

Besprechungsaufsatz für die NStZ

Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht angesichts divergierender Urteile des BGH und EGMR

zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 9. März 2010 – 1 StR 554/09

Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer, Giessen

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

I. Sachverhalt der BGH-Entscheidung

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Begründung und Kritik der Entscheidung

Die Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH wird zunächst unter 1. kritisch beurteilt nach der Rechts- und Rechtsprechungslage, die sich in Deutschland bis zu der Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 entwickelt hatte (intrasystematische Analyse). Anschließend wird sie unter 2. beurteilt aufgrund der durch die Entscheidung des EGMR entstandenen Situation. Unter III. werden die gegenwärtig sich abzeichnende Ratlosigkeit und Widersprüchlichkeit in der Kriminalpolitik und Rechtsprechung zur Handhabung der durch die EGMR-Entscheidung direkt oder indirekt betroffenen Gefangenen und Instrumente der SV sowie notwendige Konsequenzen in den tangierten Rechtsfällen und in der Reformgesetzgebung zur SV diskutiert.

1. Strafrechtliche Beurteilung nach bisheriger deutscher Rechts- und Rechtsprechungslage

- a) Die Entscheidung des 1. Strafsenats begründet zunächst (Rn. 17-21), warum es keiner Feststellung zu „nova“, also zu neuen Erkenntnissen nach der Anlassverurteilung zu der erheblichen Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit, bedurfte. Zutreffend ist es, dass sich dies aus dem Wortlaut und der gesetzgeberischen Begründung

ergibt. Der BGH schildert weiter, warum dies gesetzessystematisch sinnvoll sei: Bei Anwendung des Jugendstrafrechts entfielen nämlich gesetzlich die Möglichkeiten ursprünglicher oder vorbehaltener SV, weil man bei jungen Menschen entsprechend ihren Entwicklungsmöglichkeiten zu den früheren Zeitpunkten noch keine verlässliche Gefährlichkeitsprognose stellen könne; konsequent müsse man deswegen die Gefährlichkeitsprognose auf einen späteren Zeitpunkt vor der Entlassung aus dem Jugendstrafvollzug verlegen, selbst wenn es im Ausgangsurteil bereits Erkenntnisse über eine hohe Gefährlichkeit gebe.

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

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

Unzutreffend ist das Argument, durch die Verlegung der Entscheidung über die SV an das Strafende werde die Prognosesicherheit erhöht. Bei ursprünglicher und vorbehaltener SV werden die Betroffenen zweimal prognostisch begutachtet, und es wird auf diese Weise zweimal fundiert über die SV entschieden, nämlich im Ausgangsurteil und vor der Strafentlassung; die zweite Begutachtung lässt einen Vergleich zur ersten zu. Bei Jugendstrafrechtsanwendung wird aber nicht einmal eine Begutachtung im Ausgangsurteil vorausgesetzt. Die Prognosesicherheit ist geringer. Schon dies bedeutet eine

⁵ Z.B. BGH NStZ 2008, 332.

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

verfassungsrechtlich insbesondere hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebots fragwürdige Schlechterstellung der von der Maßregel nach § 7 Abs. 2 JGG Betroffenen. Hinzu kommt, dass gleichfalls Heranwachsende, die aber nach allgemeinem Strafrecht verurteilt werden und dort eine vorbehaltene SV erhalten nach § 106 Abs. 3 JGG, regelmäßig sogleich in der sozialtherapeutischen Anstalt zu behandeln sind (§ 106 Abs. 4 S. 1 JGG); diese Behandlung ist in der Jugendstrafverbüßung vor einer nachträglichen Verwahrung bei Anwendung des Jugendstrafrechts weder bundes- noch landesgesetzlich gewährleistet.⁷ Überdies liegt eine Schlechterstellung darin, dass nach Jugendstrafrecht Verurteilte mangels eines Vorbehalts im Urteil sich im Jugendstrafvollzug nicht auf eine drohende anschließende SV einstellen und entsprechende Konsequenzen ziehen können. Der Gesetzgeber hätte dieser Ungleichbehandlung entgegen wirken und auch hier die Möglichkeit einer ausnahmsweise vorbehaltenen SV einführen können. In den seltenen Fällen, die überhaupt in Betracht kommen könnten – etwa dem Fall des Jürgen Bartsch oder dem hier behandelten Regensburger Fall – lässt sich, wenn überhaupt, auch bei jungen Menschen schon aus Tat- und Persönlichkeitsbesonderheiten im Zeitpunkt des Ausgangsurteils eine Gefährlichkeit feststellen. Experten haben in den parlamentarischen Anhörungen ohnehin darauf verwiesen, eigentliche „nova“ gebe es gar nicht; Entscheidendes folge jeweils bereits aus Begutachtungen für das Ausgangsurteil.⁸ Die Entscheidung lässt schließlich die verfassungsrechtliche Frage nach der Verhältnismäßigkeit nachträglicher SV insgesamt und speziell bei Anwendung des Jugendstrafrechts ungeprüft. Freilich haben auch die Kammerentscheidungen des BVerfG zu nachträglicher SV diesen Aspekt übergangen. Senatsentscheidungen des BVerfG liegen noch nicht vor. Auf diesen Gesichtspunkt ist mehrmals und gestützt ergänzend auf eine bundesweite empirische Erhebung – vor allem in der entscheidenden parlamentarischen Anhörung zu der Einführung des § 7 Abs. 2 JGG – hingewiesen worden.⁹ Der Gesetzgeber hat 7.000-10.000 Strafgefangene unter einen abstrakten gesetzlichen Vorbehalt ohne jede Anknüpfung an konkrete Anzeichen für eine tatsächliche Gefährlichkeit gestellt, nunmehr weitere etwa 200-500 Jugendstrafgefangene, die allesamt die „formellen Voraussetzungen nachträglicher Sicherungsverwahrung“ erfüllen. Die Verwaltungsanordnungen („Hinweise zur nachträglichen Sicherungsverwahrung“¹⁰) gebieten, die Strafvollzugsakten Betroffener daraufhin zu prüfen und zu kennzeichnen (mit dem Kürzel und Stigma „F.V.n.SV“ werden nach Prüfung anhand einer Checkliste durch die Strafvollstreckungs- und Vollzugsbehörden entsprechende Gefangenenpersonalakten gekennzeichnet), die Gefangenen entsprechend genau zu beobachten, alles Prognoserelevante jederzeit gerichtsverwertbar festzuhalten oder

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

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

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

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

sogleich der Vollstreckungsbehörde zu melden, rechtzeitig mögliche Fälle nachträglicher Verwahrung mit gerichtsverwertbarem Material den Vollstreckungsbehörden vorzulegen usw. Betroffenen werden entlassungsrelevante Lockerungen praktisch vorenthalten, weil Aufsichtsbehörden sie untersagen. In den Anstalten verschlechtert sich das Behandlungsklima. Misstrauen herrscht vor. Insbesondere der Sozialstab wird bürokratisch ungebührlich zusätzlich belastet. Und dies alles, obwohl weniger als 1 % dieser Tausenden später für nachträgliche Verwahrung vorgeschlagen werden, noch weit weniger tatsächlich in nachträgliche Verwahrung gelangen. All dies sind in der Gesetzgebung unbeachtete, aber für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit bedeutsame schädliche Nebenfolgen¹¹ der Gesetzgebung zu nachträglicher SV.

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

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

¹² BGHSt 50, 373 ff (380 ff).

- c) Angreifbar sind die Ausführungen zur Gefährlichkeitsprognose (Rn. 30-38, aber auch 69,70). So stellt das Urteil „hohe Anforderungen an die Gefährlichkeitsprognose“, lässt dann aber genügen, dass „das Tatgericht ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen in eigener Verantwortung“ die Prognoseentscheidung trifft und die Gefährlichkeit bejaht, obwohl die Gutachten die Rückfallwahrscheinlichkeit lediglich als „deutlich erhöht“ oder „mittelhoch bis hoch“ eingestuft haben. Zudem sieht es die ungünstige gerichtliche Prognoseentscheidung nicht beeinträchtigt durch den Umstand, dass im Jugendstrafvollzug konkret offenkundig nicht alles für eine Sexualstraftäterbehandlung Erforderliche getan worden ist, und verlangt nur, dass dies künftig beachtet wird.¹³ Überhaupt nicht geht der 1. Senat auf zahlreiche Erkenntnisse amerikanischer und deutscher katamnestischer Forschung ein; im Einklang mit der Lebenslaufforschung ergeben sie, dass verhältnismäßig wenige Sexual- und Gewalt-Straftäter nach vorangegangenen sozialtherapeutischen Behandlungen im Straf- oder Maßregelvollzug und langen Haftzeiten wieder einschlägig rückfällig werden.¹⁴ Man tut so, als habe das alles keinen Platz im Rahmen rechtlicher Überlegungen.
- d) Gerade auch aus wissenschaftlicher Sicht enttäuscht die unreflektierte Behandlung der verfassungsrechtlichen Fragen nach Verstößen gegen das Verbot einer Doppelbestrafung nach Art. 103 Abs. 3 GG und das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG oder das grundrechtliche Gebot des Vertrauensschutzes nach Art. 2 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG (Rn. 39-59). Hier besonders wird eine Tendenz zur stromlinienförmig auf ein gewünschtes Ergebnis hin ausgerichteten Argumentation deutlich, die konsequent alle nahe liegenden Einwände gänzlich oder scheinargumentativ übergeht. Zumal nach der Entscheidung des EGMR von Ende 2009 und der vielfältigen, ganz überwiegenden wissenschaftlichen Kritik an den vom 1. Strafsenat bedenkenlos übernommenen Entscheidungen des BVerfG von 2004¹⁵ hätte es dem Senat gut angestanden, die Sache dem BVerfG zur Überprüfung seiner Entscheidungen nach Art. 100 Abs. 1 GG vorzulegen oder das Verfahren auszusetzen bis zur endgültigen Entscheidung des EGMR, wie es der 4. Strafsenat getan hat¹⁶.

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

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

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

¹⁶ BGH Beschl. v. 11.2.2010 – 4 StR 577/09. Dazu der spätere Beschluss des 4. Strafsenats mit der Aufhebung der nachträglichen SV sowie Anordnung der Freilassung des Verurteilten v. 12.5.2010.

Statt dessen wird in einem Textbaustein (Rn. 40) gebetsmühlenhaft die auch international ziemlich einsam erscheinende¹⁷ Meinung des BVerfG wiederholt, die grundrechtlichen Schutzbestimmungen seien auf die Maßregel nicht anwendbar, weil diese ein *aliud* gegenüber der Strafe darstelle; Strafen seien repressiv und dienen dem Schuldausgleich, die Maßregel der SV sei präventiv ausgerichtet. Dabei handelt es sich um ein kontrafaktisches rechtliches Konstrukt. Übergangen wird bewusst die rechtlich und tatsächlich strafähnliche Ausgestaltung der SV und ihres Vollzugs: SV setzt schuldhaft Straftaten voraus; sie darf nicht außer Verhältnis stehen zu Taten und Strafe; die Gefährlichkeit kann bereits in der Strafzumessung berücksichtigt werden; so werden Strafen mitunter wegen zu erwartender SV kürzer bemessen, dagegen länger, wenn SV ausscheidet. Die Maßregel wird von Strafgerichten verhängt und überwacht; Straf- und SV-Vollzug dienen gesetzlich gleichermaßen Sicherheit und Resozialisierung; SV wird strafgleich vollzogen in Abteilungen von Strafanstalten. Die bundesweite Bestandsaufnahme zum Vollzug zeigt zudem, dass SV wie Strafe, ja als härteste Strafe, nämlich eine solche ohne Perspektive, erlebt wird.¹⁸ Auch den begriffsjuristisch Denkenden sollte es nicht unbeeindruckt lassen, wenn Untergebrachte und Bedienstete die rückwirkende Anwendung neuer Vorschriften zur SV als existenziellen Verlust des Vertrauens in den Rechtsstaat empfinden. „Ohne dass ich nochmals etwas ausgefressen habe, haben Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht mir das Licht am Ende des Tunnels einfach so ausgeknipst.“ – so ein Betroffener.¹⁹

Formaljuristisch beruft sich der 1. Strafsenat wie zuvor das BVerfG für die Ansicht, es liege keine rechtsstaatlich verbotene Rückwirkung vor, wenn nachträglich SV angeordnet werde und dies nach einem Gesetz, das zur Tatzeit noch nicht bestand, auf eine sogenannte „tatbestandliche Rückanknüpfung oder unechte Rückwirkung“.²⁰ Was eine echte Rückwirkung sein soll und was mit der Unterscheidung für eine verfassungsrechtliche Legitimation „unechter Rückwirkung“ gewonnen sein soll, bleibt im Dunkeln. Wie inhaltsleer solche begriffliche Konstruktion ist, wird an zwei weiteren Feststellungen des 1. Senats deutlich: Zum einen beruft er sich (Rn. 46) auf § 2 Abs. 6 StGB, der bereits die Schutzwürdigkeit des Vertrauens bei Maßregeln generell ausschließe, indem er die jeweils zur Zeit der Entscheidung geltende Rechtslage für verbindlich erklärt. Die vom 1. Senat ungeprüfte Frage ist aber gerade, ob § 2 Abs. 6 StGB insoweit mit den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzgarantien vereinbar ist. Die Bestimmung lässt sich ja nicht als grundgesetzliche Ausnahmebestimmung zu Art. 103 Abs. 2 lesen. Zum anderen erklärt der 1. Strafsenat, die Neuregelung des § 7 Abs. 2 JGG genüge den

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

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

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

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

verfassungsrechtlichen Ansprüchen an Berechenbarkeit, weil „für nach Jugendstrafrecht verurteilte Straftäter klar erkennbar ist, ob die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung für sie grundsätzlich in Betracht kommt“ (Rn. 59). Das mag allenfalls vielleicht für künftige Täter und Verurteilte zutreffen. Die Umstände des konkret entschiedenen Falles werden indes merkwürdig übergegangen: Der Verurteilte hatte die Tat 1997 begangen und die deswegen verhängte zehnjährige Jugendstrafe bis 2008 voll verbüßt; erst dann war er aufgrund des in diesem Zeitpunkt eilig geschaffenen und in Kraft getretenen, auf ihn spezifisch zugeschnittenen Gesetzes einstweilig in SV genommen worden; er hatte also nie während des Strafvollzugs mit einem solchen Gesetz rechnen, sich erst recht nicht in seinem Vollzugsverhalten auf eine künftige SV einstellen können.

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

²¹ BVerfGE 109, 133, 187.

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

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

Eingriff zu ersetzen. Zivilrechtlich gesprochen möchte man fragen „*quae sit actio?*“. Anderenfalls begibt man sich sozusagen in eine „Guantanamo-Judikatur“ von Inhaftierungen ohne gesetzliche Eingriffsgrundlage.

2. Vereinbarkeit mit der Entscheidung des EGMR

Nicht ein einziges der vielen Argumente des 1. Strafsenats zur Vereinbarkeit seines Urteils mit Art. 5 und 7 EMRK und vor allem mit der Entscheidung des EGMR von Ende 2009 (Rn. 60-68)²⁴ überzeugt. Das ahnt der Senat offenbar selbst, wenn er (Rn. 65) nach dem Prinzip Hoffnung seiner Überzeugung Ausdruck gibt, auch der EGMR würde wohl in der konkreten Fallgestaltung keinen Verstoß gegen die EMRK sehen, zumal er ja auf konkrete Einzelfälle abstelle und in jedem neuen Fall von seiner ursprünglichen Bewertung wieder abrücken könne.

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

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

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

²⁵ BGH, o. Fn. 16.

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

Art als Verstöße gegen die Art. 5 und 7 EMRK zu bewerten. Der Verstoß gegen Art. 5 dürfte zudem für alle nachträglichen Sicherungsverwahrungen an sich gelten, da sie keinen hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen der ursprünglichen Verurteilung und der späteren Anordnung einer SV erkennen lassen.²⁷

Weiter meint der Senat, die Sachlage sei hier anders als in dem vom EGMR entschiedenen Fall, weil im Jugendstrafrecht die nachträgliche SV in einem Urteil im Erkenntnisverfahren nach neuer Hauptverhandlung angeordnet werde, nicht nur in einem Beschluss der Strafvollstreckungskammer nach Aktenlage ohne mündliche Verhandlung wie bei Erwachsenen. Entscheidend ist jedoch für den EGMR im Blick auf die gerügte Verletzung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit a EMRK nicht das Fehlen eines Urteils, vielmehr, dass im ursprünglichen Urteil des Tatgerichts mit der Strafe nicht zugleich die SV verhängt worden war, dass also keine kausale Verknüpfung von Ursprungsurteil und Maßregel gegeben war. Das ist im vorliegenden Fall nicht anders, ganz abgesehen davon, dass dadurch auch nicht der Mangel der Gesetzesrückwirkung als Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK behoben wäre.

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

Darüber hinaus meint der 1. Strafsenat, eine Verletzung des Art. 7 Abs. 1 EMRK – Rückwirkungsverbot für Strafgesetze und Strafen, die erst nach der Tat geschaffen sind – komme im Gegensatz zu dem vom EGMR entschiedenen Fall hier nicht in Betracht, weil es um das JGG gehe; das Jugendstrafrecht, die Jugendstrafe und der Jugendstrafvollzug seien vom Erziehungsgedanken geprägt. Der Betroffene habe im Jugendstrafvollzug eine Vielzahl sozialtherapeutischer Behandlungsversuche erfahren. Dieses Argument liegt neben der Sache. Einmal geht es nicht um die verhängte Jugendstrafe und deren Vollzug, sondern um die nachträgliche SV. Und diese ist eine strafgleiche Sanktion, die nach einem rückwirkend angewandten Gesetz verhängt worden ist. Wieder einmal wird Kritikern des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht ein Argument geliefert, wenn sie behaupten, Erziehung werde als Legitimation für Eingriffe und

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

²⁸ BGH, o. Fn. 27.

Rechtsschmälerungen missbraucht („Erziehungszuschlag“).²⁹ Zum Zweiten werden nach Erwachsenenrecht verurteilte Heranwachsende sogar obligatorisch vom Strafvollzug, der einer eventuellen SV vorausgeht, in sozialtherapeutische Einrichtungen verbracht. Zum Dritten hat der Senat an anderer Stelle (Rn. 69, 70) selbst offenbar die Behandlungsmaßnahmen des Jugendstrafvollzugs im konkreten Fall als unzureichend angesehen.

Letztlich verweist der 1. Strafsenat darauf, die EMRK habe nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Rn. 67, 68). Sie sei wie die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung von Grundrechten und rechtsstaatlichen Gewährleistungen Auslegungshilfe. Sie dürfe aber nicht zur Einschränkung des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes führen. Sie sei ebenso bei den Grundrechten des Verurteilten wie bei denen der möglichen Opfer zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall müsse das Freiheitsrecht des Verurteilten hinter dem Opferschutz zurücktreten. Das führt, wie schon aufgezeigt, zu einer Relativierung der abwägungsresistenten verfassungs- und menschenrechtlichen Schutzbestimmungen. Ganz anders hat deswegen zu Recht der 4. Strafsenat entschieden.³⁰ Er hat sich nicht auf eine derartige Abwägungskonstruktion eingelassen.

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

III. Notwendige Klärungen in Rechtsprechung, Verwaltung und Gesetzgebung

1. Gegenwärtige Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten

In der Strafjustiz herrscht große Unsicherheit, wie man mit den nun zur Entlassung anstehenden Fällen und allen neuen Entscheidungen insbesondere zur nachträglichen SV umgehen solle, die von dem EGMR-Urteil tangiert sein könnten.

Unklarheit besteht schon hinsichtlich des betroffenen Personenkreises, der freizulassen ist, um den konventionswidrigen Zustand umgehend zu beseitigen. Wohl unstrittig sind es zunächst die wohl mindestens 100 Verwahrten, die wegen des Wegfalls der 10-Jahres-Begrenzung nach dem Gesetz von 1998 weiter in SV gehalten worden sind. Sie müssen konsequent freigelassen und entschädigt werden. Hinzu kommen nach der Meinung vieler Experten alle bisher in nachträgliche SV aufgrund der Gesetze von 2004 und 2008 Genommenen; denn diese Verwahrung ist eine strafgleiche Sanktion und nach einem rückwirkend angewandten Gesetz angeordnet worden und hat keine kausale Anknüpfung im Ausgangsurteil wie in dem hier besprochenen Fall des 1. Strafsenats.³¹ Außerdem müssten alle eingeleiteten Verfahren zur Anordnung nachträglicher SV eingestellt und die Betroffenen freigelassen werden.

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

³⁰ BGH, o. Fn. 27.

³¹ Nachw. o. Fn. 27.

Unklarheit besteht weiter über das Verfahren, in dem die Freilassungen zu betreiben sind: Anträge bei den Strafvollstreckungskammern zu erneuter Überprüfung der Fortdauer der SV nach § 67d Abs. 2 StGB? Wiederaufnahmeverfahren nach § 359 Nr. 6 analog StPO?³² Entsprechende Verfahren von Amts wegen, weil das Urteil des EGMR gegen Deutschland ergangen ist und die Verantwortlichen in Bund und Ländern in die Pflicht zu nehmen sind?

Ungeklärt ist, ob sich der BGH und das BVerfG die Meinung des EGMR zueigen machen oder sie jedenfalls künftigen Entscheidungen zugrunde legen werden. Die besprochene Entscheidung des 1. Strafsenats lässt daran zweifeln. Der Beschluss des 4. Strafsenats fußt dagegen auf dem Urteil des EGMR und hebt die nachträgliche Anordnung der SV wegen Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK mit unmittelbarer Wirkung auf. Er erkennt keinen Widerspruch zu der Entscheidung des BVerfG, weil es nur um die konventionsgemäße Auslegung von Bundesrecht – dem § 2 Abs. 6 StGB – gehe; einfaches Recht habe zwar die – sc. vom BVerfG interpretierten – Vorgaben des Grundgesetzes zu wahren, man dürfe aber im Einzelfall über die dort festgelegten Mindestanforderungen hinausgehen. Er sieht sich gleichfalls nicht veranlasst, die Sache dem Großen Strafsenat vorzulegen, da mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils des EGMR eine neue Rechtslage geschaffen sei, weshalb sich die Frage nach einer Bindung an frühere entgegenstehende Rechtsprechung – die etwaig abweichende Meinung des oben genannten Urteils des 1. Strafsenats – obsolet sei.³³ Zu hoffen ist, dass es bald entweder zu einer Vorlage im BGH oder aber zu einer Vorlage an das BVerfG kommen wird, um Rechtsklarheit zu gewährleisten. BVerfG und Untergerichte scheinen aber zunächst alles Weitere abzuwarten, ohne sich schon festlegen zu wollen. So kann man etwa die Kammerentscheidungen des BVerfG verstehen, die Eilanordnungen von betroffenen Untergebrachten abgelehnt haben; eine sofortige Entlassung der nach Meinung des EGMR rechtswidrig Verwahrten sei nicht geboten unter Beachtung der – oben kritisch angesprochenen – Interessenabwägung mit der Berücksichtigung des Sicherheitsbedürfnisses der Allgemeinheit; die Rechtsfragen seien im Hauptsacheverfahren zu klären.³⁴ Ähnlich abwartend verhält sich beispielsweise das OLG Koblenz³⁵, wenn es entscheidet, das Straßburger Urteil binde lediglich im entschiedenen Fall³⁶, nicht in „parallelen Fällen“; vor einer Entlassung eines von der Entscheidung des EGMR mittelbar Betroffenen müsse ein weiterer Sachverständiger hinzugezogen werden; das suggeriert, die nach dem EGMR-Urteil fehlende Eingriffsgrundlage lasse sich heilen, falls die gutachterliche Prognose negativ ausfalle. Ob das BVerfG an seiner Rechtsprechung von 2004 festhalten und sich in einen offenen Konflikt zum EGMR begeben, eine moderatere Lösung finden oder sich sogar dem EGMR im Ergebnis anschließen wird, muss mit großem Interesse abgewartet werden. Die Verfassungsbeschwerde gegen das hier besprochene Urteil des 1. Strafsenats des BGH wird spätestens zu einer Festlegung veranlassen. Immerhin soll der Verfassungsrichter Gerhardt geäußert haben, er sehe in dieser Frage kein

³² Dazu – im Einzelnen divergierend – z.B. Kinzig 2010 (o. Fn. 4); Kreuzer / Bartsch 2010 (o. Fn. 27, S. 131).

³³ BGH Beschl. v. 12.5.2010, o. Fn. 27 (im Beschluss Rn. 18, 19).

³⁴ BVerfG Beschlüsse v. 22. 12.2009, zuletzt v. 19.5.2010 – 2BvR 769/10, Pressemit. Nr. 34/2010 v. 21.5.2010.

³⁵ Referiert in der FAZ v. 10.6.2010 S. 4.

³⁶ Der Beschwerdeführer vor dem EGMR M. ist gleichfalls erst nach einer Überprüfung der Entscheidung des Landgerichts durch das OLG Frankfurt/Main am 24.6.2010 entlassen worden.

Konfliktpotenzial zwischen Straßburg und Karlsruhe; „möglicherweise hat das Bundesverfassungsgericht einfach falsch entschieden. So etwas gibt es.“³⁷ Ähnlich unterschiedlich steht es um die Vorbereitungen notwendiger Entlassungen aus dem SV-Vollzug in den Ländern. Einige Landesjustizministerien untersagen vollzugslockernde Maßnahmen zur Erprobung der Freiheit bei in Betracht kommenden Untergebrachten. Die Bayerische Justizministerin will warten auf ein neues, vom Strafvollzug deutlich abgehobenes Rechtsinstitut der „Sicherheitsunterbringung“ und erwartet wohl, damit auch die Altfälle der jetzt zur Entlassung anstehenden Untergebrachten erfassen zu können.³⁸ Andere dürften erkannt haben, dass es höchste Zeit ist, Vorsorge für zu erwartende Entlassungen zu treffen. Dafür müssen Haftanstalten, Vollstreckungsgerichte, Führungsaufsicht und Polizei für jeden Einzelfall angemessene Konzepte entwickeln. Behandlung in sozialtherapeutischen Einrichtungen, Erprobungslockerungen, verbesserte Ausstattung der Führungsaufsicht, Probewohnen in einer als Aufnahmeeinrichtung in Frage kommenden Einrichtung betreuten Wohnens, Kontakte zu aufnahmebereiten Familien oder Bekannten und Möglichkeiten engmaschiger Aufsicht sowie entsprechende gerichtliche Auflagen, auch der Einsatz „elektronischer Fußfesseln“ sind zu prüfen. Die zu Entlassenden sind oftmals selbständigen Lebens völlig entwöhnt. Polizeibewachung rund um die Uhr wie in dem Heinsberger Fall ist jedenfalls als Regelfall unnötig und unmöglich. Dagegen können unregelmäßige Besuche und Kontrollen durch uniformierte oder zivil eingesetzte Polizeibeamte nützlich sein. Auch ist sensibel vor Ort mit einer Entlassung umzugehen, damit es nicht zu anhaltenden Bürgerängsten und Mahnwachen nach dem dortigen Beispiel kommt.³⁹ Immerhin ist es ja auch bislang gelungen, angemessen mit den über 100 Freigelassenen umzugehen, bei denen trotz Annahme der Gefährlichkeit nachträgliche SV mangels „nova“ oder aus anderen rechtlichen Gründen abgelehnt wurde.

2. Gesetzliche Reform der SV

Darüber, dass die gesetzgeberische Flickschusterei nunmehr dringend durch eine Gesamtreform der SV zu ersetzen ist, besteht endlich Einigkeit in der Politik. Die Bundesregierung hat am 23.6.2010 Eckpunkte einer solchen Reform beschlossen.⁴⁰ Die Justizministerkonferenz hat ihnen tags darauf grundsätzlich zugestimmt.⁴¹ Sie sehen vor, dass die SV nur noch als anfängliche und vermehrt als vorbehaltene im Ausgangsurteil angeordnet werden kann, und zwar nur bei Gewalt- und Sexualstraftätern mit erkennbarer Rückfallgefahr, ausnahmsweise auch bei Ersttätern. Die Vorschriften sollen nicht auf Altfälle anwendbar sein. Für sie sollen u.a. Möglichkeiten elektronischer Überwachung ausgebaut werden können.

Damit werden einige Vorschläge umgesetzt, die wir schon bei der parlamentarischen Anhörung 2008 unterbreitet hatten.⁴² Weitergehend hatten wir für eine nur noch einheitliche, im Urteil vorbehaltene SV plädiert, da in den

³⁷ Zit. nach SZ v. 12./13.5.2010, S. 5. Bundesverfassungsrichter Gerhardt gehörte allerdings zu den dissentierenden Richtern in der Entscheidung vom 10.2.2004, BVerfGE 109, 190 ff.

³⁸ Justizministerin Merk, Der Merkur, Nachrichten direkt. Online. v. 11.6.2010; ZEIT ONLINE v. 23.6.2010 und FAZ v. 25.6.2010 S. 4 (anlässlich der Justizministerkonferenz).

³⁹ Dazu schon Kreuzer, FAZ v. 11.3.2010 S. 8.

⁴⁰ Vgl. ZEIT ONLINE v. 23.6.2010. Zuvor Pressemit. des BMJ zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung v. 9.6.2010.

⁴¹ FAZ, o. Fn. 38.

⁴² Kreuzer, 2008, o. Fn. 2; Kreuzer/Bartsch, 2008, o. Fn. 6.

Rechtsfolgen keinerlei Unterschied zwischen anfänglicher und vorbehaltener SV besteht, da ferner in beiden Formen jeweils erst aufgrund einer zweiten Gefährlichkeitsprognose am Ende der Strafzeit über die SV endgültig befunden wird und weil die anfängliche SV im Strafvollzug allzu leicht dazu verführt, wegen „Anschluss-SV“ alle Behandlungsbemühungen und Lockerungen auszuschließen. Kinzig⁴³ hat allerdings zu bedenken gegeben, jede nur vorbehaltene SV könne wiederum gegen Art. 5 Abs. 1a EMRK verstoßen, weil im Sinne des Urteils des EGMR auch sie nicht konstitutiv im Urteil angeordnet werde, sondern von diesem abgekoppelt in einer nachfolgenden Entscheidung. Das überzeugt nicht. Dem rechtsstaatlichen Anspruch, im Urteil über die Rechtsfolgen berechenbar aufgeklärt zu werden, ist mit dem Vorbehalt Genüge getan. Er ist die Grundlage eventueller SV. Der Verurteilte weiß, was ihm gegebenenfalls bevorsteht, und er kann sich darauf einstellen. Mehr Gewissheit kann nicht verlangt werden, will man ihm erkennbar Chancen bieten, die nachteilige Rechtsfolge noch zu vermeiden. Es verhält sich nicht anders als etwa bei dem Schuldspruch mit Vorbehalt späterer Verhängung einer Jugendstrafe nach §§ 27 ff JGG oder der Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB, im Grunde auch bei Bewährungsaussetzungen im Urteil; die schuldhafte Tat wird im Urteil festgestellt und die weitergehende freiheitsentziehende Sanktion in Aussicht gestellt, aber ihr Eintritt noch nicht verbindlich festgelegt.

Nach unseren Vorschlägen braucht die Prognose im Urteilszeitpunkt lediglich eine aufgrund der Taten und Persönlichkeit erkennbare wahrscheinliche Gefährlichkeit zu ergeben, die sich erst im zweiten Zeitpunkt als eine hinreichend sichere erweisen muss. Außerdem sollten die Länder eigene SV-Vollzugsgesetze erlassen, die jene vom BVerfG eingeforderten Vollzugsbedingungen ausgestalten und gewährleisten – Besserstellung in den Lebensbedingungen gegenüber Strafgefangenen („Abstandsgebot“), deutlich verbesserte Angebote zur Resozialisierung und eine mit der Länge der Verwahrung tendenziell sich umkehrende Beweislast hinsichtlich der Gefährlichkeitsprognose. Ferner sollten im vorausgehenden Strafvollzug bei drohender „Anschluss-SV“ sowie im Vollzug der SV sozialtherapeutische Angebote und entlassungsrelevante Vollzugslockerungen hinreichend gewährleistet werden.

⁴³ Kinzig 2010, o. Fn. 4; dagegen schon mit treffender Begründung Finger, 2008, o. Fn. 14, S. 179 ff, im Hinblick auf das Doppelbestrafungsverbot in Art. 103 Abs. 3 GG.