

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

Divergenzvorgaben gemäß § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG zur Frage der Fortdauer der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus in sog. „Altfällen“

Die Sache wird dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung folgender Rechtsfrage vorgelegt: Ist unter Berücksichtigung des Urteils des EGMR vom 17.12.2009 in Fällen, in denen eine Sicherungsverwahrung für vor dem 31.1.1998 begangene Taten angeordnet wurde, § 67d Abs. 3 S. 1 StGB i.d.F. des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualstraftaten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998 (BGBl. I, 160) oder § 67d Abs. S. 1 StGB in der bis zum 31.1.1998 geltenden Fassung anzuwenden? (Amtlicher Leitsatz)¹

OLG Celle, Beschl. v. 3.8.2010 – 2 Ws 264/10 (LG Lüneburg); OLG Nürnberg, Beschl. v. 4.8.2010 – 1 Ws 404/10 (LG Regensburg); OLG Köln, Beschl. v. 12.8.2010 – 2 Ws 488/10 (LG Aachen); OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.8.2010 – 1 Ws 57/10 (im Anschluss an OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010 – 1 Ws 57/10)²

Anmerkung:

I. 1. Am 17.12.2009 hatte der EGMR mit Recht festgestellt, dass die rückwirkende Anwendung des § 67d Abs. 3 S. 1 StGB auf Fälle, in denen die Sicherungsverwahrung vor der im Jahr 1998 erfolgten Gesetzesänderung angeordnet wurde, gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK (Recht auf Freiheit) und Art. 7 Abs. 1 EMRK (Rückwirkungsverbot) verstößt.³ Zuvor galt gemäß § 67d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. eine Höchstdauer der Unterbringung von zehn Jahren. Eine über diese Frist hinausgehende Vollstreckung der Sicherungsverwahrung ist in den sogenannten „Altfällen“ nur zulässig, wenn einer der Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 1 lit. a bis f EMRK eingreift. Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK scheidet als Legitimationsgrundlage aus, weil zwischen der Verurteilung des Verwahrten durch das erkennende Gericht und der Fortdauer der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus kein hinreichender Kausalzusammenhang besteht. Erst die bereits erwähnte Gesetzesänderung im Jahr 1998 ermöglicht die weitere Vollstreckung der Maßregel.⁴ Darüber hinaus kommt auch eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK nicht in Betracht, da diese Bestimmung – wie sich aus einer Zusammenschau mit Art. 5 Abs. 3 EMRK ergibt – nicht auf Freiheits-

entziehung durch Sicherungsverwahrung abzielt, sondern vielmehr mit dem Untersuchungshaftgrund des § 112a StPO vergleichbar ist.⁵ Eine die Dauer von zehn Jahren überschreitende Unterbringung ließe sich letztlich nur nach Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK legitimieren. Dies setzt aber voraus, dass bei dem Betroffenen eine schwere seelische Störung vorliegt, was aber überwiegend nicht der Fall ist.⁶

2. Unabhängig davon ist in den sogenannten „Altfällen“ ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK gegeben. Insoweit hat der EGMR zutreffend festgestellt, dass es sich bei der deutschen Sicherungsverwahrung der Sache nach um eine Strafe handelt, weil sich die Vollzugswirklichkeit nicht wesentlich von derjenigen des Strafvollzuges unterscheidet.⁷ *Roxin* wirft deshalb mit Recht die Frage auf, warum der Gesetzgeber einen verbotenen rückwirkenden Strafeingriff durch die bloße Einordnung als Maßregel soll zulässig machen dürfen.⁸

II. Damit ergibt sich das Problem, inwieweit die Entscheidung des EGMR innerstaatliche Bindungswirkung entfaltet und Betroffene womöglich auf freien Fuß gesetzt werden müssen. Diesbezüglich hat das Bundesverfassungsgericht in seinem im Jahr 2004 ergangenen „Görgülü“-Beschluss ausgeführt, dass deutsche Gerichte im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung nationalen Rechts verpflichtet sind, Entscheidungen der Straßburger Richter zu beachten.⁹ Unter den Oberlandesgerichten ist heftig umstritten, ob eine Berücksichtigung des EGMR-Urteils dadurch möglich ist, dass man Art. 7 Abs. 1 EMRK als eine andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB ansieht.¹⁰ Auf den entsprechenden Streitstand soll hier nicht näher eingegangen werden, weil dies bereits vielfach an anderer Stelle erschöpfend geschehen ist.¹¹ Hingewiesen sei nur darauf, dass – wie häufig vorgebracht wird – weder die Gesetzeskraft des Urteils des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 Abs. 2 BVerfGG), das die Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung der

¹ Exemplarisch wiedergegeben ist hier lediglich der amtliche Leitsatz des OLG Nürnberg. Gegenüber den Vorlagefragen der anderen Oberlandesgerichte bestehen nur Unterschiede im Wortlaut, nicht aber in der Sache.

² Die Entscheidungen sind unter <http://www.juris.de> im Volltext abrufbar. Der Beschluss des OLG Nürnberg ist zudem abgedruckt in *NStZ* 2010, 574.

³ Vgl. *EGMR EuGRZ* 2010, 25; zusammenfassender Überblick über die Entscheidung bei *Bachmann/Neubacher, BewHi* 2010, 344 (346 f.).

⁴ Vgl. *Laue, JR* 2010, 198 (203).

⁵ Näher hierzu *Kinzig, NStZ* 2010, 233 (236); *Bachmann/Goeck, NJ* 2010, 457 (458).

⁶ Vgl. *Pollähne, KJ* 2010, 255 (264).

⁷ Näher hierzu *EGMR EuGRZ* 2010, 25 (40), der u.a. darauf hinweist, dass beide Formen der Freiheitsentziehung in denselben Gebäuden vollzogen werden und es zudem für die Maßregel der Sicherungsverwahrung nur wenige Spezialvorschriften gibt.

⁸ Vgl. *Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl.* 2006, § 5 Rn. 56.

⁹ Vgl. *BVerfGE* 111, 307 (316 ff.).

¹⁰ Für eine Berücksichtigung des EGMR-Urteils über § 2 Abs. 6 StGB: *OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR* 2010, 321; *OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010 – 2 Ws 458/09*; *OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2010 – 4 Ws 157/10*; *OLG Schleswig, Beschl. v. 15.7.2010 – 1 Ws 267 und 268/10*; dagegen: *OLG Celle NStZ-RR* 2010, 322; *OLG Koblenz RuP* 2010, 154; *OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010 – 2 Ws 431/10*; *OLG Nürnberg, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 Ws 315/10*; *OLG Stuttgart RuP* 2010, 157.

¹¹ Vgl. etwa *Gaede, HRRS* 2010, 329; *Bachmann/Goeck, NJ* 2010, 457 (459 f.) m.w.N.

Sicherungsverwahrung festgestellt hat,¹² noch der Wille des Gesetzgebers einer Berücksichtigung der Straßburger Entscheidung entgegenstehen.¹³ Hinsichtlich des erstgenannten Umstands folgt dies aus Art. 46 EMRK (Bindung der Mitgliedstaaten an die Rechtsprechung des EGMR), der stets leer liefe, sobald eine divergierende Auffassung des Bundesverfassungsgerichts vorliegt.¹⁴ Im Hinblick auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers ist festzustellen, dass dieser bei der Aufhebung der Höchstfrist der Unterbringung zwar durchaus auch die „Altfälle“ mit einbeziehen wollte. Unabhängig davon sind jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass er an dieser Absicht auch um den Preis bewusst konventionswidrigen Verhaltens durch Nichtbeachtung einer Entscheidung des EGMR festhalten wollte.¹⁵

III. Die vorgenannten Meinungsverschiedenheiten der Oberlandesgerichte führten dazu, dass der Gesetzgeber mit dem 4. Gesetz zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 24.7.2010 die Möglichkeit einer Divergenzvorgabe geschaffen hat, um die Rechtsprechung zu vereinheitlichen. Gemäß § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG muss nun ein Oberlandesgericht, wenn es bei seiner Entscheidung über die Erledigung einer Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, in einem psychiatrischen Krankenhaus oder über die Zulässigkeit ihrer weiteren Vollstreckung von einer nach dem 1.1.2010 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des BGH abweichen will, die Sache letzterem vorlegen. Mit Celle, Nürnberg, Köln und Stuttgart, die ausnahmslos dem EGMR nicht folgen wollen, haben bereits kurz nach Inkrafttreten der GVG-Änderung am 30.7.2010 vier Oberlandesgerichte hiervon Gebrauch gemacht.

IV. 1. Schon zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Divergenzvorgaben zeichnete sich im Hinblick auf die mögliche Entscheidung des BGH eine erste Tendenz ab. So ist in diesem Zusammenhang zunächst ein Beschluss des 4. Strafsenates vom 12.5.2010 aufschlussreich, wonach die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 3 StGB nur bei Taten in Betracht komme, die nach dem Inkrafttreten dieser Regelung am 29.7.2004 begangen wurden.¹⁶ Art. 7 Abs. 1 EMRK sei eine andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB und führe angesichts der Tatsache, dass der EGMR die Sicherungsverwahrung als Strafe einordne dazu, dass § 66b Abs. 3 StGB auf „Altfälle“ nicht angewendet werden könne und Betroffene aus der Maßregel entlassen werden müssten.

2. Für die Konstellation des § 66b Abs. 1 S. 2 StGB hatte der 5. Strafsenat zwar am 21.7.2010 entschieden, dass eine

nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auf Fälle vor der Einfügung dieser Vorschrift am 18.4.2007 durchaus in Betracht komme, weil § 2 Abs. 6 StGB eine methodisch vertretbare Berücksichtigung des EGMR-Urteils nicht erlaube.¹⁷ Allerdings sei in allen Fällen des § 66b StGB eine Ermessensentscheidung zu treffen, in deren Rahmen die Regelungen der EMRK in ihrer Auslegung durch die Straßburger Richter einbezogen werden müssten. Dies bedeute, dass eine Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 1 S. 2 StGB allenfalls bei hochgefährlichen Verurteilten denkbar sei.¹⁸

3. Vor dem geschilderten Hintergrund ist es nicht überraschend, dass der 5. Strafsenat des BGH mit Beschluss vom 9.11.2010¹⁹ inzwischen eine Divergenzentscheidung dahingehend getroffen hat, dass den Rechten der betroffenen Gefangenen unter dem Aspekt der konventionsfreundlichen Gesetzesauslegung grundsätzlich der Vorrang zukommt.²⁰ Allerdings hat sich der entscheidende Senat nach dem Muster seiner Entscheidung vom Juli 2010 ein „Hintertürchen“ für die Fälle offen gehalten, in denen die Entlassung eines hochgefährlichen Gefangenen im Raum steht. Hier müssten dessen Rechte hinter das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit zurücktreten.²¹

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann und stud. Hilfskraft Ferdinand Goeck, Köln

¹² Vgl. BVerfGE 109, 133.

¹³ So etwa OLG Nürnberg, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 Ws 315/10; OLG Celle NStZ-RR 2010, 322.

¹⁴ Vgl. Bachmann/Goeck, NJ 2010, 457 (460). Deswegen wird vorgeschlagen § 31 Abs. 2 BVerfGG dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass dieser stets dann nicht gilt, wenn eine Entscheidung des EGMR gegeben ist, vgl. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 46 Rn. 20.

¹⁵ Vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2010, 321.

¹⁶ Vgl. BGH NStZ 2010, 567 (568).

¹⁷ Vgl. BGH NStZ 2010, 565 (565).

¹⁸ Vgl. BGH NStZ 2010, 565 (567).

¹⁹ Abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

²⁰ Näher hierzu Bachmann/Goeck, NJ 2011 (im Erscheinen).

²¹ Abzuwarten bleibt freilich noch das Ergebnis des Anfragesverfahrens nach § 132 GVG, das der 5. Strafsenat eingeleitet hat, weil er in dem erwähnten Beschluss des 4. Strafsenates vom 12.5.2010 eine abweichende Entscheidung sieht. Dies verdient in der Tat Zustimmung, weil die Frage des Rückwirkungsverbot im Rahmen des § 66b Abs. 3 StGB nicht anders beantwortet werden kann als bei § 67d Abs. 3 S. 1 StGB (vgl. Bachmann/Goeck, NJ 2011 [im Erscheinen]).