

§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2019. "§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit." In Strafrechtsgesetzbuch: Kommentar, edited by Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, and Gunter Widmaier, 4. Aufl., 585–91. Köln: Carl Heymanns.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Grundsätzliches	1	II. Die einzelnen Bezugspunkte der Prüfung ..	15
B. Anwendungsbereich	8	III. Gesamtwürdigung der Bezugspunkte	19
C. Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung ..	14	D. Die unverhältnismäßige Maßregel	26
I. Integration in die Anordnungsvoraus-		I. Beispiele	26
setzungen	14	II. Rechtsfolge	31

A. Grundsätzliches. Der verfassungsrechtliche **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** ist seit langem ¹ als fundamentales Prinzip der Rechtsordnung anerkannt (BVerfGE 16, 194 [202]; BGHSt 20, 232; 23, 127 [133]; 26, 102; zur wichtigen Bedeutung im Bereich des materiellen Strafrechts s. umfassend *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014). Er wird überwiegend aus dem freiheitssichernden Wesen der Grundrechte im Sinne ihrer Abwehrfunktion sowie ergänzend aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet (BVerfGE 19, 342 [348]). Er gilt für jegliches staatliche Handeln, das in Grundrechte des Bürgers eingreift, damit natürlich insb. auch für die strafrechtlichen Maßregeln der Besserung und Sicherung, wie § 62 (an sich rein deklaratorisch) klarstellt. Die ausdrückliche gesetzliche **Hervorhebung im Maßregelrecht** erschien dem Gesetzgeber angebracht, weil der Eindruck entstanden war, dass der Grundsatz in der Vergangenheit nicht immer genügend beachtet worden sei (LK/Schöch § 62 Rn. 4). Auf diese Weise wird nun besonders betont, dass der tief in Grundrechte einschneidende Eingriff, den insb. eine freiheitsentziehende Maßregel mit sich bringt, nur gerechtfertigt sein kann, wenn die Gefahr, die von dem Täter ausgeht, so beschaffen ist, dass ihm, auch wenn er ohne Schuld gehandelt hat, ein derartiger Eingriff im überwiegenden Allgemeininteresse zuzumuten ist (*Fischer* § 62 Rn. 2 m.w.N.).

Aufgabe des § 62 ist es somit, über den Wortlaut der verschiedenen Einzelbestimmungen des Maßregel- ² rechts hinaus, die letztlich an der Spezialprävention orientierte Zweckbestimmung der Maßregeln im Einzelfall auf das rechtsstaatlich erträgliche Maß zu begrenzen bzw. das wichtige Anliegen dieser Begrenzung besonders zu verdeutlichen (MüKo-StGB/van Gemmeren § 62 Rn. 1, 3).

- 3 In der **Rspr. des BVerfG** zu den Maßregeln wird dieses Ziel (auch in jüngerer Zeit) immer wieder besonders hervorgehoben, sowohl in Bezug auf die Sicherungsverwahrung (s. vor allem BVerfG NJW 2011, 1931 ff.) als auch in Bezug auf die Unterbringung gem. § 63 (s. BVerfG NJW 2013, 3228 – Fall Mollath – sowie bereits BVerfGE 70, 297). Nicht zuletzt zielt auch das am 01.08.2016 in Kraft getretene Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften (BGBl. I S. 1610) ausdrücklich auf eine Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ab (s. dazu näher *Kaspar/Schmidt* ZIS 2016, 756 sowie § 63 Rdn. 26).
- 4 Die **Struktur** des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (im weiten Sinn) besteht nach ganz h.M. (bei teilweise abweichender Terminologie) aus drei Elementen, der Geeignetheit, Erforderlichkeit sowie Angemessenheit (oder Verhältnismäßigkeit im engen Sinn) der staatlichen Maßnahme (vgl. nur *Ossenbühl* JA 1997, 618 ff.). Zuvor ist die Frage des jew. verfolgten **Zwecks** zu beantworten, der bei den Maßregeln in den spezialpräventiven Zielen der Besserung und Sicherung liegt. Alle drei eben erwähnten Elemente der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind auf diese Zwecke bezogen. Die **Geeignetheit** der Maßregeln im Hinblick auf Besserung und Sicherung wirft keine Probleme auf, da zumindest der Sicherungszweck stets »gefördert« werden wird. Das genügt den an dieser Stelle nicht sonderlich strengen verfassungsrechtlichen Maßstäben (s. nur BVerfGE 47, 109 [117] m.w.N.).
- 5 Der Grundsatz der **Erforderlichkeit** besagt, dass lediglich in dem zur Zweckerreichung nötigen Maße in Rechtsgüter eingegriffen werden darf. Von mehreren gleich geeigneten Mitteln muss daher stets das mildeste gewählt werden (BVerfGE 38, 281 [302]; 49, 24 [58]). Die in der strafrechtlichen Diskussion teilweise verwendeten Begriffe des **ultima-ratio-Charakters** der (vor allem stationären) Maßregel (zur Sicherungsverwahrung s. nur BVerfG NJW 2011, 1931 [1938]), des Prinzips des **geringstmöglichen Eingriffs**, das die Beschränkung auf das zur Zweckerreichung Unerlässliche fordert (*Lackner/Kühl* § 62 Rn. 2) oder des **Subsidiaritätsprinzips** gehen über das verfassungsrechtlich verankerte Erforderlichkeitsprinzip inhaltlich an sich nicht hinaus (a.A. *Lackner/Kühl* § 62 Rn. 2; tendenziell wie hier *LK/Schöch* § 62 Rn. 9) und haben lediglich den Vorteil, dass ihre Zielrichtung schon im Begriff deutlicher zum Ausdruck kommt.
- 6 Eine weitere Begrenzung liefert die Prüfung der **Angemessenheit** oder Verhältnismäßigkeit i.e.S. als Ausprägung des **»Übermaßverbots«**. Dieses besagt, dass der Eingriff, obwohl geeignet und an sich erforderlich, im Hinblick auf eine Abwägung der verschiedenen Güter und Interessen dennoch unzulässig sein kann. Dabei ist die Maßnahme insb. im Hinblick auf die damit verbundene Tiefe des Grundrechtseingriffs in Bezug zu dem damit verfolgten (hier: präventiven) Zweck zu setzen. Wesentlich ist bei der Prüfung der Angemessenheit somit die Relation zwischen dem mit der Maßregel verfolgten öffentlichen Interesse und dem Individualinteresse, in das mit einer »an sich« erforderlichen Maßnahme eingegriffen wird (BVerfGE 70, 297 [311]; BVerfG NJW 2013, 3228). Dabei ist leicht zu sehen, dass im Bereich der Maßregeln oft eine **argumentative Pattsituation** mit starken Argumenten auf beiden Seiten der Waagschale gegeben sein wird. Auf der Eingriffsseite ist zu berücksichtigen, dass vor allem die stationären Maßregeln gravierende und u.U. sehr lang andauernde Grundrechtseingriffe mit sich bringen, die andererseits mit der Gefahr besonders schwerer Straftaten und daher letztlich mit dem Schutz wichtiger Rechtsgüter wie Leib oder Leben begründet werden. Das Ergebnis der Abwägung ist dann je nach Gewichtung dieser Gesichtspunkte offen und hängt letztlich auch davon ab, ob man die Prüfung der Angemessenheit nur negativ im Sinne einer »Unerträglichkeitskontrolle« versteht oder umgekehrt positiv die »Angemessenheit« des staatlichen Handelns fordert. Das ist nicht abschließend geklärt, in der *Rspr.* des BVerfG finden sich aber Hinweise auf einen je nach Sachbezug **variablen Prüfungsmaßstab** (vgl. *Kaspar* FPPK 2007, 217 [223 f.] sowie Rdn. 7 und 9).
- 7 In diese Richtung lässt sich auch die Aussage des BVerfG interpretieren, wonach bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung die Verhältnismäßigkeit aufgrund des schweren Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht besonders **»strikt«** zu prüfen sei (BVerfG NJW 2011, 1931). Das hohe »Sonderopfer«, das dem Sicherungsverwahrten abverlangt werde, dürfe, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Genüge zu tun, das absolut erforderliche Maß an Freiheitsentzug nicht überschreiten (BVerfG NJW 2011, 1931 [1937], vgl. für die Unterbringung gem. § 63 auch BVerfGE 70, 297 [316]). Das ist einerseits im Interesse des Grundrechtsschutzes zu begrüßen, sollte aber nicht so interpretiert werden, dass bei anderen Formen des längeren Freiheitsentzugs die Verhältnismäßigkeit weniger genau oder gar nur ganz oberflächlich zu prüfen ist, zumal die Eigenschaft der Sicherungsverwahrung als spezielles »Sonderopfer« etwa im Vergleich zur lebenslangen Freiheitsstrafe oder zur Unterbringung nach § 63 durchaus zweifelhaft ist (vgl. *Höffler/Kaspar* ZStW 124 [2012], 87 [110 f.]). Der Hinweis auf die besonders strikte Prüfung kann daher nur bedeuten, dass nach allgemeinen Maßstäben die Schwere des Grundrechtseingriffs bei der erforderlichen Abwägung stark ins Gewicht fällt und daher tendenziell eher zur Verneinung der Verhältnismäßigkeit führen muss. Erst recht darf das Gericht sich, wie das BVerfG in einer Entscheidung betont hat, bei dem gravierenden Grundrechtseingriff des sichernden Freiheitsentzugs (im konkreten Fall: Unterbringung gem. § 126a StPO im Rahmen des Sicherungsverfahrens) nicht darauf beschränken, formelhaft und ohne

weitere Begründung festzustellen, dass eine Unverhältnismäßigkeit nicht erkennbar sei (BVerfG NJW 2012, 513).

B. Anwendungsbereich. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt – entgegen dem unklaren 8
Gesetzeswortlaut des § 62 – nicht nur, wenn es um die Frage geht, ob eine Maßregel »angeordnet« werden darf. Er gilt ebenso für alle weiteren Entscheidungen im Zusammenhang mit der Maßregelanordnung, insb. für Entscheidungen über eine Aussetzung zugleich mit der Anordnung (§ 67b) und für Entscheidungen über die weitere Vollstreckung (vgl. BVerfGE 70, 297 [312]; 109, 133 [159]; SK-StGB/Sinn § 62 Rn. 2). Das folgt schon aus der oben (Rdn. 1) erwähnten Verankerung des Grundsatzes im Verfassungsrecht, die durch einfachgesetzliche Regelungen nicht modifiziert oder gar suspendiert werden kann (s. auch Rdn. 12).

Bei Entscheidungen über die **weitere Vollstreckung** einer Maßregel von unbestimmter Dauer, insb. im 9
Fall des § 63, werden die Anforderungen an die Wahrung der Verhältnismäßigkeit umso strenger, je länger die Unterbringung andauert, und zwar auch im Hinblick auf die Sachaufklärung, z.B. durch Zuziehung anstaltsfremder Sachverständiger (vgl. BVerfGE 70, 297 [310 ff.]; s. dazu auch § 63 Rdn. 54). Das Freiheitsgrundrecht gewinnt in der Abwägung an Gewicht, je länger und damit belastender der Eingriff durch eine freiheitsentziehende Maßregel ist (vgl. BVerfG NStZ-RR 2013, 72; NJW 2012, 513 [514]; BVerfGE 117, 71 [97], 70, 297 [315]; 109, 133 [159]). Nach der **Rspr.** ist in den Fällen einer **langandauernden Unterbringung** die Fortsetzung des Freiheitsentzugs lediglich dann noch verhältnismäßig, wenn es auf Grund der Bedeutung und der Wahrscheinlichkeit der drohenden Delikte unvertretbar erscheint, den Untergebrachten in die Freiheit zu entlassen (OLG Hamburg NStZ-RR 2005, 40 [41]; BVerfG NStZ-RR 2004, 76 [77]; BVerfGE 70, 297 [315]). Hier zeigt sich ein weiteres Beispiel für den bereits oben (Rdn. 7) erwähnten **verschärften Prüfungsmaßstab**, der über eine rein negative Unerträglichkeitsprüfung deutlich hinausgeht. Problematisch ist dabei die Frage, wann eine Unterbringung als langandauernd gilt. Der **Rspr.** folgend können dabei die Strafraumen der vom Täter verwirklichten Tatbestände sowie der vom Täter drohenden Delikte als Anhaltspunkt dienen (OLG Hamburg NStZ-RR 2005, 40 [41]; BVerfGE 70, 297 [316]; s. auch BGH NStZ 2009, 383 f.; BVerfG Beschl. v. 05.07.2013, 2 BvR 789/13 Rn. 24). Das ist zwar als Indiz für die Wichtigkeit des Präventionsinteresses berechtigt (weitergehend LK/Horstkotte 10. Aufl., § 67d Rn. 64, der den hypothetischen Strafraumen als strengen Maßstab heranziehen will), entfaltet aber keine Sperrwirkung für einen länger andauernden sicheren Freiheitsentzug in besonders gelagerten Ausnahmefällen (mit höchster Wahrscheinlichkeit drohende Zerstörung unschätzbar wertvoller Kunstgegenstände gem. § 304 durch einen geistig gestörten Täter, s. dazu *Kaspar* FPPK 2007, 217 [221 ff.], s. auch Rdn. 26 sowie § 63 Rdn. 3).

Der besondere Schutz vor unverhältnismäßig langer Unterbringungsdauer wurde für den Bereich des 10
§ 63 StGB durch das am **01.08.2016** in Kraft getretene **Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB** des Strafgesetzbuches und zur Änderung anderer Vorschriften (GNovUntpKh) (BGBl. I S. 1610) noch stärker betont und zugleich **gesetzlich konkretisiert**. Dazu wurde insb. der neue § 67d Abs. 6 Satz 2 und Satz 3 geschaffen. Dieser sieht bei der Fortdauerentscheidung im Rahmen der Unterbringung nach § 63 StGB eine stufenweise Erhöhung der Voraussetzungen vor. So ist die weitere Unterbringung nach sechs Jahren nur noch zulässig, wenn die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden. Nach zehn Jahren soll sogar der strenge Maßstab des § 67d Abs. 3 Satz 1 entsprechend gelten (vgl. näher zum Inhalt der Reform § 63 Rdn. 26 ff. sowie die Erläuterungen zu § 67d).

Bei der Maßregelkonkurrenz (§ 72) findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine besondere Ausprägung in § 72 Abs. 1 Satz 2. Eine nochmalige **Maßregelanordnung neben einer bereits bestehenden** ist unverhältnismäßig, wenn von ihr keine Wirkungen ausgehen, die nicht bereits die erste Anordnung zeitigt (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 41 [42]; BGH NStZ-RR 2007, 8 [9]; BGHSt 50, 199). Zulässig kann die erneute Anordnung z.B. sein, wenn von einem neuen Urteil erhebliche Auswirkungen auf Dauer und Ausgestaltung des Maßregelvollzugs zu erwarten sind, etwa, weil sich in der aktuell vorgeworfenen Tat eine gesteigerte Aggressivität des Täters zeigt (OLG Celle, Beschl. v. 10.11.2011, 2 Ws 281/11).

Bei der **Entziehung der Fahrerlaubnis** »bedarf« es gem. § 69 Abs. 1 Satz 2 der Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht; sie soll angesichts der von einem ungeeigneten Kraftfahrer ausgehenden erheblichen Gefahren für Leib und Leben anderer Personen nach herrschender Meinung als stets gewahrt gelten. Eine solche pauschale **Suspendierung von Verhältnismäßigkeitsabwägungen** des Richters ist allerdings aus mehreren Gründen zweifelhaft, und zwar nicht nur im Anwendungsbereich des JGG (dazu *Pollähne* ZJJ 2009, 373). Zum einen verfehlt sie den Charakter des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als wichtiges Korrektiv gegenüber belastenden staatlichen Maßnahmen gerade auch in atypischen Einzelfällen. Weiterhin sprechen prinzipielle Gründe dagegen, dass durch einfachgesetzliche Regelungen Inhalt und Reichweite eines (in der Normenhierarchie höher gelagerten) verfassungsrechtlichen Grundsatzes zu Lasten des Bür-

gers modifiziert werden können. Es ist daher zustimmungswürdig, dass einzelne Gerichte die Entziehung im Einzelfall aus besonderen Gründen (z.B. bei drohendem Arbeitsplatzverlust) wegen Unverhältnismäßigkeit abgelehnt haben (so AG Bad Homburg NJW 1984, 2840; AG Bremen-Brunthal StV 2002, 372). Der Wortlaut der Norm lässt eine solche verfassungskonforme Auslegung zu (a.A. *Kühl* JR 2004, 127). Die Formulierung des Gesetzes, wonach es einer gesonderten Prüfung gem. § 62 nicht »bedarf« lässt sich auch so verstehen, dass der Richter im Regelfall von der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ausgehen darf und diese erst recht nicht im Urteil positiv darlegen muss, er aber dennoch bei atypisch gelagerten Fällen die Verhältnismäßigkeit prüfen und ggf. auch verneinen darf. Des Umwegs über eine Berücksichtigung von Verhältnismäßigkeitsaspekten bereits bei der Frage der »Ungeeignetheit« des Fahrzeugführers (so BGH NJW 2004, 3497 [3503] sowie *Schöch* in der Voraufgabe; krit. NK/Böse § 69 Rn. 18) bedarf es bei dieser Interpretation der Norm nicht.

Bei der **Sperrfristbemessung gem. § 69a** für die Erteilung einer neuen Erlaubnis ist § 62 unstreitig und schon nach dem Willen des Gesetzgebers in üblicher Weise zu beachten (vgl. *Haffke* FS Hamm, S. 137 [142]).

- 13 Aufgrund der Ausrichtung des **Jugendstrafrechts** auf den Erziehungsgedanken sowie die Integration und Förderung des jugendlichen Täters, der vor allem durch stationäre Maßregeln besonders stark belastet wird, kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in diesem Bereich erhebliche Bedeutung zu. Hier ist besonders eingehend zu prüfen, ob die Maßregel erforderlich und angemessen ist (BGHSt 37, 373).
- 14 **C. Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung. I. Integration in die Anordnungsvoraussetzungen.** Nach dem Wortlaut des § 62 setzt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit voraus, dass eine Maßregel an sich angeordnet werden könnte, also die formellen und materiellen Anordnungsvoraussetzungen erfüllt sind. Liegen diese nicht vor, kommt eine Prüfung des § 62 nicht in Betracht. Allerdings ist bei wertungsausfüllungsbedürftigen Gesetzesbegriffen (z.B. Gefahr »erheblicher Straftaten«, § 67d Abs. 3) eine **integrierende Betrachtungsweise vorzunehmen**, d.h. die Auslegung des Begriffs ist über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit der in Rede stehenden Maßregel zu verbinden (SK-StGB/*Sinn* § 62 Rn. 3; umfassend *Dessecker*, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit, 2004; so auch das BVerfG, s. nur Beschl. v. 05.07.2013, 2 BvR 2957/12).
- 15 **II. Die einzelnen Bezugspunkte der Prüfung.** Das Gesetz nennt als Bezugspunkte der Prüfung drei Kriterien: die Bedeutung der vom Täter begangenen Taten, die Bedeutung der von ihm zu erwartenden Taten und den Grad der von ihm ausgehenden Gefahr. Die Merkmale »Bedeutung der zu erwartenden Taten« und »Grad der Gefahr« weisen Überschneidungen auf, haben aber dennoch jew. eigenständige Bedeutung (a.A. SK-StGB/*Sinn* § 62 Rn. 4). Während die Begehungshäufigkeit bei beiden zu berücksichtigen ist, erfasst der »Grad der Gefahr« darüber hinaus die Höhe der Wahrscheinlichkeit sowie die Rückfallgeschwindigkeit (Sch/Sch/*Stree/Kinzig* § 62 Rn. 8).
- 16 Die **Bedeutung der begangenen Taten** für die vorzunehmende Gesamtabwägung erschließt sich angesichts des rein präventiven Zwecks der Maßregeln nicht ohne weiteres. Sinnvoll interpretieren lässt sich die ausdrückliche Nennung dieses Aspekts im Hinblick auf die indizielle Bedeutung früherer Taten für die **künftige Gefährlichkeit** des Täters. Es geht also nicht unmittelbar um die Frage, ob der Täter wegen der Bedeutung der begangenen Taten die Maßregel (vergleichbar einer Strafe) »verdient« hat, auch wenn die Norm auf einen gewissen Vergangenheitsbezug auch der Maßregeln schließen lässt. Kriterien für die Bedeutung sind vor allem die **Schwere** der begangenen Taten (Bagatelldelikte können die Maßregelanordnung mangels tauglicher Grundlage für die Prognose schwerer Rückfalldelinquenz grds. nicht rechtfertigen, vgl. BGHSt 20, 232; BGH StV 1992, 571; BGH NStZ-RR 1997, 230; s. aber auch Rdn. 21 für das Vorliegen anderer Prognosefaktoren), die **Art der Taten**, d.h. ihre Bedeutung für die Allgemeinheit, sowie deren **Häufigkeit** (*Fischer* § 62 Rn. 3a). Frühere Taten sind danach also grds. für die Prüfung heranzuziehen, soweit die Heranziehung nicht aus sonstigen Gründen nach dem Gesetz ausgeschlossen ist (z.B. gem. § 51 BZRG, soweit die Ausnahme in § 52 Abs. 1 Nr. 2 nicht einschlägig ist, s. dazu auch § 63 Rdn. 20). Eine Täterschaft muss allerdings hinreichend sicher **feststehen**; war die frühere (mögliche) Tat Gegenstand einer Einstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO, ohne dass dazu tragfähige Feststellungen getroffen wurden, darf sie der Prognose nicht zugrunde gelegt werden (KG StV 2007, 432 [433]).
- 17 Die **Bedeutung der zu erwartenden Taten** bezieht sich ebenfalls vor allem auf ihre Schwere und ihre Art, dabei insb. auch darauf, welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt. Weiterhin ist die vermutliche **Begehungshäufigkeit** relevant (BVerfG StV 2009, 38 [39]; BVerfGE 109, 133 [159]; 70, 297 [315]). Im Rahmen der Beurteilung der **Schwere** der zu erwartenden Taten hat das BVerfG die Bedeutung der **gesetzlichen Strafrahen** betont, allerdings nur im Hinblick auf die vorgelagerte Frage, ob eine »lang andauernde Unterbringung« gegeben sei, die eine besonders strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich mache (BVerfGE 70, 297 [316]; BVerfG NStZ-RR 2004, 76 [78]). Im Übrigen ist eine starre Begrenzung der Unterbringungsdauer durch die Strafrahenobergrenze der erwarteten Delikte jedenfalls verfassungsrechtlich nicht geboten (vgl. oben Rdn. 9).

Der **Grad der Gefahr**, die vom Täter ausgeht, ist auf die Größe der Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung zu beziehen, wobei aber wiederum auch die Begehungshäufigkeit eine Rolle spielen kann. Sie ist hinreichend zu konkretisieren (BVerfGE 20, 297 [313]). Die **Größe der Wahrscheinlichkeit** betrifft auch die zeitliche Nähe neuer Taten. Bei der zu erwartenden Begehungshäufigkeit hat auch die **Rückfallgeschwindigkeit** in Bezug auf die schon begangenen Taten indizielle Bedeutung.

III. Gesamtwürdigung der Bezugspunkte. Die genannten Bezugspunkte sind zunächst isoliert festzustellen und sodann in einer **Gesamtwürdigung** zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen (BGHSt 24, 134 [135]). Im Sinne eines **beweglichen Systems** kann dabei die schwächere Ausprägung eines Faktors (z.B. nur mittelschwere prognostizierte Rückfallgefahr) durch die stärkere Ausprägung eines anderen (z.B. hoher Rang der gefährdeten Rechtsgüter) ausgeglichen werden.

Die **Prüfung der Relation** zwischen der Schwere des Eingriffs und der vom Täter ausgehenden Gefahren macht das Wesen des § 62 aus (BVerfGE 70, 297 [315, 317]; SK-StGB/Sinn § 62 Rn. 5). Dabei muss in erster Linie nicht die (nur indiziell bedeutsame, s. Rdn. 16) Schwere der begangenen Taten, sondern die vom Täter ausgehende **künftige Gefahr** (und damit verbunden das Gewicht des mit der Maßregel intendierten präventiven Nutzens) im angemessenen Verhältnis zur **Schwere des Eingriffs** stehen (s. auch Sch/Sch/Stree/Kinzig § 62 Rn. 8).

Dass künftige Taten von besonderer Schwere zu erwarten sind, kann daher eine Maßregel zumindest im Grundsatz auch dann rechtfertigen, wenn die bisherigen Taten für sich betrachtet wenig gewichtig sind (BGHSt 24, 134 [135]; SK-StGB/Sinn § 62 Rn. 5). Ist letzteres der Fall, bedarf es jedoch einer besonders sorgfältigen Prognose bzgl. der zukünftigen erheblichen Taten (s. BGH NJW 2013, 8 sowie BGH Urt. v. 02.03.2011, 2 StR 550/10 – unerlaubter Waffenbesitz als Anlassstat). Bzgl. der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus ist dieser **erhöhte Begründungsaufwand** seit der am 01.08.2016 in Kraft getretenen Neuregelung in § 63 Satz 2 nun auch ausdrücklich gesetzlich geregelt. Denn § 62 dient der Einschränkung der Anordnungsmöglichkeiten, keinesfalls aber dem Zweck, das vom Gesetzgeber aus gutem Grund in die Abwägung einbezogene (hier eben nur geringe) Gewicht der Anlassstaten zu überspielen. Umgekehrt gilt, dass allein **schwere Anlassstaten** keine taugliche Grundlage für die präventiv ausgerichteten Maßregeln sein können, wenn vom Täter in Zukunft nur unerhebliche Straftaten zu befürchten sind (vgl. OLG Karlsruhe NStZ 1999, 37); eine pauschale »Aufwertung« der Gefährlichkeit des Täters aus diesem vergangenheitsbezogenen Aspekt lässt sich § 62 richtigerweise nicht entnehmen (vgl. LK/Schöch § 62 Rn. 26). Daher ist es nicht unproblematisch, wenn nach dem BGH bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Sicherungsverwahrung nicht nur die konkreten Anlassstaten, sondern stets auch die **Symptomtaten**, die die formellen Voraussetzungen des § 66 a.F. erfüllen, bei der nötigen »Gesamtbetrachtung« herangezogen werden sollen (BGH NStZ-RR 2005, 39; NStZ-RR 2009, 11 [12]). Auf diese Weise besteht zumindest die Gefahr, dass pauschal und ohne ausreichende Begründung von einer prognostischen Relevanz auch der (zeitlich u.U. sehr weit in der Vergangenheit liegenden) Symptomtaten ausgegangen wird. Ob oder wie weit der **Besserungszweck einer Maßregel**, also die Chance der Heilung oder Besserung, bei der Prüfung des § 62 für ihre Anordnung oder Aufrechterhaltung ins Gewicht fällt, ist – abgesehen von der ausdrücklich gebotenen Berücksichtigung nach § 64 Satz 2 – streitig (verneinend BGH MDR [H] 1978, 110; dagegen BVerfGE 70, 297 [318]: verfassungsrechtlich könne dem Besserungsgesichtspunkt im Rahmen des § 62 »nicht jede Erheblichkeit abgesprochen werden«; so auch BVerfG Beschl. v. 05.07.2013, 2 BvR 789/13). Richtigerweise ist dies zu bejahen, da der **Grad der »Eignung«** einer staatlichen Maßnahme sowohl die Eingriffstiefe als auch die Intensität der Zweckerreichung beeinflusst und daher in mehrfacher Hinsicht für die vorzunehmende Gesamtabwägung relevant wird.

Einschlägig ist das Problem etwa bei der Frage, ob die (weitere) Vollstreckung vom »Zweck der Maßregel« (§§ 67b Abs. 1, 67d Abs. 2, 67g Abs. 1) noch gefordert wird. Richtigerweise zielt die Formulierung vorrangig auf den **Sicherungszweck** ab (ebenso SK-StGB/Sinn § 62 Rn. 6). So kann der Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel selbst für den Fall, dass keinerlei Heilung oder Besserung zu erwarten ist, im Hinblick auf die zu erwartenden Taten – vom Sonderfall des § 64 abgesehen (vgl. LK/Schöch § 64 Rn. 7 f.) – allein aufgrund des Sicherungszwecks verhältnismäßig sein. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine Maßregel für den Betroffenen umso schwerer wiegt, je weniger die Freiheitsentziehung für ihn selbst in positiver Weise fruchtbar gemacht werden kann (SK-StGB/Sinn § 62 Rn. 6).

Im Gegensatz dazu kann der **Besserungszweck allein** nicht ausschlaggebend sein: Sind keine erheblichen rechtswidrigen Taten zu erwarten, so wäre die Anordnung einer Maßregel (abgesehen davon, dass in diesem Fall schon die tatbestandlichen Voraussetzungen regelmäßig nicht vorlägen) stets unverhältnismäßig, mögen die Besserungs- oder Heilungsaussichten auch noch so aussichtsreich sein (SK-StGB/Sinn § 62 Rn. 6). Es bleibt dabei, dass die Maßregeln strafrechtliche Sanktionen sind und daher keinen rein medizinischen oder sozialen »Selbstzweck« erfüllen (KG StV 2007, 432 [433]).

Über die künftige Entwicklung des Täters wird bei § 62 **keine Gewissheit** verlangt. Die Prognose seiner Gefährlichkeit setzt bei den einzelnen Maßregeln zwar eine – abgestufte – Wahrscheinlichkeit voraus

(LK/Schöch Vor § 61 Rn. 56 ff.) Die Anwendung des § 62 muss jedoch, wie schon das Abstellen auf den »Grad« der Gefahr zeigt, auch das Maß des Risikos mit einbeziehen (vgl. BVerfGE 70, 297 [313]: »vertretbares Risiko«).

- 26 **D. Die unverhältnismäßige Maßregel. I. Beispiele. Verneint** wurde die **Verhältnismäßigkeit** etwa vom OLG Hamburg in Bezug auf die weitere Unterbringung eines in Folge eines »Säure-Attentats« auf drei Werke Albrecht Dürers bereits 15 Jahre im Maßregelvollzug befindlichen Täters. Obwohl von ihm mit hoher Wahrscheinlichkeit weitere (gemeinschaftliche) Sachbeschädigungen im Hinblick auf unschätzbar wertvolle Kunstwerke zu erwarten waren, sei die fortgesetzte Unterbringung auf Grund des vorliegend vorrangigen Freiheitsanspruchs unverhältnismäßig, da keine Delikte gegen Leib oder Leben zu befürchten seien und der Strafrahmen der drohenden Delikte nur eine mittlere Schwere aufweise (OLG Hamburg NStZ-RR 2005, 40; krit. zur Begründung Kaspar FPPK 2007, 217 [221 ff.]).
- 27 Als unverhältnismäßig bezeichnet wurde auch die weitere Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus eines Täters mit einer Anlasstat »an der untersten Grenze dessen, was noch als versuchte Vergewaltigung angesehen werden kann«. Der Betroffene befand sich bereits fast 18 Jahre im Vollzug. Von ihm seien zwar sexuelle Belästigungen zu erwarten; die Wahrscheinlichkeit, dass er Sexualstraftaten verwirklichen würde, wurde jedoch als sehr gering eingeschätzt (OLG Hamm Beschl. v. 15.01.2009, 4 Ws 16/09). In einem weiteren Fall wurde nach insgesamt 24-jähriger Unterbringung die weitere Unterbringung des Täters eines räuberischen Diebstahls sowie zweier Fälle des vollendeten bzw. versuchten sexuellen Missbrauchs für unverhältnismäßig erklärt; der Gefahr weiterer Straftaten könne in ausreichender Weise durch Weisungen und Auflagen begegnet werden (OLG Hamm NStZ-RR 2013, 225).
- 28 Das BVerfG (NJW 1995, 3048) verneinte die Verhältnismäßigkeit der weiteren Vollstreckung der Unterbringung gem. § 63 bei einem 72-Jährigen, der bereits 24 Jahre (!) untergebracht war und dessen Anlassetaten sich auf Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und Sachbeschädigung beschränkten. In einem vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall (NStZ 1999, 37) ging es um die weitere Vollstreckung der Unterbringung eines seit 13 Jahren Untergebrachten, der zwar einen Raub begangen hatte, von dem jedoch in Zukunft nur Straftaten aus dem Bereich der Kleinkriminalität drohten. Ebenfalls verneint wurde die Verhältnismäßigkeit der weiteren Unterbringung vom OLG Celle (NStZ 1989, 491) im Fall eines Täters von 5 geringfügigen Diebstählen, dessen Unterbringung mittlerweile 10 Jahre andauerte.
- 29 Bedenken bereits im Hinblick auf die Anordnung der Unterbringung gem. § 63 StGB durch das Landgericht äußert der BGH (NStZ 2009, 383) im Fall eines unter Querulantenwahn leidenden Täters, der Drohbriefe mit nötigendem Inhalt verschickt hatte. Angesichts dieser nicht gravierenden Anlassetaten, der nicht ausreichend dargelegten Gefährdung der Allgemeinheit und der schon länger andauernden einseitigen Unterbringung sei eine Unterbringung allenfalls noch für kurze Zeit und verbunden mit einem auf rasche Wiedereingliederung gerichteten therapeutischen Konzept verhältnismäßig (BGH NStZ 2009, 383 [394]).
- 30 Im Fall Mollath (dazu Kaspar in Dudeck/Kaspar/Lindemann, S. 103 ff.; Hauer ZRP 2013, 209; Kasiske NJW-Spezial 2013, 632; s. auch Walter ZRP 2014, 103) hat das BVerfG (NJW 2013, 3228 ff.) zunächst betont, dass der Untergebrachte auch nach seiner zwischenzeitlich erfolgten Entlassung ein schutzwürdiges Interesse an der nachträglichen Feststellung der Verfassungswidrigkeit seiner Unterbringung geltend machen kann. Im konkreten Fall sei der Beschwerdeführer insb. durch eine nicht ausreichende Sachverhaltsaufklärung und Prognosestellung in seinen Grundrechten verletzt worden. Aus dem Gewicht des Grundrechtseingriffs, das sich mit der längeren Dauer der Maßregel weiter erhöhe, folge ein Anspruch auf »bestmögliche Sachaufklärung«, der hier verletzt worden sei (BVerfG a.a.O.).
- 31 **II. Rechtsfolge.** Eine unverhältnismäßige Maßregel darf nicht angeordnet bzw. nicht weiter vollstreckt werden (BVerfG StV 1994, 595; BGH NJW 1970, 242). Möglicherweise kommt aber statt einer unverhältnismäßigen Maßregel die Anordnung einer **landesrechtlichen Unterbringung** in Betracht; aufgrund des unterschiedlichen Charakters beider Maßnahmen ist es nicht ausgeschlossen, dass das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung jew. unterschiedlich ausfällt (BGHSt 20, 232; BGH NStZ-RR 1998, 359). Vor dem vollständigen Absehen von der Maßregel wegen Unverhältnismäßigkeit hat das Gericht vorrangig zu prüfen, ob eine **Aussetzung der Vollstreckung der Maßregel** gem. § 67b Abs. 1 in Betracht kommt, die das Gewicht des Grundrechtseingriffs reduziert und daher zur Bejahung der Verhältnismäßigkeit führen kann (BGH NStZ 2010, 692).
- 32 Auf welche **Rechtsgrundlage** die Beendigung einer bereits vollstreckten Maßregel wegen Unverhältnismäßigkeit zu stützen ist, war längere Zeit umstritten. Herrschend war die Ansicht, wonach dies im Rahmen der Aussetzung zur Bewährung gem. § 67d Abs. 2 erfolgen solle (BVerfGE 70, 297 [313 ff.]; BVerfG NStZ-RR 2004, 77). Teilweise wurde auch § 67c Abs. 2 Satz 5 (analog) herangezogen (OLG Hamm NStZ 1982, 300; OLG Frankfurt StV 1985, 117; für den Fall einer wegen zwischenzeitlich eingetretener Abstinenz erledigten Unterbringung nach § 64 OLG München NStZ-RR 2013, 261). Für die **Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus** (s. dazu mit Fallbeispielen auch Kammeier R&P 2013, 3 [12 ff.]) hat

der Gesetzgeber im Jahre 2004 eine explizite Regelung in § 67d Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 geschaffen. Nach dieser Norm ist die Maßregel für **erledigt** zu erklären, wenn ihre weitere Vollstreckung unverhältnismäßig wäre (s. etwa KG StV 2007, 432; s. näher § 67d Rdn. 29 f.). Nach den 2013 in Kraft getretenen Regelungen in § 67c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 sowie § 67d Abs. 2 ist eine **Sicherungsverwahrung** wegen Unverhältnismäßigkeit für **erledigt** zu erklären, wenn dem Täter zuvor im Strafvollzug keine ausreichende Betreuung im Sinne von § 66c angeboten wurde (s. näher § 67c Rdn. 9 ff., § 67d Rdn. 9 ff.).