

**HRRS-Nummer:** HRRS 2010 Nr. 1045

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2010 Nr. 1045, Rn. X

---

**BGH 5 StR 474/10 - Beschluss vom 9. November 2010 (OLG Koblenz)**

**Vorlageverfahren; Anfragebeschluss; Sicherungsverwahrung (Fortdauer; Aussetzung zur Bewahrung; Prüfung der Fortdauer von Amts wegen); EMRK; BGHSt; Berücksichtigungspflicht; Normverwerfungskompetenz; Rückwirkungsverbot; Verhältnismäßigkeitsprinzip (unmittelbar drohende schwerste Straftaten, durch die die Opfer physisch oder psychisch massiv geschädigt werden); andere Bestimmung; gesetzliche Neugestaltung der Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot; Therapieorientierung).**

**§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 132 GVG; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK; § 66 StGB; § 66a StGB; § 66b StGB; § 121 Abs. 2 GVG; § 62 StGB**

Leitsätze

1. Ergibt sich für die Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine die Rückwirkung generell hindernde andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB? (Anfrage nach § 132 GVG) (BGHSt)
2. Im Fall zulässiger rückwirkender Anwendung ist § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB einschränkend dahin auszulegen, dass die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach zehnjährigem Vollzug für erledigt zu erklären ist, sofern nicht eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualverbrechen aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist. (BGHSt)
3. Die Zulässigkeit konventionskonformer Auslegung des Bundesrechts endet aus Gründen der Gesetzesbindung der Gerichte dort, wo der gegenteilige Wille des nationalen Gesetzgebers deutlich erkennbar wird. (Bearbeiter)
4. Die Europäische Menschenrechtskonvention eröffnet den Gerichten keine Verwerfungskompetenz für eindeutig entgegenstehende Gesetze; vielmehr ist im Falle der Unvereinbarkeit des Bundesrechts mit der EMRK allein der Gesetzgeber aufgerufen, eine Verletzung der Konvention infolge Anwendung eindeutiger gesetzlicher Regelungen durch deren Abänderung zu beseitigen. (Bearbeiter)
5. Eine Interpretation des § 2 Abs. 6 StGB in dem Sinne, dass für die Sicherungsverwahrung eine rückwirkende Anwendung nicht möglich ist, würde den vom eindeutigen Willen des Gesetzgebers getragenen Normbefehl teilweise oder ganz aushöhlen und liefe auf ein dem Richter bei der Berücksichtigung der EMRK nicht zustehendes Normverwerfungsrecht hinaus. (Bearbeiter)
6. Zwar wird eine Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewahrung nach § 67d Abs. 2 StGB nur selten in Betracht kommen. Sie ist jedoch in Erwägung zu ziehen, wenn eine hochgradige Gefahr weiterer erheblicher Straftaten zwar prognostiziert wird, diese aber durch den Widerrufsdruck und mit einer Aussetzung zur Bewahrung zu verbindende Weisungen so weit reduziert werden kann, dass angenommen werden kann, der Verurteilte könne von der Begehung schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen abgehalten werden. In solchen Konstellationen stellt die Aussetzung zur Bewahrung anstelle einer sonst zwingend fortdauernden Vollstreckung die "konventionsfreundlichste" Maßnahme dar. (Bearbeiter)
7. Ob der weitere Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach den Kriterien des 2. Leitsatzes noch gerechtfertigt ist, hat das zuständige Gericht von Amts wegen aufgrund einer aktuellen Gefährlichkeitsprognose zu prüfen, auch wenn zwei Jahre seit der letzten Prüfung noch nicht vergangen sind. Die Entscheidung des Gerichtshofs ist eine Tatsache, die eine erneute Prüfung einer Erledigterklärung der Sicherungsverwahrung nach § 67e Abs. 1 StGB oder einer Aussetzung ihrer Vollstreckung unerlässlich macht. (Bearbeiter)

**8. Nicht tragend bemerkt der Senat, dass die vorgeschlagene Auslegung der Regelungen zur Sicherungsverwahrung an dem Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK nichts zu ändern vermag. Ihn zu beseitigen ist jedoch primär gesetzgeberischen Maßnahmen vorbehalten. Hierfür ist nach Auffassung des Senats zwingend eine grundlegend veränderte Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung in Betracht zu ziehen, welche dessen vom EGMR festgestellte strafgleiche Wirkung zu beseitigen geeignet ist, insbesondere durch verstärkte Therapieorientierung und deutliche Vollzugserleichterungen im Vergleich zum Strafvollzug. (Bearbeiter)**

**9. Dem Senat erscheint - nicht tragend - im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz und das Freiheitsrecht aller in Sicherungsverwahrung Untergebrachten überaus zweifelhaft, ob sich eine Neugestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung auf Altfälle mit Rückwirkung beschränken lässt, wie es der Koalitionsentwurf auf BTDrucks. 17/3403 vorsieht. (Bearbeiter)**

#### Entscheidungstenor

1. Die Vorlegungsverfahren werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

2. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ergibt sich für die Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung keine die Rückwirkung generell hindernde andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB.

Der Senat fragt beim 4. Strafsenat an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird, bei den anderen Strafsenaten, ob dieser Rechtsauffassung zugestimmt wird.

3. Bis zur Erledigung des Verfahrens nach § 132 GVG werden die Akten an die vorlegenden Oberlandesgerichte zur Fortführung der nach § 67e Abs. 1 Satz 1, § 67d Abs. 3 Satz 1, Abs. 2 StGB gebotenen Überprüfungen zurückgegeben.

#### Gründe

Die verbundenen Vorlegungsverfahren (§ 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG) betreffen die Frage der Fortgeltung der bis 30. Januar 1998 gültigen Höchstdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung von zehn Jahren (§ 67d Abs. 1 Satz 1 StGB a.F.) in "Altfällen". Der Senat hat darüber zu entscheiden, ob das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 17. Dezember 2009 (M. gegen Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 19359/04, EuGRZ 2010, 25) die deutschen Gerichte dazu zwingt, in Fällen, in denen die erstmalige Unterbringung eines Verurteilten in der Sicherungsverwahrung wegen Taten angeordnet wurde, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen schweren Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I 160) begangen worden waren, die Maßregel nach zehnjährigem Vollzug für erledigt zu erklären. 1

Die vorlegenden Oberlandesgerichte Stuttgart, Celle und Koblenz möchten - wie bereits in vorangegangenen Entscheidungen (OLG Stuttgart Justiz 2010, 346; OLG Celle NSTZ-RR 2010, 322; OLG Koblenz JR 2010, 306; vgl. auch OLG Nürnberg NSTZ 2010, 574) - jeweils in Fällen über zehn Jahre hinaus vollstreckter Sicherungsverwahrung sofortige Beschwerden von Untergebrachten gegen Fortdauerbeschlüsse der zuständigen Landgerichte verwerfen. Sie vertreten die Auffassung, dass auch unter Zugrundelegung der Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine Erledigterklärung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung in Altfällen nach Vollzug von zehn Jahren trotz fortbestehender Gefährlichkeit des Verurteilten nicht geboten sei. Vielmehr richte sich die Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung allein nach der gegenwärtigen Regelung des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB. An der beabsichtigten Entscheidung sehen sie sich jedoch durch Beschlüsse anderer Oberlandesgerichte (OLG Frankfurt NSTZ 2010, 573; NSTZ-RR 2010, 321; OLG Hamm StRR 2010, 352; OLG Karlsruhe Justiz 2010, 350; NSTZ-RR 2010, 322; SchiHolstOLG SchiHA 2010, 296) gehindert. Sie haben deshalb die jeweilige Sache zur Entscheidung der Rechtsfrage gemäß § 121 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 GVG dem Bundesgerichtshof vorgelegt. 2

Dem Senat liegen zwölf weitere gleichgelagerte Vorlegungsverfahren vor. Er möchte in den drei zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfahren - im Ergebnis in Übereinstimmung mit den Anträgen des Generalbundesanwalts - grundsätzlich im Sinne der vorlegenden Oberlandesgerichte entscheiden. Er sieht sich daran jedoch durch bindende 3

Rechtsprechung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs gehindert; darüber hinaus sieht der Senat in der aufgeworfenen Frage eine solche von grundsätzlicher Bedeutung (§ 132 Abs. 4 GVG).

## I.

1. Beschluss des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 19. August 2010 (Vorlegungsverfahren 5 StR 394/10): 4

Durch Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 27. September 1985 (Anlassurteil) wurde der wiederholt, unter anderem wegen schwerster Sexualdelikte vorbestrafte D. wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit sexueller Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt, verbunden mit der Anordnung der Sicherungsverwahrung. Nach vollständiger Verbüßung der Strafe wird die Sicherungsverwahrung - nunmehr bereits über 21 Jahre - vollzogen. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 19. März 2010 hat das Landgericht Heilbronn letztmals die Fortdauer der Sicherungsverwahrung angeordnet. 5

Sachverständig beraten ist das Oberlandesgericht zu der Überzeugung gelangt, dass der mittlerweile 63 Jahre alte Verurteilte auch weiterhin wegen eines Hanges zur Begehung erheblicher Straftaten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, gefährlich sei. Er sei eine histrionisch-dissoziale Persönlichkeit, die einen Mangel an Empathie, deutliche und andauernde Verantwortungslosigkeit, Missachtung sozialer Normen, eine niedrige Schwelle für aggressives, auch gewalttätiges Handeln sowie oberflächliche Affektivität, Egozentrik und manipulatives Verhalten zur Befriedigung eigener Bedürfnisse aufweise. Seine Persönlichkeitsstruktur sei durch ein jedes normale Maß übersteigendes Geltungs- und Durchsetzungsbedürfnis sowie das Bedürfnis gekennzeichnet, Überlegenheit zu demonstrieren. Das bisherige strafbare Vorleben des Verurteilten beruhe auf dieser Persönlichkeitsstruktur. Im Vordergrund der Taten habe die Demonstration von Macht gestanden, die den eigentlichen sexuellen Antrieb überwogen habe. Dem liegen folgende tatsächliche Befunde zugrunde: 6

Nachdem der Verurteilte bereits 1971 wegen versuchter Notzucht verurteilt worden war, verübte er vor Begehung der Anlasstat in der Zeit von 1973 bis 1978 - zweimal während laufender Strafaussetzungen, einmal nur zwei Monate nach längerer Untersuchungshaft - insgesamt vier schwere Sexualstraftaten. Alle zeichneten sich durch brutales, auf bedingungslose Durchsetzung des eigenen Willens gerichtetes Vorgehen und durch menschenverachtende Behandlung der Opfer aus. Seine zwischen 13 und 17 Jahre alten Opfer vergewaltigte er mehrfach, auf verschiedene Weise und unter entwürdigenden Begleitumständen. In Fällen der Mittäterschaft war er der Wortführer, der Reihenfolge, Zeit und Art des erzwungenen Geschlechtsverkehrs anordnete. In nahezu allen Fällen versetzte er die Opfer durch Würgen oder Zupacken am Hals, verbunden mit entsprechenden Drohungen, in Todesangst. 7

Während des Vollzugs der Sicherungsverwahrung verübte er mehrere zum Teil bewaffnete Angriffe auf Vollzugsbedienstete. Weiterhin sind zahlreiche ernstzunehmende Bedrohungen von Vollzugs- und Justizpersonal aktenkundig, die mit Hinweisen auf Anschriften, auch der Ehepartner, oder mit vorgeblichem Wissen um den Aufenthalt der Kinder der bedrohten Personen verknüpft waren. Letztmalig drohte er am 6. Juni 2010 damit, seine Zelle - wie bereits zuvor geschehen - in Brand zu stecken, und bezeichnete sich selbst als "tickende Atombombe". 8

Der Verurteilte lehnt nahezu jede therapeutische Behandlung ab. Er unterhält keine Außenkontakte und hat Lockerungsmaßnahmen (begleitete Wanderungen oder Stadtausführungen) ebenso verweigert wie Beratungsgespräche mit der Bewährungshilfe und die Teilnahme an einem sozialen Training. Auf die Bereitschaft der Sozialbetreuung Heilbronn, ihm im Fall der Entlassung eine Unterkunft mit Hilfe bei der Bewältigung des täglichen Lebens zur Verfügung zu stellen, hat er ablehnend reagiert. 9

2. Beschluss des Oberlandesgerichts Celle vom 9. September 2010 (Vorlegungsverfahren 5 StR 440/10): 10

Durch Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 12. Juli 1991 (Anlassurteil) wurde K. wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in drei Fällen, davon in zwei Fällen in Tateinheit mit sexueller Nötigung, in einem Fall in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren verurteilt, verbunden mit der Anordnung der Sicherungsverwahrung. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 28. Mai 2010 hat das Landgericht Lüneburg erstmals die Fortdauer der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus angeordnet. 11

Seine Überzeugung, dass der Verurteilte einen Hang zur Begehung einschlägiger schwerer Straftaten aufweise, begründet das Oberlandesgericht mit folgenden Umständen: 12

Anfang 1967 kam es zur ersten Sexualstraftat des Verurteilten, bei der er versucht hatte, zwei 15 Jahre alte Jungen anal zu vergewaltigen, nachdem er sie zuvor bedroht und gefesselt hatte. Im Juli 1968 zwang er zwei 13-jährige Jungen, sein Glied bis zum Samenerguss zu reiben, während er an den Geschlechtsteilen der Opfer manipulierte. Nur 13

etwa einen Monat später versenkte er einen 17-jährigen Jugendlichen, den er aufgrund eines zuvor im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung erlittenen Sturzes für tot hielt, in einem Teich. Etwa ein Jahr nach Verbüßung der deswegen verhängten Jugendstrafe zwang er einen 13 Jahre alten Jungen zum Oral- und Analverkehr. Nur wenige Tage nach Entlassung aus der gegen ihn verhängten Straftat zwang er einen Arbeitskollegen unter Vorhalt eines Messers zum Oralverkehr. Der Anlassverurteilung liegen zugrunde die Vornahme des Oralverkehrs sowie der Versuch des Analverkehrs an einem elfjährigen Jungen, der mehrfache unter Vorhalt eines Messers und unter Fesselung erzwungene Anal- und Oralverkehr an zwei 13-jährigen Jungen sowie der ebenfalls unter Vorhalt eines Messers und unter Fesselung erzwungene Oral- und Analverkehr an einem weiteren elfjährigen Jungen, der überdies durch eine Schnittverletzung am Hals lebensgefährlich verletzt wurde.

Diese Straftaten sind nach Auffassung des Oberlandesgerichts Ausdruck der letztmalig im Mai 2010 sachverständig bestätigten schweren Persönlichkeitsstörung mit sadistisch ausgerichteter Sexualdeviation des mittlerweile 61 Jahre alten Verurteilten. Bisherige therapeutische Interventionsversuche verliefen ergebnislos. Die Teilnahme an gruppentherapeutischen Sitzungen brach der Verurteilte ab, weil er den Kontakt zu den anderen Teilnehmern nicht ertragen können. Seither zeigte er keine Bereitschaft zu Therapiemaßnahmen. Auch ein Aufenthalt in der sozialtherapeutischen Abteilung der Justizvollzugsanstalt Hannover wurde im Jahr 2008 wegen mangelnder Aufgeschlossenheit in der Therapie abgebrochen. 14

3. Beschluss des Oberlandesgerichts Koblenz vom 30. September 2010 (Vorlegungsverfahren 5 StR 474/10): 15

F. beging in den Jahren 1976, 1977 und 1983 insgesamt sechs schwere, sämtlich gegen Frauen gerichtete Gewaltverbrechen, darunter Sexualverbrechen: 16

1977 wurde er wegen schweren Raubes in Tateinheit mit räuberischem Angriff auf Kraftfahrer in zwei Fällen und wegen Vergewaltigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Er hatte in einer Nacht in kurzem zeitlichem Abstand zwei Prostituierte in sein Fahrzeug gelockt und auf einem Autobahnparkplatz unter Vorhalt eines Dolches ausgeraubt, eine der Frauen ferner unter Drohung mit einer Schusswaffe zum Geschlechtsverkehr gezwungen. 17

Anfang Dezember 1977 setzte er das Haus einer Arbeitskollegin in Brand, die einen Annäherungsversuch abgewiesen hatte, wobei sich sieben Menschen in dem Haus aufhielten. Wegen schwerer Brandstiftung wurde er zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. 18

Durch das Landgericht Zweibrücken wurde er am 5. Juni 1984 (Anlassurteil) wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit sexueller Nötigung in zwei Fällen, davon in einem Fall in weiterer Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt, verbunden mit der Anordnung der Sicherungsverwahrung. Unter ständiger Bedrohung mit einem Messer hatte er eine junge Mutter in deren Wohnung mehrmals zum Geschlechtsverkehr gezwungen, mit dem Messer an deren Geschlechtsteil manipuliert, sie gezwungen, den Oralverkehr bei ihm auszuüben, vor ihm die Notdurft zu verrichten und ihn manuell zu befriedigen, wobei er ihr das Ejakulat ins Gesicht spritzte. Nachdem er die Frau gefesselt und geknebelt hatte, versuchte er, den Analverkehr durchzuführen. Unter der Drohung, ihren vier Monate alten Säugling umzubringen, falls sich die Geschädigte an die Polizei wende, ließ er schließlich von ihr ab. Einen Tag später verschaffte er sich erneut Zutritt zu ihrer Wohnung und zwang sie abermals unter Vorhalt eines Messers mehrfach zum Geschlechtsverkehr. Er nötigte die völlig verstörte und erschöpfte Frau, zwölf Tabletten eines starken Beruhigungsmittels mit Bier einzunehmen. Die Geschädigte geriet hierdurch in einen Dämmerzustand und wurde nachts darauf in hilfloser Lage in ihrer Wohnung aufgefunden. Am Folgetag verschaffte sich der Verurteilte Zutritt zur Wohnung der 20-jährigen Nachbarin seiner Eltern und stach mit einem Schraubenzieher auf sie ein. Er würgte die junge Frau und stieß ihr zwei Finger in die Augen. Dann zwang er sie zum Oralverkehr und Beischlaf, während er erneut auf sie einstach und ihr drohte, den Schraubenzieher in ihre Scheide zu stoßen. Die Geschädigte erlitt zahlreiche schwere Verletzungen und war massiv traumatisiert. 19

Seit 20 Jahren wird die Sicherungsverwahrung vollzogen. Im Mai 2009 erlitt der Verurteilte einen akuten Vorderwandinfarkt; er leidet an einer Knie- und Hüftarthrose, aufgrund derer er Gehstützen benutzt. Zuletzt hat das Landgericht Koblenz mit dem angefochtenen Beschluss vom 18. Februar 2010 den weiteren Vollzug der Maßregel angeordnet. 20

Das Oberlandesgericht nimmt nach eingehender Prüfung einen fortbestehenden Hang des Verurteilten zur Begehung einschlägiger schwerer Straftaten an. Nach näherer Aufklärung des physischen Gesundheitszustands des jetzt 58 Jahre alten Verurteilten gelangt es zu der Überzeugung, dass er trotz seiner gesundheitlichen Einschränkungen zu massivem fremdaggressivem Verhalten, auch zur Begehung von Sexualstraftaten, körperlich in der Lage ist, und zeigt 21

plausible mögliche Verbrechensszenarien auf.

Sachverständig beraten kommt es zu dem Ergebnis, dass dem strafbaren Verhalten des Verurteilten eine kombinierte Persönlichkeitsstörung zugrunde liegt, die eine geringe Frustrationstoleranz und eine gesteigerte Impulsivität bedingt und im Vollzug keine Abmilderung erfahren hat. Der Verurteilte hat sich bisher jeglichem therapeutischen Zugang verschlossen. Begonnene Therapien hat er entweder von sich aus eingestellt oder sie mussten abgebrochen werden, da er sich nicht öffnete. Derzeit lehnt er jedes Therapieangebot ab; er sieht keinen Therapiebedarf. Zu den Anlasstaten zeigt er oberflächliche Verleugnungs- und Verdrängungstendenzen. Hinsichtlich seines Sexualverhaltens gibt er an, etwa einmal wöchentlich bis zum Samenerguss zu onanieren; er wolle nach wie vor den Geschlechtsverkehr mit einer erwachsenen Frau ausführen, was er sich in seiner Phantasie auch vorstelle. Falls seine Erektion nicht ausreiche, werde er Viagra nehmen. Die Gefahr erneuter schwerster Sexualstraftaten hält das Oberlandesgericht für außerordentlich hoch. Selbst ein Tötungsdelikt liege - da der Verurteilte bei der letzten Anlasstat Tötungsphantasien ausgelebt habe - im Bereich des Wahrscheinlichen. 22

## II.

Die Rechtsansicht der vorliegenden Oberlandesgerichte, dass sich trotz des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus in Altfällen allein nach der gegenwärtigen Regelung des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB richte, ist unvereinbar mit der bindenden Rechtsprechung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs im Beschluss vom 12. Mai 2010 - 4 StR 577/09 (NStZ 2010, 567). 23

1. Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen schweren Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I 160) hat der Gesetzgeber die durch das 2. Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969 (BGBl I 717) eingeführte strikte Höchstdauer der ersten Unterbringung in der Sicherungsverwahrung von zehn Jahren (§ 67d Abs. 1 Satz 1 StGB a.F.) aufgehoben und die unbefristete Vollstreckung der Maßregel ermöglicht, jedoch nur unter den in § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB genannten engeren Voraussetzungen. 24

Zum zeitlichen Geltungsbereich dieser Vorschrift bestimmt die allgemeine Regelung des § 2 Abs. 6 StGB, dass für Maßregeln der Besserung und Sicherung das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht anzuwenden ist, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB ist daher grundsätzlich auch auf Altfälle anwendbar (BVerfGE 109, 133, 182). 25

2. Für den Anwendungsbereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 3 StGB sieht der 4. Strafsenat (aaO) in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine anderweitige gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB (ebenso Grabenwarter JZ 2010, 857; Gaede HRRS 2010, 329, 332 ff.), welche eine Anwendung des § 66b Abs. 3 StGB auf Altfälle ausschließt. 26

a) Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 17. Dezember 2009 (EuGRZ 2010, 25) ist die Sicherungsverwahrung - ungeachtet ihrer Einordnung im deutschen Recht als Maßregel der Besserung und Sicherung - im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention als Strafe zu qualifizieren, für die das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK gilt (Rdn. 124 bis 133). Der Gerichtshof hat dies unter anderem damit begründet, dass die Sicherungsverwahrung wie eine Freiheitsstrafe mit Freiheitsentziehung verbunden sei und es in Deutschland keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Vollzug einer Freiheitsstrafe und dem der Sicherungsverwahrung gebe (aaO Rdn. 127 bis 130). 27

b) Der 4. Strafsenat legt zugrunde, dass die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - ungeachtet ihrer auf den Einzelfall beschränkten Bindungswirkung (vgl. Art. 46 Abs. 1 MRK sowie hierzu Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. MRK Verfahren Rdn. 76) - bei der Auslegung innerdeutschen Rechts zu berücksichtigen sind. Dies führe zum Ausschluss rückwirkender Anwendung. Zwar handele es sich bei der Sicherungsverwahrung nach innerdeutschem Recht um eine Maßregel der Besserung und Sicherung, für die nach § 2 Abs. 6 StGB grundsätzlich das Recht zum Zeitpunkt der Entscheidung gelte. § 2 Abs. 6 StGB schreibe die Maßgeblichkeit des geltenden Rechts jedoch nur dann vor, "wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt" sei. Eine derartige andere Bestimmung stelle Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte dar (BGH aaO S. 568). 28

3. Trifft die Auffassung des 4. Strafsenats zu, so ist die Vorlegungsfrage zwingend dahingehend zu beantworten, dass Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK eine Anwendung des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB auf die hier zu beurteilenden Altfälle ausschließt. Nach dem zum jeweiligen Tatzeitpunkt geltenden Recht war die Dauer des Vollzugs der Sicherungsverwahrung auf zehn Jahre begrenzt; alle Verurteilten wären somit - ungeachtet fortdauernder Gefährlichkeit 29

- nach Fristablauf freizulassen. Die Frage des Rückwirkungsverbots kann im Rahmen des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB nicht anders beantwortet werden als im Rahmen des für die Entscheidung des 4. Strafsenats maßgebenden § 66b Abs. 3 StGB (vgl. auch OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 322).

### III.

Der Senat ist indessen - in Übereinstimmung mit dem Antrag des Generalbundesanwalts - der Meinung, dass einer Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB in diesem Sinne zwingende Rechtsgründe entgegenstehen. 30

1. Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten wurde als völkerrechtlicher Vertrag durch den Bundesgesetzgeber in das deutsche Recht transformiert. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung kommt den Regelungen der Konvention der Rang einfachen Bundesrechts zu. Die Konvention ist bei der Interpretation des nationalen Rechts im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden (BVerfGE 111, 307, 317). Dabei sind auch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu berücksichtigen, weil sie den aktuellen Entwicklungsstand der Konvention widerspiegeln (BVerfGE aaO S. 319). 31

Zeigt eine Entscheidung des Gerichtshofs, wie vorliegend, über den entschiedenen Einzelfall hinaus strukturelle Mängel des nationalen Rechts auf, so gebietet die Verpflichtung innerstaatlicher Beachtung der Konvention - ungeachtet der beschränkten Bindungswirkung nach Art. 46 Abs. 1 MRK - eine konventionskonforme Ausgestaltung des nationalen Rechts (Gollwitzer aaO Rdn. 77b). Auch in Ermangelung einer § 31 Abs. 1 BVerfGG entsprechenden Vorschrift, wonach alle Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gebunden sind, gehört zur Bindung an Gesetz und Recht, dass Gewährleistungen der Konvention in ihrer Ausformung durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu berücksichtigen sind (BVerfGE aaO S. 323). Aus dem Stellenwert der Europäischen Menschenrechtskonvention als lediglich einfaches Bundesrecht folgt indes, dass die Verpflichtung deutscher Gerichte zu vorrangiger konventionskonformer Auslegung auf Fälle vorhandener Auslegungs- und Abwägungsspielräume beschränkt ist (BVerfGE aaO S. 329). Die Zulässigkeit konventionskonformer Auslegung endet aus Gründen der Gesetzesbindung der Gerichte dort, wo der gegenteilige Wille des nationalen Gesetzgebers deutlich erkennbar wird (BGH NStZ 2010, 565, 566, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt; Giegerich in Grote/Marauhn [Hrsg.], EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz 2006 Kap. 2 Rdn. 20; Radtke NStZ 2010, 537, 542 ff.). Die Europäische Menschenrechtskonvention eröffnet den Gerichten keine Verwerfungskompetenz für eindeutig entgegenstehende Gesetze. Anders als bei deren Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz (Art. 100 Abs. 1 GG) besteht hier auch keine Vorlegungsmöglichkeit. In diesen Fällen ist allein der Gesetzgeber aufgerufen, eine Verletzung der Konvention infolge Anwendung eindeutiger gesetzlicher Regelungen durch deren Abänderung zu beseitigen. 32

2. Nach diesen Grundsätzen kann das aus Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK resultierende Rückwirkungsverbot nicht als abweichende gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB angesehen werden. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nicht von völkerrechtlichen Verpflichtungen abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will (BVerfGE 74, 358, 370). Der Gesetzgeber hat jedoch unmissverständlich das Gebot zum Ausdruck gebracht, die betroffenen weiterhin gefährlichen Verurteilten nicht in die Freiheit zu entlassen. Eine Interpretation des § 2 Abs. 6 StGB in dem Sinne, dass für die Sicherungsverwahrung eine rückwirkende Anwendung nicht möglich ist, würde den in den genannten Bestimmungen enthaltenen, vom eindeutigen Willen des Gesetzgebers getragenen Normbefehl teilweise oder ganz aushöhlen (vgl. auch Radtke aaO) und liefe auf ein den Strafgerichten bei der Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zustehendes Normverwerfungsrecht hinaus. 33

a) Dass der Gesetzgeber die aus der Konvention resultierenden völkerrechtlichen Verpflichtungen, namentlich den Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK, nicht als Ausnahmenvorschrift im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB verstanden, sondern als Prüfungsmaßstab zur Frage der Übereinstimmung der Norm mit der Konvention herangezogen hat, ist den Gesetzesmaterialien zu entnehmen. Bei den Beratungen zum 2. Strafrechtsreformgesetz hat er sich ausdrücklich mit dem Verhältnis der beiden Regelungen befasst. Bereits seinerzeit erhobene Bedenken, dass die grundsätzliche Ausnahme der Maßregeln vom Rückwirkungsverbot gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK verstoße, hat er als "unbegründet" zurückgewiesen (BTDrucks. IV/650, S. 108). Besondere Vorschriften für die zeitliche Geltung von Maßregeln würden namentlich für die Zeit des Inkrafttretens des neuen Strafrechts erforderlich werden; im Einführungsgesetz werde daher im Einzelnen zu regeln sein, ob und in welchem Umfang Neuerungen im Maßregelrecht des Entwurfs zurückwirkten (BTDrucks. IV/650 aaO). Durch die Wendung "wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt ist" solle darauf hingewiesen werden, dass bei der Rechtsanwendung auf die Möglichkeit besonderer Regelungen zu achten sei (BTDrucks. IV/650 aaO). Dem entspricht die im strafrechtlichen Schrifttum vertretene Meinung, dass § 2 Abs. 6 StGB für eine Ausnahme von der Regel der Anwendung des zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechts ausdrückliche Normierungen des Gesetzgebers verlangt (vgl. Schmitz in MünchKommStGB § 2 Rdn. 51). 34

b) Im Anwendungsbereich des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB hat der Gesetzgeber keine besondere gesetzliche Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB für Altfälle getroffen. Im Gegenteil bestimmte Art. 1a Abs. 3 EGStGB in der Fassung vom 31. Januar 1998 ausdrücklich die rückwirkende Anwendung auf Fälle, in denen die Anlasstat vor Inkrafttreten der Gesetzesnovelle begangen worden war. Aus der Streichung der Vorschrift mit Wirkung zum 29. Juli 2004 (BGBl I 1838) kann keine abweichende gesetzgeberische Wertung abgeleitet werden. Sie erfolgte nur deswegen, weil Art. 1a Abs. 3 EGStGB vor dem Hintergrund der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar 2004 - 2 BvR 2029/01 (BVerfGE 109, 133) - und 10. Februar 2004 - 2 BvR 834/02 u.a. (BVerfGE 109, 190) - verzichtbar erschien (BTDrucks. 15/2887). 35

c) Ebenso zweifelsfrei ist der gesetzgeberische Wille für eine Rückwirkung im Bereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB. Die Norm wurde mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 109, 190), das auch spätere entsprechende Anwendungen in all ihren Varianten unbeanstandet gelassen hat (BVerfG - Kammer - NStZ 2007, 87; NJW 2009, 980; NStZ 2010, 265), gerade auch für solche Fälle geschaffen, in denen bei Tatbegehung noch keine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung vorgesehen war, weitgehend auch für Fälle, in denen die nachträgliche Anordnung an formelle Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung anknüpfte, die bei Tatbegehung noch nicht galten. Der Bundesgerichtshof hat - ersichtlich im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers - unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine insoweit rückwirkende Anwendung des § 66b StGB wiederholt gebilligt (vgl. nur BGHSt 52, 205, 209 ff. m.w.N.). 36

d) In diesem Zusammenhang wäre es im Übrigen kein gangbarer Weg, über § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK eine Rückwirkung nur bei den Regelungen zu verhindern, denen, weil auch "Neufälle" umfassend, bei Ausschluss rückwirkender Anwendung noch ein sinnvoller Anwendungsbereich verbliebe. Diese Interpretation würde zu dem sinnwidrigen Ergebnis führen, dass lediglich die "reine Altfallregelung" des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB Bestand haben müsste (vgl. BGH NStZ 2010, 565, 566), obgleich sie dem Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK insgesamt und damit am deutlichsten widerstreitet. 37

3. Aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a MRK, auf dessen Verletzung der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (aaO) den Konventionsverstoß bei rückwirkender Anwendung des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB gleichfalls stützt, da ein ausreichender Kausalzusammenhang zwischen der Verurteilung des Beschwerdeführers und seinem fortdauernden Freiheitsentzug fehle (Rdn. 92 bis 101), folgt nichts anderes. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sich aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 MRK überhaupt eine - in § 2 Abs. 6 StGB vorausgesetzte - zeitliche Begrenzung für die Anordnung strafrechtlicher Rechtsfolgen ableiten lässt. Jedenfalls stünde einer Berücksichtigung im Rahmen des § 2 Abs. 6 StGB - ebenso wie bei Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK - die dargelegte eindeutige Gesetzeslage entgegen. Angesichts dessen fehlt auch für eine im Schrifttum vorgeschlagene (vgl. Grabenwarter aaO S. 867 f.) Anwendung von § 67d Abs. 4 StGB jede Grundlage. 38

4. Der Senat beabsichtigt daher tragend zu entscheiden, dass sich aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten für die Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung keine die Rückwirkung hindernde andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB ergibt. 39

#### IV.

Mit Blick auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB im Falle rückwirkender Anwendung allerdings einschränkend auszulegen. 40

1. Bei der Entscheidung nach § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB und ihren Folgeentscheidungen erfordert das Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 62 StGB), die Schutzinteressen der Allgemeinheit und den Freiheitsanspruch des Untergebrachten im Einzelfall abzuwägen. Das Gericht hat in die erforderliche Gesamtwürdigung die vom Täter ausgehenden Gefahren sowie die Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs einzustellen und ins Verhältnis zu setzen (vgl. BVerfGE 109, 133, 159). Nach den dargestellten Grundsätzen sind in diese Gesamtwürdigung auch die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention in ihrer Ausformung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte einzubeziehen. Die vom Gerichtshof geforderte konventionsgemäße Gewichtung hat einzufließen (Gollwitzer aaO Rdn. 77a), um eine konventionsfreundliche Anwendung der in Frage stehenden Norm zu gewährleisten. Die Ausführungen des Gerichtshofs zur Vereinbarkeit mit Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK und namentlich auch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 MRK streiten daher im Rahmen der Gesamtwürdigung unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes und des Freiheitsrechts in gewichtigem Maße zugunsten des Verurteilten. 41

2. Hieraus folgt, dass bei konventionsfreundlicher Gesamtwürdigung von einem grundsätzlichen Überwiegen dieser 42

Rechtspositionen des Verurteilten auszugehen ist. Im Lichte der neuen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bedarf es einer noch weiter eingeschränkten Auslegung des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB, als sie bereits das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 109, 133) verlangt hat. Danach ist in Altfällen die erstmalige Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach zehnjährigem Vollzug für erledigt zu erklären, sofern nicht eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist.

In den Vorlegungssachen der Oberlandesgerichte Stuttgart und Koblenz ergeben sich aus dem Vollzugsverhalten der Verurteilten konkrete Anhaltspunkte für nach einer Entlassung unmittelbar drohende entsprechende schwerste Straftaten, durch die die Opfer physisch oder psychisch massiv geschädigt werden. 43

Ansonsten kann die weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung nur dann angeordnet werden, wenn der Verurteilte - etwa mit hoher Rückfallgeschwindigkeit, während gewährter Lockerungen oder bereits im Vollzug geplant - mehrere Vortaten im genannten Sinn begangen hat und sich im Rahmen des Vollzugs der Sicherungsverwahrung keine positiven Anhaltspunkte ergeben haben, die eine Reduzierung der im Vorleben des Verurteilten dokumentierten massiven Gefährlichkeit nahelegen. Zu dieser Fallgruppe kann die Vorlegungssache des Oberlandesgerichts Celle gerechnet werden, hier allerdings vorbehaltlich kontraindizierender Erkenntnisse über das aktuelle physische Gewaltpotential des Verurteilten. 44

Nur unter diesen sehr eng zu handhabenden Voraussetzungen erscheint es vertretbar, dass als Eingriff in das Freiheitsrecht des Verurteilten unter Berücksichtigung seines auf höchster Stufe schutzwürdigen Vertrauens in die Unabänderbarkeit der zur Tatzeit bestimmten Rechtsfolge - auch in ihrer Dauer - einerseits und der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit andererseits eine Entscheidung zu seinen Lasten getroffen werden darf (vgl. BGH NSTZ 2010, 565, 567). Während der Senat im Rahmen des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB eine ähnlich, entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts Stuttgart jedoch nicht auf die Gefahr schwerster Kapitalverbrechen beschränkte, restriktive Anordnungspraxis bei Ausübung des dort bestehenden Ermessens verlangt hat, ist bei § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB die aus Verhältnismäßigkeitsgründen unerlässliche äußerst eingeschränkte Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs der Gefahr mit ähnlichem Ergebnis geboten. 45

3. Durch eine derartige erheblich einschränkende Auslegung des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB wird den konventionsrechtlichen Bedenken des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 MRK in weitem Umfang Rechnung getragen. Die rückwirkende Anwendung wird auf Fälle begrenzt, in denen das tangierte Freiheitsrecht des betroffenen Verurteilten mit im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention anerkannten wichtigen Rechten Dritter kollidiert. Hinzu kommt, dass die weiter anzuordnende Freiheitsbeschränkung wegen gerichtlich sorgfältig neu zu prüfender konkreter schwerer Gefährdung künftiger Tatopfer erfolgt, die zudem häufig, wie gerade auch aus den dem Senat vorgelegten Fällen deutlich wird, in einer - unabhängig von der Beurteilung der eigentlichen Schuldfähigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB - gravierenden Persönlichkeitsstörung des deshalb zu schwersten Straftaten neigenden verurteilten Hangtäters wurzelt. Damit sprechen auch die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. c und lit. e MRK enthaltenen Grundgedanken für eine Zulässigkeit fortdauernden Freiheitsentzugs in den betroffenen Extremfällen. 46

4. Bei derart erhöhter Gefahrenprognose, ohne deren Vorliegen die Vollstreckung der Maßregel für erledigt zu erklären ist, wird - anders als es der Generalbundesanwalt vertritt (insoweit unklar Radtke NSTZ 2010, 537, 544 f.) - eine Aussetzung der Maßregel zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB nur selten in Betracht kommen. Sie ist indes - anders als der systematische Zusammenhang von § 67d Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 StGB auf den ersten Blick nahelegt - nicht etwa prinzipiell ausgeschlossen. Vielmehr wird die Aussetzung in § 463 Abs. 3 Satz 4 StPO sogar vorausgesetzt. Sie wird in Erwägung zu ziehen sein, wenn eine hochgradige Gefahr im dargelegten Sinne zwar prognostiziert wird, diese aber durch den Widerrufsdruck und mit einer Aussetzung zur Bewährung zu verbindende Weisungen so weit reduziert werden kann, dass angenommen werden kann, der Verurteilte könne von der Begehung schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen abgehalten werden (in diesem Sinne Rissing-van Saan/Peglau in LK 12. Aufl. § 67d Rdn. 74). In solchen Konstellationen stellt die Aussetzung zur Bewährung anstelle einer sonst zwingend fortdauernden Vollstreckung die "konventionsfreundlichste" Maßnahme dar. 47

5. Ob der weitere Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach den dargelegten Kriterien noch gerechtfertigt ist, hat das zuständige Gericht von Amts wegen aufgrund einer aktuellen Gefährlichkeitsprognose zu prüfen, auch wenn zwei Jahre seit der letzten Prüfung noch nicht vergangen sind. Die Entscheidung des Gerichtshofs ist eine Tatsache, die eine erneute Prüfung einer Erledigterklärung der Sicherungsverwahrung nach § 67e Abs. 1 StGB oder einer Aussetzung ihrer Vollstreckung unerlässlich macht (vgl. Grabenwarter JZ 2010, 857, 865; Radtke NSTZ 2010, 537, 544). 48

## V.

Nach den vom Senat entwickelten Maßstäben erscheint in den aufgezeigten Fällen im Blick auf die getroffenen Feststellungen und Wertungen der Oberlandesgerichte die weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung naheliegend, weswegen in den vorliegenden Fällen auch das Ergebnis der unter II. 2. dargestellten Entscheidung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs widerstreitet. 49

1. Der Senat fragt daher beim 4. Strafsenat an, ob die entgegenstehende Rechtsprechung aufgegeben wird. 50

a) Die Anfrage wird nicht dadurch gehindert, dass sich die Entscheidung des 4. Strafsenats auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 3 StGB bezieht. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte betrifft unmittelbar den hier relevanten § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB. Der 4. Strafsenat hat indessen die in der Entscheidung des Gerichtshofs aufgezeigten Grundsätze auf den Fall der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung übertragen. Dies entspricht der Auffassung des anfragenden Senats, wonach eine unterschiedliche Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB in Fällen nachträglicher Sicherungsverwahrung nicht in Betracht kommt (BGH NSTZ 2010, 565, 566 m.w.N.; vgl. auch OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2010, 322). 51

b) Aus der dem Senat gemäß § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG in Verbindung mit dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs in der seit 20. Juli 2010 gültigen Fassung zugewiesenen Spezialzuständigkeit zur Entscheidung von Vorlegungssachen über die Erledigung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung ergibt sich kein das Anfrageverfahren ausschließender Umstand. Eine Abweichung von der Rechtsprechung anderer Senate ohne Vorlegung ist nur dann möglich, wenn ein Senat nach der Geschäftsverteilung für ein bestimmtes Rechtsgebiet (nunmehr) allein und ausschließlich zuständig ist und die Rechtsfrage nur diese Spezialmaterie betrifft (Hannich in KK 6. Aufl. § 132 GVG Rdn. 6). Die Frage der Auslegung von § 2 Abs. 6 StGB im Lichte des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erstreckt sich indessen - wie dargelegt - auf die dem Senat nicht in ausschließlicher Zuständigkeit zugewiesenen Fälle der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66b StGB. Es ist undenkbar, aus der Entscheidung des Gerichtshofs eine unmittelbar umsetzbare Einschränkung der Rückwirkung in Fällen des § 66b StGB herzuleiten, ohne sie zugleich auf die von der Entscheidung unmittelbar betroffene Regelung des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB zu übertragen. 52

2. Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob der dargelegten Rechtsauffassung zugestimmt wird. 53

a) Die Frage der Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB ist eine solche von grundsätzlicher Bedeutung. Sie ist auch über die vorliegenden Fälle hinaus bedeutsam, weil einschlägige Fallgestaltungen in der Praxis der Strafkammern (nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung) und der Strafvollstreckungskammern (Entscheidung nach § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB und Folgeentscheidungen) häufig zu erwarten und von großem Gewicht für die Betroffenen sind. Bei einer die Rückwirkung hindernden Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB wäre zudem in Fällen nachträglich angeordneter wie rückwirkend verlängerter und derzeit vollzogener Unterbringung in der Sicherungsverwahrung - unbeschadet anhängiger Verfassungsbeschwerden - die Maßregel unverzüglich für erledigt zu erklären (vgl. Veh in MünchKommStGB § 67d Rdn. 35). Auch deshalb ist die Frage grundsätzlich klärungsbedürftig. 54

b) Zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung führt der Senat daher das Anfrageverfahren auch bei den anderen Senaten durch (vgl. zur Zulässigkeit einer solchen Anfrage Hannich aaO § 132 GVG Rdn. 16; Kissel/Mayer, GVG 6. Aufl. § 132 Rdn. 38; vgl. auch BGHSt 16, 351, 353). 55

## VI.

Der Senat weist auf Folgendes hin: 56

Seine Auslegung vermag - ungeachtet der dargelegten formellen und materiellen Einschränkungen - bei rückwirkend zeitlich unbegrenzter Fortdauer der Sicherungsverwahrung in den einschlägigen Fällen höchst gefährlicher Gewalttäter auf der Grundlage des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nichts an dem darin angenommenen Verstoß jedenfalls gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK zu ändern. 57

1. Ihn zu beseitigen, ist primär gesetzgeberischen Maßnahmen vorbehalten (vgl. dazu auch den Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, BTDrucks. 17/3403). Hierfür ist nach Auffassung des Senats eine zwingend grundlegend veränderte Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung in Betracht zu ziehen, welche dessen vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgestellte strafgleiche Wirkung zu beseitigen geeignet ist, und zwar insbesondere durch verstärkte 58

Therapieorientierung, ferner durch deutliche Vollzugerleichterungen im Vergleich zum Strafvollzug. Dies würde zugleich das bereits vom Bundesverfassungsgericht ansatzweise verlangte "Abstandsgebot" (vgl. BVerfGE 109, 133, 153 ff., 166 f.) effektiv machen. Ob sich eine Neugestaltung in diesem Sinne auf die - hier allein relevanten - Altfälle mit Rückwirkung, etwa gar nur auf nach der Entscheidung des Gerichtshofs bereits freigelassene Verurteilte beschränken ließe (so der vorbezeichnete Koalitionsentwurf), hat der Senat nicht zu beurteilen, erscheint freilich im Blick auf den Gleichheitsgrundsatz und das Freiheitsrecht aller in Sicherungsverwahrung Untergebrachter überaus zweifelhaft.

2. Der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgestellte Verstoß insbesondere gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK verstärkt die verfassungsrechtlichen Zweifel, denen die rückwirkende Streichung der zuvor vorgesehenen Begrenzung der Unterbringungsdauer unterliegt. Diese Bedenken erfassen gleichermaßen die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB in Fällen, in denen die Regelung bei Tatbegehung noch nicht gegolten hat, namentlich soweit sie gar noch an Maßregelvoraussetzungen anknüpft, die erst nach Tatbegehung geschaffen worden sind. Der Bundesgerichtshof hat die verfassungsrechtliche Problematik in einschlägigen Fällen des § 66b StGB wiederholt behandelt (vgl. nur BGHSt 50, 373, 377 ff.; 52, 205, 209 ff.; BGH NSZ 2010, 565, 567).

Die eingetretene Divergenz der Auslegung des in Art. 103 Abs. 2 GG und in Art. 7 Abs. 1 MRK gleichermaßen verankerten Grundsatzes "nulla poena sine lege" durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist für die Strafjustiz höchst problematisch. Sie betrifft zudem einen besonders empfindlichen Bereich der Strafrechtspflege, in dem ein beträchtliches Gewicht der Freiheitseinschränkung für Verurteilte in Spannung tritt zu einhergehenden gravierenden Gefahren für die Allgemeinheit - konkret für Leib und Leben potentieller Opfer -, die mit Lockerungen und Entlassungen einhergehen. Nach dem Urteil des Gerichtshofs kann sich die Frage einer Verfassungsmäßigkeit rückwirkender Regelungen bei § 67d Abs. 3 Satz 1 wie bei § 66b StGB neu stellen, insbesondere unter dem Blickwinkel des durch Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Vertrauens rechtskräftig Abgeurteilter angesichts der jedenfalls gegebenen Nähe zum Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG. Auch dem Bundesverfassungsgericht obliegt die Berücksichtigung einer verbindlichen Interpretation der Konvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (vgl. Grabenwarter JZ 2010, 857, 863).

Da das Verfahren nach § 132 GVG in der vom Senat abgelehnten Alternative letztlich zur Unanwendbarkeit der Normen führen kann, deren Rückwirkung in Frage steht - mit Ausnahme des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB, der keinen Anwendungsbereich ohne Rückwirkung hat (vgl. oben III. 2d; dazu BGH NSZ 2010, 565, 566) -, kommt eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht in der jetzigen Phase der Entscheidungsfindung nicht in Betracht. Sie mag nach Abschluss des Verfahrens gemäß § 132 GVG, unter Umständen aber auch vom Großen Senat für Strafsachen innerhalb dieses Verfahrens, in Erwägung zu ziehen sein. Näher läge sie freilich erst in Fällen, in denen ein Oberlandesgericht nach Durchführung des Vorlegungsverfahrens abschließend zur Anordnung der Fortdauer der Maßregelvollstreckung gelangen sollte. Im Übrigen lassen bereits anhängige Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht in absehbarer Zeit Entscheidungen erwarten. Selbst bei veränderter Beurteilung der Verfassungsrechtslage ist dabei die Verwerfung der zur Prüfung stehenden Normen nicht zwingend; vielmehr erscheint auch eine Verpflichtung zu gesetzgeberischen Maßnahmen im Sinne der Umgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung nicht ausgeschlossen.

## VII.

Bis zur Erledigung des Verfahrens nach § 132 GVG gibt der Senat die Akten den vorlegenden Oberlandesgerichten zurück. Er weist hierzu auf Folgendes hin:

1. Das Verfahren wird voraussichtlich mehrere Monate andauern. Während dieser Zeit wird die Unterbringung gegen die Verurteilten weiterhin vollstreckt, der Eingriff in das Freiheitsgrundrecht, dessen Zulässigkeit in den Vorlegungsverfahren in Zweifel steht, mithin stetig weiter vertieft. Dies erfordert, dass die Oberlandesgerichte bereits vor Klärung der Vorlegungsfrage aktuell zu überprüfen haben, ob - unabhängig von der Vorlegungsfrage - die Freiheitsentziehung gegen den Verurteilten zu beenden oder die Vollstreckung zur Bewährung auszusetzen ist. Die Prüfung hat den vorstehend (oben IV.) bezeichneten, für die Oberlandesgerichte wegen der ausschließlichen Zuständigkeit des Senats nach § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG verbindlichen Maßstäben zu folgen.

2. Geboten ist zunächst eine neue Sachentscheidung nach § 67e Abs. 1 Satz 1 StGB aus Anlass des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Ihr ist ein aktuelles Sachverständigengutachten zugrunde zu legen (§ 463 Abs. 3 Satz 4 StPO), das sich an den engeren Kriterien zu Verhältnismäßigkeit und Gefahrenbegriff zu orientieren hat.

3. Für den Fall, dass die bisherige oder eine erneute Sachprüfung auch unter Zugrundelegung dieser Grundsätze

konkreter höchster Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit eine weitere Vollstreckung der Maßregel unerlässlich erscheinen lässt, ist zu beachten:

a) Auf etwa während des Vorlegungsverfahrens einschließlich des Verfahrens nach § 132 GVG auftretende neue 67  
Entwicklungen, die für die Beurteilung der Gefährlichkeit des Verurteilten bedeutsam sein können, muss unverzüglich mit einer neuen Sachprüfung der Unerlässlichkeit weiterer Freiheitsentziehung reagiert werden.

b) Es ist denkbar, dass die Prüfung im Verfahren nach § 132 GVG entgegen dem Votum des erkennenden Senats zum 68  
Ergebnis genereller Unzulässigkeit weiterer Maßregelvollstreckung gelangt. Dies zöge die sofortige Entlassung aller betroffenen Unterbrachten nach sich. Im Hinblick darauf ist eine vorsorgliche Vorbereitung sofort umsetzbarer, im Entlassungsfall angezeigter - insbesondere fürsorglicher - Maßnahmen zwingend geboten, die einer sozialen Gefährdung entlassener Verurteilter und einer damit einhergehenden Gefährdung der Allgemeinheit entgegenzuwirken vermögen. Durch eine unvorbereitete Eilentlassung würde diesen Gefahren Vorschub geleistet. Auf geeignete Maßnahmen hinzuwirken, ist auch Aufgabe der im Erledigungsverfahren tätigen Vollstreckungsgerichte einschließlich der vorliegenden Oberlandesgerichte.