

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

27. Juni 2012

**Schriftliche Stellungnahme
zur Vorbereitung der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deut-
schen Bundestages am 27. Juni 2012**

zu

a) dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

**„Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im
Recht der Sicherungsverwahrung“ – BT-Drucks. 17/9874**

(einschließlich der Stellungnahme des Bundesrates und der darauf bezüglichen Gegen-
äußerung der Bundesregierung)

b) dem Antrag der SPD-Fraktion

„Neuregelung des Rechts der Sicherungsverwahrung“ – BT-Drucks. 17/8760

**c) dem Antrag der Angeordneten Halina Wawzyniak, Jan Korte, Ulla Jelpke,
Wolfgang Neskovic, Petra Pau, Jens Petermann, Raju Sharma, Frank Tempel und
der Fraktion DIE LINKE**

**„Einsetzung einer Expertenkommission zur Sicherungsverwahrung“ – BT-
Drucks. 17/7843**

A. Vorbemerkung

I. Schwerpunkte der nachfolgenden Stellungnahme

Die nachfolgende Stellungnahme kann angesichts des Umfangs und der Komplexität des Gesetzesentwurfs, den dieser trotz der weitgehenden Beschränkung des Gesetzgebungsvorhabens auf die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u.a.; BVerfGE 128, 326 ff.) im Hinblick auf das sog. Abstandsgebot aufweist, sowie des sehr engen zeitlichen Rahmens für die Anfertigung der schriftlichen Ausführungen nicht auf sämtliche Einzelregelungen des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung sowie der darauf bezüglichen Stellungnahme des Bundesrates eingehen. Es erfolgt daher eine Konzentration auf die Fragen der Umsetzung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Sicherungsverwahrvollzuges (unabhängig von der Art der Anordnungsentscheidung; primäre, vorbehaltene oder im engen Rahmen nachträgliche) sowie die Vereinbarkeit des jetzt vorgelegten Konzepts mit den völkerrechtlichen Vorgaben der EMRK. In Bezug auf die Kompatibilität mit der Menschenrechtskonvention bedarf es (nochmals) eines näheren Eingehens auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung im allgemeinen Strafrecht und im Jugendstrafrecht sowie auf die allein verbliebene Form der nachträglichen Sicherungsverwahrung in Gestalt der „Umwandlung“ für auf der Grundlage von § 67d Abs. 6 StGB erledigt erklärter Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) in eine (nachträgliche) Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB). Im jeweiligen Sachzusammenhang wird auch auf abweichende Konzeptionen im Gesetzesentwurf des Bundesrates und der SPD-Fraktion eingegangen. Dabei wird die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit und der kriminalpolitischen Notwendigkeit einer nachträglichen Therapieunterbringung im allgemeinen Strafrecht und im Jugendstrafrecht im Vordergrund der Ausführungen liegen.

Auf den Antrag der Fraktion „Die Linke“ auf Einsetzung einer Expertenkommission werde ich am Ende der Stellungnahme eingehen.

Da der Gesetzesentwurf der Bundesregierung im Hinblick auf die Ausgestaltung der Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung in ihren verschiedenen Erscheinungsformen (primär, vorbehalten und nachträglich) weitgehend an der mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010¹ eingeführten Konzeption festhält, verweise ich auf die schriftliche Stellungnahme, die ich zum Zwecke der Vorbereitung der entsprechenden Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 10. November 2010² abgegeben habe. Soweit sich in Details von der damaligen Einschätzung abweichende Beurteilungen ergeben, wird in dieser Stellungnahme darauf hingewiesen.

¹ BGBl. I, S. 2300

² Zu BT-Drucks. 17/3403

II. Konzeption der Zweispurigkeit des Sanktionensystems des StGB und Festhalten an der Maßregel der Sicherungsverwahrung

Angesichts der immer wieder – u.a. in dem Antrag der Fraktion DIE LINKE (BT-Drucks. 17/7843) und im Rahmen von Stellungnahme anderer Sachverständiger³ - erhobenen Forderungen nach Abschaffung der Sicherungsverwahrung⁴ sei nochmals betont, dass ein Festhalten an der Maßregel der Sicherungsverwahrung unabdingbar ist, um angesichts der sich aus dem Schuldstrafrecht ergebenden unübersteigbaren Grenzen der Bestrafung dem Gefährlichkeitspotential einiger, als hoch gefährlich bewerteter Straftäter zu begegnen. Ich habe an anderer Stelle ausführlich zu dem Verhältnis von verfassungsrechtlich vorgegebenem Schuldstrafrecht und Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie den sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Festhalten an der Sanktionsart Maßregel unter Einschluss der Sicherungsverwahrung Stellung genommen⁵ Auf die dortigen Ausführungen verweise ich und beschränke mich hier auf wenige Bemerkungen zu der Notwendigkeit des Festhaltens an der Sicherungsverwahrung bei gleichzeitiger Beschränkung ihres Anwendungsbereichs auf wenige prognostisch hochgefährliche Straftäter, bei denen die erwartete weitere Gefährlichkeit schwere Straftaten betrifft. Ergänzend verweise ich auf meine vorgenannte frühere Stellungnahme zu dem Gesetz über die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung etc.⁶ Dort sind die wesentlichen Gründe für das Festhalten an der Sicherungsverwahrung ebenfalls in einer gerafften Form angesprochen.

Forderungen nach Verzicht auf die Sicherungsverwahrung verkennen die kategorialen Unterschiede zwischen der schuldabhängigen, auf die Sanktionierung des in der Vergangenheit durch den Täter verschuldeten Unrechts abzielenden Strafe einerseits und den auf die Abwendung des prognostisch angenommenen Gefährlichkeitspotentials einzelner Straftäter ausgerichteten Maßregeln der Besserung und Sicherung (einschließlich der Sicherungsverwahrung) andererseits.⁷ Die Unterschiede zwischen den eigentlichen Kriminalstrafen sowie den Maßregeln der Besserung und Sicherung betreffen sowohl die Legitimationsgründe der beiden Sanktionstypen⁸ als auch das für Art und Höhe der jeweiligen Sanktion relevante Maßprinzip. Die Strafe wird nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Schuldstrafrecht)⁹ und der einfachgesetzlichen Ausgestaltung (vgl. § 46 Abs. 1 StGB) primär durch das Ausmaß des in der Vergangen-

³ Etwa in der Stellungnahme des Sachverständigen *Asprion*.

⁴ Siehe Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, „Sicher ist Sicher“ – Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen zur Sicherungsverwahrung, 2010, S. 6 ff.

⁵ *Radtko* GA 2011, 636 ff.

⁶ Nachw. wie Fn. 2.

⁷ Zu den verbleibenden deutlichen Unterschieden ausführlicher *Radtko*, Festschrift für Schöch, 2010, S. 695 (710-712 m.w.N.).

⁸ 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*, Band 2, 2. Aufl., 2012, § 61 Rn. 2; MünchKommStGB/*Radtko*, Band 2, 2. Aufl., 2012, Vor §§ 38 ff. Rn. 69-71; 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.

⁹ Zusammenfassend MünchKommStGB/*Radtko* Vor §§ 38 ff. Rn. 14-16; knapp zum verfassungsrechtlichen Schuldverständnis BVerfG 128, 326 (376 f.)

heit liegenden *verschuldeten* Unrechts bestimmt. Art und Ausmaß insbesondere der stationären Maßregeln der Besserung und Sicherungen orientieren sich dagegen vorrangig an dem für die Zukunft angenommenen Gefährlichkeitspotential des Täters. Anordnung und Vollzug der Maßregeln werden durch den zukunftsbezogenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Relation des Ausmaßes zukünftiger Gefährlichkeit und des Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht des Verurteilten) beschränkt. Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip setzt dagegen auf der Grundlage ausschließlich in der Vergangenheit liegender Anknüpfungstatsachen als Maßprinzip Freiheitsstrafen unübersteigbare Grenzen.¹⁰ Geht man, was die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) nahe legt,¹¹ davon aus, lebenslange Freiheitsstrafe als Kriminalstrafe lediglich in wenigen Fällen höchststrafwürdiger Tötungsdelikte (bereits die Option, bei einigen todeserfolgsqualifizierten Delikten - etwa §§ 251, 306c StGB – lebenslange Freiheitsstrafe ausurteilen zu können, ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich) verhängt werden darf und die Freiheitsstrafen für die Begehung anderer Delikte dazu in einer gerechten Relation stehen müssen, kann das Freiheitsstrafensystem nicht ohne Verfassungsverstoß beliebig durch den einfachen Gesetzgeber verändert werden. Das für schwere Gewalt- und Sexualtaten damit zur Verfügung stehende „Freiheitsstrafenniveau“ genügt aber bei einigen Straftätern nicht, um mittels der im Strafvollzug eröffneten Einwirkungsmöglichkeiten nachhaltige Verhaltensänderungen herbeizuführen. Für solche Täter, die sich aufgrund ihrer bisherigen Biographien identifizieren lassen und die als Einzelfälle jedem mit Straf- und Maßregelvollzugssachen betrautem Richter und Staatsanwalt bereits „begegnet“ sein dürften,¹² bedarf es über die Freiheitsstrafe hinaus weiterer Sanktionsformen, um ihrer zukünftigen Gefährlichkeit entgegen zu wirken. Insbesondere die stationären Maßregeln der Besserung und Sicherung als schuldunabhängige staatliche Reaktion auf die Begehung von Straftaten dienen gerade der 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.¹³ Andere denkbare Gestaltungsmöglichkeiten, wie etwa eine Sicherungsstrafe¹⁴ oder die Verlagerung von bisherigen strafrechtlichen Maßregeln der Besserung und Sicherung in das Verwaltungsrecht (insb. dem Gefahrenabwehrrecht) sind mit größeren rechtsstaatlichen Bedenken verbunden als sie gegen die Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionensystems (unter Einschluss der Sicherungsverwahrung) erhoben werden könnten.

¹⁰ Näher *Radtke* GA 2011, 636 (640).

¹¹ Siehe vor allem BVerfG 45, 187 (261 ff.); siehe auch BVerfGE 117, 71 (90 f.); zu diesen Zusammenhängen bereits *Radtke*, GA 2011, 636 (648-650).

¹² Lediglich Exemplarisch die Täterbiographie aus OLG Celle v. 17.1.2011 – 2 Ws 423/10 (juris).

¹³ 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.

¹⁴ Ausführlich *Müller-Dietz*, Strafzweck und Vollzugsziel, in: *Recht und Staat*, 1973, S. 39; dazu auch *Radtke* GA 2011, 636 (639 f.).

III. Konsequenzen der Zweispurigkeit für den Vollzug der Sicherungsverwahrung

Das BVerfG hatte die Beachtung der sich aus der Zweispurigkeit, insb. den unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen von Strafen und Maßregel, ergebenden Konsequenzen auf die Ausgestaltung des Freiheitsstrafenvollzugs auf der einen Seite und auf den Vollzug der Sicherungsverwahrung auf der anderen Seite mit dem Topos „Abstandsgebot“ bereits in seinem Urteil vom 5. Februar 2004 angemahnt.¹⁵ Es hatte allerdings darauf verzichtet, dort bereits im Einzelnen Vorgaben für die Ausrichtung und Ausgestaltung der rechtlichen und tatsächlichen Vollzugsbedingungen hinsichtlich der verschiedenen angesprochenen Formen der Freiheitsentziehung zu machen. Im Rahmen der Sachverständigenanhörung zu dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung etc. war jedoch auf die Notwendigkeit von entsprechenden Änderungen, insbesondere in den Vollzugsgesetzen der Länder, hingewiesen¹⁶ und waren landesgesetzliche Regelungen über den Vollzug der Sicherungsverwahrung, die - zusammen mit den konkreten tatsächlichen Vollzugsbedingungen einschließlich der in den entsprechenden Einrichtungen des Sicherungsverwahrsvollzugs vorzusehenden Behandlungsangebote - der Konzeption der Zweispurigkeit Rechnung tragen,¹⁷ angeraten worden. Obwohl in der Begründung des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung¹⁸ auf die Zusammenhänge zutreffend im Rahmen der Frage nach dem Inkrafttreten der neu vorgeschlagenen Regelungen des Art. 1 des Gesetzentwurfs hingewiesen worden waren, erfolgten zunächst weder im Bundesrecht noch in den Vollzugsgesetzen der Länder entsprechende Änderungen.

Der vorliegende Entwurf holt dies zusammen mit den mittlerweile vorliegenden Entwürfen zu den landesrechtlichen Vollzugsgesetzen nach. Er beschreitet damit insgesamt betrachtet den richtigen und notwendigen Weg, um die Anordnungsvoraussetzungen und die Vollzugsmodalitäten der Sicherungsverwahrung in einer den verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Garantien entsprechenden Weise auszugestalten.

B. Zur Gesamtkonzeption des Gesetzentwurfs der Bundesregierung

I. Zielrichtung des Gesetzentwurfs

1. Beschreibung der Ziele des Gesetzentwurfs

Der Gesetzentwurf verfolgt das an sich bescheidene Ziel, durch die Änderung verschiedener bundesrechtlicher Regelungen den vor allem dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entnommenen Vorgaben des BVerfG aus seinem Urteil vom 4. Mai 2011¹⁹ für die Ausgestaltung des

¹⁵ BVerfGE 109, 133 (166 f.).

¹⁶ Dazu meine Stellungnahme zu BT-Drucks. 17/3403 S. 2-5.

¹⁷ 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.

¹⁸ BT-Drucks. 17/3403, S. 80.

¹⁹ BVerfGE 128, 326 ff..

Vollzugs der Sicherungsverwahrung und des diesem regelmäßig vorausgehenden Freiheitsstrafenvollzugs zu entsprechen, soweit sich aus dem Urteil bundesgesetzlicher Handlungsbedarf ergibt. Er beschränkt sich damit auf die bundesrechtlichen Regelungen im Rahmen eines auf den Vollzug bezogenen „Gesamtkonzepts der Sicherungsverwahrung“, unterbreitet damit aber nur in einem begrenzten Umfang ein auch die Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung umfassendes Gesamtkonzept. Zur Erreichung des Ziels der verfassungs- und menschenrechtskonformen Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung, setzt der Entwurf auf vier zentrale Elemente:

- (1.) Auf die im materiellen Strafrecht verankerten Anforderungen an diejenigen Einrichtungen, in denen zukünftig Sicherungsverwahrung vollzogen werden soll (§ 66c Abs. 1 StGB-E);
- (2.) auf materiell-strafrechtliche Regelungen über den Vollzug der Freiheitsstrafe in den Fällen bereits angeordneter oder vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (§ 66c Abs. 2 StGB-E);
- (3.) auf strafverfahrensrechtliche und strafvollzugsrechtliche Regelungen, die prozedural die Einhaltung der sich vor allem aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebenden Anforderungen an die Bedingungen des Vollzugs der Sicherungsverwahrung sicherstellen (§ 463 StPO-E und § 119a StVollzG-E) sowie
- (4.) auf die partielle Neugestaltung des Rechts der Sicherungsverwahrung in der Anwendung gegen jugendliche und heranwachsende Straftäter (§ 7 Abs. 2, § 106 JGG-E).

Zugleich soll bei Umsetzung des Entwurfs eine gemeinsame Nutzung von geeigneten Einrichtungen für Sicherungsverwahrte und nach dem Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) in der Freiheitsentziehung befindliche Personen erreicht werden.

Angesichts des im Anwendungsbereich des allgemeinen Strafrechts erfolgenden Verzichts auf eine Neuregelung der Anordnungsvoraussetzungen jeglicher Formen der Sicherungsverwahrung gegenüber dem zum 1. Januar 2011 in Kraft getreten Reformgesetz setzt der Entwurf den mit der letzten Reform eingeschlagenen Weg fort, die vorbehaltene Sicherungsverwahrung gemäß § 66a StGB (Erstreckung auf Ersttäter im Rechtssinn) zu erweitern, den Anwendungsbereich der primären Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) einzuschränken und die nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB) gegenüber ihrer zuvor bestehenden Anwendung fast vollständig aufzugeben. Der jetzt vorliegende Entwurf verfolgt diesen Weg insoweit konsequenter, als er die nachträgliche Sicherungsverwahrung auf der Grundlage von § 7 Abs. 2 JGG durch eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung ersetzt. Auf die Anwendbarkeit des früheren Rechts auf die Aburteilung von Straftätern, die die Anlasstaten vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begehen bzw. begangen haben werden, ist noch gesondert einzugehen (unten C.IV.). Am ThUG, dessen materielle Voraussetzungen für die gerichtliche Anordnung einer Freiheitsentziehung in der vom BVerfG in seinem Urteil vom 4. Mai 2011²⁰ gemäß § 35 BVerfGG getroffenen Übergangsregelung erhebliche Bedeutung haben, hält der Gesetzentwurf der Bundesregierung fest.

²⁰ BVerfGE 128, 326 ff..

2. Bewertung der Ziele des Gesetzentwurfs

Der Gesamtkonzeption des Gesetzentwurfs ist in ihren wesentlichen Zügen zuzustimmen. Das gilt sowohl für das weitgehende Festhalten an der bereits durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung etc. eingeführten Konzeption der Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung als auch für die jetzige Konzeption zur – vergrößernd formuliert - bundesrechtlichen Umsetzung der Anforderungen des Abstandsgebots.

a) Im Hinblick auf die *Anordnungsvoraussetzungen* der verschiedenen Formen der Sicherungsverwahrung geben weder das Urteil des BVerfG vom 4. Mai 2011²¹ noch die seit dem Urteil der 5. Sektion des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17. Dezember 2009²² ergangenen weiteren Entscheidungen des EGMR in die Sicherungsverwahrung in Deutschland betreffenden Individualbeschwerdeverfahren²³ Anlass, die Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung grundlegend gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand bzw. dem durch die vorgeschlagene Neuregelung weiter zu verändern. Insoweit teile ich die Einschätzung der Bundesregierung uneingeschränkt, dass das Urteil des BVerfG vom 4. Mai 2011²⁴ keine Neuregelung der Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung (in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen) erfordert.²⁵ Die Verfassungswidrigkeit nahezu sämtlicher die Sicherungsverwahrung betreffender Vorschriften des geltenden Rechts hat das Gericht – außerhalb von Gestaltungen nachträglicher oder rückwirkend verschärfender Anwendung der Sicherungsverwahrung - nicht auf die Inkompatibilität der Anordnungsvoraussetzungen mit dem Grundgesetz gestützt sondern auf die dem Verhältnismäßigkeit nicht genügenden Ausgestaltung des Vollzugs dieser Maßregel. Ein bis spätestens zum 31. Mai 2013 zu erfüllender Gesetzgebungsauftrag zur Neugestaltung der Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung lässt sich dem nicht entnehmen. Das BVerfG hat es dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen freigestellt, ob überhaupt die Maßregel der Sicherungsverwahrung beibehalten werden soll.²⁶ Angesichts dessen ist das weitgehende Festhalten an der auf der Voraussetzungsebene der Sicherungsverwahrung mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung vorgelegten Konzept verfassungsrechtlich in jeder Hinsicht unbedenklich sowie im Hinblick auf das Beibehalten der Sicherungsverwahrung als solcher m.E. kriminalpolitisch richtig und verfassungsrechtlich empfehlenswert. Allerdings ist im Hinblick auf die Anordnungsvoraussetzungen ein gewisser Vorbehalt im Hinblick auf die Regelung in § 66b StGB zu machen (dazu unten C.I.2.).

b) Grundsätzliche Zustimmung verdienen aber auch die im Gesetzentwurf unterbreiteten Vorschläge zur Umsetzung der Anforderungen des Abstandsgebots als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung einschließlich des diesem zeitlich vorausgehenden Freiheitsstrafenvollzugs. Der Gesetzentwurf

²¹ BVerfGE 128, 326 ff.

²² EGMR v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04, M. gegen Deutschland, NJW 2010, 2495.

²³ Etwa EGMR v. 9.6.2011 – Nr. 30493/04 – Schmitz gegen Deutschland, NJW 2012, 1707-1709 (nichtamtliche Übersetzung des BMJ).

²⁴ BVerfGE 128, 326 ff.

²⁵ BT-Drucks. 17/9874, S. 12 li. Sp.

²⁶ BVerfGE 128, 326 (387).

setzt im Rahmen der aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG folgenden Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht die verfassungsgerichtlichen Vorgaben für den Vollzug der Sicherungsverwahrung als eines „freiheitsorientierten und therapiegerichteten“ Vollzugs um. Angesichts der mittlerweile bei den Bundesländern liegenden Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug besteht ungeachtet des vom BVerfG angemahnten Gesamtkonzepts auf Bundes- und Landesebene für den Bundesgesetzgeber lediglich ein vergleichsweise schmaler Gestaltungsspielraum²⁷ im Hinblick auf die den Sicherungsverwahrsvollzug prägenden Unterbringungsgrundsätze und die wesentlichen auf eine Therapie gerichteten Angebote während des Vollzugs der Sicherungsverwahrung selbst und dem ihm vorausgehenden Freiheitsstrafenvollzug.

C. Zu den Einzelregelungen des Entwurfs der Bundesregierung

I. Art. 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)

1. § 66c StGB-E (Art. 1 Nr. 2)

Die vorgeschlagene Regelung dient der Umsetzung von fünf der insgesamt sieben von dem BVerfG aufgestellten Gebote²⁸ der Ausgestaltung der Vollzugs der Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dem *Individualisierungs- und Intensivierungsgebot*, dem *Motivierungsgebot*, dem *Trennungsgebot*, dem *Minimierungsgebot* und dem *Ultima-Ratio-Prinzip*.²⁹

a) Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben

Der Vorschlag trägt den Vorgaben des BVerfG im Hinblick auf das angemahnte „Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung“³⁰ Rechnung. Das Verfassungsgericht hatte dem Gesetzgeber eine Regelungsdichte aufgegeben, „die keine maßgeblichen Fragen der Entscheidungsmacht von Exekutive oder Judikative überlässt, sondern deren Handeln in allen wesentlichen Bereichen wirksam determiniert.“³¹ Der Gesetzentwurf entspricht dem, indem er für die zukünftigen Einrichtungen des Vollzugs der Sicherungsverwahrung grobe Vorgaben über die baulichen Anforderungen („besondere Gebäude oder Abteilungen“) sowie solche in Bezug auf die dort zu unterbreitenden Angeboten und die mit dem Sicherungsverwahrsvollzug zu verfolgenden Ziele formuliert. Wegen der Verzahnung von Vollzugsziel, Therapieausrichtung und groben Vorgaben für die inhaltliche Ausgestaltung des Sicherungsverwahrsvollzugs in § 66c Abs. 1 Nrn. 1-3 StGB-E dürfte auch der an den Bundesgesetzgeber adressierten Forderung, selbst ein freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Gesamtkonzept zu entwickeln und ein unterlaufen dieses Konzepts durch landesrechtliche Regelungen zu verhindern,³² genügt sein. Den eingeforderten „wesentlichen Leitlinien“³³ entsprechen § 66c Abs. 1 und 2 StGB-E.

²⁷ Zutreffend Hörnle NStZ 2011, 488 (492 und 493).

²⁸ BVerfGE 128, 326 (379-382).

²⁹ BT-Drucks. 17/9874 S. 15 li.Sp./S. 16 re. Sp.

³⁰ BVerfGE 128, 326 (378 und 387).

³¹ BVerfGE 128, 326 (378).

³² BVerfGE 128, 326 (387).

³³ BVerfGE 128, 326 (388).

b) Gesetzgebungskompetenz

Allerdings habe ich Zweifel, ob das BVerfG selbst nicht die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 StGB recht weit interpretiert hat.³⁴ Inhaltlich handelt es sich bei den in § 66c Abs. 1 StGB-E vorgeschlagenen Einzelregelungen nahezu vollständig um solche, die herkömmlicherweise als Inhalte von Strafvollzugsgesetzen normiert waren. Ohne einer (unzulässigen und methodisch fehlerhaften) Verfassungsinterpretation vom einfachen Recht her das Wort reden zu wollen, ist es angesichts des bisherigen Verständnisses des Begriffs „Strafrecht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG³⁵ sowie der Streichung des Begriffs „Strafvollzug“ in der genannten Bestimmung durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des GG vom 28. August 2006³⁶ zweifelhaft, ob Inhalt und Ausrichtung des Vollzug freiheitsentziehender strafrechtlicher Sanktionen regelnde Vorschriften unter den Kompetenztitel „Strafrecht“ gefasst werden können. Der Einwand von *Hörnle*, das BVerfG habe vom Bundesgesetzgeber eine Art Rahmengesetzgebung eingefordert,³⁷ hat insoweit einen berechtigten Kern. Da das BVerfG aber ausdrücklich auf die Regelung in § 2 ThUG,³⁸ die ebenfalls in Leitlinien gefasste Vorgaben für Einrichtungen zum Vollzug der Therapieunterbringung beinhaltet, verweist, darf der Bundesgesetzgeber davon ausgehen, sich mit den in § 66c Abs. 1 StGB-E vorgeschlagenen Regelungen noch innerhalb seiner durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG eröffneten (konkurrierenden) Gesetzgebungskompetenz zu bewegen.

Eine inhaltliche Straffung von § 66c Abs. 1 StGB-E, die sich sprachlich an § 2 ThUG orientieren könnte, halte ich zwar für möglich, empfehle sie aber nicht. Eine solche Straffung würde die vorstehend angedeuteten kompetenzrechtlichen Zweifel in der Sache nicht ausräumen und wäre zudem mit der Gefahr behaftet, entgegen der Forderung des BVerfG die bundesrechtliche konzeptionelle Ausrichtung des Sicherungsverwahrvollzugs nicht ausreichend gegen ein Umgehen bzw. ein Unterlaufen durch landesrechtliche Vorschriften zu immunisieren.

c) Detailregelungen

aa) § 66c Abs. 1 Nr. 2b StGB-E

Im Hinblick auf die geforderte Therapieorientierung des Sicherungsverwahrvollzugs ist die im Gesetzentwurf zugelassene Ausnahme von der Unterbringung Sicherungsverwahrter in „besonderen Gebäuden oder Abteilungen“, wenn deren Behandlung etwa anderes erfordert, mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben noch vereinbar. Der in der Begründung des Regierungsentwurfs angeführte Beispielsfall des aus Behandlungsgründen angezeigten Abschlusses einer bereits im vorangegangenen Strafvollzug begonnenen sozialtherapeutischen Maßnahme³⁹ ist wegen der therapeutischen Sinnhaftigkeit einleuchtend. Allerdings muss in der Anwendung der Vorschrift Gewähr für eine restriktive Auslegung der Regelung getragen werden. Das Rechtsschutzsystem der §§ 109 ff. StVollzG unter Einschluss der Erweiterung durch § 119a StVollzG-E bietet eine geeignete Grundlage, um die gebotene restriktive Anwendung der Ausnahmeklausel sicherzustellen.

³⁴ Insoweit stimme ich mit der Kritik von *Hörnle* NStZ 2011, 488 (493) überein.

³⁵ Siehe nur *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 74 Rn 4 und 5 mwN.

³⁶ BGBl. I, S. 2034.

³⁷ *Hörnle* NStZ 2011, 488 (493).

³⁸ BVerfGE 128, 326 (388).

³⁹ BT-Drucks. 17/9874 S. 18 re.Sp.

cc) § 66c Abs. 1 Nr. 3b StGB-E

Die Einführung der Wendung „vollzugsöffnende Maßnahme“, die soweit für mich ersichtlich erstmals im Hessischen Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Sicherungsverwahrung (HStVollzG) verwendet worden ist, befürworte ich ausdrücklich. Er trägt dem Gemeinten besser Rechnung als der überkommene Terminus „Vollzugslockerungen“. Die Missbrauchsklausel ist durch die „zwingenden Gründe“ und das Erfordernis „konkreter Anhaltspunkte“ ausreichend eng gefasst, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen.

dd) § 66c Abs. 2 StGB-E

In Bezug auf den vorgenannten Vorschlag gelten die bereits angesprochenen (moderaten) Bedenken im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes erst Recht. In der Sache wird demjenigen Strafgefangenen, gegen den (primär oder nachträglich) Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten ist, ein Rechtsanspruch auf bestimmte betreuende Maßnahme bereits während des Freiheitsstrafenvollzugs (bei dem es sich nicht um den wegen der Anlasstat handeln muss)⁴⁰ eingeräumt. Es handelt sich damit um eine Vorschrift mit einem deutlich strafvollzugsrechtlichen Inhalt, für die es an sich nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes wohl keine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes gibt. Eine solche wird sich aber als eine Art Annexkompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG wegen des verfassungsrechtlich gebotenen Gesamtkonzepts der Sicherungsverwahrung annehmen lassen. Die Regelung ist jedenfalls eine gelungene Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Forderung, bereit den dem Vollzug der Sicherungsverwahrung vorausgehenden Strafvollzug bei dem betroffenen Personenkreis so auszugestalten, dass Erstere möglichst gar nicht vollzogen werden muss.

Da der Entwurf eine Notwendigkeit verneint, die betroffenen Strafgefangenen von vornherein in einer den Anforderungen von § 66c Abs. 1 StGB-E entsprechenden Einrichtung unterzubringen,⁴¹ wird es für die Justizvollzugsanstalten darauf ankommen, Bedingungen zu schaffen, die Konflikte zwischen mit unterschiedlichen Rechten versehenen Gruppen von Strafgefangenen zu vermeiden. Es bietet sich nach Einführung des neuen Rechts m.E. eine begleitende Rechtstatsachenforschung an, um das Auftreten des angedeuteten Effekts aufzuklären und ggf. gesetzgeberische Konsequenzen ziehen zu können.

2. § 67a StGB-E (Art. 1 Nr. 3)

a) Erweiterung der Überweisungsmöglichkeiten durch § 67a Abs. 2 S. 2 StGB-E

In Übereinstimmung mit der Begründung des Regierungsentwurfs und der Gegenäußerung der Bundesregierung⁴² befürworte ich die Erweiterung der Überweisungsmöglichkeiten von Strafgefangenen, gegen die bereits die Sicherungsverwahrung vorbehalten ist, in den Vollzug der Maßregeln aus § 63 StGB oder § 64 StGB. Es sind keine Gründe ersichtlich, bei den Überweisungsmöglichkeiten zwischen solchen Verurteilten, bei denen Sicherungsverwahrung schon angeordnet ist und solchen, bei denen diese bislang nur vorbehalten ist, zu differenzieren. Maßgeblich kann in beiden Konstellationen im Hinblick auf das Ziel, den Vollzug der späteren Sicherungsverwahrung möglichst zu vermeiden, nur sein, dass durch die Überweisung in den

⁴⁰ BT-Drucks. 17/9874 S. 21 li.Sp.

⁴¹ BT-Drucks. 17/9874 S. 20 re.Sp.

⁴² BT-Drucks. 17/9874 S. 57-59.

Vollzug einer der beiden genannten Maßregeln die Resozialisierung besser gefördert wird. Angesichts dessen ist auch die Ersetzung der bisherigen Überweisungsvoraussetzung „Zustand des § 20 oder § 21“ durch die Wendung „zur Durchführung einer Heilbehandlung oder Entziehungskur angezeigt“ vorzugswürdig. Es wird der Resozialisierungszweck als Grund für die Überweisung zu Recht in den Vordergrund gestellt. Diesem Zweck wird aber nur dann entsprochen, wenn die Überweisung solcher (bisheriger) Strafgefangener erfolgt, die von den in den Einrichtungen nach §§ 63, 64 StGB vorhandenen Angeboten erreicht werden können. Dies wird mit „Heilbehandlung“ und „Entziehungskur“ ausreichend deutlich gemacht.

Unter Verweis auf das Vorstehende teile ich die Bedenken des Bundesrates im Hinblick auf eine Überforderung der Einrichtungen nach § 64 StGB nicht. Die Bundesregierung hat zudem zutreffend auf die sehr geringen Fallzahlen hingewiesen.⁴³

b) Zusätzliche Erweiterung von § 67a StGB und Aufgabe von § 66b StGB

Für das allgemeine Strafrecht hält der Entwurf der Bundesregierung an § 66b StGB als einzig verbliebener Variante der bis zum 31. Dezember 2010 umfänglicher geregelten nachträglichen Sicherungsverwahrung fest. Unter Bezugnahme auf die Ausführungen in meiner Stellungnahme zu der Anhörung des Rechtsausschusses am 10. November 2010⁴⁴ möchte ich nochmals anregen, § 66b StGB zu streichen und eine alternative Regelung für die bislang von § 66b StGB erfassten Konstellationen der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Erledigung (§ 67a Abs. 6 StGB) der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) vorzusehen.

§ 66b StGB ist nach meiner Auffassung in seiner jetzigen Form nicht in vollem Umfang mit Art. 5 Abs. 1 EMRK vereinbar. Die partielle Unvereinbarkeit entfällt auch nicht, wenn die Sicherungsverwahrung zukünftig in § 66c StGB-E entsprechenden Einrichtungen vollzogen werden wird. Die Inkompatibilität des § 66b StGB mit Art. 5 Abs. 1 EMRK betrifft m.E. die Anwendung der Vorschrift auf Fallkonstellationen der Erledigungserklärung nach § 67d Abs. 6 StGB, in denen der Täter wegen des Annahme der Voraussetzungen von § 20 StGB zum Tatzeitpunkt vom Tatvorwurf freigesprochen und nach § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden ist.⁴⁵ Wird der Vollzug wegen Wegfalls der Anordnungsvoraussetzungen (etwa Wegfall des ursprünglichen Eingangsmerkmals oder Annahme einer Fehldiagnose im Erkenntnisverfahren)⁴⁶ auf der Grundlage von § 67d Abs. 6 StGB für erledigt erklärt, besteht für eine nachträgliche Sicherungsverwahrung in diesen Fällen kein materieller Freiheitsentziehungsgrund nach Art. 5 Abs. 1 EMRK. Die Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK kommt nicht in Betracht, weil es an der dafür erforderlichen „Verurteilung“ fehlt. Insoweit schließe ich mich der bereits früher von Herrn Kollegen *Renzikowski* geäußerten Rechtsauffassung⁴⁷ an. Ob allein die gerichtliche Anordnung der Unterbringung eines schuldunfähigen Täters gemäß § 63 StGB dem konventionsrechtlichen Begriff der „Verurteilung“ genügt,⁴⁸ ist nicht gesichert. Auf den allein noch in Frage kommenden Freiheitsentzie-

⁴³ BT-Drucks. 17/9874, S. 58 f.

⁴⁴ Zu BT-Drucks. 17/3403.

⁴⁵ So bereits der Sachverständige *Prof. Dr. Renzikowski* in seiner Stellungnahme zu BT-Drucks.17/3403 S. 5

⁴⁶ Ausführlich zu den Anwendungsvoraussetzungen von § 67d Abs. 6 StGB *Radtke*, Festschrift für Schöch, 2010, S. 695 (699 ff.).

⁴⁷ Siehe Fn. 47.

⁴⁸ Zum Verständnis des Begriffs zuletzt etwa EGMR (Fn 23), NJW 2012, 1707 (1708).

hungsgrund nach Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK wird nicht abgestellt werden können, weil in den hier fraglichen Fällen die bisherige Unterbringung regelmäßig gerade wegen des Wegfalls (oder der früher fehlerhaften Annahme) der bislang angenommenen Voraussetzungen des § 20 StGB für erledigt erklärt worden ist. Unabhängig von der Frage, ob der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK auch unterhalb der Schwelle wenigstens verminderter Schuldfähigkeit annehmen würde, kann nach ausdrücklich angesprochenem Wegfall der Voraussetzungen von § 20 StGB die nachträgliche Sicherungsverwahrung nunmehr kaum auf eine „psychische Erkrankung“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK gestützt werden.

Soweit die Erledigungserklärung nach § 67d Abs. 6 StGB Fallkonstellationen betrifft, in denen das erkennende Gericht lediglich eine verminderte Schuldfähigkeit gemäß § 21 StGB angenommen hat, der Täter daher regelmäßig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und gegen ihn die Unterbringung gemäß § 63 StGB angeordnet worden ist, halte ich an meiner Auffassung fest, dass nach der Erledigungserklärung eine Umwandlung (Anordnung) in (der) Sicherungsverwahrung erfolgen kann.⁴⁹ Die bisherige Rechtsprechung des EGMR schließt nicht zwingend aus, die Sicherungsverwahrung auf Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK zu stützen, ohne dass es zusätzlich auf die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK ankäme. Da die Erledigungserklärung gemäß § 67d Abs. 6 StGB das ursprüngliche Urteil mit der Anordnung der Maßregel nach § 63 StGB nicht aufhebt, sondern lediglich die Vollstreckungswirkung beseitigt,⁵⁰ und die ursprüngliche Gefährlichkeitsprognose lediglich in den tatsächlichen Grundlagen modifizierten Form fortbesteht, lässt sich noch eine Vereinbarkeit der bisher der in § 66b StGB getroffenen Regelung mit der EMRK annehmen. Allerdings fällt eine sichere Einschätzung der Vereinbarkeit der Sachregelung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK schwer. Der EGMR verlangt 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.⁵¹ Aus den vorstehend angedeuteten Gründen (ursprüngliche Verurteilung, die bereits eine Maßregelanordnung enthielt, bleibt erhalten) kann aber noch eine solche kausale Verknüpfung angenommen werden. Ob der EGMR diese Auffassung teilt, bleibt allerdings abzuwarten. Aus den beiden Urteilen des Gerichtshofs vom 7. Juni 2012 in den Fällen „*K. gegen Deutschland*“⁵² und „*G. gegen Deutschland*“⁵³ in denen die nachträgliche Sicherungsverwahrung auf der Grundlage von § 66b Abs. 3 StGB a.F. für konventionswidrig erklärt worden ist, lässt sich für die von mir aufgeworfene Frage nichts entnehmen. Der Gerichtshof hat die Konventionswidrigkeit ausschließlich auf den Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK gestützt, weil die Sicherungsverwahrung nach wie vor als „Strafe“ im Sinne des vorbezeichneten Konventionsartikels gedeutet wird. Der Entwurf zielt aber gerade darauf ab, die Sicherungsverwahrung rechtlich und tatsächlich so auszugestalten, dass sie auch konventionsrechtlich gerade nicht mehr als „Strafe“ aufgefasst werden kann.

Als Standort für eine auf die Fälle des § 21 StGB bezogene Umwandlung nach bzw. mit Erledigungserklärung halte ich weiterhin § 67a StGB für geeignet, obwohl die Vorschrift ansonsten

⁴⁹ Ausführlich bereits meine Stellungnahme in der Anhörung vom 10.11.2010 zu BT-Drucks. 17/3403.

⁵⁰ Radtke, Festschrift für Schöch, S. 695 (702).

⁵¹ Oben Fn. 22

⁵² EGMR v. 7.6.2012 – Nr. 61827/09.

⁵³ EGMR v. 7.6.2012 – Nr. 65210/09.

Konstellationen fortbestehender Maßregelnanordnungsvoraussetzungen betrifft. Wegen der weiteren Einzelheiten verweise ich auf meine Stellungnahme zu der Anhörung von 10. November 2010.

3. § 67c StGB-E (Art. 1 Nr. 4) und § 67d StGB-E (Art. 1 Nr. 5)

a) Zur Konzeption

Der Gesetzentwurf enthält in § 67c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB-E und in § 67d Abs. 2 S. 2 StGB-E eine insoweit neue Konzeption der Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung als – im sachlichen Kern in beiden Vorschriften übereinstimmend – die bewährungsweise Aussetzung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung erfolgen soll, wenn dem zur Sicherungsverwahrung „Verurteilten“ im vorherigen Strafvollzug oder im Sicherungsverwahrvollzug keine ausreichenden Betreuungs- bzw. Therapieangebote unterbreitet worden sind. In die Verhältnismäßigkeitsprüfung Elemente einer Sanktionierung der Vollzugsbehörden bei der Umsetzung der Therapieausrichtung von Straf- und Sicherungsverwahrvollzug einzubeziehen, scheint mir als Konzeption neuartig zu sein. Die Berücksichtigung der im Entwurf genannten Aspekte in beiden Vorschriften (etwa „ausreichende Betreuung ... nicht angeboten“) trägt aber den Anforderungen des BVerfG, die Einhaltung der Freiheitsorientierung und Therapiegerichtetheit des Vollzugs zu gewährleisten, Rechnung. Ob die Konzeption dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht eine andere Richtung als bislang gibt, bedürfte noch weiteren Nachdenkens.

b) Konsequenzen der Unverhältnismäßigkeit

Für beide Vorschriften sieht der Entwurf eine Aussetzung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung nicht aber eine Erledigungserklärung vor. Die vorgeschlagenen Regelungen sind trotz der scheinbar abweichenden Gestaltungen in Art. 67d Abs. 3 S. 1 und Abs. 6 S. 1 StGB in der noch geltenden Fassung systematisch akzeptabel und der Erledigungserklärung sogar vorzuziehen. Im geltenden Recht ist bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB nicht abschließend geklärt, in welchem Verhältnis bei Unverhältnismäßigkeit die Aussetzung des Vollzugs zur Bewährung gemäß § 67d Abs. 2 StGB einerseits und der Erledigungserklärung nach § 67d Abs. 6 S. 1 StGB andererseits zueinander stehen.⁵⁴ Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, bei Unverhältnismäßigkeit nach den Umständen des Einzelfalls beide Entscheidungsmöglichkeiten grundsätzlich zuzulassen.⁵⁵ Im geltenden Recht wird in den Fällen der Unverhältnismäßigkeit bei Unterbringung nach § 63 StGB die Abgrenzung zwischen der bewährungsweisen Aussetzung (§ 67d Abs. 2 StGB) und der Erledigungserklärung (§ 67d Abs. 6 S. 1 StGB) zutreffend davon abhängig gemacht, ob die *Fortsetzung der Unterbringung nach einem Bewährungswiderruf unverhältnismäßig* wäre.⁵⁶ Anders formuliert verbleibt es bei der Bewährungsaussetzung, wenn und soweit ein relevantes Restrisiko des (gravierenden) Rückfalls besteht; fehlt dieses erfolgt die Erledigungserklärung. Angesichts dieser Anwendung des geltenden Rechts ist die Konzeption des Entwurfs der Bundesregierung, in

⁵⁴ Siehe nur *Rissing-van Saan/Peglau*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 3, 12. Aufl., 2008, § 67d Rn 53 und 55; MünchKommStGB/Veh, Band 2, 2. Aufl., § 67d Rn 22 und 31 f. mwN.; *Koller R&P* 2007, 57 (59 ff.)

⁵⁵ Exemplarisch OLG Köln StV 2010, 199

⁵⁶ *Rissing-van Saan/Peglau*, in LK-StGB, § 67d Rn 55; MünchKommStGB/Veh, § 67d Rn 31; in der Sache weitgehend zustimmend *Radtke*, Festschrift für Schöch, S. 696 (703).

Konstellationen der auf den in § 67c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB-E und in § 67d Abs. 2 S. 2 StGB-E genannten Gründen beruhenden Unverhältnismäßigkeit des (weiteren) Vollzugs der Sicherungsverwahrung eine Aussetzung vorzusehen akzeptabel. Der Zugriff auf eine Erledigungserklärung ist damit nicht vollständig verschlossen. Jedenfalls bei geringem Restrisiko trotz unzureichender Behandlungs- und Betreuungsangeboten hat eine Erledigungserklärung zu erfolgen. Da die Anordnungsvoraussetzungen dann weggefallen sind, ist die Erledigung verfassungsrechtlich zwingend.

Ich rege unter Bezugnahme auf das Vorstehende an, eine Änderung der Formulierungen in § 67c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB-E und in § 67d Abs. 2 S. 2 StGB-E zu erwägen. Für § 67c Abs. 1 S. 1 StGB-E könnte sich etwa folgende Fassung anbieten:

2. die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung unverhältnismäßig wäre, weil dem Täter bei einer Gesamtbetrachtung ...

setzt das Gericht die Vollstreckung zur Bewährung aus; mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein. **Ist der Zweck der Maßregel erreicht, so erklärt das Gericht diese für erledigt.** Der Prüfung nach Satz 1 Nummer 1...

Die Erledigungserklärung würde dann auch den in § 67c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB geregelten Fall erfassen. Die Abgrenzung erfolgte nach den erläuterten Grundsätzen (relevantes Restrisiko ja/nein).

II. Änderungen des Jugendgerichtsgesetzes (Art. 2)

Änderungen des § 7 Abs. 2 und § 106 JGG (Art. 2 Nr. 1 und Nr. 5)

Die für das Jugendgerichtsgesetz vorgeschlagenen Änderungen im Recht der Sicherungsverwahrung mit dem Übergang von der nachträglichen zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung verdienen grundsätzlich Zustimmung. Angesichts der extremen Kürze der Frist für die Stellungnahme habe ich noch nicht sämtliche in § 7 und § 106 JGG-E vorgesehenen Regelungen in den Details erfasst.

Die Aufgabe der nachträglichen Sicherungsverwahrung in ihrer bisher im JGG verankerten Form ist verfassungs- und konventionsrechtlich zwingend. Die jetzt in § 7 und § 106 JGG bei unterschiedlichen Anordnungsvoraussetzungen vorgesehene vorbehaltene Sicherungsverwahrung ist dagegen sowohl mit dem GG als auch mit der EMRK vereinbar. Ich halte ausdrücklich an der bereits in meiner Stellungnahme zu der Anhörung vom 10. November 2011⁵⁷ geäußerten Auffassung über die Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK fest und verweise auf die dort genannten Gründe.

Die Anordnungsvoraussetzungen sind auch gegenüber Jugendlichen selbst außerhalb des Falls der Verurteilung zu einer Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren ausreichend eng gefasst, um dem ultima-ratio-Prinzip der Anordnung der Sicherungsverwahrung zu entsprechen.

⁵⁷ Zu BT-Drucks. 17/3403.

III. Änderungen der Strafprozessordnung und des Strafvollzugsgesetzes (Art. 3 und 4)

Die vorgeschlagenen Regelungen mit der Kernvorschrift in § 119a StVollzG tragen dem sowohl dem vom BVerfG formulierten „Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot“ als auch dem „Kontrollgebot“⁵⁸ in einer gut geeigneten Weise Rechnung. Änderungs- oder Ergänzungsbedarf besteht nach meiner Bewertung nicht.

IV. Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (Art. 7)

Die Übergangsregelung in Art. 316f EGStGB-E schließt, soweit ich das Zusammenspiel mit Art. 316e EGStGB erfasst habe, Kollisionen mit dem allgemeinen Rückwirkungsverbot aus und stellt im Ergebnis hinreichend klar, welche Konstellationen dem neuen Recht unterfallen und welche nach bisherigem Recht zu behandeln sind. Für letztere Fallgestaltungen schreibt der Entwurf zutreffend die Fortgeltung der vom BVerfG in seiner Übergangsregelungen für die Vertrauensschutzfälle formulierten Anforderungen an die (nachträgliche) Anordnung bzw. den Weitevortrag der Sicherungsverwahrung fort.

Ungeachtet der – soweit im Moment zu beurteilen – systematisch stimmigen Übergangsregelung ist der Überblick über das nach dem Inkrafttreten des Reformgesetzes geltende Recht der Sicherungsverwahrung in allgemeinem Strafrecht und im Jugendstrafrecht nicht leicht zu gewinnen. Darauf hat Herr Kollege Kinzig zu Recht in seiner Stellungnahme hingewiesen. Dies sollte Anlass sein, jenseits des durch das Auslaufen der Übergangsfrist bestehenden Zeitdrucks für den Gesetzgeber noch einmal grundlegend die Vorschriften über die stationären Maßregeln der Besserung und Sicherung insgesamt zu überprüfen und eine in sich geschlossene Neukonzeption vorzulegen.

Die Vereinbarkeit der Fortgeltung der für die Vertrauensschutzfälle geltenden erhöhten Anordnungs- und Vollzugsvoraussetzungen mit Art. 5 Abs. 1 lit e) EMRK hängt davon ab, dass der EGMR in seiner Auslegung dieses Freiheitsentziehungsgrundes das Vorliegen einer psychischen Störung („*unsound mind*“) auch dann akzeptiert, wenn diese nicht die nach § 21 StGB erforderliche Erheblichkeitsschwelle für die Minderung der Schuldfähigkeit erreicht. Dazu sogleich nachfolgend zu D.

D. Zu der Stellungnahme des Bundesrates (BT-Drucks. 17/9874) und dem Antrag der SPD-Fraktion (BT-Drucks. 17/8760)

I. Einführung einer nachträglichen Therapieunterbringung

Die Stellungnahme des Bundesrates und der Antrag der SPD-Fraktion weisen einen gemeinsamen Kern in der Forderung nach der Einführung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 65 StGB-E in der Fassung der Stellungnahme des Bundesrates) auf. Es unterliegt dem Beur-

⁵⁸ BVerfGE 128, 328 (382).

teilungsspielraum des Gesetzgebers, ob er in Ergänzung des durch die primäre und die vorbehaltene Sicherungsverwahrung erreichbaren Schutzniveaus vor hochgradig gefährlichen Straftätern mit der Gefahr der Begehung schwerer Straftaten ein solches Instrument vorsehen möchte. Kriminalpolitisch spricht das Vorhandensein von Einzelfällen, bei denen sich die Gefährlichkeitsbeurteilung während des Freiheitsentzugs (Strafvollzug oder Sicherungsverwahrvollzug) aufgrund einsetzender oder sich verändernder psychischer Defekte verschärft, für die Schaffung einer solchen Form der Freiheitsentziehung. Die vorgeschlagenen Lösungen, die im Kern auf dem Vorhandensein einer psychischen Störung aufbauen, müssen zwei grundlegende Probleme lösen:

- (1.) die Frage der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; andere Kompetenztitel kommen nicht in Betracht;
- (2.) die Vereinbarkeit mit dem allein in Frage kommenden Freiheitsentziehungsgrund aus Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK sollte zukünftig nicht entgegen stehen, weil die Therapieunterbringung sich unter den durch § 66a StGB-E ergebenden rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen (in Verbindung mit den Landesgesetzen über den Vollzug der Sicherungsverwahrung) nicht mehr als „Strafe“ iS. von Art. 7 Abs. 1 EMRK bewerten lassen sollte.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes lässt sich nach meiner Auffassung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG herleiten. 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.“⁵⁹ 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.⁶⁰ Diese Voraussetzungen sind bei der vorgeschlagenen nachträglichen Therapieunterbringung wegen der Anknüpfung an die frühere Anlasstat und den Vollzug dafür verhängter strafrechtlicher Sanktionen m.E. noch gewahrt.

Die Frage der Vereinbarkeit einer solchen nachträglichen Therapieunterbringung mit Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK ist dagegen für mich offen. Die Auswertung der jüngsten, die Sicherungsverwahrung in Deutschland betreffenden Entscheidungen des EGMR, die Urteile in den Rechtssachen „*O.H. gegen Deutschland*“⁶¹, „*Kronfeldner gegen Deutschland*“⁶² und „*B. gegen Deutschland*“⁶³ lässt keinen sicheren verallgemeinerungsfähigen Schluss zu, dass eine nachträgliche Anordnung einer Freiheitsentziehung gegen eine Person mit einer psychischen Störung unterhalb der Schwelle der verminderten Schuldfähigkeit mit Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK von vornherein nicht zu vereinbaren wäre. Misst man die vorgeschlagene Regelung ausschließ-

⁵⁹ BVerfGE 109, 190 (212).

⁶⁰ BVerfGE 77, 288 (299); BVerfGE 77, 288 (299).

⁶¹ EGMR v. 24.11.2011 (endgültig am 24.2.2012) - Nr. 4646/08.

⁶² EGMR v. 19.12.2012 – Nr. 21906/09

⁶³ EGMR v. 19.4.2012 – Nr. 61272/09

lich an den die ständige Rechtsprechung des EGMR prägenden sog. Winterwerp-Kriterien⁶⁴ ergeben sich Anhaltspunkte für eine Vereinbarkeit mit der Konvention. Allerdings besteht ungeachtet dessen eine erhebliche Gefahr, dass eine *Konventionswidrigkeit in der Anwendung* des vorgeschlagenen neuen Rechts dann angenommen werden könnte, wenn sie gegen Verurteilte erfolgt, bei denen zuvor die Voraussetzungen von §§ 20, 21 StGB geprüft aber nicht angenommen worden sind.

II. Beschränkung der Anlasstaten der Sicherungsverwahrung auf schwerste Gewalt- und Sexualstraftaten (Antrag der SPS-Fraktion – BT-Drucks. 17/8760)

Eine Beschränkung des Kreises der tauglichen Anlasstaten für die primäre und vorbehaltene Sicherungsverwahrung gegenüber dem noch geltenden Recht ist verfassungsrechtlich nicht zwingend, um dem ultima-ratio-Prinzip zu entsprechen. Grundsätzlich halte ich den Kreis der im geltenden Recht enthaltenen Anlasstaten für sachgerecht. Wegen der dafür maßgeblichen Gründe verweise ich auf meine ausführliche Stellungnahme für die Anhörung am 10. November 2010.⁶⁵ Für bestimmte Vergehen im Nebenstrafrecht mit hoher Höchststrafdrohung und einem Schutzzweck zugunsten kollektiver Rechtsgüter (etwa § 84 Abs. 3, § 84a AsylVfG) wäre allerdings zu erwägen, ob diese Delikte aus dem Kreis der tauglichen Anlasstaten herausgenommen werden sollten.

E. Einsetzung einer Expertenkommission zur Sicherungsverwahrung – Antrag der Fraktion die Linke (BT-Drucks. 17/7843)

Angesichts der Komplexität der tatsächlichen und rechtlichen Fragen – nicht nur der Sicherungsverwahrung sondern der stationären Maßregeln insgesamt – ist die Einsetzung einer interdisziplinären Expertenkommission mit der Auftrag, den Entwurf einer neuen Gesamtregelung auszuarbeiten an sich sinnvoll. Eine Kommission für die Vorbereitung der Umsetzung des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs für eine Neuregelung bis zum 31. Mai 2013 ist allerdings nicht angebracht. Ein Konzept für eine vollständige Neuordnung der stationären Maßregeln ist in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht zu erarbeiten.



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

⁶⁴ Siehe Winterwerp vs. the Netherlands, 24.10.1979, § 37, Series A no. 33.

⁶⁵ Zu BT-Drucks. 17/3403.