Berlin, September 2010
Stellungnahme Nr. 51/2010
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Verfassungsrechtsausschuss und den Strafrechtsausschuss

zur Verfassungsbeschwerde des Herrn X. (2 BvR 1152/10)

Verfassungsrechtsausschuss:
Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn (Vorsitzender, Berichterstatter, federführend)
Rechtsanwältin und Notarin Mechtild Düsing, Münster (Berichterstatterin)
Rechtsanwalt Roland Gerold, München
Rechtsanwalt Dr. Peter Hamacher, Köln
Rechtsanwalt Dr. Rainard Menke, Stuttgart (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank Rottmann, Leipzig
Rechtsanwältin Dr. Birgit Spießhofer, Berlin (Berichterstatterin)
Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröer, Frankfurt am Main
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

zuständiger DAV-Geschäftsführer:
Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Strafrechtsausschuss:
Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender, Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
Rechtsanwalt Martin Rubbert, Berlin
Rechtsanwalt Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, Köln
Rechtsanwalt Dr. Gerson Trüg, Freiburg

zuständige DAV-Geschäftsführerin:
Rechtsanwältin Tanja Brexl, Berlin

Verteiler:

- Bundesverfassungsgericht
- An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
- Bundesministerium der Justiz
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Vorsitzenden der Fach- und Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- Forum Junge Anwaltschaft
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Deutsche Anwaltverein hält die Verfassungsbeschwerde für begründet.

A. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer wurde am 29. Oktober 1999 vom Landgericht Regensburg wegen Mordes zu einer Jugendstrafe von 10 Jahren verurteilt. Der Beschwerdeführer beging die Tat im Juni 1997. Er war damals 19 Jahre alt. Das Landgericht wendete Jugendstrafrecht an, weil er bei der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG). Der Vollzug der Jugendstrafe endete am 17. Juli 2008.

2. Wenige Tage vor der endgültigen Verbüßung der Strafe trat am 12. Juli 2008 das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht vom 8. Juli 2008 in Kraft. Am 15. Juli 2008 ordnete das Landgericht Regensburg die einstweilige Unterbringung des Beschwerdeführers in der Sicherungsverwahrung an. Sie wird seit dem 18. Juli 2008 vollzogen.

   Mit Urteil vom 22. Juni 2009 ordnete das Landgericht Regensburg gegen den Beschwerdeführer nachträglich die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 JGG an. Das Landgericht bejahte eine erhebliche Gefährlichkeit des Beschwerdeführers für die Allgemeinheit. Es kam zu der Überzeugung, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut Straftaten i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 1 JGG begehen wird.

3. Die vom Beschwerdeführer gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde vom BGH mit Urteil vom 9. März 2010 verworfen.

   Der BGH geht in seinem Urteil davon aus, dass § 7 Abs. 2 JGG mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG liege nicht vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungs-

gerichts sei der Anwendungsbereich des Art. 103 GG auf repressive, dem Schuldausgleich dienende Strafen beschränkt. Die Maßregel der Sicherungsverwahrung als präventive, der Verhinderung zukünftiger Straftaten dienende Maßnahme falle nicht in den Anwendungsbereich von Art. 103 GG.

Auch ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche und grundrechtliche Gebot des Vertrauensschutzes aus Art. 2 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 GG liege nicht vor. § 7 Abs. 2 JGG knüpfe zwar an einer vor ihrer Verkündung begangene Anlasstat an, sie ändere jedoch nicht nachträglich eine an die Anlasstat anknüpfende Rechtsfolge. In einem solchen Fall sei der Schutz der Allgemeinheit gegen die Belange des Vertrauensschutzes abzuwägen. Dabei überwiege das Gemeinwohlinteresse am Schutz der Allgemeinheit.

Der BGH verneint auch einen Verstoß gegen Art. 7 EMRK. Aus dem Kammerurteil des EGMR vom 17. Dezember 2009, der in der Sicherungsverwahrung keine Maßregel, sondern eine Strafe sehe, ergebe sich nichts anderes. Im Fall des EGMR sei es um den Wegfall der zehnjährigen Höchstfrist für die Sicherungsverwahrung gegangen. Im Fall des Beschwerdeführers gehe es um die erstmalige nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung. In diesen Fällen sei eine ursprüngliche oder vorbehaltene Sicherungsverwahrung nicht möglich. Bezogen auf den vom EGMR bejahten Verstoß gegen Art. 7 EMRK sei zu berücksichtigen, dass das System des Jugendstrafrechts vom allgemeinen Strafrecht dadurch abweiche, dass es vom Erziehungsgedanken geprägt sei. Der BGH hebt weiter hervor, dass auch verfahrensrechtliche Unterschiede bestünden. Die Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung werde von der Strafvollstreckungskammer ohne mündliche Verhandlung und nach Einholung nur eines Sachverständigengutachtens getroffen, während die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 JGG auf der Grundlage einer Hauptverhandlung nach Einholung von zwei Sachverständigengutachten entschieden werde.

Weiter meint der BGH, die konventionsgemäße Anwendung deutschen Rechts dürfe nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes führen. Dies habe zur Folge, dass bei der Auslegung auch die Schutzpflicht des Staates für potentielle Opfer zu berücksichtigen sei. Dahinter habe das Freiheitsrecht des Beschwerdeführers zurückzustehen.

4. Der Beschwerdeführer hat am 20. Mai 2010 Verfassungsbeschwerde erhoben.

Er macht geltend, nach der inzwischen bestandskräftigen Entscheidung des EGMR vom 17. Dezember 2009 zur nachträglichen Aufhebung der Sicherungsverwahrung auf zehn Jahre könne die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit auch der nachträglich, nach Begehung der Anlasstat durch Gesetz begründeten Möglichkeit einer nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht aufrechterhalten bleiben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seien deutsche Gerichte einschließlich des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet, der konventionsgemäßen Auslegung des Rechts den Vorrang zu geben, soweit das deutsche Recht Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffne. Die Entscheidung des EGMR zu Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK gebiete es daher, bei der nachträglich eingeführten Sicherungsverwahrung auch von einem Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG auszugehen. Gleichermaßen gebiete die Auffassung zur Schutzwirkung von Art. 5 Abs. 1 EMRK dazu, gleiches für Art. 104 Abs. 1 GG anzunehmen.

Die gegenteilige Auffassung des BGH überzeuge nicht. Wenn schon die nachträgliche Aufhebung der Befristung der Sicherungsverwahrung gegen das Rückwirkungsverbot verstoße, gelte dies erst recht für ihre nachträgliche Einführung. Die Prägung des Jugendstrafrechts durch den Erziehungsgedanken führe nicht dazu, dass die Jugendstrafe nicht mit der Sicherungsverwahrung vergleichbar sei. Vielmehr gelte auch hier erst recht dass die anschließende Sicherungsverwahrung dann die „wirkliche“ Strafe sei.

B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Es spricht vieles dafür, dass bereits § 7 Abs. 2 JGG, insoweit er nicht die einschränkenden Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB und des § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB enthält, nicht mehr den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG genügt (unten I.). Jedenfalls sind die angegriffenen Entscheidungen des Landgerichts und des Bundesgerichtshofs nicht mehr verhältnismäßig (unten II.). Zudem verstößt die Entscheidung des BGH gegen das Freiheitsgrundrecht des Beschwerdeführers in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, weil der

BGH die Möglichkeit einer konventionsgemäßen Auslegung des innerstaatlichen Rechts nicht ausgeschöpft hat (unten III.). Im Einzelnen:

I. Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 2 JGG

Nach Auffassung des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins bestehen bereits durchgreifende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 7 Abs. 2 JGG. Anders als § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt das JGG in der Lesart des 1. Strafsenats des BGH für die Sicherungsverwahrung von Jugendlichen nicht voraus, dass die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist; ebenso wenig fordert § 7 JGG die in § 66b Abs. 2 StGB für eine nachträgliche Sicherungsverwahrung vorausgesetzten neuen Tatsachen („Nova“). Hiermit gibt der Gesetzgeber für die Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen gesetzliche Voraussetzungen auf, die bezogen auf die Sicherungsverwahrung von Erwachsenen maßgeblich für die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts waren, dass der hierin liegende Grundrechtseingriff verhältnismäßig sei.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der schwerwiegende Grundrechtseingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, den die möglicherweise lebenslange Verwahrung bedeutet, nur unter der Voraussetzung verfassungsrechtlich zulässig, dass gewichtige Schutzinteressen Dritter den Eingriff zu legitimieren vermögen und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist (BVerfGE 22, 180 [219 f.]; 109, 133 [156 f.]). Im Zusammenhang mit der Bewertung des Übermaßverbots sind namentlich auch die Unsicherheiten der Prognose, die Grundlage der Unterbringung ist, zu beachten (BVerfGE 109, 133 [158]). Materiell fordert hierbei das Übermaßverbot, die Sicherungsbelange und den Freiheitsanspruch des Untergebrachten im Einzelfall abzuwägen (vgl. BVerfGE 70, 297 <311>; 109, 133 [159]). Der Richter hat im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung die von dem Täter ausgehenden Gefahren zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob und welche Art rechtswidriger Taten von dem Untergebrachten drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt. Je länger die Unterbringung andauert,

umso strenger sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs. Der Einfluss des gewichtiger werdenden Freiheitsanspruchs stößt jedoch dort an Grenzen, wo es nach Art und Maß der von dem Untergebrachten drohenden Gefahren vor dem staatlichen Schutzauftrag für die Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit unvertretbar erscheint, den Untergebrachten in Freiheit zu entlassen (vgl. BVerfGE 70, 297 <315>). Diesen Anforderungen hat der Gesetzgeber u.a. dadurch entsprochen, dass er einen Hang des Straftäters zu erheblichen Straftaten verlangt und diese Anforderungen für die nachträgliche Sicherungsverwahrung in § 67d Abs. 3 StGB nochmals verschärft (BVerfGE 109, 133 [160]).

2. Diesen Anforderungen wird § 7 Abs. 2 JGG nicht gerecht. Die Vorschrift erlaubt die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auch für Ersttäter, verlangt nicht einen „Hang“ zu weiteren erheblichen Straftaten und verzichtet auf das Vorliegen neuer Tatsachen („Nova“) als Anordnungsvoraussetzung. Letzteres ist dem Umstand geschuldet, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen in Zusammenhang mit der Anlassverurteilung ausscheidet, weil angesichts der unfertigen Persönlichkeit des Jugendlichen eine Gefährlichkeitsprognose nicht erstellt und auch (zu diesem Zeitpunkt) keine Aussage über das Vorliegen eines Hangs i.S.d. § 66 Abs.1 Nr. 3 StGB getroffen werden kann. Die ohnehin mit erheblichen Unsicherheiten behaftete Gefährlichkeitsprognose (vgl. dazu die Untersuchungen von Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2008, und Alex, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel, 2010) kann aber, namentlich bei einem Ersttäter, bei einem jungen Menschen von 21 bis 25 Jahren nicht mit einer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angesichts der Schwere des Eingriffs Rechnung tragenden Gewissheit erstellt werden. Das ist von den Sachverständigen, die vom Rechtsausschuss des Bundestages gehört wurden, bestätigt worden (vgl. hierzu den Verweis auf die schriftliche Stellungnahme von Seifert bei Kinzig, JZ 2010, 689 ff., dort Fn. 18). Diese Problematik wird noch verschärft, wenn auf die Anordnungsvoraussetzung eines Hanges i.S.d. § 66 Abs.1 Nr.3 StGB verzichtet wird, wie es der 1. Strafsenat des BGH in der angegriffenen Entscheidung vertritt.

Nach Auffassung des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwalt Vereins sind diese geringeren Anforderungen des § 7 Abs. 2 JGG für einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur

Sicherungsverwahrung bei Erwachsenen nicht begründbar und damit nicht verhältnismäßig.

§ 7 Abs. 2 JGG ermöglicht die nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, wenn ein Täter zu einer Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren verurteilt wurde wegen Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder nach § 251 Strafgesetzbuch, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255 des Strafgesetzbuches, durch die das Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt oder einer solchen Gefahr ausgesetzt worden ist; weiter ist Voraussetzung, dass vor Ende des Vollzugs Tatsachen erkennbar werden, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen und die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Vollzuges der Jugendstrafe ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut Straftaten der vorbezeichneten Art begehen wird.

Demgegenüber verlangt § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB, der die nachträgliche Anordnung einer Sicherungsverwahrung für Erwachsene vorsieht, dass über die hohe Wahrscheinlichkeit weiterer erheblicher Straftaten auch die übrigen Voraussetzungen des § 66 StGB erfüllt sein müssen. § 66 Abs. 1 StGB verlangt, dass der Täter bereits zuvor mindestens zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, er wegen einer oder mehrerer dieser Taten für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich in Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung oder Sicherung befunden hat und die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er in Folge eines Hangs zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, für die Allgemeinheit gefährlich ist. Es muss sich mithin bei der Sicherungsverwahrung eines Erwachsenen grundsätzlich um einen Wiederholungstäter handeln, der im Übrigen über die objektiv begangenen Straftaten und entsprechend verbüßter Freiheitsstrafen hinaus eine innere Disposition („Hang“) haben muss.

Die Rechtsprechung, insbesondere auch des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 109, 175) unterscheidet zwischen den zukunftsbezogenen Voraussetzungen eines Hangs zu erheblichen Straftaten und einer hangbedingten Gefährlichkeit des Tä-

ters für die Allgemeinheit. Die Feststellung der psychologischen Tatsache eines Hangs zu erheblichen Straftaten ist danach nicht gleich bedeutend mit der Prognose der künftigen Begehung erheblicher Straftaten, kann aber eine Basistatsache für eine solche Prognose darstellen (vgl. BVerfG NJW 2006, 3484). Auch der BGH weist darauf hin, dass Hangtätereigenschaft und Gefährlichkeit für die Allgemeinheit keine identischen Merkmale seien, wenn auch der Hang ein wesentliches Kriterium der Prognose darstelle. Der Hang als „eingeschliffenes Verhaltensmuster“ bezeichne einen gegenwärtigen Zustand, die Gefährlichkeitsprognose schätze dagegen die Wahrscheinlichkeit dafür ein, ob sich der Täter in Zukunft trotz seines Hanges erheblicher Straftaten enthalten könne oder nicht. Dabei beeinflusse der Grad der „Eingeschliffenheit“ die Beurteilung der Höhe der Wahrscheinlichkeit. Zwar führe die Feststellung der Hangtäterschaft regelmäßig zu einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit, zwingend sei dies jedoch nicht (vgl. BGHSt 50, 196). Allerdings soll auch umgekehrt die Bejahung einer hohen Wahrscheinlichkeit der künftigen Begehung erheblicher Straftaten im Regelfall auf das Vorliegen eines „Hanges“ hindeuten (BGHSt 50, 132). In wie weit aufgrund empirischer Untersuchungen eine Unterscheidung zwischen Hangfeststellung einerseits und Gefährlichkeitsprognose andererseits nachgewiesen werden kann, ist umstritten. Der Gesetzgeber wollte jedoch offensichtlich die Sicherungsverwahrung auf die ganz schweren Fälle der Kriminalität beschränken, so dass § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB jedenfalls restriktiv auszulegen ist (vgl. Stree / Kinzig, in: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, 2010, § 66 Randnummer 21 ff).

§ 7 Abs. 2 JGG ist gegenüber § 66b Abs. 1 Satz 1 i. V. m § 66 Abs. 1 StGB weiter, als er weder eine mehrfache Verurteilung zu signifikanten Freiheitsstrafen und damit Wiederholungstäterschaft voraussetzt (die ein objektives Indiz für eine bestimmte innere Disposition und damit Gefährlichkeit ist), noch (zusätzlich) das Vorliegen eines „Hangs“ zum Zeitpunkt der Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung fordert. Vielmehr knüpft § 7 Abs. 2 JGG nur an eine Verurteilung zu einer Jugendstrafe (wenngleich mit einem deutlich höheren Strafmaß) an und verlangt nur eine Gefährlichkeitsprognose, nicht jedoch darüber hinaus die Feststellung eine „Hangs“. Auch wenn § 7 Abs. 2 JGG eine deutlich höhere Strafe verlangt und den Kreis der Verbrechen, deretwegen eine nachträgliche Sicherungsverwahrung in Betracht kommt, enger zieht, wird dadurch die bei einem Erwachsenen geforderte Wiederholungstäterschaft und eines zusätzlich festzustellenden Hangs nicht aufgewogen. Dies gilt um so

mehr, als die Jugendstrafe, wie der BGH ausführt, nicht nur dem Straf-, sondern auch dem Erziehungsgedanken verhaftet ist und daher nicht nur die Sühne entsprechend der Schwere des begangenen Unrechts beinhaltet. Hinzu kommt, dass, wie vorstehend ausgeführt, angesichts der unfertigen Persönlichkeit von Jugendlichen und Heranwachsenden die Aussagefähigkeit einer Ersttat für die weitere Gefährlichkeit für die Allgemeinheit, insbesondere nach Verbüßung einer langen Haftdauer, fraglich ist. Wenn aber der Gesetzgeber von der Möglichkeit einer Sicherungsverwahrung zum Zeitpunkt der Verurteilung aus eben diesen Gründen abgesehen hat, müssten an eine Prognoseentscheidung zum Zeitpunkt der nachträglichen Entscheidung über eine Sicherungsverwahrung an sich schärfere (und nicht weniger scharfe) Anforderungen gestellt werden, als bei einem Täter, der zum Tatzeitpunkt bereits erwachsen war. Es liegt insoweit ein Wertungswiderspruch zwischen der Behandlung von Erwachsenen und Jugendtätern vor (die zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Sicherungsverwahrung erwachsen sein können), der einer Rechtfertigung entbehrt und daher unverhältnismäßig in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eingreift.

Auch auf dem Hintergrund des § 66b Abs. 2 StGB, der bei Erwachsenen nach einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen bestimmter Verbrechen eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung vorsieht, ist § 7 Abs. 2 JGG nicht angemessen. Diese Vorschrift verlangt zwar auch nur eine Vortat mit einem hohen Strafmaß, und nicht die zusätzliche Feststellung eines „Hangs“, allerdings wird hier vorausgesetzt, dass Tatsachen nach der Verurteilung zu der Freiheitsstrafe erkennbar werden, d. h. „Nova“ vorliegen. Diese zusätzliche, von der Erstverurteilung unabhängige Voraussetzung für eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Erwachsenen findet sich in § 7 Abs. 2 JGG nicht. Vielmehr genügt hier die Ersttat und die Gefährlichkeitsprognose, obwohl gerade angesichts der Unfertigkeit der Persönlichkeit Jugendlicher in viel stärkerem Maße zu fordern gewesen wäre, dass nach der ursprünglichen Verurteilung neue Tatsachen erkennbar werden, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen. § 7 Abs. 2 JGG verlangt mithin auch insoweit in unangemessener und nicht nachvollziehbarer Weise weniger scharfe Voraussetzungen für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen als bei Erwachsenen.

Diese, in Anbetracht der Disposition Jugendlicher und Heranwachsender, sachwidrige Verminderung der Eingriffsschwelle für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung im Verhältnis zu Erwachsenen wird auch nicht dadurch aufgewogen, dass jährlich eine Überprüfung der Sicherungsverwahrung durchzuführen ist. Unabhängig von der Frage, ob eine jährliche Überprüfung überhaupt sinnvoll ist, kann sie die deutlich verminderte Eingriffsschwelle und deren mangelnde Sachgerechtigkeit im Verhältnis zu Erwachsenen nicht kompensieren.

3. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 05.02.2004 bestehen gegen die Sicherungsverwahrung auch unter dem Gesichtspunkt keine verfassungsrechtlichen Bedenken, dass hier der Besserungszweck der Maßregel hinter den Sicherungszweck zurücktritt. Voraussetzung ist allerdings, dass die Landesjustizverwaltungen dafür Sorge tragen, dass Möglichkeiten der Besserstellung im Vollzug soweit ausgeschöpft werden, wie sich dies mit den Belangen der Justizvollzugsanstalten verträgt; im Ergebnis muss sichergestellt sein, 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 (BVerfGE 109, 133 [166 f.]).

Diese Anforderungen müssen in besonderer Weise beachtet werden, wenn es um die Anordnung einer Sicherungsverwahrung für Jugendliche geht. Denn in diesen Fällen trifft die Maßregel Menschen, deren Leben zum Zeitpunkt der Anordnung noch weitgehend vor ihnen liegt, ohne dass sie eine greifbare Perspektive hätten, es in Freiheit verbringen zu können.

Nach den Erfahrungen des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins wird die Praxis des Vollzugs der Sicherungsverwahrung diesen Anforderungen nicht gerecht. Der Vollzug der Sicherungsverwahrung unterscheidet sich – wie der EGMR in seinem Urteil vom 21.12.2009 zutreffend ausgeführt hat - nur unwesentlich von dem einer Strafe. Das Strafvollzugsgesetz öffnet in §§ 129 ff. lediglich ein schmales Fenster für Abweichungen beim Vollzug der Sicherungsverwahrung von dem einer Strafe. Wei-

ter eingeschränkt wird die Umsetzung des Abstandsgebotes durch die unzureichende Ausstattung der Vollzugsanstalten mit den erforderlichen Mitteln (vgl. dazu auch Bartsch/Kreuzer, StV 2009, 53 ff., 56). Eine therapeutische Betreuung derjenigen, bei denen die Vollzugsanstalt von der Möglichkeit der Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung ausgeht, findet angesichts der Ungewissheit des Entlassungszeitpunktes nach den Erfahrungen des Strafrechtsausschusses in vielen Fällen überhaupt nicht statt. Dies auch deswegen, weil die Vollzugsanstalten angesichts der ohnehin bestehenden personellen Engpässe ihre Bemühungen auf diejenigen Gefangenen konzentrieren (müssen), bei denen eine Entlassung absehbar ist. Eine dem Resozialisierungsgebot entsprechende Praxis von Ausführungen oder Vollzugslockerungen findet gerade bei Inhaftierten, bei denen die JVA von einer nachträglichen Sicherungsverwahrung ausgeht, nicht statt. Die vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 5.2.2004 (BVerfGE 109, 133 [167]) angemahnten Bemühungen, dem Abstandsgebot in der Vollzugspraxis besser Rechnung zu tragen, sind nicht eingelöst worden.

II. Unverhältnismäßigkeit der angegriffenen Entscheidungen des Landgerichts und des BGH

1. Unabhängig von den obigen Erwägungen genügen die angegriffenen Entscheidungen des Landgerichts und des BGH auch nicht den Anforderungen an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Verhängung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 JGG ist eine Ermessensvorschrift. Hierbei sind die Freiheitsgrundrechte des Beschwerdeführers gegenüber den Allgemeininteressen abzuwägen. Im konkreten Fall sind bei den Ermessenserwägungen der Vertrauensschutz des Verurteilten, sein Freiheitsrecht sowie der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Wörtlich hat der 5. Strafsenat des BGH im Beschluss vom 21.07.2010 – 5 StR 60/20 bezüglich der Vorschrift des § 66 b Abs. 1 S. 2 StGB ausgeführt, dass „der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit es gebieten kann, über die gesetzlichen Beschränkungen des Anwendungsbereichs der Norm hinaus auf die mit erheblichen Eingriffen in die Freiheitsrechte des Betroffenen verbundene nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung zu verzichten, wenn eine Gesamtabwägung im Einzelfall ein Überwiegen der Freiheitsrechte gegenüber den Allgemeininteressen ergibt (unter Hinweis auf BVerfG-Kammer-NJW 2009, 980, 982).“

Weiterhin führt der BGH in diesem Beschluss aus, dass bei der konkreten Abwägung die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 7 Abs. 2 MRK und Art. 5 Abs. 1 S. 2 MRK zu berücksichtigen sei. Aufgrund der Einbeziehung dieser Rechtsprechung kommt der BGH dann in dem Fall, der den § 66 b Abs. 1 S. 2 StGB betraf, schon zu dem Ergebnis, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung ermessensfehlerhaft sei (Rn. 18 bis 21 des Beschlusses), da bei einer konventionskonformen Ermessensausübung von einem grundsätzlichen Überwiegen des Freiheitsrechtes und des Vertrauensschutzes des Beschwerdeführers auszugehen sei. Diesen Erwägungen des BGH im Beschluss vom 21.07.2010 stimmt der Verfassungsrechtsausschuss in vollem Umfang zu.

Allerdings verschließt sich der 5. Strafsenat des BGH auch nicht der Frage, ob nicht die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung bei höchst gefährlichen Verurteilten in Betracht kommen könne, bei denen sich die Gefahrenprognose aus konkreten Umständen in der Person oder ihrem Verhalten ableiten lasse. Hierzu heißt es wörtlich in Rn. 22 des Beschlusses: „Nur dann erscheint denkbar, dass nach der aus der Entscheidung des Gerichtshofs (EuGRZ 2010, 25) folgenden Rechtsauffassung der Eingriff in das Freiheitsrecht des Verurteilten unter Berücksichtigung seines auf höchster Stufe schutzwürdigen Vertrauens in die Unabänderbarkeit der in der Anlassverurteilung verhängten Rechtsfolge einerseits und der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit andererseits im Rahmen einer zu seinen Lasten getroffenen Abwägungsentscheidung gerechtfertigt ist.“

Ein derart schwerwiegendes, sich in konkreten Anhaltspunkten manifestierendes Gefährdungspotential belegen jedoch weder die Feststellungen des Landgerichts noch diejenigen des BGH. Die Sachverständigen, deren Gutachten im landgerichtlichen Urteil auf den S. 80 bis 89 dargelegt werden, waren zu dem Ergebnis gekommen, dass nur ein mittelgroßes Rückfallrisiko bestehe. Beide Sachverständige schätzen nur deshalb das Rückfallrisiko als erhöht ein, weil der „soziale Empfangsraum“ für den zu Entlassenden nicht ausreichend vorbereitet sei. Wörtlich heißt es dann auf S. 85: „Dieser sei dann gut vorbereitet, wenn der Verurteilte auch außerhalb der Justizvollzugsanstalt oder einer Therapieeinrichtung über ein tragfähiges soziales Netz verfüge und zudem Kontakte zu Bewährungshelfer, Sozialpädagogen, Ämtern und Behörden bereits ge-

knüpft seien. Des Weiteren müssten die Bedingungen des zukünftigen Wohnens, des Arbeitens und des finanziellen Auskommens geklärt sein. Insbesondere müsse aber bereits einige Zeit vor einer Entlassung der Kontakt zu einem dann weiter behandelnden Psychiater bzw. Psychotherapeuten hergestellt und müssten bereits mehrere Therapiesitzungen absolviert sein, mithin eine tragfähige therapeutische Anbindung geschaffen sein, zu der auch die Etablierung eines Notfall- bzw. Kriseninterventionsplans gehöre."

Allein aus diesen Darlegungen der Sachverständigen ergibt sich, dass es mildere Maßnahmen gegeben hätte – und auch noch gibt -, um die Allgemeinheit vor einem möglichen Rückfallrisiko zu schützen. Diese milderen Maßnahmen sind jedoch alle entweder nicht oder nur unvollkommen getroffen worden. Nach Überzeugung des Verfassungsrechtsausschusses ist der Strafvollzug seiner Verpflichtung, der Wiedereingliederung des jugendlichen Straftäters zu dienen, nicht nachgekommen. Dies kann jedoch nicht zu Lasten des Verfassungsbeschwerdeführers gehen.

Noch aus einem anderen Grund hält der Verfassungsrechtsausschuss den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht für gewahrt:

Der Betroffene war nach Begehung der Anlasstat noch 14 Monate in Freiheit. Während dieser Zeit sind keine Straftaten von ihm begangen worden. Auch während der anschließenden Haft, die bis zum Urteil des BGH fast 12 Jahre gedauert hat, sind keine Straftaten vorgefallen, insbesondere auch keine Gewaltdelikte. Die offenbar mehrfach durchgeführten Freigänge des Betroffenen verliefen ebenfalls ohne Zwischenfälle.

Nach der Interpretation, die die angefochtenen Urteile dem § 7 Abs. 2 JGG zukommen lassen, sind für die Verhängung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 JGG keine „neuen Tatsachen" erforderlich. Ebenfalls ist nach der Interpretation des BGH nicht die Feststellung eines Hanges im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB verlangt.

Diese Interpretation des § 7 Abs. 2 JGG führt zu einer erheblich leichteren Verhängung von nachträglicher Sicherungsverwahrung im Verhältnis zum Erwachsenenstrafrecht nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Diese Interpretation ist nach Überzeugung des Verfas-

sungsrechtsausschusses jedoch nicht zwingend. Sie führt jedenfalls im vorliegenden Fall zu einer Unverhältnismäßigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung. Sie führt – wie der vorliegende Fall zeigt – zu einer nachträglichen unbegrenzten Verhängung von Sicherungsverwahrung lediglich aufgrund der Anlasstat, obwohl im Jugendstrafrecht – aus gutem Grund – eine Sicherungsverwahrung im Zusammenhang mit der Anlasstat nicht verhängt werden darf. Diese Schlechterstellung gegenüber dem Erwachsenenstrafrecht und § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar.

2. Unter diesen Umständen wäre die Anordnung der Führungsaufsicht jedenfalls im vorliegenden Einzelfall eine (verhältnismäßigere Alternative) zur nachträglichen Sicherungsverwahrung. […]Die nach dieser Maßregel möglichen Weisungen sind durch das seit dem 18.04.2007 geltende "Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften für die nachträgliche Sicherungsverwahrung" (BGBl I 537) wesentlich erweitert worden, namentlich durch die Einführung der Therapieweisung (§ 68b Abs.2 StGB), wonach die verurteilte Person angewiesen werden kann, sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen. Eine sinnvolle und effektive Möglichkeit Rückfallrisiken gerade in den ersten Monaten nach der Haftentlassung zu minimieren, stellt zudem die Anbindung an die forensische Ambulanz dar (§ 68a Abs. 7f.). Die für den Fall der Nichterfüllung der Weisungen angedrohte Strafe ist auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren erhöht worden (§ 145a StGB).

   Neben die Weisungen muss selbstverständlich eine eingehende Entlassungsvorbereitung treten, für die auch das erforderliche Personal zur Verfügung gestellt werden muss. Die in der aktuellen Diskussion zu beobachtende Tendenz, aus der Führungsaufsicht ein besonders ausgefeiltes Instrument Sicherung in Gestalt der Überwachung des Verurteilten zu machen, wird weder der vom Gesetzgeber ursprünglich intendierten Funktion, noch den dieser Maßregel innewohnenden Potentialen der Besserung gerecht. Werden auch diese ausgeschöpft, stellt sie nach Auffassung des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins eine Alternative zur nachträglichen Sicherungsverwahrung dar.

C. Verstoß gegen Art. 7 EMRK

Schließlich verstößt die die Entscheidung des BGH gegen das Freiheitsgrundrecht des Beschwerdeführers in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, weil der BGH die Möglichkeit einer konventionsgemäßen Auslegung des innerstaatlichen Rechts nicht ausgeschöpft hat.

1. Bei der EMRK handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, der durch den Bundesgesetzgeber in das deutsche Recht transformiert worden ist. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung steht die EMRK im Range einfachen Bundesrechts. Deutsche Gerichte haben daher die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden (BVerfGE 111, 307, 316 f).

   Die EMRK ist kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab. Sie beeinflusst jedoch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR dienen als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes führt (BVerfGE 111, 307, 317). Das Bundesverfassungsgericht ist im Rahmen seiner Zuständigkeit dazu berufen, abweichend von dem herkömmlichen Maßstab die Anwendung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge und namentlich der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK durch die Fachgerichte zu überprüfen (BVerfGE 111, 307 [328 f.]).

   Die EMRK ist danach in ihrer Auslegung durch den EGMR im Range eines förmlichen Bundesgesetzes in den Vorrang des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG einbezogen und muss von der Rechtsprechung sowohl bei der Auslegung der Konventionsvorschriften als auch des innerstaatlichen Rechts beachtet werden. Die Gesetzesbindung setzt der Umsetzung der Entscheidungen des EGMR gleichzeitig auch Grenzen, weil die Gerichte sich nicht unter Berufung auf die Entscheidung des EGMR von der rechtsstaatlichen

Kompetenzordnung und der Bindung an Gesetz und Recht lösen können. Deshalb kann sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische Umsetzung verfassungsrechtliche Vorgaben verletzen (BVerfGE 111, 307, 322). Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt (BVerfGE 111, 307 [328]. Insoweit müssen die Fachgerichte dem Umstand Rechnung tragen, dass Entscheidungen des EGMR nur im zweiseitigen Verhältnis zwischen Beschwerdeführer und Vertragspartei ergehen und auch die hierdurch geformte Auslegung der EMRK (über die Rechtskraftwirkung der Entscheidung des Gerichtshofs hinaus) auf durch eine differenzierte Kasuistik geformte nationale Teilrechtssysteme treffen, in denen widerstreitende Grundrechtspositionen durch die Bildung von Fallgruppen und abgestuften Rechtsfolgen zu einem Ausgleich gebracht werden (BVerfGE 111, 307 [327]).

2. Nach dem Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 ist die Sicherungsverwahrung als Strafe im Sinne der EMRK zu qualifizieren. Für sie gilt das Rückwirkungsverbot aus Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK. Der EGMR hat dies unter anderem damit begründet, dass die Sicherungsverwahrung wie eine Freiheitsstrafe mit Freiheitsentziehung verbunden ist und es in Deutschland keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Vollzug einer Freiheitsstrafe und einer Sicherungsverwahrung gibt (EGMR JZ 2010, 218 ff Rdnr. 124-127). Zudem könne nicht gesagt werden, dass die Sicherungsverwahrung keinem Strafzweck diene. Sie ziele zwar in erster Linie auf eine Vorbeugung, die Ziele der Sanktionen überlappten sich jedoch teilweise. Die Sicherungsverwahrung könne zudem aufgrund ihrer unbegrenzten Dauer durchaus als zusätzliche Bestrafung verstanden werden und ziele auch auf Abschreckung (EGMR, a.a.O., Rdnr.128-133). Diese Entscheidung ist seit dem 10. Mai 2010 rechtskräftig.

Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gegen den Beschwerdeführer verstößt gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK. Zum Zeitpunkt seiner Anlasstat gab es im Jugendstrafrecht keine Androhung von Sicherungsverwahrung. Sie wurde erst nach-

träglich durch § 7 Abs. 2 JGG eingeführt. Der dagegen gerichtete Einwand des BGH, § 7 Abs. 2 JGG betreffe die erstmalige nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung, während der EGMR nur über den Wegfall der zehnjährigen Höchstfrist entschieden habe, überzeugt nicht. Entscheidend ist allein, dass diese als Strafe qualifizierte Sanktion erst nach der Anlasstat eingeführt wurde.

Auf eine konventionskonforme Auslegung ist der BGH deshalb zu Unrecht nicht eingegangen. Er hat verkannt, dass das innerstaatliche Recht eine solche Auslegung zulässt. So hat der 4. Strafsenat des BGH § 2 Abs. 6 StGB einschränkend ausgelegt. Die Bestimmung schreibt vor, dass für die Sicherungsverwahrung als Maßregel der Besserung und Sicherung grundsätzlich das Recht zum Zeitpunkt der Entscheidung gilt. Dies gilt jedoch nur dann, "wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“. Als andere derartige Bestimmungen hat der 4. Strafsenat Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK in der Auslegung durch den EGMR mit der Folge angesehen, dass Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK als gesetzliche Ausnahmeregelung anzusehen ist, die für die Anordnung der Sicherungsverwahrung das Tatzeitrecht als maßgebend anordnet (BGH, Beschluss vom 12. Mai 2010 – 4 StR 577/09 -, Rdnr. 14-17; ebenso: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.07.2010 – 2 Ws 458/09 -, juris). Die Rechtsanwendung des BGH im Fall des Beschwerdeführers verstößt daher gegen den Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG.

3. Der BGH verneint in seiner Entscheidung einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 aEMRK mit der Erwägung, das Jugendstrafrecht sei vom Erziehungsgedanken geprägt und weiche deshalb vom allgemeinen Strafrecht ab. Damit verfehlt der BGH die Argumentation des EGMR, die nicht auf die Sanktion für die Anlasstat, sondern die Sicherungsverwahrung als Strafsanktion abstellt.

4. Die Pflicht des BGH zur Beachtung der konventionsgerechten Auslegung des § 7 Abs. 2 JGG erfährt im vorliegenden Fall auch keine Ausnahme unter dem Gesichtspunkt, eine solche Auslegung führe zu einer Einschränkung des Grundrechtsschutzes potenzieller Opfer. Wie bereits ausgeführt wurde, genügt die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit. Er ist damit nicht durch gewichtige Schutzinteressen Dritter legitimiert.

5. Angesichts des Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 2 EMRK kann offen bleiben, ob gleichzeitig ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK vorliegt.

Offen bleiben kann auch, ob aus der Entscheidung des EGMR der Schluss gezogen werden muss, eine konventionsfreundliche Auslegung der Grundrechte müsse zum Ergebnis führen, die nachträgliche Einführung der Sicherungsverwahrung verstoße auch gegen Art. 103 Abs. 2 GG, weil sie auch insoweit abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Strafe zu qualifizieren ist.