

Aktuelle Diskussion der Sicherungsverwahrung allgemein und besonders im Jugendstrafrecht

Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer, Justus-Liebig-Universität Giessen

1. Teil: Die Rechtsprechungslage bei nach Jugendstrafrecht Verurteilten angesichts divergierender Urteile

2008 wurde die nachträgliche Sicherungsverwahrung für nach Jugendstrafrecht Verurteilte in § 7 Abs. 2, 3 JGG eingeführt.¹ Es war die Fortsetzung gesetzgeberischer Flickschusterei trotz massiver Bedenken vieler Gutachter in der parlamentarischen Anhörung zur Verfassungsmäßigkeit und Vereinbarkeit mit der EMRK.² Die Bedenken blieben unbeachtet in der Gesetzgebung und überwiegend in der Rechtsprechung, so zuletzt in dem Urteil des 1. Strafsenats des BGH zur erstmaligen Anordnung nachträglicher Verwahrung bei einem nach Jugendstrafrecht verurteilten Heranwachsenden³. Diese Entscheidung steht im Zentrum des ersten Teils dieser Betrachtungen. Sie dürfte keinen Bestand haben angesichts des zwischenzeitlich rechtskräftig gewordenen Urteils des EGMR gegen Deutschland⁴ in Sachen rückwirkender Anwendung von Gesetzen zur Sicherungsverwahrung (hier künftig „SV“). Es bahnt sich eine brisante Entwicklung der entsprechenden Meinungsbildung zwischen Strafsenaten des BGH, im Zweiten Senat des BVerfG, zwischen diesem und dem EGMR sowie in der Politik von Bund und Ländern zur Umsetzung des Urteils des EGMR in Gesetzgebung und Haft- bzw. Entlassungspraxis an.

I. Sachverhalt der BGH-Entscheidung

Der Verurteilte war am 29.10.1999 von der Jugendkammer des Landgerichts Regensburg wegen Mordes, begangen zur Befriedigung des Geschlechtstriebes und um eine andere Straftat zu verdecken, zu der Höchststrafe von zehn Jahren Jugendstrafe verurteilt worden. Er hatte dem Urteil zu Folge am 9.6.1997 eine 31-jährige Joggerin überfallen, um sie zu vergewaltigen und dann zu töten. Nachdem er sie mehrfach mit einem Bremsseil gewürgt, in einen Wald gezerrt und erneut mit den Händen gewürgt hatte, drückte er ihr einen Ast so lange gegen den Hals, bis sie sich nicht mehr bewegte. Der toten oder sterbenden Frau riss er die Hose auf und onanierte in ihrem Genitalbereich. Den Geschlechtsverkehr wollte er nicht mehr. Sachverständig beraten nahm die Kammer an, es sei nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG Jugendstrafrecht anzuwenden; Schuldausschließung oder Schuldminderung nach §§ 20, 21 StGB lägen nicht vor, wohl aber „gewisse Anhaltspunkte für den Beginn einer sexuellen Deviation“ bei „noch bestehenden Nachreifungsmöglichkeiten“.

¹ Gesetz zur Einführung der nachträglichen SV bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht, BGBl. I Nr. 28 v. 11.07.2008 S. 1212.

² Zusammenstellung der Gutachten für die Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags v. 28.5.2008 zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht – BT-Drucks. 16/652 – : Kritik von Graebisch S. 1 ff, Kinzig S. 13 ff; Kreuzer S. 25 ff; Seifert S. 44 ff; Ullenbruch S. 48 ff; Schäfer (nachgereichte Stellungnahme v. 28.5.2008); Zustimmung nur von Konopka S. 21 ff; Pütz S. 38ff.

³ BGH Urt. v. 9.3.2010 – 1 StR 554/09 (hier zitiert nach den Randnummern des Originals).

⁴ EGMR Urt. v. 17.12.2009 (M. gegen Deutschland – Individualbeschwerde 19359/04); auszugsweise abgedruckt in NStZ 2010, 263 ff und StV 2010, 181 ff; dazu Kinzig, NStZ 2010, 233 ff. Beschluss des EGMR, den Antrag der Bundesrepublik, die Große Kammer anzurufen, abzulehnen und die Rechtskraft eintreten zu lassen, am 10.5.2010 (SPIEGEL ONLINE v. 11.5.2010).

Der Verurteilte verbüßte die Jugendstrafe vollständig und wurde am 18.7.2008 einstweilig in SV untergebracht aufgrund des genannten Bundesgesetzes, zu dessen Entstehung sein Fall beigetragen hatte. Das Urteil des Landgerichts Regensburg vom 22.6.2009, in welchem die nachträgliche SV angeordnet wurde und gegen welches sich die Revision des Verurteilten richtete, hatte folgende weitere Feststellungen getroffen; dem Gericht hatten ein psychiatrisches und ein kriminologisches Gutachten vorgelegen:

Der Verurteilte war nie sonst durch Straftaten aufgefallen. Erstmals waren im Alter von 15 Jahren bei ihm Gewaltphantasien aufgetreten mit Vorstellungen, weibliche Opfer anzugreifen, und anschließender Selbstbefriedigung. Vor der Tat hatten sich diese Phantasien intensiviert angesichts „maximalen Drucks“ infolge beruflicher und sozialer Probleme. Solche sexuellen Gewaltphantasien hatte er auch nach der Inhaftierung. Sie sind nicht überwunden. Bei ihm liegen eine „multiple Störung der Sexualpräferenz mit sadistischer Komponente“ und eine „emotional instabile Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typ“ vor. Er hat Schwierigkeiten, Wut zu kontrollieren, und reagiert auf Kränkungen impulsiv. Er ist in diesem Sinne psychisch krank, und dies steht tausalösend in unmittelbarem Zusammenhang mit der Anlasstat. Mehrjährig ist er im Jugendstrafvollzug sozialtherapeutisch behandelt worden. Spannungen zwischen dem Therapeuten einerseits, Adoptivmutter und Verteidiger andererseits haben einer Unrechtseinsicht und Aufarbeitung der Tat wegen Leugnens einer Sexualstraftat im Wege gestanden. Deshalb ist er in die Strafanstalt rückverlegt worden. Die erneuten Behandlungsversuche sind abgebrochen worden, weil er mit den dortigen sozialtherapeutischen Mitteln nicht erreicht werden können. Die 2004 begonnenen Ausführungen sind 2006 eingestellt worden, nachdem eine Begutachtung zur Risikoprognose bei Lockerungen 2005 intensivierte Gewaltphantasien im Zusammenhang mit der ersten Ausführung festgestellt hatte.

Das Landgericht bejahte die Unterbringungs Voraussetzungen nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 JGG. Es war davon überzeugt, der Verurteilte werde mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut entsprechende Straftaten begehen. Von den Gutachtern war die Rückfallwahrscheinlichkeit als „deutlich erhöht“ bzw. als „mittelhoch bis hoch“ eingeschätzt worden. Der BGH hat die Revision verworfen. Die Verteidigung hat für den Verurteilten dagegen Verfassungsbeschwerde erhoben.

II. Begründung und Kritik der Entscheidung

Die Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH wird zunächst unter 1. kritisch beurteilt nach der Rechts- und Rechtsprechungslage, die sich in Deutschland bis zu der Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 entwickelt hatte (intrasystematische Analyse). Anschließend wird sie unter 2. beurteilt aufgrund der durch die Entscheidung des EGMR entstandenen Situation.

1. Strafrechtliche Beurteilung nach bisheriger deutscher Rechts- und Rechtsprechungslage

- a) Die Entscheidung des 1. Strafsenats begründet zunächst (Rn. 17-21), warum es keiner Feststellung zu „nova“, also zu neuen Erkenntnissen nach der Anlassverurteilung zu der erheblichen Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit, bedurfte. Zutreffend ist es, dass sich dies aus dem Wortlaut und der gesetzgeberischen Begründung ergibt. Der BGH schildert weiter, warum dies gesetzessystematisch sinnvoll sei: Bei Anwendung des Jugendstrafrechts entfielen nämlich gesetzlich die Möglichkeiten ursprünglicher oder vorbehaltener SV, weil man bei jungen Menschen entsprechend ihren Entwicklungsmöglichkeiten zu den früheren Zeitpunkten noch keine

verlässliche Gefährlichkeitsprognose stellen könne; konsequent müsse man deswegen die Gefährlichkeitsprognose auf einen späteren Zeitpunkt vor der Entlassung aus dem Jugendstrafvollzug verlegen, selbst wenn es im Ausgangsurteil bereits Erkenntnisse über eine hohe Gefährlichkeit gebe.

Diese bloße Beschreibung der gesetzgeberischen Begründung lässt jedoch eine verfassungsrechtliche Erörterung solchen Verzichts vermissen. Das verwundert zumal deswegen, weil der BGH zuvor immer wieder und auch gegen gesetzgeberische Argumentationen daran festgehalten hatte, dass bei nachträglicher SV an „nova“ festzuhalten sei und diese sehr eng ausgelegt werden müssten, um zu rechtfertigen, dass ausnahmsweise bei sehr wenigen das rechtsstaatliche Vertrauen auf die Verlässlichkeit der im Ausgangsurteil angeordneten Sanktionen verletzt werden dürfe⁵. Das BVerfG hatte in erster Linie erheblichen „nova“ limitierende und legitimierende Bedeutung für die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit nachträglicher SV zugemessen.⁶ Der Strafsenat übergeht den Sinn der „nova“ als zusätzlicher Einschränkung nachträglicher SV und Element ihrer Legitimation. Er fragt nicht nach einer Kompensation für diesen Verzicht.

Die Argumentation ist überdies brüchig. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Erst- und bisher einmaligen Täter. Für solche Täter hat der Gesetzgeber auch nach Erwachsenenrecht in sehr eingegrenztem Ausmaß in § 66b Abs. 2 StGB nachträgliche SV ermöglicht, jedoch unter der Voraussetzung von „nova“. Der Hinweis auf § 66b Abs. 1 S. 2 StGB, wo ein Rückgriff auf ursprünglich bekannte Tatsachen erlaubt ist, ändert nichts grundsätzlich, da es sich um eine Ausnahme von der Regel handelt, wenn nämlich ursprünglich rechtlich noch keine SV möglich war. Die Schlechterstellung nach Jugendstrafrecht dürfte deswegen eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung und zugleich ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot sein.

Unzutreffend ist das Argument, durch die Verlegung der Entscheidung über die SV an das Strafende werde die Prognosesicherheit erhöht. Bei ursprünglicher und vorbehaltener SV werden die Betroffenen zweimal prognostisch begutachtet, und es wird auf diese Weise zweimal fundiert über die SV entschieden, nämlich im Ausgangsurteil und vor der Strafentlassung; die zweite Begutachtung lässt einen Vergleich zur ersten zu. Bei Jugendstrafrechtsanwendung wird aber nicht einmal eine Begutachtung im Ausgangsurteil vorausgesetzt. Die Prognosesicherheit ist geringer. Schon dies bedeutet eine verfassungsrechtlich insbesondere hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebots fragwürdige Schlechterstellung der von der Maßregel nach § 7 Abs. 2 JGG Betroffenen. Hinzu kommt, dass gleichfalls Heranwachsende, die aber nach allgemeinem Strafrecht verurteilt werden und dort eine vorbehaltene SV erhalten nach § 106 Abs. 3 JGG, regelmäßig sogleich in der sozialtherapeutischen Anstalt zu behandeln sind (§ 106 Abs. 4 S. 1 JGG); diese Behandlung ist in

⁵ Z.B. BGH NSTz 2008, 332.

⁶ BVerfG NJW 2006, 3483 ff, 3484; dazu schon Kreuzer/Bartsch, GA 2008,655 ff, 660.

der Jugendstrafverbüßung vor einer nachträglichen Verwahrung bei Anwendung des Jugendstrafrechts weder bundes- noch landesgesetzlich gewährleistet.⁷ Überdies liegt eine Schlechterstellung darin, dass nach Jugendstrafrecht Verurteilte mangels eines Vorbehalts im Urteil sich im Jugendstrafvollzug nicht auf eine drohende anschließende SV einstellen und entsprechende Konsequenzen ziehen können. Der Gesetzgeber hätte dieser Ungleichbehandlung entgegen wirken und auch hier die Möglichkeit einer ausnahmsweise vorbehaltenen SV einführen können. In den seltenen Fällen, die überhaupt in Betracht kommen könnten – etwa dem Fall des Jürgen Bartsch oder dem hier behandelten Regensburger Fall – lässt sich, wenn überhaupt, auch bei jungen Menschen schon aus Tat- und Persönlichkeitsbesonderheiten im Zeitpunkt des Ausgangsurteils eine Gefährlichkeit feststellen. Experten haben in den parlamentarischen Anhörungen ohnehin darauf verwiesen, eigentliche „nova“ gebe es gar nicht; Entscheidendes folge jeweils bereits aus Begutachtungen für das Ausgangsurteil.⁸

Die Entscheidung lässt schließlich die verfassungsrechtliche Frage nach der Verhältnismäßigkeit nachträglicher SV insgesamt und speziell bei Anwendung des Jugendstrafrechts ungeprüft. Freilich haben auch die Kammerentscheidungen des BVerfG zu nachträglicher SV diesen Aspekt übergangen. Senatsentscheidungen des BVerfG liegen noch nicht vor. Auf diesen Gesichtspunkt ist mehrmals und gestützt ergänzend auf eine bundesweite empirische Erhebung – vor allem in der entscheidenden parlamentarischen Anhörung zu der Einführung des § 7 Abs. 2 JGG – hingewiesen worden.⁹ Der Gesetzgeber hat 7.000-10.000 Strafgefangene unter einen abstrakten gesetzlichen Vorbehalt ohne jede Anknüpfung an konkrete Anzeichen für eine tatsächliche Gefährlichkeit gestellt, nunmehr weitere etwa 200-500 Jugendstrafgefangene, die allesamt die „formellen Voraussetzungen nachträglicher Sicherungsverwahrung“ erfüllen. Die Verwaltungsanordnungen („Hinweise zur nachträglichen Sicherungsverwahrung“¹⁰) gebieten, die Strafvollzugsakten Betroffener daraufhin zu prüfen und zu kennzeichnen (mit dem Kürzel und Stigma „F.V.n.SV“ werden nach Prüfung anhand einer Checkliste durch die Strafvollstreckungs- und Vollzugsbehörden entsprechende Gefangenenpersonalakten gekennzeichnet), die Gefangenen entsprechend genau zu beobachten, alles Prognoserelevante jederzeit gerichtsverwertbar festzuhalten oder sogleich der Vollstreckungsbehörde zu melden, rechtzeitig mögliche Fälle nachträglicher Verwahrung mit gerichtsverwertbarem Material den Vollstreckungsbehörden vorzulegen usw. Betroffenen werden entlassungsrelevante Lockerungen praktisch vorenthalten, weil Aufsichtsbehörden sie untersagen. In den Anstalten verschlechtert sich das Behandlungsklima. Misstrauen herrscht vor. Insbesondere der Sozialstab wird bürokratisch ungebührlich zusätzlich belastet.

⁷ Vgl. Kreuzer/Bartsch, Forum Strafvollzug 2010, 87, 92 f.

⁸ Z.B. Leygraf, in: Deutscher Bundestag 15. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Prot. d. 47. Sitzung v. 5.5.2004 S. 15 ff, 41 ff.

⁹ Bartsch, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, 2010; s. auch Kreuzer 2008 (o. Fn. 2).

¹⁰ Ältere Fassung in: Die Justiz 2005 S. 303 ff.

Und dies alles, obwohl weniger als 1 % dieser Tausenden später für nachträgliche Verwahrung vorgeschlagen werden, noch weit weniger tatsächlich in nachträgliche Verwahrung gelangen. All dies sind in der Gesetzgebung unbeachtete, aber für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit bedeutsame schädliche Nebenfolgen¹¹ der Gesetzgebung zu nachträglicher SV.

- b) Ganz ähnlich verhält es sich mit der Annahme des 1. Strafsenats, es dürfe auf die Feststellung eines „Hangs“ zu entsprechenden Straftaten verzichtet werden (Rn. 22-29). Bei diesem Merkmal werden gleichfalls die verfassungsrechtlich bedeutsame limitierende und legitimierende Funktion verkannt und keine hinreichende Kompensation für den Verzicht aufgezeigt. Die vom BGH genannten limitierenden Elemente einer Beschränkung des Katalogs der Anlasstaten und einer vorausgesetzten Strafhöhe von sieben Jahren gegenüber fünf Jahren bei Erwachsenen nach § 66b Abs. 2 StGB stellen jedenfalls keinen Ausgleich dar. So wird übersehen, dass der geringfügigen Reduktion des Straftatenkatalogs eine Ausweitung des Anwendungsbereichs in § 7 Abs. 2 JGG gegenübersteht. Die Strafe muss sich nämlich nicht ausschließlich oder auch nur überwiegend auf eine solche Anlasstat beziehen, kann vielmehr andersartige Taten einbeziehen („wegen oder auch wegen eines Verbrechens“ aus dem Katalog); die Anlasstat könnte qualitativ sogar weniger gewichtig sein als das Anlassverbrechen in § 66b Abs. 2 StGB. Ebenso wenig stellt es eine gesetzliche Kompensation dar, wenn der 1. Strafsenat einen neuen Begriff der „spezifischen Gefährlichkeit zu Anlasstaten i. S. v. § 7 Abs. 2 JGG“, die womöglich weitergehend sei als der „Hang zu erheblichen Straftaten“, in diese Vorschrift hinein liest. Wie fragil diese Auslegung der Vorschrift ist, erkennt der Senat offenbar selbst, wenn er (Rn. 29) auf eine dann notwendige korrigierende Auslegung der Vollstreckungsvorschrift des § 67d Abs. 3 StGB hinweist. Diese nach §§ 463 Abs. 3 S. 4 StPO, 82 Abs. 3 JGG auch auf nach JGG zu nachträglicher SV Verurteilte anzuwendende Vorschrift macht die Verlängerung des Vollzugs der SV über 10 Jahre hinaus abhängig von einem fortbestehenden Hang. Das Beispiel zeigt, dass der Verzicht auf das Hang-Kriterium eben nicht gesetzessystematisch begründbar ist. Im Übrigen sei der Hinweis erlaubt, dass der BGH früher das Hangmerkmal als wesentliches Begrenzungskriterium auch dort zu recht vorausgesetzt hat, wo es sich wie bei § 66b Abs. 2 StGB nicht schon aus Wortlaut oder gesetzgeberischer Intention ergibt.¹²
- c) Angreifbar sind die Ausführungen zur Gefährlichkeitsprognose (Rn. 30-38, aber auch 69,70). So stellt das Urteil „hohe Anforderungen an die Gefährlichkeitsprognose“, lässt dann aber genügen, dass „das Tatgericht ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen in eigener Verantwortung“ die Prognoseentscheidung trifft und die Gefährlichkeit bejaht, obwohl die Gutachten die

¹¹ Zu diesen „Risiken und Nebenwirkungen vorschneller Gesetze zur SV“ eingehend: Bartsch, 2010 (o. Fn. 9, S. 303 ff); Kreuzer/Bartsch, in: Estermann, Hrsg., Interdisziplinäre Rechtsforschung, Luzern 2008, 99 ff.

¹² BGHSt 50, 373 ff (380 ff).

Rückfallwahrscheinlichkeit lediglich als „deutlich erhöht“ oder „mittelhoch bis hoch“ eingestuft haben. Zudem sieht es die ungünstige gerichtliche Prognoseentscheidung nicht beeinträchtigt durch den Umstand, dass im Jugendstrafvollzug konkret offenkundig nicht alles für eine Sexualstraftäterbehandlung Erforderliche getan worden ist, und verlangt nur, dass dies künftig beachtet wird.¹³ Überhaupt nicht geht der 1. Senat auf zahlreiche Erkenntnisse amerikanischer und deutscher katamnestischer Forschung ein; im Einklang mit der Lebenslaufforschung ergeben sie, dass verhältnismäßig wenige Sexual- und Gewalt-Straftäter nach vorangegangenen sozialtherapeutischen Behandlungen im Straf- oder Maßregelvollzug und langen Haftzeiten wieder einschlägig rückfällig werden.¹⁴ Man tut so, als habe das alles keinen Platz im Rahmen rechtlicher Überlegungen.

- d) Gerade auch aus wissenschaftlicher Sicht enttäuscht die unreflektierte Behandlung der verfassungsrechtlichen Fragen nach Verstößen gegen das Verbot einer Doppelbestrafung nach Art. 103 Abs. 3 GG und das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG oder das grundrechtliche Gebot des Vertrauensschutzes nach Art. 2 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG (Rn. 39-59). Hier besonders wird eine Tendenz zur stromlinienförmig auf ein gewünschtes Ergebnis hin ausgerichteten Argumentation deutlich, die konsequent alle nahe liegenden Einwände gänzlich oder scheinargumentativ übergeht. Zumal nach der Entscheidung des EGMR von Ende 2009 und der vielfältigen, ganz überwiegenden wissenschaftlichen Kritik an den vom 1. Strafsenat bedenkenlos übernommenen Entscheidungen des BVerfG von 2004¹⁵ hätte es dem Senat gut angestanden, die Sache dem BVerfG zur Überprüfung seiner Entscheidungen nach Art. 100 Abs. 1 GG vorzulegen oder das Verfahren auszusetzen bis zur endgültigen Entscheidung des EGMR, wie es der 4. Strafsenat getan hat¹⁶. Statt dessen wird in einem Textbaustein (Rn. 40) gebetsmühlenhaft die auch international ziemlich einsam erscheinende¹⁷ Meinung des BVerfG wiederholt, die grundrechtlichen Schutzbestimmungen seien auf die Maßregel nicht anwendbar, weil diese ein *aliud* gegenüber der Strafe darstelle; Strafen seien repressiv und dienten dem Schuldausgleich, die Maßregel der SV sei präventiv ausgerichtet. Dabei handelt es sich um ein kontrafaktisches rechtliches Konstrukt.

¹³ Zu weiteren Fragwürdigkeiten der Begutachtung in diesem Verfahren: Eisenberg, DRiZ 2009, 219 ff.

¹⁴ Nachw. bei Graebisch und Kreuzer, 2008 (o. Fn. 2); Kreuzer, NK 2010 (im Druck); ferner Alex/Feltes, Forum Strafvollzug 2010, 159 ff; Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2008.

¹⁵ Nur stellvertretend für die Kritiker sei verwiesen auf die 2008 im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags gehörten Experten Graebisch, Kinzig, Kreuzer, Seifert, Schäfer, Ullenbruch (o. Fn. 2); ferner die Experten Calliess, Kinzig, Renzikowski in der Anhörung von 2004: Dt. BT, 15. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Prot. d. 47. Sitzung v. 5.5.2004 S. 4 ff, 48 ff, 13 ff, 43 ff, 18 ff, 40 ff; außerdem Bartsch, 2010 (o. Fn. 9); Dünkel/van Zyl Smit, KrimPäd 2004, 47 ff; Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, 13. Aufl. 2009, § 7, Rn. 28-30; Finger, Vorbehaltene und Nachträgliche Sicherheitsverwahrung, 2008; Kinzig, NSTz 2004, 655 ff; Kreuzer, ZIS 2006, 145 ff; Streng, StV 2006, 95.

¹⁶ BGH Beschl. v. 11.2.2010 – 4 StR 577/09. Dazu der spätere Beschluss des 4. Strafsenats mit der Aufhebung der nachträglichen SV sowie Anordnung der Freilassung des Verurteilten v. 12.05.2010.

¹⁷ So hatte der französische Verfassungsrat die Andersartigkeit der 2008 gesetzlich neu geschaffenen Sicherungsmaßregel ebenfalls bejaht, deren rückwirkende Anwendung jedoch als rechtsstaatswidrig abgelehnt; dazu mit weiteren Beispielen aus dem Urteil des EGMR Kinzig, 2010 (o. Fn. 4).

Übergangen wird bewusst die rechtlich und tatsächlich strafähnliche Ausgestaltung der SV und ihres Vollzugs: SV setzt schuldhaft Straftaten voraus; sie darf nicht außer Verhältnis stehen zu Taten und Strafe; die Gefährlichkeit kann bereits in der Strafzumessung berücksichtigt werden; so werden Strafen mitunter wegen zu erwartender SV kürzer bemessen, dagegen länger, wenn SV ausscheidet. Die Maßregel wird von Strafgerichten verhängt und überwacht; Straf- und SV-Vollzug dienen gesetzlich gleichermaßen Sicherheit und Resozialisierung; SV wird strafgleich vollzogen in Abteilungen von Strafanstalten. Die bundesweite Bestandsaufnahme zum Vollzug zeigt zudem, dass SV wie Strafe, ja als härteste Strafe, nämlich eine solche ohne Perspektive, erlebt wird.¹⁸ Auch den begriffsjuristisch Denkenden sollte es nicht unbeeindruckt lassen, wenn Untergebrachte und Bedienstete die rückwirkende Anwendung neuer Vorschriften zur SV als existenziellen Verlust des Vertrauens in den Rechtsstaat empfinden. „Ohne dass ich nochmals etwas ausgefressen habe, haben Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht mir das Licht am Ende des Tunnels einfach so ausgeknipst.“ – so ein Betroffener.¹⁹

Formaljuristisch beruft sich der 1. Strafsenat wie zuvor das BVerfG für die Ansicht, es liege keine rechtsstaatlich verbotene Rückwirkung vor, wenn nachträglich SV angeordnet werde und dies nach einem Gesetz, das zur Tatzeit noch nicht bestand, auf eine sogenannte „tatbestandliche Rückanknüpfung oder unechte Rückwirkung“.²⁰ Was eine echte Rückwirkung sein soll und was mit der Unterscheidung für eine verfassungsrechtliche Legitimation „unechter Rückwirkung“ gewonnen sein soll, bleibt im Dunkeln. Wie inhaltsleer solche begriffliche Konstruktion ist, wird an zwei weiteren Feststellungen des 1. Senats deutlich: Zum einen beruft er sich (Rn. 46) auf § 2 Abs. 6 StGB, der bereits die Schutzwürdigkeit des Vertrauens bei Maßregeln generell ausschließt, indem er die jeweils zur Zeit der Entscheidung geltende Rechtslage für verbindlich erklärt. Die vom 1. Senat ungeprüfte Frage ist aber gerade, ob § 2 Abs. 6 StGB insoweit mit den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzgarantien vereinbar ist. Die Bestimmung lässt sich ja nicht als grundgesetzliche Ausnahmebestimmung zu Art. 103 Abs. 2 lesen. Zum anderen erklärt der 1. Strafsenat, die Neuregelung des § 7 Abs. 2 JGG genüge den verfassungsrechtlichen Ansprüchen an Berechenbarkeit, weil „für nach Jugendstrafrecht verurteilte Straftäter klar erkennbar ist, ob die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung für sie grundsätzlich in Betracht kommt“ (Rn. 59). Das mag allenfalls vielleicht für künftige Täter und Verurteilte zutreffen. Die Umstände des konkret entschiedenen Falles werden indes merkwürdig übergangen: Der Verurteilte hatte die Tat 1997 begangen und die deswegen verhängte zehnjährige Jugendstrafe bis 2008 voll verbüßt; erst dann war er aufgrund des in diesem Zeitpunkt eilig geschaffenen

¹⁸ Bartsch, 2010 (o. Fn. 9); Bartsch/Kreuzer, StV 2009, 53 ff.

¹⁹ Weitere Nachw. bei Bartsch (o. Fn. 9). Nach Brettel, ZRP 2010, 121 ff, löst allein schon die Möglichkeit, SV nachträglich zu verhängen, bei Betroffenen eine „existenzielle Beunruhigung aus“.

²⁰ BVerfGE 109, 133, 167 ff; 109, 190 ff; BVerfG, Kammerbeschluss v. 23.8.2006, NJW 2006, 3483 f; BGH, 1. Strafsenat, Urt. (o. Fn. 3) Rn. 42.

und in Kraft getretenen, auf ihn spezifisch zugeschnittenen Gesetzes einstweilig in SV genommen worden; er hatte also nie während des Strafvollzugs mit einem solchen Gesetz rechnen, sich erst recht nicht in seinem Vollzugsverhalten auf eine künftige SV einstellen können.

Bedenklich erscheint schließlich die im Kontext der verfassungsrechtlichen Rückwirkungsproblematik vom 1. Senat in Anknüpfung an Bemerkungen des BVerfG eingeführte sozusagen „viktimodogmatische“ Abwägungs-Konstruktion (Rn. 45, 46, 68): Der Schutz der Allgemeinheit sei gegen Belange des Vertrauensschutzes abzuwägen. „Der Stellenwert des gesetzgeberischen Anliegens, Schutz der Allgemeinheit vor hochgefährlichen jungen Straftätern, überwiegt das Vertrauen der von der Neuregelung betroffenen Verurteilten auf die fehlende Möglichkeit der Anordnung ihrer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.“ Das Freiheitsgrundrecht trete hinter das überragende öffentliche Schutzinteresse zurück. Das BVerfG hatte Ähnliches nur im Zusammenhang mit einer Ausnahmeentscheidung angeführt, die vorläufige Verwahrung trotz zunächst fehlender Gesetzesgrundlage bis zum Inkrafttreten eines angemahnten Gesetzes zur nachträglichen SV im selben Jahr aufrecht zu erhalten; dissentierende Richter hatten dem vehement widersprochen.²¹ Die Abwägung scheint sich zu verselbständigen und als solche eine Eingriffsgrundlage zu gewähren. Mit der gleichen Argumentation des Opferschutzes hätte man seinerzeit im Fall Gaefgen/Daschner das Folterverbot relativieren dürfen.²² Wehret den Anfängen, möchte man erwidern. Es bahnt sich nämlich eine Tendenz zu rechtsstaatlich bedenklichem vorbeugendem Opferschutz durch Strafrecht an. Der 1. Senat könnte die Assoziation erwecken, Beschuldigtenrechte seien wägbare und notfalls einzuschränken im Verhältnis zu Opferrechten. Beschuldigtenrechte stehen jedoch im modernen Rechtsstaat nicht zur Disposition – auch nicht unter der oft als evident zutreffend empfundenen Zielsetzung des Opferschutzes. Dazu gehören namentlich die verfassungsrechtlichen Garantien der Unschuldsvermutung, des Strafgesetzbereichs für Strafen, des Rückwirkungsverbots, des Schuldstrafrechts, des Doppelbestrafungsverbots, des Gebots rechtlichen Gehörs, des Folterverbots und des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen.²³ Eine bloße Abwägung von Täter- und Opferinteressen vermag nicht eine fehlende gesetzliche Grundlage für einen freiheitsentziehenden Eingriff zu ersetzen. Zivilrechtlich gesprochen möchte man fragen „*quae sit actio?*“. Anderenfalls begibt man sich sozusagen in eine „Guantanamo-Judikatur“ von Inhaftierungen ohne gesetzliche Eingriffsgrundlage.

2. Vereinbarkeit mit der Entscheidung des EGMR

Nicht ein einziges der vielen Argumente des 1. Strafsenats zur Vereinbarkeit seines Urteils mit Art. 5 und 7 EMRK und vor allem mit der Entscheidung des

²¹ BVerfGE 109, 133, 187.

²² Dazu Kreuzer, in: Nitschke, Hrsg., Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?, 2005, 35 ff.

²³ Vgl. Kreuzer, NK 2010 Heft 3 (im Druck).

EGMR von Ende 2009 (Rn. 60-68)²⁴ überzeugt. Das ahnt der Senat offenbar selbst, wenn er (Rn. 65) nach dem Prinzip Hoffnung seiner Überzeugung Ausdruck gibt, auch der EGMR würde wohl in der konkreten Fallgestaltung keinen Verstoß gegen die EMRK sehen, zumal er ja auf konkrete Einzelfälle abstelle und in jedem neuen Fall von seiner ursprünglichen Bewertung wieder abrücken könne.

Zunächst weist der Senat darauf hin, das Urteil des EGMR sei – damals – noch nicht rechtskräftig. Diese Tatsache hätte aber nur eine Aussetzung der Entscheidung nahegelegt nach dem vorangegangenen guten Beispiel des 4. Strafsenats vom Februar 2010.²⁵ Ohnehin war damit zu rechnen und wurde auch von Experten einhellig erwartet, dass das überzeugend begründete und rechtsvergleichend vertiefte, einstimmig gefällte Urteil des EGMR, das überdies mit der überwiegenden wissenschaftlichen Meinung hierzulande übereinstimmte, irgendwann rechtskräftig werden würde, allenfalls erst nach einer neuen Überprüfung durch die Große Kammer.²⁶ Die SV ist eben strafgleich ausgestaltet im Recht und in ihrem Vollzug; sie wird strafgleich erlebt; sie wirkt wie eine schwerste Strafe wegen ihrer potenziell lebenslangen Dauer und Perspektivlosigkeit; sie entspricht den Instrumenten, die in anderen Ländern mal im Gewande einer Sicherungsverwahrung, mal in dem einer unbestimmten Strafe erscheinen und insgesamt deswegen den rechtsstaatlichen Schutznormen für Betroffene unterliegen.

Sodann beruft sich der 1. Strafsenat auf eine hier abweichende Fallgestaltung und Rechtslage. Der EGMR habe über die rückwirkend angeordnete Fortdauer der SV nach Wegfall der 10-Jahres-Begrenzung einer anfänglichen SV bei Erwachsenen entschieden; hier handele es sich um nachträgliche SV und um Jugendstrafrecht, das keine anfängliche SV kenne. Dieses *argumentum e contrario*, welches gern benutzt zu werden pflegt, wenn man sich nicht auf eine Auseinandersetzung mit anders entscheidenden Gremien einlassen will und keine sachlichen Argumente bieten kann, ist fehl am Platze. Sachlogisch trifft hingegen das *argumentum a maiore ad minus* zu: Wenn nach dem EGMR schon die nachträgliche Verlängerung einer zunächst rechtens angeordneten SV als konventionswidrig anzusehen ist, dann erst recht die erstmalige, vom Ursprungsurteil abgekoppelte Anordnung einer zumal nachträglichen SV aufgrund eines als rückwirkend erklärten Gesetzes. Und auch bei einer nach dem JGG angeordneten SV handelt es sich eben um SV, also eine strafgleiche freiheitsentziehende Sanktion. Nach der EGMR-Entscheidung sind daher alle rückwirkend angeordneten Sanktionen dieser Art als Verstöße gegen die Art. 5 und 7 EMRK zu bewerten. Der Verstoß gegen Art. 5 dürfte zudem für alle nachträglichen Sicherungsverwahrungen an sich gelten, da sie keinen hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen der ursprünglichen Verurteilung und der späteren Anordnung einer SV erkennen lassen.²⁷

Weiter meint der Senat, die Sachlage sei hier anders als in dem vom EGMR entschiedenen Fall, weil im Jugendstrafrecht die nachträgliche SV in einem Urteil im Erkenntnisverfahren nach neuer Hauptverhandlung angeordnet werde, nicht nur in einem Beschluss der Strafvollstreckungskammer nach Aktenlage ohne mündliche Verhandlung wie bei Erwachsenen. Entscheidend ist jedoch für den

²⁴ EGMR Kammerurteil v. 17.12.2009 (o. Fn. 4), rechtskräftig seit 10.5.2010.

²⁵ BGH, o. Fn. 16.

²⁶ Dazu auch schon Kinzig, 2010 (o. Fn. 4); Kreuzer, ZEIT ONLINE v. 17.12.2009.

²⁷ Ebenso Kinzig 2010 (o. Fn. 4); Kreuzer 2010 (o. Fn. 26); Kreuzer/Bartsch, Forum Strafvollzug 2010, 124 ff (132); Müller, StV 2010, 207 ff; nunmehr auch BGH, 4. Strafsenat, Beschl. v. 12. Mai 2010 – 4 StR 577/09.

EGMR im Blick auf die gerügte Verletzung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit a EMRK nicht das Fehlen eines Urteils, vielmehr, dass im ursprünglichen Urteil des Tatgerichts mit der Strafe nicht zugleich die SV verhängt worden war, dass also keine kausale Verknüpfung von Ursprungsurteil und Maßregel gegeben war. Das ist im vorliegenden Fall nicht anders, ganz abgesehen davon, dass dadurch auch nicht der Mangel der Gesetzesrückwirkung als Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK behoben wäre.

Außerdem beruft sich der 1. Strafsenat darauf, dass der jetzt betroffene Verurteilte als psychisch krank angesehen werde – anders als der vom Straßburger Gericht. Dies ermögliche eine Ermächtigung, in das Freiheitsrecht des Betroffenen zum Schutze der Allgemeinheit einzugreifen nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit e) EMRK. Mit solchem Argument hätte sich allenfalls eine im Ausgangsurteil neben der Jugendstrafe angeordnete Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus nach §§ 105 Abs. 1, 7 Abs. 1 JGG, 63 StGB rechtfertigen lassen; die Jugendkammer hatte aber gerade keine Krankheit angenommen, welche Voraussetzung einer verminderten Verantwortlichkeit des Betroffenen i. S. d. §§ 20, 21 StGB gewesen wäre. SV ist keine spezifische strafrechtliche Reaktion auf eine krankheitsbedingte Tat. Sie lässt sich nicht in eine andersartige Maßregel mit therapeutischer Durchführung umdeuten. Im Übrigen hatte es der 4. Strafsenat ebenfalls mit einem Fall von Krankheit zu tun, in dem sogar die Maßregel des § 63 StGB neben der Strafe wegen Rauschtat angeordnet worden war; gleichwohl hat er jetzt das Verdikt des EGMR über eine im konkreten Fall rückwirkende Anordnung nachträglicher SV übernommen und die Freilassung sowie eine Entscheidung über die Entschädigung des Betroffenen angeordnet.²⁸

Darüber hinaus meint der 1. Strafsenat, eine Verletzung des Art. 7 Abs. 1 EMRK – Rückwirkungsverbot für Strafgesetze und Strafen, die erst nach der Tat geschaffen sind – komme im Gegensatz zu dem vom EGMR entschiedenen Fall hier nicht in Betracht, weil es um das JGG gehe; das Jugendstrafrecht, die Jugendstrafe und der Jugendstrafvollzug seien vom Erziehungsgedanken geprägt. Der Betroffene habe im Jugendstrafvollzug eine Vielzahl sozialtherapeutischer Behandlungsversuche erfahren. Dieses Argument liegt neben der Sache. Einmal geht es nicht um die verhängte Jugendstrafe und deren Vollzug, sondern um die nachträgliche SV. Und diese ist eine strafgleiche Sanktion, die nach einem rückwirkend angewandten Gesetz verhängt worden ist. Wieder einmal wird Kritikern des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht ein Argument geliefert, wenn sie behaupten, Erziehung werde als Legitimation für Eingriffe und Rechtsschmälerungen missbraucht („Erziehungszuschlag“).²⁹ Zum Zweiten werden nach Erwachsenenrecht verurteilte Heranwachsende sogar obligatorisch vom Strafvollzug, der einer eventuellen SV vorausgeht, in sozialtherapeutische Einrichtungen verbracht. Zum Dritten hat der Senat an anderer Stelle (Rn. 69, 70) selbst offenbar die Behandlungsmaßnahmen des Jugendstrafvollzugs im konkreten Fall als unzureichend angesehen.

Letztlich verweist der 1. Strafsenat darauf, die EMRK habe nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Rn. 67, 68). Sie sei wie die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung von Grundrechten und rechtsstaatlichen Gewährleistungen Auslegungshilfe. Sie dürfe aber nicht zur Einschränkung des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes führen. Sie sei ebenso bei den Grundrechten des Verurteilten wie bei denen der möglichen Opfer zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall

²⁸ BGH, o. Fn. 27.

²⁹ Z.B. Albrecht, Gutachten D für den 64. DJT, 2002, dort unter 3.2.5 S. 74; vgl. dagegen Kreuzer, NJW 2002, 2345 ff.

müsse das Freiheitsrecht des Verurteilten hinter dem Opferschutz zurücktreten. Das führt, wie schon aufgezeigt, zu einer Relativierung der abwägungsresistenten verfassungs- und menschenrechtlichen Schutzbestimmungen. Ganz anders hat deswegen zu Recht der 4. Strafsenat entschieden.³⁰ Er hat sich nicht auf eine derartige Abwägungskonstruktion eingelassen.

Statt solcher krampfhafter Versuche, den Widerspruch zu dem Urteil des EGMR zu kaschieren, hätte der 1. Strafsenat, wenn er schon das gewählte Ergebnis für unausweichlich hält, offen erklären können, er halte sich an die trotz der Meinung des EGMR nach wie vor für richtig gehaltene Entscheidung des BVerfG von 2004.

2. Teil: Die Diskussion um neue Gesetze zur Sicherungsverwahrung und Unterbringung gefährlicher Personen

I. Grundsätzlicher Verzicht auf nachträgliche Sicherungsverwahrung im Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums

Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 30.06.2010 – „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zur Stärkung der Führungsaufsicht“ –³¹ unternimmt zweierlei, was von uns Wissenschaftlern seit Langem gefordert wird: Völlige Neuordnung des Rechts der SV im StGB – jedenfalls, soweit der Bund zuständig ist – und grundsätzlicher Verzicht auf die 2004 und 2008 geschaffene nachträgliche SV – 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.³² Auf den zweiten Gesichtspunkt – Abschaffung nachträglicher SV (künftig 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

³⁰ BGH, o. Fn. 27.

³¹ Der Entwurf ist bisher noch nicht publiziert und dem Verf. zur Verfügung gestellt worden als einem der am 02.09.2010 im Bundesjustizministerium anzuhörenden Sachverständigen; er ist inzwischen auch Gerichten, Behörden und Verbänden zur Stellungnahme zugeleitet worden.

³² 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; Bartsch, Strafverteidiger 2010, 515 ff.

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.³³
- (3) Selbst wenn es diese allenfalls sehr wenigen Fälle entscheidender erstmaliger 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.³⁴ 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.“³⁵
- (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 Straftat treffen kann. Das sind gegenwärtig etwa 6.000-10.000 Strafgefangene. Wie bereits dargestellt, verstößt das gegen die verfassungsrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeit.

³³ Vgl. die bundesweite Untersuchung zur SV meines ehemaligen Wiss. Mitarbeiters Tillmann Bartsch, o. Fn. 9, 2010 S. 78 ff, 98 ff.

³⁴ Forens. Psychiatrie/Psychologie/Kriminologie 2007, 130 ff.

³⁵ Nachw. bei Bartsch o. Fn. 9, 2010, S. 93; s. auch o. Fn. 8.

(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.“³⁶ 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 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, 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.³⁷ 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

³⁶ SZ v. 12./13.05.2010 S. 5. Näher dazu: Verf., NStZ 2010 (im Druck).

³⁷ Freund, GA 2010, 194 ff.

sich nicht mit dem Urteil des EGMR vereinbaren; dieses bindet jedoch unsere Politik und Justiz. Seine Behauptung, anfängliche und vorbehaltene SV setzen 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 prophcy“, 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 folgt, 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 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. Freundes Konzept ist also ein rein theoretisches, dessen

Grundlage fragwürdig erscheint und das auf die tatsächlichen, sehr negativen menschlichen und organisatorischen Auswirkungen keinerlei Rücksicht nimmt.

II. Ausweitung vorbehaltener Sicherungsverwahrung im Diskussionsentwurf

Der Diskussionsentwurf weitet die vorbehaltene SV schon wegen des grundsätzlichen Fortfalls der n.SV entsprechend aus. Das ist unbedingt zu begrüßen. Er schließt sogar manche 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.³⁸ 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.

Unserem Vorschlag einer einzigen vorbehaltenen Sicherungsverwahrung unter Aufgabe der anfänglichen und nachträglichen SV³⁹ ist der Diskussionsentwurf indes nur teilweise gefolgt. Er wäre vorzugswürdig gewesen, weil sich anfängliche, vorbehaltene 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 ist, 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 – einschließlich möglicher Vollzugslockerungen – dem Betroffenen zu eröffnen. Aber es ist einzuräumen, dass er derzeit politisch kaum durchsetzbar erscheint, weil sich ein – an sich im Sinne unseres

³⁸ Gegen die Gefährlichkeit als maßgebliches Strafzumessungskriterium auch Freund, aaO, S. 202, mit Nachw.

³⁹ Kreuzer/Bartsch 2008, Bartsch 2010 (S. 333 ff), jeweils aaO.

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.⁴⁰ Uns – Tillmann Bartsch und dem Verfasser, die wir die einheitliche v.SV vorgeschlagen haben – erscheint jedoch dem rechtsstaatlichen Gebot, im Urteil über die Rechtsfolgen berechenbar zu entscheiden und aufzuklären, Genüge getan zu sein. 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, ja auch jeder Bewährungsaussetzung, wenn der Verurteilte erst später erfährt, ob die Strafe doch noch zu verbüßen sei. Die schuldhaft 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 nach dem Diskussionsentwurf

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

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 allenfalls eine sehr begrenzte Erfassung junger Täter mit einer v.SV vertretbar, wenn

⁴⁰ Kinzig, NStZ 2010, 233 ff, 239.

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.⁴¹ 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 ist, die aber nach der Neuregelung für eine SV nicht mehr infrage kämen, beispielsweise als bloße Vermögensstraftäter.⁴² Das dürfte einem Gerechtigkeitsgebot entsprechen.

⁴¹ Vgl. dazu Kreuzer/Bartsch, Forum Strafvollzug 2010, 87 ff, 89 f.

⁴² 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.

V. Zur Regelung 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.⁴³ 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“⁴⁴, 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 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

⁴³ 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“.

⁴⁴ 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.

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.⁴⁵

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.⁴⁶

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 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.⁴⁷

⁴⁵ Vgl. statt vieler: Lüderssen, Kritische Justiz 2006, 361 ff.

⁴⁶ Kritisch auch Gaede, HRRS 2010, 329 ff.

⁴⁷ Vgl. insb. Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter. Berlin 2008; Feltes, zuletzt BZ-Interview, Badische Zeitung online v. 08.08.2010; ferner o. Fn. 14.

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.⁴⁸ 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 Entlassungsaufgaben 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 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.

⁴⁸ 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.

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.⁴⁹ 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“.⁵⁰ 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 gefährdetühlende 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.

⁴⁹ Dazu z.B. Kölner Stadtanzeiger, WELT Online, jeweils v. 09.08.2010.

⁵⁰ BVerfG E 35, 202 ff (NJW 1973, 1226 ff).