

Urteil des BVerfG v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09

Besprechung für den STRAFVERTEIDIGER

Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer und Rechtsref. Dr. Tillmann Bartsch, Gießen

I. Teilbewältigung der Diskrepanz zwischen BVerfG und EGMR zur nachträglichen Verlängerung oder Anordnung der Sicherungsverwahrung

Man konnte hoffen, dass es das BVerfG nicht zu einem offenen Konflikt mit dem EGMR in der Frage kommen lassen würde, ob rückwirkend Sicherungsverwahrung zeitlich entgrenzt oder nachträglich angeordnet werden dürfe. Dafür musste es einen Kompromiss suchen zwischen der früheren eigenen Rechtsprechung des Zweiten Senats von 2004¹ einerseits und der Rechtsprechung des EGMR von 2009 und 2010² andererseits. Das BVerfG hatte entschieden, nachträgliche Verlängerung von Sicherungsverwahrung verstoße nicht gegen Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbot nach Art. 103 II, III GG, weil die Maßregel rein präventiv konzipiert und deswegen nicht strafgleich sei. Der EGMR bewertet dagegen die Maßregel als strafgleich gehandhabte Sanktion und deren rückwirkende Verlängerung und Anordnung als Verstöße gegen Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbot in den Art. 7 und 5 EMRK. Dem BVerfG scheint ein Kompromiss zwar gelungen zu sein. Der eigentliche Konflikt ist aber lediglich teilweise behoben, teilweise wohl nur aufgeschoben. Rechtsdogmatisch und kriminalpolitisch hinterlässt das Urteils zudem offene Fragen.

1. Das BVerfG stützt sich für diesen Kompromiss auf die ständige eigene Rechtsprechung und herrschende Meinung zur Frage der Rechtsnatur der EMRK und der Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EGMR und deren Verhältnis zum Grundgesetz und seiner Interpretation durch das BVerfG (Abs.-Nr. 82, 86 ff). Danach kommt der EMRK nur der Rang als Bundesgesetz unterhalb der Verfassung zu. Grundrechtsbestimmungen des GG seien aber völkerrrechtsfreundlich auszulegen. Dabei sei die Rechtsprechung des EGMR weitestgehend zu berücksichtigen. Für Grundrechte des GG bedeute dies, dass ihr Schutzbereich durch die EMRK-Rechte in deren Interpretation durch den EGMR erweitert werden könne. Der EGMR interpretiere die deutsche Maßregel als Strafe und dürfe dabei einen weiteren Begriff der Strafe unter Beachtung vielfältiger Strafverständnisse in den Mitgliedsstaaten zugrundelegen. Das BVerfG hingegen dürfe die Maßregel weiterhin als kategoriales aliud gegenüber der Strafe nach deutschem Verfassungsrecht bewerten. Da es sich bei den angesprochenen Schutzbestimmungen des GG um „mehrpulige Grundrechtsverhältnisse“ handle, könne die Verwerfung nachträglich verlängerter und angeordneter Sicherungsverwahrung durch den EGMR nicht voll übernommen werden, weil man sonst andere Grundrechtsträger – gemeint sein dürften bisherige und mögliche künftige Opfer von Sicherungsverwahrten – in ihrem Schutz beeinträchtige. Deswegen sei zwar grundsätzlich im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung davon auszugehen, dass nachträgliche Verlängerung oder Anordnung der Sicherungsverwahrung konventions- und verfassungswidrig seien, dass aber ausnahmsweise Verwahrungen nach auf zunächst zehn Jahre festgelegter Sicherungsverwahrung oder nach Verbüßung schuldangemessener Strafverbüßung aufgrund rückwirkend angewandter Gesetze unter bestimmten Voraussetzungen – entsprechend Art. 5 I S. 2 lit. e EMRK – rechtens sein könnten. Das sei übergangsweise bis Ende 2011 von den Strafvollstreckungskammern in den Beschwerdesachen zu prüfen. Deswegen seien die Beschwerdesachen an die Vollstreckungsgerichte zurück zu verweisen.

¹ BVerfGE 109, 133.

² EGMR, Urteile v. 17.12.2009 (Beschwerde-Nr. 19359/04, M. ./ Deutschland) und v. 13.01.2010 (Beschwerde-Nr. 17792/07, Kallweit ./ Deutschland u.a.).

Obsolet geworden sind mit dieser Entscheidung in Gänze die nachträgliche Ausweitung der 10-Jahresgrenze, zudem jede nachträgliche Sicherungsverwahrung als solche (Abs.-Nr. 149), die ja partiell auch noch in der gesetzlichen Neuordnung von 2011 beibehalten ist³. Überflüssig geworden sein dürfte außerdem die vom 5. Strafsenat des BGH beantragte Klärung der Auswirkungen der Urteile des EGMR auf das deutsche Sicherungsverwahrungsrecht durch den Großen Senat für Strafsachen⁴.

2. Verfassungs- und konventionsrechtlich bedenklich stimmt die ausnahmsweise Zulassung einer nachträglichen Freiheitsentziehung als Therapieunterbringung für psychisch gestörte und deswegen hochgradig gefährliche Personen, für die im Urteil ein solcher Freiheitsentzug nicht wenigstens vorbehalten war. Dazu beruft sich das Gericht auf eine Mehrpoligkeit betroffener Grundrechte und auf das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip (Abs.-Nr. 82, 86 ff, 93, 141, 151 ff, 164 f). Dieses erfordere es, die Festlegung des EGMR über die Reichweite etwa des Rückwirkungsverbots zu überprüfen und abzuwägen, wieweit sich diese Reichweite mit der Decke für gleiche Grundrechte nach dem GG. Damit lässt es anklingen, was auch bereits in der öffentlichen Anhörung von einem Richter geäußert worden ist: Der EGMR habe Opferbelange gegenüber den Schutzrechten für Beschuldigte nicht hinreichend gewürdigt.⁵ In ähnlicher Weise hatte zuvor der 1. Strafsenat des BGH mit einer Art viktimodogmatischer Abwägungs-Konstruktion argumentiert: „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.“⁶

Das aber wirft die Frage auf, ob grundrechtliche Schutzprinzipien überhaupt solcher Abwägung zugänglich sind. Für das Folterverbot hat auch das BVerfG in der Sache Daschner⁷ absoluter Geltung das Wort gesprochen; nicht einmal die sog. „Rettungsfolter“ zugunsten der einzig möglichen Rettungschance für ein konkretes Opfer lässt solche Relativierung nach Abwägungsgesichtspunkten zu. Wieso sollte nicht Gleiches gelten etwa für Grundrechtspositionen des Schuldprinzips, Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbots sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör? Sollte man trickreich diesem absoluten Grundrechtsschutz entgehen können, weil man die strafgleiche Maßregel schlicht als Nicht-Strafe, damit der Schutzbestimmungen enthoben, erklärt? Vor aktuellen Tendenzen, zugunsten präventiven Opferschutzes auf die Unverbrüchlichkeit unverzichtbarer strafrechtlicher Schutzprinzipien als Errungenschaften der Neuzeit zu verzichten, ist zu warnen. Wehret den Anfängen!

3. Skeptisch ist zu fragen, ob die Zulassung von Ausnahmen gegenüber dem Rückwirkungsverbot Bestand haben wird bei einer zu erwartenden späteren Überprüfung durch den EGMR. Nach dem BVerfG „dürfen die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung beziehungsweise ihre Fortdauer nur noch angeordnet werden, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter...leidet.“ Einige Gründe sprechen für eine künftige Ablehnung durch den EGMR:

³ Kritik daran u.a. von Kreuzer, StV 2011, 122, 127 f.

⁴ BGH, Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/40 und 474/10.

⁵ Verhandlung v. 8.2.2011; dazu Abs.-Nr. 93,94 des Urteils.

⁶ BGH, Urt. v. 9.3.2010 – 1 StR 554/09, dort Rn. 45, 46, 68; krit. dazu Kreuzer, NSTZ 2010, 473, 476 f.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.12.2004 – 2 BvR 1249/04; vgl. auch Kreuzer, in: Nitschke, Hrsg., Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?, 2005 S. 35 ff.

Der EGMR könnte diese Hilfskonstruktion einer nachträglichen Sicherungsverwahrung über lit. e des Art. 5 I 2 EMRK als Umgehung seiner vorangegangenen Ablehnungen, ja als Etikettenschwindel bewerten. Schon die Ausweitung des Begriffs der psychischen Krankheit in der EMRK („persons of unsound mind“) auf bloße psychische Störungen in § 1 ThUG muss stutzig machen. Überdies hatte der EGMR zweimal ausdrücklich eine ersatzweise Legitimierung der als konventionswidrig erklärten Sicherungsverwahrungen durch den Freiheitsentziehungsgrund des Art. 5 I 2 lit. e EMRK abgelehnt, zumal schon in den Ausgangsurteilen eine psychische Erkrankung und damit eine Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus verneint worden seien.⁸ Hellhörig muss man auch werden, wenn für ihre schweren Straftaten als verantwortlich erklärte und bestrafte Täter später nach der Strafverbüßung rückwirkend „psychiatrisiert“ werden. Das erinnert an herbe Kritik der 70er Jahre („labeling approach“) an einem unseligen „Pakt zwischen Strafjustiz und repressiver Kriminalpsychiatrie“. Auch gleicht es einem Zirkelschluss, wenn forensisch-psychiatrische Gutachter nachträglich aus Straftat und Gefährlichkeit eine die Gefährlichkeit zur Tatzeit und zur Zeit der neuerlich erwogenen Unterbringung konstituierende psychische Störung konstruieren sollen.

4. Fragwürdig erscheint es auch, wenn das BVerfG im Gegensatz zum EGMR und gewichtigen Stimmen in der Wissenschaft an seiner kontrafaktischen, begrifflich sophistisch anmutenden Bewertung der Sicherungsverwahrung als einem aliud gegenüber der Strafe festhält. Es spricht von „kategorial unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen und Zwecksetzungen des Vollzugs der Freiheitsstrafe und des Vollzugs der Sicherungsverwahrung“ (Abs.-Nr. 104, 106, 107). Es beruft sich dabei auf Radtke⁹. Zwar beschreibt Radtke zunächst eine kategoriale Unterscheidung im theoretischen Konzept der Zweispurigkeit von Strafen und Maßregeln. Doch übt er gerade Kritik an der rückwirkenden Anwendung verschärfender Neuregelungen bei Maßregeln nach § 2 VI StGB. Zumindest wegen der Teilkongruenz von Strafe und Maßregel verbiete es sich, von kategorialer Verschiedenheit auszugehen, und deswegen sei Art. 103 II GG auch auf Maßregeln anzuwenden. Er spricht von „angeblicher Verschiedenheit“.¹⁰ Übereinstimmungen zwischen beiden Sanktionen bestehen ja vielfältig und überwiegend: Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung werden von Strafgerichten aufgrund einer schuldhaft begangenen Straftat angeordnet, bislang in Justizvollzugsanstalten in ähnlicher Weise vollzogen und gleichermaßen als Strafe erlebt; sie sind übereinstimmend und entscheidend eben Freiheitsentziehung aus Anlass oder wegen einer Straftat; die Strafe muss schuldangemessen sein, aber auch die Maßregel bestimmt sich nach dem Ob und der Länge in ihrer Relation zur schuldhaft begangenen Tat; die Tat-Strafe darf ebenfalls präventive Ziele verfolgen und sogar die Gefährlichkeit berücksichtigen; und im Vollzug gilt übereinstimmend der Resozialisierungszweck.¹¹

5. Freilich hat das BVerfG listig eine alsbaldige Überprüfung der Ausnahmen durch den EGMR verhindert. Die Rückverweisung an die Vollstreckungsgerichte zu erneuter Entscheidung verlangt von möglichen Betroffenen, vor einer neuen Menschenrechtsbeschwerde erst das nationale Rechtsmittelverfahren erneut auszuschöpfen.

⁸ EGMR, o. Fn. 2 (insb. die Fälle der Beschwerdeführer Mücke und Haidn).

⁹ MüKo-Radtke, Bd. 1, 1. Aufl., 2003, Rn. 68 Vor §§ 38 ff.

¹⁰ Radtke, wie Fn. 9, Rn. 70. Deutliche Kritik an dem Konzept kategorialer Unterscheidung wegen der Überschneidungen auch bei Fischer, StGB, 58. Aufl., 2011, Rn. 2, 3 zu § 66. Rissing-van Saan äußerte in der Expertenanhörung im BMJ am 2.9.2010, dass das dictum des BVerfG „zwar mit juristischer Argumentationskunst begründet werden kann, aber mit der erlebten Rechtswirklichkeit nicht unbedingt übereinstimmt.“

¹¹ Ausführlicher und krit. zum BVerfG schon Kreuzer, in: psychosozial 29, Nr. 104, 2006 Heft II S. 11, 13 ff (ZIS 2006, 145 ff).

Sollten sie aber alsbald erfolgreich sein und von den Vollstreckungsgerichten freigelassen werden, erhalten sie keine Entschädigung, wie sie den bisher vor dem EGMR Erfolgreichen in Höhen bis zu € 50.000 zugesprochen wurden. Unser Gesetzgeber sollte daher für die Betroffenen eine Billigkeitslösung erwägen.

6. Im Übrigen ist im Verhältnis von GG/EMRK und BVerfG/EGMR anlässlich dieser neuerlichen, strukturell auf Dauerhaftigkeit angelegten Konfliktlage theoretisch und praktisch-politisch nachzudenken über eine dem tatsächlichen Rang der EMRK entsprechende Konkordanz-Konzeption. Deutschland – ehemals Protagonist europäischer Integration – stünde es gut an, sich an Oesterreich und weitgehend der Schweiz zu orientieren, die der EMRK einen verfassungsgleichen Rang zuerkennen, oder wenigstens an der großen Mehrheit alter und neuer Mitgliedstaaten, die ihr zumindest einen Rang über dem von Gesetzen unter der Verfassung zubilligen, statt an letzter Stelle der wenigen zu stehen, die ihr nur den Rang einfacher Gesetze zugestehen wollen.¹² Bindend im Einzelfall sind die Entscheide des EGMR ja jetzt schon, und im Blick darauf spricht das BVerfG von der „zumindest faktischen Präzedenzwirkung der Entscheidungen internationaler Gerichte“, durch die Konflikte zwischen internationalen und nationalen Verpflichtungen vermieden werden sollten (Abs.-Nr. 89). Es ließe sich bei allem Bedacht auf nationale Souveränität sogar daran denken, Entscheide des EGMR als die nationalen höchsten Gerichte bindend zu akzeptieren, statt jeweils komplizierte innerstaatliche Transformationen mit Risiken erneuter Überprüfung und Verwerfung durch den EGMR auf Dauer hinzunehmen. Der Rechtssicherheit, schnellerer, eindeutiger, kostengünstiger rechtlicher Klärung und der Europafreundlichkeit diene das allemal.

II. Reichweite der als verfassungswidrig erklärten Gesetze

Das Urteil erstreckt gemäß § 78 S. 2 BVerfGG die Feststellung der Verfassungswidrigkeit auf alle Gesetzesvorschriften, die zur Sicherungsverwahrung im StGB und JGG ergangen sind. Sie gelten aber nach Maßgabe der Urteilsvorgaben bis zu einer Neuregelung bis längstens zum 31. Mai 2013 fort (Abs.-Nr. 84 ff). Das ThUG bleibt hingegen ungeprüft und damit zunächst unberührt.

Das Gericht hätte die Verfassungswidrigkeit ausschließlich der Vorschriften über die nachträgliche Aufhebung der 10-Jahres-Begrenzung und der nachträglichen Anordnung von Sicherungsverwahrung feststellen können. Es sah sich jedoch veranlasst, von seinem Ermessen Gebrauch zu machen und die nur „mittelbar angegriffenen Vorschriften“ einzubeziehen (Abs.-Nr. 80, 84, 85, 128, 166 ff). Damit will es dem Gesetzgeber in Bund und Ländern Gelegenheit geben, den ganzen Bereich dieser Maßregel nach einem „dem verfassungsrechtlichen Abstandsgebot entsprechenden gesetzlichen Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung“ neu zu ordnen.

Zur Begründung dieser ungewöhnlichen Reichweite der Feststellung einer Verfassungswidrigkeit führt das Gericht an, die Gesamtmaterie sei außerordentlich komplex. Anordnung und Vollzug hingen voneinander ab. Gerichte dürften nicht etwas anordnen, dessen Sinngebung und Ausführung nicht bindend geregelt seien. Auch Einzelfragen, wie z.B. der „Hang“, Grad der Gefährlichkeit, Überprüfungsfristen, Rechtsweg, Vorgaben für die Vollzugsgestaltung im Sinne des Abstands- und Resozialisierungsgebots oder die ultima-ratio-Begrenzung hingen miteinander zusammen und seien als „integrale Bestandteile eines

¹² Nachw.: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar. 3. Aufl., 2009, Einf. Rn. 7; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 3 Rn. 1 ff.

freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts“ zu begreifen. Überdies muss das Gesamtkonzept zwischen Bundes- und Landesgesetzgebern abgestimmt werden.

Diese Erwägung ist durchaus kriminalpolitisch begründet angesichts anhaltender, langjähriger, immer wieder fehlsamer Gesetzgebungsversuche, die zu einer Flickschusterei in der Gesetzesmaterie geführt haben. Fischer¹³ hat insofern zu recht festgestellt, der Gesetzgeber habe konstant die Kritik aus Wissenschaft, Justiz- und Justizvollzugspraxis ignoriert.

Weniger verständlich ist es, dass vom BVerfG eine Einbeziehung des ThUG abgelehnt, ja dieses Gesetz überhaupt nicht geprüft worden ist, obwohl es ganz eng mit der Sicherungsverwahrung zusammenhängt und Folgen bisheriger Gesetzgebungsmängel beseitigen soll. Gründe könnten sein, dass das Urteil selbst auf eine Bestimmung des Gesetzes Bezug nimmt und dieses Gesetz wie auch das Urteil gleichermaßen rekurren auf die mögliche Legitimation einer Freiheitsentziehung bei psychischen Krankheiten bzw. Störungen nach Art. 5 I 2 lit. e EMRK (Abs.-Nr. 143, 144, 151-155, 173). Das BVerfG will sich offenbar noch nicht festlegen, ob das ThUG wirklich verfassungs- und konventionsrechtlich haltbar ist. Vorsichtig spricht es davon, „dass die Sicherungsverwahrung in den hier in Rede stehenden Konstellationen *allenfalls* unter den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK in Einklang mit Art. 5 EMRK gebracht werden kann“.¹⁴ Wahrscheinlich will das BVerfG sich bei späterer eigener Überprüfung des ThUG auf eine Vereinbarkeit mit dem GG beschränken und die Prüfung an den Maßstäben der EMRK dem EGMR überlassen.

Letztlich kann man fragen, warum das BVerfG nicht nur die konkret beanstandeten Anordnungsnormen der Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt und zugleich das Regelungsdefizit bei dem Vollzug der Maßregel gerügt hat. Die Lage ist ja vergleichbar mit jener im Straf- und Jugendstrafvollzug, deren mangelnde gesetzliche Regelung seinerzeit zu grundlegenden Rügen verfassungswidrigen Fehlens von Vollzugsgesetzen durch das BVerfG geführt hatte, ohne dass vom Gericht auch die Anordnungsnormen zur Freiheits- und Jugendstrafe im StGB und JGG für verfassungswidrig, aber einstweilen weiter anwendbar erklärt worden wären.¹⁵ Die jetzige Sachlage weicht freilich in Einzelheiten wesentlich von den damaligen Situationen ab: Seinerzeit waren keine Anordnungsnormen strittig, während es jetzt gerade um Verfassungsverstöße bei Anordnungsnormen und bei dem Vollzug geht. Weiter ist abweichend hier die besagte Flickschusterei im Bereich der Anordnungsnormen anzuführen. Der Gesetzgeber muss zudem überlegen, ob er die gesamte Sicherungsverwahrung in ein ThUG einbezieht oder dieses aufhebt oder es als Interimslösung auf Fälle beschränkt, in denen trotz Verdikts über Verlängerung und nachträgliche Anordnung der Maßregel ausnahmsweise eine Therapieunterbringung angeordnet werden wird. Damit stellt sich auch die Frage nach zivil- oder strafgerichtlicher Verfahrensgestaltung. Zu entscheiden ist schließlich, ob die Maßregel als Fremdkörper wieder aus dem JGG zu beseitigen ist. Im Übrigen ist die Materie der Maßregel doch überschaubar, während damals bei einer weiteren Erstreckung der Entscheidungen alle Anordnungsnormen zur Freiheits- und Jugendstrafe im Straf- und Jugendstrafrecht betroffen gewesen wären.

¹³ Fischer, o. Fn. 10. Vgl. zur „Flickschusterei“ z. B. auch schon Kreuzer, 2006, o. Fn. 11; ders./Bartsch, „Gesetzgeberische Flickschusterei und Vollzugsprobleme bei der Sicherungsverwahrung“, Forum Strafvollzug 2008, 30 ff; dies., GA 2008, 655 ff; Kreuzer, 2011, o. Fn. 3; ferner ganz überwiegend die Experten bei den parlamentarischen Anhörungen zur Sicherungsverwahrung (z.B. Graebisch, Kinzig, Kreuzer, Seifert, Ullenbruch, Schäfer in der Anhörung des Rechtsausschusses des Dt. BT v. 28.5.2008).

¹⁴ Abs.-Nr. 144; Hervorhebung von den Verf.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.3.1992, E 33, 1 ff; BVerfG, Urt. v. 31.5.2006, E 116, 69 ff.

III. Mögliche Auswirkungen des Urteils auf verschiedene betroffene Personengruppen

Unklar ist, welche Personengruppen möglicherweise betroffener Inhaftierter, Untergebrachter oder bereits Entlassener in welcher Weise von dem Urteil profitieren. Man hätte sich eindeutige (Er-)Klärungen zu einzelnen Gruppen im Urteil gewünscht. Sechs Konstellationen sind zu betrachten:

1. Zunächst geht es um die vier Beschwerdeführer. Bis Jahresende ist für sie von den Vollstreckungsgerichten zu entscheiden. Einer ist bereits entlassen; die Freilassung wird vom Vollstreckungsgericht zu bestätigen sein schon wegen nicht hinreichenden Gefährlichkeitsgrades (Beschwerdef. zu I, Abs.-Nr. 32-42, 176). Bei einem weiteren – dem nach JGG nachträglich Sicherungsverwahrten – kommt ebenfalls eine Entlassung in Betracht, weil auch hier die Prognosebeurteilung zu wünschen übrig lässt und sich auf ältere Gutachten gestützt hat und weil einiges zur Therapie und eventueller Entlassungsvorbereitung unterblieben ist (Beschwerdef. zu III, Abs.-Nr. 51-75). Bei den anderen beiden Beschwerdeführern (zu II, Abs.-Nr. 43-50, zu IV, Abs.-Nr. 58-67) als langjährig Inhaftierten aufgrund u. a. von schweren Sexualstraftaten mit sadistischen Komponenten und im letzten Fall später angenommener Therapieunfähigkeit als „novum“ für nachträgliche Sicherungsverwahrung ist die Anordnung von Unterbringung nach dem ThUG schon eher anzunehmen.

2. Sodann sind die Alt- oder Parallelfälle gleicher rechtlicher Situation betroffen. Es sind alle Sicherungsverwahrten mit nachträglich entfallener zeitlicher Befristung auf zehn Jahre oder mit nachträglicher Anordnung der Verwahrung. Für diese ungefähr 70 Personen werden gleichfalls die Vollstreckungsgerichte (so Leits. III.2 b) bis Ende 2011 zu entscheiden haben über eine eventuelle Entlassung. Ob diese Vollstreckungskammern eine weitere Unterbringung nach dem ThUG entsprechend den neuen Vorgaben des BVerfG anordnen können oder aber an die dann zuständigen Zivilkammern zu verweisen haben, was zu einer ärgerlichen gespaltenen Zuständigkeit führen würde, bleibt nach dem Urteil ungeklärt. Die Problematik wurde wahrscheinlich nicht erkannt, wie die ungenaue Bezeichnung der Zuständigkeit zeigt (mal „Vollstreckungsgerichte“, mal „Landgerichte“).

Die strengen Kriterien des BVerfG für eine Überprüfung lassen den Anteil positiver Entscheidungen als sehr gering einschätzen. Sie seien hier aufgelistet:

- Es muss eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten sein.
- Es muss eine psychische Störung i.S.v. § 1 I Nr. 1 ThUG vorliegen.
- Im Gegensatz zum ThUG hat das BVerfG klargestellt, dass die Störung symptomatisch in der Anlasstat sichtbar geworden sein muss, also auch schon bei der Tat bestanden haben und anhaltend bei dem späteren Zeitpunkt der Prüfung einer Unterbringung noch weiter bestehen muss (Abs.-Nr. 173: „Personen mit durch ihre Straftaten indiziertem Gefährdungspotential“).¹⁶ Da bei den meisten Betroffenen eine solche Feststellung im Ursprungsurteil gefehlt haben wird oder gar eine psychische Störung verneint worden ist und da eine retrospektive Feststellung damals vorhandener Störung mit Einfluss auf die Tat nach vielen Jahren schwer möglich sein wird, schränkt dieses Kriterium den Anwendungsbereich weiter erheblich ein.

¹⁶ Diese Klärung war von Kreuzer in der Expertenanhörung im BMI v. 2.9.2010 (o. Fn. 10) angemahnt worden.

- Der Begriff „psychische Störung“ dürfte eng auszulegen sein im Blick auf den Begriff „unsound mind“ in Art. 5. I 2 lit. e EMRK und die Verneinung dieser Eingriffslegitimation in mehreren Fällen der Sicherungsverwahrung durch den EGMR. Persönlichkeitsstörungen an sich reichen nicht. „Dissoziale Persönlichkeitsstörungen“ können nach dem Urteil allerdings dazu gehören (Abs.-Nr. 152).

3. Betroffen ist ferner die kleine Gruppe derer, die aufgrund der Entscheidungen des EGMR bereits aus der Sicherungsverwahrung entlassen worden sind. Für sie besteht nach § 1 II ThUG die Möglichkeit nachträglicher erneuter Unterbringung. Doch dürfte es kaum je zu einer entsprechenden Therapieunterbringung kommen. Zum einen ist die hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten erst recht nicht feststellbar, wenn sich diese Personen nach der Entlassung straffrei verhalten haben. Dabei ist auch auf die Erkenntnis über seltene Rückfälligkeit aus Katamnesen bei entsprechenden Personen nach der Entlassung aus Straf- oder Sicherungsverwahrung hinzuweisen.¹⁷ Bei dennoch auftretender neuer Straffälligkeit aber hätten sie ohnehin mit einer erneuten Bestrafung zu rechnen. Zum anderen würde eine Anordnung neuer Unterbringung in verschärfter Form die Frage eines Verstoßes gegen den rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgrundsatz aufwerfen und neuerliche Verdikte durch BVerfG oder EGMR heraufbeschwören.

4. Nächstens ist die Gruppe derer zu untersuchen, bei denen nach bisherigem Recht bis zu einer Neuregelung 2013 zu entscheiden wäre, ob sie in nachträgliche Sicherungsverwahrung kommen. Über sie sagt das BVerfG nichts. Für sie muss aber gleiches gelten wie für die Beschwerdeführer. Daher gilt, dass entsprechend dem noch geltenden Recht jeweils bei in Frage kommenden Strafgefangenen nachträgliche Verwahrung zu prüfen ist. Da aber nachträgliche Sicherungsverwahrung verfassungswidrig ist und nur ausnahmsweise nachträgliche Unterbringungen in Betracht kommen, muss der oben dargestellte Kriterienkatalog eventuellen Entscheidungen von Vollstreckungskammern zugrunde gelegt werden. Psychische Störungen wären festzustellen. Diese Prüfung träte an die Stelle derjenigen zu den obsolet gewordenen „neuen Tatsachen“ zur Gefährlichkeit. Denn „nova“ sollen ja eine erst nachträgliche Sicherungsverwahrung legitimiert haben; gerade die nachträgliche Verwahrung ist aber verfassungs- und konventionswidrig. Im Strafvollzug ergäbe sich für die Mitarbeiter ein Perspektivwechsel: von der Beobachtung in Frage kommender Gefangener auf neue Tatsachen hin zu der über Anzeichen früher schon vorhandener und fortwährender deliktsrelevanter psychischer Störungen. Das wäre eine nachträgliche Schein-Rechtfertigung für beispielsweise dem Vernehmen nach in bayerischen Haftanstalten schon vor den Entscheidungen des EGMR und BVerfG angeordnete Prüfungen psychischer Störungen bei vor der Entlassung stehenden Gewalt- und Sexualstraftätern mit „formellen Voraussetzungen nachträglicher Sicherungsverwahrung“.

5. Das führt zu der Frage, was mit der von uns auf 7.000-10.000 geschätzten Gruppe Strafgefangener nach dem Urteil des BVerfG geschehen soll, die unter dem Etikett „formelle Voraussetzungen nachträglicher Sicherungsverwahrung liegen vor“ („fVnSV“)¹⁸ inhaftiert sind. Dass mit dieser Gruppe erhebliche Schwierigkeiten verbunden sind aufgrund der bloß abstrakt im Gesetz, nicht in den Strafurteilen vorgenommenen Einordnung als potenziell gefährlich und für nachträgliche Verwahrung in Frage kommend, haben wir an anderer Stelle betont. Die Betroffenen selbst, ihre Angehörigen, die Vollzugsmitarbeiter erleben diese Schwierigkeiten, das Misstrauen, den immensen bürokratischen Aufwand für

¹⁷ Vgl. z.B. Alex/Feltes, FS 2010, 159 ff; Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 1. Auflage 2008.

¹⁸ Dazu z.B. Bartsch/Kreuzer, StV 2009, 53 ff; Kreuzer, StV 2011, 122, 124.

Beobachtung, Registrierung, Begutachtung und Meldung aller prognoserelevanten Vorkommnisse. Bisher schon kamen aber tatsächlich weniger als 1 % für Anträge zu nachträglicher Verwahrung in Betracht. Leider hat es das BVerfG verabsäumt, diesen Aspekt der Unverhältnismäßigkeit des Eingriffsinstruments nachträglicher Sicherungsverwahrung, den wir immer wieder moniert haben und der auch in der Gesetzgebung aufgegriffen worden ist¹⁹, in seine Würdigung einzubeziehen. Aus dem Urteil ist aber abzuleiten, dass ohnehin die Grundlagen für nachträgliche Sicherungsverwahrungen weitgehend entzogen sind. Nunmehr kommen noch weit weniger als 1 % der mit „fVnSV“ förmlich erfassten Gefangenen und dann unter anderen Voraussetzungen für eine Unterbringung in Betracht. Das über den Tausenden Gefangener zu Unrecht schwebende Damoklesschwert „fVnSV“ ist daher obsolet. Es sollte schnellstens durch die Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden förmlich als erledigt erklärt werden. Erst dann kann sich das Vollzugsklima wieder bessern. Dadurch würden zugleich nicht unerhebliche Ressourcen des Sozialstabs im Vollzug für dringendere Aufgaben freigesetzt, statt weiter vergeudet zu werden. Auf keinen Fall darf auf Kosten der Betroffenen zugewartet werden, bis ein neues gesetzliches Gesamtkonzept 2013 vorliegen wird.

6. Letzte zu untersuchende Gruppe sind alle regulär in der Sicherungsverwahrung oder im Strafvollzug mit sog. „Anschluss-Sicherungsverwahrung“ befindlichen Gefangenen. Könnte das Urteil auch Auswirkungen für sie haben? Das ist in nennenswertem Ausmaß kaum schon in allernächster Zeit zu erwarten. Erst wenn ein neues Gesamtkonzept 2013 vorliegen wird, können sie mit einer tatsächlich verbesserten Behandlung rechnen. Für Strafgefangene mit im Urteil angeordneter anschließender Verwahrung müssen bis dahin Chancen eröffnet werden, so behandelt zu werden, dass die Verwahrung überflüssig wird; ihnen sind also Sozialtherapie und entlassungsrelevante Lockerungen zu ermöglichen. Für Sicherungsverwahrte müssen Abstands- und Behandlungsgebot umgesetzt werden.

IV. Kriterien für die Neugestaltung des Rechts und des Vollzugs der Sicherungsverwahrung

1. Nach dem Urteil des BVerfG muss der Vollzug der Sicherungsverwahrung normativ wie tatsächlich neu gestaltet werden. Das BVerfG hat, wie erhofft,²⁰ die Chance genutzt, das bereits in der Entscheidung von 2004 aus dem Freiheitsgrundrecht abgeleitete Abstandsgebot zu präzisieren. Eine Präzisierung war dringend notwendig. Denn seine damaligen Ausführungen zum Abstandsgebot hatte das BVerfG in bewusster Zurückhaltung derart allgemein gehalten, dass man hieraus alles und nichts ableiten konnte. So bestand es bislang im Wesentlichen aus der Vorgabe, einen Abstand zwischen Sicherungsverwahrung und Strafvollzug zu schaffen, „der sowohl dem Verwahrten als auch der Allgemeinheit den allein spezialpräventiven Charakter der Sicherungsverwahrung vor Augen führt“.²¹ Eine Konkretisierung hatte das BVerfG 2004 nicht als seine Aufgabe angesehen.²² In der Folge war das Abstandsgebot von Vollzugspraktikern vielfach als etwas betrachtet worden, was man „pro forma umsetzen“ bzw. „nicht unbedingt beachten“ müsse.²³

¹⁹ BT- Drucks. 17/3403 v. 26.10.2010, Gesetzentwurf zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, Begründung S. 26.

²⁰ Bartsch, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen – Ergebnisband der Tagung in Berlin 2011, im Druck.

²¹ BVerfG, o. Fn. 1, 165.

²² So ausdrücklich BVerfG, o. Fn. 1, 165.

²³ Bartsch, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, Baden-Baden 2010, 274.

Das verfassungsgerichtliche Abstandsgebot richtet sich nunmehr in erster Linie an den Gesetzgeber, der nach der Vorgabe des BVerfG ein umfassendes Gesamtkonzept für den Vollzug der Sicherungsverwahrung zu entwickeln habe (Abs.-Nr. 110-111). Damit dürfte der Weg geebnet sein für das von Seiten der Wissenschaft und dabei u.a. von den Verfassern²⁴ seit langem geforderte Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetz. Verwunderung erregt in diesem Zusammenhang die harsche Kritik, die das BVerfG an der bisherigen Untätigkeit des Gesetzgebers übt. Dieser habe es entgegen den Vorgaben des Zweiten Senats von 2004 versäumt, „ein freiheitsorientiertes und therapiegerechtes Gesamtkonzept für die Unterbringung zu entwickeln, das dem Abstandsgebot gerecht geworden wäre“ (Abs.-Nr. 121). Dem ist entgegenzuhalten, dass das BVerfG die seit jeher kargen gesetzlichen Regelungen über den Vollzug der Sicherungsverwahrung in der Entscheidung von 2004 explizit als ausreichend angesehen und lediglich den Landesjustizverwaltungen die Pflicht zur Ausgestaltung des Abstandsgebots auferlegt hat.²⁵

Die Zuständigkeit für die Neugestaltung der gesetzlichen Regelungen über den Vollzug der Sicherungsverwahrung liegt nach dem BVerfG sowohl beim Bund als auch bei den Ländern. Während der Bund die Leitlinien vorzugeben habe, sei es Aufgabe der Länder, das Abstandsgebot sichernde, effektive Regelungen für den Vollzug der Maßregel zu treffen (Abs.-Nr. 131). Eine solche differenzierte Gesetzgebungszuständigkeit von Bund und Ländern erscheint zweckmäßig, da auf diese Weise eine bundesweit weitgehend einheitliche Praxis des Sicherungsverwahrungsvollzugs erreicht werden dürfte. Dass sie auch mit den kompetenzrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes in Einklang steht, ist hingegen zu bezweifeln angesichts des im Rahmen der Föderalismusreform eindeutig zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Willens, die Gesetzgebungskompetenz für Straf- und Sicherungsverwahrungsvollzug in Gänze auf die Länder zu übertragen. Freilich sieht auch das BVerfG dieses Problem. Die hierfür vom BVerfG gefundene „Lösung“, wegen der erheblichen Bedeutung des Freiheitsschutzes spiele es keine Rolle, dass der Bundesgesetzgeber nicht mehr über die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug verfüge (Abs.-Nr. 129), überzeugt nicht. Die vom Gesetzgeber festgelegte Kompetenzverteilung kann nicht mit dem Hinweis auf die Gewichtigkeit der zu regelnden Materie übergangen werden.

Das Urteil des BVerfG enthält insgesamt sieben Vorgaben zur gesetzlichen Neugestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung. In ihnen werden – zum Teil erstaunlich detailliert, denkt man an ein „judicial restraint“ im Verhältnis des Verfassungsgerichts gegenüber politischer Gestaltungsprärogative – alle wesentlichen Bereiche der Vollzugsgestaltung behandelt. Sie beruhen überwiegend auf neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen zur Handhabung und zu Problemen des Vollzugs der Sicherungsverwahrung.²⁶

- a) Zunächst betont das BVerfG den die Sicherungsverwahrung beherrschenden ultima-ratio-Grundsatz. Aus ihm leitet es ab, dass schon während des vorangehenden Strafvollzugs alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden müssten, um die Gefährlichkeit des Verurteilten zu reduzieren, so dass nach Möglichkeit die Maßregelvollstreckung noch vermieden werden könne (Abs.-Nr. 113). Hiermit will es dem verbreiteten Missstand entgegentreten, dass bei Strafgefangenen, gegen die Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, mit Therapien und Vollzugslockerungen erst nach dem Übergang in den Maßregelvollzug begonnen wird.²⁷ In der neu zu schaffenden

²⁴ Bartsch, 2010, o. Fn. 23, 282; Kinzig, o. Fn. 17, 312; Kreuzer/Bartsch, FS 2010, 87 ff (90).

²⁵ BVerfG, o. Fn. 1, 165.

²⁶ Vgl. insoweit die Studie von Bartsch, 2010, o. Fn. 23.

²⁷ Vgl. hierzu Bartsch, 2010, o. Fn. 23, 245 ff.

Vollzugsgesetzgebung müssen der Bundesgesetzgeber – in Form von Leitlinien – und nachfolgend die Landesgesetzgeber daher verbindliche und gerichtlich durchsetzbare Ansprüche von Strafgefangenen mit Anschluss-SV auf psychiatrische, psycho- und sozialtherapeutische Behandlung sowie Vollzugslockerungen vorsehen.

- b) Deutlich erkennbar ist an mehreren Stellen des Urteils, dass das BVerfG dem Aspekt der Behandlung im Vollzug der Sicherungsverwahrung zentrale Bedeutung beimisst (vgl. etwa Abs.-Nr. 113 und 121). Dabei scheint es die Chancen einer erfolgreichen Behandlung von Sicherungsverwahrten deutlich positiver einzuschätzen, als es dies noch vor sechs Jahren getan hat. So findet sich im Urteil von 2004 der Hinweis auf die sog. „hoffnungslos Verwahrten“, denen durch die Gewährung zusätzlicher Vergünstigungen ein möglichst angenehmes Leben in Unfreiheit bereitet werden sollte.²⁸ Hiervon ist nun keine Rede mehr.

Im Einzelnen verlangt das BVerfG zunächst eine umfassende, modernen wissenschaftlichen Anforderungen entsprechende Behandlungsuntersuchung, die zu Beginn des Sicherungsverwahrungsvollzugs erfolgen soll. Deren Ergebnisse sollen sodann die Basis für die Erstellung eines detaillierten, nachfolgend fortlaufend zu aktualisierenden Vollzugsplans bilden. Die Behandlung sei – orientiert an positiven Erfahrungen im Schweizer Maßregelvollzug – durch ein multidisziplinäres Team qualifizierter Fachkräfte durchzuführen. Dabei dürften Kosten und Aufwand individuell zuzuschneidender Behandlungsangebote nicht gescheut werden, sofern die standardisierten Angebote der Anstalten sich im Einzelfall als unzureichend erwiesen (Abs.-Nr. 113).

- c) Bei vielen langjährig inhaftierten Sicherungsverwahrten ist nur noch eine geringe Therapiemotivation feststellbar; Lethargie und Passivität haben sich nach mehreren gescheiterten Therapieversuchen breitgemacht.²⁹ Um diesem Problem zu begegnen, verlangt das BVerfG gezielte Motivationsarbeit, mittels derer die Bereitschaft der Untergebrachten zur Behandlung geweckt und gefördert werden sollte. Überdies regt das Gericht die Etablierung eines Anreizsystems an, das aktive Mitarbeit mit besonderen Vergünstigungen und Freiheiten belohnt (Abs.-Nr. 114). Diese Anregung sollte aufgegriffen werden. So existiert ein solches Anreizsystem seit einigen Jahren in der nordrhein-westfälischen JVA Werl. Dort werden die Sicherungsverwahrten je nach Mitarbeit unterschiedlichen Behandlungsstufen zugeteilt, in denen der Einsatz von Behandlungsressourcen sowie die Gewährung vollzuglicher Freiheiten unterschiedlich intensiv sind. Dabei ist die Stufenzugehörigkeit im Rahmen der Vollzugsplanung jederzeit veränderbar. Die Erfahrungen, die mit diesem Anreizsystem in der JVA Werl gemacht wurden, sind laut Aussagen von Vollzugsmitarbeitern positiv: Bei mehreren Untergebrachten habe die Möglichkeit, sich zusätzliche Freiheiten zu erarbeiten, zu einem Motivationsschub geführt.³⁰ Schon seit längerer Zeit wird darüber hinaus im Maßregelvollzug nach § 63 StGB ein Stufenmodell praktiziert, so etwa in der in Mittelhessen gelegenen Einrichtung in Haina.
- d) Der äußere Rahmen des Vollzugs der Sicherungsverwahrung unterscheidet sich bislang kaum von dem des Strafvollzugs. Privilegien werden Sicherungsverwahrten

²⁸ BVerfG, o. Fn. 1, 164.

²⁹ Bartsch 2010, o. Fn. 23, 228 f.

³⁰ Vgl. zum Konzept der JVA Werl Bartsch 2010, o. Fn. 23, 213 f. Siehe auch Hackebarth, ZfStrVo 2006, 287 ff, und Skirl, ZfStrVo 2005, 323 ff.

nur in ganz geringem Umfang zugestanden.³¹ Die Gründe hierfür sind vielfältig; nicht selten liegen sie in der zu geringen personellen Ausstattung der Anstalten und der zu engen Anbindung der Sicherungsverwahrung an den Strafvollzug.³² Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass das BVerfG nunmehr explizit ausreichende Personalkapazitäten und eine vom Strafvollzug weitestgehend getrennte Unterbringung Sicherungsverwahrter einfordert, um künftig einen deutlichen Abstand zwischen Maßregel- und Strafvollzug zu gewährleisten. Dabei ist das Gericht zu Recht der von dem Sachverständigen Rösch und den Verfassern³³ vertretenen Auffassung gefolgt, dass die Unterbringung von Verwahrten in besonderen Gebäuden oder Abteilungen großer Strafanstalten einer Inhaftierung in eigenständigen kleinen Sicherungsverwahrungseinrichtungen vorzuziehen sei (Abs.-Nr. 115). Denn auf diese Weise wird einerseits die zur Privilegiengewährung zwingend erforderliche räumliche Trennung von Sicherungsverwahrten und Strafgefangenen erreicht.³⁴ Andererseits haben die Sicherungsverwahrten auch weiterhin die Möglichkeit, an dem umfangreichen Arbeits- und Freizeitangebot der Strafaufbewahrungseinrichtungen teilzunehmen.³⁵ Aber auch für das Vollzugspersonal dürfte diese Form der Unterbringung vorzugswürdig sein, weil ihm auf diese Weise die Möglichkeit verschafft wird, unproblematisch zwischen den beiden Vollzugsarten zu wechseln. Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil die Arbeit mit Maßregelinsassen, die nicht selten unter schweren Persönlichkeitsstörungen leiden, besonders anstrengend ist. Sofern erforderlich, können sich Mitarbeiter im Maßregelvollzug daher im Strafvollzug eine vorübergehende „Auszeit“ nehmen.³⁶

- e) Schon in der Entscheidung von 2004 hat das BVerfG die besondere Bedeutung von Vollzugslockerungen für die Erstellung der Prognose im Rahmen der Entscheidung über die Aussetzung oder Erledigung der Sicherungsverwahrung hervorgehoben. Deshalb, so die damalige Vorgabe des BVerfG, dürften Sicherungsverwahrten diese Maßnahmen nicht ohne hinreichenden Grund versagt werden.³⁷ Diese Vorgabe ist in der Vollzugspraxis fast ohne Wirkung geblieben. So wurde innerhalb des Jahres 2006 nur 2,4% der Verwahrten eine unbegleitete Maßnahme wie Ausgang, Freigang oder Urlaub gewährt.³⁸ Ursächlich für diese von äußerster Zurückhaltung geprägte Praxis, Vollzugslockerungen zu gewähren, ist ein Klima der Ängstlichkeit und Übersicherung, das sowohl auf der Ebene der Landesjustizverwaltungen als auch auf der Ebene der Anstaltsleitungen vorherrscht.³⁹ Angesichts dessen ist es verständlich, dass das BVerfG die Entscheidung über die Gewährung von Vollzugslockerungen bei Sicherungsverwahrten nunmehr zumindest partiell in andere Hände legt. „Um sicherzustellen, dass Lockerungsentscheidungen auf der Grundlage objektiver, realistischer Risikobewertungen getroffen werden, und der Gefahr übervorsichtiger und voreingenommener Beurteilungen vorzubeugen“, sei die Einrichtung unabhängiger Gremien vollzugserfahrener Fachleute – etwa nach dem Vorbild der Schweizer Fachkommissionen zur Überprüfung der Gefährlichkeit von Straftätern – erforderlich (Abs.-Nr. 116). Die Installierung solcher Gremien ist grundsätzlich zu

³¹ Vgl. Bartsch, 2010, o. Fn. 23, 256 ff.

³² Bartsch, 2010, o. Fn. 23, 280 f.

³³ Kreuzer/Bartsch, o. Fn. 24, 91.

³⁴ Ohne eine solche Trennung ist stets zu befürchten, dass Gegenstände, die Sicherungsverwahrten etwa zur Hafttraumausstattung zusätzlich gewährt werden, in den Straftatbereich gelangen.

³⁵ Ausführlich hierzu Bartsch, 2010, o. Fn. 23, 284 ff.

³⁶ Bartsch, 2010, o. Fn. 23, 285.

³⁷ BVerfG, o. Fn. 1, 164.

³⁸ Bartsch, 2010, o. Fn. 23, 219 ff.

³⁹ Bartsch, 2010, o. Fn. 23, 224 f.

begrüßen. Allerdings sollen sie nach dem BVerfG nur beratend tätig werden und entsprechende Empfehlungen aussprechen können. Die letzte Entscheidung treffen damit weiterhin die Anstaltsleitungen bzw. Landesjustizverwaltungen. Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, ob sich die Lockerungspraxis im Bereich der Sicherungsverwahrung tatsächlich verändern wird. Vorzugswürdig und auch konsequenter wäre es gewesen, wenn das BVerfG den aus unabhängigen Fachleuten bestehenden Gremien die Entscheidung über die Gewährung von Vollzugslockerungen komplett übertragen hätte.

Überdies gibt das BVerfG für den Fall, dass Ausgang, Urlaub oder Freigang nicht möglich sind, die Durchführung begleiteter Ausführungen vor (Abs.-Nr. 116). Derartige Maßnahmen wurden im Vollzug der Sicherungsverwahrung schon in der Vergangenheit häufig durchgeführt. Ihre Bedeutung für die Erstellung der Gefährlichkeitsprognose ist freilich gering, da die Sicherungsverwahrten die Anstalten zumeist nur gefesselt und in Begleitung zweier bewaffneter Beamter verlassen dürfen. Der eigentliche Wert derartiger begleiteter Ausführungen liegt vielmehr darin, dass die Sicherungsverwahrten nicht völlig den Bezug zur Außenwelt verlieren. In der Vollzugspraxis firmieren diese „Lockerungen“ daher auch unter der treffenden Bezeichnung „Maßnahmen zur Erhaltung der Lebenstüchtigkeit“.⁴⁰

Des Weiteren befasst sich das BVerfG mit der Betreuung von Sicherungsverwahrten nach einer Entlassung und gibt – wohl orientiert an Erfahrungen mit der Nachsorge im psychiatrische Maßregelvollzug – vor, dass für sie ein ausreichendes Angebot an Einrichtungen, etwa forensische Ambulanzen und Einrichtungen des betreuten Wohnens, zur Verfügung stehen müsse. (Abs.-Nr. 116). Diese Vorgabe, für deren Umsetzung die Landesjustizverwaltungen zuständig sein dürften, wird in der Praxis zu erheblichen Problemen führen. Denn in der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Kommunen und Wohlfahrtsverbände sich schon gegen die Aufnahme eines einzelnen Sicherungsverwahrten „mit Händen und Füßen“ wehren. Umso schwieriger dürfte es werden, in einer Stadt oder Gemeinde eine Nachsorgeeinrichtung für eine Vielzahl entlassener Sicherungsverwahrter zu errichten.

- f) Erfreulich ist, dass das BVerfG einen effektiv durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Durchführung der vorgenannten Maßnahmen einfordert (Abs.-Nr. 117). Damit greift es einen Vorschlag der Verfasser auf, die schon im Rahmen der Beratung über das Hessische Strafvollzugsgesetz einen solchen Anspruch gefordert hatten.⁴¹ Zur Durchsetzung ihrer Rechte ist den Sicherungsverwahrten nach dem BVerfG ein geeigneter Beistand beizuordnen oder eine andere Hilfestellung anzubieten. Insoweit könnte es sinnvoll sein, den Sicherungsverwahrten für die gesamte Vollzugszeit einen Pflichtverteidiger beizuordnen, der sie in der Wahrnehmung ihrer Rechte und Interessen unterstützt.
- g) Im Blick auf das Verfahrensrecht gibt das BVerfG vor, dass die Fortdauer der Sicherungsverwahrung in mindestens jährlichen Abständen und mit zunehmender Vollzugsdauer noch häufiger zu überprüfen ist (Abs.-Nr. 118). Hier fragt man sich, ob das Gericht nicht des Guten zuviel tun will. Denn innerhalb eines Jahres dürften sich substantielle Änderungen in der Gefährlichkeitsbeurteilung kaum ergeben. Auch wird der ohnehin schon jetzt erhebliche Bedarf an Gutachten weiter ansteigen, was

⁴⁰ Bartsch, 2010, o. Fn. 23, 223.

⁴¹ Vgl. hierzu Kreuzer/Bartsch, o. Fn. 24, 91.

angesichts der geringen Zahl erfahrener Sachverständiger und des enormen Zeitdrucks keine Qualitätssteigerung der zusätzlich zu erstellenden Expertisen und womöglich auch bloße Fortschreibungen früherer Gefährlichkeitsbeurteilungen erwarten lässt. Überdies ist zu befürchten, dass Sicherungsverwahrte mit zunehmender Vollzugsdauer die Motivation verlieren werden, sich wieder und wieder der anstrengenden Begutachtungssituation zu stellen. Zudem lassen sich Engpässe bei der Anforderung von Gerichts- und Vollzugsakten leicht ausmalen mit allein daraus schon erwachsenden Verfahrensverzögerungen.

Alles in allem ist zu erwarten, dass der Vollzug der Sicherungsverwahrung sich künftig, d.h. nach Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben, in tatsächlicher Hinsicht deutlich vom Strafvollzug unterscheiden wird. Damit wird dem sich seit über einem Jahrhundert haltenden Vorwurf des Etikettenschwindels der Boden entzogen.

Freilich ist kritisch zu anzumerken, dass eine Besserstellung von Sicherungsverwahrten gegenüber Strafgefangenen nur deshalb möglich ist, weil die Ausgestaltung des Strafvollzugs nicht vollauf den gesetzlichen Anforderungen genügt. Hierin dürfte das Kernproblem des Abstandsgebots liegen: Es funktioniert nur, solange der Strafvollzug nicht (den gesetzlichen Vorgaben gemäß) funktioniert. Würde den gesetzlichen Anforderungen, beispielsweise dem Resozialisierungsauftrag oder dem Angleichungsgrundsatz im Strafvollzug (§§ 2, 3 StVollzG), im vollen Umfang entsprochen, wäre für einen Abstand zwischen Maßregel- und Strafvollzug schon rein tatsächlich kein Raum mehr. Aber auch theoretisch ließe sich das Abstandsgebot allenfalls dann legitimieren, wenn man bei der Ausgestaltung des Strafvollzugs neben dem Resozialisierungsziel auch noch andere Strafzwecke, wie den Schuldausgleich, berücksichtigte, wenn also Strafvollzug weitere Übelzufügungen, die sich nicht aus dem Resozialisierungsauftrag ergeben, zuließe. Dann wäre Strafvollzug tatsächlich etwas Anderes als Sicherungsverwahrung, nämlich Übelzufügung durch möglichst karge Gestaltung. Das aber wird, soweit ersichtlich, von niemandem mehr vertreten. Zwar hat das BVerfG 1983 in einem obiter dictum die Berücksichtigung von Gesichtspunkten, die für die Verhängung der Freiheitsstrafe maßgeblich sind, auch für deren Vollzug für erforderlich gehalten.⁴² Diese Ansicht, die in der Literatur einhellig abgelehnt wird,⁴³ hat das BVerfG jedoch in der bereits mehrfach genannten Entscheidung zur Sicherungsverwahrung von 2004 wieder aufgegeben.⁴⁴

Zu fragen ist überdies, ob es einen Unterschied gibt zwischen der Therapieunterbringung nach dem ThUG und dem neu gestalteten Vollzug der Sicherungsverwahrung. Da die nach dem ThUG erforderlichen psychischen Störungen lediglich „aufgesetzt“ sind, also nicht wirklich neue Bedürfnisse der Therapie signalisieren, und auch sonst die Therapieunterbringung dem entspricht, was der neu gestaltete Sicherungsverwahrungsvollzug bieten soll, dürften sich die beiden Vollzugsformen zumindest nicht in einer Weise unterscheiden, die eine eigenständige Einrichtung rechtfertigte.

2. Die erst Anfang 2011 überarbeiteten Vorschriften über die Anordnung von Sicherungsverwahrung wird der Gesetzgeber weitgehend wieder in Kraft setzen können. Konkrete Vorgaben für diesen Bereich, die umfangreiche Änderungen erforderlich machten, finden sich in dem Urteil des BVerfG nicht. Allerdings sollte der Gesetzgeber die Regelungen

⁴² BVerfGE 64, 261 ff (275).

⁴³ Vgl. nur Kreuzer, Kommentierende Zusammenfassung zu den Diskussionsbeiträgen, in: Schwind, H.-D., Steinhilper, G., Böhm, A., 10 Jahre Strafvollzugsgesetz – Resozialisierung als alleiniges Vollzugsziel, Heidelberg 1988, 129 ff (137 ff.).

⁴⁴ BVerfG, o. Fn. 1, 176.

noch einmal im Blick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz überprüfen, dessen strikte Berücksichtigung das BVerfG im Urteil mehrfach angemahnt (Abs.-Nr. 97 und 99) hat. Einer solchen Prüfung dürfte zumindest die noch immer mögliche Anordnung von Sicherungsverwahrung neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht standhalten. Denn eine solche Doppelsicherung ist zum Schutz der Bevölkerung nicht erforderlich. Eine Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe kommt gemäß § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB ohnehin nur dann in Betracht, wenn dies unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses verantwortet werden, dem „Lebenslänglichen“ mithin eine günstige Prognose gestellt werden kann. Die Vollstreckung der neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe angeordneten Sicherungsverwahrung ist daher ausgeschlossen, ihre Verhängung dementsprechend überflüssig.⁴⁵

Einer gesetzlichen Regelung über eine ausnahmsweise nachträglich anzuordnende Sicherungsverwahrung bedarf es künftig nicht mehr. Eine gesetzliche Fixierung der Kriterien, die das BVerfG für ausnahmsweise mögliche nachträgliche Unterbringung vorgegeben hat, ist überflüssig. Denn von der zu Jahresbeginn ausgeweiteten vorbehaltenen Sicherungsverwahrung werden die Fälle, in denen diese Kriterien erfüllt sind, umfassend berücksichtigt. Damit dürfte auch das ThUG in einigen Jahren obsolet sein.

Zudem bietet das anstehende Gesetzgebungsverfahren erneut die Chance, über die Abschaffung der anfänglichen Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) zugunsten der Einführung einer einheitlichen vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nachzudenken. Die Verfasser haben diesen Vorschlag bereits an anderer Stelle ausführlich begründet.⁴⁶ Daher sei hier nur auf folgenden Aspekt hingewiesen: Nach dem Urteil des BVerfG müssen nunmehr bei Strafgefangenen mit angeordneter Sicherungsverwahrung alle in Frage kommenden Möglichkeiten zur Behandlung ausgenutzt werden. Der Strafvollzug, der der Sicherungsverwahrung vorangeht, dient daher zu einem nicht geringen Teil dazu, die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung noch zu verhindern. Anders als bislang steht daher künftig mit Antritt der Freiheitsstrafe noch nicht (faktisch) fest, dass die Sicherungsverwahrung vollstreckt werden wird. Vor diesem Hintergrund ist die – nicht lediglich vorbehaltene – Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urteil des erkennenden Gerichts überflüssig, widersprüchlich und für den Betroffenen eine unnötige Belastung. Der veränderten Lage nach der Entscheidung des BVerfG entspricht es vielmehr, im Urteilszeitpunkt stets eine lediglich vorbehaltene Sicherungsverwahrung auszusprechen, deren Anordnung zum Ende des Vollzugs nur dann erfolgt, wenn die vorangegangenen umfassenden Resozialisierungsbemühungen erfolglos waren.

IV. Bewertung der Prognoseschwierigkeiten bei der Gefährlichkeitsbegutachtung durch das BVerfG

Zu der für die Legitimation der Sicherungsverwahrung zentralen Frage, ob und inwieweit es überhaupt möglich ist, zuverlässige Aussagen über das künftige Legalverhalten eines Menschen zu treffen, gibt es in jüngerer Zeit einige neue empirische Erkenntnisse. So hat *Kinzig* festgestellt, dass von 15 Personen, die wegen Erreichens der vor 1998 geltenden Zehn-Jahres-Begrenzung mit schlechter Prognose zwangsweise entlassen werden mussten, bis zum Jahr 2002 nur sieben rückfällig wurden, davon lediglich zwei schwer.⁴⁷ Bei immerhin acht Personen hat sich demnach die negative Gefährlichkeitsprognose nicht bewahrheitet. In die

⁴⁵ So auch BVerfG NJW 2007, 1933 ff (1936). Ebenso *Kinzig/Steinhilber*, in: *Pollähne/Rode*, Hrsg., *Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen*, 2010, 43 ff, 50; *Kreuzer*, o. Fn. 3, 123.

⁴⁶ *Kreuzer/Bartsch*, 2008, o. Fn. 13, 655 ff.

⁴⁷ *Kinzig*, o. Fn. 17, 196 ff.

gleiche Richtung zielen die Befunde von *Alex/Feltes*. Sie untersuchten die Legalbewährung von 115 Gefangenen, die bis Ende 2006 entlassen wurden, obschon ihnen eine negative Prognose gestellt und in der Folge jeweils die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung beantragt worden war. Von den Probanden wurden bis Mitte 2008 nur zwölf zu erneuten Freiheitsstrafen ohne Bewährung verurteilt, davon lediglich vier wegen schwerer Gewalt-, Vermögens- oder Sexualdelikte.⁴⁸ Auch hier ist also von einer hohen Quote zu Unrecht negativ Beurteilter auszugehen. Angesichts solcher Befunde, welche die These bestätigen, dass sich im Vollzug der Sicherungsverwahrung nicht wenige „falsch Positive“ befinden, jedenfalls einschlägige Rückfälligkeit verhältnismäßig gering ist, wäre zu erwarten gewesen, dass das BVerfG zur Problematik der Gefährlichkeitsbeurteilungen ausführlich Stellung bezieht. Doch wie schon 2004 geht das Gericht dieser Diskussion aus dem Weg. Es anerkennt schlicht und ergreifend die „bestehenden Unsicherheiten bei der Prognose“ und weist im gleichen Atemzug darauf hin, dass diese Unsicherheiten weder Eignung noch Erforderlichkeit des mit der Sicherungsverwahrung verbundenen Freiheitseingriffs beseitigten (Abs.-Nr. 99). Das mag richtig sein; die entscheidende Frage dürfte sich jedoch erst auf der nachfolgenden Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellen. So erscheint es zumindest fragwürdig, ob es tatsächlich verhältnismäßig i.e.S. ist, dass zum Zwecke des Schutzes der Allgemeinheit bei der Sicherungsverwahrung zwangsläufig einer nicht geringen Anzahl tatsächlich ungefährlicher Personen die Freiheit entzogen wird.

⁴⁸ Alex/Feltes, o. Fn. 17, 159 ff.