
Datum: 05.01.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 4 Ws 348/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0105.4WS348.09.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 25 KLS 55/09

Tenor:

Der Unterbringungsbefehl wird aufgehoben.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen des Verurteilten trägt die Landeskasse.

Die Entscheidung über eine eventuelle Entschädigung für die einstweilige Unterbringung in der Zeit vom 22. Dezember 2009 bis zu seiner tatsächlichen Entlassung ist der erkennenden Strafkammer vorbehalten.

Gründe:

I.

1. Gegen den Beschwerdeführer ist der angefochtene Unterbringungsbefehl gemäß § 275 a Abs. 5 StPO erlassen worden.

a) Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Verurteilte hat seit dem 8. Januar 2003 unter Berücksichtigung von Arbeitszeiten in Anwendung von § 43 StVollzG und unter Berücksichtigung von § 16 Abs. 2 StVollzG am 21. Dezember 2009 die gegen ihn durch das Landgericht Essen am 11. August 2003 rechtskräftig erkannte Freiheitsstrafe von sieben Jahren vollständig verbüßt. Die Verurteilung

1

2

3

4

5

war wegen schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in zehn Fällen erfolgt. Zugleich war in dem Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten worden.

b) Der Verurteilte war zunächst bei den Eltern aufgewachsen, die eine Konditorei betrieben hatten. 1960 hatten sie den Betrieb verkauft und eine Gaststätte mit Barbetrieb übernommen, so dass der Verurteilte schon früh das Barmilieu kennen gelernt hatte. Die Eltern hatten sich 1966 scheiden lassen, der Vater das Sorgerecht erhalten. Der Verurteilte hat eine Schreinerlehre abgeschlossen und zunächst einige Jahre Auslandsmontagetätigkeit ausgeführt. 1969 hatte er erstmals geheiratet. Aus dieser Ehe sind bis 1972 drei Kinder hervorgegangen. 1975 trennten sich die Eheleute, weil eine Hausangestellte von dem Verurteilten schwanger geworden war. 1977 wurde der Verurteilte geschieden, ein Jahr später heiratete er neu. Auch diese Ehe hielt nur kurze Zeit, da seine zweite Ehefrau von einem anderen Mann schwanger geworden war. 6

c) Der Verurteilte ist wie folgt vorbestraft: 7

1975, 1976 und 1977 wurde er wegen unbefugten Gebrauch eines Fahrzeugs, wegen Unterschlagung und wegen Bedrohung jeweils zu Geldstrafen verurteilt. 8

Am 2. August 1977 verurteilte ihn das Landgericht Aachen wegen gemeinschaftlichen Diebstahls und wegen fortgesetzten gemeinschaftlichen Diebstahls unter Einbeziehung der zuletzt erkannten Geldstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Monaten und einer Woche mit Strafaussetzung zur Bewährung. Die Strafe wurde mit Wirkung vom 23. Dezember 1980 erlassen. 9

Am 6. Dezember 1977 erfolgte eine weitere Verurteilung wegen Verletzung der Unterhaltspflicht zu einer dreimonatigen Bewährungsstrafe. 10

Im Jahr 1978 verbüßte der Verurteilte erstmals Strafhaft, nämlich eine Ersatzfreiheitsstrafe für eine der eingangs erwähnten Geldstrafen. 11

Am 22. Mai 1978 verurteilte ihn das Landgericht Aachen wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung unter Einbeziehung der dreimonatigen Bewährungsstrafe wegen Unterhaltspflichtverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zwei Monaten. Nach Teilverbüßung dieser Strafe wurde er bedingt aus der Strafhaft entlassen. Später erfolgte der Widerruf des Strafrestes. Diese Strafe war am 15. Juni 1983 vollständig verbüßt. Ihr lag zugrunde, dass der Verurteilte in seinem Pkw eine Tramperin mitgenommen, sie dann aber nicht an der verabredeten Stelle aus dem Auto gelassen hatte. Ihr ängstliches Bitten unterband er, indem er ihr heftig ins Gesicht schlug, so dass sie einen Nasenbeinbruch und eine stark blutende Platzwunde an der Nase erlitt. Auf der weiteren Fahrt berührte er zunächst ihre Brust und vergewaltigte sie schließlich auf einem Feldweg. 12

Die nächste Verurteilung erfolgte durch ein belgisches Gericht am 10. Juli 1981 wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen in drei Fällen und Körperverletzung in drei Fällen zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten und einer geringen Geldstrafe. Diese Strafe verbüßte er jedenfalls teilweise in Deutschland. Die Verurteilung erfolgte, weil der Verurteilte die minderjährige Tochter seiner damaligen Lebensgefährtin sexuell missbraucht hatte. 13

Das Landgericht Aachen verurteilte ihn am 22. Mai 1986 wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit versuchtem schweren Raub und mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren. Der Verurteilte hatte nach seiner Haftentlassung eine Frau 14

kennengelernt, mit der er im Herbst 1983 übereinkam, eine gemeinsame Wohnung zu beziehen. Diese richtete er mit erheblichem Arbeitseinsatz und viel zum Teil geliehenen Geld ein. Als ihre finanzielle Situation immer angespannter wurde, erklärte sich seine Lebensgefährtin bereit, in einem bordellartigen Betrieb zu arbeiten. Bereits nach kurzer Zeit dieser Arbeitsaufnahme trennte sie sich jedoch vom Verurteilten. Der Verurteilte wollte sie und das für die Wohnung und verschiedene Schmuckgeschenke aufgewendete Geld um jeden Preis zurückholen. Er drang deshalb in der Nacht vom 24. auf den 25. April 1984 in die Bar, in der sie arbeitete, ein und bedrohte seine frühere Lebensgefährtin mit einem Messer. Dabei forderte er sie auf, zurückzukommen und ihm seine Auslagen zu ersetzen. Als eine andere Mitarbeiterin dazukam, um ihn zu beruhigen, stach er ihr das Messer in den Bauch. Diese Frau konnte nur durch eine Notoperation gerettet werden. Die Strafvollstreckung war am 26. April 2000 erledigt, bis zum 25. April 2003 stand der Verurteilte unter Führungsaufsicht.

Bereits am 16. Juni 1988 kam es zur nächsten Verurteilung durch das Landgericht Duisburg wegen Geiselnahme in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub und schwerer räuberischer Erpressung zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren. Der Verurteilte, der sich zu dieser Zeit in Strafhaft befand, hatte mit zwei Mithäftlingen Bomben bzw. Bombenattrappen gebaut, einen Justizvollzugsbeamten als Geisel genommen, die Herausgabe eines Pkw und von Geld erpresst und war dann mit der Geisel bis zur holländischen Grenze geflohen. Die Vollstreckung dieser Strafe war am 24. Dezember 1996 erledigt. Die Führungsaufsicht dauerte bis zum 25. April 2003. 15

Hintergrund seiner letzten Verurteilung vom 11. August 2003 durch das Landgericht Essen war, dass der Verurteilte bereits während seiner letzten Haftzeit die Zeugin C kennengelernt hatte, zu der er nach seiner Haftentlassung zog. In deren Haushalt hielt sich zeitweilig auch ihre am 20. September 1992 geborene Enkelin auf. Der Verurteilte unternahm häufig etwas mit ihr, so brachte der Verurteilte sie zum Beispiel zum Reiten oder sie säuberten gemeinsam das Taubenhaus. Von dem Schmutz der Reinigungsarbeiten säuberten sie sich gemeinsam. Ab August 2002 entblößte der Verurteilte bei diesen Gelegenheiten sein Geschlechtsteil und masturbierte vor dem Kind, wobei er außerdem dessen Brust knetete. Zur Duldung dieses Verhaltens erpresste er das Mädchen, indem er drohte, ansonsten nicht mit ihr zum Reiten zu gehen. Das wiederholte sich bis November 2002 mindestens zehn Mal, wobei er mindestens in einigen Fällen zum Samenerguss vor dem Mädchen kam. In einem Fall zeigte er ihr außerdem pornographische Bilder, in anderen Fällen fotografierte er ihren nackten Oberkörper. Seiner Festnahme entging er, indem er nach Marokko floh. Am 8. Januar 2003 kehrte er aus Marokko zurück, um sich gewaltsam sein Arbeitslosengeld des letzten Monats, das er bei der Zeugin C vermutete, abzuholen. Zu diesem Zweck lauerte er früh morgens der Zeugin C mit einer Machete auf. Als diese die Tür öffnete, stürmte er in deren Wohnung, führte ihr dabei Schnittwunden an den Händen mit der Machete zu, schlug sie heftig und forderte unter Drohung mit der Machete sein Geld. Nachdem die Zeugin C ihm zutreffend mitgeteilt hatte, das Geld habe sie seinem Bewährungshelfer übergeben, durchsuchte er die Wohnung nach Geld und Schmuck der Zeugin und nahm die gefundenen Sachen weg, wobei er wusste, dass es sich um Eigentum der Zeugin handelte. Anschließend zerstörte er noch Küchenmobiliar. Für den Raub hatte das Landgericht auf eine Einsatzstrafe von vier Jahren erkannt, für die zehn Fälle des sexuellen Missbrauchs auf Einzelstrafen von jeweils einem Jahr. 16

Das Landgericht behielt sich im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß §§ 66, 66 a StGB vor. Der Verurteilte verfüge, so die sachverständig beratene Strafkammer, über eine ausgesprochen dissozial-kriminelle Persönlichkeit mit Mangel an Empathie bei 17

überwertiger Selbstbezogenheit. Er missachte soziale Normen und Regeln, weise dabei Bindungsschwäche und geringe Frustrationstoleranz auf. Er sei unfähig, Schuldbewusstsein zu erleben. Seine Kriminalität zeichne sich durch Gewohnheitsbildung, Gewissensdefekte und dem Wechsel zwischen Trieb-, Affekt- und Rationadelikten aus. Bei ihm sei eine sich steigernde Kriminalitätsdynamik bei steigender Gewaltbereitschaft festzustellen. Auch seine Sexualität sei dissozial ausgebildet, er nehme sich rücksichtslos, wozu er Lust habe.

Sämtliche seine Vorstrafen entsprängen dieser Persönlichkeitsstruktur. Die durch die Vorstrafen bewiesene Gewaltbereitschaft, seine Akzeptanz von Kriminalität als eingeschliffenes Verhaltensmuster, die Kriminalität aus dem Vollzug heraus, seine dissozialen Persönlichkeitsmerkmale, die bislang ausnahmslos gezeigte fehlende Einsicht in sein soziales Fehlverhalten und seine fehlende innerpsychische Entwicklung im Vollzug zeigten, dass er in Konfliktsituationen stereotyp mit Fehlverhalten reagiere. Er bagatellisiere dabei sein Fehlverhalten und projiziere das eigene Fehlverhalten auf die Opfer. Bei dem Verurteilten sei deshalb ein Hang zu erheblichen Straftaten festzustellen, denn er weise insoweit eine fest verwurzelte Neigung auf, immer wieder straffällig zu werden. 18

Lediglich der Umstand, dass der Verurteilte erstmals in der Hauptverhandlung die Missbrauchsfälle zugestanden habe, begründete für das Gericht die Hoffnung, dass möglicherweise ein Prozess in Gang gesetzt worden sei, der eine weitere Manifestierung seines Hanges zur Straffälligkeit und damit seine weitere Gefährlichkeit für die Allgemeinheit verhindere, so dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten bleiben könne. Insoweit hat das Landgericht ausgeführt: 19

"Dem Angeklagten verbleiben bis zur gerichtlichen Prüfung, ob die Sicherungsverwahrung tatsächlich erforderlich ist, mehrere Jahre, in denen er durch ernsthafte und erfolgreich betriebene Therapien zeigen und bewirken kann, dass er seine Gewissensstruktur beeinflusst hat und seinen Hang zur Kriminalität zukünftig beherrschen kann. Sollte ihm dies nicht in überzeugender Form gelingen, wobei die Verantwortung hierbei allein bei ihm und nicht bei der Organisation des Strafvollzugs liegt, wird die Anordnung der Sicherungsverwahrung unvermeidbar sein. Aufgrund des Alters des Angeklagten und einer damit einhergehenden eingeschränkten Therapiefähigkeit seiner Charakterologie werden insoweit erhöhte Anforderungen an einen Therapieerfolg zu stellen sein." 20

d) Der Verurteilte hat die erkannte Strafe von sieben Jahren vollständig verbüßt und zwar seit dem 8. Januar 2003 zunächst im Wege der Untersuchungshaft und seit dem 11. August 2003 als Strafhaft. Seit dem 3. August 2004 ist die Freiheitsstrafe in der Justizvollzugsanstalt X vollstreckt worden. Zwei Drittel der erkannten Strafe waren am 7. September 2007 vollstreckt, die Endstrafe war auf den 7. Januar 2010 notiert. Unter Berücksichtigung von Arbeitszeiten (§ 43 StVollzG) und unter Berücksichtigung von § 16 Abs. 2 StVollzG errechnete sich der Endstrafenzeitpunkt auf den 21. Dezember 2009. 21

e) Während der gesamten Haftzeit hat der Verurteilte keinerlei Anstrengungen unternommen, seine dissoziale Persönlichkeit und seinen Hang zu schweren kriminellen Handlungen aufzuarbeiten. Er hat nur im Rahmen der jährlichen Vollzugsplanfortschreibungen Kontakt zum Sozialdienst gehabt, die Hilfe des Sozialdienstes jedoch nicht aktiv in Anspruch genommen. Schon im Rahmen der Zugangsuntersuchung im Jahr 2004 war der Verurteilte wieder in sein bekanntes Verhaltensmuster zurückgefallen, seine Straftaten zu bagatellisieren und seine Sexualstraftaten als Intrigen darzustellen. Eine Aufarbeitung der Straftaten war, so die Justizvollzugsanstalt X, mit dem Verurteilten nicht möglich, da dieser eher eine "neue Beweisaufnahme" mit Blick auf eine Neubewertung der Taten anstrebe. Bei dieser Sachlage sei kein tragender Therapieansatz erkennbar worden, eine therapeutische Intervention 22

aussichtslos. Nicht besser sah es Mitte 2006 aus. Die Vollzugsplanfortschreibung stellt fest, dass Ansatzpunkte für eine therapeutische Intervention noch weniger sichtbar seien als ein Jahr zuvor. Der Verurteilte mache deutlich, dass er sich nicht an Normen und Regeln gebunden fühle, solange er damit nicht sein eigenes Recht vertreten könne. Hinsichtlich der Sexualstraftaten stelle sich der Verurteilte als Opfer eines Komplotts dar. Insgesamt verzerrte er seit seiner Inhaftierung seine Straftaten kognitiv, wobei keine Anhaltspunkte erkennbar seien, dass sich diese realitätsfremden Verarbeitungsmuster in naher Zukunft auflösen oder zumindest aufweichen ließen. Bei bestehender Behandlungsbedürftigkeit werde weiterhin kein Ansatz für eine therapeutische Indikation gesehen. Im Rahmen seiner ablehnenden Stellungnahme zu einer vorzeitigen Entlassung nach Verbüßung von zwei Dritteln der erkannten Strafe vom 31. Juli 2007 stellte der Leiter der Justizvollzugsanstalt X auf die fehlende Bereitschaft bzw. Fähigkeit des Verurteilten ab, sich mit seiner früheren Delinquenz auseinanderzusetzen. Der Verurteilte erwecke den Eindruck, zwischenzeitlich eine kritische Distanz zu den von ihm begangenen Straftaten entwickelt zu haben, die er unter Anlegung seines eigenen Wertesystems und Missachtung der gesellschaftlich akzeptierten Norm- und Wertvorstellungen fehlerhaft bewerte. Insofern sei keine Abschwächung der dissozialen Persönlichkeitsstruktur zu erkennen. Weder das fortgeschrittene Alter des Verurteilten noch die drohende Sicherungsverwahrung hätten einen erkennbaren Umdenkungsprozess in Gang gesetzt. Die Einschätzung aus dem Erkenntnisverfahren, der Verurteilte habe einen Hang zu schweren Straftaten und sei deshalb für die Allgemeinheit gefährlich, sei weiterhin zu bestätigen. Neben den ohnehin ungünstigen statischen Faktoren sei es nicht zu einer Verringerung des variablen individuellen Risikopotentials gekommen. Der Verurteilte sei weiterhin nicht terapiemotiviert und sehe auch keinen Therapiebedarf bei sich. Bei dieser Sachlage sei jeder Therapieversuch zum Scheitern verurteilt.

In der mündlichen Anhörung zur Prüfung einer Zwei-Drittel-Entlassung hat der Verurteilte sein 23
zunächst gegebenes Einverständnis in seine bedingte Entlassung widerrufen und erklärt, er habe nunmehr erkannt, dringend eine Therapie machen zu müssen.

Hierzu ist es jedoch auch in der Folgezeit nicht gekommen, der Verurteilte hat sich 24
therapeutischen Interventionen bis zu seinem Strafe nicht geöffnet. Im Rahmen aller psychologischen Stellungnahmen anlässlich der jährlichen Vollzugsfortschreibungen hat der Verurteilte vielmehr zum Ausdruck gebracht, an einer therapeutischen Behandlung nicht interessiert zu sein. Im Juni 2009 hat er erklärt, nach seiner Haftentlassung eine psychotherapeutische Handlung beginnen zu wollen.

2. Auf der Grundlage der Antragsschrift der Staatsanwaltschaft Essen vom 9. Dezember 25
2009, gegen den Verurteilten gemäß § 66 b Abs. 1 StGB die nachträgliche Sicherungsverwahrung anzuordnen, ist durch das Landgericht Essen der Unterbringungsbefehl vom 16. Dezember 2009 erlassen worden, der dem Verurteilten am selben Tage verkündet worden ist. Hiergegen richtet sich seine zulässige Beschwerde vom selben Tage.

Die Staatsanwaltschaft hat in Vorbereitung des Verfahrens nach § 66 b Abs. 1 StGB ein 26
Gutachten des Sachverständigen W, Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychotherapie und Diplom-Sozialpädagoge, eingeholt. Das Gutachten vom 1. Dezember 2009 kommt zu dem leicht nachvollziehbaren Ergebnis, dass bei dem Verurteilten weiterhin ein eingewurzelter Hang zu schweren Straftaten gegeben ist. Es lägen, so der Sachverständige, bei dem Verurteilten weiterhin charakterlich verfestigte dissoziale und deutlich delinquente und rechtsfeindliche Einstellungen vor. Bei einer Gesamtwürdigung seien unter Berücksichtigung der üblichen Prognoseinstrumente HCR-20 und der Vorhersage

sexueller Gewalttaten von Müller-Isberner, Cabeza und Eucker mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit von dem Verurteilten neuerliche Straftaten, insbesondere Gewalttaten zu erwarten, wobei sich psychosexuelle Gewalttaten in das Gesamtbild der Dissozialität nahtlos einbinden ließen. Wie die Justizvollzugsanstalt könne allerdings auch er keine neuerlichen, analogen Straftatsituationen feststellen, die sich aus der jetzigen aktuellen Haftsituation ergeben hätten.

II. 27

Dem Senat bleibt bei dieser Sachlage keine andere Möglichkeit, als den 28
Unterbringungsbefehl des Landgerichts Essen aufzuheben, weil die Voraussetzungen für seinen Erlass gemäß § 275 a Abs. 5 StPO nicht vorliegen. Es sind unter Berücksichtigung der gefestigten und zutreffenden obergerichtlichen Rechtsprechung keine dringenden Gründe für die Annahme vorhanden, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung angeordnet werden kann. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung, die vorliegend nur auf § 66 b Abs. 1 StGB gestützt werden könnte (dazu 1.), kommt nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen dafür nicht feststellbar sind (dazu 2.).

1. Eine Anordnung der Sicherungsverwahrung aufgrund des Vorbehalts im Urteil (§ 66 a 29
StGB) kommt nicht in Betracht, weil diese Anordnung spätestens sechs Monate vor dem Zeitpunkt, ab dem eine Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung nach § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 möglich war, hätte getroffen sein müssen (vgl. § 66 a Abs. 2 StGB). Bei dieser Fristbestimmung handelt es sich um eine materielle Ausschlussfrist (vgl. BGH, StV 2007, 129 (130 f.); BGH, StraFo 2007, 514; OLG Schleswig, NStZ-RR 2009, 75 (75 f.)), so dass deren Versäumnis einer Anordnung aufgrund dieser Norm zwingend entgegensteht.

2. Die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung aufgrund § 66 b Abs. 1 StGB ist 30
ebenfalls nicht möglich.

a) Zwar können kaum Zweifel aufkommen, dass die Voraussetzungen dieser Norm vorliegen, 31
der Hang des Verurteilten zur Begehung von erheblichen Straftaten also weiter besteht und er auch für die Allgemeinheit gefährlich ist, weil er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Diese Frage kann aber letztlich offen bleiben. Auch die Versäumnung der in § 275 a Abs. 1 Satz 3 StPO genannten Frist, wonach die Staatsanwaltschaft den Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 b Abs. 1 StPO spätestens sechs Monate vor dem Zeitpunkt stellen soll, in dem der Vollzug der aktuell verbüßten Freiheitsstrafe(n) endet, steht nach Ansicht des Senats, die der obergerichtlichen Rechtsprechung zu diesem Problemkreis entspricht (vgl. SchlHOLG, NStZ-RR 2009, 75 (76) m.w.N.), der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht grundsätzlich entgegen. Bei dieser Frist handelt es sich anders als bei der Frist des § 66 a Abs. 2 StGB nicht um eine materiellrechtliche Frist und zudem schon nach ihrem Wortlaut lediglich um eine "Soll-Vorschrift". Nur in besonderen Ausnahmefällen ist deshalb überhaupt denkbar, dass allein wegen der Fristversäumnung des § 275 Abs. 1 Satz 3 StPO die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 1 StGB zu unterbleiben hätte.

b) Die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 1 StGB ist 32
allein deshalb nicht zu erwarten, weil die Anordnung nicht auf berücksichtigungsfähige neue Tatsachen gestützt werden kann.

aa) Auszugehen ist davon, dass das Institut der nachträglichen Sicherungsverwahrung den 33
effektiven Schutz der Allgemeinheit vor bestimmten hochgefährlichen Straftätern

gewährleisten soll, wenn aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen Sicherungsverwahrung weder in der Hauptverhandlung noch im Verfahren nach § 66 a StGB angeordnet worden ist (BT-DR 15/2887 S. 10). Dabei sind der hohe verfassungsrechtliche Rang des Freiheitsgrundrechts des Betroffenen und der mit der Anordnung verbundene Eingriff in die Rechtskraft des Ausgangsurteils zu berücksichtigen. Die Maßnahme ist daher bewusst nur für eine geringe Anzahl denkbarer Fälle in Erwägung ziehen (vgl. BVerfG NJW 2004, 750 (757); BVerfG, StV 2006, 574 (575) = NStZ 2007, 87; BT-DR 15/2887, Seite 12). Der daraus resultierende gewichtige Eingriff in das Freiheitsgrundrecht und den Vertrauensschutz ist verfassungsrechtlich nur dann hinnehmbar, wenn die Anwendung tatsächlich restriktiv gehandhabt wird. Daraus folgt, dass sich neue Tatsachen ergeben haben müssen, die dem Tatrichter nicht nur nicht bekannt waren, sondern von ihm nicht erkannt werden konnten. Tatsachen, die ein sorgfältiger Tatrichter hätte aufklären können oder nach § 244 Abs. 2 StPO aufklären müssen, um zu entscheiden, ob eine Maßregel anzuordnen ist, sind nicht "neu" im Sinne des § 66 b StGB (vgl. BGH StV 2006, 66 (66 f.)). Rechtsfehler, die durch deren Nichtberücksichtigung entstanden sind, können nicht durch die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung korrigiert werden (BGH, StV 2008, 303 (304) = NStZ 2008, 332 = BGHSt 52, 213).

"Neu" in zeitlicher Hinsicht sind deshalb nur solche Tatsachen, die nach der letzten Möglichkeit, Sicherungsverwahrung anzuordnen, erkennbar geworden sind. Dies folgt aus dem Vorrang des Erkenntnisverfahrens (BGH NStZ 2006, 568 (569)). Für die Frage der Neuheit von Tatsachen im Sinne des § 66 b StGB ist der entscheidende Zeitpunkt somit derjenige der letzten Tatsachenverhandlung, in der eine Entscheidung über die primäre Anordnung von Sicherungsverwahrung hätte erfolgen können (BGH a.a.O., BVerfG, StV 2006, 574 (576) = NStZ 2007, 87). Dazu gehört auch das "Nachverfahren" über die (nachträgliche) Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, da es Bestandteil des ursprünglichen Erkenntnisverfahrens ist (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 275 a Rn. 3). Daraus folgt für das vorliegende Verfahren, dass nur solche Tatsachen "neu" im Sinne von § 66 b Abs. 1 StGB sind, die im Verfahren über die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach § 66 a Abs. 2 StGB nicht erkennbar waren oder gewesen wären. Andernfalls würde über § 66 b Abs. 1 StGB die Möglichkeit eröffnet, die Versäumung der zwingenden Frist des § 66 a Abs. 2 StGB über das Verfahren nach § 66 b Abs. 1 StGB zu umgehen, was nach den oben angeführten Grundsätzen in keinem Fall zu rechtfertigen wäre.

34

Nur diese Sichtweise wird dem Ausnahmecharakter der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 b StGB gerecht. Wird die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung in einem Erkenntnisverfahren abgelehnt und wird diese Entscheidung rechtskräftig, setzt dieser Umstand für den Betroffenen einen Vertrauenstatbestand. Das begründete Vertrauen des Verurteilten auf die Bestandskraft einer solchen rechtskräftigen Entscheidung, welche die Nichtanordnung von Sicherungsverwahrung zum Inhalt hat, darf nicht dadurch enttäuscht werden, dass eine derartige Entscheidung ohne Hinzutreten weiterer Tatsachen, die im bisherigen Verfahren nicht erkennbar waren, nachträglich korrigiert wird (vgl. BGH, StV 2008, 303 (303)). Das gilt selbst für den Fall, dass im Revisionsrechtszug die Entscheidung über die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung allein deshalb aufgehoben werden muss, weil die Frist des § 66 a Abs. 2 StGB versäumt worden ist (vgl. SchlHOLG, NStZ-RR 2009, 75 (76)). Nichts anderes kann jedoch gelten, wenn die zwingende materiellrechtliche Frist für das Anordnungsverfahren einer vorbehaltenen Sicherungsverwahrung versäumt worden ist, ohne dass ein Verfahren nach § 66 a Abs. 1 StGB betrieben worden ist. Diese Fristversäumnis führt in gleicher Weise dazu, dass eine Anordnung nach § 66 a Abs. 2 StGB nun nicht mehr erfolgen darf. Die vertrauensbegründende Wirkung eines solchen Nichttätigwerdens ist nicht

35

geringer zu bewerten als ein fehlerhaftes Absehen von der Anordnung aus inhaltlichen Gründen oder die unterbliebene Beachtung der zwingenden Frist des § 66 a Abs. 2 StGB im Verfahren über die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung.

Dieses Ergebnis entspricht schließlich auch der Sicht des Gesetzgebers. Insoweit wird in den Motiven ausgeführt, der Gesetzesentwurf verzichte bewusst darauf, die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung etwa für den Fall auszuschließen, dass zuvor in demselben Verfahren eine Anordnung abgelehnt worden sei. Das gelte sogar dann, wenn das Gericht die Anordnung einer ursprünglich vorbehaltenen Unterbringung abgelehnt habe. Zwischen dem Zeitpunkt dieser endgültigen Entscheidung (vgl. 66 a Abs. 2 StGB) und dem Ende der Straftat könnten u.U. Jahre vergehen, in denen die Gefährlichkeit des Täters erstmals (Hervorhebung durch den Senat) erkennbar werden könne (vgl. BT-DR 15/2887, S. 12). Diese Ausführungen machen deutlich, dass im Fall der vorbehaltenen Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 a Abs. 2 StGB für die Frage der Neuheit der Tatsachen im Sinne des § 66 b Abs. 1 StGB nur auf solche Umstände abgestellt werden darf, die nach der Möglichkeit der Entscheidung über die nachträglich Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung eingetreten oder erkennbar geworden sind. 36

bb) Derartige neue Umstände im Sinne von § 66 b Abs. 1 StGB liegen aber nicht vor, was sowohl die Antragsschrift der Staatsanwaltschaft Essen vom 9. Dezember 2009 als auch der Unterbringungsbefehl des Landgerichts Essen vom 16. Dezember 2009 verkennen. 37

Soweit die Staatsanwaltschaft und ihr folgend das Landgericht auf die fehlende Therapiemotivation des Verurteilten abstellen, handelt es sich nicht um eine verwertbare "neue" Tatsachen. Schon der Umstand, dass sich das Landgericht Essen im Urteil vom 11. August 2003 allein deshalb die Verhängung der Sicherungsverwahrung vorbehalten hatte, weil sich der Verurteilte zu einem - wie vom Landgericht damals im Urteil ausdrücklich für möglich gehalten und nach nunmehrigem Erkenntnisstand ersichtlich - lediglich taktischen Geständnis hinsichtlich der Missbrauchstaten durchgerungen hat, während er im gesamten Ermittlungsverfahren die Taten bestritten hatte, ließ aus damaliger Sicht kaum berechtigter Weise den Schluss auf eine bestehende Therapiebereitschaft und damit auf eine fragliche Notwendigkeit des Vollzugs der Sicherungsverwahrung zu. Es mag allenfalls eine vage Hoffnung begründet worden sein, die jedoch nicht auf eine wirklich tragfähige Tatsachengrundlage zu gründen. Eine andere Schlussfolgerung lassen auch die weiteren Ausführungen der Strafkammer im Urteil zum Vorbehalt der Sicherungsverwahrung und zur Notwendigkeit einer umfassenden Therapie, wie sie eingangs zum Teil wörtlich wiedergegeben worden sind, nicht zu. Ob deshalb die im Vollzug gezeigte fehlende Therapiebereitschaft letztlich zur Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung hätte führen können oder ob es sich insoweit dabei nur um eine Neubewertung bereits bekannter Tatsachen gehandelt hätte (vgl. dazu BGH, StV 2007, 73 (74)), braucht der Senat nicht abschließend zu entscheiden. Keinesfalls handelte es sich jedoch um eine neue Tatsache. 38

Darüber hinaus war zu der in Hinblick auf den Zwei-Drittel-Zeitpunkt der Strafe maßgeblichen Zeit ab Anfang 2007 klar erkennbar, dass der Verurteilte keinerlei Therapiebemühungen unternommen hatte, und auch davon auszugehen war, dass seine Gefährlichkeit deshalb unverändert fortbestand. Deshalb hätte damals Veranlassung bestanden, das Verfahren nach § 66 a Abs. 2 StGB fristgerecht zu betreiben (vgl. SchlHOLG, NStZ-RR 2009, 75 (77)). 39

Seine in der Anhörung vom 29. August 2007 erklärte Therapiebereitschaft fiel zwar nicht mehr in den Zeitraum, in dem über die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 a Abs. 2 StGB zu entscheiden war, nämlich in die Zeit bis zum 7. März 2007. Aber auch die Enttäuschung dieser Erklärung stellt keine "neue Tatsache" im Sinne von § 66 b Abs. 1 StGB 40

dar. Als Grundlage einer nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung kommen nämlich nur solche "neuen" Tatsachen in Betracht, die nach einer Verurteilung erkennbar werden und die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen (BGH, StV 2005, 338 = NStZ 2005, 561 = BGHSt 50, 121; BT-DR. 15/2887 S. 12). So sollen nach den Gesetzesmaterialien beispielsweise wiederholte verbal-aggressive Angriffe auf Bedienstete der Justizvollzugsanstalt als Anknüpfungspunkt für eine weitere Prüfung ebenso denkbar sein wie die Drohung des Verurteilten, nach der Entlassung weitere Straftaten zu begehen, die Begehung einer erneuten Straftat während des Vollzugs der Freiheitsstrafe oder intensive Kontakte zu einem gewaltbereiten Milieu aus der Haft heraus (BT-DR 15/2887 S. 12). Damit soll nach dem Willen des Gesetzgebers einerseits klargestellt werden, dass es sich um Tatsachen jenseits einer gewissen Erheblichkeitsschwelle handeln muss. Andererseits soll durch den Verzicht auf eine exemplarische oder "namentliche" Nennung von Tatsachen zum Ausdruck gebracht werden, dass monokausale Erklärungsmuster fehl am Platze sind. Zugleich soll hierdurch der Weg geebnet werden für den weiteren Prüfungsschritt in Gestalt der von Verfassungs wegen gebotenen Gesamtwürdigung (BT-DR 15/2887 S. 12). Ein während des Vollzugs zu Tage tretender Wegfall der Therapiemotivation ist folglich nur dann geeignet, eine "neue Tatsache" im Sinne des § 66 b Abs. 1 StGB, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten hinweist, zu begründen, wenn gerade die psychologische Tatsache des Wegfalls der Motivation eine nach Auffassung des Gerichts gegenüber dem Zeitpunkt der Verurteilung gesteigerte Gefährlichkeit indiziert (BVerfG, StV 2006, 574 (577) m.w.N., BT-DR 15/2887, S. 13).

Das ist aber gerade nicht feststellbar. Zunächst ist zu konstatieren, dass der Verurteilte bisher 41
niemals auch nur einen realen Ansatz von Therapiebereitschaft gezeigt hat. Seine Äußerung in der Hauptverhandlung ist ebenso wie seine Erklärung in der Anhörung allenfalls als taktisches Lippenbekenntnis zu bewerten. Mehr als eine äußerst vage Hoffnung war auf diese Äußerungen nicht zu gründen. Vor allem ist jedoch ausgeschlossen, dass sich durch seine - darauf folgende - Weigerungshaltung seine Gefährlichkeit gesteigert haben könnte. Diese ist vielmehr davon völlig unberührt geblieben, denn sie bestand in gleicher Weise in der Hauptverhandlung vom 11. August 2003 wie heute.

Irgendwelche anderen Umstände, die nach Anfang 2007 eingetreten sind und die die 42
nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung rechtfertigen könnten, sind den Akten, insbesondere der Stellungnahme des Leiters der Justizvollzugsanstalt X und dem Gutachten des Sachverständigen W nicht zu entnehmen.

III. 43

Die Entscheidung, ob der Verurteilte für die einstweilige Unterbringung zu entschädigen ist - 44
es handelt sich um eine Strafverfolgungsmaßnahme nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 StrEG (vgl. BGH, StV 2008, 303 (304) m.w.N.), - ist der erkennenden Strafkammer vorbehalten, weil der Senatsbeschluss das Verfahren nicht abschließt.

IV. 45

Die Kostenentscheidung beruht auf § 473 Abs. 1 StPO. 46