

Ulrich Baltzer

## Der Fall G. – zur Diskussion über die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Erledigung der Unterbringung

Anhand eines Falles, der kürzlich vor dem Landgericht Frankfurt a. M. verhandelt wurde, wird die Problematik der nachträglichen Sicherungsverwahrung für rückfallgefährdete Gewalt- und Sexualtäter nach Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus wegen Fehleinweisung durch das Tatgericht noch einmal aufgegriffen. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23.07.2004 nicht nur dogmatische Schwächen aufweist, sondern auch verfassungsrechtlich bedenklich ist. Zwar ist die Notwendigkeit der Korrektur von rechtskräftigen Entscheidungen, wenn sie auf einer Fehldiagnose beruhen, unbestritten, doch muss sie in einer Weise erfolgen, die rechtsstaatlichen Erfordernissen genügt. Hierzu gehört auch die Berechenbarkeit freiheitsentziehender Sanktionen für den Straftäter, unabhängig von der Schwere der von ihm begangenen Verbrechen. Gleichzeitig wird die wachsende Bedeutung von Gefährlichkeitsprognosen für die gerichtliche Entscheidung deutlich.

**Schlüsselwörter:** Fehleinweisung, Erledigung der Unterbringung, nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung, Gefährlichkeitsprognose

### *The case G. – on the discussion about subsequent placement in preventive detention after termination of a hospital order*

*In a recent case German Landgericht Frankfurt (Frankfurt criminal court) dealt with the subsequent placement in preventive detention for sexual and violent offenders, particularly those considered dangerous, after termination of a hospital order, which had been based on an inappropriate disposal. The 2004 law on subsequent placement in preventive detention (nachträgliche Sicherungsverwahrung) displays dogmatic weaknesses and raises doubts from a constitutional point of view. Although the need to review court decisions based on false diagnoses is indisputable, it has to be done in line with constitutional requirements. Part of this is the calculability of liberty depriving sanctions for the offender irrespective of the seriousness of the committed crime. In this instance, the growing importance of prognoses on dangerousness for judicial decisions becomes apparent.*

**Key words:** Hospital order, court diversion, preventive detention, dangerousness, prognosis

Auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung am 29.07.2004 ist die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit des § 66 b StGB wie auch über die Auslegung dieser Norm nicht abgerissen. Der folgende Beitrag befasst sich anhand eines Einzelfalles mit der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, wenn die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus für erledigt erklärt worden ist, weil deren Voraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen, der Abgeurteilte bzw. Verurteilte jedoch nach wie vor als gefährlich eingeschätzt, d. h. mit hoher Wahrscheinlichkeit rückfällig werden wird (§§ 67 d Abs. 6 S. 1, 66 b Abs. 3 StGB).<sup>1</sup> Diese Zeitschrift hat die Problematik der gesetzlichen Regelung unlängst mit mehreren Beiträgen von Vertretern unterschiedlicher Fachrichtungen schwerpunktmäßig zur Diskussion gestellt.<sup>2</sup> Im Folgenden soll die spezielle Problematik beleuchtet werden, wenn die Unterbringung neben einer Freiheitsstrafe angeordnet worden war und es nach anfänglichem Vollzug der Unterbringung – in Umkehrung der Vollstreckungsreihenfolge – zu einem Vorwegvollzug der Freiheitsstrafe gekommen ist (§ 67 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 StGB).

### Der Fall G.

Der zur Tatzeit 20 bzw. 21 Jahre alte G. wurde am 06.02.1992 durch eine Jugendkammer des Landgerichts Frankfurt a. M. wegen Mordes in drei Fällen sowie wegen eines weiteren versuchten Mordes zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt, daneben wurde seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Opfer der Taten waren junge Frauen, im ersten Fall eine Anhalterin, in den weiteren Fällen Prostituierte. Die Frauen wurden entweder erwürgt oder erdrosselt, das letzte Opfer hat die Tat nur deshalb überlebt, weil eine andere Prostituierte ihrer Kollegin zu Hilfe gekommen war.

Die Kammer kam zu dem Ergebnis, dass G. die Taten heimtückisch und zur Befriedigung des Geschlechtstriebes begangen hatte. Die in der Hauptverhandlung gehörten Sachverständigen Prof. Sch. und Dr. S. diagnostizierten bei ihm eine sexuelle

<sup>1</sup> Die weiteren formellen Voraussetzungen der Anordnung (§ 66 b Abs. 3 Nr. 1 StGB) sollen hier nicht thematisiert werden, da sie die behandelte Problematik nicht berühren.

<sup>2</sup> HOFSTETTER/ROHNER 2007, 51; KOLLER 2007, 57; SCHALAST 2007, 69; HEERING/KONRAD 2007, 76.

Triebabnormalität im Sinne eines echten Sadismus, die sie dem vierten Eingangsmerkmal des § 20 StGB – der schweren anderen seelischen Abartigkeit – zuordneten, auch stellten sie bei ihm einen völligen Empathiemangel fest. Auf der Grundlage dieser Gutachten sah die Kammer sowohl die Voraussetzungen der erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit (§ 21 StGB) als auch die Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) als gegeben an. Die Kammer hatte sich auch mit der Frage befasst, ob die Voraussetzungen der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) vorliegen, und diese bejaht, die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus jedoch als die geeignetere Maßregel (§ 72 Abs. 1 StGB) angesehen, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich in Zukunft eine Therapiemöglichkeit eröffne. Nach Rechtskraft des Urteils wurde G. in die Klinik für gerichtliche Psychiatrie in H. eingeliefert.

Am 14.03.1994 beschloss die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Marburg, dass die verhängte Freiheitsstrafe vor der weiteren Unterbringung zu vollziehen sei (§ 67 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 StGB). Die Klinik hatte in ihrer Stellungnahme auf der Grundlage von Verhaltensbeobachtungen und therapeutischen Bemühungen dargelegt, dass ein Ansatz zur Therapie G.s nicht gefunden werden könne und auch nicht zu erwarten sei, dass sich künftig etwas daran ändern werde. Sie berief sich dabei auch auf das externe Gutachten des Sachverständigen Prof. V., der angeregt hatte, den Vorwegvollzug der Strafe zu erwägen. G. selbst hatte in seiner mündlichen Anhörung vor der Strafvollstreckungskammer angegeben, er sehe in der Klinik keine Entwicklungsmöglichkeiten für sich, therapeutische Fortschritte könne er schon deshalb nicht machen, weil es bei ihm nichts zu therapieren gäbe. Seit dem 18.04.1994 befand sich G. im Strafvollzug, unter Anrechnung der Untersuchungshaft und der im Maßregelvollzug verbrachten Zeit war die Freiheitsstrafe am 20.03.2005 vollstreckt. Eine Rückverlegung in den Maßregelvollzug erfolgte ebenso wenig wie die gemäß § 67 c Abs. 1 StGB erforderliche Überprüfung, ob der Zweck der Maßregel die Unterbringung noch erfordert. Seinen Grund hatte dies offensichtlich darin, dass sowohl die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde als auch die Vollzugsanstalt und die Vollstreckungskammer infolge unterlassener Anrechnung der bereits im Maßregelvollzug verbrachten Zeit die Strafzeit falsch berechnet hatten und von einem Strafende im Jahr 2007 ausgegangen waren.

Nachdem dieser Umstand erkannt worden war, beantragte die Staatsanwaltschaft am 23.02.2006, gemäß § 67 c Abs. 1 StGB den weiteren Vollzug der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus anzuordnen. Für den Fall, dass die Strafvollstreckungskammer zu der Auffassung gelange, dass eine Fehleinweisung vorliege, wurde beantragt, die Maßregel für erledigt zu erklären (§ 67 d Abs. 6 S. 1 StGB) und zugleich einen Sicherungshaftbefehl zu erlassen (§ 275 a Abs. 5 StPO i. V. m. § 66 b Abs. 3 StGB), da die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung zu erwarten sei.

Der von der Strafvollstreckungskammer beauftragte Sachverständige Prof. L. kam in seinem Gutachten vom 13.12.2006 zu dem Ergebnis, dass bei G. zum Zeitpunkt der von ihm begangenen Taten ein krankhafter Zustand, wie er für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus erforderlich sei, nicht vorgelegen habe, dass jedoch unter prognostischen Gesichtspunkten von einer hohen Gefahr auszugehen sei, dass

dieser – in Freiheit entlassen – erneut vergleichbare Delikte begehen werde. Auf der Grundlage dieses Gutachtens erklärte die Strafvollstreckungskammer durch Beschluss vom 05.04.2007 die Unterbringung G.s im psychiatrischen Krankenhaus für erledigt, gleichzeitig erließ sie einen Sicherungshaftbefehl. Am 25.09.2007 beantragte die Staatsanwaltschaft bei der Jugendkammer des Landgerichts Frankfurt a. M., die G. 1992 verurteilt hatte, nunmehr die nachträgliche Sicherungsverwahrung anzuordnen (§ 66 b Abs. 3 StGB). Zu Sachverständigen wurden Prof. L. und Dr. H. bestellt, die Hauptverhandlung wurde auf den 11. und 13.03.2008 anberaumt.

Zu Beginn der Hauptverhandlung beantragte die Verteidigung die Aussetzung des Verfahrens und Vorlage der Sache gemäß Art. 100 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht mit der Begründung, dass § 66 b Abs. 3 StGB gegen das Grundgesetz verstoße. Die Vorschrift sei zu weit gefasst, da sie – anders als § 66 b Abs. 1 und 2 StGB – weder »neue Tatsachen« noch das Vorliegen eines Hanges zur Begehung bestimmter Straftaten, wie er für die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 3 StGB erforderlich sei, voraussetze. Da die Strafkammer durch das Urteil vom 06.02.1992 und die anschließende Vollstreckung verbraucht sei, stelle die beantragte nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft dar. Dem Gesetzgeber sei es nicht gestattet, die Bindungswirkung eines rechtskräftigen Urteils durch Schaffung weiterer Wiederaufnahmegründe zu unterlaufen, insbesondere dann nicht, wenn es sich um solche zuungunsten des Verurteilten handle. Die Kammer wies den Aussetzungsantrag unter Berufung auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28.08.2007 zurück (BGH R&P 2008, 49).

Des Weiteren beantragte die Verteidigung den Sachverständigen Prof. Sch., der G. 1992 im Ursprungsverfahren untersucht und begutachtet hatte, auch im Verfahren über die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung zu hören. Seine Vernehmung werde ergeben, dass bei G. entgegen der Auffassung der Sachverständigen Prof. L. und Dr. H., wie sie in deren vorläufigen schriftlichen Gutachten zum Ausdruck komme, sehr wohl ein sexueller Sadismus im Sinne einer schweren anderen seelischen Abartigkeit vorliege. Eine Vernehmung von Prof. Sch. sei auch deshalb geboten, weil dieser die Möglichkeit gehabt habe, G. zu explorieren, während Prof. L. und Dr. H. ihre Gutachten lediglich aufgrund der Aktenlage und der Teilnahme an der Hauptverhandlung erstatten könnten. Schließlich sei es ein Gebot der Fairness, auch den Gutachter zu hören, der zu einem abweichenden Ergebnis gekommen sei. Die Kammer wies diesen Antrag mit der Begründung zurück, dass die in das Wissen des Sachverständigen Prof. Sch. gestellte Beweistatsache für die Entscheidung ohne Bedeutung sei, da durch den Erledigungsbeschluss bereits rechtskräftig festgestellt sei, dass ein krankhafter Zustand im Sinne von § 63 StGB nicht vorgelegen habe.

Auf Befragen erklärte G., er sei nach wie vor nicht bereit, sich zu den von ihm begangenen Taten und seinen Motiven zu äußern, bestreite aber nicht und habe nie bestritten, die Taten begangen zu haben. Die Vernehmung einer Psychologin aus dem Strafvollzug sowie einer Fachärztin für Psychiatrie aus dem Maßregelvollzug erbrachte die Bestätigung, dass G. sich in 18 Jahren Haft bzw. Unterbringung allen therapeutischen Bemühungen verschlossen hatte. Er habe erklärt, ob man ihn für

gefährlich halte, sei eine »Glaubensfrage«. Ansonsten wurde sein Verhalten im Vollzug als unauffällig beschrieben.

Der Sachverständige Prof. L. bekräftigte noch einmal seine bereits im Verfahren nach § 67 d Abs. 6 StGB vertretene Auffassung, dass alle vorliegenden Informationen deutlich gegen die Annahme sprächen, dass bei G. zum Zeitpunkt der von ihm begangenen Taten eine schwerwiegende sadistische Deviation vorgelegen habe, die dem Rechtsbegriff der schweren anderen seelischen Abartigkeit zuzuordnen gewesen wäre. Daraus folge, dass bei ihm kein krankhafter Zustand im Sinne von § 63 StGB vorgelegen habe. Schließlich gebe es auch keine Hinweise darauf, dass ein solcher Zustand heute vorliegen könnte. Der nach wie vor zu konstatierende völlige Mangel an Empathie habe – für sich genommen – keinen Krankheitswert. Wenn auch ein Zugang zu seiner psychischen Befindlichkeit aufgrund der von ihm praktizierten Verweigerungshaltung nicht möglich sei, so spreche die Tatsache einer Tatserie von vier Tötungsdelikten innerhalb von eineinhalb Jahren doch deutlich für eine hohe Rückfallgefahr. Auch der Sachverständige Dr. H. kam zu der Einschätzung, dass – trotz aller Schwierigkeiten, Zugang zu den Tatantrieben G.s zu finden – die in den von ihm in den Jahren 1988 bis 1990 begangenen Taten zutage getretene Gefährlichkeit fortbestehe und eine Entwicklung zur Auseinandersetzung mit den Taten nicht zu erkennen sei.

Durch – noch nicht rechtskräftiges – Urteil vom 13.03.2008 wurde die nachträgliche Unterbringung G.s in der Sicherungsverwahrung angeordnet. In der mündlichen Urteilsbegründung wies der Vorsitzende darauf hin, dass den Gesetzesmaterialien zu den Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung zu entnehmen sei, dass die Anwendung des § 66 b StGB auf wenige Ausnahmefälle beschränkt sein solle. Die Kammer sei zu der Auffassung gelangt, dass sie es in der vorliegenden Sache mit einem dieser wenigen Ausnahmefälle zu tun habe. Aufgrund des Aussageverhaltens von G. sei zwar unklar geblieben, was diesen zur Begehung der Taten gebracht habe, man könne aber sagen, dass das völlige Fehlen von Empathie die Taten erst möglich gemacht habe. Warum sich G. nach wie vor gegen jede Exploration sperre, bleibe sein Geheimnis, dabei müsse ihm doch bewusst sein, dass seine Verweigerungshaltung auch in Zukunft eine günstige Kriminalprognose ausschließe. An der Gefährlichkeitsprognose, wie sie ihm bereits 1992 gestellt worden sei, habe sich bis heute nichts geändert und werde sich vermutlich auch in absehbarer Zeit nichts ändern.

In den schriftlichen Urteilsgründen weist die Kammer darauf hin, dass es auf die Frage, ob die für erledigt erklärte Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus von vornherein hätte vermieden werden können, wenn die Sachverständigen im Ursprungsverfahren keine Fehldiagnose gestellt hätten,<sup>3</sup> nicht ankomme, da für die von § 66 b Abs. 3 StGB vorausgesetzte Erledigungserklärung gemäß § 67 d Abs. 6 S. 1 StGB nach der Konzeption des Gesetzgebers der Zustand bei der vollstreckungsgerichtlichen Entscheidung maßgebend sei (BT-Dr. 15/2887, 14; BGH R&P 2008, 49). Unter Hinweis auf die genannte BGH-Entscheidung führt die Kammer weiter aus, dass für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB keine »nova« erforderlich seien, vielmehr könne sie auch auf der Grundlage von solchen Erkenntnissen angeordnet werden, welche schon im Erkennt-

nisverfahren vorgelegen hätten oder hätten gewonnen werden können. Das Vorliegen eines Hanges zu erheblichen Straftaten hat die Kammer bei G. bejaht, sodass sie die Frage, ob eine einschränkende Auslegung von § 66 b Abs. 3 StGB die Feststellung eines Hanges erfordere, offenlassen konnte. Angesichts der hohen Wahrscheinlichkeit, mit der von G. weitere schwerwiegende Straftaten gegen das Leben zu erwarten seien, sei auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. G. hat gegen das Urteil das Rechtsmittel der Revision eingelegt.

## Diskussion

Wenn auch weitgehend Einigkeit darüber bestehen dürfte, dass G. – zumindest gegenwärtig – nicht in Freiheit entlassen werden kann, so wirft sein Fall doch eine Reihe von Fragen auf, die die in der Literatur wiederholt geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes vom 23.07.2004 über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung verstärken.<sup>4</sup> Um dem Vorwurf zu begegnen, dass insbesondere § 66 b Abs. 3 StGB einen Eingriff in die Rechtskraft des Urteils darstelle, berufen sich die Befürworter des Gesetzes darauf, dass die Erledigung der ursprünglich angeordneten Maßregel und anschließende Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht dazu diene, eine fehlerhafte Rechtsanwendung im Urteil zu korrigieren, sondern nur den veränderten Anknüpfungstatsachen Rechnung tragen solle.<sup>5</sup> Fraglich erscheint jedoch, ob sich die strikte Trennung zwischen Anknüpfungstatsachen und rechtlicher Bewertung bei der Feststellung der Voraussetzungen der Unterbringung im Maßregelvollzug überhaupt aufrechterhalten lässt, da einerseits neue Anknüpfungstatsachen zu einer anderen rechtlichen Bewertung drängen können,<sup>6</sup> und zum anderen die vom Gesetzgeber in den Bestimmungen über die Maßregeln der Besserung und Sicherung verwandten Begriffe sowohl erfahrungswissenschaftliche als auch normative Elemente enthalten.<sup>7</sup> Ungeklärt ist auch die Frage, ob für die Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus zu verlangen ist, dass der krankhafte Zustand, der zur Anwendung des § 63 StGB geführt hatte, nunmehr zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann (KOLLER 2007, 61), oder ob es ausreicht, dass die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB nicht mehr sicher festgestellt werden können (POLLÄHNE/BÖLLINGER 2005 § 67 d Rn. 56). Schließlich ist zu bedenken, dass differenzialdiagnostische Abgrenzungen – handelt es sich z. B. um eine Persönlichkeitsstörung von Krankheitswert oder »nur«

<sup>3</sup> Auch wenn im Verfahren nach § 67 d Abs. 6 StGB rechtskräftig festgestellt wurde, dass es aufgrund einer Fehldiagnose zu einer Fehleinweisung gekommen ist, so bleibt doch ein gewisses Unbehagen, weil von den Gutachtern zwar eine Tatanalyse, nicht jedoch oder nur eingeschränkt – aufgrund der Verweigerungshaltung von G. – eine Täteranalyse durchgeführt werden konnte. Die Entscheidung, ob ein Angeklagter oder Verurteilter an seiner Untersuchung und damit auch an seiner Begutachtung mitwirkt, liegt allein bei ihm. Das gilt selbst dann, wenn seine Entscheidung für ihn möglicherweise nachteilige Folgen hat.

<sup>4</sup> BALTZER 2005; BLAU 2006, 256; KINZIG 2004, 911; KOLLER 2007, 57; SCHNEIDER 2006, 413; ULLENBRUCH 2006, 1377 und 2007, 62.

<sup>5</sup> Darauf haben HOFSTETTER/ROHNER 2007, 54 und KOLLER 2007, 61 unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des OLG Frankfurt a. M. (Beschlüsse v. 03.06.2005 – 3 Ws 298/05, 14.09.2005 – 3 Ws 774/05 und 14.10.2005 – 3 Ws 836/05) hingewiesen.

<sup>6</sup> KOLLER a. a. O. unter Verweis auf den Beschluss des OLG Frankfurt a. M. v. 27.01.2005 – 3 Ws 1036/05.

<sup>7</sup> Das gilt in gleicher Weise für die Schuldfähigkeitsbestimmungen.

um eine akzentuierte Persönlichkeit – nicht immer mit letzter Bestimmtheit getroffen werden können.

Problematisch erscheint weiter, dass es nach dem Gesetzeswortlaut des § 66 b Abs. 3 StGB zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus – anders als bei § 66 b Abs. 1 und 2 StGB – keiner »neuen Tatsachen«, die die Gefährlichkeit begründen, bedarf.<sup>8</sup> Das Erfordernis »neuer Tatsachen« zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach vollständiger Verbüßung einer Freiheitsstrafe wurde und wird nach wie vor zur Begründung dafür herangezogen, dass kein unzulässiger Eingriff in die Rechtskraft des ursprünglichen Urteils vorliege.<sup>9</sup> Nun hatte im Fall G. das erkennende Gericht bereits 1992 die Voraussetzungen der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bejaht, von ihrer Anordnung aber im Hinblick auf § 72 Abs. 1 StGB mit der Begründung abgesehen, dass die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus geeignet, aber auch ausreichend sei, den erstrebten Zweck – Besserung und Sicherung – zu erreichen. Auch diese Entscheidung ist in Rechtskraft erwachsen, sodass es bedenklich erscheint, wenn sie durch Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung wieder ausgehebelt wird.

Während das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. offengelassen hat, ob auch § 66 b Abs. 3 StGB das Vorliegen »neuer Tatsachen« voraussetzt, d. h. solcher Tatsachen, die erst nach der Verurteilung im Ursprungsverfahren und vor dem Ende des Vollzuges bekannt geworden sind,<sup>10</sup> stellt der Bundesgerichtshof auf den Wortlaut des Gesetzes ab mit der Folge, dass lediglich an die Erledigung der Unterbringung anzuknüpfen sei. Er begründet dies damit, dass es bei § 66 b Abs. 3 StGB darum gehe, bei einem nach wie vor hochgefährlichen Täter eine bereits angeordnete, dann aber – mangels Vorliegens der Voraussetzungen – erledigte freiheitsentziehende Maßregel von unbestimmter Dauer (§ 63 StGB) durch eine andere ebensolche Maßregel zu ersetzen. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, die ebenso wie die Sicherungsverwahrung den Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern bezwecke, sei gegenüber dieser auch kein geringeres Übel. Verhältnismäßigkeitsabwägungen müssten hier im Interesse des Gemeinwohls zurücktreten (BGH R&P 2008, 49, 51). Diese Überlegungen vermögen nicht zu überzeugen. Zum einen lässt sich der Eingriff in die Rechtskraft des ursprünglichen Urteils nicht schon damit rechtfertigen, dass beide Maßregeln denselben Zweck verfolgen und einen gleich schweren Eingriff in das Freiheitsrecht des Betroffenen darstellen, und zum anderen bleibt die Frage unbeantwortet, warum dem Rechtsprinzip der Verhältnismäßigkeit hier geringere Bedeutung beizumessen ist als im Bereich des § 66 b Abs. 1 und 2 StGB.

Wenn es nach herrschender Meinung zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus keiner »neuen Tatsachen« bedarf, so führt dies zu einer weiteren Ungereimtheit: Ist nach Erledigung der Unterbringung noch eine parallel verhängte Freiheitsstrafe oder ein Teil hiervon zu vollstrecken, so kommt eine Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB nicht in Betracht, weil die Sicherung des rückfallgefährdeten Verurteilten durch Vollstreckung dieser Strafe – zumindest zunächst einmal – gewährleistet ist und nach vollständiger Strafverbüßung und fortdauernder Gefährlichkeit eine Unterbringung in der nachträglichen Sicherungsverwahrung

nach § 66 b Abs. 1 oder 2 StGB in Betracht kommt.<sup>11</sup> Da eine solche Anordnung aber nur bei Vorliegen »neuer Tatsachen« zulässig ist und sich die Gefährlichkeit eines Täters in aller Regel nicht im Vollzug, sondern in der Begehung der Anlasstat(en) manifestiert,<sup>12</sup> führt dies im Ergebnis dazu, dass bei dem Verurteilten, der nach der Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus noch Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, auch bei die Strafvollstreckung überdauernder Gefährlichkeit – eben weil es an »neuen Tatsachen« fehlt – die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung von Gesetzes wegen nicht möglich ist, während gegen den Verurteilten, der keine Freiheitsstrafe mehr zu verbüßen hat, auch ohne dieses Erfordernis die nachträgliche Sicherungsverwahrung angeordnet werden kann.

Ob noch Freiheitsstrafe zu verbüßen ist, hängt auch davon ab, ob es zu einer Umkehrung der Reihenfolge der Vollstreckung von Maßregel und Strafe gekommen ist. Das ist dann angezeigt, wenn der Zweck der nach § 63 oder § 64 StGB angeordneten Maßregel durch den Vorwegvollzug der Strafe oder eines Teils derselben leichter erreicht werden kann (§ 67 Abs. 2 S. 1 StGB), wobei das Gericht eine solche Anordnung auch nachträglich treffen, ändern oder aufheben kann, wenn Umstände in der Person des Verurteilten dies sinnvoll erscheinen lassen (§ 67 Abs. 3 S. 1 StGB). Kommt es zum Vorwegvollzug der Strafe, so dürfte es in der Mehrzahl der Fälle erst nach vollständiger Verbüßung der Strafe zur Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus kommen. So war es auch im Fall G., der sich von 1994 bis 2006 im Strafvollzug befand. Wäre es zu einem Zeitpunkt, als er die Freiheitsstrafe noch nicht vollständig verbüßt hatte, zur Erledigung der Unterbringung gemäß § 67 d Abs. 6 S. 1 StGB gekommen, so wäre eine Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB nicht möglich gewesen, weil dem Sicherungszweck durch die Vollstreckung der restlichen Freiheitsstrafe Rechnung getragen worden wäre. Aber auch nach Verbüßung der Reststrafe wäre eine Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung – nunmehr nach § 66 Abs. 1 oder 2 StGB – nicht in Betracht gekommen, weil es hierfür an den erforderlichen »neuen Tatsachen« gefehlt hätte, denn die Gefährlichkeit G.s war bereits im ersten Prozess festgestellt worden. Dies führt zu einer Ungleichbehandlung der »Erlediger«, auf die sie keinen Einfluss haben. Dass die Regelung des § 66 b Abs. 3 StGB unausgewogen ist, zeigt auch die Tatsache, dass den aufgrund einer Fehldiagnose als schuldunfähig angesehenen und für ge-

<sup>8</sup> Dass die Erledigung der ursprünglich angeordneten Maßregel selbst keine derartige »neue Tatsache« ist, ergibt sich daraus, dass die Tatsachengrundlage der Erledigungserklärung gerade die Verneinung eines die Gefährlichkeit begründenden Umstandes (des krankhaften Zustands) ist und sie daher für sich genommen nichts Neues erbringt, das auf eine gesteigerte Gefährlichkeit des Verurteilten hindeutet (so auch Koller a. a. O.).

<sup>9</sup> BGH, Beschluss v. 19.10.2007 – 3 StR 378/07 – NStZ-RR 2008, 39 (Ls.).

<sup>10</sup> OLG Frankfurt a. M. Beschluss v. 08.01.2008 – 3 Ws 975/07.

<sup>11</sup> BGH R&P 2008, 49, 52 = JR 2008, 207, 209 f. m. krit. Anm. ZSCHIESCHAK/RAU; der erste Senat des BGH ist auch nach abw. Anfrage des vierten Senats (v. 05.02.2008 – 4 StR 314/07) bei seiner Auffassung geblieben (Beschluss v. 02.04.2008 – 1 ARs 3/08) (s. u. S. 175).

<sup>12</sup> Siehe hierzu die vom Verfasser dieses Beitrags durchgeführte empirische Untersuchung der in den hessischen Justizvollzugsanstalten der Sicherheitsstufe I einsitzenden Gewalttäter, aus der sich ergibt, dass die Gefährlichkeit eines Gewalttäters – sorgfältige und sachkundige Befunderhebung vorausgesetzt – in aller Regel bereits zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung über die Anlasstat(en) erkannt werden kann (BALTZER 2005).

fährlich gehaltenen Straftätern nach Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus bei fortbestehender Gefährlichkeit generell die nachträgliche Sicherungsverwahrung droht. Ein sachlicher Grund, »falsch Schuldunfähige« und »falsch Schuldgeminderte« hinsichtlich drohender Sicherungsverwahrung unterschiedlich zu behandeln, ist nicht erkennbar (so auch KOLLER 2007, 67).

Nach wie vor umstritten ist die Frage, ob die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung auch bei § 66b Abs. 3 StGB das Vorliegen eines Hanges zur Begehung von erheblichen Straftaten voraussetzt. Nach dem Gesetzeswortlaut ist dies nicht erforderlich. Auch der für die gerichtliche Praxis bedeutsame Kommentar zum Strafgesetzbuch von Thomas Fischer konstatiert schlicht, eine Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Erledigungserklärung gemäß § 67d Abs. 6 S. 1 StGB setze keine Feststellung eines Hanges voraus, erforderlich sei lediglich die Prognose, dass der Betroffene mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche, die Opfer seelisch oder körperlich schwer schädigende Straftaten begehen werde (FISCHER 2008 § 66b Rn. 40). Das Bundesverfassungsgericht hält die Feststellung eines Hanges immerhin »in Einzelfällen« für geboten, wenn andere Basistatsachen nicht mit der erforderlichen Sicherheit den Schluss zuließen, dass der Betroffene auch in Zukunft schwere Delikte begehen werde (BVerfG R&P 2006, 207). KOLLER plädiert dafür, den Tatbestand des § 66b Abs. 3 StGB um das – ungeschriebene – Tatbestandsmerkmal des Hanges zu ergänzen (2007, 67). Zu Recht weist er darauf hin, dass durch die Erledigung des ursprünglich die Gefährlichkeit begründenden krankhaften Zustands ein Vakuum entstanden sei, das nunmehr durch ein anderes erfahrungswissenschaftliches Substrat<sup>13</sup> ausgefüllt werden müsse (KOLLER a. a. O.). Dafür spricht auch, dass das Gericht vor der Entscheidung über die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 275a Abs. 4 S. 2 StPO Gutachten von zwei Sachverständigen einzuholen hat und die diesen abverlangte Gefährlichkeitsprognose einer erfahrungswissenschaftlichen Basis bedarf. Letztlich ist auch nicht einzusehen, warum für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB und nach § 66b Abs. 1 und 2 StGB strengere Voraussetzungen gelten sollten als für die Anordnung nach § 66b Abs. 3 StGB. Für eine insoweit einheitliche Behandlung der unterschiedlichen Fallgestaltungen spricht auch die Bestimmung des § 67d Abs. 3 S. 1 StGB, wonach bei der Entscheidung, ob die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach zehn Jahren für erledigt erklärt werden kann, zu prüfen ist, ob keine Gefahr mehr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Hanges weitere erhebliche Straftaten begehen wird, dass aber eine solche Prüfung nur sinnvoll vorgenommen werden kann, wenn bei der Anordnung der Unterbringung das Vorliegen eines Hanges festgestellt worden ist (KOLLER a. a. O.).

Soweit ersichtlich, ist der Umstand, dass es beim Verzicht auf das Merkmal des Hanges schwer sein dürfte, den symptomatischen Zusammenhang zwischen Anlasstat(en) und drohenden weiteren Taten festzustellen, bisher nicht problematisiert worden. Dieser – notwendige – Zusammenhang wird bei der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus durch den krankhaften Zustand, bei der Unterbringung in der Entziehungsanstalt durch die Sucht und bei der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung eben durch den Hang gebildet.

## Resümee

Unabhängig von der Tatsache, dass sich G. aufgrund von Versäumnissen der Justizbehörden nach vollständiger Verbüßung der 1992 gegen ihn verhängten Freiheitsstrafe länger als ein Jahr ohne Rechtsgrundlage in Strafhaft befand – das ist der eigentliche Skandal –, macht der Fall deutlich, dass das Gesetz über die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23.07.2004, auch soweit es die sogenannten Erledigerfälle (die Voraussetzungen der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus liegen nicht oder nicht mehr vor) betrifft, unausgewogen ist und in seinen Auswirkungen bei bestimmten Fallkonstellationen zu verfassungsrechtlich bedenklichen Ergebnissen führt, insbesondere dem Gebot der Berechenbarkeit staatlicher Eingriffe in das Freiheitsrecht des Einzelnen nicht ausreichend Rechnung trägt. Wenn dem Haupteinwand gegen die nachträgliche Sicherungsverwahrung, dass diese einen Eingriff in die Rechtskraft des früheren Urteils darstelle (so schon HANACK 2002, 709), entgegengehalten wird, dass das Erfordernis »neuer Tatsachen« den Anwendungsbereich dieser Maßregel auf wenige exzeptionelle Fälle beschränke, so ist nicht einzusehen, warum es bei dem Unterfall der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Erledigung der 63er-Unterbringung wegen Wegfalls der gesetzlichen Voraussetzungen anders sein sollte.

Wenn davon auszugehen ist, dass Fehleinweisungen in die forensische Psychiatrie keine Einzelfälle sind (vgl. KONRAD 1991, 315; HOFSTETTER/ROHNER 2007, 51; DESSECKER 2008, 35), und dass andererseits unter den Fehleingewiesenen nicht wenige aufgrund ihrer Persönlichkeitsbesonderheiten – Dissozialität, Mangel an Empathie, instabile Persönlichkeit, mangelnde Impulskontrolle – als rückfallgefährdet angesehen werden müssen, so ist damit zu rechnen, dass sich die Zahl der Verfahren nach § 66b Abs. 3 StGB noch deutlich erhöhen wird.<sup>14</sup> Die vom Gesetzgeber geschaffene Möglichkeit, Fehleinweisungen zu korrigieren und gleichzeitig dem Schutzbedürfnis der Allgemeinheit da, wo es notwendig erscheint, durch Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung Rechnung zu tragen, birgt darüber hinaus die Gefahr in sich, dass der Behandlungs- und Besserungsauftrag der forensischen Kliniken unterlaufen wird und insbesondere schwierige Patienten – schwierig, weil sie therapieresistent sind, therapeutische Ressourcen binden und den Klinikbetrieb stören – voreilig aus dem psychiatrischen Krankenhaus in die Sicherungsverwahrung abgeschoben werden (so zu Recht KOLLER 2007, 57). Abgewartet werden muss auch, ob die von den Praktikern des psychiatrischen Maßregelvollzugs erhoffte Entlastung durch die Korrektur von Fehlunterbringungen tatsächlich eintritt (HOFSTETTER/ROHNER 2007, 51).

Um auf die Eingangsbemerkung der Diskussion zurückzukommen: G. wird man auch in Zukunft nicht in Freiheit entlassen können, zumal er sich nach wie vor jeder Auseinandersetzung mit seiner Persönlichkeitsproblematik entzieht; dessen ungeachtet macht der Fall deutlich, dass die gesetzliche Regelung, so wie sie in § 66b Abs. 3 StGB ihren Niederschlag gefunden hat, missglückt ist und dringend der Änderung bedarf.

<sup>13</sup> Wobei umstritten ist, ob es für den Rechtsbegriff des Hanges zur Begehung von Straftaten überhaupt ein erfahrungswissenschaftliches Substrat gibt, vgl. hierzu RASCH/KONRAD 2004, 134.

<sup>14</sup> Auch die weiteren formellen Voraussetzungen des § 66b Abs. 3 Nr. 1 StGB dürften in nicht wenigen Fällen gegeben sein.

## Literatur

- BALTZER U (2005) Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters – Eine Herausforderung an den Gesetzgeber. Kriminologie und Praxis (KUP) Bd. 46, Wiesbaden: KrimZ
- BLAU G (2006) Anmerkungen eines Zeitzeugen zur nachträglichen Sicherungsverwahrung, in: FELTES T et al. (Hg) Festschrift für Schwind, Heidelberg: Müller, 256
- DESSECKER A (2008) Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2005. Wiesbaden: KrimZ
- FISCHER T (2008) Kommentar zum Strafgesetzbuch. 55. Auflage München: Beck
- HANACK E-W (2002) Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung? in: HANACK E-W et al. (Hg) Festschrift für Rieß, Berlin/New York: de Gruyter, 709–723
- HEERING E, KONRAD N (2007) Prognosebegutachtung und nachträglich verhängte Sicherungsverwahrung bei Erledigung der Maßregel. R & P 2007, 76–81
- HOFSTETTER V, ROHNER A (2007) »Wenn der Zustand nicht (mehr) vorliegt ...« R & P 2007, 51–56
- KINZIG J (2004) Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG vom 5. und 10.2.2004. NJW 2004, 911–914
- KOLLER M (2007) Erledigung der Unterbringung und nachträgliche Sicherungsverwahrung. R & P 2007, 57–68
- KONRAD N (1991) Fehleinweisungen in den psychiatrischen Maßregelvollzug. NStZ 1991, 315–321
- POLLÄHNE H, BÖLLINGER L (2005) Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch Kommentierung zu § 67 d, 2. Auflage Baden-Baden: Nomos
- RASCH W, KONRAD N (2004) Forensische Psychiatrie. 3. Auflage Stuttgart: Kohlhammer
- SCHALAST N (2007) Nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Erledigung der Unterbringung gemäß § 63 StGB. R & P 69–75
- SCHNEIDER H (2006) Nachträgliche Sicherungsverwahrung: Ein kriminalpolitischer Sündenfall? in: FELTES T et al. (Hg) Festschrift für Schwind, Heidelberg: Müller, 413
- ULLENBRUCH T (2006) Nachträgliche Sicherungsverwahrung – heikle Materie in Händen des BGH. NJW 2006, 1377–1385
- ULLENBRUCH T (2007) Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein legislativer »Spuk« im judikativen »Fegefeuer«? NStZ 2007, 62–71

## Anschrift des Verfassers

Treisberger Straße 11  
60439 Frankfurt a.M.