



5 StR 281/08

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 3. September 2008
in der Strafsache
gegen

wegen nachträglicher Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsver-
wahrung

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. September 2008 beschlossen:

1. Auf die Revision des Verurteilten wird das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 21. Februar 2008 nach § 349 Abs. 4 StPO mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an das Landgericht Chemnitz zurückverwiesen.

G r ü n d e

1 Das Landgericht hat gegen den Verurteilten nachträglich die Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 1 i.V.m. § 66 Abs. 1 StGB angeordnet. Hiergegen richtet sich die Revision des Verurteilten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts beanstandet. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

2 1. Das Landgericht hat festgestellt:

3 a) Der 1954 geborene Verurteilte wurde zwischen 1972 und 1985 durch fünf Strafurteile, ausgesprochen durch Gerichte der DDR, wegen Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung bestraft. Er befand sich in diesem Zeitraum fast durchgehend in Haft, unterbrochen nur durch kurze Zeiträume zwischen Haftentlassung und der Begehung neuer Straftaten. Im Einzelnen:

Durch am 24. Juni 1972 rechtskräftig gewordenes Urteil wurde der Verurteilte wegen „mehrfacher versuchter Vergewaltigung im schweren Fall, Nötigung zu sexuellen Handlungen im schweren Fall“ zu einer Jugendstrafe

von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt. Nach seiner Haftentlassung am 8. August 1974 beging er eine weitere Straftat, weswegen er am 16. Dezember 1974 wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt wurde. Nachdem er am 2. Juni 1977 auf freien Fuß gelangt war, wurde er u. a. am 29. September 1977 rückfällig und daraufhin wegen „versuchter Vergewaltigung im schweren Fall in Tateinheit mit Nötigung zu sexuellen Handlungen im schweren Fall, sexuellen Missbrauchs von Kindern“ zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Das Urteil wurde am 20. April 1978 rechtskräftig. Sodann wurde er durch seit dem 30. Juni 1981 rechtskräftiges Urteil wegen Nötigung zu sexuellen Handlungen im schweren Fall und mehrfacher Beleidigung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten verurteilt.

4 Durch seit dem 2. Mai 1985 rechtskräftiges Erkenntnis des Kreisgerichts Borna wegen „mehrfachen sexuellen Missbrauchs von Kindern, zum Teil mit Nötigung zu sexuellen Handlungen im schweren Fall“ erfolgte eine weitere Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten. Die Vollstreckung dieser Freiheitsstrafe endete nach vollständiger Verbüßung am 25. Juni 1987.

5 b) Durch am 5. Mai 1989 rechtskräftig gewordenes Urteil wurde er wegen mehrfacher Beleidigung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Monaten mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Am 23. Mai 1990 beging er eine weitere Straftat, so dass er durch am 2. Juli 1991 rechtskräftig gewordenes Urteil wegen „sexuellen Missbrauchs eines Kindes“ zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt wurde. Die Strafvollstreckung wurde wiederum zur Bewährung ausgesetzt und die Strafe schließlich erlassen. Am 1. Juni 1992 wurde er wegen Diebstahls und versuchten Computerbetrugs zu einer Geldstrafe von 130 Tagessätzen verurteilt.

6 c) Am 14. Juli 1992 zog der Verurteilte ein zwölf Jahre altes Mädchen vom Fahrrad und fasste es an das unbedeckte Geschlechtsteil. Am 31. Ok-

tober 1992 überwältigte er ein 14 Jahre altes Mädchen, indem er es unter Vorhalt eines Messers vom Fahrrad auf ein Feld zerrte. Dort drohte er seinem Opfer weiter mit dem Messer, drückte ihm mit Gewalt die Beine auseinander und erzwang so den vaginalen Geschlechtsverkehr. Anschließend manipulierte er mit zwei Fingern in der Scheide. Wegen dieser Taten wurde der Verurteilte durch das Landgericht Leipzig am 1. Juni 1993 der Vergewaltigung und des sexuellen Missbrauchs von Kindern schuldig gesprochen und zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt; zudem wurde die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Das Landgericht erachtete den Verurteilten aufgrund einer sexuellen Triebstörung für erheblich vermindert schuldfähig.

7 d) Durch Beschluss einer Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Leipzig vom 4. Juni 2007 wurde diese Maßregel für erledigt erklärt. Sachverständig durch K. beraten, stellte die Strafvollstreckungskammer fest, dass bei dem Verurteilten kein Zustand im Sinne des § 20 StGB mehr vorliege, der geeignet sei, seine Schuldfähigkeit erheblich zu vermindern. Da zugleich die Reststrafaussetzung abgelehnt wurde, verbüßte der Verurteilte bis zum 20. Februar 2008 die Reststrafe aus dem Urteil vom 1. Juni 1993 vollständig.

8 2. Das Landgericht ist nunmehr sachverständig beraten – neben L. wiederum durch K. – zu der Überzeugung gelangt, dass der Verurteilte gefährlich sei, da er einen Hang zur Begehung erheblicher Straftaten habe. Dieser Hang wurzele in einer „dissozialen Persönlichkeitsstörung, einer Ansprechbarkeit durch sexuelle Themen und einer Neigung zu pädophilen Handlungen, die begünstigt durch ein unzureichend gefestigtes moralisches Normensystem immer wieder zu ähnlich strukturierten kriminellen Handlungen, insbesondere Sexualdelikten“ geführt hätten. Die Gefährlichkeit werde durch im Maßregelvollzug verfasste Notizen zu über 200 Mädchen zwischen drei und zwölf Jahren, deren Erreichbarkeit, Hobbies und körperliche Merkmale untermauert. Dass die vom Verurteilten ausge-

hende Gefahr schon bei der Anlassverurteilung vom 1. Juni 1993 erkennbar gewesen sei, bleibe gemäß § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB unschädlich, da zum damaligen Zeitpunkt eine Anordnung der Sicherungsverwahrung aus rechtlichen Gründen nicht möglich gewesen sei.

9 3. Das Urteil hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand, da es mehrere durchgreifende Rechtsfehler aufweist.

10 a) Schon die formellen Voraussetzungen gemäß § 66b Abs. 1 i. V. m. § 66 Abs. 1 StGB zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung sind – wie es auch der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vertritt – nicht widerspruchsfrei belegt und lassen sich auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht entnehmen.

11 Zwar ist der Verurteilte wegen Vergewaltigung und sexuellen Missbrauchs von Kindern und damit wegen Katalogtaten im Sinne des § 66b Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB verurteilt worden. Daneben bedarf es aber auch des Vorliegens der übrigen Voraussetzungen des § 66 StGB. Das Landgericht hat dementsprechend die Anordnungsvoraussetzungen des § 66 Abs. 1 StGB geprüft und angenommen. Dies erweist sich aufgrund der lückenhaften und teilweise widersprüchlichen Feststellungen als rechtsfehlerhaft.

12 aa) So lässt sich dem Urteil nicht entnehmen, ob der Verurteilte gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 StGB bei der Anlassverurteilung wegen einer vorsätzlichen Straftat zu mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Denn das Landgericht teilt nur die Gesamtfreiheitsstrafe, jedoch nicht die für die beiden Taten verhängten Einzelstrafen mit. Dass eine davon mindestens zwei Jahre betragen hat, versteht sich weder aufgrund der Höhe der Gesamtfreiheitsstrafe noch des bei der Verurteilung geltenden Regelstrafrahmens des § 177 Abs. 1 StGB a. F. (nicht unter zwei Jahren) angesichts der über §§ 21, 49 Abs. 1 StGB eröffneten Milderungsmöglichkeit von selbst.

- 13 bb) Zudem sind die Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB – wegen zwei Vortaten zwei Vorverurteilungen zu mindestens jeweils einem Jahr – nicht belegt. Das Landgericht stellt hierzu unter Verweis auf seine Darstellung der strafrechtlichen Vorbelastungen lediglich fest, dass der Verurteilte bereits fünfmal zu Freiheitsstrafen von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist. Dabei nimmt es aber nicht in den Blick, dass es sich bei den mitgeteilten früheren Verurteilungen, die diese Voraussetzungen erfüllen könnten (vgl. zu 1. a), um Einheitsfreiheitsstrafen nach DDR-Recht gehandelt hat, auf deren Höhe es im Rahmen des § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht ankommt. Maßgeblich ist vielmehr allein, dass eine – hypothetische – Einzel Freiheitsstrafe die Höhe von mindestens einem Jahr erreicht hätte (BGHSt 26, 152, 153; BGH NStZ-RR 1998, 135). Ob bei einer der zugrunde liegenden Taten eine solche Einzelstrafe verwirkt worden wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 30. März 1999 – 5 StR 563/98, insoweit in NStZ 1999, 502 nicht abgedruckt; Ullenbruch in MünchKomm-StGB § 66 Rdn. 70 m.w.N.), lässt das Landgericht unerörtert. Die hierzu erforderlichen Anknüpfungstat sachen, wie insbesondere die Anzahl der den jeweiligen Urteilen zugrunde liegenden Taten und ihr jeweiliger Unrechtsgehalt, lassen die Urteilsgründe vermissen.
- 14 cc) Fehlerhaft ist zudem die Annahme des Landgerichts, zwischen der Anlassverurteilung durch das Landgericht Leipzig vom 1. Juni 1993 und den als Symptomtaten in Betracht kommenden Vorverurteilungen habe sich der Verurteilte nicht fünf Jahre in Freiheit befunden. Die Verneinung der gemäß § 66 Abs. 4 Satz 3 und 4 StGB eintretenden sogenannten Rückfallverjährung, die eine gesetzliche Vermutung mangelnder Prognoserelevanz von Vorverurteilungen nach einer „Wohlverhaltensphase“ von über fünf Jahren in Freiheit vorsieht (vgl. BGHSt 49, 25, 28) und damit zu einer Nichtverwertbarkeit der ausgeurteilten Taten als Symptomtaten führt, bleibt unbelegt.
- 15 Entgegen der Berechnung des Landgerichts liegen zwischen der Entlassung des Verurteilten aus der Strafhaft am 25. Juni 1987 und den der An-

lassverurteilung zugrunde liegenden Taten vom 14. Juli und 31. Oktober 1992 nicht „fast fünf Jahre“ (UA S. 9, 27), sondern über fünf Jahre. Ob der Verurteilte innerhalb dieses Zeitraums aus anderen Gründen auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wurde – etwa anderweitig Untersuchungshaft verbüßte – bleibt ungeklärt. Das Landgericht hat selbst auf sein Versäumnis hingewiesen, die genauen Haftzeiten festzustellen. Die Strafkammer hat es weiterhin versäumt, die Tatzeiten der dem seit dem 2. Mai 1985 rechtskräftigen Urteil des Kreisgerichts Borna zugrunde liegenden Taten mitzuteilen und festzustellen, ob sich der Verurteilte zwischen den Taten und seiner Inhaftierung noch gewisse Zeit auf freiem Fuß befand. Darüber hinaus hat sie nicht ersichtlich bedacht, ob die zeitlich erste der der Verurteilung durch das Landgericht Leipzig vom 1. Juni 1993 zugrunde liegende weniger gewichtige Tat überhaupt die Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt. Hätte die Einzelfreiheitsstrafe für diese Tat weniger als ein Jahr betragen, so wäre sie keine Symptomtat und deshalb für die Berechnung der Fünfjahresfrist irrelevant; es wäre auf den entsprechend längeren Zeitraum bis zur zweiten Tat am 31. Oktober 1992 abzustellen (BGH, Beschluss vom 7. November 1995 – 1 StR 530/95; Fischer, StGB 55. Aufl. § 66 Rdn. 20).

16 b) Die Feststellung der Gefährlichkeit des Verurteilten begegnet selbst eingedenk des nur eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfungsmaßstabs (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 40, 41) durchgreifenden Bedenken.

17 Die außerordentlich belastende Maßregel der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung ist nur in außergewöhnlichen seltenen Ausnahmefällen gegen verurteilte Straftäter berechtigt, bei denen aufgrund ihres bisherigen Werdegangs ein „hohes Maß an Gewissheit“ über die Gefahr besteht, dass sie besonders schwere Straftaten begehen werden (vgl. BVerfGE 109, 190, 236; BVerfG – Kammer – NJW 2006, 3483, 3484; BGHSt 50, 121, 125; 50, 373, 378; vgl. auch Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung,

BT-Drucks 15/2887, S. 10). Die Vorschrift des § 66b StGB verlangt eine konkrete, auf den Einzelfall bezogene hohe Wahrscheinlichkeit. Hinzukommen muss, dass die von dem Betroffenen ausgehende erhebliche Gefahr gegenwärtig sein muss (BVerfGE 109, 190, 242). Durch den Aspekt ihrer Gegenwartigkeit hebt sich die zu prognostizierende Gefährlichkeit von einer allgemeinen Rückfallwahrscheinlichkeit ab (BVerfG – Kammer – NJW 2006, 3483, 3485; vgl. auch BGH NStZ-RR 2008, 40, 41). Den damit verbundenen hohen Anforderungen werden die Darlegungen des Landgerichts nicht gerecht.

18 aa) Seine Erwägungen zur Gefährlichkeit sind teilweise lückenhaft und nicht hinreichend belegt. So wird der Schluss, es seien von dem Verurteilten aufgrund seines Hangs mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten zu erwarten, von den mitgeteilten Darlegungen der Sachverständigen nicht getragen. Diese konnten erhebliche Übergriffe lediglich nicht ausschließen (UA S. 24, 28). Auf welcher Grundlage das Landgericht dennoch zu dem gegenüber der primären Sicherungsverwahrung gesteigerten Wahrscheinlichkeitsgrad der Begehung solcher Straftaten gelangt ist, bleibt unklar.

19 Bedenken weckt zudem, dass die Strafkammer im Anschluss an die Sachverständigen nur „mittel- oder langfristig“ erneute sexuelle Übergriffe „erwartet“ hat (UA S. 23, 24, 28). Eine tragfähige Grundlage für eine gegenwärtige Gefährlichkeit lässt sich den Urteilsgründen im Hinblick auf die „gegenwärtige rückfallprophylaktische Wirkung“ der Herzerkrankung des Verurteilten (UA S. 23) und des positiv nachwirkenden Eindrucks der Freiheitsentziehung nicht ohne weiteres entnehmen.

20 Auch der Hinweis auf die Notizen zu Mädchen kann diese Darlegungslücke nicht füllen. So ist schon nicht dargelegt, wie die hinzugezogenen Sachverständigen dieses Verhalten des Verurteilten bewertet haben und ob sie die Einschätzung der Strafkammer, der Verurteilte habe die Notizen gemacht, um Kontakt zu den Mädchen aufzunehmen, geteilt haben.

21 bb) Der durch die Feststellungen zu den Vorbelastungen nicht belegte Hinweis auf Vorverurteilungen wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern lässt zudem besorgen, dass das Landgericht seiner Prognoseentscheidung unzutreffende Tatsachen zugrunde gelegt haben könnte.

22 cc) Auch ist nicht nachvollziehbar dargelegt, inwieweit die Strafkammer die insbesondere von dem Sachverständigen K. hervorgehobene Möglichkeit der Eindämmung der Gefährlichkeit des Verurteilten durch ein „angemessenes Risikomanagement“ (UA S. 23, 24) in ihre Abwägung der Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßregel einbezogen hat.

23 4. Der Senat sieht – im Gegensatz zum Generalbundesanwalt, der hierauf seinen Termins Antrag gegründet hat – keine Möglichkeit, die Anordnungsgrundlage auszutauschen und die nachträgliche Sicherungsverwahrung auf § 66b Abs. 3 StGB zu stützen.

24 Dies gilt unabhängig von der durch die Senate des Bundesgerichtshofs uneinheitlich beantworteten und dem Großen Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs unterbreiteten Frage, ob es der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 3 StGB entgegensteht, dass der Betroffene nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus noch Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, auf die zugleich mit der Unterbringung erkannt worden ist (vgl. hierzu einerseits BGHSt 52, 31; BGH JR 2008, 255; andererseits BGH NStZ 2008, 333; Beschluss vom 19. Juni 2008 – 4 StR 314/07 – und 4 StR 391/07). Zwar würde eine Anerkennung eines solchen einschränkenden Tatbestandmerkmals von vornherein die Anwendung des § 66b Abs. 3 StGB gegen den Verurteilten ausschließen. Dennoch muss der Senat die Entscheidung des Großen Senats nicht abwarten, da ein Austausch der Anordnungsgrundlage und damit die Bestätigung der nachträglichen Sicherungsverwahrung schon aus anderen Gründen scheitert.

- 25 Angesichts der unzureichenden Feststellungen sowohl zu den Vorverurteilungen als auch zur Gefährlichkeitsprognose für den Verurteilten besteht keine Grundlage für die erforderliche umfassende Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Verurteilten unter besonderer Berücksichtigung seiner Vorverurteilungen (vgl. BGH StV 2008, 304, 305). Hinzu kommt, dass selbst bei Erfüllung der formellen und materiellen Voraussetzungen – die freilich noch nicht fundiert belegt sind – die nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht zwangsläufig anzuordnen ist, sondern im Ermessen des Tatgerichts stünde. Dem Revisionsgericht ist es aber grundsätzlich verwehrt, selbst anstelle des Tatgerichts eine Ermessensentscheidung zu treffen. Auf der Grundlage rechtsfehlerhaft getroffener Feststellungen ist solches jedenfalls ausgeschlossen (vgl. auch BVerfG NStZ 2007, 598).
- 26 5. Für die vom Beschwerdeführer begehrte Durchentscheidung auf Ablehnung des Antrags kann das bisherige unzulängliche Urteil trotz beachtlicher Zweifel am Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der von § 66b StGB verlangten Gefährlichkeit keine Grundlage bieten. Über die Voraussetzungen zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung wird daher umfassend neu zu entscheiden sein.
- 27 Abschließend bemerkt der Senat, der von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. StPO Gebrauch gemacht hat, Folgendes: Das Gewicht des Eingriffs der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung setzt

eine besonders sorgfältige Prüfung und Darlegung der Anordnungsvoraussetzungen voraus. Ohne Beziehung der den Vorverurteilungen zuzuordnenden Straftaten – etwa allein auf der Grundlage des Registerauszuges des Verurteilten – kann dem nicht genügt werden.

Basdorf	Raum	Brause
Schneider		Dölp