

Zur Erledigung der Sicherungsverwahrung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB

Von Rechtsanwalt Dr. iur. habil. **Helmut Pollähne**, Bremen

I. Einleitung

Am 1.1.2011 ist das „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“ in Kraft getreten.¹ Was auch immer man sonst von diesem Gesetz halten mag² und wie seine Mindesthaltbarkeitsdauer in Anbetracht der jüngsten Entscheidungen des EGMR und des BVerfG zu beurteilen ist,³ gibt es gegen den allgemeinen kriminalpolitischen Trend des „in dubio pro securitate“ immerhin einen Lichtblick: Die Anordnungsvoraussetzungen für die „klassische“ Sicherungsverwahrung in § 66 Abs. 1 StGB sind beschränkt worden, um dem proklamierten Ziel, die Sicherungsverwahrung auf „schwerste Fälle“ zu reduzieren, gerecht zu werden.⁴ Die Kritik an der Halbherzigkeit dieses Vorhabens in dem Gesetzentwurf vom 26.10.2010 wurde vom Rechtsausschuss des Bundestages aufgegriffen und führte noch „auf den letzten Metern“ der parlamentarischen Beratungen zu einer deutlich weiter gehenden Einschränkung des Anwendungsbereichs.⁵

Obwohl sich dies im Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung – zumal in Anbetracht der anhaltenden Diskussionen um die Reichweite des Rückwirkungs- und Verschlechterungsverbots⁶ – nicht von selbst versteht, er-

schien es dem Gesetzgeber (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Regelung des Art. 313 EGStGB von 1974) als ein „Gebot der Gerechtigkeit“ und des „Rechtsgefühls“⁷, für die „Altfälle“ eine Erledigungsregelung vorzusehen: Soweit eine Sicherungsverwahrung nach geltender Rechtslage (§ 66 StGB i.d.F. v. 22.12.2010) mangels formeller Voraussetzungen zukünftig nicht mehr angeordnet werden könnte, sollen auch rechtskräftige Anordnungen gem. § 66 StGB a.F. (unabhängig davon, ob Sicherungsverwahrung bereits vollstreckt wird oder die Vollstreckbarkeitsentscheidung gem. § 67c Abs. 1 StGB noch aussteht) von Rechts wegen durch Richterspruch beseitigt werden, wenn sie aus formellen Gründen aktuell nicht mehr angeordnet werden könnten, weil die Delikte nicht mehr als „sicherungsverwahrungswürdig“ angesehen werden.⁸

Während die Neufassung des § 66 Abs. 1 StGB für sich genommen nur wenige Probleme bereitet, weshalb sie hier nur in ihrer Bedeutung für die Erledigungsentscheidung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB zu untersuchen ist (s.u. II.), wirft der Wortlaut jener Erledigungsregelung eine Reihe von Fragen auf, die umgehend geklärt werden müssen (s.u. III.), da die Betroffenen bis spätestens 1.7.2011 zu entlassen sind (dazu u. V.). Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen diese Fragen hier gestellt und Antworten gesucht werden; außerdem geht es um das Erledigungsverfahren (s.u. IV.) und Rechtsschutzprobleme (s.u. VI.).

II. Zur Neufassung des § 66 Abs. 1 StGB

1. Beschränkung der Anlasstaten

Der Katalog der sog. Anlasstaten wurde in § 66 Abs. 1 StGB (mit Wirkung auch für die Abs. 2 und 3⁹) dahin gehend eingeschränkt, dass nur noch Verurteilungen (zu mindestens zwei Jahren) wegen vorsätzlicher Straftaten aus dem 13., 16., 17. oder 18. Abschnitt¹⁰ sowie – bei Strafandrohungen im Höchstmaß von mindestens zehn Jahren – aus dem 1., 7., 20. oder 28. Abschnitt¹¹ die Anordnung einer Sicherungsverwahrung, die weiteren Voraussetzungen unterstellt, legitimieren können. Oder negativ formuliert (in Anknüpfung an die a.F., die lediglich auf „vorsätzliche Straftaten“ abstellte): Verurteilungen insb. wegen gewaltloser Eigentums- und Vermögens-

Rechtssicherheit“ zu loben (ebenda), entbehrt nicht eines gewissen Zynismus (krit. auch *Koller*, DRiZ 2011, 127 [128]).

⁷ BT-Drs. 17/4062, S. 81 unter Verweis auf BT-Drs. V/4094, S. 66 und BT-Drs. VI/1552, S. 38.

⁸ BT-Drs. 17/3403, S. 81.

⁹ Vgl. *Peglau* (Fn. 5), S. 2.

¹⁰ Also die §§ 174-174c, 176-180a, 181a, 182, 184a-c; 211-213, 216, 218, 218a, 221, 223-227, 231, 232-233a, 234-236, 238-239b, 240, 241a StGB, jew. auch i.V.m. §§ 145a, 323a StGB.

¹¹ Also die §§ 80-83, 89a, 129a, 129b, 249-252, 255, 306-306d, 307-309, 313-315, 316a, 316c StGB sowie aus dem BtMG die §§ 29a-30a und aus dem VStGB die §§ 6-12, jew. auch i.V.m. §§ 145c, 323a StGB.

¹ BGBl. I 2010, S. 2300.

² Vgl. insb. *Kinzig*, NJW 2011, 177 sowie *Koller*, DRiZ 2011, 127.

³ EGMR, Urte. v. 13.1.2011 – 27360 und 6587/04 sowie 17792 und 42225/07; dazu hatte die BT-Fraktion Bündnis 90/Die Grünen am 26.1.2011 bereits einen Gesetzentwurf zu einer „menschenrechtskonformen Reform der Sicherungsverwahrung“ eingebracht (BT-Drs. 17/4593); BVerfG, Urte. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08 und 2 BvR 2365/09 sowie 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10 und 2 BvR 1152/10. Deshalb schon das „Ende der Sicherungsverwahrung“ zu prophezeien (so *Sonnen*, Neue Kriminalpolitik 2011, 43), ist aber wohl eher Wunschdenken.

⁴ Vgl. BT-Drs. 17/3403, S. 22 unter Bezugnahme auf *Dünkel u.a.*, DRiZ 2010, 54 (57).

⁵ BT-Drs. 17/4062 v. 1.12.2010, S. 17 f., unter Verweis auf mehrere Experten der Anhörung v. 10.11.2010, krit. *Peglau*, jurisPR-StrafR 1/2011 Anm. 1 S. 2.

⁶ Exemplarisch dazu bereits *Mushoff*, KritV 2004, 137 m.w.N.; vgl. auch *Pollähne*, KJ 2010, 255; *Radtke*, NStZ 2010, 537 und *Greger*, NStZ 2010, 36; etwas kurios mutet in diesem Zusammenhang an, dass der Gesetzgeber mehrfach betont (BT-Drs. 17/3403, S. 2, 23, 32 f., 78 f.), alle Neuregelungen gälten ausdrücklich nur für Taten, die nach Inkrafttreten begangen wurden (zu Art. 316e Abs. 1 und 2 EGStGB s.u. III. und *Peglau* [Fn. 5], S. 3), um „von vorneherein Rückwirkungsprobleme zu vermeiden“, und mit einer solchen „Stichtagsregelung“ u.a. die Beibehaltung der nachträglichen Sicherungsverwahrung für Altfälle begründen will (unter expliziter Verneinung der sog. Meistbegünstigungsvorgabe, BT-Drs. 17/3404, S. 79) – das als „hohes Maß an

delikte können keine Sicherungsverwahrung mehr begründen; dass dies – entgegen anderer kriminalpolitischer Beteuerungen – auch in jüngster Vergangenheit immer wieder vorkam, ist in dem Gesetzentwurf nachzulesen.¹²

Gefordert wird von § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (vor lit. a) StGB eine Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer der genannten (vorsätzlichen) Straftaten, so dass im Rahmen einer Gesamtstrafenbildung unter Einbeziehung von Nichtkatalogtaten (wie auch schon bisher) festgestellt werden muss, dass für mindestens eine Katalogtat eine Einzelstrafe von mindestens zwei Jahren angesetzt wurde.¹³ Für die Beurteilung als Katalogtat i.S.d. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB gilt im Übrigen § 12 Abs. 3 StGB, was das Höchstmaß der Strafandrohung von mindestens zehn Jahren betrifft (also insbesondere in puncto besonders oder minder schwere Fälle, vgl. § 66 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB).¹⁴

2. Einschränkung der formellen Sicherungsverwahrungsvoraussetzungen

Die Einschränkungen des Straftaten-Katalogs „aus Gründen der Verhältnismäßigkeit“¹⁵ gelten nicht nur für das Anlassdelikt, sondern auch für die Vortaten gem. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB und die erforderliche(-n) Vorverbüßung(-en) gem. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB.¹⁶ Dies ist konsequent, da es insgesamt darum ging, die „formellen Voraussetzungen“ der Sicherungsverwahrungsanordnung zu begrenzen, die Hürden also zu erhöhen – und das hat ebenso Bedeutung für Art. 316e Abs. 3 StGB (s.u. III.).¹⁷ Hat der Verurteilte also zwar aktuell eine Katalogtat begangen, für die er mit wenigstens einer Einzelstrafe von mindestens zwei Jahren belegt wurde, so kann Sicherungsverwahrung gleichwohl nicht angeordnet werden, wenn er nicht auch wegen solcher (vor der neuen Katalogtat begangener) Katalogtaten bereits zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden war und für eine oder mehrere „dieser“ Katalogtaten für die Zeit von mindestens zwei Jahren eine Freiheitsstrafe verbüßt¹⁸ hat; ob es sich dabei zum Zeitpunkt der Verurtei-

lung bzw. Verbüßung um Katalogtaten gem. § 66 Abs. 1 StGB a.F. gehandelt hat, ist ohne Bedeutung. Auch insoweit muss ggf. nachträglich festgestellt werden, ob im Rahmen von „älteren“ Gesamtstrafen¹⁹ wenigstens eine der „neuen“ Katalogtaten mit einer Einzelstrafe von mindestens einem Jahr belegt worden war.²⁰

3. Änderung der materiellen Sicherungsverwahrungsvoraussetzungen

Die Änderung der materiellen Anordnungsvoraussetzungen in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB, die sich im Übrigen wegen der offenen Klausel der „erheblichen Straftaten“ nicht so restriktiv auswirkt, wie die Streichung der Klausel „namentlich“ zu solchen Straftaten, durch welche „schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird“, vermuten ließ,²¹ schlägt jenseits der ggf. vorliegenden eingeschränkten formellen Voraussetzungen (s.o.) nicht mehr zu Buche, insbesondere nicht für Art. 316e Abs. 3 EGStGB (s.u. III.).²²

Welche Auswirkungen die Änderungen des § 66 StGB (die gem. § 66a Abs. 1 StGB i.V.m. § 66 Abs. 3 StGB i.V.m. § 66 Abs. 1 S. 1 StGB auch für den Sicherungsverwahrungsvorbehalt Bedeutung erlangen)²³ auf die Anordnungszahlen haben werden, steht dahin. Einige derer, gegen die auch in jüngerer Vergangenheit Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, würden jetzt jedenfalls keinen „66er“ mehr erhalten²⁴ – für sie erlangt die Erledigungsregelung in Art. 316e Abs. 3 EGStGB Bedeutung.

Gesamtstrafe – auch bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung – als eine einzige Verurteilung bzw. Strafe gilt (§ 66 Abs. 4 S. 1 StGB); zur Auslegung bei tateinheitlichem Zusammentreffen von Katalog- mit Nichtkatalogtaten vgl. *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178) m.w.N.

¹⁹ Im Hinblick auf Jugendstrafen gilt, was schon zu § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. entwickelt wurde, vgl. *Fischer* (Fn. 13), § 66 Rn. 7 m.w.N.

²⁰ Besondere Probleme kann (insb. im Falle früherer Strafrestaussetzungen) die nachträgliche Feststellung bereiten, ob der Angeklagte wegen einer oder mehrerer „dieser Taten“ – also Einzel-(Katalog-)taten – gem. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB n.F. für die Zeit von „mindestens zwei Jahren“ Freiheitsstrafe verbüßt oder in einer freiheitsentziehenden Maßregel verbracht hat.

²¹ BT-Drs. 17/4062, S. 18, dazu *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178) und *Koller*, DRiZ 2011 127 (128), krit. *Peglau* (Fn. 5), S. 2 („unstimmig“).

²² Dies gilt auch für die Ausweitung der sog. „Rückfallverjährung“ in § 66 Abs. 4 S. 3 StGB n.F. für Sexualdelinquenten, dazu BT-Drs. 17/3403, S. 80/81, krit. *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178).

²³ Vgl. BT-Drs. 17/3403, S. 82.

²⁴ *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178) zählt bezogen auf die Strafvollzugsstatistik für das Jahr 2010 immerhin 45 Personen (= 8,4 % aller in Sicherungsverwahrung einsitzenden), die nun nicht mehr „verwahrungsfähig“ wären.

¹² BT-Drs. 17/3403, S. 36, vgl. auch *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178).

¹³ Dazu *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 66 Rn. 6 m.w.N.

¹⁴ Vgl. *Fischer* (Fn. 13), § 12 Rn. 9 ff. m.w.N. im Hinblick auf die – für § 66 StGB bedeutungslose – Festlegung des Deliktstypus als Vergehen bzw. Verbrechen; dies gilt auch für obligatorische und fakultative Milderungen gemäß des AT.

¹⁵ BT-Drs. 17/3403, S. 24.

¹⁶ Laut BT-Drs. 17/4062, S. 18 und S. 38 „im Interesse eines einheitlichen Regelungsansatzes“, krit. *Peglau* (Fn. 5), S. 2; die Einschränkung ergibt sich bei Nr. 3 (wortgleich mit § 66 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.) nur indirekt aus der Bezugnahme auf „diese Taten“.

¹⁷ In BT-Drs. 17/3403, S. 80 ist explizit die Rede von dem „eingeschränkten Katalog von Anlass- und Vortaten“.

¹⁸ Vgl. *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178); dem gleichgestellt ist eine Unterbringung von mindestens zwei Jahren gemäß §§ 63, 64 StGB. Wie bisher gilt, dass eine Vorverurteilung zu

III. Die Reichweite der Erledigungsregelung

1. Zwingende Altfallregelung

Gem. Art. 316e Abs. 3 S. 1 EGStGB n.F. ist eine nach § 66 StGB a.F. – also vor dem 1.1.2011 – angeordnete Sicherungsverwahrung für erledigt zu erklären (bis spätestens 1.7.2011, s.u. V.), wenn die Anordnung „ausschließlich auf Taten beruht“, die nach § 66 StGB n.F. „nicht mehr Grundlage für eine solche Anordnung sein können“. Die Erledigung bezieht sich auf alle Anordnungen der Sicherungsverwahrung, die vor dem 1.1.2011 rechtskräftig geworden sind, unabhängig davon, ob sie bereits vollstreckt bzw. vollzogen werden.²⁵ Sollte eine ausgesprochene Sicherungsverwahrungsanordnung zu diesem Zeitpunkt (insbesondere während eines laufenden Revisionsverfahrens) noch nicht rechtskräftig geworden sein, hat der BGH die neue Rechtslage der Revisionsentscheidung zugrunde zu legen (vgl. § 354a i.V.m. § 354 StPO); im Hinblick auf vor dem Stichtag begangene Anlasstaten gilt bei neuen Anordnungen im Übrigen Art. 316e Abs. 2 EGStGB.²⁶

Die Erledigung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB ist zwingend, lediglich der Zeitpunkt „kann“ – wenn auch nur unter den in S. 2 genannten Voraussetzungen (s.u. V.) – bis zum 1.7.2011 hinausgeschoben werden (zum Verfahren und zur Rechtskraft s.u. IV. und VI.). „Alte Sicherungsverwahrungen“, die jetzt wegen des eingeschränkten Anlasstatenkataloges „nicht mehr angeordnet werden dürfen“, sind – so *Peglau* unmissverständlich – „umgehend zwingend (!) für erledigt zu erklären“.²⁷

2. Anwendungsbereich

Indem die Erledigung darauf abstellt, dass „die Anordnung“ gem. § 66 StGB a.F. „ausschließlich auf Taten beruht“, die nach § 66 StGB n.F. „nicht mehr Grundlage für eine solche Anordnung sein können“, stellen sich mehrere Fragen: Soll „ausschließlich“ heißen, dass nur eine der für die formellen Voraussetzungen gemäß § 66 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 StGB n.F. erforderlichen Taten eine „neue“ Katalogtat sein muss? Auf welcher Tat bzw. auf welchen Taten „beruht(e)“ die vor dem 1.1.2011 rechtskräftig gewordene Anordnung?²⁸

²⁵ BT-Drs. 17/3403, S. 81; zur evtl. Anwendung auf Fälle des § 66a StGB vgl. BT-Drs. 17/3404, S. 82.

²⁶ Vgl. *Peglau* (Fn. 5), S. 3 zur „Günstigkeitsprüfung“; dabei wird sich § 66 StGB n.F. (etwa i.V.m. § 145a StGB und der reduzierten Rückfallverjährung, zu Recht krit. *Kinzig*, NJW 2011, 177 [178]) nicht in allen Fällen als „das mildere Gesetz“ erweisen, was hier aber nicht ausgeführt werden muss.

²⁷ Vgl. *Peglau* (Fn. 5), S. 6.

²⁸ Diese Fragen waren im BT-Rechtsausschuss praktisch kein Thema: Der Sachverständige Prof. *Kinzig* (Tübingen), bewertet die Erledigungsregelung in seiner schriftlichen Stellungnahme ohne weitere Ausführungen als „folgerichtig“ (nachzulesen unter http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhörungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/index.html, 17.5.2011); für den BGH-Richter *Graf* (Karlsruhe) ist die Regelung „zu begrüßen“; Prof. *Radtke* (Hannover) äußert sich dazu sowohl in seiner Stellungnahme als auch im Aus-

a) Typisierende Verwirrung

Der Gesetzentwurf spricht in diesem Zusammenhang (fast) durchweg von den „Anlass- und Vortaten“ und von „den formellen Voraussetzungen“²⁹, problematisiert aber zugleich sog. „Mischfälle“, bei denen „nicht mehr im Wege einer typisierenden Betrachtung angenommen werden“ könne, der Täter sei „allein im Hinblick auf die Begehung solcher Taten rückfallgefährdet“, die nach neuem Recht die Anordnung nicht mehr gestatten würden.³⁰ Das ist kaum klarer als der Wortlaut.

Was soll die Bezugnahme auf eine „typisierende Betrachtung“ bedeuten? Dass der Betroffene aktuell wegen (mindestens) einer „neuen“ Katalogtat zu einer (Einzel-)Strafe von mehr als zwei Jahren verurteilt wird, ohne dass es in der Vergangenheit zu entsprechenden einschlägigen Verurteilungen oder sogar Verbüßungen gekommen ist, „typisiert“ (nach neuem Recht) gar nichts. Oder um einen anderen Fall zu bilden: Dass der Betroffene in der Vergangenheit bereits mindestens wegen einer „neuen“ Katalogtat verurteilt wurde, „typisiert“ ebenso wenig, wenn aktuell nur eine „alte“ Katalogtat abgeurteilt wird. Ob der Täter „allein“ im Hinblick auf die Begehung solcher Taten rückfallgefährdet ist, die nach neuem Recht „die Sicherungsverwahrungsanordnung nicht mehr gestatten würden“³¹, ist die falsche Frage, denn wenn nicht alle formellen Anordnungsvoraussetzungen erfüllt sind, gilt eine qualifizierte Ungefährlichkeitsvermutung. Der Entwurf stellt treffend – wenn auch in sich widersprüchlich – darauf ab, dass die „Anlass- und Vortaten“ nach allgemeiner Meinung „symptomatisch sowohl für den Hang als auch für die Gefährlichkeit des Täters sein müssen“; wenn dann jedoch der „notwendige Symptomcharakter aller Anlass- und Vortaten“³² bemüht wird, um die „Mischfälle“ (s.u.) aus dem Anwendungsbereich der Erledigungsregelung zu nehmen, so belegt das nur umso deutlicher das Missverständnis über die Bedeutung der formellen Anordnungsvoraussetzungen, in das sich der Entwurf hier verstrickt hat.

Es scheint, der Gesetzgeber hat sich sowohl im Gesetzestext („ausschließlich“) als auch in der Begründung („alle Taten“) „vergaloppiert“.³³ Es wird vermeintlich eine neue Zwischenkategorie formeller Sicherungsverwahrungsvoraus-

schuss auf Nachfrage (RA-Prot 28, S. 15) dahingehend, er halte die gesamte Erledigungsregelung für „überflüssig“, da eine „Unverhältnismäßigkeitsprüfung“ ausgereicht hätte; Leitender Oberstaatsanwalt *Heuer* (Osnabrück) schließlich erwähnt in seiner Stellungnahme „nur am Rande“, die in Art. 316e Abs. 3 S. 1 EGStGB liegende „Begünstigung“ sei „nicht unbedingt nachvollziehbar“, ohne dass die von ihm dafür gelieferte Begründung allerdings nachvollziehbar wäre (alles ebenda nachzulesen).

²⁹ BT-Drs. 17/3403, S. 81 f. (*Hervorhebungen* durch den Verf.).

³⁰ BT-Drs. 17/3403, S. 82.

³¹ BT-Drs. 17/3403, S. 81.

³² BT-Drs. 17/3403, S. 81 und 82.

³³ Dies mag dem großen „Zeitdruck“ zuzuschreiben sein, dem sich das Parlament ausgesetzt hat (vgl. BT-Drs. 17/4062, S. 17).

setzungen kreiert, die es so bisher nicht gab und nach neuem Recht (§ 66 StGB n.F.) auch nicht gibt: Ein Verurteilter, der nur eine der drei qualifizierten formellen Voraussetzungen (Anlassstat, Vorverurteilung, Vorverbüßung) erfüllt, und bei dem trotzdem die materiellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrungsanordnung geprüft werden – darauf scheinen jedenfalls die Ausführungen zu den sog. „Mischfällen“ hinzudeuten.³⁴

b) Streitfall „Mischfälle“

In diesen „Mischfällen“ soll sich die Strafvollstreckungskammer, so der Entwurf, „auf der Grundlage einer aktuellen Gefährlichkeitsprognose“ Gewissheit darüber verschaffen, ob sich „trotz der indiziellen Wirkung zum Teil schwererer Anlass- oder Vortaten“ eine weiterhin bestehende Rückfallgefahr „nur (noch) auf solche Taten bezieht, die nach neuem Recht nicht mehr taugliche Anlass- oder Vortaten“ sein könnten;³⁵ dann könne die weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung „in absehbarer Zeit zumindest“ nach § 67d Abs. 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden, denn den „Wertungen der Neuregelung“ könne „mittelbar“ entnommen werden, dass eine solche Gefahr „zumindest grundsätzlich nicht mehr“ als ausreichend angesehen wird, um auf Dauer eine weitere Freiheitsentziehung zu rechtfertigen.³⁶ Auch das ist alles andere als klar.

Die „ohnedies gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung“³⁷, auf die der Gesetzentwurf in diesem Zusammenhang hinweist, ist nach neuem Recht bei Fehlen auch nur einer der formellen Anordnungsvoraussetzungen eben gerade nicht „geboten“, weil eine Sicherungsverwahrungsanordnung (und damit die Prüfung gem. § 62 StGB) von vornherein ausscheidet. Dasselbe gilt für die Erledigung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB, die bei Vorliegen der Voraussetzungen zwingend ist und keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung bedarf.

Das alles liefe letztlich doch darauf hinaus, und erste Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern lassen dies erkennen,³⁸ Menschen in der Sicherungsverwahrung zu belassen, die nach neuem Recht dort nicht mehr „landen“ wür-

den, was von den Autoren des Gesetzentwurfes einleitend noch als unvereinbar mit dem „Gebot der Gerechtigkeit“ gewertet wurde – zu Recht! Dort hieß es auch, der neue „engere Anwendungsbereich“ solle „auch denen zugute kommen“, gegen die die Sicherungsverwahrung nach altem Recht rechtskräftig angeordnet wurde; und es wurde auf die „grundsätzliche Wertung“ des Entwurfs verwiesen, wonach bestimmte Delikte „die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr sollen rechtfertigen können“, was auch „zugunsten derjenigen Personen durchgreifen“ solle, bei denen Sicherungsverwahrung bereits vollzogen wird oder denen dies bevorsteht. Denn, so der Entwurf weiter, wenn „bestimmte Delikte – und wegen ihres notwendigen Symptomcharakters damit auch die darauf bezogene Wiederholungsgefahr – die Sicherungsverwahrung nicht mehr rechtfertigen können“, dann erscheine es eben als ein „Gebot der Gerechtigkeit“, die Sicherungsverwahrung in solchen Fällen auch „grundsätzlich“ nicht mehr zu vollstrecken!³⁹ Was kann das anderes bedeuten, als dass zu prüfen ist, ob die „formellen Voraussetzungen“ noch vorliegen, ob also die „Anlass- und Vortaten“ eine Sicherungsverwahrung noch legitimieren? Zu klären ist also, so auch der Entwurf, ob „die damaligen Anlass- und Vortaten“ auch vom neuen Katalog des § 66 StGB-E „erfasst wären“.⁴⁰

Bedenklich wäre in diesem Zusammenhang übrigens auch die willkürliche Grenzziehung der Rechtskraft: War sie vor dem 1.1.2011 noch nicht eingetreten, ist eine revisionsgerichtliche Korrektur i.S.d. neuen Rechts möglich (s.o.), für Anordnungen nach dem Stichtag gilt die restriktive Neuregelung ohnehin uneingeschränkt – davor rechtskräftig gewordene Anordnungen würden jedoch (ohne innere Legitimation) weiter vollstreckt: Dass eine solche Stichtagsregelung mit „einem hohen Maß an Rechtssicherheit“ verbunden wäre,⁴¹ werden die von einer solchen Altfallregelung Betroffenen kaum unterschreiben können.

c) Wegfall der formellen Sicherungsverwahrungsvoraussetzungen

Die Erledigungsregelung ergibt – dem „Gebot der Gerechtigkeit“ folgend – nur dann einen Sinn, wenn sie wie folgt ausgelegt wird: Liegen nach neuem Recht die formellen Voraussetzungen gem. § 66 Abs. 1 StGB n.F. nicht (mehr) vor, so dass Sicherungsverwahrung nicht (mehr) angeordnet werden könnte, ist die „alte“ Sicherungsverwahrungsanordnung für erledigt zu erklären. Selbstverständlich reicht es aus, dass eine von ggf. mehreren Anlassstaten eine „neue“ Katalogtat ist, so wie es ausreicht, dass zwei von ggf. mehreren qualifizierten Vorverurteilungen wegen mindestens einer „neuen“ Katalogtat (neben evtl. anderen Nichtmehrkatalogtaten) vorliegen und dass nur wegen einer dieser „neuen“ Katalog-Vorverurteilungen mindestens zwei Jahre Freiheitsentzug verbüßt wurde – nicht mehr und nicht weniger sagt Art. 316e Abs. 3 EGStGB, wenn darauf abgestellt wird, ob die (alte)

³⁴ BT-Drs. 17/3403, S. 82.

³⁵ BT-Drs. 17/3403, S. 82; dass hier unvermittelt von „Anlass- oder Vortaten“ die Rede ist (*Hervorhebungen durch Verf.*), erscheint bezeichnend für die entstandene Verwirrung.

³⁶ BT-Drs. 17/3403, S. 82.

³⁷ BT-Drs. 17/3403, S. 82.

³⁸ Exemplarisch LG Marburg, Beschl. v. 22.02.2011 – 7 StVK 105/11 (unveröff.), wo darauf verwiesen wird, in Art. 316e Abs. 3 EGStGB werde „nur auf die *Art der Tat* abgestellt“, weswegen es nicht zutrefte (wie dort von der Verteidigung vorgetragen), dass die Vorschrift so zu verstehen sei, es sei nur zu prüfen, ob gegen den Betroffenen nach der ab 1.1.2011 geltenden Fassung des § 66 StGB „überhaupt“ die Sicherungsverwahrung angeordnet werden könnte, vielmehr komme es nur darauf an, ob er „wegen der abgeurteilten *Tat*“ untergebracht werden könnte (*Hervorhebungen im Original*); die sofortige Beschwerde wurde vom OLG Frankfurt mit Beschl. v. 23.3.2011 – 3 Ws 283/11 (unveröff.) verworfen.

³⁹ BT-Drs. 17/3403, S. 81.

⁴⁰ BT-Drs. 17/3403, S. 81.

⁴¹ So der Entwurf (BT-Drs. 17/3403, S. 79) im Kontext des Art. 316e Abs. 1 EGStGB n.F.

Anordnung „ausschließlich“ auf Taten „beruht“, die nach neuem Recht nicht mehr Grundlage für eine Anordnung gem. § 66 StGB sein können.⁴²

IV. Das Erledigungsverfahren

Zuständig ist die Strafvollstreckungskammer gem. §§ 454, 462a Abs. 1 StPO (vgl. Art. 316e Abs. 3 S. 3 EGStGB), also das Gericht im Zuständigkeitsbereich der JVA, in der der Betroffene (noch) seine Parallelstrafe verbüßt oder (schon) seine Sicherungsverwahrung. Den Fall, dass der Betroffene trotz Rechtskraft der Sicherungsverwahrungsanordnung noch nicht einmal seine Parallelstrafe verbüßt (z.B. wegen Strafaufschub o.Ä.), hielt der Gesetzgeber offenkundig für so unrealistisch, dass dies nicht geregelt wurde (in diesem Fall wäre gem. § 462a StPO noch keine Strafvollstreckungskammer zuständig).

Das Verfahren orientiert sich an dem der einfachen Strafrestaussetzung gem. § 454 Abs. 1, 3 und 4 StPO (vgl. Art. 316e Abs. 3 S. 4 Hs. 1 EGStGB), was stimmig ist, denn eines Gutachtens gem. § 454 Abs. 2 StPO bedarf es nicht.⁴³ Die Vollstreckungsbehörde hat die Akten unverzüglich (das sollte also längst geschehen sein) an die Staatsanwaltschaft des zuständigen Landgerichts zu senden, die diese (gewissermaßen als „Botin“) der Strafvollstreckungskammer „zur Entscheidung übergibt“; warum die Akten von der Vollstreckungsbehörde nicht direkt an die Strafvollstreckungskammer zu senden sind, erschließt sich nicht.⁴⁴ Über die Erledigung ist „zeitnah“ zu entscheiden, damit alle Beteiligten „möglichst frühzeitig Klarheit“ darüber erhalten, ob der Betroffene unter die Altfallregelung fällt und wann er entlassen wird.⁴⁵

Gem. Art. 316e Abs. 3 S. 5 EGStGB tritt mit der Entlassung aus dem Vollzug Führungsaufsicht ein. An diese Auto-

matik hat man sich gewöhnt⁴⁶ und trotzdem stellt sich die Frage, worin dies seine innere Legitimation findet (zumal noch nicht einmal eine Ausnahmeregelung wie in § 67d Abs. 6 S. 3 oder in § 68f Abs. 2 StGB vorgesehen ist).⁴⁷ Nach neuem Recht würde der Betroffene nicht nur keine Sicherungsverwahrung erdulden müssen, sondern allenfalls bei Vollverbüßung gem. § 68f Abs. 1 StGB unter Führungsaufsicht fallen, dann aber eben mit der Entfallens-Option des § 68f Abs. 2 StGB (s.o.). Dabei darf nicht vergessen werden, dass es nicht „nur“ um einige Jahre Aufsicht und Bewährungshilfe geht, sondern der Betroffene mit Weisungen gem. § 68b Abs. 1 StGB zusätzlich dem Ungehorsamsstrafrecht des § 145a StGB unterworfen wird, von den ausgeweiteten Befugnissen der Aufsichtsstellen gem. § 463a StPO ganz zu schweigen.⁴⁸

V. Die Fristenregelung

Die Erledigung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB hat bis spätestens 1.7.2011 zu erfolgen (S. 2). Die Frist darf allerdings nur ausgeschöpft werden, wenn dies „zur Durchführung von Entlassungsvorbereitungen geboten“ ist, wobei der Strafvollstreckungskammer eine Ermessensentscheidung obliegt („kann [...] festlegen“). Der Gesetzeswortlaut und die Systematik der Vorschrift sprechen zudem dafür, dass der Aufschub des Erledigungszeitpunkts die Ausnahme sein soll, während im Übrigen zu erledigen ist. In anderen Fällen muss die Erledigung, also die Entlassung aus der Sicherungsverwahrung, mithin unverzüglich erfolgen (zur „Rechtskraft“ s.u.). Im Übrigen ist die Dauer des Wiedereingliederungsvollzuges individuell zu bestimmen, die oben genannte Höchstfrist darf also nicht pauschal ausgeschöpft werden.

Die Legitimation einer solchen Freiheitsentziehung erscheint fraglich: Zwar sei das Ziel der Vorbereitung eines Inhaftierten auf seine Entlassung „in hohem Maße akzeptabel“, so der Bundesrichter *Graf* vor dem Rechtsausschuss, eine „Festsetzung über die zulässige Dauer der Freiheitsentziehung hinaus dürfte aber bereits verfassungsrechtlich schwerlich gedeckt sein“.⁴⁹ Das „Übergangsmanagement“⁵⁰ ist zu einem modernistischen Schlüsselbegriff Erfolg versprechender Vorbereitungen zur Entlassung aus und Wiedereingliederung nach dem Freiheitsentzug geworden,⁵¹ er taugt

⁴² So wohl auch *Graf*, RA-Prot 28, S. 5; unklar *Radtke*, RA-Prot 28, S. 23, der den „sehr schmalen“ Anwendungsbereich auf die vergleichbar schmale Formel bringen will: „alle Anlasstaten außerhalb des neu vorgeschlagenen § 66 StGB-E“.

⁴³ Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drs. 17/3403, S. 84) kann allenfalls ausnahmsweise zu der Frage ein Gutachten einzuholen sein, ob die Erledigung bis spätestens zum 1.7.2011 aufgeschoben wird und welche Maßnahmen zur Entlassungsvorbereitung ggf. erforderlich sind.

⁴⁴ BT-Drs. 17/3403, S. 84 geht davon aus, dass dies ohnehin die Ausnahme ist, weil die Staatsanwaltschaft des zuständigen Strafvollstreckungskammer-Gerichts i.d.R. auch die Vollstreckungsbehörde ist; die Regelung an § 275a Abs. 1 StPO anzulehnen (so der Entwurf ebenda), liegt neben der Sache, weil die Staatsanwaltschaft gem. Art. 316e Abs. 3 S. 4 Hs. 2 EGStGB keine Vorprüfungscompetenz hat, sondern die Akten der Strafvollstreckungskammer „umgehend zur Entscheidung“ übergeben muss (der Verweis auf die §§ 53, 36 Abs. 2 StVollstrO – ebenda – liegt deshalb ebenfalls daneben; lediglich § 36 Abs. 2 S. 5 StVollstrO verdient Beachtung).

⁴⁵ BT-Drs. 17/3403, S. 84.

⁴⁶ Vgl. dazu u.a. *Pollähne/Böllinger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor § 67 Rn. 47 ff. sowie § 67d Rn. 30, 37, 42, 52 und 60.

⁴⁷ BT-Drs. 17/3403, S. 85 verweist (ohne weitere Problematik) auf § 67d Abs. 3 S. 2 StGB, krit. zu jener Regelung auch *Pollähne/Böllinger* (Fn. 46), § 67d Rn. 52.

⁴⁸ Kritisch dazu *Pollähne*, KritV 2007, 408; eine Weisung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB n.F.) scheidet gemäß § 68b Abs. 1 S. 2 StGB n.F. allerdings aus.

⁴⁹ Vgl. *Graf*, RA-Prot 28, S. 5.

⁵⁰ BT-Drs. 17/3403, S. 82/83.

⁵¹ Exemplarisch *Matt*, Neue Kriminalpolitik 2010, 34, und *ders.*, Forum Strafvollzug 2007, 26, sowie *Grosser/Himbert*, Forum Strafvollzug 2010, 259.

aber nicht zur Rechtfertigung solchen Freiheitsentzuges ohne das Integrationskonzept zu desavouieren und aus der Sicht des weiterhin Verwahrten ins Zynische kippen zu lassen.⁵² Nicht akzeptabel ist jedenfalls, die Verwahrten selbst für solchen „Freiheitsentzug jenseits der Gerechtigkeit“ verantwortlich zu machen, so aber der Gesetzentwurf: Die Betroffenen selbst hätten „durch ihre Straftaten die Ursache für die Sicherungsverwahrungsanordnung gesetzt“, die nunmehr „so erledigt werden“ müsse, wie es „dem Schutz der Allgemeinheit zuträglich“ sei.⁵³

In seltenen Fällen mag der Beginn der Sicherungsverwahrungsvollstreckung (Rechtskraft der Vollstreckbarkeitsentscheidung gem. § 67c Abs. 1 StGB) unmittelbar bevorstehen: Die Vorstellung, den Strafgefangenen, der einen Erledigungsanspruch gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB hat, zur Einleitung von Entlassungsvorbereitung nach Endstrafe extra noch in die Sicherungsverwahrung aufzunehmen, um ihn dort auf die Entlassung vorzubereiten, mutet doch recht abenteuerlich an.⁵⁴

VI. Rechtsschutz

Gegen die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer haben der Betroffene im Falle der Erledigungsverweigerung und die Vollstreckungsbehörde im Falle der Erledigung das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (Art. 316e Abs. 3 S. 4 EGStGB i.V.m. § 454 Abs. 3 S. 1 StPO). Gegen die gestreckte Erledigung gem. § 454 Abs. 3 S. 2 StPO soll dem Betroffenen offenbar ebenfalls die sofortige Beschwerde zustehen, wenn er die sofortige Entlassung erreichen will.⁵⁵ Ob im umgekehrten Fall die Vollstreckungsbehörde die sofortige Erledigung mit dem Ziel soll angreifen können, einen späteren Entlassungszeitpunkt zu erreichen, lässt das Gesetz nicht erkennen.⁵⁶

Es kann der Vollstreckungsbehörde nicht gestattet sein, die Frist (1.7.2011) durch Einlegung der sofortigen Beschwerde auszuhebeln. Wegen der entsprechenden Anwendung des § 454 Abs. 3 S. 2 StPO gilt aber auch, dass – im Gegensatz zur sofortigen Beschwerde des Betroffenen gegen die Verweigerung der Erledigung – die Beschwerde der Vollstreckungsbehörde aufschiebende Wirkung hätte. Was schon im allgemeinen Vollstreckungsrecht zu kritisieren ist, nämlich ein Verstoß gegen Art. 104 Abs. 2 GG, weil dort die

Staatsanwaltschaft über die Fortdauer einer Freiheitsentziehung entscheidet, die ein Gericht für beendet erklärt hat,⁵⁷ gilt im Falle des Art. 316e Abs. 3 EGStGB um so mehr: Wenn das zuständige Gericht feststellt, dass die Erledigungsregelung des Art. 316e Abs. 3 S. 1 EGStGB für den Betroffenen gilt, dass er also unter die Altfallregelung fällt, dann ist er zu entlassen, weil jeder weiteren Freiheitsentziehung damit nicht nur die richterliche, sondern zugleich die gesetzliche Grundlage fehlt (Art. 104 GG). Die Vollstreckungsbehörde mag anderer Ansicht sein, weshalb ihr das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zusteht; das Recht, die Entlassung unmittelbar aufzuhalten, steht ihr legitimerweise jedoch nicht zu.

⁵² Im Gesetzesentwurf (BT-Drs. 17/3403, S. 83) wird – wenn auch „nur ergänzend“ – darauf verwiesen, eine solche „Gestaltung“ (damit ist fortdauernder Freiheitsentzug gemeint) diene „letztlich auch den Interessen des Betroffenen“.

⁵³ BT-Drs. 17/3403, S. 83.

⁵⁴ So aber BT-Drs. 17/3403, S. 83 f.

⁵⁵ Das ist nicht ganz klar, weil Art. 316e Abs. 3 S. 4 Hs. 1 EGStGB auch auf § 454 Abs. 4 S. 1 StPO verweist, der seinerseits „im Übrigen“ u.a. auf § 453 StPO verweist, der wiederum in Abs. 2 S. 1 die einfache Beschwerde vorsieht, etwa in puncto Dauer der Bewährung.

⁵⁶ Der Gesetzentwurf widmet sich der Begründung und Ausgestaltung der gestreckten Erledigung auf breitem Raum (BT-Drs. 17/3403, S. 84-86), erwähnt den Rechtsschutz aber mit keinem einzigen Wort!

⁵⁷ Vgl. *Pollähne*, in: *Pollähne/Rode* (Hrsg.), *Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen*, 2010, S. 85.