

Ausfertigung



Oberlandesgericht München
Nymphenburger Straße 16, 80097 München

1 Ws 499, 594/13

23 Ws GStA 759/13 GenStA München

1 KLS 220 Js 16015/12 LG Memmingen

220 Js 16015/12 StA Memmingen

Beschluss

Der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts München

hat am 10. Juli 2013

in dem Wiederaufnahmeverfahren des Verurteilten **F**

geboren an.

derzeit in anderer Sache in Strafhaft in der Justizvollzugsanstalt

wegen Diebstahls u. a.

Verteidiger: Rechtsanwalt Dr. jur. Sven-Uwe Burkhardt
Alfred-Trappen-Straße 34, 44263 Dortmund

hier: Sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen den Zulassungsbeschluss gemäß § 368 Abs. 2 StPO und einfache Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Bestellung eines Verteidigers gemäß § 364a StPO

beschlossen:

Die sofortige sowie die einfache Beschwerde der Staatsanwaltschaft Memmingen vom 22. April 2013 gegen den Beschluss der 1. Strafkammer des Landgerichts Memmingen vom 10. April 2013 werden als unbegründet verworfen.

Gründe:

I.

Gegen den Beschwerdegegner wurde am 03.05.2001 die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet, weil eine Gesamtwürdigung seiner Person und Taten ergeben hatte, dass er infolge eines Hanges zu Straftaten, durch welche schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, insbesondere Diebstähle von Personenkraftwagen, für die Allgemeinheit gefährlich war (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB in der am 03.05.2001 geltenden Fassung). Die Maßregel wurde in der Zeit vom 22.01.2003 bis zum 16.02.2006 sowie vom 21.11.2009 bis zum 29.03.2011 vollzogen. Am 22.03.2011 ist sie gemäß Art. 316 e Abs. 3 EGStGB für erledigt erklärt worden, weil Diebstahl gemäß dem seit 01.01.2011 geltenden Recht (§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB heutiger Fassung) keine taugliche Anlasstat für Sicherungsverwahrung mehr ist. Mit dieser Erledigungserklärung will sich der Beschwerdegegner nicht begnügen, sondern beantragt im Hinblick auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u. a., BVerfGE 128, 326 (im Folgenden: BVerfG-Urteil, zit. nach Rdn.) die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 79 Abs. 1 BVerfGG mit dem Ziel, die ursprüngliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung in Wegfall zu bringen.

Im Einzelnen:

Der Beschwerdegegner weist 16 Eintragungen im Bundeszentralregister von 1985 bis 2010 auf – im Wesentlichen handelt es sich um Eigentums- und Vermögensstraftaten, namentlich Diebstähle von und aus Personenkraftwagen – und befand sich mehrmals in Strafvollzug. Wegen Straftaten gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB heutiger Fassung, namentlich wegen Gewalt- oder Sexualstraftaten, ist der Beschwerdegegner nie aufgefallen. Anhaltspunkte für einen entsprechenden Hang oder eine entsprechende Gefahr bestehen nicht.

Mit seit dem 05.09.2001 rechtskräftigem Urteil des Landgerichts Kempten vom 03.05.2001 – 1 KLS 129 Js 9367/00 wurde der Beschwerdegegner wegen Diebstahls rechtlich zusammen treffend mit vorsätzlichem Fahren ohne Fahrerlaubnis sachlich zusammen treffend mit vorsätzlichem Fahren ohne Fahrerlaubnis in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren 8 Monaten verurteilt und seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet.

Urteilsgegenständliche und Anlass-Tat war die listige Entwendung eines Personenkraftwagens Seat Toledo mit Neuwert von 29.920,- Schweizer Franken am 10.04.2000 bei einer Autovermietung in Zürich/Schweiz und das anschließende Fahren mit diesem Wagen ohne Fahrerlaubnis. Nach den Urteilsfeststellungen war der Beschwerdegegner mit einer kombinierten Persönlichkeitsstörung diagnostiziert, ohne dass die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB erfüllt waren, von hohem Geltungsbedürfnis, leidenschaftlicher Spieler, aber nicht pathologisch spielsüchtig, und versuchte immer wieder, den erstrebten materiellen Wohlstand durch delinquentes Verhalten zu erreichen. Er war seit 1985 mit zahlreichen Straftaten, vor allem Diebstählen, registriert und seit 1988 insbesondere durch Diebstähle von und aus Personenkraftwagen aufgefallen, wobei die Schadenssummen bis zu 70.000,- DM reichten. Deshalb hatte der Beschwerdegegner in der Zeit vom 31.12.1995 bis zum 23.02.2000 mehrere Freiheitsstrafen verbüßt, war freilich nach Haftentlassung mit der urteilsgegenständlichen und Anlass-Tat rückfällig geworden. Vor diesem Hintergrund erkannte das Landgericht Kempten einen Hang zu Straftaten, durch die ein schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird.

Unter Anrechnung der seit dem 24.05.2000 vollzogenen Untersuchungshaft verbüßte der Beschwerdegegner zunächst voll die Strafe aus dem Urteil des Landgerichts Kempten. Am 14.10.2002 – 33 StVK 371/02 K beschloss die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Aachen, dass der Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung erforderlich sei, weil weiterhin die Gefahr bestehe, dass der Beschwerdegegner Taten begehen werde, welche die Anordnung der Maßregel rechtfertigten. Die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss verwarf das Oberlandesgericht Köln mit Beschluss vom 07.02.2003 – 2 Ws 48/03 als unzulässig.

Der Maßregelvollzug begann am 22.01.2003. Mit Beschluss vom 14.10.2004 – 33 StVK 603/04 K lehnte die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Aachen ab, die weitere Vollstreckung zur Bewährung auszusetzen. Mit Beschluss vom 06.01.2006 – 33 StVK 249/05 K setzte die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Aachen die weitere Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung mit Wirkung vom 16.01.2006 zur Bewährung aus, bestimmte eine Bewährungszeit von 5 Jahren und erteilte dem Beschwerdegegner verschiedene Weisungen, nachdem sich der Beschwerdegegner in Vollzugslockerungen bewährt hatte und ein psychiatrisches Gutachten eine nur noch sehr geringe Gefährlichkeit ge-

sehen hatte, dass es zu erneuten Straffälligkeiten im Sinne der Anlasstat kommen könnte. Am 16.01.2006 kam der Beschwerdegegner auf freien Fuß.

Am 01.10.2006 stahl er bei einer Autovermietung in Paris/Frankreich einen Personenkraftwagen Peugeot 407. Deshalb verurteilte ihn das Amtsgericht Aachen mit Urteil vom 24.07.2007 – 49 Ds 304 Js 511/06 zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde; auf die Berufung der Staatsanwaltschaft Aachen verurteilte das Landgericht Aachen am 19.05.2008 – 71 Ns 156/07 – den Beschwerdegegner zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 1 Jahr 6 Monate. Unter Anrechnung verfahrensfremder Untersuchungshaft – der Beschwerdegegner hatte sich seit dem 13.11.2007 in anderer Sache in Untersuchungshaft befunden – verbüßte der Beschwerdegegner diese Strafe voll bis zum 07.05.2009 und wurde dann aus der Haft entlassen.

Wegen der Tat vom 01.10.2006 widerrief die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Aachen mit Beschluss vom 20.01.2009 – 33 StVK 118/07 K die Bewährungsaussetzung der Unterbringung des Beschwerdegegners in der Sicherungsverwahrung. Mit Beschluss vom 20.07.2009 – 2 Ws 203/09 verwarf das Oberlandesgericht Köln die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde als unbegründet. Der Beschwerdegegner wurde am 21.11.2009 festgenommen und am 08.12.2009 zur Sicherungsverwahrung in die Justizvollzugsanstalt Aachen überstellt.

Gemäß Art. 316 e Abs. 3 Satz 1 EGStGB wurde die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung durch Beschluss der Strafvollstreckungskammer des Landgerichts Aachen vom 22.03.2011 – 33 StVK 137/11 K für erledigt erklärt, da die Anordnung auf Taten beruhte, die keine Anlasstaten im Sinne von § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB heutiger Fassung waren. Am 29.03.2011 endete die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.

Mit Urteil vom 24.11.2010 – 611 Js 4/08 64 KLS 10/08 verurteilte das Landgericht Aachen den Beschwerdegegner zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 7 Jahren wegen Diebstahls in sieben Fällen sowie Betrugs in drei Fällen, hiervon in einem Fall in Tateinheit mit Computerbetrug. Die urteilsgegenständlichen Taten hatte der Beschwerdegegner begangen, als er 2007 bzw. 2009 auf freiem Fuß gewesen war. Die in dem Urteil angeordnete Unterbringung in der Sicherungsverwahrung wurde im Revisionsverfahren durch Beschluss des Bundesgerichts-

hofs vom 06.07.2011 – 2 StR 164/11 aufgehoben, weil Diebstahl, Betrug und Computerbetrug seit dem 01.01.2011 nicht mehr in den Katalog der Anlasstaten für Sicherungsverwahrung fallen, was als milderes Recht anzuwenden war (Art. 316e Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 EGStGB, § 354a StPO). Derzeit verbüßt der Beschwerdegegner die Strafe aus dem Urteil vom 24.11.2010; das Strafende ist für den 05.03.2017 vorgemerkt.

Unter dem 20.02.2012 beantragte der Beschwerdegegner Bestellung eines Verteidigers zur Vorbereitung eines Wiederaufnahmeverfahrens gemäß § 79 Abs. 1 BVerfGG (§ 364b StPO). Mit Beschluss vom 24.05.2012 – 1 KLS 220 Js 3739/12 wies das Landgericht Memmingen – 1. Strafkammer – den Antrag als unbegründet zurück, weil das Bundesverfassungsgericht die am 03.05.2001 geltende Fassung des § 66 StGB nicht für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt habe. Außerdem sei die Weitergeltung der für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten Fassungen des § 66 StGB angeordnet worden. Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde verwarf der Senat mit Beschluss vom 23.08.2012 – 1 Ws 628/12 als unbegründet. Da der beabsichtigte Wiederaufnahmeantrag ausschließlich mit rechtlichen Erwägungen begründet werde, seien auf Tatsachen oder Beweismittel bezogene Nachforschungen nicht erforderlich (§ 364b Abs. 1 Nr. 1 StPO). Auf die Erfolgsaussichten des Wiederaufnahmebegehrens komme es daher nicht an.

Unter dem 16.09.2012 beantragte der vom Beschwerdegegner bevollmächtigte Rechtsanwalt Breuer, Aachen, Zulassung der Wiederaufnahme des Verfahrens mit dem Ziel des Wegfalls des Urteils des Landgerichts Kempten vom 03.05.2001, soweit es die Anordnung der Sicherungsverwahrung betrifft. Am 14.02.2013 beantragte der vom Beschwerdegegner bevollmächtigte Verteidiger in Fortführung des von Rechtsanwalt Breuer begonnenen Wiederaufnahmeverfahrens die Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens, soweit es die Sicherungsverwahrung betrifft, und Beiordnung als Pflichtverteidiger.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 10.04.2013 hat die 1. Strafkammer des Landgerichts Memmingen den Anträgen stattgegeben. Die Zustellung an die Staatsanwaltschaft Memmingen ist gemäß § 41 StPO am 17.04.2013 erfolgt. Mit durch die zuständige Staatsanwältin unterschriebenem Faxschreiben vom 22.04.2013 an das Landgericht Memmingen, bei diesem an diesem Tag eingegangen, hat die Staatsanwaltschaft Memmingen „[g]egen den Beschluss des Landgerichts Memmingen vom 10.04.2013 [...] sofortige Beschwerde“ eingelegt. Das Fax-

schreiben ist oben mit dem Wort „Entwurf“ gekennzeichnet. Die sofortige Beschwerde ist von der Staatsanwaltschaft Memmingen am 17.05.2013 begründet worden. Die Generalstaatsanwaltschaft München ist den Rechtsmitteln beigetreten und hat dies ausführlich begründet. Der Verteidiger und der Beschwerdegegner sind entgegengetreten.

II.

Die von der Staatsanwaltschaft Memmingen eingelegte sofortige Beschwerde war kein Entwurf, sondern wurde mit Wissen und Willen der Berechtigten (vergleiche hierzu Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., Einl. Rdn. 128) unterschrieben dem Landgericht Memmingen per Fax übermittelt. Dass auf dem Faxschreiben das Wort „Entwurf“ nicht gelöscht worden war, war offensichtlich ein Versehen und führt nicht zur Unwirksamkeit der Rechtsmitteleinlegung.

Die sofortige Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss insgesamt und ist als sofortige Beschwerde gegen die Zulassung des Wiederaufnahmeantrags gemäß § 368 Abs. 2 StPO sowie als einfache Beschwerde gegen die Bestellung des Verteidigers für das Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 364a StPO auszulegen (vergleiche Meyer-Goßner aaO. § 300 Rdn. 2 f.). Diese Rechtsmittel sind statthaft und zulässig.

Der angefochtene Beschluss enthält nicht bloß, wie im Tenor ausgesprochen, die gemäß § 372 Satz 2 StPO durch die Staatsanwaltschaft nicht anfechtbare Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 370 Abs. 2 StPO, sondern auch, wie in den Gründen des angefochtenen Beschlusses dargelegt, die Zulassung des Wiederaufnahmeantrags gemäß § 368 Abs. 2 StPO. Gegen den Zulassungsbeschluss ist gemäß § 372 Satz 1 StPO die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft statthaft, und zwar auch, wenn er ausnahmsweise mit der Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens verbunden worden ist (siehe nur Meyer-Goßner aaO. § 372 Rdn. 4 mit weiteren Nachweisen; zur Gegenstandslosigkeit der Wiederaufnahmeanordnung, wenn die sofortige Beschwerde Erfolg hat, Gössel, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 372 Rdn. 12). Die Wochenfrist des § 311 Abs. 2 StPO ist gewahrt.

Da die Verteidigerbestellung für das Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 364a StPO nicht unmittelbar mit der Zulässigkeit oder Begründetheit der Wiederaufnahme zusammenhängt, ist

insoweit die einfache Beschwerde nach § 304 StPO statthaft (Meyer-Goßner aaO. Rdn. 2). Sie kann auch von der Staatsanwaltschaft zuungunsten des Verurteilten eingelegt werden (Gössel aaO. Rdn. 6 mit weiteren Nachweisen). Dass eine Abhilfeentscheidung (§ 306 Abs. 2 StPO) unterblieben ist, hindert das Beschwerdegericht nicht an einer Sachentscheidung (Meyer-Goßner aaO. § 306 Rdn. 10 mit weiteren Nachweisen).

III.

In der Sache haben die Rechtsmittel keinen Erfolg.

1. Der Wiederaufnahmeantrag ist in der vorgeschriebenen Form (§ 366 Abs. 2 StPO) angebracht, und in ihm ist ein gesetzlicher Grund der Wiederaufnahme aus § 79 Abs. 1 BVerfGG geltend gemacht (§ 368 Abs. 1 StPO).

a) Der Anwendbarkeit des § 79 Abs. 1 BVerfGG steht nicht entgegen, dass die Unterbringung des Beschwerdegegners in der Sicherungsverwahrung gemäß Art. 316 e Abs. 3 EGStGB rechtskräftig für erledigt erklärt worden ist. Art. 316 e EGStGB ist bereits vor und unabhängig von dem BVerfG-Urteil durch Art. 4 Nr. 2 Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22.12.2010 (BGBl. I S. 2300) ins EGStGB eingefügt worden. Die Vorschrift steht außerhalb eines spezifisch verfassungsrechtlichen oder -gerichtlichen Zusammenhanges (insoweit zweifelnd auch OLG Köln, Beschl. v. 28.02.2013 – 2 Ws 81/13, Juris Rdn. 10). Vielmehr ging es dem Gesetzgeber um die Konsolidierung der primären Sicherungsverwahrung (BT-Drucks. 17/3403 S. 2). Als Grundlage für diese sollte nicht mehr jede vorsätzliche Straftat ausreichen, sondern es erschien – entsprechend dem Ansatz, die Sicherungsverwahrung als letztes Mittel der Kriminalpolitik zu verstehen (BT-Drucks. 17/4062 S. 14) – eine Konzentration des Anwendungsbereichs auf vorsätzliche Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter, einschließlich gemeingefährlicher Straftaten, angezeigt (BT-Drucks. 17/3403 S. 14 f.). Wenn aber bestimmte Delikte – und wegen ihres notwendigen Symptomcharakters damit auch die darauf bezogene Wiederholungsgefahr – die Sicherungsverwahrung nach neuem Recht nicht mehr rechtfertigen können, weil sie nicht mehr als „sicherungsverwahrungswürdig“ angesehen werden, erschien es dem Gesetzgeber als ein Gebot der Gerechtigkeit, die Sicherungsverwahrung nicht mehr weiter zu vollstrecken, was durch Art. 315e Abs. 3 EGStGB gewährleistet werden sollte (BT-Drucks.

17/3402 S. 50 f.). Alles das hat mit dem Regelungsgegenstand des § 79 Abs. 1 BVerfGG nichts zu tun (in dieselbe Richtung OLG Köln aaO.).

Die Erledigungserklärung hat auch nicht bewirkt, dass das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdegegners an einer Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 79 Abs. 1 BVerfGG weggefallen ist, ebenso wenig wie in dem Verfassungsbeschwerdeverfahren, das zu dem BVerfG-Urteil führte, das Rechtsschutzinteresse des dortigen Beschwerdeführers zu I. durch die dortige Erledigungserklärung wegfiel (dort Rdn. 176). Namentlich setzt § 1 StrEG die nachträgliche Durchbrechung der Rechtskraft voraus, weshalb die Oberlandesgerichte verfassungswidrig Sicherungsverwahrten durchweg Ansprüche aus dem StrEG verwehrt haben, teils unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens nach § 79 Abs. 1 BVerfGG (so OLG Nürnberg, Beschl. v. 23.02.2012 - 2 Ws 320/11, NStZ-RR 2012, 223, 224, Juris Rdn. 19; vergleiche weiterhin OLG Celle, Beschl. v. 19.07.2011 - 2 Ws 380/10, NStZ 2011, 703, Juris Rdn. 44; OLG Celle, Beschl. v. 14.02.2012 - 2 Ws 32/12, Juris Rdn. 6; OLG Köln, Beschl. v. 13.04.2012 - 2 Ws 280, 281/12, Juris Rdn. 16).

b) Die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im Urteil des Landgerichts Kempten vom 05.03.2001 beruht jedenfalls auf einer nicht verfassungskonformen Auslegung des § 66 StGB damaliger Fassung.

In dem BVerfG-Urteil ist – u. a. – § 66 StGB in den Fassungen des Art. 1 Nr. 3 des am 01.04.2004 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (usw.) vom 27.12.2003 (BGBl. I S. 3007) sowie des Art. 1 Nr. 2 des am 01.01.2011 in Kraft getretenen Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22.12.2010 (BGBl. I S. 2300) für mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt worden (Tenor II. 1. b). Grund hierfür war die Verletzung des Abstandsgebots, die sich „auf sämtliche Regelungen über die Anordnung und die Dauer der Sicherungsverwahrung“ erstreckte (BVerfG-Urteil Rdn. 166 mit Verweis auf § 78 Satz 2 BVerfGG). Gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG hat die Unvereinbarerklärung eines Gesetzes mit dem Grundgesetz Gesetzeskraft und wird im Bundesgesetzblatt verkündet, was geschehen ist (BGBl. 2011 I S. 1003).

Zum maßgeblichen (§ 2 Abs. 6 StGB) Urteilszeitpunkt am 05.03.2001 galt § 66 StGB in der Fassung der Bekanntmachung der Neufassung des StGB vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), die wiederum sachlich auf Art. 1 Nr. 1 Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.01.1998 (BGBl. I S. 160) sowie auf Art. 1 Nr. 5 Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26.01.1998 (BGBl. I S. 164) beruhte. Von der (ersten) mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten, ab dem 01.04.2004 geltenden Fassung des § 66 StGB unterscheidet sich diese Fassung nur insoweit, als die Anordnung der Sicherungsverwahrung nur neben zeitiger – also nicht lebenslanger – Freiheitsstrafe möglich war und in Abs. 3 Satz 1 nur auf § 179 Abs. 1 bis 3 – nicht auch 4 – verwiesen wurde.

Warum § 66 StGB erst in der ab 01.04.2004 geltenden Fassung für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, wird im BVerfG-Urteil nicht begründet. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 23.08.2012 – 1 Ws 628/12 in dieser Sache ausgeführt hat, liegt es im Hinblick auf BVerfG-Urteil Rdn. 166 nahe, dass bereits die dem Urteil des Landgerichts Kempten vom 03.05.2001 zugrunde liegende Fassung des § 66 StGB das Abstandsgebot verletzte. Wenn § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.01.1998 (BGBl. I S. 160) mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG unvereinbar war, so bedeutet das, dass bereits zu diesem Zeitpunkt das Abstandsgebot verletzt war. „Seit 1998“, so heißt es in BVerfG-Urteil Rdn. 120, sei die Sicherungsverwahrung immer mehr ausgeweitet worden, ohne ein dem Abstandsgebot gerecht werdendes Gesamtkonzept zu entwickeln, was den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt habe.

Hieraus folgt jedenfalls, dass bereits seit 1998 eine verfassungskonforme Auslegung des damaligen § 66 StGB geboten war, wie sie in BVerfG-Urteil Rdn. 172 ausgeführt wird. Demgegenüber hat das Landgericht Kempten in seinem Urteil vom 05.03.2001 eine solche verfassungskonforme Auslegung – die allerdings damals niemand, auch nicht das Bundesverfassungsgericht, erahnte – nicht vorgenommen, sondern § 66 StGB damaliger Fassung – im Einklang mit der damals ganz herrschenden Auffassung – als geltendes und verfassungsmäßiges Gesetz verstanden und ausgelegt. Das war – wie rückblickend feststeht – nicht bloß eine falsche Rechtsanwendung, sondern ein Fall des § 79 Abs. 1 BVerfGG (vergleiche hierzu Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 79 Rdn. 32 f.).

Hierauf beruht das Urteil des Landgerichts Kempten vom 05.03.2001. Die Beruhensfrage beantwortet sich auch im Rahmen des § 79 Abs. 1 BVerfGG nach den Grundsätzen, die in der Dogmatik der relativen Revisionsgründe nach § 337 Abs. 1 StPO entwickelt worden sind (Bethge aaO. Rdn. 35; siehe auch OLG Bamberg, Beschl. v. 05.03.2013 – 1 Ws 98/13, Juris Rdn. 6 für § 359 Nr. 6 StPO). Es genügt also, dass es möglich erscheint, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung bei verfassungskonformer Auslegung des § 66 StGB unterblieben wäre.

c) Entgegen der Auffassung des OLG Köln, Beschl. v. 28.02.2013 – 2 Ws 81/13, Juris Rdn. 11 ff., der sich die Generalstaatsanwaltschaft München angeschlossen hat, ändert die gemäß § 35 BVerfGG getroffene Weitergeltungsanordnung in Ziffer III. 1. des Tenors des BVerfG-Urteils hieran nichts (im Ergebnis ebenso LG Fulda, Beschl. v. 28.03.2012 – 19 Js 20880/11 C – 1 KLs, StV 2012, 401).

Der Senat lässt offen, ob der Ansatz des OLG Köln aaO. zutrifft, dass § 35 BVerfGG den Anwendungsbereich des § 79 BVerfGG begrenzt. Die Zeit- und Zielrichtung beider Vorschriften ist verschieden: § 79 BVerfGG ist vergangenheitsorientiert und regelt das Schicksal von vor der Normverwerfung abgewickelten Normvollzugsakten, während § 35 BVerfGG zukunftsgerichtet ist und „Folgenmanagement“ ermöglicht (Bethge aaO. Rdn. 19). In diesem Sinne hebt BVerfG-Urteil Rdn. 168 f. zukunftsgerichtet hervor, die Nichtigerklärung des Rechts der Sicherungsverwahrung würde ein „rechtliches Vakuum“ entstehen lassen und dazu führen, dass alle Sicherungsverwahrten sofort freigelassen werden müssten und potentiell Sicherungsverwahrte, bei denen die Unterbringung zwar angeordnet worden seien, die sich aber noch im Vollzug der Freiheitsstrafe befänden, die Sicherungsverwahrung trotz ihrer etwaigen hochgradigen Gefährlichkeit nicht antreten könnten. Dass die Weitergeltungsanordnung den Sinn haben sollte, vergangenheitsorientiert verfassungswidrige Sicherungsverwahrungen vor Wiederaufnahme zu bewahren, lässt sich nicht erkennen. Will das Bundesverfassungsgericht nicht, dass § 79 Abs. 1 BVerfGG angewendet werde, so pflegt es das ausdrücklich zu sagen (siehe zuletzt BVerfG, Urt. v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10 Rdn. 122).

Jedenfalls kann die Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 79 Abs. 1 BVerfGG nicht weiter gehen als die Weitergeltungsanordnung nach § 35 BVerfGG (vergleiche auch Bethge aaO. Rdn. 20). Nach Ziffer III. 1. in Verbindung mit Ziffer II. 1. b) des Tenors des BVerfG-

Urteils war § 66 StGB u. a. in der Fassung des Art. 1 Nr. 3 des am 01.04.2004 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27.12.2003 (BGBl. I S. 3007) bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber, längstens bis zum 31.05.2013, nach Maßgabe der Gründe weiter anwendbar. Zwar ließ diese Fassung alle vorsätzlichen Straftaten – auch gewaltlose Eigentums- und Vermögensstraftaten – als Anlasstaten sowie die Gefahr erheblicher Straftaten – auch solcher, durch welche schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wurde – als Grund für Sicherungsverwahrung genügen. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht in BVerfG-Urteil Rdn. 172 ausgesprochen, dass im Rahmen der Weitergeltungsanordnung eine verfassungskonforme Auslegung des Normgehalts zu beachten ist, die Regelungen nur nach Maßgabe einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung angewandt werden dürfen, insbesondere hinsichtlich der gefährdeten Rechtsgüter, und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **in der Regel** nur unter der Voraussetzung gewahrt sein wird, dass **eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten** ist. Daraus folgt zum einen, dass die Gefahr von gewaltlosen Eigentums- oder Vermögensstraftaten – wenn überhaupt, vergleiche BGH, Beschl. v. 19.10.2011 – 2 StR 305/11, StV 2012, 213 mit Nachweisen – allenfalls ausnahmsweise genügen kann. Zum anderen ist erforderlich, dass diese Gefahr gleich schwer wiegt wie die Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten, beispielsweise wenn Geschädigten alles Lebensnotwendige genommen zu werden und sie in existenzielle Not zu geraten drohen. Das war vorliegend nicht der Fall.

d) Die Erwägung, das Bundesverfassungsgericht habe zu keinem Zeitpunkt beanstandet, dass nach dem vor dem 01.01.2011 geltenden Recht Sicherungsverwahrung aus Anlass gewaltloser Eigentums- und Vermögensstraftaten bei Gefahr erheblicher Straftaten mit schwerem wirtschaftlichen Schaden angeordnet werden können (OLG Köln aaO. Rdn. 16), trifft zwar zu, trägt aber nichts aus. Die Verfassungswidrigkeit der Sicherungsverwahrung in der Zeit von 1998 bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung vom 05.12.2012 (BGBl. I S. 2425) am 01.06.2013 ergibt sich bereits aus der Verletzung des Abstandsgebots und wird nicht dadurch aus der Welt geschafft, dass es möglicherweise für sich gesehen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden war und ist, auch gewaltlose Eigentums- und Vermögensstraftaten als „sicherungsverwahrungswürdig“ einzustufen.

Gegen die hier vertretene Auffassung, die einen Gleichlauf zwischen der Weitergeltungsanordnung einerseits und dem Anwendungsbereich des § 79 Abs. 1 BVerfGG andererseits herstellt, können auch nicht die von OLG Köln aaO. Rdn. 19 aufgeworfenen Gleichbehandlungsfragen eingewendet werden.

Was die Folgenerwägungen der Generalstaatsanwaltschaft München angeht, bemerkt der Senat: Nach der hier vertretenen Auffassung geht es nicht um „sämtliche angeordnete Sicherungsverwahrungen der letzten Jahrzehnte“ oder gar um „alle in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland Verurteilten, bei denen auch die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet wurde“, sondern um Sicherungsverwahrungen in der Zeit von 1998 bis zum 31.05.2013, die nicht den Anforderungen der Weitergeltungsanordnung gerecht wurden, was im Zulassungsverfahren zu prüfen ist. Bestand eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten (Regel) oder gleich schwer wiegender anderer Straftaten (Ausnahme), so ist die Wiederaufnahme unzulässig. Der von der Generalstaatsanwaltschaft München perhorreszierte Fall – der wegen Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten jahrelang Sicherungsverwahrte habe eine Sozialtherapie erfolgreich abgeschlossen, sei auf Bewährung entlassen worden, könne Wiederaufnahme des Verfahrens betreiben und erreiche nunmehr, weil ungefährlich, die Aufhebung der Maßregel mit der Folge von StrEG-Ansprüchen – kann also nicht eintreten. Es ist auch nicht systemwidrig, sondern liegt in der Natur des Wiederaufnahmeverfahrens, dass die Wiederaufnahmegerichte – erneut – die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung prüfen müssen. Gewiss war es der Wille des Bundesverfassungsgerichts, dass die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung noch Sicherungsverwahrten – ein solcher Fall liegt hier nicht vor – zukunftsgerichtet auf den Rechtsschutz durch die Strafvollstreckungskammern verwiesen sein sollten. Das schließt aber nicht aus, dass vergangenheitsorientiert Wiederaufnahmegerichte befasst werden. Immerhin geht es um Fälle, in denen die Betroffenen in einen verfassungswidrigen Verwahrvollzug genommen und so „gleichsam ‚sehenden Auges‘ einer verfassungswidrigen Freiheitsentziehung unterworfen“ wurden (BVerfG-Urteil Rdn. 128).

2. Da eine weitere Beweisaufnahme nicht erforderlich war, konnte ohne weiteres die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Erneuerung der Hauptverhandlung angeordnet werden (§ 370 Abs. 2 StPO). Da der Beschwerdegegner keinen Verteidiger hat, wegen der Schwierigkeit der Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint und Erfolgsaussicht besteht, ist auch die Bestellung des Verteidigers nicht zu beanstanden (§ 364a StPO).

Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

Wiegand
Vorsitzender Richter

Distler
Richter
am Oberlandesgericht

Prof. Dr. Vogel
Richter



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift
München, den 10. Juli 2013
Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle:

Hofbauer
Justizverwaltungsinspektor