

Strafrecht als präventiver Opferschutz? –
Plädoyer für eine einheitliche vorbehaltene Sicherungsverwahrung anstelle
des dringend reformbedürftigen dreigeteilten Systems*

Abstract

Bei schweren Beeinträchtigungen von Opfern greift der strafrechtliche Opferschutz primär durch die Inhaftierung des Täters während einer Freiheitsstrafe. Ausnahmsweise ist ein über die von der Schuld her begrenzte Strafzeit hinaus reichender präventiver Schutz der bisherigen und möglicher künftiger Opfer durch Verwahrung fast nur möglich mit der Sicherungsverwahrung. Sie ist die umstrittenste, rechtsstaatlich fragwürdigste, nach Anordnungs- und prognostischen Ansprüchen unsicherste Sanktion des Strafrechts. Sie ist in eine Sackgasse gesetzgeberischer Flickschusterei gelangt. Längst sind sich Kriminal- und forensisch-psychiatrische Wissenschaften, teilweise auch Kriminalpolitiker weitgehend darin einig, dass es dringend einer Gesamtreform bedarf. Sie muss systemkonsistent, verfassungs- und europarechtskonform, verständlich und handhabbar sein und tatsächlichen Sicherheitsbedürfnissen entsprechen. Eine inzwischen rechtskräftige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte von Ende 2009 macht die Gesamtreform unausweichlich.

Der Beitrag zeigt Möglichkeiten und Grenzen solchen präventiven Opferschutzes auf. Er schlägt eine einzige, im Urteil vorbehaltene Sicherungsverwahrung vor. Sie kann äußerstenfalls auch Erst- und junge Verurteilte umfassen. Die anfängliche „sichere“ Sicherungsverwahrung ist prognostisch ungerechtfertigt und lähmt Behandlungsbemühungen im Strafvollzug. Die nachträgliche ist grund- und menschenrechtswidrig, tatsächlich ohnehin entbehrlich. Unabdingbar für eine im Urteil vorbehaltene Sicherungsverwahrung sind vier Voraussetzungen: 1. Begangene schwere Taten gegen personale Rechtsgüter, denen gegenüber eine potenziell lebenslange Verwahrung nicht außerverhältnismäßig ist, 2. Anknüpfung der Sicherungsverwahrung im Urteil mit der Feststellung einer Rückfallwahrscheinlichkeit aufgrund der Besonderheiten in Taten und Täterpersönlichkeit, 3. ernsthafte umgehende Behandlungsmaßnahmen im vorausgehenden Strafvollzug, etwa in sozialtherapeutischen oder Einrichtungen für Sexualstraftäter in forensisch-psychiatrischen Krankenhäusern, um anschließende Verwahrung zu vermeiden, 4. eine gestaffelte Fachbegutachtung bis zur endgültigen Anordnung, um prognostische Unsicherheiten zu begrenzen.

I. Entwicklung, Möglichkeiten und Grenzen strafrechtlichen Opferschutzes

Strafrecht ist das äußerste staatliche Mittel, um grundlegende Werte und Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit zu schützen. In einem rechtsstaatlichen Verfahren unter Vermeidung privater Willkür zustande gekommene Strafverfahren und gerechte Strafen dienen dem Rechtsfrieden. Sie reagieren nämlich auf schuldhaft begangene Straftaten durch ein öffentliches Unwerturteil und bekräftigen damit die Schutznormen. Strafen haben zugleich individual- und generalpräventive Funktionen. Sie sollen die Rückfälligkeit von Tätern vermeiden. Sie sollen aber auch auf die Allgemeinheit normstabilisierend wirken und Normverstößen vorbeugen.

Mit den individual- und generalpräventiven Funktionen des Strafens geht ein gewisses, sehr begrenztes Maß an präventivem Opferschutz einher.¹ Um dieses Maß genauer bestimmen zu können, ist für die nachfolgenden Betrachtungen eine Unterscheidung zu treffen: Einerseits geht es um den konkreten Schutz des durch eine Tat Verletzten – des Opfers –. Andererseits geht es um einen eher abstrakten Schutz potentieller künftiger Opfer oder – noch abstrakter – um den Schutz der Rechtsgemeinschaft vor Folgen von Verstößen gegen Strafnormen.

1. Der Schutz des konkreten Opfers einer Straftat

Um konkreten Opferschutz handelt es sich, wenn Personen durch eine Straftat in ihren Rechten verletzt, etwa Opfer von Gewalt geworden sind. Daneben gibt es zunehmend Strafnormen, die abstrakte Rechtsgüter – beispielsweise Währungsstabilität, Sicherheit des Staates, „Volksgesundheit“, Verkehrssicherheit – schützen. Nur vom Schutz konkreter personaler Opfer ist nachfolgend die Rede. Möglichkeiten solchen konkreten Opferschutzes gibt es im gesamten Strafverfahren. Das kann lediglich mit wenigen Beispielen verdeutlicht werden.

Konkreter Schutz des jeweiligen Opfers, namentlich eines solchen von Gewalt, geht sozusagen als Nebenwirkung von jeder Inhaftierung des Täters aus. Während des Verfahrens wird der Beschuldigte in Polizei- oder Untersuchungshaft daran gehindert, sich weiter an einem Opfer zu vergreifen. Gleiches wird bewirkt während des Strafvollzugs oder des Vollzugs von stationären Maßregeln der Besserung und Sicherung in Kliniken und Haftanstalten. Sicheren Opferschutz kann dies allerdings nie bedeuten; Inhaftierte können auch aus der Haft Straftaten gegenüber Personen außerhalb begehen, vor allem Taten, die nicht mit körperlichem Einsatz verbunden sind.

Über diesen Schutz durch Verwahrung hinaus kann das Opfer nur bedingt geschützt werden, indem es nach Möglichkeit davor bewahrt wird, noch weiter geschädigt zu werden („sekundäres Opferwerden“).

Bereits im *Stadium vor einer Straftat* kann staatlicher Opferschutz einsetzen. Man denke etwa an das Gewaltschutzgesetz von 2002; es bietet aus gesamtgesellschaftlicher Verantwortung für Kriminalprävention Opfern häuslicher und partnerschaftlicher Gewalt Möglichkeiten u.a. mietrechtlichen und polizeilichen Schutzes. Ferner wurden im Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen von 2007 mit § 238 StGB eine neue Strafnorm gegen das Stalking geschaffen, zugleich Grundlagen für entsprechende Beratungs- und Interventionsstellen.²

Strafverfahren und Strafen wurden rechtsgeschichtlich gesehen zunächst aus der Hand des Opfers und seiner Angehörigen oder Sippen, also aus der Privatjustiz, genommen und in das staatliche Strafmonopol überführt. Damit wurden zwar Gefahren von Selbstjustiz und Willkür eingedämmt. Damit ging aber eine Vernachlässigung der Interessen des Opfers an Rache, Genugtuung und Schadensausgleich einher. Das Opfer wurde zunehmend instrumentalisiert und reduziert auf die Rollen als Anzeigerstatter und Zeuge im Verfahren. Schadenswiedergutmachung wurde sogar durch Todes-, Leibes- und Freiheitsstrafen konterkariert. Die aktiven Rechte des Opfers auf Mitgestaltung des Verfahrens wurden in der Neuzeit beschränkt auf ambivalente Befugnisse bei Antragsdelikten und auf die Nebenklage.

* Geringfügig überarbeiteter und aktualisierter, mit Fußnoten versehener Vortrag, den der Verf. auf dem 15. Deutschen Präventionstag am 11. Mai 2010 in Berlin gehalten hat.

¹ Zu generalpräventiven Wirkungen des Strafens allgemein mit Nachw.: Verf., Prävention durch Repression, in: H. Schöch, J.-M. Jehle, Hrsg., *Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit*, 2004 S. 205 ff.

² Dazu z.B. A. Dessecker, Die fragliche Effektivität des strafrechtlichen Schutzes vor beharrlichen Nachstellungen, in: R. Bloy et al., Hrsg., *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, FS für Manfred Maiwald, 2010 S. 103 ff.; Fünfsinn, Erste praktische Erfahrungen mit dem Straftatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB – „Stalking-Bekämpfungsgesetz“), in: T. Görgen, K. Hoffmann-Holland, H. Schneider & J. Stock, Hrsg., *Interdisziplinäre Kriminologie*, FS für Arthur Kreuzer, 2008 S. 146 ff.

Erst die *kriminalpolitische Wiederentdeckung des Opfers* in den letzten Jahrzehnten führte dazu, trotz staatlichen Strafmonopols und der Verfahrensgarantien für Beschuldigte Opferinteressen in einem Mindestmaß zu wahren. Opfern wird ansatzweise eine Subjektstellung im Strafverfahren eingeräumt. Beispielsweise tritt der Staat nach dem Opferentschädigungsgesetz von 1976 finanziell subsidiär für Gewaltopfer ein. Er überlässt das nicht mehr allein den Opfern selbst, ihren Angehörigen und gemeinnützigen Einrichtungen, wie der Opferschutzorganisation des Weißen Rings. Es gibt Opferschutzräume und Zeugenhilfen in vielen Gerichten. Opfer können bei Gefährdung gegenüber Beschuldigten und Öffentlichkeit abgeschirmt werden. In das Strafsystem hat der – freilich hinsichtlich konkreten Schutzes ambivalente – Täter-Opfer-Ausgleich Eingang gefunden (vgl. §§ 46a StGB, 155a StPO). Zuletzt hat das 2. Opferrechtsreformgesetz von 2009 versucht, „Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren“ zu stärken, u.a. durch rechtlichen Beistand. Nachgedacht wird darüber, Opferbefugnisse weiter zu stärken. Man spricht von einer „*Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht*“³. In der Theorie wird sogar reflektiert über ein subjektives Recht des konkreten Opfers, Genugtuung zu erhalten, indem es darauf hinwirkt, das Verfahren, die Verurteilung und die Strafe zu betreiben. Das würde indes der bundesverfassungsgerichtlichen Feststellung von 1979 widerstreiten: „Es gibt grundsätzlich keinen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf Strafverfolgung eines anderen durch den Staat.“⁴ Allemal wird man aber künftig rechtlich und praktisch das Genugtuungsinteresse von Verbrechenopfern stärker berücksichtigen dürfen und müssen als bisher. Hierin läge eine gewisse Kompensation für die Verdrängung von Opferinteressen durch das staatliche Strafmonopol. Wieweit dieses Ziel erleichtert oder sogar erschwert wird durch die zunehmende, strafprozessgesetzlich nunmehr legitimierte Praxis der Verfahrensabsprachen unter weitgehendem Ausschluss von Verfahrensöffentlichkeit, Zeugen und Opfern, detaillierter Wahrheitsfindung sowie Rechtsmittelkontrolle (§ 257c StPO), kann hier nicht erörtert werden.

Ziemlich unbestellt erscheint schließlich noch das Feld *konkreten Opferschutzes im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung, der Führungsaufsicht, der Öffnungen des Strafvollzugs sowie der Zeit nach einer Straffentlassung*. Opfer schwerer Gewalt- und Sexualstraftaten vor allem im Nahraum sollten bei begründeten Ängsten über Freilassungen rechtzeitig benachrichtigt oder sonst in Schutzüberlegungen einbezogen werden (Mitteilungspflichten an Verletzte grundsätzlich anerkannt in § 406d StPO). Vor Tendenzen zu Pranger und Lynchjustiz ist aber zu warnen; sie könnten durch generelle Benachrichtigungspflichten und Unterrichtung der Medien und Öffentlichkeit ausgelöst werden, die Resozialisierungsarbeit schädigen und Rückfallrisiken erhöhen. Für den Strafvollzug formuliert immerhin der Entwurf des Hessischen Strafvollzugsgesetzes in § 5 II 4 den Grundsatz: „Die Einsicht des Gefangenen in das Unrecht der Tat und in die beim Opfer verursachten Tatfolgen soll vermittelt und durch geeignete Maßnahmen zum Ausgleich der Tatfolgen vertieft werden.“⁵

³ So mit weiteren Nachw. T. Weigend, „Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, *Rechtswissenschaft* 1, 2010 S. 39 ff.

⁴ BVerfGE 51, 176, 178.

⁵ Entwurf eines Hessischen Strafvollzugsgesetzes (HStVollzG) v. 9.11.2009, LT-Drucks. 18/1396; dazu Verf., T. Bartsch, Vergleich der Landesstrafvollzugsgesetze, *Forum Strafvollzug* 2010 S. 87 ff.

2. Der präventive Schutz potentieller Opfer

Außer dem eher fragmentarischen Schutz konkreter Opfer einer Straftat vor weiterer Schädigung durch Täter und Verfahren müssen wir den *abstrakten Schutz potentieller Opfer* betrachten, damit es erst gar nicht zu Beeinträchtigungen irgendwelcher Personen durch Straftaten kommt. Solch präventivem Opferschutz für die Allgemeinheit oder für besonders zum Opferwerden disponierte Bevölkerungsgruppen dienen namentlich das Strafrecht insgesamt und seine Anwendung. Den Strafnormen als solchen und ihrer Anwendung in Strafverfahren gegen Normverletzer kommt die genannte *generalpräventive Funktion* zu. Wir nehmen dabei in Kauf, dass lediglich ein kleiner Teil der Normverletzungen erkannt und geahndet wird. Das *Dunkelfeld* des nicht Verfolgten ist immens, bei einigen Strafnormen nahezu total. Könnten und würden wir alles verfolgen, würden das Instrument des Strafrechts überfordert, die Waffe stumpf, die dafür nötigen Verfolgungskapazitäten immens und unfinanzierbar, unser Volk zu einem solchen der Verbrecher und Verfolger. Für die generalpräventive Funktion des Strafens genügt es und ist es sogar notwendig, dass nur ein kleiner Ausschnitt der Verstöße förmlich geahndet wird. Das gehört zum Gleichgewicht zwischen gesellschaftlicher Freiheit und Kontrolle, anders gesagt zu einem ausgeglichenen Haushalt sozialverträglichen Miteinanders. Schwer – hier nicht darstellbar – ist es festzulegen, wie groß der jeweils zu ahndende Teil einer bestimmten Verbrechenskategorie sein muss, um die generalpräventive Funktion und Wirksamkeit des Strafrechts hinreichend zu gewährleisten. Übergangen werden muss ebenfalls die Problematik, wie dieser zu ahndende Teil aus dem Gesamt der jeweiligen Normverstöße ausgewählt werden soll.⁶

Zwei aktuelle Aspekte solch generalpräventiven Schutzes der Gesellschaft durch Strafrecht sollen noch angesprochen werden, ehe auf das strafrechtliche Instrument der Sicherungsverwahrung eingegangen wird, welches spezifisch auf präventiven Opferschutz der Allgemeinheit zielt.

Zum einen sei erinnert an das bekannte Diktum von Franz von Liszt, wonach Sozialpolitik die beste Kriminalpolitik sei. Man kann das konkretisieren für unser Thema: *Vorbeugung durch intelligente Kriminal- und Präventionspolitik* ist allemal besser als nur staatlich-straftend auf Straftaten zu reagieren. Das ist ein weites Feld. Lediglich ein Beispiel speziell für präventiven Opferschutz gegenüber Sexualverbrechen möge das Anliegen kennzeichnen. Es gibt zu allen Zeiten, in allen Kulturen eine wohl weder wachsende noch sinkende Anzahl von Menschen mit paraphilen, insbesondere pädophilen Neigungen. Offen beleiben muss hier, ob die moderne Internet-Kommunikation dazu beiträgt, entsprechende Tabus zu durchbrechen und latente Neigungen in reale Umsetzung münden zu lassen, auch, wie dem zu begegnen sei. Keineswegs alle leben ihre Veranlagung aus, zumindest nicht gegenüber schutzlosen Menschen. Es gilt, solche potentiellen Sexualstraftäter die Veranlagung rechtzeitig erkennen zu lassen und ihnen zu helfen, damit umzugehen, ohne andere zu schädigen. In diese Bemühungen zu investieren, ist *vorbeugender Opferschutz* und zahlt sich schon deswegen aus, weil man weit größere Kosten spart, die Sexualverbrechen verursachen. Der Berliner Sexualwissenschaftler Klaus Beier bietet solche vorbeugende Behandlung anonym für Männer mit derartigen Neigungen an.⁷ Von der Veranlagung selbst kann nicht geheilt werden. Aber verhaltenstherapeutisch kann gelernt werden, eigene pädophile Impulse verantwortungsvoll zu kontrollieren, mit ihnen angemessen umzugehen.

⁶ Zu dieser Problematik von Dunkel- und Hellfeld schon: A.-E. Brauneck, Zur sozialpsychologischen Bedeutung des Kriminalitätsumfanges, in: H. Kaufmann, Hrsg., Erinnerungsgabe für Max Grünhut, 1965 S. 23 ff; H. Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968; Verf., Gießener Delinquenzbefragungen I – Grundsätzliche Fragen der Dunkelfeldforschung, in: Verf. et al., Hrsg., Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, 1999 S. 101 ff.

⁷ K.-M. Baier et al., Das Präventionsprojekt Dunkelfeld (PPD), Berliner Ärzteblatt 7/2007 S. 32 f; s. auch FAZ v. 30.5.2007.

Zum anderen ist ein höchst bedenklicher kriminalpolitischer *Trend weg vom traditionellen Tatstrafrecht zu einem präventiven Täterstrafrecht* festzustellen. Er verfremdet das Strafrecht. Straftaten sind nicht mehr auf konkrete Rechtsgüter bezogen; vielmehr treten neben fassbare personale Rechtsgüter zunehmend verschwommene abstrakte Rechtsgüter wie „die Volksgesundheit“; an die Stelle erkennbarer Rechtsgüterverletzungen treten vage, bloß abstrakte Gefährdungen; an die Stelle gesetzlich bestimmt umrissener Verletzungstaten tritt eine unbestimmte Erfassung des Vor- und Umfeldes einer Tat – Strafandrohungen für bloßen Besitz möglicherweise riskanter Stoffe, Geräte, Bilder, Schriften, Downloads; und schließlich treten an die Stelle der Strafe von Tätern für begangene Rechtsgüterverletzungen freiheitsentziehende strafrechtliche Maßregeln gegen als gefährlich erklärte Täter ohne jede Straftat.

Damit sind wir bei der Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung angelangt. Nur verfassungs- und europarechtliche Schutzbestimmungen und entsprechende Höchstgerichte scheinen populistische Kriminalpolitik davor bewahren zu können, ganz auf begangene Straftaten für Sanktionen zu verzichten und auf bloße Gefährlichkeit, also eine Wahrscheinlichkeit, Straftaten zu begehen, strafrechtlich mit dauerhaftem Freiheitsentzug zu reagieren. Es gibt vor allem zwei Gründe, zwingend im Sinne des Tatstrafrechts auch für freiheitsentziehende strafrechtliche Sicherungsmaßregeln an einer entsprechend schweren *Tat als Voraussetzung* festzuhalten: Die zeitlich unbefristete Freiheitsentziehung als schwerste Sanktion setzt eine schuldhaft begangene Straftat voraus, die den Eingriff als zur Strafe zusätzlichen Übels nicht unverhältnismäßig erscheinen lässt; außerdem ist die Tat zugleich einziger realer Anknüpfungspunkt, auf den sich die – freilich auch dann noch äußerst schwierige und fragwürdige – Prognose stützen lässt, nicht nur habe ein Täter eine gefährliche Haltung, sondern er werde sie voraussichtlich auch in Taten umsetzen.

In diesem Zusammenhang einer *Tendenz zu rechtsstaatlich bedenklichem vorbeugendem Opferschutz durch Strafrecht* ist auf eine beliebte Schein-Rechtfertigung entsprechender Gesetze, Schriftsätze, und Verurteilungen hinzuweisen. Zwei renommierte Praktiker, der Bundesrichter Thomas Fischer und der Rechtsanwalt Rainer Hamm, haben dies jüngst auf einem Symposium zum Jubiläum der Zeitschrift „Strafverteidiger“ sarkastisch beschrieben: Man müsse nur die Zauberworte „Opferschutz“ und „Beschleunigung des Verfahrens“ benennen, um den Anschein offensichtlich überzeugender Argumentation zu erwecken und sich breiter Zustimmung gewiss sein zu können; in Begründungen solle man diese Zauberworte suggestiv rot unterstreichen, um sie mit dem Anschein einer Legitimation zu schmücken. Beispielhaft mag das untermauert werden mit einer Bemerkung eines Richters des Ersten Senats des Bundesgerichtshofs, der bei der Verkündung des noch zu kritisierenden ersten Urteils zur Anwendung nachträglicher Sicherungsverwahrung auf einen nach Jugendstrafrecht Verurteilten geäußert haben soll, auch die Opfer hätten ja Menschenrechte.⁸ Das könnte unausgesprochen die Assoziation erwecken, Beschuldigtenrechte seien wägbare und notfalls einzuschränken im Verhältnis zu Opferrechten. Aber genau dies wäre ein unzulässiger Trick. Das aufgeklärte, rechtsstaatlich gebundene staatliche Strafmonopol gewährleistet grundlegende *Beschuldigtenrechte, die nicht zur Disposition stehen*, die keiner konkreten Abwägung – auch nicht unter Hinweis auf notwendigen Opferschutz – zugänglich sind. Dazu gehören namentlich die verfassungsrechtlichen Garantien der Unschuldsvermutung, des Strafgesetzbereichs für Strafen, des Rückwirkungsverbots für freiheitseinschränkende Gesetze, des Schuldstrafrechts, des Verbots, für dieselbe Tat mehrfach bestraft zu werden, des Gebots rechtlichen Gehörs, des Folterverbots, des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen. Nur Diktaturen pflegen solche Rechtsgarantien zu vernachlässigen.

⁸ Ähnlich die schriftlichen Urteilsausführungen: BGH Urt. v. 9.3.2010 – 1 StR 554/09 – Rn. 68.

II. Präventiver Opferschutz durch Sicherungsverwahrung

1. Wesen, Entwicklung und heutiger Stand der Sicherungsverwahrung

Sicherungsverwahrung ist eine Maßregel der Besserung und Sicherung (§§ 66-66b StGB). Sie dient dem Schutz der Allgemeinheit vor als besonders gefährlich eingeschätzten Straftätern. Sie wird neben der Strafe verhängt und im Anschluss an die volle Verbüßung der Freiheitsstrafe vollzogen. Sie ist potentiell lebenslänglich, wird aber aufgehoben oder zur Bewährung ausgesetzt, wenn sich die Rückfallprognose entscheidend verbessert. Von den anderen freiheitsentziehenden Maßregeln der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus oder in Entziehungsanstalten (§§63,64 StGB) unterscheidet sie sich nicht unwesentlich: Sie setzt nämlich keine verminderte oder ausgeschlossene Verantwortlichkeit voraus; sie kann nicht schon vor oder während der Strafverbüßung vollzogen werden; ihr Vollzug wird nicht auf die Strafe angerechnet; er findet in einer Abteilung einer Justizvollzugsanstalt statt, steht also nicht unter ärztlicher Leitung.

Diese strafrechtliche Maßregel wurde mit der *Zweispurigkeit des Sanktionensystems* des StGB 1934 erstmals durch das Gewohnheitsverbrechergesetz eingeführt. Sie überdauerte die Nazizeit. 1975 wurde sie im Rahmen der grundlegenden Reform des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs drastisch beschränkt. Sie führte sodann zunächst ein Schattendasein. Man erwog sogar, sie als rechtsstaatlichen Fremdkörper im Schuldstrafrecht gänzlich abzuschaffen. Doch 1998 begann eine gegenläufige Entwicklung. Die Sicherungsverwahrung wurde in einer einzigartigen Abfolge gesetzgeberisch-hektischer Aktionen Schritt für Schritt ausgeweitet. Rechtsstaatliche Rücksichtnahmen schwanden. Verantwortlich war keineswegs eine deutliche Zunahme relevanter Straftaten. Eher das Gegenteil ist der Fall. Gründe waren vielmehr eine allgemeine Strafverhärtungstendenz, außerdem eine in der Politik empfundene Herausforderung, erkennbar und entschieden jeweils auf massenmedial skandalisierte schreckliche Einzelverbrechen zu reagieren entsprechend dem Motto des Kanzlers Schröder „Wegschließen – und zwar für immer“. Vielfach wurde die *Sicherungsverwahrung – rechtsstaatlich gesehen – entgrenzt*.⁹

1998 wurde die Zehn-Jahres-Grenze bei erstmaliger Anordnung der Sicherungsverwahrung mit rückwirkender Kraft aufgehoben. Seither ist die Verwahrung potentiell lebenslänglich. Eine einzige Verurteilung wegen zweier Verbrechen bzw. bestimmter Gewalt- und Sexualvergehen (§66III2 StGB) genügt fortan. Spätere Bewährungsaussetzung wurde erschwert. 2002 wurde populistisch die Sicherungsverwahrung neben lebenslanger

⁹ Kritisch zur Entwicklung und aktuellen Situation der Sicherungsverwahrung aus letzter Zeit z.B.: T. Bartsch, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, Aktuelle Probleme, 2010 (Nomos, im Druck); ders., Verf., Ergebnisse einer bundesweiten empirischen Untersuchung zum Straf- und Sicherungsverwahrungsvollzug, Strafverteidiger 2009 S. 53 ff; ders., K. Drenkhahn, Sicherungsverwahrung, in: H. Cornel et al., Hrsg., Handbuch der Resozialisierung, 3. Aufl., 2009 S. 224 ff; C. Finger, Vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung – zur Rechtmäßigkeit von §§ 66a und 66b StGB, 2008; J. Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung, 2008; Verf., Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz? ZIS 2006 S. 145 ff; Verf., T. Bartsch, Zu einer neuen Strukturierung des Sicherungsverwahrungsrechts – Beendigung gesetzgeberischer Flickschusterei mit Zugewinn an Rechtsstaatlichkeit und Sicherheit Gebot der Stunde, GA 2008 S. 655 ff; Verf., T. Bartsch, Recht und Vollzug der Sicherungsverwahrung – Diskussionsstand und Reformvorschläge, Forum Strafvollzug 2010 S. 124 ff; H.-E. Müller, Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention, Strafverteidiger 2010 S. 207 ff; T. Ullenbruch, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein legislativer „Spuk“ im judikativen „Fegefeuer“? NSTz 2007 S. 62 ff. Siehe auch die kritischen Stellungnahmen zu der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht – BT-Drucks. 16/652 – , Zusammenstellung für die Anhörung v. 28.5.2008: Graebisch S. 1 ff, Kinzig S. 13 ff; Verf. S. 25 ff; Seifert S. 44 ff; Ullenbruch S. 48 ff; Schäfer (nachgereichte Stellungnahme v. 28.5.2008); zustimmende Stellungnahmen nur von Konopka S. 21 ff; Pütz S. 38 ff.

Freiheitsstrafe ermöglicht. Dies, obwohl tatsächlich nie eine Situation auftreten kann, in der ein Lebenslänglicher nach Ablauf der Mindestverbüßungszeit in die nachträgliche Verwahrung gelangen könnte, weil eine ungünstige Prognose der Strafaussetzung entgegenstände. Zwei neue Formen der Anordnung kamen hinzu: Vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung. 2002 war es die im Urteil vorbehaltene Sicherungsverwahrung bei noch nicht sicherer Rückfallprognose (§66a StGB). 2003 wurde diese modifiziert ausgedehnt auf Heranwachsende, die nach allgemeinem Recht verurteilt werden (§106III JGG). 2004 gab das Bundesverfassungsgericht¹⁰ nach unzulänglichen Regelungsversuchen einiger Bundesländer den Weg frei für eine bundesgesetzliche *nachträgliche Sicherungsverwahrung* auch ohne Vorbehalt oder Ankündigung im Ausgangsurteil; der Bund schuf sie noch im selben Jahr mit §66b StGB, wiederum mit Rückwirkung auf „Altfälle“. Sie darf schon bei Ersttätern mit nur einer Tat aus dem Katalog schwerer Delikte neben einer Verurteilung zu mindestens fünfjähriger Freiheitsstrafe angeordnet werden. Vorausgesetzt wird, dass nach dem Urteil *neue Tatsachen* erkennbar werden, die auf eine erhebliche Rückfallgefahr bei Entlassung aus Straf- oder Maßregelvollzug hindeuten. Nach allgemeinem Strafrecht verurteilte Heranwachsende wurden in den Anwendungsbereich einbezogen (§106V,VI JGG). 2008 zerbrach ein weiteres Tabu: Nachträgliche Sicherungsverwahrung wurde erstreckt auf nach Jugendstrafrecht verurteilte Ersttäter mit einer Mindeststrafe von sieben Jahren, wobei sogar auf neue Tatsachen verzichtet wird (§7II,III JGG). Dem Bundesrat liegen weitere Ausweitungs-Gesetzentwürfe vor.

2. Verfassungsrechtliche Bewertung der aktuellen Situation

a) Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbot

Das *Bundesverfassungsgericht* hatte 2004 über mehrere Verfassungsbeschwerden Inhaftierter zu verfassungsrechtlichen Fragen der Sicherungsverwahrung zu entscheiden: ob die rückwirkende Anwendung des Fortfalls der Zehn-Jahres-Begrenzung auf noch nicht entlassene Verwahrte Art. 103 Abs. 2 GG verletze, wonach eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde, ob ferner die Landesgesetze zu nachträglicher Verwahrung einer Gesetzgebungskompetenz entbehrten.¹¹ Außer Streit stehen die Entscheidungen insoweit, als allein dem Bund die Kompetenz zukomme, eine nachträgliche Sicherungsverwahrung im StGB zu verankern. Widersprochen werden muss ihnen jedoch insofern, als das höchste deutsche Gericht Verstöße gegen die grundgesetzlichen Garantien des Art. 103 Abs. II GG verneint und damit dem Gesetzgeber freie Hand für rückwirkende gesetzliche Regelungen und für eine nachträgliche Sicherungsverwahrung gelassen hat.¹² Die Begründung erscheint schon widersprüchlich: Einerseits soll keine Landes-, sondern eine Bundeskompetenz bestehen, weil es sich bei der Verwahrung der Sache nach um eine strafgesetzliche Tatreaktion handele; für bloßes Präventionsrecht – etwa im Polizeirecht – wären die Länder zuständig. Andererseits soll die Sicherungsverwahrung ein *aliud* zur Strafe sein, wesensverschieden gegenüber der Strafe, rein präventiv und unabhängig von Schuld; deswegen habe sie nicht an den grundgesetzlichen Schutzbestimmungen hinsichtlich Strafen teil, nämlich dem Rückwirkungs- und

¹⁰ BVerfG E 109, 13 ff.

¹¹ BVerfGE 109, 133ff, 190ff.

¹² Kritisch zu den Entscheidungen z. B. F. Dünkel, D. van Zyl Smit, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – Anmerkungen zu zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und zum Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB) vom 23.07.2004, KrimPäd 2004 S. 47 ff; J. Kinzig, Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? – Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, NStZ 2004 S. 655 ff; Verf. 2006 (o. Fn. 9).

Doppelbestrafungsverbot. Dass diese Maßregel etwas gänzlich Anderes als Straftat sei, erscheint als *kontrafaktisches rechtliches Konstrukt*. Sicherungsverwahrung setzt nämlich wie Strafe schuldhaftige Straftaten voraus; die Strafen müssen so sein, dass die zusätzliche Verwahrung nicht außer Verhältnis zu den Taten steht; sie wird von Strafgerichten verhängt und überwacht; schon bei der Bemessung der Strafe kann auch die Gefährlichkeit berücksichtigt werden; der Verwahrsvollzug dient gesetzlich wie der Strafvollzug Sicherheit und Resozialisierung; die Verwahrung wird in Abteilungen von Strafanstalten und ganz ähnlich wie Strafe vollzogen, sieht man von gering verbesserten Haftbedingungen ab; sie wird von Verwahrten, wie die von Tillmann Bartsch unter meiner Leitung durchgeführte bundesweite Untersuchung ergibt, wie Strafe, ja als die härteste Strafe erlebt – weitgehend ohne Perspektive und realistische Angebote für eine spätere Entlassung – als „Knast, womöglich bis zum Tod“. Nachvollziehbar werden die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen nur, wenn man sich in die damalige Lage des Gremiums versetzt; wäre auch nur einer der vielen bei anderslautender Entscheidung freizulassenden und teils tatsächlich sehr rückfallgefährdet erscheinenden Verwahrten rückfällig geworden, hätte sich das Gericht als dafür mit verantwortlich gefühlt und harter Kritik öffentlicher und vor allem veröffentlichter Meinung ausgesetzt.

Ein von dieser Rechtsprechung Betroffener aus der Sicherungsverwahrung in der JVA Schwalmstadt hatte jedoch Erfolg mit seiner Beschwerde bei dem *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*. Eine Kammer des Gerichts entschied im Dezember 2009, die rückwirkende Anwendung der Aufhebung der Zehn-Jahres-Grenze verletze die Art. 5 und 7 der EMRK¹³; Sicherungsverwahrung sei wie Strafe zu bewerten und habe deswegen Teil am Rückwirkungsverbot; eine nachträgliche unbegrenzte Verlängerung der Verwahrung sei zudem eine verbotene Haftform, weil sie nicht mehr kausal auf dem Urteil und der darin festgestellten schuldhaften Tat beruhe. Dem Verwahrten wurde für die fast zehn Jahre unrechtmäßig verbüßter zusätzlicher Verwahrung eine Entschädigung von € 5000 zugesprochen. Gegen diese Entscheidung hat jedoch die Bundesregierung die Große Kammer des EGMR angerufen. Eine kleine Kammer dieses Gremiums wird demnächst über die Zulassung des Antrags entscheiden; wird sie abgelehnt, tritt Rechtskraft ein; wird die Entscheidung der Großen Kammer beschlossen, bleibt die Sache für Monate oder Jahre rechtshängig.¹⁴

So oder so müssen wir uns darauf einstellen, dass über Kurz oder Lang etwa 100 Verwahrte auf freien Fuß zu setzen sein werden.¹⁵ Darauf müssen wir uns rechtzeitig vorbereiten durch alsbaldige Haftlockerungen und Freiheitserprobungen, Suche nach geeigneten Übergangs- und Aufnahmeeinrichtungen, angemessenen gerichtlichen Auflagen für die anschließende Zeit der Führungsaufsicht, polizeiliche Schutzmaßnahmen und Kooperation zu Entlassender mit dafür personell entsprechend ausgestatteten Bewährungshelfern sowie geeignete

¹³ Urt. v. 17.12.2009, Individualbeschwerde-Nr. 19359/04 – Rechtssache M. ./Deutschland, auszugsw. abgedr.: Strafverteidiger 2010 S. 181 ff. Vgl. dazu die zustimmenden Ausführungen: J. Kinzig, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, NSTZ 2010 S. 233 ff; Verf., Denktzettel für Gesetzgebung und Bundesverfassungsgericht, ZEIT ONLINE v. 17.12.2009; ders., Soforthilfe in jedem Fall – Demnächst müssen gefährliche Gefangene freigelassen werden – Was tun? FAZ v. 11. 03. 2010 S. 8.

¹⁴ Zu ergänzen ist, dass just am Tag dieses Vortrags der EGMR beschlossen hat, die Sache nicht der Großen Kammer vorzulegen; das Urteil vom Dezember 2009 gegen die Bundesrepublik Deutschland ist damit seit dem 11.03.2010 rechtskräftig (SPIEGEL ONLINE v. 11. Mai 2010 <http://www.spiegel.de/panorama/jutiz/0,1518,694338,00.html>). Die Bundesrepublik muss nunmehr die Freilassung des Beschwerdeführers aus der JVA Schwalmstadt betreiben, außerdem die der über 70 von der Entfristung der Sicherungsverwahrung Betroffenen, darüber hinaus nach Auffassung des Verf. alle in nachträgliche Sicherungsverwahrung Genommenen, da für sie gleichfalls gilt, dass diese Verwahrung erst nach der Tatzeit eingeführt worden, also rechtswidrig rückwirkend angewandt worden ist.

¹⁵ Diese Voraussage hat sich schneller als erwartet bestätigt durch die in Fn. 14 genannte Entscheidung des EGMR über die Rechtskraft des Urteils vom Dezember 2009.

Vorbereitung des Nahraums, um Lynchjustiztendenzen in Boulevardmedien und Bevölkerung vorzubeugen. Denn wir sollten uns keinen Illusionen über die aus Straßburg zu erwartende endgültige Entscheidung hingeben. Die Bundesregierung hat lediglich etwas Zeit gewonnen. Alles spricht dafür, dass in der Sache mit einer gleich lautenden Entscheidung zu rechnen ist. Denn die Kammerentscheidung ist einstimmig ergangen; an ihr war eine ehemalige deutsche Verfassungsrichterin beteiligt; sie ist rechtsvergleichend fundiert, widerspruchsfrei und überzeugend begründet; sie stimmt überein mit der hierzulande von vielen Experten vertretenen Ansicht und mit der des französischen Verfassungsrats, der in ähnlicher Lage jüngst ebenso entschieden hat; sie weist zutreffend auf eine in vielen Ländern zu beobachtende Praxis hin, für rückfallgefährdet gehaltene Gewalttäter dauerhaft zu verwahren und sich dabei differierender Sanktionsbezeichnungen zu bedienen, etwa Strafe oder Sicherungsmaßregel, was hinsichtlich des Rechtsschutzes nicht ausschlaggebend sein dürfte.¹⁶ Diese Bewertung trifft sachlich ebenso zu auf jegliche nachträgliche Sicherungsverwahrung. Denn auch sie ist als Strafe einzuordnen, wird vom Urteil abgelöst angeordnet und dies nach einem Gesetz, welches bislang rückwirkend auf Taten angewendet wird, die vor Erlass des Gesetzes begangen worden sind.

b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Bisher in Gesetzgebung und Verfassungsgerichts- sowie höchstrichterlicher Rechtsprechung unbeachtet geblieben ist mein schon in parlamentarischen Anhörungen¹⁷ geltend gemachter Einwand, die nachträgliche Sicherungsverwahrung *verstoße gegen das verfassungsrechtliche Gebot verhältnismäßiger staatlicher Eingriffe*. Der Verstoß könnte bereits darin liegen, dass die Wirkungen nachträglicher Verwahrung in der vorausgehenden Zeit des Strafvollzugs unbeachtet geblieben sind. Diese Verwahrung betrifft nicht nur, wie vom Verfassungsgericht vorausgesetzt, wenige Gefangene, sondern Tausende; sie belastet zudem die Vollzugsmitarbeiter und das Vollzugsklima erheblich. Das gilt schon für die Ersttäterregelung. Ohne an konkrete Rückfallindizien anzuknüpfen werden alle erfasst, die wegen eines schweren Delikts aus dem Verbrechenskatalog eine mindestens fünfjährige Strafe erhalten. 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 Sicherheitsverwahrung liegen vor“ („fVnSV“) versehen. Damit verbinden sich besondere Pflichten zu bürokratischer Registrierung und eventuell Meldung prognoserelevanter Vorkommnisse während des Vollzugs; 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. Vertrauen schwindet. Knappe Ressourcen werden zweckentfremdet. Und am Ende gelangen 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, sich vielmehr durchweg bereits im Urteilszeitpunkt die Gefährlichkeit nach Tat und Täterpersönlichkeit abzeichnet, ist es geboten, den Vorbehalt möglicher nachträglicher Verwahrung schon im Urteil auszusprechen und so die Zahl Betroffener zielgenauer einzugrenzen. Wegen ihrer weit über das Ziel hinausschießenden Wirkung – vergleicht man Input von Tausenden und Output von einigen

¹⁶ Vgl. zur ähnlichen Entwicklung in den USA auf Bundes- und Staatenebene den Bericht von K. Gelinsky, *Wie eine Krankheit*, FAZ v. 11.03.2010 S. 8.

¹⁷ Verf., o. Fn. 9 (Anhörung im Rechtsausschuss 2008).

wenigen Betroffenen – ist die bisherige Regelung daher auch ungenau, ungeeignet, unverhältnismäßig im engeren Sinn.

c) Ungleichbehandlung bei Jugendstrafrechtsanwendung

Einer neuen Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* vom März 2010 muss energisch widersprochen werden¹⁸. Sie hatte die erstmalige Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung gegen einen nach Jugendstrafrecht verurteilten Heranwachsenden (§ 7II JGG) bestätigt. Sie mutet anachronistisch an, zumal zwei Monate später die Entscheidung des EGMR gegen die Bundesrepublik rechtskräftig geworden ist. Sie dürfte der Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsbeschwerde, zumindest aber einer späteren Menschenrechtsbeschwerde in Straßburg kaum standhalten.

Bei dem betroffenen Heranwachsenden war das Gesetz von 2008 angewandt worden. Es weicht ab von der Regelung für Heranwachsende bei Anwendung allgemeinen Rechts (§ 106IV JGG) mit der Wirkung ungerechtfertigter Schlechterstellung der nach Jugendstrafrecht Verurteilten. Bei Anwendung allgemeinen Rechts werden neue Tatsachen als die Verwahrung begrenzendes Kriterium verlangt. Bei Anwendung des Jugendstrafrechts können sie entfallen. Sie hätten hier auch gefehlt. Dass man auf diese Limitierung der Anwendung ausgerechnet bei Jugendstrafrechtsanwendung verzichtet, bedürfte einer sachlichen Rechtfertigung. Sie ist nicht erkennbar. Jedenfalls genügt es nicht, darauf zu verweisen, es gebe bei jungen Tätern keine vorbehaltene Sicherungsverwahrung und man müsse deswegen eine Lücke schließen, indem man bei nachträglicher Anordnung auf neue Tatsachen verzichte. Schließlich erscheint es höchst zweifelhaft, ob man überhaupt bei nachträglicher Sicherungsverwahrung auf neue Tatsachen gesetzlich verzichten darf. Denn das Bundesverfassungsgericht hat solche Verwahrung als mit der Verfassung vereinbar erachtet nur unter der Prämisse, dass sehr wenige Personen betroffen seien, bei denen nicht schon im Urteilszeitpunkt Erkenntnisse vorlägen zur Annahme erheblicher Rückfallgefahr. Verzichtet der Gesetzgeber auf eine im Urteil vorbehaltene Sicherungsverwahrung und stützt die nachträgliche Verwahrung auf Erkenntnisse, die dem verurteilenden Gericht bereits vorlagen, bedeutet das Instrument nachträglicher Verwahrung eine spätere Korrektur des früheren Urteils. Überdies ist für nach Jugendstrafrecht im Gegensatz zu nach allgemeinem Recht Verurteilte nicht die Überstellung in eine sozialtherapeutische Anstalt im Strafvollzug vorgeschrieben. Zu bedenken ist weiterhin, dass das im konkreten Fall erkennende Gericht noch nichts von später möglicher nachträglicher Sicherungsverwahrung wusste, diese also nicht in der Strafzumessung berücksichtigen konnte.

Vor allem ist dem BGH insofern zu widersprechen, als er behauptet, die Entscheidung des EGMR stehe dem nicht entgegen; der EGMR habe über eine andersartige Sach- und Rechtslage entschieden. Grundsätzlich sind die Fälle vergleichbar und in entscheidender Hinsicht ist die Rechtslage die nämliche. Zwar hat der EGMR über den nachträglichen Wegfall der Befristung einer an sich rechtlich einwandfrei angeordneten Sicherungsverwahrung entschieden. Aber wenn die nachträgliche Entfristung einer bereits rechtens verhängten Verwahrung gegen das Doppelbestrafungsverbot verstößt, dann doch erst recht die erstmalige, aber nachträgliche Anordnung der Verwahrung. Außerdem stellt jede Sicherungsverwahrung nach dem EGMR eine strafgleiche Sanktion dar, und das gilt ebenso für die nach Jugendstrafrecht angeordnete. Das vom EGMR als verletzt angesehene Rückwirkungsverbot für solche Sanktionsgesetze gilt gleichermaßen für die jetzt angeordnete nachträgliche Sicherungsverwahrung. Der erste Senat des BGH hätte daher dem Beispiel des vierten Senats folgen sollen. Dieser hatte im Februar 2010 eine Entscheidung über

¹⁸ BGH, Urt. v. 9.3.2010, 1 StR 554/09; dazu Bespr. vom Verf. demnächst in der NSZ.

nachträgliche Sicherungsverwahrung zurückgestellt wegen des noch nicht rechtskräftigen Urteils des EGMR und inzwischen konsequent angeordnet, den Betroffenen zu entlassen.¹⁹

3. Reformvorschlag

Für die überfällige Gesamtreform des Rechts der Sicherungsverwahrung haben Tillmann Bartsch und ich im Rechtsausschuss des Bundestags einen Vorschlag unterbreitet. Er sei knapp skizziert:²⁰

Die *neue Konzeption* muss tatsächlichen, empirisch belegbaren Sicherheitsbedürfnissen genügen, kriminologisch fundiert sein und fortlaufend evaluiert werden. Sie sollte sich soweit möglich harmonisch in das bisherige System von Strafen, Strafzumessung, Maßregeln und Verfahrensgrundsätzen fügen. Die Zielgruppen müssen treffsicher festgelegt werden, so dass überflüssige Belastungen von Gerichten, Behörden und Betroffenen vermieden werden. Standards der Verfassung und Menschenrechtskonvention sind zu wahren. Die Regelungen sollten schlank und lesbar sein.

Auf die Dreiteilung anfänglicher, vorbehaltener und nachträglicher Sicherungsverwahrung kann schadlos verzichtet werden zugunsten einer *einheitlichen, im Urteil vorbehaltenen Verwahrung*.

Zunächst kann die *anfängliche Sicherungsverwahrung* nach § 66 StGB zugunsten einer vorbehaltenen *vollständig wegfallen*. Sie wird zu unrecht politisch als „sicher“ bewertet. Denn anders als bei sonstigen freiheitsentziehenden Maßregeln wird bei ihr ebenso wie bei der vorbehaltenen Verwahrung endgültig über den tatsächlichen Vollzug immer erst aufgrund einer zweiten Begutachtung am Ende der Strafzeit entschieden.²¹ Es gibt kein sog. Vikariieren wie bei §§ 63, 64, 67 StGB. Die anfängliche Verwahrung unterscheidet sich sachlich-rechtlich insoweit also nicht von der vorbehaltenen. Sie lähmt jedoch tatsächlich Behandlungsbemühungen während des Strafvollzugs, weil man sich darauf beruft, dass therapeutische Ansätze sich jetzt erübrigten angesichts notierter „Anschluss-Sicherungsverwahrung“. So werden Gefangene üblicherweise nicht in die Sozialtherapie überstellt. Sicherungsverwahrung von vornherein als vorbehaltene im Gesetz und Urteil zu erklären, verdeutlicht dagegen der Strafvollzugseinrichtung die Vorläufigkeit der Urteilsanordnung und demgemäß die Notwendigkeit, auf eine günstigere Prognose durch entsprechende Behandlung hinzuwirken. Rechtsstaatlichkeit, Rechtsklarheit, Ehrlichkeit und Berechenbarkeit gebieten es daher, schon im Urteil einen Vorbehalt, aber eben auch nur einen solchen, zu erklären.

¹⁹ BGH Beschluss v. 11.2.2010 – 4 StR 577/09.

²⁰ Eingehend: T. Bartsch, 2010; Verf., 2008 (BT-Drucks. 16/652); Verf., T. Bartsch 2008, jeweils oben Fn. 9.

²¹ Dies dürfte J. Kinzig (2010, o Fn. 13) verkennen, der eine nachträgliche Sicherungsverwahrung als mit der Entscheidung des EGMR von 2009 kaum vereinbar einschätzt, weil auch bei vorbehaltener Sicherungsverwahrung die tatsächliche Verwahrung erst vom Urteil abgekoppelt am Ende der Strafzeit angeordnet werde. Das aber ist allen Anordnungen von Sicherungsverwahrung – im Gegensatz etwa zu der Maßregel des § 63 StGB – wesenseigen, da erst am Ende der Strafzeit die letztentscheidende Gefahrenprognose vorliegt und die Verwahrung verbindlich angeordnet wird. Es muss jedoch eine Grundlage der Anordnung im Urteil bestehen, damit Rechtssicherheit, Berechenbarkeit für alle Beteiligten besteht. Das ist mit dem Urteilsvorbehalt gegeben, und damit ist der Anforderung des EGMR nach einer kausalen Beziehung zu der im Urteil festgestellten schuldhaften Tat entsprochen. Es ist nicht anders als etwa bei dem Schuldspruch mit dem Vorbehalt späterer Verhängung einer Jugendstrafe nach § 27 ff JGG; auch dort wird im Urteil die freiheitsentziehende Sanktion bedingt in Aussicht gestellt, aber noch nicht verbindlich festgelegt. Ein weiteres bislang ebensowenig als gegen die EMRK verstoßend gewertetes Instrument ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB. Dies alles sind Instrumente, die sachnotwendige flexible Differenzierungen zwischen Verknüpfung einer Sanktion mit der Tatfeststellung im Ausgangsurteil und endgültiger Anordnung dieser Sanktion in einer darauf beruhenden späteren Entscheidung und damit zurückhaltenderes bedingtes Sanktionieren zulassen.

Sodann muss auf die *nachträgliche Sicherungsverwahrung* schon aus Gründen des vom EGMR erkannten Verstoßes gegen Art. 5 und 7 EMRK *gänzlich verzichtet* werden, darüber hinaus wegen ihrer aufgezeigten Unverhältnismäßigkeit. Dieser Verzicht wird Tausende bislang unnötig belasteter Strafgefangener von unnötigem Druck und der Beeinträchtigung in ihren Resozialisierungschancen, die Strafanstalten von atmosphärischen und bürokratischen Erschwernissen befreien.

Unser Modell einer einheitlichen vorbehaltenen Sicherungsverwahrung lässt bei Ersttätern den Streit über „neue Tatsachen“ entfallen. Es ist ja auch kein Fall bekannt geworden, in dem wirklich neue Tatsachen ausschlaggebend waren. Die Prognose im Urteilszeitpunkt braucht nur eine aufgrund der Taten und Persönlichkeit erkennbare *wahrscheinliche Gefährlichkeit* zu ergeben. Erst am Ende der Strafzeit muss sich diese als „hinreichend sicher“ erweisen, soll die Verwahrung angeordnet werden. Diese Abschichtung der Wahrscheinlichkeit wird auch der Realität von Begutachtungen gerecht; sie können Entwicklungen während des Strafvollzugs zuvor nicht hinreichend abschätzen und müssen im Erstzeitpunkt notwendig unbestimmter bleiben als im zweiten. Erst- und jugendliche Täter von Gewalt- und Sexualstraftaten können ausnahmsweise einbezogen werden, wenn die Verhältnismäßigkeit zur Schwere der Anlasstat und Strafhöhe gewahrt bleibt und die Tat für die Störung und Wiederholungsgefahr symptomatisch ist. Das Modell bezieht also einige Personen ein, die mangels neuer Tatsachen oder wegen der strengeren Prognoseformel bisher nicht erfasst waren. Aber die übergroße Zahl Tausender gesetzlich bloß abstrakt als gefährlich eingestuft („fVnSV“) wird drastisch reduziert zugunsten weniger schon im Urteilszeitpunkt als gefährlich eingeschätzter und mit dem Vorbehalt einer Verwahrung Belegter. Außerdem sollten Straftaten ohne Gewalt- und Sexualbezug gänzlich außen vor bleiben. Rückwirkende Anwendung ist auszuschließen.

Für *Fälle der Vergangenheit* sind andere präventive Schutzmaßnahmen, namentlich in der Führungsaufsicht, zu entwickeln.²² Geldmittel dafür werden frei durch die in absehbarer Zeit frei werdenden Haftplätze in der Sicherungsverwahrung nach den notwendigen Entlassungen. Wir müssen lernen, mit Sicherheitsrisiken in manchen Bereichen auch ohne Strafmaßnahmen umzugehen. Viele rückfallgefährdete Straftäter leben unter uns, ohne dass dies immer für Empörung sorgt. Man denke etwa an das Dunkelfeld der unerkannten oder unaufgeklärten Rückfälle, an all die, welche aus letzten Beweisschwierigkeiten nicht bestraft oder auch nur mit Auflagen bedacht werden können, an die Mehrzahl derer, bei denen bisher die beantragten Instrumente der Sicherungsverwahrung mangels neuer Tatsachen oder aus anderen Rechtsgründen scheiterten, oder auch an all jene, die ohne Sicherungsverwahrung verurteilt sind und nach Strafablauf selbst bei ungünstiger Prognose entlassen werden müssen. Überdies sollte man die *Grenzen prognostischer Zuverlässigkeit* bedenken; mehrere katamnestiche Untersuchungen hierzulande und in den USA bei zuvor Verwahrten, die aus Rechtsgründen später unerwartet freizulassen waren, ergaben, dass die große Mehrheit der Entlassenen entgegen früherer fachlicher Prognose nicht einschlägig rückfällig wird.²³ Verwahrte können ihre Ungefährlichkeit nicht nachweisen, unzutreffende („Falsch-Negative“) Gefahrenprognosen nicht widerlegen. Das Potential von Ungewissheit und Fehleinschätzungen in Prognosen ist erschreckend.

²² Dennoch scheinen manche Politiker wieder mit dem Gedanken an rückwirkende Anwendung auf Altfälle zu spielen; vgl. z.B. die Bayer. Justizministerin B. Merk, FAZ v. 12.5.2010, „Zustand nicht hinnehmbar“, ferner MdB M. Grosse-Brömer nach R. Müller, „Sofort entlassen?“, FAZ v.28.5.2010 S. 10.

²³ Zu deutschen Katamnesen: M. Alex, T. Feltes, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung – Anmerkungen zur aktuellen Diskussion*, Forum Strafvollzug 2010 S. 159 ff; J. Kinzig, 2008, o. Fn. 9; zu geringer Rückfälligkeit in Quasi-(natürlichen) Experimenten in den USA bei aus Rechtsgründen überraschend entlassenen, wegen Gewalttaten und Gefährlichkeit ursprünglich zur Todesstrafe oder zu psychiatrischer Verwahrung Verurteilten: Nachw. bei Verf., 2008 (Anhörung Rechtsausschuss) o. Fn. 9; C. Graebisch, ebenda; in theoretisch-empirisch-kriminologischer Forschungsperspektive mit der Erwartung rückläufiger Rückfallwahrscheinlichkeit auch bei Gewalttätern im späteren Lebensverlauf z. B. K. Boers, *Delinquenz im Lebenslauf*, Vortrag auf dem Symposium „Kriminologie und Strafrechtswissenschaft in Greifswald und Europa“ in Greifswald am 14.5.2010.

Die strafgesetzliche Neukonzeption ist in mancher Hinsicht durch *Vollzugsvorschriften* zu ergänzen: Bei drohender „Anschluss-Sicherungsverwahrung“ sind im Strafvollzug sozialtherapeutische Angebote rechtzeitig und intensiv zu bieten, damit eine spätere Verwahrung möglichst vermieden wird. § 106IV S. 1 JGG bietet dafür ein Beispiel mit der Regelüberstellung der nach allgemeinem Strafrecht zu Strafe und vorbehaltener Sicherungsverwahrung verurteilten Heranwachsenden in die sozialtherapeutische Anstalt. Der Vollzug der Verwahrung ist gesetzlich und in der Praxis entsprechend den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts auszugestalten durch deutlich verbesserte Angebote zur *Resozialisierung* einschließlich frühzeitiger entlassungsrelevanter Vollzugslockerungen, durch eine qualitative Besserstellung in den Haftbedingungen gegenüber Strafvollzug (sog. „*Abstandsgebot*“) und durch eine mit der Länge der Verwahrung *tendenziell sich umkehrende Beweislast* hinsichtlich der Gefährlichkeitsprognose. Zudem besteht Bedarf an besonderen Einrichtungen und Nachsorgeinstitutionen namentlich für die zunehmende Gruppe alternder Langzeitverwahrter.