatsache eines Hanges zu erheblichen Straftaten sei nicht gleichbedeutend mit der gesetzlich geforderten Prognose der künftigen Begehung erheblicher Straftaten, sondern könne allenfalls eine Basistatsache für eine solche Prognose darstellen. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht gleichzeitig bemerkt, dass die Feststellung eines Hanges »im Einzelfall [...] gleichwohl geboten sein [kann], wenn andere Basistatsachen nicht mit der erforderlichen Sicherheit auf die künftige Begehung erheblicher Straftaten [...] schließen lassen.«<sup>80</sup>

Eine derartige Konstellation wird man indessen nicht nur im Einzelfall, sondern sogar regelhaft anzunehmen haben, wenn es um die »Erlediger-Sicherungsverwahrung« geht. Denn im Vergleich mit den weiteren Anwendungsfällen des § 66 b StGB ist die »Erlediger-Sicherungsverwahrung« durch zwei Besonderheiten gekennzeichnet: Den mit der Erledigungserklärung gerade verbundenen Wegfall der ursprünglichen (negativen) Prognosegrundlage und – zusätzlich – das Fehlen des sonst bestehenden, hier indessen durch den Umstand der Erledigungserklärung ersetzten Erfordernisses neuer, nach der Verurteilung und vor dem Ende des Freiheitsentzuges hervorgetretener Tatsachen, die auf die besondere Gefährlichkeit des Verurteilten hinweisen.<sup>81</sup> Mit anderen Worten: Das alte Fundament der Gefährlichkeitsprognose ist weggebrochen, ein neues Fundament jedoch – noch – nicht gegossen. Hier nun stellt der Hang – die auf charakterlicher Anlage beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung zu Rechtsbrüchen, die den Täter immer wieder straffällig werden lässt<sup>82</sup> – das probate Mittel dar, um überhaupt erst die notwendige neue Prognosebasis zu schaffen und die sich nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitserfordernisses auftuende Legitimationslücke für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Erledigungs-Fällen zu schließen.

Dies erweist sich übrigens auch deshalb als sachgerecht, weil anderenfalls für die ursprüngliche, bereits mit der Verurteilung angeordnete Sicherungsverwahrung – strengere – Voraussetzungen gälten als für die nachträgliche Sicherungsverwahrung, ohne dass dafür triftige Gründe erkennbar wären,<sup>83</sup> und weil außerdem anders die – auch in den Fällen der nachträglichen Sicherungsverwahrung<sup>84</sup> – nach zehn Jahren der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung gemäß § 67 d Abs. 3 StGB vorgeschriebene Prüfung, ob weiterhin die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte gerade »infolge seines Hanges« erhebliche Straftaten begehen wird, nicht sinnvoll vorgenommen werden könnte.<sup>85</sup>

Nur abrundend sei schließlich angemerkt, dass das Hang-Erfordernis ein zugleich notwendiges und angemessenes Korrektiv auch für eine besonders problematische Fallgruppe darstellt. Schon im Gesetzgebungsverfahren war kritisiert worden, dass der neue § 66 b Abs. 3 StGB das Institut der Sicherungsverwahrung grundsätzlich verändere, weil er »die Sicherungsverwahrung von der Notwendigkeit verschuldeter, mit einem Mindeststrafmaß geahndeter Anlasstaten [löse]«.<sup>86</sup>

Nimmt man diese Vorschrift beim Wort, kann danach Sicherungsverwahrung nämlich erstmals auch gegen Täter angeordnet werden, die ihre Anlasstat(en) in schuldunfähigem Zustand begangen haben.<sup>87</sup> Und diese Konstellation scheint mir keinesfalls nur theoretischer Natur zu sein. Vielmehr kommt es z. B. durchaus vor, dass sich erst in der Maßregelklinik klärt, dass es sich bei der akuten Psychose in der Tatsituation keineswegs um die Erstmanifestation einer überdauernden Erkrankung, sondern nur um ein einmaliges Phänomen handelte, das zwar eine Dekulpation, jedoch – mangels »Zustands« – keine Unterbringung rechtfertigt. Legt man bei dieser Sachlage dann den Hang-Maßstab an, wird sich erwartungsgemäß schnell herausstellen, dass die Anlasstat der erledigten (Fehl-)Unterbringung auch nicht als Anlasstat für die nachträgliche Anordnung von Sicherungsverwahrung taugt, weil sie als ihrer Art nach einmaliges Ereignis keine Basis für eine ungünstige Gefährlichkeitsprognose schafft.

### Keine »Erlediger-Sicherungsverwahrung« bei vollstreckbarem Strafrecht

Aus der Zusammenschau einerseits der beiden ersten Absätze und andererseits des dritten Absatzes des § 66 b StGB sowie aus dem gemeinsamen Sinn dieser Vorschriften, eine nachträgliche präventive Sicherungsmöglichkeit für die Fälle anzubieten, in denen keine bereits im Urteil verhängte Rechtsfolge mehr zu vollstrecken ist, ergibt sich schließlich die wohl am weitesten reichende und faktisch bedeutsamste Einschränkung für den Anwendungsbereich der »Erlediger-Sicherungsverwahrung«: Nach der erklärten Vorstellung des Gesetzgebers soll die Vorschrift des § 66 b Abs. 3 StGB nämlich in erster Linie diejenigen Fälle erfassen, in denen nach der Erledigung der psychiatrischen Unterbringung sonst nichts mehr zu vollstrecken ist, während in den Fällen, in denen nach Erledigung der Maßregel noch eine parallel verhängte Freiheitsstrafe zu vollstrecken bleibt, »zunächst kein Bedürfnis für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB« bestehe; denn

79 Vgl. Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 13; dem folgend LACKNER/KÜHL (2004), § 66 b Rn. 8.

80 BVerfG, NStZ 2007, 87, 88 = R & P 2006, 207, 208 f.

81 Zu dem Erfordernis »neuer Tatsachen« vgl. erneut ULLENBRUCH (2007), S. 64–66 m. w. N.

82 Vgl. nur TRÖNDLE/FISCHER (2007), § 66 Rn. 18 m. w. N.

83 Vgl. ROSENAU (2006), S. 304 f.

84 Vgl. Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 14.

85 Vgl. BGH, NStZ 2006, 568, 570; ebenso schon STRENG (2006), S. 96; ferner TRÖNDLE/FISCHER (2007), § 66 b Rn. 20 f.; außerdem BÖLLINGER/POLLÄHNE (2005), § 66 b Rn. 12.

86 Stellungnahme des Bundesrates zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, in: Bundestags-Drucksache 15/2945, S. 2 f.; ebenso ULLENBRUCH (2005), § 66 b Rn. 49.

87 Darauf weist auch schon BOETTICHER (2005), 417 f., hin.

hier komme bereits die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 1 und 2 StGB in Betracht.<sup>88</sup>

An dieser Stelle wird zwar besonders deutlich, dass sich die »Erlediger-Sicherungsverwahrung« keineswegs bruchlos in das System der Sicherungsverwahr-Vorschriften einfügen lässt. Denn es gibt an sich keinen sachlichen Grund, falsch Schuldunfähige und falsch Schuldgeminderte unterschiedlich zu behandeln; das indessen ist gar nicht zu vermeiden, wenn den nach § 66 b Abs. 3 StGB zu behandelnden falsch Schuldunfähigen sofort das scharfe Schwert der nachträglichen Sicherungsverwahrung droht, während die in den »Genuss« der Anwendung des § 66 b Abs. 1 und 2 StGB kommenden falsch Schuldgeminderten zunächst noch eine »Galgenfrist« erhalten, innerhalb derer sie sich im Strafvollzug »bewähren« können und an deren Ende die nachträgliche Sicherungsverwahrung – anders als in den Fällen des § 66 b Abs. 3 StGB – auch nur dann angeordnet werden darf, wenn im Vollzugsverlauf neue, auf eine gesteigerte Gefährlichkeit hindeutende Tatsachen erkennbar geworden sind.<sup>89</sup> Unbestreitbar richtig ist allerdings, dass ein Bedürfnis für die nachträgliche Anordnung von Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB solange nicht besteht, wie der (frühere) Maßregelpatient noch im Strafvollzug sicher untergebracht ist. Und zumal dann, wenn noch längere Strafreise zu vollstrecken sind, ist andererseits auch nicht einzusehen, weshalb der »Erlediger« am Ende der Strafvollstreckung anders und – wegen des Verzichts des § 66 b Abs. 3 StGB auf das Erfordernis »neuer Tatsachen« – strenger behandelt werden sollte als seine Mitgefangenen, nur weil er früher einmal fehluntergebracht war.

#### Getrennte Verfahren für Erledigung und Sicherungsverwahrung

Eine »Hürde« stellt schließlich auch das Verfahrensrecht insofern auf, als es unterschiedliche gerichtliche Zuständigkeiten und unterschiedliche Verfahren für die Maßregelerledigung einerseits und die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung andererseits vorsieht. Über die Erledigung der Unterbringung ist mithin unabhängig von der erst später und durch ein anderes Gericht zu treffenden Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung zu befinden; eine Entscheidung »aus einer Hand« gibt es nicht.

Das Erledigungsverfahren liegt – als Verfahren über die stets mit zu prüfende Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Bewährung – bei der großen, mit drei Berufsrichtern besetzten Strafvollstreckungskammer, §§ 78 a, 78 b Abs. 1 Nr. 1 GVG. Die Entscheidung ergeht ohne (förmliche) mündliche Verhandlung durch – mit der sofortigen Beschwerde zum Oberlandesgericht angreifbaren – Beschluss, wobei zuvor an sich nur Staatsanwaltschaft und Untergebrachter angehört werden müssten, §§ 462, 463 Abs. 5 StPO. Faktisch wird freilich die Maßregelklinik stets beteiligt sein, geht es doch um die diagnostische und prognostische Einschätzung des Untergebrachten. Wegen der bei der Erledigungsentscheidung stets im Auge zu behaltenden »Abschiebungs«-Problematik wird es sich im Übrigen stets empfehlen, einen klinikfremden Sachverständigen hinzuzuziehen.

Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung ist demgegenüber der Strafkammer zugewiesen, die bereits im Erkenntnisverfahren erstinstanzlich entschieden – und womöglich eine von vornherein verfehlte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet – hatte, § 74 f Abs. 1 GVG. Die Strafkammer ist dabei auch dann mit *drei* Berufsrichtern und zwei Schöffen besetzt, wenn sie im Erkenntnisverfahren in

der Besetzung mit nur zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen verhandelt hatte, § 74 f Abs. 3, 2. Halbsatz GVG. Sie entscheidet auch im nachträglichen Sicherungsverwahr-Verfahren auf der Grundlage einer förmlichen Hauptverhandlung durch Urteil, § 275 a Abs. 2 StPO, das nur mit der Revision zum Bundesgerichtshof angefochten werden kann. In der Hauptverhandlung nimmt die Strafkammer insbesondere die Gutachten zweier Sachverständiger entgegen, die zwar schon im früheren Erkenntnisverfahren tätig, jedoch keinesfalls im Rahmen des Strafvollzugs oder der Unterbringung mit der Behandlung des Verurteilten befasst gewesen sein dürfen, § 275 a Abs. 4 S. 2 und 3 StPO. Als Gutachter kommen dabei sowohl Psychiater als auch Psychologen oder Kriminologen in Betracht.<sup>90</sup> Sie werden sich in ihren – von einander unabhängigen – Gutachten insbesondere zur Gefährlichkeitsprognose zu äußern haben, während die Erledigungsentscheidung in diesem Verfahren keiner weiteren materiellen Überprüfung unterliegt.<sup>91</sup>

#### Literatur

- BECHTOLDT S (2002) Die Erledigungserklärung im Maßregelvollzug des § 63 StGB. Frankfurt/M.
- BÖLLINGER L (1998) in: NEUMANN U, PUPPE I, SCHILD W (Hrsg.) Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1. Aufl. Baden-Baden
- BÖLLINGER L, POLLÄHNE H (2005) in: KINDHÄUSER U, NEUMANN U, PAEFFGEN H-U (Hrsg.) Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2. Aufl. Baden-Baden
- BOETTICHER A (2005) Aktuelle Entwicklungen im Maßregelvollzug und bei der Sicherungsverwahrung – Ambulante Nachsorge für Sexualstraftäter ist Aufgabe der Justiz!, in: NStZ 2005, 417–423
- BOETTICHER A, KRÖBER H-L, MÜLLER-ISBERNER R, BÖHM K, MÜLLER-METZ, R, WOLF Th (2006) Mindestanforderungen für Prognosegutachten, in: NStZ 2006, 537–544
- DESSECKER A (2004) Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht. Berlin
- HORN E (1999) in: RUDOLPHI H-J, HORN E, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Stand 7. Aufl. Neuwied
- HORSTKOTTE H (1985) in: JESCHECK H-H, RUß W, WILLMS G (Hrsg.) Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 10. Aufl. Berlin New York
- KINZIG J (2004) Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? – Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, in: NStZ 2004, 655–660
- KOLLER M (2005 a) Die bedingte Entlassung aus der Unterbringung nach den §§ 63, 64 StGB – Voraussetzungen, Verfahren, Praxis, in: Bewährungshilfe 52: 237–256

88 Bundestags-Drucksache 15/2887, S. 14; dem folgend LACKNER/KÜHL (2004), § 66 b Rn. 12.

89 Nur vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass die Erledigung der Psychiatrie-Unterbringung nicht als »neue Tatsache« in diesem Sinne in Betracht kommt, weil Gegenstand der Erledigungserklärung gerade die Verneinung eines gefährlichkeitsbegründenden Umstands (der seelischen Gestörtheit des Täters) ist und sie daher für sich genommen nichts Neues bringt, das gerade auf eine gesteigerte Gefährlichkeit des Untergebrachten hindeutete.

90 Vgl. MEYER-GOßNER (2006), § 275 a Rn. 10.

91 Differenzierend allerdings TRÖNDLE/FISCHER (2007), § 66 b Rn. 13.

- KOLLER M (2005 b) Zur gerichtlichen Praxis der Einweisung in den und der Entlassung aus dem Maßregelvollzug nach den §§ 63, 64 StGB und zur Bedeutung von Begutachtung und Prognostik, in: ver.di, Der Maßregelvollzug – Wegsperrungen für immer? Tagungsband. Berlin, S. 12–43
- KOLLER M (2005 c) Weggeschlossen für immer? – Überlegungen zur gerichtlichen Einweisungs- und Entlassungspraxis und zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.01.1998 auf den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB, in: OSTERHEIDER M (Hrsg.) Forensik 2004 – Aufbruch oder Stillstand? 19. Eickelborner Fachtagung. Dortmund, S. 181–202
- KOLLER M (2006) Die Erledigung der Unterbringung nach § 63 StGB, in: DUNCKER H, KOLLER M(anfred), FOERSTER K (Hrsg.) Forensische Psychiatrie – Entwicklungen und Perspektiven. Festschrift für Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag. Lengerich, S. 227–263
- KONRAD N (1991), Fehleinweisung in den psychiatrischen Maßregelvollzug, in: NStZ 1991: 315–321
- KRÖNIGER S (2004) Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus – Dauer und Gründe der Beendigung –. Kriminologische Zentralstelle e. V. Wiesbaden
- KRÖNIGER S (2005 a) Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus – Dauer und Gründe der Beendigung –. Kriminologische Zentralstelle e. V. Wiesbaden
- KRÖNIGER S (2005 b) Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus – Dauer und Gründe der Beendigung –, in: *Bewährungshilfe* 52: 257–266
- KRÖNIGER S (2006) Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus – Dauer und Gründe der Beendigung –. Kriminologische Zentralstelle e. V. Wiesbaden
- KRUIS, . (1998) Die Vollstreckung freiheitsentziehender Maßregeln und die Verhältnismäßigkeit, in: *StV* 1998, 94–97
- LACKNER K, KÜHL K (2001) StGB. 24. Aufl. München
- LACKNER K, KÜHL K (2004) StGB. 25. Aufl. München
- LOOS F (1993) Anmerkung zu dem Beschluss des OLG Frankfurt, NStZ 1993, 252, in: NStZ 1993, 254–255
- MEYER-GOßNER L (2006) Strafprozessordnung. 49. Aufl. München
- NEDOPIL N (1995) Neues zur Kriminalprognose – Gibt es das? in: DÖLLING D (Hrsg.) Die Täter-Individualprognose. Heidelberg, S. 83–95
- POLLÄHNE H, BÖLLINGER L (2005) in: KINDHÄUSER U, NEUMANN U, PAEFFGEN H-U (Hrsg.) Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2. Aufl. Baden-Baden
- POLLÄHNE H (2005) Anmerkung zu dem Beschluss des OLG Oldenburg, R & P 2005, 87, in: R & P 2005, 88–89
- RADTKE H (1998) Materielle Rechtskraft bei der Anordnung freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung, in: *ZStW* 110, 297–326
- RADTKE H, BECHTOLDT S (2001) Anmerkung zu dem Beschluss des OLG Hamm, NStZ 2000, 168, in: NStZ 2001, 222–224
- RASCH W (1999) Forensische Psychiatrie. 2. Aufl. Stuttgart Berlin Köln
- ROSENAU H (2006) Die nachträgliche Sicherungsverwahrung – Feindstrafrecht oder Bewährungsprobe für den Rechtsstaat? in: DUNCKER H, KOLLER M(anfred), FOERSTER K (Hrsg.) Forensische Psychiatrie – Entwicklungen und Perspektiven. Festschrift für Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag. Lengerich, S. 284–312
- SCHNEIDER U (2004) Beendigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei »Zweckerreichung« – Eine kriminalpolitische Herausforderung –, in: NStZ 2004, 649–654
- SCHÖCH H (2006) Strafrechtliche Haftung von Ärzten beim Lockerungsmissbrauch in psychiatrischen Krankenhäusern, in: DUNCKER H, KOLLER M(anfred), FOERSTER K (Hrsg.) Forensische Psychiatrie – Entwicklungen und Perspektiven. Festschrift für Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag. Lengerich, S. 317–345
- SCHREIBER H-L, ROSENAU H (2004) Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung, in: VENZLAFF U, FOERSTER K (Hrsg.) Psychiatrische Begutachtung. 4. Aufl. München, S. 54–123
- STREE W (2001) in: SCHÖNKE A, SCHRÖDER H, Strafgesetzbuch. 26. Aufl. München
- STREE W (2006) in: SCHÖNKE A, SCHRÖDER H, Strafgesetzbuch. 27. Aufl. München
- STRENG F (2006) »Erkennbar gewordene Tatsachen« und rechtsstaatliche Anforderungen an nachträgliche Sicherungsverwahrung, in: *StV* 2006, 92–98
- TRÖNDLE H, FISCHER Th (2004) StGB. 52. Aufl. München
- TRÖNDLE H, FISCHER Th (2007) StGB. 54. Aufl. München
- ULLENBRUCH Th (2005) in: JOECKS W, MIEBACH K (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. München
- ULLENBRUCH Th (2007) Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein legislativer »Spuk« im judikativen Fegefeuer? – Zugleich Besprechung der Entscheidung des BVerfG vom 23.8.2006 (2 BvR 226/06) und der jüngsten Rechtsprechung des BGH, in: NStZ 2007, 62–71
- VEH H (2005) in: JOECKS W, MIEBACH K (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. München
- VOLCKART B (2003) Anmerkung zu dem Beschluss des OLG Frankfurt NStZ 2003, 222–224 = R & P 2003, 108–110, in: R & P 2003, 110–111
- VOLCKART B, GRÜNEBAUM R (2003) Maßregelvollzug. 6. Aufl. München Neuwied
- WOLF Th (1997) »Fehleinweisung« in das psychiatrische Krankenhaus (§ 63 StGB) – Erledigungserklärung oder Wiederaufnahme?, in: *NJW* 1997, 779–782

#### **Anschrift des Verfassers**

*Landgericht Göttingen  
Berliner Straße 4  
37073 Göttingen*