

Die Gedanken und Planungen der Kreisauer haben in sehr unterschiedlicher Weise fortgewirkt. Die staatliche Struktur der Bundesrepublik ist wenig von ihnen beeinflusst worden, die europapolitische Entwicklung jedoch in hohem Maße. Die Rückkehr der Kreisauer zu einer europäisch-abendländischen Werteordnung wurde und wird in der heutigen Diskussion fortgesetzt. Es gibt einen durch die Europäischen Verträge verankerten Wertekanon, den sich die Mitgliedstaaten zu Eigen gemacht haben und den die Beitrittsländer akzeptieren müssen und wollen. In den Plänen der deutschen Widerstandsbewegung gegen Hitler, ihrer verschiedenen Gruppen, stellen die Vorschläge der Kreisauer für die zukünftige europäische Verfassungsform den wohl am stärksten zukunftsweisenden, politisch innovativsten und insofern modernsten Bestandteil dar.

Dreh- und Angelpunkt des Denkens der Kreisauer über Gesellschaft und Wirtschaft, Staatsrecht und internationales Recht, Deutschland und Europa war die Frei-

heit der Menschen, die im Dritten Reich missbraucht und verschüttet war. Dazu schrieb Alfred Delp: „Es ist auf eine Ordnung des äußeren, sozialen, wirtschaftlichen, technischen und ... Lebens hinzuarbeiten, die dem Menschen ein relativ gesichertes Existenzminimum jeglicher Art (auch geistig, zeitlich, räumlich) verbürgt. Das Maß des Zielbildes ist vom Menschen zu nehmen, das Ausmaß der jeweiligen Verwirklichung nach den sachlichen Möglichkeiten zu bemessen.“¹³ Welchen Dreh- und Angelpunkt jede und jeder von uns für unveräußerliche Menschenrechte wählt, ob einen religiösen oder philosophisch-metaphysischen, einen humanistischen oder historisch begründeten, ist eine ureigene Entscheidung. Nicht bestreiten kann man den Umstand, dass die Männer des Kreisauer Kreises in dunkler Zeit und unter hohem persönlichem Risiko für dieselben Grundwerte eintraten wie wir heute im Schutze unseres Grundgesetzes: Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit.

¹³ Alfred Delp, *Im Angesicht des Todes*, 1947, S. 135.

Norbert Paulo*

Aktuelle Probleme der Sicherungsverwahrung

I. Einleitung

Die Sicherungsverwahrung taucht traditionell in den Medien auf, wenn entlassene Straftäter/innen rückfällig geworden sind. Dann werden Forderungen nach einem „Wegschließen – und zwar für immer“¹ laut. Dies erlaubt die Sicherungsverwahrung grundsätzlich. Verurteilte Straftäter/innen können über ihre eigentliche Strafe hinaus zur Sicherung verwahrt werden, wenn sie in Freiheit eine zu große Gefahr für die Allgemeinheit darstellen. Obwohl die Sicherungsverwahrung umstritten ist, wurde sie in den letzten Jahren kontinuierlich verschärft.

Am 17.12.2009 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) geurteilt, dass die deutschen Regelungen zur Sicherungsverwahrung teilweise gegen Art. 5 I (Recht auf Freiheit) und Art. 7 I (Rückwirkungsverbot) EMRK verstoßen.² Der Antrag der Bundesregierung, die Sache wegen grundsätzlicher Bedeutung nach

Art. 43 I EMRK an die Große Kammer des EGMR zu verweisen, wurde am 10.05.2010 abgewiesen.³ Das Urteil ist damit rechtskräftig, Art. 44 II lit. c EMRK. Diese Entscheidung wirft erneut grundsätzliche Fragen der Sicherungsverwahrung auf.

II. Einordnung der Sicherungsverwahrung

Die Sicherungsverwahrung ist schwer zwischen Prävention und Repression zu verorten. Sie soll dazu dienen, die Allgemeinheit effektiv vor gefährlichen Straftaten zu schützen, und ist damit wesentlich in die Zukunft gerichtet. Gleichzeitig knüpft sie aber auch an bereits begangene Vortaten an.

1. Strafen und Maßregeln

a) Zweispurigkeit

Das deutsche Strafrecht kennt zwei Formen von Sanktionen: Strafen einerseits und Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 38–76a StGB) andererseits. Man spricht auch von einem „System der Zweispurigkeit“ des (Erwachsenen-) Strafrechts,⁴ das geradezu durch die Sanktionen definiert ist, da es „aus der Summe aller Vor-

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre, Universität Hamburg.

¹ So der damalige Bundeskanzler Gerhard Schröder in einem Interview der Bild am Sonntag vom 08.07.2001.

² EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04. Die Entscheidung ist abgedruckt in: EuGRZ 2010, S. 25; JR 2010, S. 218; NJW 2010, S. 2495; NStZ 2010, S. 263 und StV 2010, S. 181. Ich zitiere im Folgenden nach Rn. im Urteil.

³ Pressemitteilung des Kanzlers des EGMR vom 11.05.2010.

⁴ Zur Zweispurigkeit siehe Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, in: Nomos-Kommentar, StGB, 2. Aufl. 2005, vor § 1 Rn. 263 ff.

schriften, die Voraussetzungen oder Folgen eines mit Strafe oder einer Maßregel der Besserung und Sicherung bedrohten Verhaltens regeln“, besteht.⁵ Dass es trotzdem nur „Strafrecht“ und nicht „Straf- und Maßregelrecht“ heißt, liegt daran, dass das StGB von 1871 erst 1933 um die Maßregeln als Sanktionsmöglichkeit ergänzt wurde. Trotz ihrer Einführung im Jahre 1933 handelt es sich nicht um nationalsozialistisches Gedankengut; vielmehr wurden jahrzehntelange Vorarbeiten umgesetzt.⁶

Die Strafen unterteilen sich in Haupt- und Nebenstrafen (§§ 38 ff. StGB). Daneben gibt es sechs Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB). Worin sich Strafen und Maßregeln im Wesentlichen unterscheiden, zeigt § 46 I 1 StGB: „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.“ Die Verhängung einer Strafe setzt also die schuldhaftige Begehung einer Tat voraus. Eine Tat kann dagegen auch dann mit einer Maßregel sanktioniert werden, wenn sie nicht schuldhaft begangen wurde. Voraussetzung hierfür ist aber eine gewisse Gefährlichkeit des Täters. Da eine schuldhaftige Tatbegehung die Anordnung einer Maßregel nicht ausschließt, können Strafe und Maßregel auch zusammen verhängt und angeordnet werden. Bei der Anordnung der Maßregel Sicherungsverwahrung (§§ 66–66b StGB, 7 II–IV und 106 III–VI JGG) ist diese Verbindung sogar zwingend. Es gibt keine Sicherungsverwahrung ohne Strafe.

b) Zwecke und Begrenzung von Strafen und Maßregeln

Zu den Zwecken staatlicher Strafen gibt es eine sehr differenzierte Diskussion.⁷ Die heutigen Strafzwecke pendeln zwischen General- und Spezialprävention. Es soll also einerseits der Allgemeinheit verdeutlicht werden, dass bestimmte Taten Sanktionen nach sich ziehen, und andererseits soll der/die Einzelne von der Begehung solcher Taten abgehalten werden. Traditionelle Vergeltungstheorien spielen keine große Rolle mehr. Klar ist, dass das Maß der persönlichen Schuld – was das auch immer genau sein mag – die Strafe in ihrer Höhe begrenzt, § 46 I 1 StGB.

Auch mit den Maßregeln sollen general- und spezialpräventive Zwecke verfolgt werden.⁸ Dies macht § 67 StGB klar, wonach das sog. „Vakariieren“ – also der Vollzug der Maßregel vor der Strafe unter Anrechnung auf den Strafvollzug – möglich ist, und lässt sich auch an der Sicherungsverwahrung nachvollziehen: Das Bestehen des Instituts der Sicherungsverwahrung soll potentielle Täter/innen davon abhalten, Straftaten zu begehen. Dane-

ben ist die zeitlich unbegrenzte – aber regelmäßig von neuem auf ihre Notwendigkeit untersuchte – Verwahrung der Täter/innen die sicherste Methode, von diesen ausgehende Gefahren für die Allgemeinheit auszuschließen.

Strafe und Maßregel unterscheiden sich darin, dass die Maßregel in ihrer Höhe oder Intensität nicht durch das Maß der Schuld begrenzt ist. Schließlich ist die Schuld nicht in jedem Fall Voraussetzung der Verhängung einer Maßregel. Wie lässt sich aber die Verhängung einer Maßregel rechtfertigen und begrenzen? Es darf nicht vergessen werden, dass besonders die freiheitsentziehenden Maßregeln erheblich in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen. Tatsächlich läuft die gängige Rechtfertigung der Maßregeln auf eine Güterabwägung hinaus: Den Straftäter/innen darf die Freiheit entzogen werden, wenn sie selbst diese Freiheit mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Beeinträchtigung der Freiheit anderer nutzen und letztere Beeinträchtigungen weit schwerer wiegen als die Verhängung der Maßregel im Einzelfall.⁹

Es liegen zwei Punkte auf der Hand: Erstens besteht ein reales Bedürfnis, die Allgemeinheit vor besonders gefährlichen Mitmenschen zu schützen. Zweitens ist kaum verlässlich feststellbar, wer tatsächlich besonders gefährlich ist. Wegen des ersten Punktes wurde die Sicherungsverwahrung in den letzten Jahren Stück für Stück ausgeweitet.¹⁰ Zuerst fiel die zeitliche Begrenzung der ersten Anordnung der Sicherungsverwahrung auf maximal zehn Jahre.¹¹ Jetzt können Straftäter/innen potentiell lebenslänglich sicherungsverwahrt werden, wobei lebenslänglich hier – anders als bei Strafen – tatsächlich bedeuten kann: bis zum Lebensende. Später wurde das normale Verfahren, nämlich direkt mit der Verkündung des Strafurteils wegen der besonderen Gefährlichkeit des Täters/der Täterin die Sicherungsverwahrung anzuordnen (§ 66 StGB), erst um die Möglichkeit des schlichten Vorbehalts der späteren Anordnung im Urteil (§ 66a StGB), dann noch um diejenige der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung ergänzt (§ 66b StGB a.F.¹²). Zuletzt wurde die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung sogar auf nach Jugendstrafrecht verurteilte Täter/innen ausge-

⁵ Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band 1, 4. Aufl. 2006, S. 1.

⁶ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 84f.

⁷ Einen guten Überblick geben Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, in: *Nomos-Kommentar, StGB*, 2. Aufl. 2005, vor § 1 Rn. 266ff.

⁸ Claus Roxin, *StrafR AT I*, Band 1, 4. Aufl. 2006, S. 64.

⁹ Claus Roxin, *StrafR AT I*, Band 1, 4. Aufl. 2006, S. 97f. m.w.N. Hierzu und zu anderen Punkten des Maßregelrechts sehr kritisch Michael Köhler, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 1997, S. 55ff.

¹⁰ Umfassend zur Entwicklung der Sicherungsverwahrung Jörg Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, 1996, S. 7ff.; Tobias Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung*, 2008, S. 9ff. und Jan-David Jansing, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*, 2004, S. 7ff.

¹¹ Zur Entwicklung der Befristung Oliver Milde, *Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004*, 2006, S. 74ff.

¹² § 66b StGB wurde infolge des EGMR-Urteils erheblich verändert, dazu unten. Auf die bis zur Gesetzesänderung infolge des Urteils geltende Fassung beziehe ich mich hier mit „a. F.“, auf die nun neuen Regelungen mit „n. F.“.

weitet (§ 7 II–IV JGG). Diese Erweiterungen der Anordnungsmöglichkeiten belasten die verurteilten Straftäter/innen, weil die spätere Anordnung der Sicherungsverwahrung bis zum Ende ihrer Straftat wie ein Damoklesschwert über ihnen schwebt; dies kann sich etwa in erheblicher Weise negativ auf die angestrebte Resozialisierung auswirken.

Der zweite Punkt führt neben den (gravierenden) Problemen der Gefahrenprognose auf die Frage der Begrenzung der Maßregeln. § 62 StGB sagt ausdrücklich, dass eine Maßregel nicht angeordnet werden darf, „wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.“ Eine Begrenzung liegt also jedenfalls im Verhältnismäßigkeitsprinzip.

2. System der Anordnung der Sicherungsverwahrung vor dem Urteil des EGMR

Die möglichen Formen der Anordnung der Sicherungsverwahrung und deren jeweiligen Voraussetzungen waren und sind vielfältig. Hier kann nur deren Systematik dargestellt werden. Um die Kontroverse zwischen BVerfG und EGMR nachvollziehbar zu machen, werden hier die Regelungen so vorgestellt, wie sie bis zur Neuregelung infolge des Urteils des EGMR galten. Am Ende des Beitrags wird auf die Neuregelungen eingegangen.

§ 66 I StGB normiert die zwingende Anordnung der Sicherungsverwahrung. Hierfür musste nach der a.F. jemand wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren rechtskräftig verurteilt worden sein, nachdem er/sie zuvor bereits wegen anderer Taten wenigstens zweimal zu Freiheitsstrafen von mindestens einem Jahr verurteilt wurde (Nr. 1), wovon wiederum für wenigstens eine Vortat eine Strafe oder Maßregel mindestens zwei Jahre vollzogen worden sein muss (Nr. 2), und eine Gesamtwürdigung des Täters/der Täterin und seiner/ihrer Taten einen Hang zu erheblichen Straftaten ergab, der ihn/sie für die Allgemeinheit gefährlich macht (Nr. 3). Wichtig ist, zu sehen, dass es hier nicht nur um die Verurteilung wegen gravierender Gewalt- oder Sexualdelikte ging, welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer schädigen können, sondern ausdrücklich auch um Delikte mit schweren wirtschaftlichen Schäden. So kommt es, dass bspw. auch für Betrüger/innen Sicherungsverwahrung angeordnet werden konnte. Die im Urteil angeordnete Sicherungsverwahrung gibt es nur im Erwachsenenstrafrecht.

§ 66 II und III StGB regeln besondere Voraussetzungen, unter denen ein Gericht die Sicherungsverwahrung anordnen kann, aber nicht muss. Es geht hierbei besonders um Schwere und Charakter der Vortaten.

§ 66a StGB regelt den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung im Strafurteil. Betroffen waren nach der a.F. Fälle, in denen die Gefährlichkeit des Täters/der Täterin für die Allgemeinheit zwar vermutet wurde, aber bei Verurteilung noch nicht hinreichend sicher feststellbar war. Das Gericht nahm und nimmt dann vor Ende der Haftzeit nochmals eine Gesamtwürdigung des/der Verurteilten, seiner/ihrer Taten und seiner/ihrer Entwicklung im Vollzug vor. Sicherungsverwahrung kann angeordnet werden, wenn nach dieser Gesamtwürdigung erhebliche Straftaten zu erwarten sind, welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer schädigen können. Wirtschaftliche Schäden genügen hier nicht. Die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung gibt es für Erwachsene und für Heranwachsende (§ 106 III und IV JGG), also für Personen, die das 18., noch nicht aber das 21. Lebensjahr vollendet haben, § 1 II JGG, mit leicht modifizierten Voraussetzungen.

Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung war in § 66b StGB a.F. geregelt.¹³ Diese Möglichkeit der erst nachträglichen Anordnung sollte weiterhelfen, wenn sich die besondere Gefährlichkeit des Täters/der Täterin erst während des Vollzugs der Freiheitsstrafe gezeigt hat. Für die Gefährlichkeit mussten (neue) Tatsachen¹⁴ erkennbar sein, die zusammen mit einer Gesamtwürdigung des/der Verurteilten, seiner/ihrer Taten und Entwicklung im Vollzug mit hoher Wahrscheinlichkeit die Begehung von Straftaten erwarten ließen. Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gab es für Erwachsene, Heranwachsende (§ 106 V und VI JGG) und für Jugendliche (§ 7 II - IV JGG), also für Personen, die das 14., noch nicht aber das 18. Lebensjahr vollendet haben, § 1 II JGG, mit je leicht unterschiedlichen Voraussetzungen.

3. Strafe oder Maßregel?

Die Frage, ob es sich bei der Sicherungsverwahrung tatsächlich „nur“ um eine Maßregel oder vielleicht doch um eine Strafe handelt, haben das BVerfG und der EGMR im gleichen Fall unterschiedlich beurteilt.¹⁵ Dies liegt teilweise daran, dass der EGMR eine Verletzung von Art. 7 I EMRK prüft¹⁶, während sich das BVerfG auf Art. 103 II GG konzentriert hat. Beide Normen betreffen das Rückwirkungsverbot, wonach eine Tat nur dann bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Der EGMR

¹³ Zu prozessualen Aspekten umfassend *Friedrich-Carl v. Freier*, Verfahrensidentität und Prozessgegenstand des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung, in: ZStW 120 (2008), S. 273–330.

¹⁴ Es ging um solche Tatsachen, die bei Verhängung des Urteils noch nicht bekannt waren.

¹⁵ BVerfG vom 05.02.2004, BVerfGE 109, 133 einerseits und EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04, andererseits.

¹⁶ Festgestellt wurde auch ein Verstoß gegen Art. 5 I EMRK, u. a. weil die Verlängerung der Sicherungsverwahrung nicht auf einem Urteil beruht, EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 86 ff.

fühlt sich dabei an nationale Einordnungen als Strafe oder Maßregel nicht gebunden, sondern bestimmt den Begriff der „Strafe“ autonom.¹⁷ Um das Rückwirkungsverbot ging es im konkreten Fall, weil jemand im Jahr 1986, als die Sicherungsverwahrung noch auf maximal zehn Jahre befristet war, zu einer Haftstrafe verurteilt wurde. Im Urteil wurde auch die Sicherungsverwahrung des Täters (M.) angeordnet. Nach Ablauf der Haftzeit und der zehn Jahre Sicherungsverwahrung wurde er aber im Jahr 2001 nicht etwa freigelassen. In der Zwischenzeit (1998) wurde nämlich die Zehn-Jahres-Frist aufgehoben. M. saß weiter in Sicherungsverwahrung, weil deutsche Gerichte bis hin zum BVerfG meinten, dass Art. 103 II GG nur für Strafen, nicht aber für Maßregeln wie die Sicherungsverwahrung gelte.

Für diese Annahme lässt sich argumentieren, dass die Sicherungsverwahrung im zweiseitigen System des StGB als Maßregel der Besserung und Sicherung, also gerade nicht als Strafe, ausgestaltet ist.¹⁸ Deutlich wird der Zusammenhang mit dem Rückwirkungsverbot besonders in § 2 VI StGB, wonach bei Maßregeln grundsätzlich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Anordnungsentscheidung gilt, zu entscheiden ist. Strafen haben üblicherweise einen repressiven Charakter und sind an der Schuld der Täter/innen ausgerichtet; Maßregeln dagegen sind präventiv und allein an der von dem/der Täter/in ausgehenden Gefahr orientiert. Dies kommt auch in den Regelungen zum Vollzug der Sicherungsverwahrung zum Ausdruck (§§ 129–135 StVollzG des Bundes). Sicherungsverwahrte genießen gegenüber Strafgefangenen Privilegien. Sie dürfen bspw. ihre eigene Kleidung tragen, haben längere Besuchszeiten (zwei Stunden pro Monat), mehr Taschengeld, dürfen mehr Pakete empfangen und ihre Zelle teilweise selbst einrichten. Diese Argumentation liefe darauf hinaus, dass die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht unter das Rückwirkungsverbot fiele, weil die Sicherungsverwahrung keine Strafe wäre.

Es gibt aber auch gute Argumente für die Annahme, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung doch um eine Strafe, jedenfalls i. S. d. Art. 7 I EMRK¹⁹, wenn nicht auch i. S. d. Art. 103 II GG, handelt. Zunächst ist die Sicherungsverwahrung, wie die (Freiheits-)Strafe, mit einer Freiheitsentziehung verbunden. Darüber hinaus gibt es in Deutschland keine eigenen Anstalten für den Vollzug der Sicherungsverwahrung. Sie wird in separaten Abteilungen der Strafvollzugsanstalten vollzogen. Dass rechtlich und tatsächlich nur marginale Unterschiede zwischen Haft und Sicherungsverwahrung bestehen,

wird dadurch deutlich, dass der Vollzug der Sicherungsverwahrung im Strafvollzugsgesetz des Bundes geregelt ist, und dies in nur sechs Paragraphen.²⁰ Die restlichen Regelungen gelten für den Vollzug von Strafen und Sicherungsverwahrung gemeinsam. Erkennbar sind die geringen Unterschiede auch in §§ 2 und 129 StVollzG des Bundes, wonach sowohl der Vollzug der Strafen, als auch der Vollzug der Maßregeln den gleichen zwei Zielen dienen, nämlich dem Schutz der Allgemeinheit und der Befähigung des Gefangenen/Verwahrten, ein sozial verantwortliches Leben in Freiheit zu führen. Die präventive Seite der Sicherungsverwahrung ist nur hinsichtlich der Sicherungsfunktion für die Allgemeinheit deutlich, nicht hingegen hinsichtlich einer Entlassungsvorbereitung für die Verwahrten. Es fehlt an Angeboten für eine erfolgreiche Resozialisierung. Als Bestrafung kann die Sicherungsverwahrung vor allem auch wegen ihrer potenziell unbegrenzten Dauer wahrgenommen werden; jedenfalls beinhaltet sie auch ein Element der Abschreckung. Gerade ihre potenziell unbegrenzte Dauer macht die Sicherungsverwahrung auch zu einer sehr schwerwiegenden – wenn nicht der schwerwiegendsten – Maßnahme, die nach dem StGB überhaupt verhängt oder angeordnet werden kann. Mit dieser Argumentationslinie hat der EGMR dem M. auch eine Entschädigung in Höhe von 50.000 € für die Zeit des konventionswidrigen Freiheitsentzugs zugesprochen.

Welche Argumentationslinie man im Ergebnis auch für überzeugend hält – zu sehen ist, dass die Argumentation des EGMR ihre Kraft weniger aus der Kritik der rechtlichen Einordnung der Sicherungsverwahrung gewinnt, als vielmehr aus ihrer tatsächlichen Ausgestaltung in Deutschland. Dies eröffnet aus rechtspolitischer Sicht viele Verbesserungsmöglichkeiten weitgehend innerhalb des bestehenden rechtlichen Systems. Handlungsoptionen zeigt der unterstützenswerte „Greifswalder Appell zur Reform der Sicherungsverwahrung“²¹ auf, der neben dem notwendigen Opferschutz ernsthafte Bemühungen um die Wiedereingliederung der Entlassenen, etwa in Form von Wohnraum- und Arbeitsplatzvermittlung, fordert.

III. Auswirkungen des EGMR-Urteils

Es ist eigentlich nicht verwunderlich, dass ein so schwieriges Problem wie die Abwägung von Freiheit und Sicherheit, um die es bei der Sicherungsverwahrung im Kern geht, auch zu einer vertrackten rechtlichen Situation führt. Gleichwohl muss ein europäisch eingehogter

17 EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 120.

18 Hierzu und zum Folgenden BVerfG vom 05.02.2004, BVerfGE 109, 133 (167 ff.).

19 EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 127 ff. Die folgende Aufstellung folgt den Urteilsgründen des EGMR.

20 Zur „Vollzugswirklichkeit“ der Sicherungsverwahrung insgesamt *Tillmann Bartsch*, Verfassungsgerichtlicher Anspruch und Vollzugswirklichkeit – Ergebnisse einer empirischen Studie zum Vollzug der Sicherungsverwahrung, in: ZIS 2008, S. 280–293.

21 Verfügbar unter <http://www.rsf.uni-greifswald.de/duenkel/publikationen/internet/greifswalder-appell.html> (05.03.2011).

Rechtsstaat auch solche Probleme lösen können. Auswirkungen hatte das Urteil des EGMR zunächst auf die deutschen Gerichte, die darüber entscheiden mussten, ob Sicherungsverwahrte nun freigelassen werden müssen. Aber auch der Gesetzgeber hat sich des Themas angenommen und Neuregelungen geschaffen. Dabei hat er sich ersichtlich nicht vom „Greifswalder Appell“, sondern eher von dem Bestreben, die nachträgliche Sicherungsverwahrung in der alten Form soweit wie möglich zu bewahren, leiten lassen. Abschließend wird kurz dargestellt, wie mit den Sicherungsverwahrten, die dennoch entlassen werden müssen, umgegangen wird.

1. Reaktionen der deutschen Gerichte

Zunächst hatten und haben deutsche Gerichte mit dem rechtskräftigen Urteil des EGMR zur nachträglichen Sicherungsverwahrung umzugehen.²² Immerhin wird geschätzt, dass in Deutschland 70–160 Sicherungsverwahrte davon betroffen sind. Bei diesen stellt sich die Frage, ob sie entlassen werden müssen.

Das OLG Celle hat bereits rechtskräftig entschieden, dass von dem Urteil Betroffene nicht freigelassen werden müssen, weil die Auslegung des EGMR dem Willen des deutschen Gesetzgebers widerspreche.²³ Es beruft sich dabei auf eine Entscheidung des BVerfG zur Bindungswirkung der Urteile des EGMR. Zunächst entfalten Urteile des EGMR lediglich Rechtskraft auf den konkreten Fall, Art. 46 I EMRK. Allerdings haben sich die Parteien der EMRK – ein völkerrechtlicher Vertrag – auch dazu verpflichtet, ihre innerstaatliche Rechtsordnung in Übereinstimmung mit der EMRK zu bringen, Art. 1 EMRK. Über Art. 20 III, 59 II, 19 IV GG ist die gesamte öffentliche Gewalt an die Entscheidungen des EGMR, der die EMRK auslegt und konkretisiert, gebunden. Nach dem BVerfG hängt diese Bindungswirkung aber vom jeweiligen Zuständigkeitsbereich der Organe und des einschlägigen Rechts ab. Exekutive und Judikative bleiben also neben den Urteilen des EGMR auch an Gesetz und Recht gebunden, Art. 20 III GG. „Nur“ innerhalb dieser Bindung sind sie an die Urteile des EGMR gebunden, soweit durch diese deutsches Gesetz und Recht methodisch vertretbar auslegbar sind. Jenseits dieser Grenzen endet die Bindungswirkung.²⁴ Ob diese Grenzen im Falle der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung überschritten sind, wie es das OLG Celle annimmt, ist

eine schwierige Frage, die im Sinne der Rechtssicherheit das BVerfG selbst entscheiden sollte. Dies wird auch geschehen; am 08.02.2011 verhandelt das BVerfG über vier Verfassungsbeschwerden von Sicherungsverwahrten.²⁵

Bisher ist auch das BVerfG selbst in Bezug auf die Auswirkungen des konkreten Urteils des EGMR noch sehr zurückhaltend. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, gerichtet auf Entlassung aus der Sicherungsverwahrung, wurde abgelehnt.²⁶ Die Folgenabwägung ging für den Betroffenen negativ aus; die Rechtsfragen seien erst im Hauptsacheverfahren zu klären.

Noch im März 2010 hat auch der BGH in einem Fall der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung eines nach Jugendstrafrecht Verurteilten in Kenntnis des – damals noch nicht rechtskräftigen – EGMR-Urteils keine Verletzung von Art. 5 I oder 7 I EMRK gesehen.²⁷ Die verschiedenen Strafsenate des BGH haben unterschiedliche Ansichten dazu, ob nach dem Urteil des EGMR konventionswidrig untergebrachte Sicherungsverwahrte „automatisch“ entlassen werden müssen. Der vierte Strafsenat bejahte die Frage, der fünfte verneinte sie.²⁸ Um die Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung zu vereinheitlichen, wurde bereits Ende Juli 2010 eine Sonderzuständigkeit für Fragen der Sicherungsverwahrung beim fünften Strafsenat des BGH eingerichtet; die Oberlandesgerichte müssen diesem vorlegen, wenn es um die Freilassung vom EGMR-Urteil betroffener Sicherungsverwahrter geht (§ 121 II Nr. 3 GVG n.F.).

2. Gesetzliche Neuregelungen

Das Recht der Sicherungsverwahrung wurde als Reaktion auf das EGMR-Urteil ziemlich umfassend geändert.²⁹ Hier können diese Änderungen nur im Überblick dargestellt werden.³⁰

In § 66 StGB n.F. ist der Anwendungsbereich der zwingenden Anordnung der Sicherungsverwahrung nun begrenzt auf vorsätzliche Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter. Bei anderen Taten wird eine besondere Schwere verlangt. Reine Vermögensdelikte sollen damit nicht mehr in den Anwendungsbereich dieser Form der Anordnung der Sicherungsverwahrung fallen. Klargestellt wird, dass es für die Gefährlichkeitsprognose auf den Zeitpunkt der Verurteilung ankommt.

²² Für eine ausführliche Aufbereitung der gerichtlichen Entscheidungen siehe *Anette Greger*, Herausforderung Sicherungsverwahrung, in: *NStZ* 2010, S. 676–680.

²³ OLG Celle vom 25.05.2010 – 2 Ws 169/10, 2 Ws 170/10.

²⁴ BVerfG vom 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 (323); zum Verhältnis des BVerfG zum EGMR siehe auch *Oliver Klein*, Straßburger Wolken am Karlsruher Himmel – Zum geänderten Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte seit 1998, in: *NVwZ* 2010, S. 221–225 und *Matthias Knauff*, Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, in: *DVBl.* 2010, S. 533–542.

²⁵ Siehe die Pressemitteilung des BVerfG vom 16.12.2010.

²⁶ BVerfG vom 19.05.2010 – 2 BvR 769/10.

²⁷ BGH vom 09.03.2010, *NJW* 2010, S. 1539.

²⁸ Vgl. den Vorlagebeschluss des Fünften Senats vom 09.11.2010 – 5 StR 394/10. Wenn zwischen den Senaten keine Einigkeit erreicht wird, muss der Große Senat entscheiden.

²⁹ Siehe BT-Drucks. 17/3403 und BR-Drucks. 794/10.

³⁰ Auf die Folgeänderungen zu den Änderungen des StGB (etwa in der StPO oder dem JGG) gehe ich hier nicht ein.

Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB n.F.) wird ausgeweitet. Dies wird durch zwei markante Regelungen erreicht. Zum einen dadurch, dass – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – kein Hang des/der Täters/Täterin zur Begehung erheblicher Straftaten mehr sicher festgestellt werden muss. Zum anderen ist nun der Vorbehalt der Sicherungsverwahrung schon bei Ersttäter/innen möglich. Verstärkt werden diese Neuerungen noch dadurch, dass der Zeitraum zwischen der „Anlassurteilung“ und der letzten Möglichkeit, über die Anordnung der Sicherungsverwahrung aufgrund des Vorbehalts zu entscheiden, verlängert wird.

Diese Ausweitung des § 66a StGB n.F. erklärt sich vor dem Hintergrund, dass die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung für „Neufälle“ infolge des EGMR-Urteils³¹ gänzlich aufgehoben wurde, § 66b StGB n.F.

Für „Altfälle“, also diejenigen, die aufgrund des EGMR-Urteils entlassen werden müssen, obwohl sie weiterhin als gefährlich eingestuft werden, wurde das „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ (ThUG) geschaffen. Dieses Gesetz dient dem Schutz der Allgemeinheit, indem die „Altfälle“ unter bestimmten Voraussetzungen weiter therapeutisch untergebracht werden können.³² Zu diesen Voraussetzungen gehört insbesondere eine psychische Störung, die dazu führt, dass die Person gefährlich ist (§ 1 I ThUG).

Es bleibt abzuwarten, ob diese politisch äußerst umstrittenen Neuregelungen dem GG und der EMRK entsprechen. Hinsichtlich der EMRK dürfte dies vor allem von der tatsächlichen Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung – oder: Therapieunterbringung – abhängen. Da aber seit der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug (und den Vollzug der Maßregeln) bei den Ländern liegt, dürfte es aber schwierig werden, den Vollzug der Sicherungsverwahrung bundesweit konventionskonform auszugestalten.

3. Umgang mit Entlassenen

Bereits jetzt sind einige Sicherungsverwahrte infolge des EGMR-Urteils wieder frei. Es kam teilweise zu erschreckenden Szenen, als die Bevölkerung erfuhr, dass in ihrer Nachbarschaft ein ehemals Sicherungsverwahrter lebt. Einige Entlassene werden daher rund um die Uhr poli-

zeilich nicht über-, sondern bewacht. Trotz der Neuregelungen ist absehbar, dass weitere Sicherungsverwahrte in die Freiheit entlassen werden müssen, weil nicht alle unter § 1 I ThUG fallen. Dies bedeutet natürlich nicht, dass der Staat sich gar nicht mehr um die von ihnen eventuell ausgehenden Gefahren für die Allgemeinheit sorgt. In Betracht kommen dafür verschiedene Instrumente, allen voran die Führungsaufsicht³³. Diese kann neuerdings auch mit einer verfassungsrechtlich nicht unbedenklichen sog. elektronischen Fußfessel unterstützt werden, § 68b I 1 Nr. 12 StGB n.F. Daneben kommen aber auch Meldepflichten, ambulante Therapien oder auch bestimmte Aufenthaltsverbote (etwa in der Nähe von Kinderspielplätzen) in Frage. All diese Mittel sollten im Sinne des Schutzes der Allgemeinheit im erforderlichen Maß zur Anwendung kommen. Absolute Sicherheit können freilich auch sie nicht bieten. Sicher ist hingegen, dass die Betroffenen nach den Kriterien des EGMR-Urteils eine finanzielle Entschädigung für die Zeit ihres konventionswidrigen Freiheitsentzugs erhalten werden, notfalls über den Umweg einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK.³⁴

³¹ Die Gesetzesbegründung stellt freilich vorwiegend darauf ab, dass die Regelungen ohnehin nur in wenigen Ausnahmefällen (rechtmäßig) zur Anwendung kamen, siehe BT-Drucks. 17/3403, S. 15.

³² § 1 ThUG ermöglicht nicht „nur“ eine weitere Unterbringung, wenn absehbar ist, dass der Betroffene infolge des EGMR-Urteils entlassen werden muss, sondern auch dann, wenn er bereits entlassen wurde (§ 1 II ThUG). Die Bezeichnung als „weitere“ Unterbringung soll übrigens nicht implizieren, dass die Betroffenen auch zuvor schon therapeutisch untergebracht gewesen sein müssen.

³³ Hierzu einführend *Alexander Baur/Kathrin Groß*, Die Führungsaufsicht, in: JuS 2010, S. 404–406.

³⁴ Siehe *Jörg Kinzig*, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, in: NSStZ 2010, S. 233 (238).