

- 33 Dazu *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 23 Rn. 56 ff. m.w.N.
- 34 Hierzu *Waechter*, NZV 1997, 332 m.w.N.
- 35 *Burgi*, Die Verwaltung 33 (2000), 201 f.; *ders.*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999.
- 36 *Burgi*, Die Verwaltung 33 (2000), 201 (202 f.).
- 37 *Heckmann*, in: Bräutigam, IT-Outsourcing, 2. Aufl. 2008. Kap. X m.w.N.
- 38 Bericht abrufbar unter <http://www.ccc.de/system/uploads/76/original/staatstrojaner-report23.pdf>.
- 39 So zumindest ausweislich Berichterstattungen über das unter VS-NfD stehende Dokument, vgl. <http://www.golem.de/news/staatstrojaner-abgehoerte-sexgespraeche-per-skype-liessen-sich-nicht-loeschen-1202-89869.html>.
- 40 LfD Bayern, Prüfbericht Quellen-TKÜ, vgl. <http://www.datenschutz-bayern.de/0/bericht-qtke.pdf>.
- 41 Vgl. z.B. *Schulz*, in: F.A.Z. v. 26.10.2011, „Der Computer steht offen wie ein Scheunentor“.
- 42 Wenn auch in anderem Kontext *Heckmann*, in: Rüßmann (Hrsg.), FS Käfer, 2009, S. 139.
- 43 *Heckmann*, in: Rüßmann (Hrsg.), FS Käfer, 2009, S. 139, (148).
- 44 *Jäger*, Die verfassungsrechtliche Pflicht zur transnationalen Zusammenarbeit im Bereich der Inneren Sicherheit, 2008, S. 332.
- 45 *Heckmann*, in: Rüßmann (Hrsg.), FS Käfer, 2009, S. 139 (162 f.).
- 46 *Heckmann*, in: Rüßmann (Hrsg.), FS Käfer, 2009, S. 139 (162 f.).
- 47 Für die Quellen-TKÜ lässt sich dies mit guten Gründen bestreiten, vgl. *Roggenkamp*, in: *Peters/Kersten/Wolfenstetter* (Hrsg.), Innovativer Datenschutz, S. 267.
- 48 Antwort auf schriftliche Fragen des Abgeordneten *Behrens* an BMI v. 12. Dezember 2011 (Monat Dezember 2011, Arbeits-Nr. 12 / 163 und 164).
- 49 Im Folgenden wird auf das BDSG Bezug genommen. In den Ländern gelten weitgehend inhaltsgleiche Landesdatenschutzgesetze.
- 50 Ausführlich *Harnisch/Pohlmann*, HRRS 2009, 9.
- 51 Im Rahmen der Durchführung von Quellen-TKÜ-Maßnahmen mit Hilfe sog. Staatstrojaner wurden zum Zwecke der Verschleierung der Datenströme dem Bericht des CCC zu Folge die Dienste eines privaten Proxyserversanbieters in Anspruch genommen.
- 52 Vgl. *Heckmann/Braun*, BayVBl. 2009, 581 ff. m.w.N.
- 53 *Gabel*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG, § 11 Rn. 12.
- 54 Er ist gleichsam als „verlängerter Arm“ für den Auftraggeber tätig, übt nur Hilfs- bzw. Unterstützungsfunktionen aus. Der Auftragsschwerpunkt ist in erster Linie auf die technische Durchführung der Datenverarbeitung gerichtet (vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 10. Aufl. 2010, § 11 Rn. 4).
- 55 *Stober*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 91 Rn. 41.
- 56 *Gola/Schomerus*, BDSG, 10. Aufl. 2010, § 11 Rn. 3.
- 57 *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2008, Teil B, Rn. 448; *Gabel*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG, § 11 BDSG Rn. 14.
- 58 *Büllesbach/Rieß*, NVwZ 1995, 444 ff.
- 59 Dazu *Battis/Kersten*, ZBR 2000, 145 ff.; *Werres*, ZBR 2001, 429.
- 60 So besteht etwa nach § 80 SGB X ausdrücklich die gesetzliche Möglichkeit einer *Verarbeitung von Sozialdaten* durch nichtöffentliche Stellen, dazu *Klessler*, DuD 2004, 40 ff.
- 61 Vgl. etwa für Bayern Art. 27 BayKrG.
- 62 *Gola/Schomerus*, BDSG, 10. Aufl. 2010, § 11 Rn. 4.
- 63 Näher hierzu *Braun*, Auftragsdatenverarbeitung für die Polizei und kommunale Ordnungsbehörden in: *Braun/Stober*, Sicherheitsgewerbe und Datenschutz, 2012, 101 ff. sowie *Stober*, Verkehrssicherheitspartnerschaften, 2012, S. 72 ff.
- 64 Online abrufbar unter: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Diskussionsentwurf\\_Gesetz\\_zur\\_Einfuehrung\\_der\\_elektronischen\\_Akte\\_in\\_Strafsachen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Diskussionsentwurf_Gesetz_zur_Einfuehrung_der_elektronischen_Akte_in_Strafsachen.pdf?__blob=publicationFile), i. W. „Diskussionsentwurf“.
- 65 BMJ, Diskussionsentwurf, S. 40.
- 66 Ähnlich gebietet § 126 Abs. 3 GBO, dass die maschinelle Führung des Grundbuchs als automatisierte Datei nur auf den Anlagen einer „staatlichen Stelle“ oder „einer juristischen Person des öffentlichen Rechts“ vorgenommen werden darf, und sperrt somit von vornherein eine Aufgabenübertragung an einen privaten Dritten. Entsprechende Regelungen bestehen im Polizei- und Ordnungsrecht nicht.
- 67 Vgl. auch *Heckmann/Braun*, BayVBl. 2009, 581.
- 68 Hierzu *Braun/Fuchs*, Die Polizei 210, 185.

# Diskussionsvorschlag zu einer nachhaltigen Reform der Sicherungsverwahrung

Jens Peglau

## I. Übersicht

Ab 1998 sind die gesetzlichen Regelungen der Sicherungsverwahrung zunächst vielfach erweitert worden. Nach einer Entscheidung des EGMR aus dem Jahre 2009<sup>1</sup> setzte eine Gegenbewegung ein.<sup>2</sup> Dann kam die Entscheidung des BVerfG vom 04.05.2011<sup>3</sup>, in der das Recht der Sicherungsverwahrung wegen Verstoßes gegen das Abstandsgebot für verfassungswidrig erklärt wurde und in der das Gericht im Hinblick auf den Vertrauensschutzgrundsatz Anstoß u.a. an § 66b Abs. 2 StGB a.F. und an der Abschaffung der Zehnjahreshöchstfrist für Altfälle nahm. Der Gesetzgeber hat nun – nach der vom BVerfG gesetzten Frist – noch bis zum 31.05.2013 Zeit, das Recht der Sicherungsverwahrung verfassungsgemäß neu zu regeln. Bis dahin gilt das bisherige Recht – zum Teil mit Maßgaben – weiter.

Im Gesetzgebungsverfahren befindet sich inzwischen ein „Entwurf eines Gesetzes

zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung“.<sup>4</sup> Dieser enthält – bei Beibehaltung des bisherigen Systems – eine Reihe von Ergänzungen (Anpassung an die Rechtsprechung des BVerfG – insbesondere: Erfordernis einer „psychischen Störung“; Regelungen zur Einführung einer sog. „Therapieunterbringung“ – § 65 StGB-E).

Nachfolgend soll untersucht werden, wie – unabhängig vom laufenden Gesetzgebungsverfahren – eine Vereinheitlichung und Vereinfachung des Rechts der Sicherungsverwahrung unter Beachtung der Vorgaben des EGMR und des BVerfG – ohne weitere Absenkung des Schutzniveaus – möglich ist. Dabei sollen insbesondere frühere Vorschläge, die Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung immer erst gegen Ende der Strafhaft zu treffen<sup>5</sup>, vertieft werden.

Es wird hier ein Vorschlag unterbreitet, der den Eintritt eines Vorbehalts *kraft Gesetzes* mit der Aburteilung der Anlasstaten vorsieht, wenn bestimmte formelle Voraussetzungen vorliegen. Über die Anordnung selbst wird dann, wie schon jetzt (§ 66a Abs. 3 StGB) zu einem späteren Zeitpunkt entschieden.

Es geht nicht darum, einen in allen Details ausformulierten Gesetzesvorschlag zu präsentieren, sondern vielmehr um die Schaffung einer Diskussionsgrundlage, die an vielen Stellen sicherlich noch der Vertiefung bedarf.

## II. Warum Vereinfachung und Vereinheitlichung?

Das geltende Regelungswerk ist vielfach wegen seiner Unübersichtlichkeit und Kompliziertheit kritisiert und eine Gesamtreform befürwortet worden.<sup>6</sup> Aber: Rechtsverein-fachung kann kein Selbstzweck sein. Die

juristisch geschulten Rechtsanwender müssen auch mit einer komplizierten Rechtslage klar kommen.

Jeder Praktiker weiß aber, dass eine komplizierte, unübersichtliche Rechtslage die Fehleranfälligkeit bei der zu treffenden Entscheidung erhöht. Im Interesse des mit den Vorschriften über die Sicherungsverwahrung bezweckten Schutzes der Allgemeinheit ist dies ebenso wenig<sup>7</sup> wie im Interesse des Angeklagten oder Verurteilten. Deren Ungewissheit verlängert sich nach einer Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht (§ 354 Abs. 2 SPO) bis der Tatrichter ggf. dann im zweiten Durchlauf rechtsfehlerfrei die Maßregel anordnet.

Wichtiger scheint noch, dass unterschiedliche Schutzniveaus (bestimmt durch Unterschiede im erforderlichen Schweregrad der Anlasstaten und durch unterschiedliche materielle Voraussetzungen<sup>8</sup>) – je nachdem, zu welchem Zeitpunkt über die Maßregel entschieden wird – aus Opfersicht nicht nachvollziehbar sind.

Schließlich soll nicht unbedacht bleiben, dass schon nach geltendem Recht die eigentliche Entscheidung, ob der Verurteilte tatsächlich in die Unterbringung der Sicherungsverwahrung kommt, auch im Falle der anfänglichen Anordnung der Maßregel nach § 66 StGB erst am Ende der Strafhaft getroffen wird (§ 67c Abs. 1 StGB). Auch der Gesichtspunkt der Aufwandsvereinfachung rechtfertigt also ein Nachdenken über eine Vereinheitlichung der Anordnungsvoraussetzungen.<sup>9</sup>

### III. Vorgaben von EGMR und BVerfG

#### 1. Zum Rechtsinstitut

Sowohl das BVerfG als auch der EGMR haben das Rechtsinstitut der Sicherungsverwahrung als solches (als grundsätzlich zeitlich unbefristete Freiheitsentziehung) gebilligt.<sup>10</sup> Das galt sogar schon für die Rechtslage vor dem 01.01.2011, als der Anlasstaten-katalog noch viel weiter war.<sup>11</sup> Diese Maßregel ist und bleibt nach diesen Vorgaben – freilich unter Beachtung des Abstandsgebots – möglich.<sup>12</sup> Es sind auch keine höheren Eingangsvoraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 04.05.2011 erforderlich. Die dort aufgestellten Anforderungen für die anfängliche Sicherungsverwahrung gelten nur für den Übergangszeitraum bis zum 31.05.2013 und sind durch die Verfassungswidrigkeit der geltenden Normen begründet.<sup>13</sup> Sie sind

keine verfassungsgerichtlichen Maßgaben für eine Neuregelung.

#### 2. Zur Möglichkeit nachträglicher Maßregelanordnung (EGMR)

a) Der EGMR hatte es in seiner Entscheidung vom 17.12.2009 mit einem Fall des nachträglichen Wegfalls der Zehnjahreshöchstfrist bei erstmals angeordneter Sicherungsverwahrung zu tun, den er insbesondere an Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK und Art. 7 Abs. 1 EMRK gemessen hat. Eine rechtmäßige Freiheitsentziehung nach einer Verurteilung (Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK) liegt danach nicht schon dann vor, wenn die Inhaftierung der Verurteilung zeitlich nachfolgt, sondern es muss auch eine hinreichend kausale Verbindung zwischen Verurteilung und Freiheitsentziehung bestehen.<sup>14</sup> Diese sah der EGMR für einen Vollzug einer vor 1998 erstmals angeordneten Sicherungsverwahrung über das damals bestehende zeitliche Limit von zehn Jahren hinaus nicht, da eben zum Zeitpunkt der Verurteilung eine erstmalige Anordnung dieser Maßregel kraft Gesetzes mit der zeitlichen Höchstfrist einher ging.<sup>15</sup> Ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK (Rückwirkungsverbot) sah er als gegeben an, weil er in autonomer Auslegung der Konvention den Unterschied von Strafe und Maßregel negierte und beide Sanktionen dem gleichen Regime unterwarf, wobei er sich insbesondere auf die Strafähnlichkeit der Art und Weise der Vollstreckung der Maßregel und fehlende Therapieansätze berief.<sup>16</sup> Mit dem Wegfall der Höchstfrist lag nach Ansicht des EGMR eine rückwirkende Strafschärfung vor. Dass die Argumente dieser Entscheidung auch Auswirkungen (insbesondere) auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung haben können, wurde umgehend erkannt<sup>17</sup> und hat den Gesetzgeber letztlich auch zur Einschränkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung zum 01.01.2011 bewogen.<sup>18</sup> Seine Rechtsprechung hat der EGMR in der Folgezeit dann tatsächlich auch auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung bzw. deren Vorläufer (Straftäterunterbringungsgesetze der Länder) übertragen. In einer Entscheidung vom 13.01.2011 hat er ausgeführt, dass die Unterbringung nach dem BayStrUBG gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK verstoßen habe, weil in dem Urteil, in dem die Straftat abgeurteilt worden war, diese Unterbringung „nicht vorgesehen und nicht einmal als Möglichkeit enthalten war“ und die Entscheidung über die Unterbringung vom Vollstreckungsgericht, nicht vom erkennenden Gericht getroffen worden war,

so dass ein hinreichender Kausalzusammenhang der Freiheitsentziehung zur Anlassverurteilung nicht bestehe.<sup>19</sup> Ähnlich ist die Argumentation im Urteil vom 19.04.2012 in dem es um einen Fall des § 66b StGB ging, wobei die Anlasstaten und deren Aburteilung zeitlich vor der Schaffung dieser Norm lagen: Verurteilung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK könne nur das Urteil sein, welches die Schuldfeststellung enthält und nicht das später isoliert die Maßregel anordnende Urteil. Das die Schuldfeststellung enthaltende Urteil sah aber keine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vor und schloss noch nicht einmal die Möglichkeit einer späteren Unterbringung ein, da das entsprechende Gesetz erst zeitlich später in Kraft trat.<sup>20</sup> In zwei weiteren Entscheidungen vom 07.06.2012 setzte sich der EGMR schließlich mit § 66b Abs. 3 StGB a.F. (jetzt § 66b StGB) in Fällen auseinander, in denen die Aburteilung der Anlasstaten vor Schaffung dieser Norm lag und stellte einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK fest.<sup>21</sup> Soweit ersichtlich hatte sich der EGMR bisher noch nicht mit § 66b StGB in Fällen auseinanderzusetzen, in denen die Anlasstaten nach Schaffung dieser Norm begangen worden sind.

b) Man kann also feststellen, dass der EGMR an der nachträglichen Sicherungsverwahrung Anstoß genommen hat, soweit es sich um echte Altfälle (also Tatbegehung vor Gesetzesgültigkeit) handelte. Liegt die Tatbegehung nach Inkrafttreten eines Gesetzes, kann ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK nicht gegeben sein, wenn daraufhin – wenn auch erst während des Strafvollzugs – die Maßregel angeordnet wird.

Im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK kommt es darauf an, „dass sich die Freiheitsentziehung in dem durch das zum Zeitpunkt der Verurteilung geltende Gesetz und die von einem zuständigen Gericht ausgesprochene Verurteilung gesteckten Rahmen hält“. <sup>22</sup> Das BVerfG legt die Rechtsprechung des EGMR dementsprechend dahin aus, dass jedenfalls ein Vorbehalt im Urteil über die Anlasstaten ausreicht, um eine spätere Maßregelanordnung aufgrund des Vorbehalts zu rechtfertigen.<sup>23</sup> Ob die Formulierung des EGMR von der im Urteil über die Anlasstaten eingeschlossenen „Möglichkeit“ der nachträglichen Unterbringung sogar meint, dass ausreicht, dass die Verurteilung die zum Zeitpunkt der Straftatenbegehung bestehenden formellen Voraussetzungen einer nachträglichen Unterbringung erfüllt<sup>24</sup>, bleibt abzuwarten.<sup>25</sup>

### 3. Zur Möglichkeit nachträglicher Maßregelanordnung (BVerfG)

a) Im Hinblick auf eine nicht im Urteil über die Anlasstaten vorgesehene spätere Maßregelanordnung hat das BVerfG in seinem Urteil vom 04.05.2012 die Verfassungswidrigkeit (u.a.) von § 66b Abs. 2 StGB a.F. damit begründet, dass der Eingriff in das Vertrauen des Verurteilten auf das Unterbleiben einer späteren Maßregelanordnung „angesichts des damit verbundenen Eingriffs in das Freiheitsrecht dieses Personenkreises (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchster Verfassungsgüter zulässig“ ist.<sup>26</sup> Mit der Entscheidung vom 08.06.2011<sup>27</sup> hat es diese Erwägungen auch auf § 66b Abs. 1 StGB a.F. bezogen. Es hat die Anforderungen an die strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung dahin konkretisiert, dass eine solche Freiheitsentziehung nur zur Abwehr einer hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten und unter den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK (psychische Störung) möglich ist. Dabei hat es Alt- und Neufälle der nachträglichen Sicherungsverwahrung gleich behandelt.<sup>28</sup>

b) In seinem Beschluss vom 20.06.2012 zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung hat es ausgeführt, dass dieses Rechtsinstitut (abgesehen vom gegenwärtigen Verstoß gegen das Abstandsgebot) nicht gegen das Grundgesetz verstößt. Ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG liege nicht vor, weil die Ungewissheit über den späteren tatsächlichen Vollzug nicht größer sei als bei der anfänglichen Sicherungsverwahrung und es der Verurteilte selbst in der Hand habe, durch entsprechende Therapiearbeit die spätere Maßregelanordnung zu vermeiden.<sup>29</sup> Das Verhältnismäßigkeitsprinzip sei gewahrt, weil der Vorbehalt für den Betroffenen bei Abwägung mit dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit keine unzumutbare Beeinträchtigung darstelle. Er könne nicht rein vorsorglich angeordnet werden, sondern nur, wenn gewichtige Anhaltspunkte für eine Gefährlichkeit des Verurteilten vorlägen. Auch seien mit dem Vorbehalt keine rechtlichen Nachteile für den Strafvollzug verbunden. In Anbetracht der Anlass- und Vortaten stehe die vorbehaltene Sicherungsverwahrung auch nicht außer Verhältnis zur Intensität des Grundrechtseingriffs. Durch die Erkenntnisse aus den zu gewährenden Vollzugslockerungen könne die spätere Gefährlichkeitsprognose (sogar) auf eine tragfähigere Grundlage gestützt werden.<sup>30</sup> Im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit

führt das BVerfG aus, dass der Verurteilte lediglich einen Anspruch auf Gewissheit über die Länge des Freiheitsentzugs zu dem Zeitpunkt, der nach der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens eine verbindliche Entscheidung erlaubt, hat.<sup>31</sup>

### 4. Zusammenfassung

Die Grundsätze der Rechtsprechung von EGMR und BVerfG lassen sich wie folgt zusammenfassen: Es darf kein schutzwürdiges Vertrauen in das Unterbleiben einer späteren Maßregelanordnung bestehen. Die nach dem Urteil über die Anlasstaten vorgesehene Möglichkeit einer späteren Unterbringung darf nicht unverhältnismäßig sein. Die Freiheitsentziehung muss sich in dem durch das zum Zeitpunkt der Verurteilung geltende Gesetz und die von einem zuständigen Gericht ausgesprochene Verurteilung gesteckten Rahmen halten.

## IV. Umsetzung der Vorgaben im Rahmen des hiesigen Vorschlags

### 1. Leitgedanken

Nimmt man die oben genannten Kriterien von BVerfG und EGMR zusammen, so ergibt sich für das hier vorgeschlagene Konzept folgendes Bild:

a) Die Aburteilung der Anlasstaten muss die Möglichkeit einer späteren Unterbringung wenigstens einschließen. Ob dazu ausreicht, dass bei Begehung der Anlasstaten und ihrer Aburteilung allein die *gesetzliche* Möglichkeit (vergleichbar § 66b StGB bei Neufällen) besteht, bei dieser Strafhöhe und Anlasstatenart eine spätere Unterbringung anzuordnen (ihre formellen Voraussetzungen also erfüllt sind), kann dahinstehen. Im Rahmen einer Gesetzesreform kann man das so regeln, dass entweder die Maßregel bei Vorliegen bestimmter formeller Voraussetzungen bereits kraft Gesetzes zur Strafe hinzutritt (wobei über die Notwendigkeit der Vollstreckung, wie schon jetzt in § 67c Abs. 1 StGB, später entschieden wird) oder aber *kraft Gesetzes ein Vorbehalt* der späteren Maßregelanordnung (der ebenfalls deklaratorisch im Urteil festgestellt werden kann) eintritt. Im Hinblick auf den EGMR wäre möglicherweise der Maßregeleintritt kraft Gesetzes sicherer als der bloße Vorbehaltseintritt. Nach der hier vertretenen Auffassung reicht aber auch der Eintritt des bloßen Vorbehalts mit der Anlassverurteilung.

b) Durch den aufgrund des Urteils des erkennenden Gerichts eintretenden Vorbehalt

wird jegliches Vertrauen des Verurteilten in ein Unterbleiben einer späteren Maßregelanordnung zerstört. Vertrauensschutzbelange spielen dann keine Rolle.

c) Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird zunächst einmal schon durch den zukünftigen § 66c Abs. 2 StGB Rechnung getragen. Im Hinblick auf sozialtherapeutische Behandlung steht sich derjenige, gegen den eine Maßregel angeordnet oder vorbehalten ist, deutlich besser, als „normale“ Strafgefangene. Er hat damit jede erdenkliche Chance, so an sich zu arbeiten, dass das später über eine Maßregelvollstreckung (bei Eintritt der Maßregel kraft Gesetzes) bzw. Maßregelanordnung (bei Eintritt eines bloßen Vorbehalts kraft Gesetzes) entscheidende Gericht die nötige Gefährlichkeit (dazu unten) verneint.

Fraglich ist allerdings, ob ein solcher Maßregel- oder Maßregelvorbehaltseintritt kraft Gesetzes nur bei Vorliegen bestimmter formeller Voraussetzungen (Prüfung der materiellen Voraussetzungen erfolgt erst bei der späteren Maßregelanordnung) den Verhältnismäßigkeitsvorgaben des BVerfG entspricht. Anlass zu Zweifeln könnten die Ausführungen im Beschluss vom 20.06.2012 geben, in dem die Verhältnismäßigkeit des § 66a Abs. 1 StGB u.a. damit begründet wird, dass „gewichtige Anhaltspunkte für die Gefährlichkeit des Verurteilten“ bestehen müssten.<sup>32</sup> Dies kann aber wohl nicht das entscheidende Kriterium für die Bejahung der Verhältnismäßigkeit sein. Die von EGMR und BVerfG geforderte und in § 66c Abs. 2 StGB-E vorgesehene, mit der Anordnung der Sicherungsverwahrung oder ihrem Vorbehalt verbundene besondere sozialtherapeutische Förderung ist (jedenfalls, wenn man die Vorstellung von BVerfG und EGMR zur Wirkkraft von Therapien teilt) eine solche Wohltat, dass sie geradezu jedem, der nach seinen Vortaten starke Indizien dafür aufzeigt, dass er einmal unterbringungsgefährdet sein könnte, teilhaftig werden muss. Auf diese Weise könnten insbesondere dann auch die nach dem BVerfG weiterhin (wenn auch unter erhöhten Voraussetzungen) möglichen nachträglichen Unterbringungsanordnungen (sei es nach § 66b Abs. 1 und 2 StGB a.F.; sei es nach § 65 StGB-E in Form der nachträglichen Therapieunterbringung) – in denen der Strafvollzug gerade nicht den erhöhten Therapieanforderungen des § 66c Abs. 2 StGB unterlag und in denen die Verurteilten deswegen womöglich nicht die Chance hat-

ten, entsprechend an sich zu arbeiten – vermieden werden.

Auch folgende Überlegung zeigt, dass Verhältnismäßigkeitsbedenken gegen einen Vorbehaltseintritt allein aufgrund formeller Voraussetzungen nicht bestehen können: § 66 StGB ist bisher unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten vom BVerfG nicht beanstandet worden, obwohl nach früherer Rechtsprechung<sup>33</sup> und jetzigem Gesetzeswortlaut (§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB) für die Anordnung allein die Gefährlichkeit zum Zeitpunkt der Verurteilung maßgeblich ist. Die Maßregel kann bereits zu einem Zeitpunkt angeordnet werden, zu dem ein Sicherungsbedürfnis noch gar nicht besteht, weil dem durch die zunächst zu vollstreckende Straftat hinreichend Rechnung getragen wird und die Gefährlichkeit zum Zeitpunkt des Endes der Strafverbüßung irrelevant ist (und häufig – insbesondere bei langen Freiheitsstrafen – auch gar nicht beurteilt werden kann).<sup>34</sup> Sie wird also angeordnet, obwohl man gar nicht weiß, ob das für den Zeitpunkt, für den sie tatsächlich relevant wird (nämlich, wenn der Verurteilte nach Verbüßung seiner Strafe in die Freiheit entlassen werden müsste), wirklich erforderlich ist. Dann kann es auch nicht unverhältnismäßig sein, wenn ein bloßer Vorbehalt aufgrund des Vorliegens bestimmter formeller Voraussetzungen (die immerhin eine starke Indizwirkung für die Gefährlichkeit haben) kraft Gesetzes eintritt und über die eigentliche Maßregelverordnung erst dann entschieden wird, wenn dies im Hinblick auf den Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist, zumal man dann die Gefährlichkeitsprognose auf eine breitere – und nach allen vorangegangenen Therapiebemühungen – für den Verurteilten günstigere Tatsachenbasis stützen kann.

Die formellen Voraussetzungen für die Sicherungsverwahrung, jedenfalls in der ab dem 01.01.2011 geltenden Fassung, sind so hoch, dass sie bei Abwägung zwischen dem Schutz der Allgemeinheit vor schweren Straftaten und dem Interesse des Straftäters nicht unangemessen erscheinen.

d) Die spätere Anordnung der Unterbringung muss durch das erkennende Gericht erfolgen.

## 2. Gesetzesvorschläge

a) Es bleibt also zunächst festzuhalten, dass ein gesetzlicher Vorbehaltseintritt bei Vorliegen bestimmter formeller Voraussetzungen möglich ist. Man könnte hier an

die (nach dem 01.01.2011 stark erhöhten) formellen Voraussetzungen von § 66 Abs. 1, 2 und 3 sowie an die Voraussetzungen aus § 66a Abs. 2 StGB anknüpfen. Ob man diese Voraussetzungen erhöht oder absenkt, ist letztlich eine politische Entscheidung und soll hier nicht weiter vertieft werden.

Zu dem in § 66a Abs. 3 StGB umschriebenen Zeitpunkt hätte dann das erkennende Gericht über die Maßregelverordnung zu entscheiden. Die dort genannten Voraussetzungen könnten ohne Weiteres auch bei vorliegendem Modell Anwendung finden. Ein „Hang“ wäre dann zu keinem Zeitpunkt mehr zu prüfen. Das erscheint wegen des weitgehenden Gleichlaufs der für die Prüfung von Hang und Gefährlichkeit herangezogenen Kriterien unbedenklich.<sup>35</sup> Sollte man, da das BVerfG in seinem Beschluss vom 20.06.2012 im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des Rechtsinstituts in etwas unklarer Weise auch mit der Hangvoraussetzung argumentiert<sup>36</sup>, doch Bedenken haben, so wäre auch das Festhalten an dieser Voraussetzung unschädlich.<sup>37</sup>

Ist dem Verurteilten während seiner Straftat kein den Anforderungen des § 66c Abs. 2 StGB entsprechendes Therapieangebot gemacht worden, scheidet schon deswegen eine Anordnung der Maßregel aufgrund des Vorbehalts aus. Das wäre eine Konsequenz aus dem verfassungsrechtlich verankerten Abstandsgebot.

b) Ein Gesetzesvorschlag könnte also wie folgt lauten:

aa) „§ X

(1) Die Anordnung der Sicherungsverwahrung bleibt vorbehalten, wenn jemand

1. zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wird, die
  - a) sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet,
  - b) unter den Ersten, Siebenten, Zwanzigsten oder Achtundzwanzigsten Abschnitt des Besonderen Teils oder unter das Völkerstrafgesetzbuch oder das Betäubungsmittelgesetz fällt und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist oder
  - c) den Tatbestand des § 145a erfüllt, soweit die Führungsaufsicht auf Grund einer Straftat der in den Buchstaben a oder b genannten Art eingetreten ist,

oder den Tatbestand des § 323a, soweit die im Rausch begangene rechtswidrige Tat eine solche der in den Buchstaben a oder b genannten Art ist,

2. der Täter wegen Straftaten der in Nummer 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist und
3. er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat.

(2), (3), (4), (5) ...“

Zur Erläuterung: Es wurden die entsprechenden formellen Voraussetzungen nach § 66 Abs. 1 StGB beispielhaft umformuliert auf den Fall des gesetzlichen Vorbehaltseintritts. In weiteren Absätzen könnten dann entsprechend auch die formellen Voraussetzungen nach § 66 Abs. 2 und 3 StGB, § 66a Abs. 2 StGB sowie die Regelung des § 66 Abs. 4 StGB übernommen werden.<sup>38</sup>

bb) Zur Anordnung der Maßregel aufgrund des Vorbehalts wäre dann folgende Vorschrift erforderlich:

„§ Y

(1) Über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung kann das Gericht im ersten Rechtszug nur bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe entscheiden; dies gilt auch, wenn die Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung ausgesetzt war und der Strafrest vollstreckt wird. Das Gericht ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

(2) Wäre die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung unverhältnismäßig, weil dem Täter bei einer Gesamtbetrachtung des Vollzugsverlaufs ausreichende Betreuung im Sinne des § 66c Absatz 2 in Verbindung mit § 66c Absatz 1 Nummer 1 nicht angeboten worden ist, hat die Anordnung nach Absatz 1 zu unterbleiben.

(3) Ist zu erwarten, dass der Täter außerhalb des Maßregelvollzuges keine rechtswidrigen

Taten mehr begehen wird, wenn er einer Bewährungshelferin oder einem Bewährungshelfer unterstellt wird und ihm Weisungen (§ 68b) erteilt werden, so setzt das Gericht den Vollzug der Sicherungsverwahrung zu Bewahrung aus. Mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein.“

Zur Erläuterung: Absatz 1 entspricht dem jetzigen § 66a Abs. 3 StGB. Auch hier sind Varianten denkbar (z.B. statt obligatorischer Anordnung eine „Kann“-Regelung). Absatz 2 ist erforderlich aufgrund der vom BVerfG aufgestellten Anforderungen an das Abstandsgebot. Absatz 2 dient der Umsetzung des darin aufgestellten Ultima-ratio-Prinzips<sup>39</sup> und lehnt sich an den Gesetzesvorschlag zu § 67c Abs. 1 Nr. 2 StGB-E an.<sup>40</sup> Durch die Regelung wird der Druck auf die Vollzugsbehörden erhöht, dem Täter ausreichende Betreuung während des Strafvollzuges zukommen zu lassen, da anderenfalls eine spätere Maßregelanordnung nicht mehr möglich ist. Werden nicht zuvor alle erforderlichen Maßnahmen zur Minderung der Gefährlichkeit des Täters ergriffen, so wäre eine spätere Maßregelanordnung i.d.R. unverhältnismäßig. Absatz 3 enthält einen Vorschlag zur (anfänglichen) Bewährungsaussetzung der Maßregel. Gedacht ist hier an den Fall, in dem der Täter zwar gefährlich ist, aber die Erwartung besteht, dass der Schutzzweck unter dem Druck des Widerrufs der Maßregelaussetzung durch mildere Mittel im Rahmen der Führungsaufsicht erreicht werden kann.

cc) Prozessual wäre folgende Begleitregelung (z.B.) in § 268d StPO erforderlich:

„(x) Tritt aufgrund einer Verurteilung ein Vorbehalt nach § x des Strafgesetzbuches ein, so stellt das Gericht dies durch Beschluss fest. Der Beschluss ist mit dem Urteil zu verkünden. Er kann in jeder Lage des Verfahrens bis zur Rechtskraft der Entscheidung nachgeholt werden.“

Zur Erläuterung: Durch die Regelung soll sichergestellt werden, dass der Angeklagte von dem gesetzlichen Eintritt des Vorbehalts auch Kenntnis erlangt. Nur so kann sich bei ihm kein schutzwürdiges Vertrauen entwickeln. Da es sich lediglich um eine deklaratorische Feststellung handelt, kann sie problemlos z.B. auch noch vom Revisionsgericht vorgenommen werden. Das kann unabhängig davon geschehen, wer Rechtsmittel eingelegt hat, da die deklaratorische Feststellung den Angeklagten nicht beschwert.

Ferner müsste z.B. auch § 24 Abs. 1 Nr. 2 VGG entsprechend angepasst werden.

## V. Vor- und Nachteile des vorgeschlagenen Konzepts

### 1. Nachteile

a) Hauptnachteil des vorgeschlagenen Konzepts ist, dass eine größere Zahl von Verurteilten als bisher in den Kreis potentieller Sicherungsverwahrter gerät<sup>41</sup> und damit zunächst in Ungewissheit bleibt, ob nach dem Strafvollzug noch die Sicherungsverwahrung vollstreckt wird. Zwar weiß auch derzeit ein Täter, gegen den die Maßregel nach § 66 StGB angeordnet wurde, nicht sicher, ob sie denn auch vollstreckt wird, da ihm vor Antritt der Maßregel noch einmal die Gefährlichkeitsprognose positiv gestellt werden muss.<sup>42</sup> Auch die gegenwärtig unter einem Vorbehalt nach § 66a StGB stehenden Täter haben die Ungewissheit. Dieser Personenkreis dürfte aber insgesamt kleiner sein, als der von dem o.g. Konzept erfasste, weil der Vorbehaltseintritt gesetzlich zwingend ist und außerdem der Filter der materiellen Voraussetzung (Hang/Gefährlichkeit) zu diesem Zeitpunkt noch nicht greift. Dadurch sind – aufgrund der Therapieanforderungen (§66c Abs. 2 StGB) – insoweit höhere Kosten für den Strafvollzug zu erwarten.<sup>43</sup>

b) Hingegen dürfte die Ausweitung des vom Eintritt eines Vorbehalts betroffenen Personenkreises nicht die Unverhältnismäßigkeit einer solchen Regelung begründen. Mit gefahrenabwehrrechtlichen Regelungen wird nicht bezweckt, einer bestimmten Mindest- oder Maximalzahl von Personen die Freiheit zu entziehen. Es geht darum, alle diejenigen herauszufiltern, die nach den Wertentscheidungen des Gesetzgebers eine in Freiheit nicht mehr hinnehmbare Gefahr für die Allgemeinheit darstellen. Von daher ist es verfehlt, den Anstieg der Zahl von Verwahrten per se als Nachteil hinzustellen.<sup>44</sup> Ist die Zahl der in dem o.g. Sinne gefährlichen Straftäter tatsächlich größer als die Zahl der gegenwärtig Untergebrachten, so ist es konsequent, wenn mehr Unterbringungen angeordnet werden – und umgekehrt. Dazu ist das hier vorgeschlagene System geeignet. Durch den gesetzlichen Eintritt des Vorbehalts wird ein Personenkreis definiert, bei dem (im Regelfall) aufgrund der Begehung mehrerer schwerer Straftaten eine Gefährlichkeit indiziert ist.<sup>45</sup> Bei den entsprechenden Personen kann dann auf breitest möglicher Tatsachenbasis, nämlich

einschließlich ihres Vollzugsverhaltens bzw. erfolgter Therapie im Strafvollzug, eine Gefährlichkeitsprognose gestellt werden. Dieses Vorgehen ist auch zur Erlangung einer breiten Tatsachengrundlage, wie sie auch vom BVerfG gefordert wird<sup>46</sup>, erforderlich. Dadurch wird ein bestmöglicher Schutz der Allgemeinheit erreicht, aber auch ein bestmöglicher Schutz des Verurteilten. Gegen diesen wird dann nicht – wie jetzt bei § 66 StGB – eine Maßregel angeordnet, nicht wissend, ob er zum Zeitpunkt, zu dem die Maßregel relevant würde (Ende der Strafhaft), überhaupt noch gefährlich ist. Unter Berücksichtigung der zum Ende der Strafhaft aktuellen Tatsachen (z.B. erfolgreiche Therapie, alters- oder gesundheitsbedingter Gefährlichkeitsabbau) wird sich dann – zumindest – in einer Reihe von Fällen die Maßregelanordnung erübrigen. Angesichts der verfassungsgerichtlich gebotenen Nachteilsfreiheit des Vorbehalts und der im Hinblick auf Therapieanstrengungen gebotenen Privilegierung dieser Verurteilten kann man daher mit einem Anstieg der Vorbehaltszahlen eine Unangemessenheit nicht begründen.

### 2. Vorteile

a) Sämtliche Probleme, die mit der nachträglichen Sicherungsverwahrung bzw. nachträglichen Therapieunterbringung (§ 65 StGB-E) zusammenhängen, entfielen: Es kommt nicht mehr darauf an, ob das über die Aburteilung der Anlasstaten erkennende Gericht die Gefährlichkeit des Verurteilten erkannt hat oder hätte erkennen können.<sup>47</sup> Der Schutz der Allgemeinheit ist zukünftig unabhängig von solchen Versäumnissen gewährleistet.<sup>48</sup> Man kann dann auch auf die vielfach kritisierte<sup>49</sup> Voraussetzung der psychischen Störung verzichten (welche ja nur für Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK relevant wäre – hier greift aber Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK ein).<sup>50</sup> Auch unterschiedliche Gefahrenggrade wären nicht mehr erforderlich.

b) Die Verurteilten, bei denen ein Vorbehalt besteht, kommen in den Genuss der erforderlichen Therapiebemühungen oder es scheidet eine spätere Maßregelanordnung aus. Nachteile allein wegen des Vorbehalts gegenüber anderen Strafgefangenen dürfen sie ohnehin nicht haben.<sup>51</sup> Selbst, wenn sich also erweisen sollte, dass sie letztlich nicht für die Maßregelanordnung in Betracht kommen, so haben sie aufgrund der Therapiebemühungen die besten Resozialisierungschancen. Deswegen ist – unter Zugrunde-

legung des Therapieoptimismus von BVerfG und EGMR – anzunehmen, dass die Zahl derjenigen, gegen die tatsächlich die Maßregel angeordnet wird, wegen der optimalen Therapiereschancen schon während des Strafvollzuges, kleiner werden wird.

c) Der mehrfache gerichtliche Begutachtungsaufwand, der derzeit bei anfänglicher und vorbehaltener Sicherungsverwahrung besteht (§ 246a StPO, § 275a Abs. 4 StPO), entfällt. Eine Begutachtung wird erst im Rahmen der Prüfung zum Ende des Strafvollzuges erforderlich. Finanzielle Ressourcen werden so geschont.<sup>52</sup>

d) Die Gefährlichkeitsprüfung erfolgt – auf breiter Tatsachenbasis – erst zu dem Zeitpunkt, zu dem sie für den Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist (zum Ende der Straftat) und nicht schon zu einem Zeitpunkt, zu dem die Gefährlichkeitsfeststellung für den Schutzzweck irrelevant ist, da dieser schon durch die gleichzeitig angeordnete Freiheitsstrafe vorerst erfüllt wird.<sup>53</sup> Personelle Ressourcen werden so geschont.

e) Revisionsgerichtliche Urteilsaufhebungen und Zurückverweisungen bzgl. des Maßregelausspruchs, die gegenwärtig auch das Urteil, in dem die Anlasstaten abgeurteilt werden, betreffen können, entfallen. Auch hierdurch werden finanzielle und personelle Ressourcen geschont.

### 3. Kurzbewertung

Welchen Gesichtspunkten man in der Bewertung den Vorrang einräumt, ist wiederum letztlich eine politische Frage. Nach der hier vertretenen Ansicht überwiegen die Vorteile. Die finanziellen Nachteile der hier vorgeschlagenen Lösung werden z.T. durch Wegfall finanzieller Aufwendungen bei Abkehr vom bisherigen System (s.o.) kompensiert.

## VI. Alternativen

Eine Alternative könnte die Beibehaltung des gegenwärtigen Systems sein. Dem stehen die o.g. Nachteile entgegen. Eine andere Alternative könnte der Übergang vom zweispurigen zu einem einspurigen Sanktionensystem sein, in dem der Schutzzweck der Sicherungsverwahrung durch erhöhte Strafen für Rückfalltäter erreicht wird. Letzteres ist auch abzulehnen. Die Zweispurigkeit von Strafe und Maßregel ist gerade vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (die Sicherungsverwahrung wird nur so lange wie notwendig vollzogen) eine große Errungen-

schaft und sollte nicht durch ein einspuriges System, das viel weniger Feinststeuerung zulässt (eine Strafe wird bis zu einem gewissen Mindestmaß vollstreckt, unabhängig davon, ob der Täter noch gefährlich ist oder nicht) ersetzt werden<sup>54</sup>, zumal auch die Erhöhung der an sich schuldangemessenen Strafe allein aus Gefahrenabwehrgründen Bedenken im Hinblick auf den Schuldgrundsatz begegnet.<sup>55</sup>

Andere Alternativen, wie etwa die Beschränkung auf die primäre Sicherungsverwahrung<sup>56</sup> oder die Konzentration auf die vorbehaltenen Sicherungsverwahrung bisheriger Prägung<sup>57</sup> (d.h. aufgrund richterlicher Anordnung) sind zwar geeignet, den Anforderungen (insbesondere) des EGMR Rechnung zu tragen, vermögen aber ersichtlich nicht, das bisherige Schutzniveau auch nur annähernd beizubehalten. Insbesondere die Schutzlücken, die den Gesetzgeber zur Schaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bewogen haben (Gefährlichkeit nicht rechtzeitig erkannt), können damit nicht geschlossen werden.<sup>58</sup> Die Umstellung des Systems auf eine reine nachträgliche Sicherungsverwahrung<sup>59</sup> – ohne jeglichen vorherigen Vorbehalt – wäre zwar nach der hier vertretenen Ansicht nicht konventionswidrig. Es bestünden insoweit aber – auch bei den sog. Neufällen (Tat/Aburteilung nach Schaffung der gesetzlichen Regelung) erhebliche Unwägbarkeiten über die Einordnung durch den EGMR.<sup>60</sup> Das Risiko ist durch das hier vorgeschlagene Modell vermeidbar. Außerdem wäre eine rein nachträgliche Sicherungsverwahrung an die erhöhten Voraussetzungen der Entscheidung des BVerfG vom 04.05.2011 – die nicht nur für die Übergangsfrist gelten – gebunden<sup>61</sup> und könnte daher das bisherige Schutzniveau nicht beibehalten.

## VII. Zusammenfassung

Eine Umgestaltung des Systems der Sicherungsverwahrung zu einem System mit einheitlichem Anordnungszeitpunkt und einheitlichen Anordnungsvoraussetzungen, das den Vorgaben von EGMR und BVerfG gerecht wird, ist möglich. Viele Einzelheiten bedürfen sicher noch der Vertiefung. Eine umfassende Diskussion wird sicherlich nicht mehr bis zum Ende des Weitergeltungszeitraums (31.05.2013) möglich sein, so dass man sich zunächst mit der im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Umsetzung des Abstandsgebots behelfen kann und muss. Mittelfristig sollte eine Reform aber nicht aus dem Auge verloren werden.

## Fußnoten:

- 1 EGMR Urt. v. 17.12.2009 – Beschw.-Nr. 19359/04 – (M. /J. Deutschland).
- 2 Zur Entwicklung vgl. z.B. die Darstellung bei Schöch NK 2012, 47 ff.
- 3 BGH NJW 2011, 1931.
- 4 BT-Drs. 17/9874.
- 5 Caspari DRiZ 2006, 72; Freund GA 2010, 193, 204 f.; Peglau FS Rissing-van Saan 2011 S. 437, 445; Rössner/Best in: Dölling/Duttge/Rössner Gesamtes Strafrecht 2. Aufl. § 66 StGB Rdn. 3.
- 6 Vgl. die Stellungnahmen zur öffentlichen Anhörung des BT-Rechtsausschusses zum Thema Sicherungsverwahrung am 27.06.2012 von Kinzig (S. 5); Peglau (S. 2); Radtke (S. 17). Stellungnahmen (nachfolgend nur als „Stellungnahmen RA“ zitiert) abrufbar über die Internetseite des BT. Vgl. auch die Kritik bei Windoffer DÖV 2011, 590 (596) sowie Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern in: MK-StGB 2. Aufl. § 66 Rdn. 349.
- 7 Peglau Stellungnahme RA S. 2.
- 8 Vgl. § 65 StGB-E (BT-Drs.17/9874 S. 45); „psychische Störung“ erforderlich. Vor allem sind hier aber die unterschiedlichen Gefährdungswahrscheinlichkeiten (§ 66 StGB: einfache Gefährlichkeit; § 66a Abs. 1 StGB: Wahrscheinlichkeit; § 66a Abs. 2 StGB: einfache Gefährlichkeit oder zumindest Wahrscheinlichkeit; § 1 ThUG: „hohe Wahrscheinlichkeit“; § 66b Abs. 1 und 2 StGB a.F. in der Form der Weitergeltungsanordnung des BVerfG: „hochgradige Wahrscheinlichkeit“; § 65 StGB-E: „hochgradige Gefahr“) und gefährdungsrelevanten Rechtsgüter zu nennen (§ 66 und 66a StGB: erhebliche Straftaten; § 1 ThUG: Leben, körperliche Unversehrtheit, persönliche Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung; § 66b Abs. 1 und 2 StGB in der Form der Weitergeltungsanordnung des BVerfG und § 65 StGB-E: „schwerste Gewalt-oder Sexualstraftaten“).
- 9 Peglau FS Rissing-van Saan 2011 S. 437, 445.
- 10 BVerfG NJW 2011, 1931, 1937 f.; EGMR Urt. v. 21.10.2010 – Beschw.-Nr. 24478/03 – (G. /J. Deutschland) Abs. 45 ff.; vgl. auch Hörnle FS Rissing – van Saan 2011 S. 239, 240; Müller StV 2010, 207, 211.
- 11 Vgl. nur BVerfG Beschl. v. 07.12.2006 – 2 BvR 1560/06 –; BVerfG NStZ-RR 1996, 122.
- 12 Peglau NJW 2011, 1924, 1926; Radtke Stellungnahme RA S. 7; BT-Drs. 17/9874 S. 12.
- 13 BVerfG NJW 2011, 1931, 1946; BGH Beschl. v. 31.07.2012 – 3 StR 148/12.
- 14 EGMR Urt. v. 17.12.2009 – Beschw.-Nr. 19359/04 – (M. /J. Deutschland) Abs. 88.
- 15 EGMR Urt. v. 17.12.2009 – Beschw.-Nr. 19359/04 – (M. /J. Deutschland) Abs. 100; ebenso auch EGMR Urt. v. 14.04.2011 – Beschw.-Nr. 30060/04 – (J. /J. Deutschland) Abs. 32 ff.
- 16 EGMR Urt. v. 17.12.2009 – Beschw.-Nr. 19359/04 – (M. /J. Deutschland) Abs. 126 ff.; ebenso auch: EGMR Urt. v. 14.04.2011 – Beschw.-Nr. 30060/04 – (J. /J. Deutschland) Abs. 46 ff. und EGMR Urt. v. 07.06.2012 – Beschw.-Nr. 61827/09 – (K. /J. Deutschland) Abs. 82 f.; krit. dazu Hörnle FS Rissing-van Saan 2011 S. 239, 243 f..
- 17 Vgl. nur: Eschelbach NJW 2010, 2499; Frommel NK 2010, 82; Peglau jurisPR-StrafR 1/2010 Anm. 2; Pollähne KJ 2010, 255.
- 18 BT-Drs. 17/3403 S. 33.
- 19 EGMR Urt. v. 13.01.2011 – Beschw.-Nr. 6587/04 – (H. /J. Deutschland) Abs. 84 ff.
- 20 EGMR Urt. v. 19.04.2012 – Beschw.-Nr. 61272/09 – (B. /J. Deutschland) Abs. 72 ff.
- 21 EGMR Urt. v. 07.06.2012 – Beschw.-Nr. 61827/09 – (K. /J. Deutschland) und EGMR Urt. v. 07.06.2012 – Beschw.-Nr. 65210/09 – (G. /J. Deutschland).
- 22 EGMR Urt. v. 24.06.1982 – Beschw.-Nr. 7906/77 – (v. Droogenbroeck /J. Belgien)

- Abs. 40; BVerfG Beschl. v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11 – Rdn. 108.
- 23 BVerfG Beschl. v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11 – Rdn. 99 ff.; ebenso auch: Peglau/Rissing-van Saan in: LK-StGB 12. Aufl. § 66a Rdn. 16 und Hörnle FS Rissing – van Saan 2011 S. 239, 252 m.w.N. auch zur Gegenansicht.
- 24 Vgl. Koller DRiZ 2011, 127, 132; Peglau juris-PR-StrafR 17/2012 Anm. 1.
- 25 Skeptisch: Hörnle FS Rissing-van Saan 2011 S. 239, 251 f.; ablehnend u.a.: Kinzig NJW 2011, 177, 179 f.
- 26 BVerfG NJW 2011, 1931, 1941.
- 27 BVerfG Beschl. v. 08.06.2011 – 2 BvR 2846/09.
- 28 BVerfG NJW 2011, 1931, 1943 f.; BVerfG Beschl. v. 08.06.2011 – 2 BvR 2846/09; krit.: Peglau NJW 2011, 1924, 1925.
- 29 BVerfG Beschl. v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11 – Rdn. 73 ff.
- 30 BVerfG Beschl. v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11 – Rdn. 81 ff.
- 31 BVerfG Beschl. v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11 – Rdn. 125.
- 32 BVerfG Beschl. v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11 – Rdn. 82.
- 33 BGH NStZ 2007, 401; BGH NStZ-RR 2005, 337.
- 34 Vgl. Freund GA 2010, 193, 204.
- 35 Vgl. Peglau FS Rissing-van Saan 2011 S. 437, 449.
- 36 BVerfG Beschl. v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11 – Rdn. 82.
- 37 Vgl. näher: Peglau FS Rissing-van Saan 2011 S. 437, 449.
- 38 Von einer Ausformulierung wurde aus Platzgründen abgesehen.
- 39 BVerfG NJW 2011, 1931, 1938.
- 40 BT-Drs. 17/9874 S. 2 und 22; vgl. auch schon Kreuzer StV 2011, 122, 130f. sowie Höffler/Kaspar ZStW 2012, 87, 129.
- 41 Vgl. Kreuzer StV 2011, 122, 127.
- 42 Vgl. BT-Drs. 17/9874 S. 23 und Rissing-van Saan/Peglau in: LK-StGB 12. Aufl. § 67c Rdn. 56; Caspari DRiZ 2006, 72, 73.
- 43 Vgl. schon: Caspari DRiZ 2006, 72, 73.
- 44 So aber z.B. Hörnle FS Rissing-van Saan 2011 S. 239, 257; vgl. auch die Argumentation in BGH NJW 2005, 2022, 2023.
- 45 Begangene Straftaten sind auch ein wesentliches Kriterium bei der Gefährlichkeitsprognose, vgl. Rissing-van Saan/Peglau in: LK-StGB 12. Aufl. § 66 Rdn. 214 ff.
- 46 BVerfG NJW 2004, 750, 757.
- 47 Vgl. zuletzt: BGH Urt. v. 07.08.2012 – 1 StR 98/12.
- 48 Caspari DRiZ 2006, 72, 73; Peglau FS Rissing – van Saan 2011 S. 437, 448.
- 49 Vgl. u.a. Drenkhahn/Morgenstern ZStW 2012, 132, 199; Müller NK 2012, 54, 56 f..
- 50 Dies wird auch von Hörnle NStZ 2011, 488, 492 als Vorteil angesehen.
- 51 Vgl. BVerfG NJW 2011, 1931, 1938, 1940; ferner: Höffler/Kaspar ZStW 2012, 87, 129.
- 52 Freund GA 2010, 193, 205; Peglau FS Rissing-van Saan 2011 S. 437, 445.
- 53 Caspari DRiZ 2006, 72 f.; Freund GA 2010, 193, 205.
- 54 Peglau FS Rissing-van Saan 2011 S. 437, 440.
- 55 Freund GA 2010, 193, 202; Radtke GA 2011, 636, 638 ff., 648 ff.; krit. auch Höffler/Kaspar ZStW 2012, 87, 128.
- 56 Baltzer KritV 2011, 38, 44 ff.; Ullenbruch StraFo 2010, 438, 442 ff.
- 57 Frommel NK 2010, 82, 83; Kreuzer/Bartsch GA 2008, 655 ff.; Zabel JR 2011, 467, 473.
- 58 Peglau FS-Rissing – van Saan 2011 S. 437, 447.
- 59 Freund GA 2010, 193, 204 ff.
- 60 Vgl. Schöch NK 2012, 47, 53.
- 61 BVerfG NJW 2011, 1931, 1944.

## Was bedeutet uns heute noch Franz von Liszt?

### Besprechungsaufsatz zur Dissertation von Theresa Stäcker, Die Franz von Liszt-Schule und ihre Auswirkungen auf die deutsche Strafrechtsentwicklung, Nomos 2012.

Monika Frommel

Die von Heribert Ostendorf betreute Kieler Dissertation ist eine Fundgrube für an Strafrecht, Kriminologie und Strafrechtsgeschichte Interessierte. Zu ihrer Überraschung finden Leser zwei Bücher unter einem Buchdeckel. Das erste ist historisch angelegt und behandelt auf 150 Seiten die kriminalpolitischen Vorstellungen Franz von Liszts (1851-1919). Es folgen Autoren, die hier als „Liszt-Schule“ zusammengefasst werden. Auf S.170-410 präsentiert Theresa Stäcker dann sehr viel ausführlicher die Probleme der Gegenwart. Dargestellt wird die Kriminalpolitik nach 1949. Sie wird chronologisch abgehandelt und in Phasen aufgeteilt. Die einzelnen Phasen werden typisiert, wobei sie die Typisierungen Ostendorf, *Bewährungshilfe* 2006, S. 26ff. entnimmt. Ziel ist eine *Bewertung* der gegenwärtigen gesetzgeberischen Aktivitäten. Der *Maßstab* ist eine Liszt-Rezeption, die in etwa dem entspricht, was Claus Roxin in der Aufbruchstimmung 1969 formuliert hat: Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafen und Beschränkung des Strafrechts auf Rechtsgüterschutz. Damals war es ein Generationenwechsel, der einen Neuanfang ermöglichte und Hoffnungen weckte, heute schauen die Enkel der Reformen etwas resigniert zurück. Es ist also eine nostalgische Liszt-Rezeption, die uns in diesem Buch begegnet. Sie soll ausführlich besprochen werden, weil die Ambivalenz dieser Autorin sehr typisch ist für die Gegenwart.

#### *Gibt es eine Liszt-Schule?*

Rechtsgeschichte hat sich spät von der Dogmengeschichte emanzipiert, sodass in Deutschland immer noch ein ideengeschichtlicher Ansatz dominiert. Zu diesem Typus von Rechtsgeschichte gehört auch diese Arbeit. Die Folge sind oft holzschnittartige Konstruktionen wie etwa die Annahme, durch Franz von Liszt sei die Vergeltungsstrafe durch den Zweckgedanken ersetzt worden oder gar die Orientierung des RStGB an der Tat<sup>1</sup> durch eine Täterorientierung<sup>2</sup>. Derartige Konstruktionen sind unsinnig und befördern Legendenbildungen. Etwas realistischer sind die zurzeit gegensätzlichen Bewertungen: Claus Roxin<sup>3</sup> betonte 1969, anlässlich des 50. Todestages, die Nähe der sozial-liberalen Reform zu diesem kulturellen Erbe. Zwanzig Jahre später formulierte Wolfgang Naucke<sup>4</sup> 1982 eine radikale Kritik am „Zweckgedanken“ und zeigte die autoritäre Rückseite der scheinbar glänzenden Oberfläche. Angesichts dieser Gegensätze wäre es einfacher gewesen, der historische Teil dieser Arbeit hätte sich an beschreibbaren Phänomenen orientiert, wie etwa der Gründung zweier programmatischer Fachzeitschriften, die es immer noch gibt, einmal der Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 1882, zum anderen die Gründung der Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1904. Dann hätte man den Beginn eines neuen disziplinären Selbstverständnisses um 1900 mit allen Vor- und