

**Aufgaben und Leitlinien einer Reform der Sicherungsverwahrung
in Gesetzgebung und Rechtspraxis**

**Überarbeiteter und erweiterter Vortrag in der Evangelischen Akademie Loccum am 20.
Oktober 2009**

Zum Auftakt: Ein aktueller Fall

9.10.2009: Das Landgericht Wuppertal verurteilt einen 29-jährigen Arbeitslosen zu zwölfenhalb Jahren Freiheitsstrafe wegen Entführung und Vergewaltigung. Er hatte eine 16-jährige schwangere Schülerin auf dem Schulweg entführt und in seiner Wohnung nahe der Wohnung seines Opfers gefesselt und vier Tage lang immer wieder brutal vergewaltigt, bis sich das Mädchen befreien konnte. Er soll seinem Opfer gesagt haben: „Du gehörst mir – Du und Dein Kind. Wird es ein Junge, dann töte ich ihn. Wird es ein Mädchen, dann missbrauche ich auch das.“ Dem psychiatrischen Sachverständigen gegenüber habe er geäußert: „Hätte ich gewusst, wie toll das ist, hätte ich so etwas schon viel früher getan.“ Bei ihm wurde ein Porno-Film gefunden, dessen Handlung ihm als Vorlage gedient haben könnte. Trotz erheblicher Wiederholungsgefahr konnte keine Sicherungsverwahrung neben der Strafe angeordnet werden, weil – so das Gericht – rechtlich eine einzige Tat vorliege. Deswegen geht die Nebenklägerin in Revision. Nachträgliche Sicherungsverwahrung scheidet aus, weil schon im Urteilszeitpunkt die Gefährlichkeit bekannt ist, also „neue Tatsachen“ für eine sich erst danach abzeichnende Rückfallgefahr ausscheiden. Schon jetzt fordert der Deutsche Kinderschutzbund, in einem erneuten Gesetz zur Ausweitung der Sicherungsverwahrung diese Gesetzeslücke zu schließen.¹ Sicher wird sich ein Bundesland finden, das diese Anregung aufgreift und einen entsprechenden Antrag im Bundesrat zusätzlich zu den bereits vorliegenden Ausweitungsanträgen einbringen wird. Der schreckliche Vorfall zeigt zwar die Unzulänglichkeit und Lückenhaftigkeit bisheriger vielfacher Ausweitungsgesetze. Aber eine erneute Reparatur aufgrund eines Einzelfalls verspräche nur ein Kurieren des Symptoms, keine wirkliche Lösung der Gesetzesmisere.

I. Entwicklung und Mängel der bisherigen Ausweitungen, namentlich der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Erwachsenen, Heranwachsenden und Jugendlichen

1. Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Gesetzeslage zur Sicherungsverwahrung

Die strafrechtliche Maßregel der Sicherungsverwahrung – 1934 erstmals durch das Gewohnheitsverbrechergesetz eingeführt und schon mit einer Klausel für eine nachträgliche Anordnung versehen – überdauerte die Nazizeit. Sie wurde 1975 im Rahmen der grundlegenden Reform des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs drastisch beschränkt und

¹ Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 09.10.2009 (<http://www.sueddeutsche.de/panorama/91/490467/text/>). Inzwischen ist die Revision gegen die Entscheidung des Landgerichts vom BGH verworfen worden; dazu Kreuzer, A., Sicherungsverwahrung für Sexualstraftäter – Der BGH musste die nachträgliche Sicherungsverwahrung ablehnen, ZEIT ONLINE v. 13.01.2010 (<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2010-01/sicherungsverwahrung-bgh>).

fürte sodann zunächst ein Schattendasein. Man dachte über ihre Abschaffung nach, zumal sie als schuldunabhängige Maßregel einen Fremdkörper im Schuldstrafrecht darstellt.² Seit 1998 setzte eine umgekehrte Entwicklung ein. Sie wurde schrittweise ausgeweitet. Rechtsstaatliche Rücksichtnahmen schwanden. Verantwortlich dafür war nicht eine deutliche Zunahme relevanter Straftaten – eher das Gegenteil ist gegenwärtig zu beobachten –, vielmehr eine allgemeine Strafverhärtungstendenz, außerdem eine in der Politik empfundene Herausforderung, erkennbar und entschieden jeweils auf massenmedial skandalisierte spektakuläre Einzelverbrechen zu reagieren. Sechsmal wurde die Sicherungsverwahrung gesetzlich ausgeweitet, rechtsstaatlich gesehen entgrenzt:

Die Zehn-Jahres-Grenze bei erstmaliger Anordnung der Sicherungsverwahrung (künftig: SV) wurde mit rückwirkender Kraft aufgehoben. Nun ist die Verwahrung potenziell lebenslänglich. Außerdem genügt jetzt eine einzige Verurteilung wegen zwei Gewalt- oder Sexualstraftaten. Die Anforderungen an eine spätere Bewährungsaussetzung wurden heraufgesetzt (§ 66 StGB). Zwei neue Formen der Anordnung sind hinzu gekommen: 2002 war es die im Urteil vorbehaltene SV bei noch nicht sicherer Rückfallprognose (§ 66a StGB). 2004 gab das Bundesverfassungsgericht nach unzulänglichen Regelungsversuchen einiger Bundesländer den Weg frei für eine bundesgesetzlich festzulegende nachträgliche Sicherungsverwahrung (künftig: nSV) auch ohne Vorbehalt im Ausgangsurteil.³ Die verfassungsgerichtliche Begründung ist widersprüchlich: Einerseits soll keine Landes-, nur Bundeskompetenz für eine gesetzliche Regelung bestehen, weil es sich bei dieser Verwahrung der Sache nach um Strafrecht, eine strafrechtliche Tatreaktion handele; für bloßes Präventionsrecht wären die Länder zuständig. Andererseits soll die SV ein *aliud* zur Strafe sein und deswegen nicht an den grundgesetzlichen Schutzbestimmungen für Strafen teilhaben, nämlich den Verboten der Rückwirkung von Strafgesetzen und der Doppelbestrafung für dieselbe Tat (Art. 103 II, II GG). Dass diese Maßregel etwas gänzlich Anderes als Strafhaft sei, erscheint als kontrafaktisches rechtliches Konstrukt, denn SV wird weitgehend wie Strafe vollzogen und von den Betroffenen empfunden. Zu verstehen ist diese Entscheidung allenfalls angesichts der mitschwingenden Furcht, einer der in nachträgliche Verwahrung genommenen Beschwerdeführer oder einer der bei Verwerfung dieser rückwirkend vom Wegfall der 10-Jahres-Grenze als verfassungswidrig auf freien Fuß zu setzenden über 238 von insgesamt 281 verwahrten Betroffenen könne nach einer sofortigen Freilassung rückfällig und das Verfassungsgericht dafür in der Öffentlichkeit verantwortlich gemacht werden. Diese problematische Entscheidung – und wohl auch schlechtes Gewissen angesichts schwerwiegender rechtsstaatlicher Einwände – federte das Verfassungsgericht ab, indem es wichtige, folgenreiche inhaltliche, qualitative Bedingungen an den Vollzug dieser Maßregel knüpfte: Nur ausnahmsweise dürften sehr wenige Gefangene in Verwahrung, zumal eine nachträgliche, genommen werden (*ultima-ratio-Gebot*); die Beweislast für anhaltende Rückfallgefahr gehe mit zunehmender Länge der Verwahrung auf den Staat über (Umkehr der Beweislast nach zehn Haftjahren); deswegen seien den Verwahrten Resozialisierungsangebote schon in der Strafzeit zu bieten, damit es gar nicht erst zur Verbüßung anschließender SV komme, außerdem mindestens in gleichem Maße in der Zeit der SV („Resozialisierungsgebot“), und zwar einschließlich entlassungsrelevanter Vollzugslockerungen; weil die Verwahrten schuldunabhängig ein Sonderopfer für die Sicherheit der Allgemeinheit erbrächten, seien sie gegenüber Strafgefangenen besser zu stellen, damit sie und die Allgemeinheit erkannten, dass die Verwahrung etwas Anderes als Strafhaft sei („Abstandsgebot“). Der Bundesgesetzgeber schuf mit § 66b StGB die nSV

² Zur Geschichte der Sicherungsverwahrung z.B.: *Jansing, J.-D.*: Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Tübingen 2004, S. 7 ff; *Kinzig, J.*: Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Freiburg 1996, S. 7 ff.

³ BVerfG, NJW 2004 S. 737 ff.

noch im selben Jahr. Sie darf schon bei Ersttätern mit nur einer Tat aus einem Katalog schwerer Delikte und nach Verbüßung mindestens fünfjähriger Freiheitsstrafe angeordnet werden. Vorausgesetzt wird lediglich, dass nach dem Urteil neue Tatsachen erkennbar werden, die auf eine erhebliche Rückfallgefahr bei Entlassung aus Straf- oder Maßregelvollzug deuten. Sodann wurden Heranwachsende, zur Tatzeit 18-20-Jährige, bei Anwendung des Erwachsenenrechts einbezogen (§ 106 III, IV JGG). 2008 zerbrach ein letztes Tabu. Die nSV wurde ausgeweitet für nach Jugendstrafrecht verurteilte Ersttäter mit einer Mindeststrafe von sieben Jahren, wobei auf neue Tatsachen sogar verzichtet wird (§§ 7 II, III, 106 V JGG).⁴ Dieses Gesetz schleppt die grundsätzlichen Mängel fort und vermehrt sie sogar noch. Obendrein liegen dem Bundesrat weitere Ausweitungs-Gesetzentwürfe vor.⁵

2. Analyse der Mängel dieser Gesetzgebung

a) Mängel im System der §§ 66-66b StGB

Die bisherigen Ausweitungsgesetze haben ein Konglomerat von Vorschriften entstehen lassen. Immer wieder neue Lücken werden durch Verbrechensvorfälle und anlässlich gerichtlicher Entscheidungen erkennbar und zu füllen versucht. Gründe sind tatsächliche Erscheinungen von Rückfallkriminalität ebenso wie höchstrichterliche Feststellungen zu Grenzen und Mängeln vorangegangener Ausweitungsgesetze. Wohl kein Thema in der Kriminalgesetzgebung hat vergleichbar viele und hektische Gesetzesänderungen und einen Stau von weiteren Änderungsentwürfen bewirkt. Das dabei aus gesetzgeberischer Flickschusterei entstandene Konglomerat enthält Systembrüche und Widersprüchlichkeiten, erweckt vielfältig rechtsstaatliche Bedenken, ist schwer les- und interpretierbar. Es weist in bezug auf die nSV zudem grotesk mangelnde Treffsicherheit auf. Es hat Folgen der Anwendung nicht oder fehlsam eingeschätzt, unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand verursacht, betroffene Strafgefangene sowie Vollzugsmitarbeiter unnötig in Unruhe versetzt, sich zudem als eine Art Arbeitsbeschaffungsprogramm für Strafgerichte aller Instanzen und das Bundesverfassungsgericht, ebenso für Kommentarliteratur erwiesen. Das gilt auch und gerade für die zuletzt beschlossene Ausweitung auf junge Täter. Es war jetzt eigentlich nicht an der Zeit, dieses Gesetz zu verabschieden. Vielmehr war es und ist es nunmehr erst recht dringend an der Zeit, über eine grundsätzliche Neukonzeption des gesamten Sicherungsverwahrungsrechts, Verschlankung, Verständlichkeit, Systemkongruenz und rechtsstaatliche sowie europarechtliche Verträglichkeit nachzudenken. Sie sollte tatsächlich mehr Sicherheit schaffen, unnötige Bürokratie vermeiden und Betroffenen Vertrauensschutz geben.

Als Beispiel dafür, dass Populismus am Werke war, dass hektisch Gesetze geschaffen wurden, ohne mögliche Anwendungsbereiche zu prüfen, dass es manchmal auch nur um

⁴ Kritisch zur Gesamtentwicklung und besonders zur nachträglichen Sicherungsverwahrung sowie zu deren Vollzug schon: *Kreuzer, A.*: ZIS 2006 S. 145 ff.; *Bartsch, T.*: BewHi 2007 S. 399 ff.; *Bartsch, T.*: ZIS 2008 S. 280 ff.; *Bartsch, T., Drenkhahn, K.*: Sicherungsverwahrung. In: Cornel, H., et al., Hrsg.: Handbuch der Resozialisierung 3. Aufl. Baden-Baden 2009 S. 3224 ff.; *Kreuzer, A., Bartsch, T.*: Forum Strafvollzug 2008a S. 30 ff.; *Kreuzer, A., Bartsch, T.*: GA 155, 2008b S. 655 ff. Zur Ausweitung auf nach Jugendstrafrecht Verurteilte kritisch: Stellungnahmen zu der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht – BT-Drucks. 16/652 –, Zusammenstellung für die Anhörung v. 28.5.2008 v. 26.5.2008: *Graebisch, C.*, S. 1 ff.; *Kinzig, J.*, S. 13 ff.; *Kreuzer, A.*, S. 25 ff.; *Seifert, D.*, S. 44 ff.; *Ullenbruch, T.*, S. 48 ff.; zusätzlich *Schäfer, G.*, (nachgereichte Stellungnahme v. 28.5.2008); dem Gesetzentwurf zustimmende Stellungnahmen: *Konopka, M.*, S. 21 ff.; *Pütz, E.*, S. 38 ff.

⁵ BT-Drucks. 16/292: Ermöglichung der nSV auch ohne neue Tatsachen; BR-Drucks. 876/05: Entwurf Mecklenburg-Vorpommern zur Ermöglichung der primären SV; BR-Drucks. 657/08: Entwurf Schleswig-Holstein zur Modifikation der Fristenregelung bei der nSV.

symbolisches Strafrecht ohne praktische Relevanz geht, diene die Neuregelung in § 66 I StGB. Danach ist auch neben lebenslanger Freiheitsstrafe SV anzuordnen, wenn die sonstigen Anordnungsvoraussetzungen vorliegen. Die dazu gebrauchte beliebte juristische Argumentationsweise *a maiore ad minus*, SV sei erst recht bei lebenslanger Strafe vorzusehen, wenn dies schon bei zeitiger Freiheitsstrafe der Fall sei, war erkennbar verfehlt. Theoretisch ist nämlich kein einziger Fall konstruierbar, in welchem neben der Höchststrafe SV greifen könnte. Der Rest lebenslanger Strafe kann nach der Mindestverbüßung nie zur Bewährung ausgesetzt werden, solange ein auch nur geringes Rückfallrisiko besteht. Für die Anordnung von SV nach Verbüßung einer lebenslangen Strafe ist daher kein Platz. Nun aber müssen strafrechtsdogmatisch Scheinprobleme gelöst werden, da der Gesetzgeber wohl nicht diese „just for show“ geleistete Gesetzesmodifikation rückgängig machen wird. Und die Praxis muss Wege finden, wie mit solcher Doppelung von Sanktionen umzugehen sei. Dogmatisch ist zu klären, was die aus Sicherheitsgründen über das Mindestmaß der Verbüßung lebenslanger Strafe hinausreichende Strafverbüßung ihrem Wesen nach sei, worin ihre Legitimation liege. In drei Sachlagen kann sich ein solcher Überhang an Verwahrung über die schuldangemessene Haftzeit der lebenslangen Freiheitsstrafe hinaus ergeben (*Kinzig* spricht von „gefährlichkeitsbedingter Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe“⁶): einmal, wenn bei lebenslanger Strafe die Mindestverbüßungszeit von 15 Jahren abgelaufen ist, die Entlassungsprognose über eine fortbestehende Gefährlichkeit aber nicht den strengen Anforderungen des § 454 II StPO genügt; weiterhin, wenn bei Verhängung der lebenslangen Strafe zugleich mit der Feststellung besonderer Schwere der Schuld im Strafurteil die gegebenenfalls vom Vollstreckungsgericht verfügte zusätzliche Strafzeit über 15 Jahre hinaus verbüßt ist und die Prognose keine vorzeitige Entlassung erlaubt; schließlich, wenn neben lebenslanger Strafe Sicherungsverwahrung im Urteil verhängt und die Mindeststrafe mit oder ohne „Zuschlag“ wegen besonderer Schwere der Schuld verbüßt ist. Dieses jeweilige Mehr an Inhaftierung entspricht der Vollstreckung einer SV nach Verbüßung einer zeitigen Freiheitsstrafe. Es könnte der Sache nach in den drei Situationen der lebenslangen Strafe das nämliche Sonderopfer sein, das der Gefangene nach der schuldangemessenen Mindestverbüßung zugunsten des Gesellschaftsschutzes erbringt, ebenso wie der, welcher im Anschluss an eine zeitige Strafe sicherungsverwahrt wird. Sieht man es so, wäre in der Tat eine Überstellung des „Lebenslänglichen“ in den Vollzug der SV angebracht mit den Besonderheiten des Resozialisierungs- und Abstandsgebots samt der vom BVerfG angemahnten Beweislastumkehr. Damit stünde der nun sicherungsverwahrte „Lebenslängliche“ besser als der Strafgefangene mit lebenslanger Strafe. Man könnte aber wohl auch in den drei Situationen der lebenslangen Strafe eine weitere Verbüßung der Strafe als solcher sehen, zieht doch das zugrunde liegende Verbrechen eine potenziell lebenslang zu verbüßende Strafe nach sich. Wie immer man dies bewertet, muss die Praxis entscheiden, was aus denen werden soll, bei denen im Urteil neben lebenslanger Strafe SV angeordnet und die Mindestverbüßungszeit abgelaufen ist. In Vollstreckungsakten wird derzeit üblicherweise anschließende SV vermerkt. Es ließe sich im Sinne praktischer Konkordanz an eine Überstellung in die SV bei Zustimmung des Strafgefangenen denken. Dann aber müsste er in den Genuss der Vorteile vor allem des Abstandsgebots kommen.

b) Gründe für die gesetzgeberische Flickschusterei und stete Ausweitung der SV

Eine Reihe von Gründen dürfte zu diesem mangelhaften Zustand geführt haben:

- Die Verschärfungsgesetzgebung seit 1998 fiel in eine Zeit und einen Zeitgeist, welche gezeichnet sind von einem in der kriminologischen Debatte so benannten „*punitive turn*“,

⁶ *Kinzig, J.*, Zur Verfassungsmäßigkeit der gefährlichkeitsbedingten Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe und zu deren Anforderungen, *Juristische Rundschau* 61, 2007 S. 165 ff.

eine Strafverhärtungswelle, die von den USA („*get tough on crime*“, „*war on crime*“, „*war on terrorism*“) auf Westeuropa überschwappte. Sie hinterließ in manchen anderen Ländern sogar deutlichere Spuren als bei uns. So wurde in Großbritannien die unbedingte Strafmündigkeit auf 10 Jahre herabgesenkt und dort sowie in Ungarn die von vornherein bis zum Tode reichende lebenslange Freiheitsstrafe eingeführt. In der Schweiz ergab ein Referendum eine Mehrheit für die Einführung unbedingt lebenslanger Verwahrung für Sexualstraftäter. Bei uns schieden solche Sanktionen aus angesichts der frühen Festlegung des Bundesverfassungsgerichts, dass auch Schwersttätern mit lebenslanger Strafe Resozialisierungsmaßnahmen anzubieten seien und eine Chance späterer Entlassung in Freiheit verbleiben müsse, wenn sie keine Rückfallgefahr mehr böten.⁷

- Die Verschärfungsgesetze entsprechen zudem einer besonders nach den terroristischen Ereignissen in den siebziger Jahren sowie nach dem 11. September 2001 zu beobachtenden Tendenz weg vom liberalen tatstrafrechtlichen zum präventiv, an Gefährlichkeit ausgerichteten Strafrecht, das manchen Kritiker von einem „Sicherheitswahn“ sprechen lässt.
- Einzelfälle oftmals entsetzlicher Sexual- und Gewaltstraftaten von aus Haft oder Maßregeln entlassenen Tätern oder auch von Ersttätern wurden massenmedial so dargestellt, dass öffentliche und veröffentlichte Meinung den Eindruck brisant zunehmender Gewalt und hilfloser Justiz und Gesetzgebung entstehen ließen und entsprechenden Handlungsdruck auf die Politik ausübten. Dass die tatsächliche Kriminalitätsentwicklung dafür keinen Beleg ergab, wurde verkannt.
- Der Bundesgesetzgeber reagiert tendenziell mit symbolischer Gesetzgebung auf derartige Stimmungen und Lagen, zumal solche Gesetze üblicherweise nicht einer Erfolgskontrolle unterliegen, von den Ländern auszuführen sind und als Beweis für verantwortungsvolle Reaktion dienen sollen. Landesjustizministerien und Landesregierungen reagieren mitunter ebenso hektisch mit Verschärfungsanträgen im Bundesrat, weil sie sich so angesichts geringer eigener gesetzgeberischer Kompetenz im Landesrecht gleichwohl bundesweit im Strafrecht profilieren wollen.
- Parlamentarische Anhörungen von Experten finden zumeist erst in einem Stadium statt, in dem sich maßgebliche Rechtspolitiker und Parteien bereits festgelegt haben und allenfalls noch peripher korrigieren lassen. Selbst offenkundige Mängel von Gesetzentwürfen werden nicht mehr geändert. 2008 erklärten beispielsweise die Parteien fast unisono, eine Gesamtreform der SV sei angezeigt. Gleichwohl wurde der von Fachleuten heftig kritisierte, systemwidrige Entwurf zur Ausdehnung der nSV auf nach Jugendstrafrecht Verurteilte verabschiedet.
- Ambivalentes taktisches Verhalten ist mitunter kennzeichnend für politische Einstellungen zu Reformen und das Verhalten bei anstehenden parlamentarischen Abstimmungen über Ausweitungsgesetze zur SV. Die einen stimmen einem Ausweitungsgesetz zu, weil sie es für richtig halten, die anderen, obwohl sie es ablehnen, aber weil sie sich durch einen Koalitionsvertrag gehalten sehen zuzustimmen, um nicht die amtierende Regierung zu Fall zu bringen, wieder andere, weil sie gerade die Flickschusterei mit zahlreichen Stolpersteinen dogmatischer Art im komplizierten Gesetzestext als Mittel erachten, den Anwendungsbereich des eigentlich abzulehnenden Ausweitungsgesetzes angesichts einer strengen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur SV praktisch einzuengen.
- Allenthalben verweigern sich Politiker, öffentlich die Grenzen zumal eines rechtsstaatlichen Strafrechts einzuräumen, breitflächig Sicherheit vor schwerer Kriminalität und gelegentlicher Rückfälligkeit einzelner Täter zu gewährleisten. Würden sie Bedenken gegenüber Ausweitungen der SV vortragen, könnten sie – zumal in

⁷ BVerfGE 45, 187 ff (21.06.1977).

Wahlkampfzeiten – von jeweiligen Konkurrenten als „Weichei“, als unverantwortlich diskreditiert werden. Man verschweigt geflissentlich die großen Erfolge geltender Regelungen zur Vermeidung von Rückfälligkeit, etwa die erheblichen rechtlichen, konzeptionellen und praktischen Verbesserungen im Vollzug der Maßregel der Unterbringung in der forensischen Psychiatrie mit ihren Erfolgen auch in der Behandlung von Sexualstraftätern und ihren behutsamen, flexiblen Überleitungen in Freiheit.

c) Verfassungsrechtliche Bedenken

Einige wichtige verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber dem bisherigen Regelungswerk, namentlich wegen möglicher Unverhältnismäßigkeit der nSV, seien aufgeführt:

- Eine Unverhältnismäßigkeit könnte schon zu konstatieren sein, weil die vorangegangenen Regelungen zur nSV und ebenso das zuletzt beschlossene Gesetz über die nSV für nach Jugendstrafrecht Verurteilte die sogleich absehbaren erheblichen Folgen in der Zeit nach Strafantritt bis zum Beginn des Verfahrens über eine konkret anzuordnende nSV für Gefangene, Vollstreckungsbehörden und Vollzugsmitarbeiter verkannt haben. Die nSV betrifft nicht nur wenige, vielmehr Tausende Gefangene. Es ist irrig zu glauben, die gesetzliche Regelung belaste nicht betroffene Gefangene während des Strafvollzugs. Auch das Bundesverfassungsgericht⁸ und der Nationale Normenkontrollrat⁹ haben diese Folgewirkungen während der Strafzeit außer acht gelassen. So müssen nach den Erwartungen der Strafvollstreckungsbehörden¹⁰ und den vom Justizministerium des Landes Sachsen-Anhalt für alle Bundesländer erarbeiteten und in den Ländern wohl ganz überwiegend umgesetzten Richtlinien samt der wegen schwerer Verständlichkeit der §§ 66-66 b StGB erarbeiteten „Checkliste zur Prüfung der formellen Voraussetzungen der nachträglichen Sicherungsverwahrung“ bei Strafantritt Tausender Gefangener von Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden die „formellen Voraussetzungen“ der nSV sogleich geprüft und in der Vollstreckungsakte vermerkt werden („f.V.nSV“). Dies bedeutet zugleich ein Stigma. Im Hinblick auf mögliche spätere Anordnungsverfahren müssen bei diesen Tausenden Betroffenen alle prognoserelevanten Auffälligkeiten unverzüglich aufgeklärt und gerichtsverwertbar aktenkundig gemacht, evtl. von der Vollzugs- sogleich der Vollstreckungsbehörde gemeldet werden.¹¹ Lockerungsentscheidungen gestalten sich bei Betroffenen deswegen wesentlich schwieriger. Bedienstete tun sich schwer in der Resozialisierungsarbeit mit solchen Gefangenen. Gefangene werden misstrauisch. Ihre Kontakte zu Angehörigen, namentlich zu Partnerinnen, reißen noch eher ab, weil diese allzu leicht resignieren angesichts eines nunmehr völlig unberechenbar gewordenen Entlassungszeitpunkts. Der bürokratische Aufwand bindet selbstverständlich – schon jetzt erkennbar – erhebliche Ressourcen. Beispielsweise berichtete in der Anhörung des Rechtsausschusses der Anstaltsleiter der JVA Straubing, bisher habe er 49 Fälle für eine justizförmige Entscheidung einer nSV nach § 66 b StGB gründlich vorbereiten und der Vollstreckungsbehörde zuleiten lassen –

⁸ Einzige bisherige Entscheidung zur nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 b StGB: BVerfG, Kammerbeschluss, 2 BvR 226/06 v. 23.8.2006 – http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060823_2bvr022606.html

⁹ In seiner Stellungnahme – BT-Drucks. 16/6562 S. 12 Anlage 2 – heißt es, es entstünden keine neuen Informationspflichten oder Bürokratiekosten, weshalb er keine Bedenken gegen das Regelungsvorhaben erhebe.

¹⁰ Vgl. dazu nur *Folkers*, S.: NStZ 2006 S. 426 ff.

¹¹ *Folkers*, S., o. Fn. 11, führt dazu beispielsweise u. a. aus: „Die Anstalten sind daher aufgerufen, Vorkommnisse, die Relevanz für das Verfahren über die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung erlangen können, sorgfältig zu dokumentieren und ggf. aufzuklären.“ Dazu gehöre es etwa, bei einem wegen sexuellen Kindesmissbrauchs Verurteilten „sexualisierendes Verhalten gegenüber anderen Personen ... wie obszöne Worte oder Gesten... besonders sorgfältig“ zu dokumentieren.

was eine Mitarbeiterkraft ein bis zwei Tage je Fall bindet, ganz abgesehen von den vorher und im späteren Anordnungsverfahren zu erstattenden internen und externen Begutachtungen – , aber nur 5 seien in einen Antrag bei Gericht, nur 3 in eine gerichtliche Anordnung nSV gemündet.¹² Vorausgesetzt, andere Langstrafanstalten würden ebenso vorgehen, was aber außerhalb Bayerns eher unwahrscheinlich ist, dürften bundesweit also Hunderte Gefangene von Anstalten den Vollstreckungsbehörden für nSV vorgeschlagen worden sein; nur in sehr wenigen Fällen ist sie tatsächlich angeordnet worden.

- Die nSV – auch die jetzt für Jugendliche beschlossene – könnte aus einer weiteren Erwägung gegen den verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe verstoßen. Die Beurteilung stützt sich – außer auf die dargelegten unbeachteten drastischen Folgen im Strafvollzug – zunächst auf das Missverhältnis zwischen Input und Output allein schon im Blick auf die Erst- bzw. Einmaltäterregelungen in § 66 b II StGB und § 7 II n. F. JGG. Wie ein Breitbandantibiotikum werden abstrakt ohne jede Anknüpfung an konkrete Gefährlichkeitskriterien im Urteil allein anhand der Strafhöhe und Katalogtaten gesetzlich Strafgefangene dem Damoklesschwert möglicher nSV unterworfen. Ihre Vollzugsakte erhält das Etikett „f.V.nSV“. Bereits jetzt lassen sich ungefähr nach kriminalstatistischen Daten die Quantitäten betroffener Gefangener einschätzen: Ausgehend von den Bestandszahlen in Strafanstalten¹³ ist mit etwa 7.000-10.000 betroffenen Gefangenen („f.V.nSV“) im Erwachsenen-Strafvollzug zu rechnen (alle Erst- oder Mehrfachbestraften, die wegen Katalogtaten zu mindestens 5 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt sind, einschließlich der zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten¹⁴, zuzüglich entsprechender Verurteilter in der Unterbringung nach § 63 und § 64 StGB, ferner diejenigen, welche die Voraussetzungen nach § 66 b I StGB erfüllen). Das ist etwa jeder siebte bis zehnte Strafgefangene. In Langstrafanstalten kann es jeder zweite bis dritte sein. Davon dürften vielleicht 10 bis maximal 50 später tatsächlich bei der zu erwartenden strengen Prüfung durch die Gerichte in die nSV gelangen, also weniger als 1%.¹⁵ D. h. über 99% werden letztlich unnötig erfasst und entsprechend im Strafvollzug gehandhabt, was das Missverhältnis verdeutlicht, auch den bürokratischen Mehr- und Fehlaufwand. Das zuletzt beschlossene Gesetz erfasst vielleicht 100-150 Gefangene im Jugendstrafvollzug¹⁶, von denen wohl allenfalls ein oder zwei – wenn überhaupt – tatsächlich später in die nSV gelangen könnten.
- Die nSV nach § 66 b II StGB und § 7 II n. F. JGG könnte außerdem gegen das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot verstoßen, weil sie eine mangelnde Treffsicherheit aufweist und damit als ungeeignete Maßnahme anzusehen ist. Im Ersturteil

¹² Mündliche Mitteilung des Leiters der JVA Straubing, *Konopka, M.*, in der Anhörung der Arbeitsgruppe von Rechtspolitikern der Koalitionsfraktionen „Sicherungsverwahrung“ in Berlin am 23.06.2008.

¹³ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), *Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen* am 31.03. – Fachserie 10 Reihe 4.1 – Wiesbaden 2006.

¹⁴ Für zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte kann es zwar nie eine tatsächlich an die Strafverbüßung anschließende nSV geben (vgl. den Text oben zuvor); die Gesetzesänderung von 2002 hat lediglich symbolische Bedeutung; nach dem Wortlaut stellen Lebenslängliche gleichwohl Gefangene dar, welche die „f.V.nSV“ erfüllen.

¹⁵ Noch kleiner ist der Anwendungsbereich der vorbehaltenen SV nach § 66 a StGB: *Ullenbruch, T.*: *NStZ* 2008, 5 ff., 6, nennt lediglich einen bisher rechtskräftig entschiedenen Fall einer Anordnung nach § 66 a StGB.

¹⁶ *Ullenbruch, T.*, (Anhörung o. Fn. 4) geht sogar aufgrund einer Umfrage von um 300 betroffenen Jugendstrafgefangenen (f.V.nSV) wegen der Rückwirkung der neuen Vorschrift aus und betont das zusätzliche rechtsstaatliche Manko, dass nämlich das seinerzeit erkennende Jugendgericht diese Folgewirkung seiner Entscheidung noch nicht hat erkennen, also nicht in seine Strafzumessungserwägungen hat einbeziehen können.

werden nach abstrakten Kategorien – Strafhöhe, Katalogtat – die Gruppen betroffener Gefangener mit einem Generalverdacht der Rubrik „f.V.nSV“ zugeordnet. Das hat die dargestellten unmittelbaren und mittelbaren Folgen. Es beruht auf der Fehlannahme, erst nachträgliche Erkenntnisse, „neue Tatsachen“ könnten bei einigen Strafgefangenen erstmals eine ungünstige Gefährlichkeitsprognose ergeben. Wegen dieser Fehleinschätzung scheitern auch die meisten Anträge auf Anordnung der nSV in der höchstrichterlichen Rechtsprechung.¹⁷ Sozusagen mit der Lupe sucht man dann nach neuen Erkenntnissen zur Gefährlichkeit. Kürzlich hat der BGH wieder in einem spektakulären Fall einen wegen zahlreicher sexueller Kindesmisshandlungen langjährig Verurteilten freilassen müssen, weil auch eine zweite Überprüfung durch das Landgericht Dresden keine wirklich neuen Tatsachen erbracht hatte.¹⁸ Der erfahrene forensische Gutachter Leygraf hatte schon in einer früheren Anhörung¹⁹ des Rechtsausschusses vorausgesagt: „Dass im Erkenntnisverfahren überhaupt nichts sichtbar ist und sich alles im Vollzug herausstellt, halte ich für unreal.“ Wenn das aber so ist, dann fragt man sich, warum nicht die abstrakte Kategorisierung Betroffener im Urteil durch eine im Einzelfall konkretisierte ersetzt wird aufgrund erkennbarer, zumeist in Persönlichkeitsstörungen verankerter Rückfallrisiken, die sich später bei einer Prüfung der nSV verifizieren oder falsifizieren lassen nach den Erfahrungen im Strafvollzug. So ließe sich die dargestellte enorm große Gruppe Tausender betroffener Strafgefangener drastisch verringern. Dies würde zudem gesetzgeberisches Bemühen, die „neuen Tatsachen“ auszuweiten oder gar entfallen zu lassen, die letztlich doch schon im Urteilszeitpunkt bekannt waren oder hätten bekannt sein können, überflüssig machen. Solches Bemühen läuft letztlich immer darauf hinaus, eine spätere Korrektur des Urteils entgegen dem strafprozessualen Verbot einer Wiederaufnahme zulasten des Verurteilten in diesen Sachlagen zu ermöglichen.²⁰

- Der zuletzt beschlossene § 7 II n. F. JGG geht sogar einen rechtsstaatlich bedenklichen Schritt weiter: In der Einsicht, dass eben doch schon im Ausgangsurteil für die Rückfallprognose relevante Umstände erkennbar seien oder hätten erkannt werden können, soll das Kriterium „erheblicher neuer Tatsachen“ („nova“) verzichtbar sein. Gleichwohl knüpft man nicht an einen SV-Vorbehalt im Urteil, vermeintlich, um die weitere Entwicklung des jungen Verurteilten nicht zu belasten.²¹ Dabei wird zweierlei verkannt: Zum einen sind „neue Tatsachen“ Wesenselement für die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit einer nSV. Der BGH postuliert einen „Vorrang des Erkenntnisverfahrens“;²² danach scheidet, wenn die Anordnung der SV im Urteil unterblieben ist, nSV aus, weil sonst die Rechtskraft, der Vertrauenstatbestand, missachtet würden. Das BVerfG misst für die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit der nSV offenkundig große Bedeutung dem Kriterium zu, dass erhebliche „neue Tatsachen“ vorliegen, die „in einem prognoserelevanten symptomatischen Zusammenhang mit der

¹⁷ Vgl. Böttcher, A.: NStZ 2005, 417 ff.

¹⁸ BGH Urt. v. 22.07.2008 – 5 StR 274/08; dazu Kreuzer, A.: Wegsperrten, aber richtig, ZEIT Online v. 23.07.2008 (<http://www.zeit.de/online/2008/30/sicherungsverwahrung>).

¹⁹ Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Prot. d. 47. Sitzung v. 5.5.2004 S. 15 ff., 41 ff.

²⁰ So ähnlich schon Leygraf, N. (Anhörung, o. Fn 19 S. 15): „Es geht in Fällen nachträglicher Sicherungsverwahrung schlicht darum, eine frühere Entscheidung nachträglich zu korrigieren, weil es nicht der Realität entspricht, dass sich die wahre Gefährlichkeit des Täters erst im späteren Strafvollzug zeigt und vorher nicht sichtbar gewesen ist.“ Kinzig, J.: Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2008, bemerkt dazu: „Tatsächlich dürfte in den meisten Fällen für die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung das Bedürfnis nach einer Korrektur des (möglicherweise fehlerhaften) Ausgangsurteils im Vordergrund stehen, das im Wesentlichen nicht aus einer geänderten Tatsachengrundlage, sondern daraus resultiert, dass jedenfalls in den 90er Jahren in vielen Fällen trotz des Vorliegens der formellen Voraussetzungen von den erkennenden Gerichten nicht einmal geprüft oder nicht angeordnet wurde.“

²¹ Gesetzentwurf (o. Fn. 4 S. 7).

²² Zuletzt BGH NStZ 2008 S. 332.

Anlassverurteilung stehen“.²³ Der Verzicht auf diese „nova“ böte also eine zusätzliche verfassungsrechtliche Angreifbarkeit der Neuregelung. Zum anderen entfalten auch „f.V.nSV“ wie dargestellt erhebliche stigmatisierende, behandlungsstörende und bürokratische Belastungen schon mit Beginn des Strafvollzugs.²⁴

- Dass im Urteil des Erkenntnisverfahrens keine Anknüpfung der möglichen später eintretenden SV an bereits bestehende und dafür eigens benannte Sicherheitsrisiken bei der nSV im Gesetz vorausgesetzt wird, erweckt zugleich Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art. 5 EMRK. Sie wurden in beiden Anhörungen des Rechtsausschusses vom 5.5.2004 und 28.5.2008 namentlich durch die Experten Kinzig, Renzikowski und Ullenbruch vorgetragen²⁵ und finden im Schrifttum starke, aber nicht einhellige Unterstützung. Sie gelten auch für das jüngste Ausweitungsgesetz. Diese Bedenken sind bis heute nicht ausgeräumt.²⁶ Der EGMR dürfte demnächst darüber entscheiden, zugleich auch über einen Konventionsverstoß wegen der rückwirkenden Anwendung der Vorschrift über den Fortfall der 10-Jahres-Grenze bei erstmaliger Anordnung der SV. Immerhin hatte der Conseil Constitutionnel in Frankreich die Rückwirkung der dort eingeführten Maßregel der *réention de sûreté* wegen Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot verhindert.²⁷

d) Befunde zu den Folgen der Ausweitungsgesetze im Vollzug von Strafe und Sicherungsverwahrung

Die nachfolgende Darstellung von Folgen der steten gesetzgeberischen Ausweitung der SV, namentlich der Einführung einer nSV, stützt sich auf eine bundesweite Untersuchung zum Vollzug der SV mit der Prüfung, wieweit den Forderungen des Bundesverfassungsgerichts im Vollzug der Straftat sowie der SV entsprochen wird. Die Untersuchung wurde von *Tillmann Bartsch* unter meiner Leitung durchgeführt mit schriftlichen Befragungen bei allen Landesjustizverwaltungen und Einrichtungen der SV, ferner mündlichen Intensivinterviews bei Anstaltsleitungen, Mitarbeitern und Sicherungsverwahrten in ausgewählten Einrichtungen der SV.²⁸ Wichtigste Befunde seien stichwortartig umrissen:

²³ BVerfG, NJW 2004 S. 737 ff.

²⁴ *Ullenbruch, T.*, kritisiert das deswegen in seiner Stellungnahme im Rechtsausschuss (o. Fn 4 S. 48 ff., 53f.) als trickreichen „stillen Vorbehalt durch Gesetz“.

²⁵ Vgl. *Kinzig, J., Renzikowski, J., Ullenbruch, T.* (o. Fn 19 S. 13 ff., 43 ff., 18 ff., 40 ff.; o. Fn 4 S. 13 ff, 43 ff); ferner *Ullenbruch, T.*, MünchKomm StGB, § 66 b Rn 51ff. Zusammenstellung der einen Konventionsverstoß bejahenden, verneinenden und unentschiedenen Meinungen im Schrifttum bei Rudolphi, H.-J., u. a., Hrsg., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand Febr. 2008, § 66 b Rn 11 mit Fn. 28 (*Sinn, A.*).

²⁶ Das übergeht die Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/6562 v. 4.10.2007 S. 8 links). Leider ist das BVerfG (NJW 2004 S. 739 ff) auf diese Bedenken nicht eingegangen. Der BGHSt 50, 373, 377 f., verneint einen Konventionsverstoß, ohne dies zu begründen.

²⁷ Der EGMR verhandelte am 1.7.2008 über mehrere entsprechende Beschwerden mündlich, wie *Kinzig, J.*, in der Anhörung (Fn. 4) mitteilte. Nach Abschluss dieses Beitrags wurde vom EGMR gegen die Bundesrepublik und damit indirekt gegen das BVerfG entschieden, der nachträgliche Wegfall der 10-Jahres-Begrenzung erstmals angeordneter Sicherungsverwahrung verstoße gegen Art. 5 und 7 der EMRK: Urteil v. 17.12.2009 (19359/04); dazu wenige Bemerkungen noch als Anhang dieses Beitrags; s. auch *Kreuzer, A.*, Europäischer Denkmittel fürs Verfassungsgericht, ZEIT ONLINE v. 17.12.2009 (<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2009-12/sicherungsverwahrung-urteil>). Zur französischen Rechtslage: *Dessecker, A.*, Lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung, Kriminologische Zentralstelle, Wiesbaden 2009 S. 32.

²⁸ *Bartsch, T.*, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, Diss. Universität Gießen, 2009 (Veröff. demnächst); vgl. ferner ders. o. Fn. 4.

- Strukturelle Veränderungen in der SV sind beträchtlich. In dem Jahrzehnt nach 1998 hat sich die Zahl Verwahrter verdoppelt auf jetzt weit über 400. Sie wird sich im kommenden Jahrzehnt voraussichtlich erneut verdoppeln. Gründe sind die erleichterten Voraussetzungen der Anordnung, die erschwerten Möglichkeiten, zur Bewährung entlassen zu werden oder die Maßregel für erledigt zu erklären, sowie der Fortfall der 10-Jahres-Begrenzung. Ein Anstaltsleiter beschrieb das als „andauernden Zufluss und stark verminderten Abfluss“.
- Aus gleichen Gründen spreizt sich die Population junger und alter Verwahrter. Die Zunahme Älterer und später von Greisen zwingt, sich Gedanken über Altenpflegeschulung von Bediensteten und besondere Bedingungen für Ältere, nicht mehr als fluchtgefährdet Erachtete zu machen. Die Zunahme Junger legt Befürchtungen um Sicherheitsprobleme nahe: Ein Bediensteter äußerte dazu: „Stellen Sie sich mal vor, was die SV für einen jungen Menschen bedeutet. Sagen Sie mal einem 32-Jährigen: `Krieg Dein Sexualproblem in den Griff, oder Du bleibst hier drin.` Das heißt doch für diesen Menschen etwas ganz Anderes als für einen 65-Jährigen, der ohnehin die meiste Zeit seines Lebens im Knast war und sich damit arrangiert hat. Und was das für uns als Anstalt bedeutet, kann man sich vorstellen. Das wird zu Sicherheitsproblemen führen, das ist völlig klar.“ Zwar kennen wir eine ähnliche Problematik der Perspektivlosigkeit bei Lebenslänglichen, die nach der Mindestverbüßungszeit wegen ungünstiger Prognose nicht entlassen werden, aber sie sind auf eine große Anstalt für „Langstrafer“ verteilt, nicht konzentriert in einer kleinen Einheit – getrennt von anderen Gefangenen – untergebracht.
- Von den Auswirkungen der Aufhebung der 10-Jahres-Grenze für erstmals Sicherungsverwahrte waren zum Zeitpunkt der Gesetzeskraft 238 Verwahrte betroffen. Für sie – aber wohl auch für unsere Rechtsgemeinschaft und Rechtskultur – war das eine kaum nachvollziehbare Entscheidung, ein Verlust für den Glauben an rechtsstaatliche Verlässlichkeit und Berechenbarkeit. Ein Betroffener sagte: „Ohne dass ich nochmals etwas ausgefressen habe, haben Gesetzgeber und Verfassungsgericht mir das Licht am Ende des Tunnels einfach so ausgeknipst.“ Ein Anstaltsgeistlicher wertete es ähnlich: „Das war für viele der letzte Hammer, der ihnen endgültig gezeigt hat, dass man sie draußen nicht mehr haben will. Das behindert sie ... insbesondere in der Auseinandersetzung mit sich selbst. Denn nun können sie aufgeben, ohne die Schuld hierfür bei sich suchen zu müssen.“ Ein Beamter des Allgemeinen Vollzugsdienstes beobachtete: „Viele ... haben nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts das Interesse an allem verloren. Manche bekommen wir kaum noch aus ihren Hafträumen heraus ... Also viele haben sich offenkundig aufgegeben.“ Vielleicht wird der Europäische Menschenrechtsgerichtshof das in der anstehenden Entscheidung ähnlich bewerten.
- Konsequenzen aus der neuen Gesetzeslage und Verfassungsgerichtsentscheidung haben bereits 10 von 14 Einrichtungen für Sicherungsverwahrte in Deutschland gezogen, indem sie neue Konzepte für den Vollzug entwickeln. Am Weitersten ist die JVA Werl in NRW fortgeschritten. Dort werden die Verwahrten nach vier durchlässigen Behandlungsstufen ohne jeweilige Separierung unterschieden; Behandlungsressourcen werden auf therapiefähige und -willige Verwahrte konzentriert. Allen stehen größere Einzel-Hafträume zur Verfügung und ein größerer separater Spazierhof tagsüber offen, ohne dass eine völlige Trennung zu den Strafgefangenen vorgenommen wird, etwa bezüglich der Arbeitsmöglichkeiten. In Hessen werden die Behandlungsangebote von Langstrafanstalten, Sozialtherapeutischer Anstalt und Sicherungsverwahrung vernetzt; wünschenswert wäre es, dass dabei auch die Angebote der psychiatrischen Unterbringungseinrichtungen mit ihrer speziellen Abteilung für die Behandlung von Sexualstraftätern einbezogen werden könnten.
- Das vom Verfassungsgericht vorgegebene Resozialisierungsgebot wird nur unzulänglich umgesetzt. In manchen Anstalten werden Strafgefangene mit „Anschluss-

Sicherungsverwahrung“ von der Überstellung in die Sozialtherapeutische Anstalt ausgenommen oder gar von jeglichen spezifischen Angeboten, die in Richtung verbesserter Prognose und Vermeidung späterer SV wirken könnten. Mitunter wird das sogar im Vollzugsplan vermerkt. Es herrscht gelegentlich die Vorstellung zwangsläufiger späterer Überstellung in die SV vor, so dass manche dann in die SV gelangen, ehe ein Gericht darüber entschieden hat oder ein erneutes Gutachten erstellt ist. Sozialtherapeutische Einrichtungen lehnen Sicherungsverwahrte tendenziell ab, weil die Behandlungsplatzkapazität ohnehin sehr eingeschränkt ist – bundesweit gibt es 1800 Behandlungsplätze – und weil die Verwahrten keine erkennbare, berechenbare Entlassungsperspektive haben im Gegensatz zu Strafgefangenen. In der Tat vergleichen sich Sicherungsverwahrte diesbezüglich mit Strafgefangenen und resignieren deswegen oftmals vorzeitig. Auch scheitern Resozialisierungsangebote bei Verwahrten mitunter daran, dass bei ihnen schon ähnliche Behandlungsansätze vergeblich versucht worden waren.

- Dem „Abstandsgebot“ – Besserstellung Sicherungsverwahrter gegenüber Strafgefangenen, weil sie schuldunabhängig verwahrt werden und somit ein Sonderopfer für die Sicherheit der Allgemeinheit erbringen – wird überwiegend nur durch marginale Vergünstigungen zu entsprechen versucht, nicht durchweg durch qualitative Veränderungen von Haft. Solche formalen Verbesserungen sind ohnehin nicht größeren Umfangs möglich, weil sie inzwischen überwiegend schon Langstrafgefangenen gewährt werden.
- Das Gebot, alles für eine Vermeidung oder frühzeitige Beendigung der SV zu tun und die Beweislast für weiterbestehende Gefährlichkeit tendenziell dem Staat zu überbürden, je länger die Unterbringung dauert, wird kaum beachtet. Dafür nötige Entlassungs-relevante Vollzugsöffnungen werden Sicherungsverwahrten nahezu gänzlich verweigert. Begleitete Ausführungen werden zwar gewährt, sind aber teuer und wenig aussagekräftig für spätere prognoseabhängige Entlassungsentscheidungen. Hier ist daran zu erinnern, dass zunehmend Bundesverfassungsgericht und Obergerichte verlangen, solche Behandlungsangebote und Vollzugslockerungen zu gewähren und dies durch die Vollstreckungsgerichte überwachen zu lassen, um später fundiert Entlassungsentscheidungen vollstreckungsgerichtlich treffen zu können. Die im Vollzug der SV zweijährig vorgeschriebenen Entscheidungen machen dazu Vorgaben und sollten in vergleichbarem Rhythmus bereits in der einer SV vorausgehenden Haftstrafe vorgenommen werden mit entsprechenden Behandlungsaufgaben an den Haftvollzug.

e) Zur Problematik der Gefährlichkeitsprognose

Da sich der Gesetzgeber bisher gelegentlich aufgrund spektakulärer einzelner Rückfallverbrechen veranlasst gesehen hat, mit Gesetzen zur Ausweitung der SV zu reagieren, sei für die Einschätzung von Sicherheitsbedarf bei drohender Rückfälligkeit eine grundsätzliche prognostische und rechtsstaatliche Schwierigkeit ins Gedächtnis gerufen: Man kann nicht ohne weiteres aus öffentlich bekannt gewordenen und skandalisierten Verbrechen rückfälliger Straftäter rückschließen auf eine frühere Voraussehbarkeit und Fehler prognostischer Einschätzungen zuvor beteiligter Experten. Geht man prognostisch großzügig mit der Annahme einer Rückfallwahrscheinlichkeit um,²⁹ müssen weit mehr Personen sicherungsverwahrt werden, ohne dass diese (mangels Gelegenheit) in der Lage wären, die Prognose zu widerlegen. Stellt man die

²⁹ Solche Prognoseerstellung erwartet z. B. zu recht Schäfer, G., gerade bei dem Heer gesetzlich geforderter, tatsächlich aber wenig erfahrener Gutachter (o. Fn. 4, Anhörung S. 21 ff.).

Rückfallprognose streng restriktiv und kommt es zu einem Rückfall, wird die Prognose oft unzutreffend rückblickend als falsch gescholten. Weder normgemäßes noch normwidriges Verhalten lassen sich sicher voraussagen.

Wie schwer treffsichere Prognosen sind, mögen zwei US-amerikanische Untersuchungen mit „natürlichen Experimenten“ verdeutlichen: Die markant-makabere kriminologische Untersuchung zu den „*Furman-Commuted Inmates*“ überprüfte die Legalbewährung zweier Vergleichsgruppen in Texas. Die einen hatten bei Tötungsdelikten und angenommener Rückfallgefahr die Todesstrafe erhalten, waren aber zu Lebenslang begnadigt und viele von ihnen später vorzeitig entlassen worden wegen der vom US-Supreme Court 1972 angenommenen Verfassungswidrigkeit der damals praktizierten Todesstrafe. Die anderen waren wegen günstigerer Rückfallprognose von vornherein zur lebenslangen Strafe verurteilt worden. Beide Gruppen erwiesen sich nach 13 Jahren sowohl in der Haft als auch in Freiheit nach Strafrestaussetzungen als nahezu gleich gering belastet hinsichtlich Normverstöße und Gewalt.³⁰ Im zweiten „natürlichen Experiment“ konnte die Treffsicherheit von Gefährlichkeitsprognosen in den USA überprüft werden aufgrund einer Situation, die ebenfalls durch eine Entscheidung des US-Supreme Court entstanden war. Es ergab sich, dass von den fast 1.000 für gefährlich gehaltenen, in psychiatrischer Zwangsunterbringung untergebrachten Männern, die nach der Entscheidung plötzlich in allgemeine psychiatrische Kliniken entlassen worden waren, nur weniger als 3 % einschlägig rückfällig geworden sind.³¹

II. Vorschlag einer Reform der Anordnung von Sicherungsverwahrung nach dem sächsischen Referentenentwurf von 2009

Aus Einsicht, dass an die Stelle bisheriger gesetzgeberischer Flickschusterei eine Totalreform des Rechts der Sicherungsverwahrung treten müsse, hat das sächsische Justizministerium Anfang 2009 einen Referentenentwurf den Landesjustizministerien zur Stellungnahme vorgelegt.³² Über einen Gesetzesantrag im Bundesrat soll erreicht werden, „die Regelungen zur Sicherungsverwahrung vom Kopf auf die Füße“ zu stellen. Inzwischen scheint aber wegen Bedenken anderer Landesjustizministerien und Wechsels im Justizressort davon Abstand genommen zu werden.

Die drei Formen der SV werden in dem Entwurf zu einer einzigen, der nachträglichen SV, zusammengefasst. Schwierige Kriterien wie Hangtäterschaft und neue Tatsachen entfallen. Erstmals zum Ende der Strafzeit wird durch Gutachter und Gericht befunden über eine Gefährlichkeit. SV droht dann Strafgefangenen, die zu mehr als zwei Jahren Freiheitsstrafe wegen einer Katalogtat von Sexual- oder Gewaltdelikten verurteilt sind. Bloße Vermögenstäter bleiben außen vor.

Bedenken gegen diesen Entwurf wiegen schwer. Die schon gegen die bisherige nSV geltend gemachten verfassungsrechtlichen und praktischen Probleme werden noch verschärft. Betroffene erfahren nichts im Strafurteil über die mögliche Verwahrung. Erfasst werden nunmehr über 10.000 Gefangene von einem gesetzlichen SV-Vorbehalt. Über diesen

³⁰ Marquart, J. W., Sorensen, J. R. : Criminology 26, 1988 S. 677 ff.; Harmon et al. : Crime and Delinquency 51, 2005 S. 498 ff.

³¹ In der Anhörung im Rechtsausschuss v. 28.5.2008 wies Graebisch, C., auf diese Studie hin (o. Fn. 4 S. 1 ff, 6).

³² „Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Sicherungsverwahrung“. Dazu z.B. Justizminister Mackenroth in FOCUS ONLINE v. 28.01.09; der Sächs. Justizminister und der Bundesvors. des BdK, Jansen, am 30.04.2009 ><http://www.netz-24.com/?p=592><.

Tausenden schwebt das Damoklesschwert. Sie werden mit dem Stigma der „fVnSV“ gesondert erfasst samt der damit verbundenen besonderen Beobachtungs-, Registrier- und Berichtspflichten, Ungewissheiten und Schmälerungen an Behandlungschancen. Weit weniger als 1 % können tatsächlich in die SV gelangen. Die bloß abstrakte Erfassung stellt ein groteskes Missverhältnis zwischen tatsächlich Gefährlichen und oftmals ohne Anhalt im Urteil nur als potenziell gefährlich Eingestuften dar. Die Norm lässt jede Treffsicherheit vermissen. Nicht nur wenige Gefangene wären betroffen, wie es das BVerfG verlangt, sondern eine Vielzahl. Die Verurteilung läuft zudem auf eine unbestimmte Haft hinaus. Die Rechtsfolge bedeutet im Klartext beispielsweise „zwei Jahre drei Monate Freiheitsstrafe mit sich eventuell anschließender Unterbringung, möglicherweise bis zum Tod“. Sogar der US-Supreme Court hat seinerzeit solche völlig unbestimmten Strafen als verfassungswidrig erkannt. Außerdem geht jegliche Verhältnismäßigkeit zwischen Schwere der Anlasstat und potenziell lebenslangem Freiheitsentzug verloren, wenn schon eine Bestrafung zu mehr als zwei Jahren genügt. Zusätzlich entstehen immense Begutachtungsprobleme: Tausende müssten vor Strafe doppelt durch externe Gutachter beurteilt werden; bei vielen läge nicht einmal eine Erstbegutachtung aus dem Strafverfahren vor, weil dazu kein Anlass bestanden hatte, so dass Sachverständige über keine Vergleichsgrundlage verfügen.

III. Eigener Vorschlag einer neuen Strukturierung des gesamten Sicherungsverwahrungsrechts

1. Der Vorschlag einer Gesamtreform

Es kann hier nur darum gehen, die Ziele und Grundzüge einer von *Tillmann Bartsch* gemeinsam mit dem Verfasser entwickelten Neustrukturierung des Rechts der Sicherungsverwahrung zu umreißen.

a) Reform der §§ 66-66b StGB

Die neue Konzeption muss tatsächlichen, empirisch belegbaren Sicherheitsbedürfnissen Rechnung tragen, also kriminologisch fundiert sein und fortlaufend evaluiert werden. Sie muss sich soweit irgend möglich harmonisch in das bisherige System von Strafen, Strafzumessung, Maßregeln und Strafverfahrensgrundsätzen fügen. Sie muss die Zielgruppen so treffsicher wie möglich festlegen und dadurch überflüssige Belastungen von Gerichten, Vollstreckungs-, Vollzugsbehörden und Betroffenen vermeiden. Sie muss verfassungs- und europarechtlichen Standards genügen. Sie sollte zudem schlank und lesbar gestaltet sein.

Das bisherige SV-Recht kennt überflüssigerweise und irreführend drei unterschiedliche Arten der SV, die anfängliche, vorbehaltene und nachträgliche. Diese Formen unterscheiden sich lediglich in den Voraussetzungen, nicht in den Rechtsfolgen. Es sind im Gegensatz zu den Unterbringungsmaßregeln der §§ 63, 64 StGB bei §§ 66, 66 a StGB immer zwei Prognosen zu erstellen: Eine anfängliche für die Anordnung im Urteil, eine verbindliche zweite am Ende der Strafzeit oder bei Erledigung einer anderen Unterbringungsmaßregel. Ein Vikariieren dergestalt, dass die SV bereits nach der Verurteilung oder während der Strafzeit eingeleitet werden kann, ist ausgeschlossen. Das aber ist der Regelfall der Unterbringungen nach §§ 63, 64 StGB (§ 67 I StGB). Bei der SV gebieten es dagegen Rechtsklarheit und Ehrlichkeit, immer von einer vorbehaltenen SV zu sprechen. Verbindlich, vollstreckbar wird sie erst nach der zweiten, nunmehr überprüften, aufgrund des weiteren Verhaltens abgesicherten Gefährlichkeitsprognose.

In diese einheitliche, im Urteil vorbehaltene SV sind zunächst die bisher in §§ 66, 66 a StGB erfassten Täter einzubeziehen. Allerdings ist der Anwendungsbereich einzuschränken; so sind etwa bloße Vermögensdelikte und Vergehen ohne schwerwiegende Folgen für personale Opfer herauszunehmen. Zwar mag es beispielsweise unverbesserliche Heiratsschwindler geben, die andere um ihre Existenz bringen. Aber erstens ist Betrug qualitativ etwas Anderes als schwere Gewalt- und Sexualdelikte, was unter dem Blickwinkel des ultima-ratio-Gebots zu beachten ist. Zweitens kann dem betrügerischen Wiederholungstäter durch entsprechend erhöhte Freiheitsstrafen für Rückfalltaten hinreichend entsprochen werden. Einzubeziehen sind außerdem wenige Ersttäter schwerster Taten aus einem Tatbestands-Katalog von gegen personale Rechtsgüter gerichteten Straftaten, wenn die Anlasstat mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe geahndet wird und im Urteilszeitpunkt konkret Besonderheiten in Person und Tat erkennbar sind, die eine entsprechende Wiederholungsgefahr erkennen lassen. Zu denken ist bei Ersttätern vor allem an schwere Persönlichkeitsstörungen, verfestigte sexuelle Perversionen, die sich in einer entsprechend schweren Straftat symptomatisch niedergeschlagen haben. Als Ersttäter können ausnahmsweise auch jugendliche oder heranwachsende Straftäter einbezogen werden, wenn die Tatsymptomatik die nämliche ist und das Gewicht der Anlasstat einer Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren entspricht.

Die Prognose muss im Urteilszeitpunkt nur eine wahrscheinliche Gefährlichkeit ergeben, nicht eine „hinreichend sichere“, wie sie für § 66 StGB aus einem Umkehrschluss der Formulierung in § 66 a I StGB zu entnehmen ist; auch ist keine „hohe Wahrscheinlichkeit“ vorauszusetzen wie in § 66 b StGB. Erst bei der letztverbindlichen Zweitprognose nach Strafverbüßung oder erledigter Unterbringung ist eine „sichere“, d. h. – soweit das bei solchen Prognosen überhaupt möglich ist – zweifelsfreie Gefährlichkeits-Prognose vorauszusetzen. Sie festzustellen sollte dem erkennenden Gericht obliegen. Diese Abschichtung der Wahrscheinlichkeit wird auch der Realität von Begutachtungen gerecht. Sie können Entwicklungen während der Periode des Strafvollzugs nicht hinreichend zuvor abschätzen und müssen im Erstzeitpunkt notwendig unbestimmter bleiben als im zweiten. Die erste Feststellung einer entsprechenden wahrscheinlichen Gefährlichkeit stellt eine Art Screening dar, das zu überprüfen und abzusichern ist durch eine nunmehr auf eine breitere Grundlage mit einem erweiterten Beurteilungszeitraum gestützte Prognose. Ob an dem Kriterium des Hanges für alle oder einen Teil der zu Erfassenden festzuhalten sein wird, ist noch zu klären. Für die bisherigen Konstellationen einer SV nach §§ 66 sollte das so bleiben, da hier Feststellungen eher möglich sind und der ultima-ratio-Charakter der SV gewahrt bleiben muss, denn die sonstigen Voraussetzungen sind schwächer (Rechtsgüter, Strafhöhe). Bei Ersttätern wird ein Hang selten feststellbar sein, weil dieser doch eher anknüpft an Häufigkeit, Regelmäßigkeit, Serienmäßigkeit der Taten. Qualitativ dürften dem Hang-Kriterium jedoch die im Gutachten festzustellende Persönlichkeitsstörung und Besonderheiten der Tat entsprechen, wenn sie erwarten lassen, dass eine zwanghafte Tendenz zu entsprechender Wiederholung vorliegt – man denke an die von Perversionen geprägten Taten des Jürgen Bartsch³³ oder des „Kannibalen von Rotenburg“ Meiwes³⁴.

Mit der einheitlichen Anordnung des Vorbehalts im Urteil wird der Begutachtungsrealität ebenso entsprochen wie der verfassungsrechtlich gebotenen Vorhersehbarkeit, Berechenbarkeit und damit Rechtsstaatlichkeit für betroffene Verurteilte und das Vollstreckungs- und Vollzugspersonal. Das gilt unabhängig davon, ob man dieses Vorhersehbarkeitskriterium entgegen der Entscheidung des BVerfG für die SV dem Art. 103 II und III GG entnimmt oder unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot folgert.³⁵

³³ BGH NJW 1970 S. 523 ff.

³⁴ Dazu Kreuzer, A.: zuletzt StrafV 2007 S. 303 ff.

³⁵ Dazu Kreuzer, A.: psychosozial 29, Nr. 104, 2006 Heft II S. 11 ff., 13 ff.

Dieses Modell lässt bei Ersttätern den justitiellen Streit um „neue Tatsachen“ obsolet werden. Es ist ja kein Fall bekannt geworden, in dem allein „nova“ ausschlaggebend waren. Immer waren im Urteilszeitpunkt dem Grunde nach Tatsachen bekannt, die eine Rückfallgefahr nahe legten oder nahegelegt hätten, wäre hinreichend ermittelt und begutachtet worden. Wegen dieser Erkenntnis scheitern in manchen Fällen nach gegenwärtigem Recht und der vorliegenden Rechtsprechung Anordnungen der nSV, obwohl tatsächliche Sicherheitsbedürfnisse sie rechtfertigen würden. Deswegen ist das hier vorgeschlagene Modell „sicherer“. Es umfasst einige wenige Fälle, die bisher mit schlechtem Gewissen der Behörden und Gerichte außen vor bleiben mussten.³⁶ Andererseits befreit das Modell viele Tausende von den „f.V.nSV“ betroffener Gefangener von einem schwerwiegenden, ungerechtfertigten Stigma; sie sind bisher abstrakt erfasst, ohne für entsprechende Sicherheitsbedürfnisse wirklich infrage zu kommen. Das Modell macht zudem Vorschläge mancher Bundesländer überflüssig, in die „neuen Tatsachen“ einer nSV Behandlungsverweigerung als entscheidendes Kriterium einzubeziehen oder gar auf „nova“ ganz zu verzichten. Ein Vorbehalt kann nämlich während des Strafvollzugs die gewünschte Wirkung entfalten, bei betroffenen Gefangenen Behandlungsbereitschaft zu wecken, um spätere SV zu vermeiden.

b) Landes-Sicherungsverwahrungs-Vollzugsgesetze

Zusätzlich ist in den nötig werdenden SV-Vollzugsgesetzen die Pflicht der Vollzugsbehörden aufzunehmen, während der Strafzeit Gefangenen mit möglicher „Anschluss-SV“ „eindringliche Resozialisierungsversuche“ zu bieten, damit die letzte Anordnung der SV, den Forderungen des BVerfG entsprechend,³⁷ vermieden werden kann. Bislang wird vor allem die anfängliche SV im Strafvollzug gemeinhin als geradezu schicksalhaft-unabwendbar zur „Anschluss-SV“ führend gewertet, so dass sogar in Vollstreckungsplänen Resozialisierungsmaßnahmen als überflüssig erachtet werden und oftmals ohne Begutachtung erst nach Überstellung in die SV diese gerichtlich angeordnet wird.³⁸ Eine von vornherein immer nur „vorläufige“ SV könnte helfen, diesen Automatismus zu vermeiden.

Am Beispiel des Entwurfs eines Hessischen Strafvollzugsgesetzes kann aufgezeigt werden, dass auf Landesebene dem neuen Stand der Erkenntnisse und Anforderungen vor allem des BVerfG noch nicht hinreichend entsprochen wird.³⁹

Die Resozialisierung wird nicht als dem Sicherungsziel gleich-, sondern nachrangig formuliert und in das Ermessen der Anstalt gestellt (§ 66 I,II E HStVollzG). Die Notwendigkeit sozialtherapeutischer Behandlung auch und gerade für Langstrafgefangene mit „Anschluss-SV“ und Verwahrte wird nicht betont. Rhythmische vollstreckungsgerichtliche Überprüfungen bei diesen Langstrafgefangenen sind nicht vorgesehen. Der qualitativen Andersartigkeit der SV wird nur marginal durch Vergünstigungen entsprochen. Andere, bisher und andernorts noch übliche Vergünstigungen wie etwa vermehrter Empfang von

³⁶ So würde ein dem vom BGH zuletzt entschiedenen Fall (NStZ 2008 S. 332) entsprechender neuer Fall ohne weiteres mit erfasst werden durch einen Vorbehalt schon im Urteil angesichts offenkundiger Rückfallwahrscheinlichkeit.

³⁷ BVerfGE 109, 133 ff, 148 f.

³⁸ Dazu *Bartsch, T.* (o. Fn. 28, 2. Teil E).

³⁹ Gesetz zur Schaffung und Änderung hessischer Vollzugsgesetze – Entwurf – Artikel 1: Hessisches Strafvollzugsgesetz (HStVollzG) von 2009; dazu Stellungnahme des Verf. (Veröffentlichung vorgesehen, zugänglich über >www.arthurkreuzer.de<); ferner *Kreuzer, A., Bartsch, T.*, Landesstrafvollzugsgesetze – insbesondere der Entwurf eines Hessischen Strafvollzugsgesetzes, FORUM STRAFVOLLZUG 2010 (im Druck).

Nahrungsmittel-Paketen – nach § 33 StVollzG bislang vorgesehen – werden sogar aus Sicherheitsgründen gänzlich ausgeschlossen (§§ 68 I, 37 I 3 E HStVollzG) oder wie das Tragen eigener Kleidung bei Besuchsempfang oder Ausführungen von Sicherheitserwägungen abhängig gemacht (§ 68 III E HStVollzG). Durchsuchungsaufwand wegen möglichen Drogen- oder Waffenschmuggels oder Hereintragens von Infektionsrisiken erscheinen als leicht widerlegbare Legitimationen solcher Einschränkungen, zumal es in anderen Bundesländern durchaus praktikable Wege gibt, solchen Bedenken anders zu entsprechen, und die Zahl Sicherungsverwahrter, die überhaupt noch Pakete oder Besuche erhalten, gering ist. Hier scheint es an Sensibilität für die besondere Lage der Sicherungsverwahrten und dafür, was für sie das „Abstandsgebot“ im Alltag bedeuten kann, zu fehlen. Der „Kuchen, von der Partnerin gebacken“ oder die eigene Kleidung in Gegenwart ihres Besuchs in der SV können der Außenwelt und dem Betroffenen zeigen, dass es eben kein Strafvollzug ist, dass es noch ein Mindestmaß an Privatheit, Individualität, Gefühl des Noch-nicht-verlassen-Seins gibt. Vor allem aber werden entlassungsrelevante Vollzugslockerungen im Gesetzentwurf nicht gefördert. Statt dessen bleibt es bei den bisherigen Restriktionen, die verwaltungsorganisatorisch noch verstärkt werden durch Erfordernisse vorangehender mehrfacher Begutachtungen und aufsichtsbehördlicher Genehmigungen.

2. Mögliche Einwände gegen das Modell einer einheitlichen vorbehaltenen Sicherungsverwahrung

Kurz sei auf die wichtigsten, diskussionsweise in einer informellen parlamentarischen Anhörung⁴⁰ vorgebrachten möglichen Einwände gegen dieses Modell eingegangen:

Zu fragen ist, wie bei einer hier vorgeschlagenen Neuregelung mit den „Altfällen“, also einer Rückwirkung umzugehen sei. Das neue System würde jedoch lediglich denen zugute kommen, für die es eine günstigere Regelung brächte. Die bisher von §§ 66, 66 a StGB Erfassten fielen größtenteils auch unter die neue Regelung. Von den durch § 66 b StGB bislang Umfassten würden alle Gefangenen und Untergebrachten profitieren, die nur abstrakt der Kategorie „f.V.nSV“ zugeordnet waren, ohne dass konkret im Urteil bereits entscheidende Umstände festgestellt worden wären, die eine wahrscheinliche negative Prognose gerechtfertigt hätten. In Einzelfällen nachträglich festgestellter Rückfallgefahr muss hypothetisch durch das Gericht geprüft werden, ob die eine Rückfallgefahr begründenden Umstände bereits dem Tatgericht bekannt waren. Möglicherweise erledigt sich die Frage nach rückwirkender Anwendbarkeit jedoch aufgrund der Entscheidung des EGMR.

Schwer fallen dürfte es Rechtspolitikern, auf die bisherige „sichere“ Anordnung der SV nach § 66 StGB zugunsten einer bloß im Urteil vorbehaltenen zu verzichten. Hierzu ist aber auf die genannten Argumente zu verweisen, dass es sich immer nur um relative „Sicherheit“ der Prognose im Erstzeitpunkt handelt und dass in den Rechtsfolgen der bisherigen drei Arten der SV kein Unterschied besteht, da alle eine verbindliche Gefährlichkeits-Prognose im Zweitzeitpunkt verlangen. Im übrigen ist der systematische Unterschied zur Maßregel nach § 63 StGB zu betonen: Diese Maßregel setzt sogleich eine „sichere“ Gefährlichkeits-Prognose voraus, weil sie regelmäßig sofort vollstreckbar ist. Auch kann die bei Anordnung einer Unterbringung nach § 63 StGB ausgesprochene Strafe wegen der für die Maßregel vorausgesetzten verminderten Verantwortlichkeit nach §§ 21, 49 I StGB gemildert worden sein. Demgegenüber hat die Anordnung des SV-Vorbehalts jedenfalls rechtlich keinen Einfluss auf die Zumessung der Strafhöhe. Den systematischen Unterschieden ist zu

⁴⁰ O. Fn. 12.

entsprechen. Der Ersatz einer anfänglichen durch eine vorbehaltene SV ändert sachlich nichts am Anwendungsbereich.

Weil es nur noch einen Vorbehalt der SV im Urteil geben soll, wird die Befürchtung geäußert, die vorbehaltene SV könne ausufernd angewandt werden. Gerichte würden ihr schlechtes Gewissen verlieren, das sie vor „endgültiger“ Anordnung zurückschrecken ließ. Dagegen sprechen einige Tatsachen und Erfahrungen: Kontinuierlich bestand seit einem halben Jahrhundert eine restriktive justitielle Handhabung der SV. Das ist besonders wieder sichtbar geworden bei der Anwendung der neuen Vorschriften der §§ 66, 66 a StGB. Diese Zurückhaltung dürfte fortbestehen. Zudem müssen einige harte Kriterien gerichtlich geprüft werden: Wie bisher objektive Umstände (Vorstrafen, Strafhöhe, Katalogtat usw.), weiterhin in der Persönlichkeit und Tat hervortretende Umstände, die symptomatisch für eine wahrscheinliche, gutachterlich festzustellende künftige Gefährlichkeit sind. Wenn dann einige wenige Fälle mit einbezogen werden, die bislang nicht von der nSV erfasst werden konnten, weil keine „nova“ vorlagen, ist das gewollt, und es macht den Zugewinn an Sicherheit aus.

Gemutmaßt wird außerdem, in Fällen, die bisher durch § 66 StGB erfasst worden seien, werde die Justiz künftig wegen des nunmehrigen bloßen Vorbehalts einer SV im Urteil für die endgültige Anordnung nach Strafverbüßung „nova“ verlangen. Sie seien bislang verzichtbar gewesen. Sei rechnerisch beispielsweise die wahrscheinliche Gefährlichkeit im Urteilszeitpunkt mit 80% zu veranschlagen, so müssten die restlichen 20% im Zweitzeitpunkt durch „nova“ belegt werden. Das ist jedoch nicht zu befürchten. Die „nova“ sind lediglich durch den neuen § 66 b StGB in die Rechtsprechungsdiskussion gelangt. Sie würden bei einer völligen Umstellung des Systems bedeutungslos. Zudem wird immer in die Zweitprognose das nachträgliche Verhalten im Vollzug einbezogen. Es kann, muss aber nicht neue, die Gefährlichkeits-Prognose bestätigende oder verstärkende Umstände aufdecken. Selbst bei unveränderter Persönlichkeitsstruktur und gleichbleibendem Verhalten am Ende des Strafvollzugs kann die ursprüngliche Annahme einer wahrscheinlichen Gefährlichkeit nunmehr zur Gewissheit werden. Die Begutachtung stützt sich jetzt aber umfassender auf Tat, Täter, Entwicklung im Vollzug und mutmaßliche Entlassungsperspektive, ist in jedem Fall besser fundiert als die erste. Eine im Urteil festgestellte wahrscheinliche Gefährlichkeit bedeutet ja nicht wie die Prognose im bisherigen § 66 a StGB, dass diese noch „nicht hinreichend sicher“ sei. Das Kriterium ist vielmehr zu verstehen als „mindestens wahrscheinlich“, umfasst also ebenso Sachlagen, in denen sich die Gefährlichkeitsprognose als sicher darstellt.

Es wird weiter befürchtet, die vorgeschlagene Beschränkung auf eine einzige vorbehaltene SV biete eine Sicherheitslücke, weil etwaige Konstellationen, in denen tatsächlich erst nachträglich in der Straftat entscheidende, eine Gefährlichkeit sicher belegende Umstände auftreten, außen vor bleiben. Dies jedoch stellt so lange eine Phantomdebatte dar, so lange derartige Fälle nicht nachgewiesen sind. Kein einziger Fall ist bislang wirklich belegt. Als Beispiel wird eine erst in der Haftzeit auftretende Psychose angeführt. Dieses Beispiel aus der Rechtsprechung des BGH⁴¹ überzeugt nicht. Sollte die Psychose schon bei Urteilserlass bestanden haben, aber erst später sichtbar geworden sein, wäre sie nicht zwingend symptomatisch für die Tat, schon gar nicht für eine entscheidende, erstmalige Gefährlichkeitseinschätzung. Ist die Psychose aber haftbedingt oder sonst erstmalig in der Straftat aufgetreten, kann sie kaum mit ursächlich oder symptomatisch für die im Urteil festgestellte Tat sein.⁴²

⁴¹ BGH HRRS 2006 Nr. 387. Dort wird ein „novum“ bejaht.

⁴² Das verkennt der BGH (o. Fn. 41; dazu auch die Urteilsanalyse von *Bartsch, T.*, o. Fn. 28).

Eingewandt wird letztlich gegenüber der zweiaktig vorzunehmenden Gefährlichkeits-Begutachtung, der zweite Beurteilungszeitraum könne zu kurz sein, um gegenüber einer Erstbegutachtung einer nur wahrscheinlichen Gefährlichkeit hinreichende Erkenntnisse zu gewinnen, diese Wahrscheinlichkeit zur Gewissheit werden zu lassen. Das Problem zu kurzer Beurteilungszeit dürfte ebenso in Konstellationen auftreten, die bisher von §§ 66, 66 a StGB erfasst waren. Die letzte Tat kann dort nämlich zu einer verhältnismäßig kurzen Freiheitsstrafe von zwei Jahren führen. § 66 a II StGB sieht vor, dass das Gericht spätestens sechs Monate vor einer möglichen Strafrestaussatzung über die SV zu entscheiden hat. Verbüßte Untersuchungshaft und die notwendige Vorlaufzeit für Begutachtungen sowie Anordnungsverfahren verkürzen weiter die für eine Beobachtung verbleibende Zeit. Dies Problem stellt sich indes nicht nur im Zusammenhang mit der hier vorgeschlagenen neuen Konzeption. In solchen Sachlagen kann tatsächlich der Zeitpunkt einer Zweitbegutachtung sehr nahe an den der Begutachtung für das Urteil rücken. Es ließe sich daran denken, bei solchen kürzeren Strafen genügen zu lassen, dass der Antrag auf Anordnung der SV erst unmittelbar vor dem Zeitpunkt der möglichen Restaussetzung gestellt, die Zweitbegutachtung danach vom Gericht verfügt wird. Notfalls ist Überhaft anzuordnen. Rücken die Zeitpunkte der Erst- und Zweitbegutachtung nahe zusammen, muss die Erstprognose entsprechend „sicher“ sein.

IV. Ausblick

1. Planungen der Bundesregierung im Koalitionsvertrag

Dieser Beitrag fällt just in einen Zeitraum, in dem sich die neue Regierungskoalition in Berlin auf einen Vertrag verständigt hat. Zur Sicherungsverwahrung heißt es dort:⁴³

„Wir wollen eine Harmonisierung der gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung im Strafgesetzbuch, die rechtsstaatlich und europarechtskonform ist. Dabei wollen wir Schutzlücken im geltenden Recht, wie sie bei Strafverfahren in jüngster Zeit aufgetreten sind, schließen. Bei der gesetzlichen Regelung werden wir darauf achten, dass die Sicherungsverwahrung unter Berücksichtigung des notwendigen Schutzes der Bevölkerung ihren Ausnahmecharakter behält und auf schwerste Fälle beschränkt bleibt.“

Mit dem aufgezeigten einheitlichen Modell dürfte solchen Erfordernissen Genüge getan sein. Beispielsweise wäre der eingangs genannte Fall künftig einbezogen in das Schutzkonzept. Tatsächlich mehr Sicherheit angesichts schwerster Vorfälle wäre gewährleistet. Andererseits würden Systemkongruenz, Rechtsstaatlichkeit und europarechtliche Vorgaben weitestgehend berücksichtigt. Bürokratischer Ballast und atmosphärisch vergiftende Wirkungen vor allem der bisherigen nSV würden vermieden, das Gesamtsystem der Anordnungsvorschriften vereinfacht und übersichtlich. Es ist also zu hoffen, dass sich die neue Bundesregierung auf einen entsprechenden Gesetzesvorschlag verständigt. Bloßes Schließen von Lücken durch weitere gesetzgeberische Flickschusterei nach dem Motto „more of the same“ – etwa durch Erweiterung des § 66 StGB auf Ersttäter mit nur einem schweren Verbrechen oder durch das Streichen der „neuen Tatsachen“ bei der nSV in § 66b – entspräche freilich nicht den genannten Erfordernissen und würde das Risiko des Scheiterns vor dem BGH, dem BVerfG oder dem EGMR bergen. Vermutlich wird die Bundesregierung erst die anstehende Entscheidung des EGMR abwarten, ehe sie einen Reformentwurf vorlegt. Denn kommt die

⁴³ „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP. 17. Legislaturperiode. Abschnitt IV. Freiheit und Sicherheit. 4. Rechtspolitik, 99/124 (<http://www.spiegel.de/media/0,4906,21958,00.pdf>)

rückwirkende Anwendung des Wegfalls der 10-Jahres-Grenze zu Fall, muss ohnehin eine Gesamtreform vorgenommen werden.

Eine solche Reform der §§ 66-66b StGB müsste begleitet werden durch Landes-Sicherungsverwahrungs-Vollzugsgesetze. Bloße Verweise auf Vorschriften der jeweiligen Strafvollzugsgesetze würden dem Ausnahmecharakter und der Andersartigkeit der SV nicht gerecht. Ein Länderwettbewerb um bessere SV-Vollzugs-Konzepte ist wünschenswert. Die Landesgesetze sollten zugleich sicherstellen, dass Strafgefangene mit „Anschluss-SV“ verstärkt Resozialisierungschancen erhalten, um die SV wenn möglich zu vermeiden. Dafür wären regelmäßige vollstreckungsgerichtliche Überprüfungen in der Haft angezeigt überdies eine Klärung im GVG dahingehend, dass Strafvollstreckungskammern kompetent durch erfahrene Richter zu besetzen sind und entsprechend zugeschnittene Dezernate erhalten, damit Sachkunde und Nähe zur Vollzugswirklichkeit gewährleistet sind.

Für neue Vollzugskonzepte stellen sich hier nicht abschließend beantwortbare, teils brisante Fragen. Nur einige wichtige seien beispielhaft genannt: Soll die Trennung Strafgefangener und Sicherungsverwahrter durchlässig sein oder strikt? Würde eine strikte Trennung der Antidiskriminierungs-Richtlinie der EU widersprechen? Sind eigene Abteilungen sozialtherapeutischer Einrichtungen für Sicherungsverwahrte und Langstrafgefangene mit sich abzeichnender anschließender SV einzurichten? Sollte der Vollzug nach Resozialisierbarkeit und Entlassungschancen differenziert werden? Wie können sinnvoll Überleitungen aus dem Sicherungsverwahrungsvollzug in geeignetere Behandlungseinrichtungen der forensischen Psychiatrie, namentlich für behandlungsbedürftige Sexualstraftäter, ermöglicht werden? Gibt es „hoffnungslos Verwahrte“ im Sinne des BVerfG und sollten für sie „Long-Stay-Einrichtungen“ geschaffen werden oder sollten sie im Normalvollzug verbleiben bei Wahrung sich möglicherweise noch bietender Chancen späterer Entlassung oder Überleitung in nahe betreute Wohnheime? Was kann man überhaupt aus dem Maßregelvollzug nach § 63 StGB für den Vollzug der SV lernen und entsprechend übernehmen⁴⁴ (z. B. entbürokratisierte Möglichkeiten von Vollzugslockerungen, gleitende, flexible Überleitungen in Freiheit, Zusammenarbeit mit Aufnahmeheimen und Einrichtungen betreuten Wohnens, Krisenintervention nach Überleitung)? Müssen wir uns letztlich auf den Alterungsprozess in der Verwahrung durch Angebote der Altenpflege und Hospize in Einrichtungen des Vollzugs der SV vorbereiten?

2. Bemerkungen zur neuesten Entwicklung nach dem Urteil des EGMR

Im Dezember hat das Urteil einer Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen die Bundesrepublik Deutschland entschieden.⁴⁵ Wie von uns Kriminalwissenschaftlern erwartet, hat sie die Rückwirkung des Wegfalls der 10-Jahres-Begrenzung als Verstoß gegen Art. 5 und 7 der EMRK gewertet. Der wie kaum ein anderer durch teils schwere Rückfalltaten sicherungsverwahrte M. muss danach demnächst aus der JVA Schwalmstadt entlassen werden. Er hat schon nach seiner Strafe und einem ersten Jahrzehnt SV etwa neun Jahre ohne Rechtsgrund – folgt man dieser Entscheidung – zusätzlich in der SV verbracht. Ihm sind € 50.000 Entschädigung zu zahlen. Gleiches dürfte für etwa 70-90 weitere bislang Sicherungsverwahrte gelten. Es sind alle, die bereits über 10 Jahre in der SV verbringen nach Fortfall der Begrenzung. Außerdem sind es wohl alle, gegen die nachträgliche SV angeordnet worden ist, und zwar schon deswegen, weil diese 2004 ebenfalls mit rückwirkender Kraft gesetzlich eingeführt worden ist. Das Verdikt dürfte aber auch die

⁴⁴ Dazu z.B. *Müller-Isberner et al.*, Entwicklungen im psychiatrischen Maßregelvollzug Hessens. Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 1, 2007 S. 43 ff.

⁴⁵ S. o. Fn 27 mit Besprechung von *Kreuzer, A.*, 2009.

nachträgliche Maßregel generell erfassen, weil sie nicht im Urteil angeordnet oder vorbehalten worden ist, also eine zweite Bestrafung darstellt. Allen wird eine Entschädigung zu gewähren sein.

Die Bundesjustizministerin hat jedoch angekündigt, in der Frist von drei Monaten, also spätestens im März 2010, die Große Kammer des EGMR anzurufen.⁴⁶ Damit gewinnt sie Zeit. Aber die Entschädigungsansprüche werden entsprechend wachsen. Entweder wird bald der zuständige Ausschuss von fünf Richtern aus der Großen Kammer diese Verweisung an die Große Kammer (mit 17 Richtern) ablehnen, weil keine schwerwiegende Frage von allgemeiner Bedeutung zu klären sei. Darauf müssen wir wegen der anstehenden Entlassungen vorbereitet sein, das heißt, es ist in den Ländern, Vollstreckungsgerichten sowie zuständigen Verwahranstalten schon jetzt Vorsorge für mögliche Entlassungen zu treffen (entlassungsrelevante Lockerungen, Überleitungen in die Sozialtherapie, Prüfung möglicher Orte und Einrichtungen für eine Entlassung, Ausbau der Führungsaufsicht durch personell verstärkte und spezialisierte Bewährungshilfe). Oder die Große Kammer wird letztlich entscheiden. Das kann ein, zwei oder mehr Jahre dauern. Diese Zeit wird es ermöglichen, anstehende Entlassungen in den Ländern noch gründlicher vorzubereiten und die Öffentlichkeit mit der Lage vertraut zu machen, damit nicht Panikreaktionen wie im eingangs geschilderten Heinsberger Fall (stete Bürgermahnwachen, Polizeibewachung rund um die Uhr) eintreten. Die Politik muss endlich von populistischen Vorstellungen Abschied nehmen, man könne umfassend durch Strafrecht Sicherheit gegen Rückfalltäter bieten und rechtsstaatliche Schutzbestimmungen unter Berufung auf Gefährlichkeit zur Disposition stellen. Wir leben ja auch mit gefährlichen Tätern, die im Dunkelfeld des nicht Verfolgten bleiben oder die mangels hinreichender Beweise nicht oder nicht entsprechend angeklagt werden konnten oder freigesprochen werden mussten. Der Gesetzgeber kann außerdem die aufgezeigte überfällige Gesamtreform in Angriff nehmen.

Regierung und Öffentlichkeit sollten keine unrealistischen Erwartungen an die weiteren Entscheidungen des EGMR knüpfen. Eine Entscheidung der Großen Kammer wird aller Voraussicht nach das Kammerurteil bestätigen. Dafür sprechen – knapp skizziert – folgende Gründe:

- Von der Kammer des EGMR wurde den von Wissenschaftlern fast ausnahmslos gegen die Entscheidung unseres Bundesverfassungsgerichts erhobenen Bedenken entsprochen.
- Der französische Verfassungsrat hatte jüngst in gleicher Weise die rückwirkende Kraft einer neuen französischen Sicherungssanktion als Verstoß gegen das nulla-poena-sine-lege-Prinzip verworfen.
- Der Menschenrechtsausschuss der UNO hatte Frankreich angesichts dieser Sicherungsmaßregel auf Bedenken wegen möglicher Verstöße gegen den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte hingewiesen, just gegen jene Verbote, die auch unser Grundgesetz vorsieht (ne bis in idem, nulla poena sine lege), die das BVerfG aber als nicht einschlägig erachtet hat.
- Die Kammerentscheidung ist – unter Beteiligung auch einer deutschen ehemaligen Verfassungsrichterin unter den sieben Richtern – einstimmig ergangen.
- Zumindest zur Rückwirkung gab es im Zweiten Senat des BVerfG 2004 zwei abweichende Richtermeinungen.

⁴⁶ Mitt. des BMJ v. 04.02.2009 an den *Verf.* unter Hinweis auf eine Erklärung des Ministeriums zu einer Zeitungsmeldung, wonach die Bundesjustizministerin ihren Länderkollegen mitgeteilt habe, die Bundesregierung werde gegen das Urteil des EGMR klagen wegen der grundlegenden Bedeutung des Verfahrens für präventive Sanktionen, wegen der abweichenden Rechtsauffassung des BVerfG und wegen der Breitenwirkung des Urteils, wenn alle betroffenen Sicherungsverwahrten zu entlassen seien.

- Die Entscheidung des EGMR ist im Gegensatz zu der des BVerfG argumentativ einleuchtend, konsistent und breit, auch rechtsvergleichend und internationalrechtlich, angelegt. Sie hat überzeugend dargelegt, dass unser BVerfG ein realitätsfremdes Konstrukt geschaffen hat, indem unser Gericht die Maßregel als rein präventive und schuldunabhängige strafrechtliche Sanktion gewertet hat, die ein *aliud* gegenüber der Strafe darstelle und deswegen nicht an deren verfassungsrechtlichen Schutzprinzipien teilhabe. Diese Ansicht überzeugt schon deswegen nicht, weil das Strafgesetz ebensowenig die Maßregel der psychiatrischen Unterbringung als echtes „aliud“ ansieht, obwohl diese Inhaftierung unter ärztlicher Leitung mit einem vorrangigen Behandlungsauftrag steht; ihr Vollzug ist in der Tat eigenständig, andersartig, wird gleichwohl voll auf die Strafzeit angerechnet, also der Strafe im Wesentlichen gleich erachtet (§§ 63, 67 IV StGB). Das BVerfG hat überdies kein Wort zur Vereinbarkeit mit der EMRK gesagt. Die von der Kammer des EGMR konstatierte strafgleiche Natur der SV wird vielfältig und sorgfältig belegt. U. a. wird darauf verwiesen, dass Strafe und SV gleichermaßen auf schwere Straftaten reagieren. Diese müssen schuldhaft begangen sein. Die Entscheidungen über beide Rechtsfolgen werden durch Strafgerichte getroffen. Die Gefährlichkeit wird nicht nur bei der Sicherungsverwahrung, sondern auch schon in der Strafzumessung berücksichtigt. Die Gesetzesvorschriften über den Vollzug der Strafe und der Maßregel sehen fast deckungsgleich als Ziele Sicherheit und Resozialisierung vor. Die SV wird zudem unter vergleichbaren Bedingungen in Abteilungen der Strafanstalten vollzogen und wie die Strafe von Strafvollstreckungskammern überwacht. SV ist sogar die womöglich schwerste Sanktion des Strafrechts, zumal sie keine klare Entlassungsperspektive bietet und kein voraussehbares Ende hat. Sie wird schließlich auch von den Verwahrten als zusätzliche Strafe, als „Knast“ wahrgenommen, wie empirische Untersuchungen belegen.⁴⁷

⁴⁷ Dazu eingehend *Bartsch, T.*, o. Fn 28.