

Lehrstuhl für Strafrecht,
Strafprozessrecht und
Internationales Strafrecht

Telefon + 49(0)511.7 62-8212
oder + 49(0)511.7 62-8261
Fax + 49(0)511.7 62-19071
E-Mail: radtke@jura.uni-hannover.de

Weitere Informationen unter:
www.jura.uni-hannover.de

Dienstgebäude
Königsworther Platz 1
30167 Hannover

9. November 2010

Stellungnahme

zu dem Gesetzentwurf der Bundestagsfraktionen der CDU/CSU und FDP

„Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“ – BT-Drucks. 17/3403

A. Vorbemerkung

I. Schwerpunkte der nachfolgenden Stellungnahme

Die nachfolgende Stellungnahme kann angesichts des Umfangs und der Komplexität des Gesetzentwurfs sowie des engen zeitlichen Rahmens für die Anfertigung der schriftlichen Ausführungen nicht auf sämtliche Details der vorgeschlagenen Regelungen eingehen. Es erfolgt daher eine Konzentration auf Fragen der Vereinbarkeit sowohl der Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung (insb. die Ausgestaltung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung und der verbliebenen nachträglichen Sicherungsverwahrung) als auch dem Vorschlag zur Einführung eines „Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ (ThUG) mit den völkerrechtlichen Vorgaben der EMRK und dem nationalen Verfassungsrecht. Die Vorschläge zur

Reform des Rechts der Führungsaufsicht durch die Einführung einer Weisung über die elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes der unter Führungsaufsicht stehenden Person (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB-E) werden in etwas geringerem Umfang behandelt werden.

II. Grundsätze der sog. Zweispurigkeit des Sanktionensystems des StGB

Die Stellungnahme setzt voraus, dass an der sog. Zweispurigkeit des Sanktionensystems des StGB unter Einschluss der Sicherungsverwahrung festgehalten wird. In jüngster Zeit erhobene Forderungen nach Abschaffung der Sicherungsverwahrung wegen der vermeintlich fehlenden Unterschiede zur Kriminalstrafe und deren Vollzug, den als unzureichend empfundenen Vollzugsbedingungen sowie den angeblich zu großen Unsicherheiten bei der Erstellung von Gefährlichkeitsprognosen¹ verdienen im Ergebnis keine Zustimmung. Entsprechende Forderungen verkennen die nach wie vor bestehenden kategorialen Unterschiede zwischen der schuldabhängigen, auf die Sanktionierung des in der Vergangenheit durch den Täter verschuldeten Unrechts abzielenden Strafe einerseits und den auf Abwendung prognostisch angenommenen Gefährlichkeitspotentials einzelner Straftäter ausgerichteten Maßregeln der Besserung und Sicherung (einschließlich der Sicherungsverwahrung) andererseits.² Unterschiede zwischen den eigentlichen Kriminalstrafen sowie den Maßregeln der Besserung und Sicherung bestehen nicht nur in Bezug auf die jeweiligen Legitimationsgründe, die dem Staat die mit Strafen und Maßregeln verbundenen gravierenden Grundrechtseingriffe gegen die Täter gestatten.³ sie betreffen auch das für Art und Höhe der jeweiligen Sanktion relevante Maßprinzip. Die Strafe wird nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Schuldstrafrecht)⁴ und der einfachgesetzlichen Ausgestaltung (vgl. § 46 Abs. 1 StGB) primär durch das Ausmaß des in der Vergangenheit liegenden *verschuldeten* Unrechts bestimmt. Art und Ausmaß insbesondere der stationären Maßregeln der Besserung und Sicherungen orientieren sich dagegen primär an dem für die Zukunft angenommenen Gefährlichkeitspotential des Täters. Anordnung und Vollzug der Maßregeln werden zudem durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt. Diese nur grob umrissenen Unterschiede werden weder durch den Umstand, dass

¹ Siehe Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, „Sicher ist Sicher“ – Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen zur Sicherungsverwahrung, 2010, S. 6 ff.

² Zu den verbleibenden deutlichen Unterschieden ausführlicher *Radtke*, Festschrift für Schöch, 2010, S. 695 (710-712 m.w.N.).

³ Die verfassungsrechtliche Legitimität der Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung beruht nach überwiegenden und zutreffendem Verständnis auf den Schutzpflichten des Staates sowie dem Prinzip des überwiegenden Interesses, vgl. *Frisch* ZStW 102 (1990), S. 343 (364 ff.); *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2009, S. 236 f.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., 2002, Rn. 281-283; MünchKommStGB/*van Gemmeren*, § 61 Rn. 2; MünchKommStGB/*Radtke* Vor §§ 38 ff. Rn. 68.; im Gegensatz dazu legitimiert sich die Verhängung von Kriminalstrafe aus der schuldhaften Verwirklichung von Unrecht durch den Täter, siehe nur BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 50, 205 (214 f.), BVerfGE 96, 249.

⁴ Zusammenfassend MünchKommStGB/*Radtke* Vor §§ 38 ff. Rn. 14 f.

auch die Verhängung und der Vollzug von Strafen präventive, zukunftsorientierte Zwecke verfolgt, noch durch die verschiedenen Wechselbezüglichkeiten zwischen Strafen und (stationären) Maßregeln (siehe etwa § 67 Abs. 2 bis 5 StGB) aufgehoben. Insbesondere die stationären Maßregeln der Besserung und Sicherung als schuldunabhängige staatliche Reaktion auf die Begehung von Straftaten dienen zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht zugunsten der Rechtsgüter Einzelner gegenüber der prognostizierten Gefährdung durch Straftäter, deren angenommener auch zukünftiger Gefährlichkeit durch ein strenges Schuldstrafrecht angesichts der mit diesem zu Recht verbundenen Limitierungen zulässiger Strafen nicht begegnet werden kann.⁵

III. Konsequenzen der Zweispurigkeit für den Vollzug der Sicherungsverwahrung

Die ungeachtet Teilüberschneidungen in der Zielsetzung von Strafen und Maßregeln sowie den Wechselbezüglichkeiten beider im Rahmen des sog. Vikariierens nach wie vor bestehenden kategorialen Unterschiede zwischen Kriminalstrafen einerseits und Maßregeln der Besserung und Sicherung andererseits müssen sich auch in Unterschieden sowohl bezüglich des Rechtsregimes des Vollzuges der genannten Sanktionsarten als auch den tatsächlichen Gegebenheiten des Vollzuges der jeweiligen Arten der Freiheitsentziehung ausdrücken. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat diese Notwendigkeit der Unterscheidung in Bezug auf den Freiheitsstrafenvollzug auf der einen Seite und den Vollzug der Sicherungsverwahrung auf der anderen Seite mit dem Topos „Abstandsgebot“ angemahnt,⁶ ohne allerdings im Einzelnen Vorgaben für die Ausrichtung und Ausgestaltung der rechtlichen und tatsächlichen Vollzugsbedingungen in Bezug auf die verschiedenen angesprochenen Formen der Freiheitsentziehung zu machen. Das fortgeltende (Art. 125a Abs. 1 GG) Strafvollzugsrecht des Bundes (§§ 129–135 StVollzG) sowie die bisher erlassenen Justiz- bzw. Strafvollzugsgesetze der Bundesländer (exemplarisch §§ 66–68 HStVollzG; §§ 107–112 NJVollzG) beschränken sich bislang allerdings weitgehend darauf, die Vorschriften über den Freiheitsstrafenvollzug auch auf den Vollzug der Sicherungsverwahrung für entsprechend anwendbar zu erklären. Die Abweichungen in den maßgeblichen rechtlichen Regelungen beschränken sich vor allem auf Modifikationen bei einzelnen Modalitäten des Vollzugs (u.a. eigene Kleidung und Wäsche; Ausstattung des Haftraums; Aufenthalt im Freien; Taschengeldhöhe).⁷ Gerade die allenfalls marginalen Unterschiede sowohl der rechtlichen Grundlagen als auch der tatsächlichen Vollzugs-

⁵ Siehe etwa *Frisch* ZStW 102 (1990), S. 343 (364–387); *H. Jung*, Was ist Strafe?, 2002, S. 38; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, S.217; MünchKommStGB/*Radtke* Vor §§ 38 ff. Rn. 68 m.w.N.

⁶ BVerfGE 109, 133 (166 f.).

⁷ Exemplarisch zu den Einzelheiten der Abweichungen gegenüber dem Freiheitsstrafenvollzug siehe die Begründung des Gesetzentwurfs für ein Gesetz zur Schaffung und Änderung hessischer Vollzugsgesetz in Hess.LT-Drucks. 18/1396 S. 144).

verhältnisse zwischen dem Freiheitsstrafenvollzug einerseits und dem Vollzug der Sicherungsverwahrung andererseits waren der tragende Grund in dem Urteil der 5. Sektion des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17. Dezember 2009⁸ die Maßregel der (primären) Sicherungsverwahrung gemäß § 66 StGB bei autonomer Auslegung des Begriffs „Strafe“ im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK als eine solche zu verstehen und damit den Schutzbereich des menschenrechtlich garantierten Rückwirkungsverbotes als eröffnet anzusehen. Auf der Basis dieser Auslegung hat der EGMR bekanntlich in den vollstreckungsgerichtlichen Entscheidungen gegen den Individualbeschwerdeführer M. einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 MRK darin erblickt, dass Strafvollstreckungskammer und bestätigend das zuständige Oberlandesgericht als Beschwerdegericht die Fortdauer des Vollzugs der Sicherungsverwahrung über 10 Jahre hinaus angeordnet haben, obwohl nach der zum Zeitpunkt des gegen den Beschwerdeführer ergangenen, auf Freiheitsstrafe und Unterbringung in der erstmaligen Anordnung der Sicherungsverwahrung lautenden Urteils aus dem Jahr 1986 geltenden Rechtslage (§ 67d Abs. 1 S. 1 StGB a.F.) für die erstmalig gegen den Verurteilten angeordneten Sicherungsverwahrung eine gesetzliche Vollzugshöchstfrist von 10 Jahren bestand.⁹ Unabhängig von den möglichen innerstaatlichen Auswirkungen dieses Urteils in Bezug auf die sog. Parallelfälle zu dem Individualbeschwerdeführer M. bedarf es landesgesetzlicher Regelungen über den Vollzug der Sicherungsverwahrung, die, zusammen mit den konkreten tatsächlichen Vollzugsbedingungen einschließlich der in den entsprechenden Einrichtungen des Sicherungsverwahrvollzuges vorzusehenden Behandlungsangebote, der Konzeption der Zweispurigkeit, den kategorialen Unterschieden zwischen Strafen und Maßregeln sowie den weiterhin bestehenden Unterschieden in den Zielen und Zwecken beiden Sanktionen ausreichend Rechnung tragen.¹⁰ Damit wird sowohl dem vom BVerfG geforderten Abstandsgebot¹¹ zwischen Freiheitsstrafenvollzug und Sicherungsverwahrvollzug entsprochen als auch der Möglichkeit entgegengewirkt, dass der EGMR im Rahmen weiterer Entscheidungen über Individualbeschwerden, die sich gegen die (zukünftige) vorbehaltene oder nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB-E) richten, die entsprechenden Arten der Sicherungsverwahrung und deren Vollzug weiterhin als „Strafe“ im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK deutet und die genannte Vorschrift als Prüfungsmaßstab heranzieht. Erst eine solche notwendige Ergänzung der materiell-rechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Vorschriften über die Sicherungsverwahrung auf der Ebene der Bundesgesetz-

⁸ Rs. 19359/04 – *M. ./.* *Deutschland*, auszugsweise abgedruckt in NStZ 2010, 263 ff.; dazu u.a. *Kinzig* NStZ 2010, 233 ff.; *Kreutzer* NStZ 2010, 473 (477 ff.); *H. E. Müller* StV 2010, 207 ff.; *Möllers* ZRP 2010, 153; zu den innerstaatlichen Folgen *Radtke* NStZ 2010, 537 ff.

⁹ EGMR (Fn. 8) Abs. 128-130.

¹⁰ Siehe dazu bereits die Stellungnahme von *Kreutzer* in der Anhörung des Rechtsausschusses des Hess. Landtages für ein Gesetz zur Schaffung und Änderung hessischer Vollzugsgesetze LT-Drucks. 18/1396 S. 1, 5-10 sowie die dortige Stellungnahme *des Verf.* LT-Drucks. 18/1396 S. 290 ff.

¹¹ BVerfGE 109, 133 (166 f.).

gebung durch die Landesgesetzgeber eröffnet der Bundesgesetzgebung einen ausreichend großen kriminalpolitischen Handlungsspielraum, in Bezug auf den als völkerrechtlicher bzw. menschenrechtlicher Maßstab im Wesentlichen noch die Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 EMRK zu beachten sind. In der Entwurfsbegründung (S. 80) wird auf die Zusammenhänge zutreffend im Rahmen der Frage nach dem Inkrafttreten der neu vorgeschlagenen Regelungen des Art. 1 des Gesetzentwurfs hingewiesen.

Empfehlung:

An der Sicherungsverwahrung als ein Element des Rechts der Maßregeln der Besserung und Sicherung im Rahmen des zweispurigen Sanktionensystems des StGB sollte festgehalten werden. Um den verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Vorgaben zu entsprechen, die mit der nach wie vor kategorialen Unterscheidung von Kriminalstrafen einerseits sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung andererseits verbunden sind, bedarf es auf der Ebene der rechtlichen Regelungen über den Vollzug der stationärer Maßregel der Sicherungsverwahrung Änderungen, die den Unterschieden in der rechtlichen Legitimation der jeweiligen Freiheitsentziehung sowie den unterschiedlichen Anforderungen an die mit dem Ziel der Resozialisierung zu stellenden Behandlungsangeboten Rechnung tragen. Ungeachtet der Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer sollte auf eine möglichst einheitliche Ausgestaltung der Landesgesetze hingewirkt werden, um den jeweils einheitlichen verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Anforderungen zu genügen.

B. Zur Gesamtkonzeption des Gesetzentwurfs

I. Zielrichtung des Gesetzentwurfs

Der Gesetzentwurf verfolgt das Ziel, durch Änderungen im Recht der Sicherungsverwahrung und im Recht der Führungsaufsicht die rechtlichen Instrumentarien zur Verhinderung von Rückfalltaten zu verbessern. Dieses Ziel möchte der Entwurf zum einen durch eine Erweiterung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gemäß § 66a StGB (Erstreckung auf Ersttäter im Rechtssinn) bei Einschränkungen der Anwendungsbereiche der primären Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) und einer weitgehenden Aufgabe der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB) sowie zum anderen durch die Einführung einer Überwachung bestimmter unter Führungsaufsicht stehender Täter mittels Aktivsystemen des electronic monitoring erreichen (BT-Drucks. 17/3403 S. 1 und 2). Der Vorschlag zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieun-

terbringungsgesetz – ThUG) stellt sich dagegen im Wesentlichen als Maßnahmegesetz dar,¹² das gesetzgeberische Konsequenzen aus dem Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 zieht und für einen Teil der sog. Parallelfälle zu dem Individualbeschwerdeführer des vorgenannten Urteils eine mit den Vorgaben von Art. 5 Abs. 1 MRK sowie dem nationalen Verfassungsrecht vereinbare gesetzliche Grundlage für eine erneute und weitere Freiheitsentziehung gegenüber an einer psychischen Störung leidenden, vormals Sicherungsverwahrten gewährleisten soll.

Der Gesamtkonzeption des Gesetzentwurfs ist in ihren wesentlichen Zügen zuzustimmen. Das gilt sowohl für eine moderate Rückführung des Anwendungsbereichs der primären Sicherungsverwahrung als auch für die Neuausrichtung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, bezüglich derer vor allem die umfassende Zuweisung der Zuständigkeit für die mit dem Gebrauch des zuvor ausgerichteten Vorbehalts an das vormals erkennende Gericht aus verfassungsrechtlichen wie aus praktischen Gründen überzeugend ist. Durch die weitgehende Aufgabe der bisherigen nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB) eventuell zu befürchtende Lücken des Schutz der Bevölkerung vor als in erheblichem Maße gefährlich bewerteten Straftätern werden durch die Ausweitung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung zu einem Teil aufgefangen werden können. Für den nach dem Entwurf einzig verbleibenden Fall nachträglicher Sicherungsverwahrung (§ 66b Abs. 3 StGB) nach Erledigungserklärung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) wegen Wegfalls der Unterbringungs Voraussetzungen (§ 67d Abs. 6 StGB)¹³ wird allerdings hier vorgeschlagen werden, den systematischen Standort zu überdenken und die Konstellation statt als nachträgliche Sicherungsverwahrung in den Regelungskomplex des § 67a StGB einzufügen.

Ungeachtet der Zustimmung zu der Gesamtkonzeption des Gesetzentwurfs besteht im Hinblick auf die im Entwurf angeführten Gründe für die Reform des Rechts der Sicherungsverwahrung und der Führungsaufsicht Bedarf für einige klarstellende Bemerkungen. Der Entwurf differenziert bei den Gründen, die die vorgeschlagenen Neuregelungen im Recht der Sicherungsverwahrung und bei der Führungsaufsicht sowie die Einführung des ThUG bedingen (BT-Drucks 17/3403 S. 21–24). Bezüglich der Sicherungsverwahrung nennt der Entwurf Schwachstellen des derzeitigen Systems vor allem bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung auf der Grundlage von § 66b Abs. 1 und

¹² Zum Begriff des Maßnahmegesetzes in Abgrenzung zu einem nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG unzulässigen Einzelfallgesetz siehe *Enders*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, 2009, Art. 19 Rn. 11 f.; siehe auch BVerfGE 25, 371 (396),

¹³ Zum Anwendungsbereich von § 67d Abs. 6 StGB ausführlich *Koller*, Festschrift für Venzlaff, 2006, S. 229 ff.; *ders.* R&T 2007, 57 (59 ff.); *Radtke*, Festschrift für Schöch, S. 695 (699); siehe aber auch *Berg/Wiedner* StV 2007, 434 ff.

2 StGB sowie eine vom Gesetzgeber nicht gewollte einschränkende Auslegung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) als Anlässe für die Neuregelungen. Darüber hinaus wird der Reformbedarf bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung mit den aufgrund des o.g. Urteils des EGMR vermehrt geäußerten Bedenken gegen die Vereinbarkeit mit den menschenrechtlichen Anforderungen von Art. 5 und Art. 7 EMRK begründet (BT-Drucks. 17/3403 S. 22). Die Änderungen im Recht der Führungsaufsicht sieht der Diskussionsentwurf ebenfalls vor allem durch das genannte Urteil des EGMR und die sich daraus ergebenden Konsequenzen in Bezug auf die von manchen Vollstreckungsgerichten angeordnete Entlassung von bisher Sicherungsverwahrten in den sog. Parallelfällen (a.a.O. S. 22). Der Grund für die Einführung des ThUG ist eindeutig der durch den EGMR im Fall M. festgestellte Konventionsverstoß durch die vollstreckungsgerichtlichen Entscheidungen, auf der Grundlage der verfassungsgemäßen, einfachgesetzlichen aktuellen Rechtslage den Vollzug der erstmaligen Sicherungsverwahrung bei fortbestehender zukünftiger Gefährlichkeit auch über 10 Jahre hinaus anzuordnen (vgl. § 67 Abs. 3 StGB) und die daraus von einer ganzen Reihe von Vollstreckungsgerichten in den sog. Parallelfällen gezogenen Konsequenzen (a.a.O. S. 23).

Die angeführten Gründe tragen die Notwendigkeit einer umfassenden Reform vor allem des Rechts der Sicherungsverwahrung lediglich teilweise. Wie bereits zu A.III. ausgeführt, stützt sich die vom EGMR im Rahmen der „autonomen“ Auslegung von Art. 7 Abs. 1 S. 2 MRK vorgenommene Einordnung der Sicherungsverwahrung als „Strafe“ im Sinne der genannten Vorschrift auf die aktuellen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Vollzugs der Sicherungsverwahrung in der Bundesrepublik Deutschland. Würde der Vollzug der Sicherungsverwahrung eigenständig und sachlich getrennt von dem Freiheitsstrafenvollzug gesetzlich geregelt und würden spezifisch auf die Bedürfnisse von Sicherungsverwahrten zugeschnittene Unterbringungs- und Behandlungsmaßnahmen vorgesehen, ließe sich die Maßregel der Sicherungsverwahrung menschenrechtlich kaum länger als „Strafe“ im Sinne von Art. 7 Abs. 1 MRK einordnen. Darüber hinaus stellt die Entwurfsbegründung hinsichtlich der Beendigung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung in den sog. Parallelfällen die aktuelle Situation zumindest unvollständig dar. Die einschlägigen Entscheidungen der als Beschwerdeinstanz zuständigen Oberlandesgerichte divergieren erheblich; eine erhebliche Zahl von Oberlandesgerichten hat eine Entlassung der betroffenen Sicherungsverwahrten abgelehnt.¹⁴ Über mehrere Vorlagebeschlüsse wegen der divergierenden Entscheidungen hat der BGH noch nicht entschieden. Das Bundesverfassungsgericht hat bislang im Rahmen von Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz die Entlassung von als Parallelfälle noch in der Siche-

¹⁴ Überblick bezogen auf den Stand Juli 2010 bei *Radtke* NStZ 2010, 537 (539 f.)

rungsverwahrung befindlichen Verurteilten abgelehnt.¹⁵ Auch wenn die innerstaatlichen Konsequenzen der Urteils des EGMR vom 17. Dezember 2009 für die sog. Parallelfälle damit noch als offen zu bewerten sind, ist das Ziel des Bundesgesetzgebers, gesetzliche Regelungen zu den verschiedenen Formen der Sicherungsverwahrung zu schaffen, deren Anwendung Verstöße gegen Art. 5 und Art. 7 EMRK möglichst ausschließen, selbstverständlich richtig. Der dazu beschrittene Weg, den Anwendungsbereich der primären Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) im Hinblick auf die hohe Eingriffsintensität der Sicherungsverwahrung und auf das ultima ratio-Prinzip zu begrenzen sowie die vorbehaltene Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB) im Hinblick auf den weitgehenden Wegfall der nachträglichen Sicherungsverwahrung moderat zu erweitern, ist geeignet die Kompatibilität des vorgeschlagenen neuen Rechts mit den menschenrechtlichen Vorgaben der EMRK zu gewährleisten.

C. Zu den Einzelregelungen des Entwurfs

I. Art. 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)

1. Änderungen im Recht der Sicherungsverwahrung (Art. 1 Nrn. 2 – 5)

a) **Änderungen bei der primären Sicherungsverwahrung (Art. 1 Nr. 2; § 66 StGB und § 66 StGB-E)**

Die Änderungen im Recht der primären Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) betreffen im Kern die Begrenzung der Kreises derjenigen Straftaten, wegen deren Begehung die primäre Sicherungsverwahrung angeordnet werden kann (§§ 66 Abs. 1 Nr. 1a und b StGB-E). Die Beschränkung auf Straftaten zu Lasten hochwertiger Individualrechtsgüter (Leben, körperlichen Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung) und gemeingefährliche Straftaten ist angesichts des für die schuldunabhängigen stationären Maßregel geltenden ultima-ratio-Prinzips sowie angesichts der Eingriffsintensität des dem Sicherungsverwahrten auferlegten Sonderopfers zu begrüßen. Auch die Einbeziehung sämtlicher Straftaten des 28. Abschnitts ist berechtigt. Die gemeingefährlichen Straftaten bezwecken aufgrund ihrer besonderen Schutztechnik mittelbar jeweils den Schutz der Individualrechtsgüter Leben und Gesundheit.¹⁶ Soweit sich innerhalb des 28. Abschnitts Delikte mit einem grundsätzlich geringeren Unrechtsgehalt befinden, erfolgt die notwendige Beschränkung des Anwendungsbereichs der primären Sicherungsverwahrung außer über die Höhe der

¹⁵ BVerfG Beschl. v. 19.5.2010 (3. Kammer des 2. Senats) – 2 BvR 769/10 sowie zuvor BVerfG Beschl. v. 22.9.2009 – 2 BvR 2365/09 (3. Kammer des 2. Senats).

¹⁶ Exemplarisch zu dieser spezifischen Schutztechnik des Gesetzes anhand der Brandstiftungsdelikte *Radtke*, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 150 ff.

Strafe für die Anlasstat (§ 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E) zusätzlich über die formellen Anordnungsvooraussetzungen in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 StGB. Die im Entwurf in § 66 Abs. 1 Nr. 1b StGB-E alternativ zu der Bestimmung der tauglichen Anlasstaten über die tatbestandlich geschützten Rechtsgüter (§ 66 Abs. 1 Nr. 1a StGB-E) vorgeschlagene Einbeziehung jeglicher Straftatbestände die im Höchstmaß mit mindestens zehn Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind, führt zu einer Einbeziehung von einzelnen Vergehen in den Kreis der einschlägigen Straftatbestände der Anlasstaten. Soweit es sich um entsprechende Straftatbestände im StGB handelt, betrifft dies vor allem die banden- und gewerbsmäßige Begehung von Eigentums- und Vermögensdelikten (etwa § 244 Abs. 1 StGB). Auch wenn der Gesetzentwurf an sich anstrebt, die Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Straftaten gegen gewichtige höchstpersönliche Rechtsgüter und bei gemeingefährlichen Straftaten zu ermöglichen (vgl. BT-Drucks. 17/3403 S. 36), ist die Einbeziehung von bestimmten schwerwiegenden gewaltlosen Eigentums- und Vermögensdelikten zu befürworten. Das gilt vor allem für die bandenmäßige Begehung von Straftaten, weil sowohl die bandenmäßige Ausführung wegen der wechselseitigen Verpflichtung der Täter als auch die gewerbsmäßige Ausführung wegen der Ausrichtung des eigenen Lebensunterhalts auf deliktische Quellen mit einer höheren Rückfallgefahr verbunden sein dürften. Lediglich für bestimmte Vergehen im Nebenstrafrecht mit hoher Höchststrafandrohung und einem Schutzzweck zugunsten kollektiver Rechtsgüter (etwa § 84 Abs. 3, § 84a AsylVfG) wäre zu erwägen, ob diese Delikte aus dem Kreis der tauglichen Anlasstaten herausgenommen werden sollte.

Die Klarstellung in § 66 Abs. 1 S. 2 StGB-E über die entsprechende Anwendung von § 12 Abs. 3 ist zu begrüßen. Dadurch wird die in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a und b StGB-E angestrebte Beschränkung auf schwere Anlasstaten zusätzlich sichergestellt.

Der Entwurf schlägt vor, die Frist für die Rückfallverjährung bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von bisher fünf auf zehn Jahre zu verlängern (§ 66 Abs. 4 S. 3 StGB-E; vgl. BT-Drucks. 17/3403 S. 24 und S. 40 f.). Auf der Grundlage der in der Entwurfsbegründung referierten kriminologisch-empirisch Erkenntnisse über die Rückfallzeiträume bei Sexualstraftätern ist dem Vorschlag zuzustimmen. Eine noch längere Rückfallverjährungsfrist ist im Hinblick auf ein höheres Schutzniveau für mögliche zukünftige Opfer von Sexualstraftätern denkbar. Allerdings lässt – wie in der Entwurfsbegründung zutreffend aufgezeigt – die prognostische Aussagekraft einer lange zurück liegenden Tat deutlich nach, so dass die vorgeschlagene Anhebung der Frist genügend ist, ohne dass die Bedeutung der Vortat für die Gefährlichkeitsprognose zu stark absinkt.

Empfehlung:

Der Gesetzgebungsvorschlag zu Art. 1 Nr. 2 sollte in der jetzigen Fassung umgesetzt werden.

b) Änderungen bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (Art. 1 Nr. 3; § 66a StGB und § 66a StGB-E)

Der Gesetzentwurf sieht für das Recht der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung die gegenüber dem bestehenden Rechtszustand am weitesten reichenden Änderungen vor. Nach dem Vorschlag enthält die vorbehaltene Sicherungsverwahrung zukünftig eine Regelung für Mehrfachtäter (§ 66a Abs. 1 StGB-E) und eine solche für sog. Ersttäter im Rechtssinne (§ 66a Abs. 2 StGB-E). Während § 66a Abs. 1 StGB-E weitgehend Klarstellungen in Bezug auf den bisherigen Rechtszustand und die Korrektur (vermeintlicher) Fehlentwicklungen in der Auslegung des geltenden § 66a StGB durch den BGH anstrebt, enthält § 66a Abs. 2 StGB-E für die sog. Ersttäter im Rechtssinne weitgehend neuartige Anordnungsvoraussetzungen.

aa) Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 MRK

Bislang ist in der Strafrechtswissenschaft nahezu einhellig von der Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit Art. 5 Abs. 1 EMRK und Art. 7 Abs. 1 EMRK ausgegangen worden.¹⁷ Angesichts der Gründe des Urteils des EGMR vom 17. Dezember 2009 zu Art. 5 Abs. 1a EMRK hat jüngst *Kinzig*¹⁸ die Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der genannten Bestimmung als „offen“ bezeichnet. Gegen die Vereinbarkeit spricht angesichts des vom EGMR in ständiger Rechtsprechung verlangten Kausalbeziehung („sufficient causal connection“) zwischen dem ursprünglichen Urteil und der aktuell vollzogenen Freiheitsentziehung nach der Einschätzung von *Kinzig* der Umstand, dass die für den Freiheitsentzug in Gestalt der Sicherungsverwahrung konstitutive Anordnung losgelöst von der ursprünglichen Schuldfeststellung und dem „Vorbehaltsurteil“ erfolgt.¹⁹

Dem vermag ich nicht zuzustimmen. Nach der Rechtsprechung des EGMR legitimiert Art. 5 Abs. 1a EMRK nicht lediglich den Vollzug von Straftat sondern auch die Sicherungsverwahrung sowie sonstige Arten von Maßnahmen der Besserung und Sicherung.²⁰ Selbst der sich an den Widerruf einer zunächst gewährten Strafaussetzung erneute Vollzug einer Freiheitsentziehung ist grundsätzlich durch Art. 5 Abs. 1a EMRK gedeckt.²¹ Hat sich der Betroffene nach der bewäh-

¹⁷ Nachw. BT-Drucks. 17/3403 S. 41.

¹⁸ NStZ 2010, 233 (239).

¹⁹ NStZ 2010, 233 (239); Zweifel an der Vereinbarkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung mit Art. 5 Abs. 1 EMRK wurden zuvor bereits von *Rzepka* R&P 2003, 191 (208) geäußert.

²⁰ Grundlegend EGMR in der Rs. *Eriksen ./. Norwegen* 1997-III, Abs. 76, E 4210/69; siehe auch *Frowein/Peukert*, EMRK, 3. Aufl., 2009, Art. 5 Rn. 45; *Dörr*, in: Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar EMRK/GG Kap. 13 Rn. 157 m.w.N.; ausführlich *Finger*, Vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2008, S. 214-216.

²¹ EGMR (Fn. 20) Abs. 78.

rungsweisen Aussetzung des Vollzugs der vorherigen Freiheitsentziehung längere Zeit in Freiheit befunden, steht die Fortsetzung des Vollzugs der Freiheitsentziehung nach Widerruf lediglich dann mit Art. 5 Abs. 1a EMRK in Einklang, wenn die vom EGMR geforderte sachlich kausale Verknüpfung zwischen dem ursprünglichen Urteil und der jetzigen Freiheitsentziehung fortbesteht.²² Daran fehlt es, wenn die erneute Inhaftierung aus Gründen erfolgt, die mit dem Zweck des ursprünglichen Urteils bzw. der gerichtlichen Entscheidung nichts mehr tun haben.²³ An diesen Maßstäben gemessen, bestehen an der Kompatibilität der in § 66a StGB-E vorgeschlagenen Regelungen über die vorbehaltene Sicherungsverwahrung mit Art. 5 Abs. 1a MRK keine Zweifel.²⁴ Die Möglichkeit einer zu der Strafe hinzutretenden Sicherungsverwahrung wird bereits in dem Vorbehaltsurteil angekündigt. Die Entscheidung über die Anordnung der zunächst vorbehaltenen Sicherungsverwahrung beruht im Wesentlichen auf den bereits in dem Vorbehaltsurteil getroffenen und in den Gründen aufgeführten (vgl. BT-Drucks. 17/3403 S. 47) Feststellungen über die Tat oder Taten des Täters sowie den daraus abzuleitenden Folgerungen für die Beurteilung seiner zukünftigen Gefährlichkeit. Zu diesen bereits in dem ursprünglichen Urteil enthaltenen Feststellungen treten lediglich die Erkenntnisse über die Entwicklung des (regelmäßig im Freiheitsstrafenvollzug befindlichen) Verurteilten hinzu. Angesichts dieser Verknüpfung zwischen den bereits im Vorbehaltsurteil getroffenen Feststellungen und der Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung erfolgt der Vollzug der zunächst lediglich vorbehaltenen Sicherungsverwahrung auf den Gründen, die bereits in dem Vorbehaltsurteil angelegt sind. Die vom EGMR geforderte kausale Verknüpfung liegt daher eindeutig vor.

An der Vereinbarkeit mit Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 103 Abs. 3 GG bestehen keine Zweifel.²⁵

bb) Vorbehalt bei Mehrfachtätern (§ 66a Abs. 1 StGB-E)

§ 66 Abs. 1 StGB-E enthält im Wesentlichen die erforderlichen Anpassungen an die zur primären Sicherungsverwahrung vorgeschlagenen Änderungen. Das gilt insb. für den Katalog der tauglichen Anlasstaten. In der Sache will der Diskussionsentwurf – abweichend von der Auslegung des geltenden Rechts durch den BGH – klarstellen, dass die Unsicherheit über das Vorliegen der materiellen Anordnungsvoraussetzungen nicht allein die zukünftige Gefährlichkeit des Verurteilten sondern auch das Vorhandensein der Hangtätereigenschaft betrifft (§ 66a Abs. 1 Nr. 3 iVm. Nr. 2).

²² EGMR (Fn. 20) Abs. 78; Dörr, in: Grote/Marauhn (Fn. 20), Kap. 13 Rn. 157.

²³ EGMR (Fn. 20) Abs. 78; Dörr, in: Grote/Marauhn (Fn. 20), Kap. 13 Rn. 157.

²⁴ Im Ergebnis ebenso *Kreutzer* NStZ 2010, 473 (479); siehe auch zur aktuellen Rechtslage *Finger*, Sicherungsverwahrung (Fn. 20) S. 214-216

²⁵ Näher *Finger*, Sicherungsverwahrung (Fn. 24), S. 179-181 und 220 ff.

Für Hangtätereigenschaft und zukünftige Gefährlichkeit soll nach dem Entwurf zukünftig die hinreichende Wahrscheinlichkeit ihres Vorliegens genügen (BT-Drucks. 17/3403 S. 42 f.). Das ist eine mögliche Gestaltung, die eine gewisse Stütze in der Verbindung zwischen den tatsächlichen Umständen, die die Hangtätereigenschaft einerseits und die zukünftige Gefährlichkeit andererseits begründen, findet. Wie nach bisherigem Recht erfolgt über die unterschiedlichen Anforderungen an den Bezugsgegenstand der Überzeugungsbildung („Wahrscheinlichkeit der Hangtätereigenschaft und der zukünftigen erheblichen Gefährlichkeit“; „feststehende Hangtäterschaft und feststehende zukünftige erhebliche Gefährlichkeit“) die Abgrenzung zwischen der primären und der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung.

Empfehlung

Der Regelungsvorschlag verdient Zustimmung und sollte in der vorgesehenen Form umgesetzt werden.

cc) Vorbehalt bei sog. Ersttägtern im Rechtssinne (§ 66a Abs. 2 StGB-E)

Die in § 66a Abs. 2 StGB-E vorgeschlagene Regelung über die vorbehaltene Sicherungsverwahrung bei sog. Ersttägtern im engeren und weiteren Sinne (dazu BT-Drucks. 17/3403 S. 45) löst sich in einem nicht unbeträchtlichem Umfang von der bisherigen Konzeption der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung. Zwei Elemente charakterisieren den Regelungsvorschlag. Zum einen würde erstmals die vorbehaltene Sicherungsverwahrung für Ersttäter eingeführt. Bisher sah das geltende Recht eine solche Regelung lediglich für die nachträgliche Sicherungsverwahrung in § 66b Abs. 2 StGB unter der Voraussetzung von während des Vollzuges hervorgetretener, für die Gefährlichkeitsprognose relevanter Nova vor. Zum anderen würde § 66a Abs. 2 Nr. 3 StGB-E den Vorbehalt der Anordnung von Sicherungsverwahrung zulassen, obwohl die Voraussetzungen der Maßregel bereits im Zeitpunkt der Entscheidung über die Anlasstat und damit zum Zeitpunkt des Vorbehaltsurteils feststehen.

Die Anordnung von (vorbehaltener) Sicherungsverwahrung gegen Täter, bei denen die formellen Voraussetzungen von § 66 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 StGB-E nicht vorliegen, erweckt Bedenken im Hinblick auf die Aussagekraft der vorhandenen tatsächlichen Umstände, aus denen auf das Vorliegen der Hangtätereigenschaft und der zukünftigen erheblichen Gefährlichkeit geschlossen werden kann. Wie die Entwurfsbegründung selbst einräumt (BT-Drucks. 17/3403S. 46), beschränken sich die relevanten, evtl. aussagekräftigen Umstände auf die Begehung der qualifizierten Anlasstat sowie das bisherige sonstige Vorleben des Täters. Dieses weist allerdings keine solchen Umstände

auf, die die für die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung erforderliche Zahl von früheren verwirkten oder ausgeurteilten Straftaten begründen würden. Angesichts dessen dürfte die Prognosebasis für die Gefährlichkeitsprognose regelmäßig deutlich schmaler sein als bei der primären Sicherungsverwahrung. Die in § 66a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E verlangte, recht hoch sanktionierte Anlasstat kann hier lediglich in begrenztem Umfang Kompensation schaffen. Das gilt erst recht, weil der Reformgesetzgeber auch eine Gesamtstrafe von 5 Jahren genügen lassen will, wenn die Einzelstrafen vollständig auf Katalogtaten beruhen (BT-Drucks. 17/3403 S. 44). Zwar liegt hier einerseits wegen des Vorliegens mehrerer Einzelstraftaten eine etwas aussagekräftigere tatsächliche Grundlage für die Beurteilung der Hangtätereigenschaft und für die Prognose über die zukünftige Gefährlichkeit vor. Allerdings kann es sich andererseits wegen der möglicherweise großen Anzahl von in die Gesamtstrafe einbezogenen Einzelstrafen jeweils um zugrundeliegende Straftaten handeln, denen für sich genommen kein erhebliches Gewicht zukommt. Da die fragliche Gesamtstrafe jedoch ausschließlich aus Einzelstrafen für „Katalogtaten“ gebildet sein darf, sind in der Kombination aller Anordnungsvoraussetzungen diese ausreichend, um der hohen Eingriffsintensität der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung für den Fall ihrer Verhängung zu entsprechen und dem ultima ratio-Prinzip Rechnung zu tragen.

dd) Systematischer Standort

Die Formulierung in § 66a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E über die materiellen Voraussetzungen der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gestattet – wie angesprochen – das Ergehen eines Vorbehaltsurteils selbst bei bereits im Zeitpunkt seines Erlasses zur Überzeugung des Gerichts feststehenden Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung. Hier wäre systematisch auch eine Zuordnung dieser Konstellationen von Sicherungsverwahrung gegen Ersttäter zur primären Sicherungsverwahrung denkbar gewesen, wie sie in einer Gesetzesinitiative des Landes Mecklenburg-Vorpommern (BR-Drucks. 876/05 S. 6 ff.) vorgeschlagen worden war. Die Begründung des jetzigen Gesetzesentwurfs stützt die systematische Zuordnung zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung auf den Aspekt der breiteren Beurteilungsgrundlage, die sich bis zur Entscheidung, ob von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht werden soll, ergibt (BT-Drucks 17/3403 S. 46). Diese Einschätzung trägt in gewissem Umfang den vorstehend (cc) angestellten Erwägungen Rechnung. Allerdings werden diese zusätzlichen, sich aus dem Zeitablauf zwischen Vorbehaltsurteil und der Entscheidung, von dem Vorbehalt Gebrauch zu machen, ergebenden zusätzlichen Anhaltspunkte regelmäßig fast durchgängig unter den Bedingungen von Freiheitsentzug stattfinden. Sie sind daher lediglich von begrenztem Aussagewert als tatsächliche Grundlage für die Prognose über die zukünftige extramurale Gefährlichkeit. Allerdings können je nach den konkreten Verhältnissen im Einzelfall bis zu der Entscheidung, die vorbehaltenen Sicherungsverwahrung anzuordnen, auch

Erkenntnisse über das Verhalten des Verurteilten unter den Bedingungen begrenzter Freiheit bei im Rahmen des Freiheitsstrafenvollzuges gewährter Lockerungen vorliegen. Angesichts solcher für die Gefährlichkeitsprognose regelmäßig aussagekräftiger Erkenntnisse ist im Ergebnis die vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gegen Ersttäter (im engeren Sinne) trotz Feststehens der materiellen Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung (Hangtätereigenschaft und zukünftige erhebliche Gefährlichkeit) gegenüber der primären Sicherungsverwahrung vorzugswürdig.

ee) Regelung des Nachverfahrens (§ 66a Abs. 3 StGB-E)

Die vorgeschlagene Neuregelung enthält zwei Regelungsgegenstände; zum einen die Festlegung einer Höchstfrist, bis zu der das zuständige Gericht über die Anwendung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung entschieden haben muss (§ 66a Abs. 3 S. 1 StGB-E) und zum anderen die Bestimmung des materiellen Maßstabs, anhand dessen die Entscheidung über den Vorbehalt im Nachverfahren zu treffen ist (§ 66a Abs. 3 S. 2 StGB-E).

Der zusammen mit § 275a Abs. 1 und Abs. 5 StPO-E zu lesende Vorschlag, in § 66a Abs. 3 S. 1 StGB-E die Entscheidung über die Anwendung des Vorbehalts bis zum Ende der Vollstreckung der Freiheitsstrafe oder bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die bewährungsweise Aussetzung der Vollstreckung des Restes dieser Freiheitsstrafe zuzulassen, ist vor dem Hintergrund der Schwierigkeiten der Praxis mit der Einhaltung und Umsetzung der bislang in § 66a Abs. 2 S. 1 StGB festgelegten Frist an sich sachgerecht. Interessen des sich regelmäßig im Freiheitsstrafenvollzug befindlichen Verurteilten werden wegen der prozessualen Regelung in § 275a Abs. 5 StPO-E durch die Änderung der Fristbestimmung nicht beeinträchtigt. Dieser erlangt in genügendem zeitlichem Abstand zu dem Endzeitpunkt der Vollstreckung der Freiheitsstrafe Gewissheit darüber, ob sich an die Verbüßung der Freiheitsstrafe der Vollzug von Sicherungsverwahrung anschließen wird oder nicht. Der Entwurf versteht die Höchstfrist für die Entscheidung über die Anordnung der bislang nur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH zum bisherigen Recht als materiell-rechtliche Regelung (BT-Drucks. 17/3403 S. 47). Kann die Frist durch das zuständige Gericht nicht eingehalten werden, schließt dies die Anordnung der zunächst vorbehaltenen Sicherungsverwahrung aus. Die Ausgestaltung als materielle Regelung birgt allerdings im Einzelfall die Gefahr in sich, dass eine rechtzeitige Entscheidung durch Prozessverhalten des Verurteilten, etwa durch wiederholte Ablehnung der zuständigen Richter, verhindert wird, obwohl die materiellen Anordnungsvoraussetzungen (§ 66a Abs. 3 S. 2 StGB-E) an sich vorliegen. Dieser Gefahr könnte begegnet werden, indem – wie bereits in dem von einer Länderarbeitsgruppe vorgelegten Gesetzentwurf zur Harmonisierung des Rechts

der Sicherungsverwahrung vorgeschlagen – die Frist in einer Sollvorschrift festgelegt und ausschließlich im Verfahrensrecht verankert wird.

In Bezug auf die materiellen Voraussetzungen für das Ausüben des Vorbehalts (§ 66a Abs. 3 S. 2 StGB-E) besteht Klarstellungsbedarf in der Formulierung. Nach den Vorstellungen des Entwurfs bedarf es in Bezug auf die Hangtätereigenschaft keiner erneuten Entscheidung des für die Ausübung des Vorbehalts zuständigen Gerichts (BT-Drucks. 17/3403 S. 49). Hinsichtlich der Prognose der zukünftigen Gefährlichkeit bedarf es keiner neuen Tatsachen, die im Zeitraum zwischen dem Vorbehaltsurteil und der (möglichen) Ausübung des Vorbehalts eingetreten sind. Maßgeblich für die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Nachverfahren ist allein, dass auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung unter Einbeziehung der Entwicklung des Verurteilten bis zum Entscheidungszeitpunkt im Nachverfahren hinreichende Sicherheit besteht, von diesem seien auch zukünftig erhebliche Straftaten zu erwarten. In diese erneute Gefährlichkeitsprognose können neue Erkenntnisse (nova) eingehen, müssen dies aber nicht (a.a.O. S. 50). Bezüglich der Gefährlichkeitsprognose soll der für das zuständige Gericht geltende Maßstab davon abhängen, ob das erkennende Gericht bereits im Zeitpunkt des Vorbehaltsurteils von einer hinreichenden Sicherheit zukünftiger erheblicher Straftaten ausgegangen ist oder es – was § 66a Abs. 2 Nr. 3 StGB-E zulässt – allein die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Gefährlichkeit angenommen hat (a.a.O. S. 47 und 49). Lediglich im letztgenannten Fall muss das für die Entscheidung im Nachverfahren zuständige Gericht nunmehr zu der Überzeugung von der hinreichenden Sicherheit zukünftiger Gefährlichkeit des Täters gelangen, ansonsten genügt das Aufrechterhalten der bereits im Vorbehaltsurteil gewonnenen Überzeugung. Allerdings bedarf es auch in diesem Fall einer erneuten Gesamtwürdigung im Sinne von § 66a Abs. 3 S. 2 StGB-E. Das bedeutet im Ergebnis, dass materiell die Ausübung des Vorbehalts davon abhängt, dass im Zeitpunkt des Vorbehaltsurteils die Hangtätereigenschaft lediglich hinreichend wahrscheinlich ist, die zukünftige erhebliche Gefährlichkeit aber entweder im Zeitpunkt des Vorbehaltsurteils oder in dem der Entscheidung im Nachverfahren nach der Überzeugung des Gerichts als hinreichend sicher feststeht. Das sind angesichts des zu § 66b Abs. 2 StGB als verfassungsrechtlich unbedenklich bewerteten Verzichts auf die Feststellung der Hangtätereigenschaft (BVerfG v. 23.8.2006 – 2 BvR 226/06) noch ausreichende materielle Anforderungen an einen derartigen gewichtigen Eingriff wie die Anordnung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung.

Um die in der Entwurfsbegründung angesprochenen unterschiedlichen Anforderungen in Bezug auf den Maßstab der Voraussetzungen nach § 66a Abs. 3 S. 2 StGB-E im Gesetz zum Ausdruck zu

bringen, sollte erwogen werden, die Formulierung aus § 66a Abs. 2 Nr. 3 StGB-E in Abs. 3 S. 2 aufzunehmen. Dieser würde dann lauten:

„... mit hinreichender Sicherheit ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, ..“

Die Anforderungen an die Darlegung des Vorliegens dieser Voraussetzung in der Entscheidung im Nachverfahren würden dann nach dem in der Entwurfsbegründung Ausgeführten variieren.

Empfehlung

1. Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung gegen Ersttäter (§ 66a Abs. 2 StGB-E) selbst bei Überzeugung des erkennenden Gerichts vom Vorliegen der Hangtätereigenschaft und der zukünftigen erheblichen Gefährlichkeit des Täters ist gegenüber der systematisch auch denkbaren Zuordnung zur primären Sicherungsverwahrung wegen der zum Zeitpunkt der Entscheidung, von dem Vorbehalt Gebrauch zu machen, breiteren tatsächlichen Grundlage für die (erneute) Gefährlichkeitsprognose vorzugswürdig. Der Entwurf sollte auch insoweit in der vorliegenden Form umgesetzt werden.
2. § 66a Abs. 3 S. 1 StGB-E sollte als Sollregelung in § 275a Abs. 5 StPO-E übernommen werden.
3. § 66a Abs. 3 S. 2 StGB-E sollte wie folgt gefasst werden:
„Das Gericht des ersten Rechtszuges ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung mit hinreichender Sicherheit ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.“

Die prozedurale Umsetzung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, die Zuständigkeit für die Ausübung des Vorbehalts und die für die mögliche Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung einheitlich bei dem Gericht des ersten Rechtszuges anzusiedeln (§ 462a Abs. 2 StPO-E), verdient uneingeschränkte Zustimmung.

- c) Änderungen bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung (Art. 1 Nr. 4; § 66b StGB und § 66b StGB-E)

Die weitgehende Aufhebung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 66b Abs. 1 und 2 StGB) ist akzeptabel und im Hinblick auf die Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 EMRK in der

Auslegung durch den EGMR derzeit unabdingbar, soweit und solange keine den menschenrechtlichen Anforderungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht genügenden Vollzugsformen bereitgestellt werden können. Die Erweiterung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung hält möglicherweise entstehende Lücken im Schutzsystem in vertretbaren Grenzen. Das gilt erst recht vor dem Hintergrund der geringen Anwendungshäufigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung in § 66b Abs. 1 und 2 StGB.

aa) Vereinbarkeit der verbleibenden nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Erledigungserklärung gemäß § 67d Abs. 6 StGB mit der EMRK

Vor dem Hintergrund der Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit.a EMRK betreffenden Gründe des Urteils des EGMR vom 17. Dezember 2009 bedarf das Festhalten an der Umwandlungsmöglichkeit bisheriger Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus auf der Grundlage von § 63 StGB, nachdem diese gemäß § 67d Abs. 6 StGB für erledigt erklärt worden ist, in die (nachträgliche) Sicherungsverwahrung, wenn fortbestehende Gefährlichkeit attestiert wird (§ 66b Abs. 3 StGB, § 66b StGB-E), der erneuten Überprüfung auf die Vereinbarkeit mit der Konvention. Denn in der Sache erfolgt die Anordnung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung in der fraglichen Konstellation in einem Nachverfahren auf der Grundlage einer gesetzlichen Vorschrift mit eigenständigen, von der bisherigen Grundlage einer freiheitentziehenden Maßregel (§ 63 StGB) abweichenden formellen und materiellen Anordnungsvoraussetzungen (§ 66 Abs. 3 StGB; § 66b StGB-E). Gemeinsame Voraussetzungen für die (ursprüngliche) Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) und die nach Erledigungserklärung erfolgende (nachträgliche) Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 3 StGB (§ 66 StGB-E) bestehen lediglich im Hinblick auf das Vorhandensein einer (wenigstens tatbestandsmäßig rechtswidrigen) Anlasstat und der Prognose erheblicher zukünftiger Gefährlichkeit des betroffenen Täters. § 66b Abs. 3 StGB (§ 66b StGB-E) schränkt allerdings den Kreis der tauglichen Ansatzdaten ein und verlangt abweichend von § 63 StGB weitere formelle Voraussetzungen. Darüber hinaus beruhte die der ursprünglichen Unterbringung gemäß § 63 StGB zugrunde liegende Gefährlichkeitsprognose vor allem auf der Annahme einer auf dem vorausgesetzten psychischen Defekt im Sinne von §§ 20, 21 StGB beruhenden zukünftigen Gefährlichkeit. Gerade diese Prognosegrundlage verliert in den einschlägigen Konstellationen des § 66b Abs. 3 StGB (§ 66b StGB-E) i.V.m. § 67d Abs. 6 StGB erheblich an Aussagekraft, weil im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung ein entsprechender Defektzustand nicht mehr vorliegt. Da der Anordnung der (nachträglichen) Sicherungsverwahrung in den Fällen des § 66b Abs. 3 StGB als formelle Voraussetzung zwingend eine Erledigungserklärung gemäß § 67d Abs. 6 StGB vorausgehen muss, diese jedoch das ursprüngliche Urteil mit der Anordnung der Maßregel gemäß § 63 StGB

nicht aufhebt sondern lediglich dessen Vollstreckungswirkung beseitigt,²⁶ betrifft die nachträgliche Sicherungsverwahrung in diesen Fallgestaltungen einen Täter, der bei Begehung der Anlasstat weder schuldunfähig oder zumindest vermindert schulfähig war. Damit nimmt § 66b Abs. 3 StGB innerhalb der Sicherungsverwahrung, die ansonsten stets eine schuldhaft verwirklichte Anlasstat voraussetzt, eine Sonderrolle ein.²⁷ Von § 67a StGB, der im Rahmen einer Vollstreckungsregelung den Übergang von einer stationären Maßregel zu einer anderen zulässt, unterscheidet sich § 66b Abs. 3 StGB (§ 66b StGB-E) in zweierlei Hinsicht ebenfalls grundlegend. Zum einen bleibt nach allgemeiner Auffassung bei § 67a StGB die ursprüngliche Maßregelanordnung als rechtliche Grundlage für den Vollzug auch der nunmehr anderen Maßregel erhalten,²⁸ so dass dementsprechend für die neue Maßregel die Überprüfungs- und ggf. Vollzugshöchstfristen (zB. § 67d Abs. 1 für die Unterbringung in der Entziehungsanstalt) der ursprünglich angeordneten Maßregel gelten (§ 67a Abs. 4 StGB).

Misst man die vorliegend grob skizzierte (nachträgliche) Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 3 StGB (§ 66b StGB-E) an den Vorgaben der EMRK, bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit der Vorschrift vor allem mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit.a MRK. Wie bereits ausgeführt verlangt der EGMR im Rahmen der Auslegung des genannten Artikels eine – allerdings nicht näher inhaltlich spezifizierte – ausreichende kausale Verknüpfung („sufficient causal connection“) zwischen der ursprünglichen Verurteilung und der jetzigen Freiheitsentziehung.²⁹ In dem Urteil vom 17. Dezember 2009 hat der Gerichtshof die Konventionswidrigkeit in den die Fortdauer der den Vollzug der Sicherungsverwahrung über 10 Jahre hinaus anordnenden Entscheidungen der Vollstreckungsgerichte gesehen, weil es an der kausalen Verknüpfung zwischen der ursprünglichen Verurteilung sowie dem jetzigen Vollzug der Sicherungsverwahrung fehlte und die Beschlüsse der Vollstreckungsgerichte gerade keine Schuldfeststellungen mehr enthielten. In dem 1987 ergangenen Urteil in der Sache „Weeks gegen Vereinigtes Königreich“³⁰ hatte der Gerichtshof dagegen noch eine Wiederinhaftierung eines ursprünglich zu lebenslanger Haft verurteilten (jugendlichen) Straftäters nach Widerruf zwischenzeitlicher bewährungsweiser Vollstreckungsaussetzung seitens des Innenministeriums als mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit.a EMRK vereinbar angesehen. Tragend war die

²⁶ Dazu ausführlich *Radtko*, Festschrift für Schöch, S. 695 (706 f.), *ders.* ZStW 110 (1998), S. 297 (306); *Laubenthal*, Festschrift für Krause, 1990, S. 337 (360); aA *Berg/WiednerStV* 2007, 434 (439).

²⁷ Zutreffend *Schönke/Schröder/Stree/Kinzig*, StGB, 28. Aufl., 2010, § 66b Rn. 22; ebenso *MünchKommStGB/Ullenbruch* § 66b Rn. 49.

²⁸ *Fischer*, StGB, § 67a Rn. 9; *MünchKommStGB/Veh* § 67a Rn. 22 f.; *Schönke/Schröder/Stree/Kinzig*, StGB, § 67a Rn. 2; *Satzger/Schmitt/Widmaier/Jehle*, StGB, 2010, § 67a Rn. 2 und 15; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 327 jeweils mwN.

²⁹ Oben Fn.

³⁰ EuGRZ 1988, 316–320.

Erwägung, dass die verhängte Art der lebenslangen Freiheitsstrafe nach dem Strafrecht des Mitgliedstaates nicht auf der Schwere des verwirklichten Delikts beruhte sondern auf der Erwägung, dass es wegen der Persönlichkeit des nicht psychisch gestörter Täters dessen fortdauernder Kontrolle bedürfe und es sich damit um eine Art von Freiheitsentziehung handelt, die ihrer Natur nach Änderungen unterworfen sei, während die verhängte Maßnahme als solche für den Rest des Lebens des Verurteilten in Kraft bleiben soll.³¹ Angesichts der wenig konkreten Vorgaben des EGMR und einer m.E. nicht konsistenten Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt sich die Vereinbarkeit der hier fraglichen nachträglichen Sicherungsverwahrung mit der EMRK nicht sicher beurteilen. Gegen eine Kompatibilität spricht der Umstand, dass die Rechtsgrundlage für den Vollzug der jetzigen Freiheitsentziehung (Sicherungsverwahrung) gegenüber dem auf Unterbringung gemäß § 63 StGB lautenden Urteil teilweise ausgewechselt und auch die Gefährlichkeitsprognose auf eine neue tatsächliche Grundlage gestützt wird. Allerdings besteht zu den bisherigen Fällen der nachträglichen Sicherungsverwahrung in § 66b Abs. 1 und 2 StGB ein maßgeblicher Unterschied darin, dass bereits aufgrund des ursprünglichen Urteils ausschließlich oder neben einer Freiheitsstrafe eine stationäre Maßregel gegen den Täter angeordnet wurde und vollstreckt wird. Diese Maßregel darf lediglich deshalb nicht weiter vollzogen werden, weil sich nach Beginn der Vollstreckung herausgestellt hat, dass die Anordnungsvoraussetzung nicht mehr vorliegen. Ob diese im Zeitpunkt der Anordnungsentscheidung vorgelegen haben, bleibt offen.³² Darüber darf das für die Erledigungserklärung zuständige Strafvollstreckungsgericht gar nicht entscheiden.³³ Angesichts des Fortbestandes der ursprünglichen Entscheidung mit der Anordnung der Maßregel nach § 63 StGB sowie der fortbestehenden, lediglich in den tatsächlichen Grundlagen modifizierten Prognose zukünftiger erheblicher Gefährlichkeit lässt sich noch eine Vereinbarkeit der bisher in § 66b Abs. 3 StGB und nach dem Entwurf in § 66b StGB-E geregelten nachträglichen Sicherungsverwahrung mit der EMRK annehmen.

bb) Systematischer Standort

Obwohl der bisher als Unterfall der nachträglichen Sicherungsverwahrung systematisch eingeordnete Übergang von der Unterbringung gemäß § 63 StGB zu der Sicherungsverwahrung strukturell nicht vollständig mit den in § 67a StGB geregelten Konstellationen übereinstimmt (Unterschiede in Bezug auf die rechtliche Grundlage des Vollzugs der neuen Maßregel sowie Gestattung des Übergangs zu der Sicherungsverwahrung), wird empfohlen die bisher in § 66b Abs. 3 StGB statuierte Form der Anordnung von Sicherungsverwahrung in § 67a StGB einzufügen. Bereits die

³¹ EGMR, EuGRZ 1988, 316 (318).

³² Näher *Radtke*, Festschrift für Schöch, S. 695 (705-708).

³³ Wie Fn. zuvor.

bisherige Einordnung war zweifelhaft, weil es abweichend von § 66b Abs. 1 und 2 StGB um eine Umwandlung von einer Maßregel in eine andere geht. Da der Fristenregelung des § 67a Abs. 4 StGB für die hier vorliegende Konstellation des Übergangs keine Bedeutung zukommt, wird angeregt, die bisher in § 66b Abs. 3 StGB enthaltene Regelung als Abs. 5 an § 67a Abs. 4 StGB anzuschließen.

Unabhängig von dem Vorstehenden wird weiter angeregt, in § 67d Abs. 6 StGB klarzustellen, dass die dort normierte Erledigungserklärung lediglich dann erfolgen darf, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen der Maßregel nach § 63 StGB weggefallen sind, nicht aber bei bloßen Subsumtionsfehlern des die Maßregel nach § 63 StGB anordnenden erkennenden Gerichts.³⁴

Empfehlung

1. Die bislang in § 66b Abs. 3 StGB enthaltene Regelung wird als § 67a Abs. 5 StGB an § 67a Abs. 4 StGB angefügt. § 66b Abs. 1 und Abs. 2 StGB werden gestrichen.
2. § 67d Abs. 6 S. 1 StGB erhält folgenden Wortlaut:
„Stellt das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fest, dass die Voraussetzungen der Maßregel **aus tatsächlichen Gründen** nicht mehr vorliegen ..., so erklärt es sie für erledigt.“

2. Änderungen im Recht der Führungsaufsicht (Art. 1 Nrn. 6-9)

a) Kriminalpolitische Konzeption

Der Gesetzentwurf erwartet eine Verbesserung des Schutzes vor bestimmten, als in erheblichem Umfang gefährlich bewerteten Rückfalltätern von dem Ausbau der Führungsaufsicht durch Aufnahme der Weisung, die technischen Vorrichtungen zur elektronischen Überwachung des Aufenthaltsortes betriebsbereit bei sich zu führen und die Funktionsfähigkeit der Geräte nicht durch aktives eigenes Handeln zu beeinträchtigen. Der angestrebte Effekt präventiver Wirkungen wird jedoch nicht von den regelmäßig begleitenden aufenthaltsortbezogenen Weisungen (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) und der elektronischen Überwachung deren Einhaltung selbst erwartet sondern letztlich von den mit der elektronischen Überwachung verbundenen Möglichkeiten des Nachweises von Straftaten, die durch die unter Führungsaufsicht stehenden Personen möglicherweise begangen werden (vgl. BT-Drucks. 17/3403 S. 28 und 61). Der Gesetzentwurf will als Zielgruppe

³⁴ Zu den Gründen dafür ausführlich *Radtke*, Festschrift für Schöch, S. 695 (708-713); siehe auch OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 252 [lediglich LS] = R & P 2006, 151 = StV 2007, 430; OLG Frankfurt NStZ-RR 2008, 324-326; *Berg/Wiedner* StV 2007, 434 ff.

der neu einzuführenden Weisung – verkürzt formuliert – elektronischer Überwachung vor allem Vollverbüßer sowohl bezüglich Freiheitsstrafen als auch stationärer Maßregeln bzw. solcher vormals im Maßregelvollzug Untergebrachter, bei denen der Vollzug auf der Grundlage von § 67d Abs. 5 oder Abs. 6 StGB beendet worden ist, zu erreichen. Zu dem von der Neuregelung erfassten Personenkreis können auch die sog Parallelfälle zu dem Individualbeschwerdeführer des dem Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 zugrunde liegenden Verfahrens gehören. Die bisher die Entlassung von Sicherungsverwahrten in den Parallelfällen anordnenden oberlandesgerichtlichen Entscheidungen³⁵ stützen die Entlassung jeweils auf den vollständigen Ablauf der früheren zehnjährigen Vollzugshöchstfrist bei der erstmaligen Sicherungsverwahrung, so dass die Führungsaufsicht entweder auf der Grundlage von § 67d Abs. 4 StGB aF. oder § 67d Abs. 3 S. 2 StGB bzw. § 67d Abs. 4 S. 3 StGB eintritt.³⁶

Die von dem Entwurf verfolgte Konzeption ist grundsätzlich auch zur Sicherung vor Rückfalltaten von Straftätern, bei denen prognostisch die Gefahr weiterer erheblicher Straftatbegehung besteht (§ 68b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB-E), geeignet. Sie findet eine gewisse Stütze in der empirisch gut abgesicherten Erkenntnis, dass die Neigung zur Begehung von Straftaten vor allem dadurch beeinflusst wird, für wie hoch der potentielle Täter das Risiko der Entdeckung seiner Tat und seiner Täterschaft für sich subjektiv einschätzt.³⁷ Allerdings liegen – soweit für mich ersichtlich – keine validen empirischen Erkenntnisse darüber vor, ob ein Zusammenhang zwischen der Höhe des subjektiv eingeschätzten Entdeckungsrisikos und der Neigung zur Straftatbegehung auch deliktsspezifisch für die Täter der in § 68b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB-E i.V.m. § 66 Abs. 3 S. 1 StGB genannten Straftatbestände angenommen werden kann. Darüber hinaus können sich die angestrebten rückfallhemmenden Effekte, die aus den erleichterten Nachweis- und Überführungsmöglichkeit resultieren sollen, allenfalls dann realisieren, wenn der erfasste Täterkreis die erhöhte Entdeckungswahrscheinlichkeit während elektronisch Überwachung realisiert und daraus eine Verhaltensorientierung zu legalem Verhalten für sich ableitet. Ob sich entsprechende Effekte ergeben können, kann bislang kaum verlässlich beurteilt werden. Wie in der Entwurfsbegründung selbst ausgeführt wird, betreffen bisherige Modellprojekte elektronischer Überwachung entweder eine gänzlich andere Personengruppe oder beziehen sich auf so kleine Gruppen von Probanden, dass kaum aussagekräftige Erkenntnisse gewonnen werden können. Die Konzeption beruht damit auf einer relativ unsicheren empirischen Grundlage.

³⁵ Siehe die Auflistung BT-Drucks. 17/3403 S. 22 sowie *Radtke* NStZ 2010, 537 (538).

³⁶ Vgl. OLG Frankfurt NStZ 2010, 537 f.

³⁷ Zusammenfassend *Meier*, Kriminologie, 4. Aufl., 2010 § 9 Rn. 85 m.w.N.

Allerdings sind kaum Alternativen ersichtlich, mit denen in einer verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Vorgaben entsprechenden Weise ein Schutz vor Rückfalltaten als erheblich gefährlich eingeschätzter, vormals in Strafhaft oder im stationären Maßregelvollzug befindlicher Täter erreicht werden kann. Eine durch die elektronische Überwachung engmaschige Kontrolle des erfassten Personenkreises ist daher ungeachtet der angesprochenen Unwägbarkeiten hinsichtlich der tatsächlichen Wirksamkeit ein konzeptionell gangbarer Weg zur Verbesserung des Schutzes vor Rückfalltaten.

b) Zu den vorgeschlagenen Einzelregelungen

Der Gesetzentwurf ist sich der mit der vorgeschlagenen Weisung verbundenen Eingriffsintensität durchaus bewusst und versucht über die Begrenzung des erfassten Personenkreises den Anwendungsbereich sowie die Einführung der Überprüfungsfristen in § 68d Abs. 2 StGB-E Anordnung und Fortdauer der Weisung lediglich in solchen Konstellationen zu gestatten, in denen die Interessen an der Allgemeinheit an der Verhinderung zukünftiger erheblicher Straftaten die Individualinteressen der unter Führungsaufsicht stehenden Person an einer unbeschränkten Ausübung seiner Freiheitsrechte überwiegen.

Die an den formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung orientierte Bestimmung der der vorherigen Freiheitsentziehung vorausgegangenen Straftaten (§ 68b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB-E) in Verbindung mit der Beschränkung der Gefährlichkeitsprognose auf Gewalt- und Sexualstraftaten (§ 68b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB-E) gewährleisten, dass die entsprechende Weisung lediglich bei konkreten Anhaltspunkten erheblicher Sexual- und/oder Gewalttaten zur Anwendung gelangen kann.

Empfehlung

Die in Art. 1 Nrn. 6-9 des Gesetzentwurfs vorgeschlagenen Änderungen im Recht der Führungsaufsicht sollten dem Entwurf entsprechend umgesetzt werden.

II. Art. 4 (Änderung des EGStGB)

Art. 4 Nr. 2 des Entwurfs will für die Sicherungsverwahrung das anwendbare Recht anhand des Termins des Inkrafttretens des Reformgesetzes als Stichtag regeln (Art. 316e Abs. 1 und 2 EGStGB-E).

Als Grundsatz bestimmt Art. 316e Abs. 1 S. 1 EGStGB-E die Anwendung des neuen Rechts ledig-

lich in solchen Konstellationen, in denen die Anlasstat oder bei mehreren wenigstens eine der Anlasstaten nach dem Inkrafttreten des Reformgesetzes begangen worden ist bzw. begangen worden sind. Für alle anderen Konstellationen, also einschließlich der nachträglichen Sicherungsverwahrung, soll das bisherige Recht auf die Anlasstaten Anwendung finden. Die mit dieser Stichtagsregelung verbundene „Ungleichbehandlung“ bezüglich der Rechtsfolgen von Anlasstaten, die vor dem Inkrafttreten des Reformgesetzes noch nicht rechtskräftig abgeurteilt worden sind, wird durch die sachlich § 2 Abs. 3 StGB entsprechende Regelung in Art. 316e Abs. 2 EGStGB-E gemildert. Mit den vorgeschlagenen Stichtagsregelung in Art. 316e Abs. 1 S. 1 EGStGB-E wird zwar ein hohes Maß an Rechtssicherheit erreicht. Allerdings erschließt sich aus der Gesetzesbegründung nicht unbedingt, warum es nicht bei einer Anwendung des neuen Rechts auf alle bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht rechtskräftig abgeurteilten Anlasstaten verbleiben soll. Eine solche einheitliche Anwendungsregelung mag durch die Rechtsprechung des EGMR zur Meistbegünstigung im Rahmen von Art. 7 EMRK nicht erzwungen sein (BT-Drucks. 17/3403 S. 79), sie wäre aber selbstverständlich auch nicht verfassungs- oder menschenrechtlich unzulässig. Soweit der Grund für die vorgeschlagene Stichtagsregelung in der Notwendigkeit eines Systemwechsels und damit verbundenen Schutzlücken in der Phase vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts gesehen wird, überzeugt das nur bedingt. Letztlich stünde bei der Anwendung des neuen Rechts auf vor seinem Inkrafttreten begangene Anlasstaten lediglich die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 und 2 StGB nicht zur Verfügung. Angesichts der im Entwurf selbst mehrfach betonten geringen Anwendungshäufigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung, lassen sich bedeutsame Schutzlücken in einer Übergangsphase kaum annehmen.

Es wird daher angeregt, auf sämtliche bei Inkrafttreten des Reformgesetzes noch nicht rechtskräftig abgeurteilten Anlasstaten das neue Recht anzuwenden. Soweit das alte Recht sich bei Anwendung des Grundsatzes strikter Alternativität als günstiger erweisen sollte (vgl. die Erwägungen BT-Drucks.17/3403 S. 79 unten), könnte dies durch eine Regelung, die § 2 Abs. 3 StGB für entsprechend anwendbar erklärt, berücksichtigt werden.

Für die in Art. 316e Abs. 3 EGStGB-E vorgesehene Erledigungserklärung besteht kein Bedarf. Die vorgeschlagene Erledigungserklärung entspricht strukturell nicht den sonstigen Erledigungserklärungen im Maßregelvollzug und lässt einen ausreichend tragenden Sachgrund vermissen. Der veränderten rechtspolitischen Bewertung des Gesetzgebers kann, zumal der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Erledigungserklärung (alle Anlasstaten außerhalb des neu vorgeschlagenen § 66 StGB-E) sehr schmal sein dürfte, durch eine in der Entwurfsbegründung für die „Mischfälle“ (BT-Drucks. 17/3403 S. 82 oben) ohnehin angesprochene bewährungsweise Aussetzung oder eine

Erledigungserklärung wegen Unverhältnismäßigkeit des weiteren Maßregelvollzugs (etwa gem. § 67c Abs. 2 S. 5 StGB analog) genügend Rechnung getragen werden.

Empfehlung

Art. 316e EGStGB-E wird wie folgt gefasst:

„Die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung ... finden auf alle Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten werden soll, über die am (Tag des Inkrafttretens) noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist, Anwendung. Im Übrigen gilt § 2 Abs. 3 StGB entsprechend.“

III. Art. 5 (Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter [Therapieunterbringungsgesetz – ThUG])

Mit dem ThUG verfolgt der Gesetzesentwurf das Ziel, zumindest für einen Teil derjenigen vormals oder aktuell noch in Sicherungsverwahrung befindlichen Straftäter in den sog. Parallelfällen zu dem Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 Regelungen zu schaffen, die eine therapeutische Behandlung der Betroffenen unter den Bedingungen des Freiheitsentzuges ermöglicht, soweit dies im Hinblick auf den Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist. Die zentralen materiellen Voraussetzungen der neuen Unterbringungsform sind das Vorliegen einer psychischen Störung und die dadurch bedingte hohe Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer erheblicher Straftaten gegen bedeutsame Individualrechtsgüter (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG).

Der Gesetzesentwurf verhält sich allerdings an keiner Stelle zu möglichen Regelungen über die Beendigung des bisherigen Vollzugs der Sicherungsverwahrung. Es wird offenbar vorausgesetzt, dass die derzeit geltende Rechtslage eine Beendigung des Vollzugs der bisherigen Sicherungsverwahrung ermöglicht oder wegen der Pflicht zu völkerrechtskonformem Handeln sogar erzwingt. Dass das geltende Recht den Gerichten als Rechtsanwendern eine entsprechende Möglichkeit der Beendigung des Vollzugs eröffnet, ist jedoch weniger gesichert, als offenbar im Entwurf angenommen.³⁸

³⁸ Vgl. *Radtke* NStZ 2010, 537 (541 ff.).

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Begründung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ist nicht zweifelsfrei im Ergebnis aber zu bejahen. Die Schwierigkeiten der Subsumtion unter den genannten Kompetenztitel beruhen auf dem Umstand, dass die nach § 1 Abs. 1 ThUG zulässige Unterbringung in einer geeigneten therapeutischen Anstalt einerseits nicht den Charakter einer Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK in der Auslegung des EGMR haben darf, andererseits aber die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gerade den Regelungsgegenstand „Strafrecht“ voraussetzt.

Das BVerfG versteht als Strafrecht in dem vorgenannten Sinn „die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten, ...die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen.“³⁹ Soweit dem Bund nach dem Vorgenannten ein Recht zur Gesetzgebung zukommt, darf er auch punktuelle Annexregelungen in solchen Bereichen treffen, die an sich in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fallen. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein notwendiger Zusammenhang mit einer in die Kompetenz des Bundes liegender Materie besteht und für den wirksamen Vollzug einheitliche Bestimmungen des Bundes erforderlich sind.⁴⁰

An diesen Maßstäben beurteilt lässt sich eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes trotz des rein präventiven Charakters der Unterbringung nach ThUG und der Nähe der Ausgestaltung des Verfahrens zu den Unterbringungsgesetzen der Länder noch annehmen. Angesichts der weiten Begriffsbestimmung des BVerfG, das „Strafrecht“ im kompetenzrechtlichen Sinne nicht auf staatliche Reaktionen mit Strafcharakter beschränkt sondern solche präventiver Art mit einbezieht, handelt es sich bei der Unterbringung nach ThUG im Hinblick auf den erfassten Personenkreis und die Anordnungsvoraussetzungen um Strafrecht. Es werden lediglich Straftäter erfasst, die in der Vergangenheit erhebliche Straftaten begangen haben. Die Unterbringung weist eine, wenn auch schwache Anknüpfung an eine Anlasstat auf, weil der erfasste Personenkreis wiederum überhaupt erst wegen der Begehung der früheren Straftat in den Anwendungsbereich des ThUG einbezogen wird. Da das BVerfG genügen lässt, dass die staatliche Reaktion auf die Straftat ihre sachliche Rechtfertigung „auch“ (Hervorhebung H.R.) aus der Anlasstat bezieht, ist auch diese Voraussetzung des Kompetenztitels gegeben. Denn die Unterbringung erfolgt nicht ausschließlich wegen

³⁹ BVerfGE 109, 190 (212).

⁴⁰ BVerfGE 77, 288 (299); BVerfGE 77, 288 (299).

der durch die psychische Störung bedingten zukünftigen Gefährlichkeit sondern auch weil der einzelne Betroffene in der Vergangenheit schwere Straftaten begangen hat, aufgrund derer die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung eröffnet waren.

2. Vereinbarkeit mit MRK und GG

Die Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK ist m.E. gegeben. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist eine Freiheitsentziehung durch die genannte Bestimmung unter drei Voraussetzungen gedeckt: (1.) Die Geisteskrankheit, bzgl. derer die Konvention sich nicht auf ein bestimmtes Verständnis der Krankheit festgelegt hat, muss durch ein neutrales medizinisches Gutachten nachgewiesen werden. (2.) Art und Grad der Erkrankung müssen die Freiheitsentziehung erforderlich machen. (3.) Die Fortdauer der Freiheitsentziehung ist ausschließlich bei einer Fortdauer der Geisteskrankheit zulässig.⁴¹

Der Gesamtzusammenhang der formellen und materiellen Anordnungsvoraussetzungen, der prozeduralen Sicherungen ihrer Einhaltung sowie die Regelungen über Dauer, Kontrolle und Aufhebung der Unterbringung im ThUG entspricht den vorgenannten Voraussetzungen.

Die Vereinbarkeit mit Art. 7 EMRK ist dann gegeben, wenn die geeigneten therapeutischen Einrichtungen nach der Art der dort unterbreiteten Behandlungsangebote und den tatsächlichen Bedingungen der Unterbringung trotz der Rückanbindung an eine frühere Anlasstat einen Strafcharakter der Unterbringung auf der Grundlage des ThUG nach Maßgabe der Rechtsprechung des EGMR ausschließen.

Angesichts der wesentlichen Anknüpfung der Unterbringung an eine bislang bei der staatlichen Reaktion auf die Straftat nicht bedeutsamen „psychischen Störung“ und des Ziels der Unterbringung, eine dadurch bedingte Gefahr weiterer erheblicher Straftaten abzuwenden, dürfte die Unterbringung nach § 1 ThUG auch mit dem allgemeinen Rückwirkungsverbot vereinbar sein.

3. Konzeption des ThUG

Die eigentliche Schwierigkeit bei dem Gesetzesvorhaben besteht nach meinem Verständnis in der konkreten Festlegung des von § 1 ThUG erfassten Personenkreises. Da dieser – soweit derzeit absehbar – auf die sog. Parallelfälle beschränkt ist, handelt es sich um eine recht geringe absolute

⁴¹ Nachweise zur Rspr. des EGMR bei *Dörr*, in: Grote/Marauhn (Fn. 20), 13. Kap. Rn. 194.

Zahl. Bei den einzelnen betroffenen Personen dürfte regelmäßig (im Einzelfall mag es sich anders verhalten) ungeachtet der Begehung schwerer Straftaten und einer zu vermutenden häufigeren Begutachtung durch psychiatrische Sachverständige das Vorliegen biologischer Zustände im Sinne von § 21 StGB verneint worden sein. Während des Vollzugs der Sicherungsverwahrung scheinen sich zumindest in den mir bekannten Fällen keine Anhaltspunkte ergeben zu haben, die zu einer Anwendung von § 67a Abs. 2 StGB geführt hätten. Inwieweit sich ungeachtet des Vorgenannten nunmehr Anhaltspunkte für eine psychische Störung gewinnen lassen, die zur Einleitung des Unterbringungsverfahrens führen, kann aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nicht ausreichend beurteilt werden.

In Bezug auf die gerichtliche Zuständigkeit für die Unterbringungsentscheidung (§ 4 Abs. 1 ThUG) wird angeregt, die Zuweisung an eine Zivilkammer des Landgerichts zu überdenken. Zwar mag die Besetzung mit drei Berufsrichtern bei der Bewältigung der Verfahren vorteilhaft sein. Eventuell kann aber die vorhandene Erfahrung im Umgang mit Unterbringungen nach dem FamFG bei den Betreuungsgerichten dafür sprechen, diesen die Zuständigkeit zuzuweisen.

(Univ.-Prof. Dr. Henning Radtke, RiOLG)