

**Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im
Recht der Sicherungsverwahrung**
(Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 17. November 2011)

Stellungnahme

Die Stellungnahme ist sehr allgemein gehalten aus drei Gründen: Zum einen wegen nicht hinreichender Kompetenz, diffizile gesetzgeberische Notwendigkeiten der An- und Einpassung von Neuregelungen in das vorhandene Gesamtsystem von Gesetzen vollständig zu erkennen und jeweilige Folgen im Rahmen dieses Systems zu beurteilen; zum anderen wegen der Kürze der Zeit; zum dritten wegen der Abhängigkeit neuer Regelungen zur Sicherungsverwahrung von schwer oder gar nicht einzuschätzenden, auf jeden Fall noch ausstehenden weiteren Vorgaben und Klärungen höchster Gerichte, insbesondere des BVerfG und vor allem des EGMR, gegenüber jetzt bestehenden Regelungen.

I. Allgemeine Beurteilung des Entwurfs

Der Entwurf setzt Vorgaben des BVerfG um, soweit das möglich ist. Er beschränkt sich dabei im Wesentlichen auf die vom Bund aus zu treffenden Regelungen zum Vollzug der Sicherungsverwahrung und der ihr vorausgehenden Strafhaft. Leitziel ist es, das vom BVerfG eingeforderte Abstandsgebot umzusetzen.

Das Abstandsgebot ist in der Entscheidung des BVerfG von 2004 (NJW 2004, 739 ff) erstmals, aber noch sehr vage formuliert, in der Entscheidung von 2011 (BVerfG NJW 2011, 1931 ff) dann präzisiert worden. Hier folgen wenige Bemerkungen zur Umsetzung der aus dem allgemeinen Abstandsgebot in der Entscheidung entwickelten sieben Einzelvorgaben, die Bartsch (Forum Strafvollzug 2011, 267 ff) griffig herausgearbeitet hat, im vorgelegten Gesetzesentwurf:

1. Vorgabe: ultima-ratio-Prinzip

Für den Vollzug der Sicherungsverwahrung folgert das BVerfG aus diesem Prinzip, dass bereits im vorausgehenden Strafvollzug Behandlung anzubieten ist in einer Weise, die möglichst die spätere Anschluss-Sicherungsverwahrung vermeidet. Das wird in § 66c II StGB des Entwurfs umgesetzt als Vorgabe für die Landesgesetze. Konsequenterweise wird in § 67c I Nr. 2 und § 67d II 2 die vollstreckungsgerichtliche Aussetzung der Verwahrung zur Bewährung vorgesehen für den Fall, dass die weitere Vollstreckung wegen unterlassener Behandlung unverhältnismäßig wird. Dies ist ein geeignetes Druckmittel, die Zielsetzung praktisch zu verwirklichen.

2. Vorgabe: Individualisierungs- und Intensivierungsgebot

§ 66c I Nr.1 setzt diese Vorgabe um. Dem Betroffenen sind individuell angepasste, in einem laufend fortzuschreibenden Behandlungsplan festgelegte Betreuungsangebote zu machen. Sozialtherapie wird nur stichwortartig benannt, ohne die Frage zu klären, ob für Sicherungsverwahrte und Strafgefangene mit Anschluss-Verwahrung eine eigenständige Einrichtung zu schaffen ist, weil erfahrungsgemäß bestehende sozialtherapeutische Anstalten dieser Klientel nicht gerecht werden können. Aber das können die Landesgesetze regional regeln.

3. Vorgabe: Motivierungsgebot

§ 66c I Nr. 1a setzt dieses Gebot um. Den Ländern ist es dann vorbehalten, ein Anreizsystem als Motivationshilfe vorzusehen, wie es in der JVA Werl schon erprobt und vom BVerfG angeregt worden ist.

4. Vorgabe: Trennungsgebot

Ihm wird in § 66c I Nr. 2b entsprochen, ohne eine eigene Anstalt zu verlangen, die keine Verbindung zum Strafvollzug hat. Das ist sachgerecht und entspricht der Vorgabe des BVerfG, die aus praktischen Bedürfnissen eine enge Verzahnung mit Einrichtungen des Strafvollzugs zulässt.

5. Vorgabe: Minimierungsgebot

Es wird, allerdings sehr allgemein gehalten, in § 66c I Nr. 3 umgesetzt. Die Landesgesetze müssen noch konkretere Vorgaben zum Lockerungssystem machen. Lockerungen, namentlich solche mit Entlassungs-Prognose-Relevanz (unbegleitete Ausführungen und Urlaube), wurden bislang, wiewohl für eine Entlassungsprognose unabdingbar, weitgehend verweigert durch Landesministerien oder Anstaltsleitungen mit pauschalem Verweis auf Sicherheitsbedenken. Das muss sich ändern, wie auch das BVerfG hervorhebt.

Selbstverständlich müssen damit auch gewisse Risiken in Kauf genommen werden. Forderungen von einigen Politikern, keinerlei Risiken dürften hingenommen werden, würden die Vorgabe des BVerfG missachten und liefen auf Verwahrung ohne Entlassungsperspektive hinaus. Damit dies gewährleistet wird, ist in der Landesgesetzgebung auch zu prüfen, ob man dem dringenden Vorschlag des BVerfG folgt, Lockerungsentscheidungen durch Gerichte treffen und durch unabhängige Expertengremien nach Schweizer Vorbild vorbereiten zu lassen.

Sehr allgemein sind zudem die Ausführungen des Entwurfs zur Nachsorge bei Entlassungen. Die Landesgesetze müssen verbindlich Anschluss- und Übergangseinrichtungen sowie die Entlassungsvorbereitung und -begleitung klären. Dazu bedarf es der verbindlichen Abstimmung mit bestehenden oder noch zu schaffenden Angeboten freier und kommunaler Träger, einschließlich der Regelungen zur Kostentragung. In der gegenwärtigen Praxis zur Betreuung überraschend entlassener Strafgefangener und Sicherungsverwahrter aufgrund von Gerichtsentscheidungen im Anschluss an die Entscheidungen des EGMR zeigen sich hierzu erhebliche Regelungsdefizite und Tendenzen, jeweils auf andere Zuständigkeiten zu verweisen und möglichst vor dieser Klientel bewahrt zu werden. Um solche Verschiebetendenzen zu vermeiden empfiehlt es sich, diese Regelungen schon in den Landesgesetzen vorzunehmen.

6. Vorgabe: Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot

Ob die in § 119 III StVollzG des Entwurfs vorgesehene Bestellung eines Rechtsanwalts reicht, ist fraglich. Zu erwägen ist, Untergebrachten nach dem Vorbild des § 7 ThUG einen Pflichtverteidiger für die gesamte Zeit des Verwahrvollzugs beizuordnen (so Bartsch, FS 2011, 267, 273), zumal sich ja nach der Entwurfsregelung und deren Begründung die Therapieunterbringung ab 2013 qualitativ nicht mehr von der in der Sicherungsverwahrung unterscheiden soll.

7. Vorgabe: Kontrollgebot

Die im Entwurf vorgesehenen engen Fristen zur Überprüfung der Fortdauer einer Verwahrung und des Fortbestehens der negativen Gefahrenprognose von einem oder einem halben Jahr in § 67c I Nr.6 StGB E folgt zwar ziemlich genau den Vorgaben des BVerfG, stößt indes auf praktische Schwierigkeiten, die sich kontraproduktiv auswirken könnten: Der ohnehin durch gesetzliche Vorgaben zum Haftrecht überstrapazierte Gutachterbedarf wird nochmals ausgeweitet, obwohl doch allen Eingeweihten bekannt ist, dass qualifizierte Gutachter sehr rar sind und eine Inflationierung dieser Berufsgruppe mit erheblichem Kostenaufwand und Qualitätsverlust verbunden sein wird. Außerdem verführen kurze Fristen und Zeitdruck dazu, vorhandene Einschätzungen einfach fortzuschreiben. Ohnehin ist bei dieser sehr schwierigen, langfristig verwahrten Personengruppe nicht mit raschen Änderungen prognostischer Einschätzungen zu rechnen. Überdies werden entsprechende Akten laufend unterwegs sein zwischen Behörden, Gerichten und Gutachtern. Das ist mit zeitlichen und sachlichen Reibungsverlusten verbunden (wie hier kritisch Bartsch aaO, S. 273).

Der Entwurf hat bei der Neuordnung des Gesamtkonzepts des Rechts der Sicherungsverwahrung die *Vorschriften zur Anordnung von Sicherungsverwahrung* nur peripher überarbeitet. Das ist hinsichtlich der notwendigen, von mir schon in meiner Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des BMJ v. 30.6.2010 für das Gesetz v. 22. Dez. 2010 (Anhörung im BMJ v. 2.9.2010; dazu auch Kreuzer ZRP 2011, 7ff; StV 2011, 122ff) angemahnten Änderung des JGG geschehen. Diese Beschränkung des Entwurfs ist bedauerlich, aber politisch erklärbar, da jede weitere Änderung politisch wohl derzeit nicht erreichbarer Mehrheiten bedarf. Auf einige sich aufdrängende weitere Änderungen werde ich noch unter III eingehen. Sie jetzt außer acht zu lassen, heißt, sich auf weitere spätere Verurteilungen durch den EGMR und notwendige erneute Gesetzeskorrekturen einzulassen. Zutreffend hält der Entwurf aber fest daran, die vorbehaltene Sicherungsverwahrung auszubauen und die nachträgliche Sicherungsverwahrung – wenigstens bis auf zwei problematische Ausnahmen – auszuschließen, dies nun auch für Jugendliche und Heranwachsende. Zugleich versagt er sich aus m.E. zwingenden rechtlichen Gründen einer von mehreren Bundesländern angeforderten irgendwie gearteten neuen nachträglichen Sicherungsverwahrung; sie wäre ohnehin nach künftigem Recht überflüssig, weil sich nach aller Experten Erfahrung nicht erst im Strafvollzug für eine Gefährlichkeitsprognose entscheidende Umstände zeigen. Die mitunter von Politikern erhobene Forderung, dennoch eine nachträgliche Verwahrung zu ermöglichen, wenn sich erst im Strafvollzug solche Umstände ergeben, zeugt eher von Unkenntnis der Vorgaben der Verfassungs- und Menschenrechtsgerichte und der Expertenerfahrung zu Prognosemöglichkeiten und Strafvollzugsverläufen.

II. Probleme der neuen Gesetzgebung aufgrund von Unklarheiten des Verfassungsgerichtsurteils von 2011

Der Entwurf und die zu beschließende gesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung müssen unvollkommen und mit weiteren Problemen belastet sein, weil die maßgebliche Entscheidung des BVerfG v. 4.5.2011 einige Fragen offen gelassen hat und Widersprüche aufweist (dazu eingehend z.B. Kreuzer, Bartsch, StV 2011, 472 ff; Bartsch, FS 2011, 267 ff; Eisenberg, StV 2011, 480 ff). Wichtige Probleme, die diese Gesetzgebung deswegen belasten, seien skizziert.

1. Theoretische und praktische Fragwürdigkeiten des „Abstandsgebots“

Das vom BVerfG postulierte Abstandsgebot ist weder theoretisch noch praktisch fundiert. Theoretisch ist ein Abstand zum Strafvollzug nur denkbar, solange der Strafvollzug die gesetzlichen Vorgaben von Bund oder Ländern an dessen Gestaltung nicht hinreichend verwirklicht: Resozialisierung als Vollzugsziel, Angleichung an die allgemeinen Lebensverhältnisse soweit als möglich, Vermeidung schädlicher Folgen, Hilfe bei der Wiedereingliederung in das Leben in Freiheit, Motivierung des Gefangenen, an der Behandlung mitzuwirken, Beschränkungen nur, soweit sie für die Sicherheit und zur Abwendung schwerwiegender Störung der Anstaltsordnung unerlässlich sind (§§ 2-4 StVollzG sowie entsprechende Bestimmungen von Landesgesetzen). Würde dies alles verwirklicht und nicht u.a. aus Kostengründen vernachlässigt, entspräche der Strafvollzug dem Vollzug in der neu zu gestaltenden Sicherungsverwahrung. Strafgefangenen könnten sogar teilweise weit bessere Vollzugsbedingungen gewährt werden als Sicherungsverwahrten, wenn Sicherheitsbedürfnisse es zulassen; man denke nur an den offenen Vollzug, den Vollzug für weibliche Strafgefangene oder wenig gesicherte Anstalten für Senioren. Theoretisch gäbe es einen Spielraum für einen Abstand, also eine gegenüber Strafgefangenen privilegierte Unterbringung Sicherungsverwahrter, lediglich dann, wenn der Strafvollzug zusätzliche Strafübel zuließe. Das entspräche dem Strafvollzugsverständnis aus den Perioden vor den Entscheidungen des BVerfG zur rechts- und sozialstaatlichen Ausgestaltung des Strafvollzugs in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts, auch der Vorstellung etwa von besseren Haftbedingungen für Gefängnisinsassen, schlechteren für Zuchthausinsassen. Es ist jedoch nach heute einhelliger Lehre und Rechtsprechung überholt. Worin sollen also Besserstellungen Sicherungsverwahrter gegenüber Strafgefangenen liegen, wenn man nicht gesetzeswidrig den Strafvollzug dafür schlechter ausgestaltete bzw. aus Kostengründen an gelegentlich defizitärer Gestaltung festhielte? Praktisch zeigt sich die Problematik etwa dort, wo Langzeithaftierten im Strafvollzug schon heute bessere Haftbedingungen – z.B. Wohngruppenvollzug, Altenvollzug, Langzeitbesuchsräumlichkeiten – gewährt werden; Anstaltsleitungen sehen dann Möglichkeiten schwinden, darüber hinausreichende oder diese Bedingungen auch nur erfüllende Haftmodalitäten für Sicherungsverwahrte zu gewähren. Theoretisch und praktisch begründet hätte es daher sein können, wenn das BVerfG verlangt hätte, die Vorgaben der Strafvollzugsgesetze für Strafgefangene zu erfüllen und – solange das noch nicht verwirklicht ist – wenigstens vorab solche Bedingungen im Vollzug der Sicherungsverwahrung zu schaffen.

2. Fragwürdigkeit einer zwischen Bund und Ländern geteilten Kompetenz der Vollzugsgesetzgebung

Der Entwurf stützt sich auf die vom BVerfG vorgegebene angebliche gemeinsame Gesetzgebungskompetenz für das Recht des Vollzugs der Sicherungsverwahrung trotz der

vorangegangenen uneingeschränkten Verlagerung der Kompetenz für die Vollzugsgesetzgebung vom Bund auf die Länder in der Föderalismusreform. Danach soll dem Bund die Aufgabe obliegen, bundeseinheitlich Leitlinien gesetzlich festzulegen, wie es jetzt im Entwurf geschieht. Dem Argument, dass diese Bundeskompetenz in die der Länder grundgesetzwidrig eingreift, begegnet das BVerfG mit dem Gegenargument, die Gewichtigkeit der Grund- und Freiheitsrechts-relevanten Materie gebiete dies (BVerfG NJW 2011, 1931 ff, 1941). Dieses Argument ließe sich auf andere Kompetenzregelungen mit solcher Relevanz, auch etwa für die Kompetenz der Länder für den Strafvollzug oder das Landesunterbringungsrecht, übertragen und stellte das gesamte grundgesetzliche Kompetenzgefüge infrage. Das Argument entspricht der vielfach vor der anstehenden Föderalismusreform geäußerten Kritik, die Landeskompetenz werde zur Rechtszersplitterung beitragen. Dennoch ist es – verfassungsrechtlich und kompetenzrechtlich einwandfrei – zu der Verlagerung der Vollzugsgesetzgebung in die Kompetenz der Länder gekommen. Das Argument des BVerfG trägt nicht. Gleichwohl tut der Entwurf gut, sich dem zu beugen, denn das BVerfG wird bei späterer Prüfung des neuen Gesetzes dieses kaum scheitern lassen an mangelnder Gesetzgebungskompetenz des Bundes angesichts der selbst verursachten Problematik. Aber der Wissenschaftler muss auf diesen Geburtsfehler der anstehenden Vollzugsgesetzgebung hinweisen.

3. Ungewissheiten über das ThUG nach BVerfG und EGMR

Über das ThUG hat das BVerfG noch nicht befunden. Das ist bedauerlich und kaum nachvollziehbar, steht es doch in einem ebenso engen Zusammenhang mit der jüngsten Gesetzgebung zur Sicherungsverwahrung wie andere vom Verdikt mit umfasste Gesetze. Ein Grund könnte darin liegen, dass das ThUG in etwa auf dem Gedankengang beruht, den auch das BVerfG angestellt hat, um das Urteil des EGMR zu umgehen und über Art. 5 I S.2 lit e EMRK („psychische Krankheit“, hier nun als „psychische Störung“ etikettiert) eine Möglichkeit zu konstruieren, weiterhin für gefährlich Gehaltene trotz Rückwirkungsverbots irgendwie unterzubringen in einer sicheren Einrichtung. Dafür spricht auch, dass im Urteil des BVerfG auf § 1 ThUG verwiesen wird.

Das ThUG erscheint aber aus mehreren Gründen verfassungs- und europarechtlich schwerlich haltbar. (Darauf wurde schon von mir hingewiesen in der Anhörung im BMJ v. 2.9.2010; s. auch Kreuzer, StV 2011, 122 ff, 131 f; die Kritik wird von vielen Experten geteilt: z.B. Kinzig in derselben Anhörung und in StV 2011, 689 ff; in der Anhörung kritisch auch Rissing- van Saan; ablehnend ebenfalls Renzikowski und Leygraf in der Anhörung v. 9.11.2010 im Rechtsausschuss des BT; Kröber, StV 2012 - im Druck - ; Ullenbruch, StV 2012 - im Druck -). Verlässlicher als Prognosen der Gefährlichkeit im Sicherungsverwahrungs- und Unterbringungsrecht ist die Prognose zu stellen, dass dieses Gesetz zwar nicht schon bei dem BVerfG scheitern wird, welches demnächst Gelegenheit haben wird, darüber zu befinden anlässlich der Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des OLG Nürnberg v. 21.7.2011 (StV 2011, 686 ff, mit zutreffender Kritik von Kinzig, ebenda), weil das BVerfG selbst den Umweg zum ThUG scheinbar geebnet hat, wohl aber am EGMR, der ja schon in den Entscheidungen gegen Deutschland in Sachen M. und Haidn (EGMR v. 17.12.2009, StV 2010, 181, und v. 13.1.2011) ausdrücklich einen Umweg über Art. 5 I S. 2 lit e EMRK verworfen hat, weil schon im Anlassurteil eine psychische Krankheit mit dann möglicher psychiatrischer Unterbringung verneint worden sei. Der Gesetzgeber muss also wissen, dass er sich mit einer vorläufigen Beibehaltung des ThUG einer wahrscheinlich erneuten Verurteilung des EGMR aussetzt mit entsprechenden Kollateralschäden, insbesondere international und im Verhältnis von BVerfG und EGMR, und Entschädigungsansprüchen Betroffener. Auch wenn der Entwurf also – vielleicht

mangels politischer Durchsetzbarkeit einer Änderung – an dem Gesetz festhält, muss der Wissenschaftler doch auf dieses hohe Risiko rechtzeitig hinweisen. Die Gründe dieser Besorgnis seien nochmals skizziert:

– Bereits die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist auch hier fraglich. Es handelt sich um Gefahrenabwehr- und Unterbringungsrecht, also Materien der Länderkompetenz. Der Bund beruft sich auf Bundeskompetenz wegen des Annexes zur strafrechtlichen Sicherungsverwahrung. Das widerspricht der eigenen gegenteiligen Aussage, die Therapieunterbringung sei etwas kategorial Anderes gegenüber der Sicherungsverwahrung, weswegen u.a. eine zivilgerichtliche Zuständigkeit begründet wird.

– Das ThUG sieht trotz aller Fristen zur Überprüfung grundsätzlich eine möglicherweise lebenslange Unterbringung vor, während Landesunterbringungsgesetze lediglich zu vorübergehenden Unterbringungen führen (vgl. dazu den Erfahrungsbericht von Ullenbruch aaO). Auch das belegt, dass die Sicherungsverwahrung gegen etwas Gleiches ausgetauscht werden soll.

– Die Therapieunterbringung stößt auf die nämlichen Einwände wie die nachträgliche Sicherungsverwahrung, nämlich vom Urteil abgekoppelte dauerhafte Freiheitsentziehung, die im Urteil nicht voraussehbar war, obwohl sie an die Straftat und deren Symptomatik in Bezug auf eine psychische Störung und Gefährlichkeit anknüpft. Die Rückwirkungsproblematik holt uns wieder ein.

– Fragwürdig erscheint der Umgang mit dem Begriff der psychischen Störung im Blick auf eine angesichts dauerhafter Freiheitsentziehung nötige gesetzliche Bestimmtheit. Auch die Fachverbände und führende Gutachter haben auf die Problematik einer Psychiatisierung delinquenter Lebensstile hingewiesen (s. u.a. Kröber, Leygraf, Müller et al. für die DGPPN in: Forens.Psychol.Kriminol.2011,116; ferner Kinzig, aaO; Streng, JZ 2011,827 ff, 832; Ullenbruch, aaO; zutreffend auch OLG Hamm, Beschl. v. 9.6.2011, StV 2011, 681). Wie auch der EGMR erachten es diese Kriminologen (einschließlich des Verf.) und Forensischen Psychiater für unabdingbar i. Z. m. Art. 5 I 2 lit. e EMRK, dass anlässlich von Straftaten eine die Schuldfähigkeit beeinträchtigende schwere psychische Störung im Urteilszeitpunkt zu diagnostizieren ist, die eine Unterbringung in diesem Zeitpunkt nach Maßregelrecht ermöglicht. Wenn das im Urteil gerade nicht festgestellt ist, bedeutet eine Unterbringung später wegen beispielsweise einer „dissozialen Störung“ i. S. d. ICD-10 einen Etikettenschwindel. Was ehemals als Hang bei der Sicherungsverwahrung festgestellt wurde, wird jetzt zur psychischen Störung erklärt. Solche Störungen findet man bei dem überwiegenden Teil aller Strafgefangenen und einem nicht geringen Teil der gesamten Bevölkerung. Treffend kritisiert Kröber (aaO): „Unsinn wäre es, einen Menschen wegen seines dissozialen Verhaltens mit der Diagnose `dissoziale Persönlichkeitsstörung´ zu etikettieren und dann zu behaupten, seine Dissozialität entspringe seiner dissozialen Persönlichkeitsstörung (so wie einst die Armut von der Poverté kam).“ Und in Bezug auf Pädophilien oder gar „ernsthafte Unverantwortlichkeit“ (im Blick auf eine frühere Entscheidung des EGMR) als „psychische Störung“ bemerkt Kröber sarkastisch: „Noch nicht als `psychische Störung´ gelistet ist der gefährliche Sachverhalt der Heterosexualität, obwohl diese Neigung noch mehr Straftaten verursacht als die Pädophilie.“ Fachpsychiatrische Begutachtungen einer psychischen Störung i.S.d. ThUG könnten nach Kröber wissenschaftlich nicht begründet werden. Um so mehr Anlass gäbe es für das BVerfG, dies unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots zu überprüfen, auch wenn es damit frühere eigene Überlegungen korrigieren müsste. Wahrscheinlich aber wird es an seinen Überlegungen zu einer ersatzweisen Unterbringung

i.S.d. Art. 5 I 2 lit e EMRK festhalten, so, wie die meisten Obergerichte, der BGH und der Gesetzgeber bislang bestrebt sind, unbedingt für gefährlich Gehaltene weiterhin zu verwahren und dafür geradezu abenteuerliche Rechtskonstruktionen zu wählen, um erst einmal Zeit zu gewinnen, und es notfalls auf ein Verdikt aus Straßburg ankommen zu lassen. Welche negativen Folgen solche verzögernde und verschiebende justizielle und politische Haltung aber hat, zeigen beispielsweise die durch anschließende Gerichtsentscheidungen plötzlich zu verfügenden, unvorbereiteten Entlassungen bisher Verwarther mit die Polizei immens belastenden und überfordernden Konsequenzen oder die kostspielige Hilflosigkeit der Landesgesetzgeber und Therapieeinrichtungen, wenn sie das ThUG derzeit umsetzen und anspruchsvoll ausgestattete Therapieeinheiten schaffen müssen, die wiederum nur vorläufig sind und möglicherweise überhaupt nicht in Anspruch genommen werden, weil Gerichte keine Therapieunterbringungen anordnen oder das ThUG keinen Bestand haben wird.

4. Schweigen des BVerfG zu Unbehandelbaren

Das BVerfG gibt in der Entscheidung v. 4.5.2011 anspruchsvolle Vorgaben für umfassende Therapie. Es suggeriert, solche „Super-Therapie“ könne Wesentliches bewirken bei den Untergebrachten oder Sicherungsverwahrten, was bisher in langen Jahren verabsäumt oder vergeblich gewesen sei. Hinweise auf „hoffnungslos Verwahrte“ wie noch in der Entscheidung von 2004 fehlen nunmehr. Dies, obwohl alle Eingeweihten wissen, dass viele Betroffene nicht oder nicht mehr therapeutisch erreichbar oder in vorangegangenen therapeutischen Versuchen gescheitert sind. Bartsch (FS 2011, 267 ff, 272) fragt zu recht: „Ob man diesen Gefangenen einen Gefallen tut, wenn man sie wieder und wieder durch die ‚Behandlungsmühle dreht‘ oder ihnen permanent entsprechende Angebote macht, obwohl sie für sich mit dem Thema ‚Behandlung‘ abgeschlossen haben, ist zumindest fragwürdig.“ Der Entwurf setzt die verfassungsgerichtliche Therapievorstellung exakt um. Aber dieser Behandlungseuphorie entsprechend enthält er keine Vorgabe für die Landesgesetze, wie mit vorerst Unbehandelbaren umzugehen sei. Für sie könnte man ja i.S.d. Abstandsgebots und früherer Überlegungen zu „Longstay-Einrichtungen“ erwägen, großzügige Freiheit nach innen – etwa in Wohneinheiten mit eigenständiger Tagesgestaltung und beliebigem Freigang im Hof – zu gewähren, statt sie mit auch für sie anstrengenden, sie fordernden Therapieangeboten zu konfrontieren, wobei selbstverständlich Durchlässigkeit in beiden Richtungen gewährleistet sein muss wegen sich möglicherweise ändernder Haltungen und Situationen. Das Dilemma wird verbal deutlich im Entwurf in § 66c I Nr. 2a. Untergebrachte sollen so wenig wie möglich belastet werden; die Anstaltsverhältnisse sollen den allgemeinen Lebensverhältnissen angepasst werden. Das kann Beides eigentlich nur für die nicht oder nicht mehr Behandelbaren gelten, nicht für anspruchsvolle Behandlungsprogramme, denn die sind belastender und kaum mit allgemeinen Lebensverhältnissen vergleichbar.

5. Unklarheit über die vom BVerfG erfassten Personengruppen

Das BVerfG hat leider Unklarheit darüber gelassen, welche Personengruppen von seiner Entscheidung dieses Jahres erfasst sein sollen. Wieweit man eine Klärung nun im Gesetz des Bundes vornehmen oder sie den höchstrichterlichen Entscheidungen oder in Verfassungsbeschwerdesachen dem BVerfG überlassen soll, ist zu prüfen. Insbesondere sollte durch Berufene festgestellt werden, dass die neuen engen Kriterien des BVerfG für eine ausnahmsweise trotz Rückwirkungsverbots neu anzuordnende Unterbringung in *allen* Alt- und Parallelfällen zu gelten haben, damit nicht mehr dem BVerfG widerstrebende Entscheidungen wie die des OLG Nürnberg v. 21.7.2011 getroffen werden können, die dann

wiederum alsbald aufzuheben sind, spätestens in einer Verfassungsbeschwerde. Weiter ist zu klären, wie in allen Fällen bislang von nachträglicher Sicherungsverwahrung Bedrohter zu verfahren ist, die bis zum Stichtag 2013 anstehen. Schließlich ist auf Landesebene sicher zu stellen, dass alle ca. 7.000-10.000 Strafgefangenen, welche die „formellen Voraussetzungen nachträglicher Sicherungsverwahrung“ mit Aktenkennzeichnung erfüllen und entsprechend restriktiv behandelt werden, ab sofort von diesem Stigma befreit werden, da dieses Gesetzesinstrument obsolet ist. (Im Einzelnen und zu weiteren Personengruppen Kreuzer, Bartsch, StV 2011, 470 ff, 475 f).

III. Weiterer Regelungsbedarf im neuen Gesamtkonzept

Der Entwurf beschränkt sich auf die Umsetzung des Abstandsgebots im Vollzugsrecht, geht aber – mit Ausnahme des JGG – nicht auf die anderen *Anordnungsnormen* der Sicherungsverwahrung ein. Dazu ist indes Anlass. In meiner Stellungnahme für die Anhörung im BMJ v. 2.9.2010 (StV 2011, 122 ff, 127 ff) bin ich darauf eingegangen, und ich verweise auf die damaligen Ausführungen. Sie in Erinnerung zu rufen, besteht angesichts der neuen Entscheidung des BVerfG v. 4.5.2011 Anlass. Das BVerfG hat nochmals die Bedeutung einer Begrenzung der Sicherungsverwahrung i.S. einer ultima ratio hervorgehoben. Sie darf dementsprechend wegen des mit ihr verbundenen schweren Eingriffs in das Freiheitsrecht auch nicht angedroht und angeordnet werden, wenn andere, weniger schwer wiegende Eingriffe genügen. Unter diesem Gesichtswinkel seien wichtige, neu zu überdenkende Regelungsbereiche skizziert:

1. Verzicht auf anfängliche zugunsten vorbehaltener Sicherungsverwahrung

Über die im Gesetz v. 22.12.2010 vorgenommene Ausweitung vorbehaltener Sicherungsverwahrung hinaus sollten auch die verbliebenen Bereiche einer anfänglichen Sicherungsverwahrung insgesamt zugunsten eines im Urteil auszusprechenden Vorbehalts verändert werden. Denn der Vorbehalt erfüllt alle Voraussetzungen der Sicherungsbedürfnisse. Er mindert in keiner Weise den Schutz der Bevölkerung. Er ist ehrlicher, zeigt er doch, dass es keine wirkliche „Anschluss-Verwahrung“ im Vollzug gibt, vielmehr eben nur einen Vorbehalt, der realisiert wird, wenn sich am Ende des Strafvollzugs die negative Prognose in einer zweiten, erst jetzt verbindlichen Prognose nicht entscheidend verbessert hat. Damit ist der Vorbehalt qualitativ aber genügend und zumindest verbal, wenn nicht zugleich im Sinne stigmatisierender Wirkungen einer anfänglichen Anordnung substantiell weniger gravierend gegenüber der bisherigen anfänglichen Verwahrung. Die anfängliche Verwahrung enthält deswegen eine überschießende, dem Verhältnismäßigkeitsgebot widerstrebende Tendenz. Der Gesetzesentwurf zeigt ja auch, dass während des Strafvollzugs solche Gefangenen mit anfänglicher Verwahrung oder einem Verwahrungsvorbehalt hinsichtlich der Behandlung gleich einzuordnen sind (vgl. z.B. § 119a I StVollzG des Entwurfs).

2. Verzicht auf Sicherungsverwahrung neben dem Lebenslang

Mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot ist außerdem die populistisch geschaffene Übersicherung einer Verbindung von lebenslanger Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung unvereinbar. Sie sollte endlich wieder gestrichen werden. Sie bringt praktisch in keinem einzigen denkbaren Fall eines „Lebenslänglichen“ zusätzlichen Sicherheitsgewinn. Sie stiftet Verwirrung im Strafvollzug, wenn „Lebenslängliche“ die Mindestzeit verbüßt haben und zu entscheiden ist, ob nun die vorgemerkte Anschluss-

Sicherungsverwahrung anzutreten sei mit den dann verfassungsgerichtlich angeordneten Erleichterungen, etwa dem Abstandsgebot und wachsenden Anforderungen an den Nachweis fortbestehender Gefährlichkeit. Ihre Anordnung vom Tatgericht kann theoretisch lediglich wirksam werden vor Rechtskraft der Entscheidung, nämlich im Revisionsverfahren, wenn nach Aufhebung der Entscheidung nunmehr eine zeitige Freiheitsstrafe verhängt wird, aber nach einer herrschenden Meinung wegen des Verschlechterungsverbots nicht mit einer Maßregel verbunden werden darf. Es ist schon fraglich, ob eine zeitige Freiheitsstrafe, verbunden mit einer Maßregel, nicht ein Minus sei gegenüber dem Lebenslang, also kein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot. Jedenfalls ließe sich diese Lücke leicht schließen durch eine auf diese Situation begrenzte revisionsrechtliche Vorschrift, wonach die Aufhebung einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe nicht eine zeitige Strafe mit einer Maßregel ausschließe. Diese bereichsspezifische Modifikation genügt und stellt daher einen minder gewichtigen Eingriff im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips dar. (In diese Richtung weist auch das BVerfG NJW 2007, 1933ff, 1936. Wie hier schon Kreuzer, StV 2011, 122, 123; Bartsch, FS 2011, 267 ff, 274; Kinzig/Steinhilber, in: Pollähne/Rode, Hrsg., Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen, 2010, 43ff, 50; Kinzig und Kreuzer in der Anhörung des BMJ v.2.9.2010; neuestens Steinhilber, Kritische Fragen zur lebenslangen Freiheitsstrafe unter besonderer Berücksichtigung des Mordtatbestandes, Diss. Gießen 2011, erscheint bei Nomos 2012).

3. Ersetzung nachträglicher Sicherungsverwahrung nach Erledigung einer forensisch-psychiatrischen Unterbringung durch einen Verwahrungsvorbehalt

Schon in einer früheren Anhörung habe ich auf die Problematik des neuen § 66b II hingewiesen (Kreuzer; ebenso Kinzig, Anhörung im BMJ v. 2.9.2010; Kreuzer, StV 2011, 122 ff, 127 f; DRiB, Stellungn. v. 8.11.2010). Ob die seinerzeit beibehaltene und geringfügig ausgeweitete Sicherungsverwahrung nach für erledigt erklärter Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus mit der EMRK und den Urteilen des EGMR vereinbar ist, erscheint höchst zweifelhaft. Das BVerfG wird wahrscheinlich auch diesen nachträglichen Sanktionsaustausch hinnehmen, liegt er doch auf der Linie der von diesem Gericht vermeintlich gefundenen Ausnahme vom Verbot rückwirkender Sanktionierung (vgl. auch die Nichtannahmebeschlüsse des BVerfG v. 5.8.2009 – 2 BvR 2098/08 und 2 BvR 2633/08, auf welche sich die BT-Drucks. 17/3403 beruft). Unwahrscheinlich erscheint es, dass der EGMR die nachträgliche Auswechslung hinnimmt. Sie geschieht, wenn sich eine im Urteil angeordnete Maßregel erledigt hat, also nachträglich als nicht haltbar herausstellt. Dann aber ist kein Grund und keine an das Urteil unmittelbar anknüpfende, im Urteilszeitpunkt voraussehbare Beziehung zu einer noch stärker in das Freiheitsrecht eingreifende Maßregel gegeben. Es handelt sich also um eine nachträgliche Anordnung von Freiheitsentzug, die gegen das Rückwirkungsverbot verstößt. So stellt sich hier noch dringlicher die Frage, ob man auch insoweit eine spätere weitere Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR in Kauf nehmen will, obwohl sich eine den Verfassungsrechts- und Sicherheitsbelangen genügende Alternative aufdrängt: im Bedarfsfall bereits im Urteil neben der Anordnung der Maßregel nach § 63 eine weitere der Sicherungsverwahrung für den Fall späterer Erledigung der ersten Maßregel und fortbestehender Gefährlichkeit vorzubehalten.

IV. Appell, eine verfassungs- und europarechtlich abgesicherte Gesamtkonzeption vorzulegen

Es wurde aufgezeigt, an welchen Stellen sich die vorgeschlagene Reform des Sicherungsverwahrungsrechts erneut in eine mögliche Konfrontation wenn nicht schon mit

dem BVerfG, so doch wahrscheinlich mit dem EGMR begibt. Der Gesetzgeber muss sich entscheiden, ob er das bewusst hinnimmt mit der Wahrscheinlichkeit späterer erneuter Verurteilungen durch das europäische Gericht und entsprechende Einbuße an Glaubwürdigkeit in Grund- und Menschenrechtshaltungen sowie mit weiteren Spannungen zwischen BVerfG und EGMR. Man mag mir vorhalten, der Wissenschaftler müsse sich ja nicht um parlamentarische Mehrheiten bemühen; er trage ebensowenig die Verantwortung, wenn im Einzelfall ein nach vorgeschlagenen restriktiveren Regelungen aus der Sicherungsverwahrung Entlassener rückfällig wird. Er sehe sich vor allem nicht dem Druck ausgesetzt, der die Politiker motivieren mag, immer wieder anfechtbare Regelungen zur Sicherungsverwahrung zu beschließen, die späterer verfassungs- und europarechtlicher Überprüfung nicht standhalten.

Gewiss weiß ich um diesen Druck auf Politik und Gesetzgebung. Sie hat mehrere Wurzeln: Den Stimmungsumschwung in den letzten beiden Jahrzehnten zu immer mehr Sicherheit oder vermeintlicher Sicherheit zum einen. Die öffentliche und publizistische, namentlich in Boulevardblättern oftmals unsäglich überspitzte und unsachlich argumentierende Kritik, wenn man eine erneute Straftat eines entlassenen Rückfalltäters konkret den dafür verantwortlich gemachten Entscheidungen von einzelnen Gerichten, Richtern, dem Gesetzgeber oder bestimmten Parteien vorhält, zum anderen.

Macht, Einfluss und Methoden einschlägiger Massenmedien und Demagogen, die auch Wissenschaftler wie den Verfasser ins Visier nehmen, mögen beispielhaft Äußerungen des Schauspielers und Filmemachers Til Schweiger andeuten: Er äußerte Mitte des Jahres in dem für solcher Art Einfluss und Methoden bekanntesten Boulevardblatt: Dieses deutsche Gutmenschentum mit seinem Gefasel von Grundrechten und der Menschenwürde von Sexualstraftätern kotze ihn an. „Wer ein Kind einmal vergewaltigt, der hat sein Recht verwirkt.“ Und: Dass es noch Leute gibt, die das anders sehen, sei „so beschissen in diesem Land“. Das liegt ganz auf der Linie jener, die Todesstrafe fordern und von Bestien statt von Menschen sprechen.

Als Wissenschaftler wünscht man sich die Politiker stark genug, solchem Druck zu widerstehen. Das entbindet nicht von der Pflicht, angesichts jedes einzelnen schrecklichen Rückfalldelikts immer wieder zu prüfen, ob auch das Recht zu justieren sei. Aber dabei darf man nicht i.S. neuerlicher Rückbesinnung auf Opferbelange an in der Neuzeit gefestigten Grenzen und Bedingungen staatlicher Eingriffsinstrumente rütteln. Sie sind – wie etwa die Menschenwürde, das Folterverbot, das „ne bis in idem“ und Rückwirkungsverbot, die Unschuldsvermutung, der Schuldgrundsatz und der Anspruch auf rechtliches Gehör und ein faires Verfahren – indisponibel, einer Abwägung gegen Interessen von potenziellen Opfern entzogen. Versuche von BVerfG und Gesetzgeber, das Rückwirkungsverbot zu relativieren und Ausnahmen für Extremfälle zuzulassen, etwa mit dem Hinweis, der EGMR habe Opferbelange außer acht gelassen, erscheinen in dieser Hinsicht unbedacht und riskant. Politik sollte aufklären über manches, was in der veröffentlichten Meinung zu kurz kommt. Dazu gehört es, dass man aufzeigt, dass und weshalb in früheren Perioden Sicherungsverwahrung weit restriktiver gehandhabt wurde, ohne dass damals Sicherungsbelange als vernachlässigt erachtet wurden. Aufklärung dazu, dass sich entsprechende Sexual- und Gewaltdelikte über die letzten Jahrzehnte eben nicht drastisch vermehrt sondern eher vermindert haben, was Kriminalstatistiken und Dunkelfeldstudien belegen. Darüber, dass frühere gesetzliche Entscheidungen, in bestimmten Fällen von Sicherungsverwahrung abzusehen, später nicht rückwirkend durch neue Gesetze revidiert werden können, sondern nur für zukünftige Fälle. Darüber, dass Rückfallrisiken nie ausgeschlossen werden können und bei solchen Langzeitgefangenen, um

die es hier geht bei eventuellen Entlassungen, nach neuen Untersuchungen zur Rückfälligkeit weitaus geringer sind als allgemein und von Gutachtern angenommen und geringer als bei Gewalt- und Sexualstraftätern, die ohne jede Sicherungsverwahrung im Urteil und anschließend nach Vollverbüßung der Strafe entlassen werden müssen trotz oft ungünstiger Prognose. Außerdem Aufklärung zur Prognoseproblematik und der Gefahr fälschlich negativer Beurteilungen. Darüber schließlich, dass man sich einstellen muss auf gerichtlich angeordnete Freilassungen aus Rechtsgründen bei vielen Gefangenen und Verwahrten seit der ersten Entscheidung des EGMR von 2009 und dass jede Verschiebung taktischer Art durch BVerfG und Gesetzgeber die Gefahr heraufbeschwört, weitere Untergebrachte später unvorbereitet zu entlassen mit allen Risiken und Kosten, die mit mangelnder Vorbereitung zusammenhängen. Die Politik sollte sich durchringen, die gesetzgeberische Flickschusterei zu beenden und zu ermöglichen, dass in einer für alle Alt- und Parallelfälle vorzusehenden Übergangszeit sogleich die Entlassungen vorbereitet werden. Kostspielige Polizeiaktionen, das ThUG mit seinen grotesken Folgen in Gesetzgebung und Praxis der Länder und Kommunen, nicht zuletzt weitere zu erwartende Entschädigungsansprüche, die vom EGMR zuerkannt werden können, erfordern immense Kosten. Sie könnten sinnvoller investiert werden in eine besser organisierte und ausgestattete Führungsaufsicht und Bewährungshilfe sowie in geeignete Anschluss-Einrichtungen. Das gälte es zu vermitteln, statt weiter die Verantwortung hin- und herzuschieben im Beziehungsgeflecht von Gesetzgeber in Bund und Ländern, Vollstreckungsgerichten, Obergerichten, BGH, BVerfG und EGMR und auf Zeit zu setzen mit brüchigen, fragwürdigen Hilfskonstruktionen, die als solche allzu leicht entlarvt werden können.