

Dr. Gerhard Schäfer  
Vorsitzender Richter am BGH a.D.

70619 Stuttgart-Riedenberg, den 27. Mai. 2008  
Schemppstraße 18a  
Telefon 0711 474155  
Telefax 0711 4780716  
[gerh.schaefer@gmail.com](mailto:gerh.schaefer@gmail.com)

**Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung  
des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags**

**zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung**

**Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung  
bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht**

BT-Drucksache 16/6562

Das Interesse der Allgemeinheit an effektivem Schutz vor hochgefährlichen Straftätern ist zu respektieren. Es ist auch anzuerkennen, dass der Entwurf sich bemüht, die Voraussetzungen nachträglicher Sicherungsverwahrung bei Anwendung des Jugendstrafrechts so einzuengen, dass diese in der Tat als ultima ratio verstanden werden kann. Gleichwohl habe ich starke Vorbehalte. Diese beruhen in erster Linie darauf, dass bei jungen Menschen die von § 7 Abs. 2 JGG-Entwurf geforderte Gefährlichkeitsbeurteilung nicht verlässlich gestellt werden kann. Daneben erwarte ich negative Auswirkungen auf den Vollzug bei Verurteilungen zu Jugendstrafe von sieben Jahren und mehr, habe verfassungsrechtliche Bedenken wegen des Verbots der Doppelverfolgung nach Art. 103 Abs. 2 GG und plädiere für gesetzliche Klarstellung, ob nach der gesetzlichen Regelung der „Hang“ noch in allen Fällen Voraussetzung der Sicherungsverwahrung ist.

## I. Beurteilung von Hang und Prognose nach sieben Jahren Jugendstrafvollzug

In der Entwurfsbegründung heißt es auf Seite 7, dass nur die nachträgliche und nicht auch die vorbehaltene oder unmittelbar mit dem Urteil zu verhängende Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht angezeigt sei, da

*„zum Urteilszeitpunkt bei jungen Tätern die Feststellung eines Hanges zu schweren Straftaten und eine ausreichend sichere Gefährlichkeitsprognose noch nicht möglich sein“*

werde.

Die ist unzweifelhaft richtig. Aber warum soll dies nach der Vollstreckung von sieben Jahren Jugendstrafe besser sein? Weitere Grundlagen gegenüber dem Urteil sind lediglich Entwicklung und Verhalten im Vollzug

Nach der Rechtsprechung bezeichnet der **Hang**

*„als »eingeschliffenes Verhaltensmuster« ... einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten gegenwärtigen Zustand“.*<sup>1</sup>

Es wird also entscheidend auf die kriminelle Karriere bis zum Urteil ankommen. Schließlich ist kaum anzunehmen, dass während des Vollzugs von mindestens sieben Jahren Jugendstrafe Umstände eintreten, die für einen solchen Hang sprechen oder ihn gar erst begründen. Dann bietet aber in aller Regel schon wegen des Alters der Verurteilten dessen Vorleben wenig Beurteilungsgrundlagen. ; es werden wenig Vorstrafen vorhanden sein. Hinzu kommt, dass einer Verurteilung zu Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren nicht eine Vielzahl von, wenn auch als Verbrechen qualifizierter Taten, etwa Raubtaten, zugrunde liegen. In aller Regel wird es Mord oder Totschlag unter Umständen neben einem Sexualdelikt sein, der zu einer Verurteilung in dieser Höhe führte. Häufig wird nur eine Tat vorliegen. Auch wenn in einem solchen Fall die Tat noch so scheußlich war, ein Hang wird sich schon wegen der zeitlich kurzen kriminellen Karriere des Täters schwerlich begründen lassen.

Im übrigen kann während des Vollzugs ein solcher Hang abgebaut worden sein. Dabei kommt es nicht einmal auf erzieherische Wirkungen der Jugendstrafe an; in vielen Fällen wird bereits die persönliche Entwicklung in diesen sieben Jahren genügen. Wer will aber beurteilen, ein früher vorhandener Hang bestehe nicht mehr, wenn der Täter sieben Jahre keine Gelegenheit zu entsprechenden Taten hatte? Die Aussagekraft therapeutischer Gespräche hat in solchen Fällen Grenzen, zumal wenn den Beteiligten bekannt ist, dass diese gerichtlich verwertbar sind. Erklärte man sie für nicht verwertbar, mag dies der Therapie förderlich sein, man verkürzte dann aber auch die Entscheidungsgrundlage.

---

<sup>1</sup> BGHSt 50, 188, 196

Entsprechendes gilt für die **Prognose**. Vor Ende des Vollzugs ist der Proband mindestens zwischen 21 und 28 Jahre alt<sup>2</sup>. Die Prognose trifft also einen jungen Menschen, der regelmäßig noch entwicklungsfähig ist und nach Jahren der Einsperrung sich in Freiheit bewegen soll. Auf früheres Verhalten wird kaum zurückzugreifen sein.

Ich kann mich nur an einen einzigen Fall erinnern, bei dem bei Anwendung von Jugendstrafrecht an Sicherungsverwahrung –allerdings schon zum Urteilszeitpunkt - hätte gedacht werden können. Es handelt sich um den Münchner „Westparkmord“<sup>3</sup>.

Zum Vollzugsverhalten als Grundlage einer Prognose gilt im übrigen: Aggressionen können haftbedingt sein, friedliches, konfliktfreies Verhalten reine Anpassung. Dem Westparkmörder war es gelungen, wegen einer vorgetäuschten Psychose monatelang in einem psychiatrischen Krankenhaus versorgt zu werden.

### **Erhöhte Anforderungen als Barrieren**

Anders als im Erwachsenenstrafrecht, wo das Gesetz aus gutem Grund neben dem Hang und der Prognose noch lange Jahre strenge formelle Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung kannte und diese in § 66 Abs. 1 auch heute noch kennt, fehlt eine solche Grundlage im Jugendstrafrecht. Diese „formellen Barrieren“ dienten als Ausgleich für die Unsicherheit der Kriminalprognose. Soweit heute auf diese Barrieren verzichtet wird, soll der Ausgleich durch andere erhöhte Anforderungen erfolgen.

Anders als die früheren Barrieren in Gestalt weiterer formeller Anforderungen dienen diese erhöhten Anforderungen heute aber nicht der Absicherung der Prognose, sondern sie sollen bei verbliebener Unsicherheit der Prognose die Zahl der Anordnungen in Grenzen halten.

Bei § 7 Abs. 2 JGG-Entwurf sind dies

Verurteilung zu Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren,  
bestimmte Verbrechen als Anlasstaten,  
durch welche das Opfer in einer bestimmten Weise geschädigt oder doch der Gefahr einer solchen Schädigung (konkret?) ausgesetzt worden ist  
und die Gefahr der Begehung erneuter derartige Straftaten.

Diese Voraussetzungen sind streng. Sie sind aber angesichts der Prognoseunschärfe unabdingbar, soll die nachträgliche Sicherungsverwahrung bei Anwendung von Jugendstrafrecht vor der Verfassung Bestand haben. Insbesondere scheint mir die Siebenjahresschwelle unverzichtbar.

---

<sup>2</sup> Er ist 21 Jahre alt wenn er, was kaum denkbar ist, mit 14 Jahren, 28 Jahre wenn er unter Anwendung von Jugendstrafrecht mit 21 Jahren verurteilt wurde.

<sup>3</sup> BGH NSTZ 2002, 204 = StV 2002, 416

## II. Negative Folgen der Siebenjahresgrenze?

Ich fürchte, dass mit dieser Anordnungsvoraussetzung eine Strafhöhenschwelle entsteht, die zur Folge hat, dass es Jugendstrafen mit und ohne die Option nachträglicher Sicherungsverwahrung geben wird. So wie die Zweijahresschwelle die Straftaten etwa im Wirtschaftsstrafrecht in solche bewährungswürdiger und nicht bewährungswürdiger Natur aufteilt, könnte die Höhe der Strafe zu einem Indiz dafür werden, dass die erkennende Jugendkammer spätere nachträgliche Sicherungsverwahrung für zumindest stark prüfungsbedürftig hält oder nicht. In den Gerichtssälen wird der Kampf der Staatsanwälte um Strafen über und der Verteidiger um Strafen unter sieben Jahren entflammen. Das könnte noch hinzunehmen sein.

Viel bedenklicher erscheint aber der weitere Effekt: Wer zu sieben Jahren Jugendstrafe und mehr verurteilt wurde, ist potentieller Kandidat für die nachträgliche Sicherungsverwahrung. Er wird im Vollzug entsprechend behandelt werden. Lockerungen werden ihm unter Berufung auf Sicherheitsinteressen eher versagt werden als anderen. Damit besteht die weitere Gefahr, dass er auch weniger Gelegenheit erhält, Umstände gegen einen Hang und für eine günstige Prognose für sich zu buchen. Hier könnte sich ein Teufelskreis anbahnen.

In diesem Zusammenhang wäre eine andere Lösung zu prüfen, die ebenfalls dem Sicherheitsinteresse weitgehend entgegenkommt, aber den Besonderheiten jugendlicher Straftäter eher gerecht wird.

### Vorbehalt einer Verlängerung der Jugendstrafe

Der Gesetzgeber hat 1990 die Jugendstrafe von unbestimmter Dauer nach § 19 JGG mit der Begründung abgeschafft, diese sei kriminalpolitisch fragwürdig, pädagogisch verfehlt und verfassungsrechtlich bedenklich<sup>4</sup>. Im Grunde genommen bringt die nachträgliche Sicherungsverwahrung eine neue modifizierte nachträgliche Jugendstrafe von unbestimmter Dauer. Die erstrebte Erziehung im Vollzug konnte nicht erreicht werden. Die bis dahin erfolglos vollstreckte Jugendstrafe kann nach geltendem Recht nicht verlängert werden. Deshalb soll die Maßregel angeordnet werden, die freilich nicht nur der Sicherung der Allgemeinheit sondern auch der weiteren Erziehung dienen soll. Es wäre zu prüfen, ob angesichts der Bedenken gegen die nachträgliche Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen es nicht besser wäre, im Zusammenhang mit der Verurteilung einen Verlängerungsvorbehalt anzubringen. Dieser entspräche vice versa der Möglichkeit der Aussetzung der Reststrafe vor vollständiger Vollstreckung der erkannten Jugendstrafe. Der Vorwurf, dass eine solche Regelung zu künstlich angepasstem Verhalten führe, mag nicht ganz von der Hand zu weisen sein, er träge dann aber in gleicher Weise das zweifellos wichtige und aus dem Strafvollzug nicht wegzudenkende Institut der bedingten Entlassung in gleicher Weise.

Diese Lösung hätte den Vorzug, dass die stigmatisierende Wirkung der Sicherungsverwahrung unterbliebe und deutlich würde, dass der Vollzug endlich sein soll. Vor einem auf Dauer gefährlichen jugendlichen Täter würde dies freilich nicht schützen, wenn es denn einen solchen gibt oder sich ein solcher doch wenigstens sicher feststellen lässt.

---

<sup>4</sup> BT-Drucks. 11/5829 Seite 11.

### III. Verstoß gegen ne bis in idem

Bedenken gegen die Neuregelung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung für Jugendliche können auch unter dem Gesichtspunkt ne bis in idem (Art. 103 Abs. 3 GG) geltend gemacht werden. Diese Vorschrift schließt nicht nur eine doppelte Bestrafung wegen derselben Tat aus, wie dem Wortlaut entnommen werden könnte. Sie steht schon einem zweiten strafrechtlichen Verfahren mit einer möglichen strafrechtlichen Reaktion entgegen<sup>5</sup>.

Unter dem Aspekt verbotener Doppelbestrafung sicher unbedenklich ist die gleichzeitige Verhängung von Strafe und Maßregel in einem Urteil<sup>6</sup>.

Bei nachträglicher Sicherungsverwahrung liegt die Sache aber anders, soweit diese auf einem neuen Verfahren beruht.

Das Bundesverfassungsgericht –Kammer- ist in seiner auch sonst nicht überzeugenden<sup>7</sup> Entscheidung zur nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Erwachsenen<sup>8</sup> auf diese Frage merkwürdigerweise nicht eingegangen, obwohl in der Literatur ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG in solchen Fällen bejaht wird<sup>9</sup>. Es hat sich dort lediglich mit der Frage des absoluten Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG befasst und dessen Anwendbarkeit verneint, da es nur Strafen erfasse.

Ob dies auch für Art. 103 Abs. 3 GG gilt erscheint fraglich.

Es ist nicht uninteressant zu sehen, dass das Reichsgericht im Jahre 1935 Strafklageverbrauch für die Anordnung der Sicherungsverwahrung in einem späteren Verfahren angenommen hat, wenn diese in einem früheren Verfahren hätte verhängt werden können<sup>10</sup>.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat zu § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB (nachträgliche Sicherungsverwahrung auch ohne nova wegen früherer Nichtanwendbarkeit der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung) einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG verneint, weil diese Vorschrift wie Art. 103 Abs. 2 GG nur Strafen und nicht auch Sicherungsmaßregeln erfasse<sup>11</sup>. Er sieht einen Gleichklang zwischen Art. 103 Abs. 2 und 3 GG.

*Das Bundesverfassungsgericht hat für den Anwendungsbereich des absoluten Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG bereits entschieden, dass dieser nur die repressive, schuldabhängige Strafe erfasst, die der Verhinderung zukünftiger Straftaten, also dem Schutz der Allgemeinheit dienende Maßregel der Sicherungsverwahrung –*

<sup>5</sup> BVerfG –Kammer- StV 2006, 196; BVerfGE 12, 62 <66>; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Stand: 42. Lfg. 2/2003, Art. 103 Abs. 3 GG, Rn. 301; Nolte, in: v. Mangoldt/Klein/ Starck, GG, Bd. III, Art. 103 Abs. 3 GG, Rn. 178; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 103 Abs. 3 GG, Rn. 25

<sup>6</sup> BVerfGE 55, 28, 30; BVerfG –Kammer- NStZ-RR 1996, 122.

<sup>7</sup> Fischer StGB 55. Aufl. § 66b, 35.

<sup>8</sup> NJW 2006, 3483.

<sup>9</sup> Kinzig NStZ 2004, 654, 660; NJW 2001, 1455, 1457. Vgl. auch Ostendorf/Bochmann ZRP 2007, 146,

148.

<sup>10</sup> RGSt 69, 170, 173.

<sup>11</sup> BGH Beschluss vom 15.04.2008 - 5 StR 431/07

*und zwar ungeachtet ihrer durchaus strafähnlichen Ausgestaltung – hingegen nicht, da für diese nicht die Schuld, sondern die Gefährlichkeit bestimmend sei (vgl. BVerfGE 109, 133; BVerfG – Kammer – NJW 2006, 3483, 3484). Der so begründete Ausschluss der Maßregeln der Besserung und Sicherung ist auf das Doppelbestrafungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG zu übertragen (Schmahl in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz 11. Aufl. 2008 Art. 103 Rdn. 42; Degenhardt in Sachs, Grundgesetz 4. Aufl. 2007 Art. 103 Rdn. 85). Hierfür spricht bereits die übereinstimmende Verwendung des Begriffs „bestraft werden“ in Art. 103 Abs. 2 und Abs. 3 GG (hierauf abstellend auch Degenhardt aaO; Veh NStZ 2005, 307, 308), was nur auf die Strafe als vergeltende Sanktion bezogen ist (vgl. BVerfGE 55, 28, 30 für die Führungsaufsicht; aA, aber nicht tragend BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2007 – 3 StR 378/07 – ohne nähere Begründung). Auch aus dem Gewährleistungsgehalt des Doppelbestrafungsverbots, der aus der Norm heraus und aus dem Gesamtzusammenhang der Verfassung zu bestimmen ist (vgl. Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, Grundgesetz Art. 103 Rdn. 265), folgt kein weiter gefasster Schutzbereich, als dies für Art. 103 Abs. 2 GG gelten soll. Denn beide Prozessgrundrechte sind dem materiellen Freiheitsschutz dienende, gegen den Staat gerichtete, besondere Abwehrrechte (Kunig in von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar 5. Aufl. Art. 103 Rdn. 36). Wenn sich der Schutz vor Rückwirkung somit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht auf die Maßregel erstreckt, kann folglich für das Doppelbestrafungsverbot „ne bis in idem“ nichts anderes gelten.*

Demgegenüber hat der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs<sup>12</sup> zu § 66b Abs. 1 und 2 StGB im Zusammenhang mit dem Erfordernis von nova betont,

*Allein die neue Bewertung bereits zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung bekannter Tatsachen genügt nicht (BGHSt 50, 180, 188; 50, 275, 278; 50, 373, 379; BGH NJW 2006, 3154, 3155). Nur so ist sichergestellt, dass durch die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht Versäumnisse der Strafverfolgungsbehörden im Ausgangsverfahren zu Lasten des Verurteilten im Nachhinein korrigiert werden (BGHSt 50, 121, 126; 50, 284, 297; BVerfG aaO Rdn. 20) mit der Folge einer Verletzung des Verbots der Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG)<sup>13</sup>*

Selbst wenn die Auffassung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zutreffen sollte, was ich bezweifle, stellt sich immer noch die Frage, ob für das Jugendstrafrecht nicht anderes gelten muss.

Geht man davon aus, dass bei Verhängung einer Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren zwar auch der Gedanke des Schuldausgleichs eine Rolle spielt, aber der das Jugendstrafrecht bestimmende Erziehungsgedanke doch wenigstens stark mitbestimmend war, und dass die Vollstreckung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen mindestens auch der Erziehung dienen soll, dann wird bei fehlenden nova derselbe Sachverhalt unter Erzie-

<sup>12</sup> BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2007 – 3 StR 378/07

<sup>13</sup> Markierung nur hier.

hungsgesichtspunkten, also nicht einmal unter verschiedenen Aspekten wie Strafe und Sicherungsmaßregel, zweimal abgeurteilt. Dass das Gesetz eine Anordnung der Sicherungsverwahrung im ersten Urteil ausschließt und solches Verfahren ausdrücklich ermöglicht, kann am Verfassungsverstoß nichts ändern.

Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG könnte allenfalls dann verneint werden, wenn das ursprüngliche Urteil und das spätere zur nachträglichen Sicherungsverwahrung führende Urteil als in einem einheitlichen Verfahren ergangen angesehen werden könnten. Im Falle vorbehaltender Sicherungsverwahrung wäre dies der Fall. Bei isolierter nachträglicher Sicherungsverwahrung eher nicht.

#### **IV. Zum Hang.**

##### **Voraussetzung für nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 JGG-Entwurf?**

Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung setzt nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB voraus, dass der Täter einen Hang zu erheblichen Straftaten hat. Darauf bezieht sich auch § 66a<sup>14</sup> durch die Wendung „wenn die übrigen Voraussetzungen des § 66 Abs. 3 erfüllt sind“, denn dort wird auf § 66 Abs. 1 Nr. 3 verwiesen. Der Begriff „Hang“ taucht auch in § 66b nicht ausdrücklich auf, jedoch verweist dessen Abs. 1 auf „die übrigen Voraussetzungen des § 66“. Damit ist nach der Rechtsprechung auch § 66 Abs. 1 Nr. 3 anwendbar.

§ 7 des Gesetzentwurfs erwähnt den „Hang“ als Voraussetzung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht, er wird aber in der Begründung als Voraussetzung angesprochen, wenn es auf S. 7 heißt, in aller Regel würde „zum Urteilszeitpunkt bei jungen Tätern die Feststellung eines Hanges zu schweren Straftaten und eine ausreichend sichere Gefährlichkeitsprognose noch nicht möglich sein“. Das heißt doch wohl, dass solche Feststellungen später bei Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung erforderlich sind.

Im Bereich des § 66b StGB, also im Anwendungsbereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung für Erwachsene, ist bekanntlich die Frage, ob dort die Feststellung eines Hanges erforderlich ist, nicht unumstritten, weil das Gesetz ihn nicht ausdrücklich erwähnt. Nach dessen Abs. 1 müssen aber die übrigen Voraussetzungen des § 66 erfüllt sein. Der Bundesgerichtshof schließt daraus auf das Erfordernis eines Hanges für beide Alternativen des § 66b. Eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts war anderer Auffassung, was den Bundesgerichtshof nicht hinderte, an seiner Meinung ausdrücklich festzuhalten<sup>15</sup>:

*21 Der Senat hält - wie bereits für § 66b Abs. 1 StGB ausgesprochen (BGHSt 50, 121, 132) - auch im vorliegenden Fall, in welchem die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung sich auf § 66b Abs. 2 StGB stützt, Feststellungen zum Vorliegen eines Hanges zur Begehung erheblicher Straftaten im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB für erforderlich (so auch BGHSt 50, 373, 381; Tröndle/Fischer StGB 54. Aufl. §*

<sup>14</sup> BGHSt 50, 188, 195.

<sup>15</sup> BGHSt 51, 191, 198 mit Nachweisen.

66b Rdn. 20; a.A. BVerfG - Kammer - NJW 2006, 3483, 3484; Lackner/Kühl StGB 25. Aufl. § 66b Rdn. 8). Zwar nimmt § 66b Abs. 2 StGB im Unterschied zu § 66b Abs. 1 StGB nicht auf die Voraussetzungen des § 66 StGB Bezug, zu denen auch das Hangerfordernis gem. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB zählt. Die Gesetzesbegründung legt allerdings nahe, dass die unterschiedliche Anknüpfung sich in erster Linie auf die formellen Eingangsvoraussetzungen der Maßregel beziehen soll (BTDrucks. 15/2887 S. 13). Demgegenüber setzt der Wortlaut von § 67d Abs. 3 StGB, § 463 Abs. 3 Satz 4 StPO für alle Fallgestaltungen der Sicherungsverwahrung unterschiedslos das Vorliegen eines Hanges voraus. Ein Auseinanderfallen der Anordnungsvoraussetzungen bei § 66b Abs. 1 StGB und § 66b Abs. 2 StGB wäre auch im Hinblick auf die identische Eingriffstiefe und die angesprochene Tätergruppe wenig plausibel (vgl. näher BGHSt 50, 373, 381).

22 Die hangbedingte Gefährlichkeit des Verurteilten erweist sich zudem als notwendiges Merkmal, um die nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung von jener in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB abzugrenzen und einer Umgehung der Grenzen des § 63 StGB durch Anwendung von § 66b StGB - gleich welcher Variante - in den Fällen psychiatrischer Erkrankungen als "nova" vorzubeugen.

25 Der Senat ist an der vorgenommenen Auslegung von § 66b Abs. 2 StGB nicht durch die Entscheidung einer Kammer des Bundesverfassungsgerichtes gehindert, wonach eine gesetzgeberische Entscheidung, auf die Feststellung eines Hanges zu verzichten, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden ist (BVerfG - Kammer - NJW 2006, 3483, 3484; hierzu kritisch Tröndle/Fischer StGB 54. Aufl. § 66 Rdn. 20a<sup>16</sup>). Die Auslegung der neugestalteten Vorschrift des § 66b StGB, die hier zum Erfordernis eines Hanges geführt hat, obliegt den Fachgerichten. Zudem berührt die Bewertung, dass die nachträgliche Anordnung von Sicherungsverwahrung ohne Feststellung einer hangbedingten Gefährlichkeit nicht in verfassungswidriger Weise in das Freiheitsgrundrecht des Verurteilten eingreift, nicht die vorgenommene Auslegung, die dem Grundrecht des Verurteilten in noch weitgehender Weise Rechnung trägt. Im Übrigen führt die Kammer des Bundesverfassungsgerichts selbst aus, dass die Feststellung eines Hanges auch im Rahmen des § 66b Abs. 2 StGB im Einzelfall geboten sein kann (BVerfG a.a.O.).

Da § 7 Abs. 2 JGG der Vorschrift des § 66b Abs. 2 nachgebildet ist und die von der Kammer des Bundesverfassungsgerichts übersehenen Vorschriften der § 67d Abs. 3 StGB und § 463 Abs. 3 StPO für alle Fallgestaltungen der Sicherungsverwahrung, auch für § 7 Abs. 2 JGG unterschiedslos das Vorliegen eines Hanges voraussetzen, wäre eine Klarstellung durch den Gesetzgeber im Gesetz sehr wünschenswert, ob er für die Fälle des § 69b Abs. 2 und des § 7 Abs. 2 JGG an den Erfordernissen des Hanges festhält oder auf diesen verzichten will. Für letzteres könnte sprechen, dass bei den genannten Vorschriften in der Regel nur eine Verurteilung vorliegt und die Beurteilung nach durchgeführtem Vollzug zu treffen ist, was zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten führt.

<sup>16</sup> Jetzt Fischer StGB 55. Aufl. § 69b, 35.

Andererseits wird der „Hang“, wie immer er auch von der Prognose abzugrenzen ist<sup>17</sup>, als weitere Sicherheit im Sinne des Gebotes der Zurückhaltung bei der Anordnung von Sicherungsverwahrung verstanden<sup>18</sup>.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verzichtet jedenfalls nicht auf den Hang im Sinne

*eines eingeschliffenen Zustands, der den Täter immer wieder neue Straftaten begehen lässt*

als eigenständiges Merkmal<sup>19</sup>. Bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung muss dieser Hang zum Zeitpunkt des Vorbehalts vorliegen, allein die Gefährlichkeit ist noch offen<sup>20</sup>. Zum Verhältnis zwischen Hang und Gefährlichkeit heißt es in dieser Entscheidung:

*Eine positive Gefährlichkeitsprognose ersetzt die Feststellung eines Hangs nicht. Hangtätereigenschaft und Gefährlichkeit für die Allgemeinheit sind keine identischen Merkmale. Das Gesetz differenziert zwischen den beiden Begriffen sowohl in § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB als auch in § 67 d Abs. 3 StGB. Der Hang ist nur ein wesentliches Kriterium der Prognose. Der Hang als »eingeschliffenes Verhaltensmuster« bezeichnet einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten gegenwärtigen Zustand. Die Gefährlichkeitsprognose schätzt die Wahrscheinlichkeit dafür ein, ob sich der Täter in Zukunft trotz seines Hangs erheblicher Straftaten enthalten kann oder nicht. Der Grad der »Eingeschliffenheit« beeinflusst hierbei die Beurteilung der Höhe der Wahrscheinlichkeit. Zwar ist die ausreichende Wahrscheinlichkeit regelmäßig gegeben, wenn die Hangtätereigenschaft festgestellt ist (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 1 Gefährlichkeit 1; BGH, Urt. vom 11. Mai 2005 – 1 StR 37/05 = BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 4; Hanack in LK 11. Aufl. § 66 Rdn. 144 f.). Doch gilt das eben nur in der Regel. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen dies nicht so ist (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 4; Hanack in LK 11. Aufl. § 66 Rdn. 144 f.).*

---

<sup>17</sup> Vgl. die Nachweise bei Fischer StGB 55. Aufl. § 66, 24 ff; MK-Ullenbruch § 66, 108.

<sup>18</sup> MK\_Ullenbruch § 66, 111

<sup>19</sup> BGHSt 50, 188, 196; BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 1.

<sup>20</sup> BGHSt 50, 188, 196.