

# 1 Die Maßregel der Sicherungsverwahrung – Gesetzliche Entwicklungen und Stand der Rechtsprechung

Wolfgang Pfister

*„Ein nur noch Eingeweihten in glücklichen Stunden verständliches Konglomerat an Vorschriften“* – so hat der Tübinger Strafrechtslehrer Kinzig die gesetzliche Regelung der Sicherungsverwahrung im Herbst 2010 beschrieben:<sup>1</sup> Drei verschiedene Formen der Anordnung (primäre, vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung), Besonderheiten im Bereich des Jugendstrafrechts sowie eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 17.12.2009, deren Einordnung in das deutsche zweispurige Sanktionenrecht lange umstritten war.

Ein Jahr später ist der Befund nicht besser geworden: Der Gesetzgeber hat zum 1.1.2011 die Anordnungsvoraussetzungen neu geregelt (für Taten, die nach dem 31.12.2010 begangen worden sind). Für frühere Taten bleibt es bei den alten Vorschriften, es sei denn, das neue Recht ist im Vergleich dazu das mildere Gesetz.<sup>2</sup> Zugleich ist das Therapieunterbringungsgesetz geschaffen worden, um eine fortdauernde Unterbringung gefährlicher Verurteilter zu gewährleisten, die aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden können, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist. Am 4.5.2011 hat das Bundesverfassungsgericht nahezu alle (alten und neuen) Vorschriften für verfassungswidrig erklärt und bestimmt, dass diese nur unter Beachtung von verschiedenen, im Einzelnen ausfüllungsbedürftigen Maßgaben weiter Anwendung finden können. Dem Gesetzgeber hat das Gericht aufgegeben, bis Ende Mai 2013 ein neues Konzept der Sicherungs-

---

1 Vgl. Kinzig NJW 2011, 177

2 Art. 316e EGStGB i.d.F. des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22.12.2010 (BGBl I 2300, 2304)

verwahrung vorzulegen. Inzwischen ist ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz mit Stand vom 9.11.2011 für ein „Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung“ an die Praxis zur Stellungnahme übersandt worden.

Nachfolgend werden – durch den vorgegebenen Umfang notwendigerweise sehr komprimiert – die derzeitigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Maßregel, die Modifikationen der Gesetzeslage durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die darauf bezogenen Folgenentscheidungen des Bundesgerichtshofs, der Entwurf für eine gesetzliche Neuregelung sowie die Konsequenzen beschrieben, die sich für den Sachverständigen aus dieser Entwicklung ergeben.

## 1.1 Die derzeitige Gesetzeslage

Als Ergebnis einer seit 1985 andauernden, von der tatsächlichen Kriminalitätsentwicklung nicht legitimierten<sup>3</sup> Erweiterung der Sicherungsverwahrung existieren derzeit *drei* voneinander zu unterscheidende *Formen der Maßregelanordnung*.

Die **primäre Sicherungsverwahrung** (§ 66 StGB) – es handelt sich um die seit 1934 existierende, herkömmliche Form der Maßregel – wird nach einer Hauptverhandlung in dem Urteil, in welchem über die Schuld und Bestrafung des Angeklagten zu entscheiden ist, angeordnet. Nach der für Taten nach dem 31.12.2010 geltenden Neufassung<sup>4</sup> kann sie nur noch aus Anlass bestimmter, in verschiedenen Katalogen (§ 66 Abs. 1 und 3 StGB) zusammengefasster Delikte verhängt werden. Formelle Voraussetzung ist weiter, dass der Angeklagte schon vorher wegen Taten aus den Katalogen zweimal (§ 66 Abs. 1 Nr. 2 StGB), bei bestimmten Delikten nur einmal (§ 66 Abs. 1 Satz 1 StGB) zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist und deshalb Freiheitsentziehung verbüßt hat. Von Vorstrafen und Vorverbüßung unabhängig ist die Anordnung dann, wenn Anlass der Verurteilung nunmehr drei (bei bestimmten Delikten nur zwei) Taten sind. Hinzukommen muss, dass die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist (§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB).

Für vor dem 1.1.2011 begangene Taten gilt das frühere Recht,<sup>5</sup> sofern das neue nicht milder ist. Insoweit ist zu beachten, dass gewaltlose Eigentums- und Vermögensstraftaten nunmehr als Anlasstaten ausscheiden und deshalb u. a. gewerbs- und bandenmäßige Betrüger ebenso wie Wohnungseinbrecher nicht mehr die Sicherungsverwahrung fürchten müssen.

---

3 Vgl. hierzu Pfister, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2011, 82

4 Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22.12.2010 (BGBl I 2300)

5 Vgl. hierzu ausführlich Pfister Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2007, 111

Die **vorbehaltene Sicherungsverwahrung** (§ 66a StGB) wird nach einer Hauptverhandlung in dem Urteil, in dem über Schuld und Strafe entschieden wird, ausgesprochen, wenn die hangbedingte Gefährlichkeit des Angeklagten nur wahrscheinlich, aber nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar ist (§ 66a Abs. 1 StGB). Formelle Voraussetzungen sind hier die Verurteilung wegen einer Tat aus dem Katalog von § 66 Abs. 3 StGB sowie eine einschlägige Vorverurteilung und Vorverbüßung (§ 66a Abs. 1 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB). Liegen der Verurteilung zwei Katalogtaten zugrunde, ist eine Vorverurteilung nicht mehr erforderlich (§ 66a Abs. 1 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB). Eine wesentliche Ausweitung hat diese Variante der Maßregel dadurch erfahren, dass aus Anlass einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen einer Tat aus einem dritten, auf besonders schwerwiegende Delikte beschränkten Katalog (§ 66a Abs. 2 Nr. 1 StGB) die Sicherungsverwahrung auch dann vorbehalten werden kann, wenn der Angeklagte bislang nicht bestraft worden ist (Ersttäterregelung). Die hangbedingte Gefährlichkeit muss auch in diesem Fall zumindest wahrscheinlich sein. Sollte, was wegen der geringen Tatsachengrundlage für eine solche Einschätzung bei bislang Unbestraften nur selten möglich sein wird, die hangbedingte Gefährlichkeit sicher festgestellt werden, kommt gleichfalls nur der Vorbehalt der Sicherungsverwahrung in Betracht (§ 66a Abs. 2 Nr. 3 StGB), da der Gesetzgeber davon abgesehen hat, beim gefährlichen Ersttäter die primäre Sicherungsverwahrung zuzulassen.

Ist der Vorbehalt rechtskräftig ausgesprochen, muss das Gericht bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe darüber entscheiden, ob der Vorbehalt effektuiert wird oder ob die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung unterbleibt. Es ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden (§ 66a Abs. 3 Satz 2 StGB). Bei dieser Folgeentscheidung soll es nur noch darauf ankommen, ob der Verurteilte gefährlich ist. Ob die Gefährlichkeit auf einem Hang im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB beruht, soll keine Rolle mehr spielen.

Für Taten vor dem 1.1.2011 gilt das frühere Recht uneingeschränkt weiter, d.h. dass die Verschärfungen (Ersttäterregelung, Verzicht auf die Hangfeststellung bei der Folgeentscheidung, Abschaffung der Pflicht des Gerichts, zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt bereits endgültig über die Effektuierung des Vorbehalts zu entscheiden<sup>6</sup>) auf Altfälle nicht anzuwenden sind.

Die **nachträgliche Sicherungsverwahrung** (§ 66b StGB) ist durch die Novelle zum 1.1.2011 beschränkt worden auf die Fälle nach § 66b Abs. 3 StGB aF, d.h. auf diejenigen Betroffenen, deren Unterbringung im psychiatrischen Kranken-

6 Vgl. BGH, Urteil vom 14.12.2006 – 3 StR 269/06, BGHSt 51, 159

haus (§ 63 StGB) für erledigt erklärt worden ist, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem diese beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat (§ 67d Abs. 6 StGB). Hier kann die Maßregel nachträglich angeordnet werden, wenn der Unterbringung entweder eine Mehrzahl von Taten aus dem Katalog des § 66 Abs. 3 StGB zugrunde lag oder wenn der Betroffene im Falle nur einer einschlägigen Tat schon vorher wegen einschlägiger Delinquenz zu Freiheitsstrafe verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht war. Hinzukommen muss in jedem Fall, dass die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden (§ 66b Satz 1 Nr. 2 StGB). Eines Hanges im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB bedarf es in dieser Konstellation nicht.

Auch hier gilt für Altfälle uneingeschränkt das alte Recht. Dies bedeutet, dass die umstrittene, vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als konventionswidrig<sup>7</sup> und vom Bundesverfassungsgericht als gegen den Vertrauensgrundsatz verstoßend<sup>8</sup> erachtete Institut der nachträglichen Sicherungsverwahrung im Grundsatz<sup>9</sup> weitergilt.

Zuletzt gilt seit dem 1.1.2011 das Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG).<sup>10</sup> Es ist, wie sich aus den in § 1 ThUG enthaltenen Anordnungsvoraussetzungen ergibt, geschaffen worden, um eine fortdauernde Unterbringung bei solchen Personen zu sichern, die einerseits nicht länger in der Sicherungsverwahrung festgehalten werden können, weil auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung feststeht, dass ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist, die aber andererseits an einer psychischen Störung leiden und deshalb in einem Maße für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person gefährlich sind, dass eine Unterbringung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist.<sup>11</sup> Damit knüpft § 1 ThUG an Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e MRK an, der eine Freiheitsentziehung „bei psychisch Kranken“ erlaubt.<sup>12</sup> Es soll auf diese Weise sichergestellt werden, dass die wei-

7 EGMR, Urteil vom 17.12.2009 – 19359/04, NJW 2010, 2495

8 BVerfG, Urteil vom 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., NJW 2011, 450

9 Eingeschränkt durch die Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem Urteil vom 4.5.2011

10 Art. 5 des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22.12.2010 (BGBl I 2300, 2305)

11 Vgl. zum Zweck des Gesetzes auch die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 17/3403 S. 19 („eng begrenzte Sonderregelung für diesen Teil der ‚Altfälle‘“); das Bundesverfassungsgericht sieht demgegenüber in der Therapieunterbringung generell eine weitere, neben die Sicherungsverwahrung und das psychiatrische Krankenhaus tretende Unterbringungsart für psychisch gestörte, für die Allgemeinheit gefährliche Personen (BVerfG aaO Rn. 173).

12 BT-Drucks. 17/3403 S. 53

tere Freiheitsentziehung derer, die wegen des Urteils des Gerichtshofs vom 17.12.2009 aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden oder bereits entlassen wurden, nicht erneut als konventionswidrig beanstandet werden kann. Die Therapieunterbringung knüpft zwar an eine strafrechtliche Verurteilung zu Sicherungsverwahrung an, sie setzt aber einen Antrag der unteren Verwaltungsbehörde voraus und wird von einer Zivilkammer des Landgerichts nach den Vorschriften des Verfahrens in Unterbringungssachen nach der Einholung von zwei Gutachten angeordnet.

## 1.2 Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011

Nahezu alle Vorschriften zur Sicherungsverwahrung sind vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 4.5.2011 als mit mehreren Artikeln des Grundgesetzes unvereinbar erklärt worden. Sie sind allerdings aufgrund einer Anordnung des Gerichts unter Beachtung verschiedener Maßgaben für die Zeit bis Ende Mai 2013 weiter anwendbar.

Dieses Urteil hat eine Vorgeschichte.<sup>13</sup> Im Zuge der stetigen Ausweitung der Maßregel beseitigte der Gesetzgeber 1998 die Zehnjahresgrenze für die erstmals angeordnete Sicherungsverwahrung<sup>14</sup> und ermöglichte 2004 die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung.<sup>15</sup> Beide Vorschriften galten rückwirkend, was in der juristischen Literatur alsbald auf Bedenken stieß, die von der Rechtsprechung indes nicht geteilt wurden. Das Bundesverfassungsgericht billigte 2004 die Entfristung der erstmaligen Sicherungsverwahrung<sup>16</sup> und verwarf zwischen 2006 und 2009 auch alle Verfassungsbeschwerden, die gegen die verschiedenen Formen der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung erhobenen worden waren.<sup>17</sup> Erst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) schätzte in seinem Urteil vom Dezember 2009<sup>18</sup> die Sicherungsverwahrung ungeachtet ihrer Einstufung durch das deutsche Recht als Maßregel wegen ihrer tatsächlichen Ausgestaltung als Strafe ein und sah deshalb in der Entfristung der erstmaligen Anordnung, soweit sie auf Altfälle Anwendung fand, einen Verstoß gegen das in Art. 7 MRK garantierte Rückwirkungsverbot. In konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung nahm der Gerichtshof in weiteren, parallel gelagerten Fällen jeweils eine Verletzung

13 Vgl. hierzu im Einzelnen Pfister in Nedopil, Die Psychiatrie und das Recht – Abgrenzung und Brückenschlag, 2011, 58

14 Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen schweren Straftaten vom 26.1.1998 (BGBl I 160)

15 Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23.7.2004 (BGBl I 1838)

16 BVerfG, Urteil vom 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133

17 BVerfG, Beschluss vom 23.8.2006 – 2 BvR 226/06, NJW 2006, 3483 [§ 66b II StGB]; Beschluss vom 22.10.2008 – 2 BvR 749/08, NJW 2009, 980 [§ 66b I 2 StGB]; Beschluss vom 5.8.2009 – 2 BvR 2098/08, NStZ 2010, 265 [§ 66b III StGB]

18 EGMR, Urteil vom 17.12.2009 – 19359/04, NJW 2010, 2495

von Art. 7 MRK an.<sup>19</sup> Die Unterbringung nach dem Bayerischen Straftäterunterbringungsgesetz beanstandete der Gerichtshof zwar nicht unter dem Aspekt von Art. 7 MRK; dies lag indes nur daran, dass eine solche Verletzung vom Beschwerdeführer nicht gerügt worden war.<sup>20</sup> Stattdessen sah der Gerichtshof aber keinen der in Art. 5 MRK abschließend aufgeführten Rechtfertigungsgründe für eine Freiheitsentziehung als gegeben an und bejahte insoweit einen Verstoß gegen die Menschenrechtskonvention.

Vor diesem Hintergrund hatte das Bundesverfassungsgericht über Verfassungsbeschwerden von zwei schon länger als 10 Jahre in der ersten Sicherungsverwahrung Einsitzenden (§ 67d Abs. 3 aF StGB), von einem nachträglich zu Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 2 StGB Verurteilten sowie von dem bislang einzigen nach Verbüßung von Jugendstrafe zu Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 JGG Verurteilten zu befinden. Damit standen alle rückwirkenden Normen auf dem Prüfstand. Das Gericht hat sich indes nicht auf deren Beurteilung beschränkt, sondern nahezu sämtliche Vorschriften zur Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt.<sup>21</sup> Zur Begründung hat es auf alte Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung zurückgegriffen. Schon in seiner Entscheidung von 2004<sup>22</sup> hatte das Gericht gefordert, dass zwischen dem Vollzug der Freiheitsstrafe und dem der Sicherungsverwahrung ein qualitativer Unterschied bestehen müsse. Hieran hat es wieder angeknüpft. Das **Abstandsgebot** beruhe auf den unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Legitimationsgrundlagen und Zwecksetzungen von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung; Freiheitsstrafe diene vornehmlich der repressiven Übelszufügung als Reaktion auf schuldhaftes Verhalten, während der Zweck der Sicherungsverwahrung allein in der zukünftigen Sicherung der Gesellschaft und ihrer Mitglieder vor einzelnen, aufgrund ihres bisherigen Verhaltens als hochgefährlich eingeschätzten Tätern liege. Hieraus hat das Gericht sieben Prinzipien<sup>23</sup> entwickelt, die von Verfassungs wegen Mindestinhalt eines Regelungskonzepts zur Sicherungsverwahrung sein müssten.<sup>24</sup> Diesen Anforderungen genügten die vorhandenen Regelungen nicht. Der Gesetzgeber habe die Maßregel seit 1998 immer mehr ausgeweitet, ohne ein freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Gesamtkonzept zu entwickeln. Allein wegen dieser tatsächlichen Ausgestaltung der Maßregel hat das Gericht die unmittelbar betroffenen Vorschriften (§ 67d Abs. 3 StGB aF, § 66b Abs. 2 StGB aF, § 7 Abs. 2 JGG) und auch nahezu alle anderen Normen zur Sicherungsverwahrung als nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügend und mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar erklärt.

---

19 EGMR, Urteil vom 13.1.2011 – 20008/07, juris; Urteil vom 14.4.2011 – 30060/04, juris; Urteil vom 24.11.2011 – 4646/08

20 EGMR, Urteil vom 13.1.2011 – 6587/04, NJW 2011, 3423

21 BVerfG, Urteil vom 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., NJW 2011, 450

22 BVerfG, Urteil vom 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133

23 Dessecker ZIS 2011, 706

24 Vgl. im Einzelnen Pfister in Nedopil, Die Psychiatrie und das Recht – Abgrenzung und Brückenschlag, 2011, 58

Ebenfalls mit einer Überlegung aus der Entscheidung von 2004 hat das Bundesverfassungsgericht sodann die unmittelbar betroffenen Normen zusätzlich auch wegen Verstoßes gegen das **Vertrauensschutzgebot** als unvereinbar mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 iVm Art. 20 Abs. 3 GG erklärt. Damals hatte es ausgeführt, dass jenseits des Rückwirkungsverbots, das für Maßregeln nicht gelte, ein Vertrauensschutzgebot zu berücksichtigen sei und dabei die Interessen des Verurteilten mit denen der Allgemeinheit abgewogen werden müssten, und die Entfristung der erstmals angeordneten Sicherungsverwahrung wegen der gewichtiger zu wertenden Sicherheitsbelange der Allgemeinheit als mit dem Vertrauensschutzgebot noch vereinbar angesehen. Nunmehr habe sich angesichts der unzureichenden, das Abstandsgebot verletzenden Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung unter Berücksichtigung der Wertungen in Art. 7 MRK das Gewicht des Vertrauens der betroffenen Verurteilten einem absoluten Vertrauensschutz angenähert. Zusätzlich müssten die Voraussetzungen berücksichtigt werden, unter denen nach Art. 5 MRK Freiheitsentziehungen allein gerechtfertigt sein könnten. Danach komme eine konventionsrechtliche Rechtfertigung der Freiheitsentziehung in den hier in Rede stehenden – rückwirkenden – Fällen praktisch nur unter den Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e MRK in Betracht. Erforderlich sei hierfür eine zuverlässig nachgewiesene psychische Störung des Betroffenen.

Das Bundesverfassungsgericht hat die verfassungswidrigen Normen indes nicht für nichtig erklärt, sondern – unter bestimmten Maßgaben – ihre Fortgeltung bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber, längstens bis zum 31.5.2013, bestimmt: Soweit die Verfassungswidrigkeit allein auf dem Verstoß gegen das *Abstandsgebot* beruht, dürften die Regelungen nur nach Maßgabe einer *strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung* angewandt werden. Das gelte insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen an die Gefahrprognose und die gefährdeten Rechtsgüter. In der Regel werde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur unter der Voraussetzung gewahrt sein, dass eine *Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten* aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist. Die rückwirkenden Normen, deren Verfassungswidrigkeit *zusätzlich* auf dem Verstoß gegen das *Vertrauensschutzgebot* beruht, dürften hingegen nur noch angewandt werden, wenn eine *hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten* aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist *und* dieser an einer *psychischen Störung* i. S. v. § 1 Abs. 1 Nummer 1 ThUG leidet.

Damit hat das Bundesverfassungsgericht dem Begriff der „psychischen Störung“, der im Rahmen einer Anordnung von Therapieunterbringung ursprünglich nur Wichtigkeit für die zuständigen Zivilgerichte haben sollte, zentrale Bedeutung auch für die Entscheidungen der Strafkammern (bei der Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB aF) und der Strafvollstreckungskammern (bei der Entscheidung über die Fortdauer rückwirkend entfristeter Sicherungsverwahrung oder nachträglich angeordneter Sicherungsverwahrung) beigegeben.

### 1.3 Die Folgeentscheidungen des Bundesgerichtshofs

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts war es Aufgabe des Bundesgerichtshofs, die Maßgaben für die weitere Anwendung des verfassungswidrigen Rechts mit Leben zu erfüllen und für die gerichtliche Praxis handhabbar zu machen.

Zur allgemeinen Fortdauermaßgabe liegen inzwischen zahlreiche Entscheidungen vor. Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte „*strikte Verhältnis-mäßigkeitsprüfung*“ wird überwiegend dahin verstanden, dass bei beiden Elementen der Gefährlichkeit – also sowohl der Erheblichkeit weiterer Taten als auch der Wahrscheinlichkeit ihrer Begehung – ein gegenüber der bisherigen Rechtsanwendung strengerer Maßstab anzulegen ist.<sup>25</sup> Als Taten, die regelmäßig als „*schwere Gewalt- oder Sexualstraftaten*“ gelten, hat der Bundesgerichtshof bislang die Vergewaltigung (§ 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB)<sup>26</sup>, den schweren sexuellen Kindesmissbrauch (§ 176a Abs. 2 StGB)<sup>27</sup> und die schwere räuberische Erpressung (§§ 253, 255, 250 Abs. 1 StGB)<sup>28</sup> angesehen. Demgegenüber sind der Handtaschenraub<sup>29</sup> und das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge<sup>30</sup> nicht als Delikte angesehen worden, die ohne Weiteres derzeit die Anordnung der Sicherungsverwahrung rechtfertigen könnten.

Entscheidungen, in denen der Rechtsbegriff der „*hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten*“ näher erläutert, insbesondere gegen den der (einfachen) Gefahr (nur) schwerer Gewalt- oder Sexualdelikte abgegrenzt wird, liegen bislang nicht vor. Ohne weitere Ausführungen hat der Bundesgerichtshof bei einem wegen erpresserischen Menschenraubs in Tateinheit mit Vergewaltigung Verurteilten, der zuvor bereits mehrfach wegen versuchter und vollendeter Vergewaltigung zu hohen Freiheitsstrafen verurteilt worden war, die Annahme des Landgerichts, es bestehe eine solche Gefahr, als rechtsfehlerfrei gebilligt.<sup>31</sup>

Auch zum Begriff der „*psychischen Störung*“ sind bislang nur wenige Entscheidungen ergangen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Urteil vom 4.5.2011<sup>32</sup> darauf beschränkt, die Rechtsprechung des EGMR zu dem Merkmal „*unsound mind*“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e MRK – in der deutschen

25 BGH, Beschluss vom 2.8.2011 – 3 StR 208/11, juris; Urteil vom 4.8.2011 – 3 StR 175/11, NStZ 2011, 692; Beschluss vom 4.8.2011 – 3 StR 235/11, StV 2011, 673; Beschluss vom 13.9.2011 – 5 StR 189/11, juris; Beschluss vom 26.10.2011 – 5 StR 267/11, juris; Urteil vom 7.7.2011 – 2 StR 184/11, juris; offengelassen von BGH, Beschluss vom 27.9.2011 – 4 StR 362/11, juris; ähnlich Urteil vom 10.11.2011 – 4 StR 354/11, juris

26 BGH, Urteil vom 4.8.2011 – 3 StR 175/11, NStZ 2011, 692

27 BGH, Beschluss vom 11.8.2011 – 3 StR 221/11, juris; Beschluss vom 26.10.2011 – 5 StR 267/11, juris

28 BGH, Beschluss vom 4.8.2011 – 3 StR 235/11, StV 2011, 673

29 BGH, Beschluss vom 22.6.2011 – 5 StR 84/11, juris

30 BGH, Urteil vom 7.7.2011 – 2 StR 184/11, juris; Beschluss vom 20.10.2011 – 2 StR 288/11, juris

31 BGH, Urteil vom 21.6.2011 – 5 StR 52/11, BGHSt 56, 254

32 BVerfG, Urteil vom 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., NJW 2011, 450



Übersetzung: psychisch Kranke) zu referieren und dabei auszuführen, lediglich sozial abweichendes Verhalten stelle keine Störung im Sinne dieser Vorschrift dar, eine dissoziale Persönlichkeitsstörung oder eine Psychopathie könnten jedoch darunter fallen.<sup>33</sup> Es hat weiter betont, die Mitgliedstaaten hätten bei der Frage, ob das Erfordernis der psychischen Störung erfüllt ist, einen Beurteilungsspielraum.<sup>34</sup>

An die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts anknüpfend hat sodann der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs entschieden, eine dissoziale Persönlichkeitsstörung unterfalle, auch wenn sie nicht die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB erfülle, dem Begriff der psychischen Störung.<sup>35</sup> Der Entscheidung ist zur Intensität der beim Verurteilten festgestellten Persönlichkeitsstörung nichts zu entnehmen.

Im Gegensatz dazu hat das OLG Hamm<sup>36</sup> ausgesprochen, eine Freiheitsentziehung könne durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e MRK nur dann gerechtfertigt sein, wenn die aktuelle, zum Zeitpunkt der Fortdauerentscheidung bestehende psychische Störung den Grad einer schweren anderen seelischen Abartigkeit erreiche. In einer weiteren Entscheidung hat das OLG Hamm<sup>37</sup> einen hochgefährlichen, seit vielen Jahren als dissozial persönlichkeitsgestört, aber voll schuldfähig eingeschätzten Mann entlassen, weil Gefährlichkeit allein nicht als Störung angesehen werden könne. Die letztgenannte Entscheidung ist vom Bundesverfassungsgericht auf die Verfassungsbeschwerde des Verurteilten, der sich damit allein gegen einen vom OLG Hamm hinausgeschobenen Entlassungstermin gewandt hatte, durch Kammerbeschluss<sup>38</sup> aufgehoben und an die Strafvollstreckungskammer zurückverwiesen worden. In einem die Entscheidung nicht tragenden Teil der Gründe hat das Gericht auf die Gesetzgebungsmaterialien zu § 1 ThUG Bezug genommen und ausgeführt, der Gesetzgeber weise ausdrücklich darauf hin, dass auch ein „weiterhin abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten eines verurteilten Straftäters“ – und zwar unabhängig vom Vorliegen einer im klinischen Sinn behandelbaren psychischen Krankheit – nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e MRK eine Freiheitsentziehung rechtfertigen kann und in diesem Sinne auch der Begriff der psychischen Störung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG zu verstehen sei.<sup>39</sup>

33 BVerfG aaO Rn. 152ff.

34 BVerfG aaO Rn. 152

35 BGH, Urteil vom 21.6.2011 – 5 StR 52/11, BGHSt 56, 254; kritisch zum Verzicht auf die Annahme einer psychischen Störung unterhalb der Schwelle von § 21 StGB ist Renzikowski ZIS 2011, 531 („Bei uneingeschränkter Schuldfähigkeit hat der EGMR soweit ersichtlich niemals auf lit. e zurückgegriffen.“)

36 OLG Hamm, Beschluss vom 22.7.2010 – 4 Ws 171/10, NSTZ-RR 2010, 388

37 OLG Hamm, Beschluss vom 9.6.2011 – 4 Ws 207/10, StV 2011, 681

38 BVerfG, Beschluss vom 15.9.2011 – 2 BvR 1516/11, StV 2012, 25

39 BVerfG aaO Rn. 37; kritisch zu dieser Entscheidung Krehl StV 2012, 27; Kröber StV 2012, 1; Ullenbruch StV 2012, 44

Es ist fraglich, ob sich ein derart weitgehendes Verständnis der psychischen Störung auf die Rechtsprechung des EGMR stützen kann.<sup>40</sup> Sollte der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 15.9.2011 nicht korrigiert werden, wird darüber erst wieder in Straßburg entschieden werden müssen.

#### 1.4 Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte gesetzliche Neuregelung

Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber verpflichtet, bis spätestens zum 31.5.2013 das Recht der Sicherungsverwahrung neu zu gestalten. Was die Voraussetzungen der Maßregel anbetrifft, so sind vom Gericht keine Vorgaben gemacht worden. Hierzu bestand auch kein Anlass, da die Verfassungswidrigkeit der Normen allein mit einem vollzuglichen Defizit begründet worden war. Es wäre also möglich gewesen, die vom Gericht eingeräumte Frist dazu zu nutzen, das völlig unübersichtlich gewordene Regelwerk der §§ 66, 66a und 66b StGB nach einer kritischen Überprüfung der Notwendigkeit und Wirksamkeit der verschiedenen Formen der Sicherungsverwahrung zu vereinfachen.<sup>41</sup> Auch hätte Gelegenheit bestanden, auf die Verhängung von Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe wieder zu verzichten, nachdem sich diese Kombination mangels Anwendungsbereichs als völlig überflüssig und allenfalls als geeignet erwiesen hat, irrationale Bestrafungswünsche zu befriedigen.<sup>42</sup>

Wohl aus Rücksichtnahme auf letztere verzichtet der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein „Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung“ (Stand: 9.11.2011) nahezu vollständig auf Änderungen bei den Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung. Er vollzieht lediglich für das Jugendstrafrecht die zum 1.1.2011 in Kraft getretene Änderung der §§ 66, 66a und 66b StGB nach, indem er sowohl bei nach Jugendstrafrecht Verurteilten (§ 7 JGG) als auch bei nach allgemeinem Strafrecht verurteilten Heranwachsenden (§ 106 JGG) die bislang mögliche nachträgliche Sicherungsverwahrung durch deren Vorbehalt ersetzt. Im Übrigen erfüllt der Entwurf lediglich die aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts folgenden Verpflichtungen des Bundesgesetzgebers, Mängel in der tatsächlichen Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung zu beseitigen, indem er umfassend vorgibt, wie der Vollzug der Sicherungs-

40 Verneinend Renzikowski ZIS 2011, 531; Morgenstern u.a. Der Landkreis 2011, 133; Kreuzer StV 2011, 122; vgl. auch den Beitrag von Koller (in diesem Band)

41 Kinzig StraFo 2011, 429, 436; ders. NStZ 2010, 233, 239 („Einberufung einer unabhängigen Expertenkommission“)

42 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.11.2006 – 2 BvR 578/02 u.a., JR 2007, 160: „Es erscheint nicht denkbar, dass im Anschluss an eine bedingte Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe die Sicherungsverwahrung wegen fortbestehender Gefährlichkeit des Betroffenen vollstreckt wird.“; BGH, Beschluss vom 6.7.2010 – 5 StR 142/10, NStZ-RR 2011, 41; Kreuzer StV 2011, 123

verwahrung baulich und vollzugsgestalterisch stattfinden muss. Darüber hinaus wird festgelegt, dass dem Verurteilten schon im Verlauf des der (primär verhängten oder nur vorbehaltenen) Sicherungsverwahrung vorangehenden Strafvollzugs eine individuelle und intensive Betreuung, insbesondere eine sozialtherapeutische Behandlung, anzubieten ist mit dem Ziel, eine anschließende Vollstreckung der Sicherungsverwahrung entbehrlich zu machen (§ 66c StGB-E). Um dem ehrgeizigen Vorhaben, gerade bei dieser Klientel schon den Strafvollzug behandlungsintensiv auszugestalten, Nachdruck zu verleihen, sieht der Entwurf vor, dass die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zu unterbleiben hat, wenn dem Verurteilten „bei einer Gesamtbetrachtung des Vollzugsverlaufs ausreichende Betreuung“ im vorgenannten Sinne „nicht angeboten worden ist“ (§ 67c Abs. 1 Nr. 2 StGB-E). Es ist zu erwarten, dass die Landesjustizverwaltungen, die die Vorgaben für die Vollzugsgestaltung umsetzen müssen, alles daransetzen werden, um zu verhindern, dass ein am Ende des Vollzugs der Freiheitsstrafe als weiterhin gefährlich eingeschätzter Straftäter nicht in die Sicherungsverwahrung kommt, sondern entlassen wird, weil zuvor die Betreuungsangebote im Strafvollzug nicht ausreichend waren. Um hier Überraschungsentscheidungen zu vermeiden, sieht der Entwurf vor, dass die Strafvollstreckungskammer während des Strafvollzugs von Amts wegen alle zwei Jahre sowie bei berechtigtem Interesse der Vollzugsbehörde auf deren Antrag jederzeit feststellt, ob das Betreuungsangebot den gesetzlichen Vorgaben entspricht und welche Maßnahmen ggf. dem Gefangenen künftig anzubieten sind (§ 119a StVollzG-E). Diese „*strafvollzugsbegleitende gerichtliche Kontrolle*“ sowie die ebenfalls im Entwurf vorgesehene Verkürzung der Intervalle, in denen über die Fortdauer der Maßregel zu entscheiden ist (bei Erwachsenen jährlich, nach dem Vollzug von zehn Jahren der Unterbringung halbjährlich – § 67e Abs. 2 StGB-E, bei nach Jugendstrafrecht Unterbrachten halbjährlich – § 7 Abs. 5 JGG-E), wird in jedem Fall zu einem deutlichen Anstieg der Belastung bei den Strafvollstreckungskammern führen.

## 1.5 Auswirkungen auf die Tätigkeit des Sachverständigen

Die vorgesehene Verkürzung der Intervalle für die Fortdauerentscheidungen wird die Arbeit der Sachverständigen jedenfalls quantitativ beeinflussen. Die Zahl der Gutachtaufträge wird sich für den Bereich der in der Sicherungsverwahrung Unterbrachten (Stand am 31.3.2011: 504) verdoppeln. Ob mit der Einführung von Überprüfungen im Abstand von sechs Monaten eine Verbesserung der prognostischen Einschätzungen und damit ein sichereres Erkennen von nicht mehr gefährlichen Verurteilten einhergehen werden, muss die Zukunft zeigen. Die Gefahr einer Aneinanderreihung von Begutachtungen und Beurteilungen, in denen substanzielle Änderungen nicht dargelegt werden (können), ist nicht von der Hand zu weisen. Zu einer Vermehrung der Gutachten wird auch das Verfahren zur Therapieunterbringung beitragen, da hierfür zwei Sachverständige zwingend vorgesehen sind, die Ärzte für Psych-