

Entscheidungsanmerkung

Weitergeltung der verfassungswidrigen Vorschriften zur (nachträglichen) Sicherungsverwahrung bis zur Neuregelung, längstens bis 31.5.2013

1. Eine dissoziale Persönlichkeitsstörung unterfällt, auch wenn sie nicht die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB erfüllt, dem Begriff der psychischen Störung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e MRK, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG und kann bei aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Verurteilten ableitbarer hochgradiger Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 2 StGB a.F. rechtfertigen (im Anschluss an BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, BGBl. I 2011, S. 1003).
2. Die einschränkenden Maßgaben gemäß dem vorgenannten Urteil des Bundesverfassungsgerichts beanspruchen jedenfalls in „Altfällen“ auch für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB a.F. Gültigkeit. (Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 20, 21, 66b Abs. 1 S. 1 v. 23.7.2004, 66b Abs. 2 v. 23.7.2004;
EMRK Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e;
ThUG § 1 Abs. 1 Nr. 1

BGH, Urt. v. 21.6.2011 – 5 StR 52/11¹

I. Einführung

Die Sicherungsverwahrung ist die schärfste Sanktion des deutschen Strafrechts. Als „Maßregel der Besserung und Sicherung“ wird sie nicht zur Strafe, sondern im Hinblick auf eine zu prognostizierende „Gefährlichkeit“ verurteilter Täter angeordnet.² Mitte der 1990er Jahre schien es, als würde die 1933 eingeführte Rechtsfolge bald nur noch Rechtsgeschichte sein: Die Zahlen der Sicherungsverwahrten wie auch der Neuankömmlinge waren auf einem Tiefstand angelangt. Seitdem hat sich fast alles geändert – sowohl der Gesetzgeber wie infolgedessen auch die Praxis haben sich in den vergangenen Jahren intensiv mit dem Bereich befasst. Dies hat zu einer unübersichtlichen, wenig systematischen Rechtslage geführt, die zudem am 4.5.2011 vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden ist. Das hier zu besprechende Urteil ist eine der ersten Revisionsentscheidungen zur Sicherungsverwahrung, die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergangen ist. Bevor die zentralen Aussagen der Entscheidung dargestellt werden, soll im

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=37899111bc955b9128ca6f6ed49b3c8c&nr=57060&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> und abgedruckt in BGHSt 56, 254 = NJW 2011, 2744 = StV 2011, 674.

² Umfassend dazu Eisenberg, Kriminologie, 6. Aufl. 2005, § 34 Rn. 57 ff.

Anschluss an den Sachverhalt zunächst als Hintergrund ausgeführt werden, wie sich die Rechtslage in den vergangenen Jahren entwickelt hat.

II. Sachverhalt

Der Verurteilte ist seit 1989 wiederholt wegen verschiedener Delikte verurteilt worden, darunter schwere Sexualstraftaten. Am 17.11.2000 verurteilte ihn das LG Potsdam wegen eines am 1.4.2000 begangenen erpresserischen Menschenraubes in Tateinheit mit Vergewaltigung und wegen Diebstahls zu zehn Jahren Gesamtfreiheitsstrafe. Diese verbüßte er bis 30.6.2010 vollständig. Die Staatsanwaltschaft hat die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung beantragt.

Der Entscheidung zufolge war das Vollzugsverhalten des Verurteilten durch eine fordernde, berechnende und verbal drohende, wiederholt aggressive Verhaltensweise gekennzeichnet. Infolgedessen wurde er während der Haftzeit zwei Mal verlegt sowie erneut verurteilt. Das LG nahm an, dass vom Verurteilten auch nach Verbüßung der Freiheitsstrafe die hochgradige Gefahr der Begehung weiterer schwerer Sexualstraftaten ausgehe, weil er in seiner gestörten Persönlichkeitsstruktur einen Hang zur Begehung solcher Taten habe. Dies zeige sich an seinen Vorstrafen, der sehr hohen Rückfallgeschwindigkeit und dem aggressiven Auftreten während des Strafvollzugs. Am 28.10.2010 ordnete das LG gemäß § 66b Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 StGB a.F. nachträglich die Unterbringung des Verurteilten in der Sicherungsverwahrung an. Hiergegen wendete sich dieser mit seiner Revision, die ohne Erfolg blieb.

III. Entwicklung der Sicherungsverwahrung

Nach der Neuregelung in den 1970er Jahren war das Recht der Sicherungsverwahrung lange Zeit fast unverändert geblieben. Dies änderte sich gegen Ende der 1990er Jahre, als der Gesetzgeber einzelne spektakuläre Sexualdelikte zum Anlass nahm, die Maßregel massiv auszuweiten. In einem ersten Schritt wurde 1998 die bis dahin geltende Höchstgrenze von zehn Jahren bei der ersten Anordnung der Sicherungsverwahrung in § 67d Abs. 1 StGB a.F. aufgehoben, sodass Sicherungsverwahrung seitdem im Prinzip unbegrenzt möglich ist. Außerdem begann der Prozess einer schrittweisen, erheblichen Ausweitung der rechtlichen Möglichkeiten zur Anordnung von Sicherungsverwahrung, indem die Voraussetzungen vor allem für Sexualstraftäter herabgesetzt wurden (§ 66 Abs. 3 StGB a.F.). Eine grundsätzliche Neuausrichtung fand ab 2002 statt: Während es bis dahin nur möglich war, die Sicherungsverwahrung im Strafurteil anzuordnen, wurde nun die Möglichkeit geschaffen, sich die spätere Anordnung von Sicherungsverwahrung im Urteil für den Fall vorzubehalten, dass sich während der Haft eine „besondere Gefährlichkeit“ des Verurteilten herausstellt.³ Im Jahr 2004 wurde sodann auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung eingeführt, die eine Anordnung auch ohne vorherigen Vorbehalt

³ BGBl. I 2002, S. 3344.

im Urteil möglich macht.⁴ Schließlich wurden die vorbehaltenen und die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch auf Heranwachsende, die nach allgemeinem Strafrecht (§ 106 Abs. 3-6 JGG) verurteilt wurden, ausgeweitet und 2008 die nachträgliche Sicherungsverwahrung sogar für Jugendliche eingeführt (§ 7 Abs. 2 und 3 JGG). Infolge dieser Veränderungen ist die Zahl der Sicherungsverwahrten von 183 im Jahr 1995 auf 350 im Jahre 2005 und 536 im Jahr 2010 gestiegen.⁵

Triebkraft dieser Entwicklung war und ist eine repressive, auf Ausschluss gerichtete Kriminalpolitik, die seit Mitte bzw. Ende der 1990er Jahre einzelne in der öffentlichen Debatte besonders stark beachtete Kriminalfälle zum Anlass immer weiterer Verschärfungen nahm. Diese waren vor allem darauf gerichtet, in der öffentlichen Debatte Wirkung zu erzielen und verhinderten eine differenzierte Betrachtung.⁶ In der Wissenschaft sind sie ganz überwiegend auf Ablehnung bzw. Skepsis gestoßen. Im Zentrum einer grundsätzlichen Kritik an der Maßregel der Sicherungsverwahrung stehen vor allem zwei Bedenken: Einerseits wird bezweifelt, dass das Ziel der Rückfallvermeidung bei schweren Straftaten am besten durch Freiheitsentzug im Rahmen der Sicherungsverwahrung zu erreichen ist. Eine bessere finanzielle Ausstattung des Strafvollzuges für Behandlung und Nachsorge sei wesentlich effektiver.

Andererseits besteht das Problem der ungenauen Prognosen. Die Sicherungsverwahrung knüpft anders als die Freiheitsstrafe nicht nur an begangenes Unrecht und die Schuld des Täters an, sondern vor allem an zukünftiges Verhalten und eine deswegen bestehende Gefährlichkeit. Die Anordnung setzt daher eine gutachterliche Prognose hierüber voraus.⁷ Die insoweit vorhandenen Methoden sind jedoch ungenau bis unzulänglich.⁸ So nehmen die Prognosekriterien nicht selten das ins Auge gefasste Ergebnis vorweg. Eine Überprüfbarkeit der Prognosen ist kaum gewährleistet. Die Begutachtung stützt sich wesentlich auf Akten, deren Feststellungen bei der Prognose im Sinne einer self-fulfilling-prophecy reproduziert werden. Schätzungen aus der Praxis zufolge sollen 80 % der Prognosen fehlerhaft negativ über-

höht sein;⁹ bei der Hälfte der als gefährlich eingestuft soll es sich um so genannte „false positives“ handeln, das heißt um Betroffene, die zu Unrecht als gefährlich eingestuft wurden. Eine neuere Untersuchung zur nachträglichen Sicherungsverwahrung ermittelte einen Anteil von gut 65 %, die fälschlich als gefährlich eingestuft wurden.¹⁰ Die Studie untersuchte die Rückfälligkeit von bundesweit 77 Personen, gegen die auf Antrag der Staatsanwaltschaft und nach Einschätzung der Vollzugsanstalten die nachträgliche Sicherungsverwahrung angeordnet werden sollte, dies aber von den Gerichten letztlich abgelehnt wurde, so dass die Betroffenen entlassen wurden. Von den 77 Personen wurden bis zum Stichtag der Studie lediglich zehn erneut zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt. 50 der 77 hatten gar keine neuen Eintragungen im Bundeszentralregister. Selbst von diesen 50 Nichtrückfälligen waren 30 von mindestens einem Sachverständigen in seinem Gutachten als hochgefährlich eingeschätzt worden.¹¹

IV. Das Problem der „Altfälle“

Eine neue Stufe der Entwicklung hat das Recht der Sicherungsverwahrung seit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom Dezember 2009 genommen. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die deutsche Praxis die verschiedenen beschriebenen Neuerungen auch auf Sicherungsverwahrte bzw. Verurteilte angewendet, deren Taten bzw. Verurteilungen vor Inkrafttreten der gesetzlichen Änderung lagen. Danach konnten also etwa Personen, die bei Aufhebung der Höchstgrenze von zehn Jahren im Jahr 1998 bereits verurteilt waren, auch über diese bis dahin geltende Grenze hinaus verwahrt werden. Ebenso konnte die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB a.F., die aus sich heraus bereits rückwirkend ist, dieser Auffassung nach auch verhängt werden, wenn die strafrechtliche Verurteilung vor Inkrafttreten der Regeln zur nachträglichen Sicherungsverwahrung im Jahr 2004 lag. Begründet wurde dies damit, dass die Sicherungsverwahrung eine Maßregel der Besserung und Sicherung und daher keine Strafe sei. Somit fänden auch das Rückwirkungsverbot und das Doppelbestrafungsverbot keine Anwendung.

Dieser Praxis ist der EGMR mit seiner Entscheidung vom Dezember 2009 entgegengetreten.¹² In dieser hatte der Gerichtshof befunden, dass die Sicherungsverwahrung eben nicht nur präventiv wirke, sondern wie eine Strafe auch tadelnd, und dass ihr Vollzug dem herkömmlichen Strafvollzug so ähnlich sei, dass die Sicherungsverwahrung als Strafe im

⁴ BGBl. I 2004, S. 1838. Zur Kritik daran *Rzepka*, Recht und Psychiatrie 2003, 127.

⁵ Strafvollzugsstatistik (Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Fachserie 10, Rechtspflege, Reihe 4.1, Strafvollzug) 2010, Tab. 1.1, Stichtag 31.3. – Die Zahl der Anordnungen steigt seit Mitte der 1990er Jahre an. Die Zahlen lauten für die Jahre 1993, 1997, 2001, 2005 und 2009 jeweils 27, 46, 74, 75 und 107, Strafverfolgungsstatistik (Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Fachserie 10, Rechtspflege, Reihe 3, Strafverfolgung), jeweils Tab. 5.4 bzw. 5.5.

⁶ Siehe dazu *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft – Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert, 3. Aufl. 2012, S. 34 ff., 57 ff.

⁷ Siehe zu Prognosen in der Praxis *Eisenberg* (Fn. 2), § 34 Rn. 57 ff.; siehe auch die Untersuchung von *Kinzig*, ZStW 109 (1997), 122.

⁸ Siehe zur PCL-R von *Hare* etwa *Müller*, NStZ 2011, 665.

⁹ Nachweise bei *Scharmer*, Gemeinsame Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen (Organisationsbüro) und des Republikanischen Anwälten- und Anwälteverein (RAV e.V.) zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz „zur Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung“ vom 9.11.2011, S. 3.

¹⁰ *Alex*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel, 2010.

¹¹ *Alex* (Fn. 10), S. 91 ff.

¹² EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M v. Deutschland) = NJW 2010, 2495. Dazu *Pollähne*, KJ 2010, 255.

Sinne der EMRK anzusehen sei. Daher gelte auch für sie das Rückwirkungsverbot aus Art. 7 Abs. 1 EMRK. Danach war die rückwirkende Anwendung der Neuerungen im Recht der Sicherungsverwahrung nicht (mehr) möglich. In Reaktion auf die Entscheidung hat der Gesetzgeber eine Neuregelung vorgenommen, die zum 1.1.2011 in Kraft getreten ist. Eine weitere Unterbringung der so genannten Altfälle, die also bereits von der Rückwirkung betroffen waren, sollte das im Zuge dessen geschaffene Therapieunterbringungsgesetz (ThuG) ermöglichen, das nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 auf das Vorliegen einer psychischen Störung abstellt, um so den Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK zu genügen.¹³

Schließlich hat mit Urteil vom 4.5.2011 das Bundesverfassungsgericht sämtliche Regelungen der Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt.¹⁴ Das Gericht geht zwar nach wie vor davon aus, dass die Maßregel keine Strafe sei. Es stellt aber fest, dass die Sicherungsverwahrung als schwerwiegender Eingriff in das Freiheitsgrundrecht nur bei strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu rechtfertigen sei. Hierfür müsse insbesondere das Abstandsgebot eingehalten werden, wonach sich der Vollzug der Sicherungsverwahrung und der herkömmliche Strafvollzug deutlich unterscheiden müssten. Eigentlich dürften Sicherungsverwahrten keine weiteren Belastungen auferlegt werden, als der Entzug der äußeren Freiheit; der Vollzug müsse therapiegerichtet und freiheitsorientiert sein. Diesen Anforderungen würden weder Praxis noch Regelung der Sicherungsverwahrung gerecht.¹⁵ Die nachträgliche bzw. rückwirkende Verlängerung bzw. Anordnung der Sicherungsverwahrung sieht das BVerfG darüber hinaus zwar nicht als Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot. Diese seien aber mit dem Vertrauensschutzgebot unvereinbar und daher ebenfalls nur bei strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zudem nur zum Schutz höchster Verfassungsgüter zulässig.¹⁶

Der Gesetzgeber muss nunmehr eine umfassende Neuregelung vornehmen, die derzeit vorbereitet wird. Bis dahin – längstens aber bis zum 31.5.2013 – gelten die bisherigen, verfassungswidrigen Vorschriften in beschränkter Form fort, wie das BVerfG in seinem Urteil bestimmt hat.¹⁷

V. Die Entscheidung des BGH

Das in Rede stehende Urteil des BGH betrifft diese Fortgeltung der Vorschriften der Sicherungsverwahrung in der Übergangszeit bis zur Neuregelung und hier die nachträgliche Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StGB a.F. Die Anordnung des LG Potsdam hat der 5. Strafsenat dabei an den strengen Vorgaben des BVerfG aus dessen Urteil vom 4.5.2011 gemessen.

Die in die amtliche Sammlung¹⁸ aufgenommene Entscheidung ist im Wesentlichen wegen drei Aspekten von Interesse. Erstens überträgt sie die modifizierte Anwendung, die das BVerfG in seinem Tenor unter III. 2. für § 66b Abs. 2 StGB a.F. gefordert hat, auf § 66b Abs. 1 S. 1 StGB a.F.¹⁹ Hintergrund dessen ist die Fortgeltung der verfassungswidrigen Vorschriften, die wegen des damit verbundenen Grundrechtseingriffs nur unter strengen Voraussetzungen angewendet werden dürfen. Dabei hat das Verfassungsgericht zwei Konstellationen unterschieden.²⁰ Bei Regelungen, die nur wegen Verstoßes gegen das Abstandsgebot verfassungswidrig sind, ist danach eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, die in der Regel verlangt, dass eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.²¹ Demgegenüber dürfen Vorschriften, die zudem auch mit dem Vertrauensschutzgebot unvereinbar sind, weil sie rückwirken, nur modifiziert angewendet werden. Voraussetzung ist, dass eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG leidet. Diese Anforderungen müssten danach auch für § 66b Abs. 1 S. 1 StGB a.F. gelten. In dem Tenor vom 4.5.2011 hatte das BVerfG unter III. 2. aber ausdrücklich nur § 66b Abs. 2 StGB a.F. genannt, um den es in den der Entscheidung zugrundeliegenden Fällen ging. Der BGH hat in seinem Urteil klargestellt, dass die strenge modifizierte Anwendung nach den Gründen der Entscheidung des BVerfG auch für § 66b Abs. 1 S. 1 StGB a.F. gelten muss, jedenfalls wenn es sich um einen Altfall mit Rückwirkungsproblematik handelt. Zu dem gleichen Ergebnis kommt eine Entscheidung des BVerfG hinsichtlich § 66b Abs. 1 S. 1, 2 StGB a.F., die in zeitlicher Nähe zu dem Urteil des BGH ergangen ist.²²

Zweitens stellt der BGH in seinem Urteil entsprechend den Vorgaben des BVerfG fest, dass eine dissoziale Persönlichkeitsstörung eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK sein kann, auch wenn sie nicht den für §§ 20, 21 StGB erforderlichen Grad erreicht. Dieser Aspekt ist insofern von Interesse, als es sich bei der psychischen Störung um einen neuen, kaum geklärten Rechtsbegriff handelt.²³ Der Gesetzgeber hat ihn im ThuG eingeführt, weil er sich nach der Entscheidung des EGMR vom Dezember 2009 in einer Zwickmühle befand. Einerseits war danach eine Freiheitsentziehung in den Altfällen nach der EMRK praktisch nur noch gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK wegen einer psychischen Erkrankung zulässig. Andererseits galten die Sicherungsverwahrten ja aber gerade

¹³ Dazu *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 5 (2011), 197.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a. = NJW 2011, 1931.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 95 ff.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 131 ff.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 167 ff.

¹⁸ BGHSt 56, 254.

¹⁹ Abs. 2 der Norm ermöglicht im Gegensatz zu Abs. 1 die Verhängung auch bereits für Einmaltäter.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 171 ff.

²¹ Hierzu etwa BGH, Beschl. v. 2.8.2011 – 3 StR 208/11.

²² BVerfG NJW 2011, 2711 (nur Ls.) = EuGRZ 2011, 413.

²³ Zur gegenwärtigen Debatte BVerfG StV 2012, 25; *Morgenstern*, ZIS 2011, 974 (976 ff.).

nicht als psychisch krank und kamen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der §§ 20, 21 StGB. Durch das ThuG werden in den Altfällen die Sicherungsverwahrten also nunmehr praktisch umetikettiert von „gefährlichen“ zu „psychisch gestörten“ Tätern. Es bleibt abzuwarten, ob der EGMR dieses Vorgehen billigen wird.

Drittens schließlich ist die Revisionsentscheidung des BGH bemerkenswert, weil sie die nunmehr für die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung geltenden Voraussetzungen dem landgerichtlichen Urteil entnimmt, obwohl dieses vor der Entscheidung des BVerfG ergangen ist und daher einen weniger strengen Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt hatte. Dass der 5. Strafsenat gleichwohl nicht auf eine neue tatgerichtliche Beurteilung entschieden hat, ist aber wohl alleine dem Umstand geschuldet, dass der zugrundeliegende Fall ein extremer ist, bei dem sich auch die nun geltenden strengen Anforderungen vergleichsweise klar aus den Urteilsgründen der landgerichtlichen Entscheidung ergeben haben. Auch der Senat ist daher ausweislich des letzten Satzes der Entscheidung der Auffassung, dass es sich insofern um einen Einzelfall handelt, der nur ausnahmsweise so behandelt werden konnte.

VI. Ausblick

Die kriminalpolitische Linie, die seit Ende der 1990er Jahre die Entwicklung der Sicherungsverwahrung bestimmt hat, ist nicht nur in der Sache grundlegender Kritik ausgesetzt und wenig zielführend. Sie hat mit der gegenwärtigen Situation auch zu einer überaus verworrenen Rechtslage geführt. Nach der Entscheidung des BVerfG hat der Gesetzgeber nun die Chance, einen Neuanfang zu machen – sowohl hinsichtlich der Anordnungsvoraussetzungen, die zumindest auf einen absoluten Kernbereich und die Anordnung im Urteil zurückgeschnitten werden sollten, als auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung. Die hierfür notwendigen, finanziell aufwändigen Verbesserungen dürfen nicht auf Kosten des herkömmlichen Strafvollzuges gehen, sondern sollten für diesen vielmehr als Orientierung dienen.

Prof. Dr. Tobias Singelstein, Berlin