

## Warum das "Abstandsgebot" die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann: zugleich ein Beitrag zu den Aporien des zweispurigen Sanktionensystems

Katrin Höffler, Johannes Kaspar

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Höffler, Katrin, and Johannes Kaspar. 2012. "Warum das 'Abstandsgebot' die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann: zugleich ein Beitrag zu den Aporien des zweispurigen Sanktionensystems." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 124 (1): 87–131. <https://doi.org/10.1515/zstw-2012-0004>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

#### Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Prof. Dr. Katrin Höffler und Prof. Dr. Johannes Kaspar

# Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann

Zugleich ein Beitrag zu den Aporien der Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionssystems

**Katrin Höffler:** Juniorprofessorin für Kriminologie und Strafrechtspflege an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

**Johannes Kaspar:** Professor an der Universität Augsburg (Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie)

## I. Die Sicherungsverwahrung „aus der Spur“?

Das deutsche System der strafrechtlichen Sanktionen ist bekanntlich „zweispurig“ strukturiert. Die in § 61 StGB aufgezählten Maßregeln sollen allein der Vorbeugung zukünftiger Straftaten dienen, soweit möglich durch Einwirkung auf den Täter oder schlicht durch seine sichernde Verwahrung. Allerdings ist diese (in historischer Perspektive sowie im internationalen Vergleich keineswegs selbstverständliche<sup>1</sup>) Struktur nicht unumstritten. Im Gegenteil hat sich mit der Fortentwicklung der Diskussion über den Sinn und Zweck strafrechtlicher Sanktionen zwangsläufig nicht nur die Frage der Legitimation von Strafen und Maßregeln, sondern auch diejenige ihrer Abgrenzbarkeit immer wieder neu gestellt. *Schüler-Springorum* brachte dies auf die pointierte Formel, wonach von zwei getrennten Spuren „keine Spur“ zu erkennen sei<sup>2</sup>. Ganz aktuell ist das zweispurige System vor allem im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Sicherungsverwahrung erneut in der Diskussion. Der Gerichtshof hat die Sicherungsverwahrung als „Strafe“ im Sinne der Menschenrechtskonvention qualifiziert und auf dieser Grundlage die Unvereinbarkeit einer nachträglichen Verhängung bzw. Verlängerung mit Art. 7 Abs. 1 EMRK begründet<sup>3</sup>. Während der EGMR also offenbar zumindest in Bezug

<sup>1</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 4. Aufl. 2006, 3/71.

<sup>2</sup> *Schüler-Springorum*, Festschrift für Roxin, 2001, S. 1021.

<sup>3</sup> Siehe näher unten S. 95 ff.

auf die Sicherungsverwahrung zwei getrennte Spuren nicht erkennen kann, hat das Bundesverfassungsgericht in einer aufsehenerregenden Entscheidung aus dem Jahr 2011 andere Akzente gesetzt<sup>4</sup>. Es verwirft einerseits die existierenden Regelungen zur Sicherungsverwahrung in weiten Teilen als verfassungswidrig und mahnt bis längstens 2013 eine Neuregelung durch den Gesetzgeber an. Es betont andererseits sehr stark das sogenannte „Abstandsgebot“, das eine klare und akzentuierte Unterscheidbarkeit von Strafe und Sicherungsverwahrung verlange. Die Trennungsgräben zwischen den beiden Spuren sollen also nicht eingeebnet, sondern sozusagen weiter ausgehoben werden. Es ist nicht übertrieben, wenn man das Abstandsgebot als die zentrale Argumentationsfigur der Entscheidung bezeichnet, gleich einer „Zauberformel“, mit der das Bundesverfassungsgericht sowohl verfassungs- als auch konventionsrechtliche Bedenken zerstreuen will. Das rechtfertigt es, die rechtlichen Grundlagen sowie die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Inhalte des Abstandsgebots genauer zu untersuchen. Wie im folgenden Beitrag gezeigt wird, sind bereits die Herleitung des Abstandsgebots durch das Bundesverfassungsgericht und die dabei zugrunde gelegten straftheoretischen Prämissen diskussionswürdig. Letztlich kann nach Ansicht der Autoren die Betonung der Unterschiede der beiden Sanktionsspuren die Aporien des Systems nicht befriedigend auflösen und birgt umgekehrt sogar praktische Gefahren für die Zukunft des Resozialisierungs-Strafvollzugs. Das soll im Folgenden näher begründet werden (unten III.), wobei zunächst die eben nur skizzierte These einer „Krise“ des zweispurigen Systems etwas genauer anhand von drei Krisensymptomen untermauert werden soll (sogleich II.).

## II. Die Krise des zweispurigen Systems am Beispiel der Sicherungsverwahrung

Als Krisensymptome lassen sich zunächst die bewegte, zum Teil geradezu hektisch wirkende Gesetzgebungsgeschichte<sup>5</sup> (unten 1.) sowie die – damit zusammenhängende – mehrfache Befassung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mit Fragen der Sicherungsverwahrung (unten 2.) anführen. Zugleich wird gerade in Bezug auf die

4 BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a.; siehe dazu u. a. Hörnle, NStZ 2011, 488 ff.; Kreuzer/Bartsch, StV 2011, 472 ff.; Pfister, in: Nedopil (Hrsg.), Die Psychiatrie und das Recht, 2011, S. 58 ff.; Streng, JZ 2011, 827 ff.; Schöch, GA 2011, 14 ff.

5 Vgl. nur Jung, GA 2010, 639.

Sicherungsverwahrung die klare Abgrenzbarkeit von Strafen und Maßregeln als Voraussetzung des zweispurigen Systems bezweifelt (unten 3.).

## 1. Die Gesetzgebungsgeschichte als Krisensymptom

Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. 11. 1933<sup>6</sup> schuf das Instrument der Sicherungsverwahrung gemeinsam mit den übrigen Maßregeln der Besserung und Sicherung; die damit verbundene Etablierung des sogenannten dualen Systems war im Vorfeld heftig diskutiert worden<sup>7</sup>, jedoch in allen deutschen Entwürfen<sup>8</sup> zu einem neuen StGB enthalten. Trotz dieses Entstehungszeitpunktes finden sich die Wurzeln des dualistischen Systems an sich daher nicht im nationalsozialistischen Gedankengut<sup>9</sup>, die Maßregeln gründen vielmehr in den Reformplänen der Weimarer Republik<sup>10</sup>. § 42e lautete: „Wird jemand nach § 20a als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt, so ordnet das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert.“

Das 1. Strafrechtsreformgesetz von 1969 hat § 42e umgestaltet; diese Neufassung wurde mit dem 2. Strafrechtsreformgesetz vom 4. 7. 1969 zum 1. 1. 1975 vom Inhalt her unverändert in § 66 StGB übernommen<sup>11</sup>. Intention der Neufassung war, den ultima-ratio-Charakter der Maßregel zu verstärken, da in der Vergangenheit nicht die wirklich gefährlichen Rechtsbrecher, sondern eher Straftäter mit Vermögensdelikten in der Sicherungsverwahrung untergebracht worden waren<sup>12</sup>. Es wurden unter anderem die materiellen Voraussetzungen erhöht (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB) und die erstmalige Vollstreckung auf 10 Jahre begrenzt (§ 67d

---

<sup>6</sup> RGBl. I S. 995.

<sup>7</sup> Sog. Schulenstreit, vgl. *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1965, S. 386 ff.

<sup>8</sup> Insbesondere Entwürfe 1922, 1925, 1927, 1930; hierzu *Schöch*, in: LK, 12. Aufl. 2007, Vor § 61 Rdn. 7, der darauf hinweist, dass die Ausgestaltung bezüglich Art und Zahl der Maßregeln in den einzelnen Entwürfen differierte. Dargestellt auch bei BVerfG NJW 2004, 750, 751.

<sup>9</sup> Hierzu auch *Dessecker*, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht, 2004, S. 89 ff., der zwischen Normtext und Anwendung unterscheidet; siehe auch *Schöch* (Anm. 8), Rdn. 8 und *ders.*, Festschrift für Roxin, 2011, S. 1196, der darauf hinweist, dass die Sicherungsverwahrung in der Zeit des Nationalsozialismus exzessiv praktiziert wurde; zur Anordnungshäufigkeit differenzierend *Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 19.

<sup>10</sup> BVerfGE 2,118; BGH MDR 1951, 33.

<sup>11</sup> Hierzu auch *Rissing-van Saan/Peglau*, in: LK, 12. Aufl. 2008, § 66 Entstehungsgeschichte.

<sup>12</sup> *Hanack*, in: LK, 11. Aufl. 1992, § 66 Rdn. 6; *Bartsch*, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, 2010, S. 32 f. m. w. N.

Abs. 1 Satz 1 StGB a. F.). Seit dem 1. Strafrechtsreformgesetz sind die Zahlen der in der Sicherungsverwahrung Untergebrachten kontinuierlich bis 1996 gefallen, im Anschluss daran zeichnen sich teils deutlich steigende Zahlen ab<sup>13</sup>.

Die medial geprägte „Verarbeitung“ zweier Sexualmorde an Kindern 1996 und 1997 durch rückfällige Sexualtäter<sup>14</sup> und die seit Sommer 1996 beginnenden Berichte über die Ermordung sexuell missbrauchter Kinder lösten eine Welle der Empörung aus und führten zu einem hochsensiblen politischen Klima. Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998 (SexBG)<sup>15</sup> ist hier als Einleitung einer Kette von Gesetzesverschärfungen und Ausweitungen der Maßregel zu sehen<sup>16</sup>; es sollten immer weitere „Lücken“ im System der Sicherungsverwahrung geschlossen werden, obwohl die Zahlen betreffend Tötungsdelikte allgemein und Sexualmorde an Kindern im Speziellen zurückgingen<sup>17</sup>. In § 66 Abs. 3 StGB wurden die formellen Voraussetzungen gelockert sowie die Zehn-Jahres-Höchstfrist bei erstmaliger Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 67d Abs. 3 StGB gestrichen. Im Jahr 2001 verabschiedete Baden-Württemberg als erstes Bundesland ein „Gesetz über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter

**13** Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Fachserie 10, Reihe 41, zuletzt 2011, Tabelle 1.1: (früheres Bundesgebiet) 1965: 902; 1975: 337; 1980: 208; 1985: 190; 1990: 182; 1995: 183; 1996: 176; 2000: 219. Zur weiteren Entwicklung (wobei die Daten zwischen den beiden vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Tabellen differieren): Statistisches Bundesamt, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten am 31. März 2011, Stand: 26. 8. 2011, für die Jahre 2003–2011: 2003: 310; 2004: 324; 2005: 340; 2006: 380; 2007: 415; 2008: 435; 2009: 476; 2010: 524; 2011: 487. Zum Überblick siehe auch die Schaubilder bei *Schöch*, Neue Kriminalpolitik 2012, 47, 48.

**14** 1996 wurde in Bayern die siebenjährige Natalie, 1997 in Niedersachsen die zehnjährige Kim Opfer. Zur alsbald einsetzenden rechtspolitischen Diskussion siehe nur BR-Drucks. 876/96.

**15** BGBl. 1998 I S. 160; dazu *Schöch*, NJW 1998, 1257 ff.; *Hammerschlag/Schwarz*, NSTz 1998, 321; *Ullenbruch*, NSTz 1998, 326.

**16** *Kreuzer*, ZIS 2006, 145 bezeichnet dies als „nicht enden wollenden [...] Trend [...], die Sicherungsverwahrung gegenständlich, zeitlich und prozedural zu entgrenzen“. Das Ergebnis der gesetzgeberischen Aktivitäten wird von ihm als „Flickschusterei“ bezeichnet, siehe *Kreuzer*, StV 2011, 122.

**17** Zu den Sexualmorden an Kindern: Bundesministerium des Innern und Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Periodischer Sicherheitsbericht, 2001, S. 492, Schaubild 5–3; Bundesministerium des Innern und Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, 2006, S. 97, Schaubild 3.1–12, wobei die Fallzahlen allerdings so gering sind, dass man kaum von einem „Trend“ sprechen kann (1970er Jahre: durchschnittlich zehn Fälle pro Jahr; 1980er Jahre: durchschnittlich fünf Fälle pro Jahr, 1990er Jahre: drei pro Jahr; Angaben in circa). Auch aus (wenigen) vorliegenden Daten aus Opferbefragungen folgt, dass ebenso im Dunkelfeld langfristig von einem Rückgang von sexuellen Gewaltdelikten an Kindern auszugehen ist; vgl. Erster Periodischer Sicherheitsbericht (a. a. O.), S. 78, 84 ff.

Straftäter (StrUBG)<sup>18</sup>, welches eine weitere „Sicherheitslücke“ schließen sollte. Es folgten Straftäterunterbringungsgesetze in Bayern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen<sup>19</sup>.

Das Institut der Sicherungsverwahrung hat im weiteren Verlauf eine rasante Entwicklung genommen. Die Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung in § 66a StGB mit Gesetz vom 21. 8. 2002<sup>20</sup> war letztlich die Kompromisslösung<sup>21</sup> einer vorangegangenen Diskussion, in der einige Bundesländer weiterhin eine bundeseinheitliche Regelung durch Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gefordert hatten. Letztere wurde im Jahr 2003 durch Änderung des § 106 JGG<sup>22</sup> gegenüber Heranwachsenden eingeführt und mit Gesetz vom 29. 7. 2004 schließlich durch Schaffung des neuen § 66b StGB auch auf Bundesebene etabliert<sup>23</sup>.

Die Ausdehnung der Sicherungsverwahrung und ihrer neu geschaffenen Arten erfuhr nun zunächst eine Beruhigung; die Rechtsprechung setzte enge Grenzen in der praktischen Anwendung, vor allem gesichert durch das Merkmal der „neuen Tatsachen“. Bereits im Jahr 2007 kam es jedoch durch das „Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung“<sup>24</sup> zu einer neuerlichen Ausdehnung – nachdem weitere „Sicherheitslücken“ ausgemacht waren<sup>25</sup>. Der Gesetzgeber erstreckte die Regelungen zur nachträglichen Sicherungsverwahrung zum einen auf die sog. Altfälle zu § 66 Abs. 3 StGB aus der Zeit vor Inkrafttreten dieser Norm, zum anderen auf solche Fälle, in denen die Anordnung der Sicherungsverwahrung – überwiegend aus Vertrauensschutzgesichtspunkten – zum Urteilszeitpunkt aus rechtlichen Gründen nicht zulässig war, so in den neuen Bundesländern, in denen bis 1. 1. 1995 bzw. 29. 4. 2004 Sicherungsverwahrung nicht angeordnet werden konnte. Schließlich folgte als umstrittenste Erweiterung im Jahr 2008 die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung für nach Jugendstrafrecht Verurteilte<sup>26</sup>, die vor dem Hintergrund des hier ansonsten tra-

---

18 Am 14. 3. 2001; BadWürttGBL 5/2001, 188 f. Hierzu *Würtenberger/Sydow*, NVwZ 2001, 1201; *Jansing*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2004, S. 147 f.

19 Hierzu *Bartsch* (Anm. 12), S. 39 ff.

20 BGBl. I S. 3344.

21 So bezeichnet auch von *Bartsch* (Anm. 12), S. 42.

22 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften v. 27. 9. 2003, BGBl. I S. 3007.

23 BGBl. I S. 1838.

24 V. 17. 4. 2007, BGBl. I S. 513 ff.

25 Einen ausführlichen Überblick gibt hier *Bartsch* (Anm. 12), S. 51 f.

26 Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht v. 12. 7. 2008, BGBl. I S. 1212.

genden Erziehungszwecks sowie aufgrund der besonders drastischen Prognoseprobleme sehr umstritten war<sup>27</sup>.

## 2. Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR – Schlaglichter der Krise

### a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Instrument der Sicherungsverwahrung in seinen unterschiedlichen Ausprägungen musste sich in den letzten Jahren wiederholt einer Prüfung durch die obersten Gerichte unterziehen; im Fokus standen – wegen der Eingriffstiefe der Maßregel in die (Grund-)Rechte des Einzelnen – verfassungsrechtliche Fragen, mit denen sich das Bundesverfassungsgericht in mehreren wegweisenden Entscheidungen befasste. Immer wieder wird die Sorge des Gerichts ablesbar, dass der Grundgedanke der Zweispurigkeit im Sinne einer strikten Trennung durch die hektische Gesetzgebung<sup>28</sup> der vergangenen Jahre verwässert werden könnte. Insofern hat der in der aktuellen Entscheidung vom 4. 5. 2011 besonders betonte „Abstand“ zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung, der unten ausführlich erörtert wird, durchaus eine gewisse Tradition in der Geschichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>29</sup>.

#### aa) Das Urteil vom 5. 2. 2004

Das Urteil vom 5. 2. 2004<sup>30</sup> – als grundsätzliche Entscheidung betreffend die Stellung der Sicherungsverwahrung im zweispurigen System – beschäftigte sich mit der Frage, ob die rückwirkende Aufhebung der Zehn-Jahres-Begrenzung bei erstmaliger Anordnung der Sicherungsverwahrung verfassungsgemäß war.

In einem ersten Schritt setzt sich das Bundesverfassungsgericht mit einem möglichen Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) auseinander<sup>31</sup>;

<sup>27</sup> Zur Diskussion vor der Einführung ausführlich *Alex*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel, 2010, S. 50 ff.

<sup>28</sup> *Kinzig*, NSTZ 2004, 655 bezeichnet die „4. Ausweitung der Sicherungsverwahrung (...) innerhalb von 6 ½ Jahren“ als „einmaligen Vorgang“.

<sup>29</sup> S. dazu unten S. 108 ff.

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2004, 739 m. Anm. *Kinzig*, NJW 2004, 911.

<sup>31</sup> BVerfG NJW 2004, 739–742.

in diesem Zusammenhang betont das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung des Resozialisierungsgrundsatzes auch für die Sicherungsverwahrung, um den Untergebrachten eine „reelle Chance auf Wiedergewinnung ihrer Freiheit einzuräumen“<sup>32</sup>. Das Bundesverfassungsgericht kam damals zu dem Ergebnis, dass die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung diesen Anforderungen entspreche<sup>33</sup>, betonte allerdings die wiederholte Überprüfungspflicht<sup>34</sup>. Weiter befasste es sich mit dem Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG<sup>35</sup>; das Bundesverfassungsgericht verneint einen Verstoß letztlich mit Blick auf gewichtige Schutzinteressen Dritter, solange der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist. In diesem Zusammenhang kommt das Bundesverfassungsgericht zwar wiederholt auf die den Prognosen innewohnende Unsicherheit zu sprechen<sup>36</sup>, leitet daraus aber – unter Nennung von „Mindeststandards“ und Herausarbeitung von formalen Anforderungen – keine Verletzung ab.

Ausführlich beschäftigt sich das Gericht mit dem absoluten Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG; dieses gelte nur für solche „staatlichen Maßnahmen (...)“, die eine mißbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient“. Die Sicherungsverwahrung wird nicht als Strafe in diesem Sinne eingestuft, da sie eine „rein präventive Maßnahme“ darstelle, gleichwohl sie „unmittelbar an eine Anlasstat anknüpft“<sup>37</sup>.

Auch einen Verstoß gegen das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot gem. Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG nimmt das Gericht nicht an. Die damaligen Neuregelungen in § 67 d Abs. 3 StGB i. V. m. Art. 1a Abs. 3 EGStGB wurden als unechte Rückwirkung (i. S. e. tatbestandlichen Rückanknüpfung) eingeordnet; bei der dann vorzunehmenden Abwägung zwischen Individualinteressen des vertrauenden Betroffenen (Freiheitsgrundrecht) und dem vom Gesetzgeber mit der Regelung verfolgten Ziel (Schutz der Grundrechte potenzieller Opfer vor Verletzungen durch potentielle Straftäter) wird Letzteres als überwiegend angesehen<sup>38</sup>.

---

32 BVerfG NJW 2004, 739, 740.

33 BVerfG NJW 2004, 739, 740.

34 BVerfG NJW 2004, 739, 741; hier klingt bereits eine Art „Warnung“ an, dass den Untergebrachten tatsächlich ausreichend Gelegenheit zu Resozialisierung durch Therapie- und Behandlungsoptionen anzubieten sei.

35 BVerfG NJW 2004, 739, 741–744.

36 BVerfG NJW 2004, 739, 742 f.

37 BVerfG NJW 2004, 739, 744.

38 BVerfG NJW 2004, 739, 748 f.



**bb) Das Urteil vom 10. 2. 2004**

Das Bundesverfassungsgericht kam nur wenige Tage später zu einer weiteren Entscheidung in Sachen Sicherungsverwahrung<sup>39</sup>; Gegenstand waren die Verfassungsbeschwerden zweier nach Landesrecht Untergebrachter. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass den Ländern die Gesetzgebungskompetenz fehle, da es sich um Strafrecht i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG handle; der Bundesgesetzgeber habe in diesem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung für den Bereich der Sicherungsverwahrung eben abschließend von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht.

Die Mehrheit von fünf Richtern<sup>40</sup> erklärte das Gesetz nicht für nichtig, sondern bis zum 30. 9. 2004 für anwendbar und gab dem Bundesgesetzgeber durch diese Möglichkeit, eine verfassungskonforme gesetzliche Regelung zu schaffen, einen faktischen Gesetzesauftrag<sup>41</sup>. Der „Schutz vor solchen Verurteilten, von denen auch nach Verbüßung ihrer Freiheitsstrafen schwere Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist“ wurde als „überragendes Gemeinwohlinteresse“ bezeichnet<sup>42</sup>, was einem Fingerzeig für die weitere Entwicklung gleichkommt.

**cc) Der Beschluss vom 23. 8. 2006**

Die 1. Kammer des Zweiten Senats sah § 66 b Abs. 2 StGB – unter sehr knapper Bezugnahme auf die beiden Entscheidungen aus dem Jahr 2004 – als verfassungskonform an<sup>43</sup>. Bei Prüfung des Vertrauensschutzgebotes gem. Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 GG stuft das Gericht auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung gem. § 66 b Abs. 2 StGB als tatbestandliche Rückanknüpfung im Gegensatz zur echten Rückwirkung ein und kommt im Rahmen des Abwägungsprozesses zu einem Überwiegen der gesetzgeberischen Intention (Schutz der Allgemeinheit vor einzelnen hochgefährlichen Straftätern)<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> BVerfG, Urt. v. 10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02.

<sup>40</sup> Die drei abweichenden Richter veröffentlichten ein Sondervotum, BVerfG, Urt. v.

10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Rdn. 190 ff.

<sup>41</sup> Ebenso *Schöch*, Neue Kriminalpolitik 2012, 47, 48.

<sup>42</sup> BVerfG, Urt. v. 10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Rdn. 164.

<sup>43</sup> BVerfG NJW 2006, 3483 ff.

<sup>44</sup> BVerfG NJW 2006, 3483, 3484.

**dd) Der Beschluss vom 22. 10. 2008**

Ähnlich verhielt sich die Vorgehensweise der 2. Kammer des Zweiten Senats bei Auseinandersetzung mit der Vorschrift des § 66 b Abs. 1 Satz 2 StGB; auch hier rekurrierte das Gericht auf die beiden Urteile aus 2004. Die Kammer sah die Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 und 3 GG auf „staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient“<sup>45</sup>. Die Sicherungsverwahrung wurde demgegenüber weiterhin konsequent als präventive Maßnahme angesehen, deren Zweck es sei, die Allgemeinheit zu schützen und nicht „begangenes Unrecht zu sühnen“<sup>46</sup>.

**ee) Der Beschluss vom 5. 8. 2009**

Mit identischer Begründung verneinte das Gericht einen Verstoß von § 66 b Abs. 3 StGB gegen Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbot<sup>47</sup>; interessanterweise stellte die 2. Kammer des Zweiten Senats jedoch damals bei § 66 b Abs. 3 StGB i. V. m. § 67 d Abs. 6 StGB in sogenannten Altfällen im Einzelfall die Möglichkeit der Rückbewirkung von Rechtsfolgen i. S. e. echten Rückwirkung fest. Die Kammer sah eine solche Rückbewirkung von Rechtsfolgen durch das Rechtsstaatsprinzip i. V. m. dem Freiheitsgrundrecht aber nur gehindert, wenn „diese sich zum Nachteil eines betroffenen Grundrechtsträgers auswirkt“. Die Kammer verneinte letztlich eine bedeutende Schlechterstellung des zuvor in der psychiatrischen Anstalt Untergebrachten durch Überweisung in die Sicherungsverwahrung und sah verbleibende Nachteile jedenfalls durch überragende Interessen des Gemeinwohls überwogen<sup>48</sup>.

**b) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte****aa) Das Urteil des EGMR vom 17. 12. 2009<sup>49</sup>**

In seinem Urteil vom 17. 12. 2009 hat der EGMR im Wegfall der früheren Zehn-Jahres-Frist des § 67 d Abs. 3 StGB eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK (Recht

---

<sup>45</sup> BVerfG NJW 2009, 980, 981.

<sup>46</sup> BVerfG NJW 2009, 980, 981.

<sup>47</sup> BVerfG, Beschluss v. 5. 8. 2009, 2 BvR 2098 und 2 BvR 2633/08, Rdn. 21.

<sup>48</sup> BVerfG, Beschluss v. 5. 8. 2009, 2 BvR 2098 und 2 BvR 2633/08, Rdn. 24 ff., insbes. Rdn. 31f.

<sup>49</sup> EGMR, Urt. v. 17. 12. 2009, 19359/04, M. ./.. Deutschland; veröffentlicht unter <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>. Eine ausführliche Besprechung der Entscheidung findet sich u. a. bei

auf Freiheit) und Art. 7 Abs. 1 EMRK (keine Strafe ohne Gesetz) gesehen und dem Beschwerdeführer eine Entschädigung in Höhe von 50.000 EUR für Nichtvermögensschäden gem. Art. 41 EMRK zugesprochen.

In vorliegendem Zusammenhang von besonderem Interesse ist die Feststellung einer Verletzung des in Art. 7 Abs. 1 EMRK normierten Grundsatzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“. Zunächst arbeitet der Gerichtshof heraus, dass gewisse Mindestanforderungen an ein Gesetz, welches eine Straftat bzw. Strafe festlegt, zu stellen sind, insbesondere auch im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit der Rechtsfolgen<sup>50</sup>. Der Gerichtshof nimmt einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK an, also einen Verstoß gegen das Verbot der Verhängung einer schwereren als zur Tatzeit geltenden Strafe<sup>51</sup>.

Entscheidende Frage war hier, ob die Sicherungsverwahrung als „Strafe“ im Sinne der EMRK zu qualifizieren ist oder nicht. Der EGMR betonte in diesem Zusammenhang die autonome Auslegung des Begriffs unabhängig von der nationalen Einordnung und untersucht den Charakter der Sicherungsverwahrung nach Ausgestaltung und Zielsetzung. Bezüglich der Durchführung der Sicherungsverwahrung konnten keine wesentlichen Unterschiede zur Strafe festgestellt werden; es zeige sich in der Vollzugswirklichkeit, dass eben keine andersartigen Einrichtungen und Gestaltungen beim Vollzug der Sicherungsverwahrung in Deutschland bestehen. Auch bezüglich der Zielsetzung stellte der EGMR Überschneidungsbereiche von Strafe und Sicherungsverwahrung fest<sup>52</sup>. Hervorzuheben ist die Bemerkung des Gerichtshofs, dass die unbegrenzte Dauer der Sicherungsverwahrung als zusätzliche Strafe angesehen werden könne<sup>53</sup>. Auch formale Kriterien, wie die einheitliche Zuständigkeit der Vollstreckungsgerichte für die Vollstreckung von Strafe und Sicherungsverwahrung, wurden berücksichtigt<sup>54</sup>. Die Schwere der Maßregel durch die Dauer der Verwahrung wird ebenso einbezogen. Letztlich kommt der Gerichtshof in der Gesamtschau zu dem Ergebnis, dass die Sicherungsverwahrung als Strafe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK einzustufen ist. Der Gerichtshof betont dann folgerichtig, dass die

---

Kinzig, NStZ 2010, 233; Laue, JR 2010, 198 ff. Eine Betrachtung in Gesamtschau mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 5. 2. 2004, Az. 2 BvR 2029/01 = BVerfGE 109, 133 erfolgte durch Müller, StV 2010, 207. Zu anstehenden Reformen im Gefolge Frommel, Neue Kriminalpolitik 2010, 82; Kreuzer, Neue Kriminalpolitik 2010, 89.

50 EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009, 19359/04, Absatz 119.

51 EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009, 19359/04, Absatz 123.

52 EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009, 19359/04, Absätze 128 bis 130.

53 EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009, 19359/04, Absatz 130.

54 EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009, 19359/04, Absatz 131.

Verlängerung der Sicherungsverwahrung in Folge der Änderung von § 67 d StGB eine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 EMRK darstellt<sup>55</sup>.

#### **bb) Die folgenden Urteile des EGMR**

Der EGMR bestätigte zunächst in drei weiteren Urteilen die Verletzung der Konvention (Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 EMRK) durch die nachträgliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung<sup>56</sup> bzw. von Art. 5 Abs. 1 EMRK bei der Unterbringung nach dem bayerischen Straftäterunterbringungsgesetz aus dem Jahr 2002<sup>57</sup>. Auch in seinem Urteil vom 14. 4. 2011<sup>58</sup> bekräftigte der Gerichtshof seine Linie betreffend des Wegfalls der Zehn-Jahres-Höchstfrist in Altfällen; hier wies der Gerichtshof ausdrücklich darauf hin, dass auch vor dem Hintergrund, dass sich die nationalen Behörden auf ihre staatlichen Schutzpflichten berufen, keine Rechtfertigung im Hinblick auf eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK und erst recht nicht bezüglich des Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 7 Abs. 1 EMRK möglich sei<sup>59</sup>, was durchaus als deutlicher Aufruf an die Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR im nationalen Recht zu verstehen ist und zugleich mit der Linie des Bundesverfassungsgerichts kollidiert, im Zweifel das „überragende Interesse des Gemeinwohls“ als im Rahmen der Abwägung ausschlaggebend anzusehen.

### **3. Die schwierige Abgrenzung von Strafe und Sicherungsverwahrung als Krisensymptom**

Mit den oben erwähnten „Aporien“ des zweispurigen Systems ist vor allem auch die schwierige Frage der Abgrenzbarkeit von Strafen und Maßregeln gemeint, mit der die gesamte Konzeption steht und fällt. Zwei Spuren, hier Strafen, dort Maßregeln: Das setzt nun einmal voraus, dass man beide Sanktionsarten einigermaßen trennscharf voneinander abgrenzen kann. Genau das erscheint aber im Lichte der aktuellen Debatte um die Sicherungsverwahrung einschließlich der

---

<sup>55</sup> EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009, 19359/04, Absätze 135, 137.

<sup>56</sup> EGMR, Ur. v. 13. 1. 2011, 17792/07, Kallweit ./.. Deutschland; 20008/07, Mautes ./.. Deutschland; 27360/04, 42225/07, Schummer ./.. Deutschland.

<sup>57</sup> EGMR, Ur. v. 13. 1. 2011, 6587/04, Haidn ./.. Deutschland.

<sup>58</sup> EGMR, Ur. v. 14. 4. 2011, 30060/04, Jendrowiak ./.. Deutschland.

<sup>59</sup> EGMR, Ur. v. 14. 4. 2011, 30060/04, Jendrowiak ./.. Deutschland, Rdn. 36–38, 48.

erwähnten Entwicklungen in der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und EGMR schwieriger denn je.

### **a) Grundlagen der Abgrenzung: Begriff, Zweck und Grund der Strafe**

Erforderlich ist dabei zunächst, dass man sich über die Grundlagen und Kriterien der Abgrenzung etwas Klarheit verschafft. Schon hier beginnen die Schwierigkeiten. Im Wesentlichen werden in Rechtsprechung und Literatur drei Bezugspunkte der Abgrenzung angeführt: der „Begriff“, der „Zweck“ sowie der „Grund“ der jeweiligen Sanktion. Zur Vorbereitung der weiteren Überlegung ist es unerlässlich, diese drei Elemente etwas genauer zu beleuchten sowie Inhalt und Verhältnis zueinander zu klären.

Bei der Bestimmung des „Begriffs“ von Strafe geht es natürlich nicht um eine rein terminologische Frage der Bezeichnung, sondern um den Inhalt dessen, was wir „Strafe“ nennen. Ist hier eine positive subsumtionsfähige Definition mit möglichst klaren Kriterien gefunden, wäre auch die negative Abgrenzung zur Maßregel zumindest erleichtert. Unstreitig dürfte sein, dass eine Strafe stets ein von Seiten des Staates zwangsweise auferlegtes Übel darstellt. Abgesehen davon ist eine allgemein akzeptierte genauere Definition des Begriffs der „Strafe“ aber bis heute nicht gefunden worden, worauf etwa *Volk* hingewiesen hat<sup>60</sup>. Vielmehr wird der Begriff im jeweiligen Regelungskontext unterschiedlich und unter Heranziehung unterschiedlicher Abgrenzungskriterien ausgefüllt. Beispielhaft: Ob eine Maßnahme unter den Kompetenztitel des „Strafrechts“ in Art. 74 GG fällt, ist zumindest nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eine andere Frage, als die nach der Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG, der eine „Strafe“ voraussetzt<sup>61</sup>. Dabei spielt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gerade der Zweck, also das, was man mit der jeweiligen Sanktion erreichen will, als ein Element der Begriffsbestimmung und Abgrenzung eine wichtige Rolle. So gesehen sind „Begriff“ und „Zweck“ der Strafe als Grundlagen der Abgrenzung nicht auf einer Ebene angesiedelt, sondern der Zweck der Maßnahme wird neben anderen Faktoren als wichtiger Gesichtspunkt bei der eigentlichen Frage der begrifflichen Abgrenzung herangezogen.

Noch schwieriger zu beantworten ist die Frage, was mit dem „Grund“ der Maßnahme gemeint ist, der in Rechtsprechung und Literatur als scheinbar

---

<sup>60</sup> Siehe *Volk*, ZStW 83 (1971), S. 405; *ders.*, Festschrift für Müller, 2008, S. 709.

<sup>61</sup> Siehe dazu noch unten S. 120 ff.

eigenständiger Faktor immer wieder angeführt wird. Zwei Deutungen sind möglich. Zum einen könnte (auch nach dem alltäglichen Sprachgebrauch) mit dem „Grund“ des Handelns das gemeint sein, was man erreichen will. Dann hätte man es aber mit einem Synonym zum „Zweck“ der Maßnahme zu tun, das keinen eigenständigen Gehalt hätte und die Diskussion nur unnötig verkomplizieren würde. Gemeint ist aber wohl ohnehin etwas anderes: Die vorwerfbare Straftat soll „Grund“ im Sinne von „Anlass“ bzw. „Auslöser“ der Strafe sein. Soweit damit auf die Straftat als rechtliche Voraussetzung der Verhängung der Strafe Bezug genommen wird, ist das einerseits trivial, andererseits kein taugliches Abgrenzungskriterium zur Maßregel, da auch diese jedenfalls stets eine rechtswidrige, im Fall der Sicherungsverwahrung sogar regelmäßig<sup>62</sup> eine schuldhaft Tat voraussetzt. Denkbar (und naheliegender) ist aber, dass mit dem „Grund“ gemeint ist, dass die Tatsache der Straftat allein die Sanktion legitimiert, ohne dass man sich über einen damit verfolgten präventiven Zweck Gedanken machen müsste. Selbst bei dieser Lesart lässt sich die Frage des „Grundes“ der Maßnahme aber ohne Verlust als Problem des „Zwecks“ formulieren, was zur Vereinfachung der Diskussion beiträgt. Denn wenn allein die Straftat legitimer „Grund“ für die Bestrafung ist, ohne dass es daneben auf Folgen der Strafe in der Gesellschaft ankommen soll, impliziert das die Anerkennung von Schuldvergeltung bzw. Schuldausgleich als einer legitimen und allein tragfähigen Zielsetzung der Strafe. Man kann dann, wie es auch in der Rechtsprechung oft geschieht, von einem intendierten „Zweck“ des Schuldausgleichs der Sanktion sprechen (der dann allerdings, was verfassungsrechtlich problematisch ist, ohne jede empirische Validierung verfolgt werden darf; darauf ist sogleich zurückzukommen).

## **b) Die Kriterien der Abgrenzung**

### **aa) Art und Schwere der Sanktion**

Was die Strafe in Abgrenzung zu den Maßregeln ausmachen könnte, ist zunächst die Art und die Schwere der Sanktion, die auch vom EGMR ergänzend als denkbarer Aspekt angeführt wird. Insofern lassen sich zwischen Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung aber keine wesentlichen Unterschiede feststellen<sup>63</sup>. Jeweils wird dem Sanktionierten vom Staat das Übel der Freiheits-

---

<sup>62</sup> Eine Ausnahme kann die Anordnung nach § 66 b StGB n.F. bilden; krit. dazu *Streng*, JZ 2011, 827, 833.

<sup>63</sup> Siehe EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009 – 19359/04, M. ./.. Deutschland, Rdn. 129. Ablehnend zu diesem Kriterium auch BVerfG NJW 2004, 746.

entziehung auferlegt und auf diese Weise in Art. 2 Abs. 2, 104 GG eingegriffen<sup>64</sup>. Abgesehen von der später noch zu vertiefenden Frage, welche Bedeutung einer unterschiedlichen Ausgestaltung des Vollzugs zukommen kann, lässt sich die Abgrenzung auf diese Weise nicht trennscharf vornehmen. Aus der Sicht des Betroffenen spielt weder die straftheoretische Begründung noch das „Etikett“ der juristischen Bezeichnung der Sanktion<sup>65</sup> eine Rolle – in beiden Fällen wird ihm anknüpfend an eine rechtswidrige und schuldhaftige Straftat die Freiheit entzogen.

### bb) Zweck der Sanktion

Große Hoffnung ruht daher auf der differenzierenden Kraft des jeweiligen Zwecks der Maßnahmen. Bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung ist der Name Programm: Es geht rein um Prävention durch Einwirkung und Behandlung, nötigenfalls aber auch durch bloße Sicherung. Den Strafen wird dagegen traditionell (neben den ebenfalls anerkannten spezial- und generalpräventiven Zwecken) eine „schuldausgleichende“ Funktion attestiert, die sie von den Maßregeln unterscheidet. In Verbindung damit stehen Formulierungen, wonach die Strafe „Missbilligung“, einen „Tadel“ bzw. einen „sozialethischen Vorwurf“ gegenüber dem Täter beinhalte<sup>66</sup>. Geht man von einem solchen klassischen Verständnis von Strafe mit ihrer „zweckgelösten Majestät“<sup>67</sup> aus, erscheint eine klare Abgrenzung beider Sanktionsspuren konsequent und auch klar durchführbar.

Die straftheoretische Diskussion ist aber in diesem Punkt deutlich weiter, und daher sind die Dinge aus heutiger Sicht viel komplexer, als es in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts den Anschein hat<sup>68</sup>. Zum einen ist im Rahmen der überwiegend vertretenen „Vereinigungstheorien“<sup>69</sup> im Grundsatz anerkannt, dass auch die Strafe präventive Zwecke nicht nur tatsächlich erfüllt, sondern auch erfüllen soll. „Besserung“ und „Sicherung“ sind also

<sup>64</sup> Zur Qualifizierung auch der Sicherungsverwahrung als „Übel“ siehe BVerfG, Beschl. v. 5. 8. 2009, 2 BvR 2098, 2633/08, Rdn. 31.

<sup>65</sup> Zum traditionsreichen Vorwurf des „Etikettenschwindels“ als Problem der Zweispurigkeit siehe nur Fischer, 59. Aufl. 2012, § 66 Rdn. 3; Kinzig (Anm. 9), S. 117 ff.; Laubenthal, ZStW 116 (2004), S. 703, 710; Streng, JZ 2011, 827, 831 m. w. N.

<sup>66</sup> Vgl. nur BVerfGE 25, 269, 286; 96, 10, 25 f. Siehe dazu auch (kritisch) Roxin, Festschrift für Volk, 2009, S. 601 ff.

<sup>67</sup> So die klassische Formulierung von Maurach, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, S. 77.

<sup>68</sup> Siehe auch Kreuzer, StV 2011, 122, 124, der in der Diskussion um die Sicherungsverwahrung eine grundlegende Debatte um die Straf- bzw. Maßregelzwecke vermisst. Diesem Defizit will der vorliegende Beitrag begegnen.

<sup>69</sup> Siehe Roxin (Anm. 1), 3/33 ff.

gerade nicht exklusiv den Maßregeln vorbehaltene Zwecke, sondern werden auch durch Strafe angestrebt, wie sich leicht an einer ganzen Reihe gesetzlicher Regelungen (z. B. § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 56 Abs. 1 StGB sowie den Regelungen der Strafvollzugsgesetze) zeigen lässt<sup>70</sup>. Hinzu kommt, dass die Anerkennung von Schuldausgleich oder – weniger modern aber letztlich synonym formuliert – Vergeltung als eigenständiger und vielleicht sogar ausschlaggebender „Zweck“ der Strafe schon seit längerer Zeit sehr umstritten ist und nicht zuletzt verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden. Diese Kritik lässt sich letztlich nicht von der Hand weisen: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der für alles staatliche Handeln gilt, fordert zwingend, dass der Staat schwerwiegende Grundrechtseingriffe wie z. B. die Freiheitsstrafe anhand eines rational begründbaren und prinzipiell empirisch überprüfbaren Zwecks verfolgt. Akzeptiert man diese Prämisse, scheiden rein metaphysische staatliche Zielsetzungen wie Vergeltung oder „Schuldausgleich“ gleichermaßen zur Rechtfertigung der Strafe aus<sup>71</sup>. Eine Rechtfertigung der Strafe kann gelingen, wenn man ihre negativ (abschreckende) wie positiv (rechtsfriedenswahrende) generalpräventive Funktion anerkennt. Durch die Auferlegung eines Übels wird einerseits die ursprüngliche Strafdrohung realisiert und eine Art generalpräventiver Basis-Mechanismus gesichert. Zugleich wird das Ausmaß der Rechtsfriedensstörung zum Anlass für eine eher milde oder eher harte Sanktionierung genommen. Es geht um eine für die Gesellschaft als „tatadäquate“ Reaktion akzeptable Strafe, die genügt, um die Stabilität der Rechtsordnung zu gewährleisten. Hier zeigt sich eine Verbindung zur Idee der „gerechten Vergeltung“ der Tat, aber eben nicht als Selbstzweck, sondern im Rahmen einer so gut es geht empirisch fundierten Theorie der positiven Generalprävention.

Damit wäre ein mögliches Abgrenzungskriterium zwischen Strafen und Maßregeln gefunden: Nur bei der Strafe, die schuldhaftes, vorwerfbares Handeln voraussetzt, ist eine solche positiv-generalpräventive Begründung zulässig, während die Maßregeln klar auf spezialpräventive Behandlung und Sicherung, aber nicht auf die Wiederherstellung des Rechtsfriedens abzielen. In Bezug auf die Unterbringung in der Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) und in der Psychiatrie (§ 63 StGB) ist das auch überzeugend. Hier hat man es mit Tätern zu tun, die wegen ihrer Suchtproblematik bzw. wegen des Vorliegens eines Zustands im Sinne von §§ 20 und 21 StGB als in erheblicher Weise gefährlich gelten und die daher im

---

<sup>70</sup> Siehe auch BVerfG NJW 2004, 746, wo die Überschneidungen auf Präventionsebene zwar anerkannt werden, aber der Unterschied der „repressiven Funktion“ der Schuldstrafe betont wird. Dazu sogleich im Text.

<sup>71</sup> Siehe dazu ausführlich *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (erscheint 2012).



Rahmen einer sicheren Unterbringung behandelt werden sollen. Es ist ganz offensichtlich, dass hier Behandlung und Sicherung klar im Vordergrund stehen, und dass umgekehrt generalpräventive Aspekte keine Rolle spielen. Die „Androhung“ der §§ 63, 64 StGB soll keine zukünftigen Taten verhindern, zumal eine „normative Ansprechbarkeit“<sup>72</sup> der entsprechenden Klientel in der Regel nicht angenommen werden kann. Ebenso wenig soll die Verhängung der Maßregel etwaige gesellschaftliche Reaktionsbedürfnisse aufgrund einer schuldhaften Tat befriedigen.

Bei der Sicherungsverwahrung ist das nicht so eindeutig<sup>73</sup>. Im Gegensatz zu den eben genannten Maßregeln setzt sie eine schuldhafte Tatbegehung voraus. Man kann es drehen und wenden wie man will: Die Sanktion (und damit auch deren „Androhung“) richtet sich an einen für voll schuldfähig und damit verantwortlich befundenen Bürger. Rechtstatsächlich wird aus den Anstalten berichtet, dass die Insassen des Strafvollzugs sehr wohl ein Bewusstsein über die Existenz drohender (vor allem: nachträglicher) Sicherungsverwahrung haben<sup>74</sup>. Zugleich wird offenbar von manchen Richtern die „beim nächsten Mal“ drohende Sicherungsverwahrung betont<sup>75</sup>. Ein (negativ) generalpräventiver Effekt, der möglicherweise durchaus bewusst einkalkuliert wird, steht hier also (übrigens auch nach Ansicht des EGMR<sup>76</sup>) jedenfalls im Raum. Und auch eine zumindest latente positiv-generalpräventive Funktion der Sicherungsverwahrung ist möglicherweise vorhanden. Die Erwartung der Bevölkerung nach „tatangemessener Reaktion“, die stets auch den Sicherungsgedanken mit enthalten wird, richtet sich bei gravierender Delinquenz von Mehrfach- und Rückfalltätern unter Umständen eben auch auf die Sicherungsverwahrung – und auch hier ist nicht auszuschließen, dass diese Funktion der Maßregel zumindest als willkommener Nebeneffekt gerne in Kauf genommen wird. Vor diesem Hintergrund lässt sich auch ein möglicher Charakter der Sicherungsverwahrung als „Tadel“ oder „Missbilligung“ nicht so leicht negieren, wie dies üblicherweise geschieht.

Zugleich fehlt (anders als bei §§ 63, 64 StGB) ein greifbarer Ansatzpunkt für die Annahme, dass von diesem (an sich doch für „verantwortlich“ befundenen

---

72 Roxin (Anm. 1), 19/36 ff.

73 Siehe auch – ebenso die Überschneidungen betonend – Kreuzer/Bartsch, StV 2011, 472, 473 sowie Jung, GA 2010, 639, 642 f. Für strikte Trennbarkeit im Sinne des bisherigen Systems dagegen Radtke, GA 2011, 636, 642 ff., allerdings unter Zugrundelegung der hier abgelehnten straftheoretischen Prämisse, wonach Schuldausgleich der entscheidende „Zweck“ der Strafe sei.

74 Eindringliche Schilderung bei Kreuzer, StV 2011, 122, 124.

75 Siehe Kinzig, NStZ 2010, 233, 237; Poesl, ZJS 2011, 132, 137.

76 EGMR, Urt. v. 17. 12. 2009 – 19359/04 M. ./.. Deutschland, Rdn. 130.

Täter<sup>77</sup>) dennoch wie von einer sonstigen „Gefahrenquelle“ auch in Zukunft wieder Straftaten drohen. Dass der bei § 66 StGB erforderliche „Hang“ einen nur schwer fassbaren und forensisch rekonstruierbaren Gehalt hat, wird schon seit längerem kritisiert<sup>78</sup>. Und auch das in ihrer Reichweite bislang noch völlig unklare, vom Bundesverfassungsgericht neuerdings betonte Kriterium der „psychischen Störung“ als Voraussetzung zulässiger (nachträglicher) Sicherungsverwahrung<sup>79</sup> scheint kaum geeignet, eine klarere Basis für die Annahme von Gefährlichkeit zu liefern<sup>80</sup>. All das relativiert die Annahme, wonach es hier allein um spezialpräventive Sicherung gehe.

Als vorläufiges Ergebnis lässt sich formulieren: Zumindest dann, wenn man Vergeltung bzw. Schuldausgleich nicht als selbständige legitime Zwecke der Strafe anerkennt, entfällt der klassische und vergleichsweise bequeme Weg, das zweispurige System zu begründen. Es bleibt die Möglichkeit, die Abgrenzung anhand des Zwecks der Generalprävention in ihren beiden Spielarten vorzunehmen, der nur bei echten Strafen zulässig ist, während die Maßregeln strikt auf Spezialprävention zu beschränken sind. Die Übergänge sind aber, wie am Beispiel der Sicherungsverwahrung gezeigt wurde, durchaus fließend. Deren klare Einordnung innerhalb der beiden Spuren bleibt daher vorläufig mit einem Fragezeichen versehen. Eine Qualifizierung als zumindest „strafähnliche Maßnahme“ liegt nicht fern. Darauf ist unten bei der Diskussion des vom Bundesverfassungsgericht betonten „Abstandsgebots“ zurückzukommen<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Vgl. bereits den Hinweis von *Kinzig* (Anm. 9), S. 590 f. Das wird auch von *Freund*, GA 2010, 200 ff., als Problem gesehen; aus der von ihm vorgeschlagenen Lösung, jeden Normverstoß als Ausdruck einer „Einschränkung der Verantwortlichkeit“ aufzufassen, ergibt sich aber zumindest für die hier aufgeworfene Frage der Begründung von spezifischer Gefährlichkeit kein brauchbares Kriterium, weil dies dann auf jeden Straftäter zutrifft.

<sup>78</sup> Kritisch etwa *Fischer* (Anm. 65), § 66 Rdn. 3 sowie Rdn. 26 ff.; siehe auch *Kinzig* (Anm. 9), S. 591.

<sup>79</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 173; siehe dazu auch *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2011, 197, 199 ff.; *Höffler/Stadtland*, StV 2012, 239 ff.; *dies.*, in: *Dölling* et al. (Hrsg.), Tagungsband zur 12. Fachtagung der Kriminologischen Gesellschaft, erscheint 2012; *Schöch*, GA 2011, 14, 23 ff.; *ders.*, Neue Kriminalpolitik 2012, 47, 51 f.; aus psychiatrischer Sicht *Müller*, Neue Kriminalpolitik 2012, 54, 56 ff.; *Saß*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2011, 129 f.

<sup>80</sup> Vgl. *Streng*, JZ 2011, 827, 832.

<sup>81</sup> Siehe unten S. 108 ff.

### cc) Einordnung in das 3-Säulen-Modell zur Erleichterung der Abgrenzung?

Die eben beschriebenen Probleme der Abgrenzung der Sicherungsverwahrung zur Strafe lassen sich auch nicht unter Heranziehung des sog. Drei-Säulen-Modells lösen. Bekanntlich wird in Bezug auf die Strafe vertreten, dass man zwischen den drei Stadien der Androhung, der Verhängung sowie des Vollzugs der Strafe differenzieren müsse<sup>82</sup>. Jeder dieser drei „Säulen“ werden dann verschiedene Zwecke oder „Funktionen“ der Strafe zugeordnet. Während der Androhung der Strafe eine rein generalpräventive Wirkung zukomme, sei die Verhängung der Strafe klar vom „Schuldausgleich“ bestimmt, der Vollzug der Strafe dagegen vom Resozialisierungsgedanken. Interessanterweise wird eine solche Trennungsthese in Bezug auf die Maßregeln soweit ersichtlich bislang nicht diskutiert. Man geht also offenbar davon aus, dass „Besserung“ oder „Sicherung“ hier stets übergreifende Zwecke darstellen, die Verhängung und Vollzug gleichermaßen bestimmen, während von einer (generalpräventiven) „Androhung“ oder von einer „schuldausgleichenden Bemessung“ in Bezug auf die Maßregeln nicht die Rede ist. Dass eine zumindest latente generalpräventive Funktion aber bei der Sicherungsverwahrung nicht von der Hand zu weisen ist, wurde eben dargelegt. Es wäre also konstruktiv ohne weiteres möglich, eine Säule der negativ-generalpräventiven „Androhung“ sowie eine Säule der (auch) vom positiv-generalpräventiven Gedanken der tatangemessenen Reaktion beeinflussten „Verhängung“ der Sicherungsverwahrung zu formulieren. Der Vollzug wäre dann – wie letztlich auch der herkömmliche Strafvollzug – vom Gedanken der Besserung und Sicherung beherrscht<sup>83</sup>. Letztlich kann das dahin stehen, weil auch im Bereich der Kriminalstrafe ein striktes Trennungsdenken im Sinne des Drei-Säulen-Modells nicht überzeugend ist. Warum sollte eine Maßnahme aus generalpräventiven Gründen angedroht werden, dieser Zweck bei der Entscheidung über „ob“ und „wie“ der Maßnahme aber keine Rolle mehr spielen? Warum sollte hier plötzlich „Schuldausgleich“ der entscheidende Punkt sein und die Maßnahme entscheidend prägen? Und wäre es richtig, dass der Strafvollzug ganz oder vorrangig vom Gedanken der Resozialisierung und Sicherung geprägt wäre, wäre jede Strafe sofort zu beenden, sobald man im jeweiligen Einzelfall eine Rückfallgefahr trotz schwerer Anlasstat mehr oder weniger sicher ausschließen könnte – in manchen Konstellationen, etwa im Bereich von einmaligen Konfliktsituationen, ist das ein durchaus plausibles Szenario, aber eine Konsequenz, die man nicht zu ziehen bereit ist. Sobald man im Sinne einer Vereinigungstheorie

<sup>82</sup> Nachweise zur Drei-Säulen-Theorie bei *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug, 5. Aufl. 2002, 5/39.

<sup>83</sup> Besonders hier wird der vom Bundesverfassungsgericht geforderte „Abstand“ straftheoretisch nicht ausreichend begründet und ist rechtstatsächlich und kriminalpolitisch sogar bedenklich; siehe dazu unten.

davon ausgeht, dass das Drei-Säulen-Modell nur eine Akzentuierung des „Hauptzwecks“ in der jeweiligen Säule darstellt, kann das die Bedenken zwar abmildern, aber nicht beseitigen, solange man den Stellenwert der jeweils mit verfolgten Zwecke und ihr Verhältnis untereinander nicht deutlich macht. Das kann hier nicht weiter vertieft werden; die kursorischen Bemerkungen sollten aber gezeigt haben, dass das Drei-Säulen-Modell kein Spezifikum der Strafe enthält, das eine Abgrenzung gegenüber den Maßregeln erleichtern würde.

#### **dd) Abgrenzung anhand der Geltung limitierender Prinzipien?**

Auch *Roxin* geht im Einklang mit dem bisher Gesagten davon aus, dass die Abgrenzung weder anhand der Art und Schwere der Maßnahme, noch anhand der verfolgten Zwecke eindeutig gelingen könne. Vielmehr sei der einzige Unterschied die Geltung bestimmter begrenzender Prinzipien. Nur bei den Strafen sei das (als besonders streng angesehene) „Schuldprinzip“ zu beachten. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung dagegen seien nur durch das (entsprechend als weitaus großzügiger bezeichnete) in § 62 StGB ausdrücklich betonte Verhältnismäßigkeitsprinzip begrenzt<sup>84</sup>.

Ob die Geltung oder Nichtgeltung bestimmter limitierender Prinzipien aber tatsächlich das entscheidende Abgrenzungskriterium darstellen kann, ist durchaus zweifelhaft. Denn die Frage der Geltung etwa des „Schuldprinzips“ setzt voraus, dass man sich zuvor auf einer logisch vorgelagerten Ebene Gedanken über das jeweilige Wesen bzw. den jeweiligen Inhalt der entsprechenden Maßnahme gemacht hat. Man muss also mit anderen Worten bereits zuvor (was natürlich ohne Weiteres möglich ist) festgestellt haben, dass Strafen z.B. eine schuldhaft Tat voraussetzen oder als „schuldausgleichende“ Maßnahme eingesetzt werden und daher durch das „Schuldprinzip“ zu begrenzen sind. Dann ist aber diese Ebene der entscheidende Argumentationsschritt und nicht das daraus folgende Ergebnis, dass hier das Schuldprinzip gilt und dort nicht.

Davon abgesehen ist auch die von *Roxin* zugrunde gelegte These der strikten Trennbarkeit beider Prinzipien im Hinblick auf ihre Geltung bzw. Nichtgeltung wie auch ihre unterschiedliche limitierende Kraft durchaus zweifelhaft. Auch hier wird stets von „Zweispurigkeit“ und „Abstand“ ausgegangen, aber bei genauer Betrachtung wirft das zumindest Fragen auf. Das „Schuldprinzip“ folgt nach dem Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 Abs. 1 GG; die Menschenwürde ist aber selbstverständlich auch bei der Sicherungsverwahrung zu beachten. Da die Sicherungsverwahrung immerhin auf eine schuldhaft Tat reagiert und zu-

---

<sup>84</sup> *Roxin* (Anm. 1), 3/65. Ähnliche Überlegungen bei *Radtke*, GA 2011, 636, 644.

gleich „schuld ausgleichende“ (bzw. richtiger: positiv-generalpräventive) Effekte nicht auszuschließen sind, wäre es also durchaus denkbar, unter diesem Gesichtspunkt zumindest eine „Strafähnlichkeit“ der Sicherungsverwahrung anzunehmen. Eine Geltung des „Schuldprinzips“ würde dann bedeuten, dass eine Dauer der Sicherungsverwahrung, die der Art und Schwere des Tatvorwurfs widerspricht, unzulässig wäre. Angesichts des völlig unklaren Maßstabs, wann von einer Überschreitung der „Schuldbergrenze“ gesprochen werden kann, ist es allerdings zweifelhaft, ob das zu einer nennenswerten Beschränkung der Dauer der Sicherungsverwahrung führen würde, die nicht ohnehin schon aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt. Dass sich beide Aspekte nicht ganz klar trennen lassen, zeigt auch die Regelung in § 62 StGB, die ausdrücklich betont, dass in die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch der (vergangenheitsbezogene und für die Gefährlichkeit des Täters nur mittelbar relevante) Aspekt der Schwere der begangenen Straftat einfließen soll.

Umgekehrt „gilt“ der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbstverständlich nicht nur für die Maßregeln, sondern auch für die Strafen. Er folgt nach herrschender Meinung aus dem Rechtsstaatsprinzip sowie dem Wesen der Grundrechte<sup>85</sup> und bindet damit als Verfassungsgrundsatz alle staatlichen Gewalten (Art. 1 Abs. 3 GG). Was die inhaltlichen Unterschiede anbelangt, muss man zunächst zur Kenntnis nehmen, dass das Bundesverfassungsgericht das Schuldprinzip als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auffasst<sup>86</sup>. Die Idee ist wohl, dass man es hier mit einer besonders strengen Variante des Grundsatzes zu tun hat, die dann „Schuldprinzip“ heißt, so dass keine weiteren Verhältnismäßigkeitsüberlegungen erforderlich sind. Dabei wird gleichzeitig erkennbar davon ausgegangen, dass der „allgemeine“ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Gegensatz zum Schuldprinzip keine spürbare und effektiv limitierende Funktion erfülle. Aber das hält genauerer Betrachtung nicht stand. So enthält der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinen Kriterien der „Geeignetheit“ und „Erforderlichkeit“ zwei Aspekte, die einen Bezug zu einem rationalen Zweck verlangen, der beim „Schuldprinzip“ keine Rolle spielt. Hier geht es nur um eine angemessene Relation zwischen Tat und Strafe, ohne, dass dabei die „Zweckerreichung“ eine Rolle spielt. Das bedeutet (ohne dass dies hier weiter ausgeführt werden kann), dass richtigerweise auch bei den Strafen Verhältnismäßigkeitsabwägungen eine überschießende kritische Funktion gegenüber dem Schuldprinzip zukommen kann, die bislang nicht ausreichend erkannt wurde<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Siehe nur BVerfGE 19, 342, 348 f.; 73, 206, 253 f.

<sup>86</sup> St. Rspr., siehe nur BVerfGE 86, 288, 313; 73, 206, 253; 50, 205, 215; 6, 389, 439.

<sup>87</sup> Siehe dazu demnächst *Kaspar* (Anm. 71).

### c) Zwischenfazit

Als vorläufiges Fazit lässt sich formulieren, dass die klare Zuordnung der Sicherungsverwahrung zur „zweiten Spur“ der Maßregeln brüchig wird, sofern man im Sinne einer modernen und rationalen Begründung der Strafe deren präventive Funktion betont und umgekehrt „Schuldausgleich“ und Vergeltung als Selbstzweck der Strafe in Frage stellt. Die Sicherungsverwahrung erscheint trotz des mit ihr vorrangig verfolgten Sicherungszwecks als Übel, das aus Anlass einer schuldhaft begangenen Tat verhängt wird und bei dem zumindest latente generalpräventive Funktionen im Raum stehen. Man könnte daher in Anlehnung an frühere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von einer „strafähnlichen Ahndung“ sprechen<sup>88</sup>, die eine Geltung des „Rückwirkungsverbots“<sup>89</sup> sowie zumindest eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der auch auf Art und Schwere der Anlasstaten Rücksicht genommen werden muss, nahe legt. Die Sicherungsverwahrung steht nach dieser Lesart zwischen Strafe und Maßregel und ist Symbol für den fließenden Übergang beider „Spuren“. Sie ist im Vergleich zur herkömmlichen dichotomen Vorstellung „aus der Spur“, und es ist eine rein terminologische Frage, ob man insoweit eine „dritte Spur“ propagiert, oder ob man nicht das etwas irreführende Bild von den völlig getrennten Spuren ganz aufgibt und ein neues Modell von Sanktionen mit unterschiedlicher Präventionsdimension (je nach vorrangig spezial- oder generalpräventivem Einschlag) formuliert. Das Bundesverfassungsgericht hat sich einer solchen Denkweise wie erwähnt verschlossen. Es versucht vielmehr in seiner aktuellen Entscheidung, den Unterschied von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung besonders hervorzuheben und straftheoretisch abzusichern, indem es sein bereits im Jahre 2004 postuliertes Gebot des „Abstands“ beider Sanktionen aufgreift. Sowohl die Herleitung dieses Abstandsgebots (unten 1.) als auch seine argumentative Verwendung im Rahmen der Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit (unten 2.) und zum Rückwirkungsverbot bzw. Vertrauensschutz (unten 3.) sind aber diskussionswürdig.

---

<sup>88</sup> BVerfGE 20, 331; siehe auch BVerfG NJW 2004, 2073.

<sup>89</sup> Siehe dazu vertiefend unten S. 120 ff.

### III. Das Abstandsgebot als Lösung?

#### 1. Die Begründung des Abstandsgebots in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

##### a) Die „Geburtsstunde“ des Abstandsgebots (2004)

Das sog. „Abstandsgebot“ wird vom Bundesverfassungsgericht zum ersten Mal in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2004 betont, in der es im Wesentlichen um die Zulässigkeit einer rückwirkenden Aufhebung der zeitlichen Begrenzung der Sicherungsverwahrung ging<sup>90</sup>. Neben dieser ganz zentralen Diskussion der Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG macht das Gericht auch Ausführungen allgemeiner Art, die sich auf die Grundlagen des zweispurigen Systems beziehen. Dabei wird ein „besonderer Charakter“ der Sicherungsverwahrung postuliert, da diese nicht der „Vergeltung zurückliegender Rechtsgutsverletzungen“ diene, sondern der Verhinderung zukünftiger Straftaten. Die Gefahr solcher Straftaten durch den Verwahrten lasse sich aber nicht sicher prognostizieren. Zudem trete bei der Sicherungsverwahrung der Besserungszweck hinter den Sicherungszweck zurück. Dem müsse durch einen „privilegierten Vollzug“ begegnet werden, der in den §§ 131–134 StVollzG angelegt sei. Wörtlich führt das Gericht aus, es sei sicherzustellen, dass ein „Abstand zwischen dem allgemeinen Strafvollzug und dem Vollzug der Sicherungsverwahrung gewahrt bleibt, der den allein spezialpräventiven Charakter der Maßregel sowohl dem Verwahrten als auch für die Allgemeinheit deutlich macht. Das Ausmaß der Besserstellung hat sich am Gebot der Verhältnismäßigkeit zu orientieren. Bei besonders langer Unterbringung sind daher gegebenenfalls zusätzliche Vergünstigungen zu erwägen, um dem hoffnungslos Verwahrten einen Rest an Lebensqualität zu gewährleisten“<sup>91</sup>. Man kann diese Passage als die Geburtsstunde des Abstandsgebots bezeichnen, das im Licht der aktuellen Diskussion um die Sicherungsverwahrung so große Bedeutung erlangt hat. Letztlich sind es drei (miteinander in Zusammenhang stehende) Argumente, die das Bundesverfassungsgericht hier zu seiner Begründung anführt: Zum einen die unsichere empirische Grundlage der angenommenen Gefährlichkeit des Täters, mit der der Sicherungszweck steht und fällt (empirisches Argument). Zum anderen soll die Tatsache betont werden, dass „Vergeltung“ kein Zweck der Sicherungsverwahrung ist, vielmehr hier die spezialpräventive Sicherungsfunktion klar im Vordergrund steht und auch die „Bes-

<sup>90</sup> Zu dieser Entscheidung siehe bereits oben S. 92f.

<sup>91</sup> BVerfG NJW 2004, 744.

serung“ demgegenüber zurücktritt (funktionales Argument). Schließlich wird mit dem zuletzt genannten Satz darauf verwiesen, dass vor allem bei langandauerndem Freiheitsentzug die Anforderungen an einen verhältnismäßigen Eingriff in das Freiheitsrecht wachsen, so dass an zusätzliche Vergünstigungen zur Steigerung der Lebensqualität der Untergebrachten zu denken sei (humanitäres Argument)<sup>92</sup>.

## **b) Vertiefung der Argumentation und „Sonderopferthese“ (2011)**

Diese noch recht kursorischen Ausführungen zum Abstandsgebot werden in der neuen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. 5. 2011<sup>93</sup> aufgegriffen und vertieft<sup>94</sup>. Das Gericht hält ausdrücklich am zweispurigen System fest und betont, dass die Sicherungsverwahrung keine „Strafe“ im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG sei. Um dieses (der Auslegung des EGMR zu Art. 7 Abs. 1 EMRK widersprechende) Ergebnis zu stützen, lag es durchaus nahe, die Unterschiede beider Sanktionen im Sinne des „Abstandsgebots“ hervorzuheben. Das Bundesverfassungsgericht bemüht erneut die eben erwähnten Argumente, betont aber nun noch mehr als 2004 die Vorstellung von der Sicherungsverwahrung als besondere Belastung bzw. „Sonderopfer“. Der mit ihr verbundene Eingriff sei „auch deshalb äußerst schwerwiegend, weil er ausschließlich präventiven Zwecken dient und dem Betroffenen – da der Freiheitsentzug stets nur auf einer Gefährlichkeitsprognose, nicht aber auf dem Beweis begangener Straftaten beruht – im Interesse der Allgemeinheit ein Sonderopfer auferlegt“<sup>95</sup>. Erwähnt werden also erneut die rein präventive Ausrichtung sowie die unsichere empirische Basis, die die besondere Schwere des Grundrechtseingriffs ausmachen. Dieser sei nur zu rechtfertigen, wenn „über den unabdingbaren Entzug der Freiheit hinausgehende Belastungen vermieden werden“. Die „Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit“ müsse die Praxis der Unterbringung bestimmen; es bedürfe eines „freiheitsorientierten Gesamtkonzepts der Sicherungsverwahrung mit klarer therapeutischer Ausrichtung auf das Ziel, die von dem Untergebrachten ausgehende Gefahr zu minimieren und auf diese Weise die Dauer der Freiheitsentziehung auf das unbedingt erforderliche Maß zu reduzieren“<sup>96</sup>. Damit ist das oben erwähnte „humanitäre Argument“ angesprochen, das hier noch

---

<sup>92</sup> BVerfG NJW 2004, 744.

<sup>93</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a.

<sup>94</sup> Vgl. auch *Dessecker*, ZIS 2011, 706, 709.

<sup>95</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 101.

<sup>96</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 101.



um den Aspekt der möglichst schnellen Wiedererlangung der Freiheit ergänzt wird. Beim „Sonderopferargument“ handelt es sich also genau genommen um keinen ganz neuen Gesichtspunkt, sondern quasi um eine zusammenfassende These, in die sowohl das empirische als auch das funktionale und das humanitäre Argument mit einfließen.

### c) Bewertung der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts

Das schier Paradoxe ist nun, dass es sich dabei zwar durchweg um zutreffende Erwägungen und Argumente handelt – dass aber aus keinem von ihnen überzeugend abgeleitet werden kann, die Sicherungsverwahrung müsse im Sinne eines „Abstandsgebots“ anders, d. h. vor allem: „therapieorientierter“ ausgestaltet werden als dies auch im herkömmlichen Strafvollzug angebracht wäre<sup>97</sup>. Das ist für die drei oben erwähnten Argumente separat zu erörtern.

#### aa) Empirisches Argument

Das empirische Argument ist als solches natürlich berechtigt. Die Sicherungsverwahrung beruht auf der Annahme fortbestehender hoher Gefährlichkeit, die anhand einer Prognose ermittelt werden muss. Selbst wenn man Prognosen in einem auch präventiv orientierten Strafrechtssystem als notwendiges Mittel anerkennt, muss man doch die vielfältigen Probleme zur Kenntnis nehmen, die damit verbunden sind<sup>98</sup>. Die Gefahr, dass Personen zu Unrecht als gefährlich eingestuft werden (sog. „false positives“) ist gerade im Bereich von Schwerdelinquenz nicht zu unterschätzen<sup>99</sup>. Das zeigen auch verschiedene empirische Untersuchungen zur Legalbewährung von Personen, die als gefährlich eingestuft worden waren, aber aus verschiedenen Gründen entweder aus bestehen-

<sup>97</sup> Deutlich relativierend zur Bedeutung des „Abstands“ auch *Streng*, JZ 2011, 827, 831.

<sup>98</sup> Zur besonderen Schwierigkeit von Prognosen im Zusammenhang mit der nachträglichen Sicherungsverwahrung vgl. auch *Hendrik Schneider*, StV 2006, 99 ff.

<sup>99</sup> Ausführlich hierzu *Kinzig* (Anm. 9), S. 154 ff. mit zahlreichen Nachweisen und Stimmen aus den forensischen Bezugswissenschaften, der resümiert, dass „Prognoseopfer“ in der kriminalpolitischen Diskussion ausgeblendet werden, was auch gut möglich sei, da diese eben nicht „sichtbar“ würden, und *Nedopil*, Forensische Psychiatrie, 3. Aufl. 2007, S. 290 f. m.w.N. sowie *ders./Stadtland*, Das Problem der falsch Positiven, in: *Lösel/Bender/Jehle* (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, 2007, S. 541 ff. Zur statistischen Überschätzung der Gefährlichkeit bei seltener sehr gefährlicher Delinquenz *Schöch*, in: *Hans Joachim Schneider* (Hrsg.), Internationales Handbuch der Kriminologie, Band I, 2007, S. 359, 365 ff.

der Unterbringung oder Haft entlassen werden mussten bzw. bei denen die (beantragte) Unterbringung gar nicht angeordnet wurde<sup>100</sup>. Vor allem in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2004 wird das Problem der unsicheren Prognosen vom Bundesverfassungsgericht durchaus anerkannt und im Kontext der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme diskutiert<sup>101</sup>, während dieser Aspekt im Urteil von 2011, wie *Streng* zu Recht kritisiert, nur eher beiläufig Erwähnung findet<sup>102</sup>.

Die Validität des Arguments der unsicheren empirischen Grundlage zur Begründung eines „Abstands“ zwischen Sicherungsverwahrung und Strafvollzug kann man allerdings bezweifeln. Die Sicherungsverwahrung ist zweifellos ein einschneidender Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Täters, bei dem stets die Gefahr einer letztlich „zwecklosen“ Verwahrung eines an sich nicht mehr gefährlichen Täters im Raum steht. Die empirische Basis des Gefährlichkeitsurteils ist wie gesagt durchaus prekär. Zu bestreiten ist aber, dass es sich gerade dabei um ein Spezifikum allein der Sicherungsverwahrung handelt, das ihren besonders belastenden Charakter begründet. Denn wenn man – wie es das Bundesverfassungsgericht vornimmt – zur Rechtfertigung der Freiheitsstrafe die Tatsache der schuldhaften Tatbegehung genügen lässt, also (metaphysische) Schuldvergeltung als allein zur Legitimation der Strafe ausreichenden Zweck anerkennt, läuft das auf eine staatliche Maßnahme hinaus, die nicht nur auf einer prekären empirischen Basis beruht, sondern auf gar keiner. Vergleicht man etwa die lebenslange Freiheitsstrafe für den nach allen Prognosen nicht (mehr) gefährlichen Straftäter mit der Sicherungsverwahrung des als gefährlich eingestuften, lässt sich ein „Sonderopfercharakter“ der Freiheitsstrafe ebenso gut begründen wie derjenige der Sicherungsverwahrung.

Das eigentlich belastende Element der Sicherungsverwahrung ist ihre unbestimmte Dauer, die (in Verbindung mit der zuvor verbüßten Freiheitsstrafe) zu einer äußerst langen, unter Umständen sogar bis zum Tode vollzogenen Freiheitsentziehung führen kann. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2004 zu Recht betont, dass sich der besondere Eingriffscharakter der Sicherungsverwahrung angesichts unklarer Erfolgsaussichten von Besserung und Resozialisierung aus der dann vorrangig sichernden Funktion ergibt<sup>103</sup>. Dabei besteht die Gefahr, dass Gefährlichkeitsprognosen von vornherein fehlerhaft erstellt oder im Laufe der Zeit einfach fortgeschrieben werden und

---

100 In jüngerer Zeit die Studien von Alex (Anm. 27); ders./Feltes, Festschrift für Schöch, 2010, S. 750f.; Kinzig (Anm. 9); Müller/Stolpmann/Fromberger/Haase/Jordan, MSchrKrim 2011, 253 ff.

101 BVerfG NJW 2004, 739, 742.

102 *Streng*, JZ 2011, 827, 828.

103 BVerfG NJW 2004, 739, 744.

unerfahrene Gutachter auch angesichts des immensen öffentlichen Drucks eher in diese Richtung tendieren werden. Diese strukturellen Probleme können offensichtlich auch nicht durch Einhaltung eines „Abstands“ zwischen Sicherungsverwahrung und Strafvollzug gelöst werden (der nebenbei bemerkt natürlich auch am Kern der Belastung des Täters, nämlich am Faktum des Freiheitsentzugs, nichts ändert). Man kann zwar versuchen, dem durch Verbesserung der Prognosestandards zu begegnen, dies wird aber auch in Zukunft nur in beschränktem Umfang möglich sein; ergänzend empfiehlt es sich daher, durch klare rechtliche Grenzen bei den materiellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung Abhilfe zu schaffen<sup>104</sup>. Das Bundesverfassungsgericht greift in seinem Urteil aus dem Jahr 2011 den Vorschlag *Schöchs* auf<sup>105</sup>, externe Kommissionen aus mehreren erfahrenen Fachleuten nach Schweizer Vorbild einzuschalten, um eine möglichst neutrale und unabhängige Begutachtung zu gewährleisten<sup>106</sup>. Ein nicht zu vernachlässigender Nebeneffekt wäre hier, dass das Risiko bezüglich Fehlbegutachtungen auf mehrere Schultern verteilt wird. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass in Zeiten, in denen unsachliche, teils Ängste schürende Medienkampagnen, die lediglich hohe Verkaufszahlen im Blick haben, das politische Klima regieren, kaum jemand die Verantwortung dafür tragen möchte, dass es bei einer günstigen Prognose doch zu einem Rückfall kommen kann – und daher die Gefahr droht, dass der „sicherere“ Weg gewählt und eher die Gefährlichkeit bejaht wird, vor allem vor dem Hintergrund dass die einzelnen Gutachter immer um ihre berufliche Existenz fürchten müssen. Die Verantwortung für ein Restrisiko darf also nicht einfach auf zwei Sachverständige „abgeschoben“ werden<sup>107</sup>.

### bb) Funktionales Argument

Die Problematik des funktionalen Arguments wurde oben schon angedeutet. Zweispurigkeit und Abstand werden vom Bundesverfassungsgericht in kaum verhohlener Deutlichkeit mit der Anerkennung von „Vergeltung“ als Strafzweck begründet. Wenn das Gericht ausführt, dass die Sicherungsverwahrung als besondere Belastung einer besonderen Rechtfertigung bedarf, weil sie zwar an die schuldhaftige Tat anknüpft, aber hier nicht ihren „Grund“ hat<sup>108</sup>, wird damit implizit vorausgesetzt, dass im Gegensatz dazu eine allein auf zweckfreie Vergeltung abzielende Strafe ohne Weiteres zu legitimieren ist. Die Anerkennung

---

<sup>104</sup> Vgl. *Streng*, JZ 2011, 827, 829.

<sup>105</sup> *Schöchs* (Anm. 9), S. 1213.

<sup>106</sup> BVerfG, Ur. v. 4. 5. 2011, Rdn. 116. Zustimmend *Kreuzer/Bartsch*, StV 2011, 472, 478.

<sup>107</sup> So auch *Schöchs* (Anm. 9), S. 1213.

<sup>108</sup> BVerfG, Ur. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 104.

eines solchen letztlich „absoluten“ Strafzwecks wurde oben bereits kritisiert. Sie würde bedeuten, dass sich das „Schuldprinzip“, vermittelt über den Strafzweck des „Schuldausgleichs“, nicht nur zu Gunsten des Bürgers auswirkt, sondern auch ganz handfest zur Begründung eines schwerwiegenden Grundrechtseingriffs. Diese Konsequenz wird nicht immer ausreichend deutlich gemacht. Es ist paradigmatisch, dass auch das Bundesverfassungsgericht in seiner aktuellen Entscheidung ganz vorrangig auf die positive Seite des Schuldprinzips, also seine limitierende und freiheitsschützende Funktion, abstellt. Auch der Bezug auf das „Menschenbild des Grundgesetzes“, die freie Selbstbestimmung und die Menschenwürde<sup>109</sup> unterstreicht allein diesen Aspekt des Schuldprinzips, während nur ganz am Rande erwähnt wird, dass das Schuldprinzip auch „einer der legitimierenden Gründe“ des Vollzugs der Freiheitsstrafe sei<sup>110</sup>.

Das alles erweckt zunächst den Eindruck einer zirkulären bzw. tautologischen Argumentation: Ausgegangen wird vom klassischen zweispurigen System mit vergeltender Strafe und präventiver Maßregel (was ja schon die Idee eines Abstandes beinhaltet), woraus dann das „Abstandsgebot“ abgeleitet wird. Davon abgesehen sollte dieses dichotome Denken doch angesichts der neuen straftheoretischen Diskussion eigentlich überwunden sein, wo Vergeltung und Schuldausgleich gerade nicht ohne Weiteres als alleinige legitime Zwecke anerkannt werden. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in früheren Entscheidungen davon gesprochen, dass Schuldausgleich niemals Selbstzweck sein dürfe und eher die generalpräventive Funktion der Strafe betont<sup>111</sup>. Davon ist in den neueren Entscheidungen kaum etwas zu hören, was insofern eine straftheoretische Rolle rückwärts darstellt. Ebenso wenig überzeugt als Abgrenzungskriterium die Tatsache, dass die Sicherungsverwahrung auf dem Prinzip des überwiegenden Interesses beruhe, bei dem zwischen Freiheitsgrundrecht und verfolgtem Zweck abzuwägen ist<sup>112</sup>. Das dürfte ein Hinweis auf Verhältnismäßigkeitserwägungen sein, die grundsätzlich natürlich auch bei der Strafe zu beachten sind. Man kommt nur dann nicht in die Verlegenheit, den Zweck innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung genauer zu bestimmen, wenn man zweckfreie Vergeltung akzeptiert. Genau hier ist auch der Ansatzpunkt für eine Kritik an der Ausblendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Strafe zugunsten des angeblich stets strengeren Schuldprinzips. Würde man sich dagegen bemü-

---

**109** BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 104.

**110** BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 104.

**111** BVerfGE 39, 46; 72, 114.

**112** BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 104 sowie Radtke, GA 2011, 636, 643. Dazu auch Streng, JZ 2011, 827, 829, der bei der Feststellung des „überwiegenden Interesses“ den Aspekt der „fairen Risikoverteilung“ betont.

hen, die Strafe anhand präventiver Überlegungen zu begründen, stellt sich unweigerlich die Frage der „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ auch bei der Strafe. Auch diese ist mit anderen Worten nur dann gerechtfertigt, wenn man ein „überwiegendes Interesse“ formulieren kann.

Sofern das Bundesverfassungsgericht aus dem rein spezialpräventiven Charakter der Sicherungsverwahrung, also ebenfalls unter Bezug auf ein funktionales Argument, ableitet, dass dem Verwahrten im Vollzug nur solche Beschränkungen auferlegt werden dürfen, die zur Reduzierung der Gefährlichkeit nötig sind<sup>113</sup>, ist das richtig und aus Sicht des betroffenen Grundrechtsträgers natürlich zu begrüßen. Sofern damit aber ein Unterschied zum herkömmlichen Strafvollzug begründet werden soll, kann das nicht überzeugen. Im Gegenteil zeigt sich hier die größte Schwäche in der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts. Es ist ein letztlich nicht aufzulösender Widerspruch, wenn das Gericht einerseits darauf beharrt, dass sich der Vollzug der Sicherungsverwahrung deutlich vom normalen Strafvollzug unterscheiden soll und die Ausgestaltung des Vollzugs nicht als zusätzliches Übel verstanden werden darf, zugleich aber zugegeben wird, dass auch der herkömmliche Strafvollzug richtigerweise nicht an Vergeltung und Schuldausgleich orientiert sein darf<sup>114</sup>. Vielmehr gilt auch dort, wie das Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle in begrüßenswerter Klarheit festgestellt hat, dass der Inhaftierte einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf Resozialisierung geltend machen kann, der entsprechende Haftbedingungen einschließlich therapeutischer Angebote voraussetzt<sup>115</sup>. Auch die Strafvollzugsgesetze der Länder beinhalten ausnahmslos das Vollzugsziel der Resozialisierung des Inhaftierten. Daher ist auch der Ruf des Bundesverfassungsgerichts nach einem „freiheits- und therapieorientierten Gesamtkonzept“<sup>116</sup> der Sicherungsverwahrung völlig berechtigt und zu unterstützen – aber eben nicht als Abstand gegenüber dem Strafvollzug<sup>117</sup>! Gerade dort, wo sich das vom Gericht postulierte Abstandsgebot besonders auswirken soll, nämlich auf Vollzugsebene, fehlt es somit in besonderem Maß an einer theoretisch überzeugenden Fundierung dieses angeblichen Gebots.

Die Betonung von „Abstand“ birgt hier sogar die Gefahr, dass man diesen (auch angesichts begrenzter Ressourcen) in der Weise herstellt, dass man bei Sicherungsverwahrten ganz besondere Einrichtungen und Therapieangebote

---

**113** BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 108.

**114** Siehe bereits BVerfG NJW 2004, 746. Das wird auch betont von Kreuzer/Bartsch, StV 2011, 472, 479.

**115** Grundlegend BVerfGE 35, 202, 235.

**116** BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 120.

**117** Siehe auch Streng, JZ 2011, 827, 831.

schafft, zugleich aber den an sich ebenso gesetzlich und verfassungsrechtlich vorgesehenen Resozialisierungsauftrag im normalen Strafvollzug vernachlässigt. Man sollte nicht vergessen: Abstand lässt sich stets in beide Richtungen herstellen<sup>118</sup>. Schon jetzt wird von *Kreuzer* und *Bartsch* der Vorwurf erhoben, dass ein Abstand nur deswegen realisiert werden könne, weil der status quo in den Justizvollzugsanstalten gerade nicht von besonderen Resozialisierungsbemühungen geprägt sei<sup>119</sup> – zumindest für die Zukunft sollte eine solche Entwicklung jedenfalls verhindert werden. Im Gegenteil gilt es, schon die Verbüßung der Strafe so gut es geht für Maßnahmen zu nutzen, damit der Vollzug der Sicherungsverwahrung gar nicht erst erforderlich wird.

### cc) Humanitäres Argument

Damit ist zugleich das humanitäre Argument zur Begründung eines Abstands von Strafe und Maßregel entkräftet. Denn das Bemühen um möglichst schonende, menschenwürdige Haftbedingungen und Vermeidung von Haftschäden (als Ausfluss der Grundrechte des Inhaftierten) gilt vor allem bei langjährigen Freiheitsstrafen, insbesondere der lebenslangen Freiheitsstrafe, natürlich genauso wie bei der Sicherungsverwahrung.

### d) Zusammenfassung: Eher „Gleichlauf“ als Abstand

Zusammenfassend kann man sagen, dass sich entgegen dem Bundesverfassungsgericht weder aus den empirischen Unsicherheiten der Prognose, noch aus dem Bezug auf den zweifelhaften Strafzweck des „Schuldausgleichs“ und den rein präventiven Charakter der Sicherungsverwahrung, noch aufgrund der Anforderungen an einen humanen und menschenwürdigen Freiheitsentzug zwingend das Gebot ableiten lässt, der Vollzug von Strafe und Sicherungsverwahrung sei unterschiedlich auszugestalten. Im Gegenteil legen Art, Schwere und Zielrichtung beider Maßnahmen gleichermaßen nahe, sich um eine humane und therapieorientierte Gestaltung zu bemühen. Es geht also eher um eine Parallelisierung auf Vollzugsebene, die aber wohlgerne keine Angleichung „nach unten“ sein darf, sondern schon kraft Verfassungsrecht bei beiden Maßnahmen umfassende Resozialisierungs- und Therapiebemühungen beinhalten muss. Langjähriger Freiheitsentzug ist nach allem in beiden Formen ein „Sonderopfer“,

---

118 Vgl. die Bedenken von *Streng*, JZ 2011, 827, 831 sowie *Schöch*, GA 2011, 14, 18.

119 *Kreuzer/Bartsch*, StV 2011, 472, 479.

das zwar unterschiedlich gerechtfertigt werden mag, bei dem sich die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit aber überschneiden. Das alles schließt nicht aus, unterschiedlichen Problemlagen und Bedürfnissen von Sicherungsverwahrten einerseits und normalen Insassen mit langjährigen Freiheitsstrafen andererseits durch unterschiedliche Therapie- und Resozialisierungsangebote sowie ggf. auch durch eine räumliche Trennung Rechnung zu tragen<sup>120</sup>. Mit einem unterschiedlichen Niveau der Bemühungen um Resozialisierung und Rückfallvermeidung hat das aber nichts zu tun.

Dieser grundsätzliche Gleichlauf auf Vollzugsebene wird interessanterweise auch in den beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts anerkannt. So heißt es etwa in der Entscheidung aus dem Jahre 2004, die Sicherungsverwahrung müsse „ebenso wie der Strafvollzug“ darauf ausgerichtet sein, die Voraussetzungen für ein verantwortliches Leben in Freiheit zu schaffen<sup>121</sup>. Es wird auf § 2 Satz 1 StVollzG verwiesen, der auch für die Sicherungsverwahrung gelte. Es sei eine „partielle Übereinstimmung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung mit dem der Strafe“<sup>122</sup> gerechtfertigt, da beides nur durch Freiheitsentziehung gewährleistet werden könne. Als weitere Gemeinsamkeit wird betont, dass sowohl Sicherungsverwahrung als auch Strafe im strafgerichtlichen Urteil ausgesprochen werden und beide an eine rechtswidrige und schuldhaftige Straftat anknüpfen. Dies wird zwar in der Folge relativiert, indem eine Überschneidung nur „auf Präventionsebene“ anerkannt wird, während der Unterschied bestehen bleibe, dass Strafe Reaktion auf „Schuld“ sei, während die Sicherungsverwahrung Reaktion auf „Gefährlichkeit“ sei<sup>123</sup>. Das steht und fällt aber erneut mit der Anerkennung der legitimierenden Kraft des Strafzwecks des „Schuldausgleichs“, die man mit guten Argumenten bezweifeln kann.

In eine ganz ähnliche Richtung geht das Gericht in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2011. Dort heißt es, das Gebot der Resozialisierung gelte „gleichmaßen für den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Sicherungsverwahrung (BVerfGE 109, 133, 151). Dies mag der Ausfüllung des Abstandsgebots gewisse faktische Grenzen setzen, ändert aber nichts an der Verschiedenartigkeit der Zielsetzung von Straftat und Sicherungsverwahrung. Das gesamte System der Sicherungsverwahrung ist so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt“<sup>124</sup>. Dass sich hier nur eine „faktische Grenze“ auftrue, ist aber schlicht nicht zutreffend. Es handelt sich

---

120 Kreuzer/Bartsch, StV 2011, 472, 478.

121 BVerfG NJW 2004, 739, 740.

122 BVerfG NJW 2004, 739, 744.

123 BVerfG NJW 2004, 739, 747.

124 BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 108.

vielmehr um einen sowohl straftheoretisch als auch verfassungsrechtlich, also normativ begründeten Auftrag, nicht nur im Rahmen der Sicherungsverwahrung, sondern auch schon im Rahmen des Strafvollzugs nach Kräften resozialisierende und therapeutische Anstrengungen zu unternehmen. Wenn man dies anerkennt, bleibt von einem anzustrebenden „Abstand“ auf Vollzugsebene wenig übrig.

Endgültig deutlich wird dieser Gleichlauf auf Vollzugsebene auch, wenn man die vom Bundesverfassungsgericht aus dem „Abstandsgebot“ abgeleiteten inhaltlichen Anforderungen an eine mögliche Neuregelung der Sicherungsverwahrung genauer betrachtet<sup>125</sup>. Denn dabei handelt es sich fast ausschließlich um Postulate, die in ganz ähnlicher oder identischer Weise für die Freiheitsstrafe vertreten werden<sup>126</sup>.

Das ist besonders offensichtlich bei der Forderung, die Sicherungsverwahrung müsse stets „ultima ratio“ sein („ultima-ratio-Prinzip“)<sup>127</sup>. Gleiches gilt aber auch für das „Individualisierungs- und Intensivierungsgebot“, das u. a. Behandlungsuntersuchung, Vollzugsplan und Therapieangebote umfasst<sup>128</sup>, das „Motivierungsgebot“, das die Eröffnung einer realistischen Entlassungsperspektive sowie Motivation zur Therapie beinhaltet<sup>129</sup> sowie das „Minimierungsgebot“, das sich beispielsweise auf die Ermöglichung von Lockerungen erstreckt und das man wohl letztlich als Ausprägung der „Erforderlichkeit“ zu verstehen hat, also den Einsatz des jeweils mildesten Mittels<sup>130</sup>. Ebenfalls keine Besonderheit im Vergleich zum Strafvollzug ist das „Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot“, das die Ermöglichung von effektivem Rechtsschutz und eine Unterstützung bei der Durchsetzung von Rechtsansprüchen beinhalten soll<sup>131</sup>.

Als wirklich spezifischer Gehalt des Abstandsgebots bleibt das Postulat der räumlichen Trennung von Strafe und Sicherungsverwahrung (Trennungsgebot)<sup>132</sup>. Geht man davon aus, dass Sicherungsverwahrte eine besonders problematische Klientel mit vielfältigen Schwierigkeiten sind, lässt sich das natürlich gut vertreten. Die Forderung, ausreichend Personal bereit zu stellen, um ein „freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu verwirklichen“ sollte dagegen auch für den Strafvollzug gelten.

---

<sup>125</sup> Siehe dazu auch *Dessecker*, ZIS 2011, 709 f.

<sup>126</sup> So auch *Streng*, JZ 2011, 827, 831.

<sup>127</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 112.

<sup>128</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 113.

<sup>129</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 114.

<sup>130</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 116.

<sup>131</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 117.

<sup>132</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 115.



Schließlich verweist das Gericht noch zu Recht auf das „Kontrollgebot“, also die regelmäßige Überprüfung der Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung. Das ist ein gewisser Unterschied zur Strafe, der sich aus der Natur der Sache ergibt, genauer: aus der unbestimmten Dauer der Sicherungsverwahrung und ihrer Orientierung an der Gefährlichkeit des Täters. Mit einem inhaltlichen „Abstand“ bei der Ausgestaltung des Vollzugs hat das aber nichts zu tun, zumal eine in etwa vergleichbare Prüfung zumindest bei der Strafrestaussatzung auch im Rahmen des normalen Strafvollzugs ansteht.

## 2. Abstandsgebot und Verhältnismäßigkeit

Schon die Begründung des Abstandsgebots in den beiden erwähnten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist also nicht überzeugend. Ganz unabhängig davon ist aber auch die argumentative Verwendung des Abstandsgebots im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Sicherungsverwahrung durch das Bundesverfassungsgericht kritikwürdig. Es leuchtet nicht ein, warum die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme (Sicherungsverwahrung) davon abhängen sollte, in welcher Relation ihre Ausgestaltung zu einer anderen (Strafe) steht. Ist es doch gerade das Kennzeichen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung (als Teil der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs), dass es sich um einen isolierten Blick allein auf die fragliche Maßnahme handelt und nicht etwa wie bei Art. 3 Abs. 1 GG um einen Vergleich zweier oder mehrerer staatlicher Eingriffe. Zu prüfen ist nach herkömmlichen verfassungsrechtlichen Maßstäben, ob der mit der Sicherungsverwahrung verbundene Freiheitsentzug am Maßstab von Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 104 GG gerechtfertigt werden kann. In diese Prüfung fließt natürlich die Schwere des Grundrechtseingriffs ein, die auch durch die Ausgestaltung des Vollzugs der Unterbringung sowie die Möglichkeiten der Wiedererlangung der Freiheit bestimmt wird. Auf der anderen Seite der Waagschale schlägt der verfolgte Zweck des Schutzes der Allgemeinheit zu Buche, dessen Gewicht allerdings von den Möglichkeiten einer einigermaßen zuverlässigen Gefährlichkeitsprognose abhängt<sup>133</sup>. Diese Aspekte werden vom Bundesverfassungsgericht also ganz zu recht thematisiert – sie sind aber allesamt ohne Seitenblick auf die Ausgestaltung der Strafe zu ermitteln. Weder bei der Prüfung der Geeignetheit, noch bei derjenigen der Erforderlichkeit oder der Angemessenheit der Siche-

---

**133** Zur Bedeutung der Prognoseunsicherheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe auch *Streng*, JZ 2011, 827, 828.

rungsverwahrung spielt es eine Rolle, wie im Vergleich zur Sicherungsverwahrung der normale Strafvollzug ausgestaltet ist. Dementsprechend verwundert es nicht, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2004 das Abstandsgebot zwar im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erwähnt, aber eine Zuordnung zu einem der genannten Aspekte vermeidet, sondern (auch anhand der Gliederungsziffer ersichtlich) die Ausführungen zum Abstandsgebot erst im Anschluss an die Passage zur Abwägung im Rahmen der „Angemessenheit“ macht, also quasi nachschiebt. Der Gesichtspunkt des Abstands fügt sich also bei genauer Betrachtung nicht in das Prüfungsschema der Verhältnismäßigkeit ein und hat hier schlicht keine Funktion. Er stellt umgekehrt aber eine Gefahr für den Resozialisierungs-Strafvollzug dar. Zugespitzt formuliert: eine Verletzung des „Abstandsgebots“ wäre auch dann gegeben, wenn sowohl Freiheitsstrafe als auch Sicherungsverwahrung in mustergültiger, aber gleicher Weise „freiheits- und therapieorientiert“ ausgestaltet wären<sup>134</sup>. Müsste man dann die Resozialisierungsbemühungen im Strafvollzug wieder zurückfahren, um dem Gebot Genüge zu tun? Und warum sollte das die Stellung des Sicherungsverwahrten und die Bewertung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in sein Grundrecht verändern?

Was als neuer Gesichtspunkt im Urteil von 2011 (ganz offensichtlich als Reaktion auf die oben erwähnte Rechtsprechung des EGMR) hinzukommt, ist der Hinweis auf die „Wertungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK“, die nach dem Bundesverfassungsgericht eine Präzisierung des Abstandsgebots nötig machen<sup>135</sup>. Eine „freiheitsorientierte Wahrung des Abstandsgebots“ trage diesen Wertungen Rechnung<sup>136</sup>. Das ist ersichtlich vom Bestreben getragen, eine zu große Abweichung von den Maßstäben des EGMR zu vermeiden. Aber es lässt sich doch fragen, inwiefern die Wertungen der EMRK die Verhältnismäßigkeit des Freiheitseingriffs tatsächlich beeinflussen können. Gerade in Bezug auf Art. 7 Abs. 1 EMRK, der das Gesetzlichkeitsprinzip einschließlich des Rückwirkungsverbots enthält, ist nicht zu sehen, warum dieser ganz andere Aspekt (der in Art. 103 Abs. 2 GG ohnehin separat im nationalen Verfassungsrecht verankert ist) unmittelbar die „Verhältnismäßigkeit“ des Eingriffs beeinflussen sollte<sup>137</sup>. Die Schwere des Eingriffs wird doch kaum dadurch modifiziert, dass möglicherweise ein anderes schützendes Prinzip aus einem anderen Regelwerk tangiert ist. Das Bundesverfassungsgericht deutet hier eine Art „Ausstrahlungswirkung“ einer möglichen Verletzung der

---

**134** Ähnlich *Streng*, JZ 2011, 827, 831.

**135** BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 100.

**136** BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 109.

**137** Zustimmend aber *Peglau*, NJW 2011, 1925, der die Bedenken des EGMR hier „systematisch richtig eingebaut“ sieht.

EMRK auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung an, die aber leider nicht weiter begründet wird. Man findet lediglich die wenig hilfreiche Bemerkung, wonach vor allem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als verfassungsimmanenter Grundsatz in Betracht komme, um die vom EGMR herangezogenen Aspekte in das nationale Verfassungsrecht einfließen zu lassen<sup>138</sup>. Aspekte, die das Gesetzlichkeitsprinzip betreffen, müssten aber doch in viel näher liegender Weise in die Beurteilung einer Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG einfließen, der das unmittelbare Pendant zu Art. 7 Abs. 1 EMRK im nationalen Verfassungsrecht ist. Zumindest hier könnte also das Abstandsgebot eine argumentative Funktion übernehmen. Das ist im Folgenden zu untersuchen.

### 3. Abstandsgebot, Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz

#### a) Abstandsgebot und absolutes Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG

Auf den ersten Blick scheint das Abstandsgebot gerade im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG eine klare Funktion zu erfüllen; es geht darum zu begründen, dass die Sicherungsverwahrung eben nicht unter den Begriff der Strafe i. S. d. Vorschrift fällt. Allerdings gelten auch hier die oben formulierten Einwände gegen die begriffliche Abgrenzung von Strafe und Sicherungsverwahrung. Das Bundesverfassungsgericht konzentriert sich in seinen Entscheidungen im Wesentlichen wie gesehen auf die Zweckrichtung als maßgebliches Unterscheidungskriterium. In diesem Zusammenhang kommt allerdings etwas zu kurz, dass die Sicherungsverwahrung ebenfalls an eine schuldhafte Tat anknüpft. Hier weist die Sicherungsverwahrung im Vergleich zu § 63 StGB also eine deutlichere Gemeinsamkeit mit der Strafe auf. Dies wird umso brisanter, als das Bundesverfassungsgericht das Rückwirkungsverbot in Menschenwürdegarantie und Schuldprinzip verankert sieht<sup>139</sup>, was im Grundsatz „nulla poena sine culpa“ niedergelegt ist. Die Unterscheidung, die das Bundesverfassungsgericht nun bezüglich des „Schuldfaktors“ vornimmt, muss dann letztlich allein auf der Ebene der Zwecksetzung (Schuldausgleich bzw. Missbilligung) vorgenommen werden. Der „Abstand“ i. S. e. Unterschieds zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung wird bei genauem Hinsehen also selbst dann geringer, wenn man die starke Betonung des Schuldgedankens durch das Bundesverfassungsgericht zugrundelegt.

---

<sup>138</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 94 mit Verweis auf BVerfGE 111, 307, 324.

<sup>139</sup> BVerfG NJW 2004, 739, 745.

Das Bundesverfassungsgericht setzt sich in der Entscheidung vom 5. 2. 2004 nur sehr knapp mit der Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung auseinander; die besonderen Auswirkungen, die diese für das Abstandsgebot und daraus folgend für die Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung hat, finden sich in diesem für die Abgrenzung der Sicherungsverwahrung von der Strafe wegweisenden Urteil nicht. Vielmehr findet sich bei genauem Hinsehen eher eine Betonung der Gemeinsamkeiten, nämlich dass Vergeltungstendenzen einerseits beim Vollzug von Strafe und Sicherungsverwahrung keine Rolle spielen dürfen, andererseits aber bei beiden Sanktionsarten Präventionsaspekte zu berücksichtigen sind<sup>140</sup>. Nur weil dies derzeit auch beim Vollzug der Straftat nicht konsequent umgesetzt wird, kann eine Einhaltung der Resozialisierungsprinzipien die Sicherungsverwahrung nicht zum *aliud* machen. Würden die Ansprüche der Inhaftierten im Strafvollzug befriedigt, dann wäre ein Unterschied in der Ausgestaltung kaum zu erkennen; insofern taugt dieses Kriterium nicht dazu, die Sicherungsverwahrung in der Spur zu halten.

Gerade vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks des Rückwirkungsverbotes ist fraglich, inwiefern der Abstand im Sinne einer unterschiedlichen Ausgestaltung von Strafe und Sicherungsverwahrung hier relevant werden sollte. Das Bundesverfassungsgericht führt zum „Sinn der Verfassungsnorm“ aus, es gehe darum „dem Bürger die Grenzen des straffreien Raums klar vor Augen zu stellen, damit er sein Verhalten daran orientieren kann“. Ausgehend von dieser Zielrichtung setze die Strafbarkeit i. S. d. Art. 103 Abs. 2 GG voraus, dass das „auferlegte materielle Übel [...] (zumindest auch) dem Schuldausgleich dient“<sup>141</sup>. Diese teleologische Betrachtung des Bundesverfassungsgerichts kann nur funktionieren, solange man wieder den zweifelhaften Strafzweck des Schuldausgleichs als Dreh- und Angelpunkt versteht. Selbst wenn man das aber zugrundelegt, würde derjenige, der seine Schuld bereits „ausgeglichen“ hat (durch die der Sicherungsverwahrung vorangegangene Haft), plötzlich schlechter gestellt, indem er des ihm zuvor bei der Strafe gewährten Schutzes von Art. 103 Abs. 2 GG verlustig wird. In diesem Zusammenhang ist auch erneut an die Zwitterstellung der Sicherungsverwahrung zu erinnern, die eben nicht nur auf der (angenommenen) Gefährlichkeit des Täters beruht, sondern zugleich an eine schuldhaftige Anlasstat knüpft.

Fraglich ist nun, was aus der Zwitterstellung für die Einordnung der Sicherungsverwahrung folgt. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat in anderem Zusammenhang auf die Möglichkeit von „Quasi-Strafen“ hingewiesen, indem es

---

**140** Die Gemeinsamkeiten betonte bereits früher eindrucksvoll *Kreuzer*, ZIS 2006, 145, 147 f.

**141** BVerfG NJW 2004, 739, 745.

dem Schuldgrundsatz (und dann konsequenterweise gleichfalls Art. 103 Abs. 2 GG) auch solche Sanktionen unterwirft, die „wie eine Strafe wirken“<sup>142</sup>. Das Gericht verwendet dabei die Kategorie der „Strafähnlichkeit“, wobei eine Maßnahme nicht schon dann als strafähnlich zu qualifizieren sei, „wenn sie mit einer Einbuße an Freiheit oder Vermögen verbunden ist und damit faktisch die Wirkung eines Übels entfaltet. Bei der Beurteilung des pönalen Charakters [...] sind vielmehr weitere wertende Kriterien heranzuziehen, insbesondere der Rechtsgrund [...] und der vom Gesetzgeber mit ihr verfolgte Zweck“<sup>143</sup>. Die Kategorie der „Strafähnlichkeit“ ist also – wie auch die Einordnung als Strafe – in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts normativ-zweckorientiert zu bestimmen. Die Einhaltung des Abstandsgebots hilft hier somit nicht weiter; es entfaltet seine Bedeutung nämlich weniger auf der Zweckebene als vielmehr auf derjenigen der Ausgestaltung. Zu bedenken ist nun aber, dass eine eindeutige Abgrenzung der Sicherungsverwahrung im Speziellen von der Strafe – außer auf einer rein zweckorientierten Ebene der Vergeltung – wie gesehen nicht möglich ist, sondern eher die vielfältigen inhaltlichen und funktionellen Überschneidungen ins Auge stechen, die auch durch gewisse Unterschiede auf Vollzugsebene nicht aufgehoben werden.

Die Argumentation gegen die Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG ist daher mittlerweile brüchig geworden<sup>144</sup>. Wenn man beim Betroffenen als verantwortlichem Normadressaten anknüpft, so ist nicht erklärbar, warum er bezüglich seines zu missbilligenden Verhaltens (aus dem die Gefährlichkeit abgeleitet wird) weniger verdient haben soll, zu wissen, welche Konsequenzen ihm drohen. Konsequenterweise sollte man die Sicherungsverwahrung bei einer materiellen Betrachtung daher jedenfalls als „strafähnlich“ einstufen<sup>145</sup> und somit dem Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG unterfallen lassen<sup>146</sup>. Dieser will sichern, dass der Einzelne nicht nur von vornherein weiß, was strafrechtlich verboten ist, sondern auch, welche Form der Ahndung ihm bei einem Verstoß droht<sup>147</sup>. Dieses Ergebnis wird unterstützt durch die Ausführungen des EGMR zum Strafcharakter i. S. v. Art. 7 Abs. 1 EMRK. Es korrespondiert weiterhin mit der Rechtsauffassung

<sup>142</sup> BVerfGE 22, 125, 131; 27, 36, 40 ff.; 35, 311, 320; 74, 358, 375 f.

<sup>143</sup> So u. a. BVerfGE 9, 137, 144 ff.; 21, 378, 383 ff.; 80, 109, 120 ff.; NJW 2004, 2073, 2074.

<sup>144</sup> So konstatiert *Kreuzer*, StV 2011, 122, 125, dass „unerklärlich bleibt, weshalb etwa das Rückwirkungsverbot nicht gelten soll, obwohl das BVerfG in ihm auch den Ausdruck der Menschenwürde sieht“.

<sup>145</sup> Weitergehend *Kluszczewski*, HRRS 2010, 394, 400 ff., der die Sicherungsverwahrung als modifizierte Strafe versteht.

<sup>146</sup> Siehe *Jung*, GA 2010, 639, 642; *Laubenthal*, ZStW 116 (2004), S. 703, 724; *Poesl*, ZJS 2011, 132, 136.

<sup>147</sup> Ständige Rspr., BVerfGE 25, 269, 285; 45, 363, 370.

des französischen Conseil Constitutionnel zur „rétention de sûreté“, die zwar nicht als Strafe eingestuft wird, bei der aber wegen ihrer vergleichbaren Wirkung eine Geltung des Rückwirkungsverbots bejaht wird<sup>148</sup>.

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass diese Konsequenz ja nicht das „Aus“ für die Sicherungsverwahrung an sich bedeutet, mit der Folge, dass sie als Faktor für die Sicherung niedrigerer Freiheitsstrafen (im internationalen Vergleich) entfiel<sup>149</sup>, sondern „nur“ ein Verbot der Unterbringung in den sogenannten Altfällen.

### **b) Abstandsgebot und rechtsstaatlicher Vertrauensschutz gem. Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 GG**

Da das Bundesverfassungsgericht Art. 103 Abs. 2 GG als nicht einschlägig ansieht, setzt es sich in den Entscheidungen seit 2004 regelmäßig auch mit dem auf dem Rechtsstaatsprinzip fußenden allgemeinen Vertrauensschutzgebot auseinander, das wie ein Auffangtatbestand wirkt. Dabei geht es regelmäßig nicht auf das Abstandsgebot ein, soweit es die zu prüfende Maßnahme als unechte Rückwirkung einstuft. Im Beschluss vom 23. 8. 2006 beispielsweise setzte sich das Bundesverfassungsgericht mit dem Vertrauensschutzgebot gem. Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 GG auseinander; das Gericht ordnete die nachträgliche Sicherungsverwahrung gem. § 66 b Abs. 2 StGB gleichfalls der unechten Rückwirkung zu und kommt im Rahmen des Abwägungsprozesses zu einem Überwiegen der gesetzgeberischen Intention eines Schutzes der Allgemeinheit vor einzelnen hochgefährlichen Straftätern<sup>150</sup>; gleiches gilt für den Beschluss vom 22. 10. 2008, in dem sich die 2. Kammer des Zweiten Senats mit dem in dieser Hinsicht noch heikleren § 66 b Abs. 1 Satz 2 StGB auseinandersetzte<sup>151</sup>. Auch in letzterer Entscheidung findet sich keine Bezugnahme auf das Abstandsgebot.

<sup>148</sup> Dazu Jung, GA 2010, 639, 640.

<sup>149</sup> Es ist nämlich zu befürchten, dass Gefährlichkeits- und Sicherheitsaspekte ansonsten verstärkt Eingang in die Strafzumessung fänden; siehe Kreuzer, StV 2011, 122, 125. Zu dieser Kritik auch Schöch (Anm. 9), S. 1203.

<sup>150</sup> BVerfG NJW 2006, 3483, 3484.

<sup>151</sup> BVerfG NJW 2009, 980, 981f. Bemerkenswert in aktueller Hinsicht ist jedoch, dass das Gericht anmerkt, eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen (i. S. e. echten Rückwirkung) läge dann vor, wenn die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auch nach Beendigung der Strafvollstreckung unbegrenzt zulässig wäre; dies spricht deutlich gegen die Zulässigkeit der derzeitigen Bestrebungen einiger Bundesländer, eine „nachträgliche Therapieunterbringung“ bis zu fünf Jahren nach Entlassung einführen zu wollen.

Im Beschluss vom 5. 8. 2009<sup>152</sup> konstatierte die 2. Kammer des Zweiten Senats jedoch bei der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Erledigterklärung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 66 b Abs. 3 StGB i. V. m. § 67 d Abs. 6 StGB) in sogenannten Altfällen im Einzelfall die Möglichkeit der Rückbewirkung von Rechtsfolgen i. S. e. echten Rückwirkung. Die Kammer sah eine solche echte Rückwirkung aber nur gehindert, wenn „diese sich zum Nachteil eines betroffenen Grundrechtsträgers auswirkt“. Letztlich befand das Gericht, dass im Fall von § 66 b Abs. 3 StGB nicht erstmalig eine zeitlich unbegrenzte freiheitsentziehende Maßnahme angeordnet wird, sondern es „im Kern um die Überweisung“ von einer Maßnahme in eine andere geht. Bezeichnenderweise führte die Kammer aus, dass dem Verurteilten „das Übel der Sicherungsverwahrung nur auferlegt werden kann, wenn zuvor das Übel der Unterbringung nach § 63 StGB beseitigt wird“, und qualifiziert die Sicherungsverwahrung nur als ein „anderes“, nicht per se das psychiatrische Krankenhaus als ein „geringeres“ Übel. Hier geht es ausdrücklich darauf ein, dass die „pauschale Behauptung, bei der Sicherungsverwahrung handle es sich um einen reinen ‚Verwahrvollzug‘ [...] angesichts der entgegenstehenden Feststellungen des Zweiten Senats im Urteil vom 5. 2. 2004 jedenfalls nicht“ genüge<sup>153</sup>.

In diesem Beschluss wird also erstmals im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutzgebot auf Art und Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung eingegangen, das Abstandsgebot scheint jedenfalls implizit angesprochen zu werden. Dies verwundert nicht, als das Bundesverfassungsgericht an genannter Stelle stark in Bedrängnis gerät – galt es doch einen Fall der Rückbewirkung von Rechtsfolgen zu rechtfertigen. Der formelhafte Hinweis, dass nicht per se von einem „Verwahrvollzug“ auszugehen sei, scheint hierdurch vom Strafvollzug abzugrenzen bzw. die Nähe zur Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus betonen zu wollen. Beides ist aber nicht überzeugend. Den normalen Strafvollzug als bloßen „Verwahrvollzug“ zu bezeichnen, ist angesichts der Regelung in § 2 StVollzG jedenfalls theoretisch nicht zutreffend und entspricht bei allen Problemen in der praktischen Ausgestaltung auch nicht durchweg der Vollzugsrealität. Weiter kann auch die Betonung der Nähe zum psychiatrischen Krankenhaus den Abstand zur Strafe nicht begründen, als diese Nähe nur eine scheinbare ist; zwar knüpft auch die Unterbringung gem. § 63 StGB an die Gefährlichkeit an und ist präventiv ausgerichtet, allerdings liegt ihr doch als Anlass tat gerade ein jedenfalls vermindert schuldhaftes Verhalten auf der Basis eines entspre-

---

152 BVerfG, Beschluss v. 5. 8. 2009, 2 BvR 2098 und 2 BvR 2633/08, Rdn. 24 ff., insbesondere Rdn. 31.

153 BVerfG, Beschluss v. 5. 8. 2009, 2 BvR 2098 und 2 BvR 2633/08, Rdn. 31.

chenden Eingangsmerkmals des § 20 StGB zugrunde, so dass hier zwangsläufig kein missbilligendes oder vergeltendes Übel in Betracht kommt. Dies unterscheidet die beiden Maßregeln grundsätzlich voneinander. Das Abstandsgebot kann daher auch hier wenig zur Abstufung beitragen.

Bei der Frage nach einer Verletzung des Vertrauensschutzgebots in den sog. Altfällen ist – selbst wenn man die Sicherungsverwahrung nicht als „strafähnlich“ i. S. d. Art. 103 Abs. 2 GG als *lex specialis*<sup>154</sup> einstufen möchte – wegen ihrer Nähe zur Strafe im Rahmen der Abwägung strikter auf die Interessen des Betroffenen zu achten; daher ist ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG anzunehmen.<sup>155</sup>

In der neuen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. 5. 2011 zeigt sich eine Art „Rosinenpicken“: Die Sicherungsverwahrung wird weiterhin – auf einer theoretischen Ebene<sup>156</sup> – von der Strafe abgegrenzt; aus diesem Grund ist das System nicht zu überdenken, und deshalb ist Art. 103 Abs. 2 GG nicht einschlägig. Aber wegen der großen Nähe zur Strafe und der Verletzung des Abstandsgebots soll ein nahezu vollständig identischer Vertrauensschutz über Art. 20 Abs. 3 GG (i. V. m. Art. 2 Abs. 2, Art. 104 GG) gewährleistet werden, allerdings mit dem Unterschied, dass dieser Schutz eben nicht abwägungsfest ist. Auf diesem Weg sind Ausnahmen und Einzelfallabwägungen möglich, was wohl letztlich das „Hintertürchen“ für die besonders schweren Fälle darstellen soll – konsequenter und der Rechtssicherheit dienlich wäre wie oben dargelegt ein absoluter Vertrauensschutz durch Einbezug in den Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG<sup>157</sup>.

#### 4. Abstandsgebot und Gesetzgebungskompetenz

Nur ergänzend ist abschließend noch auf die geradezu gegenläufige Rolle einzugehen, die ein strikter „Abstand“ von Strafen und Maßregeln bei der Frage der

<sup>154</sup> Schmahl, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 103, Rdn. 25.

<sup>155</sup> Für die nachträgliche Sicherungsverwahrung bei Altfällen Hörnle, StV 2006, 383, 386, die ausdrücklich auf das „dissenting vote“ der Richter Broß, Gerhardt und Osterloh im Ur. v. 10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Rdn. 190 ff., Bezug nimmt; Kinzig, NSTZ 2004, 655, 659 f.; Nolte, in: *Mangoldt/Klein*, Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 103 Abs. 2 Rdn. 107.

<sup>156</sup> Kreuzer, ZIS 2006, 145, 148, betont ebenfalls die Gemeinsamkeit von Strafe und Sicherungsverwahrung und spricht bezüglich der Abgrenzung von einem „theoretischen, um nicht zu sagen sophistischen Konstrukt“.

<sup>157</sup> Siehe auch Streng, JZ 2011, 827, 832, der die Lösung des Bundesverfassungsgerichts zu Recht als „mehr pragmatisch denn verfassungsrechtlich überzeugend“ bezeichnet.



Gesetzgebungskompetenz entfalten muss<sup>158</sup>. Denn je mehr der Unterschied bei den Spuren betont wird, umso eher liegt eine Argumentation nahe, dass die Maßregeln auch nicht dem „Strafrecht“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG unterfallen. Auch das Bundesverfassungsgericht hatte hier deutliche argumentative Hürden zu überwinden.

In seinem Urteil vom 5. 2. 2004 grenzt es den Begriff des „Strafrechts“ i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ausdrücklich von dem der „Strafe“ in Art. 103 Abs. 2 GG ab; in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG seien vom „Kompetenztitel des Strafrechts“ auch die Maßregeln der Besserung und Sicherung umfasst, was aus den unterschiedlichen Zwecken der Bestimmungen resultiere<sup>159</sup>. Auch hier findet sich also eine zweckorientierte Ausrichtung. Bei Art. 103 Abs. 2 GG wird die freiheitsgewährleistende Funktion betont, während Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG kein subjektives Recht des Einzelnen betrifft, sondern die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz. Diese Abgrenzung erscheint aber sehr formal und bleibt stark am Regelungsgehalt orientiert, ohne zu fragen, ob daraus tatsächlich zwangsläufig Unterschiede folgen müssen.

Im Urteil vom 10. 2. 2004<sup>160</sup> bestätigt das Bundesverfassungsgericht die Zuordnung der Sicherungsverwahrung zum Strafrecht i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und grenzt sie dabei vom Gefahrenabwehrrecht als landesrechtlichem Kompetenzgebiet ab. Das Gericht orientiert die Auslegung des Begriffs „Strafrecht“ an Wortlaut, Historie, Systematik und Normzweck und definiert, dass zum Strafrecht „die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten gehört, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen“<sup>161</sup>. Der 2. Senat legt letztlich einen weiten Begriff des Strafrechts zugrunde, der (schuldunabhängige) Präventionsmaßnahmen nicht von vornherein ausschließt<sup>162</sup>. Zentrale Leitlinie der Argumentation bildet die Anknüpfung an eine (rechtswidrige) Tat<sup>163</sup>, wobei das Gericht an einer Stelle ausführt, dass „die

**158** Vgl. *Kreuzer*, StV 2011, 122, 131. Nicht weiter erörtert werden soll hier, inwiefern dem Bund die Kompetenz für die vom Bundesverfassungsgericht angemahnten Gestaltungen auf der Ebene des Vollzugs der Sicherungsverwahrung zustehen; dazu kritisch *Hörnle*, NSTZ 2011, 488, 492f.; *Poesl*, ZJS 2011, 132, 136.

**159** BVerfG NJW 2004, 739, 745.

**160** BVerfG, Urt. v. 10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02; hierzu auch oben S. 94.

**161** BVerfG, Urt. v. 10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Rdn. 85.

**162** BVerfG, Urt. v. 10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Rdn. 86f.

**163** BVerfG, Urt. v. 10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Rdn. 90, 98, 112.

Erstaunlicherweise bezeichnet das Gericht die Straftat in Rdn. 112 durchaus als „Legitimationsgrund des Instituts“ (in den landesrechtlichen Straftäterunterbringungsgesetzen).

auf Spezialprävention gerichteten Rechtsfolgen [...] in unmittelbarem Zusammenhang zu einer Straftat [stehen], die notwendige Voraussetzung – wenn auch nicht hinreichender Grund – für ihre Verhängung ist“<sup>164</sup>, was zeigt, dass man zwar nicht auf die Tat, wohl aber auf die schuldhaftige Tat als Anknüpfung verzichtet. Die Reaktion kann dann zwangsläufig keine „missbilligende“ oder gar „schuld ausgleichende/vergeltende“ sein, und wird vom Bundesverfassungsgericht dennoch dem Strafrecht i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zugeordnet. Die Anlasstat wird als zentraler Anknüpfungspunkt für die Prognose angesehen, was die gemeinsame Normierung von vorbeugender und vergeltender Sanktion rechtfertigt<sup>165</sup>.

Dies relativiert einerseits die zentrale Bedeutung, die das Bundesverfassungsgericht ansonsten dem Aspekt des „Schuldausgleichs“ als zwingende Voraussetzung für „Strafe“ zumisst. Eine echte inhaltliche Begründung, warum dieser bei Art. 103 Abs. 2 GG, nicht aber bei Art. 74 Abs. 1 GG erforderlich sein soll, bleibt das Gericht letztlich schuldig. Jedenfalls bestätigen die Entscheidungen die oben herausgearbeitete Zwitterstellung der Sicherungsverwahrung; einerseits wird ihr Präventionscharakter (auf der Zweckebene) betont, andererseits führt das nicht etwa dazu, dass man sie als reine Maßnahme der „Gefahrenabwehr“ einstuft. Auch geht sie über die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Mindestanforderungen hinaus, indem sie schuldhaftes Handeln des Täters voraussetzt. Ihre Zuordnung zum Bereich des Strafrechts und damit zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist also durchaus konsequent.

Schwieriger zu beantworten ist dies im Hinblick auf das neue Gesetz zur Therapieunterbringung von Tätern, die aus Vertrauensschutzgründen aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden müssen (ThUG). Eine Straftat ist hier nur sehr mittelbarer Anknüpfungspunkt für die (im Übrigen in separaten Einrichtungen vollzogene und von Zivilgerichten angeordnete) Unterbringung<sup>166</sup>. Es geht allein um die aus einer „psychischen Störung“ resultierende Gefährlichkeit, jedenfalls nach dem Wortlaut unabhängig davon, ob diese Störung auch ursächlich für die Begehung der ursprünglichen Straftat war. Hier erscheint eine Zuordnung zum „Strafrecht“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG selbst unter Zugrundelegung der großzügigen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts zweifelhaft<sup>167</sup>. Es bleibt abzuwarten, wie das Gericht diese Frage beurteilen wird; in seiner Entscheidung vom 4. 5. 2011 verweist es zwar auf Kriterien des ThUG, nimmt dabei allerdings ausdrücklich nicht zu dessen Verfassungskonformität Stellung<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> BVerfG, Urt. v. 10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Rdn. 98.

<sup>165</sup> BVerfG, Urt. v. 10. 2. 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Rdn. 98.

<sup>166</sup> Ähnlich *Kreuzer*, StV 2011, 122, 124.

<sup>167</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken äußert auch *Kinzig*, NJW 2011, 177, 181.

<sup>168</sup> BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 173.

## IV. Folgerungen für die zukünftige Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Probleme der Legitimation und zukünftigen Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung nicht durch schlichtes „Abstandhalten“ im Vergleich zur Strafe und deren Vollzug zu lösen sind. Die Betonung des „Abstands“ beider Sanktionen durch das Bundesverfassungsgericht führt daher in die Irre. Der unterschiedlichen Ausgestaltung auf Vollzugsebene stehen nicht nur „faktische“, sondern in Gestalt des Resozialisierungsanspruchs aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG auch verfassungsrechtliche Grenzen entgegen. Zugleich ändern Modifizierungen auf Vollzugsebene nichts an der Gefahr, dass die gegenüber einem schuldhaft handelnden Täter verhängte Sicherungsverwahrung stets auch als „ahndende“ Übelszufügung eingesetzt und verstanden wird.

Die Sicherungsverwahrung ist daher eine „strafähnliche Sanktion“, die zwar vorrangig dem Sicherungszweck dient, aufgrund ihrer Zwitterstellung aber dennoch in den Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG einzubeziehen ist. Sie steht damit zwischen den Kriminalstrafen und den rein spezialpräventiv ausgerichteten Maßregeln der §§ 63 und 64 StGB. Das bedeutet keineswegs zwingend eine Auflösung des mehrspurigen Systems zugunsten einer einspurigen Betrachtungsweise. Vor allem wäre bei Abschaffung der Sicherungsverwahrung zu befürchten, dass der Sicherungszweck dann offen oder latent die Strafzumessung viel stärker beeinflussen würde als heute und im Ergebnis in Bezug auf einen viel größeren Personenkreis zu deutlich längeren Freiheitsstrafen führen würde<sup>169</sup>. Zugleich wäre ein Ausweichen auf eine häufigere Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt als „verkappte Sicherungsverwahrung“ zu befürchten<sup>170</sup>. In den nötigen engen Grenzen sollte daher an dieser besonderen Sanktion, bei der die stets prekäre Sicherungsfunktion zumindest ohne „Etikettenschwindel“ ganz offen zu Tage tritt und jeweils im Einzelfall gerechtfertigt werden muss, festgehalten werden.

Zu betonen ist aber in besonderem Maße, dass es gilt, die Sicherungsverwahrung wo nur irgend möglich zu verhindern. Aus diesem Grund sind bereits im Strafvollzug hinreichende Resozialisierungsbemühungen zu unternehmen<sup>171</sup>.

<sup>169</sup> Zu dieser Gefahr auch *Schöch* (Anm. 9), S. 1203; ähnliche Bedenken äußern u. a. *Freund*, GA 2010, 193, 208; *Streng*, JZ 2011, 827, 833.

<sup>170</sup> *Kreuzer*, StV 2011, 122, 125.

<sup>171</sup> Das ist auch in Art. 1 des derzeit diskutierten Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung als Inhalt des geplanten § 66 c Abs. 2 vorgesehen.

Dabei könnte man den interessanten Vorschlag von *Kreuzer* aufgreifen, solche Angebote noch stärker als für den Staat rechtlich verpflichtend vorzuschreiben und bei rechtswidrigem Unterbleiben einen Ausschluss anschließender Sicherungsverwahrung vorzusehen<sup>172</sup>. Wichtiger Baustein eines solchen Angebots wird hier zunächst die Feststellung der zweckmäßigen „Behandlung“ im weiteren Sinne sein (Therapie, Ausbildung, soziales Training, Schuldenregulierung, sozialer Empfangsraum, um nur einige Bausteine zu nennen); dies kann durch Vollzugsplankonferenzen unter Beteiligung des Vollzugs-, Werk- und Fachpersonals gesichert werden. Auch sollte eine Anhörung des Inhaftierten Element einer solchen Besprechung sein, nicht zuletzt um Compliance-Optionen zu nutzen und die Motivation zu stärken. In schwierigen Fällen werden gegebenenfalls psychologische oder psychiatrische Gutachten zur Erarbeitung von Behandlungsmöglichkeiten einzuholen sein<sup>173</sup>. Auch Inhaftierte mit potentieller Sicherungsverwahrung im Anschluss an den Vollzug müssen Resozialisierungschancen erhalten, insbesondere sollten diese nicht per se von Vollzugslockerungen und Urlaub ausgeschlossen sein, sondern bei entsprechender Eignung die Gelegenheit bekommen, sich zu bewähren; gerade die Zeiten in Freiheit sind für die spätere Prognose von erheblicher Bedeutung.

Auch die Sozialtherapie sollte gerade für schwierige Klientel genutzt werden<sup>174</sup>, wie es ursprünglich in § 65 StGB vorgesehen war, der durch das 2. Strafrechtsreformgesetz vom 4. 7. 1969 eingeführt worden war, letztlich aber 1984 wieder gestrichen wurde, ohne jemals in Kraft getreten zu sein. Danach sollte die sozialtherapeutische Anstalt bei weitgehender Gleichheit der formellen Voraussetzungen an die Stelle der Sicherungsverwahrung treten, wenn zusätzlich bei den Tätern eine schwere Persönlichkeitsstörung vorgelegen hätte<sup>175</sup>. Gerade bei Inhaftierten mit erkennbaren Schwierigkeiten sollten frühzeitig im Vollzug derartige Behandlungschancen ergriffen werden und nicht erst Jahre

---

**172** *Kreuzer*, StV 2011, 122, 130 f. Der in Anm. 171 erwähnte Referentenentwurf sieht im geplanten § 67 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB eine Aussetzung der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung (mit gleichzeitigem Eintritt von Führungsaufsicht) vor, wenn dem Täter „bei einer Gesamtbetrachtung des Vollzugsverlaufs (keine) ausreichende Betreuung (...) angeboten worden ist“.

**173** In ähnlicher Weise fordert dies das Bundesverfassungsgericht (Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 113) auch für die Sicherungsverwahrung, was selbstverständlich begrüßenswert ist, allerdings für die Zukunft eben bereits frühzeitig (auch) im Strafvollzug geschehen sollte.

**174** So auch *Dessecker*, ZIS 2011, 706, 713.

**175** BGBl. I (1969), S. 728. Hierzu auch *Kinzig* (Anm. 9), S. 23; zur Sozialtherapeutischen Anstalt als Maßregel ausführlich im Hinblick auf die Sicherungsverwahrung auch *Schöch* (Anm. 9), S. 1194; zur ursprünglichen Konzeption *ders.* et al., ZRP 1982, 207 ff.

lang einer Verfestigung falscher Strukturen im bloßen Verwahrvollzug Vorschub geleistet werden.

Sollte der Vollzug der (originären oder vorbehaltenen) Sicherungsverwahrung nicht zu vermeiden sein, dann ist die Art des Vollzugs daran auszurichten, dass die Legitimationsgrundlage des Freiheitsentzugs angesichts unsicherer Gefährlichkeitsprognosen stets heikel bleiben wird. Zu wünschen ist die Einrichtung von sogenannten Longstay-Einrichtungen<sup>176</sup>, wo man die Bedingungen deutlich verbessern kann, und zwar nicht nur im Hinblick auf Therapie und Behandlung – hier ist weiter an die Sozialtherapeutische Anstalt als Modell zu denken<sup>177</sup> – sondern schlicht was die Unterbringung und Vergünstigungen angeht. Vor allem Letzteres ist mit Blick darauf geboten, dass es sich teilweise um eine Klientel handelt, die nur sehr schwer mit Resozialisierungsmaßnahmen erreichbar ist, unter Umständen auch gar nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat einen grundsätzlich durchaus begrüßenswerten Optimismus<sup>178</sup> gezeigt, indem es einen verstärkten Fokus auf Therapie, weg vom Verwahrvollzug, lenkt. Dieser Optimismus prägt ersichtlich auch den aktuell diskutierten Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung<sup>179</sup>. Hüten sollte man sich aber davor, hier „Potemkinsche Dörfer“ aufzubauen, um den EGMR vom fehlenden Strafcharakter der Sicherungsverwahrung zu überzeugen<sup>180</sup>. Vor allem darf dieser Ansatz den Untergebrachten nicht zum Nachteil gereichen; sollten Sicherungsverwahrte darunter sein, die eine Behandlung ablehnen, zu einer solchen auch nicht motivierbar sind oder bei denen (zeitweise) keine aussichtsreiche Therapieoption (mehr) besteht<sup>181</sup>, so sollte man diesen nicht im Sinne eines „nothing works, so nothing happens“ begegnen, sondern ein Vollzugsleben mit möglichst wenig Einschränkungen ermöglichen – natürlich ohne die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit aus dem Blick zu verlieren. Vorstellbar wäre das Leben auf einem Gelände, in dem die Untergebrachten sich möglichst frei bewegen dürfen, die Einschlusszeiten auf ein Minimum reduziert sind und beispielsweise der kontrollierte Umgang mit Gegenständen, die im Vollzug untersagt sind, teil-

**176** Dazu *Mushoff*, Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung, 2008, S. 486 f. m. w. N.

**177** *Schöch* (Anm. 9), S. 1211.

**178** Eher kritisch *Hörnle*, NSTZ 2011, 488, 493, die einen „(durchaus zu hinterfragenden) Therapieoptimismus“ feststellt.

**179** Siehe dazu *Cornel*, Neue Kriminalpolitik 2012, 2.

**180** Siehe aber auch *Peglau*, NJW 2011, 1925, nach dem man verstärkte Therapiebemühungen schon deshalb brauche, „um den EGMR vom Unterschied zwischen Strafe und Sicherungsverwahrung“ zu überzeugen.

**181** Siehe auch *Streng*, JZ 2011, 827, 831.

weise ermöglicht wird<sup>182</sup>. Unbedingt zu gewährleisten wäre die Möglichkeit von Langzeitbesuchen in großem Umfang; unter Umständen könnte auf diese Weise sogar in einigen Fällen der soziale Empfangsraum als protektiver, variabler Risikofaktor verbessert werden. Eine reine Verwahrung ohne Vergünstigungen für derzeit nicht behandelbare Täter<sup>183</sup> käme doch einem „Abstrafen“ und „Aufgeben“ gleich und würde unter Umständen zu dauerhafter Demotivation führen.

Nun werden sicher Stimmen zu bedenken geben, dass es sich um eine hochgefährliche Risikoklientel handelt, bei der eine solche Art des Vollzugs nicht möglich sei; bis zu einem gewissen Grad sind auch sicher Grenzen gesetzt, allerdings dürfte es einen sehr großen Spielraum geben, bis diese Grenzen erreicht sind, den man durch die Einstellung von ausreichend Personal (nach Anzahl und Qualifikation) nutzbar machen kann. Diese mit enormen finanziellen Verpflichtungen einhergehende Anstrengung<sup>184</sup> ist in jedem Fall zu unternehmen, da ein großer Teil der Untergebrachten sog. „false positives“ sein dürften, die letztlich im Sinne eines gravierenden „Sonderopfers“ unnötigerweise untergebracht sind, ohne dass sie ihre Ungefährlichkeit beweisen können. Auch das spricht dafür, den Untergebrachten die Freiheitsentziehung so angenehm wie möglich zu gestalten.

Zu befürchten ist nun, angesichts angespannter Haushaltslage, dass Geld, das in den Ausbau des Vollzugs der Sicherungsverwahrung fließt, im Strafvollzug eingespart wird; dies wäre aber sehr kurzfristig gedacht, denn das in bessere Behandlungsmöglichkeiten investierte Geld im Strafvollzug kann die Sicherungsverwahrung bereits vermeiden helfen. Wenn man also überhaupt vom „Abstandsgebot“ im Zusammenhang mit der Sicherungsverwahrung sprechen will, dann nur in der Form, dass man, wenn möglich und vertretbar, von ihr Abstand nehmen sollte.

---

**182** Zu denken ist beispielsweise an geringe Mengen Alkohol, der unter Aufsicht gelegentlich konsumiert werden könnte, soweit keine Suchtproblematik vorliegt, das Halten von Haustieren, das Abonnieren von Sport-Sendern, Zugang zu Fitnessgeräten ohne strenge zeitliche Begrenzung u. v. a.

**183** Das scheint aber im Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 5. 2. 2004 anzuklingen (NJW 2004, 739, 743), wenn es zum „chronisch unverbesserlichen Hangtäter“ ausführt, dass „das Resozialisierungsziel des Strafvollzugs nicht mehr zum Tragen kommt, [beruhe] nicht auf der Anordnung der Sicherungsverwahrung, sondern auf dem Verhalten des Betroffenen, das eine erfolgreiche Resozialisierung auf Dauer ausschließt“ (unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur lebenslangen Freiheitsstrafe, BVerfGE 45, 187, 258).

**184** Hierzu auch BVerfG, Urt. v. 4. 5. 2011, 2 BvR 2365/09 u. a., Rdn. 113.