

Das Elend mit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung

Von Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Halle-Wittenberg

I. Einleitung

Das Debakel ist perfekt. Inzwischen hat der EGMR mehrfach den Sündenfall aus dem Jahr 1998, die rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung auf unbestimmte Zeit¹ als Verletzung von Art. 5 und 7 Abs. 1 EMRK gebrandmarkt.² Auch die im Jahr 2004 neu eingeführte und in der Folgezeit mehrfach verschärfte nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66c StGB a.F.³ wurde – wenig überraschend⁴ – vom EGMR nicht akzeptiert.⁵

¹ Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998, BGBl. I 1998, 160.

² EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 93-103, 122-137 = NSTZ 2010, 263 m. Anm. *Eschelbach* NJW 2010, 2499 sowie Bespr. *Müller*, StV 2010, 207; *Kinzig*, NSTZ 2010, 233; *Laue*, JR 2010, 198; *Pollähne*, KJ 2010, 255; *Kleszczewski*, HRRS 2010, 394 und *Jung*, GA 2010, 639; die Verfassungsbeschwerde hatte BVerfGE 109, 133 (m. krit. Bespr. *Mushoff*, KritV 2004, 137; *Kinzig*, NJW 2004, 911; zustimmend dagegen *Laubenthal*, ZStW 116 [2004], 703 [723 ff.]) noch als unbegründet abgelehnt. EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Deutschland), Rn. 47-59, 66-69; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 (Mautes v. Deutschland), Rn. 38-46, 53-56; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (Schummer v. Deutschland), Rn. 52-58, 65-68; EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (Jendrowiak v. Deutschland), Rn. 30-39, 46-49.

³ Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23.7.2004, BGBl. I 2004, S. 1838; Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13.4.2007, BGBl. I 2007, S. 513; Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht vom 8.7.2008, BGBl. I 2008, S. 1212.

⁴ Vgl. nur *Ullenbruch*, NSTZ 2001, 292 (296); *Hanack*, in: *Hanack* (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 709 (S. 717 f.); *Richter*, Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe 2003, 201 (204); *Renzikowski*, JR 2004, 271 (273 f.); *Trechsel*, in: *Grafl/Medigovic* (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, 2004, S. 201 (S. 212); *Römer*, JR 2006, 5; *Streng*, StV 2006, 92 (98); *Bender*, Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2007, S. 163 ff.; *Sprung*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – verfassungsgemäß?, 2009, S. 241 ff.; anders nur *Rissing-van Saan/Peglau*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 66b Rn. 54-56, 60 f.

⁵ EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 81-97. Die Sicherungsverwahrung als solche hat der EGMR dagegen nicht in Frage gestellt, s. EGMR, Urt. v. 21.10.2010 – 24478/03 (Grosskopf v. Deutschland), Rn. 45-54; früher bereits EGMR, Urt. v. 7.5.1997 – 17391/90 (Erik-

Gerade die letzte Verurteilung ist besonders pikant. Der Beschwerdeführer war nach dem bayerischen „Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern“ vom 24.12.2001 in Sicherungsverwahrung genommen worden. Auf seine Verfassungsbeschwerde hin erklärte das BVerfG am 10.2.2004 die bayerische Regelung aus kompetenzrechtlichen Gründen für verfassungswidrig.⁶ Gleichwohl hatte seine Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg, denn die Senatsmehrheit begnügte sich damit, an Stelle der Nichtigkeit lediglich die Unvereinbarkeit festzustellen, und ordnete die befristete Fortgeltung der verfassungswidrigen Gesetze bis zum 30.9.2004 an. Dadurch wurde dem Bundesgesetzgeber die Möglichkeit gegeben, für die Unterbringung der betroffenen, als gefährlich eingestuften Beschwerdeführer eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage zu schaffen.⁷ Schon darin lag ein evidenter Konventionsverstoß, denn nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK darf die Freiheit „nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden“.⁸ Mit dieser Formulierung wird das innerstaatliche Recht gewissermaßen in die Konvention inkorporiert, denn ein Verstoß gegen nationale Rechtsvorschriften enthält zugleich eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK.⁹ Da bereits das BVerfG selbst die landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage für verfassungswidrig hielt, war zwangsläufig in dem zugrundeliegenden Fall die Voraussetzung der „gesetzlich vorgeschriebenen Weise“ nicht erfüllt. Denn es fehlte an einer verfassungsgemäßen Eingriffsgrundlage und konsequenterweise auch an einem konventionsgemäßen Verfahren.¹⁰

sen v. Norwegen), Rn. 78; ferner EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 93-96.

⁶ BVerfGE 109, 190 m. krit. Bespr. *Kinzig*, NJW 2004, 911 (913).

⁷ Insoweit unter heftiger Kritik der Senatsminderheit, s. BVerfGE 109, 190 (244 ff.).

⁸ Der EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 96 hat diese Frage freilich offen gelassen, weil aus anderen Gründen bereits eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK vorlag.

⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 29.5.1997 – 19233 und 19234/91 (Tsirlis und Koloumpas v. Griechenland), Rn. 56: „the Convention ‚incorporates‘ the rules of that law“; näher dazu *Renzikowski*, in: *Wolfram/Birk/Golsong* (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 7. Lieferung, Stand: Juni 2004, Art. 5 Rn. 71 f. m.w.N.

¹⁰ Verkannt von *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2011, 174. § 31 Abs. 2 S. 3 BVerfGG, auf den sich das BVerfG stützte, ändert daran nichts, denn diese Vorschrift enthält nicht den geringsten Hinweis auf seine Relevanz für Freiheitsentziehungen. Das gilt, wie das Minderheitsvotum überzeugend ausführt, bereits im Hinblick auf Art. 104 GG – ganz abgesehen davon, dass mit diesem „Trick“ der konventionsrechtliche Gesetzesvorbehalt faktisch ausgehebelt wird.

Über die Folgerungen, die aus der Rechtsprechung des EGMR gezogen werden müssen, ist die Praxis jedoch gespalten. Während der 4. Senat des BGH und einige Oberlandesgerichte eine sofortige Freilassung aller konventionswidrig in der Sicherungsverwahrung untergebrachten Personen befürworten,¹¹ lehnen der 5. Senat des BGH und andere Oberlandesgerichte diese Konsequenz entschieden ab.¹² Die Divergenz führte zur Vorlage an den BGH nach § 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG¹³ und in der Folge zu einem Stillstand der Rechtspflege, nachdem diese Frage dem Großen Senat des BGH vorgelegt worden ist.¹⁴ Das BVerfG hat mehrfach eine sofortige Freilassung im Wege der einstweiligen Anordnung abgelehnt.¹⁵ Am 8. Februar hat es mündlich über Verfassungsbeschwerden wegen nachträglicher Anordnung der Sicherungsverwahrung verhandelt. Eine Entscheidung ist für Anfang Mai angekündigt.

Sollte es noch eines Beweises für die Auswirkungen der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR auf das deutsche Recht bedürft haben, so ist er mit dem „Gesetz zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“ vom 20.12.2010¹⁶ erbracht. Ziel der Reform war die Herstellung einer konventionskonformen Regelung der Sicherungsverwahrung.¹⁷ Allerdings ist die Reform nur halbherzig. Weil der Gesetzgeber sich auf Art. 7 EMRK beschränkt und Art. 5 Abs. 1 EMRK ausblendet,¹⁸ soll die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Art. 316e Abs. 1 EGStGB für alle Anlasstaten vor dem 1.1.2011 aufrechterhalten bleiben. Die vom Gesetzgeber beschworene Schutzlücke¹⁹ ist konventionsrechtlich ohne jegliche Relevanz.²⁰ So

dann bleibt eine rudimentäre nachträgliche Sicherungsverwahrung auch bei zukünftigen Anlasstaten für die Fälle erhalten, in denen die Unterbringung einer Person in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB nach § 67d Abs. 6 StGB für erledigt erklärt worden ist (s. § 66b StGB).²¹ Unangetastet blieb die nachträgliche Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht nach § 7 Abs. 2 JGG.²²

Was macht man mit einem Gesetzgeber, der sehenden Auges Menschenrechtsverletzungen in Kauf nimmt?²³ Wie ist der Konflikt zwischen völkerrechtlicher Bindung und defizitärer innerstaatlicher Rechtsordnung zu lösen? Bevor diese Frage beantwortet wird, soll noch einmal kurz auf die ratio der Rechtsprechung des EGMR sowie auf einige Einwände dagegen eingegangen werden.

II. Die Konventionswidrigkeit der nachträglich angeordneten bzw. verlängerten Sicherungsverwahrung

1. Allgemeine Probleme bei der Rezeption der Rechtsprechung des EGMR

Deutsche Klagen über das Niveau der Urteilsbegründung des EGMR sind ebenso berechtigt wie alt. So moniert etwa Hörnle, der EGMR stelle „oberflächlich entwickelte Argumente nebeneinander“, ohne sich „in systematischer [...] Weise“ mit denkbaren Einwänden zu befassen.²⁴ In der Tat – und das betrifft nicht nur die Entscheidungen gegen Deutschland zur Sicherungsverwahrung – beschränkt sich der Gerichtshof häufig darauf, alle möglichen Gesichtspunkte zu sammeln, ohne ihre Relevanz oder ihr systematisches Verhältnis zueinander zu erläutern. Dem Rechtsanwender bleibt es dann überlassen, die tragenden Aspekte herauszudestillieren. Zwar mag diese Vorgehensweise der Herkunft der Richter aus den un-

¹¹ S. etwa BGH NStZ 2010, 567 m. Anm. Ahmed, StV 2010, 574; OLG Hamm RuP 2010, 162; OLG Frankfurt NStZ 2010, 573; NStZ-RR 2010, 321; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 322; OLG Karlsruhe Justiz 2010, 350; OLG Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2010, 296.

¹² BGHSt 55, 234; OLG Celle NStZ-RR 2010, 322; OLG Celle Niedersächsische Rechtspflege 2010, 363; OLG Stuttgart RuP 2010, 157; OLG Koblenz RuP 2010, 154; OLG Koblenz JR 2010, 306; OLG Düsseldorf RuP 2011, 40; OLG Nürnberg OLGSt § 67d Nr. 15 und § 2 Nr. 6; OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010 – 2 Ws 431/10.

¹³ Aufgrund des durch das Gesetz zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung bei Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung vom 24.7.2010 (BGBl. I 2010, S. 976) eigens für diesen Anlass geänderten § 121 Abs. 3 Nr. 2 GVG; vgl. auch BT-Drs. 17/2350, S. 6 ff.

¹⁴ S. BGH NJW 2011, 240; bis zur Entscheidung des Großen Senats wurden alle Verfahren an die OLGe zurückgegeben.

¹⁵ BVerfG RuP 2010, 111; BVerfG NJW 2010, 2501.

¹⁶ BGBl. I 2010, S. 2300; zur Gesetzesbegründung s. BT-Drs. 17/3403; näher – krit. – Kinzig, NJW 2011, 177; Kreuzer, StV 2011, 122.

¹⁷ So ausdrücklich BT-Drs. 17/3403, S. 2.

¹⁸ S. BT-Drs. 17/3403, S. 79.

¹⁹ BT-Drs. 17/3403, S. 81 ff. – die im europäischen Vergleich einzigartige Sackgasse ist indes wegen der Ignoranz gegenüber der EMRK selbstverschuldet.

²⁰ Da zudem die nachträgliche Sicherungsverwahrung von Anfang an rückwirkend gelten sollte – das gilt noch mehr für den im Jahr 2007 eingeführten Art. 66b Abs. 1 S. 2 StGB für Fälle, in denen „die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich war“ –, wird die Verletzung von Art. 7 Abs. 1 EMRK perpetuiert.

²¹ S. dazu BT-Drs. 17/3403, S. 55. Wegen des abschließenden Katalogs der Eingriffstatbestände in Art. 5 Abs. 1 lit. a-f EMRK kann man die Rechtsgründe für eine Freiheitsentziehung jedoch nicht beliebig gegeneinander austauschen. Vgl. auch BGH NStZ 2010, 567.

²² S. dazu BGH NJW 2010, 1539 m. Kritik v. Bartsch, StV 2010, 521 (524); Eisenberg, NJW 2010, 1507 (1509); Kinzig, JZ 2010, 689; Kreuzer, NStZ 2010, 473 (477 f.) und Renzikowski, NStZ 2010, 506 (507 f.).

²³ Vgl. die trotzige – oder lediglich prozesstaktischen Erwägungen geschuldete (?) – Bemerkung in BT-Drs. 17/3403, S. 53, die Bundesregierung teile die Annahme einer Verletzung von Art. 5 EMRK nicht. Nach irgendwelchen Gründen dafür sucht man jedoch vergebens.

²⁴ Vgl. zuletzt Hörnle, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, 2011, S. 239 (S. 243 sowie S. 248): „flache Argumentationstiefe“.

terschiedlichsten Rechtskulturen geschuldet sein.²⁵ Mit der – weisen – Zurückhaltung des EGMR gegenüber nationalen Besonderheiten²⁶ hat das aber nicht das Geringste zu tun, zumal es gerade dem Gerichtshof aufgetragen wäre, in autonomer und authentischer Interpretation der EMRK eine eigene Dogmatik der Konventionsgarantien zu entwickeln. Dass auf diese Weise die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR nicht gefördert wird, sondern Missverständnisse heaufbeschwoen werden, liegt auf der Hand.

Umgekehrt sollte man allerdings auch der deutschen Rechtspraxis den Spiegel vorhalten. Entgegen der Forderung des BVerfG im „Görgülü“-Urteil²⁷ findet sich bis Anfang 2010 die doch vom Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gebotene intensive Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 und 7 EMRK in keiner einzigen Entscheidung – und das gilt auch für das BVerfG selbst.²⁸ Erst seit Rechtskraft der Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR²⁹ rätselt die Praxis darüber, welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind.

Ungeachtet dessen ist eine kritische Betrachtung der Rechtsprechung des EGMR schon aus rechtswissenschaftlichen Gründen geboten. Dabei kann der beklagte Mangel an Substanz und Überzeugungskraft durchaus geheilt werden.

2. Die Sicherungsverwahrung als Strafe i.S.v. Art. 7 Abs. 1 EMRK

Methodischer Ausgangspunkt der Auslegung von Art. 7 EMRK ist die autonome Auslegung der Konvention – hier des Ausdrucks „penalty“ – unabhängig von den in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen verwendeten Begriffen.³⁰

Die in den Entscheidungen gegen Deutschland zugrunde gelegten Kriterien hat der EGMR schon vor Jahren in den Beschwerdesachen Welch gegen Großbritannien und Jamil gegen Frankreich formuliert:³¹ Zunächst muss es sich bei der fraglichen Maßnahme um eine Sanktion handeln, die infolge der Verurteilung wegen einer Straftat auferlegt worden ist. Sodann stellt der EGMR eine Gesamtwürdigung an, bei der die Charakterisierung der Maßnahme durch das innerstaatliche Recht nur eine untergeordnete Bedeutung neben ihrer Natur und ihrem Zweck, dem vorgesehenen Verfahren, der Vollstreckung und vor allem auch der Eingriffsschwere spielt. Dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung präventive Zwecke verfolgt, schließt ihre Einordnung als Strafe nicht von vornherein aus.³²

Über derartige Abwägungen lässt sich durchaus streiten, zumal sie immer etwas Unbestimmtes an sich haben³³ – obwohl der EGMR selbst Gesetzesbestimmtheit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns immer wieder betont.³⁴ Auch sind manche Gesichtspunkte, die in die Abwägung einfließen, durchaus zweifelhaft.³⁵ Es kann wohl kaum darauf ankommen, dass sich die Sicherungsverwahrung in ihrem Vollzug nicht substantiell von einer „gewöhnlichen“ Gefängnisstrafe unterscheidet³⁶ oder dass dieselben Spruchkörper für Entscheidungen zuständig sind.³⁷ Auch die mangelnde psychologische Betreuung und Unterstützung bei der Resozialisierung der Sicherungsverwahrten³⁸ ist nicht konventionsrelevant: Für Art. 7 EMRK lässt sich jedenfalls keine Bedeutung erkennen. Bei Art. 5 EMRK kommt es – mit Ausnahme der Haftgründe nach Abs. 1 lit. d und e – ebenfalls nicht auf die

Grosse-Bömer/Klein, ZRP 2010, 172 (173) – liegt schon daher neben der Sache.

³¹ EGMR, Urte. v. 9.2.1995 – 17440/99 (Welch v. Großbritannien), Rn. 27, 28; EGMR, Urte. v. 8.6.1995 – 15917/89 (Jamil v. Frankreich), Rn. 30, 31.

³² S. EGMR, Urte. v. 9.2.1995 – 17440/99 (Welch v. Großbritannien), Rn. 29-35; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl. 2009, S. 336 f.; ebenso aus rechtsvergleichender Perspektive *Trechsel* (Fn. 4), S. 207; *Scheidegger*, in: Breitenmoser (Hrsg.), Human rights, democracy and the rule of law, liber amicorum Luzius Wildhaber, Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, 2007, S. 737 (S. 739 m. Fn. 30); vgl. auch Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts 134 I, 121.

³³ S. etwa die Kritik *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 294 ff.: „offener Strafbegriff“. Im Übrigen ist die Auslegung des Ausdrucks „Strafe“ durch den EGMR keineswegs über jegliche Kritik erhaben, s. etwa *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 7 Rn. 24 m.w.N. für Disziplinarmaßnahmen.

³⁴ S. nur EGMR (Große Kammer), Urte. v. 22.3.2001 – 34044/96, 35532/97 und 44801/98 (Streletz, Kessler und Krentz v. Deutschland), Rn. 50.

³⁵ Zutreffend *Hörnle* (Fn. 24), S. 243.

³⁶ Anders *Gaede*, HRRS 2010, 329 (335).

³⁷ S. EGMR, Urte. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 127, 131.

³⁸ EGMR, Urte. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 129.

²⁵ Vgl. auch *Kühne*, StV 2001, 73 (76 f.).

²⁶ S. etwa EGMR, Urte. v. 25.3.1998 – 23224/94 (Kopp v. Schweiz), Rn. 59; EGMR, Urte. v. 12.5.2000 – 35394/87 (Khan v. Großbritannien), Rn. 34, 35; EGMR (Große Kammer), Urte. v. 10.3.2009 – 4378/02 (Bykov v. Russland), Rn. 88, 89; EGMR, Urte. v. 28.9.2010 – 40156/07 (A.S. v. Finnland), Rn. 50.

²⁷ BVerfGE 111, 307 (317, 324).

²⁸ Ganz abgesehen davon war und ist die Nichtanwendung von Art. 103 Abs. 2 GG auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft umstritten – vgl. dazu nur *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2005, § 2 Rn. 52 f. m.w.N. – ohne dass die Praxis die verschiedenen Einwände jemals näher diskutiert hätte.

²⁹ Nach der Verwerfung des Verweisungsantrags der Bundesrepublik gemäß § 44 Abs. 2 lit. c EMRK durch den Beschluss des fünfköpfigen Richterausschusses der Großen Kammer vom 10.5.2010.

³⁰ Vgl. auch Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention: Ein völkerrechtlicher Vertrag ist „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit den gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutungen und im Lichte seines Ziels und Zwecks auszulegen“. Der Vorwurf einer mangelnden Sensibilität gegenüber den dogmatischen Feinheiten des deutschen Rechts – so

Modalitäten der Freiheitsentziehung an.³⁹ Die einschlägige Konventionsgarantie für eine menschenunwürdige Behandlung wäre Art. 3 EMRK, aber eine Verletzung hat der EGMR in den Entscheidungen gegen Deutschland nicht angenommen.⁴⁰ Es wäre daher ein großes Missverständnis, zu meinen, man könne weitere Verurteilungen wegen Verletzung von Art. 7 EMRK schon dadurch vermeiden, dass der Vollzug der Sicherungsverwahrung resozialisierungsfreundlicher ausgestaltet wird,⁴¹ so wie es bereits das BVerfG mit dem „Abstandsgebot“ zum Strafvollzug eingefordert hat.⁴²

Letztendlich gibt die Eingriffsschwere für den EGMR den Ausschlag. Wenn im Fall *Welch* die präventive Vermögensbeschlagnahme in Zusammenhang mit der Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts als Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK bewertet wurde, dann gilt dies aus der Perspektive des Sicherungsverwahrten für eine potentiell unbegrenzte Freiheitsentziehung umso mehr.⁴³

Hinzu kommt folgende Überlegung: Auch das deutsche Recht führt die Trennung zwischen Sicherungsverwahrung als präventive Maßregel und Strafe als repressivem Schuldausgleich nicht eindeutig durch. So kann etwa nach § 154 Abs. 1 Nr. 2 StPO auf die Verhängung einer Strafe verzichtet werden, wenn die Anordnung der Maßregel „zur Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend erscheint“. § 67d StGB gestattet die Anrechnung der Unterbringung auf die Dauer der Freiheitsstrafe (sog. „Vikariieren“), was völlig ungereimt wäre, wenn man strikt zwischen präventiver und repressiver Freiheitsentziehung unterscheiden würde. Schließlich kennen die allerwenigsten Konventionsstaaten das (deutsche) System der Zweispurigkeit von Strafe und Maßregel, sondern der Freiheitsentzug dient zugleich der Schuldvergeltung und der anschließenden Sicherung der Gesellschaft vor dem noch gefährlichen Straftäter.⁴⁴ Es lässt sich also durchaus begründen, dass die Sicherungsverwahrung als Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK anzusehen ist.⁴⁵

³⁹ S. *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn. 21, 22, 185 und 190 m.w.N.

⁴⁰ EGMR, Urt. v. 21.10.2010 – 24478/03 (*Grosskopf v. Deutschland*), Rn. 57; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (*Schummer v. Deutschland*), Rn. 76-81; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (*Haidn v. Deutschland*), Rn. 108-113; zu weitgehend daher *Kleszczewski*, HRRS 2010, 397.

⁴¹ So aber *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 174; wohl auch *Radtke*, NStZ 2010, 537 (538 und 541); zurückhaltend *Hörnle* (Fn. 24), S. 255.

⁴² Vgl. BVerfGE 109, 133 (166 f.).

⁴³ So auch EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (*M. v. Deutschland*), Rn. 130; ebenso *Möllers*, ZRP 2010, 153 (155 f.).

⁴⁴ Vgl. etwa die „mandatory life sentence“ oder die „indeterminate life sentence“ nach englischem Recht.

⁴⁵ Die von *Hörnle* (Fn. 24), S. 244 vermisste grundsätzliche Stellungnahme zur Bedeutung von Art. 7 EMRK erscheint angesichts des klaren Wortlauts von Abs. 1 S. 2 entbehrlich, zumal beim parallelen Art. 103 Abs. 2 GG niemand daran zweifelt, dass sich das Rückwirkungsverbot auch auf die

Art. 7 EMRK betrifft jedoch nur einen Teil der Fälle. Abgesehen vom gemäß Art. 316e Abs. 1 EGStGB fortgeltenden §66 b Abs. 1 S. 2 StGB, der den im Einigungsvertrag vereinbarten Ausschluss der Sicherungsverwahrung für die neuen Länder – in der ehemaligen DDR war diese Sanktion unbekannt – ausdrücklich nachträglich wieder zurücknimmt, sind nur solche Konstellationen betroffen, in denen die Anlasstat vor der Gesetzesänderung, sei es der rückwirkenden Verlängerung der Höchstfristen, sei es der Einführung der nachträglichen und der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, begangen wurde.

3. Die Verletzung von Art. 5 Abs. 1 lit. a, c und e EMRK

a) Jeder Eingriff in die Freiheit ist nur dann konventionskonform, wenn er sich auf eine der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a-f EMRK normierten Eingriffstitel stützen kann. Dabei ist der Katalog der Eingriffstatbestände im Interesse eines effektiven Schutzes der Freiheit eng auszulegen.⁴⁶ Der Haftgrund nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK betrifft nur ganz bestimmte Urteile, nämlich solche, die mit einem Schuldspruch verbunden sind.⁴⁷ Würde man sich bereits mit irgendeiner gerichtlichen Entscheidung begnügen, wäre der Katalog der Eingriffstatbestände hinfällig. Im Zusammenhang mit einer derartigen Verurteilung darf neben der Freiheitsstrafe eine anschließende präventive Freiheitsentziehung angeordnet werden.⁴⁸ So dann muss die Freiheitsentziehung gerade auf der Verurteilung beruhen – der EGMR spricht von „sufficient causal connection“.⁴⁹ Der Ausdruck „Kausalität“ passt zur Bezeichnung der Rechtswirkungen eines Urteils nicht. Gemeint ist aber, dass die Verurteilung als Eingriffstitel fungiert, der in späteren Entscheidungen konkretisiert werden kann (wie in den meisten anderen Konventionsstaaten).⁵⁰ Das setzt aller-

Rechtsfolgen erstreckt, obwohl sie dort nicht ausdrücklich genannt werden, s. etwa *Dannecker*, in: *Dannecker* (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 25 (S. 36 ff.); grübeln könnte man vielmehr darüber, ob die außerordentlich weiten Strafrahmen des StGB dem Bestimmtheitsgebot genügen.

⁴⁶ Ständige Rspr., s. etwa EGMR (Große Kammer), Urt. v. 29.1.2008 – 13229/03 (*Saadi v. Großbritannien*), Rn. 43.

⁴⁷ Vgl. etwa EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (*Guzzardi v. Italien*), Rn. 100; EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (*van Droogenbroeck v. Belgien*), Rn. 35; EGMR, Urt. v. 30.7.1998 – 25357/94 (*Aerts v. Belgien*), Rn. 45.

⁴⁸ S. EGMR, Urt. v. 27.5.1997 – 17391/90 (*Eriksen v. Norwegen*), Rn. 78; EGMR v. 21.10.2010 – 24478/03 (*Grosskopf v. Deutschland*), Rn. 45-54.

⁴⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (*van Droogenbroeck v. Belgien*), Rn. 35; EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (*Weeks v. Großbritannien*), Rn. 42; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 28.5.2002 – 46295/99 (*Stafford v. Großbritannien*), Rn. 64; EGMR, Urt. v. 10.12.2002 – 53236/99 (*Waite v. Großbritannien*), Rn. 65; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 10.12.2002 – 21906/04 (*Kafkaris v. Zypern*), Rn. 117.

⁵⁰ Im Hinblick auf die vorbehaltene Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB mag man daran zweifeln, s. etwa *Kinzig*, NStZ 2010, 239; *Kinzig*, NJW 2011, 177 (179); *Pollähne*, KJ 2010, 255 (264 f.); demgegenüber *Finger*, Vorbehaltene und

dings voraus, dass die – spätere präventive – Freiheitsentziehung bereits in der Verurteilung angedroht worden ist.

Schon allein deshalb war die rückwirkende Verlängerung der Verwahrungsfrist mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK unvereinbar. Denn das Tatgericht konnte nach der zum Zeitpunkt der Verurteilung geltenden Rechtslage nur eine höchstens zehn Jahre dauernde Verwahrung anordnen. Die spätere Verlängerung, auch wenn sie gerichtlich angeordnet wurde, beruhte somit nicht auf dem ursprünglichen Eingriffstitel.⁵¹ Bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB ist das nicht anders. Die Anordnung als solche ist keine Verurteilung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK, auch wenn sie in einem Urteil nach einer Hauptverhandlung ergeht. Denn sie enthält keine Feststellung der schuldhaften Begehung einer Straftat, sondern beruht ausschließlich auf einer Gefährlichkeitsprognose.⁵² Nun setzt die nachträgliche Sicherungsverwahrung zwar eine Verurteilung wegen bestimmter Delikte voraus.⁵³ Gleichwohl fehlt es an der vom EGMR geforderten „causal connection“ zwischen dem Ausgangsurteil des Tatgerichts und der Freiheitsentziehung: Das erste Strafurteil bildet lediglich den Anlass, nicht aber den Rechtsgrund, weil die Gründe für die Inhaftierung erst nachträglich während des Strafvollzugs entstehen. Vor allem verbietet sich wegen der formellen und materiellen Rechtskraft des Strafurteils jede Bezugnahme auf die frühere, inzwischen abgeurteilte Tat. Selbst wenn man die Erstreckung der Prognosebasis auf die Anlasstat als verfassungsrechtlich gebotene Gesamtwürdigung ansieht, ändert sich an der Beurteilung nichts. Dann nämlich entscheidet das Gericht nach anderen Anordnungsvoraussetzungen und gerade ohne Bindung an die Beurteilung der Tat und des Täters als nicht ausreichend gefährlich durch das Strafgericht. Deshalb fällt die nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht unter den Haftgrund des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK.⁵⁴

nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2008, S. 214 ff.; vgl. auch die Formulierung in EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 86: „even a possibility“.

⁵¹ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 100, 101; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Deutschland), Rn. 50, 51; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 (Mautes v. Deutschland), Rn. 43, 44; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (Schummer v. Deutschland), Rn. 54, 55; EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (Jendrowiak v. Deutschland), Rn. 33, 34.

⁵² So auch EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 84.

⁵³ Das betonen *Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 4), § 66b Rn 60 sowie *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 (173) unter Verkennung der Entscheidung des EGMR v. 7.5.1997 – 17391/90 (Eriksen v. Norwegen), Rn. 78-85.

⁵⁴ Ebenso EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 85-88. Daher ist auch eine konventionskonforme Weiterentwicklung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, die sich *Grosse-Brömer/Kleine*, ZRP 2010, 172 (174) erhoffen, ausgeschlossen.

Es genügt daher nicht, dass bei einer einschlägigen Verurteilung das Gesetz die Möglichkeit einer nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung eröffnet.⁵⁵ Denn der Haftgrund nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK stellt ausschließlich die formale Voraussetzung einer gerichtlichen Verurteilung als Titel der späteren Freiheitsentziehung auf.⁵⁶ Deshalb überzeugt es auch nicht, wenn *Hörnle* eine Legitimitätskala der Eingriffstatbestände der Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a bis f EMRK entwickelt und bei Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK auf die durchgängige gerichtliche Kontrolle setzt.⁵⁷ Denn die Qualität des Rechtsschutzes spielt für die Eingriffstatbestände keine Rolle; sie wird erst in den Verfahrensgarantien der Art. 5 Abs. 2 bis 4 EMRK angesprochen. So unterliegt die Verurteilung grundsätzlich keiner inhaltlichen oder verfahrensrechtlichen Kontrolle⁵⁸ und es genügt nach allgemeiner Ansicht sogar die gerichtliche Verhängung einer Freiheitsstrafe im summarischen Strafbefehlsverfahren nach § 407 Abs. 2 StPO.⁵⁹ Ganz abgesehen davon stellt der EGMR alle Freiheitsentziehungen grundsätzlich unter den Vorbehalt einer richterlichen Anordnung. Zwar sei der Richtervorbehalt in Art. 5 Abs. 1 EMRK nicht ausdrücklich angeordnet. Aber aus dem Regelungszusammenhang der gesamten Norm („from Article 5 read as a whole“), insbesondere aus Abs. 1 lit. c, Abs. 3 und der Habeas-Corpus-Garantie des Abs. 4 ergebe sich die Notwendigkeit einer gerichtlichen Intervention, da der Schutzzweck des Art. 5 EMRK ernstlich gefährdet wäre, wenn die Freiheit allein aufgrund einer Anordnung der Exekutive entzogen werden könnte.⁶⁰ Vordergründig ist auch der Vorwurf der Inkonsequenz. Nur auf den ersten Blick erscheint die Rechtsstaatlichkeit der Freiheitsentziehung durch eine zweite gerichtliche Entscheidung – die dann die Sicherungsverwahrung nachträglich anordnet – im deutschen Recht besser gewahrt zu sein als in ausländischen Rechtsordnungen, in denen die weitere präventive Inhaftierung nach der Verbüßung der schuldangemessenen Freiheitsstrafe in das Ermessen staatlicher Behörden gestellt wird.⁶¹ Diese Kritik übersieht geflissentlich, dass der EGMR in allen derartigen

⁵⁵ So aber *Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 4), § 66b Rn 61.

⁵⁶ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 16.12.1999 – 24888/94 (V v. Großbritannien), Rn. 104; EGMR, Urt. v. 17.6.2003 – 53652/00 (Raf v. Spanien), Rn. 59; EGMR, Urt. v. 10.7.2003 – 43522/98 (Grava v. Italien), Rn. 38.

⁵⁷ Vgl. *Hörnle* (Fn. 24), S. 247 f., 251.

⁵⁸ *S. Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn 118 m.w.N.

⁵⁹ *S. Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 5 Rn 39; *Trechsel*, JR 1981, 133 (137 f.); der Verurteilte kann ein ordentliches Gerichtsverfahren mit den Garantien des Art. 6 EMRK unschwer durch einen Einspruch herbeiführen.

⁶⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 28.3.2000 – 28358/95 (Baranowski v. Polen), Rn. 57; EGMR, Urt. v. 31.7.2000 – 34578/97 (Ječius v. Litauen), Rn. 57-64; EGMR, Urt. v. 13.7.2004 – 38668/97 (Ciszewski v. Polen), Rn. 30.

⁶¹ So *Hörnle* (Fn. 24), S. 247 f. unter Bezugnahme auf EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgien), Rn. 34-39 und EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks v. Großbritannien), Rn. 50, 51.

Fällen durchgängig einen Anspruch des Inhaftierten auf eine gerichtliche Kontrolle der weiteren Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 4 EMRK bejaht hat.⁶² Von einer Rechtsschutzlücke kann also keine Rede sein.

b) Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK erwähnt zwar ausdrücklich die Wiederholungsgefahr. Wie sich aus dem systematischen Zusammenhang zu Art. 5 Abs. 3 EMRK ergibt, handelt es sich hierbei jedoch nur um einen vorläufigen Hafttitel zur Sicherung eines gerichtlichen Verfahrens, welches mit einer Verurteilung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK enden kann.⁶³ Da die Sicherungsverwahrung gerade nicht dazu dient, ein späteres Strafverfahren durchzuführen, fällt sie nicht unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK.⁶⁴ Diese Auslegung ist keineswegs zirkelschlüssig,⁶⁵ denn Art. 5 Abs. 3 EMRK verweist seinem Wortlaut nach auf „the provisions of paragraph 1.c“, ohne in irgendeiner Weise zu differenzieren. Außerdem steht die Wiederholungsgefahr zwischen dem Tatverdacht und der Fluchtgefahr, was ebenfalls für eine strafrechtliche Einbettung spricht. Das hat einerseits zur Folge, dass der Wiederholungsgefahr praktisch keine Bedeutung zukommt,⁶⁶

was das weitere Argument des Gerichtshofs, die Inhaftierung sei nur zur Verhinderung einer konkreten und spezifischen Straftat („concrete and specific offence“) zulässig,⁶⁷ verdunkelt. Auf der anderen Seite genügt für eine Festnahme zunächst tatsächlich, abweichend etwa von § 112 StPO, bloßer Tatverdacht.⁶⁸ Der Gerichtshof hat jedoch bei länger als 48 Stunden dauernder Untersuchungshaft Art. 5 Abs. 3 EMRK zu einem Instrument einer umfassenden Überprüfung der Begründetheit und Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung entwickelt.⁶⁹

c) Immerhin gestattet Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK bei „Geisteskranken“ eine präventive Inhaftierung zum Schutze der Allgemeinheit. Der Ausdruck Geisteskrankheit („unsound mind“) wird in der Konvention nicht definiert. In der Praxis der Konventionsorgane lässt sich eine relativ weite Auslegung feststellen, die auch schwere Persönlichkeitsstörungen umfasst und damit tendenziell über den Begriff der Schuldfähigkeit nach § 20 StGB hinausgeht.⁷⁰ Damit wird lit. e interessant: Bei praktisch allen Personen, die in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden, wird die Gefährlichkeitsprognose auf eine Persönlichkeitsstörung gestützt. Allerdings ist eine Inhaftierung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK nur in bestimmten Einrichtungen zulässig, die die erforderliche

⁶² S. EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgien), Rn. 45-49; EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks gegen Großbritannien), Rn. 56-58; weitere Nachweise bei *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn 283.

⁶³ S. EGMR, Urt. v. 31.7.2000 – 34578/97 (Ječius v. Litauen), Rn. 50: „A person may be detained within the meaning of Article 5 § 1 (c) only in the context of criminal proceedings, for the purpose of bringing him before the competent legal authority on suspicion of his having committed an offence.“ Ebenso schon EGMR, Urt. v. 1.7.1961 – 332/57 (Lawless v. Irland), Rn. 13, 14; EGMR, Urt. v. 22.2.1989 – 11152/84 (Ciulla v. Italien), Rn. 39; s. ferner EGMR, Urt. v. 19.10.2000 – 27785/95 (Włoch v. Polen), Rn. 108; EGMR, Urt. v. 24.7.2003 – 46133 und 48183/99 (Smirnova v. Russland), Rn. 56; EGMR, Urt. v. 2.12.2003 – 53129/99 (Imre v. Ungarn), Rn. 37.

⁶⁴ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 102; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Deutschland), Rn. 50, 51; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 (Mautes v. Deutschland), Rn. 43, 44; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (Schummer v. Deutschland), Rn. 54, 55; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 90; EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (Jendrowiak v. Deutschland), Rn. 33, 34.

⁶⁵ So aber *Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 4), § 66b Rn 56. Diese Ansicht (s. auch *Peglau*, NJW 2001, 2436 [2438 f.]; *Würtenberger/Sydow*, NVwZ 2001, 1201 [1204]; *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 [173]) hätte ferner zur Folge, dass bei Wiederholungsgefahr eine unbefristete Inhaftierung ohne gerichtliche Kontrolle möglich wäre. Hiergegen bereits EGMR, Urt. v. 1.7.1961 – 332/57 (Lawless v. Irland), Rn. 13, 14.

⁶⁶ Die unglückliche Formulierung der Haftgründe wird seit jeher beklagt, s. etwa *Bleichrodt* in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak (Hrsg.), *Theory and Practice of the European*

Convention on Human Rights, 4. Aufl. 2006, S. 471; *Trechsel*, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, S. 423.

⁶⁷ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 89 und 102 unter Bezugnahme auf EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (Guzzardi v. Italien), Rn. 102. Dieser Gesichtspunkt ist vielmehr für die Ordnungs- und Erzwingungshaft nach lit. b von Bedeutung. Ob Art. 5 EMRK polizeilichen Unterbindungsgewahrsam legitimieren kann, ist daher zweifelhaft. Eine diesbezügliche Beschwerde gegen Deutschland ist derzeit in Straßburg anhängig.

⁶⁸ Vgl. *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn 166 ff. m.w.N.; aber das ist unschädlich, weil die EMRK ohnehin nur Mindestgarantien aufstellt.

⁶⁹ S. dazu *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn 253, 259 ff. m.w.N.

⁷⁰ Vgl. EKMR, Urt. v. 9.10.1985 – 10213/82 (Gordon v. Großbritannien), DR 47, 36 (40); EGMR, Urt. v. 24.9.1992 – 10533/83 (Herczegfalvy v. Österreich), Rn. 64; EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99 (Hutchinson Reid v. Großbritannien), Rn. 52; näher dazu *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn. 195. Teilweise wird vertreten, dass nur schuldunfähige Personen unter lit. e fallen, so OLG Hamm NStZ-RR 2010, 388; *Frowein/Peukert* (Fn. 58), Art. 5 Rn. 79; *Dörr*, in: Grote/ Marauhn (Hrsg.), *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, Kap. 13 Rn. 193 unter Bezugnahme auf EKMR, E. v. 12.7.1976 – 7493/76 (X v. Deutschland). Allerdings geht der EGMR in ständiger Rspr. davon aus, dass lit. a (Schuldfeststellung!) neben lit. e vorliegen kann, s. etwa EGMR, Urt. v. 24.10.1997 – 22520/93 (Johnson v. Großbritannien), Rn. 58; EGMR, Urt. v. 2.9.1998 – 23807/94 (Erkalo v. Niederlande), Rn. 50, 51; EGMR, Urt. v. 11.5.2004 – 48865/99 (Morsink v. Niederlande), Rn. 62; EGMR, E. v. 24.3.2009 – 1241/06 (Puttrus v. Deutschland), Rn. 1; EGMR, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03 (Trajče Stojanovski v. Mazedonien), Rn. 30.

Behandlung der inhaftierten Person gewährleisten können.⁷¹ Schon das trifft auf die jetzige Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung nicht zu.⁷² In den einschlägigen Beschwerdesachen gegen Deutschland hat der EGMR durchweg darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer nicht wegen einer Geisteskrankheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK eingesperrt worden sei. Schließlich hätten die deutschen Gerichte davon abgesehen, ihn nach § 63 StGB in eine psychiatrische Anstalt einzuweisen.⁷³

Diese Rechtsprechung hat Konsequenzen für das neue Therapieunterbringungsgesetz. Damit will der Gesetzgeber Schutzlücken schließen, die infolge der Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR im Fall M. erwartet werden. Personen, die wegen einer Verletzung von Art. 7 EMRK aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden müssen, sollen jedenfalls dann erneut verwahrt werden können, wenn zu befürchten ist, dass sie aufgrund einer psychischen Störung weiterhin Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung begehen werden (s. § 1 ThUG).⁷⁴ Der Vollzug in besonderen Einrichtungen, in denen geeignete Therapien mit dem Ziel einer möglichen Entlassung angeboten werden sollen, trägt der Kritik des EGMR an der Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung Rechnung.⁷⁵ Die entscheidende Frage ist jedoch, ob und inwieweit eine „psychische Störung“ nach § 1 ThUG unter den Eingriffstatbestand des Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK fällt.⁷⁶

Der EGMR verlangt bislang – wenig konkret – lediglich, dass es sich um eine „true mental disorder“ handelt. Ganz

allgemein wird man darunter jede länger dauernde schwere Störung der Verstandestätigkeit, des Willens, des Gefühls- und des Trieblebens verstehen können, die die Einsichts- und Handlungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt.⁷⁷ Damit bezieht sich die „Geisteskrankheit“ i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK auf einen vom Normalen abweichenden medizinischen Befund, der einer Behandlung bedarf, auch wenn Heilung im Einzelfall ausgeschlossen ist.⁷⁸ Eine Durchsicht der Spruchpraxis der Konventionsorgane ergibt, dass bislang – unabhängig von ihrer medizinischen Zuordnung – folgende erhebliche Persönlichkeitsstörungen als „Geisteskrankheit“ gewertet wurden: schizophrene Paranoia⁷⁹ bzw. eine paranoide Persönlichkeit,⁸⁰ Schizophrenie,⁸¹ psychopathische Persönlichkeitsstörung,⁸² schizoide und narzisstische Persönlichkeitsstörung,⁸³ alkoholbedingte Aggressivität,⁸⁴ Aggressivität infolge eines Hirntraumas.⁸⁵ Allein aus der Gefährlichkeit kann dagegen nicht auf Geisteskrankheit geschlossen werden.⁸⁶ Insgesamt lässt sich frühere Rechtsprechung folgende

⁷¹ Vgl. EGMR, Urt. v. 20.5.1985 – 8225/78 (Ashingdane v. Großbritannien), Rn. 44; EGMR, Urt. v. 30.7.1998 – 25357/94 (Aerts v. Belgien), Rn. 46; EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99 (Hutchinson Reid v. Großbritannien), Rn. 48.

⁷² S. auch EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Deutschland), Rn. 57; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 94.

⁷³ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 103; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Deutschland), Rn. 55; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 (Mautes v. Deutschland), Rn. 45; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (Schummer v. Deutschland), Rn. 56; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 92, 93; EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (Jendrowiak v. Deutschland), Rn. 35. (Nachträgliche) Sicherungsverwahrung nach §§ 66 StGB ff. ist gegenüber § 63 StGB entgegen Greger, NStZ 2010, 676 (678) der falsche Hafttitel.

⁷⁴ BT-Drs. 17/3403, S. 19; zur – fehlenden – Gesetzgebungskompetenz s. Kinzig, NJW 2011, 177 (181).

⁷⁵ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland), Rn. 76, 77, 129.

⁷⁶ So die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 17/3403, S. 54 unter Verweis auf die „Winterwerp“-Kriterien, EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (Winterwerp v. Niederlande), Rn. 38, 39; aus neuerer Zeit etwa EGMR, Urt. v. 11.12.2008 – 34449/03 (Shulepova v. Russland), Rn. 40.

⁷⁷ S. EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (Winterwerp v. Niederlande), Rn. 38, 39; EGMR, Urt. v. 5.11.1981 – 7215/75 (X. v. Großbritannien), Rn. 41; *Douraki*, La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux, 1986, S. 50 ff.

⁷⁸ Vgl. EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99 (Hutchinson Reid v. Großbritannien), Rn. 52; EGMR, Urt. v. 21.6.2005 – 517/02 (Kolanis v. Großbritannien), Rn. 70.

⁷⁹ EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (Winterwerp v. Niederlande), Rn. 41; EGMR, Urt. v. 20.5.1985 – 8225/78 (Ashingdane v. Großbritannien), Rn. 38.

⁸⁰ EGMR, Urt. v. 5.11.1981 – 7215/75 (X. v. Großbritannien), Rn. 44; EGMR, Urt. v. 23.2.1984 – 9019/80 (Luberti v. Italien), Rn. 28; EGMR, Urt. v. 24.9.1992 – 10533/83 (Herczegfalvy v. Österreich), Rn. 64; EGMR, Urt. v. 11.12.2008 – 34449/03 (Shulepova v. Russland), Rn. 43.

⁸¹ EGMR, Urt. v. 21.6.2005 – 517/02 (Kolanis v. Großbritannien), Rn. 69; EGMR, E. v. 8.7.2008 – 12455/04, 14140/05, 12906 und 26028/06 (Tokić u.a. v. Bosnien-Herzegovina).

⁸² EGMR, Urt. v. 24.10.1997 – 22520/93 (Johnson v. Großbritannien); EGMR, Urt. v. 20.2.2003 – 50272/99 (Hutchinson Reid v. Großbritannien), Rn. 52.

⁸³ EGMR, E. v. 24.3.2009 – 1241/06 (Puttrus v. Deutschland), Rn. 1.

⁸⁴ S. EKMR, Ber. v. 9.10.1985 – 10213/82 (Gordon v. Großbritannien); EGMR, Urt. v. 26.9.2000 – 36273/97 (Oldham v. Großbritannien).

⁸⁵ S. EGMR, Urt. v. 7.5.1997 – 17391/90 (Eriksen v. Norwegen); vgl. auch die Übersicht bei *Harding*, International Journal of Law and Psychiatry 12 (1989), 245 (255, mit Tabelle 5).

⁸⁶ S. etwa EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (Guzzardi v. Italien), Rn. 98; auch bloß abweichendes Verhalten genügt nicht, vgl. EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (Winterwerp v. Niederlande), Rn. 37; EGMR, Urt. v. 28.10.2003 – 58973/00 (Rakevich v. Russland), Rn. 26; s. ferner EGMR, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03 (Trajče Stojanovski v. Mazedonien), Rn. 33-37: Die bloße Furcht der Bevölkerung vor wei-

Linie erkennen: Wenn das Tatgericht aufgrund des Geisteszustands des Betroffenen von Schuldunfähigkeit (vgl. § 20 StGB) ausging, richtete sich die präventive Freiheitsentziehung mangels einer Verurteilung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK ausschließlich nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK.⁸⁷ Wenn das Tatgericht nicht zu Schuldunfähigkeit gelangte, kamen Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a und e EMRK nebeneinander zur Anwendung. In diesen Fällen handelte es sich aber durchweg um Konstellationen eingeschränkter Schuldfähigkeit (vgl. § 21 StGB).⁸⁸ Bei uneingeschränkter Schuldfähigkeit hat der EGMR soweit ersichtlich niemals auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK zurückgegriffen.

Die Entscheidungen gegen Deutschland bestätigen diese Sicht. So weist der EGMR darauf hin, dass eine dissoziale Persönlichkeit noch nicht krankhaft i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK sein muss und nimmt die deutsche Praxis beim Wort: Nur eine krankhafte psychische Persönlichkeitsstörung, die mindestens im Sinne von § 21 StGB die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt und daher zur Unterbringung nach § 63 StGB führt, lässt sich auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK stützen.⁸⁹ Unter diesen Voraussetzungen dürfte eine Unterbringung nach dem ThUG nur in ganz extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen⁹⁰ – die indes bereits von den Unterbringungsgesetzen der Bundesländer erfasst werden. Der vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Anwendungsbereich dürfte mit ziemlicher Sicherheit vor dem EGMR als Umgehung der Konvention auf keine Akzeptanz stoßen.

teren Straftaten ist irrelevant; die Notwendigkeit einer weiteren Überwachung rechtfertigt keine Haft.

⁸⁷ S. EGMR, Urt. v. 23.2.1984 – 9019/80 (Luberti v. Italien), Rn. 25; EGMR, Urt. v. 24.9.1992 – 10533/83 (Herczegfalvy v. Österreich), Rn. 62.

⁸⁸ S. EKMR, Ber. v. 9.10.1985 – 10213/82 (Gordon v. Großbritannien); EGMR, Urt. v. 26.9.2000 – 36273/97 (Oldham v. Großbritannien); EGMR, Urt. v. 11.5.2004 – 49902/99 (Brand v. Niederlande), Rn. 59; EGMR, E. v. 24.3.2009 – 1241/06 (Putrus v. Deutschland); EGMR, Urt. v. 22.10.2009 – 1431/03 (Trajče Stojanovski v. Mazedonien), Rn. 30; zuletzt EGMR, E. v. 28.9.2010 – 32705/06 (Frank v. Deutschland).

⁸⁹ Unmissverständlich EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Deutschland), Rn. 55; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Deutschland), Rn. 92, 93. So wäre etwa die in BT-Drs. 17/3403, S. 54 beispielhaft genannte Pädophilie nur in den seltenen Fällen erfasst, in denen die Rspr. eine „schwere andere seelische Abartigkeit“ i.S.v. §§ 20, 21 StGB angenommen hat, vgl. BGH NStZ 2001, 453; BGH NStZ-RR 2004, 201 und BGH NStZ-RR 2007, 337; s. ferner EGMR, E. v. 28.9.2010 – 32705/06 (Frank v. Deutschland).

⁹⁰ S. die Konstellationen bei OLG Koblenz NStZ 2005, 97 (99); OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 107, in denen die schwerwiegende psychische Störung erst während der Haft im Rahmen einer Prüfung nach § 454 Abs. 2 StPO diagnostiziert wurde. Aber auch dann wäre die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus geboten gewesen.

4. Die Missachtung von Schutzpflichten durch den EGMR

Von Seiten einiger Oberlandesgerichte sowie Teilen der Literatur wird dem EGMR vorgehalten, er vernachlässige die gegenläufigen Interessen der potentiellen Opfer von Sexual- und Tötungsdelikten, indem er ausschließlich die Rechte der gefährlichen Gewalttäter thematisiere.⁹¹ Damit wird ein Aspekt angesprochen, der sich auch in der Rechtsprechung des EGMR findet: Die Konventionsgarantien sind nicht nur als Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen zu verstehen, sondern aus ihnen werden Schutzpflichten abgeleitet. So muss der Staat u.a. Konventionsverletzungen präventiv vorbeugen und repressiv mit dem Mittel des Strafrechts verfolgen.⁹²

Darüber hinaus bezieht sich diese Kritik auf eine Passage in der „Görgülü“-Entscheidung des BVerfG. Dort statuieren die Richter zwar die grundsätzliche Pflicht der Gerichte zu einer konventionsgemäßen Auslegung im Rahmen geltender methodischer Standards. Eine Einschränkung wird jedoch insbesondere dann gefordert, wenn die Beachtung der Rechtsprechung des EGMR im konkreten Fall gegen Grundrechte Dritter verstößt.⁹³ Die Bedeutung dieses Anwendungsvorbehalts erschließt sich aus der kurz zuvor ergangenen Verurteilung der Bundesrepublik im Fall Caroline von Monaco, in der der EGMR die entgegengesetzte Abwägung der Pressefreiheit mit dem Persönlichkeitsrecht durch das BVerfG⁹⁴ etwas lieblos als Verletzung von Art. 8 EMRK abqualifizierte.⁹⁵ In einigen Kommentaren zur „Görgülü“-Entscheidung wurde die neue Linie des BVerfG als Retourkutsche gegenüber dem EGMR gedeutet.⁹⁶

Ungeachtet dessen stellt sich die Frage, ob man bei der Problematik der Sicherungsverwahrung von einem mehrpoligen Grundrechtsverhältnis sprechen kann. Zunächst einmal fehlt es an der Betroffenheit eines konkreten anderen Grundrechtsträgers, vielmehr geht es um den Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten. Es können also noch gar keine be-

⁹¹ So OLG Celle NStZ-RR 2010, 322; OLG Stuttgart RuP 2010, 157; OLG Nürnberg NStZ 2010, 574 (576); *Grosse-Bröhmer/Klein*, ZRP 2010, 172 (173); *Radtke*, NStZ 2010, 573 (543); *Hörnle* (Fn. 24), S. 244 f., 254.

⁹² S. etwa zu Art. 2 EMRK EGMR, Urt. v. 24.10.2002 – 37703/97 (Mastromatteo v. Italien), Rn. 67-78 = NJW 2003, 3259; EGMR, Urt. v. 8.11.2005 – 34056/02 (Gongadze v. Ukraine), Rn. 164-180; zur Strafverfolgung von Sexualdelikten EGMR, Urt. v. 26.3.1985 – 8978/80 (X und Y v. Niederlande), Rn. 24-30 = NJW 1985, 2075; EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98 (M.C. v. Bulgarien), Rn. 149-153; näher hierzu *Pitea*, Journal of International Criminal Justice 2 (2005), 447.

⁹³ BVerfGE 111, 307 (329).

⁹⁴ BVerfGE 101, 361.

⁹⁵ EGMR, Urt. v. 24.6.2006 – 59320/00 (von Hannover v. Deutschland), Rn. 72-79 = NJW 2004, 2647 (2650 f., „kein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen“).

⁹⁶ Vgl. etwa *Schilling*, Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung, 2010, S. 19; *Tomuschat*, German Law Journal 11 (2010), 513 (522).

stimmten Rechtsverhältnisse namhaft gemacht werden. Die Gegenansicht übersieht, dass jeder Eingriff in ein Grundrecht nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur gerechtfertigt werden kann, wenn er erforderlich ist, um andere berechnigte und überwiegende Interessen zu verfolgen. Lässt man schon jede wie auch immer ausgestaltete denkbare Betroffenheit irgendwelcher nicht konkretisierbarer Dritter ausreichen, so wird jeder Rechtsstreit zu einem mehrpoligen Grundrechtsverhältnis. Wer sollte dann alles an der Entscheidung über die Freilassung oder weitere Sicherungsverwahrung beteiligt werden?⁹⁷ Der EGMR verlangt jedenfalls als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Menschenrechtsbeschwerde, dass der Beschwerdeführer in seinem subjektiven Recht betroffen ist. Für eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG gilt nichts anderes. Man kann nun zwar die – nachträgliche – Sicherungsverwahrung als Ausprägung der allgemeinen rechtsstaatlich begründeten Pflicht zum Schutz der Bürger vor Kriminalität auffassen. Insoweit hat das BVerfG jedoch – bei aller Kritik – klargestellt, dass die nähere Ausgestaltung dem Ermessen des Gesetzgebers aufgetragen ist.⁹⁸ Eine entsprechende verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Aufhebung der zeitlichen Befristung bei der erstmaligen Anordnung der Sicherungsverwahrung oder zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung lässt sich daher nicht begründen.⁹⁹ Auch ein Blick auf den Normzweck von Art. 5 und 7 EMRK führt zu keinem anderen Ergebnis. Der konventionsrechtlich garantierte Gesetzesvorbehalt bei Freiheitsentziehungen dient in historischer Perspektive allein dem Schutz des einzelnen Bürgers vor willkürlichen Freiheitsentziehungen.¹⁰⁰ Zwar erwähnt Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK neben der Freiheit die Sicherheit, aber daraus folgt kein zusätzlicher Anspruch der Bürger auf den Schutz etwa ihrer körperlichen Unversehrtheit. Vielmehr bezeichnen Freiheit und Sicherheit zwei Seiten ein und derselben Münze: Sicherheit ist die verfahrensrechtliche Absicherung der Freiheit, „the condition of being protected by law in that freedom“.¹⁰¹ Für den strafrechtlichen Gesetzesvorbe-

halt nach Art. 7 EMRK gilt mutatis mutandis das Gleiche.¹⁰² Auch bei Art. 103 Abs. 2 GG denkt bislang mit guten Gründen niemand daran, die Garantie unter Berufung auf Rechtspositionen anderer zu relativieren, denn ansonsten ließe sich mit dem Opferschutz jede Rechtsform aufheben.¹⁰³ Unter diesen Prämissen ist die vermeintliche Grundrechtskollision jedoch nur ein Scheinproblem. Wie der EGMR in der Beschwerdeentscheidung Jendrowiak gegen Deutschland ausgeführt hat, besteht ein staatlicher Schutzauftrag zur Verhinderung von Straftaten nur innerhalb der Grenzen der Konvention.¹⁰⁴

III. Die Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR in innerstaatliches Recht

Bei den Folgen, die sich für die deutsche Rechtsordnung und -praxis aus der Feststellung der Konventionswidrigkeit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung durch den EGMR ergeben, ist zu differenzieren. Die EMRK ist zunächst einmal ein völkerrechtlicher Vertrag, der die Bundesrepublik nach Außen bindet. Ihre Binnenwirkung im innerstaatlichen Recht richtet sich danach, wie sie im deutschen Recht integriert worden ist (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG). Eine unmittelbar auf das deutsche Recht durchschlagende Wirkung der EMRK oder der Rechtsprechung des EGMR gibt es nicht. Vielmehr kann – wie bei jedem völkerrechtlichen Vertrag – die völkerrechtliche Bindung nach Außen von der innerstaatlichen Verbindlichkeit abweichen.¹⁰⁵

1. Völkerrechtliche Bindung

Die Wirkung von Urteilen des EGMR ist begrenzt. Weder kann er – wie ein Verfassungsgericht – die Entscheidungen nationaler Gerichte und Behörden aufheben, noch überprüft er – jedenfalls im Grundsatz – abstrakt die Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit den Konventionsgarantien. Seine Entscheidungen beschränken sich vielmehr auf die bloße Feststellung einer Konventionsverletzung – oder Konventi-

⁹⁷ S. auch *Gaede*, HRRS 2010, 329 (334).

⁹⁸ BVerfGE 109, 133 (186 f.); BVerfGE 109, 190 (236 ff.); in diese Richtung auch EGMR, Urt. v. 24.10.2002 – 37703/97 (*Mastromatteo v. Italien*), Rn. 68.

⁹⁹ Anders *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 unter Berufung auf ein Untermaßverbot. Wie hier *Kinzig*, NStZ 2010, 233 (238).

¹⁰⁰ Näher dazu *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 5 Rn. 3 ff.; auch der EGMR betont seit jeher den Schutz vor Willkür als maßgeblichen Normzweck von Art. 5 EMRK, vgl. EGMR, Urt. v. 8.6.1986 – 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (*Engel u.a. v. Niederlande*), Rn. 58; EGMR, Urt. v. 24.10.1979 – 6301/73 (*Winterwerp v. Niederlande*), Rn. 37; EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (*Guzzardi v. Italien*), Rn. 92; EGMR, Urt. v. 12.6.2003 – 44672/98 (*Herz v. Deutschland*), Rn. 43; EGMR, Urt. v. 28.9.2006 – 56272/00 (*Kayadjeva v. Bulgarien*), Rn. 29.

¹⁰¹ *Fawcett*, *The Application of the European Convention on Human Rights*, 1969, S. 70; vgl. auch EKMR, E. v. 12.10.1973 – 5877/72 (*X. v. Großbritannien*), CD 45, 90 Rn. 2:

„Put in different terms, ‚security of person‘ means physical security, that is freedom from arrest and detention.“ Ebenso EGMR, Urt. v. 18.12.1986 – 9990/82 (*Bozano v. Frankreich*), Rn. 54; EGMR, Urt. v. 25.5.1998 – 24276/94 (*Kurt v. Türkei*), Rn. 123; EGMR, Urt. v. 12.3.2003 – 46221/99 (*Öcalan v. Türkei*), Rn. 86. Unzutreffend *Grosse-Brömer/Klein*, ZRP 2010, 172 (173).

¹⁰² S. EGMR, Urt. v. 22.11.1995 – 20166/92 (*S.W. v. Großbritannien*), Rn. 34; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 22.3.2001 – 34044/96, 35532/97 und 44801/98 (*Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*), Rn. 50; EGMR, Urt. v. 9.10.2008 – 62936/00 (*Moiseyev v. Rumänien*), Rn. 233: Schutz vor willkürlicher Bestrafung. Zur historischen Perspektive s. *Renzikowski* (Fn. 9), Art. 7 Rn. 5 ff.

¹⁰³ Ebenso *Gaede*, HRRS 2010, 329 (334); drastisch *Kreuzer*, NStZ 2010, 477: „Guantanamo-Judikatur“.

¹⁰⁴ EGMR, Urt. v. 14.4.2011 – 30060/04 (*Jendrowiak v. Deutschland*), Rn. 37, 38, 48.

¹⁰⁵ S. auch BVerfGE 111, 307 (325 ff.).

ongemäßheit – der konkreten angefochtenen Maßnahme, gegebenenfalls nebst der Festsetzung einer angemessenen Entschädigung in Geld. Dabei beziehen sie sich nur auf den Einzelfall und entfalten gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK eine Rechtswirkung lediglich inter partes. Der EGMR kann also selbst einen Konventionsverstoß nicht beseitigen, sondern es bleibt dem unterlegenen Staat überlassen, wie er das Urteil konventionskonform umsetzt.¹⁰⁶ Es versteht sich von selbst, dass festgestellte und noch fortbestehende Konventionsverletzungen unverzüglich beendet werden müssen. Doch die grundsätzliche Freiheit in der Wahl der Mittel hierzu hat der EGMR selbst mehrfach betont und regelmäßig davon abgesehen, dem verurteilten Vertragsstaat konkrete Maßnahmen vorzuschreiben.¹⁰⁷ Schließlich ist es nicht die Aufgabe des EGMR, die Probleme zu lösen, die das nationale Recht mit der Rezeption der EMRK hat. In dieser Selbstbescheidung liegt eine weise Zurückhaltung gegenüber den Besonderheiten der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen, die durchaus der Akzeptanz der Rechtsprechung des EGMR förderlich ist.¹⁰⁸ Gleichwohl konkretisiert der EGMR die *restitutio in integrum* dann, wenn ein bestimmter konventionswidriger Zustand nur auf eine einzige Art und Weise beseitigt werden kann.¹⁰⁹

Die bislang in Straßburg erfolgreichen Beschwerdeführer sind aus konventionsrechtlicher Perspektive daher aus der Haft zu entlassen, denn eine andere Möglichkeit zur Beseitigung der rechtswidrigen Freiheitsentziehung ist überhaupt nicht ersichtlich.¹¹⁰ Demgegenüber meint *Radtke* unter Be-

zugnahme auf die „Görgülü“-Entscheidung des BVerfG,¹¹¹ eine schematische Umsetzung der Urteile des EGMR verbiete sich dann, wenn sich zwischenzeitlich die Sach- und Rechtslage wesentlich geändert habe.¹¹² Aber eine Veränderung der Umstände, die die Prognose der Gefährlichkeit des Inhaftierten tragen, oder eine Neubewertung der Gefährlichkeit wäre im Hinblick auf die Verstöße gegen Art. 5 und 7 EMRK zunächst ganz irrelevant. Allenfalls wäre es denkbar, dass eine aktuelle Exploration des Sicherungsverwahrten eine Geisteskrankheit zutage fördert, die nunmehr gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK seine Unterbringung in der Psychiatrie rechtfertigt.¹¹³

Aber auch in Parallelfällen, die vom EGMR noch nicht entschieden worden sind, ist die Bundesrepublik völkerrechtlich verpflichtet, die betroffenen Personen freizulassen.¹¹⁴ Aus Art. 46 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 1 EMRK leitet der EGMR nämlich im Interesse eines effektiven Menschenrechtsschutzes die Pflicht ab, durch entsprechende – allgemeine oder individuelle – Maßnahmen auch im Hinblick auf andere Personen, die sich in derselben Lage wie der Beschwerdeführer befinden, eine Konventionsverletzung abzuwenden oder zu beenden.¹¹⁵ Eindringlich verweist der EGMR in den Beschwerdeentscheidungen *Kallweit* und *Mauter* auf die in der Erklärung von Interlaken vom 19.2.2010 bekräftigte Verantwortung der Staaten, die Rechtsprechung des EGMR umzusetzen und alle Maßnahmen zu ergreifen, um künftige Konventionsverletzungen zu verhindern.¹¹⁶ Insofern betrachtet sich der EGMR nicht exklusiv als Hüter der Konvention, sondern nimmt die nationalen Institutionen in die Pflicht, weil nur auf diese Weise seine subsidiäre Stellung (vgl. Art. 13, 35 Abs. 1 EMRK) gewahrt bleiben und er von Beschwerden entlastet werden kann.

¹⁰⁶ Ausführlich *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993, S. 33 ff., 63 ff., 215 ff.; *Polakiewicz*. in: Blackburn/Polakiewicz (Hrsg.), *Fundamental Rights in Europe*, 2001, S. 55; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (859 ff).

¹⁰⁷ Vgl. EGMR, Ur. 13. 6. 1979 – 6833/74 (*Marckx v. Belgien*), Rn. 58; EGMR, Ur. v. 27.8.1991 – 13057/87 (*Demicoli v. Malta*), Rn. 45; EGMR, Ur. v. 25.2.1997 – 22009/93 (*Z. v. Finnland*), Rn. 112; EGMR, Ur. v. 8.4.2004 – 11057/02 (*Haase v. Deutschland*), Rn. 115 = NJW 2004, 3401 (3406).

¹⁰⁸ S. auch *Gless*, StV 2010, 400 (401, 403).

¹⁰⁹ S. EGMR (Große Kammer), Ur. v. 30.6.2009 – 32772/02 (*Verein gegen Tierfabriken v. Schweiz*), Rn. 88-98 = NJW 2010, 3699 (3702 f.); früher etwa EGMR, Ur. v. 31.10.1995 – 14556/89 (*Papamichalopoulos u.a. v. Griechenland*), Rn. 34-40: Anordnung der Rückübertragung des rechtswidrig entzogenen Eigentums; EGMR, Ur. v. 26.2.2004 – 74969/01 (*Görgülü v. Deutschland*), Rn. 64 = NJW 2004, 3397 (3401): Anordnung des Umgangs mit dem leiblichen Kind; EGMR, Ur. v. 2.9.2010 – 46344/06 (*Rumpf v. Deutschland*), Rn. 71-73 = NJW 2010, 3355 m. Anm. *Meyer-Ladewig*: Anordnung der gesetzlichen Einführung eines Rechtsbehelfs bei überlanger Verfahrensdauer.

¹¹⁰ *Kinzig*, NStZ 2010, 238; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (860, 864); s. auch EGMR (Große Kammer), Ur. v. 8.4.2004 – 71503/01 (*Assanidze v. Georgien*), Rn. 202, 203; EGMR, Ur. v. 8.7.2004 – 48787/99 (*Ilaşcu u.a. v. Moldawien und Russland*), Rn. 490; EGMR, Ur. v. 22.4.2010 – 40984/07

(*Fatullayev v. Aserbeidschan*), Rn. 174-177; näher dazu *Schilling* (Fn. 96), S. 122 ff.; *Breuer*, EuGRZ 2004, 357; das sieht auch das BVerfG (BVerfGE 111, 307 [321]) nicht anders. Abl. *Greger*, NStZ 2010, 676 (680).

¹¹¹ BVerfGE 111, 307 (321).

¹¹² *Radtko*, NStZ 2010, 537 (542 ff.); genau besehen bleibt er jedoch eine Begründung für die von ihm behauptete fehlende völkerrechtliche Pflicht zur Entlassung schuldig. Die Ausführungen zur nationalen Rechtslage sind jedenfalls in diesem Zusammenhang ohne Belang.

¹¹³ An der Konventionswidrigkeit der vorangegangenen Sicherungsverwahrung würde sich daran aber auch nichts ändern. Insoweit wäre aber nur noch eine Entschädigung möglich.

¹¹⁴ S. *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861, 868); *Kinzig*, NStZ 2010, 238.

¹¹⁵ S. EGMR, Ur. v. 13.7.2000 – 39221 und 41963/98 (*Scozzari und Giunta v. Italien*), Rn. 249; EGMR, Ur. v. 6.10.2005 – 23032/02 (*Lukenda v. Slowenien*), Rn. 97; EGMR, Ur. v. 4.12.2008 – 30562 und 30566/04 (*S. und Marper v. Großbritannien*), Rn. 134; EGMR, Ur. v. 28.7.2009 – 22539/05, 476 und 13136/07, 17911/08 (*Olaru u.a. v. Moldawien*), Rn. 49.

¹¹⁶ EGMR, Ur. v. 13.1.2011 – 17792/07 (*Kallweit v. Deutschland*), Rn. 83; EGMR, Ur. v. 13.1.2011 – 20008/07 (*Mauter v. Deutschland*), Rn. 66.

2. Innerstaatliche Verbindlichkeit

Innerstaatlich steht die EMRK nach h.L. im Rang eines einfachen Bundesgesetzes und geht damit nicht automatisch allem Recht vor.¹¹⁷ Gleichwohl hat das BVerfG schon 1987 darauf hingewiesen, dass die Gerichte wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes gehalten sind, Vorschriften des nationalen Rechts so zu interpretieren, dass sie mit völkerrechtlichen Vorgaben vereinbar sind.¹¹⁸ Auch bei der Auslegung der Grundrechte orientiert sich das BVerfG schon seit langem an der EMRK.¹¹⁹ In der „Görgülü“-Entscheidung hat das BVerfG die innerstaatliche Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EGMR nochmals präzisiert. Aus der Bindung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG leitet das BVerfG eine Pflicht der Gerichte ab, sich mit der Rechtsprechung des EGMR auseinanderzusetzen.¹²⁰ Allerdings steht die Beachtung der EMRK und ihrer letztverbindlichen Auslegung unter dem Vorbehalt „methodisch vertretbarer Auslegung“ des deutschen Rechts.¹²¹ Eine konventionskonforme Auslegung scheidet demzufolge jedenfalls dann, wenn das innerstaatliche Recht schon wegen seines abweichenden Wortlauts einer Korrektur nicht zugänglich ist.¹²² Weiterhin soll eine – immerhin begründbare¹²³ – Abweichung von der Rechtsprechung des EGMR zulässig sein, wenn bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen kollidierende Rechtspositionen abgewogen werden müssen.¹²⁴ In diesem Zusammenhang weist das BVerfG jedoch auf zwei Konstellationen besonders hin: Wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die der Entscheidung des EGMR zugrunde lagen, zwischenzeitlich geändert haben, muss eine Abweichung zulässig sein. Das versteht sich eigentlich von selbst. Weiterhin – und das betrifft die mehrpoligen Grundrechtskollisionen – ist grundsätzlich nur der Beschwerdeführer, nicht aber der andere betroffene Grundrechtsträger im Verfahren vor dem

EGMR beteiligt (siehe auch Art. 36 EMRK), so dass dessen subjektive Rechte nicht verfahrensmäßig abgesichert sind.¹²⁵

Nach der Reform der Sicherungsverwahrung und der Literatur geführten Diskussion über die Konsequenzen, die für die rückwirkend verlängerte und für die nachträgliche Sicherungsverwahrung aus den Entscheidungen des EGMR gegen die Bundesrepublik zu ziehen sind, in einem anderen Licht dar. Denn jetzt muss die neue Gesetzeslage beachtet werden. Maßgeblich ist Art. 316e Abs. 1 S. 2 EGStGB, wonach das bisherige Recht – d.h. insbesondere die Regelung über die nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB a.F.) – im Hinblick auf alle Anlasstaten weitergelten soll, die bis zum 31.12.2010 begangen worden sind. Die Änderungen in Abs. 2 und 3 beziehen sich vor allem auf die Beschränkung der Sicherungsverwahrung in § 66 Abs. 1 StGB n.F. auf gravierende Straftaten vor allem gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung und können hier außer Acht gelassen werden.

a) Obwohl die Rückwirkungsproblematik vom Gesetzgeber nicht *expressis verbis* geregelt worden ist, scheint eine konventionskonforme Auslegung von Art. 316e Abs. 1 EGStGB dergestalt möglich, dass eine rückwirkend unbefristete Sicherungsverwahrung nicht mehr angeordnet werden kann, wenn die Anlasstat vor dem 31.1.1998 begangen worden ist. Diese Ansicht entspricht im Ergebnis der Auffassung eines Teils der OLG.¹²⁶

Sie kann sich auf den gesetzgeberischen Willen berufen. So hat der Gesetzgeber den Ausbau der Führungsaufsicht und die Einführung des neuen ThUG damit begründet, dass auf diese Weise dem Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern in den Fällen Rechnung getragen werden soll, in denen jemand aufgrund des Urteils des EGMR vom 17.12.2009 aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden muss.¹²⁷ Dieser Zweck hat sich sogar in § 1 Abs. 1 ThUG niedergeschlagen. Dort ist die neue Form der Therapieunterbringung gerade für solche Personen vorbehalten, die „deshalb nicht länger in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden [können], weil ein Verbot rückwirkender Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen ist“. Im Übrigen geht der Gesetzgeber davon aus, dass Art. 316 e EGStGB „von vornherein Rückwirkungsprobleme [vermeidet], die insbesondere dadurch entstehen können, dass nach Ansicht des EGMR die Sicherungsverwahrung – abweichend von ihrer Einstufung im deutschen Recht – als Strafe im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 EMRK anzusehen ist“.¹²⁸ Unverändert geblieben sind zwar §§ 2 Abs. 6, 67d Abs. 3 StGB. Doch sind diese Vorschriften ebenfalls einer konventions- und verfassungskonformen Auslegung zugänglich, die nunmehr auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Die

¹¹⁷ S. statt vieler BVerfGE 111, 307 (315 ff.); Heckötter, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte, 2007, S. 80 ff.; zur Gegenansicht vgl. Tietje, in: Renzikowski (Hrsg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, 2004, S. 179 (S. 182 ff.) m.w.N.

¹¹⁸ BVerfGE 74, 358 (370); s. auch Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, S. 112 ff.

¹¹⁹ BVerfGE 74, 370; BVerfGE 82, 115 (120).

¹²⁰ BVerfGE 111, 307 (326); BVerfG NJW 2005, 1105 (1107).

¹²¹ BVerfGE 111, 307 (317).

¹²² S. BVerfGE 111, 307 (329).

¹²³ BVerfGE 111, 307 (324).

¹²⁴ BVerfGE 111, 307 (324, 327 ff.); krit. gegenüber diesem Verfassungsvorbehalt Cremer, EuGRZ 2004, 683; Esser, StV 2005, 348 (350 ff.); Meyer-Ladewig/Petzold, NJW 2005, 15 (19); Tomuschat, German Law Journal 11 (2010), 513 (522); Heckötter (Fn. 117), S. 188 ff.; Schilling (Fn. 96), S. 189 ff.

¹²⁵ S. BVerfGE 111, 307 (324 f., 328). Gerade diesen Aspekt bemüht auch OLG Stuttgart RuP 2010, 157; hiergegen bereits oben II. 4.

¹²⁶ S. oben Fn. 11.

¹²⁷ BT-Drs. 17/3403, S. 13 f., 19 f., 53.

¹²⁸ BT-Drs. 17/3403, S. 49.

bisherige gegenteilige Auffassung des 5. *Senats* und der Mehrheit der OLGe¹²⁹ ist daher überholt.

Nimmt man zudem die Äußerung des BVerfG ernst, dass die EGMR und ihre Auslegung durch den EGMR auch bei der Interpretation der Grundrechte zu berücksichtigen ist, so wird man künftig Art. 103 Abs. 2 GG auf die Sicherungsverwahrung als strafgleichen Eingriff erstrecken müssen.¹³⁰ Es ist auch nicht ersichtlich, dass die bisherige Zweispurigkeit von Sicherungsverwahrung und Strafe zu den „tragenden Grundsätzen der Verfassung“¹³¹ gehört, die der deutsche Gesetzgeber auch um den Preis einer Konventionswidrigkeit bewahren will.

b) Anders beurteilt sich die Rechtslage für die nachträgliche Sicherungsverwahrung, die der Gesetzgeber für wenige Sonderfälle in § 66b StGB¹³² und ansonsten für Anlasstaten bis zum 31.12.2010 ausdrücklich – als andere gesetzliche Bestimmung i.S.v. § 2 Abs. 6 StGB – beibehält. Eine Reform von § 7 Abs. 2 JGG stand überhaupt nicht zur Diskussion. Hier ist eine konventionskonforme Auslegung, die insbesondere der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 lit. a und c EMRK Rechnung trägt, ausgeschlossen. Das gilt ebenso für die offene Rückwirkung gemäß § 66b Abs. 1 S. 2 StGB a.F. wie für Anlasstaten vor der Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung.¹³³ Irgendwelche Einschränkungen in diese Richtung enthält Art. 316e EGStGB nicht. Diese Konstellationen waren auch nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens M. gegen Deutschland, worauf die Reform der Sicherungsverwahrung zum Teil beruht. Zudem findet sich in den Gesetzesmaterialien der Hinweis, dass die Bundesregierung die Ansicht der Konventionswidrigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht teilt.¹³⁴ Für die Behörden und Gerichte ist diese Rechtslage somit bindend, zumal es ungereimt wäre, bei einer konventionswidrigen Rechtslage eine Normverwerfungskompetenz einzuräumen, die das GG für ein verfassungswidriges Gesetz nicht vorsieht.¹³⁵

An der mittlerweile vom EGMR in der Beschwerdesache Haidn¹³⁶ festgestellten Konventionswidrigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung ändert die Reform nichts. Sie kann zunächst lediglich auf dem Weg gemildert werden, den der 5. *Senat* des BGH vorgeschlagen hat: § 66b StGB a.F. sei teleologisch dergestalt einzuschränken, dass die nachträgliche

Anordnung der Sicherungsverwahrung nur bei „höchstgefährlichen Verurteilten in Betracht komm[t], bei denen sich die Gefahrenprognose aus konkreten Umständen in der Person oder ihrem Verhalten ableiten lässt“.¹³⁷ Für die Betroffenen bleibt damit zunächst nur die Möglichkeit, nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs auf eine erfolgreiche Beschwerde in Straßburg zu hoffen. § 359 Nr. 6 StPO sieht dann die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 275a StPO vor. Zwar stellen sich hier dieselben Probleme entgegenstehenden innerstaatlichen Rechts, aber § 359 Nr. 6 StPO kann als Anwendungsvorrang einer Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR im konkreten Fall interpretiert werden.¹³⁸

3. Die Ebene des Verfassungsrechts – drei Szenarien

Es bleibt die Ebene des Verfassungsrechts. Bislang kann ein Konventionsverstoß nicht unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Auch eine Richtervorlage ans BVerfG nach Art. 100 GG ist nicht möglich.¹³⁹ Das muss aber nicht so bleiben.

Im Hinblick auf die bevorstehende Entscheidung des BVerfG sind drei Szenarien denkbar:

a) Das BVerfG integriert die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 und 7 EMRK in die Auslegung des Grundgesetzes. Angesichts des übereinstimmenden Regelungszwecks von Art. 7 EMRK und Art. 103 Abs. 2 GG ist es, wie bereits ausgeführt, ohne weiteres möglich, den Grundsatz „nulla poena sine lege“ um die Sicherungsverwahrung als strafgleichen Eingriff zu erweitern. Die einzelnen Eingriffsvorbehalte von Art. 5 Abs. 1 EMRK, die im GG keine Entsprechung haben, können in Art. 2 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG integriert werden.¹⁴⁰ Das für einen Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit erforderliche Gesetz muss demzufolge den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 EMRK genügen. Mehrere Gesichtspunkte sprechen für eine konventionsfreundliche Fortentwicklung der „Görgülü“-Rechtsprechung des BVerfG: Schon dort hat das BVerfG aus Art. 1 Abs. 2 GG einen besonderen Schutz für einen Kernbestand an internationalen Menschenrechten und daraus resultierend die verfassungsrechtliche Pflicht abgeleitet, die konkrete Ausgestaltung der EMRK in die Auslegung des GG einzubeziehen.¹⁴¹ Über Art. 52 Abs. 3 und 53 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁴² sind die Konventionsgarantien inzwischen zu europäischem Verfassungsrecht aufgestiegen und gemäß Art. 6 EUV¹⁴³ als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts anerkannt. Das GG sollte in seiner Anwendung nicht hinter diesen Mindeststandards zurückbleiben.

¹²⁹ S. Fn. 12.

¹³⁰ So schon *Gaede*, HRRS 2010, 329 (334); *Eschelbach*, NJW 2010, 2499 (2500).

¹³¹ BVerfG 111, 307 (319); a.A. *Greger*, NStZ 2010, 676 (680).

¹³² Entgegen Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, so auch *Kinzig*, NJW 2011, 177 (180); s. auch BGH NStZ 2010, 567 f.

¹³³ Obwohl insofern ein Verstoß gegen Art. 7 EMRK unstrittig vorliegt, s. auch *Hörnle* (Fn. 24), S. 250.

¹³⁴ BT-Drs. 17/3403, S. 33. Immerhin wird bei einer Verurteilung durch den EGMR weiterer Prüfungsbedarf eingeräumt (BT-Drs. 17/3403, S. 20). Zutr. dagegen die Einschätzung von *Kinzig*, NJW 2011, 177 (182).

¹³⁵ So zutreffend BGH NJW 2011, 240 (242).

¹³⁶ Oben Fn. 5.

¹³⁷ BGH NStZ 2010, 565 (567).

¹³⁸ So wohl auch BVerfGE 111, 307 (326).

¹³⁹ BGH NJW 2011, 240 (242).

¹⁴⁰ Ebenso *Gaede*, HRRS 2010, 329 (338); vgl. auch BVerfG 120, 180 (200 ff.).

¹⁴¹ BVerfG 111, 307 (317); s. ferner BVerfGE 120, 180 (199 ff.).

¹⁴² AB1. EU 2007 Nr. C 303/1.

¹⁴³ AB1. EU 2008 Nr. C 115/13.

b) Das BVerfG zieht sich auf die Position zurück, dass allein der Gesetzgeber über den Umfang der innerstaatlichen Bindung an Völkerrecht entscheidet, wie es auch sonst bei völkerrechtlichen Verträgen dem Gewaltenteilungsgrundsatz entspricht. Auch diese Linie ist in der „Görgülü“-Entscheidung angelegt.¹⁴⁴ Damit könnte sich der Gesetzgeber von der Beachtung der Konventionsgarantien dispensieren. Eine solche Entscheidung würde freilich der Bedeutung der – immer noch völkerrechtlich einzigartigen – EMRK als Normierung eines für den Staat verbindlichen und für den Einzelnen gerichtlich kontrollierbaren menschenrechtlichen Mindeststandards nicht gerecht.

c) Das BVerfG stellt sich gegen den EGMR und erklärt dessen Auslegung von Art. 5 und 7 EMRK für die rückwirkend verlängerte und die nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung für unmaßgeblich. Dabei könnte es sich darauf berufen, dass der Gesetzgeber den zugrunde liegenden mehrpoligen Grundrechtskonflikt entschieden und dabei seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht entsprochen habe. Bei der Verhütung schwerster Kriminalität sei der staatliche Schutzauftrag, der erst die Freiheit und Sicherheit der Bürger garantiere, dem individuellen Interesse des gefährlichen Straftäters vorgeordnet.¹⁴⁵ Jedenfalls im Bereich des Strafrechts würden die Konventionsgarantien dann an Bedeutung verlieren. Die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR dienten dann nur noch dazu, ein bereits im deutschen Straf- und Verfassungsrecht gefundenes Ergebnis abzurunden.

IV. Schluss

Das BVerfG steht also an einem Scheideweg, in welche Richtung es die „Görgülü“-Rechtsprechung weiterentwickelt. Keine der drei hier vorgestellten Alternativen ist dabei in dem Sinne zwingend, dass sie sich deduktiv aus verfassungsrechtlichen Prämissen ableiten lässt. Vielmehr wird das BVerfG wieder einmal Rechtspolitik betreiben, aber das ist bei der Bestimmung der Verfassung durchaus nicht selten.

Dabei müssen jedoch auch die politischen Konsequenzen bedacht werden. Der EGMR dürfte jeder Relativierung der EMRK durch das BVerfG schon deshalb entgegen treten, weil nationale Sonderwege zu einer Aufweichung des Konventionsschutzes – nicht nur in Deutschland – führen. Der Widerstand des BVerfG besäße zudem eine besondere Qualität, denn bislang hat noch kein oberstes Verfassungsorgan eines Mitgliedstaates die Autorität des EGMR offen in Frage gestellt, nicht einmal in den gerichtsnotorischen Konventionsstaaten wie Russland oder Türkei. Neben das für Art. 35 EMRK relevante Verdikt einer systematischen

¹⁴⁴ S. BVerfG 111, 307 (323); dafür auch *Hörnle* (Fn. 24), S. 254, 256; *Greger*, *NStZ* 2010, 676 (680).

¹⁴⁵ In diese Richtung etwa *Landau*, *NStZ* 2007, 121 (125 f.); krit. etwa *Patz*, *Die Effektivität der Strafrechtspflege*, 2009, S. 24 ff.; s. ferner EGMR, *Urt. v. 9.6.1998 – 25829/94* (*Teixeira de Castro v. Portugal*), Rn. 36: „[...] the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place [...] that it cannot be sacrificed for the sake of expedience.“

Konventionsverletzung träte der Ansehensverlust der Bundesrepublik: Ein Staat mit einer anerkanntermaßen vorbildlichen Verfassung verlöre seine Stimme für einen Einsatz zum Schutz der Menschenrechte. Wer sich selbst nicht an die Konventionsgarantien hält, wenn es gerade nicht zu passen scheint, kann schwerlich von anderen ihre Beachtung einfordern.

Für den 4. Mai hat das BVerfG seine Entscheidung angekündigt. Danach werden alle schlauer sein.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Nach der Abfassung dieses Beitrages hat das BVerfG (2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10) in einem Paukenschlag sämtliche Regelungen über die Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff. StGB) als verfassungswidrig aufgehoben, weil der Vollzug nicht in der gebotenen Weise ausgestaltet sei. Dem Gesetzgeber wurde eine zweijährige Frist bis Ende Mai 2013 gesetzt, damit er die Einzelheiten der Sicherungsverwahrung und des Vollzugs verfassungskonform regeln kann. An der unterschiedlichen Auslegung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots in Art. 7 EMRK und Art. 103 Abs. 2 GG hat das BVerfG zwar festgehalten, dabei jedoch die einzelnen Eingriffsvorbehalte von Art. 5 Abs. 1 EMRK, die im GG keine Entsprechung haben, in Art. 2 Abs. 2 GG integriert. Das verfassungsrechtliche Vertrauensschutzgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG erlaubt demzufolge eine nachträgliche präventive Freiheitsentziehung nur noch dann, wenn die Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten auf einer Persönlichkeitsstörung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK beruht. Insgesamt hat sich das BVerfG zur konventionsfreundlichen Auslegung des innerdeutschen Gesetzes- und Verfassungsrechts bekannt und sich aber wie bereits in der *Görgülü*-Entscheidung das letzte Wort vorbehalten. Die befürchtete Verfassungskrise ist durch diese salomonische Entscheidung abgewendet.