
Die Nachträgliche Sicherungsverwahrung – Feindstrafrecht oder Bewährungsprobe für den Rechtsstaat?¹

Henning Rosenau

I. Der Eingang des Feindstrafrechts in das deutsche StGB

Am 23.7.2004 trat das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung² in Kraft. Kernstück dieser Gesetzesreform war mit § 66b StGB die Einführung der nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, flankiert von der prozessualen Regelung des § 275a StPO. Schenkt man der heftigen und maßlosen Diskussion, welche derzeit die deutsche Strafrechtsdogmatik beherrscht, Glauben, so ist damit ein Element eines vor allem von *Jakobs* ausgemachten Feindstrafrechts Gegenstand des deutschen Strafrechts geworden. Das Institut der Sicherungsverwahrung als eine der einschneidendsten Maßregeln, die das deutsche Recht kennt, ist damit um eine Facette reicher: Deutschland hat eine Verwahrungstrias, welche von der grundständigen über die vorbehaltene zu der nun neuen nachträglichen Sicherungsverwahrung reicht.

Die Sicherungsverwahrung ist Gefahrenabwehr im strafrechtlichen Kontext. Nicht die Besserung des Täters steht im Vordergrund, es geht einzig und allein um die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit, die vor

¹ Besonderen Dank schulde ich meiner wiss. Mitarbeiterin Meike Peters für wertvolle Vorarbeiten und Anregungen zu diesem Beitrag.

² BGBl. I 2004, 1838.

rückfallgefährdeten, hochgefährlichen Hangverbrechern (vgl. den Wortlaut des § 66 I Nr. 3 StGB) geschützt werden soll.³ Die Schuld des Straftäters spielt keinerlei Rolle, so dass die Sicherungsverwahrung zulässig ist, wenn der Täter die schuldangemessene Strafe bereits verbüßt hat. *Jakobs* hat dieser Umstand zur Annahme verleitet, dass der dieser Maßregel Unterworfenen prinzipiell vom Straftäter zu trennen wäre. Bei dem (ordinären) Straftäter könne in der Regel nach Vollzug der Strafe wieder Rechtstreue vermutet und sein Regelbruch nicht als generelle Aufkündigung rechtstreuen Verhaltens verstanden werden; er bleibe selbst dann noch Bürger, wenn er ein Verbrechen begangen habe.⁴ Das ihn betreffende Strafrecht ziele auf Garantie der Rechtsgeltung und sei Bürgerstrafrecht. Jener aber, der Gemaßregelte, werde als reine Gefahrenquelle bekämpft und bloß physisch aus der Gesellschaft exkludiert,⁵ als aktuell Unperson „kaltgestellt“. ⁶ Das stehe für ein Feindstrafrecht, das nichts wolle außer zu zwingen. *Jakobs* nennt ausdrücklich die Sicherungsverwahrung als Beispiel für ein Feindstrafrecht,⁷ andere folgen ihm in der Analyse, zumindest in Ansätzen.⁸

Manches spricht dafür, dass *Jakobs* irrt – wie stets auf hohem Niveau. Aber seine Metapher vom Feind, den es zu bekämpfen gelte, entspricht jedenfalls in Deutschland weder der Sicht des Gesetzgebers noch derjenigen des Gesetzes. Die von der Maßregel Betroffenen stehen nicht außerhalb der Bürgergesellschaft. Das gilt für die unzähligen Verurteilten, die ihre Fahrerlaubnis verlieren, gleichermaßen wie für die in der

³ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996, S. 814; BVerfGE 109, 133, 174. An dieser Bewertung ändert nichts der Umstand, dass nach §§ 129 S. 2, 134 StVollzG auch bei Sicherungsverwahrten Aspekte der Resozialisierung Berücksichtigung finden.

⁴ *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839, 842.

⁵ *Jakobs*, HRRS 2004, 88f., 90.

⁶ *Jakobs*, in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, hrsg. von Eser u.a., München 2000, S. 53.

⁷ *Jakobs*, HRRS 2004, 88f.; dslb., HRSS 2006, 289, 296.

⁸ Sinn, ZIS 2006, 107, 109; Sack, unter <http://www.cilip.de/presse/2005/sack.htm>, Haffke, zitiert nach Sack, a.a.O.; Albrecht, ZStW 117 (2005), 852, 856; Hörnle, GA 2006, 80, 87f.; Arnold, HRSS 2006, 303, 304. Zur Diskussion s. Uwer (Hrsg.), „Bitte bewahren Sie Ruhe“. Leben im Feindrechtsstaat, 2006.

Sicherungsverwahrung Untergebrachten. Der mit der Bekämpfungsge-
setzgebung verwendete Begriff des Kampfes⁹ ist nicht als militärische
Konnotation misszuverstehen. Die Analyse, dass diese Personengruppe
sich dauerhaft von der Rechtsordnung abkehre, ist mit der Lebenswirk-
lichkeit – mit der wirklichen Welt, wie *Jakobs* meint –¹⁰ nur schwer in
Einklang zu bringen: Dass etwa gewohnheitsmäßige Sexualtäter sich
nicht als Teil der Gesellschaft verstünden und gegen diese Krieg führten,
ist bei diesen genauso wenig plausibel wie bei einem gewohnheitsmäßi-
gen Dieb, der zur Finanzierung seiner Drogensucht immer wieder straf-
fällig wird. Es fehlt eher die Fähigkeit als die Bereitschaft, sich rechtstreu
zu verhalten. Das betrifft aber nur einen kleinen Ausschnitt der Lebens-
wirklichkeit, für den die Betroffenen die von *Jakobs* behauptete Bring-
schuld an Rechtstreue¹¹ nicht leisten oder nicht leisten können. Die zwar
schwierigen und in Deutschland längst nicht ausreichenden, aber nicht
durchweg erfolglosen Therapiebemühungen bei Sexualstraftätern¹², und
zwar teilweise auch ohne, dass diese zunächst mitmachen, in *Jakobs*'scher
Diktion: ohne Einlösen ihrer Bringschuld, belegen im Übrigen, dass von
einem Feind nicht gesprochen werden kann. In einem Feindkonzept hät-
te die Sozialtherapie keinen Platz. Deshalb gibt es keine zu behandelnden
Feinde, sondern zu verfolgende Straftaten und zu verfolgende und
zu behandelnde Straftäter.¹³

Es kann hier nicht näher der analytische Wert des Feindstrafrechtskon-
zepts hinterfragt werden. Dem sind unlängst mit überzeugenden Argu-
menten *Sinn* und *Saliger* entgegengetreten.¹⁴ Festzuhalten ist allerdings
der totalitäre Charakter eines Konzeptes, welches zwischen Bürgerstraf-

⁹ Zutreffend Kindhäuser, FS Schroeder, S. 81, 95; Saliger, JZ 2006, 756, 760f.; vgl. etwa
Jakobs, HRRS 2004, 88, 92; dslb., HRRS 2006, 289, 293.

¹⁰ Jakobs, HRRS 2006, 289.

¹¹ Jakobs, ZStW 117 (2005), 839, 843; dslb., HRSS 2006, 289, 293.

¹² Diese sind gemäß § 9 I StVollzG verpflichtend. Zum ganzen s. dazu Rosenau, StV 1999,
388, 392f. Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, gehalten auf dem 29. Interdiszip-
linären Forensischen Symposium 1998 in Göttingen, welches der Verf. gemeinsam mit
Ulrich Venzlaff und Hans-Ludwig Schreiber organisiert hat.

¹³ Zutreffend Sinn, ZIS 2006, 107, 115.

¹⁴ Sinn, ZIP 2006, 107, 115; Saliger JZ 2006, 756, 760f.; s. auch Greco, GA 2006, 96, 113;
Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. München 2006, S. 56; Gössel, FS Schroeder, S. 33 ff.

recht einerseits und Feindstrafrecht andererseits changiert. Die Subjektbezogenheit des Feindstrafrechts rückt dieses Konzept in die Nähe der Kieler Schule der Tätertypenlehre.¹⁵ Die mit ihm mitdenkbare Dämonisierung des Täters und Brutalisierung der staatlichen Reaktion bedingt im Grunde eine faschistoide Gesellschaftsordnung.¹⁶ Mit der Vorstellung eines Rechtsstaates, der sich immerhin nach Art. 1 III GG an die unveräußerlichen Menschenrechte selbst gebunden sieht, sind die Metaphern eines Feindstrafrechts inkommensurabel.

Der auch um die Sicherungsverwahrung kreisenden Feindstrafrechtsdebatte ist allerdings eines zugute zu halten: Wenn das Feindstrafrechtskonzept mit ihr in wissenschaftlich ernstzunehmender Weise – und zumindest insoweit besteht kein Zweifel – verknüpft werden kann, sie aber andererseits als totalitäres Muster zu qualifizieren ist, sind rechtsstaatliche Erosionen in Reichweite.¹⁷ Die Debatte schärft den Blick für das, was im Zusammenhang mit der Sicherungsverwahrung zu leisten ist. Bei Anordnung und Handhabung dieser Maßregel ist ein Höchstmaß an Sensibilität gefordert. Eine besondere Rolle kommt dabei den psychiatrischen Gutachtern zu, weil es in aller Regel von deren Expertisen abhängt, ob in praxi nur der wirklich für die Allgemeinheit fortdauernd gefährliche Täter untergebracht wird.¹⁸ Dem ultima-ratio-Gedanken kann nur eine restriktive Auslegung gerecht werden. Der Rechtsanwender hat für die nachträgliche Sicherungsverwahrung in besonderem Maße im Blick zu behalten, was bereits für die tradierte Sicherungsver-

¹⁵ Vgl. Saliger, JZ 2006, 756, 761 m.w.N.

¹⁶ Den Einwand sieht nun auch Jakobs, HRRS 2006, 289, 290, glaubt ihn aber dadurch entkräften zu können, dass er seine Analyse nur deskriptiv gemeint bezeichnet. Freilich widerspricht er sich noch im selben Absatz, wenn er schreibt, der Staat muss unter den gegenwärtigen Bedingungen „nackt sein“, was hier meint, sich mit einem Feindstrafrecht bewähren; a.a.O. Der Staat muss: damit postuliert Jakobs allemal; auch später: der prinzipielle Gegner *ist* eben anders, als Feind, und nicht als Bürger *zu* behandeln; a.a.O., S. 293, Hervorhebung durch den Verf.; vgl. auch a.a.O., S. 294. Wie hier Malek, HRSS 2006, 316.

¹⁷ Vgl. Albrecht, ZStW 117 (2005), 852, 856.

¹⁸ S. dazu nur Venzlaff, in: Straftäter in der Psychiatrie, hrsg. von Blau u.a., Stuttgart 1984, S. 96; konkret zur nachträglichen Sicherungsverwahrung Schneider, StV 2006, 99ff.

wahrung gilt: Sie ist die allerletzte „Notmaßnahme der Kriminalpolitik“.¹⁹

Menschenrechtswidrig ist sie hingegen nicht. Das wird zwar gelegentlich in Zweifel gezogen. Der Täter werde „weggeschlossen“, er werde unter Verstoß gegen Art. 1 I GG zum Objekt sicherheitsorientierter utilitaristischer Maßnahmen.²⁰ Die soeben skizzierte Diskussion um das Feindstrafrecht scheint hier durch.

Das BVerfG hat indes bislang alle drei Ausprägungen der Sicherungsverwahrung als verfassungsgemäß eingeordnet.²¹ Zwei Urteile waren der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB vorausgegangen. Im Urteil vom 5.2.2004²² wurde die im Rahmen der Reform von 1998 geänderte Regelung des § 67d III StGB, die eine Sicherungsunterbringung auch über einen Zeitraum von zehn Jahren hinaus unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht,²³ für verfassungsgemäß erklärt. Hier bestand anerkanntermaßen eine Sicherheitslücke. Denn trotz eines nicht unerheblichen Rückfallrisikos bei Gewalt- und Sexualstraftätern war nach § 67d I S. 1 StGB a.F. die Dauer einer ersten Sicherungsverwahrung auf 10 Jahre begrenzt. Der konkrete Ablauf war für jeden Betroffenen auf der ersten Seite der Strafakten auf Tag und Stun-

¹⁹ BTDrs. V/4094, 19; BGHSt 30, 220, 222.

²⁰ Vgl. Weichert, StV 1989, 265, 268f.; NK-Pollähne/Böllinger, § 66 Rn. 31 u. 34.

²¹ Die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB ist erstmals in einem Beschluss der 1. Kammer d. 2. Senates des BVerfG überprüft und als verfassungskonform eingestuft worden, Beschluss vom 23.8.2006 – 2 BvR 226/06. Zuvor hatte sich das BVerfG bei der Anordnung einer befristeten Fortgeltung der Landesunterbringungsgesetze mittelbar geäußert und festgestellt (mit 5 zu 3 Stimmen), dass der mit der nachträglichen Unterbringung einhergehende Eingriff in Art. 2 II S. 2 GG in besonderen Ausnahmefällen und bei enger Begrenzung von Voraussetzung und Ausgestaltung „verfassungsrechtlich legitim“ sei, BVerfGE 109, 190, 236. Und später heißt es: „Jedenfalls steht aber ein vom zuständigen Gesetzgeber entwickeltes Konzept nachträglicher Anordnung einer präventiven Verwahrung noch inhaftierter Straftäter bei entsprechend enger Fassung nicht von vornherein unter dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit“, a.a.O., 237.

²² BVerfGE 109, 133.

²³ Gem. Art. 1a III EGStGB gilt dies auch für diejenigen Verurteilten, gegen die zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung die Maßregel vollzogen wurde.

de genau notiert.²⁴ Mit Ablauf der Frist war die Maßregel erledigt. Diese Befristung ist entfallen. Das BVerfG hatte zunächst das Problem der Rückwirkung zu beurteilen; denn nach Art. 1a III EGStGB galt der Fortfall der 10-Jahresfrist bereits für Altfälle. Ein Verstoß gegen Art. 103 II GG hat das BVerfG aber nicht angenommen. Darüber hinaus hat es in einer zeitlich unbegrenzten Sicherungsverwahrung unter Verweis auf das Menschenbild des Grundgesetzes, das von einer Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person ausgehe, keinen Verstoß gegen die Menschenwürde sehen wollen.²⁵ Es wird auf die zur lebenslangen Freiheitsstrafe entwickelten Grundsätze verwiesen. Es sei aber zu beachten, dass die Unterbringung im Rahmen des organisatorisch Möglichen eine Besserstellung im Vergleich zu den Strafgefangenen beinhalte. Im Hinblick auf die Unsicherheit bezüglich der Dauer des Freiheitsentzuges wird auf die regelmäßige Überprüfung der Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung verwiesen, die für den Betroffenen die Chance auf Entlassung bedeute. Staatliche Freiheitsentziehungen ohne eine solche Chance auf Entlassung verstoßen auch nach Ansicht des BVerfG gegen die Menschenwürde.²⁶

Das entspricht der h.M., welche das Konzept der Sicherungsverwahrung mit Art. 1 I GG vereinbar sieht. Dem Staat muss es möglich sein, zur Abwehr dringendster Gefahren für überragend wichtige Rechtsgüter auch schuldlos gelöste Eingriffe in die Freiheitsrechte des Einzelnen vorzusehen.²⁷

Im zweiten Urteil vom 10.2.2004²⁸ befasste sich das BVerfG mit den Straftäterunterbringungsgesetzen der Länder Bayern und Sachsen-Anhalt, die eine nachträgliche Sicherungsverwahrung ermöglichten.²⁹ Es erklärte diese Gesetze für verfassungswidrig, weil Regelungen zur nachträglichen Sicherungsverwahrung zum „Strafrecht“ im Sinne des Art. 74

²⁴ Ullenbruch, NStZ 1998, 326, 327.

²⁵ BVerfGE 109, 133, 151.

²⁶ BVerfGE 45, 187, 229.

²⁷ Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 66 Rn. 1; LK-Hanack, § 66 Rn. 21ff.; Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 39ff.

²⁸ BVerfGE 109, 190.

²⁹ Entsprechende Landesgesetze gab es in Niedersachsen, Nds. GVBl. 25/2003, S. 368; in Thüringen, ThürGVBl. 5/2003, 195 und in Baden-Württemberg, BW GBl. 2001, S. 188, dessen Gesetz als Prototyp gedient hatte, vgl. Rzepka, R&P 2003, 127, 130.

I Nr. 1 GG gehörten und der Bund in diesem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung seine Kompetenz abschließend wahrgenommen habe, so dass es den Ländern an der Kompetenz zum Erlass solcher Regelungen fehlte. Das war völlig zutreffend, ist doch die Straftat auch für die nachträglich zu verhängende Sicherungsverwahrung von außerordentlicher Bedeutung. Ohne Rücksicht auf diese kann keine verantwortbare Gefährlichkeitsprognose erfolgen – unbeschadet weiterer Erkenntnisse während des Strafvollzugs.³⁰ Neben den Persönlichkeitsmerkmalen fließen die Taten des Täters in jede Gefährlichkeitsprognose ein, was erhellt, dass auch die nachfolgende Sicherungsverwahrung eine Folge der Straftat bleibt.

Trotz dieser Verfassungswidrigkeit erklärte das BVerfG die Ländergesetze mit 5:3 Stimmen zunächst nicht für nichtig, sondern beließ es bei einer Gültigkeit bis zum 30.9.2004. Zugleich forderte es den Gesetzgeber mehr oder weniger direkt zu einer gesetzgeberischen Tätigkeit innerhalb dieser Frist auf.³¹ Ein in doppelter Hinsicht höchst befremdlicher Vorgang, der von den abweichenden Richtern nicht zu Unrecht massiv kritisiert wurde,³² weil die von den Landesgesetzen Betroffenen weiterhin in Sicherungsverwahrung verbleiben mussten, ohne dass es für den Freiheitsentzug eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage gegeben hatte. Zum anderen erscheint es nicht unbedenklich, wenn eher fachfremde Richter dem Gesetzgeber mehr oder weniger unverhohlen rechtspolitische Handlungsweisen nahelegen, wobei sie im Wissen handeln, dass im medial und populistisch aufgeladenen Bereich der Sexualdelinquenz solche Ratschläge wie Vorgaben wirken.³³ Die weitere Entwicklung hat diesen unter Gewaltenteilungsaspekten staatstheoretisch heiklen Befund bestätigt. Das Sondervotum der Richter *Broß*, *Osterloh* und *Gerhardt* hält völlig zu Recht deren Kollegen vor, dass sie die Stellung des BVerfG im gewaltenteiligen Gesamtgefüge der Bundesrepublik beschädigt hätten.³⁴ Das ist umso problematischer, weil so die nachträgliche

³⁰ Pjeroth, JZ 2002, 922, 924; unzutreffend Würtenberger/Sydow, NVwZ 2001, 1201, 1203.

³¹ BVerfGE 109, 190, 237.

³² BVerfGE 109, 190, 244.

³³ So auch Hamm, NJW 2004, 1301, 1303; Krüger, NJ 2004, 295, 296. Das zeigen deutlich die Ausführungen von Stoiber, FS Schroeder, S. 3, 6.

³⁴ BVerfG, NJW 2004, 750, 759; Gärditz, NVwZ 2004, 693, 695.

Sicherungsverwahrung vom Bundesgesetzgeber, welcher sich in Zugzwang sah, ohne kriminologische Fundierung und trotz langjährigen Rückganges der Sexualdelinquenz, zumindest der schweren Sexualverbrechen,³⁵ und ohne angemessene parlamentarische Behandlung eingeführt worden ist.³⁶

II. Der Hintergrund der Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung

Dem Tatgericht wie dem das Gericht beratenden psychiatrischen Sachverständigen bereitet in der Praxis regelmäßig die Erstellung der Hangprognose besondere Schwierigkeiten. Kann der Hang bei der Verurteilung nicht mit der erforderlichen Sicherheit prognostiziert werden, muss die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB unterbleiben. Ergaben sich während des Strafvollzugs zureichende Anhaltspunkte, die einen Hang zu gefährlichen Straftaten nunmehr belegten, war nach altem Recht der Täter nach Strafverbüßung gleichwohl zu entlassen. Deshalb wurde im Jahre 2002 das Institut der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung in das StGB aufgenommen.³⁷ § 66a StGB ermöglicht es unter bestimmten Voraussetzungen, gleichzeitig mit Urteilsverkündung den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung auszusprechen. Die Entscheidung über den Vorbehalt, die noch Teil des Erkenntnisverfahrens ist, erfolgt spätestens sechs Monate vor einem möglichen Aussetzungstermin. Vor einer endgültigen Anordnung hat nach § 66a II StGB eine erneute Gesamtwürdigung im Hinblick auf die Gefahr erheblicher Straftaten zu erfolgen, in die neben der Persönlichkeit des Verurteilten und den Tatumständen als weiterer Prognosefaktor auch dessen Entwicklung während des Strafvollzuges einfließen soll. Denkbar wäre, dass sich etwa im Rahmen einer therapeutischen Behandlung neue Erkenntnisse ergeben, die zum Zeitpunkt des Vorbehalts noch nicht bekannt waren. Die Etablierung der nachträglichen Sicherungsverwahrung beruht auf vergleichbaren Überlegungen. Es geht dabei um Täter, bei denen aufgrund einer zu dünnen Informationsbasis über deren Gefährlichkeit in

³⁵ S. dazu nur Rosenau, StV 1999, 388, 389ff. m.w.N.

³⁶ Düx, ZRP 2006, 82, 83; Kreuzer, ZIS 2006, 145f.

³⁷ Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21.8.2002, BGBl. I, 3344.

der Hauptverhandlung die Verhängung der Sicherungsverwahrung oder deren Vorbehalt nicht in Betracht kam, deren Gefährlichkeit sich aber später aufgrund neuer Erkenntnisse während der Haft, u.U. „sogar erst gegen (deren) Ende“³⁸ ergeben hat. Es geht dabei um verschwindend geringe Fallzahlen, genannt werden unter zehn betroffene Inhaftierte jährlich.³⁹ Das scheinen erste Erfahrungen aus der Praxis zu bestätigen.⁴⁰ Freilich darf nicht übersehen werden, das lehrt ein Blick in die Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes in Wiesbaden, dass der Kreis der potentiell Betroffenen nach den Formalkriterien des § 66b StGB um ein Vielfaches größer ist. Errechnen lassen sich etwa 6.000 Strafgefangene jährlich, bei denen der „Anfangsverdacht“ für das neue Institut besteht und die sich daher unter das Damoklesschwert der nachträglichen Verwahrung gestellt sehen müssen.⁴¹ § 66b I StGB erlaubt nun nachträglich, das meint nach rechtskräftiger Verkündung des Urteils, die zeitlich unbegrenzte Sicherungsverwahrung anzuordnen, wenn bei bereits mehrfach verurteilten Tätern eines umfassenden Katalogs von Straftaten vor Strafablauf Tatsachen erkennbar werden, die bei einer Gesamtwürdigung auf eine erhebliche Gefährlichkeit hindeuten. Nach Abs. 2 gilt dies sogar für den Ersttäter einer besonders schweren Anlasstat, die mit einer mindestens fünfjährigen Freiheitsstrafe geahndet wurde. Abs. 3 regelt die nachträgliche Sicherungsverwahrung für den Fall, dass ein vermindert oder nicht schuldfähiger Täter im Maßregelvollzug nach § 63 StGB untergebracht war, die Unterbringung nach § 67d VI StGB für erledigt erklärt wird und ein Rückfall höchstwahrscheinlich ist.

³⁸ BTDrs. 15/2887, S. 1.

³⁹ NK-Böllinger/Pollähne, § 66b Rn. 3; Merk, KritV 2004, 150, 151; entsprechend BGHSt 50, 121, 124.

⁴⁰ Folkers, NStZ 2006, 426, 432.

⁴¹ Kreuzer, ZIS 2006, 145, 151.

III. Zur Kritik an der nachträglichen Sicherungsverwahrung

Große Teile der Literatur stehen der Einführung des § 66b StGB skeptisch bis ablehnend gegenüber. Bedenken bestehen zum einen im Hinblick auf die materielle Verfassungsmäßigkeit des § 66b StGB, zum anderen wird ein Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) angenommen.

1. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

a) Verstoß gegen Art. 103 II GG

Wie beim Wegfall der 10-Jahresfrist der regulären Sicherungsverwahrung auch für Altfälle stellt sich bei § 66b StGB die Frage, ob die Geltung für bereits abgeurteilte Straftäter nicht einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG impliziert. Das BVerfG hat sich in seinem ersten Urteil vom 5.2.2004 eindeutig positioniert und entschieden, dass Art. 103 II GG nicht für Maßregeln der Besserung und Sicherung gilt. Art. 103 II GG setze eine (zumindest auch) dem Schuldgleich dienende „Strafbarkeit“ voraus, das heißt eine Verknüpfung des auferlegten materiellen Übels mit der Missbilligung vorwerfbareren Verhaltens. Das folgt der klassischen Definition von Strafrecht⁴² und ist insofern nicht angreifbar. „Der Anwendungsbereich von Art. 103 II GG ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldgleich dient.“⁴³ Diese Voraussetzungen träfen zwar auf die an eine individuelle Schuld anknüpfende Freiheitsstrafe zu, nicht jedoch auf die präventive Maßnahme einer nachträglichen Sicherungsverwahrung, bei welcher der Grund für deren Verhängung die Gefährlichkeit des Verurteil-

⁴² Vgl. nur LK-Jescheck, Einl. Rn. 23; von Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 19.

⁴³ BVerfGE 109, 133, 167.

ten sei.⁴⁴ Die bloße Anknüpfung an ein rechtswidriges, strafbares Verhalten genügt für die Heranziehung des Art. 103 II GG nicht.⁴⁵

Dem widerspricht *Kreuzer*⁴⁶ unter Verweis auf die zahlreichen funktionalen Gemeinsamkeiten und Überschneidungen von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung: Sie werden im Einzelfall verhängt und vollstreckt, und zwar beide gleichermaßen auch unter general- und individualpräventiven Zielsetzungen, sie knüpfen an Straftaten an, weswegen beide auch auf derselben Strafgesetzgebungskompetenz des Bundes beruhen, der Vollzug geschehe weitgehend übereinstimmend in Strafanstalten. Die „grundlegende Verschiedenheit“, welche das BVerfG sehen will, bezeichnet er als „sophistisches Konstrukt, das die Ausgrenzung vom Schutzbereich des Art. 103 II GG nicht zu rechtfertigen vermag“.⁴⁷

Er schlägt unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten vor, die Anwendung des § 66b StGB auf Altfälle zu begrenzen, da im Übrigen die §§ 66, 66a StGB einen ausreichenden Schutz böten.⁴⁸

Wenn das BVerfG Art. 103 II GG für Maßregeln nicht heranzieht, könnte darin ein Widerspruch zur Zuordnung des Maßregelrechts zum Komplex „Strafrecht“ gesehen werden, mit der die Länderunterbringungsgesetze als kompetenzwidrig für verfassungswidrig erklärt wurden. Was dort Strafrecht sei, müsse auch hier Strafrecht sein. Das verkennt jedoch den unterschiedlichen Bedeutungsgehalt der Kompetenzordnung des GG einerseits und der Justizgrundrechte mit einer freiheitsgewährenden Schutzfunktion andererseits.⁴⁹ Bei Art. 74 GG kommen Entstehungsgeschichte und Staatspraxis besondere Bedeutung zu, die seit jeher

⁴⁴ BVerfGE 109, 133, 172; 1. Kammer d. 2. Senats des BVerfG, Beschluss vom 23.8.2006 – 2 BvR 226/06, unter B. II. So auch BGHSt 50, 121, 130; vgl. Laubenthal, ZStW 116 (2004,) 703, 723. Der Vorwurf, die nachträgliche Sicherungsverwahrung sei nicht mehr schuldadäquat (vgl. Braum, ZRP 2004, 105, 107f.), führt daher gerade nicht zu einem Verstoß gegen Art. 103 II GG, sondern begründet im Gegenteil dessen Nichtanwendung.

⁴⁵ BVerfGE 109, 133, 167.

⁴⁶ Kreuzer, ZStW 116 (2004), 703. ähnlich Baier, JURA 2004, 552, 553.

⁴⁷ Kreuzer, ZIS 2006, 145, 147 f.; ähnlich Mushoff, KritV 2004, 136, 142f.

⁴⁸ Ähnlich - mit anderer verfassungsrechtlicher Fundierung - MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 41.

⁴⁹ BVerfGE 109, 190, 218.

die präventiven Reaktionen aufgrund einer Straftat dem Strafrecht zugewiesen haben.⁵⁰ Der Begriff „Strafrecht“ mag diffus sein und verschiedene Deutungsmöglichkeiten zulassen. Verfassungsgeschichtlich gilt aber auch für Art. 103 II GG, dass die Maßregeln damals der Sicherung und Besserung nicht von der *nulla poena sine lege*-Regel umfasst waren; an diese Sichtweise zu Art. 116 Weimarer Reichsverfassung hat der bundesrepublikanische Verfassungsgeber angeknüpft.⁵¹

Die Bedeutung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot es speist sich aus seiner Reichweite. Es gilt mit besonderer Stringenz, weil jegliche, die Strafbarkeit für die Vergangenheit zu Lasten des Täters abändernde Gesetzgebung nicht nur in den Schutzbereich eingreift, sondern zugleich diese besondere Gewährleistung aufhebe. Es ist zwar bei näherem Hinsehen nicht zutreffend, dass das Rückwirkungsverbot absolute Geltung beanspruchte, auch wenn beim BVerfG selbst vom „absoluten Rückwirkungsverbot“ die Rede ist.⁵² Damit würde sich das BVerfG aber zu seiner eigenen Judikatur in Widerspruch setzen, die bei der Strafbarkeit der „Mauerschützen“ an der innerdeutschen Grenze den Grundsatz aufgrund übergeordneter Überlegungen nicht zur Anwendung gebracht hat.⁵³ Diese Frage kann indes hier dahinstehen,⁵⁴ weil nur entscheidend ist, dass die sehr strikte rechtsstaatliche Verbürgung des *nulla poena*-Grundsatzes gerade aufgrund ihrer Strenge mit einem eher beschränkten Anwendungsbereich korrespondiert. Im Zweifel ist der Umfang des Art.

⁵⁰ BVerfGE 109, 190, 213.

⁵¹ BVerfGE 109, 133, 168 f. mit einer ausführlichen Analyse der Entstehungsgeschichte der Norm.

⁵² BVerfGE 109, 133, 167 u. 168; BVerfGE 95, 96; BGHSt 50, 121, 130. Dem folgt auch, oft ohne Reflexion, die h. M.; vgl. Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, Art. 103 Abs. II Rn. 177 u. 238; Krey, FS Blau, S. 123, 136; BK-Rüping, Art. 103 Abs. 2, Rn. 17; Schlink, FS Podlech, S. 55, 61f.; Dreier, JZ 1997, 421, 432.

⁵³ BVerfGE 95, 96, 132, wo es ausdrücklich heißt, dass bestimmte Umstände „die Einschränkungen des absoluten Rückwirkungsverbot es des Art. 103 Abs. 2 GG von Verfassung wegen zulassen“.

⁵⁴ Ich habe an anderer Stelle versucht zu zeigen, dass das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG gegen andere Verbürgungen von Verfassungsrang einer Abwägung im Sinne der Hesse'schen Konkordanzidee zugänglich ist und daher nicht als Regel, sondern als Prinzip zu verstehen ist; Rosenau, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag, Die

103 II GG also nicht expansiv zu verstehen, was sehr dafür streitet, ihn nur bei Strafrecht im klassisch verstandenen Sinne für einschlägig zu halten. Auf die Maßregeln ist sein Geltungsbereich mithin nicht zu erstrecken.

b) Verstoß gegen Art. 103 III und 104 GG

Mit der Anwendbarkeit des Art. 103 GG steht und fällt auch der Einwand, das aus dem nulla poena-Grundsatz zu folgernde Bestimmtheitsgebot wie der Grundsatz des ne bis in idem des Art. 103 III GG seien verletzt. Das BVerfG hat sich zwar insofern noch nicht positioniert. Es finden sich lediglich Ausführungen dazu, dass die Sicherungsverwahrung „im Rahmen der ursprünglichen Verurteilung neben der Freiheitsstrafe“ verhängt werden kann.⁵⁵ Vor der justizgrundrechtlichen Folie dürfte mit der Einordnung der Sicherungsverwahrung als primäres Mittel der Gefahrenabwehr eine Anwendung des Art. 103 III GG aber nicht zu vereinbaren sein.⁵⁶ Die Argumentation ist übertragbar. Auch das „Bestrafen“ in Art. 103 III GG meint nur die repressive Reaktion auf ein schuldhaftes Vergehen, nicht aber ein präventives, den Schutz der Allgemeinheit in den Vordergrund stellendes und auf Gefahrenabwehr gerichtetes Vorgehen.⁵⁷ Das erscheint zutreffend. Es ist zwar begründbar, die Begrifflichkeit der Kompetenzregeln und der Justizgrundrechte des GG unterschiedlich auszulegen, erscheint aber wenig plausibel, innerhalb

strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze, 2. Aufl. Baden-Baden 1998, S. 239 ff. u. 254 ff. Es geht nicht um die subjektive Vorausschbarkeit und Gewissheit einer strafrechtlichen Sanktion (so aber erneut BVerfGE 109, 133, 171 f.), sondern vielmehr um eine objektiv-rechtliche Verbürgung. Art. 103 II GG will staatlicher Willkür vorbeugen (Schreiber, Gesetz und Staat, Frankfurt am Main 1976, S. 218; Rosenau a.a.O., S. 243f.).

⁵⁵ BVerfGE 55, 28, 30; vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 103 III Rn. 31.

⁵⁶ OLG Brandenburg, NStZ 2006, 183, 184; NStZ 2005, 272, 274. So auch von Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 45. Vgl. auch Laubenthal, ZStW 116 (2004), 703, 750; Veh, NStZ 2005, 307, 308. A.A. Römer, JR 2006, 5; Waterkamp, StV 2004, 267, 270; Kreuzer, ZIS 2006, 145, 148; NK-Böllinger/Pollähne, § 66b Rn. 4.

⁵⁷ Poseck, NJW 2004, 2559, 2561; Veh, NStZ 2005, 307, 308; Passek, GA 2005, 96, 101f.; Peglau, JR 2006, 14, 16; nur als Voraussage auch Hörnle, StV 2006, 383, 386.

derselben Verfassungsnorm zu differenzieren (bei Art. 103 II einerseits, bei Art. 103 III GG andererseits).

Einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG nehmen *Böllinger* und *Pollähne* an.⁵⁸ Das ist zwar in Hinblick auf Art. 103 II GG abzulehnen. Allerdings bleibt der Aspekt der Bestimmtheit nicht ohne Relevanz. Zwar ist nicht entscheidend, dass § 66b StGB kein konkretes Verhalten untersagt. Doch führen die mit § 66b StGB verbundenen Rechtsfolgen des Freiheitsentzuges zu Art. 104 I S. 1 GG, der dem Gesetzgeber vorgibt, mögliche Freiheitsentziehungen mit hinreichend klaren Bestimmungen zu umschreiben, damit Freiheitsentziehungen in berechenbarer und damit kontrollierbarer Weise verhängt werden und letztlich eine Entscheidung des Gesetzgebers bleiben.⁵⁹ Allerdings trägt das Bestimmtheitsgebot weniger Einwände, als gemeinhin angenommen wird. Der geforderte Bestimmtheitsgrad richtet sich nach der jeweils zu regelnden Materie, er wird heute parallel zu Art. 103 II GG gesehen.⁶⁰ Auch dort hat die umfangreiche Rechtsprechung „in ihrer Elastizität“ dem Gesetzgeber praktisch keine wirkliche Schranke gesetzt.⁶¹ Die Bestimmung des § 66b StGB dürfte mit den üblichen Floskeln Bestand haben. Insbesondere die kritisierte allgemeine Verweisung auf § 66 StGB (gemäß § 66b I StGB) ist zwar gesetzestechnisch unsauber, aber aufgrund der umfassenden Regelung wenig angreifbar.⁶²

c) Verstoß gegen das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot aus Art. 2 I i. V.m. Art. 20 III GG

Unter Verweis auf die abweichende Meinung im Urteil vom 10.2.2004 wird von einigen Autoren ein Verstoß des § 66b StGB gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot der Art. 2 I (alternativ: 2 II S. 2) i. V.m. Art. 20 III GG als Ausprägung eines rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes gerügt⁶³ oder zumindest für möglich gehalten.⁶⁴ Im dissenting vote wird

⁵⁸ NK-Böllinger/Pollähne, § 66b Rn. 4.

⁵⁹ BVerfGE 109, 133, 188.

⁶⁰ von Münch/Kunig, Art. 104 Rn. 9f.

⁶¹ von Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 29 m.w.N.

⁶² A.A. Kinzig, NStZ 2004, 655, 657.

⁶³ Kinzig, NStZ 2004, 655, 660; Waterkamp, StV 2004, 267f.; MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 41.

⁶⁴ Braum, ZRP 2004, 105; Kinzig, JZ 2005, 1066, 1068.

vorgebracht, dass die – durch das Urteil ausgesprochene – vorübergehende Weitergeltung der verfassungswidrigen Ländergesetze zur Straftäterunterbringung bereits deswegen verfassungswidrig sei, weil diese gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot verstieße und dieser Verstoß bei einer Weitergeltung der Gesetze fortwirke.⁶⁵ Es wird darauf abgestellt, dass mit dem Ersturteil der Sachverhalt „Straftat“ abgeschlossen sei und an einen solchen abgeschlossenen Sachverhalt später keine weiteren Rechtsfolgen geknüpft werden dürften. Spätestens wenn die Strafe mit Verbüßung erledigt ist, werde mit den Straftäterunterbringungsgesetzen rechtsstaatswidrig nachträglich in bereits abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingegriffen.⁶⁶ Diese Argumentation wollen einige Autoren offenbar auf § 66b StGB übertragen,⁶⁷ zumal das dissenting vote kassandrisch damit endet, der Gesetzgeber werde sich mit der skizzierten Rückwirkungsproblematik auseinandersetzen haben.⁶⁸ Zu beachten ist, dass der Oberbegriff „Rückwirkungsverbot“ hier sehr extensiv angewandt wird. Erfasst werden offenbar zwei Konstellationen: Einerseits könnte § 66b StGB gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot verstoßen, wenn zum Zeitpunkt der Erstverurteilung § 66b StGB noch nicht existierte. Der Sachverhalt „Straftat“ wäre dann mit der Verurteilung abgeschlossen gewesen. Eine später angeordnete Sicherungsverwahrung, die an die Anlasstat anknüpft, könnte eine *echte* Rückwirkung darstellen. Dem widerspricht der BGH mit der plausiblen Überlegung, dass die Sicherungsverwahrung als solche die Rechtsfolge darstellt, die nach § 66 StGB als eingeführte Maßregel der Besserung und Sicherung „bereits zum Zeitpunkt des Strafurteils gegen den Verurteilten hätte ausgesprochen werden können.“⁶⁹ Die Nachträglichkeit dieser Entscheidung, die qua § 66b StGB ermöglicht wird, betrifft lediglich die prozessuale Regelung des Entscheidungszeitpunktes.

⁶⁵ BVerfGE 109, 190, 254.

⁶⁶ BVerfGE 109, 190, 254.

⁶⁷ So z.B. Veh, NStZ 2005, 307, 308.

⁶⁸ BVerfGE 109, 190, 255.

⁶⁹ So dürfte BGHSt 50, 121, 130 zu verstehen sein. Ungeklärt lässt der BGH ein Seitenproblem, das Altfälle umfasst, die nach dem 1998 eingeführten § 66 III StGB nunmehr erstmals die Sicherungsverwahrung überhaupt ermöglichen, a.a.O.

Darüber hinaus wird aber primär die Konstellation problematisiert, bei der zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung § 66b StGB bereits in der Welt ist. Diese Frage steht auch deshalb im Vordergrund, weil in futuro nur sie noch ein rechtsstaatliches Problem darstellen könnte. Wiederum liegt das rückwirkende Element in der „Nachträglichkeit“ der Sicherungsverwahrung. Die Tatsache, dass zum Zeitpunkt der Verurteilung eine nachträgliche Sicherungsverwahrung gerade gesetzlich möglich war, so dass so gesehen der Sachverhalt nicht abgeschlossen war, soll dieser Betrachtungsweise nicht entgegenstehen. Im Grunde läuft sie auf Argumentationsmuster aus dem Grundsatz des *ne bis in idem* und des Verbotes der Rechtskraftdurchbrechung⁷⁰ hinaus, die nun, da die Sicherungsverwahrung nicht unter den Schutzbereich des Art 103 GG fällt, im Gewande des allgemeinen Rückwirkungsverbotes des Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG aufgegriffen werden.

In der Aufsatzliteratur wird der mögliche Verstoß gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot häufig erwähnt, mitunter aber ohne weitere inhaltliche Ausführungen.⁷¹ Folgen weitere Erörterungen, wird ein Verstoß mit dem bei einer nachträglichen Sicherungsverwahrung sehr intensiven Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen begründet, der unter Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes unverhältnismäßig sei.⁷² Es werde mit der „isolierten“ nachträglichen Sicherungsverwahrung nachträglich ändernd in bereits abgewickelte, vergangene Tatbestände eingegriffen.⁷³

Explizit gegen einen Verstoß des Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung spricht sich *Veh* aus.⁷⁴ Zutreffend wird erkannt, dass sich das Rückwirkungsproblem als sog. *tatbestandliche Rückanknüpfung*, nicht als eine echte Rückwirkung stellt.⁷⁵ Die abweichende Meinung aus dem 1. Urteil des BVerfG stellt bei ihrem Verdikt

⁷⁰ Vgl. MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 38ff.; ohne weitere Ausführung auch Kreuzer, ZIS 2006, 145, 148.

⁷¹ So z.B. Braum, ZRP 2004, 105.

⁷² Waterkamp, StV 2004, 267, 268f.; kritisch auch Jansing, Nachträgliche Sicherungsverwahrung, Münster 2004, S. 477.

⁷³ Kinzig, NStZ 2004, 655, 660.

⁷⁴ Veh, NStZ 2005, 307, 308.

⁷⁵ So auch OLG Brandenburg, NStZ 2005, 272, 274; 1. Kammer d. 2. Senats des BVerfG, Beschluss vom 23.8.2006 – 2 BvR 226/06, unter B. II.2.

gegen die Länderunterbringungsgesetze darauf ab, dass die Betroffenen ihre Strafen verbüßt haben bzw. freiheitsentziehende Maßregeln erledigt sind. Beides ist im Falle des § 66b StGB aber gerade nicht der Fall. Die Strafe ist noch nicht verbüßt. Die Entscheidung über die nachträgliche Sicherungsverwahrung hat noch während laufender Strafhaft zu erfolgen. Schon aus dem Wortlaut des § 66b I StGB ergibt sich, dass die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung ausgeschlossen ist, wenn sich der Betroffene nach Vollverbüßung seiner Strafe wieder in Freiheit befindet.⁷⁶ Deswegen hat die Staatsanwaltschaft spätestens sechs Monate vor dem Vollzugsende der Freiheitsstrafe oder der freiheitsentziehenden Maßregel ihren obligatorischen Antrag zu stellen (§ 275 a I S. 3 StPO).⁷⁷ Der Tatbestand, an den die Sicherungsverwahrung als Maßregel anknüpft, ist nicht bereits mit der Verurteilung, sondern erst mit Beendigung des Vollzugs abgeschlossen. Denn die Sicherungsverwahrung ist nicht Reaktion allein auf die Tat, sondern hat im Wege einer Gesamtabwägung, der späteren Feststellung eines Hanges zu schweren Verbrechen etc. an weitere Umstände anzuknüpfen.

Die rückwirkende Anknüpfung an schon einmal beurteilte Tatbestände ist gerade mit der Folge der Sicherungsverwahrung an erhebliche Eingriffe in die Rechte der Betroffenen geknüpft. Besonders schwer wiegt der Umstand, dass die Inhaftierten bis zum Verfahren über die Verhängung der nachträglichen Verwahrung über ihr Schicksal im Unklaren gelassen werden. Das darf nicht ohne zwingende Gründe geschehen.⁷⁸ Der mit dem Strafurteil gesetzte Vertrauenstatbestand, an sich nach Haftverbüßung in Freiheit entlassen zu werden, darf daher nur bei überragenden Interessen der Allgemeinheit aufgehoben werden, weil die Verlässlichkeit der Rechtsordnung Strukturbedingung jeder freiheitlichen Staatsverfassung ist.⁷⁹ Das Allgemeinwohlinteresse ist gegen das auch vom BVerfG als schutzwürdig angesehene Vertrauen der Inhaftierten⁸⁰ abzuwägen.

⁷⁶ MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 63. Daher bedenklich die Ausweitung in BGHSt 50, 180, 182 ff..

⁷⁷ Dass dieser enge Zeitrahmen die Vollstreckungsbehörden vor besondere Herausforderungen stellt, steht auf einem anderen Blatt, Wagner, Rpfleger 2004, 665, 668.

⁷⁸ BVerfGE 86, 288, 327.

⁷⁹ BGHSt 50, 284, 290.

⁸⁰ BVerfGE 109, 133, 186.

Dabei ist im Hinblick auf die Eingriffsintensität ein strenger Maßstab anzulegen. Denn die Gesellschaft sieht sich keinem Feinde gegenüber, sondern einem Bürger, dessen Bürgerrechte, was meint, dessen Grundrechte zu achten sie sich auf ihre Fahnen geschrieben hat.

Zwar lassen sich die Grenzüberschreitungen vom Bürgerrecht zum verfassungswidrigen Feindstrafrecht regelmäßig nur am Einzelfall aufzeigen. Einzelne Forderungen können aber abstrakt aufgestellt werden:

Die nachträgliche Sicherungsverwahrung baut auf einer Prognose über die besondere Gefährlichkeit des Täters auf. Prognoseentscheidungen bergen stets das Risiko der Fehlprognose, so dass immer die Gefahr besteht, dass ein Straftäter mitunter zu Unrecht jahrelang untergebracht wird (wenn der Fehler nicht aufgedeckt wird und sich bei den regelmäßigen Überprüfungen fortsetzt). Das BVerfG hat dieses Problem gesehen, aber zu Recht auch festgehalten, dass Prognoseentscheidungen unumgänglich sind.⁸¹ Es sind aber Verfahrungsicherungen vorzusehen, die das Fehlurteilsrisiko minimieren können. Über die vom Gesetzgeber bereits vorgesehene doppelte Begutachtung (§ 275a IV S. 2 StPO) und den Ausschluss von Sachverständigen aus der Vollzugsanstalt hinaus wird auch regelmäßig zu verlangen sein, dass beide Sachverständige bislang nicht mit dem Betroffenen befasst waren, weil nur auf diese Weise ein völlig unbeeinflusstes Urteil möglich ist. Die Gutachten sind *lege artis* zu erstatten, haben also die anerkannten Qualitätskriterien der forensisch-psychiatrischen Wissenschaft zu beachten, was richterlich zu kontrollieren ist.⁸²

Die Prognosesicherheit, die § 66b I StGB mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ umschreibt, ist auf eine Stufe zu stellen, die vergleichbar beim dringenden Tatverdacht verlangt wird. Der vom BGH entschiedene Fall, bei dem das Rückfallrisiko bei über 50 % lag,⁸³ und der dem Verdachtsgrad eines schlichten hinreichenden Tatverdachtens entspräche, wird den hohen Anforderungen in keiner Weise gerecht. Zutreffend hat der BGH geurteilt, dass eine solch abstrakte, auf statistischer Wahrscheinlichkeit

⁸¹ BVerfGE 109, 133, 158 m.w.N.; vgl. MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 28.

⁸² Vgl. BVerfGE 109, 133, 164. Zu weiteren verfahrensrechtlichen Garantien s. BGHSt 50, 284, 290f.

⁸³ Vgl. BGHSt 50, 121, 124.

beruhende Prognoseentscheidung für die Feststellung der Gefährlichkeit unzureichend ist.⁸⁴

Besondere Zweifel bestehen, soweit nach § 66b II StGB eine einzige Vorverurteilung für die Verhängung der nachträglichen Sicherungsverwahrung ausreichen soll. Entsprechende Bedenken sind bereits in Bezug auf § 66 III StGB artikuliert worden. Zu Recht wird eingewandt, dass die Basis für die ausreichend sichere Feststellung eines Hanges bei lediglich einer Vortat viel zu schmal ist. Das prekäre Prognoseverfahren wird zur praktischen Unmöglichkeit, wenn aufgrund einer einzigen Vorverurteilung die Hangtäterprognose gestellt werden soll, weil die Längsschnittperspektive in diesen Fällen ganz fehlt.⁸⁵ Allenfalls in absoluten Ausnahmefällen wird sich der Hang zum schweren Verbrechen bereits aus einer einzigen Straftat ergeben können, etwa bei grauenvoll sadistischen Taten wie im Fall *Bartsch*⁸⁶ oder vergleichbar schweren sexuellen Perversionen. Deshalb dürfte die Regelung des § 66b II StGB auch nicht von vornherein verfassungswidrig sein. Allerdings muss eine verfassungskonforme Auslegung bzw. Handhabung der Bestimmung zu einer praktischen Nichtanwendung führen.

Vom Hang ist in § 66b StGB keine Rede. Darauf hat der Gesetzgeber verzichten wollen, weil – so der Regierungsentwurf – sich dieser mit dem Vollzugsverhalten angesichts der künstlichen Bedingungen im Strafvollzug nicht mit der soeben geforderten Sicherheit nachweisen lasse.⁸⁷ Entsprechend ist schon bei der Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB argumentiert worden: Für den Hang ergeben sich im künstlichen Lebensraum des Vollzugs keine neuen Anhaltspunkte wie Sozialisation, kriminelle Karriere oder Sozialverhalten.⁸⁸ Das ist schon in sich fragwürdig, im Hinblick auf die rechtsstaatlichen Überlegungen aber nicht akzeptabel. Auf das Hangmerkmal kann als zusätzliches Regulativ nicht verzichtet werden. Denn nur auf diese Weise besteht ansatzweise die gesicherte Gewähr dafür, dass nur schwerwiegende und einzelne Fälle in die nachträgliche Sicherungsverwahrung gera-

⁸⁴ BGHSt 50, 121, 130f.

⁸⁵ Schöch, NStZ 2000, 138, 139; Streng, FS Bemann, S. 443, 458.

⁸⁶ BGHSt 23, 176, 188f.

⁸⁷ BTDrs. 15/2887, 13.

⁸⁸ BTDrs. 14/8586, 7.

ten. Es kann auch unter Rückwirkungsgesichtspunkten nicht zweierlei Arten von Sicherungsverwahrung geben:⁸⁹ diejenige nach § 66 StGB für Hangtäter und diejenige nach § 66b StGB für Täter ohne Hang; denn dann steckte in § 66b StGB eine echte Rückwirkung. Die Rechtsprechung des BGH hat die richtigen Konsequenzen gezogen und verlangt für die Verwahrungstrias insgesamt die Feststellung des Hanges. Er begründet das zudem mit dem Wortlaut der Normen: Der vom Gesetzgeber gewollte Verzicht auf den Hang in den §§ 66a und 66b StGB hat sich dort nicht niedergeschlagen. Insgesamt wird auf § 66 StGB und damit auf alle dessen Voraussetzungen einschließlich des Merkmals des Hanges verwiesen.⁹⁰ Eine andere Auslegung wäre auch nicht verfassungskonform.⁹¹

Eine schlichte Gleichsetzung der nachträglichen Sicherungsverwahrung mit den Kautelen der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB würde aber dem besonderen Vertrauensschutz der Betroffenen nicht gerecht. Das zeigt sich schon in den höheren verfahrenstechnischen Absicherungen des § 275a StPO. Darüber hinaus ist es angebracht, eine Regelungstechnik heranzuziehen, die der Gesetzgeber mit der Aufhebung der 10-Jahresfrist in § 67 III StGB n.F. verbunden hat. Er hat das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt und die Erledigungserklärung nach 10 Jahren als Regel, die Fortsetzung der Verwahrung als Ausnahme statuiert.⁹² Die Voraussetzungen für die Fortsetzung sind enger gefasst als für die Verhängung der Sicherungsverwahrung. Dieser Gedanke ist bei verfassungskonformer Auslegung auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung zu übertragen, die auch vom Gesetzgeber als Ausnahme, nämlich nur für wenige Ausnahmefälle, verstanden wird.⁹³ Die Entlassung aus der Haft nach Voll- oder Teilverbüßung muss die Regel sein, die Anwendung des

⁸⁹ Vgl. Peglau, JR 2002, 449, 452 zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung.

⁹⁰ BGHSt 50, 121, 132.

⁹¹ Für § 66b II StGB a.A. die 1. Kammer d. 2. Senats des BVerfG, Beschluss vom 23.8.06 – 2 BvR 226/06, unter B. II.3.b), wobei sich im Einzelfall gleichwohl ein Hangerfordernis stellen können. Eine Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung sehen NK-Böllinger/Pollähne, § 66b Rn. 12; Römer, JR 2006, 5, 6.

⁹² Vgl. dazu Boetticher, NStZ 2005, 417, 419.

⁹³ So auch BGHSt 50, 284, 296.

§ 66b StGB hat die Ausnahme zu bilden.⁹⁴ Beherzigen Sachverständige bei ihren Gutachten und die Gerichte bei ihrer Subsumtion diesen Gesichtspunkt, dürfte sich die Anwendung des § 66b StGB in rechtsstaatlich erträglichem Rahmen halten lassen.

2. Vereinbarkeit mit der EMRK

Immer wieder wird Art. 5 I S. 2 EMRK angesprochen, der einen abschließenden Katalog einzelner Eingriffstatbestände enthält, nach denen eine Freiheitsentziehung zulässig ist. Fraglich ist, ob die nachträgliche Sicherungsverwahrung von diesem Katalog erfasst wird. In der Literatur wird dies entweder verneint⁹⁵ oder zumindest bezweifelt⁹⁶; ausdrücklich von einer Vereinbarkeit des § 66b StGB mit der EMRK geht im Hinblick auf die bisherige Spruchpraxis des EGMR soweit ersichtlich – außer *Frommel*⁹⁷ und *Hörnle*⁹⁸ – niemand aus.

Den Status der EMRK bestimmt grundsätzlich das nationale Recht; denn völkerrechtlich sind den Regeln der EMRK nur die Staaten als solche verpflichtet (Art. 1 EMRK). Da Deutschland im Gegensatz zu anderen Staaten die EMRK lediglich in den Rang eines einfachen Bundesgesetzes erhoben hat,⁹⁹ mutet die Annahme eines Verstoßes des § 66b StGB gegen Art. 5 EMRK seltsam an. Es müsste nämlich konsequenterweise der Grundsatz gelten: *lex posterior derogat legi priori*,¹⁰⁰ was zur Folge hätte, dass der später eingeführte § 66b StGB eine entgegenstehende

⁹⁴ In diesem Sinne auch Rissing-van Saan, FS Nehm, S. 191, 204.

⁹⁵ Renzikowski, JR 2004, 271; Römer, JR 2006, 5, 6; Albrecht, FS Schwind, S. 191, 204; MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 52, allerdings unter der missverständlichen Einordnung „EU-Recht“; dslb., NJW 2006, 1377, 1378.

⁹⁶ Baier, JURA 2004, 552, 558; Kinzig, NStZ 2004, 655, 659; Kreuzer ZIS 2006, 145, 148; Laubenthal, ZStW 116 (2004), 703, 750.

⁹⁷ Frommel, KJ 2004, 81, 83, allerdings mit dem einzigen – und dogmatisch fragwürdigen – Argument, dass § 66b StGB „sinnvoll“ sei. Kritisch gegen die h.L. auch Passek, GA 2005, 96, 103f.

⁹⁸ Hörnle, StV 2006, 383, 386.

⁹⁹ Ganz h.M., vgl. nur BVerfGE 111, 307, 315.

¹⁰⁰ Ambos, Internationales Strafrecht, München 2005, S. 330; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2005, S. 142.

Regelung aus der EMRK, in Deutschland ratifiziert am 5.12.1952,¹⁰¹ aufgehoben hätte. Einer solch unbefriedigend empfundenen Folge – immerhin würde sich Deutschland u.U. aus dem Gleichklang europäischer Menschenrechtsverbürgungen ausklinken¹⁰² – entzieht sich die h.M. durch ein juristisches Konstrukt. Sämtliche Gesetze, auch die der EMRK nachfolgenden, sind konventionskonform auszulegen. Dies wird mit der völkerrechtlichen Verantwortung Deutschlands begründet, die sich in Art. 1 II GG (Schutz auch der internationalen Menschenrechte) und Art. 59 II GG (völkerrechtliche Verpflichtungsmöglichkeiten) niederschlägt.¹⁰³ Damit ist § 66b StGB an Art. 5 I S. 2 EMRK zu messen. In Betracht ist vor allem Art. 5 I 2 lit. c) EMRK zu ziehen, der in engen Grenzen beim Verdacht einer unmittelbar bevorstehenden und konkret bestimmten strafbaren Handlung eine Präventivhaft ermöglicht. Auf den ersten Blick scheinen diese Voraussetzungen die nachträgliche Sicherungsverwahrung zuzulassen.¹⁰⁴ Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass der EGMR in Straßburg diesen Ausnahmetatbestand eng dahingehend auslegt, dass er ausschließlich der Vorführung vor ein Gericht diene und somit das Ziel der Sicherung einer strafrechtlichen Untersuchung wegen einer begangenen Straftat verfolge.¹⁰⁵ Jedenfalls legt ein Urteil des EGMR in der Sache Jecius v. Litauen diese Auslegung nahe,¹⁰⁶ so dass

¹⁰¹ BGBl. II, 685, 953.

¹⁰² Der Entwurf eines europäischen Verfassungsvertrages sieht sogar in Art. I-9 II einen Beitritt der EU zur EMRK vor.

¹⁰³ BVerfGE 111, 307, 329.

¹⁰⁴ Würtemberger/Sydow, NVwZ 2001, 1201, 1204. Vgl. auch Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. Kehl u.a., Art. 5 Rn. 81; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. München 2005, S. 157.

¹⁰⁵ Vgl. Renzikowski, JR 2004, 271, 273; Römer, JR 2006, 5, 6; Reindl, Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention, Wien 1997, S. 54.

¹⁰⁶ Urteil vom 31.7.2000, 34578/97, Ziff. 50: „The Court observes that a person may be deprived of his liberty only for the purposes specified in Article 5 § 1. A person may be detained within the meaning of Article 5 § 1 (c) only in the context of criminal proceedings, for the purpose of bringing him before the competent legal authority on suspicion of his having committed an offence...”

eine Subsumtion der nachträglichen Sicherungsverwahrung unter lit. c) nicht möglich wäre.¹⁰⁷

Art. 5 I S. 2 lit. a) soll deswegen ausscheiden, weil die nachträgliche Sicherungsverwahrung keine Sanktion für eine begangene Straftat darstellt, sondern der Gefährlichkeit des Verurteilten präventiv begegnen will.¹⁰⁸ Der EGMR verlange aber eine finale Verknüpfung von Strafurteil und Haft. Allerdings lassen sich auch Judikate ausmachen, bei denen dieses Erfordernis, das dabei auch nur mit „sufficient causal connection“ umschrieben wird und daher dehnbar verstanden werden kann, weniger streng gehandhabt wird.¹⁰⁹

Insgesamt kranken die plausibel erscheinenden Monita an dem Umstand, dass die EMRK mit einem deutschen Begriffsverständnis betrachtet wird. Das ist aber verfehlt; denn als völkerrechtlicher Vertrag ist die EMRK nur mit ihren eigenen Auslegungsregeln zu verstehen, wobei von einem übernationalen Verständnis der einzelnen Tatbestandsmerkmale auszugehen ist, welches in wertender Rechtsvergleichung zu ermitteln ist. Der Rechtsanwender hat also zu eruieren, was europaweit als „rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“ verstanden wird.¹¹⁰ Dabei ergibt sich für die Sicherungsverwahrung ein überraschendes Bild. Bewertet man sie nach ihren Funktionen, so wie es die rechtsvergleichende Methodenlehre lehrt,¹¹¹ ergeben sich frappante Übereinstimmungen zur englischen „Two-Strikes“-Gesetzgebung. Um schwere Sexualtäter nicht nur wirkungsvoll zu bestrafen, sondern auch an der Begehung weiterer Taten zu hindern, ist seit dem 1.10.1997 eine lebenslange Freiheitsstrafe automatisch zu ver-

¹⁰⁷ Pieroth, JZ 2002, 922, 927; Hanack, FS Rieß, S. 709, 717; Rzepka, R&P 2003, 191, 209; LR-Gollwitzer, Art. 5 MRK Rn. 70.

¹⁰⁸ Renzikowski, JR 2004, 271, 272; MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 51; Römer, JR 2006, 5, 6.

¹⁰⁹ Vgl. Renzikowski, JR 2004, 271, 272, dem auch das Zitat entnommen wurde. Wie hier Hörnle, StV 2006, 383, 386.

¹¹⁰ Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, S. 19f.

¹¹¹ S. nur Rabel, in: Gesammelte Aufsätze, Bd. III, hrsg. von Leser, Tübingen 1967, S. 1, 5; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen 1996, S. 1, 2.

hängen, wenn ein über 21-jähriger Angeklagter zum zweiten Mal eine schwere Straftat begeht. Dabei handelt es sich funktional um Sicherungsvorschriften,¹¹² welche die formell in Großbritannien abgeschaffte Sicherungsverwahrung ersetzen. Dass die Regelung des Crime (Sentences) Act in Großbritannien mit Art. 5 I S. 2 lit. a) in Einklang steht, dürfte nicht zu bezweifeln sein. Dann müsste aber auch eine funktional identische Norm wie die nachträgliche Sicherungsverwahrung vor der EMRK Bestand haben.¹¹³

IV. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung in der gerichtlichen Anwendung

Mustert man die bisherigen Entscheidungen zu § 66b StGB durch, wird sich das vorläufige Fazit ziehen lassen, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung die Bewährungsprobe für den Rechtsstaat¹¹⁴ bislang bestanden hat bzw. richtiger, dass der BGH der an ihn nolens volens gestellten Bewährungsprobe weitgehend gerecht geworden ist und zweifelhafte Entwicklungen der Untergerichte rechtzeitig korrigiert hat.¹¹⁵ Dies kann an dieser Stelle nur beispielhaft gezeigt werden.

1. Nachträgliche Tatsachen

§ 66b StGB verlangt, dass „vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar werden, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen“. Eine gesetzliche Definition dieser später erkennbaren rechtlichen Tatsachen enthält das Gesetz nicht. Damit soll klargestellt werden, dass „monokausale Erklärungs-

¹¹² Kreuzer, ZIS 2006, 145; Rosenau, StV 1999, 388, 392.

¹¹³ So auch – ohne Begründung – BGHSt 50, 373, 377 f.

¹¹⁴ Nach dem Titel eines Beitrags von Rissing-van Saan, FS Nehm, S. 191ff.

¹¹⁵ Zur restriktiven Rechtsprechung s. auch Blau, FS Schwind, S. 525, 531. S. etwa BGHSt 50, 284, 299, wo der Strafsenat durchentschieden und ohne Rückverweisung von sich aus auf den Wegfall der angeordneten nachträglichen Sicherungsverwahrung erkannt hat. Verfehlt ist die Ausweitungstendenz, wie sie in BGHSt 50, 180 deutlich wird.

muster fehl am Platz sind“.¹¹⁶ Als Beispiel für neue Tatsachen nennt der Gesetzesentwurf: „wiederholt verbal-aggressive Angriffe auf Bedienstete der Justizvollzugsanstalt“, „die Drohung des Verurteilten, nach der Entlassung weitere Straftaten zu begehen, die Begehung einer erneuten Straftat während des Vollzugs der Freiheitsstrafe oder intensive Kontakte zu einem gewaltbereiten Milieu aus der Haft heraus“.¹¹⁷ Hieraus wird gefolgert, dass eine gewisse Erheblichkeit der Tatsachen erforderlich sei.¹¹⁸

§ 66b StGB verlangt, dass nach der Erstverurteilung neue für die Gefährlichkeitsprognose relevante Tatsachen erkennbar werden. Es stellt sich die Frage, ob hierunter nur solche Tatsachen fallen sollen, die nach der Erstverurteilung neu entstanden sind oder auch solche, die zwar zum Zeitpunkt der Erstverurteilung bereits bestanden, aber noch nicht erkennbar waren. Die bisher hierzu ergangene Rechtsprechung verlangt Letzteres. § 66b StGB soll nur solche Tatsachen erfassen, die erst nach der letzten Tatsachenverhandlung und vor Ende des Vollzugs erkennbar wurden.¹¹⁹ Insoweit sei das Gemeinwohlinteresse als vorrangig vor dem Freiheitsgrundrecht des Verurteilten zu betrachten.¹²⁰ Teils wird ergänzend darauf hingewiesen, dass nicht stets die letzte Tatsachenentscheidung bei der Anlassverurteilung maßgeblich ist, sondern bei weiteren Verurteilungen die letzte Tatsachenverhandlung, in der eine Entscheidung über die primäre Anordnung von Sicherungsverwahrung hätte erfolgen können.¹²¹

Für die Frage, ob auf § 66b StGB auch dann zurückgegriffen werden kann, wenn die die Gefährlichkeit begründenden Fakten bereits zum Zeitpunkt der Erstverurteilung vorlagen, in dieser aber gerade keine

¹¹⁶ BGH, NJW 2005, 2022, 2023 unter Berufung auf BTDRs. 15/2887, 12.

¹¹⁷ BTDRs. 15/2887, S. 12.

¹¹⁸ BGHSt 50, 121, 125; BGHSt 50, 275, 278; MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 66.

¹¹⁹ BGHSt 50, 121, 125; BGHSt 50, 180; BGH, NStZ 2006, 276, 277; BGHSt 50, 373, 379; OLG Rostock, StV 2005, 279f.; OLG Koblenz, NStZ 2005, 97, 99; OLG Brandenburg, NStZ 2005, 272.

¹²⁰ BGHSt 50, 121, 124.

¹²¹ BGHSt 50, 373, 379 f.; OLG Frankfurt a.M.; NStZ-RR 2005, 106; a.A.: OLG Brandenburg, NStZ 2005, 272, 275; Veh, NStZ 2005, 307, 309ff.

(vorbehaltene) Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB (bzw § 66a StGB) ausgesprochen wurde, sind grundsätzlich zwei Konstellationen zu unterscheiden. Einerseits ist es möglich, dass die entsprechenden Tatsachen bei der Verurteilung bereits vorlagen, das Erstgericht diese aber nicht ermittelt oder beachtet hat. Andererseits ist es aber auch denkbar, dass zum Zeitpunkt der Erstverurteilung zwar bereits alle die Gefährlichkeit begründenden Fakten vorlagen, diese aber aufgrund von fehlenden rechtlichen Möglichkeiten nicht zu einer Anordnung der Sicherungsverwahrung führten.

Bestanden die Anknüpfungstatsachen im Ersturteil schon, wurden diese jedoch nicht ermittelt oder beachtet, läuft eine spätere Anordnung nach § 66b StGB auf eine Korrektur des fehlerhaften Ersturteils im Nachverfahren hinaus.¹²² Eine solche Vorgehensweise stellte nicht nur einen Systembruch dar, nämlich eine Wiederaufnahme zu Lasten Verurteilter.¹²³ Sie würde den gebotenen Vertrauensschutz auch unterminieren, weil die rückwirkende Wirkung steigt, je weniger an neue Sachverhalte angeknüpft werden kann und je mehr eine Anordnung sich auf eine vollständig abgeurteilte Tat stützen müsste. Die Rechtsprechung hat daher den Weg einer restriktiven Auslegung eingeschlagen. Umstände, die für den ersten Tatrichter erkennbar gewesen sind, stellen demnach keine neuen Tatsachen i.S.d. § 66b StGB dar; Rechtsfehler im Ersturteil dürfen nicht unter Zuhilfenahme von § 66b StGB korrigiert werden.¹²⁴ Bereits im Ersturteil „erkennbar“ in diesem Sinne sind auch solche Umstände, die ein Tatrichter nach Maßstab des § 244 II StPO für die Frage der Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme hätte aufklären müssen.¹²⁵ Im Ergebnis heißt das, dass nur Umstände, die zwar möglicherweise bei der Erstverurteilung schon vorlagen, aber noch nicht erkennbar waren, eine Anordnung nach § 66b StGB begründen können, nicht jedoch solche, die schon dem Erstgericht bekannt waren oder hätten bekannt sein

¹²² Kreuzer, ZIS 2006, 145, 149.

¹²³ Kreuzer, ZIS 2006, 145, 149.

¹²⁴ BGHSt 50, 121, 126; BGHSt 50, 275, 278; BGHSt 50, 180; BGHSt 50, 284, 297; BGHSt 50, 373, 379; 1. Kammer d. 2. Senats des BVerfG, Beschluss vom 23.8.2006 – 2 BvR 226/06, unter B. II.3.a).

¹²⁵ BGHSt 50, 373, 379.

müssen.¹²⁶ § 66b StGB ist sogar dann gesperrt, wenn nach der Erstverurteilung ein anderes Tatgericht trotz offensichtlichen Vorliegens der Voraussetzungen des § 66 StGB zwar eine Strafe, aber keine Sicherungsverwahrung verhängt hat. Auch hier würde eine Anwendung des § 66b StGB letztlich eine unstatthafte Korrektur eines fehlerhaften Urteils zur Folge haben, wenn auch des Urteils eines anderen Gerichts.¹²⁷

Diskutiert wird, ob auch eine Veränderung der Rechtslage eine Tatsache im Sinne des § 66b StGB ist, auch wenn ansonsten keinerlei tatsächliche Veränderungen in der Person des Verurteilten vorliegen, seine Gefährlichkeit also bereits bei der Erstverurteilung erkennbar war. Dies ist z.B. bei noch nach dem Strafrecht der DDR wie auch bei vor der Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 66 III StGB Verurteilten möglich.¹²⁸

Zutreffend ist die Ansicht, die eine bloße Rechtsänderung nicht genügen lässt.¹²⁹ Zwischen Recht und Tatsache differenziert die deutsche Rechtsordnung gesetzesübergreifend, so dass der BGH schlicht auf den Wortlaut des § 66b II StGB verweisen musste.¹³⁰

2. Therapieunwilligkeit als erhebliche Tatsache

Übereinstimmung besteht, dass die Tatsachen von einer gewissen Erheblichkeit sein müssen. Die Frage der Erheblichkeit der „neuen Tatsache“ ist eine Rechtsfrage, die vom Gericht in eigener Verantwortung ohne Bindung an die Auffassung der gehörten Sachverständigen zu beantworten ist.¹³¹

Konkret diskutiert wird im Hinblick auf die Erheblichkeit insbesondere der Themenkomplex Therapieunwilligkeit bzw. -abbruch. Der 1. Senat des BGH hat in seinem Urteil vom 11.5.2005¹³² festgestellt, dass ein Therapieabbruch zunächst nur eine für die Einleitung des Verfahrens

¹²⁶ Kreuzer, ZIS 2006, 145, 149.

¹²⁷ BGHSt 50, 373, 379; a.A. OLG Brandenburg, NStZ 2005, 272.

¹²⁸ Vgl. Veh, NStZ 2005, 307.

¹²⁹ OLG Koblenz, NStZ 2005, 97, 100.

¹³⁰ BGHSt 50, 284, 296; a.A. Veh, NStZ 2005, 307ff.

¹³¹ BGHSt 50, 275.

¹³² BGHSt 50, 21; ihm folgt MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 69.

nach § 66b StGB ausreichende neue Tatsache ist. Zu beachten ist allerdings, dass der Therapieabbruch für sich alleine nicht für eine Gefährlichkeitsprognose ausreicht. Vielmehr müsse eine Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs erfolgen.¹³³ Eine Übergewichtung des Vollzugsverhaltens müsse vermieden werden, dies ergäbe sich bereits aus der Tatsache, dass Gefangene im Strafvollzug gem. § 4 I StVollzG nicht zur Behandlung gezwungen werden dürfen. Eine zu starke Gewichtung des Vollzugsverhaltens würde letztlich dazu führen, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung eine unverhältnismäßige Sanktion für fehlendes Wohlverhalten im Vollzug wäre. Außerdem kann nur aus dem Vollzugsverhalten nicht auf die Gefährlichkeit des Verurteilten in Freiheit geschlossen werden.¹³⁴ Der BGH beruft sich bei diesen Ausführungen explizit auf das BVerfG-Urteil vom 10.2.2004¹³⁵ wie auch auf die Gesetzesbegründung¹³⁶.

In späteren Urteilen stellt der BGH fest, dass „neue Tatsachen“ nur solche sind, die schon für sich gesehen von besonderem prognoserelevanten Gewicht sind.¹³⁷ Verbal-aggressive Angriffe während des Vollzugs stellen nur dann erhebliche neue Tatsachen dar, wenn sie für sich genommen oder in ihrer Gesamtheit auf eine Bereitschaft des Verurteilten hinweisen, schwere Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer zu begehen.¹³⁸ Mit Streng ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Berücksichtigung solcher Verhaltensweisen höchst problematisch ist, da diese quasi „Normalerscheinungen“ eines stressbedingten Gefangenenerhaltens seien und sich aus der Sondersituation des Strafvollzugs erklären.¹³⁹ So war es im Fall, der dem Beschluss der 1. Kammer des 2. Senats des BVerfG zugrunde lag. Dort hatte das LG München I, bestätigt durch den 1.

¹³³ 1. Kammer d. 2. Senats des BVerfG, Beschluss vom 23.8.2006 – 2 BvR 226/06, unter B. II.3.d).

¹³⁴ BGHSt 50, 121, 126 f.

¹³⁵ BVerfGE 109, 190.

¹³⁶ BTDRs. 15/2887, S. 13.

¹³⁷ BGHSt 50, 373, 378; BGHSt 50, 284, 297.

¹³⁸ BGHSt 50, 284; BGH, NJW 2006, 1446, 1448.

¹³⁹ Streng, StV 2006, 92, 93; s. auch Richter, ZfStrVo 2003, 201, 202.

Strafsenat des BGH,¹⁴⁰ aus vollzugstypischem Fehlverhalten die nachträgliche Gefährlichkeit des Delinquenten konstruiert. Dieser, suchtkrank, hatte zwei Mal Rasierklingen unter dem Tisch seines Haftraumes angebracht, einen Mitinsassen, der ihn beleidigt hatte, zu Boden gestoßen und nach dem Widerruf von Vollzugslockerungen auf eine Grünpflanze eingeschlagen. Dass die letzte Unmutsäußerung als Teilindiz für eine erhebliche Gefährlichkeit für bedeutende Rechtsgüter stehen soll, mutete nicht nur dem BVerfG eigentümlich an. Insgesamt hat es zu Recht moniert, dass sich aus dem genannten Verhalten nach validen, überprüfbaren Kriterien kein Hinweis auf das Gefährdungspotential eines Gefangenen ergibt.¹⁴¹

Teilweise wird des Weiteren gefordert, dass es sich um Tatsachen handeln muss, die die Prognoselage zu Lasten des Täters verändern. Auf Täter, die schon bei der Verurteilung dieselbe Gefährlichkeit wie bei Vollzugsende aufgewiesen haben, kann § 66b StGB danach nicht angewendet werden.¹⁴² Das überzeugt und achtet zudem die Rechtskraft des tatgerichtlichen Urteils.¹⁴³

3. Erforderlichkeit eines Hanges zur Begehung von Straftaten

Strittig ist, ob § 66b StGB wie § 66 StGB einen Hang des Täters zur Begehung von Straftaten voraussetzt. Die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs verneint dies explizit, weil der Strafvollzug „angesichts der künstlichen, da stark kontrollierenden und reglementierenden Bedingungen“ nicht geeignet sei, beim Tatrichter bestehende Unsicherheiten hinsichtlich des Merkmals des Hanges zu beseitigen.¹⁴⁴

¹⁴⁰ BGH, Beschluss vom 8.12.2005 - 1 StR 482/05.

¹⁴¹ 1. Kammer d. 2. Senats des BVerfG, Beschluss vom 23.8.2006 – 2 BvR 226/06, unter B. III.1.b) und c).

¹⁴² Veh, NStZ 2005, 307; Zscheschack/Rau, JR 2006, 8, 12; OLG Koblenz, NStZ 2005, 97, 100; a.A. wohl OLG Brandenburg, NStZ 2005, 272, 275.

¹⁴³ Streng, StV 2006, 92, 94; OLG Koblenz, NStZ 2005, 97, 100.

¹⁴⁴ BT Drs. 15/2887, S. 13.

Dem widersprechen jedoch sowohl die Rechtsprechung¹⁴⁵ – darauf wurde bereits hingewiesen –, als auch große Teile der Literatur¹⁴⁶. An das schlagende Wortlautargument sei hier nur erinnert.¹⁴⁷ Des Weiteren wird der Argumentation der Gesetzesbegründung entgegengehalten, sie stehe im Widerspruch zur Tatsache, dass die Prognosegrundlage bei § 66b StGB gerade durch den Zeitraum des Strafvollzuges erweitert würde und speziell in Abs. 2 eine besondere Rolle spiele.¹⁴⁸ Auch wird vorgebracht, dass schon aus Verhältnismäßigkeitserwägungen die eingriffsintensivere sekundäre Sicherungsverwahrung nicht an geringere Anforderungen geknüpft sein könne als die primäre.¹⁴⁹ Systematisch ist zudem darauf hinzuweisen, dass nur bei Bejahung des Hangerfordernisses für § 66b StGB ein widerspruchsfreies Zusammenspiel mit dem wiederum einen Hang voraussetzenden § 67d III StGB möglich ist.¹⁵⁰

V. Ergebnis

Die notwendig gestraffte *tour d'horizon* über Einzelfragen zu § 66b StGB und deren Behandlung in der Praxis hat gezeigt, dass sich auch ein höchst problematisches Institut wie die nachträgliche Sicherungsverwahrung bei gebotener restriktiver Anwendung mit Augenmaß im Rahmen der verfassungsrechtlichen Schranken bewegen kann. Der BGH – z.T. mit leitender Assistenz durch das BVerfG –¹⁵¹ hat nicht stets, aber doch

¹⁴⁵ BGHSt 50, 121, 132; BGHSt 50, 373, 381; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2005, 106.

¹⁴⁶ Kreuzer, ZIS 2006, 145, 149; MK-Ullenbruch, § 66b, Rn. 95; NK-Böllinger/Pollähne, § 66b Rn. 12; Römer, JR 2006, 5, 6; Schönke/Schröder-Stree, § 66b, Rn. 1; Zscheschack/Rau, JR 2006, 5, 13.

¹⁴⁷ Vgl. Tröndle/Fischer, § 66b Rn. 20.

¹⁴⁸ MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 95. Die formalen Hürden des § 66b II StGB, auf die die 1. Kammer d. 2. Senats des BVerfG abstellt, Beschluss vom 23.8.2006 – 2 BvR 226/06, unter B. II.3.b), sind keinesfalls ausreichend.

¹⁴⁹ OLG Frankfurt a.M., NStZ-RR 2005, 106, 108; MK-Ullenbruch, § 66b Rn. 95; Zscheschack/Rau, JR 2006, 5, 13.

¹⁵⁰ BGHSt 50, 373, 381; Streng, StV 2006, 92, 96.

¹⁵¹ Vgl. 1. Kammer d. 2. Senats des BVerfG, Beschluss vom 23.8.2006 – 2 BvR 226/06.

in einigen Fällen mutige Pflöcke gegen die rechtsstaatliche Erosion eingesetzt.¹⁵² Gezeigt hat sich aber auch, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung im Einklang mit den Grundrechten ausgelegt werden kann und dann gegen die Behauptung steht und streitet, sie sei eine Ausgeburt des Feindstrafrechtes.

¹⁵² Zu den restriktiven Tendenzen des BGH s. auch Zscheschack/Rau, JZ 2006, 895, 899.