



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme

**der Bundesrechtsanwaltskammer
zu dem Gesetzentwurf zur Neuordnung des Rechts der
Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen
BT-Drucks. 17/3403**

erarbeitet vom

Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin, Vorsitzender

Rechtsanwalt Dr. Alfred Dierlamm, Wiesbaden

Rechtsanwalt Thomas C. Knierim, Mainz

Rechtsanwalt Dr. Daniel Krause, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt am Main

Rechtsanwältin Anke Müller-Jacobsen, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Eckhart Müller, München (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Prof. Dr. Tido Park, Dortmund

Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen

Rechtsanwältin Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Joachim Weider, Frankfurt am Main

Bundesanwalt Gerhard Altvater, Karlsruhe (Berichterstatter)

Prof. Dr. Werner Beulke, Passau (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Dr. Jens Schmidt, Saarbrücken (Berichterstatter)

Ministerialdirigent Dr. Wolfgang Sprenger, Dresden (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

November 2010

BRAK-Stellungnahme-Nr. 33/2010

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Bundesverband der Freien Berufe

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Notarverein

Deutscher Richterbund

Deutscher Juristinnenbund

Bundesvorstand Neue Richtervereinigung

Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag

I. Gegenstand der Stellungnahme

Im Anschluss an einen Diskussionsentwurf des BMJ zur Reform der Sicherungsverwahrung haben BMJ und BMI am 26. August 2010 ein gemeinsames Eckpunktepapier für die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und begleitende Regelungen vorgestellt.

Die beabsichtigte Neuordnung soll zum einen den im Koalitionsvertrag vereinbarten Auftrag zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung erfüllen¹, zum anderen sollen Probleme gelöst werden, die das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17. Dezember 2009² insbesondere im Hinblick auf die Fälle der nachträglich entfristeten Sicherungsverwahrung aufgeworfen hat.

Die gemeinsamen Eckpunkte umfassen Vorschläge zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, zur Stärkung der Führungsaufsicht und für ein neues „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“. Bei den beiden erstgenannten Themenkreisen folgen die gemeinsamen Eckpunkte im Wesentlichen den vom Bundeskabinett am 23. Juni 2010 beschlossenen Eckpunkten des Bundesministeriums der Justiz und dem auf dieser Grundlage erarbeiteten Gesetzentwurf. Neu ist der letzte Vorschlag, der das gesetzgeberische Konzept um eine Altfallregelung ergänzen will. Dieser Vorschlag wurde inzwischen vom Bundesministerium der Justiz ausformuliert; die Formulierungshilfe war Grundlage eines vom Bundestag am 29. Oktober 2010 in 1. Lesung behandelten Gesetzentwurfs.³

Nach Auffassung des Strafrechtsausschusses der BRAK würden die objektive Sicherheitslage und die nach empirischen Erkenntnissen vorhandenen Grenzen kriminalprognostischer Beurteilung eine Rückkehr zu der vor 1998 bestehenden Regelung der Sicherungsverwahrung und deren Beschränkung auf schwere Gewalt- und Sexualdelikte rechtfertigen. Angesichts des von einigen Medien und Politikern – auf Grund spektakulärer Einzelfälle – geprägten realen kriminalpolitischen Klimas, das vom Strafrecht einen nahezu vollkommenen Schutz vor schweren Rückfalltaten ver-

¹ Auftrag nach dem Koalitionsvertrag: „Wir wollen eine Harmonisierung der gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung im Strafgesetzbuch, die rechtsstaatlich und europarechtskonform ist. Dabei wollen wir Schutzlücken im geltenden Recht, wie sie bei Strafverfahren in jüngster Zeit aufgetreten sind, schließen. Bei der gesetzlichen Regelung werden wir darauf achten, dass die Sicherungsverwahrung unter Berücksichtigung des notwendigen Schutzes der Bevölkerung ihren Ausnahmecharakter behält und auf schwerste Fälle beschränkt bleibt.“

² Az. 19359/04

³ BT-Drucks. 17/3403

langt, sieht der Ausschuss den auf der Rechtspolitik lastenden Handlungsdruck und nimmt vor diesem Hintergrund zu den jetzt geplanten Änderungen der Sicherungsverwahrung Stellung.

II. Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung

1. Konsolidierung der primären Sicherungsverwahrung

Zur primären Sicherungsverwahrung schlägt der Gesetzentwurf zwei wesentliche Änderungen vor.

a) Beschränkung des Anwendungsbereichs der Sicherungsverwahrung

Künftig sollen nur noch vorsätzliche Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter (Gewalt- und Sexualdelikte) einschließlich der Brandstiftungsdelikte für die Anordnung der originären Sicherungsverwahrung ausreichend sein. Das gilt auch, wenn die Taten im Vollrausch begangen wurden. Daneben können Straftaten mit einer Freiheitsstrafe von im Höchstmaß mindestens zehn Jahren sowie Verstöße gegen die Weisungen der Führungsaufsicht zu einer Sicherungsverwahrung führen.

Der Vorschlag ist zu begrüßen, soweit er den Anwendungsbereich der primären Sicherungsverwahrung auf schwere Gewalt- und Sexualdelikte beschränkt. Die Einbeziehung gewaltloser Delikte, wie z. B. des banden- und gewerbsmäßigen Betrugs nach § 263 Abs. 5 StGB, des Wohnungseinbruchsdiebstahls nach § 244 Abs. 3 StGB und des Diebstahls mit Waffen nach § 244 Abs. 1 StGB sollte hingegen unterbleiben. Ferner erscheint es auch nicht erforderlich, alle Straftaten, die unter den 28. Abschnitt des StGB fallen, als Anlass tat vorzusehen. Erst recht muss dies für die Strafbarkeit eines Weisungsverstoßes nach § 145a StGB gelten, weil es sich um einen Ungehorsamsstraftatbestand mit einer Höchststrafe von drei Jahren handelt. Durch die Beschränkung auf schwere Gewalt- und Sexualdelikte könnte eine übereinstimmende Gefahrprognose für §§ 66, 66a StGB erzielt werden.

Es wird daher vorgeschlagen, in § 66 Abs. 1 Nr. 1a StGB die Straftaten des 28. Abschnitts zu streichen und § 66 Abs. 1 Nr. 1b StGB auf Straftaten zu begrenzen, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe über zehn Jahren bedroht sind. In § 66 Abs. 1 Nr. 1c sollte § 145a StGB gestrichen werden.

Außerdem sollte in § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB eingefügt werden, dass es sich um eine zeitige Freiheitsstrafe handeln muss, um die unsinnige Doppelung von lebenslanger Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung wieder – wie vor 2004 – auszuschließen. Denn durch die jetzige Fassung entsteht der Eindruck, es gäbe lebenslange Freiheitsstrafe 1. und 2. Klasse.

b) Klarstellung des für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Zeitpunkts

In § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB soll ausdrücklich klargestellt werden, dass es bei der Bestimmung der Gefährlichkeit des Täters auf den Zeitpunkt der Verurteilung ankommt. Diese Klarstellung ist ebenfalls zu begrüßen. Sie verdeutlicht, dass die bloße Hoffnung, der Täter werde nach Ende des Vollzugs nicht mehr gefährlich sein, kein Grund für das Absehen von der Anordnung einer Sicherungsverwahrung sein kann; vielmehr hat das Gericht vor dem Ende des Vollzugs der Strafe zu prüfen, ob der Zweck der Maßregel die Unterbringung noch erfordert, § 67c Abs. 1 Satz 1 StGB. Die begangene Straftat ist die aussagekräftigste Grundlage der Gefährlichkeitsprognose. Die Entscheidung des EGMR steht dieser Anknüpfung an die zugrundeliegende Straftat nicht entgegen, sondern verbietet lediglich die rückwirkende Anordnung einer an das Strafrecht angekoppelten Maßnahme der Sicherung und Besserung und betont die – von dieser Anknüpfung nicht berührte – notwendige Abgrenzung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung vom Vollzug der Strafe.

2. Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung

Zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung sieht der Gesetzentwurf folgende drei Änderungen vor:

a) Verzicht auf die (sichere) Feststellung eines Hanges des Täters zu erheblichen Straftaten

Die sichere Feststellung eines Hanges des Täters zu erheblichen Straftaten soll künftig nicht mehr notwendig sein; es soll ausreichen, dass ein Hang nur wahrscheinlich ist. Nach der derzeitigen Konzeption des Gesetzes greift die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nur für eine eher kleine Gruppe von Hangtätern, bei denen eine Gefährlichkeit für die Allgemeinheit zum Zeitpunkt des Urteils noch nicht abschließend beurteilt werden kann⁴. Wegen dieser engen Voraussetzungen entfaltet die vorbehaltene Sicherungsverwahrung derzeit nahezu keine Wirksamkeit. Der Verzicht auf die (sichere) Feststellung eines Hanges wird die Anwendungsbreite der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung deutlich erweitern.

⁴ BGH, Urteil vom 22. Oktober 2004 – 1 StR 140/04, Tz. 13.

Der Strafrechtsausschuss der BRAK steht der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung – wie auch der Deutsche Anwaltverein⁵ – grundsätzlich skeptisch gegenüber. Ebenso wie bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung bestehen auch bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung an dem nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a EMRK erforderlichen ausreichenden Kausalzusammenhang zwischen der Schuldfeststellung und der Anordnung der Sicherungsverwahrung Bedenken. Erst zum Ende der Strafzeit und damit weitgehend losgelöst von der Schuldfeststellung wird konstitutiv über die Anordnung der Maßregel entschieden. Zu diesen grundsätzlichen Bedenken treten hinzu

- die unzumutbare jahrelange quälende Ungewissheit des Strafgefangenen unter Ausschluss von Vollzugslockerungen, die zur Erreichung des Vollzugsziels notwendig und angemessen sind,
- die Gefahr, dass die Richter von der Klärung der Anordnungsvoraussetzungen der primären Sicherungsverwahrung absehen und auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung ausweichen,
- die problematische Überantwortung der Gefährlichkeitsprognose auf Richter, die den Angeklagten nicht aus der Hauptverhandlung und den Sachverhalt nur aus Akten kennen und damit verbunden
- die Gefahr einer Vernachlässigung der begangenen Straftat als der aussagekräftigsten Grundlage der Gefährlichkeitsprognose und
- die Verlagerung der ohnehin problematischen Gefährlichkeitsprognose vom Richter auf die Sachverständigen.

Der Strafrechtsausschuss der BRAK ist sich darüber im Klaren, dass ein Verzicht des Gesetzgebers nicht nur auf die nachträgliche, sondern auch auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung mit Blick auf den Koalitionsvertrag und die emotional aufgeladene öffentliche Diskussion derzeit illusionär wäre. Nur mit Blick auf die Stärkung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung erscheint die vorgesehene Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung politisch durchsetzbar. Diese Abhängigkeit ist aber nicht sachlogisch vorgegeben.

Falls die Ausweitung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nicht zu vermeiden ist, muss im Strafvollzugsgesetz des Bundes und in den Strafvollzugsgesetzen der Länder gesetzlich klargestellt werden, dass Gefangene mit vorbehaltener Sicherungsverwahrung bei

⁵ Vgl. – auch zum Folgenden – Stellungnahme Nr. 30/2010 des Deutschen Anwaltvereins durch den Strafrechtsausschuss zur Reform des Rechts der Sicherungsverwahrung aus Anlass des Urteils des EGMR vom 17. Dezember 2009 vom Juli 2010, S. 10/11 m. w. N..

entsprechender Eignung unter denselben Voraussetzungen wie andere Strafgefangene Re-
sozialisierungsangebote sowie Vollzugslockerungen und Urlaub erhalten.

b) Ausdehnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung auf Ersttäter

Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung soll auf Ersttäter erweitert werden, die zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung, wegen Brandstiftung oder nach §§ 250, 251 StGB verurteilt worden sind.

Die Ausdehnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung auf Ersttäter stellt eine drastische Verschärfung des Rechts der Sicherungsverwahrung dar, gegen die schon die erörterten allgemeinen Bedenken gegen die vorbehaltene Sicherungsverwahrung sprechen. Es fehlt an einer hinreichenden Grundlage für die Annahme einer hangbedingten Gefährlichkeit, die bei Ersttätern zwangsläufig spekulativ bleiben muss. Eine Verlagerung der Verantwortung auf den psychiatrischen Gutachter ist abzusehen. In gesteigertem Maße ist es auch problematisch, ob die unter Umständen lebenslange Verwahrung eines Ersttäters mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist.

c) Verschiebung des Anordnungszeitpunkts

Durch eine Änderung des § 66a Abs. 3 StGB soll die Anordnung der Sicherungsverwahrung bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe bzw. (dem eher theoretischen Fall) der Strafaussetzung zur Bewährung ermöglicht werden. Damit sollen die wegen der zeitlichen Vorgaben der bisherigen Regelung aufgetretenen praktischen Schwierigkeiten⁶ ausgeräumt werden. Diese rechtfertigen es aber nicht, die für die Vollzugsplanung notwendige bisherige gesetzliche Regelung aufzugeben, nach der das Gericht spätestens sechs Monate vor dem Zeitpunkt, ab dem eine Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung möglich ist, über die Anordnung der Sicherungsverwahrung zu entscheiden hat. Diese allein sinnvolle Regelung darf nicht aufgegeben werden.

⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2006 – 3 StR 269/06, Rz. 6 ff.

3. Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB)

Der Gesetzentwurf sieht im Grundsatz die Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung für Neufälle vor. Aus Sicht des Strafrechtsausschusses der BRAK handelt es sich hierbei um den Kern der beabsichtigten umfassenden Regelung der Sicherungsverwahrung, mit der ein konventionsrechtlich problematisches und in der praktischen Handhabung weithin kontraproduktives Institut beseitigt wird:

Anträge auf nachträgliche Sicherungsverwahrung zielen in der Praxis teilweise darauf ab, Versäumnisse des erkennenden Gerichts zu korrigieren oder die Anordnung der Sicherungsverwahrung zu ermöglichen, obgleich diese zum Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich war. Neue Erkenntnisse aus dem Strafvollzug spielen dagegen regelmäßig keine nennenswerte Rolle. Tatsächlich wurde Sicherungsverwahrung nur in wenigen Ausnahmefällen nachträglich angeordnet. Der BGH hat seit Sommer 2004 lediglich in gut einem Dutzend Verfahren entsprechende Anordnungen bestätigt, während bereits bis Mitte 2008 in knapp 100 Fällen die Anordnung abgelehnt wurde. Der Anwendungsbereich wird sich durch die Entscheidung des EGMR weiter verringern. Die verfehlte Ausgestaltung der nachträglichen Sicherungsverwahrung mit dem vorprogrammierten Scheitern der überwiegenden Anzahl von Gerichtsverfahren hat überdies maßgeblich zu einer Verunsicherung der Bevölkerung beigetragen: Obgleich die Höchstdauer der Sicherungsverwahrung von 1975 bis 1998 auf höchstens zehn Jahre befristet war, die Zahl der Anordnungen seit 1998 im Zuge diverser Verschärfungen des Rechts der Sicherungsverwahrung (1998: Ausdehnung des Anwendungsbereichs und Aufhebung der zehnjährigen Höchstfrist, 2002: Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gemäß § 66a StGB, 2004: Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b StGB, 2008: Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen) seither deutlich zugenommen hat und die allgemeine Kriminalitätsstatistik keine Zunahme schwerer Straftaten belegt, ist das subjektive Sicherheitsgefühl nachhaltig in Mitleidenschaft gezogen worden. Dem geringen Anwendungsbereich stehen erhebliche negative Auswirkungen auf die Vollzugspraxis für eine Vielzahl von Gefangenen gegenüber, da in aller Regel Häftlinge, bei denen aus formalen Gründen die Anordnung in Betracht kommt, weniger Aussicht auf Vollzugslockerungen und eine angemessene Entlassungsvorbereitung haben. Dies gefährdet deren Wiedereingliederung.⁷

Art. 316e EGStGB-E sieht in den Fällen, in denen die Anlasstat vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes begangen wurde, weiterhin die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vor. Diese Altfallregelung bringt zwei rechtliche Risiken mit sich: Zum einen ist nach § 2 Abs. 3 StGB das mildere Gesetz anzuwenden, wenn vor einer Entscheidung das Gesetz, das bei Beendigung der Tat galt, geändert wird (Grundsatz der Meistbegünstigung). Dersel-

⁷ Vgl. oben 2a) zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung

be Rechtsgrundsatz liegt nach der Rechtsprechung des EGMR⁸ auch Art. 7 EMRK zugrunde. Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass diese Vorschriften nicht eingreifen, wenn das staatliche Strafsystem als solches neu geordnet wird. Ob diese Auffassung gerichtlicher Überprüfung standhält, erscheint mindestens zweifelhaft.

Ferner liegt es nahe, dass der EGMR die nachträgliche Sicherungsverwahrung generell für konventionswidrig erklärt. In einem beim EGMR anhängigen Verfahren wird gerügt, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung gegen Art. 5 EMRK verstößt.⁹ Diese Auffassung wird vom Strafrechtsausschuss der BRAK geteilt.

III. Zur Reform der Führungsaufsicht – elektronische Aufenthaltsüberwachung

Der Gesetzentwurf enthält ferner Regelungen zur Einführung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht.

Vorliegende Erfahrungen mit elektronischer Aufenthaltsüberwachung betreffen überwiegend deren Einsatz im Zusammenhang mit Bewährungsaufgaben und sind nur bedingt auf die jetzt geplanten Einsatzmöglichkeiten übertragbar. Der Strafrechtsausschuss der BRAK sieht im Einsatz elektronischer Überwachungsmaßnahmen eine Möglichkeit für eine restriktivere Anordnungspraxis bei Maßregeln der Sicherung und Besserung unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 62 StGB). Insofern wird das Vorhaben im Grundsatz begrüßt. Zwar kann die elektronische Überwachung bei besonders gefährlichen Straftätern Rückfälle nicht sicher ausschließen. Gleichwohl kann von den Geräten eine spezialpräventive Wirkung ausgehen, weil Verstöße gegen Weisungen frühzeitig registriert und zügig, z. B. in einem Strafverfahren nach § 145a StGB, sanktioniert werden können.

Der Strafrechtsausschuss der BRAK weist aber darauf hin, dass die vorgeschlagene Fassung der Vorschrift zu weit ist und zu einer unerwünschten Breitenwirkung der außerordentlich belastenden Maßnahme führen kann. Der Vorschlag geht über die eigentliche Sicherungsverwahrung weit hinaus und führt zu einer wesentlichen Verschärfung des Rechts der Führungsaufsicht insgesamt. Die Maßnahme sollte daher auf Straftaten beschränkt werden, die die Anordnung von Sicherungsverwahrung zulassen würden.

⁸ Beschluss vom 17. September 2009 – 10249/03 (Scoppola v. Italien), zitiert nach dem Diskussionsentwurf des BMJ.

⁹ Die Zahl der betroffenen Fälle dürfte gering sein. Es geht nur um diejenigen Personen, gegen die Sicherungsverwahrung aufgrund einer Anlasstat nach Inkrafttreten des § 66b StGB am 29. Juli 2004 angeordnet wurde.

IV. Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter

Nach dem erstmals in dem gemeinsamen Eckpunktepapier vorgesehenen „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ sollen Verurteilte, die von der EGMR-Rechtsprechung als „Parallelfälle“ (Wegfall der 10-Jahres-Grenze) oder sonst vergleichbar von einem Rückwirkungsverbot betroffen sind, weiter freiheitsentziehend untergebracht werden können.

Die Unterbringung soll durch eine Zivilkammer des Landgerichts mit drei Berufsrichtern angeordnet werden, wenn

- die Verurteilung wegen einer oder mehrerer schwerer Straftaten erfolgt war, die nach der Neukonzeption der Sicherungsverwahrung den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung erlauben, und
- zwei Gutachten externer – nicht im Vollzug beschäftigter – Sachverständiger eine psychische Störung (Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e EMRK) sowie die auf dieser Störung beruhende Gefahr belegen, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, durch die Opfer seelisch und körperlich schwer geschädigt werden oder
- die Begehung einer hinreichend konkretisierten potenziellen schweren Straftat droht (Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c EMRK).

Für das Verfahren der Einweisung sowie die gesamte Dauer der Unterbringung wird ein anwaltlicher Beistand vorgeschrieben. Die Entscheidung wird im Abstand von 18 Monaten überprüft.

Hintergrund des Vorschlags ist unmittelbar die durch die Entscheidung des EGMR aufgeworfene Problematik des Umgangs mit den sogenannten Parallelfällen. Bisher gibt es zwar durchaus unterschiedliche Entscheidungen dazu, es zeichnet sich aber ab, dass die Entlassung solcher Straftäter nach geltendem Recht vielfach unausweichlich ist, obgleich es Anhaltspunkte für ihre fortdauernde Gefährlichkeit infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten gibt. Das geltende Recht ermöglicht in solchen Fällen keine Lösung, die jedes Restsicherheitsrisiko ausschließt:

- Eine lückenlose polizeiliche Überwachung wird auf Dauer praktisch untunlich sein und daneben auch einer rechtlichen Überprüfung kaum standhalten.

- Die elektronische Überwachung solcher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht kann keinen zuverlässigen Schutz gewähren.
- Eine freiwillige Fortsetzung der Unterbringung¹⁰, in welcher Form auch immer, kann die Problematik bei nicht kooperativen Straftätern naturgemäß nicht entschärfen.
- Eine Unterbringung auf Grundlage der landesrechtlichen Unterbringungsgesetze (z. B. § 10 SächsPsychKG) wird in der Regel nicht möglich sein, weil eine solche Unterbringung voraussetzt, dass ein psychisch Kranker infolge seiner psychischen Krankheit eine erhebliche und gegenwärtige Gefahr für bedeutende Rechtsgüter darstellt; selbst wenn im Einzelfall die psychische Krankheit bejaht werden kann, wird es regelmäßig an der gegenwärtigen Gefahr fehlen, die allgemeine Gefährlichkeit reicht nicht aus.

Nach der vorgeschlagenen Regelung, die wohl auf Forderungen aus Bayern und dem BMI zurückgeht, könnten auch die Altfälle weiter in Verwahrung behalten werden. Für die Anordnung soll – neben der vorangegangenen Verurteilung wegen einer oder mehrerer schwerer Straftaten – eine von externen Sachverständigengutachten belegte „psychische Störung“ und die darauf beruhende Gefahr erheblicher weiterer Straftaten ausreichen. Die Unterbringung wäre danach auch dann möglich, wenn der Zustand einer psychischen Krankheit im Sinn der Unterbringungsgesetze nicht erreicht ist.

Insoweit ergeben sich aus Sicht des Strafrechtsausschusses der BRAK durchgreifende Bedenken:

- Für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes kommt es entscheidend darauf an, ob eine Anknüpfung an Straftaten gegeben ist. Das BVerfG¹¹ hat in Bezug auf das Bayerische Straftäterunterbringungsgesetz und das Straftäterunterbringungsgesetz Sachsen-Anhalt entschieden, dass alle staatlichen Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen, zum Strafrecht i. S. v. Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehören und damit in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen. Die vorgesehene Unterbringungsregelung genügt formal diesen Voraussetzungen, weil sie an die im ersten Spiegelstrich näher konkretisierten strafrechtlichen Vorverurteilungen anknüpft. Ein Zusammenhang zum Strafrecht und damit eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist jedoch um so schwerer zu begründen, je weiter die Unter-

¹⁰ Vgl. zu dieser Möglichkeit z. B. §§ 125. 130 Strafvollzugsgesetz; angesichts der nach oftmals jahrzehntelanger Gefangenschaft zu erwartenden sozialen Isolation ist ein entsprechendes Einverständnis des Straftäters in vielen Fällen nicht unrealistisch.

¹¹ Urteil vom 10. Februar 2004 (2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02).

bringung von der Strafe abgekoppelt wird. Hier knüpft die Unterbringung an eine vollständig erledigte strafrechtliche Verurteilung an, die zeitlich viele Jahre, oft Jahrzehnte, zurückliegt. Es erscheint in hohem Maße zweifelhaft, ob das Abstellen auf eine vollständig erledigte Straftat geeignet ist, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu begründen.

- Unterstellt man eine solche auf das Strafrecht gestützte Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers, gerät man jedoch unweigerlich in die vom EGMR ausführlich behandelte Rückwirkungsproblematik. Denn wenn die beabsichtigte Regelung an das Strafrecht anknüpft, dann gelten auch die Rückwirkungsverbote des Art. 103 Abs. 2 GG und des Art. 7 EMRK. Dem kann auch durch die Zuweisung der Altfälle an eine Zivilkammer nicht ausgewichen werden, weil die kompetenzrechtliche Anknüpfung an das Strafrecht den Strafcharakter der Unterbringung impliziert. Das Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK verbietet im Übrigen nicht nur die Bestrafung einer Tat, die zur Begehungszeit nicht strafbar war, sondern (jede) Verurteilung, so dass dem Verbot weder durch Therapieangebote und die Ausgestaltung des Vollzugs noch durch die Übertragung der Entscheidung auf eine Zivilkammer ausgewichen werden kann.
- Der Vorschlag beruft sich auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e EMRK, der eine Freiheitsentziehung bei psychisch Kranken zulässt. Die Bestimmung setzt jedoch eine erwiesene psychische Krankheit voraus, die die Einweisung zwingend erforderlich macht.¹² Eine psychische Störung, die niederschwelliger als eine psychische Krankheit im Sinn der landesrechtlichen Unterbringungsgesetze einzustufen ist, genügt diesen Anforderungen nicht. Es ist nicht ersichtlich, wie der Begriff der (bloßen) psychischen Störung in einem Maße konturiert werden könnte, dass er neben der prognostizierten erheblichen Gefährlichkeit tatsächlich eine eigenständige Bedeutung als Anordnungsvoraussetzung einer u. U. lebenslangen Unterbringung haben könnte. Die nicht zuletzt von der Politik und der sukzessiven Erweiterung der Anordnungsvoraussetzungen trotz rückläufiger Kriminalitätsentwicklung geschürte öffentliche Angst wird auch bei den spätestens nach jeweils 18 Monaten vorgesehenen Folgeentscheidungen regelmäßig nur eine Fortschreibung der Unterbringung zulassen.
- Diesen Bedenken kann auch nicht mit Hinweis darauf begegnet werden, dass die EMRK nur im Rang eines einfachen Bundesgesetzes steht und innerstaatlich durch einfaches Gesetz geändert werden könnte: abgesehen davon, dass die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens umstritten ist, wäre ein solches einfaches Gesetz völkerrechtswidrig, und eine parallele Änderung der EMRK ist mit Blick auf die Zahl der Mitgliedstaaten illusorisch.

¹² EGMR, Urteil vom 23. Februar 1984, NJW 1986, S. 765.

Sollte das ThuG weiter verfolgt werden, so ist zu fordern, dass anstelle der bisher vorgesehenen beiden Gutachten nach ausländischem Vorbild ein Gutachtergremium zu den Voraussetzungen der Therapieunterbringung Stellung nimmt.

V. Zusammenfassende Bewertung

Der Strafrechtsausschuss der BRAK begrüßt die Vorschläge zur Beschränkung der primären Sicherungsverwahrung, hält aber eine weitere Reduzierung auf schwere Gewalt- und Sexualdelikte für notwendig. Der Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung zielt in die falsche Richtung. Der von dieser Maßregel betroffene Personenkreis ist zu weit; es besteht die Gefahr einer inflationären Anwendung insbesondere auch bei Ersttätern. Eine solche Erweiterung ist auch nicht zur Kompensation der sachgerechten und auch vom Gesetzentwurf vorgesehenen Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung erforderlich.

Die Vorschläge zur Stärkung der Führungsaufsicht eröffnen zwar die Möglichkeit einer restriktiveren Anordnungspraxis bei Maßregeln der Sicherung und Besserung unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Es droht aber eine unangemessene Erweiterung des Anwendungsbereichs der elektronischen Fußfessel.

Den Vorschlägen für ein neues „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ wird entschieden entgegengetreten.