



Tübingen, den 08.11.2010

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP
„Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung
und zu begleitenden Regelungen“ (BT-Drs. 17/3403)**

sowie zum

**Änderungsantrag der Abgeordneten Jerzy Montag u.a. und der Fraktion
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Rechtsausschuss
(Ausschussdrucksache Nr. 17(6)47)**

Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 10.11.2010 in Berlin

Gliederung

I. Vorbemerkung und Ausgangspunkt

**II. Änderungen im Bereich der traditionellen oder primären
Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB**

1. Reformanliegen des Entwurfs

2. Vorgaben des EGMR

3. Konzeption des Entwurfs

3.1. Beschränkung des Anwendungsbereichs der traditionellen oder primären
Sicherungsverwahrung

3.2. Klarstellung des für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Zeitpunkts

3.3. Verlängerung der Rückfallverjährung bei Straftaten gegen die sexuelle
Selbstbestimmung von fünf auf zehn Jahre

**III. Änderungen im Bereich der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach
§ 66a StGB**

1. Reformanliegen des Entwurfs
2. Vorgaben des EGMR
3. Konzeption des Entwurfs
 - 3.1. Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 1 StGB n.F.
 - 3.2. Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 2 StGB n.F.
 - 3.3. Generelle Problematik der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung

IV. Änderungen im Bereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB

1. Reformanliegen des Entwurfs
2. Vorgaben des EGMR
3. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB n.F.

V. Übergangsvorschriften (Art. 4 des Entwurfs)

VI. Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG)

1. Kompetenzrechtliche Bedenken
2. Menschenrechtliche Bedenken
3. Unklarer Anwendungsbereich
4. Praktische Bedenken

VII. Weitere im Entwurf nicht aufgegriffene Reformüberlegungen

1. Ausgestaltung des Vollzuges der Sicherungsverwahrung in Form einer echten Maßregel
2. Weitere Korrekturvorschläge

VIII. Zusammenfassung

1. Zur traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB n.F.
2. Zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB n.F.
3. Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB n.F.
4. Zu den Übergangsvorschriften
5. Zum Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG)
6. Sonstiges

I. Vorbemerkung und Ausgangspunkt

Aufgrund der Kürze der mir für die Lektüre und Begutachtung des vorliegenden Gesetzentwurfes sowie des Änderungsantrags zur Verfügung stehenden Zeit beschränke ich meine Ausführungen auf die mit der Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung in Zusammenhang stehenden Regelungen. Dabei soll weniger die Detailkritik als eine Bewertung der Leitlinien des Entwurfs im Vordergrund der Betrachtung stehen.

Eine Reform des Rechts der Sicherungsverwahrung ist überfällig. Mit den derzeit existenten Formen von traditioneller oder primärer (§ 66 StGB), vorbehaltener (§ 66a StGB) sowie nachträglicher Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB), die zudem noch Besonderheiten im Bereich des Jugendstrafrechts aufweisen (§§ 7 Abs. 2-4, 106 Abs. 3-6 JGG), ist ein nur noch Eingeweihten in glücklichen Stunden verständliches Konglomerat an Vorschriften entstanden.

Zudem hat das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Sachen M. gegen Deutschland vom 17.12.2009/10.5.2010 deutlich gemacht, dass die Warnungen aller derjenigen Sachverständigen berechtigt waren, die schon vor Jahren darauf aufmerksam gemacht haben, dass die rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung, aber auch ihre nachträgliche Anordnung, gegen die Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verstoßen dürften.¹

Insofern ist die vom Entwurf angestrebte grundlegende Überarbeitung des Rechts der Sicherungsverwahrung geboten und daher zu begrüßen. Dem Ziel des Entwurfs, „*die Schaffung eines Systems, das einen angemessenen Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern ermöglicht, dabei aber die rechtsstaatlichen Anforderungen an dieses 'letzte Mittel der Kriminalpolitik' wahrt*“ (Entwurf S. 1), ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Will man eine Gesamtreform der Sicherungsverwahrung in Angriff nehmen, scheint es unbedingt erforderlich, sich den Charakter dieser Sanktion in Erinnerung zu rufen. Sie ist als Maßregel der Besserung und Sicherung von der Schuld unabhängig. Der Straftäter hat seine Schuld bereits verbüßt, wenn er nach seiner Strafe in Sicherungsverwahrung untergebracht wird. Er sitzt allein deswegen ein, weil von ihm in Zukunft die Begehung einer schweren Straftat erwartet wird.

Rechtstatsächlich hat sich die Zahl der jährlichen Anordnungen von Sicherungsverwahrung seit Mitte der 90er Jahre vervierfacht, die Zahl der Sicherungsverwahrten ungefähr verdreifacht (Schaubilder 1 und 2).

¹ Bereits Kinzig, NJW 2001, 1455 (1458) für die nachträgliche Verwahrung nach Landesrecht; ders., NSTZ 2004, 655 (660) für die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Bundesrecht.

Schaubild 1: Anordnungen von Sicherungsverwahrung 1980-2008
(Quelle: Strafverfolgungsstatistik; seit 2007 Angaben für Gesamtdeutschland)

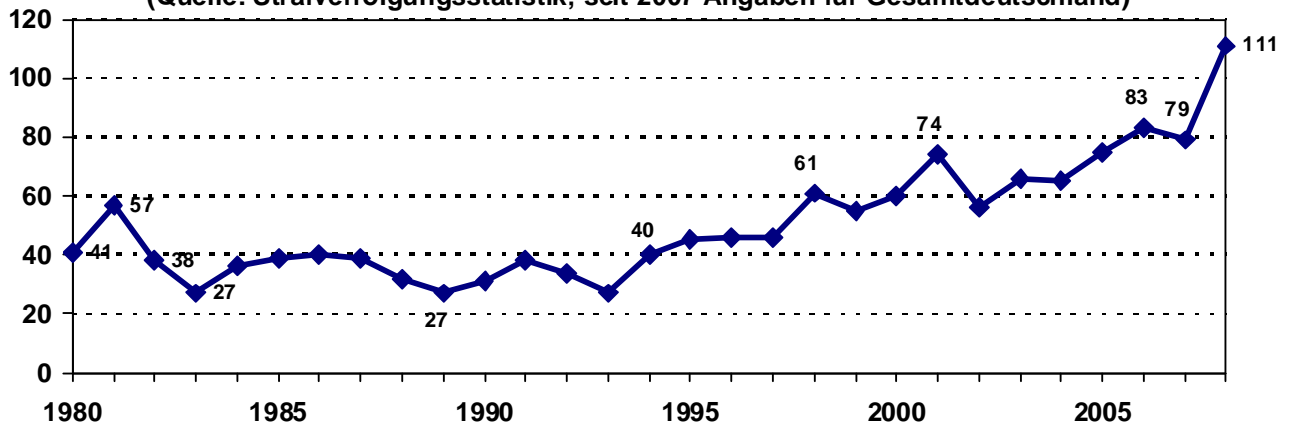
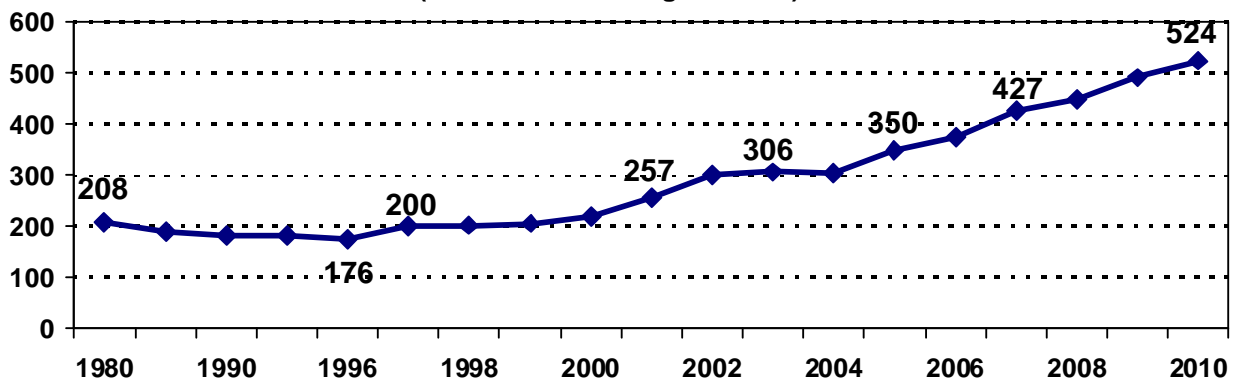


Schaubild 2: Sicherungsverwahrte 1980-2010
(Quelle: Strafvollzugsstatistik)



Diese Entwicklung ist umso erstaunlicher, findet dieser Anstieg doch keine Entsprechung in einer Zunahme schwerer Kriminalität. Diese Aussage gilt insbesondere auch für die die Öffentlichkeit zu Recht in besonderem Maße beschäftigende Tötungs- und Sexualkriminalität.²

Im gesamteuropäischen Vergleich stellt das Rechtsinstitut der Sicherungsverwahrung,

² Vgl. den von den Bundesministerien des Inneren und der Justiz herausgegebenen Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht, 2006. Dort heißt es auf S. 59 f.: „Im polizeilichen Hellfeld zeigen sich deutliche Rückgänge der Tötungsdelikte. Auch die besonders brisanten sexuell motivierten Tötungen von Kindern nehmen weiter ab und sind sehr selten. ... Vergewaltigungen im öffentlichen Raum sind ... rückläufig.“

Dazu, dass ein Rückgang von Straftaten nicht in simpler Weise auf eine verstärkte Inhaftierung zurückgeführt werden kann, vgl. etwa Center on Juvenile and Criminal Justice: Research Update: Does more imprisonment lead to less crime? am 8.11.2010 abrufbar unter http://www.securitytransformation.org/images/documentos/291_Does_more_imprisonment_lead_to_less_crime.pdf.

wie der EGMR festgestellt hat, eher eine Ausnahme dar.³ Zudem haben verschiedene Untersuchungen in jüngster Zeit belegt, dass es zu einer deutlichen Überschätzung der Gefährlichkeit von Sicherungsverwahrten oder von solchen Personen kommt, die zu (nachträglicher) Sicherungsverwahrung anstehen.⁴

Zusammengefasst streiten also folgende Argumente dafür, dass die **Sicherungsverwahrung**, wie auch der Entwurf formuliert, als letztes Mittel, **als „ultima ratio“**, eingesetzt werden sollte:

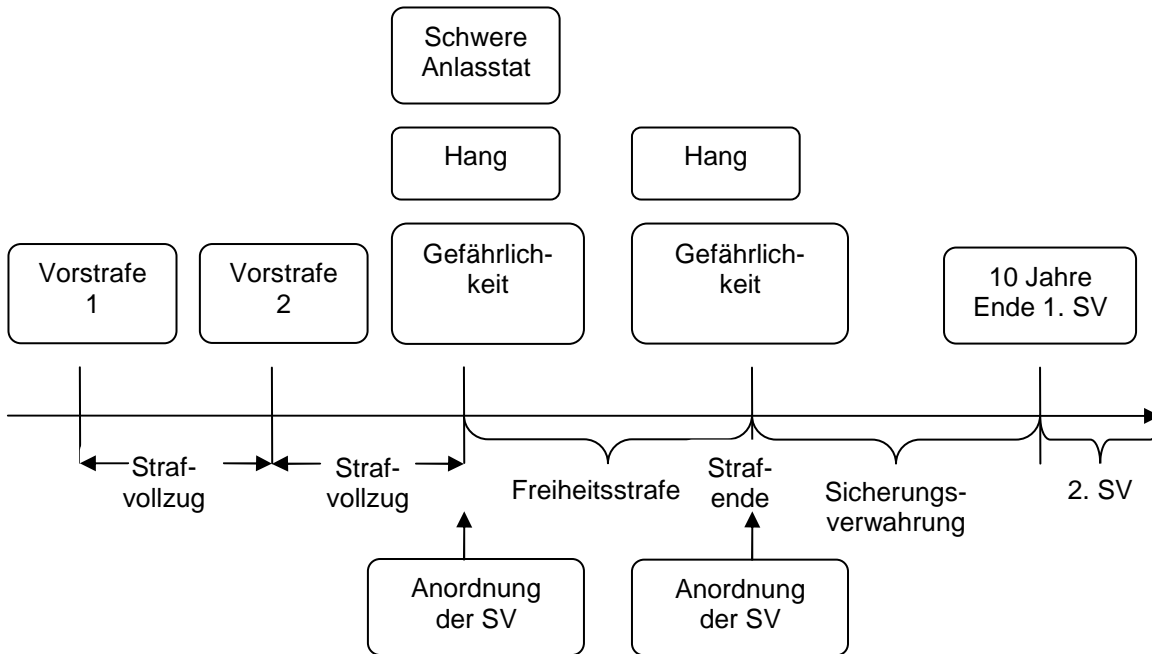
- Bei der Sicherungsverwahrung handelt es sich um eine schuldunabhängige Sanktion,
- die zentral auf einer (unsicheren) Prognose beruht,
- im europäischen Vergleich eher die Ausnahme darstellt
- und die in den letzten Jahren trotz jedenfalls nicht angestiegener Schwerekriminalität einen enormen Zuwachs erfahren hat.

Akzeptiert man die Prämisse von der Sanktion der Sicherungsverwahrung als „ultima ratio“, muss dies zwingend **hohe formelle wie materielle Hürden** zur Konsequenz haben, da nur auf diese Weise ein **enger Anwendungsbereich** und **die erforderliche Prognosesicherheit** gewährleistet werden kann. Der Gesetzgeber der späten 60er Jahre, damals sogar in Gestalt einer großen Koalition (!), hat diesem „ultima ratio“-Charakter der Sicherungsverwahrung nach langen sorgfältigen Reformüberlegungen durch folgendes Modell Rechnung getragen, das sich noch heute (bis auf die Aufhebung der strikten 10-Jahres-Höchstgrenze bei erster Sicherungsverwahrung fast unverändert) in § 66 Abs. 1 StGB findet:

³ Vgl. EGMR, U. v. 17.12.2009 (19359/04 M. gegen Deutschland) §§ 69-73; dazu Kinzig, NStZ 2010, 233 (234 f.).

⁴ Alex, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel, 2010; Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2. überarbeitete Auflage 2010; aus psychiatrischer Sicht vgl. Kröber, Der Tagesspiegel v. 10.8.2010: „Bei Straftätern, die sehr lange im Freiheitsentzug gelebt haben, werden im Schnitt nur noch zehn bis 15 Prozent rückfällig“, N. Leygraf, Der Westen v. 11.8.2010: „Auch in internationalen Untersuchungen hat sich bestätigt, dass zehn bis zwanzig Prozent der Täter, die als hochgefährlich eingeschätzt werden, tatsächlich wieder eine schwere Straftat begehen. Ein viel geringerer Anteil also, als gemeinhin angenommen wird.“

Schaubild 3: Anforderungen an eine traditionelle oder primäre Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 StGB vor dem Jahr 1998



Dieses Modell galt mehr als 25 Jahre unangefochten und trug dazu bei, die Zahl der Sicherungsverwahrten auf ein Rekordtief von 176 Verwahrten Mitte der 90er Jahre zu reduzieren. Zu § 66 Abs. 1 StGB trat die in Abs. 2 normierte Variante der Sicherungsverwahrung, die den noch unerkannten Serientäter im Visier hat. Trotz zum Teil quantitativ höherer Schwerekriminalität galt es noch bis Mitte der 90er Jahre als völlig unstrittig, dass diese traditionelle oder primäre Sicherungsverwahrung vollkommen ausreichend sei, für einen wirksamen Schutz potentieller Opfer zu sorgen.

II. Änderungen im Bereich der traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB

1. Reformanliegen des Entwurfs

Der Entwurf spricht sich dafür aus, in diesem Bereich der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) eine „Konsolidierung“ (Entwurf S. 2, 23) vornehmen zu wollen. Darunter sind im Wesentlichen zwei Änderungen zu verstehen:

- eine Beschränkung des Anwendungsbereichs (dazu unter II.3.1) sowie
- eine Klarstellung des für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Zeitpunkts (dazu unter II.3.2).

2. Vorgaben des EGMR

Ausweislich der Urteile in Sachen M. gegen Deutschland sowie Grosskopf gegen Deutschland⁵ hält der EGMR die traditionelle oder primäre Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB für zulässig.

3. Konzeption des Entwurfs

3.1. Beschränkung des Anwendungsbereichs der traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung ist zunächst vorbehaltlos zu begrüßen. Sie entspricht seit langem in der Literatur erhobenen Forderungen. Rechtstechnisch wird diese Beschränkung dadurch angestrebt, dass in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a-c StGB n.F. eine für den Anwender nicht eben leicht zu lesende Spezifizierung der nunmehr in Betracht kommenden Anlasstaten vorgenommen wird.

Vorweg ist zu bemerken, dass die Neuregelung in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1c StGB n.F. insoweit als nicht verhältnismäßig erscheint, als auch eine Straftat nach § 145a StGB Sicherungsverwahrung nach sich ziehen können soll. Darüber hinaus ist fraglich, ob ein bloßer Verstoß gegen eine Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht jemals eine Symptomtat sein kann (anders aber der Entwurf S. 38). Eine Streichung dieser Alternative erscheint im Übrigen auch deswegen gut vertretbar, weil selbige äußerst selten in Frage kommen dürfte. Dies liegt daran, dass die Verhängung einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren (§ 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB n.F.) bei einer in § 145a StGB enthaltenen Strafobergrenze von drei Jahren schon wegen Unverhältnismäßigkeit kaum jemals angeordnet werden dürfte.

Die im Übrigen vom Entwurf beabsichtigte Beschränkung der Anwendung der traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung wird allerdings nur zu einer marginalen Reduktion der Anordnung und Vollstreckung von Sicherungsverwahrung beitragen. So wurde ausweislich der Strafverfolgungsstatistik im Jahr 2008⁶ 111 mal Sicherungsverwahrung angeordnet. Auf den in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a StGB n.F. genannten Deliktskatalog entfielen davon (hypothetisch) 69 Anordnungen, auf die in Nr. 1b enthaltenen Straftaten 34 Anordnungen.⁷ Nach neuem Recht wäre also allenfalls in acht von 111 Fällen keine Sicherungsverwahrung mehr angeordnet worden, insbesondere in fünf Fällen bei einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall⁸. Dies würde bei den Anordnungen nach § 66 StGB lediglich eine Reduktion um 7,2% bedeuten.

⁵ Vgl. EGMR, U. v. 21.10.2010 (24478/03 Grosskopf gegen Deutschland).

⁶ Strafverfolgungsstatistik 2008, S. 334 ff.

⁷ Im Einzelnen: Auf Buchstabe a): Straftaten gegen das Leben: 13; die körperliche Unversehrtheit: 5; die persönliche Freiheit: 4; die sexuelle Selbstbestimmung: 46; Straftaten des 28. Abschnitts: 1.

Auf Buchstabe b): Straftaten nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB: 2; § 244a StGB: 1; §§ 249-256, 316a StGB: 24; dem BtMG: 7.

⁸ § 243 Abs. 1 StGB: 5mal; § 263 Abs. 3, 5 StGB: 2, sowie § 267 Abs. 1 StGB: 1, wobei nach dem Entwurf (S. 37) bei einer Verurteilung nach § 263 Abs. 5 StGB ebenfalls Sicherungsverwahrung möglich sein soll.

Eine ähnliche Quote ergibt sich bei Auswertung der Strafvollzugsstatistik. Überprüft man, wer zum Stichtag 31.3.2009 in Sicherungsverwahrung einsaß,⁹ wären von 491 Sicherungsverwahrten allenfalls 34 Personen (6,9%) nicht mehr verwahrungswürdig, darunter als größte Gruppe eine Reihe von Betrügern.¹⁰

Nimmt man die auch im Entwurf erhobene Forderung, Sicherungsverwahrung müsse „*ultima ratio*“ für wirklich gefährliche Straftäter sein, ernst, böte es sich über die Beschränkungen des Entwurfs hinaus an, eine Konzentration der Sicherungsverwahrung auf Gewalt- und Sexualstraftäter, gegebenenfalls noch zusätzlich Brandstifter, vorzunehmen. Diesem Anliegen wird aus meiner Sicht der Änderungsantrag von Bündnis 90/Die Grünen besser gerecht.¹¹ Reduziert man den Katalog des § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB n.F. entsprechend, sollte die Klausel in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB n.F. insofern begrenzt werden als die Gefahr eines schweren wirtschaftlichen Schadens nicht mehr zur Anordnung der Sicherungsverwahrung ausreichen darf.

Die für § 66 Abs. 2 StGB (traditionelle oder primäre Sicherungsverwahrung des noch unerkannten Serientäters) vorgesehenen Änderungen erscheinen als Konsequenz der Neuerungen in § 66 Abs. 1 StGB folgerichtig. Bezüglich des auch hier noch zu breiten Anwendungsbereichs unterliegen sie denselben Bedenken.

Die in § 66 Abs. 3 StGB n.F. enthaltene Erweiterung der Sicherungsverwahrung auf Straftäter mit nur zwei Straftaten fand erst im Jahr 1998 Eingang ins Strafgesetzbuch. Will man sie trotz des Gebots, die Sicherungsverwahrung als „*ultima ratio*“ auszugestalten, überhaupt beibehalten, sollte man im Gegenzug wenigstens auf den Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung verzichten (s. u.). Im Übrigen handelt es sich um Folgeänderungen.

3.2. Klarstellung des für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Zeitpunkts

Die vom Entwurf in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB n.F. beabsichtigte Klarstellung des für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Zeitpunkts dürfte nicht schaden. Erforderlich scheint sie mir wegen der dazu vorliegenden ausführlichen Rechtsprechung und Kommentarliteratur jedoch nicht.¹²

⁹ Rechtspflege Strafvollzug - Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3.2009.

¹⁰ Diese 34 Straftäter verteilen sich wie folgt: 2 Straftäter, die wegen Delikten nach §§ 166-168 StGB einsitzen, 9 wegen Delikten nach §§ 242, 243 StGB, 19 wegen eines Delikts nach § 263 StGB, 3 wegen eines nach § 267 StGB, 1 wegen eines nach § 316 StGB. Ganz genaue Angaben sind wegen fehlender Differenzierung (z.B. zwischen Betrug nach § 263 Abs. 1 und 5 StGB) nicht zu erlangen.

¹¹ S. Ausschussdrucksache Nr. 17(6)47 mit dem Vorschlag einer Neufassung von § 66 Abs. 1 StGB. Ähnlich die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Strafrechtsausschuss Nr. 60/2010, S. 5. In diese Richtung bereits argumentierend: Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 592 f.; tendenziell in neuerer Zeit auch Kreuzer/Bartsch, GA 2008, 655 (663 f.).

¹² Vgl. zuletzt die Nachweise von Stree/Kinzig, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 66 Rdnr. 35 ff.

3.3 Verlängerung der Rückfallverjährung bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von fünf auf zehn Jahre

Worin, wenn ohnehin für „*Ersttäter*“ eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 2 StGB n.F. eingeführt werden soll (zu den Bedenken dagegen vgl. III.3.2 und 3), darüber hinaus ein kriminalpolitisches Bedürfnis für eine Verlängerung der Rückfallverjährung bei Sexualstraftaten auf zehn Jahre liegen soll (vgl. § 66 Abs. 4 S. 3 StGB n.F.), bleibt unklar.

Praxisrelevant werden könnte am ehesten folgende Fallgestaltung: Ein Straftäter steht im Jahre 2011 wegen einer Sexualstraftat vor Gericht, die er nach Inkrafttreten des Gesetzes begangen hat. Im Jahre 2005 wurde er aus dem Vollzug einer mehrjährigen Freiheitsstrafe für ein z.B. im Jahre 2000 verübtes Sexualdelikt entlassen. Dann könnte das Gericht nach § 66 Abs. 3 S. 1 StGB n.F. Sicherungsverwahrung anordnen, wenn es den Straftäter zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt. Würde die zu verhängende Freiheitsstrafe fünf oder mehr Jahre betragen, käme darüber hinaus die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 2 StGB n.F. in Betracht. Ob es gerechtfertigt ist, für diese schmale Fallkonstellation und damit nur für die Gruppe der Sexualstraftäter eine weitere Ausnahme zu schaffen, erscheint mir fraglich.¹³

III. Änderungen im Bereich der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB

1. Reformanliegen des Entwurfs

Der Entwurf strebt den „*Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB)*“ an (Entwurf S. 2, 23). Dabei unterscheidet das neue Recht eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung, die an § 66 Abs. 3 StGB n.F. anknüpft (§ 66a Abs. 1 StGB n.F.) und eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung für Erst- oder Einmaltäter (§ 66a Abs. 2 StGB n.F.).

2. Vorgaben des EGMR

Das Konzept der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung verfolgt einen Mittelweg zwischen der traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung, die zusammen mit der Freiheitsstrafe durch das erkennende Gericht angeordnet wird und der nachträglichen Sicherungsverwahrung, die isoliert am Ende der Freiheitsstrafe erfolgt.

Verschiedene Formulierungen des EGMR im Urteil M. gegen Deutschland deuten

¹³ Wenn der Entwurf (S. 24, 41) als Begründung für die Verlängerung der Rückfallfrist darauf verweist, neuere kriminologische Untersuchungen hätten ergeben, dass Sexualstraftäter „*nicht ganz selten erst nach fünf bis zehn Jahren in Freiheit rückfällig werden*“, ist dies nicht hinreichend. Denn die kriminologischen Untersuchungen müssten, genau genommen, belegen, dass die Täter nach Verhängung einer neuen Freiheitsstrafe für die Rückfalltat ohne Sicherungsverwahrung wieder schwer rückfällig geworden wären. Dieser Nachweis wird aber nicht geliefert.

darauf hin, dass die vorbehaltene Sicherungsverwahrung in einen Konflikt mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK geraten könnte. Als Eingriffsgrund für eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung dürfte allein Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a) EMRK in Frage kommen. Dieser verlangt eine *„rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“*. Ob dieses Erfordernis im Falle einer vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gewahrt ist, die vom Schuldspruch abgekoppelt ist, erscheint nach der neueren Straßburger Rechtsprechung jedenfalls nicht unzweifelhaft.

Der EGMR verlangt im Ausgangspunkt unstreitig, dass *„zwischen der Verurteilung und der in Rede stehenden Freiheitsentziehung ein hinreichender Kausalzusammenhang bestehen“* müsse.¹⁴ Darüber hinaus fordert der Gerichtshof *„dass das Gesetz in den Fällen, in denen die Freiheitsentziehung nach innerstaatlichem Recht zulässig ist, hinreichend zugänglich sein muss und präzise und vorhersehbar anzuwenden ist, um jegliche Gefahr der Willkür zu vermeiden“*.¹⁵ Schon das mag man bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung bezweifeln, deren letztendliche Anordnung in zentraler Weise vom Vollzugsverhalten des Strafgefangenen und damit einem wenig aussagekräftigen Kriterium abhängig gemacht wird.

Des Weiteren betont der EGMR in der Entscheidung M. gegen Deutschland mehrfach in auffälliger Weise den engen Zusammenhang zwischen der Schuldfeststellung und dem Ausspruch der Maßregel. So sei *„die von einem erkennenden Gericht zusätzlich oder anstatt einer Freiheitsstrafe angeordnete Sicherungsverwahrung grundsätzlich als 'Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zusätzliches Gericht' im Sinne von Artikel 5 Abs. 1 Buchst. a der Konvention gerechtfertigt“*.¹⁶ Demgegenüber wird die Sicherungsverwahrung nach vorangegangenem Vorbehalt gerade nicht von dem (gleichzeitig über die Tat) erkennenden Gericht auferlegt. Dagegen wird im vom EGMR angeführten belgischen Recht die Zurverfügungstellung des Rückfalltäters *„zusätzlich zu einer Freiheitsstrafe angeordnet“*.¹⁷ Schließlich weist der EGMR konkret für die Sicherungsverwahrung darauf hin, *„dass die Anordnung einer Sicherungsverwahrung nach Artikel 66 Abs. 1 StGB ... immer von der gerichtlichen Feststellung der Schuld des Betroffenen an einer Straftat abhängt und mit dieser zusammen erfolgt“*. Zudem macht das Gericht in einem obiter dictum darauf aufmerksam, *„dass die Entscheidungen der Vollstreckungsgerichte, den Beschwerdeführer weiter in Haft zu halten, das Erfordernis der 'Verurteilung' im Sinne von Artikel 5 Abs. 1 Buchst. a nicht erfüllen, da sie keine Schuldfeststellung mehr beinhalten“*.¹⁸ In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass der EGMR explizit betont, dass auch im Fall des nicht gegen die EMRK verstoßenden Fall Kafkaris gegen Zypern das erkennende Gericht die lebenslange Freiheitsstrafe

¹⁴ EGMR, U. v. 17.12.2009 (19359/04 M. gegen Deutschland) § 88.

¹⁵ EGMR, U. v. 17.12.2009 (19359/04 M. gegen Deutschland) § 90.

¹⁶ EGMR, U. v. 17.12.2009 (19359/04 M. gegen Deutschland) § 93.

¹⁷ EGMR, U. v. 17.12.2009 (19359/04 M. gegen Deutschland) § 94.

¹⁸ EGMR, U. v. 17.12.2009 (19359/04 M. gegen Deutschland) § 96.

verhängt hatte.¹⁹

Dass auch die vorbehaltene Sicherungsverwahrung Gefahr läuft, gegen die EMRK zu verstoßen, ist bereits vor der Entscheidung M. gegen Deutschland im deutschen Schrifttum thematisiert, wenn auch mehrheitlich abgelehnt worden. Soweit die vorbehaltene Sicherungsverwahrung auch nach dem Judikat des EGMR unter dem Blickwinkel des Art. 5 EMRK für völlig unbedenklich gehalten wird²⁰, kann dies nicht überzeugen. Nicht nur im deutschen²¹, auch im ausländischen Schrifttum finden sich Stimmen, die nach dem Urteil M. gegen Deutschland die Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit Art. 5 EMRK bezweifeln.²²

Ergänzend sei auf eine neue Entscheidung des OLG Hamm hingewiesen, in dem eine nachträgliche Sicherungsverwahrung u.a. deswegen zur Bewährung ausgesetzt wurde, weil ihr mit folgenden Worten ein Verstoß gegen Art. 5 EMRK bescheinigt wurde: *„Denn in diesem Urteil (sc. bei der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung) erfolgt keine erneute Schuldfeststellung. Es geht schlicht von derjenigen im Ausgangsverfahren aus. Darauf, dass die Entscheidung – anders als diejenige über die weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung durch die StVK –*

¹⁹ EGMR, U. v. 17.12.2009 (19359/04 M. gegen Deutschland) § 101; vgl. auch Kinzig, NStZ 2010, 233 (239).

²⁰ So behauptet Laue (JR 2010, 198 (203)), dass die Sicherungsverwahrung schon im Erkenntnisverfahren „angeordnet“ werde, „allerdings nur unter dem Vorbehalt der weiteren Entwicklung des Täters“. Dem widerspricht bereits der Gesetzestext (vgl. § 66a Abs. 3 S. 2 StGB n.F.: „Es ordnet die Sicherungsverwahrung an ...“; vgl. auch § 66a Abs. 2 S. 1 StGB: „Über die Anordnung der Sicherungsverwahrung entscheidet das Gericht ...“), nach dem die Entscheidung im Nachverfahren maßgeblich ist.

Kreuzer (NKP 3/2010, 89 (94 f.)) verkennt, dass nur die traditionelle oder primäre Sicherungsverwahrung im Urteil des erkennenden Gerichts angeordnet wird. Am Ende der Strafzeit findet nach § 67c Abs. 1 StGB (vgl. den Wortlaut) nur eine Überprüfung durch die Strafvollstreckungskammer statt.

²¹ Skeptisch in neuerer Zeit auch: Pollähne, KJ 2010, 255 (264 f.); Eschelbach, NJW 2010, 2499 (2500); Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Strafrechtsausschuss zur Reform des Rechts der Sicherungsverwahrung aus Anlass des Urteils des EGMR vom 17.12.2009 (Individualbeschwerde Nr. 19359/04) Nr. 30/2010, S. 10 f.; einschränkend unter Verweis auf § 27 JGG: Kleszczewski, HRRS 2010, 394 (402); vgl. auch die vorsichtige Formulierung von Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 66a Rdnr. 2: *„Dass die Anordnung langjähriger Freiheitsentzugs noch als Rechtsfolge gelten kann, welche 'aus Anlass' einer bestimmten Straftat verhängt wird, wenn sie aufgrund 'der Entwicklung während des Strafvollzuges' erfolgt, ist nicht unzweifelhaft.“*

²² So etwa Leblois-Happe, AJPénal 2010, 129 ff.: *„Il paraît plus périlleux d'affirmer, sur ce point, la compatibilité avec les dispositions conventionnelles de l'ajournement de l'internement et de la rétention de sûreté du droit français“*, wobei sie mit dem *„l'ajournement de l'internement“* explizit auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung Bezug nimmt. Vgl. auch das *„Discussion paper on secure preventive detention“* des *„EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (CDPC)“* des Europarats (abrufbar unter [http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/prisons_and_alternatives/committees/CDPC-BU\(2010\)%2004rev%20preventive%20detention.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/prisons_and_alternatives/committees/CDPC-BU(2010)%2004rev%20preventive%20detention.pdf)), in dem die Entscheidung des EGMR unter Punkt 35 wie folgt interpretiert wird: *„The Court was of the opinion that if after the original court conviction of the sentencing court, a court responsible for the execution of the sentence orders preventive detention, this latter decision does not satisfy the requirement of conviction for the purpose of Art 5, § 1 (a) of the Convention as it no longer involves the finding of guilt (M. v. Germany).“*

im Erkenntnisverfahren aufgrund einer neuen Hauptverhandlung ergeht, kommt es demgegenüber nicht an. Maßgeblich ist die Frage, ob die Entscheidung im Zusammenhang mit einer Schuldfeststellung ergeht. Dies ist nicht der Fall.“²³

Dieser Befund lässt den Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung bereits unter dem Gesichtspunkt ihrer Vereinbarkeit mit der EMRK als risikobehaftet erscheinen.

3. Konzeption des Entwurfs

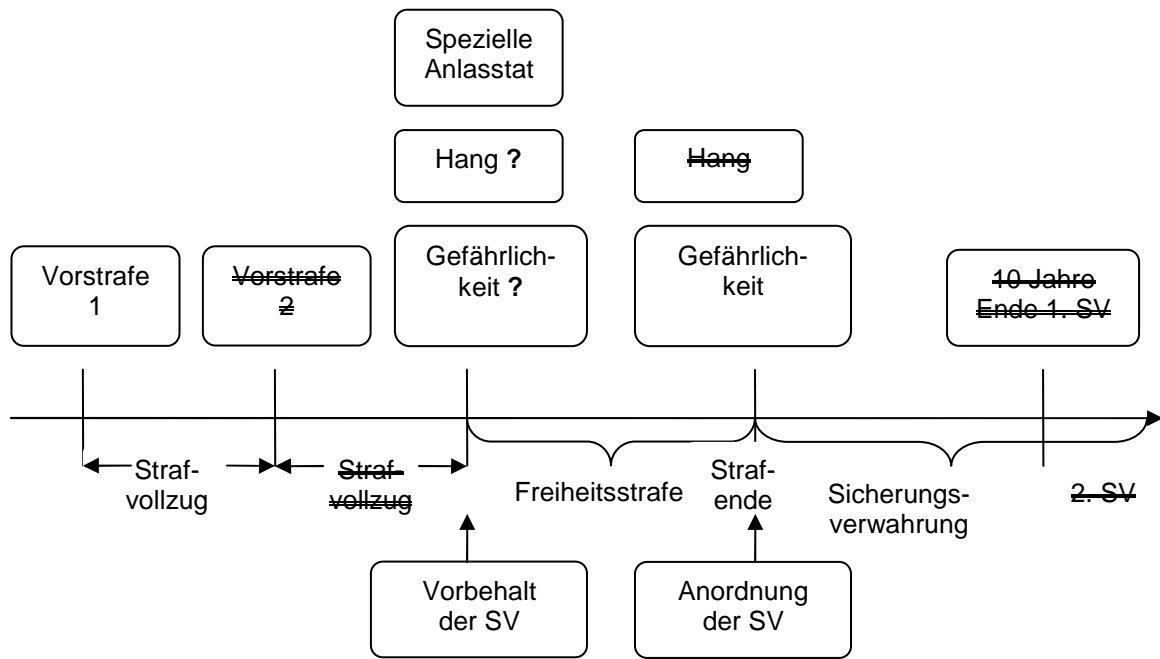
In der Konzeption des Entwurfs ist, wie bereits erwähnt, zu trennen zwischen einer vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, die an § 66 Abs. 3 StGB n.F. anknüpft (§ 66a Abs. 1 StGB n.F.) und einer vorbehaltenen Sicherungsverwahrung für Erst- oder Einmaltäter (§ 66a Abs. 2 StGB n.F.).

3.1. Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 1 StGB n.F.

Vergleicht man die Anforderungen der geplanten vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit denjenigen der traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 StGB lassen sich folgende Unterschiede erkennen:

²³ OLG Hamm, B v. 22.7.2010 - III-4 Ws 171/10 OLG Hamm, 3 AR 1460/10 GStA Hamm, II StVK K 4/10 LG Essen, 203 Js 843/01 StA Duisburg.
Seite 12/24

Schaubild 4: Anforderungen an die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs.1 StGB n.F. im Vergleich zur traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 StGB bis zum Jahre 1998



Der Vergleich mit der traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung zeigt, dass bereits in dieser Variante wesentliche Anforderungen entfallen, die bisher noch zu einer einigermaßen restriktiven Anordnung der Sicherungsverwahrung beitragen. Insbesondere muss es für die Anordnung eines Vorbehalts nach den Vorstellungen des Entwurfs (vgl. Entwurf S. 42) entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH jetzt nur noch wahrscheinlich sein, dass die Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB, sprich: ein Hang und die daraus resultierende Gefährlichkeit, vorliegen.

Systematisch überzeugt an dieser Konzeption schon nicht, warum mit dem Hang ein Merkmal zwar für die Anordnung des Vorbehalts eine gewisse Bedeutung aufweisen („wahrscheinlich“) muss, dem aber dann für die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung jegliche Relevanz abgesprochen wird. Zudem ist die Formulierung in § 66a Abs. 1 Nr. 3 StGB n.F., es müsse „nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich“ sein, „dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen“ von einer großen Unbestimmtheit geprägt. Dies zeigt schon jetzt die unterschiedliche Interpretation des § 66a StGB in der Kommentarliteratur.²⁴

Wenn der Entwurf davon spricht, dass der Verzicht auf die sichere Feststellung des Merkmals des Hangs deswegen erforderlich sei, da es sonst zu einer „mit dem berechtigten Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit kaum zu vereinbarende(n)

²⁴ Vgl. die Nachweise von Stree/Kinzig, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 66a Rdnr. 3. Seite 13/24

Beschränkung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung“ komme (Entwurf S. 43), bleibt dies eine empirisch nicht belegte Behauptung. Nachgewiesen werden müssten dafür Sachverhalte, in denen eine Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 3 StGB n.F. deswegen nicht in Betracht kam, weil die Gefährlichkeit des Straftäters zum Urteilszeitpunkt nur wahrscheinlich war, der Gefangene dann aber zum Ende der Freiheitsstrafe, obwohl als gefährlich angesehen, gleichwohl entlassen werden musste und trotz ernstzunehmender Bemühungen durch die Führungsaufsicht schwer rückfällig wurde.

Eine mögliche restriktivere Variante könnte in der Version des Änderungsantrags der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen bestehen (Änderungsantrag S. 2, 7), für Hang und Wahrscheinlichkeit ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit zu verlangen.

Doch darf auch dabei nicht verkannt werden, dass jegliche Variante der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung einer Reihe derjenigen Einwände ausgesetzt ist, die der Entwurf völlig zu Recht gegen die nachträgliche Sicherungsverwahrung anführt (s. sogleich unten unter III.3.3.).

3.2. Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 2 StGB n.F.

Schaubild 5: Anforderungen an die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 2 StGB n.F. im Vergleich zur traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 StGB bis zum Jahre 1998

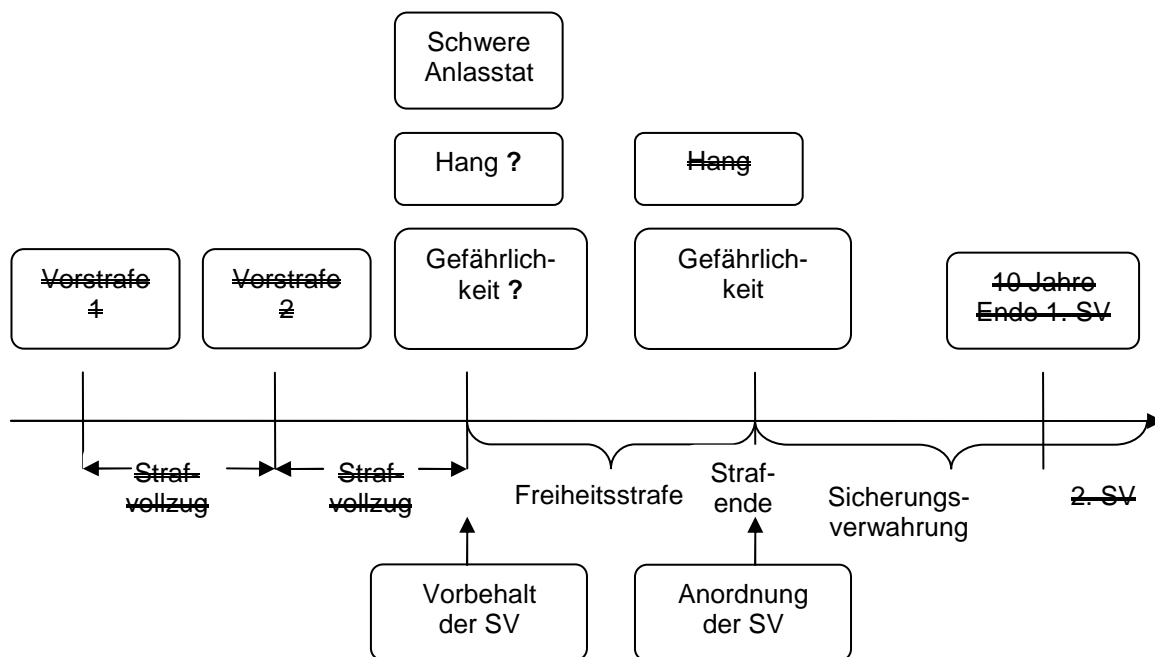


Schaubild 5 zeigt deutlich, wie die neue vorbehaltene Sicherungsverwahrung für Erst- oder Einmaltäter zu einer Auflösung der für die traditionelle Sicherungsverwahrung in § 66 Abs. 1 StGB geschaffenen rechtsstaatlichen Vorkehrungen führt. Formelle Voraussetzungen wie Vorstrafen und ein Vorvollzug, die zum einen die Ausgestaltung

der Sicherungsverwahrung als „ultima ratio“ gewährleisten, zum anderen für eine halbwegs zuverlässige Prognose geradezu unerlässlich sind, fehlen völlig.²⁵ Für die Anordnung des Vorbehalts genügt die Begehung einer schweren, wenn auch mit einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren abgeurteilten Katalogtat. Dabei kommt in problematischer Weise hinzu, dass auch die Verurteilung zu einer Gesamtstrafe ausreichen kann (vgl. Entwurf S. 44).

Für eine in Zukunft großzügige Anwendung dieser Variante könnte insbesondere sorgen, dass der Entwurf bei der endgültigen Anordnung der Sicherungsverwahrung auf das Vorhandensein neuer Tatsachen, sogenannter „Nova“, gänzlich verzichtet (vgl. Entwurf S. 50 f.). Dieses Erfordernis hatte noch bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung eine stark einschränkende Funktion.²⁶

Das Potential an Straftätern, das für die neue vorbehaltene Sicherungsverwahrung in Frage kommt, lässt sich in etwa aus den Angaben der Strafverfolgungsstatistik abschätzen. Dazu habe ich, geordnet nach den in § 66a Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. genannten Deliktgruppen, die im Jahre 2008 verhängten Freiheitsstrafen ab fünf Jahren herausgesucht. Eine Freiheitsstrafe ab fünf Jahren ist ja das einzige für diese Variante verbleibende harte formelle Kriterium.

Tabelle: Freiheitsstrafen von fünf und mehr Jahren Länge (Quelle: Strafverfolgungsstatistik 2008)

Deliktgruppe	5-10 J.	10-15 J.	Lebensl.	Summe
V. gegen das Leben	204	77	110	391
V. gegen die körperliche Unversehrtheit	69	2	0	71
V. gegen die persönliche Freiheit	44	5	0	49
V. gegen die sexuelle Selbstbestimmung	254	18	0	272
V. nach dem 28. Abschnitt	39	1	1	41
V. nach den §§ 250, 251 (252, 255)	351	23	0	374
Gesamt	961	126	111	1198

Selbst wenn man die zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten unberücksichtigt lässt, laufen damit nach jetzigem Stand rund 1000 Personen jährlich Gefahr, die formellen Voraussetzungen für die Anordnung einer vorbehaltenen Sicherungsverwahrung zu erfüllen. Angesichts des derzeit aufgeheizten kriminalpolitischen Klimas ist daher zu befürchten, dass die Zahl der Sicherungsverwahrten weiter, womöglich drastisch, ansteigen wird. Dies würde augenscheinlich im Widerspruch dazu stehen, dass sich auch der Entwurf zu einer restriktiveren Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung zu bekennen scheint (vgl. Entwurf S. 22: „Ausnahmecharakter“ der Sicherungsverwahrung).

²⁵ Wenn es im Entwurf auf S. 43 heißt, die Nummern 1 und 2 enthielten die formellen Voraussetzungen, erscheint dies deswegen eigenartig, als sich die Nummer 2 des § 66a Abs. 2 StGB n.F. im Wesentlichen darin erschöpft festzustellen, dass keine (weiteren) formellen Voraussetzungen erforderlich sind.

²⁶ Vgl. die bei Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 66 Rdnr. 5 ff. dokumentierte Rechtsprechung.

Vorzugswürdig wäre es daher, wie auch der Änderungsantrag (S. 2, 7) vorschlägt, auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 2 StGB n.F. zu verzichten.

Will man dennoch an dieser Variante festhalten, könnten zwei Voraussetzungen wenigstens zu einer gewissen Einengung dieser Alternative beitragen:

- So sollte dringend erwogen werden, die für den Ausspruch eines Vorbehalts erforderliche Freiheitsstrafe auf „*mindestens zehn Jahre*“ anzuheben. Damit dürften die meisten Straftäter erfasst sein, deren Entlassung trotz festgestellter Gefährlichkeit in der vergangenen Zeit die Bevölkerung beunruhigt hat.²⁷ Für eine Anhebung der Dauer der erforderlichen Freiheitsstrafe spricht im Übrigen auch der Umstand, dass bei vergleichsweise kurzen Freiheitsstrafen kaum Zeit im Vollzug verbleibt, „*um weitere Erkenntnisse zur Gefährlichkeit der verurteilten Person zu gewinnen*“ (Entwurf S. 47).
- Eine wichtige Einschränkung des § 66a Abs. 2 StGB n.F. könnte auch darin liegen, wenn wenigstens zum Urteilszeitpunkt Hang und/oder Gefährlichkeit sicher festgestellt werden müssten. Im Gegensatz dazu erlaubt der jetzige Vorschlag eine Konstellation, in der in Anschluss an eine im Urteil nur „*wahrscheinliche*“ Gefährlichkeit allein das Vollzugsverhalten zu einer endgültigen Sicherungsverwahrung führt.²⁸

3.3. Generelle Problematik der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung

Über die Frage ihrer Vereinbarkeit mit der EMRK hinaus begegnet das Konzept der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung denselben grundsätzlichen Bedenken, die der Entwurf zu Recht der nachträglichen Sicherungsverwahrung entgegenhält (vgl. S. 52 f.).

So besteht nach der Neukonzeption, wie erwähnt, die Gefahr, dass ein erheblicher Anteil an Vorbehalten ausgesprochen werden wird. Einziger Unterschied zur jetzt bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung beklagten Praxis wäre dann der Umstand, dass bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung eine Fülle von Straftätern unter einem gesetzlichen, bei der neuen vorbehaltenen Sicherungsverwahrung unter einem gerichtlichen Vorbehalt stehen. Käme es zu dem befürchteten häufigen Ausspruch von Vorbehalten, könnte dies zwei Effekte auslösen:

- Aus einer großen Zahl dieser Vorbehalte dürften am Ende in einer öffentlichen,

²⁷ So erhielt „*Karl D.*“ in seinem die Öffentlichkeit stark beschäftigenden Fall für seine Anlasstaten eine Freiheitsstrafe von 14 Jahren (vgl. BGH U v. 13.1.2010 – 1 StR 372/09). Ebenso bekam der später rückfällige „*Uwe K.*“ eine Freiheitsstrafe von elf Jahren; vgl. zudem den vom Entwurf auf S. 46 geschilderten Fall des LG Münster, in dem ebenfalls eine Freiheitsstrafe von 13 Jahren verhängt worden war.

²⁸ Die vom Entwurf (S. 51) aufgeführten Gegenbeispiele einer fehlgeschlagenen Therapie sowie eines neu eingeholten Sachverständigengutachtens scheinen nicht überzeugend. Im Übrigen räumt auch der Entwurf an anderer Stelle (S. 52) ein, dass der Strafvollzug „*tendenziell wenig Raum für die Schaffung neuer prognoserelevanter Tatsachen*“ lasse.

d.h. unter großem medialen Druck geführten Hauptverhandlung echte Sicherungsverwahrungen werden. Damit würde das Konzept der Sicherungsverwahrung als „ultima ratio“ noch weiter aufgegeben.

- Auch wenn die Vorbehalte nicht zu endgültigen Sicherungsverwahrungen erstarken, gäbe es ein Problem. Denn dann müssten Personen voraussichtlich relativ kurzfristig aus der Freiheitsstrafe entlassen werden, die darauf nicht hinreichend vorbereitet werden konnten.²⁹

Ganz generell ist zu erwarten, dass die Strafvollzugsbehörden nach einem Vorbehalt wie schon jetzt bei anstehender oder potentiell nachträglicher Sicherungsverwahrung nur selten Vollzugslockerungen gewähren werden. Auch ist zu befürchten, dass sich die von einem Vorbehalt Betroffenen nicht in einem hinreichenden Maße und mit aller Offenheit auf Therapieangebote einlassen werden. Schließlich droht in jedem Fall, dass die dabei gewonnenen Informationen für die ausstehende endgültige Entscheidung über die Sicherungsverwahrung Verwendung finden. Dies lässt auch eine erhebliche Belastung des Vollzugsklimas befürchten.

IV. Änderungen im Bereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB

1. Reformanliegen des Entwurfs

Der Entwurf beabsichtigt, zu einer „Beschränkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung“ nach § 66b StGB zu gelangen (Entwurf S. 2). Dieses Ziel ist uneingeschränkt zu begrüßen.

2. Vorgaben des EGMR

Nach der Entscheidung des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland verbietet es sich, an einer nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 und 2 StGB festzuhalten.³⁰ Dies dürfte nach einem neuen Beschluss des 5. Strafsenats jetzt auch im Regelfall die Ansicht des BGH sein.³¹

3. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB n.F.

Als falsch erscheint die Prämisse des Entwurfs (S. 55), bei dieser Variante gehe es „nicht um die erstmalige Anordnung einer zeitlich unbegrenzten freiheitsentziehenden Maßnahme, sondern im Kern um die Überweisung von einer derartigen Maßnahme in eine andere.“ Gegen diese Ansicht spricht schon der klare Gesetzeswortlaut.

²⁹ Dem wird auch nicht § 275a Abs. 5 StPO n.F. vorbeugen können, zumal die Verletzung dieser Norm nicht sanktionsbewehrt ist.

³⁰ Insoweit gelten die oben unter III.2 gemachten Ausführungen.

³¹ Vgl. BGH 5 StR 60/10 v. 21.7.2010. Diese Entscheidung hält eine nachträgliche Sicherungsverwahrung „allenfalls bei höchstgefährlichen Verurteilten“ für möglich, „bei denen sich die Gefahrenprognose aus konkreten Umständen in der Person oder ihrem Verhalten ableiten lässt.“ Ob dieser Eingriff auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK gestützt werden kann, ist freilich eine andere Frage.

Überweisungen in den Vollzug einer anderen Maßregel finden sich in § 67a StGB. Demgegenüber regelt § 66b Abs. 3 StGB wie auch § 66b StGB n.F. die (wörtlich!) Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung. Die selben Bedenken gelten gegenüber dem Änderungsantrag von Bündnis 90/Die Grünen, der insoweit nur Korrekturen kosmetischer Art enthält.³²

Leider verliert der Entwurf kein Wort zur Vereinbarkeit dieser Variante mit den Vorgaben der EMRK. Auf welche Weise hier einem Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK entgangen werden soll, bleibt unklar. Bemerkenswerterweise hat auch der 4. Strafsenat des BGH eine Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 3 StGB wegen eines Verstoßes gegen die EMRK aufgehoben.³³

V. Übergangsvorschriften (Art. 4 des Entwurfs)

Inkonsistent ist es, wenn in Art. 316e Abs. 1 EGStGB n.F. (vor allem) die nachträgliche Sicherungsverwahrung für Altfälle aufrechterhalten wird. Zukünftige Anordnungen dieser Variante der Sicherungsverwahrung dürften zudem mit hoher Wahrscheinlichkeit Verurteilungen Deutschlands durch den EGMR jedenfalls wegen eines Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK nach sich ziehen. Dazu referiert der Entwurf immerhin an anderer Stelle (S. 53) die ganz herrschende Meinung im Schrifttum, dass auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung gegen die EMRK verstößt.³⁴ Warum diese Auffassung nicht zutreffend sein soll, verrät der Entwurf leider nicht. Wenn aus der Ansicht der Mehrheitsmeinung nicht die Konsequenz gezogen wird, die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch für Altfälle abzuschaffen und gegebenenfalls ein Entlassungsgesetz zu verabschieden, nimmt der Gesetzgeber sehenden Auges in Kauf, dass die Bundesrepublik dazu verurteilt werden könnte, Schadensersatzzahlungen an sich in Straßburg beschwerende Straftäter zu leisten. Besser wäre es daher, wie es der Änderungsantrag vorschlägt (S. 2, 4, 7 f.), die Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung mit sofortiger Wirkung zu streichen.³⁵

Folgerichtig ist dagegen die in Art. 316e Abs. 2 und 3 EGStGB n.F. vorgesehene Regelung, wie mit den Personen zu verfahren ist, die zur Verurteilung zu traditioneller oder primärer Sicherungsverwahrung anstehen (Art. 316e Abs. 2 EGStGB n.F.), dazu verurteilt oder gar bereits verwahrt sind, die aber nach dem revidierten Recht nicht mehr verwahrt werden könnten (Art. 316e Abs. 3 EGStGB n.F.).

³² Insbesondere die Verschiebung des § 66b StGB n.F. in einen Absatz 5 des § 66 StGB.

³³ BGH 4 StR 577/09 v. 12.5.2010.

³⁴ Interessanterweise findet sich nun im Entwurf auf S. 53 eine Bemerkung, dass die Bundesregierung diese Ansicht weiterhin nicht teile. In dem dem Entwurf vorangegangenen Diskussionsentwurf (DE) fehlte diese Bemerkung noch (vgl. DE S. 38).

³⁵ So auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Strafrechtsausschuss Nr. 60/2010, S.

VI. Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG)

Kern dieses Gesetzes bildet § 1 ThUG, der die Voraussetzungen einer Therapieunterbringung regelt. § 2 ThUG bemüht sich um eine Definition der für die Unterbringung in Frage kommenden Einrichtungen. Das Vorhaben, ein ThUG zu schaffen, ist bereits in der Fachöffentlichkeit heftig kritisiert worden.³⁶ Dieser Einschätzung vermag ich nicht zu widersprechen. Vorzugswürdig wäre es daher, wie es der Änderungsantrag vorschlägt, Art. 4 des Entwurfs vollständig zu streichen. Dass das geplante ThUG bereits auf den ersten Blick eine Fülle rechtlicher wie tatsächlicher Probleme aufwirft, will ich hier nur an vier konkreten Punkten deutlich machen:

1. Kompetenzrechtliche Bedenken

So kann man sich zunächst fragen, ob es sich bei diesem Teil des Gesetzes überhaupt um Strafrecht handelt, für das der Bund zuständig ist. Zwar bejaht der Entwurf die Einordnung des ThUG als Strafrecht (S. 32). Doch stimmt schon nachdenklich, wenn er gleichzeitig betont, dass sich „*die Therapieunterbringung fundamental von Strafe, aber auch von der Sicherungsverwahrung*“ unterscheide (S. 34). Zudem sollen nach der Konzeption des Entwurfs für das Verfahren die Vorschriften des Allgemeinen Teils und die Vorschriften über das Verfahren in Unterbringungssachen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend gelten (§ 3 ThUG). Schließlich wird die Unterbringung nach § 4 Abs. 1 S. 1 ThUG nicht von den Strafgerichten, sondern durch Zivilkammern der Landgerichte angeordnet. So bleibt unklar, warum es sich hier nicht im Kern um eine öffentlich-rechtliche Unterbringung handelt, für die bekanntlich die Länder zuständig sind.³⁷

2. Menschenrechtliche Bedenken

Fraglich erscheint mir auch, ob man unter Verstoß gegen ihre Menschenrechte einsitzende Sicherungsverwahrte in nennenswerter Zahl oder gar überhaupt in Personen umdefinieren kann, die an einer psychischen Störung leiden. Zu Grunde liegt dieser Idee, dass man dadurch eine anhaltende oder erneute Freiheitsentziehung erreichen will, die den Vorgaben von Art. 5 Abs. 1 S. 2e) EMRK genügen soll. Danach ist eine rechtmäßige Freiheitsentziehung bei psychisch Kranken, in der englischen Fassung „*persons of unsound mind*“ genannt, möglich. Tatsächlich hat der EGMR im Fall M. gegen Deutschland diese Alternative als potentiellen Eingriffsgrund

³⁶ Vgl. Kreuzer anlässlich der Anhörung des Bundesministeriums der Justiz zu einem „*Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz 'Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zur Stärkung der Führungsaufsicht'*“ am 2.9.2010, S. 9: Es handele sich um einen „*Etikettenschwindel*“, man sei auf dem „*Weg zur Gefährlichkeitshaft ohne Straftat*“, es bestünde die Gefahr eines „*Flurschadens*“, der sich aus solch einem Gesetz „*für die rechtsstaatliche Strafkultur*“ ergeben könne.

³⁷ Bemerkenswerterweise räumt auch der Entwurf (S. 88) ein, dass die Therapieunterbringung der öffentlich-rechtlichen Unterbringung vergleichbar sei.

auch bei Sicherungsverwahrten genannt. Jedoch wies der Gefangene M. die Besonderheit auf, dass bei ihm bereits vor dem Urteil, in dem er mit Sicherungsverwahrung belegt wurde, die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet worden war. Zudem ist zu beachten, dass der Gerichtshof gerade an dieser Stelle seines Urteils herausstellt, dass das innerstaatliche Recht zur Vermeidung von Willkür auch vorhersehbar sein müsse. Dass aber die zu den Parallelfällen zählenden Personen zum Zeitpunkt ihrer Straftaten vorhersehen konnten, im Wege einer neu zu schaffenden strafrechtlichen Sanktion unbegrenzt untergebracht zu werden, scheint mehr als zweifelhaft.³⁸

Ganz generell ist zu bedenken, dass Sicherungsverwahrte in jedem Fall schuldfähig sein müssen, eine Unterbringung allein auf Grundlage einer psychischen Störung dazu in einem konzeptuellen Gegensatz steht.³⁹ So hat der Europäische Gerichtshof in einer Zulässigkeitsentscheidung aus dem Jahre 1976 im Fall X gegen Deutschland festgestellt, dass Art. 5 Abs. 1 S. 2e) EMRK auch einen Schutz der Öffentlichkeit vor einer Person mit abnormalen Persönlichkeitszügen („*abnormal personality traits*“) gewährleiste, und zwar dann wenn diese strafrechtlich nicht verantwortlich sei.⁴⁰ Für die Anordnung der Sicherungsverwahrung muss aber immer eine strafrechtliche Verantwortlichkeit vorliegen. Darüber hinaus kann gefragt werden, warum ein Sicherungsverwahrter, den man nun aufgrund einer psychischen Störung unterbringen will, nicht schon zuvor nach § 67a Abs. 2 StGB in ein psychiatrisches Krankenhaus überwiesen wurde.

3. Unklarer Anwendungsbereich

§ 1 ThUG verlangt für die Anordnung der Unterbringung u.a., dass „*auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung*“ feststehen muss, dass jemand „*deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist*“.

Diese Formulierung wirft die Frage auf, wie mit den Personen zu verfahren ist, die, wie der Beschwerdeführer M. im Verfahren vor dem EGMR, nicht nur unter Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot nach Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK, sondern auch unter einem solchen gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK menschenrechtswidrig verwahrt werden. Sollen diese Personen nicht dem ThUG unterliegen? Und wie verhält es sich mit den Fällen, die entlassen werden oder bereits entlassen wurden, weil der Verstoß gegen die Menschenrechte in die Verhältnismäßigkeitsprüfung des § 67d Abs. 3 StGB

³⁸ Auch für die Unterbringung des M. bezweifelt der EGMR (U. v. 17.12.2009 (19359/04 M. gegen Deutschland, § 104) die Vorhersehbarkeit, brauchte die Frage aber nicht abschließend zu entscheiden.

³⁹ Vgl. auch Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 5 Rdnr. 79 sowie Dörr, in Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 13 Rdnr. 193.

⁴⁰ Vgl. Zulässigkeitsentscheidung v. 12.7.1976 X. gegen Deutschland (no. 7493/76).

hineinzulesen ist?⁴¹

Zudem knüpft § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG die Gefährlichkeit an die psychische Störung. Die Gefährlichkeit der betreffenden Person muss „*infolge ihrer psychischen Störung*“ vorliegen. Dass aber, wie es die Begründung des Entwurfs (S. 86) verlangt, die Gefährlichkeit der betroffenen Person „*im Sinne einer Kausalität*“ auf der psychischen Störung beruht, scheint gerade bei der Gruppe der Persönlichkeitsgestörten aufgrund der dieser Diagnose per se innewohnenden Unsicherheiten, kaum vorstellbar.

4. Praktische Bedenken

Schließlich stellt sich das faktische Problem, das bisher nicht zu sehen ist, woher die nach § 2 ThUG geeigneten geschlossenen Einrichtungen kommen sollen. Bekanntlich herrschte z.B. bisher eine Praxis der Sozialtherapeutischen Anstalten vor, Sicherungsverwahrte, wenn überhaupt, nur in eng begrenztem Maße aufzunehmen. Insoweit zieht sich der Entwurf auf den Standpunkt zurück, dass nur die Länder beurteilen können, „*ob es hierfür neuer Vollzugseinrichtungen bedarf*“ (S. 87). Hier rächt sich in besonderer Weise die Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug auf die Länder. Sie ermöglicht Bund und Ländern als handelnde Gesetzgebungskörperschaften jeweils auf die Untätigkeit des anderen zu verweisen.

VII. Weitere im Entwurf nicht aufgegriffene Reformüberlegungen

Die jetzt angestrebte Gesamtreform der Sicherungsverwahrung bietet zum einen die Möglichkeit, alle wichtigen derzeit offenen Probleme dieser Maßregel einer Lösung zuzuführen, zum anderen auch die Gelegenheit, Fehlentwicklungen der Sicherungsverwahrungsgesetzgebung der letzten 12 Jahre zu korrigieren. Daher sollten folgende Reformvorschläge zur Diskussion gestellt werden:

1. Ausgestaltung des Vollzuges der Sicherungsverwahrung in Form einer echten Maßregel

Seit der Föderalismusreform liegt die Zuständigkeit für die Ausgestaltung des Vollzuges der Sicherungsverwahrung bei den Bundesländern. Diese sollten sich auf Mindestgrundsätze zum Vollzug der Sicherungsverwahrung verständigen, die den bereits seit Jahrzehnten erhobenen Forderungen nach einer Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung in Form einer echten Maßregel Rechnung tragen. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 2004 einen „*Abstand zwischen dem allgemeinen Strafvollzug und dem Vollzug der Sicherungsverwahrung*“ eingefordert hat, „*der den allein spezialpräventiven Charakter der Maßregel ... deutlich macht.*“⁴²

⁴¹ Vgl. etwa beispielhaft die zutreffenden Beschlüsse des OLG Hamm v. 14.9.2010, III-4 Ws 208/10, 16.9.2010, III-4 Ws 209/10 sowie ebenfalls 16.9.2010, III-4 Ws 221/10.

⁴² BVerfGE 109, 133 (167).

2. Weitere Korrekturvorschläge

Des Weiteren wäre die Abschaffung zweier im Zuge der letzten Jahre eingeführter Neuerungen wünschenswert:

- So sollte die Unvereinbarkeit von lebenslanger Freiheitsstrafe mit allen Formen der Sicherungsverwahrung wiederhergestellt werden. Damit kann dem Eindruck in der Bevölkerung vorgebeugt werden, eine lebenslange Freiheitsstrafe, die nicht mit Sicherungsverwahrung kombiniert ist, sei eine lebenslange Freiheitsstrafe zweiter Klasse.
- Die Reform sollte auch zum Anlass genommen werden, über die Wiedereinführung einer strikten Zehn-Jahres-Grenze im Falle erster Sicherungsverwahrung nachzudenken. Jedenfalls sollte eine Verschärfung der jetzt in § 67d Abs. 3 S. 1 StGB geltenden Regelung erwogen werden. Denn empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass es in diesem Bereich zu einer deutlichen Überschätzung der Gefährlichkeit kommt.⁴³ Verbleibenden Zweifelsfällen kann mit einer engmaschig ausgestalteten Führungsaufsicht Rechnung getragen werden.

⁴³ Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2. Aufl. 2010.
Seite 22/24

VIII. Zusammenfassung

Da es sich bei der **Sicherungsverwahrung** um eine schuldunabhängige Sanktion handelt, die zentral auf einer (unsicheren) Prognose beruht und im europäischen Vergleich eher die Ausnahme darstellt, darf die Sicherungsverwahrung nur letztes Mittel, „*ultima ratio*“ sein. Daraus folgt, dass ihre Anordnung **hohen formellen wie materiellen Hürden** unterliegen muss.

Akzeptiert man diese Prämisse, zeigt der vorgelegte Gesetzentwurf Licht, aber auch viel Schatten.

1. Zur traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB n.F.

Zu begrüßen ist der Versuch, zu einer Beschränkung der traditionellen oder primären Sicherungsverwahrung zu gelangen. Dabei geht der Entwurf aber zu zaghaft vor. Hier böte sich über die Beschränkungen des Entwurfs hinaus an, eine **wirkliche Konzentration der Sicherungsverwahrung auf Gewalt- und Sexualstraftäter**, gegebenenfalls noch zusätzlich Brandstifter, vorzunehmen.

2. Zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB n.F.

Das für die vorbehaltene Sicherungsverwahrung durch § 66a StGB n.F. vorgelegte Konzept bietet keine Gewähr dafür, dass es den Anforderungen nach Art. 5 EMRK genügt. Es ist zudem in weiten Bereichen ähnlicher Kritik ausgesetzt,⁴⁴ wie sie zu Recht auch gegen die nachträgliche Sicherungsverwahrung erhoben wird.

Insbesondere lässt § 66a Abs. 2 StGB n.F. befürchten, dass aufgrund der weiten Öffnung des Vorbehalts, für den nach ersten Schätzungen jährlich 1000 Personen in Frage kommen, ein weiterer deutlicher Anstieg der Verwahrenzahlen eintreten wird. Will man an dieser Variante überhaupt festhalten, sollte entweder die für den Ausspruch eines Vorbehalts erforderliche Freiheitsstrafe auf mindestens zehn Jahre erhöht werden und/oder der Hang und/oder die Gefährlichkeit zum Verurteilungszeitpunkt sicher festgestellt werden müssen.

Die weite Öffnung des Vorbehalts ohne nennenswerte formelle wie materielle Hürden dürfte zudem dazu führen, dass unter dieser schmalen Grundlage die **Treffsicherheit der zu stellenden Kriminalprognosen** in erheblichem Maße **leidet**. **Auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung sollte daher insgesamt verzichtet werden.**

⁴⁴ Vgl. etwa Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 66a Rdnr. 2a: „*unzweckmäßig*“; Jehle in SSW, StGB, 2009, § 66a Rdnr. 3: „*Der Regelung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung wird zu Recht vorgeworfen, dass die Erweiterung der Erkenntnisgrundlage auf den Zeitraum des Vollzuges nichts an der anfänglichen Prognoseunsicherheit ändern kann, da das Vollzugsleben künstlich ist und damit nur eine eingeschränkte Aussagekraft für das künftige Legalverhalten in Freiheit hat.*“ MünchKommStGB/Ullenbruch, 2003, § 66a Rdnr. 17 ff., Böllinger/Pollähne, StGB, 3. Aufl. 2010, § 66a Rdnr. 4 ff.; Ziegler in Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, Stand 1.3.2010: § 66a Rdnr. 1: „*Die Vorschrift ist auf teilweise berechtigte Kritik gestoßen.*“
Dezidiert anders in jüngerer Zeit: Bartsch, Sicherungsverwahrung: Recht, Vollzug, aktuelle Probleme sowie Kreuzer/Bartsch, GA 2008, 655 (663 ff.), die freilich die traditionelle oder primäre Sicherungsverwahrung im Gegenzug abschaffen wollen.

3. Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB n.F.

Richtig ist der Plan des Entwurfs, die nachträgliche Sicherungsverwahrung im Wesentlichen abzuschaffen, die sich unter kriminalpräventiven Aspekten als kontraproduktiv erwiesen hat, aber auch nach den Vorgaben des EGMR nicht mehr zulässig sein dürfte. Wieso die großen Zweifel an der Vereinbarkeit mit der EMRK nicht für die Variante nach § 66b StGB n.F. gelten sollen, lässt der Entwurf in unverständlicher Weise offen.

4. Zu den Übergangsvorschriften

Wer für Altfälle weiterhin die Möglichkeit einer nachträglichen Sicherungsverwahrung vorsieht, läuft in einem erheblichen Maße Gefahr, erneut gegen die Europäische Menschenrechtskonvention zu verstoßen.

Daher sollten alle Formen der nachträglichen Sicherungsverwahrung mit sofortiger Wirkung abgeschafft werden.

5. Zum Gesetz zur Therapieunterbringung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG)

Das geplante Therapieunterbringungsgesetz wirft eine Fülle von Bedenken auf. So ergeben sich z.B. Probleme kompetenzrechtlicher, menschenrechtlicher und praktischer Art. Darüber erscheint der konkrete Anwendungsbereich nicht hinreichend geklärt. Auch in kriminalpolitischer Sicht erscheint es überaus fragwürdig, den rechtlich auf äußerst tönernen Füßen stehenden Versuch zu unternehmen, den Altfällen auf veränderter gesetzlicher Grundlage weiter die Freiheit zu entziehen. Dies könnte sich auch deswegen als kontraproduktiv erweisen, weil dann wenn, wie zu erwarten, Anträge auf Therapieunterbringung scheitern werden, wiederum Verwahrte ohne ausreichende Vorbereitung in die Freiheit entlassen werden müssten. Dies verhindert nicht zuletzt einen **wirksamen Opferschutz**.

Das Vorhaben eines ThUG sollte daher aufgegeben werden.

6. Sonstiges

Bei der **Ausgestaltung des Vollzuges der Sicherungsverwahrung** (der nach einer verfehlten Reform nunmehr den Ländern obliegt) muss, wie es das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 2004 formuliert hat, ein **Abstandsgebot** zwischen dem Vollzug der Strafe und der Maßregel eingehalten werden. **Intensive therapeutische Bemühungen** müssen bei Straftätern mit anschließender Sicherungsverwahrung (oder auch nur dem Vorbehalt) bereits während des Vollzugs der Freiheitsstrafe einsetzen. **Dringend zu verstärken ist auch das Angebot an Einrichtungen des betreuten Wohnens** o.ä., die in der Lage sind, Sicherungsverwahrten nach ihrer Entlassung aufzunehmen. Dabei gilt ganz generell, dass die Legitimation der Sicherungsverwahrung in dem Maße zunimmt, in dem sich ihr Vollzug deutlich von dem der Freiheitsstrafe unterscheidet.