

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Zur Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention

1. Die mit der Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB verbundene Freiheitsentziehung findet ihre Rechtfertigung in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK.

2. Zwischen der Verurteilung und der in Rede stehenden Freiheitsentziehung besteht ein hinreichender Kausalzusammenhang („sufficient causal connection“).

3. Der Annahme eines hinreichenden Kausalzusammenhangs zwischen der Verurteilung und der mit der Anordnung der Sicherungsverwahrung verbundenen Freiheitsentziehung steht nicht der Umstand entgegen, dass die Sicherungsverwahrung nicht bereits in der Verurteilung verhängt wird. Vielmehr kommt es darauf an, dass sich die Freiheitsentziehung in dem durch das zum Zeitpunkt der Verurteilung geltende Gesetz und die von einem zuständigen Gericht ausgesprochene Verurteilung gesteckten Rahmen hält.

(Leitsätze der Verf.)

StGB § 66a

EMRK Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a

*BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11*¹

Im Mai 2011 hat das BVerfG² die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung für überwiegend nicht vereinbar mit der Verfassung erklärt (§ 66b Abs. 1 u. 2 StGB a.F.). Dabei hat es die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigt, der in mehreren Urteilen deutlich gemacht hatte, dass es für den Vollzug der Sicherungsverwahrung eines hinreichenden Zusammenhangs mit der Verurteilung bedarf, um den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK zu genügen.³ Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK lautet: Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht [...].

Weil auch bei einem Vorbehalt der Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB ihre Anordnung erst während der Haftstrafe erfolgt, bestand Klärungsbedarf, ob sie in Anbetracht der

Europäischen Rechtsprechung weiterhin angeordnet und vollzogen werden darf oder ob sie wie die nachträgliche Sicherungsverwahrung aufgegeben werden muss.⁴ Auch in seinem Beschluss v. 20.6.2012 zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung hat das BVerfG dabei keinen Zweifel daran gelassen, dass es sich bei der Auslegung nationaler Gesetze an die Rechtsprechung des EGMR gebunden fühlt. Es hat jedoch die Position bezogen, dass die vorbehaltene Sicherungsverwahrung verfassungsgemäß ist, sofern der Gesetzgeber bei seiner Reform die vom BVerfG im Mai 2011 definierten Vorgaben hinsichtlich des Vollzugs berücksichtigt.⁵

Zum Sachverhalt: Der Beschwerdeführer wurde im Jahr 2008 u.a. wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern und versuchter Vergewaltigung vom Landgericht Deggendorf zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt bei gleichzeitiger Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung. Obwohl die formellen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung ohne Vorbehalt vorlagen, hatte das Landgericht die nach § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB hinreichende Sicherheit von der Gefährlichkeit des Angeklagten nicht gewinnen können, weil sich der Angeklagte einer Exploration verweigert hatte. Eine hiergegen eingelegte Revision des Beschwerdeführers wurde vom BGH zurückgewiesen. Dieser wies darauf hin, dass das Landgericht die Sicherungsverwahrung ohne Vorbehalt hätte anordnen können – also auch ohne Sachverständigengutachten –, weshalb die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung den Beschwerdeführer nicht in seinen Rechten verletze.

Im September 2010 entschied die große Kammer des Jugendgerichts Deggendorf über die Anordnung der Sicherungsverwahrung unter Hinzuziehung eines Gutachtens, das nach Aktenlage erstellt worden war. Danach bestand aufgrund einer sexuellen Präferenzstörung des Beschwerdeführers in Form einer Kernpädophilie, die sich auch auf pubertierende Jugendliche erstreckt, abstrakt eine 80 %-ige Rückfallwahrscheinlichkeit. Unter Berücksichtigung dieses Gutachtens sowie weiterer Umstände, die sich aus der Haftzeit ergaben, während der der Beschwerdeführer u.a. in einer sozialtherapeutischen Behandlung seine Taten geleugnet hatte, und der verbleibenden Haftdauer ordnete die Kammer die Sicherungsverwahrung an. Gegen das Urteil legte der Beschwerdeführer Revision beim BGH ein, in der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügte. Die Revision wurde als unbegründet verworfen, woraufhin der Beschwerdeführer sich an das BVerfG wandte.

Eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) sah das BVerfG in der Entschei-

¹ Der Beschluss kann im Volltext abgerufen werden auf: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20120620_2bvr104811.html.

² BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10 = BVerfGE 128, 326.

³ EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgium), Rn. 39; EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks v. The United Kingdom), Rn. 42; EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Germany), Rn. 88; sowie aus neuerer Zeit EGMR, Urt. v. 19.4.2012 – 61272/09 (B. v. Germany), Rn. 74; EGMR, Urt. v. 28.6.2012 – 3300/10 (S. v. Germany), Rn. 84.

⁴ Die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung ist weiterhin möglich bei den sog. Erledigungsfällen, die zuvor im psychiatrischen Krankenhaus untergebracht waren (§ 66b StGB n.F.). Allerdings hat auch hier der EGMR neuerdings klargestellt, dass dies ohne Anordnung im Urteil gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK verstößt (s. EGMR, Urt. v. 28.6.2012 – 3300/10 [S. v. Germany], Rn. 86 ff.).

⁵ BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11.

dung durch die Jugendgerichtskammer nicht.⁶ Es hat die Sache jedoch an den BGH zurückverwiesen, weil die Jugendkammer Deggendorf die erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht vorgenommen hatte und der Beschwerdeführer dadurch in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG verletzt sei. Seit seiner Entscheidung v. 4.5.2011 verlangt das BVerfG diese Prüfung, um sicherzustellen, dass die Sicherungsverwahrung nur in ganz besonders schweren Fällen, also regelmäßig nur bei Sexual- oder Gewaltstraftaten angeordnet wird, bis der Gesetzgeber die Sicherungsverwahrung umfassend neu geregelt hat. Künftig soll nach dem Willen des BVerfG vor allem sichergestellt sein, dass das Leben der Insassen möglichst nah am Leben außerhalb des Vollzugs orientiert ist und ihnen mit einem umfangreichen Therapie- und Erprobungsangebot die Möglichkeit frühzeitiger Wiedererlangung ihrer Freiheit gesichert wird. Die Anwendung der §§ 66 ff. StGB hat es bis Ende Mai 2013 deshalb für nur eingeschränkt anwendbar erklärt.⁷

Ganz überwiegend befasst sich das BVerfG in seiner Entscheidung aber mit der Frage der Rechtmäßigkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit Blick auf die EMRK. Im Gegensatz zur nachträglichen Sicherungsverwahrung hat der EGMR keine Unvereinbarkeit bei einer Sicherungsverwahrung festgestellt, die unmittelbar im Urteil angeordnet wird (sog. primäre Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB).⁸ Der Unterschied zur vorbehaltenen Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB besteht darin, dass der Vorbehalt typischerweise ausgesprochen wird, wenn die Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit nicht mit „hinreichender Sicherheit“ in der Verhandlung festgestellt werden konnte (§ 66a Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB). Eine Ausnahme bildet insoweit der seit 2011 neu eingefügte § 66a Abs. 2 StGB, nach dessen Nr. 3 der Vorbehalt auch bei einer hinreichenden Sicherheit von der Gefährlichkeit in Betracht kommt. Die alte Fassung des § 66a StGB aus dem Jahr 2002, mit der sich das BVerfG befassen musste, sah diese Möglichkeit hingegen nicht vor. Weil danach die erforderliche hinreichende Sicherheit hinsichtlich der Gefährlichkeit somit immer erst während des Strafvollzugs gewonnen werden konnte, enthielt die Verurteilung selbst nicht die hinreichenden Feststellungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung – und eben dies ist problematisch, weil der EGMR einen *hinreichenden* Zusammenhang des Freiheitsentzugs mit dem Schuldspruch fordert.⁹

Das BVerfG erkennt richtig, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung während der Haftzeit für sich genommen den Erfordernissen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK nicht genügt, weil es sich schon nicht um einen Schuldspruch

handelt.¹⁰ Allerdings sehe die vorbehaltene Sicherungsverwahrung als zweistufiges Verfahren eine Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen durch ein zweites Gericht bereits vor.¹¹ Dies ist nach Auffassung des Gerichts ein Vorteil gegenüber einer nur verwaltungsrechtlichen Entscheidung etwa durch die Strafvollstreckungskammern.¹² Das mag man mit Blick auf die EMRK aber auch anders sehen: Eine ausstehende verwaltungsrechtliche Entscheidung legt immerhin nahe, dass über das Wesentliche – nämlich darüber, ob die Sicherungsverwahrung angeordnet werden darf – bereits durch das erkennende Strafgericht entschieden wurde, während eine erneute Verhandlung das genaue Gegenteil nahe legt.¹³

Eine zweite Gerichtsentscheidung, in der über die Voraussetzungen für die Sicherungsverwahrung erst entschieden wird, deutet also eher darauf hin, dass ein hinreichender Zusammenhang zwischen Schuldspruch und Freiheitsentzug gerade nicht besteht – über eine mögliche „Durchbrechung“ dieses Zusammenhangs durch das zweite Urteil braucht dann nicht erst nachgedacht werden.¹⁴ Zumindest besteht eine große Wahrscheinlichkeit, dass der EGMR dies so sehen wird, weil der von ihm verlangte hinreichende Zusammenhang schon begrifflich besagt, dass die Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Verurteilung eben *hinreichen* müssen, um den Freiheitsentzug anordnen zu können. Dies wird auch nicht durch zwei andere Entscheidungen in Frage gestellt, mit denen sich das BVerfG auseinandersetzt und die es zur Bestätigung seiner Auffassung heranzieht.

Im Fall des Belgiers van Droogenbroeck, der vom EGMR im Jahr 1982 verhandelt wurde und in dem eine sich später an das Schuldurteil anschließende Entscheidung des Justizministers über die Fortsetzung des Freiheitsentzugs für vereinbar mit der EMRK erklärt wurde, haben die Verurteilung und der nach Haftende fortgesetzte Freiheitsentzug ein „untrennbares Ganzes“ („inseparable whole“) gebildet. Das Gericht hatte nämlich bereits in seinem Strafurteil festgestellt, dass der Freiheitsentzug als eine Art Nebenfolge der Strafe rechtmäßig ist, also seine Voraussetzungen vorliegen. Der Justizminister konnte nur mehr darüber entscheiden, ob dieser stattdessen ausgesetzt und der Betroffene unter Führungsaufsicht gestellt werden kann.¹⁵

Das entspricht ziemlich genau unserer primären Sicherungsverwahrung: Die Sicherungsverwahrung wird angeordnet, muss aber nicht vollzogen werden, wenn stattdessen auch andere Maßnahmen wie eine Führungsaufsicht ausreichend scheinen. Die Parallele, die das BVerfG zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung zieht,¹⁶ ist daher wenig überzeugend. Dem ebenfalls herangezogenen Fall Weeks aus dem Jahr 1987 liegt eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe

⁶ S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 128 ff.

⁷ Wie Fn. 2.

⁸ S. EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Germany); EGMR, Urt. v. 9.6.2011 – 31047/04 u. 43386/08 (Mork v. Germany); EGMR, Urt. v. 9.6.2011 – 30493/04 (Schmitz v. Germany).

⁹ Wie Fn. 3.

¹⁰ S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 98.

¹¹ S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 99.

¹² S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 55.

¹³ S. auch G. Merkel, *Recht und Psychiatrie* 2011, 205 (211 f.).

¹⁴ Dies wird vom BVerfG mit Blick auf die Zeitspanne erwo-gen (Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 111).

¹⁵ S. EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgium), Rn. 39 f.

¹⁶ S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 55.

zugrunde, deren Aussetzung zur Bewährung widerrufen wurde. Weil es hier einen Schuldspruch gab, der sich gleich auf das ganze Leben erstreckt, gibt dieser Fall als Orientierung noch weniger her.¹⁷

Auch der Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK in seiner Interpretation durch den EGMR legen nahe, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung zum Zeitpunkt der Verurteilung feststehen müssen, weil diese ein *Schuldurteil* ist.¹⁸ Bei einem Schuldspruch müssen aber alle Voraussetzungen für die Rechtsfolge zur Überzeugung des Gerichts feststehen. Wir dürfen schließlich auch niemanden verurteilen, von dem wir nicht mit hinreichender Sicherheit überzeugt sind, dass er eine Straftat begangen hat. Eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“¹⁹, wie sie für die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung in der Regel ausreicht, würde bei einem Schuldspruch also nicht genügen. Warum sie dann aber den Erfordernissen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK genügen sollte, leuchtet nicht ein. Zwar ist die vorbehaltene Sicherungsverwahrung zweifelsohne ein zweiaktiges Verfahren, aber deshalb natürlich kein zweiaktiger Schuldspruch.

Das BVerfG erkennt den hinreichenden Zusammenhang dagegen darin, „dass sich eine später angeordnete Freiheitsentziehung in dem zum Zeitpunkt der Verurteilung bestehenden gesetzlichen und durch die Verurteilung gesteckten Rahmen bewegt.“²⁰ Aber welcher Rahmen ist der gesteckte? Zwar führt es diesbezüglich aus, der Angeklagte werde „darüber informiert, dass gegen ihn neben der verhängten Strafe eine weitere Rechtsfolge festgesetzt werden kann. Mit der Anlassverurteilung weiß er daher, dass seine Gefährlichkeit vor Ende des Strafvollzugs nochmals unter Berücksichtigung seines Vollzugsverhaltens bewertet wird. Sein Verhalten im Strafvollzug, insbesondere seine Mitarbeit in einer Therapie kann er hierauf einrichten.“²¹ Das ist aber zumindest ungenau, denn der Angeklagte wird nicht darüber informiert, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung festgesetzt werden kann, sondern dass sie festgesetzt werden könnte, nämlich sofern sich herausstellen sollte, dass die Voraussetzungen für ihre Anordnung vorliegen. Darüber, dass sie festgesetzt wer-

den kann, wird er hingegen deshalb nicht informiert, weil dies zu diesem Zeitpunkt gerade nicht hinreichend sicher ist.

Unglücklich ist in diesem Kontext auch die Erwägung, der Verurteilte mit vorbehaltener Sicherungsverwahrung könne seine Gefährlichkeit im Strafvollzug „reduzieren oder beseitigen“²², wo doch seine Gefährlichkeit trotz eines Hanges zu erheblichen Straftaten nicht einmal festgestellt werden konnte. Das berührt unmittelbar den Zweifelsgrundsatz, der in Art. 6 Abs. 2 EMRK fixiert ist und der bei einer Schuldfeststellung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK natürlich Anwendung findet. Für Verurteilte mit vorbehaltener Sicherungsverwahrung muss also im Zweifel angenommen werden, dass sie nicht die Gefährlichkeit aufweisen, die zu einer Anordnung der Sicherungsverwahrung berechtigt. Ein *nicht* gefährlicher Straftäter muss dann aber unter Umständen eine *nicht* erforderliche Therapie machen, nur um der in seinem Fall *nicht* rechtmäßigen Anordnung der Sicherungsverwahrung zu entgehen. Das wäre nach den geläufigen Kriterien eine rechtswidrige Nötigung und damit eine verfassungswidrige Zwangstherapie.

In diesem Kontext dürfte auch die Ausforschung der Gefangenen gegen verfassungsrechtliche Prinzipien verstoßen (Selbstbelastungsfreiheit), denn die Therapie eines nur mit gewisser Wahrscheinlichkeit gefährlichen Straftäters dient ja vor allem auch der Erforschung von Tatsachen, die seine Gefährlichkeit hinreichend sicher machen können. Betrachtet man die Anordnung der Sicherungsverwahrung mit dem BVerfG als zweiten Teil eines Schuldurteils, dann ist also höchst fraglich, ob sich dieses auf die höchst zwangsweise erworbenen Erkenntnisse überhaupt stützen dürfte. Dagegen formuliert das BVerfG, der Verurteilte könne „an einer Therapie mitwirken, um eine spätere Anordnung der Sicherungsverwahrung zu vermeiden.“²³

Es spricht deshalb insgesamt sehr viel dafür, von der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung Abstand zu nehmen, soweit sie keine hinreichende Sicherheit hinsichtlich der Gefährlichkeit voraussetzt. Dass der Freiheitsentzug einerseits gegenüber Straftätern und aus Anlass ihrer Taten angeordnet wird, andererseits aber keine Strafe, sondern eine Maßregel für Täter nach ihrer Strafhaft ist, passt konzeptionell nicht zum Zweck des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK, der eben nur den Freiheitsentzug infolge eines Schuldspruchs durch ein Strafgericht legitimiert, für den der Zweifelsgrundsatz gilt. Deshalb müssen bei konsequenter Berücksichtigung dieses Zwecks alle Versuche scheitern, weniger als eine Überzeugung des Gerichts hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen für den Freiheitsentzug zu verlangen. Dann kann aber auch gleich ganz auf den Vorbehalt verzichtet werden. Zweifel an der Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der EMRK hat das BVerfG jedenfalls nicht ausgeräumt, sondern eher bestärkt. Es darf deshalb mit Spannung erwartet werden, wie sich der EGMR entscheiden wird.

Wiss. Mitarbeiterin Dr. Grischa Merkel, Rostock

¹⁷ S. EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks v. The United Kingdom).

¹⁸ Dazu grundlegend EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (Guzzardi v. Italy), Rn. 100

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 110.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 101, 108; s. auch *Pieroth*, JZ 2002, 922 (927); *Renzikowski*, JR 2004, 271 (273); *Baier*, Jura 2004, 552 (557); *Finger*, Vorbehalten und Nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2008, S. 215 f.; *Laue*, JR 2010, 198 (203); *Hörnle*, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, 2011, S. 239 (S. 252); abl. *Rzepka*, Recht und Psychiatrie 2003, 191 (208); *G. Merkel*, German Law Journal 2011, 1046 (1063); *dies.*, Recht und Psychiatrie 2011, 205 (211 f.); kritisch auch *Pollähne*, KJ 2010, 255 (264); *Kinzig*, NJW 2011, 177 (179); *Baltzer*, KritV 2012, 38 (49).

²¹ BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 110.

²² BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 83.

²³ BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 78.