

Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze

Prof. Dr. Arthur Kreuzer, Gießen

Es bedurfte wohl erst jenes Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen Deutschland vom 17.12.2009¹, um auch in der Politik die Einsicht reifen zu lassen, die bisherige jahrelange Flickschusterei im Recht der Sicherungsverwahrung zugunsten einer völligen Neuordnung beenden zu müssen. Das Urteil war ja nicht nur nach Meinung von Strafverteidigervereinigungen »eine schallende Ohrfeige für Gesetzgebung und Rechtsprechung«². Das nunmehr vorliegende Gesetzeswerk vom 22.12.2010³ ist indes unter enormem Zeitdruck »an allen Verbänden vorbei«⁴ zustande gekommen. Zudem stehen weitere wichtige Entscheidungen des *BGH*, *BVerfG* und *EGMR* noch aus. Von ihnen hängt es ab, ob und wie das jetzige Gesetzeswerk zumindest in Teilen geändert und ergänzt werden muss. Es herrschen politisch und in der Strafjustiz völlig diskrepante Vorstellungen über Konsequenzen aus dem Straßburger Urteil. Wir stehen daher erst am Beginn einer Reform, die sich allenfalls in Umrissen andeutet. Altlasten des bisherigen misslungenen Rechts werden einstweilen noch mitgeschleppt. Die nachfolgende Analyse des neuen Rechts kann daher nicht verzichten auf eine grundsätzliche Kritik an dem seit 1998 Schlag auf Schlag ausgeweiteten bisherigen Gesetzgebungswerk, zumal wesentliche Teile mit ihren Mängeln weiter gelten. Außerdem ist auf die aktuelle dissonante Rechtsprechungslage einzugehen. In dem Beitrag wird auf die Begründung des von den Regierungskoalitionen eingebrachten »Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen« eingegangen, außerdem auf Expertenäußerungen in zwei Anhörungen im Bundesjustizministerium⁵ und im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags⁶.

I. Hintergründe und Mängel der seit 1998 erlassenen Sicherungsverwahrungsgesetze

1. Veränderte kriminalpolitische Strömung und Haltung

Die erstmals 1998 vorgenommene Ausweitung anfänglicher Sicherungsverwahrung mit rückwirkender Aufhebung der Zehn-Jahres-Grenze und dem Verzicht auf vorherige Verurteilungen und die späteren neuen Instrumente vorbehaltener und nachträglicher Verwahrung mit Erstreckung auf Erst- und nach Jugendstrafrecht verurteilte Täter waren beein-

flusst von einer Strafverhärtungswelle – »punitive turn« – . Sie schwappte von den USA auf Westeuropa über. Sie hinterließ in manchen Ländern sogar noch deutlichere Spuren als bei uns. So wurde in Großbritannien die unbedingte Strafmündigkeit auf 10 Jahre abgesenkt. Dort und in Ungarn wurde das reale Lebenslang bis zum Tod eingeführt. Stimulierend wirkten zunächst spektakuläre, schreckliche und massenmedial zu erheblichen Angsthaltungen beitragende einzelne Kriminalfälle mit Gewalt von Kindern und gegen Kinder. Sodann war es das mit »9/11« andeutbare Terrorismussyndrom. Beides führte zu völlig verzerrten Wahrnehmungen der Sicherheitslage in der Öffentlichkeit. Es steigerte Haltungen, die Boulevardmedien zu einer Sicherheitshysterie trieben und Politiker zu jeweils dem entsprechenden hektischen gesetzgeberischen Reaktionen. Politiker suchten sich gegenseitig zu überbieten in Forderungen nach mehr Sicherheit durch verschärfte Strafgesetze. Niemand meinte es sich leisten zu können, vom Gegner als »Weichei« charakterisiert zu werden. Solche Gesetzgebung lässt dann rechtsstaatliche Bedenken, systematische Stringenz und Besinnung auf Grundlagen zunehmend schwinden. Sie ist oftmals von Populismus und bloß symbolischem Nachweis verantwortlichen Reagierens geleitet. Sie unterscheidet sich stark etwa von der liberalen, stark wissenschaftsbeeinflussten Strafrechtsreformgesetzgebung der 60er

1 EGMR Urt. v. 17.12.2009 (Individualbeschwerde 19359/04 M gegen Deutschland), auszugsw. abgedruckt StV 2010, 181 ff. und NStZ 2010, 263 ff. Zust. z.B. Kinzig NStZ 2010, 233 ff.; Kreuzer ZEIT Online v. 17.12.2009 u. NStZ 2010, 473, 477 ff.; Müller StV 2010, 207 ff. Das Urteil ist rechtskräftig seit dem 10.5.2010.

2 So die Programmankündigung des 35. Strafverteidigertags zur Arbeitsgruppe III »Das Ende der Sicherungsverwahrung?« Ähnlich i.S. eines »Denkzettels« Kreuzer ZEIT Online v.17.12.2009.

3 BT Drucks. 17/3403 v. 26.10.2010. In Kraft getreten am 01.01.2011: BGBl. I 2010, S. 2300 Diesem Beitrag liegt die Fassung dieser BT-Drucks. zugrunde. Auf geringfügige Änderungen während der Gesetzesberatungen im Rechtsausschuss am 01.12.2010 (BT-Drucks. 17/4062) und in dem am 02.12.2010 vom Bundestag, am 17.12.2010 vom Bundesrat beschlossenen Gesetz kann nur noch am Rande eingegangen werden.

4 Programmankündigung 35. Strafverteidigertag, (o. Fn. 2).

5 Expertenanhörung im BMJ am 2.9.2010 zu dem Diskussionsentwurf mit schriftlichen und mündlichen Stellungnahmen von Kinzig, Koller, Kreuzer, Leygraf, Rissing-van Saan, Skirl.

6 Anhörung im RA des BT am 09.11.2010 mit 9 Experten (u.a. Graf, Heuer, Kinzig, Leygraf, Radtke, Renzikowski, Scharmer), vgl. BT Pressemitt. v. 10.11.2010.

und 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts, als das Strafrecht rational überdacht und entrümpelt, auf das Notwendige zurückgeführt wurde, als wissenschaftliche und politische Gremien Modellentwürfe in die Diskussion brachten und als ein kompetent besetzter Strafrechtssonderausschuss im Bundestag kluge Gesetze vorzubereiten half. Bezeichnenderweise war zu jener Zeit die Sicherungsverwahrung in grundsätzlich skeptischer Einschätzung ihrer Chancen und Risiken deutlich eingeschränkt worden. Man hatte sogar deren Abschaffung erwogen.

Zwei Beispiele mögen für den Bereich der Sicherungsverwahrung solche veränderte, zu Populismus und Symbolpolitik neigende kriminalpolitische Haltungen kennzeichnen:

Erstes Beispiel ist die 2002 geschaffene Möglichkeit, diese potenziell lebenslange strafrechtliche Maßregel auch neben lebenslanger Freiheitsstrafe anzuordnen. Die dazu gebrauchte beliebte juristische Argumentationsweise *a maiore ad minus*, Sicherungsverwahrung sei, wenn schon bei zeitiger, so erst recht bei lebenslanger Strafe vorzusehen, war erkennbar verfehlt. Theoretisch ist nämlich kein einziger Fall konstruierbar, in welchem neben der Höchststrafe mit ihrer rigide in § 454 II StPO beschränkten Restaussetzungsmöglichkeit die Maßregel greifen könnte.⁷ Die Bedeutung dieses Aussetzungsgesetzes erschöpft sich im Symbolischen. Dennoch hält der Gesetzgeber trotz Kritik⁸ daran auch im neuen Gesetzeswerk fest. Es hat andererseits unbedachte Nebenwirkungen. Strafrechtsdogmatisch und vollzugspraktisch müssen neue, teils künstliche Probleme gelöst werden: Wie ist mit der Doppelung der Sanktionen umzugehen? Ist der Gefangene nach Verbüßung der schuldangemessenen Mindestzeit des Lebenslang bei Fortbestehen eines Rückfallrisikos in die Sicherungsverwahrung zu überstellen? Ist der Überhang an Verwahrung nach Ablauf der Verbüßung schuldangemessener Mindestzeit bei lebenslanger Strafe seiner Natur nach Sicherungsverwahrung? Gelten demgemäß für die weitere Verbüßung die Gestaltungsvorgaben des *BVerfG*⁹ für die Maßregel: Abstands- und Resozialisierungsgebot sowie tendenzielle Beweislastumkehr?

Zweites Beispiel ist das Zustandekommen der Einführung nachträglicher Sicherungsverwahrung 2004. Populismus und ambivalente Taktiken bestimmten Parlamentarier, dem Gesetz zuzustimmen. In dem Koalitionsvertrag der Rot-Grünen Regierung verankert, mussten die widerwilligen Abgeordneten der Grünen im Bundestag wenigstens mehrheitlich dem Gesetz um der Koalitionsraison willen zustimmen. Sie taten es nicht trotz, sondern wegen der sich abzeichnenden weitgehenden Unanwendbarkeit des neuen § 66b StGB; die Regelung war so schlampig und widersprüchlich konstruiert, dass ihre Anwendung voraussehbar in den meisten Fällen höchstrichterlich scheitern musste; damit schien minimale Relevanz gesichert. Freilich hatte man schädliche Nebenwirkungen verkannt.

2. Mangelnde kriminologische Fundierung

Nicht nur in Deutschland bemängeln Kriminologen gesetzgeberisches Handeln ohne hinreichende kriminologische Fundierung und fordern eine »evidence-based crime policy«. ¹⁰ Die neuere Gesetzgebung zur Sicherungsverwahrung zeigt paradigmatisch solchen Mangel. Das sei an drei Beispielen aufgezeigt:

Erstens haben es verantwortliche Politiker verabsäumt, mutig den öffentlichen Fehleinschätzungen der tatsächlichen

Kriminalitätsentwicklung in den relevanten Bereichen – insbesondere Gewalt- und Sexualkriminalität sowie entsprechende Rückfälligkeit – durch Aufklärung über tatsächliche Tendenzen entgegen zu wirken und so überzogenen Ansprüchen an mehr Sicherheit zu begegnen. Schwerste Sexual- und Gewaltdelikte werden zwar vermehrt öffentlich und massenmedial wahrgenommen, so dass der Eindruck einer über die Jahre drastisch steigenden entsprechenden Kriminalität entstanden ist. Die tatsächliche Entwicklung zeigt in den letzten Jahrzehnten dagegen einen Gleichstand oder sogar leichte Rückläufigkeit.¹¹ Schon von daher hätte sich eine erhebliche, rechtsstaatlich bedenkliche Ausweitung der Sicherungsverwahrung schwerlich legitimieren lassen.

Zweitens ist das fragwürdigste neue Instrument der nachträglichen Sicherungsverwahrung des § 66b StGB unter die Bedingung neuer, nach der Verurteilung auftretender, entscheidender Tatsachen zur Gefährlichkeit – »Nova« – gestellt worden. Eine seriöse Prüfung, ob es überhaupt in nennenswerter Zahl solche Fälle erst nachträglicher Erkenntnisse zur Rückfallgefahr gibt, ist unterblieben, dies sogar in der Prüfung durch das *BVerfG*. Man hat sich auf die von Politikern einiger Länder mit ersten Landesgesetzen zu nachträglicher Unterbringung behaupteten Fälle verlassen. Es war eine Phantomdebatte, deren Ergebnis nun weiter die Praxis belasten wird. Von Anbeginn durch Experten in parlamentarischen Anhörungen erhobene Bedenken wurden grundlos beiseite geschoben. So hat vor allem immer wieder *Leygraf* betont: »Es entspricht nicht der Realität, dass sich die wahre Gefährlichkeit des Täters erst im späteren Strafvollzug zeigt und vorher nicht sichtbar gewesen ist.«¹² Die höchstrichterliche Judikatur hat das bestätigt. Die allermeisten – über 100 – Anordnungen mussten vom *BGH* mangels neuer Tatsachen aufgehoben werden. Selbst unter dem gut einen Dutzend nicht beanstandeter Fälle finden sich zumindest einige, die in Wahrheit keine neuen Tatsachen aufweisen und in denen bereits das Tatgericht Sicherungsverwahrung hätte anordnen oder vorbehalten können, wäre das rechtlich möglich gewesen.¹³ Der *BGH* hat sozusagen gute Miene zum bösen Spiel gezeigt.¹⁴

Drittens ist bei der noch fragwürdigeren Ausweitung nachträglicher Sicherungsverwahrung auf nach Jugendstrafrecht Verurteilte 2008 verabsäumt worden, relevante Fälle zusammenzustellen. Womöglich gab es solche gar nicht.¹⁵ Selbst wenn man rechtshistorisch den Fall des Jürgen Bartsch para-

7 So auch *BVerfG* NJW 2007, 1933 ff., 1936; *Kinzig/Steinhilber* in: *Pollähne/Rode*, Hrsg., Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen, 2010, 43 ff., 50.

8 *Kinzig, Kreuzer* in der Anhörung (o. Fn. 5).

9 *BVerfGE* 109, 133 ff., 149 ff. Dazu eingehend *Bartsch* Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, 2010 S. 44 ff., 203 ff.; zu der Doppelung von Sanktionen auch *Kreuzer/Bartsch*, Forum Strafvollzug 2010, 124 ff., 125 ff.

10 Z.B. *Austin* Criminology & Public Policy 2, 2003, pp 557; *Sherman/Farrington/Welsh/Mc Kenzie* Evidence-Based Crime Prevention, 2002.

11 Dazu schon *Kreuzer* in: psychosozial 29, 2006 Heft II S. 11 ff. weitere Nachw. *Kinzig*, NSStZ 2004, 655 ff.; *Pfeiffer/Windzio/Kleimann* MschrKrim 87, 2004, 415 ff.

12 *Leygraf* in: Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Protokoll der 47. Sitzung v. 5.5.2004 S. 15 ff., 41 ff.; *ders.* Anhörung 2010, o. Fn. 5; *Kräber/Lammell/Leygraf/Wendt* Forens. Psychiatrie/Psychologie/Kriminologie 2007, 130 ff.

13 Nachw. in der grundlegenden Analyse von *Bartsch* (o. Fn. 9) S. 78 ff. 98 ff.

14 Dies untermauerte *Rising-van Saan* in der Anhörung, (o. Fn. 5).

15 Das wurde in der Anhörung im Rechtsausschuss u.a. von *Kinzig* und *Kreuzer* moniert (schriftl. Stellungnahmen für die öffentliche Anhörung v. 28.5.2008 S. 13 ff., 25 ff.).

digmatisch heranziehen wollte, wäre zu begründen, warum in derart seltenen Sachlagen nicht die damals tatsächlich angeordnete gleichfalls potenziell lebenslange Unterbringung nach § 63 StGB ausreichen würde, Sicherheit und Behandlung zu gewährleisten. Systemwidrig wurde sogar auf die vom *BVerfG* für notwendig erachteten »Nova« in § 7 II JGG verzichtet mit der sich als Bumerang erweisenden Begründung, ein schon im Urteil angebrachter Vorbehalt späterer Verwahrung belaste ungebührlich die Entwicklung, außerdem lasse sich die Gefährlichkeit im Urteilszeitpunkt noch weniger als bei Erwachsenen abschätzen. Die nachfolgend kurz aufzuzeigenden schädlichen Nebenwirkungen und der Fall Bartsch, ferner die genannten Stellungnahmen erfahrener Gutachter, wonach entscheidend für die Gefahreinschätzung Tat- und Täterbeurteilung im Urteilszeitpunkt seien, sprechen gegen diese Argumentation.

3. Mangelnde Folgenabschätzung

Drastisch zeigt die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung 2004, dass vom Gesetzgeber keinerlei Folgenabschätzung vorgenommen worden ist. Die unbeachteten, aber leicht voraussehbaren schädlichen Nebenwirkungen des Gesetzes hätten sogar das *BVerfG* veranlassen müssen, die Verhältnismäßigkeit des Instruments verfassungsrechtlich infrage zu stellen.¹⁶

Vor allem sind die Wirkungen nachträglicher Verwahrung in der vorausgehenden Zeit des Strafvollzugs unbeachtet geblieben.¹⁷ Der gesetzliche Vorbehalt späterer Sicherungsverwahrung in § 66 b StGB stützt sich bei der Ersttätererfassung lediglich abstrakt auf die an der Strafhöhe von mindestens fünf Jahren anknüpfende Schwere der Katalogtat, nicht auf konkret im Urteil festgestellte prognoserelevante Erkenntnisse. Daher erfasst er nicht nur, wie vom *BVerfG* vorausgesetzt, wenige Gefangene, sondern mittelbar Tausende. Er belastet betroffene Gefangene, deren Angehörige, Vollzugsmitarbeiter und das Vollzugsklima erheblich. Abstrakt werden so ca. 7.000-10.000 Gefangene als potentielle Kandidaten nachträglicher Verwahrung während des Strafvollzugs erfasst. Ihre Akten werden nach Prüfung durch Vollstreckungs- und Vollzugsbehörde mit dem Vermerk »formelle Voraussetzungen nachträglicher Sicherungsverwahrung liegen vor« (»f.V.nSV«) versehen. Damit verbinden sich besondere Pflichten zu Beobachtung, bürokratischer Registrierung und eventuell Meldung prognoserelevanter Vorkommnisse während des Vollzugs,¹⁸ später sind infrage kommende Gefangene darauf hin gründlich zu prüfen und zu begutachten, ob sie der Vollstreckungsbehörde zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens zur Anordnung nachträglicher Verwahrung vorzuschlagen seien. Vollzugslockerungen werden drastisch erschwert. Bedienstete tun sich in der Resozialisierungsarbeit schwer. Betroffene werden misstrauisch. Entlassungsrelevante Vollzugslockerungen und Behandlungsangebote bleiben ihnen weitgehend vorenthalten. Vertrauen schwindet. Knappe Ressourcen werden zweckentfremdet. Und am Ende gelangen weit weniger als ein Prozent dieser Tausenden in anschließende Verwahrung. Da es kaum je einen Fall gibt oder bisher gegeben hat, in dem erst im Laufe des Vollzugs eine erhebliche Rückfallgefahr erkennbar geworden ist, dürfte es geboten sein, den Vorbehalt möglicher nachträglicher Verwahrung schon im Urteil auszusprechen und so die Zahl Betroffener zielgenauer einzugrenzen. Wegen ihrer weit über das Ziel hinausschießen-

den Wirkung – vergleicht man Input von Tausenden und Output von einigen wenigen Betroffenen – und der unbeabsichtigten schädlichen Auswirkungen auf den Vollzug dürfte die bisherige Regelung daher auch als ungenau, ungeeignet, unverhältnismäßig im engeren Sinn einzuschätzen sein.

4. Mangel an systematischer Klärung

Unverkennbar haben die Aussetzungsgesetze – wie teilweise auch das jetzige Gesetzgebungswerk – nicht oder nicht hinreichend Neuregelungen auf systematische Stringenz geprüft. Das zeigt sich beispielhaft an dem Problem der Verweisung etwa in § 66b I 1 StGB auf »die übrigen Voraussetzungen des § 66«, das zum Streit darüber führte, ob auch bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung ein »Hang« festgestellt werden müsse, oder an dem Problem der »Nova«, die für nachträgliche Verwahrungen zwingend notwendig, dagegen bei Anwendung des Jugendstrafrechts verzichtbar sein sollen.

Grundsätzlicher zeigt sich der Mangel bei Fragen nach theoretischen Vorstellungen über Sinn, Zweck und Grenzen einer Sicherungsverwahrungsmaßregel neben und nach der Strafe. Noch allgemeiner formuliert fehlt systematisches Reflektieren über das sich verändernde Verhältnis von Tat- und Täterstrafrecht oder von schuldausgleichendem und vorbeugendem Strafrecht.¹⁹ Ist es die Tat, deren Gewicht nachfolgende Eingriffe legitimiert und limitiert, oder ist es die Gefährlichkeit des Täters? Unübersehbar schwindet nämlich mit dem Vordringen des Präventionsrechts in Sicherheitsfragen die limitierende Funktion des Tat- und Schuldbezugs. Neuestens wird dies erkennbar im Therapieunterbringungsgesetz (ThUG).²⁰ Zwar knüpft diese Unterbringung noch an die bundesrechtliche strafgesetzgeberische Kompetenz an, und eine vorangegangene Verurteilung wegen zumindest einer schuldhaft begangenen schweren Tat ist nach § 1 ThUG Voraussetzung. Aber die nunmehr festzustellende »psychische Störung« soll die jetzige Gefährlichkeit bedingen, ohne ausdrücklich zu fordern, dass sie bereits in der Anlasstat symptomatisch hervorgetreten ist. Man könnte einwenden, schon das *BVerfG* habe die Notwendigkeit der Tatsymptomatik in seinem wichtigen Urteil von 2004²¹ geklärt: »Die Sicherungsverwahrung dient im Gegensatz zur Strafe nicht dem Zweck, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern dazu, die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen. Nicht die Schuld, sondern die in der Tat zutage getretene Gefährlichkeit ist bestimmend für die Anordnung,

16 Erstmals angemahnt 2006: Kreuzer o. Fn. 11; ders. ZIS 2006, 145 ff. Zu den Auswirkungen der nachträglichen Sicherungsverwahrung auf Verfahren und Vollzug der Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung Kreuzer Anhörung v. 28.05.2008 (o. Fn. 15); ferner Bartsch/Kreuzer StV 2009, 53 ff. dies. Forum Strafvollzug 2010, 124 ff., 127 ff.; eingehend Bartsch, (o. Fn. 9) S. 303 ff.

17 Jetzt eingeräumt in der Amlt. Begründung zur Drucks. 17/3403 v. 26.10.2010 (o. Fn. 3) S. 52 f. Diese schädlichen Nebenwirkungen im Vollzug wurden in der Anhörung v. 2.9.2010 (o. Fn. 5) vom Leiter der größten Haft- und Verwahrungsanstalt in NRW, Skirl, eindringlich bestätigt.

18 Vgl. dazu die teils an Absurdität reichenden Handlungsanleitungen von Folkers, NStZ 2006, 426 ff., sowie die 2005 von den Bundesländern erlassenen »Hinweise zur nachträglichen Sicherungsverwahrung« nebst »Checkliste zur Prüfung der formellen Voraussetzungen der nachträglichen Sicherungsverwahrung«.

19 Grundsätzlich dazu z.B. Lüderssen KJ 2006, 361 ff.

20 Art. 5 »Gesetz zur Therapieunterbringung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG)«, BT-Drucks. 17/3403 (o. Fn. 3).

21 BVerfG v. 05.02.2004, Rn. 149 ff., E 109, 133 ff., 167 ff.

Ausgestaltung und zeitliche Dauer der Maßregel.« Das ThUG dürfte aber anders zu verstehen sein, da im vorangegangenen Strafurteil eine solche Störung nicht zu einer Anordnung der Maßregel nach § 63 StGB geführt haben dürfte, ja nicht einmal im Urteilszeitpunkt bestanden haben muss. Ohnehin zeigt der nach wie vor geltende § 66b StGB, dass offenbar »Nova«, also Tatsachen aus der Zeit nach der Verurteilung, für entscheidend gehalten werden zur Gefährlichkeitseinschätzung. Solche Entfernung vom Tatkriterium hat manche zu der Kritik veranlasst, man sei auf dem Weg zur Gefährlichkeitshaft ohne Straftat. Solche bedenkliche Vorstellung, Menschen als gefährlich einschätzen zu können unabhängig von relevanter Verwirklichung der Gefährlichkeit in einer Tat, erinnert an Physiognomiker wie *Lavater* im 18. oder Kriminalanthropologen und Biometriker wie *Lombroso* im 19. Jahrhundert. Sie meinten, den Menschen und so auch Verbrecher als Typen – deutbar oder sogar messbar an ihrem Äußeren – erkennen zu können. Die Vermessenheit solcher Vorstellung hat einen Zeitgenossen *Lavaters* – *Lichtenberg* – zu dieser sarkastischen Kritik an »physiognomischer Raserei« veranlasst: »Wenn die Physiognomik das wird, was *Lavater* von ihr erwartet, so wird man die Kinder aufhängen ehe sie die Taten getan haben, die den Galgen verdienen.«²²

Kritik mangelnder systematischer Reflexion gilt nicht nur dem Gesetzgeber, vielmehr zugleich dem *BVerfG*, das in der genannten Entscheidung von 2004 die Sicherungsverwahrung kontrafaktisch²³ als »aliud« gegenüber der Strafe erklärt und damit von den grundgesetzlichen Schutzprinzipien abgekoppelt hat. Unerklärlich bleibt, weshalb etwa das Rückwirkungsverbot nicht gelten soll, obwohl das *BVerfG* in ihm auch den Ausdruck der Menschenwürde sieht. Menschenwürde steht indes allen, also auch Strafgefangenen, zu; sie müssen ebenso ihr Leben vorausschaubar planen können. Auf weitere wesentliche Überschneidungen und Gemeinsamkeiten von Strafe und Sicherungsverwahrung ist an anderer Stelle eingegangen und entscheidend vom *EGMR* hingewiesen worden.²⁴

Im Blick auf das neue Gesetzeswerk ist also grundsätzlich zu fragen, ob man an der Sicherungsverwahrung überhaupt festhalten kann. Selbst wenn man einige Systembrüche vermeiden könnte, blieben doch wichtige Brüche bestehen, die schon in der Zweispurigkeit selbst angelegt sind. Sie führen bekanntlich zu schuldabhängiger und daneben oder statt ihrer schuldunabhängiger Freiheitsentziehung, zu zeitlich bestimmten Strafen und zusätzlich zeitlich unbestimmten, ja potenziell lebenslangen Unterbringungen, zu höchst problematischen Prognosen künftigen Legalverhaltens mit Gefahren falsch-positiver und falsch-negativer Einschätzung, zu Verschiebungen der Verantwortung für existenzielle Entscheidungen von Gerichten zu forensischen Gutachtern. Wegen solcher Geburtsfehler lehnen jetzt die Strafverteidigervereinigungen »das Institut der Sicherungsverwahrung von Grund auf ab«.²⁵ Sie fordern stattdessen frühe sozialtherapeutische Behandlung im Strafvollzug und ambulante Alternativen.²⁶

Diese Grundsatzposition hat den Charme, alle systematischen Bedenken zu überwinden. Sie wird hier aber nicht geteilt; vielmehr wird pragmatischer einem begrenzten und systematisch stringenteren Beibehalten von Sicherungsverwahrung das Wort geredet aus folgenden Gründen:

Das Verdikt über jede Sicherungsverwahrung müsste konsequent auch der Unterbringung nach § 63 StGB gelten, denn sie ist ebenfalls schuldunabhängig, potenziell lebenslang, prognoseabhängig. Blicke diese, nicht aber die Sicherungsverwahrung, würde die Praxis in Fällen angenommener Gefährlichkeit vermehrt ausweichen in die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus. So, wie künftig nach dem ThUG Gutachter bedrängt werden dürften, trotz im Urteil nicht festgestellter schuld mindernder psychischer Störungen solche festzustellen, dürften sie sich dann zur Annahme von Voraussetzungen nach §§ 20, 21 StGB gedrängt fühlen angesichts eines bestehenden oder angenommenen Sicherheitsrisikos. Schon jetzt wird ja vielfach die Maßregel des § 63 StGB als »versteckte Sicherungsverwahrung« missbraucht.²⁷ Zudem müsste befürchtet werden, dass der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit und des Bevölkerungsschutzes verstärkt Eingang in die Strafzumessung fände.²⁸ Auch wären Forderungen nach Straftatbeständen zu erwarten mit nach oben offenen Strafrahmen. Dann käme es zu Strafzumessungen wie weiland in den USA – beispielsweise »fünf Jahre bis Lebenslang« –, die der US Supreme Court als zu unbestimmt – Verstoß gegen »due process and just desert« – später unterband. Angesichts gegenwärtigen Sicherheitsdenkens und oftmals plausiblen tatsächlichen Sicherheitsbedarfs könnte das *BVerfG* sogar eine verfassungswidrige »Unter-Sicherung« im Strafrecht monieren. In der Gesetzgebung hätte der Vorschlag ohnehin keine Chance. Man muss Politikern einräumen, ein sicherndes Instrument für diejenigen Täter schwerer Taten zu schaffen, deren erhebliche Gefährlichkeit festgestellt ist und durch stationäre Behandlung gemindert werden kann, erst recht für diejenigen, die sich als unbehandelbar erweisen; besonders bei letzteren versagen die Vorschläge der Strafverteidigervereinigungen.

II. Ausstehende verfassungs- und europarechtliche justizielle Klärungen

Das neue Gesetzeswerk musste schon deswegen ein Torso und, insbesondere hinsichtlich der Sicherungsverwahrung, auf künftige Täter, die eine Anlasstat nach dem 1.1.2011 begehen, beschränkt bleiben, weil einige Weichenstellungen abhängen von neuen höchstgerichtlichen Klärungen rechtlicher Zweifelsfragen mit verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Bedeutung. Wir erleben ein rechtspolitisch einzigartiges Ringen, wenn nicht gar einen Kampf konkurrierender deutscher und europäischer Gerichte um das richtige Recht. Justizpolitisch dürfte dieses Ringen auch eines um Macht zwischen unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten

22 G.C. Lichtenberg Schriften und Briefe, Hrsg. W. Promies, 1. Bd. Sudelbücher I, 1968 S. 532.

23 *Rissing-van Saan* hat in der Anhörung (o. Fn. 5) in vornehmer höchstrichterlicher Zurückhaltung geäußert, dass das dictum des *BVerfG* »zwar mit juristischer Argumentationskunst begründet werden kann, aber mit der erlebten Rechtswirklichkeit nicht unbedingt übereinstimmt.«

24 *EGMR* (o. Fn. 1); *Kreuzer* ZIS 2006, 145 ff.; *Kreuzer/Bartsch* Forum Strafvollzug 2010, 124 ff., 131.

25 »Sicher ist sicher« – »Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen zur Sicherungsverwahrung«, Hrsg. Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, Berlin Sept./Okt. 2010.

26 Für die Strafverteidigervereinigungen *Scharmer* in der Anhörung 2010 (o. Fn. 6).

27 Dies bestätigte aus höchstrichterlicher Sicht *Rissing-van Saan* (wie o. Fn. 21); ähnlich *Leygraf* aus forensisch-psychiatrischer Sicht, ebenda.

28 Gegen derartige Systemwidrigkeit zu recht *Freund* GA 2010, 194 ff., 202 m.w.N.

sein. Das Bedrückende dabei ist, dass es sich um eine große, aber noch unbestimmte Anzahl betroffener Sicherungsverwahrter handelt, also allemal um eilbedürftige Haftentscheidungen, die es eigentlich nicht zuließen, aufgeschoben zu werden, um auf Zeit zu spielen. Das aber geschieht offenkundig in Politik und Justiz. Knapp seien einige wichtige zu klärende Fragen und Entscheidungsgremien angedeutet:

Der *EGMR* wird in weiteren anstehenden Entscheidungen u.a. klären müssen, ob seine Entscheidung vom Dezember 2009 auch die Fälle nachträglicher Sicherungsverwahrung erfasst, ob diese also nach der Terminologie des neuen Gesetzeswerks »Parallelfälle« darstellen, die aufgrund jener Entscheidung bereits zu Freilassungen führen müssten, oder »Altfälle«, welche noch nach bisher geltendem Recht zu handhaben sind. Unabhängig von diesen jetzt anstehenden Entscheidungsfragen zeichnen sich für dieses Gericht, zuvor aber für das *BVerfG*, künftig neue Streitfragen ab, die durch das ThUG aufgeworfen sind.

Das *BVerfG* wird erstmals durch eine Entscheidung des 2. Senats über die Verfassungsmäßigkeit und EMRK-Konformität der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB, ferner über die Verfassungsbeschwerde des Heranwachsenden zu befinden haben, bei dem nach Jugendstrafrecht Sicherungsverwahrung angeordnet worden ist²⁹. Bisher liegen lediglich Kammerentscheidungen vor. In diesem Zusammenhang wird das *BVerfG* auch prüfen müssen, ob es an seinem Entscheid festhalten will, für die Sicherungsverwahrung als Maßregel würden Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbot des Art. 103 II, III GG nicht gelten. Es wird also nochmals seine eigenen und die gegenläufigen Argumente des *EGMR* bei dessen Auslegung der gleichgerichteten Verbote in Art. 7 und 5 EMRK wägen und entscheiden müssen, ob es sich in einen Konflikt mit dem *EGMR* begeben will oder – wie es ein beteiligter Richter angedeutet haben soll³⁰ – einräumt, sich 2004 geirrt zu haben. Gesucht werden könnte ein pragmatischer Mittelweg modifizierter Interpretation der bisherigen eigenen und der Straßburger Entscheidung. Das *BVerfG* ist bislang in Kammerentscheidungen einer Festlegung ausgewichen und wartet die vorherigen fachgerichtlichen Entscheidungen ab.³¹ Die Festlegung 2004 gegen die Geltung des Rückwirkungsverbots bei der Sicherungsverwahrung war allenfalls angesichts der wohl gespürten Verantwortlichkeit für mögliche Rückfälle bei entgegengesetzter Entscheidung und nach entsprechenden Freilassungen nachvollziehbar. Sie hatte bei vielen dennoch Kopfschütteln, bei Betroffenen Verzweiflung und Resignation³² ausgelöst – das Licht am Ende des Tunnels sei ihnen ohne neue Straftat nach voller Strafverbüßung und zehnjähriger Sicherungsverwahrung einfach vom Gesetzgeber und Verfassungsgericht ausgeknipst worden –. Deswegen wäre es zwar mutig, aber angemessen, die überzeugendere Argumentation des *EGMR*, insbesondere auch dessen einleuchtende rechtsvergleichende Begründung, anzuerkennen.

Nicht weniger brisant ist die Entscheidungslage im *BGH*. Zwischen den Strafsenaten besteht ein Dissens über die Auswirkungen des Urteils des *EGMR*. Der für neuerdings erforderliche Divergenzvorlagen von Oberlandesgerichten³³ zuständige 5. Strafsenat hat aufgrund von Vorlagen der Oberlandesgerichte Stuttgart, Celle und Koblenz darüber zu entscheiden, ob die Sicherungsverwahrung in Parallelfällen

des *EGMR*-Urteils (rückwirkende Verlängerung erstmals angeordneter Verwahrung) aufzuheben sei. Diese Oberlandesgerichte wollen von denen in Frankfurt, Hamm, Karlsruhe und Schleswig abweichen und die Fortdauer der Verwahrung trotz des Straßburger Urteils anordnen. Dem will der 5. Senat folgen.³⁴ Deswegen hat er bei dem 4. Senat angefragt, ob der an seiner abweichenden Ansicht³⁵ festhält. Der 4. Senat hatte zunächst eine Entscheidung ausgesetzt mit Rücksicht auf das noch nicht rechtskräftige Urteil des *EGMR*, nach dessen Rechtskraft die Freilassung des Verwahrten angeordnet, dies sogar in einem Fall nachträglicher Sicherungsverwahrung. Da anzunehmen ist, dass der 4. Senat an seiner überzeugenden Entscheidung festhält, ist eine Vorlage des 5. Senats an den Großen Strafsenat zu erwarten. Die darüber hinaus vom 5. Senat für alle Untergerichte formulierte Aufforderung, § 67d III 1 StGB aufgrund des Urteils des *EGMR* restriktiv auszulegen und nur dann die Fortdauer der Sicherungsverwahrung anzuordnen, »wenn aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen abzuleiten ist«, wirft die Frage auf, ob insoweit nicht eine Entscheidung des Großen Senats teilweise vorweggenommen wird. Unabhängig von dieser Frage wird zu klären sein, ob die Ansicht des 1. Senats, der erstmals die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung bei einem nach Jugendstrafrecht trotz des damals noch nicht rechtskräftigen Urteils des *EGMR* angeordnet und darin keinerlei Gegensatz zum *EGMR* erkannt hatte, aufrechterhalten werden kann.³⁶ Das ist vom *BVerfG* zu entscheiden in der Verfassungsbeschwerdesache, vielleicht auch zuvor vom *BGH*.

Insbesondere ist mit Spannung eine überfällige Antwort auf die Frage zu erwarten, ob sich das Urteil des *EGMR* auch auf Fälle nachträglicher Sicherungsverwahrung auswirkt und ob insoweit zuerst dieses Gericht selbst, das *BVerfG* oder der *BGH* entscheidet. Je nach Ausgang der Festlegungen dieser höchsten Gerichte wird der Gesetzgeber Konsequenzen zu ziehen haben für die alte und eventuell auch neue Rechtslage – hier insbesondere zur nachträglichen Sicherungsverwahrung bei nach Jugendstrafrecht Verurteilten. Der endgültige Ausgang von Entscheidungen dieser in gewisser Weise miteinander rivalisierenden Gerichte wird zugleich ein Lehrstück für Rechtsstaatlichkeit, Rechtskultur und europarechtliche Orientierung in der Justiz sein.

29 Dazu Kreuzer NStZ 2010, 473 ff.

30 Bundesverfassungsrichter Gerhardt zit. nach SZ v. 12./13.5.2010 S. 5. Er gehörte allerdings zu den dissentierenden Richtern in der Entscheidung des BVerfG v. 10.2.2004, BVerfGE 109, 190 ff.

31 BVerfG Kammerbeschlüsse v. 22.12.2009, zuletzt v. 19.05.2010 – 2 BvR 769.

32 Vgl. Bartsch, (o. Fn. 9) S. 295 ff.

33 Gesetz v. 30.07.2010 BGBl. I 2010, 976.

34 BGH Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10 –, Mitt. d. Pressestelle des BGH Nr. 213/2010.

35 BGH Beschl. v. 12.05.2010 – 4 StR 577/09, StV 2010, 482 ff.

36 BGH Ur. v. 09.03.2010 – 1 StR 554/09 –, NStZ 2010, 381 ff., StV 2010, 515 ff.; dazu entschieden ablehnend: Bartsch StV 2010, 521 ff.; Kreuzer NStZ 2010, 437 ff.; Renzikowski NStZ 2010, 506 ff.

III. Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung für künftige Fälle

1. Nachträgliche Sicherungsverwahrung

a) grundsätzliche Positionen in der Wissenschaft

Ehe auf die neue Konzeption im Gesetz eingegangen wird, seien drei grundsätzliche Positionen in der Wissenschaft zur nachträglichen Sicherungsverwahrung herausgestellt:

Einzig *Freund*³⁷ will an ihr festhalten, ja er hält nachträgliche Sicherungsverwahrung als einzige Form für legitim. Hierin stimmt er mit dem inzwischen verworfenen Gesetzesvorschlag des Landes Sachsen von Anfang 2009³⁸ überein. Der sah für alle Gewalt- und Sexualtäter bei Strafen über zwei Jahren allein eine nachträgliche Sicherungsverwahrung vor. *Freund* argumentiert, erst zum Ende des Strafvollzugs hin sei eine fundierte, verbindliche Prognose möglich; jede vorherige Prognose sei unehrlich; eine Urteilsprognose, die später vor Eintritt der Verwahrung erneut zu prüfen sei, verführe dazu, die Erstprognose »fortzuschreiben« ohne ernsthafte Neuprüfung. Er übersieht durchgreifende Bedenken: Nachträgliche Sicherungsverwahrung lässt sich mit dem Urteil des *EGMR* nicht vereinbaren, weil sie eben auch eine strafgleiche Sanktion darstellt und nach einem erst nach der Tatzeit entstandenen Gesetz angeordnet wird. Sie wäre nicht einmal mit der Rechtsprechung des *BVerfG* vereinbar, erfasste sie doch mittelbar noch mehr Gefangene als bereits die jetzige nachträgliche Verwahrung, also womöglich mehr als 10.000 Strafgefangene mit »f.V.nSV«. Sie wäre demgemäß unverhältnismäßig und würde all die Tausenden und ihre Angehörigen vor eine völlig ungewisse Zukunft stellen. Sie ließe keine realistische Behandlungsplanung im Strafvollzug zu. *Freund* überschätzt Gefahren mehrfacher Begutachtung und unterschätzt ihre Vorteile. Wechsel der Gutachter und kritisches richterliches Verständnis von Gutachten müssen bloßer Perpetuierung anfänglicher Gutachten entgegen wirken. Würden Gefangene erstmals vor der Entlassung begutachtet, hätten Gutachter kein Vergleichsmaterial aus einer Begutachtung nahe der Tatzeit. Im Urteil könnte eine gutachtengestützte Prognose sogar fehlen. Dieser Zeitpunkt ist aber bei allen Prognoseentscheidungen ausschlaggebend, während späterem Verhalten weit weniger prognostische Bedeutung zukommt. Im Übrigen sind im Urteilszeitpunkt prognostische Einschätzungen üblich, beispielsweise bei der Prüfung einer Strafaussetzung zur Bewährung. Zwei Begutachtungen im Urteilszeitpunkt und später vor Strafablauf bereichern nicht nur die Erkenntnisbasis, sie zeigen der Vollzugsverwaltung auch, dass man nach Strafantritt darauf hin wirken muss, die Entlassungschancen zu erhöhen. *Freunds* Theorie entpuppt sich als wirklichkeitsfremd.

Kinzig hat in den Anhörungen dafür plädiert, einzig eine anfängliche Sicherungsverwahrung beizubehalten und diese erheblich einzuschränken.³⁹

Bartsch und der *Verfasser*⁴⁰ haben demgegenüber ein Modell erarbeitet, das ausschließlich eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung vorsieht. Anfängliche, vorbehaltene und nachträgliche Verwahrung unterscheiden sich nämlich nur in den Voraussetzungen, nicht in den rechtlichen Folgen. Es gibt namentlich kein Vikariieren wie etwa bei anderen Unterbringungsmaßnahmen, die in der Regel vor Strafverbüßung einsetzen und deren Zeit auf die Strafzeit angerechnet wird.

Da bei anfänglicher und vorbehaltener Verwahrung immer zwei Prognosen zu stellen sind und die erste unter dem Vorbehalt steht, von einer späteren überprüft zu werden, gebieten es Rechtsklarheit und Ehrlichkeit, im Urteil lediglich einen Vorbehalt anzubringen. Dabei kann man von vornherein eine wahrscheinliche Gefährlichkeit von Gewalt- und Sexualstraftätern – nur sie sollen einbezogen werden – im Urteilszeitpunkt genügen lassen für den Vorbehalt. Ohnehin machen Gutachter üblicherweise den Vorbehalt, dass sie nicht abschätzen können, ob die momentan festgestellte Gefährlichkeit nach Jahren der Haft anhalten wird. Der Vorbehalt verdeutlicht dem Vollzugspersonal zugleich seine Aufgabe, mit dem Ziel zu arbeiten, die Entlassungsbedingungen zu verbessern. Erst die für den Eintritt der Verwahrung maßgebliche Zweitprognose muss eine abgesicherte, also »sichere« sein.

b) gesetzliche Abschaffung mit drei fragwürdigen Ausnahmen

Das neue Gesetz verzichtet für künftige Fälle grundsätzlich auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung.⁴¹ Das ist zu begrüßen.⁴² Sie ist nämlich wie aufgezeigt überflüssig, weil es »Nova« praktisch nicht gibt und in etwaig verbleibenden Fällen die nunmehr ausgeweitete vorbehaltene Sicherungsverwahrung greift. Sie ist überdies wegen Unverhältnismäßigkeit im Blick auf ihre hier aufgezeigten Nebenwirkungen verfassungsrechtlich nicht vertretbar. Sie ist zudem nach herrschender Meinung mit dem Urteil des *EGMR* und Art. 5, 7 EMRK unvereinbar, weil auch sie eine strafgleiche Sanktion darstellt, die vom Urteil abgekoppelt ist und eine erneute Bestrafung darstellt nach einem rückwirkend angeordneten Gesetz.⁴³

Als problematisch und auf Dauer kaum haltbar erweisen sich drei Ausnahmen des Gesetzes, in denen nachträgliche Sicherungsverwahrung beibehalten bleibt:

Ob die bisher in § 66b III StGB (neu: § 66b StGB) vorgesehene, nun beibehaltene und geringfügig ausgeweitete nachträgliche Sicherungsverwahrung nach für erledigt erklärter Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus mit der EMRK und dem Urteil des *EGMR* vereinbar ist, erscheint zumindest zweifelhaft. Zwar lässt sich dafür anführen, dass eine an sich schon im Urteil neben der Strafe rechtmäßig angeordnete potenziell lebenslange Unterbringung bei anhaltender Gefährlichkeit des Unterbrachten nur durch

37 *Freund* GA 2010, 194 ff.

38 Dazu krit. *Kreuzer* Loccumer Protokolle 63/09, 2010 S. 171 ff., 187 f.

39 *Kinzig* (o. Fn. 5, 6).

40 *Bartsch* 2006 (o. Fn. 9) S. 33 ff. *Kreuzer/Bartsch* GA 2008, 655 ff.; *Kreuzer* Anhörung des Rechtsausschusses v. 28.05.2008 zu dem Gesetzentwurf BT-Drucks. 16/6562; *ders.* Loccumer Protokolle 63/09, 2010 S. 171 ff., 188 ff.; *ders.*, früher schon: StV 2007, 598 ff., 607.

41 Begründung: BT-Drucks. 17/3043 (o. Fn. 3) S. 52 ff.

42 Einmütig befürwortet in der Expertenanhörung v. 02.09.2010 (o. Fn. 5) sowie vom Deutschen Richterbund, Stellungnahme v. 08.11.2010.

43 Unvereinbarkeit mit *EGMR* und *EMRK* nehmen z.B. an: BGH (4. Senat) StV 2010, 482 ff. *Abmed* StV 2010, 574 ff. *Bartsch* StV 2010, 521 ff. 523 f. *Kinzig* NSTz 2010, 233 ff. 239; *ders.* (o. Fn. 5); *Kreuzer/Bartsch* Forum Strafvollzug 2010, 124 ff. 132; *Kreuzer* (o. Fn. 5); *Müller* StV 2010, 207 ff. 211f.; *Renzikowski* BT, 15. Wahlper., Anhörung Rechtsausschuss, Prot. d. 47. Sitzung v. 5.5.2004 S. 18 ff., 40 ff.; *Ullenbruch* BT-Drucks. 16/652, Anhörung Rechtsausschuss v. 28.05.2008 Prot. S. 43 ff., 48 ff.; *ders.*, MüKo StGB § 66b Rn. 51 ff. Die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 17/3403 (o. Fn. 3) S. 53 hält prozesstaktisch im Blick auf die zu erwartenden Entscheidungen des *EGMR* an der gegenteiligen Auffassung fest.

eine andere ausgetauscht wird.⁴⁴ Aber man kann einwenden, die eine Maßregel sei aus Rechtsgründen erledigt, die andere werde – im Ursprungsurteil nicht vorgesehen oder wenigstens vorbehalten – erstmals angeordnet, abgekoppelt vom Urteil, sei also eine Art Zweitbestrafung.⁴⁵ Bislang sind solche Anordnungen vom *BGH* etwa ein halbes Dutzend mal bestätigt worden. Sie sind also selten und könnten mit in der forensisch-psychiatrischen Unterbringung »versteckten Sicherungsverwahrungen« zu tun haben.⁴⁶

Gravierender ist die Kritik daran, dass im Gesetz an der nachträglichen Sicherungsverwahrung für nach Jugendstrafrecht Verurteilte festgehalten wird. Das JGG wird lediglich der neuen prozeduralen Konzeption in § 81a JGG angepasst. Begründet wird der Fortbestand der schon seinerzeit äußerst umstrittenen Maßnahme⁴⁷ nicht. Mutmaßlich ist auch hierbei eine prozesstaktische Haltung maßgebend, da die Bundesregierung an ihrem Standpunkt in den bei dem *EGMR* anhängigen Verfahren festhalten will, nachträgliche Sicherungsverwahrung sei mit der EMRK vereinbar. Sollte nach dem erwartbaren Verdikt durch den *EGMR* auch diese Form der Verwahrung scheitern, wird die Sicherungsverwahrung nach JGG erneut zu regeln sein. Nur in ganz wenigen Fällen ließe sich eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung für nach Jugendstrafrecht Verurteilte rechtfertigen, wenn die Anlasstat eine schwere Gewalt- oder Sexualstraftat darstellt, deretwegen allein – und nicht wie bisher »wegen oder auch wegen eines Verbrechens« in § 7II JGG – schon eine Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren verwirkt und die symptomatisch für eine schwere seelische oder Persönlichkeits-Störung ist, so dass sich eine entsprechende Gefährlichkeit abzeichnet.

Die gewichtigste Ausnahme betrifft »Altfälle«, zu denen die Neuregelung alle Fälle rechnet, in denen auch die letzte für die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung relevante Katalogtat vor dem Inkrafttreten der Neuregelung begangen wurde.⁴⁸ Nach dem neuen Art. 316e I S. 2 EGStGB ist auf sie das bisherige Recht anzuwenden. Das hätte, bliebe es dabei, schwerwiegende Folgen. Die aufgezeigten Probleme schädlicher Nebenwirkungen dieser nachträglichen Verwahrung im Strafvollzug für die 7.000–10.000 Gefangenen mit »f.V.nSV«, für die Angehörigen, für die Vollzugsmitarbeiter, für die Bürokratie, außerdem für die Strafvollstreckungskammern und den *BGH*, die weiter ominösen »Nova« nachspüren müssten, ebenso für die Vollstreckungsbehörden, die mit wenig Aussicht auf Erfolg Anträge auf Anordnungen nachträglicher Verwahrung ausarbeiten müssten, würden noch viele Jahre mitgeschleppt werden. Gründe für diese gesetzgeberische Entscheidung sind wahrscheinlich in der genannten abwartenden und beharrenden prozesstaktischen Haltung gegenüber dem *EGMR* zu sehen, außerdem darin, dass man über den im Gesetz erzielten Kompromiss der Regierungskoalition hinaus eine restriktivere Regelung für Altfälle nicht hätte politisch durchsetzen können. So darf man nur hoffen auf eine baldige Entscheidung des *BVerfG* oder *EGMR* gegen das Institut der nachträglichen Sicherungsverwahrung. Dann erst kann der mit den »f.V.nSV« gekennzeichnete Ballast über Bord geworfen werden. Sollte es so kommen, entstünde aber erneut die Frage, ob gegen für weiterhin gefährlich gehaltene Strafgefangene nach Strafende eine anderweitige Unterbringungsform vorgesehen werden kann. Man

wird für sie vermutlich erneut auf das ThUG zurückgreifen, sollte es bis dahin justizieller Überprüfung Stand halten.

2. Vorbehaltene Sicherungsverwahrung

Das Gesetz weitet die vorbehaltene Sicherungsverwahrung schon wegen des grundsätzlichen Fortfalls der nachträglichen entsprechend aus. Das ist unbedingt zu begrüßen. Er schließt sogar vielfach zuvor in der Politik beklagte »Schutzlücken«. Der vorgeschlagene Weg ist gangbar. Den Anforderungen des *EGMR* wird entsprochen. Der Verurteilte und alle Beteiligten erfahren im Urteil bestimmt genug, woran sie sind. Darauf allein kommt es rechtsstaatlich an. Alle können sich darauf einstellen und dahingehend wirken, die Gefährlichkeitsprognose später für den Betroffenen als günstiger zu beurteilen und die Anordnung des Vollzugs der SV zu vermeiden. Deshalb überzeugen die von *Kinzig*⁴⁹ geäußerten Bedenken gegenüber der Vereinbarkeit mit dem Urteil des *EGMR* nicht. Es ist ähnlich wie bei dem Schuldspruch mit Jugendstrafvorbehalt in §§ 27 ff. JGG oder der Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB. Die Anordnung der Verwahrung im Nachverfahren stützt sich auf das im Urteil zuvor in Aussicht Gestellte. Der Vorbehalt im Urteil klärt zugleich, dass sich die Prognose nur auf den Jetzt-Zeitpunkt bezieht (§§ 66 I 1 Nr. 4, 66a I Nr. 3 StGB neu), nichts über die weitere Entwicklung, also mögliche Änderung der Einschätzung besagt. Damit wird der Strafvollzugseinrichtung bedeutet, dass sie nicht wie bislang bei anfänglicher Sicherungsverwahrung üblich von einer »Anschluss-SV« ausgehen und deswegen geeignete Behandlungsangebote, Sozialtherapie oder Lockerungen hintanstellen darf. Neu und begrüßenswert ist die in § 275a StPO verankerte Pflicht, richterlich Betroffene über die Bedeutung des Vorbehalts aufzuklären. Dem entgegengesetzt wird der gesetzliche Vorbehalt bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung gegenüber dem Verurteilten verschwiegen, sogar im Vollstreckungsplan verheimlicht.⁵⁰ Vor allem bedarf es keiner »neuen Tatsachen« oder »neuen Erkenntnisse« mehr während des Strafvollzugs, um eine spätere tatsächliche Anordnung der Sicherungsverwahrung zu begründen. Sollte sich die anfängliche Einschätzung einer wahrscheinlichen Gefährlichkeit nach Ablauf eines größeren Teils der Strafzeit

44 So die Begründung BT-Drucks. 17/3403 (o. Fn. 3) S. 55 f. unter Hinweis auf Nichtannahmebeschlüsse des BVerfG v. 05.08.2009 – 2 BvR 2098/08 und 2 BvR 2633/08; ähnlich *Rissing-van Saan* Expertenanhörung v. 02.09.2010 (o. Fn. 5).

45 So *Kinzig* und *Kreuzer* in derselben Expertenanhörung (o. Fn. 5) und Stellungnahme des DRiB (o. Fn. 42). Erwägenswer ist die Empfehlung des DRiB, künftig die Maßregel nach § 63 StGB im Bedarfsfall mit vorbehaltener Sicherungsverwahrung zu kombinieren.

46 Zahlenangabe nach Begründung BT-Drucks. 17/3403 (o. Fn. 3) S. 55. Zu offensichtlich fehlerhaften Unterbringungen *Leygraf* und *Rissing-van Saan* (o. Fn. 5).

47 Die Kritik in der Anhörung des Rechtsausschusses war 2008 fast einhellig (BT-Drucks. 16/652, Anhörung v. 28.5.2008): *Graebisch*, *Kinzig*, *Kreuzer*, *Seifert*, *Schäfer*, *Ullenbruch*. Kritik am Gesetzentwurf 2010 von *Kreuzer* (o. Fn. 5) und mit eingehender Begründung vom DRiB (o. Fn. 42).

48 Vgl. BT-Drucks. 17/3403 (o. Fn. 3) S. 53. Die Weitergeltung kritisiert auch der DRiB (o. Fn. 42).

49 *Kinzig* NStZ 2010, 233 ff. 239; *ders.* Expertenanhörung (o. Fn. 5). Die anderen Experten (o. Fn. 5) haben keine Bedenken gegenüber der Vereinbarkeit mit *EGMR* und EMRK geäußert; das entspricht herrschender Lehre, vgl. Nachw. bei *Kreuzer/Bartsch* GA 2008, 655 ff. Fn. 27; BT-Drucks. 17/3403 (o. Fn. 3) Begründung S. 41. Wie hier auch die Stellungnahme des DRiB (o. Fn. 42) unter Hinweis auf ein entsprechendes Urteil des *EGMR* v. 24.06.1982, EuGRZ 1984, 6 f.

50 Dazu mit Nachw. *Kreuzer* in: psychosozial 29, Nr. 104, 2006 Heft II S.11 ff. 19.

bestätigen – nunmehr unter Berücksichtigung zusätzlich auch etwaiger Behandlung und Verhaltensänderungen im Strafvollzug sowie einer Entlassungsperspektive –, kann die Sicherungsverwahrung angeordnet werden.⁵¹

Der Vorbehalt wird gegenüber der alten Regelung in § 66a StGB in mehrerlei Hinsicht ausgeweitet: Erstens genügt – unserem Modell folgend – eine im Urteilszeitpunkt wahrscheinliche Gefährlichkeit, und auch der Hang muss nur wahrscheinlich sein; bei Anordnung der Sicherungsverwahrung im Nachverfahren muss die Gefährlichkeit als sichere, aber der Hang nicht mehr festgestellt werden.⁵² Zweitens wird wegen der Abschaffung nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 66b II StGB eine entsprechende »Ersttäterregelung« konsequent in den neuen § 66a II StGB übernommen; in den Katalog von Anlasstaten werden gemeingefährliche Delikte einbezogen;⁵³ auf »Nova« kommt es nicht mehr an. Drittens wird in § 66a III StGB die Frist für eine Anordnung im Nachverfahren ausgeweitet bis zur vollständigen Vollstreckung der Strafe oder bis zur Aussetzung eines Strafrestes zur Bewährung.

Gelegentlich wird befürchtet – und wurde auch unserem Modell gegenüber eingewandt⁵⁴ –, ein bloßer Vorbehalt und eine Absenkung der Gefahrsicherheit im Urteil könnten gerichtliche Hemmungen gegenüber einer Anordnung herabsetzen, womöglich zu inflationärer Anwendung führen. Diese Bedenken dürften kaum realistisch sein. Schon bisher hat sich die Rechtsprechung äußerst kritisch und restriktiv gegenüber den entsprechenden gesetzlichen Instrumenten dieser Maßregel gezeigt, insbesondere auch gegenüber § 66a und § 66b StGB. Diese Zurückhaltung wird wohl anhalten. Zudem müssen harte Kriterien geprüft und festgestellt werden (Vorstrafen, Strafhöhe, Katalogtat, Tatsymptomatik, Persönlichkeitsmerkmale im Rahmen der Gefährlichkeitseinschätzung usw.). Auch handelt es sich um eine Ermessensvorschrift im Gegensatz zu § 66 StGB. Die verbal leichte Abstufung der Feststellung einer Gefährlichkeit wird den meisten Begutachtungen tatsächlich gerecht werden, die im Urteilszeitpunkt fast immer Einschränkungen wegen des ungewissen weiteren Verlaufs während der Haftjahre machen. Wenn dann einige wenige Fälle einbezogen werden, die bisher mit § 66b StGB nicht erfasst werden konnten, etwa mangels »Nova«, ist das gewollt und macht den Zugewinn an Sicherheit aus. Umgekehrt entfällt der Ballast der »f.V.nSV« für viele Tausende Gefangener.

Die Politik wird zur Praxis dieser vorbehaltenen, ebenso der anfänglichen Sicherungsverwahrung Evaluationen veranlassen müssen, die auch vom *BVerfG* verlangt werden und deren Befunde eine Überprüfung dieser Instrumente veranlassen könnten. Dabei wird zugleich zu klären sein, wie sich die Bestimmungen zur Sicherungsverwahrung, zumal die Straf Grenzen, auf »Verständigungen«, vormals »Verfahrensabsprachen«, auswirken.⁵⁵ Zwar verbietet jetzt § 257c II 3 StPO, Maßregeln zur Besserung und Sicherung in Verständigungen einzubeziehen, aber es verbleiben informelle Möglichkeiten, dies zu umgehen, etwa über das Unterschreiten entsprechender Strafhöhen.

3. Anfängliche Sicherungsverwahrung

Entgegen unserem Vorschlag für eine einzige vorbehaltene Sicherungsverwahrung hält das neue Gesetz an der anfänglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB grundsätzlich

fest. Im Sinne der ultima-ratio dieser Maßregel wird sie aber nach Anlassdelikten enger gefasst. Wie von vielen vorgeschlagen⁵⁶ sollen im Kern nur Straftaten »gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung« in Frage kommen, außerdem Teilbereiche der §§ 145a und 323a, ferner – auf Vorschlag in einer Anhörung⁵⁷ – Taten aus dem 28. Abschnitt des StGB, wobei vor allem an Brandstiftungsdelikte gedacht war. Eine weitere Beschränkung folgt aus § 66 I Nr. 1b StGB, wonach die Straftatbestände Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren als Obergrenze vorsehen müssen. Gleichzeitig werden aber alle anderen Delikte mit solcher Strafandrohung einbezogen, so dass die wünschenswerte strenge Begrenzung auf Sexual- und Gewalttaten durchbrochen wird. Freilich genügen nicht etwa einfache Einbrüche nach §§ 242, 243 StGB, da für die Deliktseinordnung § 12 III StGB heranzuziehen ist (§ 66I S. 1 Nr. 1b, S. 2 StGB).⁵⁸ Heiratsschwindler, einfache Scheckbetrüger oder Einbrecher ohne Waffen und ohne Bandenzuordnung sind jetzt also nicht mehr erfasst. Eine deutlich stärkere Eingrenzung wäre aber zu begrüßen gewesen, so dass alle Vermögensdelikte und andere jetzt erfasste Verbrechen außen vor geblieben wären.⁵⁹ Insbesondere werden alle Verbrechen des BtMG umfasst, die häufig von kranken Drogenabhängigen begangen werden. Sie müssten künftig bei strenger Anwendung dieser obligatorisch vorgesehenen Sicherungsverwahrung auch mit dieser Maßregel des § 63 StGB neben der nach § 64 StGB belegt werden. Das hat mit einer ultima ratio kaum noch etwas zu tun.

Der Gesetzgeber hat in § 66 IV 3 StGB die »Rückfallverjährung« für berücksichtigungsfähige Sexualstraftaten als Vortaten unter Hinweis auf entsprechende Rückfallstudien von fünf auf fünfzehn Jahre ausgeweitet. Das erscheint verständlich, ist doch zumindest in einem äußerst brisanten Fall bisher die Anordnung gescheitert, obwohl erhebliche Wiederholungsgefahr und eine entsprechende Persönlichkeitsstörung durch die nach fünf Jahren begangene neue Tat erkennbar geworden waren.⁶⁰

51 So jetzt auch die Begründung BT-Drucks. 17/3403 (o. Fn. 3) S. 50; zuvor in diesem Sinn schon *Kreuzer/Bartsch* GA 2008, 655 ff. 666; *Kreuzer* in der dort erwähnten Anhörung im Rechtsausschuss v. 28.05.2008 sowie in einer informellen Anhörung (vgl. GA 2008, 655).

52 Der Verzicht auf die Feststellung des Hangs im Nachverfahren wurde in der Anhörung (o. Fn. 5) von *Kinzig* als Ausweitung kritisiert, wird aber einleuchtend in der Amtlichen Begründung BT-Drucks. 17/3403 S. 49 f. gerechtfertigt und dürfte keine echte Ausweitung sein, zumal neue Erkenntnisse zum Hang im Vollzug nicht erwartbar sind und eine sichere Feststellung der Gefährlichkeit schwer vorstellbar ist, wenn gleichzeitig kein Hang angenommen würde, der im Urteil noch als wahrscheinlich erachtet wurde (vgl. dazu auch schon BGH-Entscheidungen, nachgewiesen bei *Fischer* StGB 57. Aufl. § 66 Rn. 27).

53 Das war in der Anhörung (o. Fn. 5) empfohlen worden.

54 *Kreuzer/Bartsch* GA 2008 655 ff. 666, unter Hinweis auf zwei Anhörungen.

55 Vgl. Amtl. Begründung BT-Drucks. 17/3403 S. 39.

56 In den Anhörungen (o. Fn. 5) haben sich vor allem *Kinzig*, *Kreuzer*, *Rissing-van Saan* dafür ausgesprochen.

57 So u.a. *Rissing-van Saan* (o. Fn. 5).

58 Dadurch werden Befürchtungen von *Kinzig* in der Anhörung (o. Fn. 5) zerstreut.

59 So insb. von *Kinzig* und *Kreuzer* in der Anhörung empfohlen (o. Fn. 5), auch vom DRiB (o. Fn. 42). Der Rechtsausschuss hat dies ansatzweise in der Gesetzesmodifikation berücksichtigt (o. Fn. 3).

60 Vgl. Begründung BT-Drucks. 17/3403 S. 40 f. (unter Hinweis auf den »Fall Karl D.«). Eine Fristverlängerung bis zu zehn Jahren war zuvor empfohlen und im Gesetzentwurf berücksichtigt worden (*Kreuzer/Bartsch*, GA 2008, 655 ff. Die Erhöhung auf 15 Jahre ist im Rechtsausschuss beschlossen worden (o. Fn. 3).

Im neuen Gesetz ist eine weitere Anregung aus einer Anhörung aufgegriffen worden und in Art. 316e III 1, 2 EGStGB eine dem Gerechtigkeitsgebot folgende »Meistbegünstigung« für Altfälle vorgesehen. Soweit Anlasstaten einer Sicherungsverwahrung, die vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes angeordnet war, heute nicht mehr unter § 66 StGB fallen, sind die noch Untergebrachten nach einer sinnvollen halbjährigen Vorbereitungsphase freizulassen und unter Führungsaufsicht zu stellen.⁶¹

Bei einer künftigen Überarbeitung dieser Gesetzgebung sollte nicht nur eine konsequentere Beschränkung der Anlassstrafatbestände auf Gewalt- und Sexualdelikte überdacht werden, sondern eine weitere Eingrenzung der anfänglichen Sicherungsverwahrung nach der Wertigkeit der Anlasstaten. Da es sich um eine obligatorische Anordnung handelt, sollten deswegen nur Anlasstaten Auslöser der Maßregel sein dürfen, deretwegen eine Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verhängt wird.

4. Verbesserungen der Führungsaufsicht

Das neue Gesetz hat einige Bestimmungen zur Führungsaufsicht angepasst und vor allem in § 68b I Nr. 12 StGB die stark diskutierte Möglichkeit elektronischer Überwachung des Aufenthaltsorts nach Entlassung aus der Sicherungsverwahrung vorgesehen.

Die eigentlichen Schwierigkeiten während der Führungsaufsicht sind nicht rechtlicher sondern tatsächlicher Art und von den Ländern zu bewältigen. Die Bewährungshilfe in der Führungsaufsicht ist für diese Klientel personell besser auszustatten und zu spezialisieren. Entlassungsarrangements sind frühzeitig in enger Zusammenarbeit von Vollzugsanstalt, zu Entlassendem, konkret verantwortlichem Bewährungshelfer der Führungsaufsicht, Vollstreckungsgericht, Aufnahmestellen – Angehörige, Freunde, Einrichtungen betreuten Wohnens, Übergangseinrichtungen –, örtlichen Stellen der Polizei, Gemeindeverwaltung, Sozialdienste – Klärungen über Wohnunterkunft, Versicherungen, Sozialhilfe, mögliche Arbeitsplätze usw. – zu gestalten. Sie müssen individuell abgestimmt werden, denn jeder Fall weist wichtige Besonderheiten auf. Deswegen verbieten sich zugleich schematisierte, formularmäßige gerichtliche Auflagen zur Führungsaufsicht. Manche zu Entlassende sind der Freiheit völlig entwöhnt, hatten keine Haftlockerungen, sind unfähig selbständig zu leben, teils nahezu vergeist; für sie müssen Möglichkeiten betreuten Wohnens gefunden werden. Nicht nur hierbei kann man von dem inzwischen sehr differenzierten und flexiblen Entlassungsarrangement in der forensischen Psychiatrie lernen. Sträflich wurde nach dem Urteil des *EGMR* vom Dezember 2009 vernachlässigt, sich auf die zu erwartenden 100–300 Freilassungen sogleich einzustellen;⁶² Politiker legten geradezu den Gerichten und Anstalten nahe, Entlassungen abzulehnen und nötige Vorbereitungen zu unterlassen, statt dessen auf Zeit zu spielen und nebulöse neue Unterbringungsmöglichkeiten. So wurden und werden immer wieder mal Untergebrachte von heute auf morgen unvorbereitet entlassen und dann unsinnig, kostspielig, rechtlich fragwürdig rund um die Uhr polizeilich bewacht. Rückfallrisiken werden so erhöht. Das neue Gesetz ändert nichts grundsätzlich an dieser Situation umgehend notwendiger Entlassungsvorbereitungen.

Die nunmehr bundesgesetzlich den Ländern eröffnete Möglichkeit, im Rahmen der Führungsaufsicht den Aufenthalts-

ort Freigelassener elektronisch überwachen zu lassen (»Elektronische Fußfessel«) und die dafür nötigen rechtlichen Voraussetzungen zur Art des Umgangs mit dem Gerät, dem Datenschutz und Befristungen zu schaffen (§§ 68b I 1 Nr. 12, II StGB, 463a IV StPO), ist zu begrüßen. Nur bei einzelnen Entlassenen verbessert dies eine angemessene Überwachung. Seltener wird es wie bei bisherigen Handhabungen in Hessen und Baden-Württemberg darauf ankommen und genügen, die Zeiten des Verlassens eines Wohnraums zu überwachen. Eher wird es nötig sein, unter Einsatz von »Global Position Systems« mobil den Aufenthaltsort von Probanden zu überwachen nach Vorbildern etwa in Frankreich und den USA.⁶³ Nur dann wird die präventive Wirkung eintreten, dass zu Rückfälligkeit neigende Entlassene wegen der hohen Entdeckungsgefahr erneute Taten unterlassen. Wir haben es mit einem Experimentierfeld in der kriminalpolitischen Gestaltung zu tun, auf dem technische und soziale Erfahrungen gesammelt, ausgewertet werden und später ggf. in gesetzliche Korrekturen münden müssen.⁶⁴

Die Durchführung setzt ein intaktes, personell und technisch hinreichend ausgestattetes System vor Ort voraus, das jederzeitige Überwachung und Intervention gewährleistet. Es ist kostspielig, dürfte aber kostengünstiger, wirksamer und rechtlich vertretbarer sein als polizeiliche Rund-um-die-Uhr-Bewachung, die lediglich als fragwürdige Beruhigung von Öffentlichkeit zu werten ist.

5. Bundes- und landesrechtlich ausstehende Regelungen zum Vollzug

Die Länder sollten eigenständige Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetze schaffen. Nur so lässt sich weitgehendes Verweisen auf Recht und Praxis des Strafvollzugs in Landesstrafvollzugs-Gesetzen vermeiden und gewährleisten, dass die Gestaltungsvorgaben des *BVerfG* (Abstands-, Resozialisierungs- und Beweislastumkehr-Gebot) umgesetzt und die nötigen Neukonzeptionen erarbeitet werden. Dazu gehört es u.a., differenzierte Angebote mit Sozialtherapie einerseits, nach innen freizügigen Wohngruppen und Lebensformen andererseits für nicht, noch nicht oder nicht mehr Behandelbare nach Art von »Longstay-Einrichtungen« vorzusehen und wirksame, flexible Entlassungsarrangements rechtzeitig zu planen. Mahnungen vom *BVerfG* und auch von Oberlandesgerichten, im vorausgehenden Strafvollzug und in der anschließenden Sicherungsverwahrung alle Behandlungs- und Erprobungsmöglichkeiten – einschließlich entlassungsrelevanter Lockerungen – einzusetzen, laufen oft ins Leere, bleiben weitgehend folgenlos unbeachtet.⁶⁵ Daher ist zu erwägen, bundesgesetzlich das Vollzugsziel der Sicherungsverwahrung unter Einschluss obligatorischer Resozialisierungsangebote vorzugeben. In dem vorangehenden Strafvollzug

61 Begründung BT-Drucks. 17/3403 S. 78 ff., 81 ff. Dies war insb. von *Kinzig* und *Kreuzer* in einer Anhörung angemahnt worden (o. Fn. 5), später auch vom DRiB (o. Fn. 42).

62 *Verf.* hatte sogleich nach dem Urteil zu rechtzeitiger Vorbereitung gemahnt: ZEIT ONLINE v. 17.12.2009; *ders.* FAZ v. 11.03.2010 S. 8; *ders./Bartsch* Forum Strafvollzug 2010, 124 ff. *Kreuzer* schr. Stellungnahme in der Anhörung (o. Fn. 5).

63 Befunde dazu in der Aml. Begründung BT-Drucks. 17/3403 S. 26 ff.

64 Dazu grundlegend *Hoffmann-Holland* Der Modellgedanke im Strafrecht, 2007.

65 *Bartsch* (o. Fn. 9) S. 203 ff. *Kreuzer/Bartsch* Forum Strafvollzug 2010, 87 ff., 89 ff.

sind »eindringliche Resozialisierungsversuche«⁶⁶ zu bieten. Sollten sie rechtswidrig unterbleiben, könnte daran eine gesetzliche Verwirkung des Anspruchs geknüpft werden, Sicherungsverwahrung anschließend anzuordnen.⁶⁷

IV. Therapieunterbringungsgesetz für »Parallelfälle«
Skepsis ist angebracht gegenüber verfassungs- und europarechtlicher Vereinbarkeit des »Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG)« für die vom Urteil des *EGMR* mit betroffenen »Parallelfälle«. Es soll von den Ländern in entsprechenden Einrichtungen umgesetzt werden und nach § 1 I ThUG (nur?) für »Parallelfälle« der jetzt aus der Sicherungsverwahrung zu Entlassenden und nach § 1 II ThUG sogar für bereits entlassene Personen mit psychischen Störungen und darauf beruhender Gefährlichkeit gelten. Das Verfahren ist analog dem des FamFG als solches der Freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Zuständigkeit einer Zivilkammer des Landgerichts ausgestaltet. Die Unterbringung kann nach zweifacher und jeweils im Rhythmus von 18 Monaten zu wiederholender Begutachtung angeordnet oder verlängert werden. Betroffen seien zur Zeit 122, künftig weitere 230 Personen.⁶⁹

Zunächst fällt schon auf, dass manche Politiker meinen, nahezu alle Altfälle erfassen zu können. Der weit zu definierende Begriff »psychische Störung« brauche nicht das Ausmaß einer schuldausschließenden Krankheit zu erreichen.⁷⁰ Andere sehen nur einen Teil Verwarhter als erfassbar an.⁷¹ Der Begriff »psychische Störung« ist aber zu weit, weil er den in Art. 5 I S. 2 lit e) EMRK umschriebenen Haftgrund für »persons of unsound mind«, also »Geisteskranke bzw. Unzurechnungsfähige«⁷², deutlich überzieht. Auf diesen Haftgrund wird ausdrücklich Bezug genommen. Hinzuweisen ist auf die Äußerungen des *EGMR* dazu in der Entscheidung »M. gegen Deutschland«, bei dem Beschwerdeführer sei trotz narzisstischer Persönlichkeitsstörung keine psychische Krankheit festgestellt worden, die einen Grund zur Freiheitsentziehung hätte geben können. Der *BGH* hat sogar einen Betroffenen, der zuvor in den Maßregelvollzug nach § 63 StGB gelangt war, nicht als durch diese Haftform der EMRK erfasst erachtet.⁷³

Tatsächlich könnten also allenfalls wenige in eine solche Einrichtung verbracht werden. Anderenfalls wäre ja im Ausgangsurteil nach §§ 20, 21, 63 StGB die Maßregel der psychiatrischen Unterbringung angeordnet worden. Diese wenigen mit psychischen Erkrankungen – einfache psychische oder »antisoziale« Persönlichkeitsstörungen, die ja bei Straftätern sehr häufig vorliegen, scheiden aus –, bei denen unmittelbar Gefahren neuer schwerer Straftaten drohen, könnten nach Landesunterbringungsrecht schon jetzt in geschlossene Kliniken eingewiesen werden. Dann handelt es sich eben um länderrechtliche Gefahrenabwehr. Ein Bundesgesetz wäre überflüssig, ja kompetenzrechtlich unzulässig.

Mit dem Gesetz wird eine Art Quadratur des Kreises versucht: wegen der Bundeszuständigkeit für Strafrecht und als Ersatz für die Sicherungsverwahrung größtmögliche Nähe zur strafrechtlichen Sanktion, wegen des Verdikts aus Straßburg zur rückwirkend ausgeweiteten, strafgleichen, inhaltlich kaum therapeutisch ausgestalteten Sicherungsverwahrung größtmögliche Nähe zu einer Einrichtung für psychisch Kranke i.S.d. Art. 5 I lit. e) EMRK.

Dass sich die neue Unterbringung keineswegs »fundamental von Strafe, aber auch von der Sicherungsverwahrung« unterscheidet⁷⁴, dass es sich im Wesentlichen um bloßen Austausch verbalen und prozeduralen Rahmenwerks handelt, dass alter Wein in neue Schläuche gegossen wird, ja dass Etikettenschwindel, eine Umgehung des Straßburger Urteils vorliegt, wird an Details sichtbar. Die inhaltliche Ausgestaltung gebietet just all das, was das *BVerfG* mit Abstands- und Resozialisierungsgebot, Umkehr der Beweislast, Beschränkung als ultima ratio für jede Sicherungsverwahrung gefordert hat. Deshalb fragt man sich, worin der Unterschied zu einem reformbedürftigen Sicherungsverwahrsvollzug liegen soll. Auch er muss beispielsweise so kurz wie möglich gehalten werden, wie es § 2 Nr. 1 ThUG für die neue Unterbringung verlangt: »Behandlung...mit dem Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer«. Auch er verlangt eine »so wenig wie möglich belastende Unterbringung« und eine organisatorische Trennung vom Strafvollzug, wie in § 2 Nr. 2, 3 ThUG vorgesehen. Auch er kann aber wie die Therapieunterbringung lebenslang dauern; die neue Unterbringung kann nämlich nach jeweils 18 Monaten beliebig oft verlängert werden. Dahinter verbirgt sich die Erkenntnis, dass eben längst nicht alle Verwarhten behandelbare, die Gefährlichkeit bedingende Störungen aufweisen. Deswegen hat *Leygraf* zutreffend kritisiert, es sollten Straftäter, die als voll schuldig befunden und verurteilt seien, nunmehr in die Obhut einer Einrichtung zur Behandlung psychischer Störungen gebracht werden; es sei der »Versuch, die Psychiatrie als Ersatzreserve für das Strafrecht« zu nutzen.⁷⁵

Selbst wenn die rückwirkende Anwendung dieses Gesetzes wegen ihrer therapeutischen Ausrichtung die Hürde des Art. 7 EMRK bei dem *EGMR* überwinden könnte, bliebe sie doch eine freiheitsentziehende, potenziell lebenslange Maßnahme, die wegen einer schuldhaften Strafe und der Gefährlichkeit des Betroffenen nachträglich angeordnet würde. Es ist nicht erkennbar, wie man die Hürde des Art. 5 EMRK nehmen kann für ein eigenständiges Freiheitsentziehungsinstrument gegen einen früheren Straftäter, der die rechtmäßig angeordneten Freiheitsentziehungen bereits hinter sich hat,

66 BVerfGE 109, 133 ff., 148 f.

67 Diesen Gedanken einer Sanktionierung vollzugsorganisatorischer Verweigerung verdanke ich *Peter Wetzels*.

68 O. Fn. 3, Art. 5.

69 Ministerialdirigent *Dittmann* Badische Zeitung v. 15.10.2010.

70 *Dittmann* ebenda.

71 So jetzt auch die Aml. Begründung BT-Drucks. 17/3403 S. 3. Die übrigen Begründungen ebenda S. 31 ff., 85 ff.

72 So die deutsche Bedeutung nach *Collins* German–English, English–German Dictionary. Die deutsche Fassung spricht von psychisch Kranken; auch dieser Begriff ist enger; verbindlich der englische Begriff, der allerdings vom *EGMR* nicht eindeutig definiert wurde.

73 *BGH* 4. Strafsenat (o. Fn. 35). *Kinzig* und *Kreuzer* (o. Fn. 5) haben einer Vereinbarkeit des Vorhabens mit lit e) in Art. 5 I 2 EMRK widersprochen; *Rising-van Saan* hat zwar darauf hingewiesen, dass der Begriff »Geisteskrankheit« vom *EGMR* nicht definitorisch geklärt sei, dass aber die meisten Sicherungsverwarhten nicht darunter fielen. In der Anhörung v. 09.11.2010 (o. Fn. 6) haben sich ferner *Renzikowski* und *Leygraf* ablehnend geäußert. Zustimmung dagegen *Frommel* Bad. Zeitung v. 11.11.2010, *dies. taz* v. 29.10.2010.

74 So aber die Aml. Begründung BT-Drucks. 17/3403 (o. Fn. 3) S. 34.

75 *Leygraf* (o. Fn. 6). Ähnlich die Kritik des *DRiB* (o. Fn. 42), der darauf hinweist, dass das ThUG nur für Fälle gelten soll, in denen die vorausgesetzene Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des *EGMR* konventionswidrig war, so dass in der neuen Unterbringung eine Perpetuierung dieser Konventionswidrigkeit liege.

nunmehr aber verwahrt werden soll aus kriminalpräventiven Gründen.

Geradezu abenteuerlich erscheint es, mit diesem Instrument rückwirkend bereits wegen des Urteils des *EGMR* Entlassene erneut zu erfassen und potenziell lebenslänglich unterzubringen. Rechtlich schlägt das nun wirklich jeder Idee eines rechtsstaatlich begründeten Rückwirkungsverbots ins Gesicht; jede Berechenbarkeit wäre dahin. Tatsächlich wäre solche Rückwirkung kaum handhabbar, da das Verfahren mit doppelter Begutachtung geraume Zeit in Anspruch nähme und das Verhalten während der Zeit nach Entlas-

sung, sollten keine Straftaten bekannt werden, einer negativen Prognose den Boden entzöge; bei erneuter Straffälligkeit wäre aber eine entsprechende Sanktion ohnehin zu erwarten.

Man sollte sich des Flurschadens bewusst sein, die ein so schnell durchgezogenes, nicht ausgereiftes, ja mit dem Makel erneuten Verstoßes gegen die EMRK behaftetes Gesetz für die rechtsstaatliche Strafrechtskultur bewirken kann. Unverantwortlich wäre es, im Wunschglauben an ein solches Sicherungsverwahrungs-Substitut die jeweils zu erwartende Entlassung der Betroffenen nicht gründlich vorzubereiten.