

# Helmut Pollähne

## Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht?

### Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung

In puncto Sicherungsverwahrung ist die bundesdeutsche Rechts- und Kriminalpolitik seit Ende der 1990er Jahre<sup>1</sup> zu weit gegangen, und zwar mindestens in zweierlei Hinsicht: erstens bei der rückwirkenden Entfristung der ursprünglich auf 10 Jahre befristeten Unterbringung (1998 durch das sog. „SexBG“)<sup>2</sup> und zweitens bei Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung in den Jahren ab 2004, zuletzt sogar ins Jugendstrafrecht (2007).<sup>3</sup>

– Zu weit gegangen sind die dafür Verantwortlichen zunächst einmal politisch (auch wenn sich objektive Maßstäbe dafür bekanntlich kaum aufstellen lassen): Kriminal- und Sicherheitspopulistik statt rationaler, liberaler und sozialer Strafrechtspolitik; in dubio pro securitate statt in dubio pro libertate!<sup>4</sup>

– Zu weit gegangen sodann verfassungsrechtlich, auch wenn das Bundesverfassungsgericht (und der BGH allemal) dies anders sah.<sup>5</sup> Wer die Argumentation des EGMR ernst nimmt (s. u.), muss die normative und faktische Ausgestaltung der nachträglichen (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung als auch mit dem Grundgesetz unvereinbar erachten.<sup>6</sup>

– Zu weit gegangen schließlich menschenrechtlich wegen der Unvereinbarkeit mit der EMRK: Dies wurde nun vom EGMR in einem Pilotverfahren rechtskräftig entschieden (s.u.).

Es gehört wohl zur Psychologie der Überzeugungstäterschaft (im vorliegenden Kontext drängt sich das Bild einer politischen ‚Hangtäterschaft‘ auf), dass die zu weit Gehenden dies nicht wahrhaben und sich nicht bremsen lassen wollen: Warnungen werden in den Wind geschlagen, die einstimmig – also mit Zustimmung der deutschen EGMR-Richterin Renate Jäger – ergangene Kammerentscheidung des EGMR vom 17.12.2009<sup>7</sup> wird nicht hingenommen, und nun wird sogar die (gemäß Art. 44 Abs. 2 lit. c EMRK) endgültige Entscheidung vom 10.5.2010 hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit in Frage gestellt. Die Bundesregie-

1 Ausf. zu grundlegenden Bedenken: Mushoff, Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung, Frankfurt/M. 2008.

2 Gesetz „zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“ vom 26.1.1998, vgl. dazu Sigusch et al., MschrKrim 1998, 369.

3 Im Überblick: Pollähne, Endstation Unrechtsstaat?, in: Komitee für Grundrechte und Demokratie (Hrsg.), Jahrbuch 2008, 122.

4 Exempl. Braum, Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate?, ZRP 2004, 105.

5 BVerfGE 109, 133 und 190, vgl. dazu nur Kinzig NJW 2004, 911; Rzepka R&P 2004, 222; Waterkamp StV 2004, 267; Mushoff KritV 2004, 137; Laubenthal ZStW 2004, 703; exempl. zur Revisionsrechtsprechung BGHSt 50, 284 und 52, 205.

6 So offenbar auch Verfassungsrichter Gerhardt, der von der SZ (am 12.5.2010) mit den Worten zitiert wird: „Möglicherweise hat das BVerfG einfach falsch entschieden. So etwas gibt es“; anders oder jedenfalls irritierend: BVerfG, Beschluss vom 19.5.2010 (s.u. I. 2.).

7 EGMR, Urteil vom 17.12.2009 (19359/04), R&P 2010, 38 ff.; dazu Kinzig, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, NStZ 2010, 233; Müller, Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention, StV 2010, 207.

rung hatte am 16.3.2010 die Große Kammer des EGMR angerufen,<sup>8</sup> obwohl al-lenthalben prophezeit wurde, die würde, ja: müsste genauso entscheiden wie vorab die Kleine Kammer.<sup>9</sup> Das Straßburger Verdikt (gemäß Art. 43 Abs. 2 EMRK) kam noch schneller und noch klarer als erwartet: Die Anrufung der Großen Kammer wurde gar nicht erst zugelassen – so was nennt man wohl eine schallende Ohrfeige!<sup>10</sup> Sollte die Bundesregierung auf Zeit gespielt haben, so ist diese nun abgelaufen, jedenfalls was das vorliegende Verfahren betrifft, in dem es zunächst einmal ‚nur‘ um die nachträgliche Entfristung der Sicherungsverwahrung ging. Weitere Individualbeschwerden gegen die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung laufen, und dass deren EMRK-Unvereinbarkeitserklärung bereits vorprogrammiert ist, macht die eigentliche Brisanz aus (dazu u. II. 1.).

### *I. Zwischen Renitenz und Konsequenz: zur Umsetzung der EGMR-Entscheidung*

Zunächst einmal jedoch zu dem abgeschlossenen Verfahren, und auch hier nochmal zu ablaufenden Fristen: Gemäß Art. 46 Abs. 2 EMRK (i.V.m. den MK-Verfahrensregeln) hat die Bundesregierung bis zum 10. November 2010 Zeit, um dem Ministerkomitee des Europarates, das die „Durchführung“ überwacht, gegenüber zu erklären, wie die endgültige Entscheidung umgesetzt wurde. Das wird ihr nicht leicht fallen.<sup>11</sup>

#### *1. inter partes: Entlassung (erst) nach sechs Wochen*

Der Beschwerdeführer selbst (Reinhard M.) wurde immerhin entlassen, wenn auch erst am 24.6.2010, also sechs Wochen nach der Endgültigkeitsentscheidung im Sinne des Art. 46 Abs. 1 EMRK: Die Strafvollstreckungskammer (StVK) des LG Marburg hatte bereits am 17.5.2010 entschieden, den Betroffenen auf freien Fuß zu setzen.<sup>12</sup> Die zuständige Vollstreckungsbehörde hatte aber nichts ‚Besseres‘ zu tun, als dagegen sofortige Beschwerde einzulegen: Dass diese gemäß § 454 Abs. 3 S. 2 StPO aufschiebende Wirkung hat, ist (zumal im Hinblick auf Art. 104 Abs. 2 GG)<sup>13</sup> bedenklich genug – auch dies wird die Bundesregierung dem Europarat gegenüber zu erklären haben, ganz zu schweigen davon, dass es Aufgabe der Staatsanwaltschaft gewesen wäre, selbst für eine umgehende Entlassung des vor dem EGMR erfolgreichen Beschwerdeführers zu sorgen, um Art. 46 Abs. 1 EMRK gerecht zu werden und Konventionstreue zu beweisen.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Auszugsweise zitiert im Tagesspiegel am 11.6.2010.

<sup>9</sup> Vgl. nur Prantl (SZ vom 22.12.2009): „Die Große Kammer wird nicht anders entscheiden als die Kleine Kammer vergangene Woche, aber so wird Zeit gewonnen“; vgl. auch Müller (Fn. 7), 211, der hinzufügt, schon im Hinblick auf die erste Kammerentscheidung könnte von einer Überraschung nicht gesprochen werden (s. Renzikowski NSTZ 2006, 284); diff. Kinzig (Fn. 7), 238.

<sup>10</sup> Pressemitteilung des EGMR-Kanzlers vom 11.5.2010 (zur Beschwerde Nr. 19359/04): Überblick von Feest auf [www.strafvollzugsarchiv.de](http://www.strafvollzugsarchiv.de) Stichwort „EGMR zur Sicherungsverwahrung“.

<sup>11</sup> Vgl. auch Müller (Fn. 7), 211 zu abschabaren Ermahnungen des Europarats, sollte Deutschland auf dem EMRK-Verstoß beharren.

<sup>12</sup> Beschluss des LG Marburg vom 17.5.2010 (7 StVK 220/10), vgl. Stuttgarter Zeitung vom 19.5.2010.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Pollähne, Unbefristete Freiheitsentziehungen – prozedurale und materielle Rechtssicherheit im Sicherheitsrecht, in: Pollähne/Rode (Hrsg.), Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen, Münster 2010, 85 ff. (96).

<sup>14</sup> So zu Recht Feest (Fn. 10): „Die Entlassung muss von Amts wegen veranlasst werden. ... Alles andere wäre eine skandalöse Verlängerung einer rechtswidrigen Inhaftierung. Die Verantwortlichen könnten sich selbst einer Freiheitsberaubung schuldig machen“; ähnlich Ullenbruch laut Spiegel 22/2010 vom 31.5.2010, 14.

Das LG Marburg hat - als bisher einzige StVK, soweit ersichtlich<sup>15</sup> - entschieden, einen Sicherungsverwahrten infolge der EGMR-Entscheidung zu entlassen, nämlich den Beschwerdeführer. Zur Begründung wurde (jedenfalls ausweislich der auszugsweise publizierten Presseerklärung) vorrangig darauf abgestellt, Deutschland habe es bisher nicht vermocht, den Vollzug der Sicherungsverwahrung anders auszugestalten als den regulären Strafvollzug: „Es fehle an den vom Bundesverfassungsgericht bereits vor sechs Jahren geforderten besonderen Regeln für Sicherungsverwahrte. Die Realität in den Haftanstalten trage nicht dem Umstand Rechnung, dass die Untergebrachten nicht mehr ihre Schuld abbüßen, sondern nur wegen ihrer Gefährlichkeit eingesperrt bleiben. So mangle es an der Behandlung ihrer Defizite und an Hilfen für die Wiedereingliederung. Die Regeln, denen die Verwahrten unterworfen seien, entsprächen weitgehend denen von Strafgefangenen, mit denen sie auch ständig Kontakt hätten. Die Unterbringung sei unangemessen. Deutschland sei hier hinter dem Standard anderer europäischer Länder zurück.“<sup>16</sup> Dem mag man gerne zustimmen, auch wenn impliziert wird, sobald der Vollzug ‚richtig‘ ausgestaltet sei, wäre die deutsche Rechtskonstruktion ‚Sicherungsverwahrung als Nichtstrafe‘ gerettet (s. u. II. 3.). Um so bemerkenswerter die von der Marburger StVK geäußerte Kritik am EGMR, der die deutsche Gesetzeslage schlicht „nicht verstanden“ habe! Mutig, Herr Wolf - aber was wohl Frau Jäger dazu sagen wird?<sup>17</sup> Das Bemerkenswerte an jener unbedingt lesenswerten EGMR-Entscheidung ist doch gerade, dass man die deutsche Gesetzeslage in Straßburg sehr wohl „verstanden“ hat, sich damit - anders als die deutschen Gerichte (bis hinauf zum Bundesverfassungsgericht) vorab - jedoch nicht abgefunden, sondern sie an der Realität gemessen und danach Etikettenschwindel diagnostiziert hat: Wo „Maßregel der Besserung und Sicherung“ draufstand, war real Strafe drin.

Als habe das für die Beschwerdeentscheidung zuständige OLG Frankfurt auf ein Zeichen der Justizministerkonferenz gewartet (s.u. II. 2.), erfolgte der endgültige Entlassungsbeschluss am 24.6.2010.<sup>18</sup> Hatte das Gericht die sofortige Beschwerde des Sicherungsverwahrten gegen den Fortdauerbeschluss des LG Marburg vom 10.4.2001 jenseits der Zehnjahresfrist noch verworfen und fand sich in der damaligen Rechtsauffassung später vom Bundesverfassungsgericht bestätigt,<sup>19</sup> bewies der 3. Frankfurter Strafsenat diesmal europa- und menschenrechtliche Einsichtsfähigkeit: Die Vertragsstaaten hätten sich verpflichtet, in allen Rechts-sachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des EGMR zu befolgen. Diese Pflicht gelte unmittelbar für alle staatlichen Organe, auch die Gerichte, und diese müssten im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ihrer Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) in der entschiedenen Sache dem Urteil des EGMR Rechnung tragen, also die festgestellte Konventionsverletzung bei Fortdauer beenden.<sup>20</sup> Um einem möglichen uneinsichtig-formaljuristischen Einwand zuvorzukommen, wird schließlich noch zu § 2 Abs. 6 StGB Stellung genommen: Dem-

15 Einer Meldung auf [www.wz-newsline.de](http://www.wz-newsline.de) (vom 8.6.2010) zufolge sei im Saarland ein Betroffener noch am 12.5.2010 auf freien Fuß gesetzt worden und werde seither „rund um die Uhr polizeilich überwacht“ (dazu Singelnstein, HEADS und andere Auskunftsdienste gegen Sexualstraftäter, in: Pollähne/Rode [Hrsg.] Schweigepflicht und Datenschutz, Münster 2010, in Vb.); in Berlin sollen alsbald sieben Verwahrte freikommen, zwei davon - nicht zuletzt infolge völliger Aussichtslosigkeit - „völlig verwahrlost“ (Tagesspiegel vom 28.6.2010): von der Verwahrung zur Verwahrlosung, quod erat demonstrandum!

16 Zit. nach Stuttgarter Zeitung vom 19.5.2010, vgl. auch Köhne JR 2009, 273 und Bartsch/Kreuzer StV 2009, 53 ff., jew. m.w.N.

17 Vgl. das Interview von R. Jäger im rbb am 27.5.2010 ([www.rbb-online.de](http://www.rbb-online.de)) und für afp am 26.6.2010.

18 OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 24.6.2010 (3 Ws 485/10), R&P 2010, 151.

19 OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 26.10.2001 (3 Ws 543, 544/01, juris) und BVerfGE 109, 133 (dazu auch Fn. 5); Prozessgeschichte nachzulesen beim EGMR R&P 2010, 40 ff.

20 OLG Frankfurt/M. (Fn. 18), zitiert nach [www.kostenlose-urteile.de](http://www.kostenlose-urteile.de) vom 25.6.2010.

nach sei über Maßregeln der Besserung und Sicherung zwar nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gelte, wenn „gesetzlich nichts anderes bestimmt“ sei, hier sei aber „gesetzlich“ etwas anderes bestimmt, denn „Gesetz“ sei auch die EMRK in der Auslegung durch den EGMR, und danach sei die Sicherungsverwahrung ebenso zu behandeln wie eine Strafe.<sup>21</sup>

## 2. *erga omnes: OLG-Renitenz im Interesse des Gemeinwohls*

Was die weiteren ca. 70 bis 100<sup>22</sup> identisch Betroffenen angeht, wird die Bundesregierung dem Europarat gegenüber ebenfalls Rede und Antwort stehen müssen, warum sie nicht auch entlassen worden sind. Die bisherige Entscheidungslage ist unübersichtlich, Beschlüsse des BGH vom 11.2. und 12.5.2010 (in anderer Sache, s.u. 3.) entfalteten zunächst keine Pilotwirkung, die meisten Oberlandesgerichte haben sofortige Entlassungen in vergleichbaren Fällen abgelehnt. Insgesamt zeichnet sich nicht nur bei Politikern (s.u. 4.), sondern sogar in der Justiz eine erstaunliche Renitenz dem EGMR und - was dabei leicht aus dem Blick gerät - der EMRK gegenüber ab:

Allen voran das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss vom 19.5.2010, also nur gut eine Woche nach der Entscheidung des EGMR: Der Antrag eines Verfassungsbeschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wurde abgelehnt, denn der EGMR habe - so will die 3. Kammer des Zweiten Senats wohl verstanden werden - nur „Rechtsfragen aufgeworfen“, die man in aller Ruhe im „Hauptsacheverfahren“ klären werde. Alles Weitere ist dann die bereits notorische Abwägung „in dubio pro securitate“ im Rahmen des § 32 BVerfGG: Durch die Fortsetzung der Freiheitsentziehung entstehe dem Beschwerdeführer zwar „ein schwerer und nicht wieder gutmachender Verlust an persönlicher Freiheit“, in Anbetracht seiner nachvollziehbar begründeten Gefährlichkeit und „angesichts der Schwere der drohenden Taten“ überwiege aber „das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit gegenüber dem Freiheitsgrundrecht“.<sup>23</sup> Welche Degradierung des EGMR, der nur „Rechtsfragen aufwirft“ – beantworten wird sie das Bundesverfassungsgericht, das sich dafür die nötige Zeit nimmt; derweil bleibt der Beschwerdeführer in Haft, nach Karlsruher Landrecht.<sup>24</sup>

Bisher haben sich - soweit ersichtlich - fast alle Oberlandesgerichte geweigert, identisch Betroffene zu entlassen. Dabei läuft die Argumentation im Großen und Ganzen auf dasselbe hinaus: Selbst wenn die weitere Sicherungsverwahrung der Beschwerdeführer die EMRK verletze, und es „spricht Einiges dafür“, so z. B. das OLG Stuttgart, zwingt die Entscheidung des EGMR ein deutsches Gericht doch nicht dazu, hier sofort und „unter Übergehung des ... anhängigen Beschwerdeverfahrens“ zu entlassen.<sup>25</sup> Das geltende deutsche Recht, das weder von der EMRK noch vom EGMR „außer Kraft gesetzt“ werde, verlange eine „sensible Abwägung“ - deren Resultat ist bekannt (s. o. Bundesverfassungsgericht):

21 Woraus auch zu folgern gewesen wäre, dass § 2 Abs. 6 StGB gar keine Anwendung findet.

22 Vielleicht sogar noch mehr: erstaunlich genug, dass es offiziell keine verlässlichen Zahlen gibt (dpa vom 27.6.2010: 120; Greifswalder Appell zur Reform der Sicherungsverwahrung vom 15.5.2010 [www.rsf.uni-greifswald.de/duenkel/publikationen/internet/greifswalder-appell/html]: 70-160; Feest [Fn. 10]: über 200); s. nunmehr BT-Drs. 17/2205 v. 17.6.2010: „mindestens gut 80 Personen“.

23 BVerfG - 3. Kammer des Zweiten Senats -, Beschluss vom 19.5.2010 (2 BvR 769/10), R&P 2010, 148, vgl. Feest (Fn. 10); zum Abwägungsparadigma Frankenberg KJ 2005, 370 ff. (375) und Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2004.

24 Die Fortsetzung verfassungswidriger Verwahrung nach Karlsruher Landrecht hat ‚Tradition‘: gemäß BVerfGE 109, 190 durften die landesrechtlich Untergebrachten ‚sitzenbleiben‘ bis zum 30.9.2004 in Erwartung einer bundesrechtlichen Regelung; krit. dazu bereits Kinzig NJW 2004, 913. Über die Dauer des „Hauptsacheverfahrens“ kann der Bf. im vorl. Fall nur spekulieren: im Verfahren BVerfGE 109, 133 vergingen drei Jahre.

25 OLG Stuttgart, Beschluss vom 1.6.2010 (1 Ws 57/10), R&P 2010, 157.

Eine „schematische ‚Vollstreckung‘ des EGMR-Urteils“ in Gestalt sofortiger Entlassung selbst hochgefährlicher Untergebrachter brächte diese Abwägung „in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise aus dem Gleichgewicht“; immerhin wird konzidiert, dass es „geboten“ sei könnte, „etwaige Konventionsverletzungen ausdrücklich festzustellen“.<sup>26</sup> Da hat das OLG ganz offenkundig etwas gehörig „aus dem Gleichgewicht“ gebracht.

Ähnlich das OLG Celle: Die vom EGMR vertretene „Rechtsauffassung“ (!) führe keinesfalls zur schematischen Entlassung, denn nach jener Entscheidung stelle sich einem deutschen Gericht erst die „Frage“, welche Konsequenzen sie „für zahlreiche Parallelfälle“ habe. Erneut: Der EGMR wirft Fragen auf und vertritt Auffassungen – das letzte Wort in puncto Menschenrechte haben deutsche Gerichte! Bemerkenswert folgender Zirkelschluss: Weil die vom EGMR vertretene Auslegung (der EMRK!) dem eindeutigen Willen des deutschen Gesetzgebers und dem Wortlaut der deutschen Vorschriften widerspreche, zwingt sie nicht zur Entlassung der Untergebrachten – denn: das Bundesverfassungsgericht war bereits 2004 anderer Meinung!<sup>27</sup> Da beißt die Straßburger Maus keinen Karlsruher Faden ab ... basta.

Ferner das OLG Koblenz: Das endgültige Urteil des EGMR, das der Senat „zur Kenntnis genommen“ hat, entfalte Rechtskraft und unmittelbare Bindungswirkung nur innerhalb des Beschwerdegegenstands (inter partes: Art. 46 Abs. 1 EMRK), gehe also über den konkret entschiedenen Fall nicht hinaus, so dass „Dritten, auch wenn sie sich auf einen gleichgelagerten Sachverhalt berufen können, daraus keine Rechte entstehen“. Eine innerstaatliche Bindungswirkung gehe von ihnen insoweit aus, als sie von allen staatlichen Organen innerhalb ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereichs und der rechtsstaatlichen Kompetenzordnung zu beachten sind. Gerichte als Träger der rechtsprechenden Gewalt hätten die EMRK, die – in der Auslegung durch den EGMR – innerstaatlich im Range eines förmlichen Bundesgesetzes gelte, „im Rahmen ihrer Bindung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG zu berücksichtigen“. Das bedeute aber nicht, dass die deutsche Rechtsprechung EGMR-Urteile ungeachtet der staatlichen Kompetenzverteilung und der Rechtsordnung im Übrigen schematisch umzusetzen hätte, sondern nur, soweit dies „innerhalb der bestehenden Rechtsordnung im Wege einer methodisch vertretbaren Gesetzesauslegung möglich“ sei – und dies scheitere bereits am Wortlaut.<sup>28</sup>

Über all das mag man trefflich streiten<sup>29</sup> – aber dann: Ob das Urteil des EGMR eine Auslegung des deutschen Gesetzes überhaupt dahingehend „gestattet“, dass die Unterbringung für erledigt zu erklären und der Beschwerdeführer zu entlassen ist, bedürfe eingehender Prüfung und müsse deshalb der abschließenden Beschwerdeentscheidung überlassen bleiben.<sup>30</sup> In einem ähnlich gelagerten Fall hatte dasselbe Gericht bereits am 30.3.2010 entschieden: „Der EMRK widersprechendes nationales Recht bleibt gültig und damit für die nationalen Gerichte verbindlich, bis der Gesetzgeber aufgrund einer Entscheidung des EGMR eine andere Regelung trifft, um diesem Spruch völkerrechtlich Rechnung zu tragen.“

26 OLG Stuttgart (Fn. 25) unter Verweis auf die ‚Görgülü‘-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und den Vorrang des Grundgesetzes vor der EMRK.

27 OLG Celle, Beschluss vom 25.5.2010 (2 Ws 170/10), juris.

28 OLG Koblenz, Beschluss vom 17.5.2010 (2 Ws 573/10, juris, unter Verweis auf BVerfGE 111, 307 [Görgülü]) und vom 7.6.2010 (1 Ws 108/10), R&P 2010, 154; zust. Peglau, jurisPR-StrafR 11/2010 Anm. 2.

29 Exempl. Laue, Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand, JR 2010, 198 ff.; vgl. auch Ekardt/Lessmann KJ 2006, 381 ff., 392 ff.: „unbedingter EGMR- und Völkerrechtsvorrang“.

30 Zustimmend Peglau in jurisPR-StrafR 11/2010 Anm. 2 S. 2: Es sei nicht unbedenklich, § 67d Abs. 3 StGB teilweise leer laufen zu lassen.

Bis auf Weiteres gelte – gemeint ist: vorrangig – die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2.2004, dass der Wegfall der Höchstfrist für eine erstmalig angeordnete Sicherungsverwahrung und die Anwendbarkeit auf Straftäter, bei denen die Sicherungsverwahrung vor Verkündung und Inkrafttreten der Novelle angeordnet und noch nicht erledigt war, mit dem Grundgesetz vereinbar sei.<sup>31</sup>

Aus der sodann folgenden Charakterisierung des Beschwerdeführers ergibt sich die Haltung des Gerichts und der Geist der Renitenz: „Alle seine Straftaten sind Bestandteile seiner Biographie und werfen ein bezeichnendes Licht auf seinen Charakter“; er sei noch immer „dieselbe, schwer gestörte dissoziale Persönlichkeit, die sich in der Vergangenheit in schweren Straftaten ausgedrückt und ausgelebt habe, ... (er) war und ist gefühllos, gewissenlos, rücksichtslos und egozentrisch. Er folgt seinen Bedürfnissen und Impulsen, ohne über die Folgen für andere, aber auch für ihn in irgendeiner Weise nachzudenken.“<sup>32</sup> So welche kann man nicht entlassen, was auch immer die EMRK vorgibt oder der EGMR dazu zu sagen hat – wenn der sich nicht um den Schutz der bundesdeutschen Allgemeinheit schert, so entzieht diese den Gefährlichsten unter ihr den Schutz der Menschenrechte (unter Missachtung von Art. 1 EMRK). Das klingt nach Notstand, und deshalb sei daran erinnert, dass von Art. 7 EMRK noch nicht einmal in einem Notstandsfall abgewichen werden darf (vgl. Art. 15 Abs. 2 EMRK). Noch deutlicher das OLG Nürnberg, das meint, die Straßburger Auslegung der Menschenrechte sei mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, denn die Grundrechte auf Freiheit und körperliche Unversehrtheit geböten es, dass der Staat potentielle Opfer gegen gefährliche Straftäter schütze: „Die gebotene Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR finde ihre Grenze dort, wo der gegenüber Art. 5 EMRK höherrangige Art. 2 Abs. 2 GG, der die Berücksichtigung der Grundrechte Dritter fordert, zur Geltung gebracht werden müsse. ... Das Freiheitsrecht des Einzelnen (hier des Verurteilten) ist nicht schrankenlos, sondern es wird begrenzt durch die gleichrangigen Rechte anderer (hier der Opfer).“<sup>33</sup>

Anders bisher offenbar nur das OLG Hamm in einem Verfahren gemäß §§ 67e, 67d Abs. 3 StGB: Die zuständige StVK hatte die weitere Vollstreckung über die Zehnjahresfrist hinaus unter Verweis auf positive Gutachten für erledigt erklärt, die dagegen erhobene sofortige Beschwerde der Bochumer Staatsanwaltschaft wurde verworfen.<sup>34</sup> Keineswegs nur in einem ‚obiter dictum‘ (so aber Peglau)<sup>35</sup> fand Beachtung, dass die Fortsetzung der Freiheitsentziehung nach der EGMR-Entscheidung auch menschenrechtswidrig wäre. Zwar wirke die Entscheidung zunächst nur „inter partes“ und entfalte keine „erga omnes“-Wirkung, dennoch „müssen die Bundesrepublik und ihre staatlichen Organe – somit auch die Vollstreckungsgerichte – als verpflichtet angesehen werden, zu verhindern, dass es in gleichgelagerten Fällen zu einer entsprechenden Verletzung der EMRK kommt.“ Der Entscheidung komme somit „allgemeine Orientierungswirkung“ zu und sei damit „zumindest im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, welche bei langandauerndem Freiheitsentzug immer anzustellen ist, zu berücksichtigen“. Dies aber könne „nur dazu führen, dass die Sicherungsverwahrung in diesen Fällen für erledigt zu erklären ist.“<sup>36</sup>

31 BVerfGE 109, 133 (s.a. Fn. 5).

32 OLG Koblenz, Beschluss vom 30.3.2010 (1 Ws 116/10), juris.

33 OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.6.2010 (1 Ws 315/10), zit. nach [www.ferner-alsdorf.de](http://www.ferner-alsdorf.de).

34 OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.2010 (4 Ws 114/10), R&P 2010, 162, ebenso zuletzt OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 1.7.2010 (3 Ws 539/10), R&P 2010, 153.

35 Peglau in: jurisPR-StrafR 1/2010 Anm. 2, ebenso OLG Koblenz (Fn. 28).

36 OLG Hamm (Fn. 34) unter Verweis auf Kinzig (Fn. 7), 238 und Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren, 2005, MRK-Verfahren Rn. 77d.

Soweit die bisherige OLG-Rechtsprechung, die - mit Ausnahme des OLG Hamm - einerseits darauf hinausläuft, jeder einzelne Betroffene müsse sich bis zum EGMR durchklagen, um eine gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK verbindliche Entscheidung zu erzwingen. Dass der EGMR in jedem Einzelfall genauso entscheiden würde, ja: entscheiden müsste, wie in Sachen H. gegen Deutschland, steht außer Zweifel - welch menschenrechtsverweigernder Zynismus, und ‚contempt of court‘ obendrein.<sup>37</sup> Andererseits vertraut man für die Zukunft auf eine konventionskonforme Rettung des deutschen Verwahrungsrechts und nimmt dafür einstweilig - sicherheitshalber - eine gegenwärtige konventionswidrige Zwischenhaft in Kauf: Sicherheitsrecht statt Rechtssicherheit! Oder in den Worten des OLG Koblenz: „Bis dahin muss der Freiheitsanspruch hinter dem Gemeinwohlinteresse zurücktreten.“<sup>38</sup>

### 3. BGH zieht Konsequenzen aus der neuen Rechtslage

Ganz anders - wenn auch in einem anders gelagerten Fall, dafür mit umso mehr Fernwirkung (s. u. II. 1.) - der BGH: In einem Fall der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 3 StGB wurde zunächst am 11.2.2010 beschlossen, eine Entscheidung über die Revision des Betroffenen zurückzustellen unter Verweis auf die Entscheidung des EGMR vom 17.12.2009. Der Senat sehe sich „gehalten, von einer Entscheidung über die Bestandskraft der Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung jedenfalls so lange abzusehen, bis der EGMR die Frage des Strafcharakters von Sicherungsverwahrung in der genannten Rechtssache endgültig i. S. d. Art. 44 MRK entschieden hat“ - freilich zunächst mit der Folge der Fortdauer der Freiheitsentziehung. Sogleich nach der Rechtskraftentscheidung des EGMR vom 10.5.2010 legte der BGH jedoch nach: Die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung wurde zurückgewiesen und die Freilassung des Betroffenen angeordnet.

Die Entscheidung ist zunächst einmal insoweit bemerkenswert, als die Verbindlichkeit der EGMR-„Rechtsauffassung“, bei der Sicherungsverwahrung handele sich um eine Strafe i.S.d. Art. 7 Abs. 1 EMRK, nicht in Frage gestellt wird: Der BGH habe die Konsequenz aus „der neuen Rechtslage“ gezogen, denn in dem ihm vorliegenden Falle verstieß die nachträgliche Anordnung „gegen das Rückwirkungsverbot der MRK“; angesichts des „Gebots der konventionskonformen Auslegung des nationalen Rechts“ blieb dem BGH nichts anderes übrig.<sup>39</sup> So dann wird bereits deutlich, wohin die Reise in Sachen nachträgliche Sicherungsverwahrung gehen dürfte, auch wenn noch eine Hintertür offen zu bleiben scheint: Da weder zur Tatzeit (1990) noch zum Zeitpunkt des Urteils (1991) die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gegen den Betroffenen in Betracht kam, denn die aktuelle Unterbringungs-Grundlage des § 66b Abs. 3 StGB trat erst 2004 in Kraft, verstößt die Anwendung der Vorschrift - i. S. d. EGMR - auch in diesen Fällen gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK. Das könnte den Umkehrschluss nahelegen, für Taten nach Inkrafttreten des § 66b Abs. 3 StGB gebe es kein EMRK-Problem - die Realisierung des Doppelbestrafungsverbots steht noch aus (s. u. II. 1.).

37 Dazu Feest/Lesting, Contempt of Court, in: FS Eisenberg, 2009, 675.

38 OLG Koblenz (Fn. 28) Rn. 22; krit. zum „Gemeinwohl“-Argument auch Foth (Anm. zu BGH NStZ 2010, 265, 267).

39 BGH, Beschluss vom 12.5.2010 (4 StR 577/09), R&P 2010, 148; vgl. Feest (Fn. 10); diff. OLG Frankfurt/M. in einem Beschluss vom 1.7.2010 (3 Ws 418/10) unter Verweis auf die Rechtskraft und das Wiederaufnahmerecht.

Deutsche Gerichte (und Vollstreckungsbehörden) können machen, was sie wollen: Die weitere Freiheitsentziehung von Menschen, deren Sicherungsverwahrung nachträglich entfristet wurde und die deshalb über 10 Jahre hinaus in der sicheren Verwahrung verblieben, ist menschenrechtswidrig. Sie sollten lieber gestern als morgen entlassen werden, um dem Ansehen Deutschlands im Europarat und in der Welt, das nicht erst mit dieser EGMR-Entscheidung Schaden genommen hat,<sup>40</sup> nicht noch mehr zuzusetzen, denn in keinem der Einzelfälle kommt eine andere Entscheidung in Betracht, die mit der EMRK vereinbar wäre. Auch die bisherigen juristischen Kommentierungen der EGMR-Entscheidung sind sich einig, von Details abgesehen: Kinzig hebt hervor, dass die Bundesrepublik nicht nur im Fall M. verpflichtet sei, ihn zu entlassen, sondern auch in allen Parallelfällen, denn sie und ihre staatlichen Organe seien verpflichtet „zu verhindern, dass es in gleichgelagerten Fällen zu einer entsprechenden Verletzung der EMRK kommt“.<sup>41</sup> Dabei bedürfe es keiner Änderung des § 67d Abs. 3 StGB, vielmehr seien die Vorgaben des EGMR bei der ohnehin angezeigten Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen: „Freilich muss eine solche Prüfung zu einer Entlassung dieser Personen führen.“<sup>42</sup> Die „Irritation“ der juristischen wie nicht-juristischen Öffentlichkeit, so Müller im Hinblick auf die Frage, ob denn das Grundgesetz Eingriffe erlaube, die nach der EMRK als menschenrechtswidrig einzustufen seien, mag verständlich sein, denn „entweder muss sich eines der beiden höchsten Gerichte fehlerhafte Rechtsanwendung vorwerfen lassen, oder aber das Grundgesetz selbst entspricht in diesem Punkt nicht der Europäischen Menschenrechtskonvention.“<sup>43</sup> Wohl Ersteres, denn auch in puncto Grundgesetz geht es doch ‚nur‘ um dessen - keineswegs unumstrittene - Auslegung. Mag sein, dass ein „rechtliches Dilemma“ entstanden ist, so Laue: Die „Anordnung der zehn Jahre überschreitenden Sicherungsverwahrung [wäre] ... rechtsgültig, doch ist absehbar, dass ein Beschwerdeführer in Straßburg Recht bekäme. In einem solchen Fall der Diskrepanz zwischen nationalem Recht und EMRK ist das deutsche Recht ‚völkerrechtsfreundlich‘ auszulegen, das bedeutet: § 31 Abs. 1 BVerfGG gilt im Kollisionsfall nicht.“<sup>44</sup>

Gefährlich ist das Gerede über „mehrpole Grundrechtsverhältnisse“ (OLG Stuttgart) in Strafrecht und Kriminalpolitik, denn es öffnet schwersten - und (sic!) sogar menschenrechtswidrigen - staatlichen Grundrechtseingriffen Tür und Tor.<sup>45</sup> Kinzig weist zu Recht darauf hin, dass die Einschränkungen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Görgülü-Entscheidung bezüglich der Bindungswirkung der EGMR-Urteile für das Zivilrecht gemacht habe, „wegen der im Strafrecht fehlenden mehrpoligen Rechtsverhältnisse keine Geltung beanspruchen können“.<sup>46</sup> Der Ruf ‚Wehret den Anfängen!‘ kommt hier womöglich zu

40 Vgl. zur Brechmittel-Entscheidung (EuGRZ 2008, 466) Pollähne/Kemper KrimJ 2005, 200 und 2007, 185 sowie Lück KJ 2008, 198 ff.; zur Frankfurter Folter-Entscheidung (NJW 2007, 2461 und NSStZ 2008, 699 sowie Urteil vom 1.6.2010: Gäfken ./ Deutschland) vgl. Esser NSStZ 2008, 657; zur Entscheidung in Sachen ‚Vera Stein‘ gegen die Bremer Psychiatrie (R&P 2005, 186) vgl. Cremer EuGRZ 2008, 562.

41 Kinzig (Fn. 7), 238 m.w.N.

42 Kinzig (Fn. 7) ohne Verständnis für die Entscheidung des BVerfG vom 22.12.2009 (2 BvR 2365/09), ähnlich OLG Hamm (Fn. 34).

43 Müller (Fn. 7), 207.

44 Laue (Fn. 29), 202.

45 Dazu auch Köter KJ 2003, 64 ff., 74 ff.

46 Kinzig (Fn. 7), 238 unter Verweis auf Esser StV 2005, 351 f.; ausf. zu der durch die ‚Görgülü‘-Entscheidungen (EMRK, BVerfG, OLG Naumburg) ausgelösten Debatte Zoellner, Das Verhältnis von BVerfG und EGMR, Hamburg 2009, 194 ff., diverse Beiträge in der EuGRZ 2006, 483 ff. sowie Grabenwarter in: FS Tomuschat, 2006, 193 ff.; vgl. auch Calliess JZ 2006, 321 ff. und v. Bernstorff, Der Staat 2008, 21 ff. (zu BVerfGE 115, 118: FlugSiG).

spät, aber die sicherheitspolitische Relativierung von Menschenwürde und Menschenrechten bildet die staatsrechtliche Begleitmusik zur leidigen Diskussion um das ‚Feindstrafrecht‘.<sup>47</sup>

Die obergerichtliche Renitenz (gegenüber EMRK und EGMR) wird kriminalpopulistisch sekundierte; umgekehrt ist vor realpolitischer und medialer Richterscheitelte in Sachen Sicherungsverwahrung keine Instanz gefeiert: Wer ‚Bestien‘ oder ‚Zeitbomben‘ auf die Menschheit loslässt<sup>48</sup> und sich dabei auch noch auf das Recht, gar den Rechtsstaat beruft, kommt an den Pranger des Sicherheitsstaats, sei es der BGH, das Bundesverfassungsgericht oder jetzt der EGMR.<sup>49</sup> Die bayerische Justizministerin sieht mit der Straßburger Entscheidung gar ihr Recht auf ein faires Verfahren verletzt, denn es könne nicht sein, dass „eine Handvoll Richter eine derart weitreichende Entscheidung im Vorbeigehen“ treffe.<sup>50</sup> Man fühlt sich erinnert an Zeiten, in denen jene Politiker auch meinten, sich nicht auf ‚ihr‘ Verfassungsgericht verlassen zu können, und mal eben ‚im Vorbeigehen‘ dessen Legitimation in Frage stellten.

## II. SV-Recht: *quo vadis?*

Die bundesdeutsche Diskussion um eine ‚Neuordnung‘ des Rechts der Sicherungsverwahrung war im schwarz-gelben Koalitionsvertrag von 2009 bereits angelegt, hat durch die EGMR-Entscheidung aber sicher erheblich an Fahrt gewonnen, weil Zeit- und Entscheidungsdruck hinzugekommen sind. In „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt“ heißt es zum Stichwort Sicherungsverwahrung: „Wir wollen eine Harmonisierung der gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen ..., die rechtsstaatlich und europarechtskonform ist. Dabei wollen wir Schutzlücken im geltenden Recht, wie sie bei Strafverfahren in jüngster Zeit aufgetreten sind, schließen. Bei der gesetzlichen Regelung werden wir darauf achten, dass die Sicherungsverwahrung unter Berücksichtigung des notwendigen Schutzes der Bevölkerung ihren Ausnahmecharakter behält und auf schwerste Fälle beschränkt bleibt.“<sup>51</sup> Harmonisierung und Schutzlückenschließung, das verheißt nichts Gutes, lehrt uns die Strafgesetzgebung der letzten zehn bis fünfzehn Jahre. Schon von daher steht zu befürchten, dass am Ende – trotz oder wegen der EGMR-Entscheidung – ein noch schärferes SV-Recht steht. Zunächst aber zur Bedeutung der Straßburger Vorgaben für die weitere Diskussion:

### 1. Was folgt aus der EGMR-Entscheidung für das deutsche SV-Recht?

Die *nachträgliche* Sicherungsverwahrung ist im Strafrecht nicht zu halten, und das gilt nicht nur für die Rückwirkungsfälle (Anlasstaten bzw. Ausgangsurteile vor Inkrafttreten der jeweiligen Regelung).<sup>52</sup> Ausgehend von der Feststellung, dass die Sicherungsverwahrung in ihrer normativen und faktischen Ausgestaltung als Strafe nicht nur im Sinne der Art. 7 EMRK und Art. 4 des 7. ZP (=

47 Vgl. Haffke KJ 2005, 17 ff., 20 zum „Grundrecht auf Sicherheit“; Frankenberg (Fn. 23), 376 f., 380 ff.

48 Zur ‚Raubtier‘-Gesetzgebung Haffke (Fn. 46), 19 und Pfäfflin/Lamott, „Von tierischen und menschlichen Raubtieren“, in: Böllinger et al. (Hrsg.), Gefährliche Menschenbilder, 2010, 138 ff.

49 Vgl. auch Müller (Fn. 7), 207 und Fn. 4.

50 Zitiert nach jungle world Nr. 22 vom 3. Juni 2010; BaWü-JM Goll (FDP): „Freiwillig lassen wir keinen raus“ (zit. nach www.morgenweb.de vom 8.7.2010); Uhl (innenpolitischer Sprecher der BT-Unionsfraktion) rät dazu, das EGMR-Urteil „notfalls zu ignorieren“, er nehme „lieber eine Rüge des EGMR in Kauf als das Risiko neuer Straftaten“ (www.focus.de vom 7.7.2010).

51 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009, Kap. IV. Freiheit und Sicherheit, 4. Rechtspolitik, S. 107/132.

52 Dazu bereits BGH, Urteil vom 12.5.2010 (Fn. 39), vgl. auch Laue (Fn. 29), 203; Peglau (Fn. 35), 4.

Art. 14 Abs. 7 IPBPR: *ne bis in idem*), sondern auch im Sinne des Art. 102 Abs. 2 und 3 GG zu werten ist, scheitert die nachträgliche strafgerichtliche Anordnung der Sicherungsverwahrung schon am Verbot der Doppelbestrafung; dass Deutschland das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK skandalöserweise noch immer nicht ratifiziert hat, ändert daran nichts. Ungeachtet dessen ist sie aber auch mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK nicht zu vereinbaren, worauf bereits mehrfach hingewiesen wurde, weil diese Form der präventiven Dauerverwahrung in jenem abschließenden Katalog nicht vorgesehen ist: lit. a scheitert an der mangelnden Kausalbeziehung zum Strafurteil,<sup>53</sup> lit. e scheitert (jedenfalls in den allermeisten Fällen)<sup>54</sup> am Fehlen einer psychischen Erkrankung, und lit. c - auf den hierzu noch am häufigsten verwiesen wird<sup>55</sup> - scheitert am mangelnden „Festnahme“- oder „Vorführungs“-Charakter der Sicherungsverwahrung, wie sich auch aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK unschwer ergibt.<sup>56</sup> Es versteht sich insofern auch von selbst, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung (gemäß § 66b StGB und §§ 7 Abs. 2-4 sowie 106 Abs. 5 und 6 JGG) nicht nur ex nunc, sondern auch ex tunc abzuschaffen ist, denn die bisher rechtskräftigen Anordnungen (es sollen 12 bis 15 Fälle sein) könnten weder vor der EMRK noch vor dem EGMR Bestand haben; entsprechende Individualbeschwerdeverfahren laufen bereits.<sup>57</sup> Die *vorbehaltene* Sicherungsverwahrung (§§ 66a StGB und 106 Abs. 3 JGG) wirkt nur auf den ersten Blick unproblematisch, weil sie durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK erfasst zu sein scheint:<sup>58</sup> rechtmäßige Freiheitsentziehung „nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“. Wer sich die Entscheidung gemäß § 66a StGB i.V.m. § 275 StPO aber näher ansieht, wird feststellen, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66a Abs. 2 StGB - also die Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 EMRK - gerade nicht auf der Primärverurteilung beruht, sondern eine neue Verurteilung erfordert, die von dem vorausgegangenen Strafurteil lediglich zugelassen wurde. Das neue Urteil bedarf eines entsprechenden Antrages der Staatsanwaltschaft (§ 275a Abs. 1 StPO) und ergeht nach erneuter Hauptverhandlung (Abs. 2 und 3 i.V.m. §§ 213 bis 275 StPO). Vor Rechtskraft des neuen Urteils ist die Freiheitsentziehung über die Endstrafe hinaus durch das Ausgangsurteil nicht legitimiert, weshalb es ggf. eines Unterbringungsbefehls bedarf (§ 275a Abs. 5 StPO). Blicke nur eine Konstruktion, derzufolge die nachträgliche „Anordnung“ der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gemäß § 66a Abs. 2 StGB noch als Teil der bereits (zumeist seit Jahren) rechtskräftigen Erstverurteilung zu werten ist: „Dagegen spricht jedenfalls, dass die konstitutive Anordnung der Sicherungsverwahrung erst am Ende der Strafzeit und damit überwiegend abgekoppelt von der Verurteilung und Schuldfeststellung erfolgt.“<sup>59</sup> Aus § 66a Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 StGB folgt unzweideutig, dass die Sicherungsverwahrung im Ausgangsurteil nicht (wenn

53 Ebenso Laue (Fn. 29), 203; Kinzig (Fn. 7), 239 und Müller (Fn. 7), 211; anders nur Peglau (Fn. 35), 4 m.w.N.: „letztlich unbedenklich“, denn die Aburteilung der Anlasstat stehe „gleichsam (untechnisch) unter dem gesetzlichen ‚Vorbehalt‘, dass bei Auftreten neuer Tatsachen die Maßregel doch noch angeordnet wird“ - dagegen zu Recht Kinzig (Fn. 7).

54 Vgl. dazu EGMR R&P 2010, 51.

55 Exmpl. Freund GA 2010, 193 ff; diff. EGMR R&P 2010, 51.

56 Art. 5 Abs. 3 EMRK geht davon aus, dass der gemäß Abs. 1 lit. c Festgenommene Anspruch „auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens“ hat - einem „Urteil“ steht aber wiederum Abs. 1 lit. a und Art. 4 des 7. ZP entgegen; vgl. auch Laue (Fn. 29), 204; Müller (Fn. 7), 211 und Kinzig (Fn. 7), 239.

57 Vgl. auch Dünkel et al. DRiZ 2010, 57.

58 Die Rückwirkungsproblematik aus Art. 7 EMRK greift selbstverständlich auch hier, soweit es um Verurteilungen wegen Taten geht, die vor dem 28.2.2002 begangen wurden, vgl. Laue (Fn. 29), 203; diff. Peglau (Fn. 35), 4; Stichtag 31.1.1998.

59 Kinzig (Fn. 7), 239; diff. Laue (Fn. 29), 203: „bereits durch das erste Verfahren ... in die Wege geleitet ... lediglich ein Annex ... zweigeteiltes Verfahren“; unklar Peglau (Fn. 35), 3/4.

auch unter Vorbehalt) angeordnet wird, sondern dass die Anordnung selbst vorbehalten bleibt – genau das ist in puncto Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK der entscheidende Unterschied.<sup>60</sup>

Die *primäre* (seit 1933 gewissermaßen ‚klassische‘) Sicherungsverwahrung wird durch die EGMR-Entscheidung – wiederum auf den ersten Blick – zunächst einmal gar nicht tangiert, ganz im Gegenteil: Der Gerichtshof hat gerade im vorliegenden Fall erneut bekräftigt, dass die Anordnung einer „Sicherungsverwahrung“ per Strafurteil, anstelle oder neben einer Freiheitsstrafe oder als Sicherungsstrafe, von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK gedeckt ist.<sup>61</sup> Der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR ist auch nicht zu entnehmen, dass eine solche Verwahrung überhaupt befristet werden müsste, dass also eine im Wortsinne lebenslange Freiheitsentziehung nicht mit der EMRK vereinbar sei; für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt bekanntlich dasselbe.<sup>62</sup> Die Probleme ergeben sich hier also nicht so sehr aus der EMRK, sondern strafrechtsimmanent,<sup>63</sup> denn die Konstruktion einer unbefristeten im Anschluss an eine befristete Freiheitsstrafe ist weder im StGB vorgesehen noch mit den derzeitigen Grundsätzen der Strafzumessung (vgl. nur § 46 StGB und das *nulla poena sine culpa*-Prinzip) zu vereinbaren; die lebenslange, von Anfang an unbefristete Strafe ist wiederum nur für ganz wenige, besonders schwere Taten angedroht. Dass die EGMR-Entscheidung dazu beitragen könnte, die für erledigt geglaubte Diskussion um unbestimmte und/oder unbefristete Freiheitsstrafen wieder anzufachen, ist zweifellos alarmierend<sup>64</sup> – ändert aber nichts daran, dass zumindest in puncto Sicherungsverwahrung des ganze System der Zweispurigkeit ins Wanken gerät.

## 2. Was plant die Bundesregierung?

Am 9.6.2010 stellte das Bundesjustizministerium den Rechtspolitikern der Koalition „Eckpunkte der Reform der Sicherungsverwahrung“ vor, die ausweislich einer BMJ-amtlichen Pressemitteilung auf drei Säulen beruhte: Konsolidierung der primären SV (§ 66 StGB); Ausbau der vorbehaltenen SV (§ 66a StGB); Beschränkung der nachträglichen SV (§ 66b StGB), wobei die Änderungen nur für Neufälle gelten sollten, während für Altfälle die geltende Rechtslage beibehalten werde.<sup>65</sup> Bei genauerem Hinsehen (ausf. unten) wurde deutlich, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung für ‚Neufälle‘ ganz abgeschafft werden sollte, was sogleich die regierungsinterne Opposition auf den Plan rief: Noch am selben Tage forderte die Union einen „Neustart bei der Sicherungsverwahrung“ mit der „Leitlinie ..., dass grundsätzlich kein Täter in Freiheit kommen sollte, solange er für die Allgemeinheit noch eine Gefahr darstellt“;<sup>66</sup> Bayerns Innenminister warf der Bundesjustizministerin gar vor, „nicht die Opfer, sondern die Täter schützen zu wollen“.<sup>67</sup> Das Urteil des EGMR habe „bedenkliche Lücken in das Schutzsystem der Sicherungsverwahrung gerissen“. Gefordert wird gegen die (ggf. zu entlassenden) ‚Altfälle‘ ein Ausbau der Führungsaufsicht und der Einsatz einer

60 Übersehen von Laue (Fn. 29) und offenbar auch von Müller (Fn. 7), 212 a.E.

61 EGMR R&P 2010, 49/50 m.w.N., vgl. Peglau (Fn. 35), 3.

62 Dazu Pollähne (Fn. 13), 86 ff. m.w.N.

63 Ähnlich, aber mit gegensätzlichem Ergebnis: Freund (Fn. 55), 206 f. zur ‚Präventivhaft‘. Seine Bezugnahme auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK geht dabei aber ebenso in die Irre wie die Kritik am insoweit „zu engen“ Verständnis des EGMR (vgl. auch Jaeger [Fn. 17]); lesenswert auch der Disput zwischen Schumann und Frommel über die „Sicherungsstrafe“ (KJ 1995, 88 ff. und 226 ff.).

64 So bereits LG Marburg (Fn. 12): Das Urteil lege nahe, längere, auch lebenslange Strafen zu verhängen, die aber nur bei schwersten Taten zu verhängen seien – „auch dies ist Teil der verfassungsmäßigen Ordnung in Deutschland“.

65 BMJ Pressemitteilung vom 9.6.2010: „Neuordnung der Sicherungsverwahrung“.

66 Krings/Voßhoff: „Sicherheit der Bürger ist oberstes Gebot“, PE vom 9.6.2010 (www.cducusu.de).

67 Herrmann (CSU), zit. nach www.ad-hoc.news.de vom 14.6.2010.

GPS-gestützten elektronischen Aufenthaltsüberwachung, damit Verstöße gegen Aufenthaltsweisungen „effektiver sanktioniert werden können“. Dazu gehörten auch erweiterte Möglichkeiten zur unbefristeten Verlängerung der Führungsaufsicht, ein „Betreuungs- und Kontrollrecht in der Wohnung eines Verurteilten“ und die Verschärfung von Auflagen; das neue System der Sicherungsverwahrung müsse sich künftig deutlich von der bisherigen Form abheben, um eine Einordnung als „Strafe“ durch den EGMR auszuschließen.<sup>68</sup>

Die koalitionsinternen Diskussionen waren relativ schnell beendet, denn pünktlich zu der für 23./24.6.2010 angesetzten JuMiKo war im Kabinett ein „Maßnahmebündel im Bereich Sicherungsverwahrung beschlossen“, das sich im Wesentlichen an den o.g. Eckpunkten des BMJ orientierte, ergänzt um Eckpunkte für einen Regelungsentwurf zur Stärkung der Führungsaufsicht mittels – das als Konzession an die Union – „elektronischer Aufenthaltsermittlung“; daneben seien die Länder gefordert, im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz für den Maßregelvollzug und das Gefahrenabwehrrecht die notwendigen und möglichen Maßnahmen zu veranlassen.<sup>69</sup>

Die geplante Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung wird aus Unionskreisen weiterhin kritisiert, besonders scharf aus den Reihen der CSU: Der bayrische Innenminister „poche“ auf deren Beibehaltung und werde „alles tun, um diese Fehlentwicklung zu korrigieren“, man dürfe sich „keine einzige Rechtslücke“ leisten, denn ein Gericht müsse „zu jeder Zeit“ einen hochgefährlichen rückfallgefährdeten Schwerverbrecher einsperren können; seine Justizkollegin ist sich sicher, am Ende würden sich „auch hier Sicherheit und Qualität durchsetzen“ und der Vorsitzende des BT-Innenausschusses zeigt sich ebenfalls besorgt über „Schutzlücken“. Ob darüber – zumal in Anbetracht des derzeitigen Zustands der Koalition – das letzte Wort schon gesprochen ist, steht also dahin,<sup>70</sup> während die Einführung der elektronischen Fußfessel trotz Bedenken in puncto Effektivität und Rechtsstaatlichkeit beschlossen ist.<sup>71</sup>

Die „Eckpunkte für gesetzgeberische Maßnahmen im Bereich der Sicherungsverwahrung“ sehen u.a. vor: eine Stärkung der Führungsaufsicht durch die Möglichkeit der elektronischen Aufenthaltsermittlung („Fußfessel“) für „eine bessere Betreuung und vor allem Überwachung in Freiheit“, eine Verbesserung des Vollzuges der Sicherungsverwahrung, um den Anforderungen des EGMR gerecht zu werden, und für zukünftige Fälle eine Reform der Sicherungsverwahrung zwischen folgenden Eckpunkten:

- Konsolidierung der primären SV einerseits durch Einschränkung des Anwendungsbereichs, dem „gewaltlose Vermögensdelikte“ entzogen werden sollen, andererseits durch Klarstellung des relevanten Prognosezeitpunktes (Verurteilung) zur Vermeidung fehlerhafter Nichtanordnungen.
- Ausbau der vorbehaltenen SV durch Verzicht auf die Feststellung eines ‚Hangs‘, Ausweitung auf Ersttäter und Verschiebung des endgültigen Anordnungszeitpunktes auf das Vollzugsende.

68 Krings/Voßhoff (Fn. 66) und [www.focus.de](http://www.focus.de) vom 9.6.2010.

69 BMJ Pressemitteilung vom 23.6.2010; 81. JuMiKo (23./24.6.2010) Beschluss zu TOP II.2.

70 Hermann, zit. nach [www.tagesspiegel.de](http://www.tagesspiegel.de) vom 11.6.2010, dpa vom 24.6. und ddp vom 29.6.2010; Merk, zit. nach [www.abendzeitung.de](http://www.abendzeitung.de) vom 25.6.2010; Bosbach (CDU), zit. nach [www.welt.de](http://www.welt.de) vom 24.6.2010; nach Pressemeldungen vom 6.7.2010 hat die Union den einstimmigen (!) Kabinettsbeschluss aufgekündigt ([www.focus.de](http://www.focus.de) vom 7.7.2010).

71 Vgl. auch Müller in: [www.blog.beck.de](http://www.blog.beck.de) „Reform der Sicherungsverwahrung“ am 24.6.2010.

- Beschränkung der nachträglichen SV durch deren Abschaffung für ‚Neufälle‘, die insb. durch die erweiterte Vorbehaltslösung (s.o.) aufgefangen werden sollen,<sup>72</sup> außerdem durch eine Ausweitung des (offenbar beizubehaltenden) § 66b Abs. 3 StGB<sup>73</sup> auf Fälle einer Erledigung der psychiatrischen Unterbringung (§§ 63, 67d Abs. 6 StGB) trotz Restbegleitstrafe. Besonders kurios mutet an, dass die Erfassung von ‚Altfällen‘ im Rahmen dieser „Reform“ nicht möglich sein soll „wegen des Rückwirkungsverbots der EMRK“, so dass nicht nur die bisher gemäß § 66b StGB Verwahrten, sondern auch alle zukünftigen Anordnungen mit Anlasstaten vor Inkrafttreten der Abschaffung (!) Bestand hätten – es sei denn, der EGMR hält die gesamte Konstruktion für konventionswidrig, was offenbar durchaus für möglich gehalten wird (dann müsse eben „eine Korrektur dieser Vorgabe erfolgen“).<sup>74</sup>

### 3. *Das Gebot der Stunde: Stärkung der Rechtssicherheit*

Getrieben von der eigenen Koalitionsabsprache wird der Einspruch aus Straßburg in Berlin eher als Ansporn in Sachen Sicherheitsrecht missverstanden denn als Moratorium in Sachen Rechtssicherheit und Menschenrechte. Dabei wäre das Gebot der Stunde: die EGMR-Entscheidung als Zäsur begreifen, Innehalten und das gesamte Instrumentarium auf den Prüfstand stellen.<sup>75</sup> Der „Greifswalder Appell zur Reform der Sicherungsverwahrung“ ist ein erster Versuch, sollte aber nicht das letzte Wort sein.<sup>76</sup> Auf der Tagesordnung stehen folgende Konsequenzen:

Sofortige Freilassung der im Sinne der EGMR-Entscheidung (zum Teil seit Jahren) menschenrechtswidrig Verwahrten. „Dabei spielt es rechtlich keine Rolle, wie ‚gefährlich‘ der zu Entlassende ist, wenn seine Inhaftierung sich als rechtswidrig erweist. Das gilt für Deutschland ebenso wie für Guantanamo.“<sup>77</sup> Dass der Staat sich danach besonders intensiv um deren Betreuung und Wiedereingliederung zu kümmern hat, ist eine pure Selbstverständlichkeit als Kompensation für das von ihnen erbrachte Sonderopfer.<sup>78</sup> Stattdessen eine „extrem scharfe Führungsaufsicht“ anzukündigen,<sup>79</sup> muss den Betroffenen wie eine weitere Strafe vorkommen.

Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung ex tunc, denn sie hat weder für Altfälle noch für Neufälle vor der EMRK Bestand; sofortige Freilassung der davon bereits Betroffenen. Gleiches gilt für die vorbehaltene Sicherungsverwahrung, die Pläne zu ihrer Ausweitung sind aufzugeben; was sie leisten soll, muss von der ‚traditionellen‘ SV geleistet werden können. Aufgabe aller Pläne, eine polizeirechtliche Dauerverwahrung zu installieren, die von Art. 5 Abs. 1 EMRK nicht vorgesehen ist: Will sich die deutsche Politik damit nicht abfinden, dann soll man so ‚mutig‘ sein, im Europarat einen Diskussionsprozess zur Ergänzung der EMRK anzustoßen, anstatt sich weiterhin nationalrechtlich an ihr vorbeizumogeln.<sup>80</sup>

72 Vgl. auch Frommel KJ 2004, 83 und Müller (Fn. 7), 212.

73 Berechtigte – auch in ihrer Deutlichkeit – Kritik an der Regelung und an BGH R&P 2009, 209 von Foth NStZ 2010, 267 f.

74 BMJ-Eckpunkte S. 3.

75 Ähnlich Kinzig (Fn. 7), 239.

76 Greifswalder Appell (Fn. 22).

77 Feest (Fn. 10), 2.

78 So auch der Greifswalder Appell (Fn. 22).

79 Tagesspiegel vom 28.6.2010.

80 Ebenso DAV-Strafrechtsausschuss, Stellungnahme 30/2010 (Juli 2010) S. 10.

Systemimmanent Rückkehr zur ‚traditionellen‘ Sicherungsverwahrung in der bis 1997 geltenden Fassung (incl. Befristung)<sup>81</sup> und Verbesserung der Vollzugsbedingungen in der Sicherungsverwahrung: Letzteres aus humanitären Gründen und zum Zwecke der Wiedereingliederung mit ausreichend therapeutischen Angeboten; die Hoffnung, damit der Entscheidung des EGMR den Boden zu entziehen, dürfte allerdings sowohl rechtlich als auch real enttäuscht werden.<sup>82</sup>

Wiederaufnahme der Diskussion über die Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt als Maßregel der Besserung und Sicherung.<sup>83</sup> Wenn es neben den Unterbringungen in psychiatrischen Krankenhäusern und sog. Entziehungsanstalten (§§ 63, 64 StGB) einer weiteren freiheitsentziehenden Maßnahme bedarf, die sich nicht - wie die Sicherungsverwahrung - als Strafe unter falschem Etikett erweist, dann dürfte dies noch am ehesten die Sozialtherapie sein.

Perspektivisch Abschaffung der Sicherungsverwahrung wegen menschenrechtlich und rechtsstaatlich nicht vertretbarer Prognoseprobleme.<sup>84</sup> „Falsche Positive“ als „Kollateralschaden“ einer vermeintlich effektiven Kriminalpolitik zu akzeptieren,<sup>85</sup> ist nicht länger hinnehmbar.

Nach (zu) langem Vorwegvollzug - und meist vor dem Hintergrund einer (zu) langen Kriminalisierungsgeschichte - erweist sich die vermeintlich zu prognostizierende Rückfallgefahr (Gemeingefährlichkeit) nicht selten als Konstrukt einer „iatrogenen Krankheit“.<sup>86</sup> „Muss ich beweisen, dass ich unschuldig bin, oder muss der Staat beweisen, dass ich gefährlich bin?“ fragt die scheidende EGMR-Richterin Jäger<sup>87</sup> - die staatlichen Versuche, dies mit Hilfe psychowissenschaftlicher Gutachten zu „beweisen“, erweisen sich zumeist als untauglich; die dazu herangezogenen Sachverständigen sollten dies offen bekennen. Die absehbare Entlassung von mehr als 100 „Gemeingefährlichen“ aus der Sicherungsverwahrung wird einmal mehr beweisen, dass sie die ihnen kriminalprognostisch zugeschriebene Rückfallgefahr nur äußerst selten in die Tat umsetzen.<sup>88</sup>

Noch weiter gehende Verschärfungen der Führungsaufsicht sind abzulehnen; die Schritte der „Reform der Führungsaufsicht“ von 2007 in Richtung „ambulante Sicherungsverwahrung“ waren bereits kritikwürdig.<sup>89</sup> Schon bisher hat die verschärfte Führungsaufsicht (zzgl. HEADS und anderer polizeirechtlicher Begleitmaßnahmen)<sup>90</sup> nicht dazu beigetragen, die SV in Schach zu halten - auch für die Zukunft ist zu befürchten, dass das Gesamtsystem der strafrechtlichen Sicherungsmaßnahmen expandiert.

Die Rechtssicherheit mutiert im Präventionsstaat erst zur Rechtsgütersicherheit<sup>91</sup> und verliert sich im Sicherheitsstaat<sup>92</sup> schließlich in den Niederungen des

81 So Kinzig (Fn. 7), 239, vgl. DAV (Fn. 80) S. 12.

82 Ähnlich Peglau (Fn. 35), 4.

83 Ehedem § 65 StGB, später gestrichen zugunsten der sog. ‚Vollzugslösung‘ in § 9 StVollzG.

84 Vgl. bereits das gemeinsame Plädoyer zur Abschaffung der Sicherungsverwahrung „Gegen Menschenverwahrung!“ der Kath. BAG und der Ev. Konferenz für Straffälligenhilfe sowie der Kath. und der Ev. Konferenz für Gefängnisversorgung von 2003 ([www.diakonie.de/straffaelligenhilfe-2215.htm](http://www.diakonie.de/straffaelligenhilfe-2215.htm)) und DAV (Fn. 80) S. 10.

85 Aus den 12 Thesen „Für eine verantwortungsbewusste und rationale Kriminalpolitik“ des Ziethener Kreises: Dünkel/Flügge/Lösch/Pörksen u.a. (Den Haag 4.10.2009), abgedruckt u.a. in: DRiZ 2010, 54 ff.

86 Böllinger in: Burkhardt/Graebisch/Pollähne (Hrsg.), Korrespondenzen, Münster 2005, 138 ff. (= vorgänge 2/2007, 73 ff.).

87 Jäger im rbb-Interview am 27.5.2010 (Fn. 17).

88 Aufschlussreich die Bochumer Rückfalluntersuchung von Feltes, vgl. Presseinfo Nr. 274 der Ruhr-Universität „Nachträgliche Sicherungsverwahrung - ein politischer Fehlschlag“ vom 20.9.2008, vgl. auch Alex NK 2008, 150 ff. und Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2008.

89 Ausf. Pollähne, Führungsaufsicht als ‚Grenzwahe‘?, in: Klimke (Hrsg.), Exklusion in der Marktgesellschaft, Wiesbaden 2008, 87 ff. m.w.N.; ders. KritV 2007, 386 ff.

90 Dazu Singelnstein (Fn. 15).

91 Denninger, Der Präventionsstaat, KJ 1988, 1 ff.

92 Haffke (Fn. 47), vgl. auch Rzepka, Sicherheits- statt Rechtsstaat, R&P 2003, 127 ff., 191 ff.

Sicherheitsrechts. Wer aber „die Sicherheit totalisiert, trägt die Freiheit zu Grabe.“<sup>93</sup> Dem EGMR ist daran gelegen, das menschenrechtliche Konzept der Rechtssicherheit zu stärken, nicht zuletzt als Ausprägung des Rechts auf „Freiheit und Sicherheit“ (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK) für alle (!) der vertragsstaatlichen Hoheitsgewalt unterstehenden Personen (Art. 1 EMRK). Mit der dadurch vorübergehend eintretenden „Rechtsunsicherheit“<sup>94</sup> werden wir sehr viel eher leben können als mit einem hypertrophen Unsicherheitsrecht.

## Verfassungskompromisse im Blickpunkt



### Kompromisshafte Verfassungsnormen

Grundlagen und Konsequenzen  
für die Auslegung und Anwendung  
der Verfassung

Von RA Dr. Stylianos-Ioannis  
G. Koutnatzis, LL.M.

2010, ca. 620 S., geb., ca. 149,- €,  
ISBN 978-3-8329-5503-8

(Neue Schriften zum Staatsrecht,  
Bd. 6)

Erscheint ca. September 2010

In der Monographie wird der Kompromisscharakter von Verfassungsbestimmungen erstmals umfassend untersucht. Der Autor erläutert die begrifflichen und typologischen Grundlagen kompromisshafter Verfassungsnormen und stellt Regeln für deren interpretatorische Handhabung auf. Kompromissbeispiele aus der deutschen Verfassungspraxis werden eingehend analysiert. Berücksichtigung finden auch außerjuristische, historische und rechtsvergleichende Aspekte.



## Nomos

Bitte bestellen Sie im Buchhandel oder  
versandkostenfrei unter ► [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

<sup>93</sup> Haffke (Fn. 47), 32.

<sup>94</sup> Zumindest missv. Scholz laut [www.spdfraktion.de](http://www.spdfraktion.de) vom 11.6.2010.