

Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer
Justus-Liebig-Universität Gießen
priv.: Am Lutherberg 5
35463 Fernwald
Tel.: 06404950905
www.arthurkreuzer.de

14. August 2010
Neufassung: 28.08.2010

Stellungnahme
zu dem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 30.06.2010 – „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zur Stärkung der Führungsaufsicht“ – für die Expertenanhörung am 02.09.2010 in Berlin

Aus Zeit- und Zweckmäßigkeitsgründen beschränkt sich die Stellungnahme auf einzelne Aspekte der grundlegenden Ausrichtung des Diskussionsentwurfs. Allgemein sei nur hervorgehoben, dass der Entwurf erstmalig in der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte zur Sicherungsverwahrung ein Gesamtkonzept anstrebt, das diese Maßregel wieder auf das rechtsstaatlich und europarechtlich Verantwortbare zurückführt, der Eingriff als ultima ratio begriffen und gleichwohl besser als das bisherige Recht Sicherheitsbelange umsetzt.

I. Grundsätzlicher Verzicht auf nachträgliche Sicherungsverwahrung in der Zukunft

Der Entwurf unternimmt zweierlei, was von uns Wissenschaftlern in Anhörungen und Veröffentlichungen seit Langem gefordert wird: Völlige Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung im StGB – jedenfalls, soweit der Bund zuständig ist – und grundsätzlicher Verzicht auf die 2004 und 2008 geschaffene nachträgliche Sicherungsverwahrung – auf die einzige Ausnahme wird noch einzugehen sein – . Beides ist zu begrüßen. Der erste Gesichtspunkt bedarf keiner weiteren Begründung, da die gesetzgeberische Flickschusterei schon lange bemängelt und die Reformbedürftigkeit selbst von Rechtspolitikern und nicht erst nach dem Urteil des EGMR eingeräumt worden ist.¹ Auf den zweiten Gesichtspunkt – Abschaffung nachträglicher Sicherungsverwahrung (künftig hier SV bzw. n.SV genannt) muss näher eingegangen werden, weil er politisch umstritten ist. Entscheidende Argumente sprechen für die Abschaffung; eine *n.SV ist überflüssig, weitgehend ohne tatsächlichen Anwendungsbereich, schon wegen Unverhältnismäßigkeit im Blick auf Nebenwirkungen verfassungsrechtlich nicht vertretbar, nicht zuletzt mit der EMRK und dem Urteil des EGMR vom Dezember 2009 unvereinbar*. Im Einzelnen:

1. *Nachträgliche*, also vom Strafurteil abgelöste SV ist unvereinbar mit Art. 5 und 7 der EMRK. Sie stellt nach verbindlicher Auffassung des EGMR eine strafgleiche Sanktion dar, damit eine verbotene Doppelbestrafung. Ihre nachträgliche Anwendung verletzt zugleich das Rückwirkungsverbot für strafrechtlich belastende Gesetze. Ignoriert man das, riskiert man eine weitere Verurteilung der Bundesrepublik durch das Europäische Gericht. Wir sind bei Respektierung des Urteils des EGMR gehalten, Vorkehrungen gegen die Wiederholung von Fällen zu treffen, die dem entschiedenen Fall des

¹ So z.B. Verf., ZIS 2006, 145 ff; ders., Schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht (BT-Drucks. 16/6562), in: Zusammenstellung der Stellungnahmen zu der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 28. 05. 2008, S. 25-37; Verf./Bartsch, GA 2008, 655-668; Verf., ZEIT ONLINE v. 17.12.2009.

Beschwerdeführers M. aus der JVA Schwalmstadt gleich stehen. Das kann nur durch eine gesetzliche Abkehr auch von der n.SV geschehen.

2. *N.SV ist überflüssig.* Etwa einhundert Anträge auf gerichtliche Anordnung sind inzwischen – meist durch den BGH – abgelehnt oder aufgehoben, die Gefangenen freigelassen und lediglich etwa ein Dutzend Anordnungen bestätigt worden. Es fehlten nämlich die „neuen Tatsachen“. Die nach wie vor festgestellte Gefährlichkeit war schon im Urteilszeitpunkt erkannt oder erkennbar. Selbst unter dem Dutzend finden sich Fälle, in denen man auch im Ausgangsurteil bei entsprechender Rechtslage die Verwahrung hätte anordnen können.²
3. Selbst wenn es diese allenfalls sehr wenigen Fälle entscheidender nachträglicher Erkenntnisse zur Rückfallgefahr tatsächlich geben sollte, dürften sie künftig nach dem neuen Gesetzesvorschlag durch die erweiterte vorbehaltene SV (künftig v.SV) erfasst sein. Es bleibt also auch unter Sicherheitsgesichtspunkten kein relevanter zu regelnder Bereich zurück.
4. Bereits zu Zeiten der sechs Ausweitungsgesetze früherer Jahre war es geradezu eine *Phantomdebatte* zu „neuen Tatsachen“ und der angeblichen Unverzichtbarkeit nachträglicher Anordnung. Erfahrene Gutachter wie die forensischen Psychiater Kröber, Lammel, Leygraf und Wendt hatten es prägnant geschildert.³ Leygraf hatte schon 2004 in der Anhörung des Rechtsausschusses u.a. geäußert: „Es entspricht nicht der Realität, dass sich die wahre Gefährlichkeit des Täters erst im späteren Strafvollzug zeigt und vorher nicht sichtbar gewesen ist.“ An anderer Stelle: „Dass im Erkenntnisverfahren überhaupt nichts sichtbar ist und sich alles im Vollzug herausstellt, halte ich für unreal.“⁴
5. Ohnehin war die nachträgliche Verwahrung ein gesetzliches Monstrum. Durch zahlreiche verbale und sachliche Stolpersteine war sie unlesbar, widersprüchlich und weitgehend unanwendbar. Der Grünen-Politiker Jerzy Montag offenbarte jüngst in der Akademie Loccum, warum es dazu kam: Manche aus seiner Fraktion hätten dem Gesetz nur zugestimmt, weil es sonst einen Koalitionsbruch gegeben hätte und weil die gesetzlichen Widrigkeiten wenigstens einen minimalen Anwendungsbereich garantierten. Nur hatte man die schädlichen Nebenwirkungen der n.SV nicht erkannt, wie übrigens auch das BVerfG.
6. Nachträgliche Verwahrung setzt einen *gesetzlichen Vorbehalt abstrakter Art* voraus. Ohne eine konkrete Gefährlichkeit im Urteil zu prüfen und festzustellen, wird festgelegt, wen sie am Ende der Strafhaft treffen kann. Das sind gegenwärtig etwa 6.000-10.000 Strafgefangene. Sie erhalten den Vermerk „formelle Voraussetzungen nachträglicher Sicherungsverwahrung liegen vor“ in der Vollzugsakte. Nur bei weniger als 1 % von ihnen wird später n.SV beantragt. Die Tausenden mit dem Aktenvermerk „formelle Voraussetzungen nachträglicher Sicherungsverwahrung liegen vor“ werden entsprechend beobachtet, kontrolliert, registriert, von geeigneten Behandlungsmaßnahmen wie Lockerungen ausgenommen, im Ungewissen gehalten, später begutachtet, mit eingehenden Berichten der Vollstreckungsbehörde gemeldet. Die Haftatmosphäre ist vergiftet. Misstrauen herrscht vor. Behandlungsressourcen werden vergeudet. Das ist der *Preis jeder gesetzlich vorbehaltenen n.SV.*

² Vgl. die bundesweite Untersuchung zur SV meines ehemaligen Wiss. Mitarbeiters Tillmann Bartsch, *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Nomos, Baden-Baden 2010 S. 78 ff, 98 ff.

³ *Forens. Psychiatrie/Psychologie/Kriminologie* 2007, 130 ff.

⁴ Nachw. bei Bartsch aaO S. 93.

Schon deswegen ist sie ungeeignet und i.e.S. *unverhältnismäßig, also verfassungswidrig*. Denn bekanntlich sind auch Nebenwirkungen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Eine entsprechende Prüfung durch den 2. Senat des BVerfG steht aus. Die Verlautbarungen jüngster Zeit aus dem Bundesinnenministerium lassen gleichfalls nicht erkennen, dass dieser wichtige Gesichtspunkt der unverhältnismäßigen und unvermeidbaren Nebenwirkungen berücksichtigt wird.⁵

7. Das *Bundesverfassungsgericht* wird *sehr bald* anlässlich der ihm vorliegenden Verfassungsbeschwerden die *Entscheidung seines 2. Senats von 2004 überdenken müssen*, ob nicht eine n.SV und rückwirkende Anwendung der Gesetze zur Ausweitung der SV doch gegen Art. 103 Abs. 2 und 3 GG verstoßen. Zudem ist eine erstmalige Senatsentscheidung zu der Verfassungsmäßigkeit einer n.SV nötig. Dann wird das Gericht zugleich die hier monierte *Unverhältnismäßigkeit* und vor allem die auch rechtsvergleichend einleuchtenden und insgesamt überzeugenden, von den meisten Experten bei uns unterstützten Argumente des EGMR zu wägen haben. Immerhin soll ein beteiligter Verfassungsrichter geäußert haben, er sehe in dieser Frage kein Konfliktpotenzial zwischen Straßburg und Karlsruhe; „möglicherweise hat das BVerfG einfach falsch entschieden. So etwas gibt es.“⁶ Das BVerfG sollte dabei auch folgenden Gesichtspunkt berücksichtigen: Es hat das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG zugleich als Ausdruck des *Respekts vor der Menschenwürde* verstanden. Die Menschenwürde ist aber nicht nur bei einer Freiheitsstrafe, sondern desgleichen bei einer freiheitsentziehenden strafrechtlichen Maßregel verbindlich; der Freiheitsentzug durch SV greift ebenso sehr in die Lebensplanung und Gestaltungsfreiheit der betroffenen Gefangenen ein, und sie müssen sich gleichermaßen auf solchen drohenden Freiheitsentzug einstellen können. SV ist ebenso wie Strafe Reaktion auf eine schuldhaft begangene Straftat mit Freiheitsentzug. *Jedem rechtsstaatlich Denkenden muss es einleuchten, dass Straftäter spätestens im Strafurteil erfahren müssen, was ihnen droht: Jahre der Strafverbüßung oder womöglich zusätzlich anschließende potenziell lebenslange Verwahrung.* Lebensplanung und sich in der Haft auf ein erwartbares Ende einstellen zu können, muss möglich bleiben. *Ebenso braucht das Vollzugspersonal Planungssicherheit*, sollen die Vollzugsziele erreichbar sein. Beiden diese Vorausschaubarkeit vorzuenthalten, ist rücksichtslos und rechtsstaatlich unverantwortbar. Das alles gilt übrigens auch für eine wie auch immer im Vollzug verbesserte „Sicherheitsunterbringung“.

Ob die mit § 66b Abs. 3 StGB auch im Diskussionsentwurf (S. 6, 15) beibehaltene n.SV nach für erledigt erklärter Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus verfassungsrechtlich und nach dem Urteil des EGMR mit der EMRK vereinbar ist, erscheint zumindest zweifelhaft, kann hier jedoch nicht abschließend beurteilt werden. Zwar lässt sich für die Vereinbarkeit anführen, dass hier eine an sich schon im Urteil neben der Strafe rechtmäßig angeordnete potenziell lebenslange Unterbringung nur durch eine andere ausgetauscht wird. Aber man kann einwenden, die eine sei erledigt, aus Rechtsgründen nicht mehr aufrechtzuerhalten,

⁵ Vgl. zuletzt Innenminister de Maiziére nach FAZ v. 13.08.2010, wonach Schutzlücken durch die n.SV geschlossen werden sollen in Fällen, in denen erst während der Haft eine besondere Gefährlichkeit des Täters offenbar wird.

⁶ SZ v. 12./13.05.2010 S. 5. Näher dazu: Verf., NStZ 2010 (im Druck).

die andere erstmals und damit abgekoppelt vom Ausgangsurteil angeordnet, also eine Art Zweitbestrafung.

Als kriminalwissenschaftlicher Experte muss man allerdings noch auf eine aus der Strafrechtswissenschaft jüngst vorgetragene Meinung eingehen: *Freund* erachtet die *n.SV sogar als die einzig legitime SV*, welche an die Stelle anfänglicher, vorbehaltener und bisheriger nachträglicher SV treten müsse.⁷ Es kann hier nicht auf grundlegende systematische Argumente eingegangen werden. Die Kritik an diesem kriminalpolitischen Vorschlag beschränkt sich vielmehr auf einige empirische, rechtliche und kriminalpolitische Einwände: *Freund's* Konzeption lässt sich nicht mit dem Urteil des EGMR vereinbaren; dieses bindet jedoch unsere Politik und Justiz. Seine Behauptung, anfängliche und vorbehaltene SV setzten eine unehrliche Prognose im Ausgangsurteil voraus, weil sie die Wirkungen der nachfolgenden Haftzeit schon antizipiere, und eine einzige nachträgliche SV sei angebracht, weil sie auf einer gleichzeitig erfolgenden und dann sicheren Prognose beruhe, überzeugt nicht. Die Prognose bezieht sich auf den Jetzt-Zeitpunkt des Urteils, wie auch der Diskussionsentwurf nochmals klarstellt. Solche Prognosen im Urteilszeitpunkt sind aber hier wie sonst möglich und nötig, wenn man Rechtsfolgen festlegen muss, sei es Bewährungsaussetzungen, Strafzumessungen oder Maßregeln, es sei denn, man wendete sich grundsätzlich gegen gewiss immer schwierige und wenig verlässliche Prognosen von Legalverhalten. Die bei der SV nötige Gefahrenprognose im Urteil ist also ebenso unehrlich oder ehrlich, risikobehaftet und schwierig wie jede andere Prognose über Legalverhalten. *Freund* überschätzt Gefahren einer zweimaligen Begutachtung und Prognose – im Ausgangsurteil und in der Entscheidung über den Eintritt der SV nach der Strafzeit – , und er übersieht ihre entscheidenden Vorteile. Die Gefahr einer „self fulfilling prophecy“, eines Akten-Vorurteils, eines bloßen Fortschreibens der ersten Prognose liegt zwar auf der Hand, muss aber von Gutachtern und Gerichten erkannt und berücksichtigt werden. Fortbildung tut auch hier not. Möglicherweise könnte man ihr speziell bei der Zweitprognose für den Eintritt der SV nach der Strafzeit dadurch besser begegnen, dass man dem auf ausländische Erfahrungen gestützten Vorschlag folgte, mit dieser Zweitprognose ein Expertenteam zu betrauen, das dann auch nicht der Gefahr erlänge, aus Angst vor der individuellen Verantwortlichkeit des einzigen Gutachters im Fall eines prognosewidrigen Rückfalls zur Verantwortung gezogen zu werden und deswegen sicherheitshalber von vornherein eine (falsch-)negative Voraussage zu treffen. Freilich haben wir schon jetzt durch die überbordenden strafgesetzlichen und justizministeriellen Forderungen nach Begutachtungen bei diesen Maßregeln und in deren Vollzug sowie bei Strafen und im Strafvollzug im Zusammenhang mit Lockerungen und Straf-(rest-) Aussetzungen einen Mangel an geeigneten Gutachtern zu beklagen. *Freund* übersieht den Vorteil einer Erstbegutachtung, dem späteren Zweitgutachter eine Vergleichsbasis zu bieten. Im Falle bloßer *n.SV* gäbe es im Ausgangsurteil überhaupt keine gutachterlich gestützte Aussage zur Gefährlichkeit, obwohl dieser Zeitpunkt tatnäher und deswegen günstiger für Diagnose und somit Prognose ist. Retrospektiv lässt sich das nicht wiedergewinnen. Der Vorschlag einer vorbehaltenen SV hat sogar den Vorteil, dass er zwei miteinander vergleichbare Prognosen zu zwei verschiedenen Zeitpunkten gewährleistet, die abschließende Prognose also bereichert und den Vollzugsdienst dazu veranlasst, auf die Zweitprognose hinzuwirken durch resozialisierende Angebote. Vor allem setzt

⁷ *Freund*, GA 2010, 194 ff.

Freund wieder einen gesetzlichen abstrakten Vorbehalt n.SV voraus (Festlegung der Straftatbestände, Strafhöhe, Vorstrafen), ohne dies freilich zu thematisieren. Der aber zieht wie dargestellt rechtsstaatlich bedenkliche Ungewissheit bei Verurteilten und Vollzugspersonal, außerdem den aufgezeigten Verwaltungspopanz unverhältnismäßig vieler, ja dann noch mehr als 10.000 erfasster Strafgefangener mit „formellen Voraussetzungen nachträglicher SV“ nach sich. Rechtsunsicherheit, Ressourcenverschleiß und menschenunwürdige Beliebigkeit würden zum Prinzip um einer reinen Lehre willen. Schließlich sagt Freund nichts zu dem Widerspruch seiner Analyse, SV sei polizeirechtliche Gefahrenabwehr, also doch wohl Ländersache, und zugleich Bestandteil des bundesrechtlichen StGB. Freund's Konzept ist also ein rein theoretisches, dessen Grundlage fragwürdig erscheint und das auf die tatsächlichen, sehr negativen Auswirkungen keinerlei Rücksicht nimmt.

II. Ausweitung vorbehaltener Sicherungsverwahrung

Der Diskussionsentwurf weitet die vorbehaltene SV (künftig v.SV) schon wegen des grundsätzlichen Fortfalls der n.SV entsprechend aus. Das ist unbedingt zu begrüßen. Er schließt sogar vielfach zuvor in der Politik beklagte „Schutzlücken“. Das wird oft übersehen. Dies setzt indes voraus, dass man – wie der Verfasser – überhaupt eine Maßregel der SV neben der Strafe für unverzichtbar hält trotz aller dogmatischen und systematischen Probleme der Zweispurigkeit mit doppeltem Freiheitsentzug, die besonders bei der SV zum Tragen kommt, weil diese nicht in einem System des Vikariierens steht und nicht auf die Strafzeit angerechnet wird. Die schlechtere Alternative wäre aber, Sicherheitsbelange zu vernachlässigen bei als sehr gefährlich eingeschätzten Tätern, oder Strafen bei Schwerstdelikten und angenommener Gefährlichkeit mit gänzlich unbestimmten Obergrenzen einzuführen, wie sie früher in den USA üblich waren (z.B. „fünf Jahre bis Lebenslang“) und vom U.S. Supreme Court später als zu unbestimmt (gegen „due process and just desert“ verstoßend) und deswegen verfassungswidrig beurteilt wurden.⁸ Der vorgeschlagene Weg ist gangbar. Den Anforderungen des EGMR wird entsprochen. Der Verurteilte und alle Beteiligten erfahren im Urteil, woran sie sind. Alle können sich darauf einstellen und dahingehend wirken, die Gefährlichkeitsprognose später für den Betroffenen als günstiger zu beurteilen und die Anordnung des Vollzugs der SV zu vermeiden. Der Vorbehalt im Urteil klärt zugleich, dass sich die Prognose nur auf den Jetzt-Zeitpunkt bezieht, nichts über die weitere Entwicklung, also mögliche Änderung der Einschätzung besagt. Damit wird der Strafvollzugseinrichtung bedeutet, dass sie nicht wie bislang bei anfänglicher SV üblich von einer „Anschluss-SV“ ausgehen und deswegen geeignete Behandlungsangebote, Sozialtherapie oder Lockerungen hintanstellen darf. Vor allem bedarf es keiner „neuen Tatsachen“ oder „neuen Erkenntnisse“ mehr während des Strafvollzugs, um eine spätere tatsächliche Anordnung der SV zu begründen. Sollte sich die anfängliche Einschätzung einer wahrscheinlichen Gefährlichkeit nach Ablauf eines größeren Teils der Strafzeit bestätigen – nunmehr unter Berücksichtigung zusätzlich auch etwaiger Behandlung und Verhaltensänderungen im Strafvollzug sowie einer Entlassungsperspektive –, kann die SV angeordnet werden. In Übereinstimmung mit unserem Vorschlag zu einer Neukonzeption des Rechts der SV beschränkt der Diskussionsentwurf in § 66a die Prognose auf die Wahrscheinlichkeit der Gefährlichkeit.

⁸ Gegen die Gefährlichkeit als maßgebliches Strafzumessungskriterium auch Freund, aaO, S. 202, mit Nachw.

Unserem *Vorschlag einer einzigen vorbehaltenen Sicherungsverwahrung* unter Aufgabe der anfänglichen und nachträglichen SV⁹ ist der Diskussionsentwurf indes nur teilweise gefolgt. Er wäre vorzugswürdig gewesen, weil sich anfängliche und nachträgliche SV nicht in den Rechtsfolgen unterscheiden, weil weiter bei der v.SV – anders als bei anderen Unterbringungsmaßnahmen – eine zweimalige Begutachtung zur Gefährlichkeit im Ausgangsurteil und bei der späteren Entscheidung zum Ende der Strafzeit hin erforderlich sind, weil schließlich eine einzige v.SV der Beschränkung der Gefährlichkeitsprognose auf den Urteilszeitpunkt entspricht und dem Strafvollzug deren Vorläufigkeit verdeutlicht mit der Notwendigkeit in Richtung einer späteren erneuten Prognose alle Potenziale geeigneter Behandlungsangebote dem Betroffenen zu eröffnen. Aber es ist einzuräumen, dass er derzeit politisch kaum durchsetzbar erscheint, weil sich ein – an sich im Sinne unseres Konzepts schadloser – Verzicht auf die anfängliche SV populistisch als Preisgabe von Sicherheit interpretieren und missbrauchen ließe.

Wenn man aber mit dem Entwurf an der anfänglichen SV festhalten will, dann muss wenigstens noch *gewährleistet werden, dass der Erst- eine Zweitbegutachtung zur Prognose vor einer Entscheidung über die endgültige Anordnung der SV nach der Strafvollstreckung folgt*. Sie unterbleibt gegenwärtig oft. Sie muss im Gesetz vorgeschrieben werden. Das fordern auch kompetente Gutachter seit Langem.

In den Kriminalwissenschaften hat sich soweit ersichtlich – abgesehen von Freund – bislang nur *Kinzig* verhalten skeptisch gegenüber einer v.SV gezeigt, weil nicht sicher sei, ob sie im Sinne des Urteils des EGMR mit Art. 5 Abs. 1a EMRK vereinbar sei; immerhin werde die endgültige Anordnung der SV abgekoppelt vom Ausgangsurteil angeordnet.¹⁰ Unseres Erachtens wird jedoch dem rechtsstaatlichen Gebot, im Urteil über die Rechtsfolgen berechenbar zu entscheiden und aufzuklären, Genüge getan. Der Verurteilte weiß, was ihm gegebenenfalls bevorsteht, und er kann sich darauf einstellen ebenso wie bei der bisherigen anfänglichen SV. Mehr Gewissheit kann nicht verlangt werden, will man ihm erkennbar Chancen bieten, die vorbehaltene nachteilige Rechtsfolge zu vermeiden. Es verhält sich nicht anders als etwa bei dem Schuldspruch mit dem Vorbehalt späterer Verhängung einer Jugendstrafe nach §§ 27 ff JGG oder der Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB. Die schuldhafte Tat wird im Urteil festgestellt und die weiter gehende freiheitsentziehende Sanktion in Aussicht gestellt, aber ihr Eintritt noch nicht verbindlich festgelegt.

III. Eingrenzung der Anlassdelikte in § 66 Abs. 1 StGB

Der Diskussionsentwurf entspricht weitgehend auch unserem Vorschlag, die Anlassdelikte einer SV zu beschränken auf solche gegen Leib, Leben, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung. Einfache chronische Diebe, Betrüger und Fälscher können danach künftig nicht mehr in SV gelangen. Ihnen – etwa notorischen Heiratsschwindlern oder Scheckbetrügern – kann begegnet werden durch bei Wiederholungstaten höhere Strafen. Diese Strafen dürfen nicht quasi zu potenziell lebenslänglichen durch SV verformt werden. Ob man nicht solche Delikte generell aus dem Anwendungsbereich der SV hätte entfernen können, also auch bei Straftatbeständen mit Freiheitsstrafandrohung bis zu zehn Jahren, könnte diskutiert werden.

IV. Noch im Diskussionsentwurf offen gelassene, regelungsbedürftige Bereiche

⁹ Kreuzer/Bartsch 2008, Bartsch 2010 (S. 333 ff), jeweils aaO.

¹⁰ Kinzig, NStZ 2010, 233 ff, 239.

Nur summarisch sei hingewiesen auf im Entwurf verständlicherweise noch offen gelassene Aspekte, die man regeln muss, sobald man sich auf die Grundzüge des Entwurfs verständigt haben wird:

1. Die inzwischen mehrfach vorgenommene Ausweitung von v.SV und n.SV bei nach Erwachsenenrecht verurteilten *Heranwachsenden* (§ 106 Abs. 1-7 JGG) und zuletzt bei *nach Jugendstrafrecht Verurteilten* (§ 7 Abs. 2-4, 105 Abs. 1 JGG) muss erneut erörtert werden. Nach unserer Auffassung ist eine sehr begrenzte Erfassung junger Täter mit einer v.SV vertretbar, wenn schwerste Gewalt- oder Sexualdelikte begangen sind mit einer Mindeststrafe von sieben Jahren – bezogen freilich auf das erfasste, dem Katalog zuzurechnende Anlassdelikt – und die Tat Symptom einer erheblichen Persönlichkeitsstörung darstellt, so dass eine Gefährlichkeit angenommen werden muss (beispielsweise bei sexuellen Perversionen wie im Fall des Jürgen Bartsch).
2. Der populistische Unsinn, in § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB (auch im Diskussionsentwurf) die Verhängung der SV neben jeder Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren, also auch einer lebenslangen Freiheitsstrafe, beizubehalten, sollte unbedingt korrigiert werden. Solche SV neben lebenslanger Freiheitsstrafe kann nie zur Anwendung kommen, da Zweifel am künftigen Legalverhalten bereits jede Strafrestaussetzung nach der Mindestverbüßungszeit ausschließen. Die nach dem neuen Recht bereits neben dem Lebenslang angeordneten Sicherungsverwahrungen führen zu ungeklärten Strafvollzugssituationen nach Verbüßung der Mindestzeit: Sollen diese Gefangenen in die SV überstellt werden? Ist der „Sicherungsüberhang“ des Lebenslang – also die nur noch aus Präventionsgründen zu verbüßende Strafzeit nach Ablauf der Mindestverbüßungszeit – seinem Wesen nach eine SV? Gelten für diese Gefangenen dann entsprechend dem Urteil des BVerfG von 2004 Abstandsgebot, Resozialisierungsgebot und tendenzielle Beweislastumkehr nach zehn Haftjahren ebenso wie für die Sicherungsverwahrten? Fragen, die teilweise einer gesetzlichen Klärung auch dann harren, wenn die lebenslange Freiheitsstrafe aus § 66 Abs. 1 Nr. 1 entfernt wird, indem man die SV wieder beschränkt auf Taten mit zeitiger Freiheitsstrafe.
3. Die genannten Ziel- und Gestaltungsvorgaben des BVerfG für jede SV sollten bundesrechtlich gesetzlich umgesetzt werden. Die Landesstrafvollzugsgesetze haben sich einer Umsetzung enthalten. Insbesondere ist das Resozialisierungsziel bundeseinheitlich verbindlich vorzugeben, nicht nur als Soll-Vorschrift, wie es ursprünglich in Landesgesetzentwürfen vorgesehen war.¹¹ Auch sollte bundesrechtlich, zumindest landesrechtlich im Gesetz gewährleistet werden, dass Strafgefangenen mit möglicher anschließender SV im Strafvollzug nötige Resozialisierungsangebote wie Sozialtherapie und Lockerungen zur Verfügung stehen müssen, um eine anschließende Verwahrung möglichst zu verhindern. § 106 Abs. 4 S. 1 JGG kann dafür Pate stehen.
4. Zu klären ist außerdem, dass die neuen Regelungen zur SV auch denen zugute kommen, die sich jetzt in SV befinden oder für die SV im Urteil vorgesehen

¹¹ Vgl. dazu Kreuzer/Bartsch, Forum Strafvollzug 2010, 87 ff, 89 f.

ist, die aber nach der Neuregelung für eine SV nicht mehr infrage kämen, beispielsweise als bloße Vermögensstraftäter.¹² Das dürfte einem Gerechtigkeitsgebot entsprechen.

V. Zu Regelungen für „Altfälle“

Für die institutionelle Freiheitsentziehung bei jetzt noch etwa 80 zu entlassenden, gleichwohl weiterhin als gefährlich eingeschätzten Sicherungsverwahrten wurde von einigen Politikern eine neue Institution „Sicherheitsunterbringung“ vorgeschlagen. Erstmals wurde jetzt von den Bundesministern des Innern und der Justiz dazu ein Kompromissvorschlag mit Eckpunkten für ein „Gesetz zur *Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter*“ bekannt gegeben.¹³ Die neu bundesgesetzlich umgehend zu fundierende, inhaltlich von den Ländern auszugestaltende, mit therapeutischen Möglichkeiten auszustattende, von Straftat deutlich zu unterscheidende und vor allem (nur?) für die „Altfälle“ der jetzt aus der SV zu Entlassenden oder eventuell auch für bereits entlassene Personen mit psychischen Störungen und darauf beruhender Gefährlichkeit angedachte Einrichtung wirft zahlreiche Fragen auf:

Zunächst fällt schon auf, dass sie von Politikern der CDU/CSU – etwa Krings und Herrmann – ganz anders interpretiert wird als von der Bundesjustizministerin. Die einen meinen, damit alle 80-100 Altfälle erfassen zu können, und der Abgeordnete Krings bemerkt dazu, man könne ja den Begriff „psychische Störung“ weit definieren. Dagegen ist einzuwenden, dass schon der Begriff „psychische Störung“ zu weit ist, weil er den in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit e) EMRK umschriebenen Haftgrund für „*persons of unsound mind*“¹⁴, also *Geisteskranken bzw. Unzurechnungsfähigen*, deutlich überzieht. Hinzuweisen ist auf die Äußerungen des EGMR dazu in der Entscheidung „Mücke gegen Deutschland“ vom Dezember 2009, bei dem Beschwerdeführer sei trotz narzisstischer Persönlichkeitsstörung keine psychische Krankheit festgestellt worden, die einen Grund zur Freiheitsentziehung hätte geben können.

Die Bundesjustizministerin meint dagegen, nicht alle Altfälle ließen sich erfassen, einige müssten dennoch freigelassen werden. Sie stützt sich auf die Legitimationsgrundlage in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit e) EMRK, muss also den *engen Begriff i.S.v. psychischer Krankheit zugrunde legen*. Tatsächlich könnten also nur sehr wenige in eine solche Einrichtung – geplant ist eine Anordnung durch eine Zivilkammer des Landgerichts nach zweifacher externer Begutachtung durch Sachverständige – verbracht werden. Denn SV setzt eben nicht psychische Erkrankung und auch nicht Behandlungsbedürftigkeit oder -fähigkeit voraus; anderenfalls wäre im Ausgangsurteil nach §§ 20, 21, 63 StGB die Maßregel der psychiatrischen Unterbringung angeordnet worden. Diese wenigen, bei denen psychische Erkrankungen – nur solche sind in der EMRK vorgesehen, nicht bloße psychische oder Persönlichkeitsstörungen, die ja bei Straftätern sehr häufig vorliegen – zu diagnostizieren sind und darauf beruhend unmittelbar Gefahren neuer schwerer Straftaten drohen, könnten aber nach Landesunterbringungsrecht schon jetzt in geschlossene psychiatrische Kliniken

¹² Insoweit ist der „Stellungnahme des Arbeitskreis Strafvollzug der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e. V. in Zusammenarbeit mit dem RAV e. V. zum Eckpunktepapier über die geplante Reform der Sicherungsverwahrung“ (dort ad 3 a, d) beizupflichten.

¹³ Pressekonferenz des Innenministers de Maizière und der Justizministerin Leutheusser-Schnarrenberger v. 26.08.2010; vgl. SPIEGEL ONLINE, Tagesspiegel Online, jeweils v. 26.08.2010, FAZ v. 27.08.2010 S. 1, 2; Homepage des BMJ (27.08.2010): „Gemeinsame Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums des Innern für die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und begleitende Regelungen“.

¹⁴ Die deutsche Fassung spricht von psychisch Kranken; auch dieser Begriff ist enger; verbindlich ist jedoch der englische Begriff, der allerdings vom EGMR noch nicht verbindlich definiert wurde.

eingewiesen werden. Dann handelt es sich eben um *länderrechtliche Gefahrenabwehr*, und ein Bundesgesetz wäre überflüssig, ja unzulässig.

Oder man beabsichtigt, den *Krankheits- und den Gefahrenbegriff auszuweiten* auf Persönlichkeitsstörungen und mittelbare Gefahren und rückt die Einrichtung wieder in die Nähe einer – potenziell lebenslangen – strafrechtlichen Maßregel, für die der Bund zuständig ist. Das würde aber zu einem erneuten Verstoß gegen die Art. 5, 7 EMRK führen und eine neuerliche Verurteilung durch den EGMR – wenn nicht schon eine Abweisung durch das BVerfG – heraufbeschwören. Es könnte sich um alten Wein in neuen Schläuchen, um einen *Etikettenschwindel* handeln, der vom EGMR durchschaut wird. Solch „Mogelgesetz“, das die Tradition gesetzgeberischer Flickschusterei zur SV fortsetzen würde, wird bereits in der Forderung verdeutlicht, „psychische Störungen“ weit auszulegen. Überdies ließe es ernste wissenschaftliche Bedenken gegen eine Tendenz außer Acht, sich immer mehr vom aufgeklärten eingegrenzten Tatstrafrecht abzuwenden zugunsten eines präventiv gedachten Täterstrafrechts, das die Verantwortung für die dafür nötigen, aber sehr riskanten – wenn überhaupt möglichen – legalprognostischen Entscheidungen schon jetzt kaum vorhandenen und überlasteten Gutachtern zuschöbe.¹⁵

Selbst wenn die rückwirkende Anwendung eines entsprechenden neuen Gesetzes die Hürde des Art. 7 EMRK nehmen könnte, weil die Verwahrung durch gänzlich andere Gestaltung nicht mehr als strafgleiches Instrument eingeschätzt würde, bliebe sie doch eine freiheitsentziehende, potenziell lebenslange Maßnahme, die wegen einer schuldhaften Strafe und der Gefährlichkeit des Betroffenen nachträglich angeordnet würde. Kritiker würden bestätigt, die uns schon auf einem *Weg zur Gefährlichkeitshaft ohne Straftat* sehen. Zumindest ist nicht erkennbar, wie man die Hürde des Art. 5 EMRK nehmen kann für ein eigenständiges Freiheitsentziehungsinstrument gegen einen früheren Straftäter, der die rechtens angeordneten Freiheitsentziehungen bereits hinter sich hat, nunmehr aber verwahrt werden soll aus kriminalpräventiven Gründen. Außerdem lässt sich eine solche Einrichtung nicht gesetzlich und tatsächlich aus dem Boden stampfen, um noch rechtzeitig alle zu Entlassenden vor der Entlassung aufzunehmen.¹⁶

Man sollte sich nicht zuletzt des *Flurschadens* bewusst sein, die ein so schnell durchgezogenes, nicht ausgereiftes, ja mit dem Makel erneuten Verstoßes gegen die EMRK behaftetes Gesetz *für die rechtsstaatliche Strafrechtskultur* bedeuten kann.

Für die Zukunft ist eine solche Institution allerdings sehr wohl denkbar als Abwandlung des bisher strafvollzugsähnlich gestalteten *Sicherungsverwahrungsvollzugs*. Dann könnte endlich das vom BVerfG angeforderte *Abstandsgebot* verwirklicht werden. Gleichzeitig müssten aber *Resozialisierungsangebote* weiterhin vorgehalten werden, und das ließe sich schwer verwirklichen, wenn die neue Einrichtung völlig losgelöst wäre von einer räumlichen und personellen Verbindung zu einer Strafanstalt oder Sozialtherapeutischen Einrichtung. Sinnvoller erschiene es daher, die *bisherigen Sicherungsverwahrungsabteilungen umzugestalten* mit wesentlich mehr Freiheit der Alltagsgestaltung.

Bei den aus der SV nunmehr zu Entlassenden ist ohnehin weder allgemein eine psychische Krankheit anzunehmen noch eine unmittelbare Gefahr, sogleich Straftaten zu begehen, nachdem sie viele Jahre verwahrt waren. Die *Prognose künftiger Straffälligkeit ist bekanntlich vage*, mit dem Risiko belastet, viele falsch-negative Voraussagen zu treffen. Die internationalen und deutschen Erkenntnisse zur Rückfälligkeit von Gewalt- und Sexualstraftätern mahnen eher zur Zurückhaltung. Studien bei entlassenen Strafgefangenen, bei denen n.SV nicht möglich war, und solchen, die aus der SV entlassen wurden, zeigen nach Untersuchungen von Kinzig und Feltes, dass die Rückfallgefahr

¹⁵ Vgl. statt vieler: Lüderssen, Kritische Justiz 2006, 361 ff.

¹⁶ Kritisch auch Gaede, HRRS 2010, 329 ff.

meist überschätzt wird. In der Studie von Alex und Feltes waren „nur“ 5% nachweislich, geschätzt 10% tatsächlich, in den entscheidenden ersten ein bis zwei Jahren nach der Entlassung einschlägig rückfällig, auch wenn man dabei die kurze Zeit der Katamnese einschränkend berücksichtigen muss.¹⁷

Geradezu *unverantwortlich* ist es, im Wunschglauben an ein solches SV-Substitut in den Ländern und SV-Vollzugsabteilungen die jeweils zu erwartende *Entlassung der noch etwa 80 Betroffenen nicht rechtzeitig und gründlich vorzubereiten*. Diese Vorbereitung in jedem einzelnen Fall im Blick auf eine möglicherweise bald gerichtlich anzuordnende Freilassung wurde vom Verf. bereits im Dezember nach dem Urteil des EGMR dringlich gefordert.¹⁸ Gleichwohl hat man überwiegend auf Zeit gespielt, und sogar noch in jüngster Zeit hat ein Anstaltsleiter geäußert, er habe einen Untergebrachten von heute auf morgen unvorbereitet freilassen müssen. Diese aufwendige Prüfung geeigneter Entlassungsauflagen durch das Gericht, Vorbereitung der Zusammenarbeit mit einem Bewährungshelfer der Führungsaufsicht, Prüfung der Möglichkeit, in einer Einrichtung betreuten Wohnens oder sonst in einem Heim aufgenommen zu werden, Zusammenarbeit mit Verwandten oder Freunden am gewünschten neuen Aufenthaltsort, Abstimmung eines individuell tauglichen Sicherheitsarrangements unter polizeilicher Beteiligung, Suche nach einem Arbeitsplatz, Klärung versicherungsrechtlicher Fragen und vieles Andere erfordern Zeit und Engagement. Dies zu vernachlässigen, wie es offenbar nicht selten geschieht und überwiegend wohl mit aufsichtsbehördlicher Duldung, ist nicht zu verantworten und erhöht Rückfallrisiken. Rechtsstaatlich äußerst bedenklich stimmen auch Äußerungen von Landespolitikern besonders in Bayern, man vertraue darauf, dass die Gerichte niemand freiließen, der gefährlich sei. Dies läuft kaum verhüllt auf die Forderung hinaus, jemand ohne Rechtsgrund weiter zu verwahren und das Urteil des EGMR zu missachten.

Nur kurz sei eingegangen auf Maßnahmen bundesrechtlicher Art, die Bedingungen der *Führungsaufsicht nach der Entlassung Sicherungsverwahrter und Langzeitstrafgefangener* zu verbessern. Die eigentlichen Schwierigkeiten zeigen sich erst in jedem einzelnen Fall; manche der zu Entlassenden sind der Freiheit völlig entwöhnt, unfähig selbständig zu leben, teils schon nahezu vergreist; für sie müssen Möglichkeiten betreuten Wohnens gefunden werden. Jeder Fall kann eigene angemessene Bedingungen eines Sicherheits- und Resozialisierungskonzepts für den Umgang mit der Freiheit verlangen. Der Bund kann lediglich die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Führungsaufsicht beeinflussen nach §§ 68 ff StGB. Sinnvoll erscheint es, mit dem Diskussionsentwurf die Möglichkeit der Überwachung mit einer elektronischen „Fußfessel“ vorzusehen. Nach dem Gesetz läge diese Sicherungsaufgabe bei der Führungsaufsichtsstelle, könnte aber auch bei der Polizei vorgesehen werden. Der bisherige öffentliche Streit dazu ist zu abstrakt pauschalierend. Nur in geeigneten Fällen ist dieses Instrument einzusetzen. Es geht lediglich dort, wo tatsächlich entsprechende technische Einrichtungen bestehen und eine dauerhafte Überwachung personell garantiert ist. In größeren Städten ist das eher möglich als in ländlichen Regionen. Die Fußfessel bedeutet zwar bei einigen Personen kein sicheres Mittel, zu verhindern, dass sie Verbrechen begehen, aber doch eine zusätzliche Hemmschwelle, weil die Personen wissen, dass man sie nach einer Tat leichter entdecken und erneut bestrafen kann, was für sie erneute unbefristete SV bedeuten könnte. Bei anderen kann die Möglichkeit, durch die elektronische Sicherung das Einhalten des festgelegten Bewegungsspielraums zu überwachen, präventiv wirken. Bei wieder anderen wird diese Sicherung bedeutungslos

¹⁷ Vgl. insb. Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter. Berlin 2008; Feltes, zuletzt BZ-Interview, Badische Zeitung online v. 08.08.2010; ferner o. Fn. 14.

¹⁸ Verf., ZEIT ONLINE v. 17.12.2009; ders., FAZ v. 11.03.2010 S. 8; ders. in diversen Fachzeitschriften, z. B. Forum Strafvollzug 2010, 124 ff.

sein. In Hessen hat man ja im Rahmen der Haftvermeidung in der Bewährungshilfe entsprechende Erfahrungen. Die Fußfessel ist nur ein Steinchen im Mosaik des Sicherheitsarrangements, das es individuell festzulegen gilt. Weit wichtiger erscheinen Spezialisierung und personeller Ausbau der mit Funktionen von Führungsaufsicht bei diesen Probanden betrauten Bewährungshelfer.

Abschließend sei noch kritisch auf den leider auch von einigen wenigen Politikern als prüfenswert in die Debatte geworfenen Vorschlag zu einer Art *Internetpranger* angesichts der jetzt Entlassenen oder zu entlassenden Sicherungsverwahrten eingegangen.¹⁹ Solchen Bestrebungen ist ganz entschieden aus rechtsstaatlichen und kriminalpräventiven Gründen zu widersprechen. Eigentlich ergibt sich das Nötige zum verfassungsrechtlichen Verdikt über jede Preisgabe persönlicher Daten an Massenmedien oder die Öffentlichkeit oder die nähere Umgebung oder über Internet-Foren nach der Entlassung aus dem Straf- oder Sicherungsverwahrungs-Vollzug aus der grundlegenden Entscheidung des BVerfG im „Lebach-Fall“.²⁰ Diese Entscheidung bezog sich auf die Entlassung eines Tatbeteiligten aus dem Jugendstrafvollzug. Danach verbieten es die Grundrechte aus Art. 1 und 2 GG allen staatlichen und öffentlichen Stellen, den Datenschutz zu durchbrechen in einer Weise, die das Resozialisierungsziel beeinträchtigen könnte. Den Staat trifft insofern eine Fürsorgepflicht für den Entlassenen. Ausnahmen kann es in diesem Bereich nur aus Gründen berechtigten Schutzes bisheriger Opfer der früheren Täter geben; so kann es rechtens sein, sich gefährdet führende Angehörige oder Opfer vor einer Entlassung zu informieren und beraten. Alles andere ist menschenunwürdig und kriminalpolitisch kontraproduktiv, zumal es neue Risiken des Rückfalls und Lynchjustiztendenzen geradezu provoziert. Die Erfahrungen in den USA sollten warnen. Erste Anhaltspunkte für derartige Tendenzen gibt es bereits bei uns im Zusammenhang mit mehreren Entlassungen und einem Boulevardjournal-Pranger.

¹⁹ Dazu z.B. Kölner Stadtanzeiger, WELT Online, jeweils v. 09.08.2010.

²⁰ BVerfG E 35, 202 ff (NJW 1973, 1226 ff).