

## Fazit

Die Vortragsveranstaltung profitierte von der sehr gelungenen Mischung aus Theorie und Praxis, mit denen bekanntlich oft zwei Welten aufeinanderprallen. Bei dieser Konferenz vereinten sich diese Welten, weil sich die Referenten hervorragend ergänzten. Die exzellenten Vorträgen der beiden Wissenschaftler, Herrn Sokolowski und des renommierten Prof. Zoll, wurden durch die praxisorientierten, sehr anschaulichen Ausführungen von Herrn Lukow aus der Sicht der Kreditinstitute mit detailliertem Wissen aus verschiedenen Ländern Europas untermauert. Herr Dr. Liebischer schilderte das spezifische Rechtsproblem einer GmbH in der Krise und dessen Folgen in der Insolvenz, ein Thema, das sehr spannend sowie praxisbezogen erläutert wurde. Je-

der Vortrag war sehr differenziert konzipiert, die Referenten beschäftigten sich kritisch mit den Vor- und Nachteilen der dinglichen Sicherheiten.

Wie auffällig oft das Wort „Flexibilität“ im Lauf der Vorträge verwendet wurde, zeigt die Bedeutung der Anpassungsfähigkeit der Vorschriften an die sich schnell ändernden wirtschaftlichen Verhältnisse. Die Änderungen des polnischen Gesetzes über Grundbücher und Hypotheken sind im Großen und Ganzen zu begrüßen, da sie den neuen Anforderungen der Wirtschaft besser entsprechen. Die Regelung der Reallast im deutschen Recht scheint dagegen nicht mehr zeitgemäß zu sein.

Für die Organisation und Vorbereitung der Konferenz gilt Herrn Dr. Jan Schürmann und Frau Vizekonsulin Monika Lipinska besonderer Dank.

# Das deutsche Strafsanktionensystem in der Krise: Die Diskussion um die Sicherungsverwahrung

MICHAEL KUBICIEL

Das deutsche Strafrecht kennt zwei Typen von Rechtsfolgen: Die Strafe ist nach Auffassung des BVerfG eine „repressive Übelzufügung als Reaktion auf schuldhaftes Verhalten“,<sup>1</sup> die ein „mit staatlicher Autorität versehenes soziales Unwerturteil“,<sup>2</sup> enthält. Als „Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit“,<sup>3</sup> hat die Strafe mithin einen retrospektiven Blickwinkel: Sie erfasst die begangene Straftat als das Werk einer Person, der deshalb ein Schuldvorwurf gemacht werden kann<sup>4</sup>. Die zweite Spur der Rechtsfolgen, die Maßregeln der Besserung und Sicherung, dienen hingegen – prospektiv – dem Schutz der Gesellschaft<sup>5</sup>. Rechtsstaatlich heikel ist ein besonderer Teil der zweiten Spur: die Sicherungsverwahrung gefährlicher Täter<sup>6</sup>. Sie ist durch mehrere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in den Fokus der Rechtspolitik geraten.

## 1. Widerspruch zwischen Theorie und Praxis

Ausgangspunkt der gegenwärtigen Diskussion war eine Individualbeschwerde vor dem EGMR gegen die Bundesrepublik Deutschland. Gegenstand der Beschwerde war die Möglichkeit, die Sicherungsverwahrung auch dann anzuordnen, wenn nach der Verurteilung des Täters Tatsachen erkennbar geworden sind, „die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen.“ (§ 66b Abs. 1 StGB). Der EGMR hat in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 2009<sup>7</sup> gerügt, in diesen Fällen fehle der notwendige Kausalzusammenhang zwischen der ursprünglichen Verurteilung des Täters und der während der Haft angeordneten nachträglichen Sicherungsverwahrung. Damit verstoße das deutsche Recht gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit)<sup>8</sup>. Der Gerichtshof hat darüber hinaus eine Verletzung des Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK festgestellt.

1. So BVerfGE 109, 133, 173 ff.; 105, 135, 153; BVerfG StV 2006, 574, 575; BVerfG NJW 2005, 2140, 2141. Dass das Wesen der Strafe in der „Vergeltung durch Zufügung eines Strafübels“, liege, wird bereits betont in BVerfGE 22, 125, 132; 27, 36, 42.
2. BVerfG (Fn. 1), Rn. 355. Ferner BVerfGE 92, 277, 329, 333; 90, 145, 172, 88, 203, 258. An diesem soziales Unwerturteil soll es dem Bürgelid fehlen, statt vieler Göhler/Gürtler OWiG, 15. Aufl. 2009, Vor § 1 Rn. 9, 30.
3. BVerfGE 109, 133, 168. S. aber auch die stark präventionstheoretisch gefärbten Ausführungen in BVerfGE 45, 187, 253 ff. Das BVerfG hat den Vergeltungsgeanken indes stets als verfassungsgemäß anerkannt, s. BVerfGE 64, 261, 271; 95, 96, 140.
4. Näher Kubiciel, GA 2009, 99, 109 ff.; ders., ZStW 118 (2006), 44, 60 ff.
5. Statt aller Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 4. Aufl., 2006, § 1 Rn. 3; Wessels/Beulke AT, 34. Aufl. 2010, Rn. 11.
6. Dazu Jakobs, in: Koritsch u. a. (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, S. 69, 82; Köhler, Festschrift für Günter Jakobs, 2007, S. 273 ff.
7. EGMR, NIW 2010, 2495. Dazu Möller, ZRP 2010, 153 ff.; s. ferner Müller, StV 2010, 207 ff. S. schließlich die Anschlussentscheidung EGMR vom 13. Januar 2011, Beschwerdenummer 17792/07, Kallweit/L. Bundesrepublik.
8. EGMR (Fn. 7) Rz. 92 ff.

Dieser Artikel verbietet eine Verurteilung zu einer Strafe, die schwerer ist als die zur Tatzeit angedrohte. Das Argument der deutschen Regierung, bei der Sicherungsverwahrung handele es sich nicht um eine Strafe, sondern ein Präventionsinstrument, ließ der EGMR nicht gelten<sup>9</sup>: Im Hinblick auf die Art und Weise der Unterbringungen sei augenfällig, dass Sicherungsverwahrte in regulären Strafvollzugsanstalten, wenn auch in separaten Abteilungen, untergebracht seien. Die „geringfügigen Änderungen“, der Vollzugsgestaltung im Vergleich zu Strafgefangenen könnten nicht darüber hinwegtäuschen, dass es keinen wesentlichen Unterschied zwischen dem Vollzug einer Freiheitsstrafe und dem Vollzug einer Sicherungsverwahrung gebe. Dies werde auch dadurch veranschaulicht, dass im Strafvollzugsgesetz sehr wenige Bestimmungen existierten, die sich speziell mit dem Vollzug von Sicherungsverwahrungsanordnungen befassen. Zudem fehlten „konkrete Maßnahmen, Instrumente oder Einrichtungen“, die zum Ziel haben, „die von den Sicherungsverwahrten ausgehende Gefahr zu verringern und damit ihre Haft auf die Dauer zu beschränken, die unbedingt erforderlich ist, um sie von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten.“ Mit einem Wort: Die Realität der Vollzugsanstalten wurde der Theorie von der Zweispurigkeit nicht gerecht. Daher musste entweder die Straftheorie an die Praxis oder die Vollzugspraxis an die Theorie angepasst werden<sup>10</sup>.

## 2. Die Entscheidung des BVerfG vom 4. Mai 2011

Der Deutsche Bundestag hat es mit einer Anpassung des Rechts versucht und im Jahr 2010 das „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“,<sup>11</sup> verabschiedet, das am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Der Anwendungsbereich der primären Sicherungsverwahrung gemäß § 66 StGB wurde wesentlich enger gefasst, die vorbehaltene Sicherungsverwahrung in § 66a StGB erweitert und die nachträgliche Sicherungsverwahrung gestrichen. Die neuen Vorschriften sind allerdings gemäß Art. 316e Abs. 1 EGStGB nur anzuwenden, wenn die Tat oder mindestens eine der Taten, wegen deren Begehung die Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten werden soll, nach dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Januar 2011 begangen wurde; für zuvor begangene Taten gilt das bisherige Recht weiter. Darüber hinaus trat am 1. Januar 2011 das Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter in Kraft (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG). Gemäß § 1 ThUG kann die Unterbringung einer Person in einer geeigneten geschlossenen Einrichtung angeordnet werden, wenn diese nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden kann, weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist. Weitere Voraussetzung der Unterbringung ist, dass die Person an einer psychischen Störung leidet, mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben, die

körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person erheblich beeinträchtigen wird und die Unterbringung aus diesem Grund zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich ist. Die Unterbringung soll nach § 2 ThUG in einer räumlich und organisatorisch vom Strafvollzug getrennten Einrichtung vollzogen werden, die medizinisch-therapeutisch ausgerichtet sein und eine angemessene Behandlung der psychischen Störung auf der Grundlage eines individuell zu erstellenden Behandlungsplans und mit dem Ziel einer möglichst kurzen Unterbringungsdauer gewährleisten soll.

Dem BVerfG geht diese Reform nicht weit genug. In seiner Entscheidung vom 4. Mai 2011 hat es sämtliche Vorschriften zur Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt<sup>12</sup>. Es geht dabei über die vom EGMR vorgenommenen Wertungen, die nach Auffassung des BVerfG die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung präzisieren, noch hinaus. Ausgangspunkt des höchsten deutschen Gerichts ist der Grundsatz, die Sicherungsverwahrung müsse sich von einer Strafe qualitativ unterscheiden. Nach der Konzeption des zweispurigen Sanktionensystems diene der Freiheitsentzug des Sicherungsverwahrten nicht der Vergeltung zurückliegender Rechtsgutsverletzungen, sondern der Verhinderung zukünftiger, nicht sicher prognostizierbarer Straftaten. Der in der Sicherungsverwahrung liegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht sei deshalb äußerst schwerwiegend, weil er ausschließlich präventiven Zwecken diene und dem Betroffenen im Interesse der Allgemeinheit gleichsam ein „Sonderopfer“, auferlege. Die Sicherungsverwahrung könne daher nur dann gerechtfertigt werden, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Ausgestaltung dem besonderen Charakter des in ihr liegenden Eingriffs hinreichend Rechnung und dafür Sorge trage, dass über den unabdingbaren Entzug der Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden. Dem müsse durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden, der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Unterbrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich mache. Gemäß diesem sog. Abstandsgebot<sup>13</sup> zwischen Strafe und Sicherungsmaßregel sei die Freiheitsentziehung so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimme. Hierzu bedürfe es eines freiheitsorientierten Gesamtkonzepts der Sicherungsverwahrung mit klarer therapeutischer Ausrichtung auf das Ziel, die von dem Unterbrachten ausgehende Gefahr zu minimieren und auf diese Weise die Dauer der Freiheitsentziehung auf das unbedingt erforderliche Maß zu reduzieren.

Das BVerfG nennt einige Mindestbedingungen, denen die Sicherungsverwahrung künftig genügen muss<sup>14</sup>. Schon während des Strafvollzugs müssten alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um die Gefährlichkeit des Verurteilten zu reduzieren, wenn eine Sicherungsverwahrung in Betracht komme. Insbesondere sei zu gewährleisten, dass gegebenenfalls erforderliche psychiatrische, psycho- oder sozialthera-

9 EGMR (Fn. 5) Rn. 127 ff.

10 Zum grundlegenden Reformbedarf Kinzig, NSStZ 2010, 233, 239; Laekner/Kuht, StGB, 27. Aufl. 2011, § 66b Rn. 1.

11 Vom 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2300.

12 BVerfG 2 BvR 2365/09 u. a. v. 4. Mai 2011, Rz. 101 f.

13 Dazu bereits BVerfGE 109, 133, 166.

14 BVerfG (Fn. 11), Rz. 112 ff.

peutische Behandlungen zeitig begännen, mit der gebotenen hohen Intensität durchgeführt und möglichst vor dem Strafe abgeschlossen würden. Zudem müsse zu Beginn des Vollzugs der Sicherungsverwahrung unverzüglich eine umfassende, modernen wissenschaftlichen Anforderungen entsprechende Behandlungsuntersuchung stattfinden und ein Vollzugsplan erstellt werden, aus dem sich detailliert ergebe, ob und gegebenenfalls mit welchen Maßnahmen vorhandene Risikofaktoren minimiert oder durch Stärkung schützender Faktoren kompensiert werden können, um die Gefährlichkeit des Untergebrachten zu mindern. Umzusetzen sei er durch eine individuelle und intensive Betreuung des Untergebrachten durch ein multidisziplinäres Team qualifizierter Fachkräfte. Auch müsse, wie vom EMRK gefordert, die Gestaltung des äußeren Vollzugsrahmens dem spezialpräventiven Charakter der Sicherungsverwahrung Rechnung tragen und einen deutlichen Abstand zum regulären Strafvollzug erkennen lassen. Das Leben im Maßregelvollzug sei daher den allgemeinen Lebensverhältnissen anzupassen, soweit Sicherheitsbelange dem nicht entgegenstünden. Dies erfordere zwar eine vom Strafvollzug getrennte Unterbringung in besonderen Gebäuden oder Abteilungen, aber keine vollständige räumliche Ablösung vom Strafvollzug. Schließlich müsse gewährleistet sein, dass die Fortdauer der Sicherungsverwahrung in mindestens jährlichen Abständen gerichtlich überprüft wird.

Dem Gesetzgeber obliegt es nun, bis Ende Mai 2013 unter Berücksichtigung dieser Bausteine ein Regelungskonzept für eine moderne Sicherungsverwahrung zu entwickeln. Das BVerfG betont, dass der Gesetzgeber nicht auf ein bestimmtes Konzept festgelegt sei. Er verfüge vielmehr über einen Gestaltungsspielraum, den er unter Verwertung aller ihm zu Gebote stehenden Erkenntnisse auszufüllen habe<sup>15</sup>.

### 3. Ausländisches Recht als Erkenntnisquelle

Zu den Erkenntnisquellen zählen auch die Rechtsordnungen anderer Länder. Zwar begegnet uns die – auf den Schweizer Strafrechtswissenschaftler Carl Stooss zurückgehende – Zweispurigkeit der strafrechtlichen Sanktionen unter anderem auch in den Rechtsordnungen Österreichs, Dänemarks, Italiens, der Slowakei und der Schweiz<sup>16</sup>. Doch lassen sich in diesen teils erhebliche Unterschiede bei der Ausgestaltung der Zweispurigkeit feststellen. Zudem existiert zur Zweispurigkeit auch ein radikaler Gegenentwurf: das einspurige Sanktionenrecht. So kennt das Strafrecht des Vereinigten Königreichs keine besonderen Sicherungsverwahrungssysteme, sondern berücksichtigt die Gefährlichkeit der Straftäter vielmehr bei der Bemessung der Strafe und deren Vollstreckung<sup>17</sup>. Nach meiner Überzeugung bedarf es keines Systemwechsels zur Einspurigkeit. Dies zeigt uns auch der Blick auf die USA. Dort kennen manche Bundesstaaten die Möglichkeit, gefährliche Täter wie namentlich Sexualstraftäter nach Verbüßung der Freiheitsstrafe unter der Obhut der

Gesundheitsbehörden festzuhalten. Unter dieser Obhut wird ihnen eine adäquate psychiatrische Behandlung angeboten und regelmäßig – im Abstand von einem Jahr – durch einen Richter geprüft, ob die Inhaftierungsvoraussetzungen nach wie vor gegeben sind<sup>18</sup>. Eine solche Regelung – der Kansas' Sexual Violent Predator Act – ist 1997 vom US Supreme Court unter denselben Gesichtspunkten überprüft worden wie die deutsche Sicherungsverwahrung durch den EGMR. Anders als die deutsche Regelung hat die amerikanische – wegen ihrer therapeutischen Ausrichtung – den Test bestanden: Der Supreme Court hat das Gesetz Kansas' mit überzeugender Begründung für verfassungsgemäß erachtet<sup>19</sup>. Es handelt sich mithin um eine jener Erkenntnisquellen, mit deren Hilfe der deutsche Gesetzgeber die Stellschrauben ausmachen kann, deren Veränderung eine Generalrenovierung des deutschen Sanktionensystems unnötig werden lässt.

### 4. Rückblick auf die Entscheidung des BVerfG

Der rechtsvergleichende Blick schärft also nicht nur das Bewusstsein für die Besonderheiten des eigenen Systems. Er zeigt auch mögliche Alternativen mit ihren Vorzügen und Schwächen. In diesem Sinne ist auch der nachstehende Aufsatz von Dr. Piotr Goralski (Breslau) zu verstehen. Er gibt nicht nur einen Einblick in das polnische Sanktionensystem. Er kann auch als Beitrag zur deutschen Debatte verstanden werden. Denn das dort vorgestellte Maßregelsystem Polens ist von einem therapeutischen Zug gekennzeichnet, den das BVerfG nun auch im deutschen Maßregelrecht stärker betont sehen will. Eben dieser primär therapeutische Zugang hat sich im polnischen Recht aber als zu einseitig erwiesen. Er lässt nämlich eine entscheidende Frage unbeantwortet: was mit jenen Personen geschehen soll, die entweder nicht besserungswillig oder nicht besserungsfähig sind. Dieser Aspekt ist auch in der Entscheidung des BVerfG zu kurz gekommen. Bei aller Sympathie für das in der Entscheidung des BVerfG vorgetragene Freiheitspathos sollte daher nicht vergessen werden, dass der Ahnherr der Spezialprävention, Franz von Liszt, neben die positive Spezialprävention – Resozialisierung – auch eine negative Spezialprävention – Sicherung – stellte<sup>20</sup>. Auch die zweite Spur des Sanktionenrechts – das Maßregelrecht – muss also zweispurig sein. Anderenfalls verlagerte man das „Sonderopfer“, vom potenziellen Täter auf dessen potenzielles Opfer.

#### ÜBER DEN AUTOR

Dr. Michael Kubiciel, Wiss. Ass. und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie der Universität Regensburg. Der Text beruht auf dem Eröffnungsreferat zu einer strafrechtsvergleichenden Tagung an der Universität Regensburg am 9. Juni 2011. S. dazu auch das nachstehend abgedruckte Referat von Dr. Piotr Goralski.

- 15 BVerfG (Fn. 11) Rz. 110.
- 16 S. den rechtsvergleichenden Überblick bei Goralski, DPJZ 2011, 33, 34 ff.
- 17 Vgl. Blau, Festschrift für Hans Joachim Schneider, 1998, S. 759, 765 f.
- 18 S. beispielsweise den Kansas' Sexual Violent Predator Act.
- 19 521 U.S. 346, 117 S.Ct. 2072 (1997).
- 20 Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht. In: Thomas Vormbaum (Hrsg.), Strafrechtsdenker der Neuzeit, Baden-Baden 1998, S. 466, 476 ff.