

## **Gesetzentwurf** der Fraktionen der CDU/CSU und FDP

### **Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen**

#### **A. Problem und Ziel**

Sicherungsverwahrung und Führungsaufsicht spielen als Maßregeln der Besserung und Sicherung eine wesentliche Rolle bei der Verhinderung von Rückfalltaten.

Besondere Bedeutung für die Verhinderung schwerer Wiederholungstaten hat vor allem das Recht der Sicherungsverwahrung (§§ 66 bis 66b des Strafgesetzbuches – StGB). Es bestimmt, unter welchen Voraussetzungen gefährliche Straftäter nach vollständiger Verbüßung ihrer Freiheitsstrafe zum Schutz der Allgemeinheit weiter verwahrt werden dürfen. Sein Anwendungsbereich ist seit 1998 wiederholt erweitert worden. Hervorzuheben sind die Einführung der vorbehaltenen (2002) und der nachträglichen Sicherungsverwahrung (2004). Trotz dieser gesetzgeberischen Maßnahmen kann es in besonderen Konstellationen dazu kommen, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung ausscheidet, obwohl sie angezeigt wäre; dies belegen aktuelle Gerichtsentscheidungen. Gleichzeitig müssen rechtsstaatliche Grenzen beachtet werden, die dem Ausnahmecharakter der Sicherungsverwahrung und europarechtlichen Vorgaben Rechnung tragen. Der vorliegende Gesetzentwurf sieht daher eine grundlegende Überarbeitung des Rechts der Sicherungsverwahrung vor. Ziel ist die Schaffung eines Systems, das einen angemessenen Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern ermöglicht, dabei aber die rechtsstaatlichen Anforderungen an dieses „letzte Mittel der Kriminalpolitik“ wahrt.

Der vorrangige Zweck der Führungsaufsicht besteht darin, durch Maßnahmen der Betreuung und Überwachung eine erneute Straffälligkeit der verurteilten Person nach deren Entlassung zu vermeiden. Vor besonderen Anforderungen steht die Führungsaufsicht, wenn es darum geht, Wiederholungstaten von Personen zu verhindern, die eine ungünstige Legalprognose aufweisen, weil ihre Strafe vollständig vollstreckt oder ihre Maßregel aus anderen Gründen als der Erreichung des Maßregelzwecks für erledigt erklärt wurde. Das gilt erst recht, wenn zu befürchten ist, dass erneut schwere Straftaten, insbesondere schwere Gewalt- oder Sexualdelikte, begangen werden. Dies kann aktuell vor allem bei Verurteilten angenommen werden, die aufgrund des seit dem 10. Mai 2010 endgültigen Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17. Dezember 2009 (Nr. 19359/04) aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden, obwohl bei ihnen weiterhin die Gefahr besteht, dass sie erhebliche Straftaten begehen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

Um solchen Gefahren besser begegnen zu können, sollen die Möglichkeiten der Führungsaufsicht um das Instrument der elektronischen Aufenthaltsüberwachung erweitert

werden. Daneben soll die Möglichkeit ausgedehnt werden, die Führungsaufsicht unbefristet zu verlängern.

Die Führungsaufsicht kann jedoch trotz dieser gesetzgeberischen Maßnahmen weder therapeutische Möglichkeiten noch die Sicherheit der Allgemeinheit in gleichem Maße gewährleisten wie eine Unterbringung der infolge des Urteils des EGMR aus der Sicherungsverwahrung zu entlassenden oder bereits entlassenen Straftäter in einer geschlossenen Einrichtung. Deshalb ist im Rahmen der engen Vorgaben des Grundgesetzes und der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) für bestimmte Fälle eine Rechtsgrundlage zu schaffen, die eine sichere Unterbringung der betroffenen Straftäter ermöglicht.

## B. Lösung

Um diese Ziele zu erreichen, werden im Wesentlichen folgende Änderungen vorgeschlagen:

Im Bereich der Sicherungsverwahrung:

- Konsolidierung der primären Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB);
- Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB);
- Beschränkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB).

Diese Änderungen sollen ausschließlich auf Taten anwendbar sein, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes begangen werden und Anlass für die Anordnung oder einen Vorbehalt der Sicherungsverwahrung geben. Für vorher begangene Taten ist die Weitergeltung des bisherigen Rechts vorgesehen.

Im Bereich der Führungsaufsicht:

Der Entwurf schlägt vor, in § 68b Absatz 1 StGB die Möglichkeit einer neuen strafbewehrten und von der Einwilligung des Verurteilten unabhängigen Weisung vorzusehen, mit der der verurteilten Person aufgegeben werden kann, die für eine elektronische Überwachung ihres Aufenthaltsortes erforderlichen technischen Mittel ständig bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen. Die Möglichkeit für eine solche Weisung wird hinsichtlich des erfassten Personenkreises an enge Voraussetzungen geknüpft und ist spätestens alle zwei Jahre daraufhin zu überprüfen, ob sie aufzuheben ist. Die Weisung soll vor allem spezialpräventiv wirken, insbesondere indem sie eine bessere Überwachung der Einhaltung von aufenthaltsbezogenen Weisungen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 2 StGB ermöglicht, aber auch ein erhöhtes Entdeckungsrisiko im Falle einer erneuten schweren Straftat begründet. Zudem soll es den Behörden erleichtert werden, im Falle einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr für Leib oder Leben einzuschreiten. Entsprechend diesen Vorgaben soll in einem neuen § 463a Absatz 4 der Strafprozessordnung (StPO) bestimmt werden, in welchem konkreten Umfang Aufenthaltsdaten erhoben und verwendet werden dürfen. Dabei sind eine enge Zweckbindung, eine relativ kurze Speicherfrist und der Umstand, dass die Wohnung des Betroffenen erhebungsfreier Raum ist, wesentliche Sicherungen dafür, dass der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verhältnismäßig bleibt. Außerdem soll die in § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB enthaltene Möglichkeit, die Führungsaufsicht unter den dort genannten Voraussetzungen unbefristet zu verlängern, auf diesen Personenkreis mit ungünstiger Legalprognose so ausgedehnt werden, dass auch wegen schwerer Gewaltstraftaten Verurteilte erfasst werden.

Für die Fälle, in denen infolge des Urteils des EGMR vom 17. Dezember 2009 weiterhin als gefährlich eingestufte Straftäter aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden

oder bereits entlassen wurden (nachfolgend: Parallelfälle), wird, soweit es sich um psychisch gestörte Straftäter handelt, die Schaffung eines „Gesetzes zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ vorgeschlagen.

## C. Alternativen

Zum Recht der Sicherungsverwahrung:

- Gesetzesantrag des Landes Mecklenburg-Vorpommern: „Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor schweren Wiederholungstaten durch Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bei sogenannten Ersttätern“ (BR-Drucksache 876/05);
- Gesetzentwurf des Bundesrates: „Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes – Stärkung der Sicherungsverwahrung – (... StrÄndG)“ (BT-Drucksache 16/1992);
- Gesetzesantrag des Landes Schleswig-Holstein: „Entwurf eines Gesetzes zur Modifikation der Fristenregelung bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung“ (BR-Drucksache 657/08).

Im Übrigen: Keine.

## D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

### 1. Haushaltsausgaben ohne Vollzugsaufwand

Keine.

### 2. Vollzugsaufwand

Soweit Erweiterungen im Recht der Sicherungsverwahrung vorgesehen sind (zum Beispiel durch den Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung), ist für die Länderhaushalte mit erhöhten Verfahrens- und Vollzugskosten zu rechnen. Dem stehen Einsparungen gegenüber, die durch die gleichzeitig vorgesehenen Einschränkungen (insbesondere die Beschränkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung) zu erwarten sind. Einsparungen können auch dadurch entstehen, dass die vorgeschlagenen Neuregelungen entsprechend ihrer Zielsetzung noch besser Rückfalltaten verhindern helfen und damit auch diesbezügliche neue Strafverfahren entbehrlich machen.

Für den Bundeshaushalt würde Entsprechendes gelten bei Verfahren über die Sicherungsverwahrung, die in die Zuständigkeit des Generalbundesanwaltes fallen. Etwaige Mehrausgaben für den Bund werden im Einzelplan 07 eingespart.

Im Hinblick auf die vorgeschlagenen Änderungen zur Führungsaufsicht entstehen den Ländern Kosten für die Anschaffung, Einrichtung und Wartung der technischen Mittel, die zur Durchführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung erforderlich sind. Die Überwachung selbst, insbesondere die Verwaltung der Daten, führt voraussichtlich zu einem höheren, aber begrenzten Personalaufwand, da die Datenerhebung und die Meldung etwaiger Weisungsverstöße automatisiert erfolgen sollen. Dem stehen zudem Einsparungen gegenüber, weil andere Überwachungsmaßnahmen, etwa eine polizeiliche Überwachung, nicht mehr im selben Maße erforderlich sind.

Durch die vorgesehene Einführung des „Gesetzes zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ werden den Länderhaushalten Verfahrens- und Voll-

zugskosten entstehen, deren genaue Höhe sich nicht näher beziffern lässt. Die Anzahl der Verfahren dürfte sich jedoch in Grenzen halten, da der Anwendungsbereich des neuen Gesetzes ausschließlich auf eine überschaubare Gruppe von Personen beschränkt ist. Die EMRK gestattet eine freiheitsentziehende Unterbringung nur, wenn eine psychische Störung vorliegt, was nur bei einem Teil der betroffenen Straftäter der Fall sein wird. Welcher finanzielle Aufwand für die Länder entsteht, um geeignete geschlossene Einrichtungen für die neue Form der Therapieunterbringung vorzuhalten, können nur die Länder unter Berücksichtigung der jeweiligen Gegebenheiten vor Ort beurteilen.

### **E. Sonstige Kosten**

Es sind weder zusätzliche Kosten für die Wirtschaft noch Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, zu erwarten.

### **F. Bürokratiekosten**

Es werden keine Informationspflichten für Unternehmen, Bürgerinnen und Bürger oder die Verwaltung eingeführt, vereinfacht oder abgeschafft.

elektronische Vorab-Fassung\*

# Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

## Artikel 1

### Änderung des Strafgesetzbuches

Das Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird der Angabe zu § 68d ein Semikolon und das Wort „Überprüfungsfrist“ angefügt.
2. § 66 wird wie folgt geändert:
  - a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn

1. jemand zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wird, die
  - a) sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet oder unter den Achtundzwanzigsten Abschnitt mit Ausnahme von § 323a fällt,
  - b) im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist oder
  - c) den Tatbestand des § 145a erfüllt, soweit die Führungsaufsicht auf Grund einer Straftat der in den Buchstaben a oder b genannten Art eingetreten ist, oder den Tatbestand des § 323a, soweit die im Rausch begangene rechtswidrige Tat eine solche der in den Buchstaben a oder b genannten Art ist,
2. der Täter wegen Straftaten der in Nummer 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist,
3. er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat und
4. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder schwerer

wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.

Für die Einordnung als Straftat im Sinne von Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b gilt § 12 Absatz 3 entsprechend, für die Beendigung der in Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c genannten Führungsaufsicht § 68b Absatz 1 Satz 4.“

- b) In Absatz 2 werden die Wörter „vorsätzliche Straftaten“ durch die Wörter „Straftaten der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 genannten Art“ sowie die Angabe „Nr. 3“ durch die Wörter „Satz 1 Nummer 4“ und die Angabe „Nr. 1 und 2“ durch die Wörter „Satz 1 Nummer 2 und 3“ ersetzt.
- c) Absatz 3 wird wie folgt geändert:
  - aa) In Satz 1 werden vor dem Wort „Verbrechens“ die Wörter „die Voraussetzungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder b erfüllenden“ eingefügt, die Wörter „oder nach § 323a, soweit die im Rausch begangene Tat ein Verbrechen oder“ durch die Wörter „oder wegen einer vorsätzlichen Straftat nach § 323a, soweit die im Rausch begangene Tat“ und die Angabe „Nr. 2 und 3“ durch die Wörter „Satz 1 Nummer 3 und 4“ ersetzt.
  - bb) In Satz 2 wird die Angabe „Nr. 3“ durch die Wörter „Satz 1 Nummer 4“ und die Angabe „Nr. 1 und 2“ durch die Wörter „Satz 1 Nummer 2 und 3“ ersetzt.
- d) Absatz 4 wird wie folgt geändert:
  - aa) In Satz 1 wird die Angabe „Nr. 1“ durch die Wörter „Satz 1 Nummer 2“ ersetzt.
  - bb) In Satz 2 wird die Angabe „Nr. 2“ durch die Wörter „Satz 1 Nummer 3“ ersetzt.
  - cc) In Satz 3 werden vor dem Punkt am Ende die Wörter „; bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung beträgt die Frist zehn Jahre“ eingefügt.
  - dd) In Satz 5 werden die Wörter „vorsätzliche Tat“ durch die Wörter „Straftat der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1“ ersetzt und die Wörter „eine der Straftaten“ gestrichen.

3. § 66a wird wie folgt gefasst:

„§ 66a

#### **Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung**

(1) Das Gericht kann im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn

1. jemand wegen einer der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Straftaten verurteilt wird,
2. die übrigen Voraussetzungen des § 66 Absatz 3 erfüllt sind, soweit dieser nicht auf § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 verweist, und
3. nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen.

\* Wird nach Vorliegen der lektorierten Druckfassung durch diese ersetzt.

(2) Einen Vorbehalt im Sinne von Absatz 1 kann das Gericht auch aussprechen, wenn

1. jemand zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung, nach dem Achtundzwanzigsten Abschnitt oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, verurteilt wird,
2. die Voraussetzungen des § 66 nicht erfüllt sind und
3. mit hinreichender Sicherheit feststellbar oder zumindest wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen.

(3) Über die nach Absatz 1 oder 2 vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung kann das Gericht im ersten Rechtszug nur bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe oder bis zur rechtskräftigen Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung entscheiden. Es ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.“

4. § 66b wird wie folgt geändert:

a) Die Absätze 1 und 2 werden aufgehoben.

b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) Die Absatzbezeichnung „(3)“ wird gestrichen.

bb) In Nummer 2 werden die Wörter „während des Vollzugs der Maßregel“ durch die Wörter „bis zum Zeitpunkt der Entscheidung“ ersetzt.

cc) Folgender Satz wird angefügt:

„Dies gilt auch, wenn im Anschluss an die Unterbringung nach § 63 noch eine daneben angeordnete Freiheitsstrafe ganz oder teilweise zu vollstrecken ist.“

5. In § 67d Absatz 3 Satz 1 werden die Wörter „infolge seines Hanges“ gestrichen.

6. § 68b Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) Satz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 10 wird am Ende das Wort „oder“ gestrichen.

bb) In Nummer 11 wird der abschließende Punkt durch das Wort „oder“ ersetzt.

cc) Folgende Nummer 12 wird angefügt:

„12. die für eine elektronische Überwachung ihres Aufenthaltsortes erforderlichen technischen Mittel ständig in betriebsbereitem Zustand bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen.“

b) Die folgenden Sätze werden angefügt:

„Eine Weisung nach Satz 1 Nummer 12 ist nur zulässig, wenn

1. die Führungsaufsicht auf Grund der vollständigen Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens drei Jahren oder auf Grund einer erledigten Maßregel eingetreten ist,
2. die Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe oder die Unterbringung wegen einer oder mehrerer Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Art verhängt oder angeordnet wurde,
3. die Gefahr besteht, dass die verurteilte Person weitere Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Art begehen wird und
4. die Weisung erforderlich erscheint, um die verurteilte Person durch die Möglichkeit der Datenverwendung nach § 463a Absatz 4 Satz 2 der Strafprozessordnung, insbesondere durch die Überwachung der Erfüllung einer nach Satz 1 Nummer 1 oder 2 auferlegten Weisung, von der Begehung weiterer Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Art abzuhalten.

Die Voraussetzungen von Satz 3 Nummer 1 in Verbindung mit Nummer 2 liegen unabhängig davon vor, ob die dort genannte Führungsaufsicht nach § 68e Absatz 1 Satz 1 beendet ist.“

7. § 68c Absatz 3 wird wie folgt geändert:

a) Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. sich aus dem Verstoß gegen Weisungen nach § 68b Absatz 1 oder 2 oder auf Grund anderer bestimmter Tatsachen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine Gefährdung der Allgemeinheit durch die Begehung weiterer erheblicher Straftaten zu befürchten ist und

a) gegen die verurteilte Person wegen Straftaten der in § 181b genannten Art eine Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verhängt oder die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt angeordnet wurde oder

b) die Führungsaufsicht unter den Voraussetzungen des § 68b Absatz 1 Satz 3 Nummer 1 eingetreten ist und die Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe oder die Unterbringung wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, verhängt oder angeordnet wurde.“

b) Folgender Satz wird angefügt:

„Für die Beendigung der Führungsaufsicht gilt § 68b Absatz 1 Satz 4 entsprechend.“

8. § 68d wird wie folgt geändert:

a) Der Überschrift werden ein Semikolon und das Wort „Überprüfungsfrist“ angefügt.

b) Der Wortlaut wird Absatz 1.

c) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„(2) Bei einer Weisung gemäß § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 prüft das Gericht spätestens vor Ablauf von zwei Jahren, ob sie aufzuheben ist. § 67e Absatz 3 und 4 gilt entsprechend.“

9. § 68e Absatz 1 wird wie folgt geändert:
- a) In Satz 1 werden nach dem Wort „unbefristet“ die Wörter „oder nach Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel (§ 67b Absatz 2, § 67c Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 4, § 67d Absatz 2 Satz 2) eingetreten“ eingefügt.
  - b) Nach Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:  

„Das Gericht ordnet das Entfallen einer nach Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel eingetretenen Führungsaufsicht an, wenn es ihrer nach Eintritt eines in Satz 1 Nummer 1 bis 3 genannten Umstandes nicht mehr bedarf.“
  - c) Im neuen Satz 4 werden nach dem Wort „unbefristeten“ die Wörter „oder nach Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel eingetretenen Führungsaufsicht“ eingefügt.

## Artikel 2

### Änderung der Strafprozessordnung

Die Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 140 Absatz 1 Nummer 4 wird die Angabe „Abs. 5“ durch die Angabe „Absatz 6“ ersetzt.
2. In § 141 Absatz 4 zweiter Halbsatz wird die Angabe „Abs. 5“ durch die Angabe „Absatz 6“ ersetzt.
3. § 268d wird wie folgt gefasst:

#### „§ 268d

Ist in dem Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66a Absatz 1 oder 2 des Strafgesetzbuches vorbehalten, so belehrt der Vorsitzende den Angeklagten über die Bedeutung des Vorbehalts sowie über den Zeitraum, auf den sich der Vorbehalt erstreckt.“

4. § 275a wird wie folgt geändert:
  - a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Ist im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten (§ 66a des Strafgesetzbuches), übersendet die Vollstreckungsbehörde die Akten rechtzeitig an die Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichts. Diese übergibt die Akten so rechtzeitig dem Vorsitzenden des Gerichts, dass eine Entscheidung bis zu dem in Absatz 5 genannten Zeitpunkt ergehen kann. Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 67d Absatz 6 Satz 1 des Strafgesetzbuches für erledigt erklärt worden, übersendet die Vollstreckungsbehörde

die Akten unverzüglich an die Staatsanwaltschaft des Gerichts, das für eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66b des Strafgesetzbuches) zuständig ist. Beabsichtigt diese, eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung zu beantragen, teilt sie dies der betroffenen Person mit. Die Staatsanwaltschaft soll den Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung unverzüglich stellen und ihn zusammen mit den Akten dem Vorsitzenden des Gerichts übergeben.“

b) Nach Absatz 4 wird folgender Absatz 5 eingefügt:

„(5) Das Gericht soll über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung spätestens sechs Monate vor der vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe entscheiden, wenn nicht die Vollstreckung des Strafrestes rechtskräftig zur Bewährung ausgesetzt worden ist.“

c) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 6 und wie folgt geändert:

aa) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Für den Erlass des Unterbringungsbefehls ist das für die Entscheidung nach § 67d Absatz 6 des Strafgesetzbuches zuständige Gericht so lange zuständig, bis der Antrag auf Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei dem für diese Entscheidung zuständigen Gericht eingeht.“

bb) In Satz 3 wird die Angabe „§ 66a Abs. 2 Satz 1“ durch die Wörter „§ 66a Absatz 3 Satz 1“ ersetzt.

5. Dem § 462a Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Abweichend von Absatz 1 ist das Gericht des ersten Rechtszuges für die Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung zuständig, wenn es die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten hat (§ 66a des Strafgesetzbuches) und bisher noch keine rechtskräftige Aussetzung erfolgt ist.“

6. In § 463 Absatz 3 Satz 4 werden die Wörter „aufgrund seines Hanges“ gestrichen.

7. § 463a wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 4 eingefügt:

„(4) Die Aufsichtsstelle erhebt und speichert bei einer Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 des Strafgesetzbuches mit Hilfe der von der verurteilten Person mitgeführten technischen Mittel automatisiert Daten über deren Aufenthaltsort sowie über etwaige Beeinträchtigungen der Datenerhebung; soweit es technisch möglich ist, ist sicherzustellen, dass innerhalb der Wohnung der verurteilten Person keine über den Umstand ihrer Anwesenheit hinausgehenden Aufenthaltsdaten erhoben werden. Die Daten dürfen ohne Einwilligung der betroffenen Person nur verwendet werden, soweit dies erforderlich ist für die folgenden Zwecke:

1. zur Feststellung des Verstoßes gegen eine Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 oder 12 des Strafgesetzbuches,
2. zur Ergreifung von Maßnahmen der Führungsaufsicht, die sich an einen Verstoß gegen eine Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 oder 12 des Strafgesetzbuches anschließen können,

3. zur Ahndung eines Verstoßes gegen eine Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 oder 12 des Strafgesetzbuches,
4. zur Abwehr einer erheblichen gegenwärtigen Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter oder
5. zur Verfolgung einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 des Strafgesetzbuches genannten Art.

Zur Einhaltung der Zweckbindung nach Satz 2 hat die Verarbeitung der Daten zur Feststellung von Verstößen nach Satz 2 Nummer 1 in Verbindung mit § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 des Strafgesetzbuches automatisiert zu erfolgen und sind die Daten gegen unbefugte Kenntnisnahme besonders zu sichern. Die Aufsichtsstelle kann die Erhebung und Verarbeitung der Daten durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen lassen; diese sind verpflichtet, dem Ersuchen der Aufsichtsstelle zu genügen. Die in Satz 1 genannten Daten sind spätestens zwei Monate nach ihrer Erhebung zu löschen, soweit sie nicht für die in Satz 2 genannten Zwecke verwendet werden. Bei jedem Abruf der Daten sind zumindest der Zeitpunkt, die abgerufenen Daten und der Bearbeiter zu protokollieren; § 488 Absatz 3 Satz 5 gilt entsprechend. Werden innerhalb der Wohnung der verurteilten Person über den Umstand ihrer Anwesenheit hinausgehende Aufenthaltsdaten erhoben, dürfen diese nicht verwertet werden und sind unverzüglich nach Kenntnisnahme zu löschen. Die Tatsache ihrer Kenntnisnahme und Löschung ist zu dokumentieren.“

- b) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 5.

## Artikel 3

### Folgeänderungen zu Artikel 1 und 2

(1) (1) Das Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 74f wird wie folgt geändert:

- a) In den Absätzen 1 und 2 werden jeweils die Wörter „in den Fällen“ durch die Wörter „im Fall“ ersetzt.
- b) In Absatz 3 werden die Wörter „In den Fällen“ durch die Wörter „Im Fall“ ersetzt.

2. § 120a wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 werden die Wörter „in den Fällen“ durch die Wörter „im Fall“ ersetzt.
- b) In Absatz 2 werden die Wörter „In den Fällen“ durch die Wörter „Im Fall“ ersetzt.

(2) Das Jugendgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3427), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 7 wird wie folgt geändert:

\* Wird nach Vorliegen der lektorierten Druckfassung durch diese ersetzt.

- a) In Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 werden die Wörter „während des Vollzugs der Maßregel“ durch die Wörter „bis zum Zeitpunkt der Entscheidung“ ersetzt.
  - b) Absatz 4 Satz 1 wird aufgehoben.
2. Nach § 81 wird folgender Zehnter Unterabschnitt eingefügt:

### „Zehnter Unterabschnitt

#### Anordnung der Sicherungsverwahrung

##### § 81a

##### **Verfahren und Entscheidung**

(1) Für das Verfahren und die Entscheidung über die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung gelten § 275a der Strafprozessordnung und die §§ 74f und 120a des Gerichtsverfassungsgesetzes sinngemäß.

(2) Ist über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 7 Absatz 2 zu entscheiden, übersendet die Vollstreckungsbehörde die Akten rechtzeitig an die Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichts. Prüft die Staatsanwaltschaft, ob eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung in Betracht kommt, teilt sie dies dem Betroffenen mit. Die Staatsanwaltschaft soll den Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung spätestens sechs Monate vor dem Zeitpunkt stellen, zu dem der Vollzug der Jugendstrafe oder der freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung gegen den Betroffenen endet. Sie übergibt die Akten mit ihrem Antrag unverzüglich dem Vorsitzenden des Gerichts.“

3. § 104 Absatz 1 wird wie folgt geändert:
- a) In Nummer 13 wird das Wort „und“ durch ein Komma ersetzt.
  - b) In Nummer 14 wird der abschließende Punkt durch das Wort „und“ ersetzt.
  - c) Folgende Nummer 15 wird angefügt:  
„15. Verfahren und Entscheidung bei Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 81a).“
4. § 106 wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 3 Satz 3 wird die Angabe „§ 66a Abs. 2 und 3“ durch die Angabe „§ 66a Absatz 3“ ersetzt.
  - b) In Absatz 6 Satz 1 Nummer 2 werden die Wörter „während des Vollzugs der Maßregel“ durch die Wörter „bis zum Zeitpunkt der Entscheidung“ ersetzt.
  - c) Absatz 7 wird aufgehoben.
5. In § 109 Absatz 1 Satz 1 wird die Angabe „81“ durch die Angabe „81a“ ersetzt und wird nach der Angabe „73“ die Angabe „und § 81a“ eingefügt.

## Artikel 4

### Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch

Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl. I S. 469; 1975 I S. 1916; 1976 I S. 507), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Artikel 1a wird aufgehoben.
2. Nach Artikel 316d wird folgender Artikel 316e eingefügt:

„Artikel 316e

#### Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen

(1) Die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom ... [einsetzen: Datum der Ausfertigung dieses Gesetzes und Fundstelle im BGBl.] sind nur anzuwenden, wenn die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten werden soll, nach dem ... [einsetzen: Datum des Tages vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes] begangen worden ist. In allen anderen Fällen ist das bisherige Recht anzuwenden, soweit in den Absätzen 2 und 3 nichts anderes bestimmt ist.

(2) Sind die Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung nach § 66 des Strafgesetzbuches angeordnet werden soll, vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] begangen worden und ist der Täter deswegen noch nicht rechtskräftig verurteilt worden, so ist § 66 des Strafgesetzbuches in der seit dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] geltenden Fassung anzuwenden, wenn diese gegenüber dem bisherigen Recht das mildere Gesetz ist.

(3) Eine nach § 66 des Strafgesetzbuches vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] rechtskräftig angeordnete Sicherungsverwahrung erklärt das Gericht für erledigt, wenn die Anordnung ausschließlich auf Taten beruht, die nach § 66 des Strafgesetzbuches in der seit dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] geltenden Fassung nicht mehr Grundlage für eine solche Anordnung sein können. Das Gericht kann, soweit dies zur Durchführung von Entlassungsvorbereitungen geboten ist, als Zeitpunkt der Erledigung spätestens den ... [einsetzen: Datum sechs Monate nach Inkrafttreten dieses Gesetzes] festlegen. Zuständig für die Entscheidungen nach Satz 1 und 2 ist das nach den §§ 454, 462a Absatz 1 der Strafprozessordnung zuständige Gericht. Für das Verfahren ist § 454 Absatz 1, 3 und 4 der Strafprozessordnung entsprechend anzuwenden; die Vollstreckungsbehörde übersendet die Akten unverzüglich an die Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichtes, die diese umgehend dem Gericht zur Entscheidung übergibt. Mit der Entlassung aus dem Vollzug tritt Führungsaufsicht ein.“

## Artikel 5

### Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG)

\* Wird nach Vorliegen der lektorierten Druckfassung durch diese ersetzt.

## § 1

### **Therapieunterbringung**

(1) Steht auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung fest, dass eine wegen einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 des Strafgesetzbuchs genannten Art verurteilte Person deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist, kann das zuständige Gericht die Unterbringung dieser Person in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung anordnen, wenn

1. sie an einer psychischen Störung leidet und eine Gesamtwürdigung ihrer Persönlichkeit, ihres Vorlebens und ihrer Lebensverhältnisse ergibt, dass sie infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird, und
2. die Unterbringung aus den in Nummer 1 genannten Gründen zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist.

(2) Absatz 1 ist unabhängig davon anzuwenden, ob die verurteilte Person sich noch im Vollzug der Sicherungsverwahrung befindet oder bereits entlassen wurde.

## § 2

### **Geeignete geschlossene Einrichtungen**

Für die Therapieunterbringung nach § 1 sind nur solche geschlossenen Einrichtungen geeignet, die

1. wegen ihrer medizinisch-therapeutischen Ausrichtung eine angemessene Behandlung der im Einzelfall vorliegenden psychischen Störung auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans und mit dem Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer gewährleisten können,
2. unter Berücksichtigung therapeutischer Gesichtspunkte und der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit eine die Unterbrachten so wenig wie möglich belastende Unterbringung zulassen und
3. räumlich und organisatorisch von Einrichtungen des Strafvollzuges getrennt sind.

## § 3

### **Gerichtliches Verfahren**

Für das gerichtliche Verfahren gelten die Vorschriften des Allgemeinen Teils und die Vorschriften über das Verfahren in Unterbringungssachen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend, soweit nachfolgend nichts Abweichendes bestimmt ist.

## § 4

### **Sachliche und örtliche Zuständigkeit; Besetzung des Spruchkörpers**

(1) Für das gerichtliche Verfahren nach diesem Gesetz sind die Zivilkammern der Landgerichte ausschließlich zuständig. Eine Übertragung der Entscheidung auf den Einzelrichter ist ausgeschlossen.

(2) Örtlich ausschließlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk das Bedürfnis für die Therapieunterbringung entsteht. Befindet sich die Person, die nach § 1 untergebracht werden soll (Betroffener), in der Sicherungsverwahrung, ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Einrichtung liegt, in der diese vollstreckt wird.

## § 5

### **Einleitung des gerichtlichen Verfahrens**

(1) Das gerichtliche Verfahren wird eingeleitet, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass die Voraussetzungen für eine Therapieunterbringung nach § 1 gegeben sind. Den Antrag stellt die untere Verwaltungsbehörde, in deren Zuständigkeitsbereich das Bedürfnis für die Therapieunterbringung entsteht. Befindet sich der Betroffene in der Sicherungsverwahrung, so ist auch der Leiter der Einrichtung antragsberechtigt, in der diese vollstreckt wird. Der Betroffene ist über die Antragstellung zu unterrichten.

(2) Der Antrag ist bereits vor der Entlassung des Betroffenen aus der Sicherungsverwahrung zulässig. Er gilt als zurückgenommen, wenn nicht innerhalb von zwölf Monaten seit Antragstellung die in § 1 Absatz 1 vorausgesetzte Entscheidung rechtskräftig geworden ist.

(3) Die für die Sicherungsverwahrung des Betroffenen zuständige Vollstreckungsbehörde, der in Absatz 1 Satz 3 genannte Antragsberechtigte sowie die Führungsaufsichtsstelle des Betroffenen teilen der zuständigen unteren Verwaltungsbehörde die für die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens notwendigen Daten mit, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass die Voraussetzungen für eine Therapieunterbringung nach § 1 gegeben sind. Die Übermittlung personenbezogener Daten zu dem in Satz 1 genannten Zweck ist zulässig, wenn dem keine schutzwürdigen Interessen des Betroffenen entgegenstehen. Der Inhalt der Mitteilung, die Art und Weise ihrer Übermittlung und der Empfänger sind aktenkundig zu machen. Der Betroffene ist über die Mitteilung und den Inhalt der Mitteilung zu unterrichten.

## § 6

### **Beteiligte**

(1) Beteiligte sind der Betroffene und der Antragsteller.

(2) Der dem Betroffenen beigeordnete Rechtsanwalt wird durch seine Beiordnung als Beteiligter zum Verfahren hinzugezogen.

(3) Auf Ihren Antrag sind als Beteiligte hinzuzuziehen:

1. die zuständige untere Verwaltungsbehörde und der Leiter der Einrichtung, in der sich der Betroffene zur Vollstreckung der Sicherungsverwahrung befindet, sofern sie nicht Antragsteller sind, sowie

2. die Führungsaufsichtsstelle des Betroffenen.

## § 7

### **Beiordnung eines Rechtsanwalts**

(1) Das Gericht hat dem Betroffenen zur Wahrnehmung seiner Rechte im Verfahren und für die Dauer der Therapieunterbringung einen Rechtsanwalt beizuordnen. § 78c Absatz 1 und 3 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

(2) Der beigeordnete Rechtsanwalt hat die Stellung eines Beistands. § 48 Absatz 1 Nummer 3 und Absatz 2 der Bundesrechtsanwaltsordnung gilt entsprechend.

(3) Die Beiordnung ist auf Antrag des beigeordneten Rechtsanwalts oder des Betroffenen nach rechtskräftigem Abschluss des gerichtlichen Verfahrens aufzuheben, wenn der Antragsteller hieran ein berechtigtes Interesse hat. Die Aufhebung der Beiordnung aus wichtigem Grund bleibt hiervon unberührt. Wird die Beiordnung während der Therapieunterbringung aufgehoben, so ist dem Betroffenen unverzüglich ein anderer Rechtsanwalt beizuordnen.

(4) Von der Beiordnung ausgenommen sind Vollzugsangelegenheiten.

## § 8

### **Anhörung des Betroffenen und der sonstigen Beteiligten**

(1) Das Gericht hat die Beteiligten anzuhören.

(2) Der Betroffene ist persönlich anzuhören. Seine Anhörung soll nicht im Wege der Rechtshilfe erfolgen.

(3) Das Gericht kann abweichend von § 33 Absatz 3 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die sofortige Vorführung des Betroffenen durch die zuständige untere Verwaltungsbehörde anordnen, wenn er zum Anhörungstermin nicht erscheint. Das Gericht entscheidet hierüber durch nicht anfechtbaren Beschluss.

## § 9

### **Einholung von Gutachten**

(1) Vor einer Therapieunterbringung hat eine förmliche Beweisaufnahme durch Einholung von zwei Gutachten stattzufinden. Als Sachverständiger ist nicht zu bestellen, wer den Betroffenen bisher behandelt hat. Höchstens einer der Sachverständigen kann aus dem Kreis der Personen bestellt werden, die im Rahmen eines ständigen Dienstverhältnisses in der Einrichtung tätig sind, in der der Betroffene untergebracht ist oder zuletzt untergebracht war.

(2) Die Sachverständigen haben den Betroffenen zur Erstellung der Gutachten unabhängig voneinander zu untersuchen oder zu befragen. Die Gutachten müssen Aussagen darüber enthalten, ob der Betroffene an einer psychischen Störung leidet und ob er infolge dieser Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Per-

son erheblich beeinträchtigen wird. Die Gutachten sollen auch Behandlungsvorschläge sowie Angaben zu deren zeitlicher Umsetzung beinhalten.

## § 10

### **Entscheidung; Beschlussformel**

(1) Das Gericht entscheidet über den Antrag in der Hauptsache erst nach Eintritt der Rechtskraft der in § 1 Absatz 1 vorausgesetzten Entscheidung. Eine Entscheidung kann bereits zu einem früheren Zeitpunkt ergehen, wenn der Antrag aus anderen Gründen als wegen Fehlens der in Satz 1 vorausgesetzten Entscheidung abzuweisen ist.

(2) Die Beschlussformel hat den Zeitpunkt zu bestimmen, an dem die Therapieunterbringung endet.

(3) Das Gericht kann die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses anordnen.

## § 11

### **Zuführung und Vollzug der Therapieunterbringung; Ruhen der Führungsaufsicht**

(1) Die Zuführung des Betroffenen in die Einrichtung nach § 2 und der Vollzug der Unterbringung obliegen der zuständigen unteren Verwaltungsbehörde.

(2) Während des Vollzugs der Unterbringung ruht die Führungsaufsicht.

## § 12

### **Dauer und Verlängerung der Therapieunterbringung**

(1) Die Unterbringung endet spätestens mit Ablauf von achtzehn Monaten, wenn sie nicht vorher verlängert wird.

(2) Für die Verlängerung der Therapieunterbringung gelten die Vorschriften über die erstmalige Anordnung entsprechend. Abweichend von § 9 Absatz 1 Satz 1 kann die Beweisaufnahme auf die Einholung eines Gutachtens beschränkt werden. Als Sachverständiger ist nicht zu bestellen, wer den Betroffenen bisher behandelt hat oder im Rahmen eines ständigen Dienstverhältnisses in der Einrichtung tätig ist, in der der Betroffene untergebracht ist oder zuletzt untergebracht war. Als Sachverständiger soll nicht bestellt werden, wer den Betroffenen bereits mehr als ein Mal im Rahmen eines Unterbringungsverfahrens nach diesem Gesetz begutachtet hat.

## § 13

### **Aufhebung der Therapieunterbringung**

Das Gericht hebt die Anordnung einer Unterbringung nach § 1 von Amts wegen auf, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Vor der Aufhebung der Maßnahme soll das Gericht die zuständige untere Verwaltungsbehörde, den Leiter der Einrichtung, in der sich der Betroffene befindet, und den Betroffenen anhören, es sei denn, dass dies zu einer nicht nur geringen Verzögerung des Verfahrens führen würde.

§ 14

**Einstweilige Anordnung**

(1) Das Gericht kann im Hauptsacheverfahren durch einstweilige Anordnung für die Dauer von drei Monaten eine vorläufige Unterbringung anordnen, wenn

1. Gründe für die Annahme bestehen, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer Therapieunterbringung nach § 1 gegeben sind und ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht und
2. der Betroffene persönlich und ein ihm beigeordneter Rechtsanwalt angehört worden sind.

Eine Anhörung des Betroffenen im Wege der Rechtshilfe ist zulässig.

(2) Abweichend von § 10 Absatz 1 kann die Entscheidung über die einstweilige Anordnung bereits vor Rechtskraft der in § 1 Absatz 1 vorausgesetzten Entscheidung ergehen. Das Gericht kann anordnen, dass der Beschluss mit Rechtskraft der in § 1 Absatz 1 vorausgesetzten Entscheidung wirksam wird.

(3) Die Dauer der vorläufigen Unterbringung aufgrund einer einstweiligen Anordnung kann um jeweils weitere drei Monate bis zu einer Gesamtdauer von einem Jahr nach Anhörung der Sachverständigen nur verlängert werden, wenn eine besondere Schwierigkeit in der Begutachtung oder ein anderer wichtiger Grund die Entscheidung im Hauptsacheverfahren erheblich verzögert.

§ 15

**Einstweilige Anordnung bei gesteigerter Dringlichkeit**

Bei Gefahr im Verzug kann das Gericht eine einstweilige Anordnung nach § 14 bereits vor Anhörung des Betroffenen sowie vor Anhörung und Beordnung eines Rechtsanwalts erlassen. Diese Verfahrenshandlungen sind unverzüglich nachzuholen.

§ 16

**Beschwerde; Beschwerdefrist**

(1) Das Recht der Beschwerde steht dem Betroffenen, dem ihm beigeordneten Rechtsanwalt, der zuständigen unteren Verwaltungsbehörde sowie dem Leiter der Einrichtung nach § 5 Absatz 1 Satz 3 zu, sofern er einen Antrag nach dieser Vorschrift gestellt hat.

(2) Die Beschwerde ist binnen einer Frist von zwei Wochen einzulegen.

(3) Eine Übertragung der Entscheidung über die Beschwerde auf den Einzelrichter ist ausgeschlossen.

§ 17

**Ausschluss der Rechtsbeschwerde und der Sprungrechtsbeschwerde**

Die Entscheidungen des Beschwerdegerichts können nicht mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden. Die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen können nicht mit der Sprungrechtsbeschwerde angefochten werden.

§ 18

**Divergenzvorlage**

(1) Will ein Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen, so hat es die Sache unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Bundesgerichtshof vorzulegen. Der Bundesgerichtshof entscheidet dann anstelle des Oberlandesgerichts. Der Bundesgerichtshof kann sich auf die Entscheidung der Divergenzfrage beschränken und dem Beschwerdegericht die Entscheidung in der Hauptsache übertragen, wenn dies nach dem Sach- und Streitstand des Beschwerdeverfahrens angezeigt erscheint.

(2) In einstweiligen Anordnungsverfahren ist Absatz 1 nicht anwendbar.

§ 19

**Gerichtskosten**

In Verfahren nach diesem Gesetz über die Anordnung, Verlängerung oder Aufhebung der Therapieunterbringung werden keine Gerichtskosten erhoben.

§ 20

**Vergütung des Rechtsanwalts**

(1) In Verfahren nach diesem Gesetz über die Anordnung, Verlängerung oder Aufhebung der Therapieunterbringung erhält der Rechtsanwalt Gebühren in entsprechender Anwendung von Teil 6 Abschnitt 3 des Vergütungsverzeichnisses zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz.

(2) § 52 Absatz 1 bis 3 und 5 des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes ist auf den beigeordneten Rechtsanwalt (§ 7) entsprechend anzuwenden. Gegen den Beschluss nach § 52 Absatz 2 des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes ist die Beschwerde statthaft; § 22 ist anzuwenden.

(3) Der beigeordnete Rechtsanwalt erhält für seine Tätigkeit nach rechtskräftigem Abschluss eines Verfahrens nach Absatz 1 bis zur ersten Tätigkeit in einem weiteren Verfahren eine Verfahrensgebühr nach Nummer 6302 des Vergütungsverzeichnisses zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz. Die Tätigkeit nach Satz 1 ist eine besondere Angelegenheit im Sinne des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes.

## § 21

### **Einschränkung von Grundrechten**

Durch § 1 und die §§ 4 bis 18 wird das Grundrecht der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

## **Artikel 6**

### **Folgeänderung zu Artikel 5**

Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718, 788), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Der Inhaltsübersicht wird folgende Angabe angefügt:

„§ 62 Verfahren nach dem Therapieunterbringungsgesetz“

2. Folgender § 62 wird angefügt:

„§ 62

#### **Verfahren nach dem Therapieunterbringungsgesetz**

Die Regelungen des Therapieunterbringungsgesetzes zur Rechtsanwaltsvergütung bleiben unberührt.“

## **Artikel 7**

### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 26. Oktober 2010

Volker Kauder, Dr. Hans-Peter Friedrich (Hof) und Fraktion  
Birgit Homburger und Fraktion

## Begründung

### A. Allgemeiner Teil

#### I. Anlass und Ziel des Gesetzentwurfs

##### 1. Zum Recht der Sicherungsverwahrung

Dem Recht der Sicherungsverwahrung (§§ 66 bis 66b des Strafgesetzbuches – StGB) kommt große Bedeutung zu, wenn es um den Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern geht. In den vergangenen Jahren ist eine ganze Reihe von Gesetzen verabschiedet worden, die das vorhandene strafrechtliche Instrumentarium deutlich erweitert haben. Der Gesetzgeber hat die primäre Sicherungsverwahrung um die vorbehaltene (2002) und später die nachträgliche Sicherungsverwahrung (2004) ergänzt und damit ein System geschaffen, das drei Wege zur Anordnung der Sicherungsverwahrung kennt:

- Die primäre Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) wird vom erkennenden Gericht bereits im Urteil angeordnet. Voraussetzung ist, dass die Gefährlichkeit des Täters zum Zeitpunkt der Verurteilung sicher festgestellt werden kann. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 160) hat der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, bei Verbrechen und bestimmten Sexual- und Gewaltvergehen die primäre Sicherungsverwahrung schon nach dem ersten Rückfall anzuordnen (§ 66 Absatz 3 StGB).
- Bei der durch das Gesetz vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3344) eingeführten vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB) behält sich das erkennende Gericht im Urteil vor, die Sicherungsverwahrung zu einem späteren Zeitpunkt im sogenannten Nachverfahren anzuordnen. Ein solcher Vorbehalt kommt nur in Betracht, wenn zum Zeitpunkt der Verurteilung nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann, ob der Täter für die Allgemeinheit gefährlich ist. Im Nachverfahren ordnet das Gericht die Sicherungsverwahrung an, wenn es nun, unter Einbeziehung der Entwicklung des Täters während des Strafvollzuges, dessen Gefährlichkeit bejaht.
- Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. Juli 2004 (BGBl. I S. 1838) hat die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung in Fällen ermöglicht, in denen erst nach der Verurteilung und vor Ende des Vollzugs (neue) Tatsachen erkennbar werden, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit hinweisen (§ 66b StGB).

Dieses System ist jedoch nicht ohne Schwachstellen. Insbesondere die nachträgliche Sicherungsverwahrung für gefährliche Mehrfach- (§ 66b Absatz 1 StGB) und sogenannte Ersttäter (§ 66b Absatz 2 StGB) hat sich als nur bedingt praxistauglich erwiesen. Entsprechende Anordnungen der Sicherungsverwahrung scheiden häufig deshalb aus, weil erhebliche neue Tatsachen („Nova“) fehlen, deren Vorliegen wesentlich ist, um die Regelungen nicht verfassungsrechtlichen Bedenken auszusetzen. Als besonders unbefriedigend erweist sich diese Gesetzeskonzeption bei gefährlichen „Ersttägern“, gegen die nach geltendem Recht weder primäre Sicherungsverwahrung angeordnet noch ein Vorbehalt ausgesprochen werden kann. Auch die sogenannte Rückfallverjährung (§ 66 Absatz 4 Satz 3 StGB) hat in Einzelfällen dazu beigetragen, dass gegen gefährliche Sexualstraftäter keine Sicherungsverwahrung angeordnet werden konnte. Danach scheiden solche Straftaten als Grundlage für die Anordnung der Sicherungsverwahrung aus, nach deren Begehung sich der Täter mehr als fünf Jahre auf freiem Fuß befunden hat, ohne einschlägig rückfällig geworden zu sein. Bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung bereitet in der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis die Beachtung des in § 66a Absatz 2 Satz 1 StGB genannten Zeitpunkts Schwierigkeiten, nach dessen Verstreichen die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr in Betracht kommt. Schließlich er-

geben sich ungewollte Einschränkungen des Anwendungsbereichs von § 66a StGB aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), für einen Vorbehalt der Sicherungsverwahrung müsse zwar nicht die Gefährlichkeit des Täters mit hinreichender Sicherheit feststellbar sein, wohl aber sein Hang zu gefährlichen Straftaten.

Bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung kommt hinzu, dass in den letzten Jahren verstärkt grundsätzliche Bedenken gegen dieses Instrument erhoben wurden. Kritisiert werden vor allem dessen negative Auswirkungen auf die Praxis des Strafvollzuges, die den angestrebten Sicherheitsgewinn zu konterkarieren drohten. Gleichzeitig mehren sich die Stimmen, wonach die nachträgliche Sicherungsverwahrung Bedenken im Hinblick auf die Vorgaben der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK) ausgesetzt sei.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird eine grundlegende Novellierung des Rechts der Sicherungsverwahrung angestrebt. Die aufgezeigten Schwachstellen sollen im Interesse eines angemessenen Schutzes der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern geschlossen werden. Gleichzeitig ist die Sicherungsverwahrung auf schwerste Fälle zu beschränken, um ihrem Ausnahmecharakter Rechnung zu tragen. Sie muss den rechtsstaatlichen Standards sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene genügen.

## 2. Zum Recht der Führungsaufsicht

Der vorrangige Zweck der Führungsaufsicht besteht darin, durch Maßnahmen der Betreuung und Überwachung eine erneute Straffälligkeit der verurteilten Person nach Entlassung zu vermeiden. Vor besonderen Anforderungen steht die Führungsaufsicht, wenn es darum geht, Wiederholungstaten von Personen zu verhindern, die eine ungünstige Legalprognose aufweisen, weil ihre Strafe vollständig vollstreckt oder ihre Maßregel aus anderen Gründen als wegen Erreichung des Maßregelzwecks für erledigt erklärt wurde. Dem staatlichen Auftrag, die Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern zu schützen, kommt dabei bei solchen Verurteilten besondere Bedeutung zu, bei denen die Gefahr besteht, dass sie erneut schwere Straftaten, insbesondere schwere Gewalt- oder Sexualdelikte, begehen werden. Dies kann aktuell vor allem bei solchen Personen angenommen werden, die aufgrund der nunmehr endgültigen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17. Dezember 2009 (Nr. 19359/04) aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden, obwohl bei ihnen weiterhin die Gefahr besteht, dass sie erhebliche Straftaten begehen werden, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Der EGMR hat in diesem seit dem 10. Mai 2010 endgültigen Urteil festgestellt, dass die Sicherungsverwahrung als eine dem strikten Rückwirkungsverbot des Artikels 7 Absatz 1 Satz 2 der EMRK unterliegende Strafe anzusehen sei und außerdem die rückwirkende Aufhebung der bis zum 30. Januar 1998 geltenden Vollstreckungshöchstfrist von zehn Jahren auch gegen Artikel 5 EMRK verstoße. Aufgrund dieser Entscheidung muss damit gerechnet werden, dass nicht nur der Beschwerdeführer dieses Verfahrens, sondern auch andere weiterhin als gefährlich eingestufte Täter aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden, bei denen die Sach- und Rechtslage gleichgelagert ist; solche Entlassungen sind auch schon erfolgt (vgl. unter anderem OLG Hamm, Beschlüsse vom 12. Mai und 6. Juli 2010, III-4 Ws 114/10 und III-4 Ws 157/10; OLG Frankfurt/M., Beschlüsse vom 24. Juni und 1. Juli 2010, 3 Ws 485/10 und 3 Ws 539/10; OLG Karlsruhe, Beschlüsse vom 15. Juli 2010, 2 Ws 458/09 und 2 Ws 44/10; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschlüsse vom 15. Juli 2010, 1 Ws 267/10 und 1 Ws 268/10; zu den beim BGH anhängigen Divergenzvorlagen vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 4. August 2010, 1 Ws 404/10). Aber auch davon unabhängig hat die Führungsaufsicht mit verurteilten Personen zu tun, bei denen die Gefahr erneuter schwerer Straftaten, insbesondere schwerer Gewalt- und Sexualstraftaten, hoch ist, aber zum Beispiel die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach vollständiger Verbüßung der Haft aus Rechtsgründen ausscheidet. Ein prominentes Beispiel hierfür ist der Fall „Karl D.“ (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2010, 1 StR 372/09).

Vor diesem Hintergrund und zur weiteren Verbesserung des Schutzes der Bevölkerung vor schweren Wiederholungstaten verfolgt der Entwurf das Ziel, das zuletzt durch das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. April 2007 (BGBl. I S. 513) erweiterte Instrumentarium der Führungsaufsicht weiter auszubauen. Daneben soll die Möglichkeit der unbefristeten Verlängerung der Führungsaufsicht ausgedehnt werden.

### **3. Zum „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“**

Mit seit dem 10. Mai 2010 endgültigen Urteil vom 17. Dezember 2009 hat – wie bereits erwähnt – der EGMR in dem Verfahren M. ./ Deutschland (Nr. 19359/04) entschieden, dass die Sicherungsverwahrung aus der Perspektive der EMRK als eine dem strikten Rückwirkungsverbot des Artikels 7 Absatz 1 Satz 2 EMRK unterliegende Strafe anzusehen sei und außerdem eine nachträgliche Aufhebung der früheren Vollstreckungshöchstfrist von zehn Jahren auch gegen Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe a EMRK verstoße. Diese Vorschrift verlangt einen hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen dem schuldigfeststellenden Urteil und der folgenden Freiheitsentziehung; dies sah der EGMR für die Sicherungsverwahrung, die nach Ablauf der zur Zeit der Aburteilung noch geltenden Höchstfrist vollstreckt wurde, nicht als gegeben an.

Infolge dieses EGMR-Urteils ist es bereits zu Entlassungen von Sicherungsverwahrten gekommen (siehe vorstehend unter 2.), und weitere Entlassungen sind zu erwarten, obwohl bei den Betroffenen die Gefahr besteht, dass sie erhebliche Straftaten begehen werden. Vor diesem Hintergrund soll mit dem „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ für bestimmte Fälle eine Rechtsgrundlage geschaffen werden, die eine sichere Unterbringung der betroffenen Straftäter ermöglicht, ohne dabei gegen die Vorgaben der EMRK zu verstoßen. Dazu ist eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des neuen Gesetzes auf solche Fälle erforderlich, in denen sich die Gefährlichkeit der aus der Sicherungsverwahrung zu entlassenden oder bereits entlassenen Straftäter aus einer psychischen Störung ergibt.

Im Übrigen kann bei konkret drohenden Straftaten Personen unabhängig vom Vorliegen einer psychischen Störung auf polizeirechtlicher Basis die Freiheit entzogen werden.

## **II. Die wesentlichen Änderungen im Recht der Sicherungsverwahrung**

Zur Umsetzung der oben genannten Ziele sieht der Gesetzentwurf Änderungen in Bezug auf alle drei Formen der Anordnung von Sicherungsverwahrung vor:

- Konsolidierung der primären Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB);
- Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB);
- Beschränkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB).

Diese Änderungen stehen in einer engen Beziehung zueinander. Erst die Konsolidierung der primären und vor allem der Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung schafft den notwendigen Spielraum, um die Regelungen zur nachträglichen Sicherungsverwahrung beschränken zu können, ohne dadurch den notwendigen und angemessenen Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern zu beeinträchtigen. Vielmehr werden die vorgesehenen Neuregelungen die Möglichkeiten für diesen Schutz insgesamt verbessern und auf eine rechtsstaatlich sicherere Grundlage stellen.

Die vorgesehenen Änderungen sollen nur für „Neufälle“ (also nach Inkrafttreten der Neuregelung begangene Anlasstaten) bei gleichzeitiger Konservierung der bestehenden Rechtslage für „Altfälle“ gelten. Durch diese Gestaltung lassen sich von vornherein Rückwirkungsprobleme vermeiden, die insbesondere dadurch entstehen können, dass nach

Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) die Sicherungsverwahrung – abweichend von ihrer Einstufung im deutschen Recht – als Strafe im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 EMRK anzusehen ist (siehe unten VI.).

Im Einzelnen werden folgende Änderungen vorgeschlagen:

### **1. Änderungen bei der primären Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB)**

Die in § 66 StGB geregelte primäre Sicherungsverwahrung hat sich in der Praxis grundsätzlich als wirksames Instrument zum Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern bewährt. In drei Punkten besteht dennoch Änderungsbedarf.

#### **a) Beschränkung des Anwendungsbereichs**

Als Grundlage für die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung soll zukünftig nicht mehr jede vorsätzliche Straftat ausreichen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erscheint eine Konzentration des Anwendungsbereichs auf vorsätzliche Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter, einschließlich gemeingefährlicher Straftaten, angezeigt. Andere Straftaten sollten die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung nur dann rechtfertigen können, wenn sie von besonderer Schwere sind. Durch dieses Erfordernis werden insbesondere solche Delikte dem Anwendungsbereich des § 66 StGB entzogen, die sich gegen das Vermögen (in einem weit verstandenen Sinne) richten und nicht mit der Anwendung von Gewalt gegen Personen verbunden sind.

#### **b) Klarstellung des für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Zeitpunkts**

Im Gesetzestext soll klargestellt werden, dass es für die nach § 66 StGB erforderliche Prognose allein darauf ankommt, ob der Täter zum Zeitpunkt seiner Verurteilung gefährlich ist oder nicht. Dies entspricht zwar der ständigen Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Meinung im Schrifttum. In der Praxis wird die Gefährlichkeit aber immer wieder mit der Begründung verneint, es bestehe die Hoffnung, der Täter werde am Ende des Strafvollzuges nicht mehr gefährlich sein, etwa weil er eine beabsichtigte Therapie erfolgreich durchführen werde.

#### **c) Verlängerung der Rückfallverjährung bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von fünf auf zehn Jahre**

Die Frist, nach deren Ablauf eine Straftat nicht mehr für die Anordnung der Sicherungsverwahrung herangezogen werden kann (sogenannte Rückfallverjährung), soll bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung auf zehn Jahre verlängert werden. Nach geltendem Recht (§ 66 Absatz 4 Satz 3 StGB) beträgt die Frist, innerhalb derer ein Rückfall „verjährt“, generell fünf Jahre. Zwar wird diese Problematik bereits dadurch deutlich abgemildert, dass der Entwurf für „Ersttäter“ die Möglichkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung eröffnet (siehe nachfolgend unter 2. b). Eine Verlängerung erscheint jedoch für den Bereich der Sexualstraftäter gerechtfertigt, da neuere kriminologische Untersuchungen es nahe legen, dass vor allem diese nicht ganz selten erst nach fünf bis zehn Jahren in Freiheit rückfällig werden.

### **2. Änderungen bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB)**

Die vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gemäß § 66a StGB soll gestärkt und ihr Anwendungsbereich erweitert werden. Dagegen bestehen weder verfassungsrechtlich noch mit Blick auf die Vorgaben der EMRK durchgreifende Bedenken.

### **a) Verzicht auf die (sichere) Feststellung eines Hanges im Rahmen der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung**

Durch eine Umformulierung in § 66a Absatz 1 StGB soll deutlich gemacht werden, dass für den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung nicht die sichere Feststellung eines Hanges des Täters zu erheblichen Straftaten erforderlich ist. Die Rechtsprechung verlangt eine solche Feststellung, was entgegen der Intention des Gesetzgebers eine erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs dieses Instruments befürchten lässt.

### **b) Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung auch für „Ersttäter“**

Für sogenannte Ersttäter soll die Maßregel der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung eröffnet werden. Das geltende Recht erfasst solche Täter nur über die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 2 StGB. Diese Rechtslage hat in der Vergangenheit wiederholt dazu geführt, dass bereits zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung und auch am Vollzugsende als gefährlich identifizierte Straftäter aus der Straftaft entlassen werden mussten, weil sich während des Vollzuges keine erheblichen neuen Tatsachen („Nova“) gezeigt haben. Diese unbefriedigende Rechtslage wird durch die Neuregelung beseitigt. Denn für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach Vorbehalt sind keine solchen „Nova“ erforderlich.

### **c) Verlängerung des Zeitraums zwischen Anlassverurteilung und letzter Möglichkeit zur Anordnung der Sicherungsverwahrung**

Der Zeitraum zwischen Anlassverurteilung und letzter Möglichkeit zur Entscheidung über die Ausübung des Vorbehalts soll verlängert werden. Nach geltendem Recht hat das Gericht spätestens sechs Monate vor dem Zeitpunkt, ab dem eine Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung möglich ist, zu entscheiden. Der BGH legt § 66a Absatz 2 Satz 1 StGB dahingehend aus, dass nach dem Verstreichen des dort genannten Zeitpunkts die Anordnung der Sicherungsverwahrung aufgrund des Vorbehalts ausscheidet. Diese zeitliche Vorgabe bereitet der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis nicht nur immer wieder Schwierigkeiten, sondern sie erscheint auch insgesamt zu knapp bemessen. Deshalb soll die Anordnung der Sicherungsverwahrung bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe bzw. bis zur rechtskräftigen Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung ermöglicht werden.

## **3. Änderungen bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB)**

### **a) Aufhebung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 1 und 2 StGB für „Neufälle“**

Für nach dem Inkrafttreten der Neuregelung begangene (Anlass-) Taten („Neufälle“) sollen die Absätze 1 und 2 des § 66b StGB aus den folgenden Gründen aufgehoben werden:

In der Praxis hat sich gezeigt, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Absatz 1 und 2 StGB bei der verfassungsrechtlich gebotenen restriktiven Auslegung dieser Vorschrift nur in wenigen Ausnahmefällen in Betracht kommt. Häufig scheitern entsprechende Anordnungen der Sicherungsverwahrung an dem Erfordernis neuer Tatsachen. Denn als neu sind nur solche Tatsachen anzusehen, die erst nach der Anlassverurteilung eintreten oder erkennbar werden. Der sich regelmäßig an die Verurteilung anschließende Strafvollzug lässt aber tendenziell wenig Raum für die Schaffung neuer Tatsachen, da er mit einer starken Reglementierung und Kontrolle verbunden ist. Daher verwundert es nicht, dass der BGH seit Einführung dieser Regelungen im Sommer 2004 bis heute lediglich in gut einem Dutzend Verfahren eine entsprechende Anordnung bestätigt hat, während bereits bis Mitte 2008 in knapp 100 Fällen die Anordnung abgelehnt wurde.

Hinzu kommt, dass in den letzten Jahren verstärkt grundsätzliche Bedenken gegen dieses Instrument erhoben wurden. Kritisiert wird vor allem, dass dem geringen Anwendungsbereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht unerhebliche negative Auswirkungen auf die Vollzugspraxis für eine Vielzahl von Gefangenen gegenüberstünden. Denn alle Häftlinge, welche nur die formellen Voraussetzungen für eine Anordnung erfüllen, stünden aufgrund entsprechender Vorgaben der Verwaltung in den Vollzugseinrichtungen in der Regel unter besonderer Beobachtung (wegen des möglichen Auftretens von „Nova“) und hätten zugleich häufig wenig Aussicht auf substanzielle, Vollzugslockerungen einschließende Entlassungsvorbereitungen. Dies führe nicht nur zu einer Belastung des Vollzugsklimas, sondern gefährde vor allem die Resozialisierung und Wiedereingliederung dieser Gefangenen, was sich für den Schutz der Allgemeinheit vor Rückfalltaten gerade als kontraproduktiv erweise.

Gleichzeitig mehren sich die Stimmen, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung Bedenken im Hinblick auf die Vorgaben der EMRK ausgesetzt sei. Es erscheint deshalb fraglich, ob die nachträgliche Sicherungsverwahrung auf lange Sicht in ihrer jetzigen Form ein erfolgsversprechendes Instrument zum Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern darstellt.

Schließlich eröffnen die vorstehend erläuterten Erweiterungen im Recht der primären und vor allem der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung den notwendigen Spielraum, um die nachträgliche Sicherungsverwahrung zu beschränken, ohne dadurch den notwendigen und angemessenen Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern zu schmälern.

#### **b) Ermöglichung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach für erledigt erklärter Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 66b Absatz 3 StGB) auch bei noch zu verbüßender (Rest-) Freiheitsstrafe**

§ 66b Absatz 3 StGB soll dahingehend ergänzt werden, dass die Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn im Anschluss an die Unterbringung noch eine daneben angeordnete (Rest-) Freiheitsstrafe zu vollstrecken ist. Dieser Ergänzung bedarf es, weil in den genannten Fällen nach Aufhebung der Absätze 1 und 2 des § 66b StGB anderenfalls keine Möglichkeit mehr bestünde, nachträglich die Sicherungsverwahrung anzuordnen. Es geht also nicht um eine Korrektur der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 7. Oktober 2008 (BGHSt 52, 379 ff.), sondern um eine Anpassung an die vorgesehene Neukonzeption.

Die vorstehend dargestellten Änderungen im Strafgesetzbuch bedingen Folgeänderungen in der Strafprozessordnung (StPO), im Jugendgerichtsgesetz (JGG) und im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG). Außerdem ist im Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) ein neuer Artikel 316e einzufügen, der die Übergangsvorschrift zu den Änderungen im Recht der Sicherungsverwahrung enthält.

### **III. Die wesentlichen Änderungen im Recht der Führungsaufsicht**

#### **1. Elektronische Aufenthaltsüberwachung**

##### **a) Erfahrungen im In- und Ausland**

In den letzten Jahren hat die Nutzung elektronischer Mittel zur Überwachung des Aufenthaltsortes Verurteilter oder einer Straftat Verdächtiger an Bedeutung gewonnen: In Hessen wird die „elektronische Fußfessel“ seit dem Jahr 2000 im Rahmen der Außervollzugssetzung der Untersuchungshaft, vor allem aber als Weisung bei der Strafaussetzung zur Bewährung praktiziert. Mit ihr soll besser überwacht werden, ob der Verurteilte der Weisung nachkommt, sich zu bestimmten Zeiten in seiner Wohnung aufzuhalten oder nicht aufzuhalten, um ihn so an einen geregelten Tagesablauf zu gewöhnen (vgl. Pressemitteilung Nr. 188 des Hessischen Ministeriums der Justiz für Integration und Europa vom 31. Mai 2010). In Baden-Württemberg ermöglicht das am 29. Juli 2009 verabschiedete

Gesetz über elektronische Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe (EAStVollzG; GBl. 2009, 360) Strafgefangenen ihre sonst im Gefängnis zu verbüßende Ersatzfreiheitsstrafe oder Reststrafe zur Vorbereitung der Entlassung mit Hilfe der elektronischen Aufsicht zu Hause abzusetzen („Hausarrest“). Das Gesetz ist auf vier Jahre befristet, vor deren Ablauf die Praxistauglichkeit dieser Neuregelungen untersucht werden soll (Pressemitteilung des Justizministeriums Baden-Württemberg vom 29. Juli 2009).

Auch ein Blick ins Ausland zeigt, dass die elektronische Überwachung von Straftätern dort teilweise bereits erprobt wurde und sich auch offensichtlich durchsetzen kann. Die Niederlande und vor allem Frankreich nutzen sie zur Vermeidung von Untersuchungshaft und bei einer Strafaussetzung zur Bewährung, insbesondere in Form eines elektronisch überwachten „Hausarrestes“. In Frankreich ist zudem seit Dezember 2005 in bestimmten Fallkonstellationen auch eine mobile elektronische Überwachung gefährlicher Straftäter außerhalb ihrer Wohnung möglich, seit Februar 2008 auch im Rahmen einer Sicherheitsüberwachung („surveillance de sûreté“). Zum 17. März 2010 wurden nach Auskunft des französischen Justizministeriums insgesamt 46 Probanden mobil elektronisch überwacht, seit Schaffung der entsprechenden Rechtsgrundlagen Ende 2005 insgesamt 74 Personen. Auch wenn nähere kriminologische Erkenntnisse über die Anwendung dieser Überwachungsinstrumente noch nicht vorlägen, gebe es doch die positive Rückmeldung der Verurteilten, wonach ihnen die elektronische Überwachung helfe, keine Straftaten mehr zu begehen. England hat bereits in den Jahren 2004 bis 2006 ein Pilotprojekt zur Überwachung von Straftätern verschiedener Deliktgruppen durchgeführt, das dann aber offenbar im Wesentlichen aus Kostengründen nicht weitergeführt wurde. Nach der Research Summary (*Stephen Shute, Satellite Tracking of Offenders: A Study of The Pilots In England And Wales, Ministry of Justice, August 2007*) beurteilten sowohl die beteiligten Richter als auch die Überwachungskräfte die elektronische Überwachung positiv, unter anderem deshalb, weil sie eine effektive Kontrolle von Aufenthaltsverboten überhaupt erst ermöglicht bzw. deutlich erleichtert hätte und die elektronische Überwachung als psychische Unterstützung für die verurteilte Person diene, sich an ihre Eigenverantwortung in Situationen, die zu einem Rückfall führen konnten, zu erinnern. In den USA war die elektronische Überwachung bereits 2005 in 22 Staaten für Sexualstraftäter kraft Gesetzes eingeführt. Der Staat Tennessee hat von 2006 bis 2007 ein Pilotprojekt durchgeführt und dies wissenschaftlich evaluieren lassen (*Monitoring Tennessee's Sex Offenders Using Global Positioning Systems, A Project Evaluation, April 2007, Middle Tennessee State University*). Aufgrund der kurzen Laufzeit des Projektes konnte zwar auch hier keine verlässliche Aussage über die Wirkung der Überwachung zur Vermeidung von erneuter Straffälligkeit getroffen werden. Die elektronische Überwachung mittels Global Positioning System (GPS) wurde jedoch – ebenso wie bereits in der englischen Studie – als wirksames zusätzliches Überwachungsinstrument im Rahmen eines Betreuungsgesamtkonzeptes beurteilt und als solches über das Projekt hinaus fortgeführt (vgl. allgemein zu den überwiegend positiven ausländischen Erfahrungen auch *Dahs, NJW 1999, 3469*).

Im Rahmen der deutschen Führungsaufsicht wird die elektronische Überwachung – soweit ersichtlich – bislang nicht eingesetzt. Dies ist vom Grunde her nach dem geltenden Recht aber keineswegs ausgeschlossen, da der Katalog der nicht strafbewehrten Weisungen in § 68b Absatz 2 StGB nicht abschließend ist. Allerdings wäre eine solche Weisung für den hier in Rede stehenden Kreis der „Vollverbüßter“ und „Maßregelerlediger“ mit schlechter Legalprognose voraussichtlich nur wenig praktikabel, da sie weder über den Widerruf der Aussetzung der Unterbringung (§ 67g StGB) noch über eine Strafbewehrung durchgesetzt werden könnte (zudem wird für einen – allerdings mit einer Freiheitsentziehung verbundenen – elektronisch überwachten „Hausarrest“ im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung eine Einwilligung des Betroffenen für erforderlich gehalten, LG Frankfurt/M., Beschluss vom 6. Dezember 2000, NJW 2001, 697). Auch scheint Unsicherheit zu bestehen, inwieweit der Einsatz der „elektronischen Fußfessel“ zumutbar im Sinne des § 68b Absatz 3 StGB ist (vgl. *MK/Groß, StGB, § 68b Rn. 20* einerseits und *LK/Schneider, StGB, 12. Auflage, § 68b Rn. 42* andererseits).

## b) Einsatzmöglichkeiten im Rahmen der Führungsaufsicht

Eine elektronische Aufenthaltsüberwachung kann im Rahmen der Führungsaufsicht zunächst für die Überwachung der Einhaltung aufenthaltsbezogener Weisungen sinnvoll sein. Denn gerade bei Gewalt- und Sexualstraftätern kann der Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB besondere Bedeutung zukommen, sich nicht an bestimmten Orten aufzuhalten, die ihnen Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten geben könnten (vgl. LK/*Schneider*, StGB, 12. Auflage, § 68b Rn. 22; ähnlich schon die Begründung zu § 93 StGB-E im Entwurf StGB 1962, BT-Drucksache IV/650, S. 222). Auch die Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 StGB, einen bestimmten Bereich nicht ohne Erlaubnis der Aufsichtsbehörde zu verlassen, kann hier eine Rolle spielen. Zudem können Aufenthaltsverbote sich auch mit Kontakt- und Verkehrsverboten nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 StGB überschneiden. Die Kontrolle dieser aufenthaltsbezogenen Weisungen stößt jedoch bislang an enge Grenzen. Bisher kann deren Einhaltung allein stichprobenartig durch die Führungsaufsichtsstelle und den Bewährungshelfer oder die hierum nach § 463a Absatz 1 Satz 1 StPO gebetene Polizei bzw. im Rahmen von Ausschreibungen nach § 463a Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 StPO überprüft werden. Daher will die Neuregelung dem Gericht die Möglichkeit einräumen, die Beachtung dieser Weisungen auch elektronisch und damit wirksamer überwachen zu lassen. Dabei ist diese Überwachung nicht Selbstzweck, sondern zielt – wie generell die Weisungen des § 68b StGB – darauf ab, den Täter im Sinne einer positiven und negativen Spezialprävention von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten. Dies wird besonders deutlich bei der Überwachung einer Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB, die der Ausschaltung kriminogener Reize dient (vgl. nur LK/*Schneider*, 12. Auflage, § 68b Rn. 21). Durch eine striktere Überprüfung der Einhaltung einer solchen Weisung kann bei dem Verurteilten zum einen das Bewusstsein für die eigene Gefährdung gestärkt und können entsprechende Verhaltensweisen eingeübt werden, zumal die Aufsichtsstelle auf Verstöße rascher mit Maßnahmen der Führungsaufsicht, etwa einer Intensivierung der Betreuung, reagieren kann. Zum anderen kann die deutlich erhöhte Gefahr der Entdeckung eines strafbewehrten Weisungsverstoßes unmittelbar abschreckend wirken.

Aber auch unabhängig von der Einhaltung aufenthaltsbezogener Weisungen kann die elektronische Aufenthaltsüberwachung spezialpräventive Wirkung entfalten. Denn auch das Bewusstsein, im Falle der erneuten Begehung einer schweren Straftat einem deutlich erhöhten Entdeckungsrisiko zu unterliegen, kann die Eigenkontrolle des Betroffenen stärken. Wie bereits angemerkt, haben erste Erfahrungen in Frankreich und England speziell mit einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung gezeigt, dass sich diese positiv auf das Verhalten der Verurteilten auswirken kann und ihnen sogar nach deren eigenen Angaben hilft, keine weiteren Straftaten zu begehen (s. o.). Auch Hessen hat nach zehnjähriger Anwendung der „elektronischen Fußfessel“ eine positive Bilanz gezogen und betont, dass von den insgesamt 709 Probanden in nicht einmal 10 Prozent der Fälle die Bewährung widerrufen oder der Haftbefehl wieder in Vollzug gesetzt wurde (vgl. erneut Pressemitteilung Nr. 188 des Hessischen Ministeriums der Justiz für Integration und Europa vom 31. Mai 2010), wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass der dort erfasste Personenkreis nicht mit dem hier in Rede stehenden identisch ist. Im Übrigen lässt eine Vielzahl empirischer Untersuchungen erkennen, dass eine erwartete hohe Entdeckungs- und Sanktionswahrscheinlichkeit präventiv wirken kann (vgl. z. B. *Dölling, Entorf, Hermann, Rupp*, Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment, in: Eur J Crim Policy Res (2009), 15, S. 201, 211 f.).

Diese Überlegungen können auch für Sexualstraftäter bedeutsam sein. So ist es gerade für pädophile Täter wichtig, sich selbst permanent zu kontrollieren, um die eigene Neigung nicht auszuleben. Sie bedürfen einer vollständigen und lebenslangen Verhaltenskontrolle gegenüber Kindern. Pädophile Täter, die bei dem Versuch einer solchen Kontrolle keine Unterstützung erhalten, drohen zu scheitern und werden fortfahren, sexuellen Kindesmissbrauch zu begehen (vgl. *Beier*, Damit aus Fantasien keine Taten werden: Das Charité-Projekt zur Prävention von sexuellem Kindesmissbrauch im Dunkelfeld, in: Die Renais-

sance der Rechtspolitik. Zehn Jahre Politik für den sozialen Rechtsstaat, *Zypries* [Hrsg.], München 2008, S. 45 ff.). Neben einer therapeutischen Betreuung kann auch die von der elektronischen Aufenthaltsüberwachung ausgehende Kontrollfunktion eine solche Unterstützung zur Eigenkontrolle darstellen bzw. den Anreiz für den Betroffenen erhöhen, psychologisch vermittelte, nachhaltig wirkende Verhaltenskontrollen zu erlernen und zu verfestigen.

Schließlich kann eine solche Überwachung es den zuständigen Behörden erleichtern, im Falle einer akuten und erheblichen Gefährdungslage für Leib, Leben, Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter einzuschreiten.

Damit fügt sich eine elektronische Aufenthaltsüberwachung in die für die Führungsaufsicht insgesamt kennzeichnende Doppelfunktion ein, die aus unterstützender und überwachender Begleitung des Verurteilten im Interesse seiner Wiedereingliederung und zum Schutz der Allgemeinheit besteht (vgl. nur Schönke/Schröder/Stree, StGB, 27. Auflage, § 68 Rn. 3). Zwar wird bei der Überwachung selbst der Kontrollaspekt betont. Dies erscheint aber im Hinblick auf den hier in Rede stehenden Personenkreis gerechtfertigt (vgl. allgemein zur insoweit notwendigen Differenzierung LK/Schneider, StGB, 12. Auflage, vor § 68 Rn. 4) und ändert nichts daran, dass diese Kontrolle den Betroffenen zugleich darin unterstützt, nicht mehr rückfällig zu werden.

Auch die 81. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 23. und 24. Juni 2010 (TOP II. 1 und II. 2) und die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder in ihrer 190. Sitzung am 27. und 28. Mai 2010 (TOP 17) haben sich grundsätzlich positiv zu einem solchen Überwachungsinstrument geäußert.

### **c) Umsetzung und verfassungsrechtliche Bewertung**

Umgesetzt werden soll die Möglichkeit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung durch die Einführung einer neuen, von der Einwilligung des Betroffenen unabhängigen Weisungsmöglichkeit in § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 StGB-E. Dem Verurteilten kann danach aufgegeben werden, die für eine elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes erforderlichen technischen Mittel in betriebsbereitem Zustand ständig bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen. Die Anordnung soll dabei nach § 68b Absatz 1 Satz 3 StGB-E nur möglich sein, wenn der Verurteilte besondere Voraussetzungen erfüllt. Konkret geht es um Personen, die wegen einer oder mehrerer schwerer Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder deren Unterbringung in einer freiheitsentziehenden Maßregel angeordnet wurde, die als „Vollverbüßer“ oder „Maßregelerlediger“ in die Führungsaufsicht gelangen und bei denen die Gefahr besteht, dass sie erneut derartige Straftaten begehen werden. Schließlich muss die Weisung erforderlich erscheinen, um den Verurteilten von der erneuten Begehung solcher Taten abzuhalten.

Die durch die Aufnahme in § 68b Absatz 1 StGB bedingte Strafbewehrung gemäß § 145a StGB ist erforderlich, um die Durchsetzbarkeit der Weisung sicherzustellen. Dies gilt vor allem deshalb, weil in den hier einschlägigen Fällen einer Vollverbüßung der Strafe bzw. einer Erledigung der Maßregel der Widerruf einer Vollstreckungsaussetzung als Sanktion nicht in Betracht kommt. Der verurteilten Person würde bei einer Missachtung der Weisung allenfalls eine unbefristete Verlängerung der Führungsaufsicht drohen, was aber häufig nicht geeignet sein dürfte, eine diesbezügliche Verweigerung zu überwinden.

Die elektronische Überwachung des Aufenthalts einer Person stellt, erst recht wenn sie auf einen längeren Zeitraum angelegt ist, einen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung dar (Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes – GG). Damit dieser Eingriff verhältnismäßig bleibt, bedarf es mehrerer Absicherungen. Der Entwurf sieht hierfür insbesondere Folgendes vor:

- Das Gericht muss spätestens vor Ablauf von zwei Jahren überprüfen, ob die Weisung aufzuheben ist, weil deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen (§ 68d Absatz 2 StGB-E).
- In einem neuen § 463a Absatz 4 StPO wird bestimmt, in welchem konkreten Umfang Aufenthaltsdaten erhoben und verwendet werden dürfen.
- Dabei geht der Entwurf von einer engen Zweckbindung aus, wonach die Daten nur verwendet werden dürfen, um einen Verstoß gegen eine Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 oder 12 StGB-E zu erkennen und darauf mit Maßnahmen der Führungsaufsicht oder der Strafverfolgung zu reagieren sowie um eine akute und schwere Gefährdung abzuwenden oder eine schwere Straftat im Sinne des § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB zu verfolgen.
- Wenn die Aufenthaltsdaten nicht für diese Zwecke verwendet werden, sind sie zwei Monate nach ihrer Erhebung und Speicherung zu löschen.
- Zur Einhaltung der Zweckbindung sind die Daten gegen unbefugte Kenntnisnahme besonders zu sichern.
- Die Wohnung des Betroffenen wird grundsätzlich als erhebungsfreier Raum von der Überwachung ausgenommen.
- Jeder Zugriff der Behörden auf die Daten ist zu protokollieren.

Vor allem durch die enge Zweckbindung, die relativ kurze Speicherfrist und die Bestimmung der Wohnung des Betroffenen als erhebungsfreier Raum wird sichergestellt, dass eine verfassungsrechtlich unzulässige „Rundumüberwachung“, mit der ein umfassendes Persönlichkeitsprofil erstellt werden könnte (vgl. BVerfGE 112, 304, 319; 109, 279, 323), oder ein sonstiger unverhältnismäßiger Eingriff in die oben genannten Grundrechte des Betroffenen vermieden wird. Denn diese Vorgaben führen dazu, dass die zuständige Aufsichtsstelle nur dann befugt ist, von den Aufenthaltsdaten des Betroffenen Kenntnis zu nehmen, wenn ein Weisungsverstoß der genannten Art vorliegt oder der konkrete Verdacht besteht, dass der Verurteilte mit einer schweren Straftat in Verbindung steht, die begangen wurde oder unmittelbar bevorsteht, und seine – längstens zwei Monate zurückliegenden – Aufenthaltsdaten erforderlich sind, um diese Tat aufzuklären oder eine entsprechende Gefahr abzuwenden. Umgekehrt folgt daraus, dass die zuständigen Behörden nicht befugt sind, den Aufenthalt eines Verurteilten, bei dem keiner dieser Umstände eintritt, mittels der elektronischen Überwachung festzustellen. Der Betroffene, der sich gegen die mit der elektronischen Überwachung verbundene Datenerhebung und -verwendung wehren will, kann auch effektiven Rechtsschutz erlangen, da er die richterliche Überwachungsweisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 StGB-E mit der Beschwerde gemäß § 463 Absatz 2, § 453 Absatz 2 Satz 1 StPO anfechten kann.

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Intensität des Grundrechtseingriffs nach dem geschützten Individualinteresse des Einzelnen richtet. Die Verhältnismäßigkeit hängt mit davon ab, wie weit der Betroffene selbst Anlass dafür gegeben hat, dass in sein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen wird (BVerfGE 115, 320, 354). Dabei zeigt bereits das Instrument der Führungsaufsicht, dass verurteilte und weiterhin rückfallgefährdete Personen in stärkerem Maße Einschränkungen ihrer Grundrechte hinzunehmen haben. Bei der Zielgruppe der elektronischen Überwachung wird zudem nur ein nochmals eingegrenzter Personenkreis erfasst, der sich durch die Begehung schwerer Straftaten und die Gefahr einschlägiger Rückfälligkeit auszeichnet.

Weiter ist zu beachten, dass die Möglichkeit der elektronischen Überwachung im Einzelfall die Notwendigkeit eingriffsintensiver Maßnahmen entfallen lassen kann. Dies gilt zum einen im Hinblick auf die Sicherungsverwahrung oder andere freiheitsentziehende Maß-

regeln. Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und Bundesgerichtshof (BGH) haben wiederholt darauf hingewiesen, dass namentlich bei der Sicherungsverwahrung zu prüfen ist, ob nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit Rechnung getragen werden kann (vgl. BVerfG, NJW 2006, 3483; BVerfG, NJW 2009, 980, 983; BGHSt 50, 373); daher könnte ein weiterer Ausbau der Führungsaufsicht einen solchen Freiheitsentzug im Einzelfall auch überflüssig machen (vgl. BGH, NJW 2006, 1442, 1446). Zum anderen könnte die elektronische Überwachung auch eine enge polizeiliche Überwachung in Form einer fortwährenden unmittelbaren Begleitung des Betroffenen durch Polizeibeamte entbehrlich machen, wie sie derzeit zum Teil bei als gefährlich eingestuften Entlassenen praktiziert wird. Die mit dieser Begleitung zwangsläufig verbundene Stigmatisierung der verurteilten Person und ihr negativer Effekt auf deren Reintegration würden durch eine unauffällige, nach außen nicht erkennbare elektronische Überwachung vermieden.

Der Entwurf regelt nur die strafbewehrte und von der Einwilligung des Verurteilten unabhängige Weisung, die elektronische Aufenthaltsüberwachung zu ermöglichen. Die Überwachung im Einvernehmen mit dem Betroffenen, insbesondere wenn sie der Vermeidung einer sonst notwendigen Vollstreckung einer freiheitsentziehenden Maßregel dient, bleibt davon unberührt. Sie bleibt im Rahmen des § 68b Absatz 2 StGB möglich und eröffnet einen flexibleren Übergang in die Freiheit (siehe näher die Begründung zu Artikel 1 Nummer 6 unter (2) (a) am Ende). Auf eine explizite Regelung dieser Fallgruppe wird auch deshalb verzichtet, um sachwidrige Umkehrschlüsse für den Bereich der Aussetzung der Strafvollstreckung und des Vollzugs eines Haftbefehls zu vermeiden, wo die elektronische Überwachung seit vielen Jahren auch ohne eine solche konkrete Vorgabe praktiziert wird (s. o.).

Hinsichtlich der konkreten technischen Ausgestaltung der Überwachung enthält der Entwurf keine Vorgaben, zumal hier die Entwicklung noch im Fluss ist (siehe näher die Begründung zu Artikel 1 Nummer 6 unter (1)). Da es in Deutschland für den hier in Rede stehenden Verwendungszweck noch keine praktischen Erfahrungen gibt, kann es sich gegebenenfalls empfehlen, zunächst in Pilotprojekten zu klären, welche technischen Vorkehrungen zu treffen und welche Geräte – mit welchen Messgenauigkeiten – im Einzelnen einzusetzen sind, um die Überwachung praktikabel zu machen.

## **2. Verlängerung der Führungsaufsicht**

Außerdem soll die in § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB enthaltene Möglichkeit, die Führungsaufsicht unter den dort genannten Voraussetzungen unbefristet zu verlängern, auch auf den in § 68b Absatz 1 Satz 3 Nummer 1 StGB-E genannten Kreis der mit ungünstiger Legalprognose in die Führungsaufsicht entlassenen Personen ausgedehnt werden, soweit diese Verbrechen gegen Leib, Leben, Freiheit oder schwere Raub- oder Erpressungsdelikte begangen haben. Damit werden insbesondere auch solche Gewaltstraftäter erfasst, die aufgrund der Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 aus der Sicherungsverwahrung entlassen, aber nicht von der nachfolgend erläuterten Neuregelung erfasst werden (s. o. Vorblatt A. und nachfolgend unter IV. und VI.).

## **3. Klarstellung zur Reichweite der gesetzlichen Beendigungsgründe**

Schließlich soll in § 68e Absatz 1 StGB die genaue Reichweite der dort genannten gesetzlichen Beendigungsgründe der Führungsaufsicht klargestellt werden.

## **IV. Das „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“**

Für die Fälle, in denen infolge des Urteils des EGMR vom 17. Dezember 2009 weiterhin als gefährlich eingestufte Straftäter aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden oder bereits entlassen wurden (nachfolgend: Parallelfälle), wird die Schaffung eines „Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ vorgeschla-

gen. Damit soll unter bestimmten Voraussetzungen die weitere therapeutische Unterbringung der betroffenen Straftäter ermöglicht werden, soweit dies EMRK-rechtlich zulässig und zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist. Der Gesetzgeber agiert dabei in einem schmalen Bereich, der sowohl durch die Anknüpfung an Straftaten als auch durch präventive Ziele geprägt ist und in dem zugleich sowohl das Grundgesetz als auch die EMRK enge Vorgaben machen. Mit Artikel 5 des Entwurfs soll deshalb der besonderen Situation Rechnung getragen werden, die durch das vorgenannte Urteil entstanden ist: Die betroffenen Personen können durch das Recht der Sicherungsverwahrung aktuell nicht mehr erfasst werden, so dass es als Übergangsregelung bis zum Wirksamwerden der in Artikel 1 und 2 des Entwurfs vorgesehenen Neuordnung einer eng begrenzten Sonderregelung für diesen Teil der „Altfälle“ bedarf.

Zentrale Voraussetzung für die Anordnung der Unterbringung in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung (Therapieunterbringung) soll das Vorliegen einer psychischen Störung und einer daraus resultierenden Gefährlichkeit der betroffenen Person sein. Neben den materiellrechtlichen Voraussetzungen der Therapieunterbringung regelt das neue Gesetz auch das Verfahren. Dafür gelten – abgesehen von einigen Besonderheiten – die Vorschriften über das Verfahren in Unterbringungssachen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) entsprechend.

## **V. Gesetzgebungskompetenz**

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt insgesamt aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG (Strafrecht, Gerichtsverfassung, gerichtliches Verfahren, Rechtsanwaltschaft). Der Kompetenztitel „Strafrecht“ umfasst hierbei die Regelung sämtlicher – sowohl Schuld ausgleichender als auch präventiver – staatlicher Maßnahmen, die anlässlich oder aufgrund einer Straftat ergehen. Mit dem „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ nutzt der Bund – über § 66b StGB, § 7 Absatz 2 bis 4 und § 106 Absatz 5 bis 7 JGG hinaus – seine mithin aus dem Kompetenztitel „Strafrecht“ folgende Kompetenz zur Regelung zukunftsgerichteter Maßnahmen, die ihre sachliche Rechtfertigung auch aus vorangegangenen Straftaten beziehen. Unter systematischem Aspekt folgt die Zuordnung aller ihre Rechtfertigung aus der Straftat beziehenden Sanktionen und sonstigen Maßnahmen zum Kompetenztitel „Strafrecht“ im Sinne von Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG aus dem Gedanken des Sachzusammenhangs. Erscheint eine Regelung als Annex zu einem Sachgebiet, auf dem der Bund tätig ist, umfasst die Zuständigkeit zur Gesetzgebung auch präventive Regelungen in diesem Sachbereich. Die Entstehungsgeschichte von Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG bestätigt eine Auslegung, nach der „Strafrecht“ neben vergeltenden, Schuld ausgleichenden Sanktionen auch spezialpräventive Maßnahmen erfasst, die auch wegen einer Straftat ergehen.

## **VI. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention**

Der Gesetzentwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar.

Im Hinblick auf die Vorgaben der EMRK ist zu betonen, dass zum deutschen Recht der Sicherungsverwahrung weiterhin mehrere Verfahren vor dem EGMR anhängig sind, die eine Überprüfung der Vorschläge zur Sicherungsverwahrung erforderlich werden lassen könnten.

In dem bereits erwähnten Verfahren Nr. 19359/04 (M. ./.. Deutschland) hat am 17. Dezember 2009 eine Kammer des EGMR geurteilt, dass die Sicherungsverwahrung als eine dem strikten Rückwirkungsverbot des Artikels 7 Absatz 1 Satz 2 EMRK unterliegende Strafe anzusehen sei und außerdem eine „rückwirkende“ Aufhebung der früheren Vollstreckungshöchstfrist von zehn Jahren auch gegen Artikel 5 EMRK verstoße. Diese Entscheidung ist seit dem 10. Mai 2010 endgültig, nachdem ein Ausschuss von fünf Rich-

tern den Antrag der Bundesregierung abgelehnt hat, die Sache an die Große Kammer des EGMR zu verweisen. Der Ausgang dieses Verfahrens hat allerdings keine Auswirkungen auf das vorliegende Konzept, da die im Entwurf vorgesehenen Erweiterungen ausschließlich für zukünftige (Anlass-) Taten gelten sollen, deren rückwirkende Anwendung also nicht vorgesehen ist.

Keinen durchgreifenden Bedenken begegnet der Entwurf zur Sicherungsverwahrung auch mit Blick auf das Urteil des EGMR vom 17. September 2009 in dem Verfahren Nr. 10249/03 (Scoppola ./ Italien). In diesem Verfahren hat die Große Kammer des EGMR angenommen, Artikel 7 Absatz 1 EMRK enthalte in Bezug auf Strafen auch implizit die Vorgabe, bei Änderungen der Rechtslage nach Tatbegehung und vor einem rechtskräftigen Urteil diejenigen Vorschriften anzuwenden, die für den Täter günstiger sind (Rn. 109 der Entscheidung). Auch wenn man unterstellt, dass diese Meistbegünstigungsvorgabe wegen der Einstufung der Sicherungsverwahrung als Strafe im Sinne des Artikels 7 EMRK grundsätzlich auch für diese gilt, steht dies der vorgeschlagenen Neuordnung nicht entgegen (siehe im Einzelnen die Begründung zu Artikel 4 Nummer 2).

Weiterer Prüfbedarf ergäbe sich aber für die Vorschläge zur Sicherungsverwahrung, falls der EGMR in einem der bereits anhängigen oder zukünftigen Verfahren weitere Vorgaben zur Sicherungsverwahrung machen würde. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass sich der EGMR ausdrücklich zur Zulässigkeit des Instruments der nachträglichen Sicherungsverwahrung äußern sollte.

Die für den Bereich der Führungsaufsicht vorgeschlagenen Regelungen entsprechen ebenfalls den Vorgaben der EMRK. Insbesondere hindert die oben genannte Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 (Nr. 19359/04) nicht, die Neuregelungen entsprechend der Vorgabe des § 2 Absatz 6 StGB auch auf „Altfälle“ anzuwenden, in denen die Führungsaufsicht bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens eingetreten ist oder nach diesem Zeitpunkt eintritt, aber die Tat, die zur Verurteilung geführt hat, bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung begangen wurde. Die Führungsaufsicht stellt keine Freiheitsentziehung dar, so dass weder Artikel 5 EMRK anwendbar ist noch der vom Gerichtshof bei der Sicherungsverwahrung angestellte Vergleich zur Freiheitsstrafe hier einschlägig sein kann. Die Neuregelungen würden daher insbesondere auch für die Sachverhalte gelten, bei denen Täter aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden oder bereits entlassen worden sind, weil – wie in dem vom EGMR entschiedenen Fall – die Sicherungsverwahrung seit mehr als zehn Jahren vollstreckt wird und die Anlasstat vor dem 31. Januar 1998 begangen wurde (s. o. unter I. 2.). Nur ergänzend ist daher darauf hinzuweisen, dass in diesen Fällen sowohl nach altem als auch nach neuem Recht Führungsaufsicht kraft Gesetzes eintritt. Während dies im geltenden Recht § 68d Absatz 3 Satz 2 StGB vorgibt, bestimmte auch das zwischen dem 1. Januar 1975 und dem 31. Januar 1998 geltende Recht, dass durch die Erledigung der Sicherungsverwahrung wegen Ablaufs der Höchstfrist und der Entlassung des Betroffenen kraft Gesetzes Führungsaufsicht eintritt (vgl. § 67d Absatz 4 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974, BGBl. I S. 469). Siehe im Übrigen die Begründung zu Artikel 7.

Schließlich ist das „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ mit den Vorgaben der EMRK vereinbar. Die mit einer Therapieunterbringung verbundene Freiheitsentziehung findet ihre Rechtfertigung in Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK, da zentrale Voraussetzung für die Anordnung der Unterbringung das Vorliegen einer psychischen Störung und einer daraus resultierenden Gefährlichkeit der betroffenen Person ist, die ihre Unterbringung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich machen muss.

Was das Rückwirkungsverbot aus Artikel 7 Absatz 1 EMRK angeht, ist zu berücksichtigen, dass die von dem neuen Gesetz Betroffenen nur in bestimmten Einrichtungen untergebracht werden dürfen. Diese Einrichtungen müssen vor allem eine angemessene Be-

handlung der im Einzelfall vorliegenden psychischen Störung auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans und mit dem Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer gewährleisten können. Damit unterscheidet sich die Therapieunterbringung fundamental von Strafe, aber auch von der Sicherungsverwahrung, denn bei dieser neuen, mit einer Freiheitsentziehung verbundenen Unterbringung steht eindeutig die Behandlung im Vordergrund, die darauf ausgerichtet sein muss, die betroffene Person möglichst schnell entlassen zu können. Eine solche Form des Freiheitsentzuges kann nicht mehr als Strafe angesehen werden mit der Folge, dass darauf auch das Rückwirkungsverbot des Artikels 7 Absatz 1 Satz 2 EMRK keine Anwendung findet.

## VII. Gesetzesfolgen; Nachhaltigkeitsaspekte

Für die Länderhaushalte können durch den Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nicht näher bezifferbare Verfahrenskosten entstehen, insbesondere durch vermehrt erforderliche Begutachtungen von Angeklagten bereits im Erkenntnisverfahren und durch einen erhöhten Ermittlungs- und Begründungsaufwand der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte. Die im Bereich des Vollzugs nicht auszuschließenden Mehrkosten lassen sich ebenfalls nicht beziffern, schon weil die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nicht in jedem Fall später auch angeordnet und vollstreckt wird. Den Mehrkosten stehen Einsparungen – wiederum nicht bezifferbar – durch die Aufhebung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 1 und 2 StGB gegenüber. Denn mit den entsprechenden Verfahren entfallen auch die damit verbundenen Kosten für die intensivere Dokumentation von Vollzugsverhalten, die Begutachtung von Verurteilten, die Durchführung der Hauptverhandlung sowie für den Vollzug der Maßregel. Einsparungen können auch dadurch entstehen, dass die vorgeschlagenen Neuregelungen – entsprechend ihrer Zielsetzung – noch besser Rückfalltaten verhindern helfen und damit auch diesbezügliche neue Strafverfahren entbehrlich machen. Für den Bundeshaushalt würde Entsprechendes gelten bei Verfahren über die Sicherungsverwahrung, die in die Zuständigkeit des Generalbundesanwaltes fallen. Etwaige Mehrausgaben für den Bund werden im Einzelplan 07 eingespart.

Im Hinblick auf die vorgesehenen Änderungen zur Führungsaufsicht entstehen den Ländern Kosten für die Anschaffung, Einrichtung und Wartung der technischen Mittel, die zur Durchführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung erforderlich sind. Die Überwachung selbst, insbesondere die Verwaltung der Daten, führt voraussichtlich zu einem höheren, aber begrenzten Personalaufwand, da die Datenerhebung und die Meldung etwaiger Weisungsverstöße automatisiert erfolgen sollen. Dem stehen zudem Einsparungen gegenüber, weil andere Überwachungsmaßnahmen, etwa eine polizeiliche Überwachung, nicht mehr im selben Maße erforderlich sind.

Durch die vorgesehene Einführung des „Gesetzes zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ werden den Länderhaushalten Verfahrens- und Vollzugskosten entstehen, deren genaue Höhe sich nicht näher beziffern lässt. Die Anzahl der Verfahren dürfte sich jedoch in Grenzen halten, da der Anwendungsbereich des neuen Gesetzes sich auf eine überschaubare Gruppe von Personen beschränkt. Angesichts der Vorgaben der EMRK verlangt der Gesetzentwurf zudem eine psychische Störung; eine solche wird aber nur bei einem Teil der betroffenen Straftäter vorliegen. Welche Art von Vollzugseinrichtungen sich für die Therapieunterbringung eignet, können nur die Länder unter Berücksichtigung der jeweiligen Gegebenheiten vor Ort beurteilen.

Zusätzliche Kosten für die Wirtschaft sind ebenso wenig zu erwarten wie Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau.

Der Gesetzentwurf steht im Einklang mit den Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie. Die Regelungen sehen eine grundlegende Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung vor. Ziel ist die Schaffung eines Systems, das einen angemessenen Schutz der Allgemeinheit

vor gefährlichen Straftätern ermöglicht, dabei aber die rechtsstaatlichen Anforderungen an dieses „letzte Mittel der Kriminalpolitik“ wahrt. Flankiert werden diese Regelungen durch den Ausbau der Regelungen zur Führungsaufsicht und das „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“.

### **VIII. Auswirkungen von gleichstellungspolitischer Bedeutung**

Die Regelungen sind inhaltlich geschlechtsneutral. Sie werden voraussichtlich mehr Männer als Frauen betreffen, da gegenwärtig fast ausschließlich Männer in der Sicherungsverwahrung untergebracht sind. Vorrangig Männer sind es daher auch, bei denen nach Erledigung der Sicherungsverwahrung Führungsaufsicht eintritt bzw. nach Entlassung aus der Sicherungsverwahrung infolge der Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 eine Unterbringung nach dem „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ in Betracht kommt. Auswirkungen von gleichstellungspolitischer Bedeutung sind gleichwohl nicht zu erwarten.

### **IX. Bürokratiekosten**

Es werden keine Informationspflichten für Unternehmen, Bürgerinnen und Bürger oder die Verwaltung eingeführt, vereinfacht oder abgeschafft.

## **B. Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)**

#### **Zu Nummer 1 (Inhaltsübersicht)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Ergänzung der Überschrift von § 68d StGB (siehe Artikel 1 Nummer 8 Buchstabe a).

#### **Zu Nummer 2 (§ 66 StGB)**

§ 66 StGB regelt die primäre, also bereits im Urteil angeordnete Sicherungsverwahrung.

Buchstabe a (Absatz 1)

Absatz 1 dieser Vorschrift enthält den Grundtatbestand des Sicherungsverwahrungsrechts, auf dessen Voraussetzungen in § 66 Absatz 2 bis 4 und in den §§ 66a, 66b StGB in unterschiedlichem Umfang Bezug genommen wird. Hier vorgenommene Änderungen sind daher auch für diese anderen Regelungen bedeutsam.

Die Neufassung von Absatz 1 bezweckt im Kern zweierlei: Zum einen soll der Kreis der Straftaten, auf denen eine Sicherungsverwahrung grundsätzlich beruhen kann, stärker auf Delikte gegen höchstpersönliche Rechtsgüter, einschließlich gemeingefährlicher Straftaten, konzentriert werden. Zum anderen soll der für die Gefährlichkeitsprognose maßgebliche Zeitpunkt klargestellt werden.

(1) Beschränkung der tauglichen Anlass- und Vortaten

Bisher kommt im Rahmen des § 66 Absatz 1 und 2 StGB grundsätzlich jede vorsätzliche Straftat als Grundlage für die Anordnung der Sicherungsverwahrung in Betracht. Gleiches gilt in Bezug auf den Gegenstand der erforderlichen Vorverurteilungen bzw. für die erforderlichen weiteren Taten. Da die Sicherungsverwahrung aber nach allgemeiner Meinung als „letztes Mittel der Kriminalpolitik“ (so schon BT-Drucksache V/4094, S. 20) anzusehen ist, erscheint ihr jetziger Anwendungsbereich zu weit (eine restriktivere Ausgestaltung der primären Sicherungsverwahrung fordern auch *Dünkel/Flügge/Lösch/Pörksen*, DRiZ 2010,

54, 57). Dies gilt insbesondere in Bezug auf „Vermögensdelikte“ im weitesten Sinne, die nicht mit der Anwendung von Gewalt gegen Personen verbunden sind. Dieser Deliktsbereich spielt in der Praxis auch eine nicht ganz unbedeutende Rolle, da 7,3 Prozent (36 von 491) der im Jahre 2009 Sicherungsverwahrten wegen Diebstahls-, Betrugs- und Urkundsdelikten untergebracht waren (vgl. Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Fachserie 10 „Rechtspflege“, Reihe 4.1 „Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3. –“, Wiesbaden 2010, Tabelle 5, S. 23). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Absatz 1, anders als die Absätze 2 und 3, auf der Rechtsfolgenseite kein Ermessen einräumt, beim Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen das Gericht die Sicherungsverwahrung also anordnen muss.

Künftig soll die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Wesentlichen nur noch anlässlich der Aburteilung solcher vorsätzlicher Straftaten möglich sein, die sich gegen grundlegende höchstpersönliche Rechtsgüter richten oder die das Gesetz als gemeingefährlich einstuft. Bei allen anderen Straftaten und damit insbesondere bei „gewaltlosen Vermögensdelikten“ im weitesten Sinne soll eine Anordnung der Sicherungsverwahrung nur unter der Voraussetzung in Betracht kommen, dass sie – ausgehend von ihrem Strafmaß – von besonderer Schwere sind. Am geltenden Recht grundsätzlich festgehalten wird, soweit vorsätzliche Straftaten gemäß § 145a (Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht) und § 323a StGB (Vollrausch) erfasst werden, wobei dies allerdings für beide Tatbestände nur gilt, soweit sie in einem hinreichenden Zusammenhang zu den in den beiden ersten Fallgruppen genannten Straftaten stehen. Für § 145a StGB bedeutet dies, dass sich die Führungsaufsicht an eine dieser Straftaten anschließen muss, für den Vollrausch, dass die Rauschtat eine solche rechtswidrige Tat sein muss. Die vorstehend dargestellten Anforderungen an die Anlasstat sollen künftig auch für die erforderlichen Vortaten bzw. weiteren Taten gelten.

Rechtstechnisch umgesetzt wird dies vorrangig dadurch, dass die bislang im Einleitungsteil von Satz 1 enthaltene Vorgabe einer vorsätzlichen „Straftat“ in einer neuen Nummer 1 und den dortigen Buchstaben a bis c auf bestimmte Deliktgruppen und Delikte beschränkt wird, wobei die Reichweite von Buchstabe b und c durch einen neuen Satz 2 konkretisiert wird. Wie das Wort „oder“ am Ende von Buchstabe b zeigt, gelten die in den Buchstaben a bis c genannten Fallgruppen alternativ (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage 2008, Rn. 91 f.).

Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a erfasst Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung und gemeingefährliche Straftaten nach dem Achtundzwanzigsten Abschnitt des StGB (also insbesondere Brandstiftungsdelikte). Bei den genannten höchstpersönlichen Rechtsgütern handelt es sich um solche, deren Verletzung sich auf die Inhaber des jeweiligen Rechtsgutes besonders gravierend auswirkt. Wie dies bereits im geltenden Recht für die Aufzählung in § 66b StGB anerkannt ist, sind die durch die jeweiligen Schutzbereiche umschriebenen Taten im Sinne der gesetzlichen Abschnitte des Besonderen Teils des StGB zu verstehen; erfasst werden also – neben den Taten des ausdrücklich genannten Achtundzwanzigsten Abschnitts – die im Dreizehnten, Sechzehnten, Siebzehnten und Achtzehnten Abschnitt enthaltenen Delikte (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2006, 1 StR 78/06 = BGHSt 51, 25; Fischer, StGB, 57. Auflage, § 66b Rn. 10). Die Straftatbestände nach dem Achtundzwanzigsten Abschnitt des StGB hat bereits der Gesetzgeber als gemeingefährlich eingestuft; sie dienen in den meisten Fällen zumindest mittelbar auch dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit (vgl. Fischer, a. a. O., Rn. 10 am Ende). Sie sind auch von praktischer Relevanz, da immerhin 14 von 491 der im Jahre 2009 Sicherungsverwahrten wegen gemeingefährlicher Straftaten untergebracht waren (vgl. Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Fachserie 10 „Rechtspflege“, Reihe 4.1 „Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3. –“, Wiesbaden 2010, Tabelle 5, S. 23). Der ebenfalls im Achtundzwanzigsten Abschnitt enthaltene § 323a StGB wird nur im Rahmen der Sonderregelung in Buchstabe c erfasst. Dies wird durch den Einschub: „mit Ausnahme von § 323a“ ausdrücklich klargestellt.

Nach Buchstabe b (in Verbindung mit Satz 2) können alle anderen Vorsatztaten die Anordnung der Sicherungsverwahrung nur dann rechtfertigen, wenn sie im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht sind. Bei diesen anderen Taten sollen also nur besonders schwere Delikte erfasst werden, wobei aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zur Bestimmung dieser Schwere auf die gesetzliche Strafdrohung abgestellt wird. Konkretisiert wird diese Vorgabe durch einen neuen Satz 2, wonach für die Einordnung als Straftat, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist, § 12 Absatz 3 StGB entsprechend gilt. Dies bedeutet, dass Schärfungen oder Milderungen, die nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils oder für besonders schwere oder minder schwere Fälle vorgesehen sind, bei der Einordnung unberücksichtigt bleiben. Die Nichtberücksichtigung solcher Schärfungen und Milderungen, die den Unrechtscharakter des Delikts nicht ändern (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Oktober 1977, 2 StR 410/77, bei juris Rn. 4; LK/Hilgendorf, StGB, 12. Auflage, § 12 Rn. 21), trägt ebenfalls zur Rechtssicherheit bei, da anderenfalls die Möglichkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung zum Beispiel davon abhinge, ob das Gericht im Rahmen der Strafzumessung einen besonders schweren Fall annimmt. Die Regelung hat im Ergebnis zur Folge, dass nicht nur die „einfachen“, sondern auch die „besonders schweren Fälle“ des (einfachen) Diebstahls (§ 243 Absatz 1 StGB), Betrugs (§ 263 Absatz 3 StGB) und der (einfachen) Urkundenfälschung (§ 267 Absatz 3 StGB) nicht mehr Grundlage für die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung sein können. Gleiches gilt etwa für das gewerbsmäßige unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in geringer Menge gemäß § 29 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 des Betäubungsmittelgesetzes. Grundsätzlich möglich bleibt die primäre Sicherungsverwahrung aber zum Beispiel beim Diebstahl mit Waffen, beim Bandendiebstahl, beim Wohnungseinbruchdiebstahl oder bei Verbrechen nach dem Betäubungsmittelgesetz. Auch die Begehung eines Betruges oder einer Urkundenfälschung kann die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung weiterhin rechtfertigen, wenn sie sowohl banden- als auch gewerbsmäßig erfolgt (vgl. § 263 Absatz 5 und § 267 Absatz 4 StGB). Ebenfalls erfasst bleiben über Buchstabe b die wichtigsten „Staatsschutzdelikte“ (vgl. insbesondere §§ 80, 81, 82, 83, 89a, §§ 94, 96, 97a, jeweils auch in Verbindung mit § 97b, §§ 100, 105, 129a StGB), auch wenn diese bislang für die Sicherungsverwahrung keine wesentliche Rolle spielten (vgl. Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Fachserie 10 „Rechtspflege“, Reihe 4.1 „Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3. –“, Wiesbaden 2010, Tabelle 5, S. 23 ff., wonach bei keiner der 491 zum 31. März 2009 in Sicherungsverwahrung befindlichen Personen diese wegen der vorstehend genannten Delikte angeordnet wurde).

Buchstabe c erfasst, entsprechend dem geltenden Recht, grundsätzlich Straftaten gemäß § 145a und § 323a StGB. Damit wird den Besonderheiten dieser beiden Tatbestände Rechnung getragen, die als Gefährdungsdelikte besonderer Art mittelbar zumindest auch dem Schutz grundlegender höchstpersönlicher Rechtsgüter dienen. Allerdings sollen beide Delikte nur unter bestimmten Bedingungen erfasst werden:

- Straftaten nach § 145a StGB können nur für Personen bedeutsam werden, die unter Führungsaufsicht stehen, weil sie strafrechtlich bereits nicht unerheblich in Erscheinung getreten sind und die Gefahr besteht, dass sie weitere Straftaten begehen werden (vgl. § 68 Absatz 1 und 2 StGB, insbesondere in Verbindung mit § 68f StGB). Dabei erfasst § 145a StGB von vornherein nur solche vorsätzlichen Verstöße gegen Weisungen, die den Zweck der Maßregel, also die Beseitigung oder Verringerung der Gefahr von Wiederholungstaten, gefährden. Zudem sollen – abweichend vom geltenden Recht – als mögliche Anlasstat nur strafbare Weisungsverstöße im Rahmen einer Führungsaufsicht in Betracht kommen, die auf einer Verurteilung und einem etwaigen Straf- oder Maßregelvollzug wegen einer Straftat der in den Buchstaben a oder b genannten Art beruht. Grundsätzlich ausgeschlossen werden damit Verstöße gegen Weisungen im Rahmen einer Führungsaufsicht, die etwa auf einer Verurteilung wegen Diebstahls oder Betrugs beruht, da diese Taten selbst nicht mehr taugliche Anlasstaten für eine Sicherungsverwahrung sein können. Eine Ausnahme gilt nach Satz 2 in

Verbindung mit § 68b Absatz 1 Satz 4 StGB-E aber dann (siehe im Einzelnen unten zu Nummer 6 (2) (a)), wenn eine solche Führungsaufsicht aus rein „formalen“ Gründen nach § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB, insbesondere in den Fällen der dortigen Nummer 3, an die Stelle einer vorangehenden Führungsaufsicht tritt, die auf einer der in den Buchstaben a oder b genannten Straftaten beruht. Dies schließt den Fall ein, in dem aufgrund einer Anschlussvollstreckung mit der Entlassung aus dem Strafvollzug die Voraussetzungen für den gleichzeitigen Eintritt mehrerer Führungsaufsichten nach § 68f Absatz 1 StGB vorliegen und nur die vorgehende Vollstreckung wegen Taten der in den Buchstaben a oder b genannten Art erfolgt war, aber entsprechend § 68e Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 StGB angenommen wird, dass nur die auf der zuletzt vollstreckten Strafe beruhende Führungsaufsicht formell eintritt, während die andere entfällt (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 7. Februar 2008, 1 Ws 71/08, 1 Ws 72/08; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, StGB, 28. Auflage, § 68e Rn. 1c). Denn die Beendigung der vorangehenden Führungsaufsicht bzw. deren Entfallen beruht hier allein auf Erwägungen der Verfahrensökonomie und soll Doppelaufsichten vermeiden, nicht aber auch die inhaltlichen Vorgaben dieser Führungsaufsicht beseitigen (vgl. BT-Drucksache 16/1993, S. 21 f.). Dies wird vor allem daran deutlich, dass die in der zurücktretenden Führungsaufsicht erteilten Weisungen vom Gericht zwingend bei der Ausgestaltung der aktuellen Führungsaufsicht zu berücksichtigen sind und in diese überführt werden können (§ 68b Absatz 4 StGB). Zwar ist für Satz 2 in Verbindung mit § 68b Absatz 1 Satz 4 StGB-E nicht erforderlich, dass aus der vorangegangenen Führungsaufsicht explizit eine Weisung übernommen wurde, ebenso wenig wie die missachtete Weisung gerade der Verhinderung einer erneuten Tat der in den Buchstaben a oder b genannten Art gedient haben muss. Diese Frage ist allerdings bei der Prüfung bedeutsam, ob dem Verstoß auch Symptomcharakter zukommt. Bei einem strafbaren Weisungsverstoß wird nämlich besonders sorgfältig zu prüfen sein, ob er auch kennzeichnend für den Hang zu erheblichen Straftaten und für die Gefährlichkeit des Täters ist, es sich also um eine sogenannte Symptomtat handelt. Dies wird bei § 145a StGB nicht der Regelfall sein, mag aber etwa dann in Betracht kommen, wenn ein Verstoß gegen das einem Sexualstraftäter auferlegte Kontakt- oder Aufenthaltsverbot konkret auf die Gefahr erneuter einschlägiger Delikte hinweist (vgl. zu § 145a StGB *J. Leygraf*, FPPK 2007, 121, 129 sowie allgemein zum Symptomcharakter *Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 66 Rn. 29; *MK/Ullenbruch*, StGB, § 66 Rn. 143 ff.; *LK/Rissing-van Saan/Peglau*, StGB, 12. Auflage, § 66 Rn. 218 ff.). Bedenkt man zudem die Strafrahmenobergrenze von drei Jahren Freiheitsstrafe und den Umstand, dass § 145a StGB auch weiterhin der Aufsichtsstelle bewusst einen Ermessenspielraum einräumt, nicht bei jedem Verstoß einen Strafantrag stellen zu müssen, wird dieser Tatbestand insgesamt nur ausnahmsweise als Anlasstat für die Anordnung der Sicherungsverwahrung in Betracht kommen.

- Vollrauschtaten nach § 323a StGB sind nur erfasst, soweit die im Rausch begangene rechtswidrige Tat eine solche der in den Buchstaben a oder b genannten Art ist. Durch diese Beschränkung wird sichergestellt, dass eine Verurteilung (nur) wegen vorsätzlichen Vollrausches keine Grundlage für eine Anordnung der Sicherungsverwahrung sein kann, wenn nicht einmal eine (mangels Schuld ausgeschlossene) Verurteilung wegen der im Rausch begangenen Tat die Anordnung der Sicherungsverwahrung zuließe. Die Regelung entspricht damit der bereits jetzt in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB enthaltenen Vorgabe.

Nummer 2 des Satzes 1, die der bisherigen Nummer 1 entspricht und die erforderlichen Vorverurteilungen näher beschreibt, wird dahingehend geändert, dass die Vorverurteilungen ebenso wie die Anlassverurteilung wegen Straftaten der in der neuen Nummer 1 des Satzes 1 genannten Art (und nicht bloß wegen einer beliebigen vorsätzlichen Straftat) erfolgt sein müssen. Die Gründe für diese Änderung sind dieselben, die dafür sprechen, nicht mehr jede vorsätzliche Straftat als Anlass für die Anordnung der Sicherungsverwahrung ausreichen zu lassen. Auch im Interesse eines einheitlichen Regelungsansatzes kann für die erforderlichen Vortaten nichts anderes gelten als für die Anlasstat.

Die Nummer 3 des Satzes 1 entspricht der bisherigen Nummer 2 und bleibt unverändert.

(2) Klarstellung des für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Zeitpunkts

In der Nummer 4 des Satzes 1, die der bisherigen Nummer 3 entspricht, wird klargestellt, dass es für die Gefährlichkeitsprognose darauf ankommt, ob der Täter zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist. Zwar entspricht es bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. Beschluss vom 5. September 2008, 2 StR 265/08; *Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 66 Rn. 36 mit zahlreichen weiteren Nachweisen) und der herrschenden Meinung im Schrifttum (*Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 66 Rn. 36; *LK/Rissing-van Saan/Peglau*, StGB, 12. Auflage, § 66 Rn. 206; *Schönke/Schröder/Stree*, StGB, 27. Auflage, § 66 Rn. 35), dass sich die nach § 66 StGB erforderliche Gefährlichkeitsprognose grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Aburteilung beziehen muss, nicht auf das voraussichtliche Ende des Strafvollzuges. Diese Vorgabe wird in der Praxis von den Tatgerichten aber immer wieder verkannt, wenn sie eine Gefährlichkeit allein deshalb verneinen, weil sie die bloße Hoffnung haben, der Verurteilte werde am Ende des Vollzuges (zum Beispiel wegen einer beabsichtigten Therapie) nicht mehr gefährlich sein. Um die vom Täter ausgehende Gefahr auszuräumen, reicht jedoch weder die bloße Möglichkeit noch allein die Hoffnung auf künftige Besserung (BGH, Urteil vom 15. Oktober 2008, 2 StR 391/08, bei juris Rn. 12). Lediglich und allein bei Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Absatz 2 und 3 StGB kann das Gericht im Rahmen der Ermessensausübung die Wirkungen eines langjährigen Strafvollzuges sowie die mit dem Fortschreiten des Lebensalters erfahrungsgemäß eintretenden Haltungsänderungen berücksichtigen (vgl. BGH, Beschluss vom 4. August 2009, 1 StR 300/09, bei juris Rn. 24). Folge einer Nichtbeachtung der genannten Grundsätze ist, dass fälschlicherweise entweder von der Anordnung der primären Sicherungsverwahrung ganz abgesehen (so etwa in BGH, Urteil vom 2. Dezember 2003, 1 StR 102/03, bei juris Rn. 43-47) oder nur ein Vorbehalt gemäß § 66a StGB ausgesprochen wird (so etwa in BGH, Beschluss vom 5. September 2008, 2 StR 265/08; vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 5. Januar 2010, 4 Ws 348/09), obwohl der Täter vom Tatgericht zum Zeitpunkt der Aburteilung als gefährlich eingestuft wurde und daher primäre Sicherungsverwahrung hätte angeordnet werden müssen. Der Ausspruch nur eines Vorbehalts statt der Anordnung der primären Sicherungsverwahrung ist umso misslicher, als bei einer dagegen gerichteten Revision allein des Angeklagten dieser Vorbehalt nicht nur aufzuheben ist, sondern aufgrund des Verschlechterungsverbots (§ 358 Absatz 2 Satz 1 StPO) auch die primäre Sicherungsverwahrung nicht mehr angeordnet werden kann (so BGH, Beschlüsse vom 5. September 2008, 2 StR 237/08 und 2 StR 265/08). Deshalb wird der für die Gefährlichkeitsprognose maßgebliche Zeitpunkt im Gesetzestext künftig ausdrücklich bezeichnet.

Der Gefahr, dass bei der Verurteilung aufgrund einer Verständigung von der Anordnung der primären Sicherungsverwahrung (oder auch einem Vorbehalt) abgesehen wird, hat der Gesetzgeber bereits entgegengewirkt. Der durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2353) eingefügte § 257c Absatz 2 Satz 3 StPO bekräftigt seit dem 4. August 2009 das von der Rechtsprechung entwickelte Verbot, Maßregeln der Besserung und Sicherung zum Gegenstand einer Verfahrensabsprache zu machen (vgl. bereits BGH, Beschluss vom 16. Juni 2008, 1 StR 204/08).

Buchstabe b (Absatz 2)

In Absatz 2 sind mit Blick auf die Änderungen in Absatz 1 Folgeänderungen erforderlich. Zum einen soll aus den bereits dargelegten Gründen künftig auch für die Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß Absatz 2 nicht mehr jede vorsätzliche Straftat, sondern nur noch eine der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 genannten Art ausreichen. Zum anderen sind die Verweise anzupassen, da Absatz 1 zukünftig zwei Sätze hat und sich die Anzahl der Nummern in Satz 1 auf vier erhöht.

### Buchstabe c (Absatz 3)

Der Wortlaut des Absatzes 3 Satz 1 wird zunächst dahingehend an die Vorgaben von Absatz 1 angepasst, als auch bei den erfassten Verbrechen vorausgesetzt wird, dass sie die Voraussetzungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder b erfüllen. Auch wenn diese Anpassung nur von sehr geringer praktischer Relevanz sein dürfte, erscheint es zur Vermeidung von Widersprüchen sachgerecht, bei nur zwei notwendigen Taten den Kreis der tauglichen Delikte generell nicht größer zu ziehen als bei den nach § 66 Absatz 1 und 2 StGB-E erforderlichen drei Taten.

Weiter ist vorgesehen, dass bei Straftaten nach § 323a StGB nur noch der vorsätzliche Vollrausch zur Anordnung der Sicherungsverwahrung nach dieser Vorschrift führen kann. Damit wird ein Gleichklang mit den Absätzen 1 und 2 hergestellt und dem Umstand Rechnung getragen, dass sich ein praktisches Bedürfnis für die erstmalige Einbeziehung eines Fahrlässigkeitsdelikts nicht ergeben hat. Denn bisher ist kein einziger Fall bekannt geworden, in dem ein fahrlässiger Vollrausch Anlass für die Anordnung der Sicherungsverwahrung war. Im Übrigen wird in der Literatur schon auf der Grundlage des geltenden Rechts aus Gründen der Verhältnismäßigkeit überwiegend eine vorsätzliche Berauschung verlangt (vgl. etwa Schönke/Schröder/Stree, StGB, 27. Auflage, § 66 Rn. 59; MK/Ullenbruch, StGB, § 66 Rn. 203). Auch nach der Neufassung muss die im Rausch begangene rechtswidrige Tat ein am Anfang von Satz 1 genanntes Verbrechen oder Vergehen sein. Da auch Verbrechen rechtswidrige Taten sind (§ 12 Absatz 1 StGB), wird zur redaktionellen Straffung des Textes einheitlich nur noch auf „eine der vorgenannten rechtswidrigen Taten“ verwiesen; eine inhaltliche Änderung ist mit dieser Kürzung nicht verbunden.

Bei den übrigen Änderungen handelt es sich wiederum um Folgeänderungen, mit denen die Verweise auf Absatz 1 an dessen Neufassung angepasst werden.

### Buchstabe d (Absatz 4)

Die Änderungen der Verweise in den Sätzen 1 und 2 sind ebenfalls Folgeänderungen zur Neufassung von Absatz 1.

In Satz 3 wird die Frist, nach deren Ablauf eine frühere Tat nicht mehr herangezogen werden darf, um die Anordnung der Sicherungsverwahrung zu begründen, bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung auf zehn Jahre verlängert und damit verdoppelt. Nach geltendem Recht scheidet als Grundlage für die Anordnung der Sicherungsverwahrung jede Straftat aus, nach deren Begehung sich der Täter mehr als fünf Jahre in Freiheit befunden hat, ohne einschlägig rückfällig geworden zu sein (vgl. § 66 Absatz 4 Satz 3 und 4 StGB). Diese sogenannte Rückfallverjährung hat – zusammen mit dem Umstand, dass das geltende Recht für „Ersttäter“ keine vorbehaltene Sicherungsverwahrung eröffnet (siehe dazu nachfolgend zu Nummer 3) – in der Vergangenheit mit dazu beigetragen, dass in Einzelfällen gegen gefährliche Straftäter keine Sicherungsverwahrung angeordnet werden konnte. Ein Beispiel ist auch hier der Fall „Karl D.“, in dem die Anordnung primärer Sicherungsverwahrung nicht in Betracht kam, weil eine frühere Vergewaltigung wegen Rückfallverjährung nicht berücksichtigt werden konnte (und eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung damals erst recht noch nicht möglich war); hinzu kam, dass auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom BGH (Urteil vom 13. Januar 2010, 1 StR 372/09) mangels erheblicher neuer Tatsachen („Nova“) abgelehnt wurde. In einem anderen Verfahren kam der BGH aufgrund der (lückenhaften) Feststellungen des Landgerichts zu dem Ergebnis, dass sich ein wiederholt wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern Vorbestrafter zwischen den Anlasstaten und der letzten Vortat offenbar etwas mehr als fünf Jahre in Freiheit befand (vgl. Beschluss vom 3. September 2008, 5 StR 281/08). Zwar wird diese Problematik später Rückfälligkeit nach dem Entwurf in Zukunft bereits dadurch deutlich abgemildert, dass dieser für „Ersttäter“ die Möglichkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung eröffnen will (siehe erneut nachfolgend zu Nummer 3). Eine zusätzliche

Ausweitung der Rückfallverjährung erscheint jedoch für den Bereich der Sexualstraftäter gerechtfertigt, da kriminologische Untersuchungen es nahe legen, dass diese Täter nicht ganz selten erst nach fünf bis zehn Jahren in Freiheit erstmalig rückfällig werden und sich insoweit deutlich von anderen Tätergruppen, wie zum Beispiel Räubern, unterscheiden (vgl. *Rehder/Suhling*, MschrKrim 2008, 250, 255 f.; *Harrendorf*, JR 2008, 6, 8; *Elz*, Legalbewährung und kriminelle Karrieren von Sexualstraftätern – Sexuelle Gewaltdelikte –, Wiesbaden 2002, S. 231-234; Legalbewährung und kriminelle Karrieren von Sexualstraftätern – Sexuelle Missbrauchsdelikte –, Wiesbaden 2001, S. 260-263). Auch eine von der Kriminologischen Zentralstelle im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz durchgeführte Auswertung der verfügbaren deutschen und internationalen Literatur zu Rückfalluntersuchungen bei Sexualstraftätern spricht für diese Annahme, auch wenn auch bei diesen Tätern die Rückfallrate sinkt, je länger sie in Freiheit sind. So ergab eine Analyse von zehn Rückfallstudien über Sexualstraftäter zum Beispiel, dass die Rückfallzahlen in den ersten fünf Jahren bei 14 Prozent lagen, im Zeitraum zwischen fünf und zehn Jahren aber immer noch bei 6 bzw. 7 Prozent (*Harris & Hanson*, Sex Offender Recidivism: A Simple Question, 2004; vgl. auch *Rehder/Suhling*, a. a. O., S. 256). Auch bei der vorgesehenen Verlängerung der Frist auf zehn Jahre bleibt es aber natürlich dabei, dass die prognostische Aussagekraft einer Vortat in der Regel umso geringer einzuschätzen sein wird, je länger der Täter ohne einschlägigen Rückfall in Freiheit gelebt hat. Diesen Gesichtspunkt muss das Gericht daher weiterhin – und zukünftig bei nach dem bisherigen Fünfjahreszeitraum begangenen Taten in verstärktem Maße – im Rahmen der für die Gefährlichkeitsprognose erforderlichen Gesamtwürdigung berücksichtigen.

Satz 5 ist an die Änderungen in Absatz 1 anzupassen. Zukünftig steht im Rahmen der Absätze 1 und 2 eine im Ausland abgeurteilte Tat einer im Inland abgeurteilten Tat nur dann gleich, wenn sie nach deutschem Strafrecht eine vorsätzliche Straftat der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 genannten Art wäre.

### **Zu Nummer 3 (§ 66a StGB)**

§ 66a StGB regelt die vorbehaltene Sicherungsverwahrung, bei der das Gericht die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urteil vorbehält, über die Ausübung des Vorbehalts aber erst zu einem späteren Zeitpunkt entscheidet. Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung ist weder verfassungsrechtlich noch mit Blick auf die Vorgaben der EMRK durchgreifenden Bedenken ausgesetzt (vgl. *LK/Rissing-van Saan/Peglau*, StGB, 12. Auflage, § 66a Rn. 13-16; *MK/Ullenbruch*, StGB, § 66a Rn. 18; *Laue*, JR 2010, 198, 203; *Renzikowski*, JR 2004, 271, 273; *Pieroth*, JZ 2002, 922, 926 f.; *Kinzig*, NJW 2002, 3204, 3207; zurückhaltender nun aber in *NStZ-RR* 2010, 233, 239, wo er die Frage im Hinblick auf die EMRK für „offen“ hält).

Die Neuregelung zielt darauf ab, den Vorbehalt in drei Punkten zu erweitern:

- Der Vorbehalt soll schon dann möglich sein, wenn auch der Hang des Täters zu erheblichen Straftaten, nicht nur seine darauf beruhende Gefährlichkeit, zwar wahrscheinlich, aber nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar ist.
- Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung soll auf sogenannte Ersttäter erweitert werden (und zwar unabhängig davon, ob deren Gefährlichkeit zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung bereits feststeht oder lediglich wahrscheinlich ist). Dabei sollen auch gemeingefährliche Verbrechen als Anlasstat in Betracht kommen.
- Die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach einem entsprechenden Vorbehalt soll bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe bzw. bis zur rechtskräftigen Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung ermöglicht werden.

Zur Umsetzung dieser recht umfangreichen Änderungen ist eine Neufassung des § 66a StGB vorgesehen. Absatz 1 enthält wie bisher die Regelung für Mehrfachtäter, während in Absatz 2 zukünftig die „Ersttäterfälle“ geregelt sind. Um die Prüfung der Voraussetzungen

für einen Vorbehalt in der Praxis zu erleichtern, wird sowohl in Absatz 1 als auch in Absatz 2 mit einer Aufzählung gearbeitet, die sich vom Aufbau her an § 66 Absatz 1 Satz 1 StGB-E orientiert. Der bisherige Absatz 2 wird zum neuen Absatz 3 und der bisherige Absatz 3, der den zeitlichen Vorrang der Entscheidung über die Ausübung des Vorbehalts vor einer Reststrafenaussetzung regelt, entfällt, da sein Inhalt nach der Neuregelung entbehrlich ist.

Absatz 1 enthält – verteilt auf drei Nummern – die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen das Gericht die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urteil vorbehalten kann. In den Nummern 1 und 2 sind die formellen, in Nummer 3 die materiellen Voraussetzungen für einen Vorbehalt genannt. Erste Voraussetzung für einen Vorbehalt ist, dass die Anlassverurteilung wegen einer der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Straftaten erfolgt (Nummer 1). Dies entspricht der geltenden Rechtslage. Zudem müssen bis auf eine Ausnahme die übrigen Voraussetzungen des § 66 Absatz 3 StGB erfüllt sein (Nummer 2), was ebenfalls der geltenden Rechtslage entspricht. Ausgenommen von diesem Verweis ist § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 in Verbindung mit § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB-E, also die im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu stellende Gefährlichkeitsprognose. Den insoweit anzulegenden Prüfungsmaßstab gibt künftig die Nummer 3 vor. Danach muss das Vorliegen eines Hanges und einer daraus folgenden Gefährlichkeit „wahrscheinlich“ sein. Insoweit bedarf es – entsprechend der schon zum geltenden Recht herrschenden Auffassung im Schrifttum – einer positiven Feststellung des Gerichts (vgl. Schönke/Schröder/Stree, StGB, 27. Auflage, § 66a Rn. 3 sowie – beim Grad der Wahrscheinlichkeit unterschiedlich – Fischer, StGB, 57. Auflage, § 66a Rn. 8; LK/Rissing-van Saan/Peglau, StGB, 12. Auflage, § 66a Rn. 26). Nicht ausreichend ist also die bloße Feststellung, dass eine solche Gefährlichkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass in zu breitem Umfang oder gar generell Vorbehalte ausgesprochen würden (vgl. zu diesem denkbaren „Net-Widening-Effekt“ bereits BT-Drucksache 14/8586, S. 6). Allerdings darf die erforderliche Gesamtwürdigung auch nicht sicher ergeben, dass der Täter infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist, denn in einem solchen Fall käme primäre Sicherungsverwahrung in Betracht, die dann vorrangig wäre (BGHSt 50, 188, 193 spricht in Bezug auf § 66 und § 66a StGB von „einem strikten Ausschließlichkeitsverhältnis“). Im Übrigen verbleibt es wie nach geltendem Recht dabei, dass die wahrscheinliche Gefährlichkeit aus drohenden Straftaten resultieren muss, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt würden; dies ergibt sich aus einer Zusammenschau mit den Voraussetzungen für die Ausübung des Vorbehalts (vgl. LK/Rissing-van Saan/Peglau, StGB, 12. Auflage, § 66a Rn. 28; Schönke/Schröder/Stree, StGB, 27. Auflage, § 66a Rn. 4; MK/Ullenbruch, StGB, § 66a Rn. 31).

Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 8. Juli 2005, 2 StR 120/05 = BGHSt 50, 188, 194 f.) zum geltenden Recht muss das Gericht einen Hang des Täters zu erheblichen Straftaten, also einen „eingeschliffenen inneren Zustand“, der ihn „immer wieder straffällig“ werden lässt (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009, 3 StR 399/09, bei juris Rn. 4; Urteil vom 4. November 2009, 2 StR 347/09, bei juris Rn. 8), nicht nur für die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung mit hinreichender Sicherheit feststellen, sondern auch für einen Vorbehalt gemäß § 66a Absatz 1 StGB. Diese Auslegung widerspricht nicht nur dem Willen des Gesetzgebers, der durch die Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung ausdrücklich die Fälle erfassen wollte, in denen „ein Hang des Täters zu erheblichen Straftaten und seine darauf beruhende Gefährlichkeit für die Allgemeinheit nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden können“ (BT-Drucksache 14/8586, S. 6). Sie lässt auch eine erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung befürchten (vgl. LK/Peglau, StGB, 12. Auflage, § 66a Rn. 39, Fn. 75 m. w. N.). Denn die positive Feststellung eines Hanges zu erheblichen Straftaten begründet – auch nach der Rechtsprechung des BGH – in der Regel auch die Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit (vgl. erneut Urteil vom 8. Juli 2005, 2 StR 120/05 = BGHSt 50, 188, 196 m. w. N.; vgl. auch die Formulierung „infolge“ in § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 StGB-E) mit der Folge, dass ausschließlich primäre Sicherungsverwahrung in Betracht kommt. Fälle hingegen, in denen das Ge-

richt zwar einen Hang zu erheblichen Straftaten feststellt, die daraus resultierende Gefährlichkeit des Täters aber nicht mit hinreichender Sicherheit ableiten kann, sind allenfalls ausnahmsweise denkbar, zumal bei der Gefährlichkeitsprognose auf den Zeitpunkt der Aburteilung abzustellen ist und daher auch erhoffte zukünftige Besserungen grundsätzlich unberücksichtigt bleiben müssen (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2007, 5 StR 499/06, bei juris Rn. 3; Urteil vom 19. Juli 2005, 4 StR 184/05, bei juris Rn. 6; Begründung zu § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 StGB-E m. w. N.). Um eine mit dem berechtigten Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit kaum zu vereinbarende Beschränkung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung zu vermeiden, bedarf es daher der gesetzgeberischen Klarstellung, dass auch das Vorliegen eines Hanges nur wahrscheinlich, nicht aber sicher sein muss. Dies gilt umso mehr, als ein Verzicht auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung ein effektives Instrumentarium aus primärer und vorbehaltener Sicherungsverwahrung erfordert.

Absatz 2 enthält die neue „Ersttäterregelung“, die in der Sache § 66b Absatz 2 StGB ersetzt und insbesondere solche Fälle erfasst, in denen sich bereits aus der Begehung einer einzigen qualifizierten Anlasstat und gegebenenfalls dem Vorleben des Täters gewichtige Hinweise auf eine mögliche Rückfallgefahr ergeben. Wie in Absatz 1 sind die Voraussetzungen für einen Vorbehalt auf drei Nummern verteilt. Die Nummern 1 und 2 beinhalten die formellen Voraussetzungen (wobei die in Nummer 2 bestimmte Nichtanwendbarkeit von § 66 StGB-E zugleich auch einen materiellen Inhalt hat), während Nummer 3 die rein materiellen Anordnungsvoraussetzungen benennt. Der Begriff „Ersttäterregelung“ ist insoweit ungenau, als die Vorschrift in bestimmten Konstellationen auch bei „Mehrfachtätern“ eingreifen kann (siehe näher im Folgenden). Er soll dennoch verwandt werden, um plakativ den wesentlichsten Unterschied zum Anwendungsbereich von Absatz 1 hervorzuheben.

Das geltende Recht erfasst sogenannte Ersttäter nur über § 66b Absatz 2 StGB. Nach dieser Vorschrift kommt bei bestimmten Verbrechen unter engen Voraussetzungen die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung in Betracht, wenn nach der Anlassverurteilung erhebliche neue Tatsachen („Nova“) erkennbar werden. Diese Rechtslage hat in der Vergangenheit wiederholt dazu geführt, dass bereits zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung und auch am Vollzugsende als gefährlich identifizierte Straftäter aus der Straftat entlassen werden mussten, weil sich während des Vollzuges keine „Nova“ gezeigt haben (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2008, 1 StR 227/08; Urteil vom 25. November 2005, 2 StR 272/05). Auch hier ist als prominentes Beispiel der Fall „Karl D.“ anzuführen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2010, 1 StR 372/09). Um zukünftig auch in solchen Fällen einen wirksamen Schutz der Bevölkerung zu ermöglichen, wird der Anwendungsbereich der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB) auf Ersttäter erweitert.

Der Gesetzentwurf des Bundesrates aus dem Jahre 2006 sieht zur Lösung der Ersttäterproblematik einen generellen Verzicht auf „Nova“ bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Absatz 2 StGB vor (BT-Drucksache 16/1992, S. 6 f.; ebenso der von einer „Arbeitsgruppe der B-Länder“ für die Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 5. November 2009 vorgelegte Entwurf) und setzt damit ein Festhalten an diesem Instrumentarium voraus. Dagegen sprechen zunächst grundsätzliche Erwägungen, die im Rahmen der Begründung zu § 66b StGB näher dargelegt werden (siehe unten). Hinzu kommt, dass sich bezogen auf die in den nächsten Jahren allein relevant werdenden Altfälle Rückwirkungsprobleme ergeben können, nachdem die Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 im Fall „M.“ (19359/04) seit dem 10. Mai 2010 endgültig ist (vgl. bereits BGH, Beschlüsse vom 11. Februar und 12. Mai 2010, 4 StR 577/09, sowie allgemein oben Allgemeiner Teil unter VI.). Außerdem würde ein genereller Verzicht auf das Vorliegen neuer Tatsachen bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 2 StGB zu einer Ungleichbehandlung der Ersttäter im Verhältnis zu Mehrfachtätern (§ 66b Absatz 1 StGB) führen, die nur schwer zu rechtfertigen sein dürfte. Denn bei Mehrfachtätern gilt eine Ausnahme vom Erfordernis der „Nova“ nur für eine Übergangszeit (§ 66b Absatz 1 Satz 2 StGB), während der Gesetzentwurf des Bundesra-

tes bei Ersttägern generell auf „Nova“ verzichten will. Damit stünden alle allein die formellen Voraussetzungen des § 66b Absatz 2 StGB erfüllenden Ersttäter unter einem gesetzlichen Generalvorbehalt, der es ermöglichen würde, nur aufgrund einer Gefährlichkeitsprognose die nachträgliche Sicherungsverwahrung anzuordnen. Demgegenüber müssen Mehrfachtäter, deren Gefährlichkeit bei der Aburteilung (noch) verneint wurde, dies nur im Falle von „Nova“ befürchten. Schließlich hat die hier vorgesehene Vorbehaltslösung auch folgende inhaltliche Vorteile: Zum einen stellt die Pflicht des Tatgerichts, sich bereits bei Aburteilung der Anlasstat mit der Gefährlichkeit des Ersttätlers zu befassen, eine Feststellung der insoweit bedeutsamen Tatsachen sicher, was besonders wichtig für das Nachverfahren ist. Zum anderen dürfte ein Vorbehalt auch die Bereitschaft und Motivation des Täters erhöhen, an Therapie- und Resozialisierungsmaßnahmen teilzunehmen.

Mit dem Erfordernis einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren in Nummer 1 werden bewusst hohe formelle Anforderungen für den Vorbehalt bei „Ersttägern“ gestellt. Diese Vorgabe entspricht dem geltenden § 66b Absatz 2 StGB. Wie dort erfasst Nummer 1 neben dem Ersttäter im engsten Sinne grundsätzlich auch den, der tateinheitlich oder tatmehrheitlich mehrere Taten begangen hat, so dass auch eine für mehrere Taten verhängte (Gesamt-) Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren ausreichen kann. Hinsichtlich der Einzelheiten kann auf die von Rechtsprechung und Literatur zu § 66b Absatz 2 StGB entwickelten Fallgruppen verwiesen werden, wobei eine Gesamtstrafe in dieser Höhe jedenfalls dann genügt, wenn sie sich allein aus Katalogtaten zusammensetzt (vgl. *Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 66b Rn. 13 und *LK/Rissing-van Saan/Peglau*, StGB, 12. Auflage, § 66b Rn. 81 f. jeweils m. w. N.). Die notwendige Abgrenzung zu solchen Mehrfachtägern, die gleichzeitig die Voraussetzungen von § 66 StGB-E erfüllen und die damit auch nicht mehr als Ersttäter im (weiteren) Sinne von § 66a Absatz 2 StGB-E angesehen werden können, stellt Nummer 2 sicher (siehe unten). Als Anlasstaten kommen nur die in § 66b Absatz 2 StGB genannten Verbrechen oder solche nach dem Achtundzwanzigsten Abschnitt des StGB in Betracht. Die Erweiterung des Katalogs der Anlasstaten um gemeingefährliche Verbrechen ist sachgerecht (so auch zu § 66b StGB *LK/Rissing-van Saan/Peglau*, StGB, 12. Auflage, § 66b Rn. 70). Denn die meisten Verbrechenstatbestände des Achtundzwanzigsten Abschnitts des StGB (etwa eine vorsätzliche Brandstiftung, das vorsätzliche Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion oder ein räuberischer Angriff auf Kraftfahrer) dienen zumindest mittelbar auch dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit (vgl. *Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 66b Rn. 10 am Ende). Ein praktisches Bedürfnis für die Einbeziehung dieser Verbrechen kann ebenfalls bejaht werden. So waren 14 von 491 der im Jahre 2009 Sicherungsverwahrten wegen gemeingefährlicher Straftaten untergebracht (siehe oben bei § 66 Absatz 1 StGB-E). Zudem hat das Fehlen dieser Deliktgruppe zumindest in einem vom BGH entschiedenen Fall dazu geführt, dass schon deshalb ein wegen schwerer Brandstiftung Verurteilter nicht von der Ersttäterregelung des § 66b Absatz 2 StGB erfasst wurde (BGH, Beschluss vom 6. April 2006, 1 StR 78/06).

Nummer 2 verlangt, dass die Voraussetzungen des § 66 StGB-E nicht erfüllt sind. Dadurch soll sichergestellt werden, dass auch die Vorbehaltsregelung in Absatz 2 nur Täter erfasst, für die eine Anordnung der primären Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB-E ausscheidet. Dabei ist es gleich, ob die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung bereits daran scheitert, dass die formellen Voraussetzungen des § 66 StGB-E betreffend weitere Taten, Verurteilungen oder Freiheitsentziehungen nicht erfüllt sind (der Täter also wirklich ein Ersttäter im Sinne der §§ 66 ff. StGB-E und damit im engeren Sinne ist) oder ob diese formellen Voraussetzungen zwar vorliegen, aber eine hangbedingte Gefährlichkeit des Täters zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar ist (Ersttäter im weiteren Sinne). Erfüllt der Täter die hohen formellen Anforderungen nach Nummer 1, wird die Anordnung des Vorbehalts also nicht etwa dadurch ausgeschlossen, dass der Täter zugleich Mehrfachtäter im Sinne von § 66 StGB-E ist. Denn es wäre kaum einsichtig, zwar denjenigen Straftäter zu erfassen, der „nur“ eine schwere Anlasstat im Sinne der Nummer 1 begangen hat, nicht aber denjenigen, der zusätzlich weitere Taten im Sinne des § 66 StGB-E verübt hat, dessen Gefährlichkeit sich aber den-

noch bei der Aburteilung nicht sicher feststellen lässt. Diese Konstellation ist im Rahmen von § 66a Absatz 2 StGB-E in den – vermutlich nicht sehr häufigen – Fällen von Bedeutung, in denen zwei weitere Taten vorliegen, die zwar die formellen Voraussetzungen von § 66 Absatz 1 oder 2 StGB-E erfüllen, nicht aber den formellen Anforderungen an eine weitere Tat nach § 66 Absatz 3 StGB-E genügen (etwa weil zwar jeweils eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, aber weniger als zwei Jahren verwirkt wurde). Liegt hingegen eine zweite Tat im Sinne des § 66 Absatz 3 StGB-E vor, ist ein Vorbehalt bereits nach § 66a Absatz 1 StGB-E möglich.

Die Unterscheidung zwischen Ersttätern im engeren Sinne und solchen im weiteren Sinne, die zugleich Mehrfachtäter nach § 66 StGB-E sind, ist damit für die Einordnung unter Nummer 2 im Ergebnis zunächst unerheblich. Sie wird aber im Zusammenspiel mit Nummer 3 bedeutsam, da nur bei Ersttätern im engeren Sinne ein Vorbehalt auch dann möglich ist, wenn sich die hangbedingte Gefährlichkeit bereits bei Aburteilung sicher feststellen lässt (siehe näher im Folgenden). Als Ersttäter im engeren Sinne sind dabei – neben überhaupt nicht strafrechtlich vorbelasteten Tätern – insbesondere solche anzusehen, deren weitere Straftaten wegen Nichterfüllens der formellen Anforderungen gemäß § 66 StGB-E an die Art der weiteren Tat(en), an frühere Verurteilungen oder Freiheitsentziehungen oder die wegen Rückfallverjährung unberücksichtigt bleiben müssen. So ist Ersttäter im engeren Sinne zum Beispiel auch derjenige, der wegen zweier in Tatmehrheit begangener schwerer Raubtaten nach § 250 Absatz 1 StGB zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt wird, dabei aber durch eine der Taten nur eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verwirkt hat (vgl. § 250 Absatz 3 StGB), so dass die formellen Voraussetzungen des § 66 Absatz 3 Satz 2 StGB nicht erfüllt sind.

In Nummer 3 sind die materiellen Voraussetzungen für einen Vorbehalt gegen „Ersttäter“ geregelt. Danach ist erforderlich, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 StGB-E entweder sicher, zumindest aber wahrscheinlich vorliegen. Die Vorschrift erfasst also – anders als die Parallelregelung für „Mehrfachtäter“ (§ 66a Absatz 1 Nummer 3 StGB-E) – nicht nur Täter, deren hangbedingte Gefährlichkeit zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung wahrscheinlich ist, sondern auch solche Ersttäter (im engeren Sinne), bei denen diese zu dem genannten Zeitpunkt sicher vorliegt. Der Unterschied zwischen § 66a Absatz 1 Nummer 3 und Absatz 2 Nummer 3 StGB-E liegt darin begründet, dass die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB-E) bei Ersttätern (im engeren Sinne) weiterhin nicht in Betracht kommt. Soweit Täter zugleich die formellen Voraussetzungen von § 66 StGB-E erfüllen und daher auch „Mehrfachtäter“ sind, kommt diese Variante (Vorbehalt bei sicherer Feststellung der hangbedingten Gefährlichkeit) hingegen nicht in Betracht. Hier bleibt es – wie bei § 66a Absatz 1 StGB-E – beim strikten Vorrang der primären Sicherungsverwahrung. Das Gericht kann dann nur von der Möglichkeit zur Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB-E Gebrauch machen, ein Rückgriff auf die Vorbehaltsregelung des § 66a Absatz 2 StGB-E ist ausgeschlossen. Dies stellt die Vorgabe in Nummer 2 sicher. Ein Rückgriff auf § 66a Absatz 2 StGB-E kommt dabei auch nicht in den Fällen des § 66 Absatz 2 StGB-E in Betracht, in denen die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Ermessen des Gerichts steht. Denn auch bei dieser Konstellation liegen „die Voraussetzungen des § 66 StGB“ vor. § 66a Absatz 2 StGB-E dient also nicht etwa dazu, bei einer – trotz feststehender hangbedingter Gefährlichkeit – als unverhältnismäßig angesehenen Anordnung der primären Sicherungsverwahrung auf einen Vorbehalt als „mildere Regelung“ auszuweichen. Denn wenn die Sicherungsverwahrung – etwa im Hinblick auf das konkrete Gewicht der (Vor-) Taten oder die Schwere der zu erwartenden Rückfalltaten – unverhältnismäßig ist, dann ist sie es unabhängig davon, ob sie im Urteil oder nach Vorbehalt angeordnet wird. Der Vorbehalt soll im Verhältnis zur primären Sicherungsverwahrung bei Tätern, die zugleich deren formelle Voraussetzungen erfüllen, nur Unsicherheiten bei der Feststellung der hangbedingten Gefährlichkeit Rechnung tragen, nicht aber ein gegenüber der primären Sicherungsverwahrung vorläufig weniger schweres Eingriffsinstrument zur Verfügung stellen. Nichts anderes gilt für das Verhältnis von § 66a Absatz 1 StGB-E zu § 66 Absatz 3 StGB-E (siehe oben).

Für die Gefährlichkeitsprognose kommt es konkret darauf an, ob sich aus den bei der Anlassverurteilung erkennbaren Tatsachen im Rahmen einer Gesamtwürdigung ergibt, dass ein Hang des Täters zu erheblichen Straftaten und eine daraus folgende Gefährlichkeit für die Allgemeinheit sicher oder zumindest wahrscheinlich vorliegen. In den Ersttäterfällen (im engeren Sinne, die nicht zugleich Mehrfachtäterfälle sind) wird sich dabei die Frage nach der Prognosesicherheit in besonderem Maße stellen, denn anders als bei den für Mehrfachtäter geltenden §§ 66 und 66a Absatz 1 StGB-E kann grundsätzlich nicht an frühere bzw. weitere Straftaten von einigem Gewicht angeknüpft werden. Überwiegend wird deshalb bei der erstmaligen Begehung einer qualifizierten Anlasstat die Tatsachenbasis zum Zeitpunkt der Verurteilung nicht ausreichen, um Hang und Gefährlichkeit mit hinreichender Sicherheit feststellen zu können (vgl. auch BGH, Urteil vom 22. Juli 2010, 3 StR 156/10, bei juris Rn. 22, 24). Allerdings ist zweierlei zu berücksichtigen: Zum einen wird von der Rechtsprechung des BGH erwogen, bei Ersttätern (im engeren Sinne) für die Feststellung des Hanges zu erheblichen Straftaten auf das Kriterium des „eingeschliffenen Verhaltensmusters“ zu verzichten (Beschluss vom 22. Februar 2006, 5 StR 585/05, bei juris Rn. 29). Zum anderen ist zu bedenken, dass auch Ersttäter (im engeren Sinne), deren Anlasstat die Anforderungen des § 66a Absatz 2 Nummer 1 StGB-E erfüllt, häufig bereits strafrechtlich in Erscheinung getreten sind (wenngleich auch nicht mit der für die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung erforderlichen Intensität in Bezug auf Schwere und Häufigkeit der Delikte), zumindest aber über einen längeren Zeitraum ein stark abweichendes Sozialverhalten gezeigt haben. Beispielsweise stellte das LG Münster in dem Fall eines Täters, der wegen Geiselnahme in Tateinheit mit besonders schwerer Vergewaltigung und mit besonders schwerem sexuellen Missbrauch eines Kindes zu dreizehn Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden war, dreizehn Vorverurteilungen fest, darunter eine einschlägige wegen sexueller Nötigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch eines Kindes. Der Sachverständige und das Gericht kamen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass von einem Hang zu erheblichen Straftaten und einer darauf beruhenden Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit auszugehen sei. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung oder deren Vorbehalt waren dennoch nicht möglich, da die in den vorangegangenen Verfahren verhängten Freiheitsstrafen nicht den formellen Anforderungen der §§ 66, 66a StGB genügten (vgl. LG Münster, Urteil vom 7. Dezember 2006, 1 KLS 30 Js 135/06). Dieser Beispielfall zeigt, dass in Einzelfällen ein Gericht schon bei der Aburteilung der Anlasstat eines „Ersttäters“ (im engeren Sinne) davon überzeugt sein kann, dass der Täter hangbedingt für die Allgemeinheit gefährlich ist.

Eine Eröffnung der primären Sicherungsverwahrung für Ersttäter, wie dies ein Gesetzesantrag von Mecklenburg-Vorpommern aus dem Jahre 2005 vorschlug (BR-Drucksache 876/05, S. 6-8), erscheint dennoch nicht sachgerecht. Dies gilt schon deshalb, weil damit aus der Gruppe der Ersttäter nur die vorstehend beschriebenen Fälle (sichere Feststellung von Hang und Gefährlichkeit schon bei Aburteilung) erfasst werden könnten, nicht aber die in der Praxis vermutlich häufiger vorkommenden Sachverhalte, in denen es zum Zeitpunkt der Aburteilung an einer ausreichenden Grundlage für eine solche sichere und abschließende Beurteilung der hangbedingten Gefährlichkeit fehlt. Der in der Regel schmalere Beurteilungsgrundlage wird daher durch eine Vorbehaltsregelung besser Rechnung getragen. Dies gilt auch deshalb, weil auch in den Fällen einer bereits bei Aburteilung möglichen sicheren Gefährlichkeitsprognose der Vorbehalt dem betroffenen Ersttäter regelmäßig eine realistischere Möglichkeit als im Rahmen einer Überprüfung (nur) nach § 67c Absatz 1 Satz 1 StGB bieten wird, durch eine positive Entwicklung im Vollzug die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung und deren Vollstreckung noch abzuwenden. Im Übrigen hat der genannte Antrag von Mecklenburg-Vorpommern schon im Bundesrat keine Mehrheit gefunden.

Liegen die formellen Voraussetzungen für einen Vorbehalt gemäß § 66a Absatz 1 oder 2 StGB-E vor, wird das Tatgericht regelmäßig Veranlassung haben, in der Hauptverhandlung einen Sachverständigen zu vernehmen (§ 246a Satz 1 StPO). Auch im Übrigen sind in Bezug auf die Frage, ob der Täter wahrscheinlich oder sicher gefährlich ist, sämtliche Aufklärungsmöglichkeiten auszuschöpfen (vgl. § 244 Absatz 2 StPO). Die Urteilsgründe

müssen alle für die Vorbehaltsentscheidung relevanten Tatsachen mitteilen und ergeben, aus welchen Gründen die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten oder ein darauf gerichteter Antrag abgelehnt worden ist (vgl. § 267 Absatz 6 Satz 1 StPO). Außerdem sind die in der Hauptverhandlung verwendeten Beweismittel im Urteil erschöpfend zu würdigen, soweit sich aus ihnen bestimmte Schlüsse zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten herleiten lassen (BGH, Beschluss vom 21. September 2005, 2 StR 311/05, bei juris Rn. 11). Spricht das Gericht einen Vorbehalt im Sinne des § 66a Absatz 1 oder 2 StGB-E aus (was gemäß § 260 Absatz 4 Satz 4 StPO in den Tenor aufzunehmen ist, etwa durch die Formulierung: „Die Anordnung der Sicherungsverwahrung bleibt vorbehalten.“), hat es alle für das Nachverfahren bedeutsamen Erkenntnisse, also insbesondere für die Gefährlichkeitsprognose gemäß § 66a Absatz 3 Satz 2 StGB-E relevante Umstände (etwa Besonderheiten der Tatausführung), in den Urteilsgründen festzuhalten. Bei einem Vorbehalt nach Absatz 2 des § 66a StGB-E ist darüber hinaus in den Urteilsgründen mitzuteilen, ob das Gericht Hang und Gefährlichkeit des Ersttätters lediglich für wahrscheinlich hält oder – wenn es sich um einen Ersttäter im engeren Sinne handelt – insoweit bereits eine entsprechende Überzeugung gewinnen konnte. Denn dies beeinflusst den im Rahmen der Gesamtwürdigung nach § 66a Absatz 3 Satz 2 StGB-E anzulegenden Prüfungsmaßstab. Während die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung im Falle einer zunächst nur für wahrscheinlich gehaltenen Gefährlichkeit verlangt, dass sich diese Wahrscheinlichkeit zur Sicherheit verfestigt hat, reicht es bei bereits zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung festgestellter Gefährlichkeit aus, wenn das Gericht seine damalige Überzeugung aufgrund der erneuten Gesamtwürdigung bestätigt sieht (siehe näher nachfolgend bei Absatz 3).

Absatz 3 enthält die materiellrechtlichen Vorgaben für das Nachverfahren und entspricht damit inhaltlich grundsätzlich dem bisherigen Absatz 2 des § 66a StGB. In Satz 1 ist geregelt, bis wann das Gericht über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung entscheiden kann. Satz 2 nennt die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen das Gericht die Sicherungsverwahrung nach Vorbehalt anzuordnen hat.

Nach Absatz 3 Satz 1 kann das Gericht über die nach § 66a Absatz 1 oder 2 StGB-E vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung im ersten Rechtszug künftig bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe oder bis zur rechtskräftigen Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung entscheiden. Bisher sieht § 66a Absatz 2 Satz 1 StGB vor, dass die Entscheidung über den Vorbehalt spätestens sechs Monate vor dem Zeitpunkt ergehen muss, ab dem eine Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung möglich ist, was in der Regel nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe in Betracht kommt. Bei dieser Vorgabe handelt es sich nach der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 11. September 2007, 3 StR 323/07; Urteil vom 14. Dezember 2006, 3 StR 269/06, bei juris Rn. 4-7) um eine materiellrechtliche Anforderung, deren Nichtbeachtung zur Folge hat, dass die Sicherungsverwahrung nicht mehr angeordnet werden kann. In der Praxis bereitet die Einhaltung dieser zeitlichen Vorgabe Schwierigkeiten. Dies zeigen bereits die vorstehend zitierten Entscheidungen, mit denen der BGH die Anordnung der Sicherungsverwahrung jeweils aufgehoben hat, weil der gesetzlich vorgegebene Zeitpunkt schon – in beiden Fällen deutlich – verstrichen war.

Unabhängig davon, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Einzelfall auch an seitens der Justiz vermeidbaren Verzögerungen gescheitert sein mag, erscheint der Zeitraum zwischen Anlassverurteilung und letzter Möglichkeit zur Entscheidung über den Vorbehalt insgesamt zu knapp bemessen. Insbesondere bei vergleichsweise kurzen Freiheitsstrafen, auf die vorangegangene Untersuchungshaft anzurechnen ist, verbleibt kaum Zeit im Vollzug, um weitere Erkenntnisse zur Gefährlichkeit der verurteilten Person zu gewinnen. Dies verdeutlicht folgendes Beispiel: Ist auf eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren (Zwei-Drittel-Zeitpunkt nach drei Jahren und vier Monaten) Untersuchungshaft von zwanzig Monaten anzurechnen, muss die Entscheidung des Gerichts über den Vorbehalt spätestens nach vierzehn Monaten Strafvollzug ergehen. Dies bedeutet mit Blick auf den für die Entscheidungsfindung notwendigen Vorlauf (insbesondere Einholung eines Sachver-

ständigengutachtens), dass die Staatsanwaltschaft bereits nach wenigen Monaten Vollstreckung die Akten an das Gericht übersenden muss (vgl. MK/*Ullenbruch*, StGB, § 66a Rn. 72; *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Auflage, § 275a Rn. 5 f.).

In solchen Fällen kann es folglich dazu kommen, dass die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung schon deshalb unterbleiben muss, weil sich während des sehr kurzen zur Verfügung stehenden Zeitraums keine für die Gefährlichkeitsprognose relevanten Erkenntnisse ergeben haben (ein derart kurzer, schon bei der Anlassverurteilung absehbarer Zeitraum kann es sogar gebieten, von dem Vorbehalt selbst Abstand zu nehmen; vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006, 3 StR 269/06, bei juris Rn. 16).

Um dem Gericht eine Entscheidung über die Ausübung des Vorbehalts auf möglichst breiter Grundlage zu ermöglichen, wird daher der Zeitraum zwischen Anlassverurteilung und letzter Möglichkeit zur Anordnung der Sicherungsverwahrung deutlich verlängert. Künftig erlischt der Vorbehalt erst, wenn die als Folge der Anlasstat verhängte Freiheitsstrafe vollständig vollstreckt oder die Vollstreckung des Strafrestes rechtskräftig zur Bewährung ausgesetzt ist. Dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung danach – entsprechend der oben zitierten BGH-Rechtsprechung zum geltenden Recht – materiellrechtlich ausgeschlossen ist, ergibt sich aus der Formulierung „(...) kann das Gericht im ersten Rechtszug nur bis zur (...) entscheiden“. Damit wird insbesondere auch klargestellt, dass diese Beschränkung nur für das erste tatrichterliche Urteil im Nachverfahren gilt, nicht jedoch für nachfolgende Entscheidungen im Rahmen oder als Folge eines Rechtsmittelverfahrens (so schon zum geltenden Recht BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006, 3 StR 269/06, bei juris Rn. 8).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird § 66a Absatz 3 Satz 1 StGB-E durch den neuen Absatz 5 des § 275a StPO ergänzt (siehe dazu die Ausführungen zu Artikel 2 Nummer 4 Buchstabe b). Danach soll das Gericht über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung spätestens sechs Monate vor der vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe entscheiden. Nicht (mehr) erforderlich ist eine Entscheidung, wenn die Vollstreckung des Strafrestes einmal rechtskräftig zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Denn in diesem Fall steht fest, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung mangels Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht mehr in Betracht kommt. Mit der Rechtskraft der Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung erlischt der Vorbehalt gemäß § 66a Absatz 3 Satz 1 StGB-E. Gleiches gilt, wenn das Gericht – unter Missachtung von § 275a Absatz 5 StPO-E – nicht bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe über den Vorbehalt entschieden hat. Auch dann ist eine Entscheidung über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung entbehrlich. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66a StGB-E erfolgt also in einem zweistufigen Verfahren, dessen erster Teil (= Vorbehaltsverfahren) obligatorisch ist, während der zweite Teil (= Anordnungsverfahren) fakultativen Charakter hat. Sollte das Gericht die Sicherungsverwahrung vor dem in § 275a Absatz 5 StPO-E genannten Zeitpunkt anordnen, richtet sich die Anwendbarkeit des § 67c Absatz 1 StGB nach den zum geltenden Recht entwickelten Grundsätzen (vgl. dazu *LK/Rissing-van Saan/Peglau*, StGB, 12. Auflage, § 67c Rn. 20, dort insbesondere am Ende). Bei Anordnung der Sicherungsverwahrung erst nach dem in § 275a Absatz 5 StPO-E, aber vor dem in § 66a Absatz 3 Satz 1 StGB-E genannten Zeitpunkt dürfte eine Anwendung des § 67c Absatz 1 StGB daher regelmäßig nicht in Betracht kommen.

Die von anderer Seite vorgeschlagenen Regelungen zur Lösung der beschriebenen Fristenproblematik vermögen nicht zu überzeugen. Dies gilt sowohl für den Vorschlag, die derzeitige Fristenregelung lediglich als Soll-Vorschrift in § 275a StPO einzustellen (so der von einer „Arbeitsgruppe der B-Länder“ zur Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 5. November 2009 vorgelegte Entwurf), als auch für den Ansatz, es bei der jetzigen Fristvorgabe grundsätzlich zu belassen, aber – wiederum mittels einer Regelung in § 275a StPO – eine fünfmonatige Verlängerung bei nicht von der Justiz zu vertretenden Verzögerungen oder bei Einwilligung der verurteilten Person zu gestatten (so der

Gesetzesantrag von Schleswig-Holstein vom 9. September 2008, BR-Drucksache 657/08). Denn bei beiden Regelungsansätzen bliebe nicht nur offen, zu welchem Zeitpunkt der Vorbehalt materiellrechtlich erlischt, sondern auch, unter welchen konkreten Umständen ein Abweichen von den verfahrensrechtlichen Vorgaben gerechtfertigt wäre. Es obläge vielmehr der Praxis zu bestimmen, wann im jeweiligen Einzelfall ein „wichtiger Grund“ (vgl. S. 33 oben des o. g. Entwurfs der „Arbeitsgruppe der B-Länder“) vorliegt, der eine Fristüberschreitung zu rechtfertigen vermag. Damit würde ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit begründet, was gerade in dem für Verurteilte und potentielle Opfer äußerst grundrechtsrelevanten Bereich der Sicherungsverwahrung nicht sachgerecht erschiene.

Hat das Gericht im Urteil einen Vorbehalt ausgesprochen, ordnet es die Sicherungsverwahrung nach Absatz 3 Satz 2 an, wenn die erforderliche Gesamtwürdigung ergibt, dass von der verurteilten Person erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Die Regelung entspricht weitgehend dem geltenden § 66a Absatz 2 Satz 2 StGB. Mit Blick auf die neue Ersttäterregelung in § 66a Absatz 2 StGB-E, für deren Anwendung das Vorliegen einer schweren Anlasstat ausreicht, wird im Gesetzestext auch der Singular von „Taten“ eingefügt („seiner Tat oder“). Darüber hinaus wird durch Einfügung des Wortes „ergänzend“ klargestellt, dass die Entwicklung der verurteilten Person nach der Anlassverurteilung ein zusätzlicher Aspekt für die notwendige Gesamtwürdigung ist, keineswegs aber deren Schwerpunkt. Diese Hervorhebung erscheint bei § 66a StGB-E noch wichtiger als beim geltenden § 66b StGB. Denn bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung nach Vorbehalt hat das erkennende Gericht bereits bei Aburteilung der Anlasstat festgestellt, dass bei dem Verurteilten zumindest wahrscheinlich eine hangbedingte Gefährlichkeit für die Allgemeinheit besteht. Die Grundlagen für die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung sind damit – anders als in den Fällen des § 66b Absatz 1 und 2 StGB – schon festgestellt. Zugleich wird mit dem Wort „ergänzend“ der nach ständiger Rechtsprechung des EGMR zu Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe a EMRK (vgl. jüngst Urteil vom 17. Dezember 2009, 19359/04, Rn. 88) erforderliche Kausalzusammenhang („sufficient causal connection“) zwischen Freiheitsentziehung (hier durch Sicherungsverwahrung nach Vorbehalt) und Anlassverurteilung zusätzlich betont. Schließlich soll die neue Formulierung „Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung“ verdeutlichen, dass sämtliche Umstände zwischen Anlassverurteilung und Entscheidung über den Vorbehalt in die Gesamtwürdigung einzu beziehen sind. Neben der Entwicklung im Strafvollzug kommt es also auch darauf an, wie sich die verurteilte Person etwa im Maßregelvollzug oder während einer Unterbringung gemäß § 275a Absatz 6 Satz 3 StPO-E entwickelt hat. Zu berücksichtigen sind auch Zeiten, in denen zwischenzeitlich eine andere Freiheitsstrafe vollstreckt wird (vgl. zum geltenden Recht den Verweis in § 66a Absatz 2 Satz 1 StGB auf § 454b Absatz 3 StPO sowie zur nachträglichen Sicherungsverwahrung die BT-Drucksachen 15/2887, S. 12 und 15/3346, S. 17). Denn die Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach Vorbehalt soll auf möglichst breiter Grundlage ergehen.

In materieller Hinsicht bedarf es für die Ausübung des Vorbehalts weder der Feststellung eines Hanges zu erheblichen Straftaten noch „erheblicher neuer Tatsachen“ wie bei § 66b Absatz 1 und 2 StGB.

Der Verzicht auf das Hangkriterium entspricht der geltenden Rechtslage zu § 66a Absatz 2 StGB und ist bereits bei der Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung ausführlich begründet worden (vgl. BT-Drucksache 14/8586, S. 7, linke Spalte). Ergänzend ist Folgendes zu bemerken: Auch die für den Vorbehalt nach § 66a Absatz 1 oder 2 StGB-E notwendige Feststellung, dass ein Hang der verurteilten Person zu erheblichen Straftaten zumindest wahrscheinlich ist, muss für die endgültige Anordnung nicht nochmals vom Gericht bestätigt werden. Auch dies folgt aus den besonderen Bedingungen des Vollzugs sowie der allgemein anerkannten engen Verknüpfung von Hang und Gefährlichkeit. Ebenso wenig, wie das Verhalten im Vollzug aufgrund der dortigen starken Reglementierungen in der Regel geeignet ist, eine Hangtätereigenschaft der verurteilten Person neu zu begründen (vgl. BT-Drucksache, a. a. O.), wird es in der Regel die Annahme

rechtfertigen können, ein solche – zumindest als wahrscheinlich festgestellte – Eigenschaft sei nun entfallen. Sollten ausnahmsweise aber doch gegenteilige Erkenntnisse vorliegen, werden diese auf die Gefährlichkeitsprognose, die eine umfassende Gesamtwürdigung erfordert, durchschlagen. Denn wenn sich zum Beispiel im Rahmen von Vollzugslockerungen zeigt, dass die verurteilte Person trotz entsprechender Gelegenheit nicht mehr straffällig geworden ist (zur Bedeutsamkeit dieses Merkmals für den Hang vgl. nur BGH, Urteil vom 4. November 2009, 2 StR 347/09, bei juris Rn. 8), ist dies auch für die Einschätzung der Gefährlichkeit der betroffenen Person relevant und bestimmt daher mit, ob die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung zu erfolgen hat. Der Verzicht auf (nochmalige) Feststellungen zum Hang führt somit nicht zu einer sachwidrigen Ausweitung der Regelung. Dies gilt erst recht, wenn man es mit Teilen der Rechtsprechung des BGH sogar als widersprüchlich ansieht, die Gefährlichkeit zu bejahen, einen Hang aber zu verneinen, und damit zumindest faktisch von der Gefährlichkeit auf einen Hang schließt (vgl. die Nachweise bei *Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 66 Rn. 27). Der Verzicht auf das Hangerfordernis ist auch bei den Ersttäterfällen verhältnismäßig. Das hat das BVerfG ausdrücklich für § 66b Absatz 2 StGB festgestellt (Kammerbeschluss vom 23. August 2006, 2 BvR 226/06, bei juris Rn. 22). Die dafür als maßgeblich angesehenen zusätzlichen Beschränkungen (Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren und ein gegenüber Mehrfachtätern weiter eingeschränkter Anlassstatenkatalog) enthält auch § 66a Absatz 2 StGB-E. Daher kann dahinstehen, ob der an die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB angelegte strenge Maßstab überhaupt unverändert auf die vorbehaltenen Sicherungsverwahrung übertragen werden kann.

Auch sogenannte Nova, also „erhebliche neue Tatsachen“ (BGH, Beschluss vom 3. Februar 2006, 2 StR 598/05, bei juris Rn. 13 am Ende), sind nicht erforderlich, damit das Gericht nach einem Vorbehalt die Sicherungsverwahrung anordnen kann. Der BGH (Beschluss vom 10. November 2006, 1 StR 483/06, bei juris Rn. 11) spricht – in seiner insoweit bislang einzigen Entscheidung zur bereits für Mehrfachtäter geltenden Vorbehaltsregelung unter Berufung auf *Ullenbruch* (MK, StGB, § 66a Rn. 53) – zwar von „relevanten neuen Umständen“, die eine nun sichere Gefährlichkeitsprognose erlauben müssten. Unabhängig von der Feststellung, dass das Gesetz selbst ein solches Merkmal nicht vorsieht, wird in der Literatur aber zu Recht angemerkt, dass dieses jedenfalls weniger als „Nova“ im Sinne des § 66b Absatz 1 und 2 StGB erfordert und zum Beispiel nicht voraussetzt, dass die Umstände erst nach der Verurteilung eingetreten oder erkennbar geworden sind (vgl. *LK/Rissing-van Saan/Peglau*, StGB, 12. Auflage, § 66a Rn. 57 am Ende).

Dabei ist beim anzulegenden Prüfungsmaßstab ohnedies zunächst zwischen den beiden folgenden Fallgruppen der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung zu differenzieren: Wurde beim Ausspruch des Vorbehalts bereits die Gefährlichkeit mit hinreichender Sicherheit festgestellt, reicht es für die Ausübung des Vorbehalts aus, wenn sich diese Überzeugung auch in der nachfolgenden Gesamtwürdigung, die auch die Entwicklung der verurteilten Person im Vollzug einbezieht, bestätigt, also jedenfalls nicht abschwächt. Wie erläutert, kann diese Konstellation nur bei Ersttätern (im engeren Sinne) eine Rolle spielen; bei Mehrfachtätern, deren Gefährlichkeit bereits bei der Anlassverurteilung festgestellt wird, geht die primäre Sicherungsverwahrung vor. Hielt das Gericht bei der Anlassverurteilung eine Gefährlichkeit hingegen lediglich für wahrscheinlich, erfordert die Anordnung der Sicherungsverwahrung, dass sich diese Wahrscheinlichkeit aufgrund der erneuten, auch hier die Entwicklung des Täters seit der Aburteilung einbeziehenden Gesamtwürdigung nunmehr zur Überzeugung des Gerichts zur hinreichenden Sicherheit verfestigt hat.

Nur bei der zweiten Fallgruppe stellt sich somit die Frage, welche Umstände zu diesem gesteigerten Grad der Überzeugung führen können. In Betracht kommen zunächst natürlich sämtliche Tatsachen, die beim geltenden § 66b Absatz 1 und 2 StGB als „Nova“ einzustufen wären. Aber auch Umstände, bei denen es sich nicht um neue Tatsachen im Sinne des § 66b Absatz 1 und 2 StGB handelt oder die nicht die für „Nova“ erforderliche Erheblichkeitsschwelle überschreiten, können die Anordnung der Sicherungsverwahrung hier rechtfertigen. Einzige Voraussetzung ist, dass die erneute, auf einer breiteren Beur-

teilungsgrundlage beruhende Gesamtwürdigung nun mit hinreichender Sicherheit auf die Gefährlichkeit der verurteilten Person schließen lässt. Zu denken ist hier etwa an die Verweigerung, den Abbruch oder die Erfolglosigkeit einer Therapie auch in Fällen, in denen das Tatgericht (wie regelmäßig) nicht von einer erfolgreichen Therapie ausgehen konnte (und diese Umstände daher keine „Nova“ im Sinne des § 66b StGB darstellen; vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2007, 5 StR 376/07, bei juris Rn. 6; BGHSt 50, 275, 280 f.). Bereits in den Gesetzesmaterialien zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung aus dem Jahre 2002 wurde die Entwicklung der verurteilten Person in einer Behandlung ausdrücklich als gewichtiger Prognosefaktor genannt (BT-Drucksache 14/8586, S. 7). Auch die dort ebenfalls bereits genannten weiteren Gesichtspunkte – aggressive Handlungen, subkulturelle Aktivitäten, Drohungen und erst recht natürlich Straftaten im Vollzug – können prognoserelevant sein, während die ebenfalls dort anzutreffende Anmerkung, regelmäßig sei eine „Fehlentwicklung“ des Gefangenen im Vollzug erforderlich, zu pauschal und weitreichend erscheint. Als weiteres Beispiel kann das neu eingeholte Sachverständigengutachten angeführt werden, das aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse, nach einem anderen Prognoseverfahren oder unter Berücksichtigung weiterer Prognoseinstrumente bzw. -kriterien die Gefährlichkeit der verurteilten Person – abweichend von früheren Prognosegutachten – bejaht, obwohl sich die Anknüpfungstatsachen nicht verändert haben (vgl. dazu BGH, Urteil vom 13. Januar 2010, 1 StR 372/09, bei juris Rn. 43; Urteil vom 19. Januar 2006, 4 StR 222/05, bei juris Rn. 14).

Dieses weite Verständnis beeinträchtigt die verurteilte Person auch nicht in ihrem Vertrauen auf die Rechtskraft des Ausgangsurteils. Denn die Reichweite der Rechtskraft ist durch die zum Zeitpunkt der Aburteilung für die Prognoseentscheidung maßgebliche Beurteilungsgrundlage sowie den Vorbehalt selbst beschränkt. Um gegen einen Mehrfachtäter einen Vorbehalt aussprechen zu können, muss das Gericht zwar feststellen, dass seine Gefährlichkeit nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar ist (§ 66a Absatz 1 Nummer 3 StGB-E). Diese Negativfeststellung bezieht sich aber ausschließlich auf den Zeitpunkt der Verurteilung (vgl. § 66a Absatz 1 Nummer 3 in Verbindung mit § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 StGB-E) und kann schon deshalb allenfalls insoweit in Rechtskraft erwachsen. Denn die Reichweite der Rechtskraft wird durch den Prozessgegenstand begrenzt. Dieser reicht bei der Entscheidung über die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung über den der Vorbehaltsentscheidung hinaus, da bei der Gefährlichkeitsprognose nun auch das Verhalten der verurteilten Person nach der Aburteilung von Bedeutung ist (vgl. zu § 66b StGB BVerfG, Kammerbeschluss vom 5. August 2009, 2 BvR 2098/08 und 2 BvR 2633/08, bei juris Rn. 27). Zudem behält sich das Gericht – anders als bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung – im Ausgangsurteil ausdrücklich vor, die Sicherungsverwahrung zu einem späteren Zeitpunkt nach erneuter Prüfung anzuordnen. Die Ausübung dieses Vorbehalts wäre aber generell und auf Dauer ausgeschlossen und der Vorbehalt damit seines Zweckes beraubt, wenn die Rechtskraftwirkung eine solche erneute Prüfung und Entscheidung verbieten würde. Mangels Rechtskraftdurchbrechung kann die Ausübung des Vorbehalts auch kein schutzwürdiges Vertrauen der verurteilten Person in den Bestand des Ausgangsurteils beeinträchtigen, zumal sie über die Bedeutung des Vorbehalts vom Gericht zu belehren ist (vgl. § 268d StPO-E, unten bei Artikel 2 Nummer 3).

Diese Ausführungen gelten erst recht für die vorbehaltene Sicherungsverwahrung bei Ersttätern (im engeren Sinne), bei denen die Gefährlichkeit schon zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung sicher festgestellt werden konnte. Denn hier geht es nur darum, diese Feststellung bei der Ausübung des Vorbehalts auf breiterer Beurteilungsgrundlage zu bestätigen.

#### **Zu Nummer 4 (§ 66b StGB)**

§ 66b StGB regelt, unter welchen Voraussetzungen die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich, also nach Aburteilung der Anlasstat, angeordnet werden kann.

## Buchstabe a (Absätze 1 und 2)

Das geltende Recht unterscheidet drei Fallkonstellationen: Absatz 1 gilt für Mehrfachtäter, Absatz 2 für Ersttäter (im weiten Sinne) und Absatz 3 erfasst den Sonderfall der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach für erledigt erklärter Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

Künftig soll die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Absatz 1 und 2 StGB nur noch in „Altfällen“ möglich sein, in denen die Anlasstaten oder die Anlasstat vor dem Inkrafttreten der Neuregelung begangen worden sind. Für „Neufälle“, also für nach dem Inkrafttreten begangene (Anlass-) Taten, soll – abgesehen vom Sonderfall des § 66b Absatz 3 StGB – auf das Institut der nachträglichen Sicherungsverwahrung verzichtet werden. Hierfür sprechen die folgenden Gründe:

- Die Absätze 1 und 2 des § 66b StGB haben in der Praxis nur einen schmalen Anwendungsbereich erlangt. Dies liegt vor allem daran, dass die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach diesen Vorschriften grundsätzlich nur möglich ist, wenn erst im Vollzug die Gefährlichkeit begründende neue Tatsachen („Nova“) auftauchen. In der Praxis scheitern entsprechende Anordnungen häufig an diesem Erfordernis. Denn als neu sind nur solche Tatsachen anzusehen, die zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung nicht vorlagen oder für das damalige Gericht nicht erkennbar waren, während zum Beispiel allein eine veränderte Bewertung der Gefährlichkeit des Täters durch Sachverständige und Gericht nicht ausreicht (vgl. nur BGH, Beschluss vom 13. Januar 2010, 1 StR 372/09, bei juris Rn. 43 m. w. N.). Zugleich lässt der sich regelmäßig an die Verurteilung anschließende Strafvollzug zumindest tendenziell wenig Raum für die Schaffung neuer prognoserelevanter Tatsachen (etwa die Begehung weiterer Straftaten), da er mit einer starken Reglementierung und Kontrolle verbunden ist. Dabei ist das Erfordernis der „Nova“ auch keineswegs für den Gesetzgeber frei disponibel, sondern in verfassungsrechtliche Vorgaben eingebunden. So hat das BVerfG in allen drei bisher zur Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB ergangenen Entscheidungen die grundsätzliche Bedeutung dieses Erfordernisses betont, um die Regelung verhältnismäßig auszugestalten (Kammerbeschluss vom 23. August 2006, 2 BvR 226/06, bei juris Rn. 18 ff.) und einen Verstoß gegen das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot zu vermeiden (Kammerbeschluss vom 22. Oktober 2008, 2 BvR 749/08, bei juris Rn. 26 ff., insbesondere Rn. 34 und 37; Kammerbeschluss vom 5. August 2009, 2 BvR 2098/08 und 2 BvR 2633/08, bei juris Rn. 23). Angesichts dieser Vorgaben verwundert es nicht, dass der BGH seit Einführung der Regelungen im Sommer 2004 lediglich in gut einem Dutzend Verfahren eine Anordnung nach § 66b Absatz 1 oder 2 StGB bestätigt hat, während umgekehrt bereits Mitte 2008 die Gerichte in knapp 100 Fällen die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung abgelehnt hatten (*Feltes*, Forum Strafvollzug 2010, 6); die einschlägige Rechtspflegestatistik des Statistischen Bundesamtes (Strafgerichte, Fachserie 10, Reihe 2.3) weist von 2006 (Ersterhebung) bis 2008 insgesamt sogar 572 Neuzugänge bei den „Verfahren zur Anordnung der vorbehaltenen oder nachträglichen Sicherungsverwahrung“ aus (auch wenn die Zuverlässigkeit von erstmalig erhobenen Zahlen generell mit einer gewissen Zurückhaltung zu beurteilen sein mag).
- Die Möglichkeit, nach § 66b Absatz 1 oder 2 StGB nachträglich die Sicherungsverwahrung anzuordnen, wenn erst im Vollzug die Gefährlichkeit begründende „Nova“ erkennbar werden, kann in der Vollzugspraxis zur Folge haben, dass verurteilte Personen, die nur die formellen Voraussetzungen für eine etwaige spätere Anordnung erfüllen, von Beginn ihrer Inhaftierung an unter besonderer Beobachtung stehen. So hat die Staatsanwaltschaft im Vollstreckungsheft (in der Regel mit dem Kürzel „f. V. nSV“) zu vermerken und der Justizvollzugsanstalt mitzuteilen, wenn eine verurteilte Person diese formellen Voraussetzungen erfüllt. Die Vollzugseinrichtungen sind daraufhin gehalten, für die Beurteilung der Gefährlichkeit wesentliche Tatsachen in der Gefangenpersonalakte zu dokumentieren, um erforderlichenfalls der Staatsanwaltschaft Ma-

terial für einen Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung liefern zu können (so die Vorgaben der 2005 von den Ländern erarbeiteten „Hinweise zur nachträglichen Sicherungsverwahrung“ nebst „Checkliste zur Prüfung der formellen Voraussetzungen der nachträglichen Sicherungsverwahrung“). Zudem dürften substantielle, Vollzugslockerungen einschließende Entlassungsvorbereitungen bei Strafgefangenen, denen die nachträgliche Sicherungsverwahrung droht, nur in Ausnahmefällen befürwortet werden (zur Bedeutung von Entlassungsvorbereitungen für die Rückfallprävention vgl. hingegen BGH, Beschluss vom 22. Februar 2006, 5 StR 585/05, bei juris Rn. 36; *Folkers*, NStZ 2006, 426, 427). Auch erscheint fraglich, inwieweit die Betroffenen Therapieangebote annehmen, wenn sie damit rechnen müssen, dass Erkenntnisse des Therapeuten oder ein Abbruch der Therapie zu „Nova“ gemacht werden (vgl. *Ullenbruch*, NStZ 2007, 62, 70 f.; NJW 2008, 2609, 2611; *Ostendorf/Bodmann*, ZRP 2007, 146, 148). Von der genannten Eingruppierung („f. V. nSV“) sind nach Schätzungen derzeit rund 7.000 bis 10.000 Gefangene betroffen (so *Kreuzer/Bartsch*, GA 2008, 655, 658). Allein die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung dürfte daher im Ergebnis eine nicht unerhebliche Belastung des Vollzugsklimas bedeuten. Vor allem aber kann diese Möglichkeit die Resozialisierung und Wiedereingliederung der zahlreichen von der nachträglichen Sicherungsverwahrung potentiell, am Ende aber gerade nicht Betroffenen gefährden, wodurch der angestrebte Sicherheitsgewinn in Frage gestellt würde (vgl. *Bartsch*, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, 2010, S. 303 ff., 312 f.; *Kinzig*, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2008, S. 315).

- Hinzu kommt, dass im Schrifttum die Ansicht vertreten wird, die nachträgliche Sicherungsverwahrung für Mehrfach- und Ersttäter verstoße gegen die EMRK (MK/*Ullenbruch*, StGB, § 66b Rn. 52 f., Fn. 90 m. w. N.; *Sprung*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – verfassungsgemäß?, 2009, S. 246 ff., 257, Fn. 89 m. w. N.). Die Vertreter dieser Ansicht sehen sich durch das seit dem 10. Mai 2010 endgültige Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 im Fall M. ./ Deutschland zur rückwirkenden Aufhebung der Vollstreckungshöchstfrist von zehn Jahren bei erstmalig angeordneter Sicherungsverwahrung bestätigt (*Laue*, JR 2010, 198, 203 f.; *H. E. Müller*, StV 2010, 207, 211 f.; *Kinzig*, NStZ-RR 2010, 233, 239; *Kreuzer*, Loccumer Protokolle 63/09, S. 171, 182, 198; a. A. *Peglau*, jurisPR-StrafR 1/2010, Anm. 2). Auch wenn die Bundesregierung diese Ansicht weiterhin nicht teilt, sind doch in Straßburg bereits Verfahren anhängig, in denen diese Frage vom EGMR explizit geklärt werden könnte.

Durch die Aufhebung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Absatz 1 und 2 StGB für „Neufälle“ wird der notwendige und angemessene Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern nicht beeinträchtigt. Neben der erläuterten geringen praktischen Relevanz und den beschriebenen Auswirkungen dieses Instruments im Strafvollzug ist hierfür vor allem maßgebend, dass die mit diesem Entwurf vorgeschlagenen Ausweitungen im Recht der primären und vorbehaltenen Sicherungsverwahrung einen Ausgleich für den Wegfall dieses Instruments ermöglichen. Im Einzelnen stellt sich dabei die Situation für „Alt-“ und „Neufälle“ wie folgt dar:

- Für die sogenannten Altfälle, die dadurch gekennzeichnet sind, dass auch die letzte für die Anordnung der Sicherungsverwahrung relevante Tat vor dem Inkrafttreten der Neuregelung begangen wurde, soll das bisherige Recht weiterhin anwendbar sein. In diesen Fällen bleibt also die Möglichkeit erhalten, gegen sich erst im Vollzug aufgrund von „Nova“ als gefährlich erweisende Täter nachträglich die Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 1 oder 2 StGB anzuordnen. Gerade diese „Altfälle“ werden in den nächsten Jahren die Praxis beschäftigen, weil hier die Entlassungen aus dem Strafvollzug anstehen.
- Demgegenüber kann sich die vorgesehene Aufhebung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 1 und 2 StGB auf „Neufälle“, bei denen die (Anlass-) Tat nach Inkrafttreten der Neuregelung begangen wurde, erst in etwa fünf bis

zehn Jahren nach diesem Inkrafttreten auswirken. Denn erst dann werden in diesen Fällen die ersten Entlassungen aus dem Strafvollzug anstehen. Für diese „Neufälle“ steht dann aber zum Zeitpunkt der Aburteilung den Gerichten auch das erweiterte Instrumentarium der primären und vorbehaltenen Sicherungsverwahrung zur Verfügung. Der Wegfall der nachträglichen Sicherungsverwahrung für Mehrfach- und Ersttäter wird also durch die vorgesehenen Änderungen bei der primären (Klarstellung des für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Zeitpunkts, Verdoppelung der Rückfallverjähmung bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung), vor allem aber bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (Verzicht auf die sichere Feststellung des Hanges, Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung auch für Ersttäter, Möglichkeit zur Entscheidung über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe) kompensiert. Können die Gerichte aufgrund dieses erweiterten Instrumentariums die Sicherungsverwahrung schon im Urteil anordnen oder vorbehalten, bedarf es gegen Ende des Strafvollzuges nicht mehr der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Absatz 1 und 2 StGB.

- Besonders hervorzuheben ist dabei die neu vorgesehene Möglichkeit, auch bei Ersttägern die Sicherungsverwahrung im Urteil vorzubehalten. Denn der Anwendungsbereich dieser Regelung ist sogar insoweit weiter als der des geltenden § 66b Absatz 2 StGB, als bei ihr für die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung keine „Nova“ mehr erforderlich sind (siehe oben die Ausführungen zu § 66a Absatz 3 StGB-E).
- Auch für „Neufälle“ bleibt die Möglichkeit erhalten, nach für erledigt erklärter Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nachträglich die Sicherungsverwahrung anzuordnen. Sie wird sogar auf Fälle erweitert, in denen im Anschluss an die für erledigt erklärte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus noch (Rest-) Freiheitsstrafe zu vollstrecken ist (siehe näher die Ausführungen unter Buchstabe b).
- Für „Neufälle“ käme damit mittel- und langfristig allein dann die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr in Betracht, wenn ein Gericht bei der Aburteilung weder Sicherungsverwahrung angeordnet noch diese vorbehalten hat und auch keine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus vorangegangen ist. Da aber von der forensischen Praxis (vgl. *N. Leygraf*, in *Venzlaff/Foerster*, *Psychiatrische Begutachtung*, 4. Auflage, S. 442 und im Protokoll der 47. Sitzung des BT-Rechtsausschusses am 5. Mai 2004, Protokoll Nr. 47, S. 89) angenommen wird, dass es kaum Täter geben dürfte, deren Gefährlichkeit allein erstmalig im Vollzug erkennbar wird, also bei deren Aburteilung deren Gefährlichkeit nicht einmal „wahrscheinlich“ war und damit nicht einmal die Voraussetzungen für einen Vorbehalt vorlagen, dürften diese Fälle keine wesentliche Bedeutung erlangen. Dies gilt umso mehr, als angenommen werden kann, dass die Gerichte inzwischen stärker als noch in den 1980er und 1990er Jahren bereits bei der Aburteilung prüfen, ob nicht primäre oder (nun) vorbehaltene Sicherungsverwahrung angezeigt ist. Selbst in den wenigen Fällen, in denen der BGH die nachträgliche Sicherungsverwahrung bestätigt hat, soll es Hinweise dafür geben, dass die Gefährlichkeit des Täters bereits bei Aburteilung der Anlasstat erkennbar gewesen wäre (vgl. *Bartsch*, *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, 2010, S. 97 ff.; *J. Leygraf*, *FPPK* 2007, 121, 125 ff.).
- Schließlich lässt sich durch den Ausbau der primären und vorbehaltenen Sicherungsverwahrung für „Neufälle“ auch die bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Absatz 1 und 2 StGB nahezu vorprogrammierte Situation vermeiden, dass ein vom Gericht als gefährlich eingestuftes Straftäter entlassen werden muss, weil die hohen, aber rechtsstaatlich gebotenen Anordnungsvoraussetzungen mangels „Nova“ nicht erfüllt sind. Dies erscheint auch deshalb bedeutsam, weil solche Fälle – über die unmittelbaren Auswirkungen im konkreten Fall hinaus – geeignet sein können, das Vertrauen der Bevölkerung in die grundsätzliche Wirksamkeit des Instruments der Sicherungsverwahrung in Frage zu stellen. Als prominentes Beispiel aus jüngster Zeit ist

hier noch einmal der Fall „Karl D.“ zu nennen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2010, 1 StR 372/09).

### Buchstabe b (Absatz 3)

Von den vorstehenden Erwägungen nicht betroffen ist die Regelung in § 66b Absatz 3 StGB, wonach die nachträgliche Sicherungsverwahrung gegen solche Personen angeordnet werden kann, deren Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) für erledigt erklärt worden ist, die aber immer noch gefährlich sind. Denn im Gegensatz zu den Absätzen 1 und 2 setzt Absatz 3 des § 66b StGB nicht das Erkennbarwerden neuer Tatsachen („Nova“) voraus, aus denen sich eine hohe Gefährlichkeit der betroffenen Person ergibt. Schon deshalb kommen die oben für die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach diesen Vorschriften beschriebenen Nachteile im Strafvollzug hier nicht zum Tragen, ganz abgesehen davon, dass es hier um Verurteilte geht, die zunächst im psychiatrischen Krankenhaus untergebracht waren. Wie das BVerfG (Nichtannahmebeschluss vom 5. August 2009, 2 BvR 2098/08 und 2 BvR 2633/08, bei juris Rn. 31) ausgeführt hat, geht es im Falle des § 66b Absatz 3 StGB nicht um die erstmalige Anordnung einer zeitlich unbegrenzten freiheitsentziehenden Maßnahme, sondern im Kern um die Überweisung von einer derartigen Maßnahme in eine andere, wobei verschärfte Anordnungsvoraussetzungen eingreifen. Nach § 66b Absatz 3 StGB kann dem Verurteilten das Übel der Sicherungsverwahrung nur auferlegt werden, wenn zuvor das Übel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus beseitigt wird. Diese im Ausgangsurteil angeordnete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus erfolgt zudem nach § 63 StGB aufgrund der Feststellung des Tatgerichts, dass der Täter für die Allgemeinheit gefährlich ist und es daher dessen (zeitlich grundsätzlich unbefristeter) Unterbringung bedarf. Genau an diese Zielsetzung knüpft auch die Unterbringung nach § 66b Absatz 3 StGB an. Schließlich lässt sich auch aus der relativ geringen tatsächlichen Relevanz der Regelung (der BGH hat bislang etwa ein halbes Dutzend Anordnungen nach § 66b Absatz 3 StGB bestätigt) kein Argument gegen sie ableiten. Denn diese eher geringe Bedeutung beruht nicht etwa auf rechtlich gebotenen Beschränkungen wie bei § 66b Absatz 1 und 2 StGB und dem dortigen Erfordernis von „Nova“. Sondern sie beruht zum einen auf der vergleichsweise geringen Anzahl von Erledigungsfällen nach § 67d Absatz 6 StGB, zum anderen auf der einengenden Auslegung in der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 7. Oktober 2008 (GSSt 1/08 = BGHSt 52, 379 ff.), der mit diesem Entwurf die Grundlage entzogen werden soll (siehe unten). Aus diesen Gründen greifen auch die weiteren gegen § 66b Absatz 1 und 2 StGB angeführten Argumente hier nicht.

Durch die Aufhebung der Absätze 1 und 2 wird der bisherige Absatz 3 – ergänzt um einen neuen Satz 2 – zum Wortlaut des § 66b StGB-E. In Nummer 2 werden die Wörter „während des Vollzugs der Maßregel“ durch die Wörter „bis zum Zeitpunkt der Entscheidung“ ersetzt. Diese Änderung trägt zum einen dem Umstand Rechnung, dass zukünftig auch die Entwicklung während eines sich an die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus anschließenden Strafvollzuges zu berücksichtigen ist. Denn der neue Satz 2 lässt die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung auch dann zu, wenn im Anschluss an die für erledigt erklärte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus noch (Rest-) Freiheitsstrafe zur Vollstreckung ansteht (siehe nächster Absatz). Zum anderen stellt die Änderung in Nummer 2 klar, dass im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung ergänzend die gesamte Entwicklung der untergebrachten Person bis zum Zeitpunkt der Entscheidung berücksichtigt werden kann und muss. Denn die Entscheidung über die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung soll auf möglichst breiter Grundlage ergehen. Es kommt also nicht allein darauf an, wie sich die untergebrachte Person während ihrer Zeit im psychiatrischen Krankenhaus entwickelt hat. Relevant sein kann vielmehr auch die Entwicklung im Strafvollzug oder in einer Entziehungsanstalt. Bedeutung hat dies etwa in Fällen, in denen eine neben der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus verhängte Strafe aufgrund einer gerichtlichen Bestimmung gemäß § 67 Absatz 2 Satz 1 StGB vollständig vor der Maßregel vollzogen oder eine neben der

Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus angeordnete Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) aufgrund einer gerichtlichen Anordnung gemäß § 72 Absatz 3 Satz 1 StGB zuerst vollstreckt worden ist (zu dieser letzten Fallkonstellation vgl. LK/Hanack, StGB, 12. Auflage, § 72 Rn. 21 und 32). Auch die Entwicklung während einer Unterbringung gemäß § 275a Absatz 6 Satz 1 StPO-E (= § 275a Absatz 5 Satz 1 StPO) oder während des Vollzuges einer anderen Freiheitsstrafe (siehe dazu bereits bei § 66a Absatz 3 StGB-E) ist zu berücksichtigen. Zudem dient die Änderung in Nummer 2 der Harmonisierung der Anordnungsvoraussetzungen, da sie einen Gleichklang zwischen § 66a Absatz 3 Satz 2 und § 66b StGB-E herstellt.

Der neue Satz 2 bestimmt, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch dann angeordnet werden kann, „wenn im Anschluss an die Unterbringung nach § 63 noch eine daneben angeordnete Freiheitsstrafe ganz oder teilweise zu vollstrecken ist“. Mit dieser für alle „Neufälle“ geltenden Änderung soll die Reichweite der Regelung vor dem Hintergrund der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 7. Oktober 2008 (GSSt 1/08 = BGHSt 52, 379 ff.) klargestellt werden. Nach dieser Entscheidung ist die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Absatz 3 StGB – auf der Grundlage der Konzeption des geltenden Rechts – in diesen Fällen gerade ausgeschlossen. Der BGH hat dies vor allem damit begründet, dass bei noch zu vollstreckender (Rest-) Freiheitsstrafe kein Bedürfnis für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 3 StGB bestehe, weil hier gegebenenfalls vor Ende des Vollzuges dieser (Rest-) Freiheitsstrafe noch die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 1 oder 2 StGB in Betracht komme. Mit der vorgesehenen Streichung der Absätze 1 und 2 des § 66b StGB entfällt jedoch diese Möglichkeit, so dass es einer Regelung bedarf, welche auch diese Fälle erfasst. Auch wenn die Vermutung nicht ganz fern liegt, dass der BGH allein schon aufgrund des Wegfalls von § 66b Absatz 1 und 2 StGB seine bisherige restriktive Auslegung aufgeben würde, soll diese Ausweitung im Interesse der Rechtsklarheit ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben werden.

#### **Zu Nummer 5 (§ 67d StGB)**

Nach § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB ist die Sicherungsverwahrung nach zehn Jahren für erledigt zu erklären, „wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.“ Da § 67d Absatz 3 StGB auch für die nach einem Vorbehalt angeordnete Sicherungsverwahrung gilt, wurde sein Wortlaut von der Rechtsprechung als Argument dafür herangezogen, auch für den Vorbehalt bedürfe es der sicheren Feststellung eines Hanges (so zum geltenden Recht BGHSt 50, 188, 195; vgl. auch BGH, Beschluss vom 22. Februar 2006, 5 StR 585/05, bei juris Rn. 28). Dieser Auslegung, die mit dem Wortlaut und dem Inhalt des § 66a StGB-E nicht vereinbar wäre, soll daher auch durch Streichung der Wörter „infolge seines Hanges“ die Grundlage entzogen werden. Weder für den Vorbehalt noch für die endgültige Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung bedarf es der sicheren Feststellung eines Hanges (siehe oben die Ausführungen zu Nummer 3). Aus diesem Grund werden auch in § 463 Absatz 3 Satz 4 StPO die Wörter „aufgrund seines Hanges“ gestrichen (siehe Artikel 2 Nummer 6).

#### **Zu Nummer 6 (§ 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12, Satz 3 und 4 StGB-E)**

Durch die Reform der Führungsaufsicht von 2007 wurden bereits unter anderem die Möglichkeiten ausgebaut, dem Verurteilten ein Kontakt- und Verkehrsverbot aufzuerlegen (§ 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 StGB) und ihn anzuweisen, sich psychiatrisch oder therapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (§ 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 11 und Absatz 2 Satz 2 bis 4 StGB); auch die Möglichkeiten, die Dauer der Führungsaufsicht unbefristet zu verlängern, wurden erweitert (§ 68c Absatz 3 StGB). Die Weisungsmöglichkeit aus § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12, Satz 3 und 4 StGB-E stellt hierzu eine – gerade unter spezialpräventiven Zwecken – sinnvolle Ergänzung dar (s. o. Allgemeiner Teil unter III. 1.).

(1) Inhalt der Weisung gemäß § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 StGB-E

Nach der neuen Weisungsmöglichkeit in Satz 1 Nummer 12 kann das Gericht anordnen, dass der Verurteilte die für eine elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes erforderlichen technischen Mittel ständig in betriebsbereitem Zustand bei sich führen muss und deren Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigen darf.

Die Regelung zielt nicht auf eine bestimmte Art der elektronischen Aufenthaltsüberwachung ab und ist damit auch offen für neue technische Entwicklungen. Nach derzeitigem Stand kommen vor allem solche Systeme in Betracht, bei denen die verurteilte Person ein oder mehrere Geräte mit sich führt, mit dem GPS-Signale empfangen und die jeweils bestimmten Positionsdaten an die zuständige Stelle übermittelt werden. Die Bezeichnung „Global Positioning System“ steht für ein derzeit aus mehr als 24 Satelliten bestehendes Satellitennetz des US-Verteidigungsministeriums, das auch zur zivilen Nutzung zur Verfügung steht. Es handelt sich um ein Verfahren zur Positionsbestimmung, bei dem ein Empfangsgerät die Signale von mindestens drei in Sichtverbindung befindlichen Satelliten empfängt, die Signallaufzeiten (vom jeweiligen Satelliten zum Empfangsgerät) errechnet und daraus die aktuelle geografische Position des Empfangsgeräts bestimmt. Eine Positionsbestimmung mittels GPS erfolgt zum Beispiel auch in handelsüblichen Kfz-Navigationsgeräten. Wenn das Empfangsgerät für die GPS-Signale um ein Funksendemodul erweitert wird, kann die berechnete Position drahtlos, zum Beispiel über ein Mobilfunknetz, an eine die Daten verarbeitende Stelle übermittelt werden.

Die von der verurteilten Person mitzuführenden technischen Geräte können beispielsweise aus einem Fußband und einer Personal Tracking Unit (PTU) bestehen, die an der Hüfte getragen wird und nur zuhause abgelegt werden darf, wo sich auch eine Aufladestation befindet. Das Fußband, das nicht entfernt werden kann, ohne einen Alarm auszulösen, sendet mittels Radiofrequenz Signale an die PTU um sicherzustellen, dass der Verurteilte die PTU trägt. Die PTU sammelt die Koordinaten des geografischen Aufenthaltsortes mittels GPS-Ortung, speichert sie und sendet sie an die Datenverarbeitungsstelle. Diese etwas umständlich anmutende Technik, die bei dem o. g. englischen Pilotprojekt 2004 bis 2006 eingesetzt wurde, befindet sich in ständiger Weiterentwicklung, unter anderem mit dem Ziel, alle Geräte in einem zusammenzuführen.

Dabei sind verschiedene technische Varianten der Überwachung denkbar, die sich vor allem auf die Datenübertragung von der PTU an die Datenverarbeitungsstelle (hier die Aufsichtsstelle) beziehen, insbesondere die simultane und die zeitversetzte Datenübertragung. Die simultane Übertragung erlaubt eine Überwachung – namentlich von Weisungsverstößen – in Echtzeit, da die Aufenthaltsdaten fortlaufend oder zumindest in kurzen Zeitabständen übertragen werden. Bei der zeitversetzten Übertragung werden die gesammelten Daten beispielsweise nur am Tagesende einmal an die Aufsichtsstelle übertragen (was aber natürlich eine kurzfristige behördliche Reaktion erschwert).

Die grundsätzliche Offenheit der Regelung vor allem gegenüber neuen technischen Entwicklungen begründet allerdings auch die Aufgabe, diesbezügliche Neuerungen aufmerksam zu beobachten, da ein korrigierendes Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich werden kann, falls deren Einsatz zu einer dem ursprünglichen Regelungszweck und -inhalt widersprechenden Rechtspraxis führt (zur Beobachtungs-, Korrektur- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers vgl. u. a. BVerfGE 88, 203, 309-311; 112, 304, 320 f.; 123, 186, 266).

Die Vorgabe der Weisung nach Nummer 12, die Geräte ständig in betriebsbereitem Zustand mit sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen, umfasst sowohl Handlungs- als auch Unterlassungspflichten. Dabei gilt die Pflicht, die Geräte ständig mit sich zu führen, unabhängig davon, ob z. B. das o. g. Fußband gegen Entfernung besonders gesichert ist, auch wenn dies in der Praxis regelmäßig der Fall sein dürfte. Die Vorgabe zur Betriebsbereitschaft beinhaltet die Pflicht, das oder die Geräte in ei-

nem hinreichend aufgeladenen Zustand zu halten oder sonst deren Energieversorgung sicherzustellen; die konkrete Anforderung hat das Gericht nach § 68b Absatz 1 Satz 2 StGB zu bestimmen. Hingegen besteht keine Verpflichtung, davon unabhängige Funktionsstörungen selbst zu reparieren, schon weil eine solche Vorgabe für den Betroffenen mangels entsprechender technischer Kenntnisse in der Regel unzumutbar wäre. Die Vorgabe, die Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen, beinhaltet vor allem das Verbot diesbezüglicher Manipulationen oder Beschädigungen. Sie bezieht sich aber nur auf die Funktionsfähigkeit der Geräte selbst. Die verurteilte Person ist also nicht verpflichtet, sich nur an Orten aufzuhalten, bei denen eine elektronische Aufenthaltsbestimmung möglich ist. Sie ist also z. B. nicht gehindert, U-Bahn zu fahren, obwohl dort eine Ortung ausgeschlossen sein kann.

Korrespondierend zu diesen mit der Weisung verbundenen Pflichten sieht § 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 bis 3 StPO-E die Erhebung von Daten über etwaige Beeinträchtigungen bei der Datenerhebung vor, die einen diesbezüglichen Weisungsverstoß belegen und hierfür als Nachweis verwendet werden können (siehe Artikel 2).

(2) Anordnungsvoraussetzungen nach § 68b Absatz 1 Satz 3 und 4 StGB-E

Der neue Satz 3 gibt vor, unter welchen Voraussetzungen die Weisung nach Satz 1 Nummer 12 angeordnet werden darf; Satz 4 konkretisiert diese Voraussetzungen für eine besondere Fallkonstellation.

(a) Erfasster Personenkreis (Satz 3 Nummer 1 bis 3, Satz 4)

Die Weisungsmöglichkeit gilt nur für Personen, die die in Satz 3 Nummer 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllen.

Nach Nummer 1 ist zunächst erforderlich, dass die Führungsaufsicht aufgrund der vollständigen Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer erledigten Maßregel eingetreten ist. Damit werden nur solche Fallkonstellationen erfasst, in denen die vorhergehende freiheitsentziehende Maßregel oder Strafhaft nicht wegen einer positiven Legalprognose beendet wurde. Dies sind zunächst die Fälle, in denen der Freiheitsentzug wegen des Ablaufs der jeweiligen Höchstfrist zu beenden war, sei es wegen vollständiger Verbüßung der Strafhaft (§ 68f StGB) oder im Bereich der freiheitsentziehenden Maßregeln wegen des Ablaufs der dort genannten Fristen (vgl. § 67d Absatz 1, 3 und 4 StGB; zu den von der vor dem 31. Januar 1998 geltenden Fristenregelung für die erste Sicherungsverwahrung betroffenen Altfällen siehe Allgemeiner Teil unter VI.). Außerdem erfasst sind die Fälle, in denen die Maßregel wegen Unerreichbarkeit des Maßregelzwecks oder aus anderen Gründen der Verhältnismäßigkeit zu beenden war (§ 67d Absatz 5 und 6 StGB). Hierzu gehören grundsätzlich auch die Fälle, in denen eine Unterbringung nach § 63 StGB für erledigt zu erklären ist, weil die Voraussetzungen der Maßregel nicht (mehr) vorliegen (vgl. erneut § 67d Absatz 6 StGB), da dies allein noch nichts darüber aussagt, ob der Verurteilte womöglich aus anderen Gründen weiterhin als gefährlich einzustufen ist. Nicht erfasst werden hingegen die Fälle, in denen die Maßregel nach § 67c Absatz 2 Satz 5 StGB wegen Erreichens des Maßregelzwecks für erledigt erklärt wird. Dies bedarf aber keiner gesonderten Regelung, weil in diesen Fällen keine Führungsaufsicht eintritt.

Für die Gruppe der sogenannten „Vollverbüßer“ ist nach Nummer 1 zweitens erforderlich, dass der Verurteilte wegen einer (oder mehrerer) dieser Taten eine Freiheitsstrafe oder eine Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verbüßt hat. Auch diese Beschränkung, die an die Schwellen des § 66 Absatz 2 und 3 StGB anknüpft, dient dazu, die neue Weisungsmöglichkeit auf Täter der schweren Kriminalität zu beschränken. Für die erfassten Fälle der Erledigung einer freiheitsentziehenden Maßregel wird hingegen auf eine solche Mindestverbüßungszeit verzichtet, da hier mangels Schuldfähigkeit des Täters die Verhängung einer Begleitstrafe ganz ausscheiden kann oder wegen verminderter Schuldfähigkeit nur eine deutlich gemilderte Begleitstrafe in Betracht kommen kann. Die

Länge der Maßregel selbst kann kein formeller Maßstab für die potentielle Gefährlichkeit des Betroffenen sein. Dies entspricht vom Ansatz her auch der Konzeption des § 66b Absatz 3 StGB.

Drittens muss der Betroffene wegen einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art, also insbesondere wegen einer Gewalt- oder Sexualstraftat, verurteilt worden sein (Nummer 2). Abgestellt wird also auf einen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung geltenden Katalog. Es handelt sich dabei um solche Straftaten, deren wiederholte Begehung vom Gesetzgeber als Indiz für einen besonders gefährlichen Straftäter gewertet wird (BT-Drucksache 13/9062, S. 9).

Diese Anforderungen nach Nummer 1 und 2 werden für eine besondere Fallkonstellation durch Satz 4 modifiziert. Danach ist es grundsätzlich unschädlich, wenn die Führungsaufsicht, die die Voraussetzungen von Nummer 1 in Verbindung mit Nummer 2 erfüllt, nach § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB, insbesondere in den Fällen der dortigen Nummer 3, kraft Gesetzes beendet worden ist und die nachfolgende Führungsaufsicht diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Denn in diesen Fällen beruht die Beendigung der vorangehenden Führungsaufsicht allein auf Erwägungen der Verfahrensökonomie und soll Doppelbetreuungen vermeiden (siehe bereits oben zu Nummer 2 Buchstabe a (1) im Hinblick auf die dortige Einbeziehung von § 145a StGB). Es wäre daher nicht sachgerecht, das Vorliegen der Voraussetzungen von Nummer 1 und 2 nur deshalb abzulehnen, weil eine die materiellen Anforderungen erfüllende Führungsaufsicht aus rein „formalen“ Gründen endet. Dies schließt auch hier den Fall ein, in dem aufgrund einer Anschlussvollstreckung mit der Entlassung aus dem Strafvollzug entsprechend § 68e Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 StGB im Ergebnis nur die auf der zuletzt vollstreckten Strafe beruhende Führungsaufsicht entsteht und die andere entfällt (vgl. auch hierzu bereits oben zu Nummer 2 Buchstabe a (1) a. a. O.; da die entsprechende Anwendung von § 68e Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 StGB bedingt, dass die andere Führungsaufsicht zumindest für eine juristische Sekunde entstanden ist, wird auch dieser Fall von der Formulierung erfasst, wonach die Führungsaufsicht „beendet“ ist). In beiden Konstellationen ist es also insbesondere unschädlich, wenn der neuen bzw. vorrangigen Führungsaufsicht eine Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von unter drei Jahren zugrunde liegt. In den von § 68e Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 StGB erfassten Fällen einer nachfolgenden freiheitsentziehenden Maßregel ist die Regelung insoweit ohne Bedeutung, als es hier auf keine Mindestvollstreckungsdauer ankommt und bei negativer Legalprognose auch diese für erledigt erklärt und somit auch die nachfolgende Führungsaufsicht zumindest die Voraussetzungen von Nummer 1 erfüllen würde. Im Übrigen dürfte bei einer nicht selten langjährigen Maßregel- und ggf. Strafvollstreckung ein Anknüpfen an die vorher geltende Führungsaufsicht aber ohnedies häufig nur noch bedingt sachgerecht sein. Dies zeigt auch die Vorschrift des § 68b Absatz 4 StGB, die die Berücksichtigung von Weisungen aus der früheren Führungsaufsicht nur für die Fälle des § 68e Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 StGB ausdrücklich vorschreibt. Da in Ausnahmefällen kurzer Vollstreckungen, insbesondere bei einer Unterbringung nach § 64 StGB, ein solches Anknüpfen aber dennoch geboten sein kann, soll diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden. Immer wird das Gericht aber zu bedenken haben, dass Satz 4 nur bezweckt, eine aus § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB folgende Beendigung der Führungsaufsicht auszugleichen, nicht aber weiterreichende Eingriffsbefugnisse begründen soll. Daher wird ein Rückgriff auf die „alte“ Führungsaufsicht auch dann nicht mehr in Betracht kommen, wenn sie – unabhängig von § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB – inzwischen wegen Ablaufs ihrer fünfjährigen Höchstdauer nach § 68c Absatz 1 Satz 1 beendet wäre. Da die Prüfung eines solchen hypothetischen Verfahrensablaufs aufgrund der tatsächlichen oder rechtlichen Gründe, die nach § 68c Absatz 4 Satz 2 und § 68g Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 Satz 1 StGB zu einer Verlängerung dieser Fünfjahresfrist führen können, zu erheblichen praktischen Problemen führen kann, soll ein solches fiktives Überschreiten der Höchstdauer jedoch nicht als gesetzlicher Ausschlussgrund normiert werden. Vielmehr wird es Aufgabe der Rechtsprechung sein, jedenfalls in klaren Fällen einer solchen „Fristüberschreitung“ von einem Rückgriff auf die alte Führungsaufsicht abzusehen. In der Praxis bedeutsam dürfte vor allem die Frage sein, ob die Fünfjah-

resfrist auch unter Berücksichtigung von Zeiten der Anstaltsverwahrung aufgrund behördlicher Anordnung inzwischen abgelaufen wäre, da alle drei in § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB genannten Beendigungsgründe unmittelbar (Nummer 1 und 2) oder zumindest regelmäßig mittelbar (Nummer 3) einen Maßregel- oder Strafvollzug voraussetzen. Diese Verwahrzeiten werden in der Regel aber ohne Probleme feststellbar sein (vgl. auch § 54a Absatz 5 der Strafvollstreckungsordnung).

Materiell setzt die Weisung nach Nummer 3 schließlich voraus, dass die Gefahr besteht, dass die verurteilte Person erneut erhebliche Straftaten im Sinne des § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB begehen wird. Damit knüpft der Entwurf zum einen an die Gefährlichkeitsschwelle an, wie sie auch für die Anordnung der freiheitsentziehenden Maßregeln nach § 64 StGB und – dem Grunde nach – § 66 StGB sowie im Rahmen der Führungsaufsicht gemäß § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB für die Anordnung der unbefristeten Führungsaufsicht gilt. Wie bei der Anordnung der unbefristeten Führungsaufsicht gemäß § 68c Absatz 2 und 3 StGB muss eine Gefahr bestehen, die in Anlehnung an die Maßregel des § 64 StGB als begründete Wahrscheinlichkeit näher definiert werden kann (BGH, NStZ 1994, 30). Zum anderen macht sich die Regelung bezüglich der Art und Schwere der drohenden Taten erneut den Katalog des § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB zu Nutze. Die Wiederholungsgefahr muss sich also nicht nur auf irgendeine Straftat beziehen, sondern auf eine der dort genannten schweren Delikte, namentlich also auf Gewalt- und Sexualstraftaten. Auch damit wird der Anwendungsbereich der Neuregelung deutlich begrenzt.

Der Entwurf verzichtet darauf, eine gesetzliche Pflicht für das zuständige Gericht zu begründen, die Frage einer fortbestehenden Gefährlichkeit des Verurteilten durch einen Sachverständigen begutachten zu lassen. Der mit einer elektronischen Überwachung verbundene Eingriff ist nicht vergleichbar mit einer freiheitsentziehenden Maßregel, vor deren Anordnung die Einholung eines Sachverständigengutachtens gesetzlich vorgeschrieben ist (§§ 80a, 246a, 275a Absatz 4 StPO). Daher soll es hier bei den allgemeinen, durch die Grundsätze der Amtsermittlung und des Freibeweises bestimmten Regelungen bleiben (vgl. *KK/AppI*, StPO, 6. Auflage, § 462 Rn. 2; *KK/Fischer*, a. a. O., § 244 Rn. 16). Demnach kann das Gericht ein Sachverständigengutachten zur Gefährlichkeit des Verurteilten einholen und es kann im Einzelfall hierzu wegen seiner Amtsaufklärungspflicht auch verpflichtet sein. Es kann aber auf die Einholung eines Gutachtens verzichten, falls sich z. B. aus fachärztlichen Stellungnahmen o. ä. der Justizvollzugsanstalt bereits eine hinreichende Beweisgrundlage für eine solche Gefährlichkeitsprognose ergibt.

Nicht erfasst wird von der Neuregelung die Fallgruppe, bei der Führungsaufsicht eintritt, weil nach den §§ 67b, 67c Absatz 1 und 2 oder § 67d Absatz 2 StGB eine freiheitsentziehende Maßregel zur Bewährung ausgesetzt wurde. Für diese Tätergruppe besteht keine Notwendigkeit für die Einführung einer strafbewehrten und von der Einwilligung des Betroffenen unabhängigen elektronischen Überwachung. Denn die Weisung, sich elektronisch überwachen zu lassen, kann grundsätzlich bereits de lege lata als flankierende weitere Weisung zur Lebensführung gemäß § 68b Absatz 2 Satz 1 StGB auferlegt werden (siehe bereits Allgemeiner Teil unter III. 1. a) am Ende). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Aussetzung zur Bewährung voraussetzt, dass eine positive Gefahrenprognose gestellt werden kann. Gerade in Grenzfällen kann dabei eine elektronische Überwachung ein Instrument darstellen, um eine solche Prognose rechtfertigen zu können (ähnlich wie etwa die Aufnahme in eine Einrichtung betreuten Wohnens eine Aussetzung rechtfertigen kann, vgl. *Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 67b Rn. 3). Der Untergebrachte hätte in einem solchen Fall praktisch ein Wahlrecht zwischen der Einwilligung in die (einen milderen Eingriff darstellende) elektronische Überwachung und der Fortsetzung des Vollzuges. Da die Aussetzung unter den Voraussetzungen des § 67g StGB widerrufen werden kann, bedarf es auch keiner Strafbewehrung, um die Einhaltung der Weisung durchsetzen zu können. Ist dem Verurteilten hingegen bereits ohne elektronische Überwachung eine positive Kriminalprognose zu stellen, fehlt es auch an einem praktischen Bedarf für den Einsatz dieses besonderen Kontrollinstruments.

(b) Erforderlichkeit der Weisung (§ 68b Absatz 1 Satz 3 Nummer 4 StGB-E)

Die Weisungserteilung setzt gemäß Nummer 4 voraus, dass sie erforderlich erscheint, um die verurteilte Person durch die Möglichkeit der Datenverwendung nach § 463a Absatz 4 Satz 2 StPO-E (siehe Artikel 2) von der Begehung weiterer Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art abzuhalten.

Mit dieser Formulierung wird auf die spezialpräventive Wirkung der Weisung abgestellt. Wie bereits erläutert, kann eine elektronische Aufenthaltsüberwachung die Eigenkontrolle des Betroffenen stärken, kann die Führungsaufsicht ggf. frühzeitiger mit modifizierten Betreuungsmaßnahmen reagieren und kann das erhöhte Entdeckungsrisiko unmittelbar abschreckend wirken (siehe Allgemeiner Teil unter III. 1. b).

Die Regelung macht durch beispielhafte Erwähnung deutlich, dass insbesondere die Möglichkeit der Datenverwendung zur elektronischen Überwachung der Erfüllung aufenthaltsbezogener Weisungen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 StGB in Verbindung mit § 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 bis 3 StPO-E spezialpräventiv wirken kann (siehe auch dazu bereits Allgemeiner Teil unter III. 1. b).

Bei den aufenthaltsbezogenen Weisungen sind vor allem Aufenthaltsverbote nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB bedeutsam, die sich auf Orte beziehen, die dem Verurteilten Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten bieten können. Dies betrifft bei weitem Gewalt- oder Sexualdelikten verurteilten Personen namentlich solche Bereiche, in denen sich potentielle Opfer regelmäßig aufhalten, etwa die Wohnung eines früheren Opfers oder – bei pädophilen Straftätern – zum Beispiel Kinderspielfläche, Kindergärten und Schulen. Der Zweck einer Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 StGB besteht neben der erleichterten Kontrolle durch die Aufsichtsstelle auch in der Vermeidung einer kriminellen Gefährdung, der der Verurteilte außerhalb seines Wohn- oder Aufenthaltsortes ausgesetzt sein kann (MK/Groß, StGB, § 68b Rn. 10). Auf die Kontrolle der Einhaltung einer Weisung, die dem letztgenannten Zweck dient, wird unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten in der Regel auch die elektronische Überwachung zu beschränken sein. Etwas anderes kann allerdings dann gelten, wenn das Verbot, einen bestimmten Bereich (z. B. Landkreis) zu verlassen, erforderlich ist, um eine elektronische Überwachung von Aufenthaltsverboten nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB überhaupt technisch möglich zu machen, etwa weil eine bundesweite elektronische Erfassung der zu vermeidenden Orte gar nicht leistbar ist. Zwar eignet sich die elektronische Überwachung nicht unmittelbar zur Überwachung des in § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 StGB genannten Verbots, zu der verletzten Person oder bestimmten Personen, die Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten bieten könnten, Kontakt aufzunehmen. Ein solcher Kontakt wird sich elektronisch nämlich nicht zuverlässig überwachen lassen, da allein der Aufenthaltsort der verurteilten Person, nicht aber die Aktivitäten, die sie dort entfaltet, überprüft werden können. Soweit aber der Kontakt zu einer verletzten Person oder die Kontaktaufnahme zu einer bestimmten Gruppe (z. B. Kindern) zusätzlich mittels Aufenthaltsverboten verhindert werden soll, kann deren elektronische Überwachung zugleich mittelbar der Kontrolle eines Kontaktverbotes dienen.

Die erwartete präventive Wirkung ist jedoch nicht vom Bestehen solcher aufenthaltsbezogener Weisungen und deren elektronischer Überwachung abhängig. Vielmehr verweist die Regelung auf alle fünf in § 463a Absatz 4 Satz 2 StPO-E genannten Verwendungszwecke. Daher kann das Gericht auch unabhängig von aufenthaltsbezogenen Vorgaben die Weisung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung erteilen, wenn es überzeugt ist, dass auch und allein die Möglichkeit der Datenverwendung nach § 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 4 und 5 StPO-E zur Abwehr einer gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für Leib, Leben, persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter sowie zur Verfolgung schwerer Straftaten im Sinne des § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB den Betroffenen von der erneuten Begehung solcher Taten abhalten kann und daher die elektronische Überwachung zur Erreichung dieses Ziels erforderlich erscheint.

Der Entwurfstext stellt dabei bewusst darauf ab, dass die elektronische Aufenthaltsüberwachung zur Erreichung dieses Ziels nur erforderlich „erscheinen“ muss. Da sich diese Bewertung auf das zukünftige Verhalten der unter Führungsaufsicht stehenden Person bezieht, dürfen hier keine überspannten Anforderungen an die Überzeugungsbildung gestellt werden (vgl. auch die parallele Formulierung bei § 68a Absatz 8 Satz 2 Nummer 2 StGB). Andererseits muss sich die erhoffte spezialpräventive Wirkung auf die Begehung weiterer Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art beziehen. Die elektronische Aufenthaltsüberwachung darf nur mit dem Ziel angeordnet werden, die erneute Begehung solcher schweren Taten zu verhindern, nicht aber andere Taten der mittleren und einfachen Kriminalität. Auch diese Beschränkung dient der Verhältnismäßigkeit des mit der Weisung verbundenen Eingriffs in Grundrechte des Betroffenen (siehe auch Allgemeiner Teil unter III. 1. c).

Im Übrigen gilt auch für diese neue Weisungsmöglichkeit die Vorgabe des § 68b Absatz 3 StGB, wonach das zuständige Gericht im Rahmen seiner Ermessensausübung entscheiden muss, ob eine solche Weisung auch im Einzelfall verhältnismäßig und damit für die verurteilte Person zumutbar ist. Im Rahmen dieser Prüfung wird das Gericht sich auch mit anderen und gegebenenfalls mildereren Mitteln zur Eindämmung einer Rückfallgefahr auseinanderzusetzen haben. Sollte die verurteilte Person zum Beispiel bereit sein, sich einer Heilbehandlung zu unterziehen oder aktiv an ihrer psychiatrischen, psycho- oder sozialtherapeutischen Betreuung und Behandlung mitzuwirken, wird eine Abwägung erforderlich sein, ob allein diese Maßnahme und der damit gezeigte Wille der verurteilten Person, an einer zukünftigen Straffreiheit mitzuarbeiten, eine elektronische Überwachung überflüssig machen kann.

(c) Keine Einwilligung der verurteilten Person erforderlich

Die Weisung nach Satz 1 Nummer 12 bedarf keiner Einwilligung der verurteilten Person. Sie begründet keinen solchen Eingriff in die Lebensführung des Betroffenen, wie er etwa mit der Durchführung einer stationären Therapie oder mit körperlichen Eingriffen verbunden ist (vgl. hierzu § 56c Absatz 3 und § 68b Absatz 2 Satz 4 StGB). Dies folgt im Hinblick auf die Kontrolle aufenthaltsbezogener Weisungen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 StGB schon daraus, dass die elektronische Überwachung selbst keine freiheitsbeschränkende Wirkung entfaltet, die über diese Weisungen hinausgeht. Die beschriebene technische Umsetzung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung (s. o. unter (1)) erfordert auch keinen Eingriff in die körperliche Integrität des Betroffenen. Es liegen auch keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse dahingehend vor, dass die Funkwellen, die das vom Verurteilten zu tragende Gerät aussendet, gesundheitsschädigende Wirkung zeigen.

**Zu Nummer 7 (§ 68c Absatz 3 StGB-E)**

Bei der von § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12, Satz 3 Nummer 1 StGB-E erfassten Personengruppe handelt es sich um Täter schwerer Straftaten, bei denen aufgrund einer ungünstigen Legalprognose eine vorzeitige Aussetzung der Freiheitsentziehung nicht in Betracht kam. Für diesen Personenkreis, der eine erhöhte Betreuungs- und Überwachungsintensität erfordert, soll flankierend die Möglichkeit erweitert werden, die Führungsaufsicht nach Ablauf der Höchstfrist auf unbestimmte Zeit zu verlängern. Zwar kann dies unter bestimmten Bedingungen bereits jetzt geschehen. Dies gilt insbesondere in den Fällen des § 68c Absatz 1 Nummer 2 StGB, wenn der Täter einer Weisung, sich einer Heilbehandlung, einer Entziehungskur oder einer therapeutischen Behandlung zu unterziehen, nicht nachkommt. Liegen diese Voraussetzungen jedoch nicht vor, kommt für die hier einschlägige Gruppe nur eine Verlängerung der Führungsaufsicht nach § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB in Betracht. Diese Vorschrift gilt aber nur für Sexualstraftäter, nicht für andere Täter, die ebenfalls grundlegende höchstpersönliche Rechtsgüter verletzt haben, namentlich Gewaltstraftäter.

Allerdings wäre eine pauschale Ausdehnung des § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB auf Gewaltstraftäter nicht sachgerecht. Denn dieser Personengruppe kann nach den vorliegenden kriminologischen Erkenntnissen keine vergleichbar lange andauernde Rückfallgefahr zugeschrieben werden, wie dies bei Sexualstraftätern der Fall ist und wie dies 2007 für die Einführung des geltenden § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB durch das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. April 2007 (BGBl. I S. 513) maßgebend war (vgl. BT-Drucksache 16/1993, S. 21). Gleichwohl ist bei Gewaltstraftätern von einem erhöhten Gefährlichkeitspotential auszugehen, wenn sie mit einer negativen Legalprognose in die Führungsaufsicht gelangen und dies auch noch zusätzlich nach Verurteilung wegen einer oder mehrerer besonders schwerer Straftaten gegen Leib, Leben, persönliche Freiheit oder wegen schwerer Raub- oder Erpressungsdelikte geschieht. Daher soll – in Anlehnung an den Verbrechenskatalog in § 66b Absatz 2 StGB – für diese spezifische Tätergruppe die Möglichkeit der unbefristeten Verlängerung der Führungsaufsicht entsprechend § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB erweitert werden. Regelungstechnisch geschieht dies, indem Nummer 2 in zwei Untergruppen unterteilt und in Buchstabe b der genannte Kreis von Gewalttätern bestimmt wird. Durch diese Erweiterung können namentlich auch solche Gewaltstraftäter erfasst werden, die aufgrund der o. g. Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 entlassen werden (siehe Allgemeiner Teil, III.2. und VI.).

Eine Vorfestlegung im Hinblick auf eine tatsächliche Verlängerung der Führungsaufsicht am Ende der Höchstfrist ist damit nicht verbunden. Denn aufgrund der Übernahme der Vorgaben des § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB müssen sich auch in diesen Fällen erst während der Führungsaufsicht aus dem Verstoß gegen Weisungen oder aufgrund anderer bestimmter Tatsachen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine Gefährdung der Allgemeinheit durch die Begehung weiterer erheblicher Straftaten zu befürchten ist.

Durch einen neuen Satz 2 wird § 68b Absatz 1 Satz 4 StGB-E für entsprechend anwendbar erklärt. Auch in den Fällen des Absatzes 3 soll die Möglichkeit der Fristverlängerung nicht allein daran scheitern, dass eine die materiellen Anforderungen erfüllende Führungsaufsicht aus rein „formalen“ Gründen nach § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB endet (siehe bereits oben zu Nummer 2 Buchstabe a (1) und Nummer 6 (2) (a)). Dies kann jedenfalls in den Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen, in denen nicht auch die nachfolgende Führungsaufsicht die Möglichkeit der unbefristeten Verlängerung in sich trägt (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 22. Juli 2009, 2 Ws 333/09, bei juris Rn. 28 ff.) Wie bei § 68b Absatz 1 Satz 4 StGB-E wird die justizielle Praxis bei der konkreten Rechtsanwendung zu beachten haben, dass mit Satz 2 nur die durch § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB entstehenden Nachteile ausgeglichen, nicht aber weitergehende Eingriffsbefugnisse begründet werden sollen (siehe oben zu Nummer 6 (2) (a)). Aufgrund der vorgesehenen Einschränkung von § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB-E ist die Regelung im Übrigen nur für die in § 68c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 StGB-E genannten Fälle bedeutsam, soweit dort die Führungsaufsicht nicht durch Aussetzung der Vollstreckung einer freiheitsentziehenden Maßregel entstanden ist (siehe unten zu Nummer 9).

#### **Zu Nummer 8 (§ 68d Absatz 2 StGB-E)**

Durch den neu eingeführten § 68d Absatz 2 StGB-E wird eine Höchstfrist für eine regelmäßige gerichtliche Überprüfung der elektronischen Überwachung angeordnet. Diese gerichtliche Kontrolle soll der – im Vergleich zu sonstigen Weisungen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 StGB – größeren Eingriffsintensität der elektronischen Aufenthaltsüberwachung Rechnung tragen. Sie soll sicherstellen, dass spätestens nach zwei Jahren das Gericht prüft, ob es der Fortsetzung dieser Überwachungsmaßnahme noch bedarf oder ob sie aufzuheben ist, weil deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Dabei ist namentlich daran zu denken, dass die in § 68b Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 oder 4 StGB-E genannten Bedingungen nicht mehr vorliegen, aber auch, dass eine weitere elektronische Überwachung nicht mehr verhältnismäßig wäre (vgl. §§ 62, 68b Absatz 3 StGB). Diese gesetzliche Höchstfrist ändert – wie bei § 67e StGB – nichts daran, dass das Gericht auch

schon vor deren Ablauf aufgrund eines entsprechenden Antrags oder beim Vorliegen konkreter Umstände, die auf eine Entbehrlichkeit der Maßnahme hindeuten, von Amts wegen über eine Aufhebung zu entscheiden hat. Im Übrigen werden die Vorgaben des § 67e Absatz 3 und 4 StGB über den Beginn des Fristlaufs und die Möglichkeit des Gerichts, die Frist zu kürzen oder eine Frist für eine erneute Antragstellung zu setzen, für entsprechend anwendbar erklärt.

### **Zu Nummer 9 (§ 68e Absatz 1 StGB)**

Bereits um ungewollte Umkehrschlüsse aus den Sonderregelungen in § 66 Absatz 1 Satz 2, § 68b Absatz 1 Satz 4 und § 68c Absatz 3 Satz 2 StGB-E (siehe oben zu Nummer 2 Buchstabe a (1), Nummer 6 (2) (a) und Nummer 7 am Ende) zu vermeiden, soll gelegentlich dieses Entwurfs klargestellt werden, dass die Beendigungsgründe des § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB nicht eingreifen, wenn die Führungsaufsicht nach Aussetzung der Vollstreckung einer freiheitsentziehenden Maßregel zur Bewährung eingetreten ist (§ 67b Absatz 2, § 67c Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 4, § 67d Absatz 2 Satz 2 StGB). In der Praxis hat sich gezeigt, dass andernfalls ungewollte Einschränkungen im Recht der Führungsaufsicht drohen und strittig ist, ob das geltende Recht eine ein solches Ergebnis vermeidende Auslegung zulässt (bejahend OLG Nürnberg, Beschluss vom 4. Februar 2008, 1 Ws 792/07, bei juris Rn. 24; OLG Bamberg, Beschluss vom 13. Februar 2008, 1 Ws 841/07, bei juris Rn. 7 am Ende; OLG München, Beschluss vom 14. Februar 2008, 1 Ws 114/08, 115/08, unveröffentlicht; LG Marburg, Beschluss vom 1. Juni 2007, 7 StVK 230/07, bei juris Rn. 17; verneinend KG, Beschluss vom 16. Juli 2009, 2 Ws 167/09, bei juris Rn. 15 ff.). Durch die vorgesehene Klarstellung wird vor allem vermieden, dass eine Führungsaufsicht, die die Möglichkeit des Widerrufs der freiheitsentziehenden Maßregel in sich trägt, nicht durch eine solche verdrängt wird, die lediglich Sanktionen nach § 145a StGB eröffnet. Dies gilt namentlich für die Fälle, in denen eine neue Führungsaufsicht nach § 68f Absatz 1 Satz 1 StGB wegen zwischenzeitlicher Vollverbüßung einer Freiheitsstrafe oder nach § 67d Absatz 4 StGB wegen Ablaufs der Höchstfrist einer parallel angeordneten Unterbringung nach § 64 StGB eintritt (dazu vgl. LG Marburg a. a. O.). Denn die durch das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. April 2007 (BGBl. I S. 513) eingefügten Regelungen zur Beendigung der Führungsaufsicht sollten den mit Doppelbetreuungen verbundenen Verwaltungsaufwand beseitigen (siehe erneut zu Nummer 2 Buchstabe a (1) und Nummer 6 (2) (a)), nicht aber zu derartigen materiellrechtlichen Einschränkungen der Führungsaufsicht führen. Die Klarstellung kann darüber hinaus bedeutsam sein, wenn während der Aussetzung einer Unterbringung nach § 63 StGB eine weitere Unterbringung nach § 64 oder auch nach § 63 StGB angeordnet wird und bereits der Vollzug dieser zweiten Unterbringung oder einer eventuellen Begleitstrafe nach dem Wortlaut des § 68e Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 StGB zur Beendigung der „widerrufsbewehrten“ ersten Führungsaufsicht führen würde, obwohl die zweite Führungsaufsicht womöglich nach § 67d Absatz 4 oder 5 StGB ohne Widerrufsmöglichkeit eintritt oder Bedarf besteht, auch nach Beginn des Vollzugs der zweiten Unterbringung die Aussetzung der ersten zu widerrufen (vgl. dazu KG a. a. O.).

Der neu eingefügte Satz 3 und die Ergänzung in Satz 4 sollen dem Gericht die notwendige Flexibilität geben, auch in den vorstehend genannten Fällen im Einzelfall unnötige Doppelbetreuungen zu vermeiden. Dies kann geschehen, indem das Gericht bei Vorliegen der in Satz 1 Nummer 1 bis 3 genannten Umstände das Entfallen der bereits bestehenden Führungsaufsicht oder im Fall des Eintritts einer neuen Führungsaufsicht deren Entfallen anordnet, wenn es dieser jeweils nicht mehr bedarf. Das Entfallen der bereits bestehenden Führungsaufsicht kann zum Beispiel dann in Betracht kommen, wenn sich eine Maßregelvollstreckung nach § 63 StGB anschließt, neben der die Möglichkeit des Widerrufs der Aussetzung der ersten Maßregelanzahlung nach § 64 StGB entbehrlich erscheint. Das Entfallen der neuen Führungsaufsicht kann sachgerecht sein, wenn zu einer nach Aussetzung einer Unterbringung nach § 63 StGB eingetretenen Führungsaufsicht eine Führungsaufsicht wegen Erledigung einer Unterbringung nach § 64 StGB oder

wegen Vollverbüßung einer Freiheitsstrafe nach § 68f Absatz 1 Satz 1 StGB hinzutritt und die neue Führungsaufsicht weder im Hinblick auf die Anforderungen des § 68b Absatz 1 Satz 3 Nummer 1 und 2 StGB-E oder des § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB-E noch im Übrigen erforderlich erscheint.

Die Prüfung etwaigen weiteren Änderungsbedarfs im Recht der Führungsaufsicht soll der geplanten rechtstatsächlichen Evaluation der Reform von 2007 vorbehalten bleiben.

## **Zu Artikel 2 (Änderung der Strafprozessordnung)**

Die Nummern 1 bis 6 des Artikels 2 enthalten die verfahrensrechtlichen Änderungen zum Recht der Sicherungsverwahrung, Nummer 7 enthält die zum Recht der Führungsaufsicht.

### **Zu den Nummern 1 und 2 (§§ 140, 141 StPO)**

Es handelt sich um Folgeänderungen, die aus der Einfügung eines neuen Absatzes 5 in § 275a StPO resultieren (siehe Nummer 4 Buchstabe b).

### **Zu Nummer 3 (§ 268d StPO)**

§ 268d StPO wird an die Neufassung des § 66a StGB angepasst. Zum einen ist bei der Bezugnahme auf § 66a StGB zu berücksichtigen, dass als Grundlage für einen Vorbehalt neben Absatz 1 zukünftig auch Absatz 2 des § 66a StGB-E in Betracht kommt. Zum anderen bedarf der Wortlaut einer Anpassung, die berücksichtigt, dass nach § 66a Absatz 3 Satz 1 StGB-E in Verbindung mit § 275a Absatz 5 StPO-E nicht mehr in allen Fällen eine weitere gerichtliche Entscheidung ergeht (vgl. zum geltenden Recht *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Auflage, § 275a Rn. 6 und 12). Wie sich aus diesen Neuregelungen ergibt, ist eine Entscheidung über die endgültige Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nicht (mehr) erforderlich, wenn die Freiheitsstrafe vollständig vollstreckt oder die Vollstreckung des Strafrestes rechtskräftig zur Bewährung ausgesetzt worden ist (siehe Artikel 1 Nummer 3 und nachfolgend Nummer 4). Deshalb soll auf die Formulierungen „die Entscheidung über“, „einer weiteren gerichtlichen Entscheidung“ und „den Gegenstand der weiteren Entscheidungen“ verzichtet werden. Statt über den Gegenstand der weiteren Entscheidungen soll der Vorsitzende den Angeklagten über die Bedeutung des Vorbehalts belehren. Eine vergleichbare Formulierung findet sich bereits in § 268a Absatz 3 Satz 1 StPO.

### **Zu Nummer 4 (§ 275a StPO)**

In § 275a StPO sind mit Blick auf die Änderungen im Bereich sowohl der vorbehaltenen als auch der nachträglichen Sicherungsverwahrung Anpassungen erforderlich.

Buchstabe a (Absatz 1)

Absatz 1 wird neu gefasst. Die ersten beiden Sätze regeln die Verantwortlichkeit für die Einleitung des Verfahrens zur Entscheidung über die gemäß § 66a Absatz 1 oder 2 StGB-E vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung (sogenanntes Nachverfahren). Satz 1 übernimmt im Wesentlichen den Wortlaut des bisherigen Satzes 1, allerdings beschränkt auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung. Lediglich auf die Formulierung „zu entscheiden“ wird aus den zu Nummer 3 (§ 268d StPO) genannten Gründen verzichtet. Wie bisher ist die Regelung auf den Fall zugeschnitten, in dem die Vollstreckungsbehörde nicht mit der Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichts identisch ist (vgl. § 451 Absatz 3 Satz 2 StPO). Nach Satz 2 hat die Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichts die Akten so rechtzeitig dem Vorsitzenden des Gerichts zu übergeben, dass eine Entscheidung bis zu dem im neuen Absatz 5 genannten Zeitpunkt ergehen kann. Diese Regelung erscheint sinnvoll, da auf der Grundlage des geltenden Rechts umstritten ist, wer

das Nachverfahren einzuleiten hat. In Betracht kommen die Staatsanwaltschaft (so *MK/Ullenbruch*, StGB, § 66a Rn. 70 f.) und das Gericht (so *LK/Rissing-van Saan/Peglau*, StGB, 12. Auflage, § 66a Rn. 77). Der neue Satz 2 weist die Initiativpflicht der Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichts zu, die zur Erfüllung ihrer Pflicht die Akten rechtzeitig dem Vorsitzenden übergeben muss. Ein auf Anordnung der Sicherungsverwahrung gerichteter Antrag ist – anders als bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung – nicht erforderlich. Gegen eine Initiativpflicht des Gerichts spricht, dass dort zum relevanten Zeitpunkt die Akten regelmäßig nicht mehr vorhanden sind. Die neue Regelung hindert das den Vorbehalt aussprechende Gericht nicht daran, durch die Geschäftsstelle ein Akten-doppel erstellen und eine Wiedervorlagefrist notieren zu lassen (vgl. zu dieser Vorgehensweise *LK/Rissing-van Saan/Peglau*, a. a. O.). Ein solches Vorgehen bietet sich vielmehr an, wenn das Gericht sichergehen will, über den Vorbehalt später auch entscheiden zu können (zu einem Fall, in dem dies dem Gericht nicht mehr möglich war vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 5. Januar 2010, 4 Ws 348/09).

Die Sätze 3 bis 5 regeln, wie zu verfahren ist, wenn die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) gemäß § 67d Absatz 6 Satz 1 StGB für erledigt erklärt worden ist. In einem solchen Fall übersendet die Vollstreckungsbehörde die Akten – erforderlichenfalls ein Aktendoppel – unverzüglich an die Staatsanwaltschaft des Gerichts, das für eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66b StGB-E zuständig ist (Satz 3). Nach Eingang der Akten hat die Staatsanwaltschaft zu prüfen, ob die für eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Kommt die Staatsanwaltschaft im Rahmen dieses Vorprüfungsverfahrens (vgl. BGH, Beschluss vom 3. November 2005, 3 StR 345/05, bei juris Rn. 16) zu dem Ergebnis, dass ein Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung angezeigt ist, teilt sie dies der betroffenen Person mit (Satz 4). Abweichend vom Wortlaut des bisherigen Satzes 2 soll nach dem neuen Satz 4 eine Mitteilung nicht schon dann erforderlich sein, wenn die Staatsanwaltschaft in eine Prüfung eintritt, sondern nur, wenn sie nach Durchführung der Prüfung beabsichtigt, einen Anordnungsantrag zu stellen. Eine solche Regelung erscheint jedenfalls auf der Grundlage des neuen Rechts sachgerecht, denn nicht selten wird die von der Staatsanwaltschaft durchzuführende Vorprüfung ergeben, dass bereits die formellen Voraussetzungen des § 66b Satz 1 Nummer 1 StGB-E nicht vorliegen. Eine dennoch bestehende Mitteilungspflicht würde diese Personen unnötig belasten (so zum geltenden Recht *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Auflage, § 275a Rn. 6; *Folkers*, NStZ 2006, 426, 431; zur Möglichkeit des Gerichts, einen trotz Fehlens der formellen Anordnungsvoraussetzungen gestellten Antrag der Staatsanwaltschaft ausnahmsweise durch Beschluss zurückzuweisen vgl. BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2005, 1 StR 441/05, bei juris Orientierungssatz 3). Wird der verurteilten Person anderweitig bekannt, dass die Staatsanwaltschaft in die Prüfung eingetreten ist, sollte diese – ebenfalls zur Vermeidung belastender Ungewissheit – die verurteilte Person entsprechend § 170 Absatz 2 Satz 2 StPO unterrichten, sobald sie die Voraussetzungen für eine Antragstellung verneint (*Folkers*, a. a. O.). Die Mitteilung nach Satz 4 hat auch dann zu erfolgen, wenn die Vollstreckungsbehörde, die nicht mit der Staatsanwaltschaft des Hauptsacheverfahrens identisch sein muss (siehe oben), bereits den Erlass eines Unterbringungsbefehls beantragt hat (vgl. § 275a Absatz 6 Satz 2 StPO-E), denn dies allein unterrichtet die betroffene Person noch nicht darüber, ob auch im Hauptsacheverfahren ein Antrag auf Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gestellt werden soll. Nach Satz 5 soll die Staatsanwaltschaft diesen Antrag unverzüglich stellen und zusammen mit den Akten dem Vorsitzenden des Gerichts übergeben. Der Antrag ist zu begründen (vgl. BGH, Urteil vom 25. November 2005, 2 StR 272/05, bei juris Rn. 17) und er muss die Behauptung enthalten, dass nach vorläufiger Einschätzung der Staatsanwaltschaft die materiellen Voraussetzungen der nachträglichen Sicherungsverwahrung im weiteren Verfahren festgestellt werden, also eine unter sachverständiger Hilfestellung (§ 275a Absatz 4 Satz 2 StPO) erfolgende Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung dessen besondere Gefährlichkeit (hohe Wahrscheinlichkeit erheblicher Straftaten) ergeben wird (vgl. BGH, Beschluss vom 3. November 2005, 3 StR 345/05, bei juris Rn. 17 am Ende).

#### Buchstabe b (Absatz 5 neu)

Nach Absatz 4 wird ein neuer Absatz 5 eingefügt. Dieser bestimmt, wann das Gericht über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung entscheiden soll, und ergänzt damit die materiellrechtliche Regelung des § 66a Absatz 3 StGB-E in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Gemäß § 66a Absatz 3 Satz 1 StGB-E kann das Gericht über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung im ersten Rechtszug nur bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe oder bis zur rechtskräftigen Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung entscheiden; danach erlischt der Vorbehalt. Nach § 275a Absatz 5 StPO-E soll das Gericht über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung spätestens sechs Monate vor der vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe entscheiden, wenn nicht die Vollstreckung des Strafrestes rechtskräftig zur Bewährung ausgesetzt worden ist.

Das Verfahrensrecht unterscheidet also zwischen den Fällen, in denen die Freiheitsstrafe vollständig vollstreckt wird, und den Fällen, in denen die Vollstreckung des Strafrestes rechtskräftig zur Bewährung ausgesetzt wird. Nur in der ersten Fallgruppe ist durch eine ausdrückliche Entscheidung des Gerichts zu gewährleisten, dass die verurteilte Person eine angemessene Zeit vor dem Ende der Strafzeit Gewissheit über die Anordnung oder Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung erlangt und für den Fall einer Nichtanordnung noch ausreichend Zeit für Entlassungsvorbereitungen verbleibt. Diese Gesichtspunkte spielen im Vorfeld einer Entscheidung, mit der die Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung ausgesetzt werden soll, keine vergleichbare Rolle. Hier weiß die verurteilte Person (vgl. § 268d StPO-E, oben Nummer 3), dass mit der rechtskräftigen Aussetzung des Strafrestes auch der Vorbehalt erlischt. Außerdem eröffnet hier bereits das für die Aussetzungsentscheidung geltende Recht dem Gericht den notwendigen Spielraum, die Entscheidung so frühzeitig zu treffen, dass die notwendigen bzw. sinnvollen Entlassungsvorbereitungen ermöglicht werden (vgl. § 454a Absatz 1 StPO; *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Auflage, § 454a Rn. 1). Im Übrigen besteht in solchen Konstellationen – unabhängig von der Frage des Zeitpunkts einer solchen Entscheidung – auch generell keine Notwendigkeit für eine zusätzliche Entscheidung über die vorbehaltene Sicherungsverwahrung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie es § 462a Absatz 2 Satz 3 StPO-E vorsieht – sowohl für die Aussetzungsentscheidung als auch für die Entscheidung über die Ausübung des Vorbehalts ein und dasselbe Gericht zuständig ist. Denn dann besteht nicht die Gefahr, dass die Aussetzungsentscheidung des einen Gerichts eine Entscheidung des anderen Gerichts über die Sicherungsverwahrung vereitelt (siehe unten Nummer 5). Eine zusätzliche Entscheidung über die vorbehaltene Sicherungsverwahrung gebietet auch nicht der Umstand, dass sie die Durchführung einer Hauptverhandlung und damit die Einholung eines Sachverständigengutachtens (§ 275a Absatz 4 Satz 2 StPO) erfordern würde. Denn weiter gehende Erkenntnisse als im Rahmen des Verfahrens über die Strafaussetzung dürften insoweit mit Blick auf § 454 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und Satz 2 StPO grundsätzlich nicht zu erwarten sein. Danach ist auch in diesem Verfahren die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich, das sich namentlich zu der Frage der Gefährlichkeit der verurteilten Person zu äußern hat, sowie eine mündliche Anhörung des Sachverständigen, wobei der Staatsanwaltschaft, der verurteilten Person, ihrem Verteidiger und der Vollzugsanstalt Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben ist. Die Voraussetzungen des § 454 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 StPO sind in den Fällen des § 66a StGB-E auch regelmäßig erfüllt, da der Vorbehalt seinerseits die Verurteilung zu Freiheitsstrafe von (mindestens) zwei Jahren wegen einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB-E genannten Art erfordert.

Die Frist von sechs Monaten lässt zwar in der Regel noch ausreichend Zeit für Entlassungsvorbereitungen (vgl. LR/*Wendisch*, StPO, 25. Auflage, § 454a Rn. 4, sowie die Vorgabe in § 454a Absatz 1 StPO von drei Monaten). Sie kann sich aber durch ein Rechtsmittelverfahren verkürzen. Deshalb ist das Gericht gehalten, in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob es nicht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände schon zu einem früheren Zeitpunkt entscheiden kann. Dies drückt die Formulierung „spätestens“ aus.

Gleichzeitig erlaubt die Ausgestaltung der Vorschrift als Soll-Regelung eine spätere Entscheidung, allerdings nur bis zum Erlöschen des Vorbehalts gemäß § 66a Absatz 3 Satz 1 StGB-E. Damit wird zum einen dem Umstand Rechnung getragen, dass es immer zu unvorhergesehenen und vom Gericht nicht zu vertretenden Verzögerungen kommen kann. Zum anderen gibt die Regelung den Gerichten die nötige Flexibilität, etwaige Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. So kann etwa ein Zuwarten mit der Entscheidung über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung durchaus dem Interesse der betroffenen Person entsprechen, etwa wenn die Vollstreckung des Strafrestes vor dem gesetzlich vorgesehenen Entscheidungszeitpunkt zur Bewährung ausgesetzt worden ist, die Staatsanwaltschaft diese Entscheidung aber angefochten hat. In einer solchen Situation kann es sinnvoll sein, die Rechtskraft der Aussetzungsentcheidung abzuwarten, die das Erlöschen des Vorbehalts zur Folge hätte.

Hat das Gericht bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe nicht über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung entschieden, ist ein noch anhängiges Verfahren durch Urteil zu beenden, in dem von der Anordnung der Sicherungsverwahrung wegen Erlöschens des Vorbehalts abgesehen wird (vgl. LK/Rissing-van Saan/Peglau, StGB, 12. Auflage, § 66a Rn. 52). Entbehrlich ist eine Entscheidung, wenn das Gericht bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe das Verfahren nicht aufgenommen hat. Bestehen aus Sicht der Staatsanwaltschaft Zweifel, ob der in § 66a Absatz 3 Satz 1 StGB-E genannte Zeitpunkt verstrichen ist, hat sie die Möglichkeit, durch einen entsprechenden Antrag eine Entscheidung des Gerichts über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung herbeizuführen. Bei Zweifeln über die Strafzeitberechnung wird jedoch vorrangig gemäß § 458 Absatz 1 StPO zu verfahren sein.

Buchstabe c (Absatz 6 neu = Absatz 5 alt)

Der bisherige Absatz 5 wird zum neuen Absatz 6 und an die Änderungen im Bereich der vorbehaltenen und der nachträglichen Sicherungsverwahrung angepasst. Dies betrifft zunächst den ersten Teil des Satzes 2, der mit Rücksicht auf die Aufhebung der Absätze 1 und 2 des § 66b StGB umformuliert werden muss. Die neue Formulierung berücksichtigt, dass § 66b StGB-E nur einen Fall regelt, nämlich die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach für erledigt erklärter Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. In Satz 3 ist eine Folgeänderung erforderlich, da der Zeitpunkt, bis zu dem das Gericht über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung entscheiden kann, zukünftig in § 66a Absatz 3 Satz 1 StGB-E geregelt wird.

### **Zu Nummer 5 (§ 462a StPO)**

Dem § 462a Absatz 2 StPO wird ein neuer Satz 3 angefügt. Danach ist abweichend von § 462a Absatz 1 StPO nicht die Strafvollstreckungskammer für die Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung zuständig, sondern das Gericht des ersten Rechtszuges, wenn es die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten hat (§ 66a StGB) und bisher noch keine rechtskräftige Aussetzung erfolgt ist. Diese Regelung soll sicherstellen, dass in Fällen, in denen im Urteil ein Vorbehalt gemäß § 66a Absatz 1 oder 2 StGB-E ausgesprochen worden ist, vorrangig das Gericht des ersten Rechtszuges darüber entscheidet, ob die verurteilte Person wieder in Freiheit entlassen wird oder nicht. Da eine rechtskräftige Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung das Erlöschen des Vorbehalts zur Folge hat (§ 66a Absatz 3 Satz 1 StGB-E), würde eine entsprechende Entscheidung der Strafvollstreckungskammer die Ausübung des Vorbehalts im Ergebnis unmöglich machen. Dies gilt jedoch nur für die erste rechtskräftige Strafrestausssetzung, weshalb es für nachfolgende Aussetzungsentscheidungen im Falle des Widerrufs der ersten Strafrestausssetzung (vgl. zu dieser Möglichkeit Fischer, StGB, 57. Auflage, § 57 Rn. 8) auch weiterhin bei der Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer bleibt. Der einmal durch rechtskräftige Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung erloschene Vorbehalt lebt im Falle des Widerrufs der Strafausssetzung nicht wieder auf.

Die Verlagerung der Zuständigkeit für die Aussetzungsentscheidung von der Strafvollstreckungskammer auf das Gericht des ersten Rechtszuges vermeidet auch divergierende Entscheidungen. Dazu könnte es kommen, wenn die Strafkammer nach einem Vorbehalt im Urteil die Sicherungsverwahrung anordnet, während die positive Aussetzungsentscheidung der Strafvollstreckungskammer noch nicht rechtskräftig ist. Mit der Zuständigkeitskonzentration wird zudem eine Art Wettlauf um die erste Entscheidung verhindert, bei dem die von der Gefährlichkeit des Täters überzeugte Staatsanwaltschaft möglichst früh das Nachverfahren einleitet, nur um einer möglichen Aussetzung der Reststrafe durch die Strafvollstreckungskammer zuvorzukommen, und umgekehrt der Verurteilte fortwährend bei dieser Aussetzungsanträge stellt, weil er sich genau eine solche, zugleich den Vorbehalt zum Erlöschen bringende Entscheidung erhofft. Nicht zuletzt ist eine einheitliche Zuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszuges wegen des inhaltlichen Zusammenhangs zwischen Gefährlichkeitsprognose einerseits (§ 66a Absatz 3 Satz 2 StGB-E: „erhebliche Straftaten zu erwarten sind“) und Sozialprognose andererseits (§ 57 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB: „unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann“) geboten. Diese Zuständigkeitsverlagerung ist auch systematisch kein Novum, da § 462a Absatz 2 Satz 1 StPO ohnehin eine Auffangzuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszuges für nachträglich zu treffende Entscheidungen vorsieht, die nicht ausdrücklich der Strafvollstreckungskammer zugewiesen sind.

Als Alternative bliebe nur die Möglichkeit, der Strafvollstreckungskammer auch die Entscheidung über die vorbehaltenen Anordnung der Sicherungsverwahrung zuzuweisen. Davon ist bereits 2002 im Gesetzgebungsverfahren zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung aus folgenden Gründen Abstand genommen worden: Bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung handelt es sich um ein zweiaktiges Verfahren. Im ersten Teil spricht das Gericht den Vorbehalt aus, im zweiten Teil wird über die Ausübung dieses Vorbehalts entschieden. Zuständigkeit des Gerichts und verfahrensrechtliche Regelungen dürfen daher in beiden Teilen des Verfahrens nicht auseinanderfallen; die verurteilte Person kann im zweiten Teil nicht anders gestellt werden, als wenn das Gericht die Sicherungsverwahrung gleich im ersten Teil angeordnet hätte. Daher gehört das Verfahren über die Ausübung des Vorbehalts noch zum Erkenntnisverfahren, was auch der Standort von § 275a StPO verdeutlicht (vgl. BT-Drucksache 14/9264, S. 10). Diese Überlegungen gelten unverändert fort mit der Ergänzung, dass nach § 275a Absatz 5 StPO-E eine zweite Entscheidung nun auch ganz entbehrlich sein kann. Außerdem unterstreicht diese Ausgestaltung als zweiaktiges Erkenntnisverfahren, dass die auf der Ausübung des Vorbehalts beruhende Freiheitsentziehung in einem hinreichenden Kausalzusammenhang („sufficient causal connection“) zur Ausgangsverurteilung steht, wie dies der EGMR in ständiger Rechtsprechung (vgl. jüngst Urteil vom 17. Dezember 2009, 19359/04, Rn. 88) mit Blick auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe a EMRK fordert.

#### **Zu Nummer 6 (§ 463 StPO)**

Als Folge der Änderung in § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB (siehe Artikel 1 Nummer 5) werden auch in § 463 Absatz 3 Satz 4 StPO die Wörter „aufgrund seines Hanges“ gestrichen.

#### **Zu Nummer 7 (§ 463a Absatz 4 StPO-E)**

Buchstabe a (Absatz 4 neu)

Der neue § 463a Absatz 4 StPO-E enthält die notwendigen Bestimmungen für die Erhebung und Verwendung der bei einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 und Satz 3 StGB-E anfallenden Daten.

- (1) Erhebung und Speicherung von Aufenthaltsdaten, § 463a Absatz 4 Satz 1 erster Halbsatz StPO-E

Satz 1 erster Halbsatz enthält die Rechtsgrundlage für die Erhebung und Speicherung der für die elektronische Überwachung erforderlichen Daten durch die Aufsichtsstelle. Er er-

gänzt damit § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12, Satz 3 und 4 StGB-E sowie den geltenden § 68a Absatz 3 StGB, der der Aufsichtsstelle bereits die Überwachung der verurteilten Person im Einvernehmen mit dem Gericht und dem Bewährungshelfer zuweist. Die Erhebung und Speicherung umfasst dabei grundsätzlich alle Aufenthaltsdaten einschließlich der Daten über eine Beeinträchtigung der Erhebung. Dieser umfassende Ansatz ist erforderlich, um sämtliche in Satz 2 Nummer 1 bis 5 vorgesehenen Verwendungszwecke erfüllen und die mit der Überwachung angestrebten spezialpräventiven Wirkungen (siehe Allgemeiner Teil unter III. 1. b) erreichen zu können. Insbesondere bedarf es auch einer Erhebung und Speicherung der unabhängig von etwaigen Weisungsverstößen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 oder 12 StGB-E anfallenden Aufenthaltsdaten, um ausnahmsweise den jeweiligen Aufenthaltsort der verurteilten Person verfolgen zu können, wenn dies zur Abwehr einer erheblichen gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter erforderlich ist oder um nachträglich den Aufenthaltsort der verurteilten Person feststellen zu können, wenn der Verdacht besteht, dass sie mit der Begehung einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art in Verbindung steht (siehe Satz 2 Nummer 4 und 5). Es würde auch ein erheblicher Vertrauensverlust in die Funktionsfähigkeit der Führungsaufsicht und der Justiz insgesamt drohen, wenn trotz einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung die entsprechenden Daten nicht zur Verfolgung oder Verhinderung erheblicher Straftaten, insbesondere von schweren Gewalt- und Sexualstraftaten, genutzt werden dürften. Die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten ist ein wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens (vgl. BVerfGE 100, 313, 373, 383 f.; 107, 299, 316; 109, 279, 336; 115, 320, 345; BVerfG, Urteil vom 11. März 2008, 1 BvR 256/08), ebenso wie die Abwehr erheblicher Gefahren für höchstpersönliche Rechtsgüter. Der Befugnis zur Erhebung von Daten über etwaige Beeinträchtigungen bei der Datenerhebung bedarf es nicht nur, um Weisungsverstöße nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 StGB-E festzustellen, sondern auch, um davon unabhängige Funktionsbeeinträchtigungen erkennen zu können, die zum Beispiel eine Reparatur der vom Betroffenen mitgeführten Geräte erfordern.

Die Datenerhebung und -speicherung hat automatisiert zu erfolgen. Dies soll – zusammen mit der Vorgabe in Satz 3 – die Einhaltung der unterschiedlichen Verwendungszwecke sichern und gewährleisten, dass die Aufsichtsstelle grundsätzlich nur die Daten zur Kenntnis nehmen kann, die für die Erfüllung dieser Zwecke erforderlich sind (siehe näher unter (7)).

- (2) Aussparung des Wohnraumes als innerstem Rückzugsort (§ 463a Absatz 4 Satz 1 zweiter Halbsatz und Satz 7 und 8 StPO-E)

Satz 1 zweiter Halbsatz und Satz 7 schreiben vor, dass der Verurteilte in seiner Wohnung keiner Datenerhebung und -verwertung ausgesetzt sein darf, aus der sich mehr Informationen ergeben als seine Anwesenheit. Eine genaue Ortung innerhalb der Wohnung ist damit untersagt. Damit wird der vom BVerfG unter anderem in seiner Mikrozensusentscheidung dargelegten Vorgabe Rechnung getragen, nach der jeder Bürger das Recht auf einen innersten Rückzugsraum hat, in dem er vom Staat nicht behelligt wird (BVerfGE 27, 1, 6). Die Doppelregelung in Satz 1 zweiter Halbsatz und Satz 7 StPO-E verfolgt dabei einen abgestuften Ansatz: Soweit dies technisch möglich ist, dürfen die genannten Aufenthaltsdaten gar nicht erst erhoben werden. Sollte technisch ein Ausschluss dieser Daten nicht umgesetzt werden können, darf jedenfalls eine Verwertung dieser Daten nicht erfolgen. Sie sind unverzüglich zu löschen, sobald eine Kenntnisnahme erfolgt ist, wobei die Tatsache ihrer Kenntnisnahme und Löschung gemäß Satz 8 StPO-E zu protokollieren ist. Dabei stellt der Wortlaut bewusst auf die Kenntnisnahme und nicht auf die Erlangung der Daten ab, um zu verdeutlichen, dass die Aufsichtsstelle nicht verpflichtet ist, etwaige Wohnraumdaten nur deshalb zur Kenntnis zu nehmen, um dieser Löschungs- und Protokollierungspflicht nachkommen zu können.

Die Regelung gewährleistet zugleich, dass die elektronische Aufenthaltsüberwachung nicht zu einem unzulässigen Eingriff in den Kernbereich privater Lebensführung führt. Das

BVerfG hat zwar betont, dass die Verwendung von Instrumenten technischer Observation in Ausmaß und Intensität typischerweise noch nicht diesen Kernbereich erreicht (BVerfGE 112, 304, 319). Anderes könnte aber womöglich gelten, wenn solche Daten Auskunft geben, wo sich der Betroffene genau innerhalb seiner Wohnung aufhält, etwa im Bade- oder Schlafzimmer. Das vorgesehene Verbot der Erhebung und Verwendung solcher Daten schließt eine solche Kernbereichsverletzung jedenfalls von vornherein aus.

- (3) Verwendung zur Feststellung von Verstößen gegen aufenthaltsbezogene Weisungen und zur Reaktion hierauf (§ 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 bis 3 StPO-E)

Satz 2 Nummer 1 gestattet die Verwendung der nach Satz 1 erhobenen Daten zur Feststellung von Verstößen gegen Weisungen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 und 12 StGB-E. Sie können folglich nicht nur zur Überwachung von etwaigen Aufenthaltsbeschränkungen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 StGB verwandt werden, sondern auch zur Kontrolle, ob die verurteilte Person der Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 StGB-E nachkommt, also die für eine Überwachung notwendigen Geräte ständig in betriebsbereitem Zustand bei sich führt und deren Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigt. Die Regelung gestattet auch die Verwendung von Daten, die auf eine nicht vom Betroffenen zu vertretende Funktionsbeeinträchtigung hinweisen, um diese – zum Beispiel durch Austausch der vom Betroffenen mitgeführten Geräte – beseitigen zu können. Denn die Überprüfung der Funktionsfähigkeit der eingesetzten Geräte ist Grundvoraussetzung für eine wirksame Feststellung von Weisungsverstößen.

Nach Nummer 2 können die Daten für Maßnahmen der Führungsaufsicht genutzt werden, mit denen auf einen diesbezüglichen Weisungsverstoß reagiert werden soll. Diese können zum Beispiel in Anträgen an das zuständige Gericht mit dem Ziel zusätzlicher oder abgeänderter Weisungen oder in der Intensivierung der Betreuung durch den Bewährungshelfer bestehen. Darüber hinaus können die Daten nach Nummer 3 auch für die strafrechtliche Ahndung von Weisungsverstößen nach § 145a StGB verwendet werden.

Konkret bedarf es zur Feststellung von Bereichsverletzungen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 StGB der Standortkoordinaten, aus denen sich der Aufenthaltsort der verurteilten Person innerhalb eines vorab definierten Bereichs ergibt, sowie des jeweiligen Zeitpunkts der Datenerhebung. Zur Feststellung eines Verstoßes gegen eine Weisung nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 StGB bedarf es vor allem der Erhebung solcher Daten, aus denen sich ergibt, dass die verurteilte Person die zur Überwachung erforderlichen Geräte gar nicht mit sich führt oder sie deren Anzeigeverhalten manipuliert. Natürlich können Daten über Funktionsbeeinträchtigungen auch zugunsten des Betroffenen für den Nachweis verwendet werden, dass wegen einer von ihm nicht zu verantwortenden technischen Störung eine ordnungsgemäße Datenerhebung nicht möglich war.

Dieser beschränkte Verwendungszweck trägt auch dazu bei, dass der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht außer Verhältnis zu den damit verfolgten Zielen steht. Denn ein Eingriff wiegt geringer, wenn eine gesetzliche Ermächtigung lediglich die Nutzung bestimmter, im Gesetz ausdrücklich aufgezählter Informationen, die für sich genommen keine gesteigerte Persönlichkeitsrelevanz aufweisen, zu einem näher bestimmten Zweck zulässt (BVerfGE 118, 168, 197). Hierbei kommt der normenklaren Begrenzung der Verwendungszwecke besondere Bedeutung zu (BVerfG, Urteil vom 2. März 2010, 1 BvR 256/08, Leitsätze 1 und 2 sowie bei juris Rn. 214 und 226 ff.). Diese Verwendungsregelung verletzt auch nicht den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung (hierzu BVerfGE 109, 279, 323). Dies gilt schon deshalb, weil sie lediglich die Verwertung von Aufenthaltsdaten bei Hinweisen auf einen Weisungsverstoß nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 oder 12 StGB-E gestattet.

(4) Verwendung zur Abwehr einer erheblichen und gegenwärtigen Gefahr (§ 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 4 StPO-E)

Nummer 4 eröffnet die Möglichkeit, die nach Satz 1 erhobenen Aufenthaltsdaten bei Vorliegen einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter zu nutzen, um diese Gefahr abzuwehren. Da eine gegenwärtige und erhebliche Gefahr gefordert wird, ist hier vor allem an Ausnahmesituationen wie beispielsweise die Entführung eines Kindes zu denken, deren der Verurteilte verdächtigt wird. Hier kann über die elektronische Überwachung versucht werden, entweder unmittelbar den aktuellen Aufenthaltsort des Verurteilten festzustellen oder – wenn er sich der elektronischen Überwachung entzogen hat – über eine Auswertung seiner früheren Aufenthaltsorte Rückschlüsse auf seinen derzeitigen Aufenthaltsort zu ermöglichen. Anhaltspunkte für eine gegenwärtige und erhebliche Gefahr können sich ausnahmsweise auch aus aktuellen Berichten des Bewährungshelfers oder des Therapeuten ergeben, der in dieser Situation unter den Voraussetzungen des § 68a Absatz 8 Satz 2 Nummer 3 StGB ebenfalls zur Offenbarung fremder Geheimnisse verpflichtet ist, die ihm im Rahmen des durch § 203 StGB geschützten Verhältnisses anvertraut oder bekannt wurden. Da auch die Datenverwendung zur Gefahrenabwehr die Funktionsfähigkeit der eingesetzten Geräte voraussetzt, erstreckt sich die Verwendungsbefugnis auch hier auf Daten, die auf eine Funktionsbeeinträchtigung hinweisen (s. o. unter (3)); das Gleiche gilt für die Verwendung zur Strafverfolgung nach Nummer 5).

In systematischer Hinsicht begründet Nummer 4 eine besondere Verwendungsregelung im Hinblick auf die allgemeine Befugnis der Aufsichtsstelle nach § 463a Absatz 1 StPO und § 483 Absatz 1 StPO, zur Überwachung des Verurteilten grundsätzlich Ermittlungen jeder Art vorzunehmen und die dabei erhobenen Daten für die Zwecke der Führungsaufsicht zu speichern und zu verwenden. Im Hinblick auf den konkreten Zweck der Gefahrenabwehr entfaltet diese Verwendungsbeschränkung ihre Wirkung vor allem insoweit, als sie auch bei der Datenübermittlung an die Polizei und deren dortige Verwendung zu beachten ist (vgl. § 487 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 477 Absatz 2 Satz 1 StPO, § 487 Absatz 6 Satz 1 StPO sowie § 481 Absatz 2 StPO).

Auch die Verwendung zur Gefahrenabwehr stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, der verhältnismäßig ist. Er verfolgt allein den Zweck, eine erhebliche gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben, persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter abzuwehren. Maßnahmen mit dieser Zweckbestimmung dienen einem überragenden Gemeinwohlinteresse (vgl. BVerfGE 115, 320, 345).

Diese Verwendung verletzt auch nicht den Kernbereich privater Lebensgestaltung. Allein das Wissen um die unterschiedlichen Aufenthaltsorte ermöglicht keine umfassende Kenntnis von die verurteilte Person betreffenden Vorgängen höchstpersönlicher Art. Dies wäre allenfalls dann der Fall, wenn mit der Ortskenntnis jeweils auch die Kenntnis verbunden wäre, womit sich die verurteilte Person an dem jeweiligen Ort beschäftigt. Vielmehr geht es hier nur darum, allein über den Aufenthaltsort zu dokumentierende Erkenntnisse im Hinblick auf eine konkrete Gefährdungssituation erlangen zu können (wie bei der erwähnten Entführung oder dem Fall, dass sich der Verurteilte dem Wohnort seines früheren Opfers nähert, nachdem er am Tag davor seinem Therapeuten gegenüber Morddrohungen gegen dieses Opfer ausgesprochen hat).

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind im Übrigen selbst höchstpersönliche Äußerungen nicht dem absolut geschützten Bereich persönlicher Lebensgestaltung zuzuordnen, wenn sich aus ihnen konkrete und erhebliche Gefahrenlagen für Dritte ergeben (BVerfGE 80, 367, 375 für die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen, aus denen sich eine Gefahrenlage für unbeteiligte Dritte ergab, Opfer schwerer Sexualstraftaten zu werden). Entsprechendes muss für bloße Aufenthaltsdaten gelten, die Hinweise auf eine Gefährdung Dritter geben, Opfer einer schweren Straftat gegen Leben, Leib, persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung zu werden.

- (5) Verwendung zur Verfolgung von Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art (§ 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 5 StPO-E)

Nach Nummer 5 können die Aufenthaltsdaten auch für die Verfolgung von Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art verwandt werden. Die Daten über den Aufenthaltsort der verurteilten Person können also nachträglich auch für andere Strafverfahren ausgewertet werden, wenn der Verdacht besteht, dass sie mit einer solchen Straftat in Verbindung stehen könnte und nun ermittelt werden soll, wo sie sich zur mutmaßlichen Tatzeit aufhielt. Mit dieser Verwendungsmöglichkeit soll zum einen die Tataufklärung und Strafverfolgung ermöglicht oder erleichtert werden. Vor allem aber soll das Wissen um die sehr hohe Gefahr einer Tatentdeckung spezialpräventiv wirken und die überwachte Person darin unterstützen, keine Wiederholungstaten zu begehen (siehe Allgemeiner Teil unter III. 1. b) und bei Artikel 1 Nummer 6 unter (2) (b)). Die Verwendung ist nur zulässig, wenn es um die Strafverfolgung von Taten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art geht. Der Bereich der mittleren und einfachen Kriminalität wird damit bewusst nicht erfasst.

Diese Verwendungsregelung stellt in systematischer Hinsicht ebenfalls eine Verwendungsbeschränkung dar. Sind die hier in Rede stehenden Aufenthaltsdaten zum mutmaßlichen Tatzeitpunkt in einer Datei im Sinne des § 483 Absatz 1 StPO enthalten, ist die Datenübermittlung gemäß § 487 Absatz 1 in Verbindung mit § 477 Absatz 2 Satz 1 StPO nur zulässig, wenn wegen einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art ermittelt wird. Umgekehrt darf wegen § 160 Absatz 4 StPO nur dann nach diesen Daten von der ermittelnden Behörde gefragt werden, wenn Gegenstand des Verfahrens eine solche Straftat ist. Sind die entsprechenden Aufenthaltsdaten in der Akte vermerkt, gilt § 477 Absatz 2 Satz 1 StPO direkt und schränkt deshalb eine Akteneinsicht bzw. Auskunftserteilung nach § 474 Absatz 1 und 2 in Verbindung mit § 17 Nummer 1 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz und § 479 Absatz 1 und 3 StPO entsprechend den vorstehenden Ausführungen ein. Von der um Akteneinsicht oder Auskunft nachsuchenden Behörde ist § 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 5 StPO-E wiederum über § 160 Absatz 4 StPO zu beachten.

Die Verwendungsregelung ist auch enger als dies der in § 477 Absatz 2 Satz 2 (auch in Verbindung mit § 487 Absatz 1 Satz 2) und § 161 Absatz 2 Satz 1 StPO enthaltene Grundgedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs zulassen würde. Denn danach können aufgrund anderer Vorschriften erhobene Daten zum Zwecke der Verfolgung von solchen Straftaten verwendet werden, wegen derer auch eine entsprechende Ermittlungsmaßnahme nach der Strafprozessordnung hätte angeordnet werden können. Die mit einer Maßnahme nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12, Satz 3 und 4 StGB-E in Verbindung mit § 463a Absatz 4 StPO-E wohl am ehesten vergleichbare technische und längerfristige Observation nach § 100h Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und Satz 2 StPO und § 163f StPO setzt jedoch lediglich eine Straftat von „erheblicher Bedeutung“ als Gegenstand der Untersuchung voraus. Damit wäre aber ein größerer Kreis an Straftaten erfasst als die in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Verbrechen und Sexual- und Gewaltdelikte. Die Beschränkung auf diese Taten rechtfertigt sich zum einen mit dem systematischen Argument, dass es auch diese Taten sind, deren Begehung mit der elektronischen Überwachung vorgebeugt werden soll. Zum anderen trägt diese Beschränkung ebenfalls zur Verhältnismäßigkeit der Gesamtregelung bei (vgl. auch BVerfG, Urteil vom 2. März 2010, 1 BvR 256/08, bei juris Rn. 228).

Der Nutzungszweck „zur Verfolgung von Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art“ ist auch im Übrigen grundrechtskonform. Er zielt im Kern nur auf die nachträgliche Feststellung des Aufenthaltsortes der verurteilten Person zu einer bestimmten Zeit ab, nämlich der mutmaßlichen Tatzeit. Auch hier wird der Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht verletzt, denn dieser umfasst nicht solche Tätigkeiten und Äußerungen, die konkret auf die Begehung von Straftaten gerichtet sind (BVerfGE 80, 367, 375).

Im Übrigen gilt, dass die Datenverwendung nach Nummer 5 nicht etwa eine Observation nach § 100h Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StPO oder § 163f StPO ersetzen kann. Die hier geregelte Verwendung gestattet allein, nachträglich den Aufenthaltsort des Probanden, insbesondere zum Tatzeitpunkt, festzustellen, nicht aber, ihn zukünftig elektronisch zu überwachen, um ihn so überführen zu können. Derartige verdeckte Ermittlungsmaßnahmen müssen weiterhin unter den Voraussetzungen der §§ 100h und 163f StPO erfolgen, wobei dies nicht ausschließt, die für die Führungsaufsicht eingesetzten technischen Mittel auch für diese Observation einzusetzen.

- (6) Verwendung mit Einwilligung der betroffenen Person (§ 463a Absatz 4 Satz 2 erster Halbsatz StPO-E)

Satz 2 stellt in Übereinstimmung mit den sonstigen Verwendungsregelungen in der StPO (zum Beispiel § 477 Absatz 2 Satz 2 StPO) klar, dass die erhobenen Daten über die in § 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 bis 5 StPO-E genannten Fälle hinaus mit Einwilligung der betroffenen Person auch für sonstige Zwecke verwendet werden dürfen. In Betracht kommt etwa eine Verwendung zur Aufklärung von nicht in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Straftaten.

- (7) Sicherung der Daten gegen unbefugte Kenntnisnahme (§ 463a Absatz 4 Satz 3 StPO-E)

Gemäß Satz 3 sind die nach Satz 1 erhobenen und gespeicherten Daten gegen unbefugte Kenntnisnahme besonders zu sichern, um eine Einhaltung der Zweckbindung nach Satz 2 zu gewährleisten. Dabei gibt die Regelung zudem vor, dass die Verarbeitung der Daten zur Feststellung von Verstößen gegen aufenthaltsbezogene Weisungen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 StGB automatisiert zu erfolgen hat. Die Vorschrift soll zusammen mit der in Satz 1 enthaltenen Pflicht zur automatisierten Datenerhebung und -speicherung (siehe oben unter (1)) sicherstellen, dass die Aufsichtsstelle im „Normalbetrieb“ einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung, die sich auf die Kontrolle der Einhaltung aufenthaltsbezogener Weisungen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 StGB bezieht, nur von solchen Daten erfährt, die auf einen diesbezüglichen Verstoß hinweisen, wenn nicht ausnahmsweise die hohen Voraussetzungen für eine anderweitige Nutzung nach Satz 2 Nummer 4 oder 5 gegeben sind. In der Praxis wird dies konkret bedeuten, dass das System grundsätzlich nur dann ein (Alarm-) Signal abgibt, wenn es Hinweise auf einen Weisungsverstoß gibt. Somit ist auch durch technische Vorkehrungen zu verhindern, dass der Aufenthaltsort der verurteilten Person unabhängig von etwaigen Weisungsverstößen oder den Voraussetzungen nach Satz 2 Nummer 4 oder 5 jederzeit oder gar fortlaufend kontrolliert werden kann.

Die besondere Sicherung der Daten hat nach den Vorgaben von § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes in Verbindung mit der Anlage zu Satz 1 dieser Vorschrift zu erfolgen. Die dort beschriebenen Maßnahmen, die sich unter anderem auf die Zutritts-, Zugangs- und Zugriffskontrolle beziehen, sind einzuhalten, wobei ein dem Stand der Technik entsprechendes Verschlüsselungsverfahren zu nutzen ist. Es ist dadurch insbesondere sicherzustellen, dass nur ein begrenzter, mit der Aufgabenerfüllung befasster Personenkreis Zugriff auf die Daten haben kann.

- (8) Möglichkeit der Erhebung und Verarbeitung der Daten durch die Polizei (§ 463a Absatz 4 Satz 4 StPO-E)

Die Aufsichtsstelle kann sich bei der Durchführung der Überwachung gemäß § 463a Absatz 1 StPO grundsätzlich auch der Polizeibehörden bedienen. Nach dieser Regelung kann die Aufsichtsstelle u. a. zur Überwachung des Verhaltens des Verurteilten Ermittlungen jeder Art, mit Ausschluss eidlicher Vernehmungen, durch andere Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit vornehmen lassen. Satz 4 ergänzt diese Vorgabe dahingehend, dass die Aufsichtsstelle die Erhebung und Verarbeitung der Daten durch die Behörden

und Beamten des Polizeidienstes vornehmen lassen kann und dass diese auch verpflichtet sind, einem entsprechenden Ersuchen der Aufsichtsstelle zu genügen. Dabei können namentlich praktische Erwägungen für eine Durchführung der Überwachung durch die Polizei sprechen: Sie verfügt in der Regel nicht nur eher über entsprechend geschultes und erfahrenes Personal sowie die technischen Möglichkeiten, eine zeitversetzte oder – soweit erforderlich – auch simultane elektronische Überwachung durchzuführen, sondern ist namentlich im Falle einer konkreten und gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben auch häufig besser in der Lage, unmittelbar selbst einzuschreiten. Satz 4 ändert allerdings nichts an dem Grundsatz, dass sich die Befugnisse der Polizei zur eigenen Verwendung der für die Aufsichtsstelle erhobenen und verarbeiteten Daten (z. B. zur Gefahrenabwehr) aus den jeweils für sie geltenden Bestimmungen ergeben müssen.

(9) Dauer der Aufbewahrung der Daten (§ 463a Absatz 4 Satz 5 StPO-E)

Satz 5 enthält eine grundsätzliche Lösungsfrist von zwei Monaten für die nach Satz 1 erhobenen Daten. Die Frist ist notwendig, um klären zu können, ob die Daten für die in Satz 2 genannten Zwecke noch benötigt werden, also zur Feststellung und Ahndung von Weisungsverstößen nach § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 und 12 StGB-E, zur Abwehr einer erheblichen und gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter oder zur Verfolgung einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art. Dabei entspricht die Frist von zwei Monaten den Bedürfnissen der Praxis, die insbesondere in Bezug auf die Verfolgung begangener Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB genannten Art dem Problem ausgesetzt ist, dass einige Zeit nach der Tatbegehung verstreichen kann, bevor das Vorliegen einer Straftat überhaupt zur Kenntnisnahme der Ermittlungsbehörden gelangt. Dies kann zum einen etwa bei Gewaltverbrechen der Fall sein, bei denen der Täter sein Opfer über einen längeren Zeitraum verborgen hält oder – im schlimmsten Fall eines Tötungsdelikts - der Leichenfund erst deutlich nach Tatbegehung erfolgt. Zum anderen rechtfertigt sich die Länge der Frist insbesondere in Hinblick auf schwere Sexualdelikte. Gerade bei Vergewaltigungsdelikten benötigt das Opfer oftmals einige Zeit, bis es sich psychisch in der Lage sieht, sich seinem Umfeld und den Ermittlungsbehörden anzuvertrauen. Die Ermittlungsbehörden benötigen nach der Kenntnisnahme vom Vorliegen einer schweren Straftat ihrerseits Zeit, um einen hinreichenden Bezug zu der unter elektronischer Aufenthaltsüberwachung stehenden Person herstellen zu können. Außerdem kann auch die Abwehr einer erheblichen gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben, etwa im Falle einer Entführung, es erforderlich machen, die Aufenthaltsdaten des damit womöglich in Verbindung stehenden Probanden über einen längeren Zeitraum zurückzuverfolgen, um Hinweise zum eventuellen Aufenthaltsort des Opfers zu erlangen. Soweit Baden-Württemberg in § 13 EStVollzG (siehe oben Allgemeiner Teil unter III. 1. a) eine Lösungsfrist von einer Woche für ausreichend hält, lässt sich dieser Maßstab schon deshalb nicht auf den hiesigen Gesetzentwurf übertragen, weil das EStVollzG als Vollzugsgesetz von vornherein eine andere Zielrichtung verfolgt. Die vollzugliche elektronische Aufsicht dient der Überwachung von vollzugsöffnenden Maßnahmen und orientiert sich daran, dass solche Maßnahmen im Hinblick auf die individuelle Flucht- und Rückfallgefahr und die Schwere der insoweit in Rede stehenden Taten verantwortet werden können. Erfasst werden daher unter anderem Gefangene, die lediglich eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen. Demgegenüber richtet sich die elektronische Aufenthaltsüberwachung insbesondere an gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter, die grundsätzlich eine deutlich größere Gefahr für die Allgemeinheit darstellen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass § 3 Absatz 2 Buchstabe b EStVollzG die Erstellung eines Bewegungsprofils erlaubt, während nach der hier vorgeschlagenen Regelung lediglich punktuell beim Vorliegen besonderer Voraussetzungen von den Bewegungsdaten Kenntnis genommen werden darf. Ein mit der Erstellung eines Bewegungsprofils verbundener fortlaufender Datenabruf kann es nicht nur erlauben, schneller einen Tatverdacht und damit die Notwendigkeit der Datenverwendung zu begründen, sondern stellt auch einen grundrechtsintensiveren Eingriff dar. Spiegelbildlich hierzu erscheint es sachgerecht solche Daten früher zu löschen als Daten, deren Verwendung bereits anderweitig einem höheren Schutzniveau unterliegen.

Eine über die Frist von zwei Monaten hinausgehende Verwendung ist nur zulässig, wenn die Daten zu diesem Zeitpunkt bereits für einen der genannten Zwecke verwendet werden. Eine darüber hinausreichende Datenspeicherung „auf Vorrat“, weil die Daten womöglich später benötigt werden könnten, lässt die Regelung nicht zu. Der Entwurf entscheidet sich damit auch hier bewusst für eine restriktive Vorgabe. Wie eng hier die Grenzen gezogen werden sollen, zeigt auch ein Vergleich mit den Vorgaben des BVerfG zur sogenannten Vorratsdatenspeicherung, wonach selbst eine sechsmonatige anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig ist, wenn sie in eine dem Eingriff adäquate gesetzliche Ausgestaltung eingebettet ist, die den Verhältnismäßigkeitsanforderungen Rechnung trägt (Urteil vom 2. März 2010, 1 BvR 256/08, bei juris Rn. 205, 214 ff.).

Daten, die für die o. g. Zwecke benötigt werden, können über den Zeitraum von zwei Monaten hinaus gespeichert bleiben und für diese Zwecke (weiter) verwendet werden. Soweit die Daten hiernach für strafprozessuale Zwecke (§ 463a Absatz 4 Satz 2 Nummern 1, 2, 3 und 5 StPO-E) verwendet werden, richtet sich die weitere Speicherung und Löschung der Daten nach den §§ 483 ff. StPO. Nach § 489 Absatz 2 Satz 1 StPO sind die Daten insbesondere zu löschen, soweit sie für Zwecke des Strafverfahrens nicht mehr erforderlich sind. Dabei ist – wie bereits erwähnt (siehe oben unter (3) und (5)) – zu berücksichtigen, dass die Daten nicht für jeden strafprozessualen Zweck verwendet werden dürfen, sondern aufgrund der speziellen Verwendungsregelung in § 463a Absatz 4 Satz 2 StPO-E nur für die dort genannten strafprozessualen Zwecke. Werden die Daten für diese Zwecke nicht mehr benötigt, sind sie entsprechend § 489 Absatz 2 Satz 1 StPO zu löschen. Soweit die Daten für Zwecke der Gefahrenabwehr (§ 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 4 StPO-E) verwendet werden, richtet sich die weitere Speicherung und Löschung nach den einschlägigen Gefahrenabwehrgesetzen. Die für die Gefahrenabwehr zuständige Stelle hat dabei wiederum zu beachten, dass die Daten nur zu dem in § 463a Absatz 4 Satz 2 Nummer 4 genannten Gefahrenabwehrzweck übermittelt wurden und deshalb nach § 487 Absatz 6 Satz 1 StPO auch nur für diesen Zweck verwendet werden dürfen (siehe oben unter (4)). Durch diese Regelungen wird der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf den geringstmöglichen Umfang begrenzt. Auch im Übrigen richten sich die Befugnisse der Führungsaufsichtsstelle zum Umgang mit den personenbezogenen Daten nach den §§ 474 ff. und §§ 483 ff. StPO, soweit sich aus § 463a Absatz 4 StPO-E nichts Abweichendes ergibt.

#### (10) Protokollierungspflicht bei Abruf der Daten (§ 463a Absatz 4 Satz 6 StPO-E)

Bei jedem Abruf der Daten sind gemäß Satz 6 erster Halbsatz der Zeitpunkt, die abgerufenen Daten und der Bearbeiter zu protokollieren. Diese datenschutzrechtliche Vorgabe ermöglicht die nachträgliche Kontrolle, ob sich Kenntnisnahme und Verwendung der Daten im Rahmen der Zweckbindung nach Satz 2 bewegt haben und durch eine berechtigte Person erfolgt sind. Ihr kommt insoweit auch eine präventive Wirkung zu. Satz 6 zweiter Halbsatz verweist auf § 488 Absatz 3 Satz 5 StPO, der entsprechend gilt. Danach dürfen die Protokolldaten nur für die Kontrolle der Zulässigkeit der Abrufe verwendet werden und sind nach zwölf Monaten zu löschen.

#### (11) Verhältnis zum Telekommunikationsgesetz (TKG)

Die im Rahmen einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung erfolgende Datenübermittlung unterliegt dem Fernmeldegeheimnis (§ 88 TKG), soweit sie im Wege der Telekommunikation stattfindet. Hierunter fällt auch die Übermittlung der Standortdaten von dem von der überwachten Person mitgeführten Gerät mittels Mobil- oder Festnetz an den Überwachungsserver, da es sich hier um einen menschlich veranlassten Informationsaustausch handelt, der sich auf Kommunikationsinhalte bezieht, nämlich den Aufenthaltsort der überwachten Person (zur Abgrenzung siehe BVerfG, Beschluss vom 22. August 2006, 2 BvR 1345/03).

Buchstabe b (Absatz 5 neu = Absatz 4 alt)

Der bisherige Absatz 4 wird zum neuen Absatz 5.

### **Zu Artikel 3 (Folgeänderungen zu Artikel 1 und 2)**

Artikel 3 enthält Folgeänderungen zu den Artikeln 1 und 2 im Gerichtsverfassungsgesetz und im Jugendgerichtsgesetz.

#### **Zu Absatz 1 (Gerichtsverfassungsgesetz)**

In den drei Absätzen des § 74f und in den zwei Absätzen des § 120a GVG ist jeweils die Formulierung „in den Fällen“ durch die Wörter „im Fall“ zu ersetzen. Bei diesen Änderungen handelt es sich um Folgeänderungen zu Artikel 1 Nummer 4, die dem Umstand Rechnung tragen, dass § 66b StGB zukünftig nur noch einen Fall regelt, nämlich die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach für erledigt erklärter Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

#### **Zu Absatz 2 (Jugendgerichtsgesetz)**

Absatz 2 enthält vor allem technische Folgeänderungen zum Recht der Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht.

Anpassungen zum Recht der Führungsaufsicht sieht der Entwurf nicht vor. Die entsprechenden Erweiterungen (Artikel 1 Nummer 1, 6 bis 9 sowie Artikel 2 Nummer 7), insbesondere um das Instrument der elektronischen Aufenthaltsüberwachung, gelten auch hier, unabhängig davon, ob die Führungsaufsicht vom Gericht angeordnet worden oder kraft Gesetzes eingetreten ist (zur Anwendbarkeit der Regelungen über die Führungsaufsicht auch in den letztgenannten Fällen vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008, 2 BvR 2143/07, bei juris Rn. 5). Dies gilt auch für die in § 68d Absatz 2 Satz 1 StGB-E enthaltene Vorgabe, spätestens alle zwei Jahre zu prüfen, ob eine auf eine elektronische Aufenthaltsüberwachung gerichtete Weisung aufzuheben ist, und die Pflicht des Gerichts, auch schon vor Ablauf dieser Fristen aufgrund eines entsprechenden Antrags oder beim Vorliegen konkreter Umstände, die auf eine Entbehrlichkeit der Maßnahme hindeuten, von Amts wegen deren Aufhebung zu prüfen (vgl. Begründung zu Artikel 1 Nummer 8). Dabei wird das Gericht zusätzlich darauf zu achten haben, dass junge Menschen in ihrer Entwicklung regelmäßig noch in größerem Maße Veränderungen unterliegen als unter das Erwachsenenstrafrecht fallende Personen (vgl. etwa *Eisenberg*, JGG, 14. Auflage, Einleitung Rn. 6).

#### **Zu Nummer 1 (§ 7 JGG)**

Die Folgeänderung in § 7 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 JGG ist aufgrund der entsprechenden Änderung in § 66b Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 StGB und aus den dort dargestellten Gründen (siehe Begründung zu Artikel 1 zu Nummer 4, Buchstabe b) geboten.

Zur Aufhebung von § 7 Absatz 4 Satz 1 JGG vgl. nachfolgend Begründung zu Nummer 2.

#### **Zu Nummer 2 (§ 81a JGG-E)**

Der bisher in § 7 Absatz 4 Satz 1 JGG enthaltene Verweis auf § 275a StPO und die §§ 74f und 120a GVG wird aus Gründen der Gesetzessystematik in einen neuen Unterabschnitt übernommen und dort als generelle Verfahrensregelung für die Sicherungsverwahrung nach Vorschriften des JGG in § 81a Absatz 1 JGG-E eingefügt. Allerdings entfällt infolge der Aufhebung von Vorschriften zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung im allgemeinen Strafrecht (§ 66b Absatz 1 und 2 StGB) für „Neufälle“ (Tatbegehung nach Inkrafttreten der Neuregelung) die darauf bezogene bisherige Verfah-

rensregelung in § 275a Absatz 1 StPO (vgl. Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe b, Artikel 2 Nummer 4 sowie Artikel 4 Nummer 2 und den dortigen Artikel 316e Absatz 1 EGStGB-E). Im Jugendstrafrecht bleibt die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung jedoch insgesamt, auch für diese Neufälle, bestehen. Die entfallende Verfahrensregelung in dem bisherigen § 275a Absatz 1 StPO ist deshalb für die Fälle des § 7 Absatz 2 JGG (und des § 106 Absatz 5 JGG) inhaltlich in § 81a Absatz 2 JGG-E zu überführen. Diese systematischen Umstellungen beinhalten keine sachlichen Änderungen der bisherigen Rechtslage.

### **Zu den Nummern 3 bis 5 (§§ 104, 106 und 109 JGG)**

Der neue § 81a JGG muss auch in Verfahren gegen Jugendliche und Heranwachsende vor Erwachsenen-Strafgerichten Anwendung finden. Er ist deshalb neu in den Katalog des § 104 Absatz 1 JGG aufzunehmen.

Bei den Änderungen des § 106 Absatz 3 und Absatz 6 JGG handelt es sich um notwendige Folgeänderungen, die sich aus der Neufassung der §§ 66a und 66b StGB ergeben (siehe dazu Besonderer Teil zu Artikel 1 zu Nummer 3 und zu Nummer 4, Buchstabe b).

Der bisher in § 106 Absatz 7 JGG enthaltene Verweis auf die Vorschriften des § 275a StPO und der §§ 74f und 120a GVG wird aufgehoben. Aufgrund der vorbeschriebenen systematischen Umstellungen (siehe Begründung zu Nummer 2) wird für das Verfahren und die Entscheidung über die im Urteil vorbehaltene und über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung stattdessen ein Verweis auf § 81a JGG-E in § 109 Absatz 1 JGG aufgenommen. Da § 109 Absatz 1 JGG für Heranwachsende bei Anwendung von Jugendstrafrecht und allgemeinem Strafrecht gleichermaßen gilt, betrifft der Verweis nicht nur die Fälle des § 106 Absatz 3, 5 und 6 JGG, sondern auch die des § 105 Absatz 1 in Verbindung mit § 7 Absatz 2 und 3 JGG.

### **Zu Artikel 4 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch)**

#### **Zu Nummer 1 (Artikel 1a EGStGB)**

Artikel 1a EGStGB in der Fassung des Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. Juli 2004 (BGBl. I S. 1838) wird aufgehoben, da die Regelung keinen Anwendungsbereich mehr hat. Sie sollte sicherstellen, dass über die nachträgliche Anordnung von Sicherungsverwahrung bei Verurteilten, die sich bis zum 29. Juli 2004 aufgrund landesrechtlicher Straftäterunterbringungsgesetze in Gewahrsam befanden, nach den Maßgaben des zu diesem Zeitpunkt eingeführten § 66b StGB und der zugehörigen Verfahrensvorschriften entschieden werden kann (vgl. BT-Drucksache 15/2887, S. 19). Mit Blick auf das Urteil des BVerfG vom 10. Februar 2004 (BVerfGE 109, 190 ff.) und die darin enthaltene Weitergeltungsanordnung bis zum 30. September 2004 kann es keine Fälle mehr geben, in denen Artikel 1a EGStGB noch zur Anwendung kommen könnte. Durch die Aufhebung von Artikel 1a EGStGB erübrigt sich auch eine Anpassung der Verweisung in Satz 3 auf § 275a Absatz 1 Satz 3 StPO, die mit Blick auf die Neufassung des § 275a Absatz 1 StPO erforderlich wäre.

#### **Zu Nummer 2 (Artikel 316e EGStGB neu)**

Nach Artikel 316d EGStGB wird ein neuer Artikel 316e eingefügt, der die Übergangsvorschrift zu den Neuregelungen im Recht der Sicherungsverwahrung enthält.

Nach Absatz 1 Satz 1 sind die geänderten Vorschriften über die Sicherungsverwahrung im StGB (Artikel 1 Nummer 2 bis 6), in der StPO (Artikel 2 Nummer 1 bis 4) sowie im GVG und JGG (Artikel 3) nur anzuwenden, wenn die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten werden soll, am Tag des Inkrafttretens oder danach begangen worden ist. Die vorgesehenen Än-

derungen sollen also nur für „Neufälle“ gelten. Für „Altfälle“ bestimmt Satz 2, dass – vorbehaltlich der Sonderregelungen in den Absätzen 2 und 3 – das bisherige Recht anzuwenden ist. In der Sache handelt es sich bei der Übergangsvorschrift um eine Stichtagsregelung und damit um eine abweichende gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Absatz 6 StGB. Die gewählte rechtliche Gestaltung vermeidet von vornherein Rückwirkungsprobleme, die insbesondere dadurch entstehen können, dass nach Ansicht des EGMR die Sicherungsverwahrung – abweichend von ihrer Einstufung im deutschen Recht – als Strafe im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 EMRK anzusehen ist (siehe oben Allgemeiner Teil unter VI.). Die Stichtagsregelung hat auch den Vorteil, dass sie unterschiedliche Maßstäbe innerhalb eines Strafverfahrens (etwa altes Recht bei Ausspruch des Vorbehalts und neues Recht bei seiner Ausübung) ausschließt und deshalb mit einem hohen Maß an Rechtssicherheit verbunden ist. Sie gilt nicht nur für das materielle Recht, sondern auch für die daran anknüpfenden verfahrensrechtlichen Regelungen, so dass es für die „Altfälle“ auch insoweit beim bislang geltenden Recht bleibt.

Der vorgesehenen Stichtagsregelung steht auch nicht das Urteil des EGMR vom 17. September 2009 in dem Verfahren 10249/03 (Scoppola ./ Italien) entgegen. In diesem Verfahren hat die Große Kammer des EGMR angenommen, Artikel 7 Absatz 1 EMRK enthalte in Bezug auf Strafen auch implizit die Vorgabe, bei Änderungen der Rechtslage nach Tatbegehung und vor einem rechtskräftigen Urteil diejenigen Vorschriften anzuwenden, die für den Täter günstiger sind (Rn. 109). Auch wenn man unterstellt, dass diese Meistbegünstigungsvorgabe wegen der Einstufung der Sicherungsverwahrung als Strafe im Sinne des Artikels 7 EMRK grundsätzlich auch für diese gilt, steht dies der vorgeschlagenen Neuordnung nicht entgegen. Insbesondere gebietet es diese Vorgabe nicht, die vorgesehene Aufhebung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 1 und 2 StGB für „Neufälle“ (vgl. Artikel 1 Nummer 4) auch auf solche Fälle auszudehnen, in denen die Anlasstat oder -taten vor dem Inkrafttreten der Neuregelung begangen worden sind („Altfälle“). Dies liegt u. a. daran, dass das vom EGMR aufgestellte Meistbegünstigungsgebot nach seinem Sinn und Zweck hier nicht einschlägig wäre. Denn der Gerichtshof begründet dieses Gebot damit, dass andernfalls eine schwerere Strafe „bloß“ aus dem Grund verhängt würde, dass sie zur Zeit der Tatbegehung vorgesehen war; es dürfe aber keine Strafe verhängt werden, „die der Staat – und die Gemeinschaft, die er repräsentiert – nun für exzessiv erachtet“ (Rn. 108, deutsche Textfassung zitiert nach Newsletter Menschenrechte 2009, S. 260, 262). Hier liegt aber kein Fall vor, in dem die Sicherungsverwahrung als solche oder deren nachträgliche Anordnung neuerdings als „exzessive“ Sanktion angesehen wird. Vielmehr geht es um eine Umstellung des Systems der Sicherungsverwahrung, in deren Rahmen auf die nachträgliche Anordnung nach § 66b Absatz 1 und 2 StGB ab dem Augenblick verzichtet werden kann, ab dem andere Formen ihrer Anordnung zum Schutz vor gefährlichen Straftätern zur Verfügung stehen (siehe im Einzelnen die Ausführungen bei Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe a). Der den Entwurf aufgreifende Gesetzgeber würde also bis zu diesem Zeitpunkt und damit für alle „Altfälle“ die nachträgliche Sicherungsverwahrung weiterhin als notwendig erachten.

Zudem wäre es auch verfehlt, bei einem etwaigen Günstigkeitsvergleich allein und isoliert auf die Beschränkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung abzustellen. Denn die Neuregelung sieht – gerade wegen des vorstehend skizzierten Ausgleichsgedankens – zeitgleich für den Täter ungünstigere Regelungen vor. Besonders deutlich wird dies beim Ersttäter, gegen den zukünftig schon bei der Aburteilung ein Vorbehalt ausgesprochen und somit die Sicherungsverwahrung endgültig – anders als beim geltenden § 66b Absatz 2 StGB – auch ohne „Nova“ angeordnet werden könnte. Aber auch der Mehrfachtäter wird durch die Neuregelung auch schlechter gestellt, etwa soweit bei ihm der Vorbehalt bereits dann möglich sein soll, wenn sein Hang zu erheblichen Straftaten nicht sicher festgestellt werden kann. Dass Aburteilung und nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung – mit oder ohne Vorbehalt – in zwei Teilen einer „gespaltenen“ Hauptverhandlung erfolgen (vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Auflage, § 275a Rn. 3), spricht ebenfalls dagegen, für beide Teile isoliert auf die für den Täter jeweils günstigere Teilregelung abzustellen.

Weiter ist zu bedenken, dass eine Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips hier im Hinblick auf die Konventionsrechte der Täter sogar kontraproduktiv wäre. Sie könnte es nämlich bedingen, auf eine Aufhebung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Absatz 1 und 2 StGB ganz zu verzichten, da sich ein auch für „Altfälle“ greifender Verzicht auf dieses Instrument – nicht zuletzt wegen des ebenfalls in Artikel 7 EMRK enthaltenen Rückwirkungsverbots – nicht durch andere Maßnahmen kompensieren und daher im Hinblick auf den notwendigen Schutz der Allgemeinheit nicht rechtfertigen ließe. Damit aber würde die Vorgabe des EGMR einen Systemwechsel, der zu einer den Garantien der EMRK besser Rechnung tragenden Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung führt, nicht nur nicht befördern, sondern verhindern. Dies kann nicht Intention der diesbezüglichen Rechtsprechung des EGMR sein.

Im Übrigen haben bereits mehrere Landesjustizverwaltungen aufgrund der o. g. Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 angekündigt, zukünftig die Sicherungsverwahrung in neu zu schaffenden eigenständigen Anstalten vollziehen zu wollen, in denen den Betroffenen wissenschaftlich fundierte Therapieangebote gemacht werden (vgl. *Dr. Merk*, Bayerische Staatsministerin der Justiz und für Verbraucherschutz, *Süddeutsche Zeitung* vom 14. Mai 2010, S. 1 und 7; *Hahn*, Hessischer Minister der Justiz, für Integration und Europa, *Focus* vom 17. Mai 2010, S. 39). Der Strafvollzugsausschuss der Länder hat auf seiner Tagung am 5. bis 7. Mai 2010 eine Arbeitsgruppe beauftragt, Mindeststandards für den Vollzug der Sicherungsverwahrung zu erarbeiten, die unter anderem die Fragen einer baulichen Trennung von Einrichtungen des Strafvollzugs sowie der den Untergebrachten zu unterbreitenden Behandlungsangebote betreffen sollen. Würde die Umsetzung dieser Maßnahme den EGMR im Falle einer erneuten Befassung veranlassen, seine Einschätzung zur Einordnung der Sicherungsverwahrung unter Artikel 7 EMRK zu revidieren, wäre die Frage nach der Reichweite der Meistbegünstigungsvorgabe ohnedies obsolet.

Die Meistbegünstigungsvorgabe des EGMR könnte allenfalls bei der primären Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die vorgesehene Beschränkung des Anwendungsbereichs bedeutsam sein, wenn die vor Inkrafttreten der geplanten Neuregelung begangenen Taten erst nach diesem Zeitpunkt rechtskräftig abgeurteilt werden und nach neuem Recht nicht mehr die Anordnung der Sicherungsverwahrung rechtfertigen würden. Hier könnte eine isolierte Betrachtung eine Meistbegünstigung des Täters rechtfertigen, da diese Milderung nicht durch andere Regelungen kompensiert wird und die Rechtsänderung sich auch eindeutig vor einem einen Schuldspruch beinhaltenden „rechtskräftigen Urteil“, nämlich der Aburteilung des Täters, geändert hätte. Unabhängig davon, ob hier die neue Rechtsprechung des EGMR eine Meistbegünstigung erfordert, erscheint eine solche jedenfalls in der Sache gerechtfertigt. Mit Inkrafttreten der Neuregelung käme die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, wonach die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung nur noch bei einem eingeschränkten Katalog von Anlass- und Vortaten möglich sein soll. Diese Wertung wäre auch nicht davon abhängig, dass zum Ausgleich die Vorschriften zur Sicherungsverwahrung an anderer Stelle ausgeweitet werden, um einen hinreichenden Schutz der Allgemeinheit zu gewährleisten. Auch wenn es sich bei der Sicherungsverwahrung nach deutschem Rechtsverständnis unverändert nicht um eine Strafe handelt und daher § 2 Absatz 3 StGB nicht anwendbar ist, sprechen diese Gründe dennoch dafür, eine zwischen Tatbegehung und rechtskräftiger Verurteilung eintretende Milderung zugunsten der Betroffenen zur Anwendung gelangen zu lassen.

Daher bestimmt Absatz 2, dass der neue § 66 StGB-E – abweichend von Absatz 1 Satz 2 – auch auf Altfälle anzuwenden ist, wenn über die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung noch nicht rechtskräftig entschieden wurde und das neue Recht auch im konkreten Einzelfall für den Täter das mildere Gesetz ist. Erfüllen die vor Inkrafttreten der Neuregelung begangenen Taten nach neuem Recht nicht mehr die formellen Voraussetzungen des § 66 StGB-E, insbesondere weil es sich nur um „gewaltlose Vermögensdelikte“ handelt, scheidet die Anordnung der Sicherungsverwahrung daher aus. Der Einschränkung, wonach die Neuregelung gegenüber dem bisherigen Recht „das mildere Gesetz“ sein muss, bedarf es, weil § 66 StGB-E

nicht nur Milderungen beinhaltet, sondern mit der Verlängerung der Rückfallverjährung bei Sexualdelikten in § 66 Absatz 4 Satz 3 StGB-E (siehe Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe d) auch eine Verschärfung. Daher ist im Einzelfall zu klären, ob für den Täter – entsprechend dem Grundsatz strikter Alternativität (vgl. nur *Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 2 Rn. 9 m. w. N.) – eine Anwendung des neuen oder des bisherigen Rechts günstiger ist.

Noch weitergehend bestimmt Absatz 3 Satz 1, dass der zukünftig engere Anwendungsbereich des § 66 StGB-E auch denen zugute kommen soll, gegen die nach altem Recht die Sicherungsverwahrung bereits rechtskräftig angeordnet wurde. Die grundsätzliche Wertung des Entwurfs, wonach bestimmte Delikte zukünftig die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr sollen rechtfertigen können, soll auch zugunsten derjenigen Personen durchgreifen, bei denen die Sicherungsverwahrung bereits vollzogen wird oder bei denen der Vollzug aufgrund einer rechtskräftigen Anordnung – vorbehaltlich einer Entscheidung nach § 67c Absatz 1 StGB – bevorsteht. Denn wenn bestimmte Delikte – und wegen ihres notwendigen Symptomcharakters damit auch die darauf bezogene Wiederholungsgefahr (siehe unten) – die Sicherungsverwahrung nicht mehr rechtfertigen können, erscheint es als ein Gebot der Gerechtigkeit, die Sicherungsverwahrung in solchen Fällen grundsätzlich auch nicht mehr zu vollstrecken. Damit knüpft die Regelung an den Rechtsgedanken des durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl. I S. 469, 642) eingeführten Artikels 313 EGStGB an. Dieser betrifft zwar vorrangig den Erlass von nicht vollstreckten Strafen. Doch lässt sich die damalige Erwägung, das „Rechtsgefühl“ gebiete, keine Strafen mehr für Taten zu vollstrecken, die wegen veränderter Anschauungen nicht mehr als strafwürdig angesehen werden (vgl. Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucksache V/4094 S. 66, dort zu Artikel 98, sowie Gesetzentwurf der Bundesregierung für das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts, BT-Drucksache VI/1552 S. 38, dort zu Artikel 4) – trotz der unterschiedlichen Zwecke von Strafe und Sicherungsverwahrung – im Ergebnis auch auf Fälle übertragen, bei denen bestimmte Delikte nicht mehr als „sicherungsverwahrungswürdig“ angesehen werden. Daher ist in solchen Fällen nach Absatz 3 Satz 1 die Sicherungsverwahrung vom zuständigen Gericht grundsätzlich für erledigt zu erklären.

Konkret setzt die Regelung voraus, dass eine nach bisherigem Recht nach § 66 StGB rechtskräftig angeordnete Sicherungsverwahrung auf Taten beruht, die nach dem neuen § 66 StGB-E nicht mehr Grundlage für eine solche Anordnung sein können. Zu klären ist also, ob die damaligen Anlass- und Vortaten auch vom zukünftigen Katalog des § 66 StGB-E erfasst wären. Dabei ist für die Frage, unter welchen Tatbestand eine Tat rechtlich einzuordnen ist, ebenfalls das neue Recht maßgebend (zum Beispiel ist ein Wohnungseinbruchdiebstahl nach § 244 Absatz 1 Nummer 3 StGB auch dann eine taugliche Anlass- oder Vortat im Sinne von § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b, Satz 2 StGB-E, wenn er bei Tatbegehung und Aburteilung noch von § 243 Absatz 1 Nummer 1 StGB in der vor dem 1. April 1998 geltenden Fassung erfasst wurde).

Die Vorschrift greift allerdings nur, wenn *alle* Taten, die nach bisherigem Recht die formellen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB erfüllten, nicht mehr unter den Katalog des neuen Rechts fallen würden. Wenn eine oder mehrere Taten auch die Voraussetzungen des § 66 StGB-E erfüllen, kann nämlich nicht mehr im Wege einer typisierenden Betrachtung angenommen werden, dass der Täter allein im Hinblick auf die Begehung solcher Taten rückfallgefährdet ist, die nach zukünftigem Recht die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr gestatten würden. Denn letztlich steht hinter der Herausnahme insbesondere der „gewaltlosen Vermögensdelikte“ aus dem Katalog tauglicher Anlass- und Vortaten die Annahme, dass sich in der Regel auch die hangbedingte Gefährlichkeit des Täters nur auf die erneute Begehung solcher Taten erstreckt, da diese Anlass- und Vortaten nach allgemeiner Meinung symptomatisch sowohl für den Hang als auch für die Gefährlichkeit des Täters sein müssen (vgl. nur *Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 66 Rn. 29). Würde ein Teil der Taten aber auch nach neuem Recht unter den Katalog tauglicher Anlass- und Vortaten fallen, spricht der notwendige

Symptomcharakter aller Anlass- und Vortaten eher dafür, dass sich die hangbedingte Gefährlichkeit des Täters auch auf die erneute Begehung solcher Taten erstreckt.

Daraus folgt allerdings lediglich, dass sich diese „Mischfälle“ nicht für eine pauschale, von Gesetzes wegen vorgegebene Erledigung der Sicherungsverwahrung eignen. Vielmehr werden die zuständigen Gerichte in solchen Fällen nach Inkrafttreten der Neuregelung sorgfältig zu prüfen haben, ob im Rahmen der ohnedies gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 62 StGB es die Wertungen des neuen Rechts gebieten, die weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung in absehbarer Zeit zumindest nach § 67d Absatz 2 StGB zur Bewährung auszusetzen (zur Bedeutung der Schwere der zu erwartenden Taten für die Frage einer etwaigen Aussetzung oder Erledigung vgl. LK/Schöch, StGB, 12. Auflage, § 62 Rn. 21). Dies wird dann nahe liegen, wenn das Gericht auf der Grundlage einer aktuellen Gefährlichkeitsprognose zur Überzeugung gelangt, dass – trotz der indiziellen Wirkung zum Teil schwererer Anlass- oder Vortaten – eine vom Täter weiterhin bestehende Rückfallgefahr sich nur (noch) auf solche Taten bezieht, die nach neuem Recht nicht mehr taugliche Anlass- oder Vortaten für die Sicherungsverwahrung sein können. Denn den Wertungen der Neuregelung kann mittelbar entnommen werden, dass eine solche Gefahr zumindest grundsätzlich nicht mehr als ausreichend angesehen wird, um auf Dauer eine weitere Freiheitsentziehung zu rechtfertigen.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 62 StGB ist auch der geeignete Maßstab, wenn wider Erwarten die minimalen Einschränkungen, die durch den Verweis auf § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB-E (siehe oben zu Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe c) auch der Deliktscatalog des § 66a StGB-E erfahren soll, Anlass sein sollten, die weitere Vollstreckung einer nach Vorbehalt angeordneten Sicherungsverwahrung zu überprüfen. Dies erscheint allerdings sehr unwahrscheinlich, weil sich nach der amtlichen Statistik derzeit keine Person in Sicherungsverwahrung befindet, deren Anordnung auf einem der insoweit relevanten Delikte – wie Rechtsbeugung oder Parteiverrat nach den §§ 339, 356 Absatz 2 StGB – beruht (vgl. Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Fachserie 10 „Rechtspflege“, Reihe 4.1 „Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3. –“, Wiesbaden 2010, Tabelle 5, S. 27 und 30). Entsprechendes würde für das erkennende Gericht für den ebenfalls sehr unwahrscheinlichen Fall gelten, dass es über die Aus- oder Nichtausübung eines Vorbehalts zu entscheiden hat, der auf die Begehung eines oder mehrerer solcher Delikte gestützt wurde. Bereits bei der Ermessensausübung nach § 66a Absatz 1 StGB könnte diese Frage schließlich für den noch unwahrscheinlicheren Fall berücksichtigt werden, dass nach Inkrafttreten der Neureglung wegen solcher vorher begangener Taten ein Vorbehalt angeordnet werden soll und sich daher die Neuregelung für den Betroffenen als milderer Gesetz darstellen würde (siehe oben).

Absatz 3 Satz 2 soll verhindern, dass von Satz 1 erfasste Personen völlig unvorbereitet in die Freiheit entlassen werden müssen, obwohl sie einer Entlassungsvorbereitung bedürfen. Die Entlassungsvorbereitung dient dem Schutz der Allgemeinheit und zugleich der Resozialisierung, die gerade auch in der Sicherungsverwahrung anzustreben ist (vgl. BVerfG, Urteil vom 5. Februar 2004, 2 BvR 2029/01, bei juris Rn. 71, 84 ff. = BVerfGE 109, 133, 151). Die herausragende Bedeutung von Entlassungsvorbereitungen für die Rückfallprävention wird dabei nicht nur vom Bundesgerichtshof und der Literatur betont (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Februar 2006, 5 StR 585/05, bei juris Rn. 36; *Folkers*, NStZ 2006, 426, 427; *Dünkel/Geng*, Zur Rückfälligkeit von Karrieretätern nach unterschiedlichen Strafvollzugs- und Entlassungsformen in: *Kaiser/Kury* [Hrsg.], Kriminologische Forschung in den 90er Jahren, Freiburg 1993, S. 193, 207), sondern ist auch vom Bundesverfassungsgericht wiederholt hervorgehoben worden (BVerfG, Beschluss vom 8. November 2008, 2 BvR 578/02, 2 BvR 796/02; bei juris Rn. 109 = BVerfGE 117, 71, 108; Kammerbeschluss vom 30. April 2009, 2 BvR 2009/08, bei juris Rn. 44 ff.; dort zum Vorgehen nach § 454a StPO). Dabei erfordern die für die erfolgreiche Wiedereingliederung des Verurteilten erforderlichen Maßnahmen regelmäßig einen umso größeren Aufwand, je länger sich der Verurteilte in Haft befunden hat (BVerfG, Beschluss vom 8. November 2008, a. a. O.). Entlassungsvorbereitungen sollen vor allem die Gefahr einer

frühzeitigen Rückfälligkeit mindern. Der Untergebrachte soll durch ein sachgerechtes "Übergangsmanagement" schrittweise an ein Leben in Freiheit gewöhnt werden. Hierzu gehören neben Vollzugslockerungen wie etwa die Ausführung (vgl. §§ 11, 15 StVollzG) vor allem auch Maßnahmen, mit denen für den Zeitpunkt der Entlassung ein angemessener sozialer Empfangsraum (Wohnung, Arbeit, Aufnahme sozialer Bindungen) geschaffen wird. Gerade bei den Personen, die viele Jahre im Strafvollzug und im Vollzug der Sicherungsverwahrung verbracht haben, werden demnach nicht unerhebliche Maßnahmen erforderlich sein, um diese wieder an ein Leben in Freiheit zu gewöhnen.

Die Erforderlichkeit von Entlassungsvorbereitungen ist auch ein legitimer Grund, den Freiheitsentzug über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung hinaus für eine beschränkte Zeit fortzuführen. Die Betroffenen selbst haben durch ihre Straftaten die Ursache für die Anordnung der Sicherungsverwahrung gesetzt, die nunmehr so erledigt werden muss, wie es dem Schutz der Allgemeinheit zuträglich ist. Die grundsätzliche Entscheidung, dass die begangenen Straftaten künftig nicht mehr „sicherungsverwahrungswürdig“ sind, muss so umgesetzt werden, dass sich aus einem abrupten und unvorbereiteten Übergang von langjähriger Haft und Unterbringung in die Freiheit keine erhöhten Risiken ergeben. Es ist daher sachgerecht, wenn den spezifischen Gefahren einer ohne Vorbereitungen erfolgenden Entlassung durch ein befristetes Hinausschieben der Entlassung Rechnung getragen werden kann. Nur ergänzend ist anzumerken, dass eine solche Gestaltung letztlich auch den Interessen des Betroffenen dient, dem es ohne angemessene Vorbereitung zusätzlich erschwert würde, sich wieder in die Gesellschaft einzugliedern.

Daher soll dem Gericht die Möglichkeit eingeräumt werden, das Datum der Erledigung hinauszuschieben und auf einen Zeitpunkt bis spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten der Neuregelung festzulegen, soweit dieser Zeitraum zur Durchführung der notwendigen Entlassungsvorbereitungen erforderlich ist. Eine zumindest ähnliche Regelung enthält bereits § 454a Absatz 1 StPO, auch in Verbindung mit § 463 Absatz 1 StPO, für den konkreten Entlassungszeitpunkt bei einer Vollstreckungsaussetzung zur Bewährung. Das Gericht hat also die Sicherungsverwahrung für erledigt zu erklären, kann aber – soweit notwendig – das Datum, zu dem die Erledigung eintreten soll, auf einen späteren Zeitpunkt festsetzen (vgl. zur Tenorierung bei Festlegung eines verzögerten Erledigungszeitpunkts im Rahmen einer Entscheidung nach § 67d Absatz 6 StGB bereits OLG Hamburg, Beschluss vom 21. September 2004, 3 Ws 61/04, bei juris vor Rn. 1 und Rn. 62; OLG Hamm, Beschluss vom 15. Januar 2009, 4 Ws 16/09, bei juris vor Rn. 1 und Rn. 35). Der Zeitraum von höchstens sechs Monaten entspricht der Vorgabe in § 275a Absatz 5 StPO-E (siehe Artikel 2 Nummer 4 Buchstabe b) und orientiert sich dabei auch hier an der Annahme, dass diese Frist in der Regel als noch ausreichend für Entlassungsvorbereitungen angesehen wird (vgl. LR/Wendisch, StPO, 25. Auflage, § 454a Rn. 4). Zwar mag vor allem bei außergewöhnlichen langen Vollzugszeiten ausnahmsweise auch ein längerer Vorbereitungszeitraum als sinnvoll erachtet werden (vgl. erneut BVerfG, Beschluss vom 30. April 2009, 2 BvR 2009/08, bei juris Rn. 12 und 47, wo bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe sogar zwei Jahre als sachgerecht angesehen wurden). Zum einen ist aber zu beachten, dass es hier vorrangig um Untergebrachte geht, deren Rückfallgefahr sich auf Diebstahls- und Vermögensdelikte bezieht. Zum anderen kann hier das Ziel der Entlassungsvorbereitungen nicht darin liegen, dem Betroffenen eine positive Legalprognose zu stellen (denn in diesem Fall müsste er ohnedies bereits nach § 67d Absatz 2 StGB aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden), sondern nur darin, durch ein schrittweises Gewöhnen an ein Leben in Freiheit und die Gewährung von Eingliederungshilfen der spezifischen Gefahr zu begegnen, die durch einen abrupten Übergang aus einem langjährigen Freiheitsentzug in die Freiheit resultiert. Die gesetzliche Einräumung eines über sechs Monate hinausgehenden Zeitraums erschiene daher unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten fraglich.

Absatz 3 Satz 2 zielt vorrangig auf die voraussichtlich ganz mehrheitlich vorliegenden Fälle ab, in denen die Sicherungsverwahrung bereits vollstreckt wird. Aufgrund seiner allgemeinen Formulierung gilt die Regelung aber auch für den Ausnahmefall, in dem nach

Inkrafttreten der Neuregelung der vorhergehende Vollzug der Strafe oder einer anderen freiheitsentziehenden Maßregel (insbesondere nach § 64 StGB) alsbald, nämlich in weniger als sechs Monaten nach Inkrafttreten der Neuregelung, endet und sich daher ebenfalls das Problem ergeben kann, dass der Betroffene ohne die notwendigen Entlassungsvorbereitungen in die Freiheit entlassen werden müsste. Auch für einen solchen „Übergangsfall“ soll das Gericht die Möglichkeit haben, die sich anschließende Vollstreckung der Sicherungsverwahrung beginnen und längstens bis zu sechs Monate nach Inkrafttreten der Neuregelung andauern zu lassen, um die notwendigen Vorbereitungen zu ermöglichen. Dabei bleibt es aber grundsätzlich dabei, dass ein solcher Vollstreckungsbeginn voraussetzt, dass der Zweck der Maßregel die Unterbringung noch erfordert (§ 67c Absatz 1 Satz 1 StGB). Kommt die Prüfung nach § 67c Absatz 1 Satz 1 StGB hingegen zu einer positiven Legalprognose, ist der Betroffene am Ende des Strafvollzugs zu entlassen. Dies kollidiert aber nicht mit der Vorgabe von Absatz 3 Satz 2 des Entwurfs, da es in diesem Fall auch keiner zusätzlichen Zeit zur Durchführung von Entlassungsvorbereitungen bedarf. Sollte bei Inkrafttreten der Neuregelung trotz des nahen Endes des Strafvollzugs noch kein Beschluss nach § 67c Absatz 1 Satz 1 StGB ergangen sein und damit diese Entscheidung mit der nach Absatz 3 Satz 1 und 2 des Entwurfs zusammen treffen, wird auch im Rahmen der Prüfung nach § 67c Absatz 1 Satz 1 StGB vorrangig darauf abzustellen sein, ob es einer zeitweisen Vollstreckung der Sicherungsverwahrung zumindest insoweit noch Bedarf, um die erforderlichen Entlassungsvorbereitungen zu ermöglichen.

Für den Beginn der Frist stellt der Entwurf auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung ab. Diese Lösung enthält nicht nur eine klare und einheitliche Vorgabe für alle betroffenen Fälle, sondern soll auch gleichzeitig dazu beitragen, dass zeitnah über die Erledigung der Sicherungsverwahrung entschieden wird. Der Verurteilte, aber auch die Vollzugsanstalt und alle sonstigen Beteiligten sollen möglichst frühzeitig Klarheit darüber haben, ob der Betroffene unter die Altfallregelung fällt und zu welchem Termin er zu entlassen ist.

Den genauen Zeitpunkt hat das Gericht im jeweiligen Einzelfall festzulegen. Zuständig ist nach Absatz 3 Satz 3 in Verbindung mit § 463 Absatz 3, §§ 454, 462a Absatz 1 StPO grundsätzlich die Strafvollstreckungskammer, wobei für das Verfahren nach Absatz 3 Satz 4 erster Halbsatz die in § 454 Absatz 1, 3 und 4 StPO enthaltenen Vorgaben entsprechend anzuwenden sind. Nach § 454 Absatz 1 Satz 2 hat das Gericht vor seiner Entscheidung daher die Staatsanwaltschaft, den Verurteilten und die Vollzugsanstalt zu hören. Zur Bestimmung des zeitlichen Umfangs der notwendigen Entlassungsvorbereitungen wird insbesondere eine Anhörung der Vollzugsanstalt sowie des Verurteilten bedeutsam sein. Das Gericht sollte sich ein möglichst genaues Bild über die konkret erforderlichen Maßnahmen machen, mit denen den beschriebenen spezifischen Gefahren einer unvorbereiteten Entlassung begegnet werden soll, um auf dieser Grundlage den hierfür notwendigen Zeitraum festlegen zu können. Im Einzelfall mag sich das Gericht wegen seiner Amtsaufklärungspflicht auch verpflichtet sehen, hierzu das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen, im Regelfall wird dies jedoch nicht erforderlich sein. Absatz 3 Satz 4 zweiter Halbsatz soll eine zügige Einleitung des Verfahrens über die Erledigterklärung nach Absatz 3 Satz 1 gewährleisten. Danach hat die Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichts als Vollstreckungsbehörde in den für eine Entscheidung nach Absatz 3 Satz 1 in Betracht kommenden Fällen die Akten unverzüglich dem Gericht zur Entscheidung zu übergeben. Ist die Vollstreckungsbehörde ausnahmsweise nicht mit der Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichts identisch, hat diese vorab die Akten an diese Staatsanwaltschaft zu übersenden. Die Regelung ähnelt damit den in § 275a Absatz 1 Satz 1 und 2 StGB-E enthaltenen Vorgaben (siehe Artikel 2 Nummer 4 Buchstabe b) und entspricht im Ergebnis den Überwachungs- und Prüfpflichten der Vollstreckungsbehörde, wie sie für die Aussetzung oder Erledigterklärung bei freiheitsentziehenden Maßregelung der Besserung und Sicherung in §§ 53 und 36 Absatz 2 der Strafvollstreckungsordnung niedergelegt sind.

Nach Absatz 3 Satz 5 tritt mit der Entlassung Führungsaufsicht ein. Dies entspricht der Rechtsfolge, die unter anderem mit einer Entlassung aus der Sicherungsverwahrung wegen Erledigung nach § 67d Absatz 3 StGB eintritt.

## **Zu Artikel 5 (Einführung eines „Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“)**

### **Zu § 1 (Therapieunterbringung)**

§ 1 ist die zentrale Norm des Entwurfs für ein „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“. Er regelt die Therapieunterbringung, bei der es sich um eine neue Form von Freiheitsentziehung im Anschluss an eine aus bestimmten Gründen zu beendende oder bereits beendete Sicherungsverwahrung handelt. Ausgehend davon kommt die Therapieunterbringung nur in Betracht, wenn der Betroffene eine oder mehrere Straftaten begangen hat, welche die Anordnung der Sicherungsverwahrung zur Folge hatten. Ziel der Therapieunterbringung ist ein möglichst nachhaltiger Schutz der Allgemeinheit vor schweren Rechtsgutsverletzungen durch psychisch gestörte Gewalt- und Sexualstraftäter. Erreicht werden soll dieses Ziel durch eine zielgerichtete, intensive Behandlung der Betroffenen in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung. Dabei dient die vorgesehene Behandlung dazu, den untergebrachten Personen eine Entlassungsperspektive zu eröffnen, indem durch die Behandlung bewirkt werden soll, dass diese Personen auch in Freiheit keine neuen Straftaten mehr begehen.

Absatz 1 enthält die materiellrechtlichen Voraussetzungen, unter denen gegen einen verurteilten Straftäter, der sich in Sicherungsverwahrung befindet oder befand, die Unterbringung in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung (Therapieunterbringung) angeordnet werden kann. Zunächst muss aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung feststehen, dass die betroffene Person deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist. Das Erfordernis einer rechtskräftigen Entscheidung macht die Subsidiarität der Therapieunterbringung im Verhältnis zur Sicherungsverwahrung deutlich. Durch die Formulierung „deshalb ..., weil ...“ wird hervorgehoben, dass die Entscheidung, die weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung für unzulässig zu erklären, auf der Pflicht zur Berücksichtigung eines Rückwirkungsverbots beruhen muss.

Dem Anwendungsbereich unterfallen also solche Personen, die infolge des Urteils des EGMR vom 17. Dezember 2009 (Nr. 19359/04) aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden oder bereits entlassen wurden (nachfolgend: Parallelfälle). Dass auch bereits entlassene Sicherungsverwahrte mit einbezogen sind, stellt Absatz 2 ausdrücklich klar. Um dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen, erfasst die Regelung aus der Gruppe der Parallelfälle nur solche Personen, die wegen einer Straftat der in § 66 Absatz 3 Satz 1 StGB-E genannten Art verurteilt worden sind, also wegen eines Verbrechens gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung oder nach dem Achtundzwanzigsten Abschnitt, wegen eines sonstigen Verbrechens, das im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist, oder wegen eines der folgenden Vergehen: §§ 174 bis 174c, 176, 179 Absatz 1 bis 4, §§ 180, 182, 224, 225 Absatz 1 oder 2 StGB oder vorsätzlicher Vollrausch, soweit die im Rausch begangene Tat eine der vorgenannten rechtswidrigen Taten ist. Dabei reicht es aus, wenn die geforderte Verurteilung die Anordnung der Sicherungsverwahrung möglich gemacht hat. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Sicherungsverwahrung anlässlich der geforderten Verurteilung angeordnet worden ist, die abgeurteilte Tat also auch „Anlasstat“ war.

Weitere und ganz zentrale Voraussetzung für die Anordnung der Therapieunterbringung ist das Vorliegen einer „psychischen Störung“ und einer daraus resultierenden Gefährlichkeit der betroffenen Person (Nummer 1), die ihre Unterbringung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich machen muss (Nummer 2). Damit knüpft die Regelung an die vom

EGMR zu Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK entwickelten Voraussetzungen für eine Freiheitsentziehung an. Die genannte Bestimmung der EMRK erlaubt ausdrücklich eine Freiheitsentziehung „bei psychisch Kranken“ (in der englischen Fassung „persons of unsound mind“ und in der französischen Fassung „d'un aliéné“). Schon die Menschenrechtskommission hatte unter diesen Begriff auch abnorme Persönlichkeitszüge gefasst, die nicht einer Geisteskrankheit gleichkommen (X ./.. Bundesrepublik Deutschland, Entscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission vom 12. Juli 1976, Nr. 7493/76, D.R. Band 6, Seite 182). In einem Urteil aus dem Jahre 2003 stellte der EGMR klar, dass auch ein weiterhin abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten eines verurteilten Straftäters ausreichen kann und betonte, dass eine fehlende Behandelbarkeit im klinischen Sinne nicht zu einer Freilassung zwingt, wenn eine Gefahr für die Allgemeinheit bestehe (Hutchinson Reid ./.. UK, Urteil des EGMR vom 20. Februar 2003, Nr. 50272/99). 2004 gelangte der EGMR zu der Feststellung, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Straftäters eine (auch) auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK gestützte Unterbringung nicht ausschliesse (Morsink ./.. NL, Urteil des EGMR vom 11. Mai 2004, Nr. 48865/99).

In diesem Sinne ist auch der Begriff der „psychischen Störung“ in Nummer 1 zu verstehen, der sich zugleich an die Begriffswahl der heute in der Psychiatrie genutzten Diagnostiksysteme ICD-10 (Internationale Statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme der WHO, 10. Revision, Kapitel V) bzw. DSM-IV (Diagnostisches und Statistisches Handbuch Psychischer Störungen der Amerikanischen Psychiatrischen Vereinigung, 4. Auflage) anlehnt. Die Annahme einer der im ICD-10 bzw. DSM-IV aufgeführten Diagnosen erfordert, dass sich ein klinisch erkennbarer Komplex von solchen Symptomen oder Verhaltensauffälligkeiten zeigt, die mit Belastungen und Beeinträchtigungen auf der individuellen und oft auch der kollektiven oder sozialen Ebene verbunden sind. Soziale Abweichungen oder soziale Konflikte allein, ohne persönliche Beeinträchtigungen der betroffenen Person, werden danach nicht als eine psychische Störung bezeichnet. Spezifische Störungen der Persönlichkeit, des Verhaltens, der Sexualpräferenz, der Impuls- oder Triebkontrolle hingegen können sich als psychische Störung darstellen. Dies gilt insbesondere für die dissoziale Persönlichkeitsstörung und verschiedene Störungen der Sexualpräferenz, etwa die Pädophilie oder den Sadomasochismus. Letztlich deckt der Begriff der „psychischen Störung“ ein breites Spektrum von Erscheinungsformen ab, von denen nur ein Teil in der psychiatrisch-forensischen Begutachtungspraxis als psychische Erkrankung gewertet wird.

Das Vorliegen einer psychischen Störung allein reicht jedoch für die Anordnung der Therapieunterbringung nicht aus. Vielmehr muss eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit, des Vorlebens und der Lebensverhältnisse ergeben, dass die betroffene Person infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird. Über das Erfordernis der Gefährlichkeitsprognose, die einen hohen Grad an Wahrscheinlichkeit verlangt, wird sichergestellt, dass eine Unterbringung nur bei störungsbedingten erheblichen Gefahren für besonders bedeutende Rechtsgüter Dritter in Betracht kommt. Dies entspricht auch der Vorgabe des EGMR in Bezug auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK, wonach „der Grad oder die Art der Geistesstörung eine zwangsweise Unterbringung rechtfertigen“ muss (Winterwerp ./.. NL, Urteil des EGMR vom 24. Oktober 1979, Nr. 6301/73, EGMR-E 1, 427, EuGRZ 1979, 650). Die Gefährlichkeit der betroffenen Person muss im Sinne einer Kausalität auf der psychischen Störung beruhen. Grundlage der Gefährlichkeitsprognose ist eine Gesamtwürdigung, die sich vor allem auf die Persönlichkeit der betroffenen Person, also insbesondere ihre psychische Störung, beziehen muss, aber auch auf das – insbesondere kriminelle – Vorleben und die aktuellen Lebensverhältnisse. Bei bereits aus der Sicherungsverwahrung entlassenen Personen wird im Rahmen der Gesamtwürdigung das Verhalten seit der Entlassung besonders zu berücksichtigen sein, da ein Leben in Freiheit deutlich mehr Raum für die Beeinträchtigung von Rechtsgütern Dritter lässt als ein solches in der Sicherungsverwahrung. Deshalb kommt einer – ggf. längeren – Zeit in Freiheit

ohne gefährlichkeitsrelevante Vorkommnisse für die zu stellende Prognose besondere Bedeutung zu.

Schließlich muss sich aus der störungsbedingten Gefährlichkeit der betroffenen Person ergeben, dass ihre Unterbringung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist (Nummer 2). Auch dieses Tatbestandsmerkmal trägt den Vorgaben sowohl des Grundgesetzes als auch der EMRK Rechnung, die eine Prüfung verlangen, ob nicht weniger belastende Maßnahmen zum Schutz der Allgemeinheit in Betracht kommen und ausreichen (Winterwerp ./ NL, Urteil des EGMR vom 24. Oktober 1979, Nr. 6301/73). Als milderes Mittel dürften insbesondere Maßnahmen im Rahmen der Führungsaufsicht anzusehen sein, wenn sie geeignet sind, die Gefährlichkeit der betroffenen Person auf ein Maß zu reduzieren, das unterhalb der für eine Unterbringung maßgeblichen Schwelle liegt.

Sind die vorstehend dargestellten Tatbestandsmerkmale gegeben, kann das zuständige Gericht die Unterbringung der betroffenen Person in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung anordnen. Die Ausgestaltung als Ermessensvorschrift lässt Raum für Verhältnismäßigkeitserwägungen im Einzelfall; in der Regel wird jedoch das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen die Anordnung der Therapieunterbringung indizieren. Was unter einer geeigneten geschlossenen Einrichtung zu verstehen ist, ergibt sich aus § 2 (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen).

### **Zu § 2 (Geeignete geschlossene Einrichtungen)**

§ 2 regelt, unter welchen Voraussetzungen eine geschlossene Einrichtung eine geeignete Einrichtung für die Therapieunterbringung nach § 1 darstellt. § 2 dient somit dazu, das Wesen der Unterbringung nach dem ThUG zu beschreiben.

#### **Zu Nummer 1**

Nach Nummer 1 muss die Einrichtung, in der die Therapieunterbringung vollstreckt werden soll, wegen ihrer medizinisch-therapeutischen Ausrichtung eine angemessene Behandlung der bei der betroffenen Person vorliegenden psychischen Störung auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans und mit dem Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer gewährleisten können. Für die Auswahl der Einrichtung kommt es also in erster Linie auf die zu behandelnde psychische Störung an. Denkbar ist der Vollzug in jeder geschlossenen Einrichtung mit therapeutischer Ausrichtung, die im konkreten Fall eine angemessene Behandlung sicherstellen kann. Ob es hierfür neuer Vollzugseinrichtungen bedarf, können nur die Länder unter Berücksichtigung der jeweiligen Gegebenheiten vor Ort beurteilen.

Bei der angemessenen Behandlung im Sinne der Nummer 1 geht es um eine Einwirkung auf die betroffene Person, die eine positive Beeinflussung ihrer psychischen Störung nicht ausgeschlossen erscheinen lässt, ohne dass tatsächlich in jedem Fall eine „Heilung“ erreichbar wäre, und deshalb die Annahme rechtfertigt, dass sie zu einer Verkürzung der Unterbringungsdauer zumindest beitragen kann. Die Behandlung muss auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans erfolgen, in dem die Einrichtung der betroffenen Person gleich zu Beginn der Behandlung aufzeigen soll, wie sich die Therapieunterbringung bis zu einer möglichen Entlassung gestalten könnte. Gewährleistet ist eine angemessene Behandlung schon dann, wenn die Einrichtung entsprechende Therapieangebote in ausreichendem Maße vorhält. Für die Eignung der Einrichtung im Sinne des § 2 kommt es also nicht darauf an, ob diese Angebote auch tatsächlich von der betroffenen Person angenommen werden. Deshalb kann eine Therapieverweigerung, ein Therapieabbruch oder fehlende Therapierbarkeit die Eignung der geschlossenen Einrichtung für die Therapieunterbringung nicht in Frage stellen.

## **Zu Nummer 2**

Nummer 2 ist eine einfachrechtliche Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Danach muss die Therapieeinrichtung unter Berücksichtigung therapeutischer Gesichtspunkte und der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit eine die Unterbrachten so wenig wie möglich belastende Unterbringung zulassen. Das heißt, in der Einrichtung dürfen keine Beschränkungen aus strukturellen (etwa Ausstattungsdefiziten in personeller Hinsicht), sondern nur aus therapeutischen Gründen oder mit Rücksicht auf die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit erforderlich werden. Vergleichbare Regelungen finden sich in nahezu allen Gesetzen der Länder über die Unterbringung psychisch kranker Menschen (vgl. etwa § 7 Absatz 1 des baden-württembergischen Gesetzes über die Unterbringung psychisch Kranker und Artikel 12 Absatz 1 Satz 2 des bayerischen Gesetzes über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung: „bei geringstem Eingriff in die persönliche Freiheit“).

## **Zu Nummer 3**

Nummer 3 verlangt, dass die Therapieeinrichtung räumlich und organisatorisch von Einrichtungen des Strafvollzuges getrennt sein muss. Diese Vorgabe ist erforderlich, um den behandlungsorientierten Ansatz der Therapieunterbringung zu unterstreichen und sie klar von der Freiheitsstrafe abzugrenzen. Wie bereits oben zu Nummer 1 ausgeführt, obliegt die Beurteilung, welche Einrichtungen sich für den Vollzug der Therapieunterbringung eignen, den Ländern. Nur sie kennen die jeweiligen Gegebenheiten vor Ort und sind in der Lage zu bewerten, ob bestehende Einrichtungen den neuen gesetzlichen Anforderungen genügen oder es gegebenenfalls neuer Einrichtungen bedarf.

## **Zu § 3 (Gerichtliches Verfahren)**

Das gerichtliche Verfahren richtet sich in erster Linie nach diesem Gesetz. Die Verfahrensvorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) gelten entsprechend. Dies sind die Regelungen in Buch 1 – Allgemeiner Teil – und Abschnitt 2 von Buch 3 – Verfahren in Unterbringungssachen –.

Eine Vergleichbarkeit ist insbesondere zu den Unterbringungsverfahren nach § 312 Nummer 3 FamFG, der freiheitsentziehenden Unterbringung Volljähriger nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker, gegeben. Hierbei handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Unterbringung, mit der die Therapieunterbringung nach diesem Gesetz durchaus vergleichbar ist, auch wenn die Voraussetzungen der Unterbringungsanordnung unterschiedlicher Art sind. Daher sollen die an diese Verfahren zu stellenden hohen Anforderungen grundsätzlich auch für die Verfahren zur Therapieunterbringung gelten.

## **Zu § 4 (Sachliche und örtliche Zuständigkeit; Besetzung des Spruchkörpers)**

### **Zu Absatz 1**

Der Besonderheit dieser Verfahren entsprechend sind die Zivilkammern der Landgerichte ausschließlich zuständig. Über die Zuständigkeitsbestimmung wird die gerichtsverfassungsrechtliche Unterscheidung des Verfahrens von einem Strafverfahren vorgenommen. Das Ziel des Verfahrens ist die Unterbringung einer Person zum Zwecke der Therapie. Da es sich dabei um Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, vergleichbar mit Verfahren in Unterbringungssachen, wären nach § 23a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) die Amtsgerichte zuständig, soweit nicht durch gesetzliche Vorschriften eine anderweitige Zuständigkeit begründet ist. § 4 Absatz 1 nimmt eine anderweitige Bestimmung der Zuständigkeit in diesem Sinne vor. Da es sich bei den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit um Zivilsachen handelt (§ 13 GVG), sind die Zivilkammern der Landgerichte sachlich zuständig.

Die für Unterbringungssachen nach dem FamFG zuständigen Betreuungsgerichte als Abteilungen der Amtsgerichte sind mit einem Berufsrichter besetzt (§ 23a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2, Absatz 2 Nummer 1, § 23c GVG). Für das aufwändige Verfahren zur Therapieunterbringung sind die Zivilkammern der Landgerichte mit drei Berufsrichtern einschließlich des Vorsitzenden (§ 75 GVG) besser besetzt. Zugleich wird eine Übertragung des Verfahrens auf den Einzelrichter ausgeschlossen.

## **Zu Absatz 2**

Die örtliche Zuständigkeit für Therapieunterbringungen richtet sich, wie bei Unterbringungen nach § 312 Nummer 3 FamFG, zunächst nach dem Gerichtsbezirk, in dem das Bedürfnis für die Therapieunterbringung entsteht (vgl. § 313 Absatz 3 FamFG). Befindet sich der Betroffene noch in der Sicherungsverwahrung, so geht die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts vor, in dessen Bezirk sich die Einrichtung befindet, in der diese vollstreckt wird. Dies ist in der Regel eine Justizvollzugsanstalt (vgl. § 139 StVollzG), kann aber auch eine andere Einrichtung des Maßregelvollzugs sein, in der die Sicherungsverwahrung aufgrund einer Überweisung nach § 67a Absatz 2 Satz 1 StGB vollstreckt wird. Auch in diesen Fällen handelt es sich um die Vollstreckung von Sicherungsverwahrung, da die Überweisung nichts an der Rechtsnatur der vom erkennenden Gericht angeordneten Maßregel ändert (vgl. nur *Fischer*, StGB, 57. Auflage, § 67a Rn. 6).

## **Zu § 5 (Einleitung des gerichtlichen Verfahrens)**

### **Zu Absatz 1**

Das gerichtliche Verfahren kann nur eingeleitet werden, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass eine Therapieunterbringung angeordnet werden wird. Die Einleitung kann zunächst durch die zuständige untere Verwaltungsbehörde erfolgen. Das Antragsrecht der unteren Verwaltungsbehörde ist verbunden mit der Beteiligtenregelung in § 6 Absatz 1. Die untere Verwaltungsbehörde ist die sachlich zuständige Ordnungs- oder Gesundheitsbehörde wie in Fällen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung nach den Landesgesetzen. Die Länder sind jedoch nicht gehindert, eine abweichende Zuständigkeitsbestimmung vorzunehmen (Artikel 84 Absatz 1 Satz 2 GG).

Ebenfalls antragsberechtigt ist der Leiter der Einrichtung, in der sich der Betroffene wegen der gegen ihn angeordneten Sicherungsverwahrung befindet. Die Antragsbefugnis rechtfertigt sich aus der vorhandenen genaueren Kenntnis der Person, die untergebracht werden soll. Die Leiter dieser Einrichtungen sind daher in der Lage festzustellen, für welche Personen ein Bedürfnis für eine Unterbringung nach der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung besteht. Zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens bedarf es regelmäßig eines schriftlichen und begründeten Antrags der Behörde oder der Einrichtung (vgl. § 23 Absatz 1 FamFG).

### **Zu Absatz 2**

Der Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung wird durch die in § 1 Absatz 1 geregelten Voraussetzungen bestimmt. Zudem soll ein Verfahrensvorlauf möglich sein, bevor die betroffene Person aus der Sicherungsverwahrung entlassen wird. Daher ist ein solcher Antrag – auch wenn die in § 1 Absatz 1 vorausgesetzte rechtskräftige Entlassungsentscheidung noch aussteht – grundsätzlich zulässig. Der zulässige Antrag vor der rechtskräftigen Entlassungsentscheidung gibt dem Gericht den notwendigen verfahrensmäßigen Vorlauf, damit eine mit dem Zeitpunkt der Entlassung des Betroffenen im zeitlichen Zusammenhang stehende Entscheidung getroffen werden kann. Der Antrag ist daher so rechtzeitig zu stellen, dass das Gericht noch vor der voraussichtlichen Entlassung eine Entscheidung treffen kann.

Die Rücknahmefiktion durch Fristablauf ist für die Fälle vorgesehen, in denen nach Stellung des zulässigen Antrages keine Entlassungsentscheidung rechtskräftig wird und der Betroffene sich weiterhin in der Sicherungsverwahrung befindet.

### **Zu Absatz 3**

Die Übermittlung der notwendigen Daten zur Einleitung des Verfahrens ist ausdrücklich vorgesehen, damit der Antrag rechtzeitig gestellt werden kann und datenschutzrechtliche Vorgaben dabei berücksichtigt werden.

### **Zu § 6 (Beteiligte)**

#### **Zu Absatz 1**

Die Bestimmung ist den Beteiligtenregelungen des FamFG nachgebildet. Nach § 7 Absatz 1 FamFG ist in Antragsverfahren der Antragsteller Beteiligter. Notwendigerweise beteiligt sind daneben diejenigen, deren Rechte durch das Verfahren unmittelbar betroffen werden (§ 7 Absatz 2 Nummer 1 FamFG). Im Weiteren sind die durch das Gericht hinzuzuziehenden Beteiligten abschließend geregelt. Die Regelung zu den auf Antrag hinzuzuziehenden Beteiligten trifft nur auf diejenigen zu, die keinen Antrag auf Einleitung des Verfahrens gestellt haben. Nicht vorgesehen sind diejenigen, die nach § 315 Absatz 4 Nummer 1 und 2 FamFG am Verfahren beteiligt werden können (Kannbeteiligte).

#### **Zu Absatz 2**

Der dem Betroffenen beigeordnete Rechtsanwalt ist an dem Verfahren ebenfalls zu beteiligen, damit er die Rechte des Betroffenen wahrnehmen kann.

#### **Zu Absatz 3**

Sofern die untere Verwaltungsbehörde und der Leiter der Einrichtung, in der sich der Betroffene zur Vollstreckung der Sicherungsverwahrung befindet, nicht bereits als Antragsteller am Verfahren beteiligt sind, können sie und die Führungsaufsichtsstelle des Betroffenen sich über einen entsprechenden Antrag am Verfahren beteiligen. Dazu sind sie nach § 7 Absatz 4 FamFG von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen und über ihr Antragsrecht zu belehren.

### **Zu § 7 (Beiordnung eines Rechtsanwalts)**

#### **Zu Absatz 1**

Zur Gewährung seiner Rechtsverteidigung ist dem Betroffenen im Verfahren und für die gesamte Dauer der Therapieunterbringung ein Rechtsanwalt beizuordnen. Die Beiordnung geht über die Interessenwahrnehmung eines Verfahrenspflegers nach § 317 FamFG hinaus. Für das Beiordnungsverfahren gilt § 78 Absatz 1 und 3 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechend. Die Übernahme der Vertretung durch den beigeordneten Rechtsanwalt ist nicht von der Zahlung eines Gebührenvorschusses abhängig. Die von Amts wegen getroffene Auswahlentscheidung ist mit der sofortigen Beschwerde nach §§ 567 bis 572 ZPO anfechtbar.

#### **Zu Absatz 2**

Die verfahrensrechtliche Stellung des beigeordneten Rechtsanwalts entspricht zunächst der eines Beistands nach § 12 FamFG. Die Verfahrenshandlungen und Erklärungen des beigeordneten Rechtsanwalts in der mündlichen Verhandlung haben demnach dieselben Wirkungen, als ob sie von dem Betroffenen selbst vorgenommen oder abgegeben werden, sofern dieser nicht offensichtlich widerspricht. Die Verweisung auf § 48 Absatz 1 Nummer 3 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) stellt sicher, dass der beigeordnete

Rechtsanwalt die Beistandschaft übernehmen muss. Der Betroffene kann dem beigeordneten Rechtsanwalt eine Verfahrensvollmacht erteilen, die zu einer umfassenden Vertretungsmacht des Rechtsanwalts führt.

### **Zu Absatz 3**

Die Beordnung endet mit der Entlassung des Betroffenen aus der geschlossenen Einrichtung, wenn zu diesem Zeitpunkt kein gerichtliches Verfahren anhängig ist, andernfalls mit dem rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass der Betroffene während der gesamten Dauer einer Therapieunterbringung über einen anwaltlichen Beistand/eine anwaltliche Vertretung verfügt, der die zuständigen Stellen jederzeit über einen Wegfall der Voraussetzungen der Therapieunterbringung informieren kann. Solange ein gerichtliches Verfahren nach diesem Gesetz andauert, kommt eine Aufhebung der Beordnung nur aus wichtigen Gründen nach § 48 Absatz 2 BRAO in Betracht. Außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens kann die Beordnung unter erleichterten Voraussetzungen aufgehoben werden. Erforderlich ist ein berechtigtes Interesse, das vorliegen kann, wenn die Beordnung eines bestimmten Rechtsanwalts bereits über einen längeren Zeitraum besteht oder der beigeordnete Rechtsanwalt den Schwerpunkt seiner Tätigkeit auf ein anderes Rechtsgebiet verlegt hat. Die Aufhebung der Beordnung kann sowohl von dem beigeordneten Rechtsanwalt als auch von dem Betroffenen beantragt werden.

### **Zu Absatz 4**

Die Beratung und Vertretung des Betroffenen in Vollzugsangelegenheiten – wie nach § 327 FamFG geregelt – ist von der Beordnung nicht umfasst. Zu den Vollzugsangelegenheiten zählt zum Beispiel die Erstellung eines Behandlungsplans. Eine Beordnung eines Rechtsanwalts auch in Vollzugsangelegenheiten käme nur im Zusammenhang mit der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe in Betracht (§ 78 FamFG).

## **Zu § 8 (Anhörung des Betroffenen)**

### **Zu Absatz 1**

Vor einer Therapieunterbringung hat das Gericht die Beteiligten im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht nach § 26 FamFG zur Aufklärung des Sachverhalts anzuhören.

### **Zu Absatz 2**

Der Betroffene ist zwingend persönlich anzuhören. Die Regelung entspricht § 319 Absatz 1 Satz 1 FamFG. Für den persönlichen Eindruck des Gerichts von dem Betroffenen wird es auf die Anhörung in der üblichen Umgebung des Betroffenen regelmäßig nicht ankommen. Die Anhörung des Betroffenen im Wege der Rechtshilfe soll nicht erfolgen, damit das Gericht sich selbst und in jedem Fall einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen verschaffen kann.

### **Zu Absatz 3**

Die persönliche Anhörung des Betroffenen kann als Verfahrenshandlung erzwungen werden, wenn der Betroffene zum Anhörungstermin nicht erscheint. Die Anordnung zur sofortigen Vorführung des Betroffenen ist abweichend von § 33 Absatz 3 FamFG vorgesehen, da das Verfahren in der Regel eilbedürftig ist. Daher ist auch ein Rechtsmittel gegen den Anordnungsbeschluss nicht gegeben.

## **Zu § 9 (Einholung von Gutachten)**

### **Zu Absatz 1**

Die Begutachtung des Betroffenen ist im Wege einer förmlichen Beweisaufnahme nach § 30 FamFG vorzunehmen. Damit ist sichergestellt, dass das Verfahren des Strengbeweises über die entsprechende Geltung der ZPO durchzuführen ist. Die Anforderungen an das Beweisverfahren werden zusätzlich durch die Einholung von zwei Gutachten erhöht. Beide Sachverständige dürfen den Betroffenen bisher nicht behandelt haben; mindestens ein Gutachten muss von einem externen Sachverständigen erstellt werden. Damit gelten in diesen Verfahren höhere Anforderungen im Rahmen der förmlichen Beweisaufnahme als in den ebenfalls grundrechtsrelevanten Betreuungs- und Unterbringungsverfahren. Insbesondere der Ausschluss bestimmter Sachverständiger soll eine unabhängige Begutachtung und die Objektivität der Gutachten sicherstellen. Die in § 321 Absatz 1 Satz 4 FamFG geregelten Qualifikationsanforderungen an die Sachverständigen als Arzt für Psychiatrie bzw. Arzt mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie sind jedoch auch in diesen Verfahren bei der Auswahl der Gutachter heranzuziehen.

### **Zu Absatz 2**

Für diese höheren Anforderungen an die Beweisaufnahme spricht, dass das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Therapieunterbringung regelmäßig schwieriger zu beurteilen sein wird als das der Voraussetzungen für eine Unterbringung nach §§ 312 ff. FamFG. Daher sind auch Vorgaben zum Inhalt der Gutachten geregelt, die zum Beweis der zentralen entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlich sind. Diese Vorgaben werden im Hinblick auf den im Ergebnis des Verfahrens möglichen schweren Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen für notwendig erachtet. Die Gutachten sollen daher insbesondere auf die Frage der psychischen Störung und der daraus resultierenden Gefährlichkeit des Betroffenen eingehen. Die Sachverständigen sollen zugleich auch Behandlungsvorschläge unterbreiten. Sollte eine Therapie des Betroffenen ausgeschlossen werden, sind in den Gutachten zumindest Vorschläge für eine Behandlung, z.B. mit Medikamenten, der psychischen Störung des Betroffenen zu unterbreiten. Damit sind auch Zeitvorgaben des Sachverständigen – unter Beachtung der regulären 18-monatigen Dauer der Therapieunterbringung – verbunden.

## **Zu § 10 (Entscheidung; Beschlussformel)**

### **Zu Absatz 1**

Die Bestimmung stellt klar, dass die einem Antrag auf Therapieunterbringung stattgebende Entscheidung erst ergehen kann, wenn die von § 1 Absatz 1 vorausgesetzte Entscheidung der Strafvollstreckungskammer rechtskräftig ist. Vor diesem Zeitpunkt fehlt es an einer Voraussetzung für die Anordnung einer Therapieunterbringung nach § 1 Absatz 1. Ob eine Entscheidung der Strafvollstreckungskammer im Sinne von § 1 Absatz 1 vorliegt, hat das Gericht vor der Anordnung der Therapieunterbringung zu prüfen. Um zu verhindern, dass der Betroffene nach Beendigung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung in Freiheit entlassen wird, bevor er einer Therapieunterbringung zugeführt werden kann, kommt – auf Antrag – eine vorläufige Unterbringung durch Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 14) in Betracht.

Eine Abweisung des Antrags auf Therapieunterbringung darf nicht lediglich deshalb erfolgen, weil die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer noch nicht ergangen ist oder noch nicht rechtskräftig geworden ist. Ist der Antrag schon aus anderen Gründen als dem Fehlen der in § 1 Absatz 1 vorausgesetzten Entscheidung abzuweisen, so muss diese nicht abgewartet werden.

## **Zu Absatz 2**

Die Regelung entspricht § 323 Nummer 2 FamFG.

## **Zu Absatz 3**

Nach § 324 Absatz 1 FamFG werden Beschlüsse über die Anordnung einer Unterbringungsmaßnahme erst mit Rechtskraft wirksam. § 324 Absatz 2 Satz 1 FamFG gibt dem Gericht jedoch die Möglichkeit, die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses anzuordnen, wovon in der Praxis ganz überwiegend Gebrauch gemacht wird (*Keidel-Budde*, FamFG, 16. Auflage 2009, § 324 Rn. 1). Diese spezielle Regelung des Wirksamwerdens von Beschlüssen soll auch für Entscheidungen zur Therapieunterbringung gelten.

## **Zu § 11 (Zuführung und Vollzug der Therapieunterbringung; Ruhen der Führungsaufsicht)**

### **Zu Absatz 1**

Die Regelung sieht vor, dass die gerichtlich angeordneten Maßnahmen nach diesem Gesetz von den unteren Verwaltungsbehörden umgesetzt werden.

### **Zu Absatz 2**

Es ist davon auszugehen, dass in den vom Entwurf erfassten Parallelfällen mit der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung Führungsaufsicht eintritt (vgl. bereits Allgemeiner Teil unter VI.). In Anlehnung an § 68e Absatz 1 Satz 2 StGB wird daher bestimmt, dass während des Vollzugs der Therapieunterbringung die Führungsaufsicht ruht. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es auch während dieses Unterbringungs vollzugs einer zusätzlichen Führungsaufsicht grundsätzlich nicht bedarf. Wie bei § 68e Absatz 1 Satz 2 StGB hindert dies den Bewährungshelfer aber nicht, zur Gewährleistung einer angemessenen Entlassungsvorbereitung frühzeitig mit dem Betroffenen in Kontakt zu treten (vgl. BT-Drucksache 16/1993, S. 22).

## **Zu § 12 (Dauer und Verlängerung der Therapieunterbringung)**

### **Zu Absatz 1**

Die Therapieunterbringung darf zunächst für höchstens 18 Monate angeordnet werden. Die Höchstfrist liegt zwischen der für Unterbringungsmaßnahmen nach §§ 312 ff. FamFG geltenden regelmäßigen Höchstdauer von einem Jahr und der maximal zulässigen Unterbringungs dauer bei offensichtlich langer Unterbringungsbedürftigkeit von zwei Jahren (§ 329 Absatz 1 FamFG). Die verlängerte Höchstfrist ist für die Durchführung einer erfolgversprechenden Therapiemaßnahme erforderlich. Sie rechtfertigt sich darüber hinaus durch das aufwändige Beweiserhebungsverfahren.

### **Zu Absatz 2**

Eine Verlängerung der Therapieunterbringung ist zulässig nach den für die erstmalige Anordnung entsprechend geltenden Verfahrensvorschriften. Die Regelung entspricht inhaltlich § 329 Absatz 2 Satz 1 FamFG. Für die erstmalige und jede weitere Verlängerung einer Therapieunterbringung muss das Gericht nur ein Sachverständigengutachten einholen. Die Anforderungen an den Sachverständigen entsprechen zunächst den in § 9 Absatz 1 Satz 2 und 3 geregelten an einen der beiden Sachverständigen (mindestens einer der Sachverständigen muss eine Person sein, die den Betroffenen bisher nicht behandelt hat und nicht im Rahmen eines ständigen Dienstverhältnisses in der Einrichtung tätig ist, in der der Betroffene untergebracht ist oder zuletzt untergebracht war). Wird eine Therapieunterbringung mehrfach verlängert, so soll das Gericht zudem nicht solche Personen als Sachverständige bestellen, die den Betroffenen bereits mindestens zwei Mal begut-

achtet haben. Damit soll eine fortlaufende Begutachtung durch dieselben Sachverständigen verhindert werden. Die Formulierung als Soll-Vorschrift erlaubt es dem Gericht, hiervon in begründeten Ausnahmefällen abzuweichen. Ein denkbarer Ausnahmefall könnte darin liegen, dass die letztmalige Begutachtung bereits einen längeren Zeitraum zurückliegt.

### **Zu § 13 (Aufhebung der Therapieunterbringung)**

Die Unterbringung ist bereits vor ihrem gesetzlich vorgesehenen zeitlichen Ablauf aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Da die Aufhebung von Amts wegen erfolgt, hat das Gericht auf darauf gerichtete Anregungen nach § 24 FamFG zu reagieren. Ein förmliches Antragsverfahren ist nicht vorgesehen. Bei Nichtbefolgung der Anregung hat das Gericht lediglich eine Unterrichtungspflicht gegenüber dem Anregenden. Da die vorzeitige Aufhebung der Therapieunterbringung immer im Interesse des Betroffenen erfolgt, könnte wie in § 330 FamFG auf seine Anhörung verzichtet werden. Dennoch wird in diesen Verfahren die Anhörung des Betroffenen zur Sachaufklärung, insbesondere zum Wegfall der Unterbringungs Voraussetzungen, für erforderlich gehalten.

### **Zu § 14 (Einstweilige Anordnung)**

#### **Zu Absatz 1**

Im Wege der einstweiligen Anordnung kann im bereits beantragten Hauptsacheverfahren die vorläufige Unterbringung des Betroffenen für die Dauer von drei Monaten angeordnet werden. Das Verfahren setzt gemäß § 51 Absatz 1 FamFG einen Antrag voraus und ist abweichend von § 51 Absatz 3 Satz 1 FamFG kein selbstständiges Verfahren. Das Verfahren setzt Eilbedürftigkeit voraus, die als ein dringendes Bedürfnis für das sofortige Tätigwerden des Gerichts bestimmt ist.

#### **Zu Nummer 1**

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Vorliegen von Gründen für die Annahme voraus, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer Therapieunterbringung vorliegen. Diese Gründe können sich beispielsweise aus dem Verhalten des Betroffenen oder auch aus einem während des Vollzugs der Sicherungsverwahrung erstatteten Gutachten ergeben. Darüber hinaus muss ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden bestehen. Wurde der Betroffene bereits aus der Sicherungsverwahrung entlassen, kann sich das dringende Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden daraus ergeben, dass der Aufschiebung durch das andauernde Verfahren mit der in § 1 Nummer 1 beschriebenen Gefahr verbunden wäre. Sofern der Betroffene noch in der Sicherungsverwahrung untergebracht ist, kann sich das dringende Bedürfnis daraus ergeben, dass die Entlassung des Betroffenen in absehbarer Zeit bevorsteht und mit seiner Entlassung die in § 1 Nummer 1 beschriebene Gefahr verbunden wäre.

#### **Zu Nummer 2**

Vor der Anordnung der vorläufigen Unterbringung sind zur Gewährung rechtlichen Gehörs der Betroffene persönlich und der ihm beigeordnete Rechtsanwalt anzuhören. Im einstweiligen Anordnungsverfahren ist auf Grund der gebotenen Eile die Anhörung des Betroffenen abweichend von § 8 Absatz 2 im Wege der Rechtshilfe zulässig.

#### **Zu Absatz 2**

Das Gericht kann eine einstweilige Anordnung bereits erlassen, bevor die in § 1 Absatz 1 vorausgesetzte Entscheidung der Strafvollstreckungskammer vorliegt. Der für die Entscheidung in der Hauptsache geltende § 10 Absatz 1 ist im einstweiligen Anordnungsverfahren nicht anwendbar. Die Regelung stellt sicher, dass der Betroffene, der sich noch in Sicherungsverwahrung befindet, mit Rechtskraft der Entscheidung über seine Entlassung

vorläufig untergebracht werden kann, wenn die Anordnung einer Therapieunterbringung zu erwarten ist. Eine zwischenzeitliche Entlassung des Betroffenen in Freiheit kann so verhindert werden.

Da der Zeitpunkt der Rechtskraft der Entscheidung über die Entlassung aus dem Maßregelvollzug in der Zukunft liegen kann, kann das Gericht anordnen, dass seine Entscheidung erst mit Rechtskraft der Entlassungsentscheidung wirksam wird. Die Frist von drei Monaten beginnt dann erst mit diesem Zeitpunkt.

### **Zu Absatz 3**

Im Ausnahmefall kann die Dauer der vorläufigen Unterbringung aufgrund der einstweiligen Anordnung um jeweils weitere drei Monate bis zu einer Höchstdauer von einem Jahr verlängert werden. Die Voraussetzungen dafür müssen sich aus dem zeitlichen Verfahrensablauf in der Hauptsache ergeben. Dies kann der Fall sein, wenn besondere Schwierigkeiten in der Begutachtung des Betroffenen auftreten. Vor der Verlängerung sind die Sachverständigen zu den Schwierigkeiten in der Begutachtung und zum dafür noch notwendigen Zeitraum anzuhören.

### **Zu § 15 (Einstweilige Anordnung bei gesteigerter Dringlichkeit)**

Die Bestimmung entspricht § 332 FamFG. Gefahr im Verzug erfordert eine gesteigerte Form der Dringlichkeit. Die Gefahr, die von einem bereits aus der Sicherungsverwahrung entlassenen Betroffenen ausgeht, muss besonders hoch sein, damit Gründe für eine „eilige einstweilige Anordnung“ vorliegen. Dies wird nur ausnahmsweise der Fall sein. Die Anhörung des Betroffenen und die Beiordnung eines Rechtsanwalts sind dann vom Gericht unverzüglich nachzuholen.

### **Zu § 16 (Ergänzende Vorschriften über die Beschwerde; Beschwerdefrist)**

#### **Zu Absatz 1**

Die Vorschrift ergänzt die allgemeinen Beschwerderegeln in §§ 58 ff. FamFG. Demnach ist die Beschwerde statthaft gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Endentscheidungen, zu denen auch die Entscheidungen über die Verlängerung der Therapieunterbringung (§ 12 Absatz 2) und der vorläufigen Unterbringung (§ 14 Absatz 3) gehören.

Die Beschwerdebefugnis orientiert sich an der Beteiligtenregelung des § 6 und weicht von der besonderen Regelung des § 335 FamFG und der allgemeinen Regelung des § 59 Absatz 1 FamFG ab. Demnach sind der Betroffene, der ihm beigeordnete Rechtsanwalt und die zuständige untere Verwaltungsbehörde regelmäßig beschwerdebefugt. Der Leiter der Einrichtung, in der sich der Betroffene befindet, ist nur dann beschwerdebefugt, wenn er den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat und insofern auch Beteiligter am Verfahren ist. Da es keine sog. Kannbeteiligten gibt, entfällt eine diesbezügliche Regelung zur Beschwerdebefugnis.

#### **Zu Absatz 2**

Die Beschwerdefrist für Beschwerden gegen Hauptsacheentscheidungen nach diesem Gesetz beträgt abweichend von § 63 Absatz 1 FamFG zwei Wochen. Die Beschwerdefrist gilt auch für Beschwerden gegen Entscheidungen über den Erlass einstweiliger Anordnungen. Die kürzere Beschwerdefrist ist aufgrund des für diese Verfahren notwendig schnelleren Verfahrensablaufs geboten. Die Frist beginnt nach dem entsprechend anwendbaren § 63 Absatz 3 Satz 1 FamFG grundsätzlich jeweils mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten.

### **Zu Absatz 3**

Abweichend von § 68 Absatz 4 FamFG ist auch in der Beschwerdeinstanz eine Übertragung der Entscheidung auf den Einzelrichter nicht zulässig.

### **Zu § 17 (Ausschluss der Rechtsbeschwerde und der Sprungrechtsbeschwerde)**

Die Rechtsbeschwerde gegen Entscheidungen des Beschwerdegerichts ist ausgeschlossen, da in diesen Verfahren keine Rechtsfragen, sondern tatsächliche Fragen im Vordergrund stehen. Aus diesem Grund ist auch die Sprungrechtsbeschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen ausgeschlossen.

### **Zu § 18 (Divergenzvorlage)**

#### **Zu Absatz 1**

Mit der Divergenzvorlage soll die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sichergestellt werden. Die Divergenzvorlage setzt eine Abweichung in einer Rechtsfrage voraus, die nur ausnahmsweise vorliegen dürfte. Sie ersetzt insoweit die ausgeschlossene Rechtsbeschwerde und die ausgeschlossene Sprungrechtsbeschwerde (§ 17).

#### **Zu Absatz 2**

Die Divergenzvorlage ist im Verfahren der einstweiligen Anordnung ausgeschlossen, da sie zu einer unangemessenen Verfahrensverzögerung führen würde. Die Klärung streitiger Rechtsfragen bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

### **Zu § 19 (Gerichtskosten)**

Für die Verfahren nach diesem Gesetz soll, vergleichbar mit der Regelung des § 128b der Kostenordnung für die Unterbringungsverfahren nach § 312 FamFG, Kostenfreiheit vorgesehen werden.

### **Zu § 20 (Vergütung des Rechtsanwalts)**

Für die Tätigkeit eines Rechtsanwalts in Verfahren nach diesem Gesetz ist das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) anzuwenden. Es bietet sich an, hinsichtlich der Gebühren die Regelungen von Teil 6 Abschnitt 3 des Vergütungsverzeichnisses zum RVG für anwendbar zu erklären. Dem Rechtsanwalt steht demnach für das Anordnungsverfahren jeweils eine Verfahrensgebühr (Nummer 6300 VV RVG) und ggf. eine Terminsgebühr (Nummer 6301 VV RVG) mit einem Gebührenrahmen von jeweils 30,00 bis 400,00 Euro (Mittelgebühr: 215,00 Euro) zu. Der beigeordnete Rechtsanwalt würde aus der Staatskasse jeweils eine Gebühr in Höhe von 172,00 Euro erhalten. Diese Gebühren verringern sich für ein Verlängerungs- oder Aufhebungsverfahren für den Wahlanwalt auf einen Gebührenrahmen von jeweils 20,00 bis 250,00 Euro (Mittelgebühr: 135,00 Euro) und auf 108,00 Euro für den beigeordneten Rechtsanwalt (Nummern 6302 und 6303 VV RVG). Im Verfahren über die einstweilige Anordnung würden diese Gebühren jeweils gesondert entstehen (§ 17 Nummer 17 Buchstabe b RVG).

Der Vergütungsanspruch des beigeordneten Rechtsanwalts gegen die Staatskasse ergibt sich aus § 46 Absatz 3 RVG. Durch die vorgeschlagene Regelung in Absatz 2 Satz 1 soll bestimmt werden, dass der beigeordnete Rechtsanwalt gegen den Betroffenen die gleichen Ansprüche hat, wie der Pflichtverteidiger gegenüber dem Beschuldigten. Sofern der Betroffene im Unterbringungsverfahren ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts zur Zahlung oder zur Leistung von Raten in der Lage ist, soll der Rechtsanwalt auf der Grundlage einer entsprechenden gerichtlichen Entscheidung von dem Betroffenen die Wahlanwaltsvergütung fordern können.

Da die Beordnung des Rechtsanwalts nach § 7 Absatz 1 für die gesamte Dauer der Therapieunterbringung fortbesteht, wird vorgeschlagen, dem beigeordneten Rechtsanwalt für die Tätigkeit zwischen dem Anordnungs- bzw. Verlängerungsverfahren und einem weiteren Verfahren über die Therapieunterbringung einen zusätzlichen Vergütungsanspruch zuzubilligen. Hierzu wird in Absatz 3 Satz 1 eine Verfahrensgebühr nach Nummer 6302 in Höhe von 108,00 Euro vorgeschlagen. Mit Absatz 3 Satz 2 soll sichergestellt werden, dass die Tätigkeit in diesem Verfahrensabschnitt gegenüber allen sonstigen Tätigkeiten als besondere Angelegenheit gilt. Durch diese Regelung ist eine eindeutige Abgrenzung der Angelegenheiten gewährleistet, insbesondere aber auch die Frage der Fälligkeit dieses Vergütungsanspruch geklärt.

### **Zu § 21 (Einschränkung von Grundrechten)**

§ 21 kommt dem Zitiergebot aus Artikel 19 Absatz 1 Satz 2 GG nach.

### **Zu Artikel 6 (Folgeänderung zu Artikel 5)**

Artikel 6 enthält im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz eine Folgeänderung zu dem in Artikel 5 enthaltenen § 20 ThuG-E (Vergütung des Rechtsanwalts). Die vorgeschlagene Ergänzung ist erforderlich, da das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz hinsichtlich seines Geltungsbereichs (vgl. § 1 RVG) keinen Vorbehalt für andere bundesgesetzliche Regelungen enthält.

### **Zu Artikel 7 (Inkrafttreten)**

Artikel 7 bestimmt, dass das Gesetz am Tag nach der Verkündung in Kraft tritt.

Da – anders als zum Recht der Sicherungsverwahrung (siehe vorstehend zu Artikel 4 Nummer 2) – insoweit nichts anderes bestimmt wird, gelten nach § 2 Absatz 6 StGB die Regelungen zur Führungsaufsicht (Artikel 1 Nummer 1, 6 bis 9 sowie Artikel 2 Nummer 7) auch für „Altfälle“, also für alle Fallkonstellationen, in denen die Führungsaufsicht bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens eingetreten ist oder nach diesem Zeitpunkt eintritt, aber die Tat, die zur Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe oder zur Anordnung einer Maßregel im Sinne des § 68b Absatz 1 Satz 3 Nummer 1 und 2 StGB E geführt hat, bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung begangen wurde.

Diese „rückwirkende“ Anwendung ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Führungsaufsicht stellt keine Strafe im Sinne des Artikels 103 Absatz 2 GG dar (vgl. nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Auflage, Artikel 103 Absatz 2 Rn. 21 m. w. N.). Die Anwendung verstößt auch nicht gegen das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot. Es handelt sich um eine unechte Rückwirkung, da die Regelungen des § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12, Satz 3 und 4 StGB-E in Verbindung mit § 463a Absatz 4 StPO-E und des § 68c Absatz 3 Nummer 2 StGB-E an noch nicht abgeschlossene Sachverhalte mit Wirkung für die Zukunft anknüpfen. Es geht jeweils um Personen, die bereits unter Führungsaufsicht stehen oder bei denen zukünftig Führungsaufsicht – wenn auch als mittelbare Folge einer womöglich vor Inkrafttreten der Neuregelung begangenen Tat – eintreten wird. Die unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, wobei letztlich das Ergebnis der Güterabwägung zwischen der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Gemeinwohl und dem Ausmaß des durch eine Gesetzesänderung verursachten Vertrauensschadens entscheidend ist (vgl. BVerfGE 97, 271, 289; 101, 239, 263; 103, 392, 403; 109, 96, 122). Diese Abwägung fällt hier zugunsten der Gemeinwohlbelange aus. Dabei ist zunächst zu bedenken, dass die Neuregelungen in Artikel 1 Nummer 1, 6 bis 8 sowie Artikel 2 Nummer 7 nicht den Eintritt der Führungsaufsicht als solche betreffen, sondern nur deren konkrete Ausgestaltung. Dies gilt namentlich auch für die von der Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 (Nr. 19359/04) betroffenen Fälle, weil auch das zwischen dem 1. Januar 1975 und dem 31. Januar 1998 geltende Recht hinsichtlich des Eintritts der Führungsaufsicht eine inhaltsgleiche Regelung wie das heute anwendbare Recht enthielt

(siehe Allgemeiner Teil unter VI.). Im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Führungsaufsicht, hier die explizite Zulassung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung und die Erweiterung der Möglichkeiten zur Verlängerung der Führungsaufsicht, wiegt das Interesse der Allgemeinheit an der Resozialisierung gefährlicher Straftäter und an dem Schutz der Allgemeinheit vor schweren Rückfalltaten schwerer als ein mögliches Vertrauen der Betroffenen in den Bestand der geltenden Rechtslage. Bei der Regelung zu den Beendigungsgründen nach § 68e Absatz 1 Satz 1 StGB-E (Artikel 1 Nummer 9) wird anzunehmen sein, dass diese nicht mehr dazu führen kann, dass eine bereits beendete Führungsaufsicht nachträglich wieder auflebt; auch unter Berücksichtigung des nur klarstellenden Charakters dieser Regelung wird dies jedenfalls dann gelten müssen, wenn ein Gericht diese Beendigung bereits rechtskräftig festgestellt hat.

Schließlich ergeben sich auch aus der EMRK keine Bedenken gegen eine Anwendung der Neuregelungen zur Führungsaufsicht auf „Altfälle“ (siehe erneut Allgemeiner Teil unter VI.).

Die Regelungen des „Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ (Artikel 5) gelten nur für die dort in § 1 Absatz 1 beschriebenen Altfälle. Dass die Straftat, wegen der die Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen worden war, ist verfassungsrechtlich unbedenklich (dazu, dass kein Verstoß gegen das Verbot rückwirkender Bestrafung nach Artikel 7 Absatz 1 Satz 2 EMRK vorliegt, siehe auch hier Allgemeiner Teil VI.). Die Therapieunterbringung stellt keine Strafe im Sinne von Artikel 103 Absatz 2 GG dar. Auch das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Vertrauensschutzgebot wird nicht verletzt, da es sich bei der Therapieunterbringung um eine zukunftsgerichtete, präventive Maßnahme handelt und das Vertrauen des Betroffenen in das Unterbleiben solcher Maßnahmen schon vor dem Hintergrund der mit der Therapieunterbringung verfolgten überragend wichtigen Gemeinwohlinteressen nicht durchgreifen kann.