

Franklin E. Zimring, Populism, Democratic Government, and the Decline of Expert Authority: Some Reflections on "Three Strikes" in California, 28 Pac. L.J. 243 (1996).

Internet-Quellen und Blogs:

<http://www.cdcr.ca.gov>
<http://www.hastingslawjournal.org/brown-v-plata>
<http://reason.org/blog/show/1012232.html>
<http://reason.org/news/show/ca-prison-brown-v-plata>
http://www.mercurynews.com/crime-courts/ci_18974489?source=rss
<http://californiacorrectionscrisis.blogspot.com/>
<http://prisonlaw.wordpress.com/2011/08/17/realignment-in-california-the-basics-plus-how-counties-are-preparing/>
<http://www.aclunc.org>.

Fußnoten

- 1 *Brown v. Plata*, 563 U.S. _ (2011).
- 2 Vgl. Proposition 19; dazu *Reinbacher*, DAJV-NL 2011, 50.
- 3 *Pfaff*, 98 J. Crim. L. & Criminology 547 (2008), untersucht neben anderen Hintergründen auch die Auswirkungen der *Three-Strikes*-Gesetze auf den Anstieg der Gefangenzahlen.
- 4 *Shepherd*, 31 J. Legal Stud. 159, 160 (2002): 90 % aller bundesweiten Verurteilungen nach *Three-Strikes*-Gesetzen erfolgten in Kalifornien.
- 5 Über die *Three-Strikes*-Gesetze ist schon viel und zumeist kritisch geschrieben worden, hier nur eine kleine Auswahl aus dem Schrifttum statt Vieler: *Pfaff*, 98 J. Crim. L. & Criminology 547 (2008); *Shepherd*, 31 J. Legal Stud. 159 (2002); *Vitiello*, 87 J. Crim. L. & Criminology 395 (1997); *Zimring*, 28 Pac. L.J. 243 (1996); aus der deutschsprachigen Literatur *Glasberger*, ZStW 110 (1998), 796; *Welke*, ZRP 2002, 207 (jedoch v.a. bzgl. Australien).
- 6 <http://reason.org/news/show/ca-prison-brown-v-plata>.
- 7 *Brown v. Plata*, 563 U.S. _ (2011).
- 8 *Carlson*, in: *Carlson/Garrett*, S. 25; *Dubber*, S. 3; *Reinbacher*, Das Strafrechtssystem der USA, S. 141 ff.
- 9 Zur Organisation siehe *Carlson*, in: *Carlson/Garrett*, S. 25 ff.
- 10 Website: <http://www.cdcr.ca.gov>.
- 11 Vgl. <http://www.cdcr.ca.gov/realignment/>.
- 12 Abrufbar unter: <http://gov.ca.gov/news.php?id=16964>.
- 13 Vgl. *Camacho/Mark Harvis*, 35 Los Angeles Lawyer 15 (2012).
- 14 *Camacho/Mark Harvis*, 35 Los Angeles Lawyer 15, 16 (2012).
- 15 Legislative Counsel's Digest, AB 109 (8) und (9); dazu <http://www.cdcr.ca.gov/realignment/Post-Release-Community-Supervision.html>.
- 16 Auch diese Verantwortung sowie für die Inhaftierung sämtlicher *parole violators* soll in Zukunft ebenfalls auf die Gemeinden übergehen; vgl. <http://prisonlaw.wordpress.com/2011/08/17/realignment-in-california-the-basics-plus-how-counties-are-preparing/>.
- 17 <http://californiacorrectionscrisis.blogspot.com/search/label/prison%20overcrowding>.
- 18 Bzgl. der Finanzierung der *Realignment*-Strategie vgl. insbesondere AB 87, 89, 94, 111, 118; dazu <http://www.cdcr.ca.gov/realignment/Funding-Realignment.html>.
- 19 Legislative Counsel's Digest, AB 109 (3); vgl. auch http://www.mercurynews.com/crime-courts/ci_18974489?source=rss.
- 20 *Camacho/Mark Harvis*, 35 Los Angeles Lawyer 15, 17 (2012). http://www.mercurynews.com/crime-courts/ci_18974489?source=rss.
- 21 Vgl. das besonders plakative Statement: „*Now is the time for Californians to get a dog, buy a gun and install an alarm system. The state of California is no longer going to protect you*“, der republikanischen Senatorin *Sharon Runner*, zitiert im San Francisco Chronicle, abrufbar unter: <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=c/a/2011/10/02/MNM71L9Q8Q.DTL&ao=3>.
- 22 http://www.aclunc.org/issues/criminal_justice/sentencing_reform_balance_the_budget_balance_our_priorities.shtml.

Sicherungsverwahrung im Übergang

Heinz Schöch

Die oft hektischen und einzelfallbezogenen Änderungen auf dem Gebiet der Sicherungsverwahrung seit 1998 sind durch die Urteile des EGMR vom 17.12.2009 und des BVerfG vom 4.5.2011 gestoppt worden. Gleichwohl kann von einem „Ende der Sicherungsverwahrung“¹ nicht gesprochen werden, wohl aber von einer grundlegenden Neuorientierung. Nachdem in dieser Zeitschrift die Entwicklung bis zum Urteil des BVerfG von verschiedenen Autoren behandelt worden ist,² sollen in diesem Beitrag die Konsequenzen aus diesem Urteil und die Reformpläne zur Neugestaltung der Sicherungsverwahrung im Mittelpunkt stehen.

I. Bisherige Entwicklung

Die mit anderen Maßregeln der Besserung und Sicherung durch das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24.11.1933 ins StGB aufgenommene Sicherungsverwahrung wurde nach dem 2. Weltkrieg weitgehend unverändert in das deutsche Strafgesetzbuch übernommen. In den 50er- und 60er-Jahren dokumentierte die kriminologische Sanktionsforschung, dass die Sicherungs-

verwahrung ganz überwiegend für gewaltlose Eigentums- und Vermögenstäter zur Anwendung kam, während Gewalt- und Sexualtäter nur zu einem geringen Teil erfasst wurden.

Deshalb hat der Gesetzgeber die Sicherungsverwahrung im 1. StrRG mit Wirkung ab 1.4.1970 grundlegend verändert (damals § 42e StGB) und im 2. StrRG mit Wirkung ab 1.1.1975 inhaltsgleich in § 66 StGB übernommen. Um ihren Charakter als „letzte Notmaßnahme der Kriminalpolitik“ deutlicher hervortreten zu lassen, wurden u. a. die materiellen Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung erhöht (§ 66 I Nr. 3 StGB a.F.) und die erstmalige Vollstreckung der Sicherungsverwahrung auf zehn Jahre begrenzt (§ 67d I 1 StGB a.F.). Im Vergleich zu den 60er-Jahren gingen dadurch die Anordnungen seit Mitte der 70er-Jahre von über 200 auf 30 bis 50 pro Jahr zurück, ebenso die Zahl der an einem Stichtag untergebrachten Sicherungsverwahrten von über 1400 auf ca. 180 – 210 in den 80er- und 90er-Jahren (s. Tab. 1 und Abb. 1, 2).

Unter dem Eindruck zweier Sexualmorde an Kindern in den Jahren 1996 und 1997 hat das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998 (SexBG) eine Entwicklung eingeleitet, die – trotz Rückganges der Tötungsdelikte allgemein und der Sexualmorde an Kindern im Besonderen – in den Folgejahren zu einer Reihe von Gesetzesverschärfungen geführt hat, mit denen „Sicherheitslücken“ im Bereich der Sicherungsverwahrung geschlossen werden sollten.

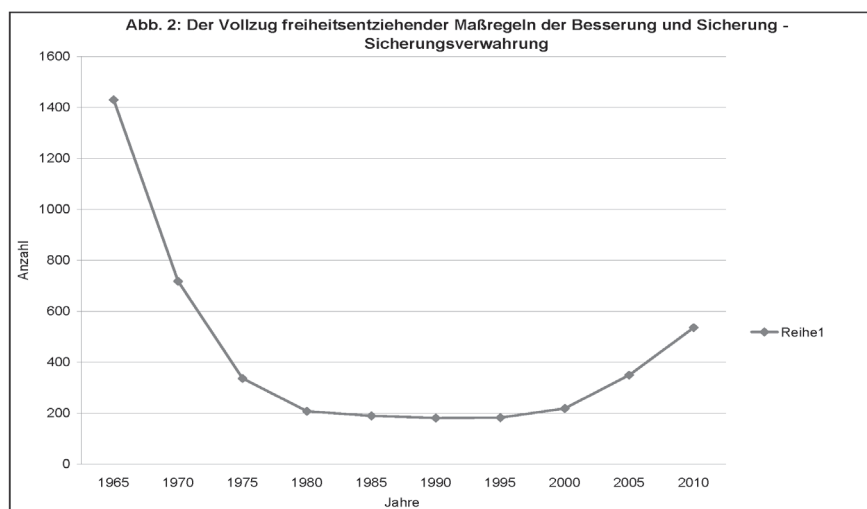
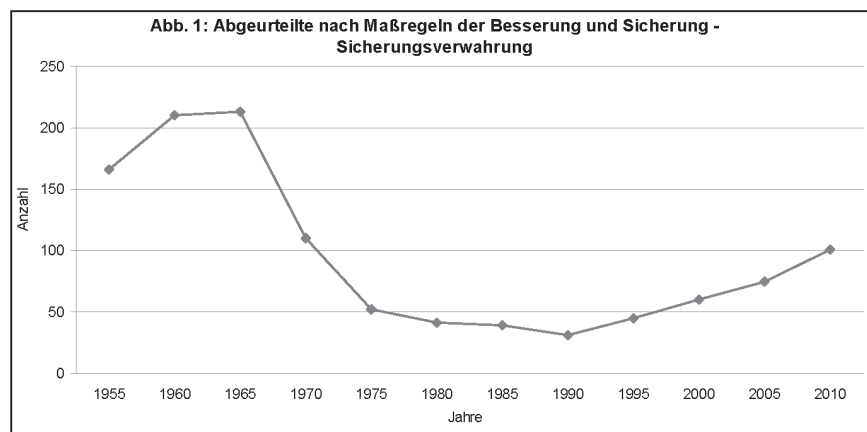
Zunächst wurden in einem neuen § 66 III StGB die formellen Voraussetzungen herabgesetzt. Während bis dahin Sicherungsverwahrung erst bei der 3. gewichtigen Tat angeordnet werden durfte, kam sie nach dem neuen § 66 III StGB bei allen Verbrechen sowie bei gewissen Sexual- und Gewaltvergehen schon bei der ersten Rückfall- oder Wiederholungstat in Betracht. Außerdem wurden die Zehnjahresbegrenzung für die erste Sicherungsverwahrung gemäß § 67d III StGB rückwirkend beseitigt (§ 67d III i.V. mit § 2 VI StGB, Art. 1a III EGStGB) und die Anforderungen an die Aussetzung zur

Bewährung verschärft (§ 67d II StGB). Die jährlichen Anordnungen stiegen vor allem aufgrund dieser Änderungen von ca. 40 auf über 100 seit 2008, die Zahl der Untergebrachten am Stichtag 31.3. jeden Jahres von 200 auf 524,³ also jeweils um mehr als das Zweieinhalbfache.

und Niedersachsen Gesetze über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Straftäter auf polizeirechtlicher Grundlage, nach denen bis Juni 2004 acht weitere Personen im Anschluss an eine volle Strafverbüßung als Sicherungsverwahrte untergebracht waren.

Tabelle 1: Abgeurteilte mit Sicherungsverwahrung

Jahr	Anordnung von Sicherungsverwahrung	Vollzug von Sicherungsverwahrung Stichtag 31.3.	Jahr	Anordnung von Sicherungsverwahrung	Vollzug von Sicherungsverwahrung Stichtag 31.3.
1965	213	1.430	1995	45	183
1970	110	718	2000	60	219
1975	52	337	2005	75	350
1980	41	208	2007	79	427
1985	39	190	2008	111	448
1990	31	182	2009	107	491
1995	45	183	2010	101	536



Im Jahr 2002 folgte die vorbehaltene Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB a.F.), die weitgehend „totes Recht“ blieb.⁴ 2001/02 erließen die Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern, Sachsen-Anhalt, Thüringen

Mit Urteil vom 10.2.2004 entschied das BVerfG, dass die Straftäterunterbringungsgesetze des Freistaates Bayern und des Landes Sachsen-Anhalt mit den Gesetzgebungskompetenznormen des Grundgesetzes un-

vereinbar seien, da es sich um Strafrecht i.S. von Art. 74 I Nr. 1 GG handle.⁵ Allerdings erklärte die Mehrheit von fünf Richtern gegen das Sondervotum von drei Richtern die Gesetze nicht für nichtig, sondern bis zum 30.9.2004 für anwendbar, um dem Bundesgesetzgeber Gelegenheit zu einer verfassungskonformen gesetzlichen Regelung zu geben. In der Literatur wird vermutet, dass die Senatsmehrheit bei diesem faktischen Gesetzgebungsauftrag für eine bundesgesetzliche Regelung der nachträglichen Sicherungsverwahrung auch unter dem Eindruck einer skandalösen Medienkampagne in der BILD-Zeitung im Dezember 2003 und Januar 2004 stand,⁶ in der u.a. auf einer Abbildung BGH-Richter des 4. Strafsenats wie Schwerverbrecher mit Augenbalken versehen „auf die Anklagebank gesetzt“ wurden. Sie hatten eine vom LG Bochum angeordnete Sicherungsverwahrung aus zwingenden rechtlichen Gründen aufgehoben und der Freigelassene hatte anschließend eine Frau vergewaltigt. Die Titelüberschriften lauteten u. a.: „Saustall Justiz“, „Skandalrichter“, „Schämen Sie sich, Herr Richter“. Sicher darf man den Bundesverfassungsrichtern keine mangelnde Zivilcourage unterstellen, aber die Sorge, dass das Ansehen des Gerichts durch derartige Kampagnen schwer beschädigt wird, könnte vielleicht doch bei der Mehrheit unterbewusst eine Rolle gespielt haben.

Nach diesem faktischen Gesetzgebungsauftrag durch das BVerfG wurden die letzten Bedenken gegen die seit längerem diskutierte nachträgliche Sicherungsverwahrung aufgegeben und diese mit Gesetz vom 23.7.2004 in § 66b StGB a.F. eingefügt. Im gleichen Gesetz wurde gemäß § 106 V, VI JGG die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch für Heranwachsende eröffnet. Nach einigen weiteren Lückenkorrekturen erfolgte schließlich durch Gesetz vom 12.7.2008 die besonders umstrittene Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht in § 7 II JGG.

Insgesamt hat der Gesetzgeber also von 1998 bis 2008 die Sicherungsverwahrung in sechs verschiedenen Gesetzen in zehn Punkten ausgeweitet, obwohl die Tötungs-, Sexual- und Gewaltdelikte in dieser Zeit nicht zugenommen haben, sondern rückläufig waren, wie der periodische Sicherheitsbericht in der Bundesregierung im Jahr 2006 ausdrücklich festgestellt hatte.⁷ Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Aktivitäten der Rechtspolitik auf diesem Gebiet

eher von medialem Druck als von rationaler Abwägung geprägt wurden. Zugunommen hat in dieser Zeit nicht die reale kriminelle Bedrohung, sondern das medial geschürte Bedrohungsgefühl der Bevölkerung.

II. Die Urteile des EGMR zu Art. 5 und 7 EMRK

Eine erste Wende brachte das Urteil des EGMR vom 17.12.2009 (M. J. Deutschland)⁸, in dem der rückwirkende Wegfall der Zehnjahresbegrenzung der ersten Sicherungsverwahrung gem. § 67d II StGB a.F. als Verstoß gegen Art. 5 und 7 EMRK gerügt wurde. Den Antrag der deutschen Bundesregierung auf Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer hat ein Ausschuss von fünf Richtern des EGMR ohne Begründung am 10.5.2010 zurückgewiesen. In drei weiteren Urteilen vom 13.1.2011 bekräftigte der EGMR die Verletzung von Art. 5 I und Art. 7 I EMRK durch die nachträgliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung. Zugleich ermahnte er – im Hinblick auf die kontroverse innerdeutsche Diskussion bezüglich der Verbindlichkeit dieser Entscheidungen – die deutschen Behörden, insbesondere die Gerichte, „ihre Verantwortung wahrzunehmen, das Recht der Beschwerdeführer auf Freiheit, eines der Kernrechte der Konvention, zügig umzusetzen.“ In allen vier Fällen sprach der Gerichtshof den Beschwerdeführern gemäß Art. 41 EMRK Entschädigungen in Höhe von 70.000, 50.000, 30.000 und 25.000 € für die erlittenen immateriellen Schäden zu.

Mit der nachträglichen Sicherungsverwahrung hat sich der EGMR erstmals in seinem Urteil vom 13.1.2011 befasst, allerdings nicht mit der bundesgesetzlichen Regelung des § 66b StGB, die bei dem über siebzehnjährigen Beschwerdeführer wegen zwischenzeitlicher Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht mehr rechtskräftig angeordnet worden war, sondern mit der Unterbringung nach dem bayerischen Straftäterunterbringungsgesetz aus dem Jahr 2002 (s.o. I.). Die nachträgliche Unterbringung zu Präventionszwecken sei nicht als Freiheitsentzug nach einer Verurteilung durch ein zuständiges Strafgericht im Sinne von Art. 5 I 2 a EMRK zu bewerten. Es bestehe kein ausreichender Kausalzusammenhang zwischen der Verurteilung wegen Vergewaltigung durch die Strafkammer des LG Passau und der späteren Unterbringung zu Präventionszwecken durch eine Strafvollstreckungskammer, weshalb ein Verstoß gegen Art. 5 EMRK vorliege.⁹

Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) gebieten nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfGs eine konventionsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes, mit der Folge, dass die Gewährleistungen der EMRK und die Entscheidungen des EGMR als Auslegungshilfe für die Gerichte bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte sowie bei der rechtsstaatlichen Anwendung von Gesetzen zu berücksichtigen seien.¹⁰ Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet seien, treffe deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.¹¹

Nach dem Gutachten, das *Grabenwarter* anlässlich der Entscheidung des EGMR vom 17. 12.2009 für die Bundesregierung erstattet hatte,¹² sollte sich die Bindungswirkung des Urteils gemäß Art. 46 EMRK nicht nur auf den konkreten Fall des Beschwerdeführers, sondern auch auf alle anderen ca. 70 Fälle, die von der Rückwirkung aktuell betroffen waren, erstrecken. Einer gesetzlichen Änderung der entgegenstehenden deutschen Rechtsnormen bedürfe es hierfür nicht, da deutsche Gerichte und Behörden nach der Rechtsprechung des BVerfGs zur konventionskonformen Auslegung des geltenden Rechts verpflichtet seien. Die zuständigen Strafvollstreckungskammern müssten auch ohne Antrag der Sicherungsverwahrten von Amts wegen die Entlassung gemäß § 67d I, IV StGB a. F. anordnen, verbunden mit obligatorischer Führungsaufsicht sowie entsprechenden Auflagen und Weisungen für das Leben in Freiheit.

Tatsächlich ist dieser Empfehlung nur ein Teil der Gerichte gefolgt,¹³ während andere im Hinblick darauf, dass § 2 VI StGB ausdrücklich eine andere gesetzliche Regelung getroffen habe, einen Auslegungsspielraum im Sinne einer konventionsfreundlichen Auslegung verneint und die Freilassung der Unterbrachten abgelehnt haben.¹⁴ Im Hinblick auf diese divergierende Rechtsprechung hat der Gesetzgeber im Juli 2010 eine Änderung des GVG verabschiedet, nach der ein Oberlandesgericht zur Divergenzvorgabe beim Bundesgerichtshof verpflichtet ist, wenn es bei einer Entscheidung über die Erledigung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder über die Zulässigkeit ihrer weiteren Vollstreckung von einer nach dem 1.1.2010 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofes abweichen will (§ 121

II Nr. 3 GVG). Mehrere OLG-Vorlagen haben schließlich zu einer ausführlich begründeten Anfrage des 5. Strafsenates vom 9.11.2010 bei den anderen Strafsenaten geführt.¹⁵

Der 5. Strafsenat wollte eine Verbindlichkeit des EGMR-Urteils verneinen, weil der Gesetzgeber in § 2 VI StGB eine abschließende Regelung getroffen habe und die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR keine die Rückwirkung generell hindernde andere Bestimmung im Sinne des § 2 VI StGB sei.¹⁶ Allerdings müsse § 67d III StGB bei rückwirkender Anwendung im Lichte der Entscheidung des EGMR einschränkend ausgelegt werden: Die erstmalige Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach zehnjährigem Vollzug dürfe nur noch dann weiter vollstreckt werden, wenn aus konkreten Umständen in der Person oder im Verhalten des Unterbrachten eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen abzuleiten sei. Dieser Grundsatz sei – unabhängig vom Ergebnis der Anfrage – ab sofort von allen Gerichten zwingend zu beachten, womit den konventionsrechtlichen Bedenken des EGMR in weitem Umfang Rechnung getragen sei.¹⁷ Zu der vom 5. Senat angestrebten Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH kam es nicht mehr, weil am 4.5.2011 das BVerfG über vier Verfassungsbeschwerden zur nachträglichen Verlängerung und Anordnung der Sicherungsverwahrung entschied und mit einem Paukenschlag alle gesetzlichen Regelungen zur Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärte (s.u. IV.).

III. Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen und Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG) vom 22.12.2010

Zwischenzeitlich hatte der Gesetzgeber auf das Urteil des EGMR vom 17.12.2009 reagiert und am 22.12.2010 die beiden in der Überschrift genannten Gesetze erlassen. Im 1. Teilgesetz wurde die primäre Sicherungsverwahrung in § 66 StGB eingeschränkt, indem gewaltlose Vermögensdelikte als Vor- und Anlasstaten ganz ausgeschlossen wurden. Dagegen wurde die vorbehaltene Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB) erheblich ausgebaut, insbesondere auch auf Ersttäter erstreckt. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung wurde im Wesentlichen abgeschafft und nach dem neuen § 66b StGB auf

den engen Bereich der Personen beschränkt, deren Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 67d IV StGB wegen Fehleinweisung oder Unverhältnismäßigkeit beendet wurde, die aber weiterhin gefährlich sind. Allerdings sollten die neuen Regelungen nach Art. 316e EGStGB nur für die ab 1.1.2011 begangenen Straftaten gelten, während für die „Altfälle“ die problematische bisherige Rechtslage konserviert wurde.

Das 2. Teilgesetz, das Therapieunterbringungsgesetz, ist als Reaktion auf die Entscheidung des EGMR zum Rückwirkungsverbot bei der Sicherungsverwahrung erlassen worden. Nach diesem Gesetz kann eine Person, die wegen des Rückwirkungsverbot nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden darf, in einer geeigneten geschlossenen therapeutischen Einrichtung untergebracht werden, wenn sie an einer psychischen Störung leidet und infolge ihrer psychischen Störungen mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird (§ 1 I ThUG).

Kritiker sehen darin eine Gleichsetzung von krimineller Gefährlichkeit und psychischer Krankheit und eine Umgehung des vom EGMR angenommenen Rückwirkungsverbot. Kriminalpolitische Bedenken bestehen auch wegen der dahinterstehenden umfassenden Sicherungsstrategie, bei der die „Psychiatrie als Ersatzreserve für das Strafrecht“ benutzt wird.¹⁸ Stellt man diese Bedenken zurück, so muss man einräumen, dass die vorgeschlagene Konzeption einer „störungsbedingten Gefährlichkeit“ durchaus einen realistischen Anwendungsbereich hat und höchstwahrscheinlich auch im Einklang mit Art. 5 I e EMRK steht.

Zwar ist eine psychische Störung in der Regel schwächer ausgeprägt als eine psychische Krankheit im Sinne der landesrechtlichen Unterbringungsgesetze, jedoch haben sowohl die Europäische Menschenrechtskommission als auch der EGMR in früheren Entscheidungen klargestellt, dass Geisteskrankheit oder Schuldnfähigkeit hierfür nicht erforderlich seien.¹⁹ (Hutchinson Reid /United Kingdom, 20.3.2003). Der englische Originaltext „persons of unsound mind“ in Art. 5 I e EMRK dürfte alle Störungen der Psyche, des Geistes und des Verstandes umfassen, ebenso die französische Fassung „une personne d'un aliéné“. Wenn eine psychische Störung eindeutig

einer Diagnose nach ICD 10 oder DSM IV zugeordnet werden kann, dürfte sie höchstwahrscheinlich auch vom EGMR anerkannt werden (s.u. V.).

Nach § 1 II gilt das Gesetz auch für bereits aus der Sicherungsverwahrung Entlassene. Es handelt sich um ca. 35 Personen. Insgesamt waren von dem Gesetz bis Mitte 2011 ca. 120 Personen betroffen, künftig kann noch ein Teil der Strafgefangenen mit erster SV dazukommen, die bereits vor 1998 verurteilt worden sind. Hinzu kommen auch die ca. 15 Altfälle der nachträglichen Sicherungsverwahrung, die dort bereits untergebracht sind und höchstwahrscheinlich wegen des Rückwirkungsverbot entlassen werden müssten.

Die Bundesländer müssen kraft ihrer Landeskompetenz für den Straf- und Maßregelvollzug und die Gesundheitsfürsorge nicht nur die organisatorischen Voraussetzungen für die neue Therapieunterbringung schaffen, sondern auch für die gesetzliche Ausgestaltung des Vollzugs. In den meisten Bundesländern entschied man sich zunächst für die Unterbringung in hochgesicherten forensisch-psychiatrischen Krankenhäusern, in denen auch der Maßregelvollzug gemäß § 63 StGB stattfindet. Nach dem derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Sicherung des Abstandsgebotes²⁰ ist eine gemeinsame Unterbringung mit den Sicherungsverwahrten in dem neuen – vom BVerfG geforderten – „freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug“ der Sicherungsverwahrung geplant (Art. 8 II ThUG-E; s.u. VI.).

IV. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4.5.2011

Mit seinem epochalen Urteil vom 04.5.2011²¹ hat das BVerfG nicht nur eine Bereinigung der unübersichtlichen und rechtsstaatlich problematischen Regelungen zu den Altfällen bewirkt, sondern auch neue Perspektiven für eine therapieorientierte Sicherungsverwahrung aufgezeigt. Mit dem Paukenschlag, dass alle Bestimmungen der Sicherungsverwahrung wegen Verletzung des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 II 2 GG i.V.m. Art. 104 I GG aufgrund des zu geringen Abstandes zum Strafvollzug für verfassungswidrig erklärt wurden, hatte trotz der Ermahnungen des 2. Senates aus dem Jahr 2004²² kaum jemand gerechnet, obwohl die Defizite seit Jahrzehnten von engagierten Vollzugsrechtlern und Kriminologen beklagt wurden. Mit dem Postulat eines „freiheitsorientierten und therapiegerich-

teten Vollzugs“ der Sicherungsverwahrung hat das BVerfG die Weichen für die Zukunft richtig gestellt.²³

Besonders erfreulich ist es, dass das BVerfG auch die krassen Missstände während der Straftat solcher Strafgefangener aufgezeigt hat, bei denen bereits im Urteil die anschließende Sicherungsverwahrung angeordnet wurde. Wörtlich heißt es in der Begründung: Es „wird... nicht in ausreichendem Umfang auf eine Aussetzung des Maßregelvollzugs zur Bewährung hingearbeitet. Obwohl § 67 c Abs. 1 StGB für den Fall des nach der Verbüßung der Freiheitsstrafe liegenden Beginns einer Maßregel eine erneute Prüfung vorschreibt, ob der Zweck der Maßregel die Unterbringung noch erfordert, verstreicht die Zeit des Strafvollzugs für die Gefangenen mit anschließender Sicherungsverwahrung häufig ungenutzt. So werden den Betroffenen zum einen Vollzugslockerungen wie Ausgang und Urlaub oder die Unterbringung im offenen Vollzug regelmäßig nicht gewährt. Zum anderen werden die Strafgefangenen mit anschließender Sicherungsverwahrung von den Anstalten häufig nicht oder nur zweitrangig zu den notwendigen Therapien zugelassen (Bartsch, a.a.O. S. 245 ff.). Gerade der frühzeitige Beginn einer Therapie – bereits in der Straftat – ist jedoch entscheidend, um die anschließende Sicherungsverwahrung zu vermeiden oder zumindest so kurz wie möglich zu halten.“ „Darüber hinaus wird von der Möglichkeit der Gewährung von Vollzugslockerungen, die gerade auch der Vorbereitung der Entlassung dienen und zudem von besonderer Bedeutung im Hinblick auf die Prognose hinsichtlich der Gefährlichkeit des Betroffenen sind (vgl. BVerfGE 109, 133. 165 f.), nur äußerst restriktiv Gebrauch gemacht. Vor allem unbegleitete durchgeführte Maßnahmen wie Ausgang, Freigang und Urlaub werden nur in den seltensten Fällen gewährt (Bartsch, a.a.O. S. 245 ff.).“²⁴

Auch auf verfassungs- und europarechtlicher Ebene hat das BVerfG einen klugen Kompromiss zwischen dem rigiden Rückwirkungsverbot des EGMR²⁵ und seiner eigenen früheren Rechtsprechung aus dem Jahr 2004 gefunden, nach der das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot für die Maßregel der Sicherungsverwahrung nicht gelten sollte.²⁶ Der Grundsatz der völkerrechts- und konventionsfreundlichen Auslegung dürfe trotz des zu beachtenden EGMR-Urteils aber nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz potentieller Opfer nach dem Grundgesetz gravierend eingeschränkt

werde. Dieses Rezeptionshemmnis könne vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das „Mehr“ an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger“ für den anderen bedeute.²⁷

Deshalb hat das *BVerfG* die bisherigen Bestimmungen bis zum 31.5.2013 ausnahmsweise nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchster Verfassungsgüter fortgelten lassen. Das gilt auch für die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Erwachsenenstrafrecht bei den bis Ende 2010 begangenen Straftaten, wenn die Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.²⁸ Für die rückwirkende Verlängerung der ursprünglich 10-jährigen Sicherungsverwahrung sowie die nachträgliche Sicherungsverwahrung bei erwachsenen Ersttätern (§ 66b II StGB) und den nach Jugendstrafrecht Verurteilten (§ 7 II JGG) wird wegen Verletzung des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes (Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 20 III GG) darüber hinaus eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten und eine psychische Störung im Sinne von § 1 I Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes vom 22.12.2010 verlangt.²⁹

Das *BVerfG* hat die Sicherungsverwahrung als solche – ebenso wie zuvor der *EGMR*³⁰ – nicht für verfassungswidrig gehalten, sondern ihre Legitimation nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses³¹ bekräftigt, wenn das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit das Freiheitsinteresse des Einzelnen im Einzelfall überwiegt.³² Dies müsse nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und unter Wahrung strenger Anforderungen an die zugrundeliegenden Entscheidungen und die Ausgestaltung des Vollzugs konkretisiert werden (Rn.97).

Überraschend ist die Aufhebung der von den Rügen der Beschwerdeführer nicht erfassten, am 1.1.2011 in Kraft getretenen neuen Vorschriften über die primäre und vorbehaltene Sicherungsverwahrung (§§ 66, 66a StGB) durch das *BVerfG*, da diese inhaltlich nicht geprüft und beanstandet wurden. Sie betreffen nur die Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung, während sich das Abstandsgebot auf den Vollzug der Sicherungsverwahrung bezieht, für den der Bund seit der Föderalismusreform (2006) keine Gesetzgebungskompetenz mehr hat (Streichung des Strafvollzugs in Art. 74 Nr. 1 GG). Das *BVerfG* meint,

dass dies keine Rolle spiele, da der Bundesgesetzgeber bei einer so einschneidenden freiheitsentziehenden Maßnahme wie der Sicherungsverwahrung selbst die wesentlichen Leitlinien eines verfassungskonformen Gesamtkonzeptes der Sicherungsverwahrung regeln und sicherstellen müsse, dass diese konzeptionelle Ausrichtung der Sicherungsverwahrung nicht durch landesrechtliche Regelungen unterlaufen werden könne.³³

Das Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) vom 22.12.2010 wurde vom *BVerfG* nicht nur bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung ausgenommen, sondern es wurde sogar ausdrücklich darauf verwiesen. Dabei ging es dem *BVerfG* – ebenso wie dem Gesetzgeber des ThUG – darum, mit Hilfe der Tatbestandsvoraussetzung der „psychischen Störung“ eine konventionskonforme Lösung gem. Art. 5 I 2 e EMRK für die Rückwirkungsfälle zu finden. Während § 1 I Nr. 1 ThUG voraussetzt, dass die Person „infolge ihrer psychischen Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird“, verlangt das *BVerfG* darüber hinausgehend eine „hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten“ (*BVerfG* Tenor III.2.b und Rn. 173). Das *BVerfG* hat also im Hinblick auf das rechtsstaatliche Vertrauensschutzesgebot, das nur unter ganz engen Voraussetzungen durchbrochen werden darf, für denselben Personenkreis wie das ThUG eine höhere Gefahrenschwelle normiert. Diese gilt für alle Altfälle und kann nicht durch die geringeren Anforderungen des § 1 ThUG, das nur an den Maßstäben des Art. 5 I 2 e EMRK orientiert ist, unterlaufen werden. Für das ThUG gibt es also derzeit keinen legitimen Anwendungsbereich außer in den seltenen Fällen, in denen die Sicherungsverwahrten aufgrund der Entscheidung des *EGMR* vom 17.12.2009 bereits entlassen worden sind.³⁴ Der Vorrang der Übergangslösung gilt also nicht nur bis Ende 2011, sondern mindestens bis zur gesetzlichen Neuregelung des Gesamtkonzeptes im Mai 2013, nach Art. 316f II EGStGB des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz voraussichtlich sogar darüber hinaus. Die Befristung auf 31.12.2011 galt nur für die aktuell anhängigen oder zur Entscheidung anstehenden Fälle, nicht dagegen für die in den kommenden Jahren zur Entlassung anstehenden Altfälle.

V. Problematik des Begriffes „psychische Störung“

Die Einbeziehung der „psychischen Störung“ als Tatbestandsvoraussetzung für eine nachträgliche Verlängerung oder Unterbringung in der Sicherungsverwahrung beruht nicht auf wissenschaftlichen Erkenntnissen zu der Frage, ob gefährliche Straftäter mit psychischen Störungen gefährlicher sind als gefährliche Straftäter ohne psychische Störung, sondern auf der politisch vorgegebenen Entscheidung, die nachträgliche Unterbringung oder Verlängerung der Sicherungsverwahrung zu ermöglichen, die sich nach der bisherigen Rechtsprechung des *EGMR* nur noch über Art. 5 I 2 e EMRK legitimieren lässt. Das ergibt sich sowohl aus der Begründung zum Entwurf des ThUG (BT-Drs. 17/3404, 53 ff.) als auch aus den Ausführungen des *BVerfG* zur Übergangslösung in den Rückwirkungsfällen und generell zur nachträglichen Sicherungsverwahrung (Rn. 149-156). Da man keine Möglichkeit für eine konventionskonforme nachträgliche Unterbringung oder Verlängerung aller von den bisherigen gesetzlichen Regelungen erfassten gefährlichen Straftäter mehr sah, sollten mit dem Begriff der psychischen Störung wenigstens diejenigen gefährlichen Straftäter erfasst werden, die unter den Begriff der „psychisch Kranken“ in Art. 5 I 2 e EMRK fallen.

Auf diese Ausführungen hat das *BVerfG* im Urteil vom 4.5.2011 Bezug genommen und deutlich gemacht, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem ThUG eine neue Kategorie für die Unterbringung psychisch gestörter Personen mit durch ihre Straftaten indiziertem Gefährdungspotenzial schaffen wollte, welche die besonderen Voraussetzungen des Art. 5 I 2 e EMRK konkretisiere und nicht an die Schuldunfähigkeit im vergangenen Zeitpunkt der Begehung der Straftaten geknüpft sei, sondern auf den aktuellen psychischen (Dauer-)Zustand der Betroffenen und ihre daraus resultierende Gefährlichkeit abstelle (Rn. 173). Zuvor stellt das *BVerfG* unter Hinweis auf einige Entscheidungen des *EGMR* klar, dass lediglich sozial abweichendes Verhalten keine Störung im Sinne dieser Vorschrift sei, während eine dissoziale Persönlichkeitsstörung oder eine Psychopathie darunter fallen könnten. Bei der Beurteilung der Frage, ob das Erfordernis der psychischen Störung im Sinne von Art. 5 I 2 e EMRK und ihrer Fortdauer erfüllt sei, besäßen die Mitgliedstaaten zudem einen Beurteilungsspielraum (Rn. 151).

Diese Ausführungen sind m.E. überzeugend und entsprechen auch kriminologischen Erfahrungen. In Betracht kommen vor allem dissoziale oder narzisstische Persönlichkeitsstörungen (ICD-10, F 60.2, 60.9) sowie Störungen der Sexualpräferenz (z. B. Sadismus oder Pädophilie, ICD-10, F 65.5, 65.4, vgl. BT-Drs. 17/3403, 86), die auch bereits im Erkenntnisverfahren nicht selten diagnostiziert werden, aber fast nie zur Schuldunfähigkeit und auch relativ selten zur verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB führen. Eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB ist daher für sie nicht möglich. Vor einigen Jahren haben *Frädrich/Pfäfflin* einen Anteil von 50 % Persönlichkeitsgestörter unter den Gefangenen im offenen Strafvollzug in Ulm ermittelt.³⁵ *Herpetz/Saß* gehen je nach Untersuchung von 40 bis 60% der Gefangenenpopulation aus.³⁶ Bei den langzeithaftierten Gewalt- und Sexualstraftätern dürfte der Anteil der psychisch Gestörten in diesem Sinne höher liegen. Ich schätze ihn auf bis zu 70 %, von denen allerdings nur ein kleiner Teil auch den hohen Gefährlichkeitsgrad erreicht, den das ThUG oder gar das *BVerfG* verlangen.

Von psychiatrischer Seite wird die Verwendung des Begriffes „psychische Störung“ in diesem Kontext kritisiert.³⁷ Insbesondere wird geltend gemacht, dass allein die Zuordnung zu den gängigen psychiatrischen Klassifikationssystemen nicht ausreicht, vielmehr müsse eine Quantifizierung – etwa im Sinne eines psychopathologischen Referenzsystems – vorgenommen werden; es sei zweifelhaft, ob die unterhalb der Schwelle des § 21 StGB liegenden Störungen überhaupt den nach EMRK und der Rechtsprechung des *EGMR* zu fordernden Schweregrad erreichen könnten.³⁸ Diesen Bedenken ist m.E. dadurch Rechnung zu tragen, dass – ähnlich wie bei der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ in den §§ 20, 21 StGB – eine „schwere psychische Störung“ verlangt wird, die in einem symptomatischen Zusammenhang mit der hochgradigen Gefährlichkeit steht.³⁹

Damit scheiden etwa Depressionen, Neurosen, Belastungsreaktionen, Angst- und Zwangsstörungen in der Regel ebenso aus wie histrionische oder vermeidend-selbstunsichere Persönlichkeitsstörungen, da diese nicht zu einem erhöhten Gefahrenpotential im Bereich der Sexual- und Gewaltkriminalität beitragen, sondern teilweise sogar das Risiko mindern.

Für diese Auslegung spricht auch ein neueres Urteil der *EGMR* vom 19.1.2011 (21906/09 – K ./.Deutschland), in dem der Gerichtshof den Begriff „unsound mind“ im Hinblick auf einen deutschen Fall präzisiert hat, wobei er auch die Übergangsrechtsprechung des *BVerfG* und das ThUG im Blick hatte.

Obwohl es für die konkrete Entscheidung auf den Begriff „unsound mind“ – wegen der zuvor beschlossenen Entlassung des Sicherungsverwahrten durch das *OLG Nürnberg* – nicht mehr ankam, hat der *EGMR* die Gelegenheit genutzt, um die Anforderungen an Art. 5 I 2 e EMRK deutlicher zu präzisieren als in den bisher hierzu ergangenen Urteilen.⁴⁰ Die psychische Störung müsse erstens zuverlässig von einer sachkundigen Instanz auf der Basis objektiver medizinischer Begutachtung festgestellt werden. Sie müsse zweitens nach ihrer Art oder Schwere eine Freiheitsentziehung zwingend erforderlich machen. Drittens müsse es sich um eine länger andauernde Störung handeln (Rn.70). Die nationalen Behörden hätten bei der Entscheidung über die Unterbringung einen gewissen Ermessensspielraum (Rn. 71). Schließlich sei die Freiheitsentziehung wegen psychischer Störung nur rechtmäßig, wenn sie in einer Heilanstalt oder Klinik oder in einer anderen zur Therapie geeigneten Einrichtung erfolge (Rn.72).

VI. Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung

Nach eingehenden Vorberatungen mit den Justizministern der Bundesländer hat das Bundesministerium der Justiz am 9.2.2012 einen Referentenentwurf zu dem o.g. Gesetz vorgelegt.⁴¹ Dieser Entwurf geht bezüglich der materiellen Regelungen der Sicherungsverwahrung vom Fortbestand der am 22.12.2010 verabschiedeten Neuregelung der primären und der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung aus. Die Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung wird ausdrücklich bekräftigt und jetzt auch auf das Jugendstrafrecht erstreckt (§ 7 II JGG-E).

Das vom *BVerfG* geforderte „freiheitsorientierte und therapiegerichtete Gesamtkonzept für die Sicherungsverwahrung“, das dem Abstandsgebot entspricht, wird in § 66c I StGB-E fast wortgetreu umgesetzt. Er enthält Leitlinien für das Individualisierungs- und Intensivierungsgebot, das Motivierungsgebot, das Trennungsgebot sowie

das Minimierungsgebot. Besonders hervorzuheben ist dabei die Aufgabe der für die Unterbringung zuständigen Einrichtungen, den Untergebrachten eine intensive und individuell zugeschnittene, seine Mitwirkungsbereitschaft weckende und fördernde Betreuung anzubieten, insbesondere eine psychiatrische, psychologische und sozialtherapeutische Behandlung (§ 66c I Nr. 1a StGB-E), um die vom *BVerfG* geforderte Therapieausrichtung der zukünftigen Sicherungsverwahrung – in vom Strafvollzug getrennten Gebäuden und Abteilungen (§ 66c I Nr. 2b StGB-E) – zu gewährleisten.⁴² Von großer praktischer Bedeutung dürfte auch die Verpflichtung zu vollzugsöffnenden Maßnahmen und zur Zusammenarbeit mit staatlichen oder freien Trägern einer nachsorgenden Betreuung in Freiheit sein (§ 66c I Nr. 3 a, b StGB-E).

Darüber hinaus sieht § 66c II StGB-E vor, dass bereits während des Vollzugs der Straftat vor der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung eine individuelle und intensive Behandlung i.S. von § 66c I StGB-E, insbesondere eine sozialtherapeutische Behandlung, anzubieten ist. Schließlich wird in § 67a II 2 StGB-E die Möglichkeit der Überweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus oder in eine Entziehungsanstalt ermöglicht, wenn diese medizinisch angezeigt ist, nicht erst – wie bisher – während der Sicherungsverwahrung, sondern bereits während des vorangehenden Strafvollzugs.

Beachtliche Verbesserungen soll es auch bei der gerichtlichen Überprüfung der Behandlungsangebote geben. § 119a StVollzG-E sieht ein System periodischer gerichtlicher Kontrolle bei angeordneter oder vorbehaltenen Sicherungsverwahrung bereits während des Vollzugs der Freiheitsstrafe darüber vor, ob dem Verurteilten eine den Leitlinien entsprechende Behandlung angeboten wurde. Eine vergleichbare gerichtliche Kontrolle zur Sicherstellung einer ausreichenden Betreuung für die Zeit der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung soll in § 67d II 2 StGB-E normiert werden. Danach wird die weitere Vollstreckung unverhältnismäßig, und der Untergebrachte ist unter Führungsaufsicht zu entlassen, wenn die Einrichtung ein vom Gericht festgestelltes Betreuungsdefizit nicht innerhalb einer gerichtlich festgesetzten Frist beseitigt.

Die mit dem ThUG verbundenen Probleme des Vollzugs der Unterbringung in einer räumlich und organisatorisch vom Strafvollzug getrennten Einrichtung mit medizinisch-therapeutischer Ausrichtung, die bis-

her in der Regel mangels anderer Möglichkeiten dem – dafür nur bedingt geeigneten – psychiatrischen Maßregelvollzug auferlegt wurden, sollen überzeugend dadurch gelöst werden, dass nach dem neuen § 2 II ThUG Einrichtungen der Sicherungsverwahrung gem. § 66c I StGB-E ebenfalls für die Therapieunterbringung geeignet sind. In Verbindung mit dem stark begrenzten Anwendungsbereich des ThUG (s.o. IV.) dürften damit für die forensisch-psychiatrischen Krankenhäuser keine unzumutbaren Belastungen mehr drohen. Allerdings bleibt die Gewinnung geeigneten Personals für derartige Einrichtungen eine schwierige Aufgabe für die Länder, die vermutlich ohne erfahrene Kräfte aus dem psychiatrischen Maßregelvollzug und aus sozialtherapeutischen Anstalten nicht zu lösen sein wird.

Die rückwirkende Verlängerung der Höchstfrist der Sicherungsverwahrung bei Straftaten, die vor dem 31.1.1998 begangen worden sind, und die rechtlich und tatsächlich problematische nachträgliche Sicherungsverwahrung dürfen gemäß Art. 316f II EGStGB in den Altfällen (Straftaten bis 31.12.2010) auch nach dem 31.5.2013 nur noch nach den strengen Maßstäben der Übergangsrechtsprechung des *BVerfG* angeordnet werden. Sie setzt also voraus, dass „beim Betroffenen eine psychische Störung vorliegt und aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten eine hochgradige Gefahr abzuleiten ist, dass er infolge dieser Störung schwerste Gewalt- und Sexualstraftaten begehen wird“ (Art. 316f II 2 EGStGB-E).

Die eingangs geforderte Einschränkung des ThUG (s.o.IV.) wäre damit realisiert. Wenn der Gesetzgeber sich auch noch entschließen würde, in Art. 316f II 2 EGStGB-E eine „schwere“ psychische Störung zu verlangen, würde er den Sorgen vieler forensischer Psychiater und Psychologen ohne Beeinträchtigung seiner Zielvorstellung Rechnung tragen.

Bemerkenswert ist jedenfalls, dass das Bundesjustizministerium bisher (Stand Januar 2012) die Forderung einiger Bundesländer abgelehnt hat, das ThUG, das bisher nur die konventionswidrigen Rückwirkungsfälle bei der Verlängerung oder nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung erfasst, künftig auf alle Fälle der Vollverbüßung einer Freiheitsstrafe bei fortbestehender Gefährlichkeit zu erstrecken. Das wäre faktisch eine Wiedereinführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, die im Gesetz vom 22.12.2010 mit überzeugender Begründung

im Wesentlichen abgeschafft wurde (bis auf die seltenen Fälle der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei fortbestehender Gefährlichkeit gem. § 66b I StGB). Zutreffend weist der Referentenentwurf darauf hin, dass künftig der „Schutz der Bevölkerung durch den Ausbau insbesondere der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung übernommen werden kann“⁴³. In einer Pressemitteilung vom 9.11.2011⁴⁴ weist das BMJ darauf hin, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung, deren Wiedereinführung einige Bundesländer forderten, wenig praxisrelevant und rechtlich kaum handhabbar gewesen sei und negative Auswirkungen auf den Vollzug insgesamt hatte. Ihre Wiedereinführung berge das Risiko, dass das deutsche Recht vor dem BVerfG oder dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte abermals nicht bestehe. Das könne dazu führen, dass erneut Sicherungsverwahrte entlassen werden müssten. Dieses Risiko sollte gerade angesichts des äußerst geringen Anwendungsbereichs der nachträglichen Sicherungsverwahrung unbedingt vermieden werden.

VII. Ausblick

Wenn die Reformen so umgesetzt werden, wie es in dem soeben dargestellten Gesetzentwurf vorgesehen ist, wird der Vollzug der Sicherungsverwahrung mit dem bisherigen „Etikettenschwindel“⁴⁵ nichts mehr gemein haben. Für die gerichtliche Praxis bleibt aber zu beachten, dass das BVerfG auch für die Anordnung der Sicherungsverwahrung eine „strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung... unter Wahrung strenger Anforderungen an die zugrundeliegenden Entscheidungen“⁴⁶ angemahnt hat. Das gilt auch für die vorbehaltene Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB), die andernfalls zum Einfallstor für eine enorme Ausweitung der Sicherungsverwahrung würde, da sie bereits für Erst- und Einmaltäter zulässig ist (§ 66a II Nr.1 StGB) und es für die Hangtäterdiagnose und die Gefährlichkeitsprognose i.S. des § 66 I 1 Nr. 4 StGB ausreicht, wenn diese „wahrscheinlich“ vorliegen (§ 66a I Nr. 3, II Nr. 3 StGB).

Dabei wird zu beachten sein, dass – wegen der methodischen Grenzen der Prognose bei seltenen schwersten Straftaten – der Anteil der sog. false positives erschreckend hoch ist. Nach den bisherigen Forschungsergebnissen zur nachträglichen Sicherungsverwahrung und zur Fortdauer der Sicherungsverwahrung nach zehn Jahren wurden von etwa 100 Begutachteten 90 zu Unrecht als

hochgefährlich beurteilt, um zehn wirklich Gefährliche zu erfassen.⁴⁷ Deshalb gilt es zu beachten, dass das Gesetz für Grenzfälle der Gefährlichkeitsprognose mildere Maßnahmen im Rahmen der Führungsaufsicht vorsieht (§§ 68-68g StGB), insbesondere auch die neue Weisung der Vorstellung in einer forensischen Ambulanz und der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 68 b I Nr. 11, 12 StGB). Dies darf bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung i.e.S., also bei der Angemessenheit der primären und vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, nicht unberücksichtigt bleiben.

Fußnoten

- 1 Sonnen, NK 2/2011, 43.
- 2 Frommel, NK 3/2010, 82 und NK 4/2010,123; Kreuzer, NK 3/2010, 89; Kinzig, NK 4/2010, 148; Morgenstern, NK 2/2011, 55; Sonnen, NK 2/2011, 43.
- 3 Vgl. Tab. 1 und Abb. 1 und 2 sowie Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2. Aufl. 2010, S.320.
- 4 Dazu Frommel, NK 3/2010, 82, 83 f.
- 5 BVerfGE 109, 190-255.
- 6 Kreuzer, ZIS 2006, 146; Boetticher, NStZ 2005, 418; Bartsch, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, 2010, S. 44.
- 7 Bundesministerium des Innern, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 2. Periodischer Sicherheitsbericht, 2006, S. 66 ff.; s. auch Kinzig 2010, S. 320.
- 8 EGMR Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. / Deutschland) Rn. 125; NJW 2010, 2495 ff. = StV 2010, 181 ff.
- 9 EGMR, Urt. v. 13.01.2011 – 6587/04 (H. / Bundesrepublik Deutschland).
- 10 BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 120; 111, 307, 317; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, § 3 Rn. 6; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 11 Rn. 13; Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 46 Rn.17.
- 11 BVerfGE 111, 307, 329.
- 12 Grabenwarter, Öst. Juristenzeitung 2010, 857-912.
- 13 BGH v. 12.5.2010 – 4 StR 577/09, NStZ 2010, 567 f.; OLG Frankfurt NStZ 2010, 573; OLG Hamm StrafRechtsReport 2010, 352; OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 17141.
- 14 OLG Celle NStZ-RR 2010, 322; OLG Koblenz JR 2010, 306; OLG Stuttgart BeckRS 2010, 13500; besonders nachdrücklich OLG Nürnberg, NStZ 2010, 574: sonst faktisch „Aufgabe der Sicherungsverwahrung als Maßregel der Besserung und Sicherung“.
- 15 BGH v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, NJW 2011, 240 ff. m.w.N.
- 16 BGH v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, NJW 2011, 240 ff., Rn. 30 ff.
- 17 BGH v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, NJW 2011, 240 ff., Rn. 40 ff.
- 18 Leygraf, Schriftliche Stellungnahme, in: Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss, öffentliche Anhörung am 10.11.2010, S. 5-7.
- 19 EGMR, Urt. v. 20.2.2003, Nr. 50272/99, (Hutchison Reid / Vereinigtes Königreich) Rn. 19.
- 20 BMJ (2011) Bundesministerium der Justiz, Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 9.11.2011, <http://www.der-paritaetische.de/fachinfos/artikel/news/stellungnahme-zur-reform-der-sicherungsverwahrung/> abgerufen am 6.2.2012).

- 21 BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., NJW 2011, 1931 ff. = JZ 2011, 845 ff.
- 22 BVerfGE 109, 133, 167.
- 23 BVerfG (Fn.21), Rn. 111 – 118.
- 24 BVerfG (Fn.21), Rn. 125 und 126 unter Hinweis auf *Bartsch* (Fn. 6).
- 25 EGMR Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. / Deutschland), Rn. 121 ff.
- 26 BVerfGE 109, 133, 167 ff.
- 27 BVerfG (Fn. 21), Rn. 93; zustimmend Hörnle, NStZ 2011, 488, 489; Böttcher, Forum Strafvollzug 2011, 281, 283 f.
- 28 BVerfG (Fn. 21), Rn. 172.
- 29 BVerfG (Fn. 21), Tenor III. 2. a) und Rn.173.
- 30 EGMR Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. / Deutschland) Rn. 125, NJW 2010, 2495 ff. = StV 2010, 181 ff.; zur Konventionskonformität der Sicherungsverwahrung auch Urt. v. 21.10.2010 – 24478/03 (G. /Deutschland) Rn. 45 – 54.
- 31 Unter Hinweis auf MK-StGB/Radtke, 1. Aufl. 2003, Vor §§ 38 ff. Rn. 68.
- 32 BVerfG (Fn. 21), Rn. 104; ebenso bereits BVerfGE 109, 133,159.
- 33 BVerfG (Fn. 21) Rn. 129.
- 34 Ebenso Nußstein, StV 2011, 633; BMJ Pressemitteilung vom 22.9.2011; BMJ RefE (Fn. 20) Art. 316f II EGStGB; a.A. OLG Nürnberg, Beschl. v. 21.7.2011 – 15 W 1400, BeckRS 2011, 19213.
- 35 Frädlich/Pfäfflin, R&P 2000, 95, 96 f.
- 36 Herpetz/Saß, Allgemeine Epidemiologie, Verlauf, Prognose, in: Herpetz/Saß (Hrsg.), Persönlichkeitsstörungen, 2003, 177 – 182; ähnliche Ergebnisse in der internationalen Übersicht bei Nedopil, Forensische Psychiatrie, 3. Aufl. 2007, S. 188.
- 37 Vgl. dazu Schöch, GA 2012, 14, 23 ff.
- 38 Dittmann, in: Nedopil (Hrsg.), Die Psychiatrie und das Recht – Abgrenzung und Brückenschlag, 2011, S. 131- 150; Müller, in Nedopil (Hrsg.) 201, 115-130; ähnlich auch Höffler/Stadland, StV 2012, 242 f.; Renzikowski, ZIS 2011, 531-543.
- 39 Schöch, GA 2012, 14, 27 ff.
- 40 Dazu Höffler/Stadland StV 2012, 244.
- 41 Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 9.11.2011, <http://www.der-paritaetische.de/fachinfos/artikel/news/stellungnahme-zur-reform-der-sicherungsverwahrung/> abgerufen am 6.2.2012.
- 42 BMJ (Fn. 41), S. 14.
- 43 BMJ (Fn. 41), S. 18.
- 44 http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2011/20111109_Sicherungsverwahrung_verfassungsfest.html?nn=1930246.
- 45 Kaiser/Schöch, Strafvollzug, 5. Aufl. 2002, § 10 Rn. 74.
- 46 BVerfG (Fn. 21) Rn. 97.
- 47 Schöch, FS Roxin 2011, 1193, 1212 m.w.N.; Feltes/Alex, FS Schöch 2010, 750 f.; Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2008, 196 ff.

Die Regelungen der Sicherungsverwahrung im Lichte des Bundesverfassungsgerichtsurteils vom 04.05.2011 in ihren Auswirkungen auf Psychiatrie und Psychotherapie

Jürgen L. Müller

Die Maßregel der Sicherungsverwahrung soll die Gesellschaft vor gefährlichen Straftätern schützen. Es ist die einschneidendste Sanktion des deutschen Strafrechts, die von den Betroffenen ein großes individuelles Sonderopfer abverlangt. Die schuldunabhängig, kriminalpräventiv verhängte Maßregel dient einerseits als ultima ratio dem Schutz der Gesellschaft, nimmt aber andererseits zugleich die Gesellschaft in die Pflicht, dieses Sonderopfer tunlichst nicht oder zumindest so wenig eingreifend wie möglich erforderlich werden zu lassen. Hierauf wurde seitens des Bundesverfassungsgerichts bereits hingewiesen. Ungeachtet dessen blieb die Wirkung des Verfassungsgerichts auf die Vollzugspraxis bislang gering. Mit den aktuellen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte jedoch wurde der besondere Charakter dieses kriminalpräventiv abverlangten Freiheitsverzichts nochmals hervorgehoben und jetzt sehr nachhaltig. Für gefährlich erachtete Probanden mussten in die Freiheit entlassen werden, zum Teil rund um die Uhr polizeilich überwacht; besondere Betreuungssituationen wurden einzelfallbezogen geschaffen. Nicht zuletzt rückte zu diesem für erforder-

lich erachteten Schutz der Gesellschaft dann die Psychiatrie in den Fokus der Gesetzgebung, um die für besonders gefährlich erachteten Straftäter nunmehr mit dem Etikett einer psychischen Störung gelabelt verwahren zu können. Dabei besteht die Zielgruppe der Sicherungsverwahrung aber gerade aus hoch gefährlichen Straftätern, die bei Begehung ihrer Tat für schuldfähig erachtet wurden und bei denen eine erhebliche psychische Störung im Sinne der Eingangsmerkmale der §§ 20, 21 StGB gerade nicht festgestellt wurde. Dementsprechend wurde bei diesen Probanden die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB auch nicht angeordnet, stattdessen eine Haftstrafe mit anschließender Sicherungsverwahrung verhängt. Im Zuge der Neuregelung der Sicherungsverwahrung sowie insbesondere mit Inkrafttreten des Therapieunterbringungsgesetzes wurden die Grenzen zwischen Psychiatrie, Justizvollzug und Verwahrung erneut auf den Prüfstand gestellt. Im Folgenden werden die aktuelle Entwicklung im Kontext der Sicherung von hochgefährlichen Straftätern aus psychiatrischer Sicht und seitens der Fachgesellschaft reflektiert und die Auswirkungen der

Regelungen auf Psychiatrie und Psychotherapie diskutiert.

Entwicklung

Der beabsichtigte Ausnahmecharakter der Sicherungsverwahrung schlägt sich in den Jahren von 1980 bis 1995 in niedrigen Anordnungsraten und konstant niedrigen Zahlen nieder. 1995 befanden sich 183 Straftäter in Sicherungsverwahrung, 2010 waren es 524; zwischen 1990 und 1995 wurden nie mehr als 40 Personen im Jahr zur Sicherungsverwahrung verurteilt. Während noch in den 1990er Jahren die Sicherungsverwahrung so stark an Bedeutung verloren hatte, dass sie bereits als eine aussterbende Maßregel bezeichnet wurde, kam es in Folge der Tötungsdelikte an Nathalie und Kim 1998 zu einer Änderung des Strafbuchbuches und zu wiederholten Verschärfungen und Ausweitungen der Maßregel und in der Folge zu einem deutlichen Anstieg der Verwahrtenzahlen. Seither wurde diese eigentlich als ultima ratio konzipierte Maßnahme zu einer inzwischen immer üblicheren Maßnahme. In den zurückliegenden 15 Jahren haben sich die Verwahrtenzahlen