

# Die Sicherungsverwahrung im Fokus von BVerfG, EGMR und BGH

Von Wiss. Mitarbeiter **Michael Pösl**, München\*

Mit Urteil vom 17.12.2009 hatte der EGMR festgestellt, dass der im Jahr 1998 geregelte nachträgliche Wegfall der Befristung der primären Sicherungsverwahrung auf zehn Jahre unter anderem gegen das in Art. 7 Abs. 1 EMRK kodifizierte Rückwirkungsverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention verstößt.<sup>1</sup> Mit seinem Urteil stellte sich der EGMR gegen das deutsche BVerfG, welches mit Urteil vom 5.2.2004 gerade keinen Verstoß gegen das im deutschen Recht in Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankerte Rückwirkungsverbot erblickte und auch Freiheitsrechte des Verwahrten nicht eingeschränkt sah.<sup>2</sup>

Der folgende Beitrag setzt sich zunächst mit dem Rückwirkungsverbot in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention und dabei vor allem mit den verschiedenen Strafbegriffen als zentralem Grund für die unterschiedliche Anwendung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ auseinander. Im Anschluss wird die jeweilige Beurteilung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung nach Wegfall der Zehn-Jahres-Höchstfrist sowohl durch das BVerfG als auch durch den EGMR erläutert. Schließlich werden die bisher ergangenen, die Entscheidung des EGMR in einander widersprechender Weise berücksichtigenden Entscheidungen des 4. und 5. Senates des BGH zu Parallelfällen besprochen und einer kritischen Würdigung unterzogen.<sup>3</sup>

## I. Grundlagen: Rückwirkungsverbot und Strafbegriffe

### 1. Zum Rückwirkungsverbot

Grundsätzlich gestattet das Grundgesetz, sei es in allgemeiner Form aufgrund des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG, sei es aufgrund des speziell auf das Strafrecht zugeschnittenen Art. 103 Abs. 2 GG, nur ein belastendes Gesetz, dessen Rechtsfolgen frühestens mit Verkündung der Norm eintreten. Wenn der Beginn der zeitlichen Anwendung einer Rechtsnorm auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der vor dem Zeit-

punkt liegt, zu dem die Norm rechtlich existent, das heißt gültig geworden ist, entfaltet die Rechtsnorm „Rückwirkung“.<sup>4</sup> Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot in Art. 103 Abs. 2 GG und in Art. 7 Abs. 1 EMRK verbietet es also, jemanden aufgrund eines Gesetzes zu bestrafen, das zur Zeit der Tat noch nicht in Kraft war bzw. jemanden schärfer zu bestrafen als es zur Zeit der Tat gesetzlich bestimmt war. Im Strafrecht ist das Rückwirkungsverbot einer Abwägung verschlossen.<sup>5</sup>

Das Rückwirkungsverbot richtet sich sowohl an den Gesetzgeber als auch an den Strafrichter und verbietet ersterem, rückwirkende Strafgesetze zu erlassen oder Strafgesetze rückwirkend zu verschärfen, letzterem die Anwendung von Strafgesetzen, die zur Tatzeit noch nicht in Kraft waren und zu einer Strafbegründung bzw. -schärfung führen.

Im Grundsatz besteht hierüber sowohl national als auch international Einigkeit.<sup>6</sup> Das Rückwirkungsverbot basiert in sämtlichen Rechtssystemen auf demselben Grundgedanken „keine Strafe ohne Gesetz“<sup>7</sup>; allerdings kann es aufgrund der unterschiedlichen Entwicklungen des Grundsatzes in den einzelnen nationalen Rechtssystemen im Detail durchaus zu Unterschieden kommen. Konkret kann das anhand eines Vergleichs von Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 7 Abs. 1 EMRK gezeigt werden. Indem Art. 7 EMRK auch Völkerrecht als Grundlage der Strafbarkeit nennt, kann selbst Völkergelehrtenrecht ohne Rücksicht auf die Umsetzung in innerstaatliches Recht zur Begründung der Strafbarkeit eines Bürgers des Mitgliedstaats herangezogen werden.<sup>8</sup> Entscheidend ist allein, dass der Verurteilte aus dem Wortlaut der Bestimmung, gegebenenfalls mit Hilfe der Auslegung durch die

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Helmut Satzger an der Ludwigs-Maximilians-Universität in München; für wertvolle Korrekturarbeiten und Anregungen dankt der Autor Herrn Markus Hanneder, studentische Hilfskraft am selben Lehrstuhl, ganz herzlich.

<sup>1</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), teilweise abgedruckt in NStZ 2010, 263; daneben wurde auch ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK angenommen; vgl. dazu unten II. 3. b) und ausführlich Kinzig, NStZ 2010, 233 (235).

<sup>2</sup> BVerfGE 111, 307.

<sup>3</sup> Zu den Auswirkungen des Urteils des EGMR auf die Regelungen zur Sicherungsverwahrung und das Therapieunterbringungsgesetz vgl. BT-Drs. 17/3403, S. 14 ff. und die Stellungnahme des Deutschen Richterbunds vom 25.10.2010, abrufbar unter juris; vgl. auch Beukelmann, NJW-Spezial 2010, 696 (697) und Nichtannahmebeschluss des BVerfG bzgl. einer Verfassungsbeschwerde gegen dieses Gesetz vom 31.1.2011 – 2 BvR 94/11.

<sup>4</sup> BVerfGE 63, 343 (353).

<sup>5</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht, Bd. 2, 25. Aufl. 2009, Rn. 1095.

<sup>6</sup> Vgl. Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 1 Rn. 49; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 7 Rn. 2 und 7; Gollwitzer, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, Art. 15 IPbPr Rn. 6; aufgrund der Kohärenzklausel in Art. 52 Abs. 3 GRC, nach der die Rechte der Grundrechtecharta die gleiche Reichweite genießen sollen wie die der EMRK, dürfte die derartige Auslegung auch für Art. 49 GRC gelten.

<sup>7</sup> Zur Rechtshistorie vgl. Schreiber, Gesetz und Richter – Studien zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes „nulla poena sine lege“, 1976; allgemein zum Gesetzlichkeitsprinzip Bott/Krell, ZJS 2010, 694 (695 ff.).

<sup>8</sup> Gollwitzer, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 26. Aufl. 2006-2010, EMRK/IPbPr, Rn. 10.

Gerichte eine Bestrafung seines Verhaltens vorhersehen konnte.<sup>9</sup>

Anders ist dies bei Art. 103 Abs. 2 GG. Danach kann Strafe nur durch Gesetz begründet werden, wobei Art. 104 Abs. 1 GG sogar ausdrücklich ein formelles Gesetz verlangt.<sup>10</sup>

Weitere Divergenzen können beispielsweise aufgrund verschiedener Strafbegriffe auftreten. Entscheidend für die Reichweite des Anwendungsbereichs dieses Grundsatzes ist der Begriff der Strafe. Nur bei Vorliegen einer „Strafe“ kommt ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot überhaupt in Betracht.

## 2. Das dualistische deutsche Sanktionssystem

Im Dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils des deutschen StGB, in den §§ 38-76a StGB, sind die Rechtsfolgen der Tat geregelt. Das deutsche Sanktionssystem lässt sich in zwei Arten von Sanktionen aufgliedern: Strafen, bestehend aus den Hauptstrafen Freiheits- und Geldstrafe (§§ 38-43 StGB) sowie der Nebenstrafe Fahrverbot (§ 44 StGB) und Maßregeln der Besserung und Sicherung, die in § 61 Nrn. 1-6 StGB enumerativ aufgezählt und in den §§ 62-72 StGB ausgestaltet werden. Vereinfacht ausgedrückt, unterscheiden sich Strafe und Maßregel wie folgt: Während die Strafe eine Schuld des Täters bei Begehung einer in der Vergangenheit liegenden Tat voraussetzt, verlangt im Gegensatz dazu die Verhängung einer Maßregel die Prognose der fortdauernden Gefährlichkeit des Täters für die Zukunft zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.<sup>11</sup> Aufgrund dieser Wesensverschiedenheit der beiden Sanktionsformen wird das deutsche System als ein „System der Zweispurigkeit“ bezeichnet.<sup>12</sup>

## 3. Die Strafe i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG: Der Strafbegriff des BVerfG

Nach Ansicht des BVerfG müssen folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, um eine Maßnahme unter den Begriff der „Strafe“ i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG subsumieren zu können<sup>13</sup>:

- Es muss sich um eine staatliche Maßnahme handeln,
- diese Maßnahme muss eine missbilligende Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen,
- und ein Übel verhängen, welches dem Schuldausgleich dient.

<sup>9</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 11 Rn. 82.

<sup>10</sup> Kadelbach, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention/Grundgesetz, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, Kap. 15 Rn. 7 und 8 mit weiteren Beispielen.

<sup>11</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 1 Rn. 3.

<sup>12</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 11.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu BVerfG NJW 2004, 739 (744).

Demnach ist Strafe in erster Linie Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit und eine Reaktion auf normwidriges Verhalten. Grundlage und Voraussetzung für die Verhängung einer Strafe ist das Schuldprinzip. Die Auffassung des BVerfG steht jedenfalls im Einklang mit § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, wonach die Schuld Grundlage für die Strafzumessung ist.

Daneben finden jedoch auch relative Strafzwecktheorien ihren Ausdruck im StGB: In § 46 Abs. 1 S. 2 StGB findet sich das Motiv der positiven Spezialprävention wieder – die Besserung des Täters. In § 47 StGB („Verteidigung der Rechtsordnung“) wurde auch die Generalprävention im Gesetz festgeschrieben.<sup>14</sup>

## 4. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im Unterschied zur Strafe

### a) Allgemeines

Im Gegensatz zur Strafe ist Zweck aller Maßregeln der Besserung und Sicherung die Gefahrenabwehr – künftige Straftaten des konkreten Täters sollen durch Einwirkung auf diesen verhindert werden. Insofern wirkt sie vor allem spezialpräventiv – in negativer Hinsicht soll die Gesellschaft vor weiteren Straftaten des Täters geschützt werden, in positiver Hinsicht soll der Täter sich bessern und keine Straftaten mehr begehen. Die Ausrichtung der Maßregeln der Besserung und Sicherung auf die Zukunft kommt auch im Gesetz zum Ausdruck; so legt § 2 Abs. 6 StGB fest, dass über ihre Anordnung immer nach dem Gesetz zu entscheiden ist, welches zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung gilt – sofern im Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Insofern wird auf einfachgesetzlicher Ebene das Rückwirkungsverbot ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt auf Maßregeln der Besserung und Sicherung. Das bedeutet im Klartext, dass neues Recht auf Anlasstaten angewendet werden kann, deren Begehung vor Erlass der jeweiligen Norm lag. Aufgrund ihrer präventiven Natur ist eine Maßregel fortwährend rechtfertigungsbedürftig<sup>15</sup> und der Vergeltungsgedanke spielt bei der Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung keine Rolle. Allerdings werden, von Maßregel zu Maßregel verschieden, die negative und die positive Komponente der Spezialprävention unterschiedlich gewichtet.

Bei der Unterbringung des Betroffenen in ein psychiatrisches Krankenhaus beispielsweise verfolgt der Staat den Zweck, den Täter wieder zu resozialisieren gleichberechtigt neben dem des Schutzes der Allgemeinheit. Anders die Sicherungsverwahrung. Zwar wird in § 129 StVollzG als Sinn der Sicherungsverwahrung sowohl der Schutz der Allgemeinheit als auch die Wiedereingliederung des Betroffenen in ein Leben in Freiheit genannt, allerdings steht gerade bei der Sicherungsverwahrung, wie der Name schon sagt, die Sicherung der Gesellschaft vor dem Täter und damit die negative Komponente der Spezialprävention im Vordergrund.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Ausführlich zu den Straftheorien vgl. Roxin (Fn. 11), 1. Abschnitt § 3 Rn. 1 ff.

<sup>15</sup> Grosse-Brömer/Klein, ZRP 2010, 172.

<sup>16</sup> Roxin (Fn. 11), 1. Abschnitt § 3 Rn. 64.

*b) Die Sicherungsverwahrung innerhalb der Maßnahmen der Besserung und Sicherung*

Gemäß § 61 Nr. 3 StGB ist die Sicherungsverwahrung eine Maßregel der Besserung und Sicherung. Im Gegensatz zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus i.S.v. § 63 StGB setzt die Sicherungsverwahrung nach §§ 66 ff. StGB die Schuld des Täters bei Tatbegehung voraus. Die Schuld des Täters bei Tatbegehung ist somit zwar notwendige, nicht jedoch hinreichende Bedingung für die Anordnung von Sicherungsverwahrung.<sup>17</sup> Denn neben einer schuldhaften Tat verlangt die Sicherungsverwahrung eine fortdauernde Gefährlichkeit des Täters, die schuldhaftige Tatbegehung ist lediglich der Anlass zur deren Überprüfung. „Zielgruppe der Sicherungsverwahrung sind damit im Rechtssinn schuldfähige und unverbesserliche Menschen.“<sup>18</sup> Solange diese Gefährlichkeit andauert, darf die Sicherungsverwahrung nach aktuell geltender Rechtslage gemäß § 67d Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 StGB auch nicht für erledigt erklärt werden. Die Sicherungsverwahrung ist somit das „schärfste Schwert“<sup>19</sup> des Strafrechts: der Täter muss auch nach Verbüßung seiner Freiheitsstrafe in Verwahrung bleiben, entscheidend ist allein das Fortbestehen seiner Gefährlichkeit.

Seit 1995 wurde das Recht der Sicherungsverwahrung allein im Erwachsenenstrafrecht durch fünf Novellierungen verschärft, ausgeweitet und in Verbindung mit der immer ausgefeilteren Rechtsprechung komplex und unübersichtlich. Vor diesem Hintergrund hat sich außerdem auch die Anordnungspraxis seitens der Gerichte geändert. Die Zahl der Sicherungsverwahrten ist von 1998 bis 2010 von 202 auf über 500 gestiegen.

Eingeführt im Jahre 1933, ist in § 66 StGB die sogenannte primäre Sicherungsverwahrung geregelt. Hier ermittelt das Gericht bereits zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung die fortdauernde Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit und verhängt aufgrund dessen im Strafurteil für die Zeit nach Verbüßung der Haftstrafe die Sicherungsverwahrung gegen den Täter. Von den momentan über 500 Sicherungsverwahrten befinden sich 95 % in der primären Sicherungsverwahrung.<sup>20</sup>

Sofern das Gericht nicht hinreichend sicher feststellen kann, ob der Täter für die Allgemeinheit gefährlich ist i.S.v. § 66 Abs. 1 Nrn. 1-3 StGB, kann es sich seit 2002 nach § 66a StGB vorbehalten, die Sicherungsverwahrung zu einem späteren Zeitpunkt anzuordnen. Von diesem Institut wurde bisher selten Gebrauch gemacht, ausgesprochen wurde ein solcher Vorbehalt bisher in lediglich 37 Fällen, was keineswegs bedeutet, dass später tatsächlich die Sicherungsverwahrung angeordnet wird.

Größtenteils bald der Vergangenheit angehören wird die nachträgliche Sicherungsverwahrung.<sup>21</sup> Nach § 66b StGB

entscheidet das Gericht erst zum Zeitpunkt des Endes der Haftstrafe über deren Anordnung. Seit ihrer Einführung wurde die nachträgliche Sicherungsverwahrung bei gut einem Dutzend Fälle angeordnet.

*5. Der Begriff der Strafe in Art. 7 Abs. 1 EMRK*

Wie bei anderen Normen der EMRK ist auch in Art. 7 Abs. 1 EMRK der Begriff der Strafe autonom auszulegen. Der Grund für das Bedürfnis nach autonomer Begriffsbildung liegt in Sinn und Zweck der Ausgestaltung der EMRK als bindender völkerrechtlicher Vertrag; die einzelnen Garantien der EMRK sollen für die Bürger der Mitgliedstaaten der Konvention ein Mindestmaß an Grundrechtsschutz erzeugen. Dieser Mindestschutz kann jedoch nur dann effektiv gewährleistet werden, wenn die Mitgliedstaaten den Anwendungsbereich beispielsweise des Art. 7 EMRK nicht durch nationale Begriffsbestimmungen beliebig einschränken können. Daher versucht der EGMR die Begriffe der Normen der EMRK in einer Form zu definieren, die mit sämtlichen im Geltungsbereich der Konvention vertretenen Rechtssystemen vereinbar ist.

Der EGMR definiert den Begriff der Strafe in Art. 7 Abs. 1 EMRK<sup>22</sup> völlig anders als das BVerfG. Die Schuld des Täters bei der Tatbegehung spielt für den EGMR keine Rolle. Zur Feststellung, ob eine Maßnahme als Strafe im Sinne von Art. 7 EMRK zu qualifizieren ist, zieht der EGMR seit seinem Urteil „Welch“ alternativ folgende Kriterien heran<sup>23</sup>:

- Die Verhängung der Maßnahme erfolgt im Anschluss an eine Verurteilung wegen einer Straftat oder zumindest aus Anlass der Begehung einer Straftat.
- Die Maßnahme weist im Hinblick auf Natur und Zweck Strafcharakter auf, so wie es bei der Haftstrafe der Fall ist.
- Die Maßnahme wird nach nationalem Recht als Strafrecht beurteilt.<sup>24</sup>
- Die Maßnahme wird in verfahrenstechnischer Hinsicht im Rahmen eines Strafprozesses angeordnet.
- Schließlich betrachtet der EGMR noch die Schwere der Maßnahme, wobei dies nie das alleinige Kriterium zur Bejahung der Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK sein kann.

**II. Die nachträgliche Verhängung der Sicherungsverwahrung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR**

Sowohl das BVerfG als auch der EGMR hatten sich mit dem-

<sup>17</sup> BVerfG NJW 2004, 739 (746).

<sup>18</sup> Ostendorf/Bochmann, ZRP 2007, 146.

<sup>19</sup> Kreuzer, ZIS 2006, 145 (151).

<sup>20</sup> Vgl. hierzu:

[http://www.liberale.de/files/5781/Sicherungsverwahrung\\_FragenAntworten.pdf](http://www.liberale.de/files/5781/Sicherungsverwahrung_FragenAntworten.pdf) (3.4.2011).

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drs. 17/3403, S. 2.

<sup>22</sup> Art. 7 Abs. 1 EMRK „Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.“

<sup>23</sup> Ständige Rechtsprechung seit EGMR, Urte. v. 9.2.1995, Series A307-A, Rn. 28 („Welch“).

<sup>24</sup> Entgegen der Ansicht von Müller, StV 2010, 207 (208) spielt die Natur der Sanktion nach innerstaatlichem Recht somit durchaus eine Rolle.

selben Fall der Verhängung nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 67d Abs. 3 S. 1 StGB n.F. auseinanderzusetzen – u.a. unter dem Gesichtspunkt, ob gegen das Rückwirkungsverbot verstoßen wurde. Die Gerichte kamen aufgrund der verschiedenen Strafbegriffe zu unterschiedlichen Ergebnissen.

### 1. Die den Entscheidungen zugrunde liegende Konstellation

Zunächst soll der Sachverhalt in der gebotenen Kürze wiedergegeben werden.

Der mehrfach einschlägig vorbestrafte A wurde am 17.11.1986 wegen versuchten Mordes und Raubes zu einer 5-jährigen Freiheitsstrafe verurteilt, gleichzeitig wurde nach § 66 Abs. 1 StGB seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet. Zum Zeitpunkt der Verurteilung sah § 67d Abs. 1 StGB im Falle der erstmaligen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung eine Höchstdauer von zehn Jahren vor. Diese Höchstgrenze wurde 1998 aufgehoben. Seit dem 18.8.1991 befand sich A nach Verbüßung seiner gesamten Freiheitsstrafe in Sicherungsverwahrung in der JVA S. Mehrere Anträge des A, seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zur Bewährung auszusetzen, wurden aufgrund von Ausbruchversuchen, weiterer Straftaten im Gefängnis und aufgrund negativer Prognosen in Gutachten abgelehnt. Am 10.4.2001 lehnte das zuständige LG einen weiteren Antrag des A zur Aussetzung seiner Sicherungsverwahrung zur Bewährung ab. Unter Anwendung von § 67d Abs. 3 S. 1 StGB n.F. i.V.m. Art. 1a Abs. 3 EGStGB a.F. ordnete das LG seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung über die Höchstgrenze von zehn Jahren hinaus an. Das zuständige OLG bestätigte die Entscheidung, das BVerfG wies eine Verfassungsbeschwerde des A, mit der dieser einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot geltend gemacht hatte, mit Urteil vom 5.2.2004 ab.

### 2. Die Bewertung der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung durch das BVerfG im Urteil vom 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01

#### a) Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot, Art. 103 Abs. 2 GG

Nachdem der entscheidende Unterschied zwischen EGMR und BVerfG die unterschiedlichen Strafbegriffe sind, sollen hier die Ausführungen des BVerfG zum Rückwirkungsverbot in seiner strafrechtlichen Ausprägung in Art. 103 Abs. 2 GG herausgegriffen werden.<sup>25</sup>

Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 103 Abs. 2 GG ist erforderlich, dass eine „Strafe“ verhängt wurde. Das BVerfG geht davon aus, dass „Strafe“ i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG Schuld voraussetzt. Zur Begründung dessen zieht das BVerfG die vom Grundgesetz vorausgesetzte und in Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen,

die vom Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung des Strafrechts zu achten sind, heran.<sup>26</sup> Die unverlierbare Würde des Menschen bestehe gerade darin, dass er als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibe. Daher müsse jede Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen. Normzweck von Art. 103 Abs. 2 GG sei daher ein erhöhter rechtsstaatlicher Schutz gegenüber spezifisch strafrechtlichen Maßnahmen, mit denen der Staat auf schuldhaftes Unrecht antwortet – dem Bürger sollen die Grenzen des straffreien Raumes vor Augen geführt werden, damit er sein Verhalten daran orientieren kann. Strafbarkeit i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG setze danach voraus, dass das auferlegte materielle Übel mit der Missbilligung vorwerfbareren Verhaltens verknüpft ist und von seiner Zielrichtung her zumindest auch dem Schuldausgleich diene.<sup>27</sup>

Dies sei bei der Maßregel der Sicherungsverwahrung gerade nicht der Fall. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung sollen gerade die Funktionen übernehmen, die die Strafe aufgrund ihrer Zielsetzung (Vergeltungszweck) nicht ausreichend erfüllen kann. Zweck der Sicherungsverwahrung ist die Individual- (gemeint ist Spezial-)Prävention in Form einer mit Behandlungsangeboten verbundenen Verwahrung des Betroffenen, von dem Gefahren ausgehen. Unabhängig davon, ob die Schuld für sich genommen einen derartigen Eingriff rechtfertigt, knüpft die Sicherungsverwahrung allein an die (künftige) Gefährlichkeit des Täters an. Ziel ist es, die Allgemeinheit in Zukunft vor dem Täter zu schützen.<sup>28</sup> Nachdem somit die Sicherungsverwahrung gerade keine Reaktion des Staats auf eigenverantwortlich verwirklichtes Unrecht, sondern eine vorbeugende, in die Zukunft wirkende Maßnahme darstellt, kommt ihr gerade kein Straf-, sondern reiner Präventionscharakter zu. Es wird nicht auf die in der Anlasstat verwirklichte Schuld reagiert, sondern auf die sich in der Anlasstat manifestierende künftige Gefährlichkeit des Täters.

Auch Funktionsüberschneidungen von Strafvollzug und Sicherungsverwahrung<sup>29</sup> rechtfertigen nach Ansicht des BVerfG eine Subsumtion der Sicherungsverwahrung unter den Begriff der Strafe nicht, da dies letztlich immer nur auf Präventionsebene geschehe.<sup>30</sup>

Nachdem das BVerfG die Sicherungsverwahrung nicht als Strafe betrachtet und damit eine Bindung der Rechtsprechung bei ihrer Verhängung an Art. 103 Abs. 2 GG verneint, stellt ihre nachträgliche Verhängung seiner Einschätzung nach auch keinen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG dar.

#### b) Abstandsgebot

Das BVerfG betonte jedoch bereits in seinem Urteil vom 5.2.2004 die Notwendigkeit, eine klare Trennlinie zwischen dem Vollzug der Sicherungsverwahrung und dem Strafvoll-

<sup>25</sup> Einen Verstoß gegen das allgemeine rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot, Art. 2 Abs. 2 i.V.m. 20 Abs. 3 GG, sah das BVerfG ebenfalls nicht als gegeben an, vgl. BVerfG NJW 2004, 739 (748 ff.) mit ausführlicher Begründung.

<sup>26</sup> BVerfGE 25, 269 (285).

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2004, 739 (745).

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2004, 739 (746).

<sup>29</sup> Vgl. hierzu unten II. 3. a) bb).

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2004, 739 (747).

zug zu ziehen. Dies ist die logische Konsequenz aus der unterstellten Wesensverschiedenheit dieser beiden Institute.

Das BVerfG wies darauf hin, dass die Landesjustizverwaltungen sicherstellen müssten, dass die Sicherungsverwahrten bessergestellt sind als die Strafgefangenen. Dadurch solle der spezialpräventive Charakter der Sicherungsverwahrung sowohl den Verwahrten als auch der Allgemeinheit vor Augen geführt werden. Das Ausmaß der Besserstellung sowohl in räumlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht habe sich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu orientieren, bei besonders langer Unterbringung seien gegebenenfalls zusätzliche Vergünstigungen zu erwägen, um dem hoffnungslos Verwahrten einen Rest an Lebensqualität zu erhalten.<sup>31</sup>

Die nun zu besprechende Entscheidung des EGMR zeigt, dass gerade in der Vollzugsrealität die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und die Vollstreckung einer Strafe so unterschiedlich nicht sind – und daher eine Anwendung der Beschränkungen von Art. 7 EMRK bzw. Art. 103 Abs. 2 GG auch auf die Sicherungsverwahrung gerechtfertigt erscheint.

### 3. Die Bewertung der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung durch den EGMR im Urteil vom 17.12.2009 – Az. 19359/04

Die 5. Sektion des EGMR hatte nun in ihrem Urteil Az. 19359/04 vom 17.12.2009 zu entscheiden, ob die Anordnung der Sicherungsverwahrung gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK verstößt sowie eine Strafe i.S.v. Art. 7 Abs. 1 EMRK darstellt.

#### a) Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot i.S.v. Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist Art. 7 EMRK verletzt, wenn jemand wegen einer strafbaren Handlung zu einer Strafe verurteilt wurde, die nach dem zur Zeit der Begehung geltenden Recht nicht strafbar war. Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot liegt somit auch vor, wenn der zeitliche Anwendungsbereich eines Gesetzes auf Vorgänge erstreckt wird, die vor seinem Inkrafttreten liegen.<sup>32</sup>

Zum Zeitpunkt der Begehung des versuchten Mordes im Jahre 1985 als hier relevantem Vorgang war die erstmalige Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 67d Abs. 1 StGB a.F. auf eine Höchstfrist von zehn Jahren beschränkt.

Im Jahre 1998 wurde diese Höchstfrist abgeschafft und 2001 wurde auf Grundlage von § 67d Abs. 3 S. 1 StGB n.F. i.V.m. Art. 1a Abs. 3 EGStGB a.F.<sup>33</sup> die Fortdauer der Sicherungsverwahrung des A über die Zehnjahresfrist hinaus angeordnet. Eine rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung liegt damit vor.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> BVerfG NJW 2004, 739 (744).

<sup>32</sup> Kadelbach (Fn. 10), Kap. 15 Rn. 10, 28.

<sup>33</sup> Der 1998 ins EStGB eingefügte Art. 1a Abs. 3 EGStGB wurde aufgrund des oben zitierten Urteils des BVerfG seitens des Gesetzgebers als überflüssig betrachtet und wieder abgeschafft. Dabei wollte er jedoch nichts an der bis dahin geltenden Rechtslage ändern.

<sup>34</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 123.

Entscheidend für die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 7 Abs. 1 EMRK und damit für das Eingreifen des Rückwirkungsverbots war somit die Einstufung der Sicherungsverwahrung als „Strafe“ in diesem Sinne.

Aufgrund des oben dargestellten eigenständigen Strafbegriffs kam der EGMR dann zum im Vergleich mit dem BVerfG gegenteiligen Ergebnis.

#### aa) Verhängung im Anschluss an ein Strafurteil

Der EGMR stellt fest, dass die Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 1 StGB nur gegen jemand angeordnet werden kann, der u.a. wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt worden ist. Die Maßnahme wird somit im Anschluss an eine Verurteilung verhängt, das entsprechende Kriterium ist gegeben.<sup>35</sup>

#### bb) Art und Zweck der Maßnahme

Anschließend und mit dem größten Aufwand prüft der EGMR, um welche Art von Maßnahme es sich bei der Sicherungsverwahrung handelt. Dabei vergleicht er sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht die Sicherungsverwahrung mit der Freiheitsstrafe und kommt zu dem Ergebnis, dass sich die beiden Sanktionsformen nur so geringfügig unterscheiden, dass Natur und Zweck ebenfalls für die Bewertung der Sicherungsverwahrung als „Strafe“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 EMRK sprechen.

#### (1) Tatsächlicher Vollzug von Sicherungsverwahrung und Freiheitsstrafe im Vergleich

Zunächst betrachtet der EGMR die tatsächlichen Auswirkungen der Sicherungsverwahrung auf den Betroffenen.

Wie die Freiheitsstrafe bedeutet auch die Sicherungsverwahrung für den Betroffenen eine Freiheitsentziehung. In Deutschland unterscheidet sich der tatsächliche Vollzug der Sicherungsverwahrung nur unwesentlich von dem der Freiheitsstrafe. Wie bei der Freiheitsstrafe sind sicherungsverwahrte Häftlinge in gewöhnlichen Strafvollzugsanstalten untergebracht. Dort befinden sie sich zwar in einer separaten Abteilung und dürfen ihre etwas komfortableren Zellen selbst ausstatten (z.B. mit Bildern an der Wand oder einem hochwertigen Fernseher) sowie ihre Kleidung wählen – die Mauern, die sowohl die Strafgefangenen als auch die Sicherungsverwahrten umgeben, sind jedoch dieselben.

Weiterhin erfüllt aus Sicht des EGMR auch die konkrete Behandlung der Sicherungsverwahrten die vom BVerfG unterstellten rein präventiven Zwecke der Sicherungsverwahrung nicht. Neben dem Angebot für gewöhnliche, von einer Freiheitsstrafe betroffene Langzeitgefängene gibt es momentan für Sicherungsverwahrte keine Programme oder Einrichtungen, die darauf ausgerichtet sind, sie in Zukunft von der weiteren Begehung von Straftaten abzuhalten, obwohl dies nach Ansicht des EGMR und des Menschenrechtskommissars des Europarats notwendig wäre<sup>36</sup>, um den Verwahrten eine realistische Perspektive auf Entlassung zu geben.

<sup>35</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 124.

<sup>36</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 129.

Letztlich sind die tatsächlichen Unterschiede im Vollzug damit zu marginal, um eine Wesensverschiedenheit von Strafe und Sicherungsverwahrung zu begründen.

*(2) Rechtliche Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung und der Freiheitsstrafe im Vergleich*

Auch in rechtlicher Hinsicht weist der Vollzug von Sicherungsverwahrung und Strafe nach Ansicht des EGMR nur geringfügige Unterschiede auf.

Das StVollzG zeigt, dass es auch rechtlich im Vollzug keine klare Trennlinie zwischen Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung gibt. Speziell mit dem Vollzug der Sicherungsverwahrung befassen sich nämlich nur wenige seiner Vorschriften (§§ 129-135 StVollzG), im Übrigen werden die Vorschriften über den Vollzug der Freiheitsstrafe für entsprechend anwendbar erklärt (vgl. § 130 StVollzG).<sup>37</sup>

*(3) Die Zwecke von Sicherungsverwahrung und Strafe im Vergleich*

Schließlich überschneiden sich Sinn und Zweck von Strafe und Sicherungsverwahrung. In §§ 2 und 129 StVollzG werden als Sinn der Strafe und der Sicherungsverwahrung sowohl der Schutz der Allgemeinheit (negative Spezialprävention) als auch die Wiedereingliederung des Betroffenen in ein Leben in Freiheit (positive Spezialprävention) genannt. Selbst generalpräventive Elemente vermag der EGMR in der Sicherungsverwahrung zu erkennen; seiner Ansicht nach kommt der Sicherungsverwahrung aufgrund der Möglichkeit ihrer unbegrenzten Anordnung auch ein abschreckender Effekt zu.<sup>38</sup> Die Stichhaltigkeit dieses Arguments wird durch die früher übliche und auch heute noch zu beobachtende Praxis der Strafgerichte unterstrichen, die Sicherungsverwahrung vor ihrer Anordnung zuerst anzudrohen.<sup>39</sup>

Zwar könne durchaus gesagt werden, dass auf nationaler Ebene die Strafe vor allem der Schuldvergeltung diene und damit repressiv wirke, während die Sicherungsverwahrung schwerpunktmäßig präventiv wirke; dennoch sind, gerade da auch das BVerfG im Hinblick auf die Strafzwecke der Vereinigungslehre folgt, die bezeichneten Überschneidungen in Sinn und Zweck nicht von der Hand zu weisen.

Hinsichtlich der ohnehin autonom erfolgenden Bestimmung des Begriffs der Strafe unterstreicht der EGMR, dass auch alleine Prävention der mit einer Strafe verfolgte Zweck sein kann.<sup>40</sup>

*cc) Natur des Verfahrens*

Auch stellt der EGMR fest, dass das Verfahren, im Rahmen dessen die Sicherungsverwahrung angeordnet wird, vor den erkennenden Strafgerichten stattfindet. Die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung schließlich wird durch die Straffe-

richte angeordnet und durch die Vollstreckungsgerichte überwacht. Nachdem diese ebenfalls Teil der Strafrechtspflege sind, ist die Natur des Verfahrens, im Rahmen dessen die zu prüfende Maßnahme erlassen und geprüft wird, ebenfalls als strafrechtlich einzuordnen.<sup>41</sup>

*dd) Schwere der Maßnahme*

Auch die Schwere der Maßnahme – die niemals alleiniges Beurteilungskriterium sein kann – spreche für die Beurteilung der Sicherungsverwahrung als Strafe. Der Betroffene wird nur entlassen, wenn die Feststellung getroffen werden kann, dass von ihm keine Gefahr mehr ausgeht, er also keine erheblichen Taten mehr begehen wird, vgl. § 67d StGB. In Anbetracht des Nichtvorhandenseins speziell abgestimmter Therapiemöglichkeiten wird dies so gut wie nie der Fall sein.<sup>42</sup>

*ee) Ergebnis*

Der EGMR sah daher bei der von Deutschland praktizierten Form der Sicherungsverwahrung eine Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK und in der Anordnung der Fortdauer im Jahr 2001 aufgrund des 1998 geänderten § 67d Abs. 3 S. 1 StGB i.V.m. Art. 1a Abs. 3 EGStGB a.F. über die zum Zeitpunkt der erstmaligen Anordnung geltenden Zehnjahresfrist hinaus einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot.<sup>43</sup>

*b) Verletzung des Rechts auf Freiheit und Sicherheit, Art. 5 Abs. 1 EMRK*

Weiterhin sah der EGMR nicht die ursprüngliche Verhängung der Sicherungsverwahrung, sondern die Entscheidung der Vollstreckungskammer, A in Sicherungsverwahrung zu belassen, als den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK nicht genügend an. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK erlaubt einen Freiheitsentzug, worunter auch die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zu verstehen ist, nur im Anschluss an eine strafgerichtliche Verurteilung („conviction“), die die Feststellung einer Straftat und der Schuld umfassen muss. Darüber hinaus muss zwischen der Verurteilung und der Freiheitsentziehung ein hinreichender Kausalzusammenhang bestehen.<sup>44</sup> Diesen Kausalzusammenhang zwischen der im Jahr 1986 erfolgten Verurteilung und der Anordnung der weiteren Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im Jahr 2001 sah der EGMR als nicht gegeben an. Das „Band“ zwischen Verurteilung und Anordnung der Freiheitsentziehung werde immer schwächer, je mehr Zeit zwischen beiden Ereignissen liege.<sup>45</sup>

Des Weiteren ergab sich die Kompetenz des nach § 463 StPO i.V.m. § 78a GVG zuständigen Vollstreckungsgerichts zur Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung nur aus der später erfolgten Gesetzesänderung.<sup>46</sup>

<sup>37</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 127.

<sup>38</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 130.

<sup>39</sup> Kinzig, NStZ 2010, 233 (237) m.w.N.

<sup>40</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 130 mit Verweis auf EGMR, Urt. v. 9.2.1995, Series A307-A, Rn. 30 („Welch“).

<sup>41</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 131.

<sup>42</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 129.

<sup>43</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 123.

<sup>44</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 96.

<sup>45</sup> EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – Series A114, Rn. 42 („Weeks“).

<sup>46</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 100.

Den Hauptkritikpunkt sah der EGMR darin, dass die Sicherungsverwahrung nach Ablauf einer Zeitspanne von zehn Jahren nicht durch die Strafkammer verhängt wurde, die über die Schuld des Beschwerdeführers nach Maßgabe der zum Zeitpunkt des Urteils anwendbaren Strafvorschriften entschieden hatte.<sup>47</sup>

Auch eine Rechtfertigung der Freiheitsentziehung über Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK lehnte der EGMR ab. Mangels Bestimmbarkeit potentieller Opfer, Tatort und Tatzeit liege kein begründeter Anlass zur Annahme vor, dass eine Freiheitsentziehung nötig sei, um A an der Begehung weiterer Straftaten zu hindern.<sup>48</sup>

#### 4. Die Folgeentscheidungen des EGMR zur nachträglichen Sicherungsverwahrung

Am 13.1.2011 sind seitens des EGMR vier weitere Entscheidungen zur nachträglichen Sicherungsverwahrung ergangen.

##### a) Bestätigung von EGMR „M“ in den Verfahren „Kallweit“, „Mautes“, „Schummer“<sup>49</sup>

In drei dieser Fälle ging es um parallel gelagerte Konstellationen wie bei der oben beschriebenen Entscheidung EGMR „M“. Die Beschwerdeführer wurden jeweils vor 1998 zu langjährigen Haftstrafen mit anschließender Sicherungsverwahrung verurteilt. Wie im Fall „M“ betrug auch hier zum Zeitpunkt der Verurteilung die Höchstgrenze der Sicherungsverwahrung nach § 67d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. zehn Jahre, bevor die Höchstfrist dann durch das Gesetz von 1998 aufgehoben wurde. Gegen die nach Ablauf der Zehnjahresfrist ergangenen, die Fortdauer der Sicherungsverwahrung anordnenden Entscheidungen der nach § 463 StPO i.V.m. § 78a GVG zuständigen Strafvollstreckungskammern legten die Beschwerdeführer Rechtsmittel einschließlich Verfassungsbeschwerden ein, welche mit Verweis auf das Urteil aus dem Jahr 2004 abgelehnt wurden.

Wie im Fall „M“ sah der EGMR auch in diesen Konstellationen in der Anordnung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung über die bis 1998 gültige Höchstfrist von zehn Jahren hinaus eine Verletzung der Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Freiheit und Sicherheit, Art. 5 Abs. 1 EMRK. Eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK scheidet aus, da als Grund für die Fortdauer der Sicherungsverwahrung auch hier die Änderung von § 67d StGB im Jahr 1998 zu sehen sei. Damit sah der EGMR auch hier keine hinreichende Kausalbeziehung zwischen ursprünglichem Urteil des Strafgerichts und der Fortdauer der Verwahrung.<sup>50</sup>

Eine Rechtfertigung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung über Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK lehnte der EGMR ebenfalls mit Verweis auf die Begründung des Urteils vom

17.12.2009 ab.<sup>51</sup>

Schließlich setzte sich der EGMR noch mit der Frage auseinander, ob im Falle von Sicherungsverwahrten der Rechtfertigungsgrund des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK einschlägig ist. Voraussetzungen<sup>52</sup> hierfür sind erstens der zuverlässige Nachweis der psychischen Erkrankung in Form der Feststellung einer tatsächlichen psychischen Störung aufgrund objektiv ärztlicher Fachkompetenz vor einer zuständigen Behörde, zweitens muss diese Störung von einem die Freiheitsentziehung rechtfertigenden Grad sein und drittens hängt die Fortdauer der Freiheitsentziehung vom Fortbestehen der Störung ab. Hier mangelte es nach Auffassung des EGMR bereits an der Feststellung einer tatsächlichen psychischen Störung, denn aus den §§ 63 und 66 StGB gehe hervor, dass wegen einer psychischen Störung als gefährlich anzusehende Straftäter in einem psychiatrischen Krankenhaus unterzubringen seien.<sup>53</sup>

Weiterhin sei bei Annahme einer psychischen Störung nach ständiger Rechtsprechung des EGMR die Freiheitsentziehung nur dann „rechtmäßig“, wenn sie in einem Krankenhaus, einer Klinik oder einer anderen geeigneten Einrichtung erfolge, nicht jedoch in einer JVA.<sup>54</sup>

Weiterhin stellte der EGMR auch hier jeweils in der Anordnung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung über die Zehnjahresfrist hinaus einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 7 Abs. 1 EMRK fest.<sup>55</sup> Insofern bringen die Entscheidungen in materieller Hinsicht nichts Neues im Vergleich zu der Entscheidung „M“.

##### b) EGMR „Haidn“ – Parallelkonstellation zu § 66b StGB

Die vierte Entscheidung des EGMR vom 13.1.2011 betraf keine Konstellation des § 67d StGB, also die Anordnung der Fortdauer der primären Sicherungsverwahrung über eine ursprünglich nach § 67d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. bestehende Höchstfrist von zehn Jahren hinaus, sondern die nach dem verfassungswidrigen Bayerischen Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährdeten Straftätern (BayStrUBG)<sup>56</sup> angeordnete Unterbringung nach Verbüßung ihrer Freiheitsstrafe, ohne dass zuvor die Sicherungs-

<sup>51</sup> Vgl. oben II. 3. b).

<sup>52</sup> Sog. Winterwerp-Kriterien, vgl. EGMR, Urt. v. 24.10.1979, Series A33, Rn. 39 („Winterwerp“).

<sup>53</sup> EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 („Kallweit“), Rn. 55.

<sup>54</sup> Ständige Rspr. seit EGMR, Urt. v. 29.5.1985, Series A93, Rn. 44 („Ashingdane“); EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 („Kallweit“), Rn. 46, 57.

<sup>55</sup> EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 („Kallweit“), Rn. 66-69.

<sup>56</sup> Mangels Gesetzgebungskompetenz wurde das Bayerische Unterbringungsgesetz am 10.2.2004 auf Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers hin für unvereinbar mit dem Grundgesetz (Verstoß gegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. Art. 70 Abs. 1 GG und Art. 72 Abs. 1 GG) erklärt und seine übergangsweise Fortgeltung bis zum 30.9.2004 angeordnet, vgl. BVerfG, Urt. v. 10.2.2004 – 2 BvR 834/02; für die Entscheidung des EGMR war dies letztlich nicht von Bedeutung.

<sup>47</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 101.

<sup>48</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 102.

<sup>49</sup> EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 („Kallweit“); EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 („Mautes“); EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04, 42225/07 („Schummer“).

<sup>50</sup> EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 („Kallweit“), Rn. 50 f.

verwahrung im Urteil angeordnet oder vorbehalten worden wäre (nachträgliche Sicherungsverwahrung). In der Konstellation war im ursprünglichen, eine Freiheitsstrafe wegen diverser Sexualdelikte verhängenden Urteil keine primäre Sicherungsverwahrung angeordnet worden, da der an sich einschlägige § 66 Abs. 3 StGB auf diesen Fall gemäß Art. 1 a Abs. 2 EGStGB a.F. nicht anwendbar war. Der Beschwerdeführer verbüßte daraufhin seine Freiheitsstrafe. Nachdem die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB zum damaligen Zeitpunkt noch nicht möglich war,<sup>57</sup> wurde vom zuständigen LG am 10.4.2002, drei Tage bevor der Beschwerdeführer seine Freiheitsstrafe verbüßt hatte, die unbefristete Unterbringung des Beschwerdeführers nach Art. 1, 2 BayStrUBG in einer JVA angeordnet.

Nachdem es sich beim dem BayStrUBG um den landesrechtlichen Vorläufer des später eingeführten § 66b StGB handelt, kann aus dieser Konstellation die Einschätzung des EGMR zur nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB a.F. abgeleitet werden.

Der EGMR sah in der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung eine Verletzung des Rechts auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 Abs. 1 EMRK.<sup>58</sup>

Eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK verneinte der EGMR. Nachdem in der ursprünglichen Verurteilung zur Freiheitsstrafe keine Sicherungsverwahrung angeordnet worden war, sondern diese erst nachträglich durch das zuständige Vollstreckungsgericht angeordnet wurde, sah der EGMR keinen hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen ursprünglicher Verurteilung und Freiheitsentziehung.<sup>59</sup>

Eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK scheiterte nach Auffassung des EGMR an der mangelnden Konkretheit und Spezifität der potentiellen Straftaten.<sup>60</sup>

Eine Freiheitsentziehung gerechtfertigt nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK verneinte der EGMR schließlich mangels Rechtmäßigkeit, nachdem der Beschwerdeführer entgegen der ständigen Rechtsprechung des EGMR nicht in einer Klinik oder anderen geeigneten Einrichtung, sondern in einer JVA untergebracht war.<sup>61</sup>

Dieses Urteil kann eins zu eins herangezogen werden zur Beurteilung der Vereinbarkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB mit der EMRK.

### III. Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EGMR auf die nationale Sicherungsverwahrung

Um von vornherein Missverständnisse auszuschließen: Der EGMR beurteilt keinesfalls die Sicherungsverwahrung gene-

rell als konventionswidrig; grundsätzlich sei eine vom Gericht neben oder statt einer Freiheitsstrafe angeordnete präventive Freiheitsentziehung („preventive detention“) mit den Garantien der EMRK vereinbar.<sup>62</sup> Betroffen sind einzig und allein Täter, deren Verurteilung vor Inkrafttreten der Abschaffung der Höchstfrist im Jahre 1998 erfolgte.

Um die Auswirkungen der Rechtsprechung des EGMR auf diese „Altfälle“ zu verstehen, muss die Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR näher erläutert werden.

#### 1. Die Bedeutung der EMRK für das nationale Recht

Die EMRK ist als Konvention ein völkerrechtlicher Vertrag i.S.v. Art. 1 i.V.m. 2 Nr. 1 lit. a WVRK<sup>63</sup> und verpflichtet in Art. 1 EMRK die Unterzeichnerstaaten, den ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in ihr aufgelisteten Rechte zu gewähren. Ziel der EMRK ist es, einen Mindeststandard von Grundrechtsschutz in den Unterzeichnerstaaten zu garantieren.<sup>64</sup> Mit Gesetz vom 7.8.1952 wurde die EMRK durch Deutschland ratifiziert. Grundsätzlich sieht das Grundgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG für völkerrechtliche Verträge nach ihrer Umsetzung in nationales Recht mittels Transformationsgesetz nur den Rang eines einfachen Gesetzes vor.<sup>65</sup> Dennoch gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht der „lex-posterior-Grundsatz“; auch nach dem Transformationsgesetz erlassene Gesetze, das gesamte deutsche Recht, seien aufgrund des Prinzips völkerrechtsfreundlicher Auslegung im Lichte der EMRK zu interpretieren.<sup>66</sup> Sogar das deutsche Grundgesetz soll, wenn möglich, im Lichte der EMRK ausgelegt werden, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.<sup>67</sup>

Dennoch steht die EMRK in der Normhierarchie letztlich unterhalb des Grundgesetzes. Sofern ein Gericht jedoch die Pflicht zur konventionskonformen Auslegung verletzt, verstößt es gegen das Rechtsstaatsprinzip und der Weg zum BVerfG ist im Falle einer damit einhergehenden Grundrechtsverletzung eröffnet.<sup>68</sup>

#### 2. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR aus völkerrechtlicher Perspektive

##### a) Die Auslegung der EMRK durch den EGMR

Wie oben bereits beschrieben, legt der EGMR die EMRK autonom aus, er bildet eigene Begriffe und Definitionen, um

<sup>57</sup> Diese wurde erst mit Gesetz vom 23.7.2004 eingeführt, nachdem entsprechende Landesgesetze Bayerns und Sachsens Anhalts für grundgesetzwidrig erklärt worden waren, vgl. BGBl. I 2004, S. 1838 und zu dessen Abschaffung vgl. oben I. 4. b).

<sup>58</sup> EGMR, Urte. v. 13.1.2011 – 6587/04 („Haidn“), Rn. 97; eine Verletzung von Art. 7 EMRK war seitens des Beschwerdeführers nicht gerügt worden.

<sup>59</sup> EGMR, Urte. v. 13.1.2011 – 6587/04 („Haidn“), Rn. 88.

<sup>60</sup> EGMR, Urte. v. 13.1.2011 – 6587/04 („Haidn“), Rn. 90.

<sup>61</sup> EGMR, Urte. v. 13.1.2011 – 6587/04 („Haidn“), Rn. 94.

<sup>62</sup> EGMR, Urte. v. 17.12.2009 – 19359/04 („M.“), Rn. 93 im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK; zuletzt EGMR, Urte. v. 21.10.2010 – 24478/09 („Grosskopf“), Rn. 45-54.

<sup>63</sup> Sartorius II Nr. 320.

<sup>64</sup> Hoffmann/Mellech/Rudolphi, Jura 2009, 256 (257).

<sup>65</sup> Schweitzer, Staatsrecht III, Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 447.

<sup>66</sup> Satzger (Fn. 9), § 11 Rn. 10.

<sup>67</sup> BVerfGE 111, 311 (317); zur Berücksichtigung der EMRK und der Urteile des EGMR in der Fallbearbeitung vgl. Hoffmann/Mellech/Rudolphi, Jura 2009, 256 (258 ff.).

<sup>68</sup> BVerfGE 111, 311 (316).

den Mitgliedstaaten der Konvention die Möglichkeit zu nehmen, sich den Garantien der EMRK durch eigene Begriffsbildung und Definitionen zu entledigen.<sup>69</sup> Im Vergleich zur Auslegung deutscher Gesetze durch die nationalen Gerichte spielt bei der Interpretation der EMRK durch den EGMR die Entstehungsgeschichte der EMRK und damit die historische Auslegung nur eine untergeordnete Rolle. Dies liegt zum einen in Art. 31 WVRK begründet, der als auf völkerrechtliche Verträge anzuwendende Auslegungsgrundsätze Wortlaut, Ziel und Zweck sowie Systematik benennt, die Entstehungsgeschichte ist lediglich als ergänzendes Auslegungsmittel vorgesehen, Art. 32 WVRK. Zum anderen betrachtet der EGMR selbst die EMRK als ein „living instrument“, bei deren Auslegung der Wandel wirtschaftlicher, sozialer und ethischer Gegebenheiten zwingend berücksichtigt werden müsse.<sup>70</sup>

#### b) Die Wirkung der Urteile des EGMR

Für den Fall einer Verurteilung durch den EGMR verpflichten sich die Mitgliedstaaten nach Art. 46 Abs. 1 EMRK, das Urteil zu befolgen. Eine kassatorische Wirkung kommt den Urteilen nicht zu, es handelt sich nach Art. 44 EMRK um Feststellungsurteile, die die Konventionsverletzung lediglich anprangern und keinen unmittelbaren subjektiven Schutz verleihen.<sup>71</sup>

#### aa) Wirkung „inter partes“

Grundsätzlich entfalten die Urteile des EGMR, sobald sie gemäß Art. 42, 44 EMRK in Rechtskraft erwachsen sind, nur Wirkung „inter partes“, d.h. nur die am Urteil beteiligten Parteien werden gebunden. In negativer Hinsicht bedeutet eine Verurteilung für den betroffenen Staat, dass er nicht mehr behaupten kann, sich konventionsgemäß verhalten zu haben.<sup>72</sup> In „positiver Hinsicht“ wird dem Mitgliedstaat insbesondere wegen Art. 1 EMRK die Verpflichtung auferlegt, den konventionswidrigen Zustand zu beenden und alle Hindernisse in seiner innerstaatlichen Rechtsordnung zu beseitigen, die verhindern könnten, dass dem Beschwerdeführer angemessen abgeholfen wird.<sup>73</sup> Die Wahl der Mittel bleibt dem Staat selbst überlassen.<sup>74</sup> Nur ausnahmsweise, als Hilfestellung für den verurteilten Staat, seiner Verpflichtung aus Art. 46 Abs. 1 EMRK nachzukommen, zeigt der EGMR die zu treffende Maßnahme auf, insbesondere, wenn aufgrund der Art der Konventionsverletzung keine wirkliche Wahl

hinsichtlich der Mittel besteht.<sup>75</sup> Neben der „Beendigungspflicht“ ergibt sich für den verurteilten Mitgliedstaat auch eine „Nichtwiederholungspflicht“; er hat künftigen gleichartigen Konventionsverletzungen entgegenzuwirken.<sup>76</sup>

#### bb) Orientierungswirkung für Parallelfälle

Zwar kommt den Entscheidungen des EGMR somit keine „erga omnes“ Wirkung zu; allerdings spiegeln sie dennoch den aktuellen Stand der Konvention als „living instrument“ wider, denn gemäß Art. 19 EMRK ist der EGMR zur Sicherstellung der Einhaltung der Konvention und damit zu ihrer Auslegung berechtigt und verpflichtet. Nachdem sich sämtliche Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der in der Konvention beschriebenen Rechte verpflichtet, Art. 1 EMRK, geht von den Urteilen des EGMR auch für am Verfahren unbeteiligte Staaten eine Orientierungswirkung aus.<sup>77</sup>

#### 3. Der Stellenwert der Rechtsprechung des EGMR im deutschen Recht – „Görgülü“

Aufgrund des formellen Rangs der EMRK als einfaches Bundesgesetz hat der EGMR – der durch die EMRK geschaffen (vgl. Art. 19 EMRK)<sup>78</sup> und damit Organ der Konvention selbst ist<sup>79</sup> – keinen höheren Rang inne als die nationalen Gerichte.

Letztlich verhalf das BVerfG durch sein Urteil „Görgülü“ den Entscheidungen des EGMR, nachdem sie den aktuellen Entwicklungsstand der Konvention widerspiegeln, zu der ihnen gebührenden Relevanz. Die Konvention sei bei der Interpretation des nationalen Rechts im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung zu beachten und anzuwenden.<sup>80</sup> Das BVerfG stellte klar, dass eine Entscheidung des EGMR sich auf „[...] alle staatlichen Organe (erstreckt) und [...] diese grundsätzlich (verpflichtet), im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsmäßigen Zustand herzustellen.“ Ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG liege in diesem Zusammenhang bereits dann vor, wenn eine Entscheidung des EGMR im Rahmen bloßer methodischer Gesetzesauslegung ohne Berücksichtigung bleibt. Die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR könne unter Umständen einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) i.V.m. dem jeweils einschlägigen Grundrecht darstellen. Eine Nichtbeachtung der Urteile des EGMR ist nur möglich, „sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfas-

<sup>69</sup> Vgl. oben I. 5.

<sup>70</sup> Mayer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 3. Aufl. 2011, Einl. Rn. 32.

<sup>71</sup> Satzger, Jura 2009, 758 (760); allerdings kann der EGMR, falls eine Wiedergutmachung nach staatlichem Recht ausscheidet oder nicht ausreicht, eine „gerechte Entschädigung“ zusprechen, Art. 41 EMRK.

<sup>72</sup> Frowein/Peukert (Fn. 6), Art. 53 Rn. 2.

<sup>73</sup> EGMR, Urt. v. 17.2.2004 – RJD 2004-I („Maestri“), Rn. 47.

<sup>74</sup> Hoffmann/Mellech/Rudolphi, Jura 2009, 256 (257).

<sup>75</sup> EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 („Kallweit“), Rn. 81.

<sup>76</sup> Grabenwarther, JZ 2010, 857 (860).

<sup>77</sup> Grabenwarther, JZ 2010, 857 (861).

<sup>78</sup> Art. 19 S.1 EMRK: „Um die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, welche die Hohen Vertragsparteien in dieser Konvention und den Protokollen dazu übernommen haben, wird ein Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [...] errichtet. [...]“

<sup>79</sup> Satzger (Fn. 9), § 11 Rn. 5.

<sup>80</sup> BVerfGE 111, 307 (317).

sung abzuwenden ist“, wobei auch dann genau erklärt werden muss, warum der völkerrechtlichen Auffassung im jeweiligen Fall nicht gefolgt wird.<sup>81</sup> Andererseits folge aus dem formell einfachen Gesetzesrang der EMRK, dass die Verpflichtung deutscher Gerichte zu vorrangiger konventionskonformer Auslegung auf Fälle vorhandener Auslegungs- und Abwägungsspielräume beschränkt sei und auch eine gegen höherrangiges Recht verstoßende schematische „Vollstreckung“ gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen kann.<sup>82</sup>

Dies sei insbesondere möglich bei der Ausgestaltung mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse, wie es vor allem im Privatrecht der Fall sei.<sup>83</sup>

#### 4. Divergierende Entscheidungen des 4. und 5. Senates des BGH

Hinsichtlich parallel zur Konstellation des A gelagerter Altfälle hat es der Gesetzgeber ausweislich seines Gesetzentwurfs ausdrücklich den Gerichten überlassen, eine die betroffenen Belange der Allgemeinheit sowie der Rechte des nach Auffassung des EGMR zu Unrecht Verwahrten gerecht abwägende Lösung zu finden.<sup>84</sup> Mit den Begriffen „Altfälle“ oder „Parallelfälle“ sind Sicherungsverwahrte gemeint, die vor der Gesetzesänderung des Jahres 1998 zum ersten Mal zu Sicherungsverwahrung verurteilt wurden und sich nun seit mehr als zehn Jahren im Vollzug der Sicherungsverwahrung befinden.

Seit Rechtskraft der oben genannten Entscheidung des EGMR ergingen bereits einige Entscheidungen von OLGern und vom BGH zu Altfällen. Dabei ergibt sich bisher ein einheitliches Bild. Aus der innerhalb nur kurzer Zeit ergangenen Vielzahl von Entscheidungen werden im Folgenden zwei herausgegriffen: der Beschluss des 4. Senats des BGH vom 12.5.2010 als erste Entscheidung, die das Urteil des EGMR bereits berücksichtigt hat sowie ein Beschluss des 5. Senats des BGH vom 9.11.2010.

##### a) Beschluss des BGH vom 12.5.2010 – 4 StR 577/09

Die erste Entscheidung über einen Altfall erging am 12.5.2010 – zwei Tage nach Ablehnung des Antrags der Bundesregierung auf Verweisung an die Große Kammer des EGMR – durch den 4. Senat des BGH. Dieser hatte im Wege der Revision über ein Urteil des LG Saarbrücken zu entscheiden, welches am 4.4.2007 im Hinblick auf eine Verurteilung des Betroffenen vom 28.9.1989 die nachträgliche Unterbringung in die Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 3 StGB angeordnet hatte. Die vom EGMR zur nachträglichen Anordnung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung nach § 67d Abs. 3 S. 1 StGB ergangene Rechtsprechung wurde vom BGH auf die nachträgliche Anordnung der Sicherungsver-

wahrung nach § 66b Abs. 3 StGB übertragen.<sup>85</sup> Der BGH stellte dabei ausdrücklich klar, dass gemäß § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK eine Anwendung von § 66b Abs. 3 StGB auf Taten, die vor Inkrafttreten der Norm begangen wurden, ausscheidet.<sup>86</sup> Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR sei als einfachgesetzliche Ausnahmeregelung i.S.v. § 2 Abs. 6 StGB zu bewerten, die für die Anordnung der Sicherungsverwahrung die Maßgeblichkeit des Tatzeitrechts vorsehe.<sup>87</sup>

Auch setzt sich der 4. Senat mit dem oben beschriebenen Urteil des BVerfG vom 5.2.2004 auseinander. Wie oben erläutert, stellt die Sicherungsverwahrung nach Ansicht des BVerfG keine Strafe i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG dar. Bei dem vom BGH zu entscheidenden Fall ging es jedoch um die einfachgesetzliche Frage, ob die Sicherungsverwahrung aus dem Anwendungsbereich des § 2 Abs. 6 StGB auszunehmen ist. Dies sei ohne Konflikt mit den Wertungen der Entscheidung des BVerfG möglich. § 2 Abs. 6 StGB selbst räume dem Gesetzgeber die Möglichkeit ein, im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens in Abweichung vom Grundsatz des § 2 Abs. 6 StGB einfachgesetzlich die Maßgeblichkeit des zum Zeitpunkt der Tat geltenden Rechts anzuordnen, wovon der Gesetzgeber in der Vergangenheit bereits des Öfteren Gebrauch gemacht habe.<sup>88</sup> Auch die EMRK habe den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, insofern kann auch aufgrund von Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 2 Abs. 6 StGB gemacht werden.

Schließlich weist der BGH noch darauf hin, dass einfaches Recht zwar die Grundsätze der Verfassung zu wahren habe, jedoch auch über diese Mindestanforderungen hinausgehen dürfe. Somit werde der Rechtssatz des BVerfG, dass nach deutschem Verfassungsrecht die Sicherungsverwahrung dem Rückwirkungsverbot nicht unterfalle, nicht in Frage gestellt.<sup>89</sup>

##### b) Beschluss des BGH vom 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10

Auf die von OLG zu OLG uneinheitliche Rechtsprechung hat der Gesetzgeber bereits reagiert und mit Gesetz vom 24.7.2010, in Kraft getreten am 30.7.2010, im Falle divergierender Rechtsprechung eine Pflicht zur Vorlage an den BGH (Divergenzvorlage) eingeführt. § 121 Abs. 2 GVG wurde wie folgt ergänzt.<sup>90</sup>

„(2) Will ein Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung [...] nach Absatz 1 Nummer 2 über die Erledigung einer Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder in einem psychiatrischen Krankenhaus oder über die Zulässig-

<sup>85</sup> Das Urteil EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 („Haidn“), vgl. oben II. 4. b), war zu diesem Zeitpunkt noch nicht ergangen.

<sup>86</sup> BGH NStZ 2010, 567.

<sup>87</sup> BGH NStZ 2010, 567 (568).

<sup>88</sup> Vgl. zu den Ausnahmen Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 2 Rn. 15.

<sup>89</sup> BGH NStZ 2010, 567 (568).

<sup>90</sup> BGBI. I 2010, S. 976.

<sup>81</sup> BVerfGE 111, 307 (323).

<sup>82</sup> BVerfGE 111, 307 (329).

<sup>83</sup> BVerfGE 111, 307 (331).

<sup>84</sup> Vgl. BT-Drs. 17/3403, S. 2, vgl. aber S. 14 ff. – Entwurf zum Therapieunterbringungsgesetz.

keit ihrer weiteren Vollstreckung von einer nach dem 1.1.2010 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichtes oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs abweichen, so hat es die Sache dem Bundesgerichtshof vorzulegen.“

Sofern der BGH aufgrund einer Divergenzvorlage einen Beschluss fasst, ist dieser von den OLGern in Zukunft bei Entscheidungen, die die Entlassung von Sicherungsverwahrten betreffen, zwingend zu beachten.

Von der Möglichkeit der Divergenzvorlage machte zuletzt das OLG Koblenz Gebrauch und stellte dem BGH die Frage:

„Ist in Fällen, in denen die erstmalige Unterbringung eines Angeklagten in der Sicherungsverwahrung wegen Taten angeordnet worden ist, die vor dem 31.1.1998 begangen wurden, die Maßregel nach zehnjährigem Vollzug wegen Erreichens der Höchstfrist des § 67d Abs. 3 S. 1 StGB in der bis zum 31.1.1998 gültigen Fassung für erledigt zu erklären oder ist auch nach dem Urteil des EGMR vom 17.12.2009 in diesen Fällen weiterhin § 67d Abs. 3 S. 1 StGB anzuwenden?“<sup>91</sup>

*aa) Art. 7 Abs. 1 EMRK keine „andere gesetzliche Bestimmung“ i.S.v. § 2 Abs. 6 StGB*

Die Argumentation des 4. Senats lehnte der als weniger „liberal“ geltende 5. Senat sowohl bezüglich der rückwirkenden Anwendung von § 67d Abs. 3 S. 1 StGB n.F. als auch § 66b StGB mit folgenden Argumenten ab.

Aufgrund des unmissverständlich entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers ende nach der Rechtsprechung des BVerfG in seiner Entscheidung „Görgülü“ die Möglichkeit der konventionskonformen Auslegung. Im Gegensatz zum 4. Senat ist der 5. Senat des BGH der Ansicht, dass Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR keine andere gesetzliche Bestimmung im Sinne von § 2 Abs. 6 StGB darstellt, mit der Folge, dass hinsichtlich der Fortdauer der Sicherungsverwahrung nicht das zur Tatzeit einschlägige Recht, sondern die aktuell geltende Fassung des StGB einschlägig ist. Ein anderes Ergebnis bewege sich nicht mehr im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung.<sup>92</sup> Begründet wird dies im Wege der historischen Auslegung vor allem mit dem Willen des Gesetzgebers. In Art. 1a Abs. 3 EGStGB in der Fassung vom 26.1.1998 bis zum 31.3.2004 habe der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, dass § 67d StGB n.F. uneingeschränkte Anwendung finden solle. Auch habe er bereits seinerzeit erhobene Bedenken, dass die Ausnahme der Sicherungsverwahrung vom Rückwirkungsverbot gegen Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK verstoße, als unbegründet zurückgewiesen.<sup>93</sup> Bestärkt sieht der 5. Senat seine Argumentation durch die Gesetzesmaterialien zu § 66

<sup>91</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 30.9.2010 – 1 Ws 108/10; zuvor bereits ähnliche oder gleichlautende Vorlagen von OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.8.2010 – 1 Ws 57/10, OLG Celle, Beschl. v. 9.9.2010 – 2 Es 270/10.

<sup>92</sup> BGH, Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, Rn. 33.

<sup>93</sup> BT-Drs. IV/650, S. 108.

Abs. 3 StGB n.F., der durch dasselbe Gesetz geändert, für den jedoch ausdrücklich eine eingeschränkte Rückwirkung erst für Taten ab Inkrafttreten der Gesetzesänderung, dem 30.1.1998, vorgesehen wurde. Eine durch das Urteil des EGMR beeinflusste Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB wie sie der 4. Senat vornimmt, würde klar dem gesetzgeberischen Willen, wie er in Art. 1a Abs. 3 EGStGB in der Fassung vom 26.1.1998 zum Ausdruck kam, widersprechen, so dass sich eine solche Auslegung nicht mehr im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung bewege. Auch die nachträgliche Neufassung von Art. 1a Abs. 3 EGStGB bringe keine Willensänderung seitens des Gesetzgebers zum Ausdruck; aus den Gesetzesmaterialien folge, dass die Streichung des Absatzes lediglich erfolgte, weil er durch die Entscheidung des BVerfG vom 5.2.2004 überflüssig geworden sei.<sup>94</sup> Eine Nichtanwendung von § 67d Abs. 3 S. 1 StGB n.F. oder von § 66b StGB aufgrund einer Subsumtion von Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK als „andere Bestimmung“ i.S.v. § 2 Abs. 6 StGB liefe letztlich auf ein Normverwerfungsrecht der Strafgerichte bei Berücksichtigung der EMRK hinaus, welches ihnen nicht zustehe.<sup>95</sup>

Hinsichtlich Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK an sich sieht auch der 5. Senat weiterhin einen Verstoß als gegeben an; allerdings sei der Gesetzgeber gefordert, den Vollzug der Sicherungsverwahrung unter Berücksichtigung des vom BVerfG verlangten Abstandsgebots und unter Schaffung zielführender Therapieangebote entsprechend umzugestalten.<sup>96</sup>

*bb) Auslösung einer Prüfungspflicht von Amts wegen nach § 67e Abs. 1 S. 1 StGB<sup>97</sup>*

Wichtigster Punkt in der Entscheidung des 5. Senats ist die Zustimmung zu Teilen der Literatur<sup>98</sup>, dass das Urteil des EGMR eine Prüfungspflicht von Amts wegen nach § 67e Abs. 1 S. 1 StGB auslöse. § 67e Abs. 1 S. 1 StGB enthält eine prozedurale Sicherung des materiellen Gebots der sofortigen Beendigung des Maßregelvollzugs nach § 67d Abs. 2 StGB, sofern dessen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.<sup>99</sup> Das dem Vollstreckungsgericht<sup>100</sup> vom bloßen Wortlaut („kann“) her eingeräumte Ermessen, die weitere Vollstreckung zu überprüfen, reduziert sich auf Null, es wird eine Prüfungspflicht begründet, wenn Umstände vorliegen, die

<sup>94</sup> BT-Drs. 15/2887, S. 20.

<sup>95</sup> BGH, Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, Rn. 33, 36.

<sup>96</sup> BGH, Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, Rn. 56, 57.

<sup>97</sup> BGH, Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, Rn. 48, 63, 64.

<sup>98</sup> Grabenwarther, JZ 2010, 857 (865); Radtke, NSZ 2010, 537 (544).

<sup>99</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2006, § 67e Rn. 1.

<sup>100</sup> Zuständig ist nach §§ 463 Abs. 3 StPO i.V.m. 454, 462a StPO, §§ 78a, 78b Abs. 1 GVG die Strafvollstreckungskammer, in deren Bezirk die Anstalt des Maßregelvollzugs liegt, vgl. Rissing-van Saan/Peglau (Fn. 99), § 67e Rn. 39.

eine Aussetzung bzw. eine Erledigung der Sicherungsverwahrung begründen. Für parallel gelagerte Altfälle stellt die Feststellung der Konventionswidrigkeit des Vollzugs der erstmals angeordneten Sicherungsverwahrung über eine Frist von zehn Jahren hinaus einen solchen, die Prüfungspflicht zwingend auslösenden Umstand dar.<sup>101</sup> Dies gelte ausdrücklich auch dann, wenn noch keine zwei Jahre seit der letzten Prüfung vergangen sind.<sup>102</sup>

Weiterhin habe die Strafvollstreckungskammer im Rahmen von § 67e Abs. 1 S. 1 StGB auch die Pflicht, Anträge zu bescheiden, mit denen der Verurteilte oder die Vollstreckungsbehörde die Aussetzung der Maßregel begehren.<sup>103</sup> Im Rahmen dessen ist das Urteil des EGMR selbstverständlich zu berücksichtigen.

*cc) Restriktive Auslegung von § 67d Abs. 3 S. 1 StGB und Möglichkeit der Erledigterklärung*

Der 5. Senat entschied, dass die Maßregel nicht nach § 67d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. per se für erledigt zu erklären, sondern § 67d Abs. 3 S. 1 StGB bei rückwirkender Anwendung vielmehr im Lichte der Rechtsprechung des EGMR restriktiv auszulegen ist. Grundsätzlich sei die Sicherungsverwahrung nach zehnjährigem Vollzug in Altfällen nach § 67d Abs. 3 S. 1 StGB aus Gründen der Verhältnismäßigkeit für erledigt zu erklären. Eine solche Erledigungserklärung ist zwar im Gesetz nicht geregelt, wird jedoch von der Rechtsprechung, gestützt auf eine analoge Anwendung von § 67d Abs. 3 StGB, für anwendbar erklärt.<sup>104</sup>

Bei der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sei aufgrund konventionsfreundlicher Auslegung dabei grundsätzlich von einem Überwiegen der Rechtspositionen des Verurteilten – Vertrauensschutz aufgrund von Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK und Freiheitsrecht nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK – gegenüber dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit auszugehen. Anschließend bildet der 5. Senat zwei Fall-

gruppen, in denen ausnahmsweise die Rechte des Verurteilten nicht überwiegen.

Die erstmalige Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach zehnjährigem Vollzug dürfe nur noch dann weiter vollstreckt werden, wenn aus den konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten im Vollzug eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen abzuleiten sei.<sup>105</sup>

In allen anderen Fällen kann die weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung nur angeordnet werden, wenn der Verurteilte – beispielsweise mit hoher Rückfallgeschwindigkeit, während gewährter Lockerungen oder bereits im Vollzug geplant – mehrere Vortaten im oben genannten Sinne begangen hat und sich im Rahmen des Vollzugs der Sicherungsverwahrung keine Anhaltspunkte für eine Besserung ergeben, die eine Reduzierung der im Vorleben bewiesenen Gefährlichkeit nahelegen.<sup>106</sup>

In die Abwägung fließen in beiden Fallgruppen somit jedenfalls mittelbar Grundrechte potentieller Opfer von Verletzungen durch potentielle Straftäter ein. Insofern hält der 5. Senat entgegen der in der Literatur vorherrschenden Ansicht die Einschränkungen, die das BVerfG hinsichtlich der Bindungswirkung von Urteilen des EGMR in seiner Entscheidung „Görgülü“ bezüglich mehrpoliger Rechtsverhältnisse macht,<sup>107</sup> nicht nur im Zivilrecht, sondern auch im Strafrecht für anwendbar.

*dd) Möglichkeit der Aussetzung zur Bewährung, § 67d Abs. 2 StGB*

Als „konventionsfreundlichste Maßnahme“ sieht der 5. Senat die Aussetzung der Maßregel zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB.<sup>108</sup> Unter folgenden Voraussetzungen ist die Aussetzung der Maßregel zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB möglich:<sup>109</sup>

- Aus den konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten muss die Prognose einer hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen ableitbar sein.
- Diese Gefahr muss soweit reduzierbar sein, dass der Verurteilte von der Begehung schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten durch den Widerrufsdruck (der Bewährung) und mit der Aussetzung zur Bewährung verbundenen Weisungen abgehalten werden kann.

<sup>101</sup> Radtke, NStZ 2010, 537 (544).

<sup>102</sup> Das Urteil des EGMR stellt keinen Wiederaufnahmegrund nach § 359 Nr. 6 StPO dar. Gegen eine direkte Anwendung der Norm spricht, dass § 359 Nr. 6 StPO dem Wortlaut nach nur bei Verfahrensbeendigung durch Urteil, nicht jedoch durch Beschluss gilt. Eine analoge Anwendung von § 359 Nr. 6 StPO scheidet mangels vergleichbarer Interessenlage aus. Im Gegensatz zum Strafurteil, welches einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt beurteilt, hat der Beschluss, mit dem über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung entschieden wird, eine präventiv wirkende Maßregel zum Gegenstand. Die Fortdauer der Sicherungsverwahrung ist abhängig von sich ständig ändernden Umständen und somit im Gegensatz zum Urteil gerade nicht der Rechtskraft fähig, vgl. auch Kinzig, NStZ 2010, 233 (238) und Radtke, NStZ 2010, 537 (542).

<sup>103</sup> Rissing-van Saan/Peglau (Fn. 99), § 67e Rn. 13.

<sup>104</sup> So auch Kinzig, NStZ 2010, 233 (238); zur Erledigterklärung wegen Unverhältnismäßigkeit vgl. Veh, in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2/1, 2006, § 67d Rn. 34 ff. und Radtke, NStZ 2010, 537 (545) m.w.N.

<sup>105</sup> BGH, Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, Rn. 43.

<sup>106</sup> BGH, Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, Rn. 44.

<sup>107</sup> Kinzig, NStZ 2010, 233 (238) und Esser, StV 2005, 348 (351 f.) im Hinblick auf BVerfGE 111, 307 (331).

<sup>108</sup> BGH, Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, Rn. 47.

<sup>109</sup> Rissing-van Saan/Peglau (Fn. 99), § 67d Rn. 74.

c) *Verhältnis der Entscheidung des 4. zu der Entscheidung des 5. Senats*

Auch wenn die Entscheidung des 4. *Senats* eine Konstellation zu § 66b Abs. 3 StGB, die des 5. *Senats* eine Konstellation des § 67d Abs. 3 S. 1 StGB betraf, liegen dennoch hinsichtlich der entscheidenden Rechtsfrage, der Auslegung von § 2 Abs. 6 StGB im Lichte des Urteils des EGMR, divergierende Rechtsansichten vor.

Daher führt der 5. *Senat* nun ein Vorlageverfahren gemäß § 132 GVG durch. Er fragt nun nach § 132 Abs. 3 GVG beim 4. *Senat* an, ob dieser an seiner Rechtsprechung festhalten will sowie bei den anderen Senaten, ob diese der Rechtsauffassung des 5. *Senats* zustimmen. Sollte dies nicht der Fall sein, wird letztlich nach § 132 Abs. 2 GVG der *Große Senat* entscheiden. Dieses Verfahren kann mehrere Monate dauern.

Nachdem der 5. *Senat* aufgrund der Divergenzvorlage verschiedener OLGeschieden hat, müssen wegen der ausschließlichen Zuständigkeit des 5. *Senats* nach § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG die OLGes künftig den durch den 5. *Senat* gesetzten Maßstäben folgen.

5. *Stellungnahme zur Argumentation und Methodik des 4. und 5. Senats*

a) *Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK als andere Vorschrift i.S.v. § 2 Abs. 6 StGB*

Problematisch an der Ansicht des 4. *Senats* des BGH ist auf den ersten Blick, dass Art 7 Abs. 1 S. 2 EMRK als „andere Bestimmung“ i.S.v. § 2 Abs. 6 StGB verstanden wird und die Entscheidung des EGMR, die eine Unterscheidung von Strafe und Sicherungsverwahrung negiert, damit in einer Norm „verortet“ wird, die gerade auf der Unterscheidung zwischen Maßregel und Strafe beruht.<sup>110</sup> Soweit weiterhin der 5. *Senat* argumentiert, dass die historische Auslegung von § 2 Abs. 6 StGB eine Subsumtion von Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR unter den Begriff der „anderen Bestimmung“ aufgrund methodisch unvertretbarer Gesetzesauslegung verbiete und auch kein Raum für eine verfassungskonforme Auslegung bleibe, da der Gesetzgeber seinen klar entgegenstehenden Willen mit der Schaffung von Art. 1a Abs. 3 EGStGB in der Fassung vom 26.4.1998 hinreichend kundgetan habe, ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Wie das BVerfG in seiner Entscheidung „Görgülü“ ausführt, ist nicht nur das einfache Recht, sondern das gesamte Grundgesetz völkerrechtsfreundlich auszulegen. Auch bei der Schaffung von Normen ist der Gesetzgeber gehalten, sich völkerrechtsfreundlich zu verhalten, und man kann selbstverständlich auch von einem entsprechenden Willen, der bei jedem Gesetzgebungsvorhaben besteht, ausgehen. Hier hat sich der Gesetzgeber, wie man an den Gesetzgebungsmaterialien erkennen kann, mit Art. 7 Abs. 1 EMRK durchaus auseinandergesetzt. Nachdem es damals keine entgegenstehende Rechtsprechung gab, sah er auch keine Probleme mit Art. 7 Abs. 1 EMRK. Hätte der Gesetzgeber zum damaligen Zeitpunkt gewusst, dass er mit der Möglichkeit zur rückwirkenden Anwendung der Sicherungsverwahrung gegen Völker-

recht verstößt, ist davon auszugehen, dass er die Norm so nicht geschaffen hätte. Die wesentlichen Grundlagen seit Erlass des Gesetzes haben sich in der Zwischenzeit durch die Rechtsprechung des EGMR geändert. Nachdem der Gesetzgeber bereits damals nicht gegen Völkerrecht verstoßen wollte, kann auch sein damaliger Wille bei der Auslegung des Begriffs der „anderen Bestimmung“ in § 2 Abs. 6 StGB heute keine Rolle mehr spielen.<sup>111</sup> Vielmehr ist aufgrund des Prinzips zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung sein mutmaßlicher Wille zu erforschen – und dieser wäre bestimmt nicht dahin gegangen, eine EMRK-widrige Norm zu erlassen. Insofern ist dann auch eine Subsumtion von Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK als „andere Bestimmung“ i.S.v. § 2 Abs. 6 StGB alles andere als methodisch unvertretbar; auch eine verfassungskonforme, nämlich völkerrechtsfreundliche Auslegung von § 2 Abs. 6 StGB ist so sicherlich möglich.

b) *Berücksichtigung potentieller Opferbelange im Rahmen der Abwägung*

Die Ausdehnung der Einschränkung der EMRK-konformen Auslegung im Falle mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse vom Zivilrecht auf das Strafrecht erscheint fragwürdig. In der Entscheidung „Görgülü“ hatte es das BVerfG mit einer familienrechtlichen Konstellation zu tun. Im Zivilrecht sind die beiden „Pole“ schnell ausgemacht – es sind die Prozessparteien, die sich gegenüber stehen. Anders ist dies dagegen im Strafrecht, hier stehen sich der Staat und der Bürger gegenüber. Sicherlich können von einer Entlassung letztlich schlimmstenfalls auch die Grundrechte Dritter betroffen werden, jedoch ist dies nur die mittelbare Folge einer Maßnahme, die zuvor im Verhältnis Staat-Bürger stattfindet. Unmittelbar betrifft die Rechtsprechung des EGMR im Strafrecht jedoch nur das Verhältnis Staat-Bürger. Verstünde man wie offensichtlich der 5. *Senat* unter „mehrpolygonen Grundrechtsverhältnissen“ auch die zwischen Täter und potentielltem Opfer, würde man die vom BVerfG gebildete Ausnahme, wann die Rechtsprechung des EGMR nur eingeschränkt zu berücksichtigen ist, zumindest im Strafrecht jedenfalls zur Regel machen, da es Voraussetzung der Straftatbestände ist, dass ein Dritter Opfer einer Straftat wurde. Weiterhin hat der EGMR im Falle des Mordes durch beurlaubte Strafgefangene entschieden, dass eine positive Schutzpflicht des Staates für das Leben potentieller Opfer nach Art. 2 Abs. 1 EMRK nur besteht, wenn bewiesen ist, dass die Behörden das Bestehen einer wirklichen und unmittelbaren Gefahr für das Leben einer oder mehrerer Personen kannten oder hätten kennen müssen und dennoch nicht im Rahmen der ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten Maßnahmen getroffen haben, die nach vernünftiger Beurteilung die Gefahr hätten vermeiden können.<sup>112</sup> Zum einen ist eine unmittelbare Gefahr für das Leben anderer Personen nicht nachgewiesen, zum anderen erfolgt nach § 67d Abs. 3 S. 2 StGB kraft Gesetzes nach Entlassung des Täters ohnehin die Führungsaufsicht, so dass eine entsprechende Maßnahme sogleich getroffen wird.

<sup>110</sup> Peglau, jurisPR-StrafR 13/2010 [11.11.2010].

<sup>111</sup> So auch Gaede, HRRS 2010, 329 (336) m.w.N.

<sup>112</sup> EGMR NJW 2003, 3259 (3260) Rn. 68.

Auch eine vom OLG Celle geäußerte Kritik am Urteil des EGMR selbst, nämlich dass der EGMR nicht auf staatliche Schutzpflichten eingegangen sei,<sup>113</sup> greift zu kurz. Hinsichtlich Art. 7 EMRK legt Art. 15 Abs. 2 EMRK fest, dass ein Abweichen nicht einmal im Notstandsfall möglich ist, so dass eine Berücksichtigung der Rechte potentieller Opfer auf Leben, körperliche Unversehrtheit oder sexuelle Selbstbestimmung dem EGMR jedenfalls in diesem Bereich kraft Konvention verschlossen war.<sup>114</sup>

#### c) Fortdauer der Haft in Parallelfällen

Schließlich lässt auch die Orientierungswirkung der Entscheidung des EGMR für Parallelfälle keinen anderen Schluss als die Freilassung zu. Anders nämlich als bei ähnlich gelagerten Fällen in nicht am Verfahren beteiligten Konventionsstaaten wurde die Rechtslage hinsichtlich gleichgelagerter Fälle im verurteilten Mitgliedstaat bereits entschieden. Eine Übertragung der Entscheidung des EGMR auf die innerstaatliche Rechtslage ist somit nicht mehr erforderlich, da trotz der bloßen Wirkung des Urteils „inter partes“ dennoch in der Sache bereits feststeht, dass auch hinsichtlich der Parallelfälle eine Konventionsverletzung vorliegt. Der vom 5. Senat des BGH verlangte strengere Prüfungsmaßstab nach Ablauf der Zehnjahresfrist und die Beschränkung auf das Vorliegen einer hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen ändert nichts an der Konventionswidrigkeit der Haft bezüglich Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK. Nachdem gerade die Fortdauer der Haft die Konventionsverletzung begründet, konkretisiert sich die diesbezügliche Beendigungspflicht aus Art. 1 EMRK dergestalt, dass nur eine Freilassung des zu Unrecht Verwahrten in Betracht kommt.<sup>115</sup> Dies räumt der 5. Senat sogar ein, indem er davon spricht, dass dem Urteil des EGMR im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK „weitestgehend“ Rechnung getragen werde.<sup>116</sup> Weiterhin gibt vor allem die zweite Fallgruppe faktisch einen „Freibrief“ für die Entscheidung für die Fortdauer der Sicherungsverwahrung, weil es hierfür genügt, wenn sich im bisherigen Vollzug keine Anhaltspunkte für eine Besserung ergeben. Mangels ausreichenden Therapieangebots dürfte dies nahezu nie der Fall sein. Hinsichtlich des Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK ist anzumerken, dass eine Abwägung gerade aufgrund von Art. 15 Abs. 2 EMRK, der ein Abweichen in keinem Fall erlaubt, schlicht nicht möglich ist.

Vorzugswürdig ist somit die Ansicht des 4. Senats und der überwiegenden Lehre.<sup>117</sup>

#### IV. Resümee

Auch das BVerfG hat sich demnächst wieder im Rahmen von Verfassungsbeschwerden von vier Verwahrten gegen die Anordnung der weiteren Verwahrung über die Zehnjahres-Höchstfrist von § 67d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. hinaus sowie die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB a.F. mit der Sicherungsverwahrung auseinanderzusetzen.<sup>118</sup> Zu wünschen ist, dass das BVerfG die Entscheidungen des EGMR ernst nimmt und aus diesen die richtigen Schlüsse zieht.

Die Entscheidungen des EGMR förderten die Defizite des bislang geltenden Systems der deutschen Sicherungsverwahrung sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht offen zu Tage und zeigen in diesem Zusammenhang, dass der vom BVerfG vertretene Strafbegriff nicht reicht, um die von der EMRK gewährleisteten Mindeststandards betreffend des Grundrechtsschutzes zu wahren. Daher sollte die Entscheidung nicht nur Auswirkungen auf die Sicherungsverwahrung haben, sondern letztlich auch das BVerfG zum Nachdenken anregen – und zwar über eine noch mehr am Betroffenen, dem Straftäter, ausgerichtete Herangehensweise an den Begriff der Strafe. Dabei bedarf es keineswegs einer Abkehr vom bisherigen Strafbegriff<sup>119</sup>; vielmehr sollte das BVerfG jedenfalls das vom EGMR aufgestellte Kriterium „Art und Zweck der Maßnahme“ zumindest ergänzend in seinen Strafbegriff integrieren.

Zentralgestalt der Frage, was unter Strafe zu verstehen ist, ist sowohl für das BVerfG als auch für den EGMR der von der Maßnahme betroffene Mensch. Insofern wählen beide Gerichte einen methodischen Ausgangspunkt, der auf nationaler Ebene durch Art. 1 Abs. 1 GG ohnehin vorgegeben ist.

Während jedoch das BVerfG eine „ex-ante“-Betrachtung wählt und eine Maßnahme dann als Strafe bezeichnet, wenn sie als Reaktion auf ein rechtswidriges Verhalten als missbilligendes Übel verhängt wird und dem tatsächlichen Vollzug der Maßnahme vergleichsweise wenig Beachtung schenkt, stellt der EGMR bei der Beurteilung von Art und Zweck der Maßnahme gerade den tatsächlichen Vollzug in den Mittelpunkt seiner Betrachtung und beurteilt die Maßnahme in erster Linie aus einer Perspektive „ex-post“ – nach der Verhängung.

Um „Etikettenschwindel“, wie er bei der Sicherungsverwahrung stattfand, künftig wirksam entgegnet werden zu können – zumal es aufgrund der in den Händen der Länder liegenden uneinheitlichen Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung keineswegs sicher erscheint, dass die Kritikpunkte der Entscheidung des EGMR bei dessen Neugestaltung überall ausreichend Berücksichtigung finden werden –, sollte das BVerfG bei der Beurteilung einer staatlichen Maßnahme nicht nur gleichsam aus einer Art „ex ante“-Betrachtung heraus allein das Schuldprinzip zur Bestimmung des Begriffs „Strafe“ heranziehen, sondern auch berücksichtigen, wie die Maßnahme auf den Betroffenen wirkt. Die „ex-post“-Betrachtung des EGMR hat sich in diesem Zusammenhang in

<sup>113</sup> OLG Celle, Beschl. v. 25.5.2010 – 2 Ws 169/10, 2 Ws 170/10 II. 2. a).

<sup>114</sup> Letzteres wird von den meisten Kritikern der Entscheidung des EGMR nicht wahrgenommen, so beispielsweise auch *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 (173).

<sup>115</sup> *Grabenwarther*, JZ 2010, 857 (861).

<sup>116</sup> BGH, Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, Rn. 46.

<sup>117</sup> *Grabenwarther*, JZ 2010, 857; *Kinzig*, NSTZ 2010, 233.

<sup>118</sup> Das Aktenzeichen lautet 2 BvR 740/09; ein Urteil war bei Redaktionsschluss noch nicht ergangen.

<sup>119</sup> Vgl. oben I. 3.

der Vergangenheit als praktikabel erwiesen, sie unterliegt klaren Abgrenzungskriterien.

Auch in rechtspolitischer Hinsicht wäre eine Entscheidung des BVerfG, durch welche die bisherige Praxis der nachträglichen Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt und die Freilassung der zu Unrecht Verwahrten erreicht wird, wünschenswert. Die EMRK hebt sich von vielen anderen Bereichen des Völkerrechts zwar dadurch ab, dass sie eine richterliche Streiterledigung zwischen Mitgliedstaat und Bürger kennt; jedoch mangelt es an effektiven Durchsetzungsmechanismen, es mangelt an einem zentralen Zwangssystem zur Durchsetzung der EMRK. Die Effektivität des Völkerrechts im Allgemeinen und der EMRK im Speziellen stützt sich vor allem auf die gemeinsame Überzeugung der Staaten von der Existenz gewisser langfristiger gemeinsamer und gegenseitiger Interessen im gegenwärtigen internationalen System. Hinsichtlich der EMRK kommt hier jedenfalls das auch im Völkerrecht geltende Prinzip „pacta sunt servanda“ stark zum Tragen.<sup>120</sup> Dieses System wird natürlich geschwächt, wenn der wahrscheinlich bedeutendste Mitgliedstaat der EMRK trotz erfolgter Verurteilung die durch die EMRK aufgestellten Mindeststandards unterschreitet, andererseits aber von Staaten wie der Türkei oder Russland, auf deren Konto ein Großteil der festgestellten Vertragsverletzungen geht, die strikte Einhaltung der Garantien der EMRK verlangt.<sup>121</sup> Dieses Dilemma zeigt sich auch wieder in der Entscheidung „Kallweit“, in welcher der EGMR die deutschen Behörden und Gerichte lediglich mit Nachdruck aufordern kann, die fortdauernde Rechtsverletzung des Beschwerdeführers zügig zu beenden und ihrer Verantwortung für die Anwendung und Durchsetzung des Rechts des Beschwerdeführers auf Freiheit, eines der Kernrechte der Konvention, nachzukommen.<sup>122</sup>

Auch rein pragmatische Gründe sprechen dafür, den nationalen Strafbegriff um das zentrale Kriterium des EGMR zu erweitern. Der Strafbegriff des EGMR war auch für das EG-Recht in der Vergangenheit „Quelle der Inspiration“ und lieferte jedenfalls Anhaltspunkte dafür, was unter einer „Strafe“ auf Ebene der EG gemeinschaftsrechtlich zu verstehen sein sollte.<sup>123</sup>

Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und der Grundrechtecharta sind die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR aufgrund der in Art. 52 Abs. 3 GRC bestehenden Kohärenzklausele auch für die EU verbindlich, da die Charta auf Ebene der Verträge steht. Dies bedeutet, dass Begrifflichkeiten wie sie vom EGMR gebildet worden sind, eine ungeheure Aufwertung erfahren werden.<sup>124</sup>

Nachdem die EU gerade auch auf Ebene des Strafrechts durch den Vertrag von Lissabon erhebliche Kompetenzen hinzugewonnen hat,<sup>125</sup> ist es auch nicht unwahrscheinlich,

dass ausführende deutsche Behörden in Zukunft mit einem Strafverständnis konfrontiert werden, bei dessen Definition das Schuldprinzip keine konstituierende Rolle spielt.

Eine Äußerung des Bundesverfassungsgerichtspräsidenten *Vofßkuhle*, der die Sicherungsverwahrung im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 11.2.2011 als „das notwendige Pendant“ zum liberalen deutschen Strafrecht mit seinen eher geringen Strafen“ bezeichnete, lässt es jedoch als unwahrscheinlich erscheinen, dass die bisherige Praxis tatsächlich für verfassungswidrig erklärt werden wird und die Betroffenen entlassen werden müssen.<sup>126</sup>

Zu guter Letzt noch ein Wort zum weiteren Schicksal des A: Dessen Sicherungsverwahrung wurde mit Beschluss vom 17.5.2010<sup>127</sup> unter Berufung auf die Begründung des 4. *Senats* durch das LG Marburg für erledigt erklärt. Bestätigt wurde diese Entscheidung durch das OLG Frankfurt mit Beschluss vom 24.6.2010.<sup>128</sup> A ist somit bereits frei.

<sup>120</sup> *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht, 5. Aufl. 2010, S. 9.

<sup>121</sup> Ähnlich *Gaede*, HRRS 2010, 329 (337).

<sup>122</sup> EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 („Kallweit“), Rn. 83.

<sup>123</sup> *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 68 f.

<sup>124</sup> Ebenso *Gaede*, HRRS 2010, 329 (335).

<sup>125</sup> *Satzger* (Fn. 9), § 8 Rn. 25 ff.

<sup>126</sup> Vgl. hierzu:

<http://www.tagesschau.de/inland/sicherungsverwahrung200.htm> (Stand: 8.3.2011).

<sup>127</sup> LG Marburg, Beschl. v. 17.5.2010 – 7 StVK 220/10.

<sup>128</sup> OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 24.6.2010 – 4 Ws 114/10.