



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

zu einem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftaten (BT-Drucksache 18/11162 v. 14.02.2017)

Stellungnahme Nr.: 31/2017

Berlin, im April 2017

Mitglieder des Ausschusses

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RA Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- RA Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- RA Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Stefan König, Berlin (Berichterstatter)
- RAin Dr. Jenny Lederer, Essen
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- RA Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Gesetzentwurf

Die Bundesregierung hat einen Entwurf für ein „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftaten“ vorgelegt.

Danach soll zum einen die Möglichkeit erweitert werden, eine elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ, sog. „elektronische Fußfessel“) im Rahmen von Führungsaufsicht anzuordnen (§ 68b Abs.1 S.3 StGB iVm § 66 Abs.3 StGB StGB). Als Mindestverbüßungsdauer einer Freiheitsstrafe, nach der Führungsaufsicht angeordnet werden kann, sollen künftig *zwei* Jahre ausreichen (jetzt: *drei*), wenn die Verurteilung aufgrund von Straftaten erfolgte, die unter den Ersten (Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats, darunter § 89a und c StGB) oder Siebten (Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, darunter §§ 129a, 129b StGB), Abschnitt des Besonderen Teils fallen. Über eine Ergänzung des § 66 Abs.3 S.1 StGB (dazu sogleich), auf den § 68b Abs.2 Nr.2 StGB verweist, sollen auch die §§ 89a Abs.1 bis 3, 89c Abs.1 bis 3 und 129a Abs.5 S 1 1.Alt, letzterer auch in Verbindung mit § 129b Abs.1 StGB, Vortaten zur Anordnung der Weisung der EAÜ bei Führungsaufsicht werden.

Zum anderen sollen die Voraussetzungen fakultativer Sicherungsverwahrung um verschiedene *Vergehenstatbestände* ergänzt werden: Vergehen gegen § 89a Abs. 1 bis 3 StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat), gegen § 89c Abs.1 bis 3 StGB (Terrorismusfinanzierung) sowie § 129a Abs. 5 1.Alt. auch in Verbindung mit § 129b Abs.1 StGB (Unterstützung einer in- oder ausländischen terroristischen Vereinigung) sollen zu den Katalogtaten zählen, deren Verwirklichung nach § 66 Abs.3 S. 1 StGB Voraussetzung zur Anordnung von Sicherungsverwahrung sein kann.

II. Beurteilung des DAV

1. Zur Erweiterung der Voraussetzungen der Anordnung von Sicherungsverwahrung:

Diese Erweiterung, die den 2010 durch eine grundlegende Neuregelung des Rechts der Sicherungsverwahrung eingeschlagenen Weg – Abkehr von der vorausgegangenen Entwicklung zu ständiger Erweiterung ihrer Anordnungsvoraussetzungen – umkehrt, erfolgt offensichtlich nur zu dem Zweck, erweiterte Einsatzmöglichkeiten für die EAÜ in Zusammenhang mit Führungsaufsicht (wegen des Verweises auf § 66 Abs.3 StGB in § 68b Abs.2 Nr.2 bis 4 StGB) zu schaffen. Dabei wäre das auch anders möglich (durch bloße Ergänzung des § 68b Abs.2 Nr. 2 StGB durch die nun in § 66 Abs.3 S.1 StGB aufgenommenen Straftatbestände, jedenfalls bei §§ 89a und 129 Abs.5 StGB, bei denen die Anordnung von Führungsaufsicht im Gesetz vorgesehen ist, § 89c StGB wäre dann um diese Möglichkeit zu erweitern).

Die Reform des Rechts der Sicherheitsverwahrung im Jahr 2010 war vor dem Hintergrund verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung¹ von dem politischen Willen getragen, die Anordnung des Sonderopfers der Sicherungsverwahrung auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen Straftäter – u.U. mehrfach – wegen schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen und -vergehen, also durch schwerwiegende Eingriffe in gewichtige höchstpersönliche Rechtsgüter, in Erscheinung getreten waren und weiterhin für gefährlich gehalten werden.

Die geplante Ergänzung des § 66 Abs.3 StGB verlässt dieses Konzept, indem es mit §§ 89a und 89c StGB Vergehen in den Katalog der Anordnungsvoraussetzungen aufnimmt, die nicht schwerwiegende Eingriffe in die genannten Rechtsgüter, sondern deren mögliche Vorbereitung – und zwar weit vor dem Beginn des Versuchsstadiums – unter Strafe stellen. Mit Recht ist bereits bei Einführung der §§ 89a und 89c StGB kritisiert worden, es handele sich hier in Wahrheit nicht um repressives Strafrecht sondern um reines Präventivstrafrecht, also Polizeirecht im Gewande des Strafrechts (vgl. dazu *Fischer*, StGB, 63.A., 2016, § 89a Rn.8 m.Verw.). Es sollen Menschen durch Bestrafung zu Freiheitsstrafen nach diesen Normen weggesperrt und damit

1 BVerfG, Urteil vom 04.05.2011, BVerfGE 128, 326 ff

außer Verkehr gezogen werden, bei denen angenommen wird, von ihnen gingen erhebliche Gefahren aus, lange bevor diese sich realisieren können. Die strafrechtliche Schuld besteht hier im Kern darin, gefährliche Absichten zu verfolgen. Dieser Sicherungseffekt soll jetzt prolongiert werden durch die Möglichkeit, bei den genannten Delikten, nach verbüßter Strafe die – unbefristete – Unterbringung in der Sicherungsverwahrung anzuordnen. Bei Lichte besehen handelt es sich dann um eine von Anbeginn – also bereits bei der strafrechtlichen Verurteilung – praktizierte unbegrenzte Vorbeugehaft, eine Art Guantanamo im Gewande einer strafrechtlichen Maßregel.

Worin das kriminalpolitische Bedürfnis liegt, die Voraussetzungen der Anordnung von Sicherungsverwahrung bei §§ 129a und b StGB auf einen Personenkreis auszudehnen, der als *Unterstützer* von terroristischen Vereinigungen verurteilt wurde, erschließt sich nicht, zumal Fälle nicht bekannt geworden sind, in denen die – schon jetzt mögliche – Sicherungsverwahrung eines *Mitgliedes* einer terroristischen Vereinigung angeordnet wurde.

Offenbar geht es bei der Ausweitung der Anordnungsvoraussetzungen von Sicherungsverwahrung in erster Linie darum, die rechtstechnischen Voraussetzungen für die Anordnung von EAÜ zu erweitern. Denn § 68b Abs.2 S.3 Nr. 2 bis 4 StGB verweist bei den Voraussetzungen für die EAÜ- Weisung bei Führungsaufsicht auf § 66 Abs. 3 S.1 StGB, der deshalb jetzt erweitert werden soll, um den Einsatz der Fußfessel häufiger ermöglichen zu können. Hierum geht es dem Entwurf in erster Linie, wie schon der Aufbau seiner Begründung zeigt. Das kann aber nicht rechtfertigen, den Katalog der Straftaten, die Voraussetzung für die Anordnung von Sicherungsverwahrung sein können, schleichend zu erweitern.

2. Zur Erweiterung der Anordnungsvoraussetzungen der EAÜ:

Die EAÜ kann derzeit im Rahmen von Führungsaufsicht nach § 68b Abs.1 S.1 Nr. 12 StGB angeordnet werden. Voraussetzung ist einerseits das Vorliegen der Voraussetzungen, Sicherungsverwahrung anzuordnen, daneben die Vollverbüßung einer Freiheitsstrafe von derzeit mindestens drei Jahren. Diese Vollverbüßungsdauer soll auf zwei Jahre verkürzt werden.

Der Entwurf beruft sich auf Bräuchle/Kinzig (2016), die allerdings nach einer Untersuchung der mit dem Einsatz von EAÜ gemachten Erfahrungen in ihrem „Kurzbericht über die wesentlichen Befunde einer bundesweiten Studie mit rechtspolitischen Schlussfolgerungen“ ausführen:

„Die befragten Akteure stehen dieser Neuerung nach ersten Einschätzungen eher ambivalent gegenüber. Für belastbare Ergebnisse ist es aber zu früh, zumal viele Beteiligte noch keine eigenen Erfahrungen berichten konnten. Eine ausführliche Analyse dieser Weisung bleibt einer weiteren Untersuchung vorbehalten.“

In der Langfassung ihrer Untersuchung („Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht“, im Netz abrufbar unter <https://publikationen.uni-tuebingen.de/xmlui/handle/10900/74526>) resümiert *Bräuchle* ihre Ergebnisse u.a. mit der Empfehlung:

„Angesichts ihrer hohen Eingriffsintensität und des erheblichen Aufwands für die mit ihr befassten Akteure ist von einer Ausweitung der EAÜ im Rahmen der Führungsaufsicht auf weitere Tätergruppen abzuraten.“
(S.163)

In einer Presseerklärung des hessischen Justizministeriums vom 02.01.2017 ist von positiven Erfahrungen mit dem Einsatz der elektronischen Fessel und einem Auswertungsbericht die Rede, der im Frühjahr der Justizministerkonferenz vorgelegt werden soll. Dessen Ergebnisse sind nicht bekannt und werden auch von den Entwurfsverfassern nicht wiedergegeben. Sie berufen sich lediglich auf Vorschläge in einem – soweit ersichtlich nicht publizierten – Abschlussbericht einer Länder-Arbeitsgruppe zu „Einsatzmöglichkeiten der elektronischen Überwachung“. Überdies wird auf einen Fall verwiesen, den das OLG München entschieden hat, ohne dass deutlich würde, woraus sich die daraus nach Ansicht der Entwurfsverfasser resultierende Notwendigkeit ergeben soll, die Einsatzvoraussetzungen für die elektronische Fessel zu erweitern. Einzelheiten zu dem Fall werden nicht mitgeteilt.²

2 Allerdings von *Pollähne* in einem zur Veröffentlichung in der Zeitschrift CILIP vorgesehenen Aufsatz, dessen Manuskript der

Angesichts der – gelegentlich unterschätzten – Eingriffsintensität der Anordnung, eine elektronische Fußfessel zu tragen, ist es unakzeptabel, die gerade erst 2011 eingeführte Maßregel schon jetzt auf weitere Deliktsbereiche als Vortaten auszudehnen und die Mindestverbüßungsdauer verhängter Freiheitsstrafen auf zwei Jahre herabzusenken.

Dafür besteht auch angesichts bekannt gewordener Fälle kein Anlass, in denen die Fußfessel Täter terroristisch motivierter Tötungsverbrechen nicht von ihren Handlungen abhalten konnte. Es ist ohnehin schwer vorstellbar, dass sich z.B. ein Selbstmordattentäter durch die Anlegung einer Fußfessel davon abhalten ließe, sich selbst in die Luft zu sprengen. Zwei Fälle sind bekannt geworden, in denen terroristische Täter, die eine Fußfessel trugen, entweder Mordverbrechen begingen – so im Juli 2016 in Rouen in Frankreich (Ermordung eines Priesters durch einen angeblichen Anhänger der Terrormiliz „Islamischer Staat“³) – oder – so im September 2015 in Berlin – eine Messerattacke auf Polizisten ausführten (in diesem Fall wurde der Angreifer von der Polizei erschossen⁴). Die von der Entwurfsbegründung angeführte Verbesserung der Kontrolle aufenthaltsbezogener Weisungen vermag nicht zu überzeugen. Denn es lassen sich nicht alle denkbaren Anschlagziele zum Gegenstand von Aufenthaltsverboten machen.

3. Regelung in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder:

Der Einsatz der Fußfessel wird neuerdings auch im Polizeirecht diskutiert. Der Entwurf eines § 56 Bundeskriminalamtgesetzes (BKAG)⁵ will es dem Bundeskriminalamt ermöglichen, die EAÜ einer Person anzuordnen, bei der

„1. bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat nach § 5 Absatz 1 Satz 2 (§ 129a StGB, d.U.) begehen wird, oder

Autor dem Verf. dieser Stellungnahme freundlicherweise zur Verfügung gestellt hat.

3 Vgl. dazu <https://www.tagesschau.de/ausland/geiselnahme-frankreich-113.html>

4 Vgl. dazu <http://www.tagesspiegel.de/berlin/erschossener-islamist-in-berlin-spandau-polizisten-liefen-rafik-y-ahnungslos-ins-messer/12341164.html>

5 BR-Drs. 109/17

2. deren individuelles Verhalten eine konkrete Wahrscheinlichkeit dafür begründet,“ dass sie eine solche Straftat begehen wird, um, wie es im Gesetzentwurf heißt, „diese Person durch die Überwachung und die Datenverwendung von der Begehung dieser Straftaten abzuhalten.“

Insoweit entstehen Überschneidungen mit dem Maßregelrecht. Es stellt sich die Frage, ob die Maßnahme – wenn sie trotz der hier vorgetragenen Bedenken für geeignet zur Abwehr terroristischer Gefahren gehalten wird – im Polizeirecht nicht besser aufgehoben ist und jedenfalls in den Fällen, auf die jetzt das Maßregelrecht erweitert werden soll, einer Regelung in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder überlassen bleiben sollte.

Der Regelungsvorschlag (§ 56 BKAG-E) geht zurück auf die jüngere Judikatur des BVerfG (Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378 zur Verfassungswidrigkeit von Normen des BKAG). Danach ist der Gesetzgeber von Verfassungswegen bei der Normierung von Eingriffsbefugnissen nicht auf die Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren beschränkt (BVerfG a.a.O. Rn. 116). Vielmehr kann er, so das Gericht, „die Grenzen auch weiter ziehen, insbesondere mit dem Ziel schon der Verhütung terroristischer Straftaten, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert. Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. ... Es müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die im Einzelfall die Prognose eines Geschehens, das zu einer zurechenbaren Verletzung der hier relevanten Schutzgüter führt, tragen (vgl. BVerfGE 110, 33 <56 f., 61>; 113, 348 <377 f.>).“

Die Voraussetzungen der Anordnung einer EAÜ sind in Hinblick auf die Gefährlichkeitsprognose nach diesen Grundsätzen also wesentlich konkreter und enger als im Maßregelrecht bei der Führungsaufsicht in Verbindung mit EAÜ. Diese setzt – durch Verweisung auf § 66 Abs.3 StGB – insoweit lediglich die Annahme eines ohnehin prognostisch schwer greifbaren Hanges zu erheblichen Straftaten (§ 66 Abs.3 i.V.m. Abs.1 Nr.4 StGB) und – wegen § 68b Abs.2 Nr.3 StGB – die

Annahme der Gefahr, dass die verurteilte Person weitere Straftaten der in § 66 Abs.3 S.1 StGB genannten Art begehen wird. Führungsaufsicht dauert mindestens zwei und längstens fünf Jahre (§ 68c Abs.1 StGB). Sie flankierende Weisungen – wie die EAÜ – können für die Dauer der Führungsaufsicht, allerdings auch für kürzere Zeit angeordnet werden. Bei einer EAÜ-Weisung ist nach § 68d Abs.2 StGB spätestens vor Ablauf von zwei Jahren deren Aufhebung zu prüfen.

§ 56 BKAG-E sieht dagegen eine *Höchstdauer* der Anordnung der EAÜ von drei Monaten und die Möglichkeit vor, sie jeweils um weitere drei Monate zu verlängern, wenn die Anordnungsvoraussetzungen fort dauern.

Der vorliegende Entwurf eines BKAG sieht also wesentlich engere Anordnungsvoraussetzungen und auch eine wesentlich dichtere Überprüfung der Anordnung vor. Ob die Umschreibung der Anordnungsvoraussetzungen konkret genug und ob die formellen Anordnungsvoraussetzungen und das bestehende Rechtsmittelsystem ausreichend sind, das sind – neben der Frage der Sinnhaftigkeit des Einsatzes der EAÜ – Fragen die zu diskutieren sein werden. Das ist jenseits des Geltungsbereichs des BKAG auch Sache der Landes(polizei)gesetzgeber, bei denen hierzu unterschiedliche Auffassungen zu bestehen scheinen. Hier – im Gefahrenabwehrrecht und nicht im Straf- und Maßregelrecht – muss daher die Diskussion über die Sinnhaftigkeit von EAÜ zur Abwehr terroristischer Gefahren geführt werden.

Zweifellos können für die Überwachung, u.U. auch die Inhaftierung von Menschen, von denen erhebliche Gefahren für die Allgemeinheit ausgehen, erhebliche Argumente streiten. Das Maßregelrecht trägt diesem Gedanken in den Fällen Rechnung, in denen eine Verurteilung wegen einer schweren Straftat, die gewichtige höchstpersönliche Rechtsgüter verletzt hat, zu einer erheblichen Freiheitsstrafe erfolgt ist und auch nach deren Verbüßung von einer fortbestehenden Gefährlichkeit auszugehen ist. Der das zweiseipurige Strafrechtssystem tragende Gedanke wird aber dann obsolet, wenn schon die Verurteilung wegen der Straftat lediglich eine Gefährlichkeit des Täters und nicht eine ihr vorausgehende Verletzung der genannten Rechtsgüter pönalisierte (wie z.B. §§ 89a [dort besonders Abs. 2a] und 89c StGB) und die Maßregel, die aus Gründen der Gefahrenabwehr erfolgende

Strafhaft lediglich in eine (echte) Unterbringung transformiert oder in eine andauernde Überwachung prolongiert.

III. Fazit

Der DAV hält die vorgeschlagenen Regelungen für verfehlt.

Die Erweiterung der Anordnungsvoraussetzungen von Sicherheitsverwahrungen kehrt den durch die Neuordnung des Rechtes der Sicherungsverwahrung im Jahr 2010 eingeschlagenen Weg wieder um. Hierfür besteht keine Veranlassung, auch nicht wenn es – wie es den Anschein hat – allein darum geht, rechtstechnisch die Voraussetzungen erweiterter Anordnung von EAÜ zu schaffen.

Die Ausweitung der EAÜ im Rahmen von Führungsaufsicht stößt bei Wissenschaftlern, die die damit in der Praxis bislang gesammelten Erfahrungen evaluiert haben, auf erhebliche Bedenken. Es erscheint auch zweifelhaft, ob die Maßregel zur Abwehr terroristischer Gewalttaten geeignet ist. Angesichts ihres zweifelhaften Nutzens ist der mit ihr verbundene Eingriff in die Rechte der von der Anordnung Betroffenen nicht gerechtfertigt.

Ohnehin ist das System des Straf- und Maßregelrechts nicht der Ort, die mit dem Gesetzentwurf verfolgten Ziele zu erreichen. Die Diskussion muss im Polizeirecht geführt werden, wo sie auch – zum Beispiel in der Debatte über den Entwurf eines BKAG, aber auch über Änderungen des Landespolizeirechts⁶ - bereits begonnen hat.

6 Vgl. dazu die – skeptische – Stellungnahme der Berliner Innensenators Geisel (SPD) lt. RBB vom 15.03.2017, <http://www.rbb-online.de/politik/beitrag/2017/03/berlin-innensenator-andreas-geisel-gegen-fussfessel-gefaehrder.html>