

Bericht

**der länderoffenen Arbeitsgruppe
der Innenministerkonferenz**

„Nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung“

Möglichkeiten zur Fortdauer der Unterbringung aus der
Sicherungsverwahrung entlassener Personen unter
Präventions Gesichtspunkten

(Stand: 7. Oktober 2010)

Inhaltsverzeichnis

Teilnehmerliste	Seite 3
Vorbemerkung	Seite 4
1. Einleitung	Seite 4
2. Arbeitsauftrag	Seite 4
3. Erledigung des Auftrags	Seite 5
I. Rechtliche Rahmenbedingungen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention	Seite 5
II. Rechtsvergleich der europäischen Regelungen zum Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen Straftätern	Seite 8
III. Führungsaufsicht	Seite 9
IV. Unterbringungsrecht	Seite 12
V. Polizeirechtliche Maßnahmen der Vollzugspolizei	Seite 13
VI. Zwischenergebnis	Seite 18
VII. Eckpunktepapier der Bundesregierung	Seite 18
VIII. Forderungen der Arbeitsgruppe	Seite 21
IX. Beschlussvorschlag für die IMK	Seite 22

Anlagen:

- 1. Die Vorgaben der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)**
- 2. Rechtsvergleich der europäischen Regelungen zum Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen Straftätern**

Teilnehmerübersicht

StS	Georg	Jungmann	<u>AG-Leitung:</u> Saarland
Ltd. PD	Erhard	Ehl	Stellvertreter
LPD	Lothar	Bergmann	<u>Organisation:</u> Hamburg
RR`in	Silke	von Gersdorff	
MR	Michael	Schwald	Bayern
RD	Klaus	Kempfler	Stellvertreter
RD`in	Gabriele	Wolfers	Berlin
MR	Kurt	Ringel	Hessen
RR`in	Simone	Werner	Niedersachsen
MR Dr.	Marten	Pfeifer	Nordrhein-Westfalen
ORR`in	Iris	Bachetzky	Stellvertreterin
RD´in Dr.	Martina	Baunack	Rheinland-Pfalz
LMR	Andreas	Horsch	Thüringen
RR`in	Annegret	Korff	BMI

Vorbemerkung:

Der länderoffenen Arbeitsgruppe ist es wichtig vorab zu betonen, dass sowohl das Recht der Sicherungsverwahrung als auch die Ausgestaltung und Wahrnehmung der Führungsaufsicht **ausschließlich und originär** im **Zuständigkeitsbereich der Justizressorts** liegen. Die Auswirkungen der jüngsten EGMR-Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung, die derzeit fast ausschließlich von der Polizei bewältigt werden müssen, haben die IMK jedoch dazu veranlasst, sich dieses Themas anzunehmen und die Folgen dieser Rechtsprechung aus **innenpolitischer** Sicht zu bewerten. Die mit dem vorliegenden Bericht dokumentierte intensive Beschäftigung mit dem Themenkomplex Sicherungsverwahrung ist also allein der faktischen Belastung der Sicherheitsbehörden mit den Folgen der EGMR-Rechtsprechung geschuldet und nicht etwa einer etwaigen fachlichen Zuständigkeit.

1. Einleitung:

Nach einem Kammerurteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17. Dezember 2009 (EuGRZ 2010, 25) ist die Sicherungsverwahrung - ungeachtet ihrer Bezeichnung im deutschen Recht als „Maßregel der Besserung und Sicherung“ - im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) als Strafe zu qualifizieren, für die das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK gilt. Der EGMR hat dies unter anderem damit begründet, dass die Sicherungsverwahrung wie eine Freiheitsstrafe mit Freiheitsentziehung verbunden sei und es in der Bundesrepublik Deutschland keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Vollzug einer Freiheitsstrafe und dem der Sicherungsverwahrung gebe. Er hat daher in jenem Fall die Bundesrepublik Deutschland zur Zahlung von Schadensersatz an den Beschwerdeführer verurteilt, da die im Jahre 1998 erfolgte rückwirkende Aufhebung der 10-jährigen Höchstdauer erstmaliger Sicherungsverwahrung gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit) sowie gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK (keine Strafe ohne Gesetz) verstoße. Diese Entscheidung ist endgültig, nachdem der Antrag der Bundesregierung auf Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer am 10. Mai 2010 abgelehnt wurde.

2. Arbeitsauftrag

Nachdem aufgrund der Rechtsprechung des EGMR mittlerweile durch deutsche Gerichte die ersten Freilassungen Sicherungsverwahrter verfügt wurden, obwohl deren Gefährlichkeit für die Allgemeinheit nach gutachterlicher Einschätzung weiterhin gegeben ist, hat sich die Innenministerkonferenz mit dieser Thematik befasst und im Rahmen des Kamingesprächs am 27. Mai 2010 in Hamburg beschlossen, den IMK-Vorsitzenden mit der Einsetzung einer länderoffenen Arbeitsgruppe zu beauftragen. Die Arbeitsgruppe erhielt den Auftrag zu prüfen, welche Möglichkeiten zur Fortdauer der Unterbringung unter Präventionsgesichtspunkten sowie nach dem Polizei- und Unterbringungsrecht bestehen. Bundesweit befinden sich derzeit mindestens 80 Personen in Sicherungsverwahrung, bei denen die Fallgestaltung der vom EGMR entschiedenen Beschwerde in rechtlicher Hinsicht vergleichbar ist und die in absehbarer Zeit in die

Freiheit entlassen werden müssen (vgl. BT-Drucksache 17/2205). Vor diesem Hintergrund besteht hoher Zeitdruck, da sich mit jedem weiteren aus der Sicherungsverwahrung entlassenen gefährlichen Straftäter das Problem verschärft, dessen Lösung bisher weitgehend den Länderpolizeien aufgebürdet wird.

Die Leitung der Arbeitsgruppe übernahm der Staatssekretär im saarländischen Ministerium für Inneres und Europaangelegenheiten, Georg Jungmann. Weiter gehörten der Arbeitsgruppe Vertreter/Vertreterinnen der Länder Bayern, Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Thüringen und des Bundesministeriums des Innern an.

3. Erledigung des Auftrags

Die Arbeitsgruppe konstituierte sich am 28. Juli 2010 in Hamburg. Sie verständigte sich darauf, den Arbeitsauftrag weit auszulegen und weitere, weniger einschneidende Maßnahmen auch außerhalb einer Unterbringung zu beleuchten. Weiterhin wurde untersucht, wie mit der Problematik im europäischen Ausland umgegangen wird. Am 1. September 2010 hat sich die Bundesregierung auf Eckpunkte für das Recht der Sicherungsverwahrung und begleitende Regelungen geeinigt. Diese neue Situation war im Arbeitsgruppenbericht zu berücksichtigen.

Die Arbeitsgruppe tagte darüber hinaus am 14. September 2010 in Hamburg und - in Teilbesetzung – am 23. September 2010 in Berlin. Die weitere Abstimmung erfolgte im schriftlichen Verfahren. Das Ergebnis wird im Einvernehmen mit allen Vertretern der Arbeitsgruppe vorgelegt.

I. Rechtliche Rahmenbedingungen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)

Die Vereinbarkeit des Instituts der Sicherungsverwahrung und vergleichbarer Regelungen mit der EMRK war in der Vergangenheit mehrfach Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, die in einigen Fällen bis zum EGMR getragen wurden, da Maßnahmen der Sicherungsverwahrung oder einer vergleichbaren Unterbringung sich an Artikel 5 EMRK messen lassen müssen. Nachfolgend werden die wichtigsten in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a–f EMRK aufgeführten Gründe für eine rechtmäßige Freiheitsentziehung aufgeführt. Eine detaillierte Darstellung der rechtlichen Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Rechtsprechung des EGMR und deren Umsetzung in der nationalen Rechtsprechung ist in der **Anlage 1** enthalten.

a) Art. 5 Abs. 1 Buchst. a EMRK

„a) rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“:

Art. 5 Abs. 1 Buchst. a EMRK verlangt nach der Rechtsprechung des EGMR eine kausale Verbindung zwischen dem Strafurteil und der Freiheitsentziehung. Das Wort „nach“ impliziert nicht nur die einfache chronologische Abfolge von „Verurteilung“ und „Freiheitsentziehung“: diese muss aus jener resultieren, muss ihr folgen und als ihre Folge oder kraft dieser angeordnet worden sein.

Die Verbindung zwischen der Verurteilung und der Haft darf bis zu einem gewissen Grad lose sein. Sobald jedoch die Sicherungsverwahrung nicht mehr als Vollstreckung eines Strafurteils verstanden werden kann, scheidet Art. 5 Abs. 1 Buchst. a EMRK als Rechtfertigungsgrund aus. Dass die Verbindung zwischen dem Urteil und der präventiven Freiheitsentziehung ausschließlich durch Anordnungen in dem Urteil selbst hergestellt werden kann, lässt sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht entnehmen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Sache „Van Droogenbroeck“ soll vielmehr die „Authorisierung“ der Freiheitsstrafe durch das erkennende Gericht genügen. Aus diesem Grunde kann auch die im Urteil vorbehaltene und erst nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. a EMRK gestützt werden.

b) Art. 5 Abs. 1 Buchst. b EMRK

„b) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung wegen Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“

Eine Inhaftierung „zur Erzwingung der Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung“ lässt der EGMR nur zu, wenn es um die Erfüllung einer „bestimmten und konkreten“ Verpflichtung geht. Als solche hat er z.B. die Verpflichtung, Wehrdienst zu leisten, angesehen. Der durch Verwaltungsakt konkretisierte Unterbindungsgewahrsam steht mit dieser Rechtsprechung im Einklang. Darüber hinaus hat der Gerichtshof festgestellt, dass Buchst. b nicht der Verhütung von Verstößen gegen die öffentliche Sicherheit diene, so dass die Präventivhaft eines IRA-Terroristen nicht darauf gestützt werden konnte.

Art. 5 Abs. 1 Buchst. b EMRK kann deswegen kaum so verstanden werden, dass bereits das in einer Strafvorschrift enthaltene Verbot als bestimmte und konkrete gesetzliche Verpflichtung ausreicht, zumal der Gerichtshof stets die Notwendigkeit einer engen Auslegung der Ausnahmen hervorhebt.

c) Art. 5 Abs. 1 Buchst. c und e EMRK

„c) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern“

„e) rechtmäßige Freiheitsentziehung mit dem Ziel, eine Ausbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern“

Ob man die nachträgliche Sicherungsverwahrung auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK stützen kann, hängt davon ab, ob damit „konkrete und bestimmte strafbare Handlungen“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs verhindert werden sollen. Hinsichtlich dieser Auslegung bestehen – nicht zuletzt wegen möglicher Ungenauigkeiten der Übersetzung der in französisch gefassten maßgeblichen Entscheidung des EGMR – erhebliche Unsicherheiten.

Gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK kann eine Freiheitsentziehung erfolgen, wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, die davon

betroffene Person an der Begehung einer Straftat zu hindern. Diese Regelung wird vom EGMR eng ausgelegt. Konkrete Gründe müssen darauf schließen lassen, dass eine bestimmte strafbare Handlung begangen werden soll. In *M. v. Deutschland, no. 19359/04, § 89* führt der EGMR dazu aus: „Dieser Haftgrund ist jedoch nicht an einer generalpräventiven Vorgehensweise orientiert, die sich gegen einen Einzelnen oder eine Gruppe von Personen richtet, die aufgrund ihres fortbestehenden Hangs zu Straftaten eine Gefahr darstellen. Er bietet den Vertragsstaaten lediglich ein Mittel zur Verhütung einer konkreten und spezifischen Straftat... Dies ergibt sich sowohl aus dem Gebrauch des Singulars („einer Straftat“) als auch aus dem Ziel von Artikel 5, nämlich sicherzustellen, dass niemandem willkürlich die Freiheit entzogen wird...“ Eine Anwendung auf in allgemeiner Weise gefährliche Personen kommt nicht in Betracht (*Ladewig, Hk-EMRK, Art. 5 Rn. 16*).

Angedacht werden könnte weiterhin der zusätzliche Weg über Art. 5 Abs. 1 Buchst. e EMRK durch den Ausbau der rechtlichen Unterbringungsmöglichkeiten für psychisch Kranke.

Der EGMR hat für die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung wegen psychischer Erkrankung drei Mindestbedingungen postuliert: „Die psychische Krankheit muss zuverlässig nachgewiesen sein; die Geistesstörung muss ihrer Art und ihrem Schweregrad nach eine zwangsweise Unterbringung rechtfertigen und die Rechtmäßigkeit der weiteren Unterbringung hängt von der Fortdauer dieser Störung ab“.

Ein nicht unerheblicher Teil der Sicherungsverwahrten weist gravierende psychische Auffälligkeiten auf, die jedoch nicht die strengen Anforderungen der Unterbringungsgesetze der Länder erfüllen. Selbst bei einer Aufweichung der Kriterien in den Unterbringungsgesetzen der Länder wäre zu berücksichtigen, dass diese Rechtsgrundlage erst dann greifen kann, wenn ein entsprechendes Konzept nicht nur erstellt, sondern auch umgesetzt worden ist. Die Unterbringungsgesetze der Länder erfordern überdies auch das Vorliegen einer konkreten Gefahr. Äußerst fraglich erschiene im Übrigen auch, ob eine derartige Ausweitung der Unterbringungsgesetze der Länder mit der Rechtsprechung des BVerfG in Einklang gebracht werden könnte, weil es „gerade und ausschließlich das schwerwiegende und dem Betroffenen zurechenbare Indiz der Anlasstaten [ist], welches den Staat berechtigt, die Gefährlichkeit seiner Bürger zu überprüfen und auf das Ergebnis dieser Überprüfung eine langfristige schuldunabhängige Freiheitsentziehung zu gründen.“ (Urteil vom 10.02.2004, Az. 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Abs.-Nr. 111).

d) Bewertung

Die Sicherungsverwahrung sollte daher für zukünftige Fälle nicht vom Strafverfahren gelöst werden, nur um dem Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK zu entgehen, weil ansonsten Art. 5 Abs. 1 Buchst. a EMRK als zulässiger Grund für die Freiheitsentziehung nicht in Betracht käme.

II. Rechtsvergleich der europäischen Regelungen zum Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen Straftätern

Der vorliegende Rechtsvergleich beschränkt sich auf insgesamt **19 Staaten** (18 Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie die Schweiz). Grundlage der Darstellung sind die Antworten der Staaten auf eine aktuelle Umfrage des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags zum Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern. Von den Parlamenten Österreichs und der Schweiz liegen keine Antworten vor, so dass der Rechtsvergleich auf den im Internet verfügbaren Quellen basiert.

Insgesamt **9 Staaten** (Frankreich, Schweiz, Belgien, Österreich, Dänemark, Italien, England und Wales, Slowakei und Estland) kennen eine mit dem deutschen Recht vergleichbare „**Sicherungsverwahrung**“ (England und Wales: als präventiver Teil der Strafe, Frankreich: speziell bei Tätern mit Persönlichkeitsstörung). In einigen Staaten (Österreich, teilweise in der Schweiz und den Niederlanden) werden Sexualstraftäter (auch) aufgrund der Regelung für psychisch kranke bzw. „abnorme“ Täter in spezielle Kliniken eingewiesen.

In den Staaten, die keine Unterbringungsmöglichkeiten für gefährliche rückfallgefährdete Straftäter kennen, soll der Schutz der Bevölkerung zum Teil über längere Freiheitsstrafen (insb. Portugal, Polen und Belgien - hier ist die Einführung einer Regelung zu Zusatzstrafen geplant), eine ins Ermessen des Gerichts gestellte lebenslange Freiheitsstrafe (Irland) oder durch die Führungsaufsicht (Lettland, Spanien – Einführung der Führungsaufsicht ist geplant) sichergestellt werden. In einigen Staaten wird nur auf die vorzeitige Entlassung aus der Strafhaft (z.B. Finnland) verzichtet.

Festzustellen ist, dass in vielen Staaten das **Bedürfnis der Gesellschaft nach Schutz vor gefährlichen Tätern wächst**, so dass

- die Anzahl der auf Grund ihrer Gefährlichkeit Verwahrten steigt (England und Wales, Schweiz, Österreich),
- Staaten das Institut der Sicherungsverwahrung neu (Estland, Frankreich) eingeführt haben oder die Möglichkeit der Einführung (Lettland) diskutieren,
- die Regelungen zur Sicherungsverwahrung (Schweiz) und der Führungsaufsicht (Frankreich, Estland, Spanien - hier ist die Einführung der Führungsaufsicht geplant) verschärft werden und
- untersucht wird, wie über das Sanktionsrecht dieser Schutz gewährleistet werden kann (Schweden).

Bewertung:

Der Vergleich der verschiedenen Regelungen in europäischen Staaten zum Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen rückfallgefährdeten Straftätern zeigt, dass die Lösungswege sowohl strukturell (Bestehen einer Unterbringungsmöglichkeit im Anschluss an die Strafhaft), als auch hinsichtlich des Vollzugs (z.B. Unterbringung gemeinsam mit den Strafgefangenen oder in einer speziellen Sicherheitsverwahrungsanstalt sowie besondere psychologische Betreuung) stark divergieren. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsordnungen der jeweiligen Staaten

erscheint nach Auffassung der Arbeitsgruppe keiner der geprüften Lösungsansätze uneingeschränkt auf Deutschland übertragbar. Hinsichtlich näherer Einzelheiten wird auf **Anlage 2** verwiesen.

III. Führungsaufsicht

Eine Möglichkeit der Kontrolle und Betreuung rückfallgefährdeter gefährlicher Straftäter ist das Instrument der Führungsaufsicht. Sie kann nach § 68 StGB angeordnet werden, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter weitere Straftaten begehen wird. Es ist Aufgabe des Gerichts und der zuständigen Aufsichtsstelle, maßgeschneiderte Weisungen zu erlassen und das Verhalten des Verurteilten zu überwachen. Daneben ist auch die Polizei zur Gefahrenabwehr berufen, soweit in Einzelfällen konkrete Straftaten drohen.

a) Einführung der elektronischen Aufenthaltskontrolle im Rahmen der Führungsaufsicht

Die von der Bundesregierung am 1. September 2010 beschlossenen „Eckpunkte für die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und begleitende Regelungen“ sehen auch eine Stärkung der Führungsaufsicht vor. Dieses Ziel soll insbesondere durch Einführung einer neuen Weisung erreicht werden, welche die elektronische Aufenthaltsüberwachung der verurteilten Person ermöglicht. Die dazu in einem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (Stand: 30. Juni 2010) enthaltenen Vorschläge sollen mit zwei Modifikationen betreffend Speicherfrist und unbefristete Verlängerung der Führungsaufsicht bei Gewalttätern umgesetzt werden.

b) Funktionsweise der elektronischen Überwachung

Die sog. „elektronische Fessel“ ist ein mit einem Sender ausgestattetes Fuß- oder Armband aus Kunststoff. In technischer Hinsicht ist zwischen Geräten zu unterscheiden, die nur überwachen können, ob der Träger des Senders zu Hause anwesend ist (elektronischer Hausarrest) und solchen, die eine ständige satellitengestützte Überwachung des Aufenthaltsortes des Trägers ermöglichen (elektronische Aufenthaltskontrolle).

In Hessen wird mit Einverständnis der Probanden der elektronische Hausarrest im Bereich der Bewährungsaufsicht und zur Vermeidung von Untersuchungshaft seit rund zehn Jahren erprobt. Erfahrungen zu einer satellitengestützten Aufenthaltsüberwachung, die im Rahmen der Führungsaufsicht ununterbrochen Bewegungsprofile erstellt, gibt es bislang nicht.

c) Zweck und Gestaltung der Führungsaufsicht

Die Maßregel der Führungsaufsicht (§§ 68 bis 68g StGB) soll insbesondere Straftätern mit ungünstiger Sozialprognose nach Verbüßung der Strafhaft oder dem Ende einer Unterbringung eine Hilfe für den Übergang in die Freiheit geben (Betreuungsfunktion) und ihn gleichzeitig überwachen (Sicherungsfunktion) (Schneider, Leipziger Kommentar, 12. Auflage 2008, Vor §§ 68 ff., Rdn.3). Nach

§ 67d Abs. 3 Satz 2 StGB tritt mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung kraft Gesetzes Führungsaufsicht ein.

Für die Gestaltung der Führungsaufsicht sind die Weisungen nach § 68b StGB von besonderer Bedeutung. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen Weisungen nach § 68b Abs. 1 StGB, deren Verletzung unter den Voraussetzungen des § 145a StGB strafbar ist und Weisungen nach § 68b Abs. 2 StGB, deren Verletzung nicht strafbewehrt sind.

Der Einsatz elektronischer Mittel zur Aufenthaltskontrolle im Rahmen der Führungsaufsicht wird nach geltendem Recht in dem abschließenden Katalog des § 68b Abs. 1 StGB nicht genannt. Zwar kann das Gericht den Verurteilten nach § 68b Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB anweisen, den Wohn- oder Aufenthaltsort oder einen bestimmten Bereich nicht ohne Erlaubnis der Aufsichtsstelle zu verlassen und sich nicht an bestimmten Orten aufzuhalten, die ihm Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten bieten können. Die Überwachung des Aufenthalts durch elektronische Mittel wird davon jedoch nicht erfasst.

Weitere Weisungen, die nicht unter dem Schutz des § 145a StGB stehen, ermöglicht § 68b Abs. 2 StGB. Die hier genannten Weisungen sind nicht abschließend aufgezählt. Dennoch dürfte die Weisung zum Tragen einer elektronischen Fessel nicht auf § 68b Abs. 2 StGB gestützt werden können, sondern bedürfte einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgt, dass der Gesetzgeber über alle wesentlichen Grundrechtseinschränkungen selbst zu entscheiden hat und diese weder der Verwaltung noch der Justiz überlassen darf. Da eine ständige elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes einen erheblichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen darstellt, muss der Gesetzgeber eine entsprechende Weisung explizit regeln. Dementsprechend sieht das Eckpunktepapier der Bundesregierung eine gesetzliche Erweiterung der Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht vor.

d) Grenzen der Führungsaufsicht

Die Führungsaufsicht zielt zwar auf gefährliche und/oder gefährdete Täter, die vor erneuter Straffälligkeit bewahrt werden sollen. Für die Polizei würde ihr Einsatz jedoch nur dann eine Entlastung bedeuten, wenn davon ausgegangen werden könnte, dass sie das Risiko der Begehung weiterer Straftaten annähernd auf dasselbe Maß reduziert wie eine Rund-um-die-Uhr-Bewachung durch die Polizei. Gerade das ist aber nicht der Fall. Insbesondere in den hier relevanten Fällen ist sie kaum geeignet, weitere Straftaten zu verhüten.

So können mit einer elektronischen Aufenthaltskontrolle naturgemäß keine Straftaten verhindert werden. Sie kann lediglich die Aufklärung einer begangenen Straftat erleichtern, da die aufgezeichneten Positionsdaten als Beweismittel von Bedeutung sind. Zwar mag der Täter in Einzelfällen vor der Begehung weiterer Straftaten abgehalten werden, da das Tragen eines Überwachungsgerätes das Entdeckungsrisiko erhöht, doch ob Schwerverbrecher, die zum Teil Jahrzehnte in amtlichem Gewahrsam verbracht haben, in der Lage und willens sind, ihr Verhalten an derartigen Erwägungen auszurichten, muss bezweifelt werden.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Einsatz der Überwachungstechnik ohne die Kooperation des Betroffenen nicht möglich ist. Würde er die erforderlichen Geräte nicht mit sich führen oder unbrauchbar machen, so würde zwar ein Alarm ausgelöst werden, ein rechtzeitiges Einschreiten zur Verhinderung eines unmittelbar bevorstehenden Verbrechens wäre dennoch kaum möglich. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Motivation zur Kooperation bei den Personen, denen im Falle eines Verstoßes gegen Weisungen der Widerruf einer Strafaussetzung oder die Anordnung des Vollzugs eines Haftbefehls drohen, wesentlich höher ist als bei ehemals Sicherungsverwahrten, deren Verstoß gegen eine Weisung allenfalls nach § 145a StGB strafbewehrt ist. Wie das hessische Modellprojekt zum elektronischen Hausarrest gezeigt hat, war für die Probanden das wichtigste und häufig auch einzige Motiv zur Kooperation die Vermeidung der Inhaftierung.

e) Zur beabsichtigten Regelung der elektronischen Aufenthaltskontrolle in § 463a Abs. 4 Satz 4 StPO (neu) des Diskussionsentwurfs des BMJ (Art. 2 Ziffer 7 Buchst. a)

Ziel der elektronischen Aufenthaltsüberwachung soll vor allem die Stärkung der (justiziellen) Führungsaufsicht sein. In einem neuen § 463a Abs. 4 StPO soll nach dem Diskussionsentwurf des BMJ jedoch geregelt werden, dass die Aufsichtsstelle bei einer im Rahmen der Führungsaufsicht angeordneten elektronischen Aufenthaltskontrolle die Erhebung und Verarbeitung der Daten durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen lassen kann. Diese sollen verpflichtet sein, dem Ersuchen der Aufsichtsstelle zu genügen (Satz 4).

Primäre Aufgabe der Polizei ist es, Gefahren abzuwehren und Straftaten zu verfolgen. Bevor die Polizei tätig wird, ist zunächst zu bewerten, ob eine Gefahr vorliegt oder der Verdacht einer Straftat besteht. Die bei der Aufsichtsstelle eingehenden Alarm- oder Störungsmeldungen sind zunächst von der zuständigen Führungsaufsichtsstelle bzw. von dem mit der Wahrnehmung der Aufsicht beauftragten Bewährungshelfer daraufhin zu prüfen und zu bewerten, ob eine Gefahr oder der Verdacht einer Straftat vorliegt, die abgewehrt bzw. verfolgt werden muss. Da die Polizei selbst in der Regel nicht über die Informationen verfügt, die der betreuende Bewährungshelfer hat, wäre die Polizei vor der Veranlassung eigener Maßnahmen zunächst gehalten, beim zuständigen Bewährungshelfer weitere Informationen einzuholen, um die eingehende Meldung zutreffend bewerten zu können. Die Datenübermittlung durch den Bewährungshelfer an die Polizei unterliegt jedoch engen Voraussetzungen und ist nicht ohne Weiteres möglich. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Feststellung des aktuellen Aufenthaltsorts und die Verwendung der Daten zum Zwecke der Strafverfolgung engen rechtlichen Grenzen unterworfen werden soll. Dies würde zweckmäßigerweise bedingen, dass eine Aufsichtsstelle innerhalb des Bereichs der Justiz zunächst darüber entscheidet, welche Informationen zu welchem Zweck an die Polizei übermittelt werden müssen.

Die vorgesehene Verlagerung der Aufgabe einer Aufsichtsstelle auf die Polizei hätte ganz erhebliche zusätzliche Aufwände für die Polizei zur Folge und würde die Verantwortlichkeiten für die Überwachung der in Rede stehenden Straftäter von der Justiz zur Polizei verlagern. Die Polizei verfügt weder über das für die Durchführung der Maßnahme notwendige Personal, noch über die einzusetzende Technik und ist bereits heute mit der engmaschigen Überwachung rückfallgefährdeter Sexualtäter bis an die Grenzen des Leistbaren belastet. So ist u. a. bereits jetzt unabhängig von

einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung in jedem Einzelfall zu prüfen, ob im Rahmen der polizeilichen Überwachung eines rückfallgefährdeten Sexualtäters z.B. die längerfristige Observation eines Probanden mit dem entsprechend sehr hohen Personal- und Kostenaufwand notwendig ist.

Die geplante Regelung vernachlässigt auch den Umstand, dass die Überwachung von Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht grundsätzlich Sache der Justiz- und nicht der Innenressorts ist. Zwar können die Aufsichtsstellen nach § 463a Abs. 1 StPO Ermittlungen auch durch andere Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit vornehmen lassen. Im Unterschied zu § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO sind hier aber bewusst nicht die Behörden und Beamten des Polizeidienstes erwähnt, weil der Eindruck vermieden werden soll, als handele es sich bei der Führungsaufsicht um eine Aufsicht mit in erster Linie polizeilichen Mitteln und zu in erster Linie polizeilichen Zwecken (BT-Drucksache 7/550, Begr. zu Art. 19 Nr. 123, S. 314). Die Durchführung der elektronischen Aufenthaltskontrolle hat daher nicht der Polizei, sondern vorrangig den Aufsichtsstellen zu obliegen, die zum Geschäftsbereich der Landesjustizverwaltungen gehören.

f) Bewertung

Eine elektronische Aufenthaltskontrolle kann den berechtigten Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit vor hoch gefährlichen Kriminellen ebenso wenig wie andere Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht hinreichend Rechnung tragen.

IV. Unterbringungsrecht

a) Allgemeine Voraussetzungen

Die Unterbringungsgesetze der Länder regeln Fälle, in denen Personen psychisch krank sind und eine Gefahr für sich selbst oder die Allgemeinheit darstellen. Psychisch krank im Sinne des Unterbringungsrechts sind Personen, bei denen eine geistige oder seelische Krankheit oder Störung von erheblichem Ausmaß vorliegt oder die an einer mit dem Verlust der Selbstkontrolle einhergehenden Abhängigkeit von Suchtstoffen leiden. Bei weiter Auslegung könnten – einzelfallbezogen - von dem Tatbestand „Störung von erheblichem Ausmaß“ auch Persönlichkeitsstörungen erfasst werden, sofern die Merkmale der von der Weltgesundheitsorganisation herausgegebenen „Internationalen statistischen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme“ (ICD-Code) erfüllt sind.

b) Gefahrenbegriff

Wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung des unterbringungsrechtlichen Gefahrenbegriffs (die Unterbringungsgesetze variieren zwischen „erheblicher Gefahr“, „gegenwärtiger Gefahr“ und „gegenwärtiger, erheblicher Gefahr“) hat sich bisher keine einheitliche Rechtsprechung herausgebildet. Dabei ist sowohl der Grad der Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden eintreten wird, wie auch die Zeitspanne, in welcher das schädigende Ereignis zu erwarten ist, maßgeblich. So hat z.B. das Landgericht München gefordert, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Rechtsgütergefährdung jederzeit gerechnet werden muss (NJW 2000, 883).

c) Subsidiarität des Unterbringungsrechts

Die Unterbringung nach den Unterbringungsgesetzen stellt die „Ultima ratio“ zu ergreifender Maßnahmen dar, denn im Unterbringungsrecht ist durchgehend eine Unterbringung nur dann zulässig, wenn zuvor alle vorhandenen vorsorgenden, begleitenden und nachsorgenden Hilfen ausgeschöpft sind und die von der unterzubringenden Person ausgehende Gefahr nicht anders als durch stationäre Aufnahme in einem Krankenhaus abgewendet werden kann.

Durchgehend ist Ziel des Unterbringungsrechts nicht vordergründig die Gefahrenabwehr, sondern vielmehr die Behandlung, Hilfe und Heilung der betroffenen Personen. Für die Unterbringung von Personen mit Persönlichkeitsstörungen, die üblichen Therapiebemühungen nicht zugänglich sind, dürfte das Unterbringungsrecht deshalb keine adäquate Lösung sein.

Bewertung:

Insgesamt bietet das Unterbringungsrecht der Länder wegen der hohen rechtlichen Hürden, insbesondere der qualifizierten Anforderungen an den Gefahrenbegriff und dem Subsidiaritätsgrundsatz keine tragfähige Rechtsgrundlage, um die Allgemeinheit dauerhaft vor entlassenen Sicherungsverwahrten mit der gebotenen Rechtssicherheit zu schützen.

V. Polizeirechtliche Maßnahmen der Vollzugspolizei

A. Längerfristige Beobachtung

Voraussetzungen und Durchführung der Maßnahme

Alle Polizeigesetze enthalten ausdrückliche Regelungen über die Observation. Sie kann je nach Landesrecht offen (vorrangig zur Gefahrenabwehr) und/oder verdeckt (z.B. zur Durchführung von Strukturermittlungen) durchgeführt werden. Die längerfristige Observation unterliegt als besondere Standardmaßnahme wegen des intensiveren Eingriffs besonderen Anforderungen und im Regelfall einem Behördenleitervorbehalt. Durch die Observation werden personenbezogene Daten insbesondere über den Aufenthalt, aber auch über weitere Lebensumstände und -äußerungen einer Person erhoben.

a) Observation zur Gefahrenabwehr

Die längerfristige Observation zur Gefahrenabwehr ist nach der Mehrzahl der Polizeigesetze nur zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für hochrangige Rechtsgüter wie Leib, Leben oder Freiheit einer Person zulässig (s. Rachor, in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., F 328 m.w.N). Von den entlassenen Personen dürften im Regelfall keine - im hier geforderten Sinne - (zeitlich gesteigerten) Gefahren ausgehen. Vielmehr dürfte hier eine allgemeine Gefahr im Vorfeld einer konkreten Gefahr vorliegen, deren Entstehung vorgebeugt werden soll.

b) Observation zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten

Eine Observation zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten ist nach einigen Polizeigesetzen der Länder zulässig, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wollen (so z.B. § 16a Abs.1 Nr.2 PolG NRW). Anders als bei der gefahrenabwehrenden Observation muss noch keine konkrete Gefahr vorliegen; es reicht eine allgemeine Gefahr im Vorfeld aus. Entscheidend ist, dass dem Eintritt einer Rechtsgutverletzung (Begehung von Straftaten erheblicher Bedeutung) vorgebeugt werden soll. Allerdings müssen objektive „Tatsachen“ vorliegen, die eine subjektive Tendenz der betroffenen Personen zur Straftatenbegehung belegen („begehen wollen“).

Das VG Aachen hat die Anordnung einer längerfristigen offenen Observation einer entlassenen Person geprüft und - nach der im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung – bestätigt (Beschl. vom 18.3.2010 - 6 L 28/10 -). In einer weiteren Entscheidung hat das VG Freiburg - ebenfalls in einem Eilverfahren - den Antrag, eine geplante längerfristige Observation gem. § 22 PolG BW zu unterlassen, mit ähnlicher Begründung abgewiesen (Beschl. vom 2.9.2010 - 4 K 157010). Auch das VG Saarlouis hat zwischenzeitlich in einem Eilverfahren den Antrag eines aus der Sicherungsverwahrung freigelassenen Straftäters auf Unterlassung der angeordneten längerfristigen Observation abgewiesen (Beschl. vom 15. September 2010 - 6 L 746/10- nicht rechtskräftig-).

Das VG Aachen hat Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage für eine längerfristige Observation rückfallgefährdeter Straftäter im Hinblick auf ihre Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit geäußert, die jedoch im Hauptsacheverfahren zu klären seien. Die Vorgaben und rechtlichen Überlegungen des Gerichts lassen sich im Hinblick auf vergleichbare Fälle wie folgt zusammenfassen:

An die Bestimmtheit der Anordnung sind gerade wegen der Vorverlagerung des Eingriffszeitpunkts hohe Anforderungen zu stellen. Die den Anlass bildende Straftat sowie die Tatsachen, die die Annahme ihrer Begehung rechtfertigen, sind hinreichend konkret zu beschreiben. Außerdem sollte das Ergebnis der Interessenabwägung dokumentiert werden, damit die Ermessensausübung gerichtlich nachvollziehbar ist.

Zur Prüfung des Vorliegens von „Tatsachen“ bei der Entlassung von bisher sicherungsverwahrten Personen können folgende Aspekte herangezogen werden:

- Konkrete, objektiv nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte, die den Verdacht der Begehung einer Straftat von erheblicher Bedeutung bestätigen (BVerfGE 113, 348).
- Tatsachen sind tatsächliche Gegebenheiten, die äußere oder innere Umstände betreffen können. Dem Tatsachenbegriff unterfallen damit auch psychologische Tatsachen wie ein Hang zur Straftatenbegehung (BVerfG NJW 2006, 3483)

- Der Hang zur Straftatenbegehung als innerer Zustand fällt aber nur dann unter den Tatsachenbegriff, wenn er sich in der äußeren Geschehenswelt manifestiert oder manifestiert hat, also aus objektiv nachvollziehbaren äußeren Tatsachen erschlossen werden kann.
- Die äußere Manifestation des Hangs zur Straftatenbegehung kann sich aus einem psychiatrischen Gutachten ergeben, wenn danach zu erwarten ist, dass der Betroffene künftig mit vergleichsweise sehr hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen werde.

Bei der Anordnung der Observation sind im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme folgende Abwägungen vorzunehmen:

- Die Schwere des polizeilichen Eingriffs (Observation) darf nicht zu dem damit verfolgten Ziel außer Verhältnis stehen;
- z.B. Eingriff mit hoher Intensität erst bei bestimmter Verdachts- oder Gefahrenstufe

Das VG Aachen hat zur Rechtsgüterabwägung ausgeführt, dass das Ziel eines effektiven Schutzes der Allgemeinheit vor einzelnen hochgefährlichen Straftätern in der Regel ein überragendes Gemeinwohlinteresse darstellt (Beschluss vom 18.3.2010, A.U., S. 30).

Das VG Saarlouis hat in seiner Entscheidung Zweifel angemeldet, ob ein adäquates rechtliches Instrumentarium vorhanden ist, um den aus der Freilassung gefährlicher Straftäter resultierenden Gefahren zu begegnen. Insbesondere die Ermächtigungsgrundlage für längerfristige Observationen hält das Gericht für unpassend für die vorliegende Fallkonstellation. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens hält es dennoch – zumindest für eine Übergangszeit – im Rahmen der gebotenen Güterabwägung eine Dauerbeobachtung durch die Polizei auf der Grundlage der polizeirechtlichen Generalklausel für hinnehmbar. Dabei hat das Gericht berücksichtigt, dass sich die Problematik durch die Entscheidung des EGMR erst kürzlich in aller Schärfe gestellt hat und derzeit gesetzliche Lösungen intensiv geprüft und vorbereitet werden.

c) Bewertung:

Die längerfristige Beobachtung ist nur sehr bedingt eine geeignete Maßnahme, um die Öffentlichkeit vor Gefahren bzw. vor der möglichen Begehung erheblicher Straftaten durch den betroffenen Personenkreis zu schützen. Dies haben bisherige Erfahrungen mit entlassenen Personen z.B. in Nordrhein-Westfalen und im Saarland gezeigt. So haben sich in der Praxis Betroffene durch Fahrten ins benachbarte Ausland der polizeilichen Überwachung entziehen können.

Problematisch ist außerdem, dass es sich um besonders personalintensive und organisatorisch schwierig umzusetzende und dauerhaft aufrechtzuerhaltende Maßnahmen handelt. In NRW würden bei ca. 20 potentiell zu observierenden Personen ca. 420 Polizeibeamtinnen und -beamte dauerhaft gebunden werden. Dies entspräche monatlichen Personalkosten in Höhe von ca. 1, 65 Mio. € (bei Zugrundelegung von Personalkosten für Beamtinnen und Beamte der Besoldungsstufe A 9). Gerade im Hinblick auf die in einigen Ländern zu erwartende

Zahl von zu entlassenden Personen und einer zusätzlich möglichen regionalen Konzentration werden die zuständigen Polizeibehörden vor erhebliche Probleme im Hinblick auf die Bereitstellung ausreichender Kräfte gestellt werden.

B. Meldeauflage

Voraussetzungen und Durchführung der Maßnahme

Um einen betroffenen Probanden über einen gewissen Zeitraum an einen Ort zu binden, kann eine Meldeauflage erlassen werden. Die Meldeauflage zählt zu den Maßnahmen, die (bisher) auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel erlassen werden (Rachor, in Lisken/Denninger, Hdb. d. Polizeirechts, 4. Aufl., F 779ff. (F 783)). In tatbestandlicher Hinsicht ist das Vorliegen einer konkreten Gefahr Voraussetzung für die rechtmäßige Anordnung der Maßnahme.

Die Meldeauflage ist eine Anordnung gegenüber einem Adressaten, sich

- in regelmäßigen Abständen oder zu bestimmten Zeiten
- für die Dauer eines bestimmten Zeitraums

bei einer Polizeidienststelle einzufinden (Rachor, a.a.O., F 826).

Zweck einer derartigen Auflage ist es, den Auflageverpflichteten von Orten fernzuhalten, an denen er voraussichtlich Dritte gefährden wird. Je nach Aufenthaltsort der Person und Entfernung des Ortes, von dem sie ferngehalten werden soll, ist die „Meldefrequenz“ festzulegen. Die Meldeauflage hat sich in den letzten Jahren als Maßnahme bewährt, um gewalttätige Fans (Hooligans) von der Teilnahme an Fußballspielen oder -turnieren oder damit verbundenen Drittort-Auseinandersetzungen abzuhalten (VGH Mannheim, NJW 2000, 3658).

Die Meldeauflage wird in der Regel schriftlich erlassen; wie vergleichbare Maßnahmen sollte sie mit einer Zwangsgeldandrohung und mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versehen werden (Rachor, a.a.O., F 826). Die Meldeauflage ist zwingend für einen bestimmten Zeitraum anzuordnen.

Soweit hier bekannt gibt es mit Meldeauflagen über längere Zeiträume, die bei den vorliegend Betroffenen in Betracht kämen, keine Erfahrungen. Nach der Literatur soll die Meldeauflage keine Einschränkungen der Bewegungsfreiheit beinhalten, die mehr als nur kurzfristiger Natur sind (Rachor, a.a.O., F 783, Butzer, VerwArch 2002, 537f).

Bewertung:

Die polizeiliche Meldeauflage ist von der Zielrichtung deckungsgleich mit der Meldeauflage, die als Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht gem. § 68b Abs. 1 Nr. 7 StGB erteilt werden kann. Eine solche Weisung ist strafbewehrt gem. § 145a StGB. Die Meldeauflage kann im Rahmen der Führungsaufsicht über die gesamte Dauer der Führungsaufsicht oder für einen kürzeren Zeitraum angeordnet werden.

Da die in Rede stehenden Personen in aller Regel der Führungsaufsicht unterliegen und ihnen Meldeauflagen erteilt werden, ist ein zusätzlicher „Sicherheitszugewinn“ durch die ergänzende Erteilung einer polizeilichen Meldeauflage nicht ersichtlich.

C. Ingewahrsamnahme

Voraussetzungen und Durchführung der Maßnahme

Die Ingewahrsamnahme ist eine Maßnahme zur vollständigen Freiheitsentziehung auf der Grundlage des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts. Zur Regelung der Freiheitsentziehung sind für alle Polizeigesetze die grundgesetzlichen Vorgaben des Art. 2 Abs. 2 und des Art. 104 Abs. 2 GG bindend.

Die Polizeigesetze regeln zum einen den sog. Schutzgewahrsam (Rachor, a.a.O., F 579 ff.), d.h. die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet. Ein Schutzgewahrsam wird bei dem in Rede stehenden Personenkreis nicht oder nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen.

Zum anderen regeln die Polizeigesetze den Gewahrsam zur Gefahrenabwehr. Dieser darf z. B. angeordnet werden, wenn es unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern (so z.B. Art. Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG, § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW; Rachor, a.a.O., F 564 m.w.N.). Die Voraussetzungen für diesen schwerwiegenden Eingriff sind damit klar enger umschrieben als mit dem allgemeinen Begriff der konkreten Gefahr.

Hier stellt sich bereits im Hinblick auf die formulierte Gefahrenschwelle und die geforderte Prognose des Schadeneintritts (Rachor, a.a.O., F 570) die Frage, ob bei den in Rede stehenden Personen im Hinblick auf die geforderte zeitliche Nähe des Schadeneintritts eine Ingewahrsamnahme zulässig wäre. Hier wird es darauf ankommen, ob es im konkreten Einzelfall tatsächliche Anhaltspunkte (z.B. aktuelle Sachverständigengutachten) dafür gibt, dass die jeweilige Person in allernächster Zeit erneut eine Straftat begehen wird.

Ein anderer wesentlicher Aspekt ist die mögliche Dauer einer Ingewahrsamnahme. In den Polizeigesetzen der Länder ist die Dauer des Gewahrsams unterschiedlich geregelt, jedoch bei entsprechender gerichtlicher Entscheidung höchstens bis zu zwei Wochen. Hierzu hat das BVerfG in der bereits erwähnten Entscheidung vom 10. Februar 2004 zum Bayer. Straftäterunterbringungsgesetz und zum Unterbringungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt ausgeführt (Abs.-Nr. 111): „Unterhalb dieser Schwelle kann der Staat auf konkrete Gefahrensituationen lediglich mit den situationsbezogenen Instrumenten des Polizeirechts reagieren, zu denen auch der bis zu 14-tägige landesrechtliche Polizeigewahrsam gehören dürfte. Dagegen wäre die längerfristige Verwahrung eines psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbelasteten Bürgers zum Zweck der Abwehr einer von ihm ausgehenden Gefahr der Begehung von Straftaten mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.“

Bewertung:

Die Ingewahrsamnahme auf der Grundlage von Polizeirecht hilft bei den in Rede stehenden Fällen nicht weiter, insbesondere weil eine langfristige Freiheitsentziehung in rechtlich zulässiger Weise hierauf nicht gestützt werden kann.

Aufgrund der grundgesetzlichen Rahmenbedingungen ist eine längerfristige Freiheitsentziehung allein aus Gründen der Gefahrenabwehr rechtlich nicht zulässig. Die Ingewahrsamnahme kann lediglich dazu dienen, im „ersten Zugriff“ zum Schutz der Betroffenen oder zum Schutz der Rechtsgüter Dritter eine befristete Freiheitsentziehung durchzuführen.

VI. Zwischenergebnis

- Maßnahmen der Sicherungsverwahrung oder einer vergleichbaren Unterbringung müssen sich an Artikel 5 der EMRK messen lassen. Die Arbeitsgruppe empfiehlt, sich auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. a („nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“) zu stützen.
- Vergleichbare Regelungen europäischer Staaten zum Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen rückfallgefährdeten Straftätern sind aufgrund der unterschiedlichen Rechtsordnungen nicht uneingeschränkt auf Deutschland übertragbar.
- Maßnahmen im Rahmen der Führungsaufsicht, insbesondere die elektronische Aufenthaltskontrolle, können den Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit nicht hinreichend Rechnung tragen. Anordnung und Durchführung von Maßnahmen der Führungsaufsicht liegen im justiziellen Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich, sie sind durch die Aufsichtsstellen im Geschäftsbereich des Justizverwaltungsbehörden der Länder und nicht durch die Polizei wahrzunehmen.
- Die Unterbringungsgesetze der Länder bieten wegen hoher rechtlicher Hürden, insbesondere qualifizierter Anforderungen an den Gefahrenbegriff und dem Subsidiaritätsgrundsatz, keine tragfähige Rechtsgrundlage, um die Allgemeinheit dauerhaft vor entlassenen rückfallgefährdeten Sicherungsverwahrten zu schützen.
- Polizeirechtliche Meldeauflagen oder längerfristige Beobachtungen sind nicht oder nur sehr bedingt geeignet, die Öffentlichkeit vor Gefahren bzw. vor der möglichen Begehung erheblicher Straftaten durch den betroffenen Personenkreis zu schützen. Außerdem deutet sich hinsichtlich der Dauerobservation eine zunehmend kritische Haltung der jüngsten Verwaltungsrechtsprechung an. Eine längerfristige Ingewahrsamnahme (länger als zwei Wochen) stößt an verfassungsrechtliche Grenzen.

VII. Eckpunktepapier der Bundesregierung

Die Bundesregierung hat am 1. September 2010 Eckpunkte für das Recht der Sicherungsverwahrung und begleitende Regelungen verabschiedet. Darin sind im Wesentlichen folgende Regelungen vorgesehen:

Schaffung einer neuen Form der Unterbringung für Altfälle.

Ein „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ soll dafür sorgen, dass insbesondere Verurteilte, die von der EGMR-Rechtsprechung als „Parallelfälle“ (Wegfall der 10-Jahres-Grenze) oder sonst vergleichbar von einem Rückwirkungsverbot (unterschiedliches Recht der Sicherungsverwahrung zum Zeitpunkt der Tatbegehung und zum Zeitpunkt der Anordnung) betroffen sind, nach

Möglichkeit den Weg in ein Leben ohne Straftaten finden, wie es auch dem berechtigten Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit entspricht. Aus dieser Aufgabenstellung folgen beachtliche Anforderungen an den Vollzug, für den die Länder zuständig sind, beispielsweise die Erarbeitung spezifischer Therapieangebote für diesen Personenkreis oder die Entwicklung eines Konzepts, mit dem die Lebensführung der betroffenen Personen nur soweit eingeschränkt wird, wie dies für die Durchführung der Therapie in einer geschlossenen Einrichtung unverzichtbar ist.

Die Unterbringung der o. g. Altfälle soll durch eine Zivilkammer des Landgerichts mit drei Berufsrichtern angeordnet werden, wenn

- die Verurteilung wegen einer oder mehrerer schwerer Straftaten erfolgt war, die nach Neukonzeption der Sicherungsverwahrung (siehe unten) den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung erlauben, und
- zwei Gutachten externer – nicht im Vollzug beschäftigter – Sachverständiger eine psychische Störung (Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchst. e EMRK) sowie die auf dieser Störung beruhende Gefahr belegen, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, durch die die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder
- die Begehung einer hinreichend konkretisierten potentiellen schweren Straftat droht (Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchst. c EMRK).

Für das Verfahren der Einweisung sowie für die gesamte Dauer der Unterbringung soll anwaltlicher Beistand vorgeschrieben und zudem in Abständen von 18 Monaten gerichtlich überprüft werden, ob die Unterbringung fortgesetzt werden muss. Liegen deren Voraussetzungen nicht mehr vor, soll die betroffene Person – unabhängig von den Überprüfungsfristen – unverzüglich entlassen werden. Die Zuständigkeit des Bundes für das o.g. Gesetz folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Strafrecht), da die Unterbringung an die Anlasstat anknüpft. Die strafrechtliche Verurteilung stellt weiterhin einen bestimmenden Faktor für die Gefahrenprognose als Voraussetzung für die Unterbringung dar.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit dem oben genannten Urteil vom 10. Februar 2004 entschieden, dass die bisherige nachträgliche Sicherungsverwahrung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes unterfällt. Das Strafrecht umfasse die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen. Die weite Auslegung des Begriffs des Strafrechts nehme die Gesamtheit der Normen in den Blick, in denen staatliche Reaktionen anlässlich und auf Grund einer Straftat geregelt seien. Er erfasse daher auch spezialpräventive Reaktionen auf eine Straftat (BVerfGE 109, 190, 212 f.).

Weiterhin hat das Gericht dargelegt, dass unter systematischen Aspekten die Zuordnung aller ausschließlich für Straftäter geltenden, ihre Rechtfertigung aus der Straftat beziehenden Sanktionen zum Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG aus dem Gedanken des Sachzusammenhangs folge. Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen, seien für die

Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stünden. Erscheine eine Regelung als Annex zu einem Sachgebiet, auf dem der Bund tätig sei, umfasse die Zuständigkeit zur Gesetzgebung auch präventive Regelungen in diesem Sachbereich. Im Strafrecht liege der Sachzusammenhang zwischen Strafe und rein präventiver Sanktion darin begründet, dass sich beide Arten von Sanktionen auf die Anlasstat bezögen. Die auf Prävention gerichteten Rechtsfolgen stünden in einem unmittelbaren Zusammenhang zu einer Straftat, die notwendige Voraussetzung für ihre Verhängung sei. Die tatsächlichen Feststellungen z.B. zum Tathergang seien nicht nur auf der Ebene der Schuld- und Straffrage entscheidungsrelevant, sie stellten zugleich eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für die Gefahrenprognose dar. Dieser Sachzusammenhang bestehe auch dann noch, wenn über Anordnung, Vollstreckung oder Fortdauer präventiver Sanktionen erst nachträglich während des Vollzugs der Freiheitsstrafe entschieden werde (BVerfGE 109, 190, 215 f.).

Die unterschiedlichen Reaktions- und Sanktionsmöglichkeiten des Strafrechts seien in vielfältiger Weise miteinander verzahnt. Ein Auseinanderfallen der Materie – etwa in ein dem Bundesgesetzgeber vorbehaltenes Schuldstrafrecht einerseits und eine dem Landesgesetzgeber zukommende Befugnis zur Regelung der an die Straftat anknüpfenden präventiven Maßnahmen andererseits – würde dem Sinn des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG widersprechen.

Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung für zukünftige Fälle

Das Recht der Sicherungsverwahrung soll auf der Grundlage der vom Bundeskabinett am 23. Juni 2010 beschlossenen Eckpunkte grundlegend überarbeitet und wesentlich stringenter gefasst werden. Die Eckpunkte basieren wesentlich auf einem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zur Stärkung der Führungsaufsicht“. Hierzu sollen die primäre Sicherungsverwahrung konsolidiert und die Möglichkeiten der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung ausgebaut werden. Im Wesentlichen ist vorgesehen:

Konsolidierung der primären Sicherungsverwahrung

- Beschränkung des deliktischen Anwendungsbereichs der Sicherungsverwahrung
- Klarstellung des für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Zeitpunkts (Zeitpunkt der Verurteilung entscheidend)

Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung

- Verzicht auf die (sichere) Feststellung eines Hangs des Täters zu erheblichen Straftaten
- Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung auch für Ersttäter
- Verlagerung der Frist für die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung an das Vollzugsende

Diese Erweiterungen im Recht der Sicherungsverwahrung sollen insgesamt nur für „Neufälle“ gelten, also für Fälle, in denen die Anlasstat nach Inkrafttreten der Neuregelung begangen wurde. Insbesondere der Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung soll nach Auffassung der Bundesregierung die nachträgliche

Anordnung der Sicherungsverwahrung für Straftaten, die nach dem Inkrafttreten der Neuregelung begangen werden und Anlass für die Anordnung oder einen Vorbehalt der Sicherungsverwahrung geben, obsolet machen.

Für vor Inkrafttreten der Neuregelung begangene Straftaten soll das bisherige Recht weitergelten.

Stärkung der Führungsaufsicht

Die Führungsaufsicht soll gestärkt werden, insbesondere durch Einführung einer neuen Weisung, welche die elektronische Aufenthaltsüberwachung der verurteilten Person ermöglicht. Die dazu bereits im Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz enthaltenen Vorschläge werden mit zwei Modifikationen (Speicherfrist von zwei Monaten, unbefristete Verlängerung der Führungsaufsicht auch bei Gewaltstraftätern) umgesetzt.

Bewertung:

Angesichts der genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben hat der Bund den Rahmen seiner Regelungskompetenz ausgeschöpft. Insbesondere geht es im Hinblick auf die Altfälle um eine möglichst rasche Umsetzung der Eckpunkte, dabei kommen auch auf die Länder im Rahmen des Vollzugs beachtliche Anforderungen zu. Denn die Unterbringung ist für diese Fälle neu zu gestalten, um im Hinblick auf das Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 den Charakter einer Maßregel in Abgrenzung zur Strafe hervorzuheben. Dabei wird es für die konventionskonforme Umsetzung der neuen Form der sicheren Unterbringung entscheidend auf deren inhaltliche Ausgestaltung ankommen. Neben den hier in erster Linie zu nennenden medizinischen sowie therapeutischen Angeboten und Maßnahmen müssen weitergehende Inhalte treten, die sich deutlich vom Strafvollzug unterscheiden.

Durch die geplante Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung dürfen für zukünftige Fälle keine Sicherheitslücken entstehen. Sofern weder eine Anordnung noch ein Vorbehalt der Sicherungsverwahrung im Urteil erfolgt, soll es zukünftig im Nachhinein trotz neuer Erkenntnisse zur Gefährlichkeit des Betroffenen nicht möglich sein, eine Sicherungsverwahrung anzuordnen. Um Sicherheitslücken zu vermeiden, ist seitens des Bundes zu prüfen, inwieweit das neue Instrument der „Sicherungsunterbringung“ auch auf „Neufälle“ ausgedehnt werden kann.

VIII. Forderungen der Arbeitsgruppe

Die Arbeitsgruppe sieht aufgrund der Rechtsprechung des EGMR und der dadurch entstandenen Regelungslücke dringenden Handlungsbedarf für eine Neuregelung. Diese Situation wird durch bevorstehende Entlassungen von gefährlichen Straftätern aus der Sicherungsverwahrung verschärft. Die Arbeitsgruppe hält die von der Bundesregierung beschlossenen Eckpunkte grundsätzlich für eine geeignete Grundlage, Lösungen für die aufgezeigten Probleme zu entwickeln.

Im Bereich des beabsichtigten „Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ sind aus Sicht der Arbeitsgruppe insbesondere folgende Punkte zu berücksichtigen:

- **Einbeziehung sämtlicher Altfälle** (entfristete Fälle und Parallelfälle, sowohl die sich noch in Sicherungsverwahrung befindenden als auch bereits freigelassene Personen)
- Durch den geplanten Wegfall der nachträglichen Sicherungsverwahrung dürfen in der Zukunft keine neuen Sicherheitslücken entstehen. Insofern ist zu prüfen, ob das neue Instrument der „**Sicherungsunterbringung**“ auch auf zukünftige Sachverhalte („**Neufälle**“) Anwendung finden muss.
- Der Bund muss bei der Gesetzesausgestaltung den im Rahmen der EMRK eingeräumten **Spielraum voll ausschöpfen**. Dies gilt insbesondere für die **Definition der „psychischen Störung“**. Hierunter ist eine schwere Persönlichkeitsstörung zu verstehen, die neben Trieb- und Suchtstörungen auch Fälle schwerer antisozialer und dissozialer Persönlichkeitsstörungen beinhaltet. Denn Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK ist in seinem Anwendungsbereich nicht auf psychische Krankheiten im engeren Sinne beschränkt. Vielmehr erfasst der dort verwendete englische Begriff „unsound mind“ jede erheblich beeinträchtigende, länger dauernde schwere Störung des Gefühls- und Trieblebens, ohne Rücksicht auf die genaue medizinische Diagnose.
- Die **elektronische Aufenthaltskontrolle** kommt nur für solche Personen in Betracht, die nicht unter das vom Bund geplante „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ fallen. Die im Diskussionsentwurf des BMJ vorgesehene **Verlagerung von originären Aufgaben der Führungsaufsicht im Bereich der elektronischen Aufenthaltsüberwachung auf die Polizei ist abzulehnen**.

IX. Beschlussvorschlag

1. Die IMK nimmt den Bericht der Bund - Länder - Arbeitsgruppe „Nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung - Möglichkeiten zur Fortdauer der Unterbringung aus der Sicherungsverwahrung entlassener Personen unter Präventionsgesichtspunkten“ - vom 7. Oktober 2010 zur Kenntnis.
2. Die IMK begrüßt die Absicht der Bundesregierung (Eckpunktepapier vom 1. September 2010), die Regelungslücken im Recht der Sicherungsverwahrung zu schließen, die durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 17. Dezember 2009 entstanden sind. Angesichts einiger bereits aus der Sicherungsverwahrung entlassener rückfallgefährdeter Straftäter, die mit enormem Vollzugsaufwand von den Polizeien der Länder überwacht werden, und mit Blick auf bevorstehende weitere Entlassungen hält sie ein noch längeres Zuwarten für unvermeidbar und fordert die Bundesregierung auf, nunmehr schnellstmöglich einen konkreten Gesetzentwurf vorzulegen. Sie erwartet, dass die geplanten gesetzlichen Regelungen sämtliche „Altfälle“, insbesondere auch bereits aus der Sicherungsverwahrung freigelassene Personen, umfassen und die Einbeziehung von „Neufällen“ in die neue Form der Sicherungsunterbringung geprüft wird.
3. Die IMK lehnt die im Diskussionsentwurf des BMJ (Stand 30. Juni 2010) vorgesehene Verlagerung von originären Aufgaben der Führungsaufsicht im Bereich der elektronischen Aufenthaltsüberwachung auf die Polizei ab.
4. Die IMK bittet ihren Vorsitzenden, den Vorsitzenden der JuMiKo über ihren Beschluss zu informieren.

Anlage 1

zum Bericht der länderoffenen Arbeitsgruppe der Innenministerkonferenz „Nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung“

I. Die Vorgaben der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

1. Die Regelung der Freiheitsentziehung in der EMRK

Maßnahmen der Sicherungsverwahrung müssen sich an Artikel 5 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten messen lassen. Die Vorschrift lautet in der international unverbindlichen deutschen Fassung durch die Bekanntmachung vom 17. Mai 2002¹ wie folgt:

„Artikel 5

(1) Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

- a) rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht;
- b) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung wegen Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;
- c) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;
- d) rechtmäßige Freiheitsentziehung bei Minderjährigen zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde;
- e) rechtmäßige Freiheitsentziehung mit dem Ziel, eine Ausbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern;
- f) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

(2) Jeder festgenommenen Person muss innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.

(3) Jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, muss unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens. Die Entlassung kann von der Leistung einer Sicherheit für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden.

(4) Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist.

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.“

¹ BGBl. II S.1054

2. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5

a) Die Rechtsprechung zu Abs. 1 Buchst. a

- *Urteil M. gegen Deutschland vom 17. Dezember 2009*²

In dem aktuellen Fall M. gegen Deutschland (Beschwerde Nr. 19359/04) hat sich die Bundesregierung zur Rechtfertigung der Sicherungsverwahrung ausschließlich auf Buchst. a des Art. 5 Abs. 1 EMRK gestützt (Rdnr. 83). Sie war insoweit erfolgreich (Rdnr. 96).

Dass der Gerichtshof daran ein Rückwirkungsverbot auch für Präventivmaßnahmen knüpft, war nicht zwingend zu erwarten. Tatsächlich betont der Gerichtshof auch, dass der Begriff "Strafe" nach Art. 7 EMRK autonom auszulegen sei. Es müsse ihm freistehen, nicht nur den äußeren Anschein zu betrachten, sondern eine eigene Würdigung der Frage vorzunehmen, ob eine bestimmte Maßnahme im Wesentlichen eine „Strafe“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt (Rdnr. 120). Hierbei gelangt er aufgrund der Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht zu dem Ergebnis, dass es sich um eine "Strafe" handelt, mithin das Rückwirkungsverbot gilt (Rdnr. 126 ff.).

Da dem Beschwerdeführer unter Verstoß gegen Art. 7 EMRK die Freiheit entzogen worden war, führte dies zugleich zu der Entscheidung des Gerichtshofs, auch Art. 5 EMRK als verletzt anzusehen. Art. 5 EMRK setzt nämlich die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung voraus, an der es infolge des Verstoßes gegen Art. 7 EMRK gefehlt hat (Rdnr. 104 f.).

Das Urteil der Fünften Kammer des Gerichtshofs, das einen Fall der herkömmlichen Sicherungsverwahrung zum Gegenstand hatte, wirft die Frage auf, inwieweit es für die neueren Varianten der Sicherungsverwahrung, namentlich für die nachträgliche Sicherungsverwahrung, relevant ist. Ausgangspunkt der Prüfung ist Rdnr. 94, die in der nichtamtlichen Übersetzung des BMJ wie folgt lautet:

"94. Der Gerichtshof selbst hat bestätigt, dass beispielsweise das belgische System, nach dem Rückfalltäter und Hangtäter 'zur Verfügung der Regierung gestellt' werden können, was zusätzlich zu einer Freiheitsstrafe angeordnet wird, eine Freiheitsentziehung 'nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht' im Sinne von Artikel 5 Abs. 1 Buchst. a darstellt (siehe Van Droogenbroeck, a.a.O., Rdnrn. 33-42). Ebenso war er der Auffassung, dass das norwegische System der Sicherungsverwahrung, die als Sicherungsmaßnahme gegen Personen mit unterentwickelter oder eingeschränkter geistiger Zurechnungsfähigkeit angewandt wird, im Prinzip unter Artikel 5 Abs. 1 Buchst. a fällt (siehe Eriksen, a.a.O., Rdnr. 78)."

² NStZ 2010, 263, vollständiger Text in nichtamtlicher Übersetzung des BMJ veröffentlicht unter http://www.coe.int/t/d/menschenrechtsgerichtshof/dokumente_auf_deutsch/volltext/urteile/20091217-M.asp

Die Fälle Van Droogenbroeck gegen Belgien und Eriksen gegen Norwegen sollen deswegen näher betrachtet werden, wobei der norwegische Fall seinen Schwerpunkt bei Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK hat und deswegen weiter unten behandelt wird.

- ***Urteil Van Droogenbroeck gegen Belgien vom 24. Juni 1982³***

Der belgische Beschwerdeführer Van Droogenbroeck wurde am 29. Juli 1970 wegen Einbruchdiebstahls zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt. In Anwendung des Gesetzes über die Verteidigung der Gesellschaft gegen Rückfällige⁴ und Gewohnheitsstraftäter vom 1. Juli 1964 (im Folgenden Gesetz von 1964) wurde er außerdem dazu verurteilt, auf zehn Jahre in der „Verfügungsgewalt der Regierung“ zu verbleiben, da das Gericht ihn aufgrund vorheriger, einschlägiger Verurteilungen als Rückfalltäter mit kriminellen Neigungen einstufte. Die Bestätigung des Urteils durch das Appellationsgericht am 20. Oktober 1970 wurde mit der Gefahr begründet, die der Beschwerdeführer nach seiner Freilassung für die Gesellschaft darstelle. Nach Verbüßung der zweijährigen Gefängnisstrafe kam er zum Zweck der Resozialisierung am 1. August 1972 in einen halboffenen Vollzug und konnte bei einer Heizungsbau-Firma als Praktikant arbeiten. Außerdem hätte er jeweils zweimal wöchentlich in einem spezialisierten Fortbildungsinstitut eine berufliche Intensivausbildung erhalten können. Der Beschwerdeführer tauchte jedoch am 8. August 1972 unter. Eine Reihe staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren führte dann zu weiteren Verurteilungen und Inhaftierungen, denen in vier Fällen die Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme auf der Grundlage seiner 10-jährigen Unterwerfung unter die „Verfügungsgewalt der Regierung“ folgte. Das war insbesondere in der Zeit zwischen dem 21. Dezember 1977 und dem 18. März 1980 der Fall. Am zuletzt genannten Datum hob das Appellationsgericht die Unterwerfung unter die „Verfügungsgewalt der Regierung“ auf. Danach wurde er 1980 und 1981 zu weiteren Freiheitsstrafen von einem Monat bzw. einem Jahr verurteilt, ohne dass allerdings das Gesetz von 1964 Anwendung fand.

Nach ständiger Rechtsprechung in Belgien ist die Verurteilung von Rückfalltätern und Gewohnheitsstraftätern mit Unterwerfung unter die „Verfügungsgewalt der Regierung“ eine Strafe und keine Maßregel der Sicherung. Sie wird zusätzlich zur Hauptstrafe verhängt, die eine Freiheitsstrafe sein muss, nach Verbüßung dieser Strafe eingreift und dem einschlägigen Gesetz von 1964 zufolge, je nach Art des zugrundeliegenden Falles, für einen Zeitraum von 20, 10 oder zwischen 5 und 10 Jahren ausgesprochen werden kann. Eine Person, die mehrere Verbrechen hintereinander begangen hat, ist zwingend

³ Deutsche Zusammenfassung in [EGMR-E 2, 83](http://www.eugrz.info/PDF/EGMR2/urteil8.pdf), <http://www.eugrz.info/PDF/EGMR2/urteil8.pdf>

⁴ Nicht "Unnormale", wie es In der deutschen Zusammenfassung heißt

durch Urteil der „Verfügungsgewalt der Regierung“ zu unterwerfen, in weniger schwerwiegenden Fällen, wie denen des Beschwerdeführers, liegt dies im Ermessen des zuständigen Strafgerichts. Das Gesetz von 1964 räumt der Regierung, d.h. dem Justizminister, einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Art und Weise ein, wie diese Strafe zu vollstrecken ist; angeordnet werden können Freiheitsentziehung, Unterbringung in „halboffenen“ Anstalten, Aussetzung der Freiheitsentziehung mit Führungsaufsicht oder Bewährungsaufgaben.

Der Gerichtshof hat in einer Plenarentscheidung diese Praxis gebilligt. Er stellt fest, dass das belgische Gericht eine Freiheitsentziehung im Ergebnis nicht anordnet, sondern nur erlaubt (Rdnr. 38) und führt in der Folge aus (Rdnr. 40):

"40. Es ist in der Tat wichtig, den Zweck des Gesetzes von 1964 nicht aus den Augen zu verlieren, wie er sich aus dessen Titel und allgemeiner Struktur, den vorbereitenden Arbeiten (...) und der belgischen Rechtsprechung ergibt: 'die Gesellschaft gegen die Gefahr zu schützen, die Rückfalltäter und Gewohnheitsstraftäter darstellen', aber auch '[der Regierung] die Möglichkeit zu dem Versuch zu geben, auf [deren] Besserung hinzuwirken' (...). Um dieses zweifache Ziel zu erreichen, sind unterschiedliche und ihrer Natur nach wechselnde Umstände zu berücksichtigen. Zu dem Zeitpunkt, an dem der Richter urteilt, kann er selbstverständlich die künftige Entwicklung des Betroffenen nicht vorhersehen. Hingegen kann der Justizminister die Entwicklung, durch und mit Hilfe seiner Beamten, genauer und in kurzen Abständen verfolgen, aber gerade dies bedeutet, dass sich mit der Zeit das Band zwischen seiner Entscheidung, nicht freizulassen oder die erneute Freiheitsentziehung anzuordnen, und dem gerichtlichen Urteil lockert. Langfristig könnte es sogar reichen, wenn nämlich diese Entscheidungen auf Gründe gestützt würden, welche den gesetzgeberischen oder richterlichen Motiven fremd wären oder das Ermessen in einer diesen Gründen nicht entsprechenden Weise ausgeübt würde. Eine anfänglich rechtmäßige Freiheitsentziehung könnte zu einer willkürlichen und daher mit Art. 5 unvereinbaren Freiheitsentziehung werden (siehe dazu X. gegen Vereinigtes Königreich, a.a.O., S. 19, Rdnr. 43, EGMR-E 2, 36).

Dies war vorliegend nicht der Fall. Die belgischen Behörden haben gegenüber dem Beschwerdeführer Geduld und Vertrauen gezeigt: Sie haben ihm ungeachtet seines Verhaltens mehrfach Gelegenheit gegeben, sich in die Gesellschaft einzugliedern (s.o. Rdnr. 10, 11, 12 und 16). Die Art, in der sie ihre Befugnisse ausgeübt haben, genügt den Anforderungen der Konvention, die eine gewisse Unbestimmtheit in dem diesbezüglichen Gerichtsurteil gestattet und die die Vertragsstaaten nicht dazu zwingt, die Überwachung des Strafvollzugs generell Gerichten zu übertragen."

Wollte man im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot die Verbindung der Sicherungsverwahrung mit dem Strafurteil aufgeben, müsste ein anderer Rechtfertigungsgrund in Art. 5 Abs. 1 EMRK gesucht werden.

b) Die Rechtsprechung zu Abs. 1 Buchst. b, c und e

aa) Schwerpunkt Art. 1 Buchst. c

- *Urteil M. gegen Deutschland vom 17. Dezember 2009*⁵

Obwohl sich die Bundesregierung nicht darauf gestützt hatte, hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 17. Dezember 2009 auch die Buchstaben b, d und e⁶ des Art. 5 Abs. 1 EMRK geprüft. Er hat sie aber für eindeutig nicht einschlägig ("clearly not relevant") befunden (Rdnr. 102 f.). In der nichtamtlichen Übersetzung des BMJ lauten die maßgeblichen Passagen wie folgt:

"89. Darüber hinaus kann die Freiheitsentziehung einer Person nach Artikel 5 Abs. 1 Buchst. c gerechtfertigt sein, „wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat zu hindern“. Dieser Haftgrund ist jedoch nicht an einer generalpräventiven Vorgehensweise orientiert, die sich gegen einen Einzelnen oder eine Gruppe von Personen richtet, die aufgrund ihres fortbestehenden Hangs zu Straftaten eine Gefahr darstellen. Er bietet den Vertragsstaaten lediglich ein Mittel zur Verhütung einer konkreten und spezifischen Straftat (siehe *Guzzardi*, a.a.O., Rdnr. 102, vgl. auch *Eriksen*, a.a.O., Rdnr. 86). Dies ergibt sich sowohl aus dem Gebrauch des Singulars („einer Straftat“) als auch aus dem Ziel von Artikel 5, nämlich sicherzustellen, dass niemandem willkürlich die Freiheit entzogen wird (siehe *Guzzardi*, a.a.O.). "

"102. Weiterhin hat der Gerichtshof zu prüfen, ob die Sicherungsverwahrung des Beschwerdeführers nach Überschreitung der Zehnjahresfrist nach einem der anderen Buchstaben von Artikel 5 Abs. 1 gerechtfertigt war. Er stellt in diesem Zusammenhang fest, dass die innerstaatlichen Gerichte auf diesen Punkt nicht eingingen, da sie nach den Bestimmungen des Grundgesetzes dazu nicht verpflichtet waren. Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass die Buchstaben b, d und f eindeutig nicht einschlägig sind. Nach Artikel 5 Abs. 1 Buchst. c, zweite Alternative, kann die Haft einer Person gerechtfertigt sein, 'wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat zu hindern'. In dem vorliegenden Fall wurde die Fortdauer der Haft des Beschwerdeführers durch die Vollstreckungsgerichte unter Bezugnahme auf das Risiko gerechtfertigt, der Beschwerdeführer könne im Falle seiner Freilassung weitere schwere Straftaten begehen, ähnlich denen, derentwegen er zuvor verurteilt worden war (siehe Rdnrn. 18 und 23). Diese potentiellen weiteren Straftaten sind jedoch nicht, wie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs erforderlich (siehe insbesondere *Guzzardi*, a.a.O., Rdnr. 102), hinreichend konkret und spezifisch, insbesondere hinsichtlich des Orts und der Zeit ihrer Begehung und ihrer Opfer, und fallen daher nicht unter Artikel 5 Abs. 1 Buchst. c. Eine Auslegung von Absatz 1 Buchst. c im Lichte von Artikel 5 als Ganzem bekräftigt diese Feststellung. Nach Artikel 5 Abs. 3 ist jede Person, die nach Absatz 1 Buchst. c von Freiheitsentziehung betroffen ist, unverzüglich einem Richter vorzuführen und hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens. Personen, die in der Sicherungsverwahrung untergebracht sind, werden jedoch nicht wegen potentieller künftiger Straftaten unverzüglich einem Richter vorgeführt und vor Gericht gestellt. In diesem Zusammenhang stellt der Gerichtshof fest, dass die kriminologische Erfahrung zeigt, dass bei wiederholt verurteilten Strafgefangenen oft eine Rückfallgefahr besteht, unabhängig davon, ob sie zu Sicherungsverwahrung verurteilt wurden (siehe auch Rdnr. 203 des Berichts des Kommissars für Menschenrechte des Europarats vom 11. Juli 2007, Rdnr. 76).

⁵ NStZ 2010, 263, vollständiger Text in nichtamtlicher Übersetzung des BMJ veröffentlicht unter http://www.coe.int/t/d/menschenrechtsgerichtshof/dokumente_auf_deutsch/volltext/urteile/20091217-M.asp

⁶ in Rdnr. 102 ist fälschlich Buchst. f anstelle von e genannt

103. Der Gerichtshof hat weiterhin geprüft, ob der Beschwerdeführer nach § 5 Abs. 1 Buchst. e als 'psychisch Kranker' über September 2001 hinaus in der Sicherungsverwahrung hätte untergebracht werden können. Zwar schließt er die Möglichkeit nicht aus, dass die Sicherungsverwahrung bestimmter Straftäter die Bedingungen für das Vorliegen dieses Haftgrundes erfüllen kann, stellt jedoch fest, dass der Beschwerdeführer gemäß der in der vorliegenden Rechtssache ergangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt nicht mehr an einer schweren seelischen Störung litt (siehe Rdnr. 22). In jedem Fall begründeten die innerstaatlichen Gerichte ihre Entscheidungen, den Beschwerdeführer weiter unterzubringen, nicht damit, er sei psychisch krank. Daher kann seine Freiheitsentziehung auch nicht nach Artikel 5 Abs. 1 Buchst. e gerechtfertigt werden. "

Der Gerichtshof beruft sich in seiner Entscheidung M. gegen Deutschland hinsichtlich Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK im Wesentlichen auf das Urteil Guzzardi gegen Italien vom 6. November 1980 (Rdnr. 86). Dieses fußt seinerseits auf dem Urteil Lawless gegen Irland vom 1. Juli 1961. Seine Bestätigung fand das Guzzardi-Urteil in dem Verfahren Ciulla gegen Italien vom 22. Februar 1989. Hilfreich kann auch ein Blick auf die in Rdnr. 89 zitierte Entscheidung Eriksen gegen Norwegen sein. Schließlich ist noch das Urteil Jėčius gegen Litauen vom 31. Juli 2000 zu erwähnen, das in der Diskussion um die Straftäter-Unterbringungsgesetze der Länder eine erhebliche Rolle gespielt hat, in der aktuellen Entscheidung aber nicht zitiert wird.

Die vorgenannten Judikate werden nachfolgend in der Reihenfolge ihrer Verkündung kurz dargestellt. Lediglich das Urteil Eriksen gegen Norwegen muss ausführlicher abgehandelt werden, weil es bisher nicht in einer deutschen Übersetzung vorliegt und der Gerichtshof entscheidend auf die Besonderheiten des Falles abhebt.

- ***Urteil Lawless gegen Irland vom 1. Juli 1961***⁷

Im Lawless-Urteil hatte sich eine Kammer des Gerichtshof mit der Präventivhaft eines mutmaßlichen IRA-Mitglieds zu befassen, die nach Meinung der irischen Regierung sowohl nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. b als auch nach Abs. 1 Buchst. c EMRK gerechtfertigt war.

Nach der zweiten Alternative des Art. 5 Abs. 1 Buchst. b darf jemand „zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“ festgenommen und in Haft gehalten werden. Der Gerichtshof weist dieses Argument mit dem knappen Hinweis zurück, dass „diese Klausel nicht die Festnahme oder Inhaftierung zur Verhütung von Verstößen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder gegen die Sicherheit des Staates bezweckt, sondern die Ausführung bestimmter vom Gesetz auferlegter Pflichten garantieren soll“.⁸

⁷Deutsche Zusammenfassung in [EGMR-E 1, 10](http://www.eugrz.info/pdf/EGMR03.pdf) (www.eugrz.info/pdf/EGMR03.pdf)

⁸ Rdnr. 9 „...cette disposition visant une arrestation ou une détention destinée non pas à empêcher l'accomplissement d'infractions contre la paix et l'ordre publics ou la sûreté de l'Etat, mais à garantir l'exécution d'obligations précises imposées par la loi;“

Ein weiterer Streitpunkt war die Interpretation von Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK. Während die irische Regierung die Auffassung vertreten hatte, dass die zweite Alternative der Vorschrift eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Präventivhaft darstelle, hat der EGMR entschieden, "dass Artikel 5 Abs. 1 Buchst. c die Festnahme oder Haft einer Person ausschließlich zu dem Zweck zulässt, ihn [nach Abs. 3] einem Richter vorzuführen."⁹ Der Gerichtshof hat in dieser grundlegenden Entscheidung eine Verbindung zwischen den beiden Fallgestaltungen des Art. 5 Abs. 1 Buchst. c und Abs. 3 EMRK geknüpft, obwohl Abs. 3 ausschließlich auf das Strafverfahren zugeschnitten ist.

- **Urteil Guzzardi gegen Italien vom 6. November 1980**¹⁰

Eine sehr wichtige Entscheidung ist das Guzzardi-Urteil¹¹, das auch in der aktuellen Entscheidung zitiert worden ist. In dem Urteil hat das Plenum des Gerichts einem mutmaßlichen Angehörigen der Mafia eine Entschädigung zugebilligt, weil er auf einer kleinen italienischen Insel in Präventivhaft gehalten worden sei. Obwohl Guzzardi aufgrund von früheren Verurteilungen und unklaren Einkünften im wohlbegründeten Verdacht stand, Mitglied der Mafia zu sein und richterliche Entscheidungen vorlagen, lehnte es der Gerichtshof ab, die Präventivhaft nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK zu billigen. Er führte vielmehr aus:

"In jedem Fall eignet sich die zu prüfende Formulierung nicht für eine generalpräventive Politik gegenüber einer Person oder einer Personengruppe, die, wie Mafiosi, sich wegen ihres andauernden Hanges zu Straftaten als gefährlich erweisen; sie beschränkt sich darauf, den Vertragsstaaten ein Mittel zur Verhinderung einer konkreten und bestimmten Straftat zur Verfügung zu stellen."¹²

Darüber hinaus hat der Gerichtshof in der Guzzardi-Entscheidung festgestellt, dass "Verurteilung" im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchst. a EMRK immer nur Verhängung einer Straf- oder Disziplinarmaßnahme bedeutet, nicht aber auf "Präventiv- oder Sicherheitsmaßnahmen" angewendet werden kann.¹³ Auch Art. 5 Abs. 1 Buchst. b EMRK wird nicht für anwendbar gehalten, weil es nicht um eine „bestimmte und konkrete“

⁹ Rdnr. 9 der Entscheidungsgründe

¹⁰ Deutsche Zusammenfassung in [EGMR-E 1, 492](http://www.eugrz.info/pdf/EGMR44.pdf) (www.eugrz.info/pdf/EGMR44.pdf)

¹¹ Rdnr. 102

¹² Rdnr. 102 a.E. (leicht abweichende Übersetzung in EuGRZ 1983, 633, 640): "De toute manière, le membre de phrase sous examen ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou catégorie de personnes qui, à l'instar des mafiosi, se révèlent dangereuses par leur propension permanente à la délinquance; il se borne à ménager aux États contractants le moyen d'empêcher une infraction concrète et déterminée."

¹³ Rdnr. 100: "Aux yeux de la Cour, le rapprochement de l'article 5 § 1 a) (art. 5-1-a) avec les articles 6 § 2 et 7 § 1 (art. 6-2, art. 7-1) montre qu'aux fins de la Convention il ne saurait y avoir 'condamnation' sans l'établissement légal d'une infraction - pénale ou, le cas échéant, disciplinaire (arrêt Engel et autres, précité, p. 27, § 68). En outre, employer ce terme pour une mesure préventive ou de sûreté ne s'accorderait ni avec le principe de l'interprétation étroite, à observer en la matière (paragraphe 98 ci-dessus), ni avec le libellé anglais de l'alinéa car 'conviction' implique une déclaration de culpabilité."

Verpflichtung gegangen sei;¹⁴ die Gesetze von 1956 und 1965 enthielten vielmehr nur allgemeine Verpflichtungen.

- **Urteil Ciulla gegen Italien vom 22. Februar 1989**¹⁵

Ciulla, ein mutmaßlicher Mafiosi, musste nach seiner erstinstanzlichen Verurteilung wegen BtM-Handels, die später im Wesentlichen bestätigt wurde, aus Verfahrensgründen aus der U-Haft entlassen werden. Er wurde daraufhin bis zum Abschluss des Strafverfahrens aus präventiven Gründen in Haft genommen. Auch dieses Urteil des Gerichtshofs wurde vom Plenum gefällt, nachdem es bei der Guzzardi-Entscheidung ausweislich der dazu abgegebenen Sondervoten gravierende Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Gerichtshofs gegeben hatte.

Im Ciulla-Urteil bekräftigt der Gerichtshof seine im Guzzardi-Verfahren getroffenen Aussagen. So bemängelt er, man habe nicht "irgendwelche konkreten und bestimmten Delikte erwähnt - die einzigen, die in Bezug auf Artikel 5 Abs. 1 Buchst. c relevant sind (...) -, an deren Begehung Herr Ciulla gehindert werden musste"¹⁶.

In Rdnr. 38 findet sich die später im Jėcius-Urteil aufgegriffene Passage:

"Der Gerichtshof weist darauf hin, dass Buchst. c die Freiheitsentziehung nur im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gestattet. Dies erhellt aus dem Wortlaut, der im Zusammenhang mit Buchst. a und mit Absatz 3 gelesen werden muss, die mit ihm ein Ganzes bilden."¹⁷

Bemerkenswert ist dabei die weitere Verknüpfung mit dem Buchstaben a von Art. 5 Abs. 1 EMRK, der nach dem Guzzardi-Urteil nicht für außerstrafrechtliche Präventivmaßnahmen gilt.

- **Urteil Eriksen gegen Norwegen vom 27. Mai 1997**¹⁸

Der norwegische Beschwerdeführer Eriksen hatte 1965 einen Verkehrsunfall erlitten, der zu einem schweren Hirnschaden geführt hat. Er hat danach eine deutliche Tendenz zur Gewalttätigkeit gezeigt. Im Jahr 1967 wurde er nach dem

¹⁴ Rdnr. 101 „une obligation ‚spécifique et concrète“

¹⁵ Deutsche Zusammenfassung in [EGMR-E 4, 239](http://www.eugrz.info/PDF/EGMR4/EGMR04-18.pdf) (www.eugrz.info/PDF/EGMR4/EGMR04-18.pdf)

¹⁶ Rdnr. 40: "Neither the prosecution nor the president mentioned any concrete and specific offences - the only ones which are relevant in regard to Article 5 para. 1 (c) (art. 5-1-c) (see the Guzzardi judgment previously cited, Series A no. 39, pp. 38-39, para. 102) - which Mr Ciulla had to be prevented from committing; they relied on the past 'serious offences' which had led to the 'heavy sentence' passed on him by the Milan District Court (see paragraph 12 above) and on 'circumstances' which indicated that he was a 'danger to society'."

¹⁷ Rdnr. 38: "The Court points out that sub-paragraph (c) (art. 5-1-c) permits deprivation of liberty only in connection with criminal proceedings. This is apparent from its wording, which must be read in conjunction both with sub-paragraph (a) and with paragraph 3 (art. 5-1-c+5-1-a, art. 5-1-c+5-3), which forms a whole with it (...)."

¹⁸ Anscheinend in deutscher Übersetzung nicht verfügbar (vgl. <http://www.egmr.org/>)

norwegischen Strafgesetzbuch wegen Bedrohung und Körperverletzung in Präventivhaft (Norwegisch: sikring) für maximal fünf Jahre genommen. Er wurde für geisteskrank erklärt und war bis 1972 in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht. Danach erfolgte eine Unterbringung bis 1978 nach dem Unterbringungsgesetz (Mental Health Act). Am 26. Juni 1978 wurde er wegen eines Angriffs auf seinen Vater zu 60 Tagen Gefängnis verurteilt. Außerdem genehmigte das Gericht nach dem Strafgesetzbuch für die Zeit von maximal fünf Jahren Sicherungsmaßnahmen. Im Januar 1980 wurde er unter Auflagen entlassen, nach mehreren Gewalttätigkeiten aber wieder festgenommen und am 15. Juni 1980 zu 90 Tagen Gefängnis verurteilt. Am 24. Juli 1980 entschied das Justizministerium, ihn aufgrund des Richterspruchs von 1978 erneut in Präventivhaft zu nehmen, aus der er am 2. Juni 1981 wieder entlassen wurde. Nach einer Reihe von Vorfällen wurde er am 17. Juli 1981 erneut in Gewahrsam genommen. Im März 1983 wurde er wegen Angriffen auf das Gefängnispersonal zu 6 Monaten Gefängnis verurteilt. Zugleich befand das Gericht, dass der Beschwerdeführer psychiatrische Hilfe benötige und ermächtigte die Strafverfolgungsbehörde dazu, Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen. Nach Verbüßung der Strafe wurde er entlassen und unter Aufsicht der Polizei gestellt.

Am 19. Dezember 1983 wurde Eriksen erneut verhaftet. Die psychiatrische Untersuchung bestätigte die früheren Befunde. Am 20. September 1984 wurde er zu 120 Tagen Gefängnis verurteilt. Zugleich wurde die Strafverfolgungsbehörde ermächtigt, für einen Zeitraum von fünf Jahren Sicherungsmaßnahmen zu verhängen. Der Beschwerdeführer blieb daraufhin in Haft. Am 29. Oktober 1986 erfolgte eine Verurteilung zu einer auf Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von 45 Tagen wegen eines Angriffs auf das Gefängnispersonal. Eine anschließende psychologische Untersuchung wurde nach einem Angriff auf eine Krankenschwester abgebrochen.

Am 24. Februar 1987 wurde in einem psychiatrischen Krankenhaus festgestellt, dass Eriksen unter einer Psychose leidet, womit die Voraussetzungen einer zwangsweisen Unterbringung erfüllt waren. Am 4. Dezember 1987 wurde er als geheilt entlassen, blieb aber freiwillig in der Krankenanstalt bis er erneut gegen das Personal und andere Patienten gewalttätig wurde, eine Unterbringung in der geschlossenen Abteilung aber ablehnte. Das Justizministerium ordnete daher auf der Grundlage des Urteils aus dem Jahre 1983 erneut Präventivhaft an.

Am 8. Februar 1988 wurde Eriksen unter Auflagen entlassen und der Führungsaufsicht unterstellt. Nachdem er am 19. April 1988 einen Sozialarbeiter

angegriffen hatte, entschied das Justizministerium noch am selben Tag, ihn kurzzeitig wieder in Haft zu nehmen. Am 19. Mai 1988 wurde er wieder in seine Wohnung entlassen, nach mehreren Gewaltakten alsbald aber erneut festgesetzt.

Am 11. Januar 1989 wurde Eriksen wegen Bedrohung und körperlichen Angriffen zum Nachteil von zwei Sozialarbeitern, einem Angehörigen seiner Familie, einem Nachbarn seiner Eltern und Mitgliedern von dessen Familie zu einer Gefängnisstrafe von 120 Tagen verurteilt, die durch die Untersuchungshaft als verbüßt galt. Er blieb jedoch in Haft aufgrund der gerichtlichen Entscheidung vom 20. September 1984, die vom Obersten Gerichtshof am 12. Januar 1985 bestätigt worden war.

Am 22. Juni 1989 teilte ein psychiatrischer Sachverständiger mit, dass sich Geisteszustand und Verhalten des Beschwerdeführers seit 1965 nicht wesentlich verändert hätten. Er schlug vor, Eriksen in seinem Haus wohnen zu lassen unter der Aufsicht von 4 Sozialarbeitern tagsüber sowie bei regelmäßiger psychologischer oder psychiatrischer Betreuung. Die Verantwortung sollte einem Projektleiter übertragen werden. Die Kosten wurden auf knapp 2 Mio. Kronen jährlich geschätzt. Im September 1989 fand dazu eine Besprechung der beteiligten Stellen statt, die ergebnislos verlief. Am 16. Oktober 1989 wurde seitens der Anstaltsverwaltung an die Staatsanwaltschaft appelliert, den am 25. Februar 1990 auslaufenden Präventivhaftbeschluss verlängern zu lassen. Der Antrag auf Verlängerung um drei Jahre wurde am 2. Februar 1990, gestellt. Am 7. Februar 1990 stellte der Polizeichef bei Gericht den Antrag, den Beschwerdeführer nach der Strafprozessordnung für vier Wochen in Haft zu nehmen, um eine medizinische Begutachtung für die bevorstehende Verhandlung über die Verlängerung der Sicherungsmaßnahmen zu erlangen. Dabei wurde auf den Fristablauf hingewiesen. Am 12. Februar 1990 entschied das Gericht, drei Sachverständigengutachten einzuholen. Es billigte die Verlängerung der Haft während des Verfahrens, deren Zulässigkeit es einer Auslegung des norwegischen Rechts entnahm. Nur der Zeitraum zwischen dem 25. Februar und dem 15. Mai 1990 ist Gegenstand der Beschwerde nach Art. 5 EMRK.

Der EGMR hat die Inhaftierung des Beschwerdeführers sowohl nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. a als auch nach Buchst. c EMRK gebilligt. Die Entscheidung ist auf folgende Erwägungen gestützt (Rdnr. 85 bis 86):

"85. Im Lichte des Vorstehenden ist der Gerichtshof davon überzeugt, dass die strittige Freiheitsentziehung unmittelbar auf die anfängliche Verurteilung des Beschwerdeführers im Jahre 1984 zurückzuführen ist und deswegen als 'rechtmäßig nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht' i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Konvention anzusehen ist.

86. Der Gerichtshof ist zu der Schlussfolgerung gelangt, dass unter den außergewöhnlichen Umständen des vorliegenden Falles die zeitweilige Freiheitsentziehung seiner Person auch auf der Grundlage von Abs. 1 Buchst. c des Art. 5 Abs. 1 als Inhaftierung angesehen werden kann, für die 'begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat ... zu hindern'.

Im Hinblick auf die Natur und das Ausmaß der Verurteilung des Beschwerdeführers wegen bedrohendem Verhalten und körperlichen Angriffen sowie seines Geisteszustandes zu der fraglichen Zeit (vgl. oben Rdnr. 6-19, 22, 26, 28, 30, 32 und 37) gab es substantielle Gründe für die Annahme, dass er weitere gleichartige Straftaten begehen werde. Er hat dies dann tatsächlich auch nach seiner Freilassung am 15. Mai 1990 getan (vgl. oben Rdnr. 50-51). Die befürchteten Straftaten waren mithin ausreichend konkret und bestimmt, um den Anforderungen des Gerichtshofs in dem oben erwähnten Guzzardi-Urteil zu entsprechen (S. 38-39, Rdnr. 102).

In der Regel kann Art. 5 Abs. 1 Buchst. c keine Rechtfertigung für die erneute oder fortgesetzte Freiheitsentziehung einer Person entnommen werden, die eine Strafe nach der Verurteilung wegen einer bestimmten Straftat verbüßt hat und der Verdacht besteht, dass sie eine weitere gleichartige Tat begehen könnte.

Nach Auffassung des Gerichtshofs stellt sich die Lage jedoch anders dar, wenn einer Person die Freiheit mit dem Ziel entzogen wird festzustellen, ob sie nach Ablauf der von einem Gericht festgelegten Zeitspanne für einen weiteren Zeitraum einer sichernden Freiheitsentziehung, die einer Verurteilung wegen einer Straftat folgt, unterworfen werden soll. In einer Lage wie im vorliegenden Fall waren die Behörden mit Rücksicht auf den eingeschränkten Geisteszustand des Beschwerdeführers und dessen geistige Entwicklung wie auch zu seinem festgestellten und vorhersehbaren Hang zu Gewalt befugt, den Beschwerdeführer bis zur Entscheidung des Gerichts über den Antrag des Staatsanwalts zur Verlängerung der Befugnis nach Art. 39 [des norwegischen Strafgesetzbuches] festzuhalten.

Eine derartige 'überbrückende' Freiheitsentziehung war von kurzer Dauer, wurde verhängt, um den Beschwerdeführer vor eine Gerichtsbehörde zu bringen und wurde notwendig durch das Erfordernis, aktualisierte medizinische Berichte über den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers zu erhalten wie auch durch die ernststen Schwierigkeiten, denen sich die Behörden in dem Bestreben gegenübersehen, eine präventive Aufsicht außerhalb des Gefängnisses angesichts des aggressiven Verhaltens des Beschwerdeführers und seines Widerstands gegen eine enge Überwachung zu organisieren (vgl. oben Rdnr. 17, 19, 24, 26, 28, 33 und 49).

Vor diesem Hintergrund, kann der in Rede stehende Zeitraum der Freiheitsentziehung als eng verbunden mit dem ursprünglichen Strafverfahren aus dem Jahre 1984 und der Verurteilung und den Sicherungsmaßnahmen, die daraus herrühren, angesehen werden (siehe mutatis mutandis das Urteil Ciulla gegen Italien vom 22. Februar 1989, Serie A Nr. 148, S. 16, Abs. 38)."

- **Urteil Jėčius gegen Litauen vom 31. Juli 2000¹⁹**

Der Beschwerdeführer, ein Hoteldirektor in Litauen, stand unter dem Verdacht, 1994 einen Mord begangen zu haben. Im Jahre 1995 wurde das Strafverfahren aus Mangel an Beweisen eingestellt. Am 8. Februar 1996 wurde der Beschwerdeführer festgenommen. Am selben Tag ordnete der Polizeichef mit Genehmigung des Staatsanwalts eine 60 Tage dauernde Präventivhaft an. Der Präventivhaftbefehl bezog sich auf eine Generalklausel von Artikel 50-1 der damaligen Strafprozessordnung, die die Präventivhaft im Zusammenhang mit

¹⁹ Jėčius v. Lithuania, Application no. 34578/97; anscheinend in deutscher Übersetzung nicht verfügbar (vgl. <http://www.egmr.org/>)

Banditentum, Krimineller Vereinigung und dem Terrorisieren einer Person gestattete. Der Beschwerdeführer legte gegen die Verhaftung Beschwerde u.a. mit der Begründung ein, er sei nicht über den Grund der Verhaftung oder irgendeinen Vorwurf gegen ihn unterrichtet worden. Am 19. Februar 1996 wies ein Richter des Bezirksgerichts Vilnius die Beschwerde zurück. In der Entscheidung wurden die Vorwürfe nicht konkretisiert.

Am 8. März 1996 wurde das Strafverfahren wegen Verdacht des Mordes wieder aufgenommen. Dem Beschwerdeführer wurde zur Last gelegt, als Haupttäter einen Mord unter erschwerenden Bedingungen begangen zu haben. Er wurde beschuldigt, die ungesetzliche Bestrafung des angeblichen Diebes seines Autos, die zu dessen späteren Tod führte, organisiert zu haben. Am 14. März 1996 ordnete der Staatsanwalt unter Bezugnahme auf Artikel 104 der Strafprozessordnung die Untersuchungshaft des Beschwerdeführers wegen Mordverdachts an. Die Haft wurde bis zum 4. Juni 1996 befristet.

Nachdem ein Freispruch aus Mangel an Beweisen vom Berufungsgericht wieder aufgehoben worden war, teilte die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer am 22.10.1997 mit, dass das Strafverfahren gegen ihn durch Entscheidung vom 21. Oktober 1997 eingestellt worden ist.

Die litauische Regierung hat sich bezüglich der Präventivhaft zwischen dem 8. Februar und dem 14. März 1996 auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK berufen. Diese Rechtsgrundlage hat die Dritte Kammer des Gerichtshofs wie folgt verneint:

"50. Der Gerichtshof stellt fest, dass eine Person seiner Freiheit unter Artikel 5 Abs. 1 Buchst. c der Konvention nur zu dem Zweck beraubt werden darf, um ihn wegen des Verdachts, eine Straftat begangen zu haben, vor eine zuständige Gerichtsbehörde zu bringen (siehe, mutatis mutandis, das Urteil *Lawless gegen Irland* vom 1. Juli 1961, Serie A, Bd. 3, S. 51-52 Nr. 14; das Urteil *Ciulla gegen Italien* vom 22. Februar 1989, Serie A, Bd. 148, S. 16-18 Nr. 38-41).

51. Der Gerichtshof hält deswegen die Präventivhaft, wie sie im vorliegenden Fall praktiziert wurde, für unzulässig unter Artikel 5 Abs. 1 Buchst. c, weil Artikel 50-1 der Strafprozessordnung keine Stütze in irgendeiner Bestimmung von Artikel 5 Abs. 1 findet."

Aus dem Urteil ergibt sich nicht, dass Litauen irgendwelche Tatsachen für die Annahme vorgetragen hat, der Beschwerdeführer habe die Absicht gehabt, eine Straftat zu begehen²⁰.

²⁰ so auch Peglau, NJW 2001, 2436, 2438

bb) Schwerpunkt Abs. 1 Buchst. e 2. Fall (Psychisch Kranke)

- *Urteil Winterwerp gegen die Niederlande vom 24. Oktober 1979*²¹

Der EGMR hat in dem Urteil Winterwerp gegen die Niederlande aus dem Jahre 1979 für die Freiheitsentziehung wegen psychischer Krankheit ("unsound mind") drei Mindestbedingungen genannt, die er später wie folgt zusammengefasst hat:

"Die psychische Krankheit muss zuverlässig nachgewiesen sein; die Geistesstörung muss ihrer Art und ihrem Schweregrad nach eine zwangsweise Unterbringung rechtfertigen; und die Rechtmäßigkeit der weiteren Unterbringung hängt von der Fortdauer dieser Störung ab."²²

Zu dem betroffenen Personenkreis ("persons of unsound mind") heißt es im Winterwerp-Urteil:

"37. Die Konvention legt nicht fest, was unter den Worten ein 'psychisch Kranker' zu verstehen ist. Dieser Terminus kann nicht in einer bestimmten Weise festgeschrieben werden: Wie die Kommission, die Regierung und der Bf. aufgezeigt haben, ändert sich die Bedeutung dieses Terminus mit dem Fortschritt der psychiatrischen Forschung, es hat sich eine zunehmende Flexibilität in der Behandlung entwickelt und die Einstellung der Gesellschaft zur Geisteskrankheit ändert sich, insbesondere verbreitet sich dadurch ein größeres Verständnis für die Probleme geistig kranker Patienten. ..." ²³

"38. Die Konvention selbst enthält keine Definition, was unter einem „psychisch Kranken“ zu verstehen ist, .."

Ein Recht auf Behandlung hat der EGMR damals ausdrücklich verneint:

"Der Gerichtshof geht, wie die Kommission, davon aus, dass ein Recht eines geistig kranken Patienten auf eine seinem Zustand angemessene Behandlung nicht direkt aus Art. 5 Abs. 1 lit. e hergeleitet werden kann."²⁴

²¹ Deutsche Zusammenfassung in [EGMR-E 1,427](http://www.eugrz.info/pdf/EGMR39.pdf) (<http://www.eugrz.info/pdf/EGMR39.pdf>)

²² Urteil Luberti gegen Italien vom 23. Februar 1984, Rdnr. 27: "he must be reliably shown to be of unsound mind; the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement; and the validity of continued confinement depends upon the persistence of such a disorder" (Deutscher Text unter <http://www.eugrz.info/PDF/EGMR2/urteil32.pdf>); ebenso z.B. Urteil H.L. gegen Großbritannien vom 5. Oktober 2004, Rdnr. 98

²³ "37. The Convention does not state what is to be understood by the words "persons of unsound mind". This term is not one that can be given a definitive interpretation: as was pointed out by the Commission, the Government and the applicant, it is a term whose meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses, an increasing flexibility in treatment is developing and society's attitude to mental illness changes, in particular so that a greater understanding of the problems of mental patients is becoming more wide-spread." (Deutscher Text unter <http://www.eugrz.info/pdf/EGMR39.pdf>)

²⁴ Rdnr. 51: "The Court considers, as does the Commission, that a mental patient's right to treatment appropriate to his condition cannot as such be derived from Article 5 para. 1 (e) (art. 5-1-e)."

- **Urteil Ashingdane gegen Großbritannien vom 28. Mai 1985²⁵**

Die Rechtsprechung zu Winterwerp, fortgeführt in der Sache Luberti²⁶, wurde in dem Ashingdane-Urteil aus dem Jahre 1985 hinsichtlich der Anforderungen an die Unterbringung fortgeschrieben. Rdnr. 44 lautet übersetzt:

"44. Die Grundsatzfrage, die durch dieses Vorbringen aufgeworfen wird, ist die, ob und, wenn ja, bis zu welchem Grad der Ausdruck 'rechtmäßige Freiheitsentziehung' bei psychisch Kranken' so ausgelegt werden kann, dass er einen Bezug nicht bloß auf den jeweiligen Freiheitsentzug der psychisch kranken Patienten enthält, sondern auch auf Bereiche, die sich auf die Ausführung der Freiheitsentziehung beziehen, wie den Ort, die Umgebung und Haftbedingungen.

Zweifellos muss die 'Rechtmäßigkeit' jeder Freiheitsentziehung sowohl im Hinblick auf die Anordnung als auch in Bezug auf die Ausführung der Maßnahme, die dem Einzelnen seine Freiheit entzieht, vorliegen. .. Allgemeiner ausgedrückt, ergibt sich gerade aus dem Ziel des Artikel 5 Abs. 1, dass eine Freiheitsentziehung, die willkürlich ist, niemals als 'rechtmäßig' angesehen werden kann (...). Der Gerichtshof würde weiter annehmen, dass es eine gewisse Beziehung zwischen dem Grund gibt, auf dem die Freiheitsbeziehung beruht, und dem Ort und den Bedingungen der Freiheitsentziehung. Grundsätzlich wird die 'Freiheitsentziehung' einer Person als psychisch Kranker nur 'rechtmäßig' im Sinne des Artikels 5 Abs. 1 Buchst. e sein, wenn sie in einem Krankenhaus, einer Klinik oder einer anderen geeigneten Einrichtung, die für diesen Zweck zugelassen ist, vollzogen wird. Vorbehaltlich des Vorstehenden befasst sich Artikel 5 Abs. 1 Buchst. e aber grundsätzlich nicht mit geeigneter Behandlung oder geeigneten Bedingungen (...)."²⁷

- **Urteil Aerts gegen Belgien vom 30. Juli 1998²⁸**

Der Beschwerdeführer war in ein Zentrum zur sozialen Betreuung eingewiesen, wurde aber wegen fehlender Kapazitäten mehrere Monate lang in der psychiatrischen Abteilung eines Gefängnisses festgehalten. Die dortigen Bedingungen waren seitens des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) in

²⁵ Application no. 8225/78; anscheinend in deutscher Übersetzung nicht verfügbar (vgl. <http://www.egmr.org/>)

²⁶ s. o. Fußnote 22

²⁷" 44. The issue of principle raised by this submission is whether and, if so, to what extent the expression 'lawful detention of a person of unsound mind' can be construed as including a reference not simply to actual deprivation of liberty of mental health patients but also to matters relating to execution of the detention, such as the place, environment and conditions of detention.

Certainly, the 'lawfulness' of any detention is required in respect of both the ordering and the execution of the measure depriving the individual of his liberty. Such 'lawfulness' presupposes conformity with domestic law in the first place and also, as confirmed by Article 18 (art. 18), conformity with the purposes of the restrictions permitted by Article 5 para. 1 (art. 5-1). More generally, it follows from the very aim of Article 5 para. 1 (art. 5-1) that no detention that is arbitrary can ever be regarded as 'lawful' (see the above-mentioned Winterwerp judgment, Series A no. 33, pp. 17-18, para. 39). The Court would further accept that there must be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention. In principle, the 'detention' of a person as a mental health patient will only be 'lawful' for the purposes of sub-paragraph (e) of paragraph 1 (art. 5-1-e) if effected in a hospital, clinic or other appropriate institution authorised for that purpose. However, subject to the foregoing, Article 5 para. 1 (e) (art. 5-1-e) is not in principle concerned with suitable treatment or conditions (see the above-mentioned Winterwerp judgment, p. 21, para. 51).'

²⁸ Az. 61/1997/845/1051; anscheinend in deutscher Übersetzung nicht verfügbar (vgl. <http://www.egmr.org/>)

einem Bericht vom 14. Oktober 1994 kritisiert worden. Rdnr. 37 des Urteils zitiert aus diesem Bericht, der in Rdnr. 191 beanstandet, dass die psychiatrische Abteilung weder die Mittel noch das Personal habe, das einem psychiatrischen Krankenhaus angemessen sei. Unter Bezug auf den CPT-Bericht stellt der Gerichtshof fest, dass die psychiatrische Abteilung des Gefängnisses nicht als eine geeignete Einrichtung zur Freiheitsentziehung psychisch Kranker angesehen werden kann.²⁹

- Urteil Hutchison Reid gegen Großbritannien vom 20. Februar 2003³⁰

In der Rechtssache Hutchison Reid hat der Beschwerdeführer geltend gemacht, dass seine Freiheitsentziehung in einem Krankenhaus willkürlich sei, weil anerkannt sei, dass er unter einer psychopatischen Persönlichkeitsstörung leide, die klinisch nicht behandelbar sei (Rdnr. 51). Der Gerichtshof weist diese Begründung wie folgt zurück:

"52. Das Argument geht dahin,...., dass eine Freiheitsentziehung in einem psychiatrischen Krankenhaus davon abhängt, dass die Krankheit oder der Zustand so beschaffen ist, dass er einer medizinischen Behandlung zugänglich ist, Es gibt keine derartige Voraussetzung in Artikel 5 Abs. 1 Buchst. e der Konvention (...). Die Rechtsprechung des Gerichtshofs spricht eher dafür, dass der nach ordnungsgemäßer Feststellung unter einer erheblichen psychischen Störung leidende Beschwerdeführer zwangsweise unterzubringen ist. Eine solche Unterbringung kann nicht nur dann erforderlich sein, wo eine Person Therapie, Medikamente oder eine andere klinische Behandlung benötigt, sondern auch wo die Person Kontrolle und Aufsicht benötigt, um sie z.B. daran zu hindern, sich oder anderen Personen einen Schaden zuzufügen."³¹

²⁹ '49. The reports of 10 and 15 January 1990, which reflect the situation obtaining in 1990 (see paragraphs 23 and 24 above), the CPT's report (see paragraph 28 above) and the observations on that report made by the Belgian Government (see paragraphs 29 and 30 above) show sufficiently clearly that the Lantin psychiatric wing could not be regarded as an institution appropriate for the detention of persons of unsound mind, the latter not receiving either regular medical attention or a therapeutic environment. On 2 August 1993, in response to an application for leave lodged by Mr Aerts, the Mental Health Board expressed the view that the situation was harmful to the applicant, who was not receiving the treatment required by the condition that had given rise to his detention. Moreover, the Government did not deny that the applicant's treatment in Lantin had been unsatisfactory from a therapeutic point of view. The proper relationship between the aim of the detention and the conditions in which it took place was therefore deficient.'

³⁰ Application no. 50272/99; anscheinend in deutscher Übersetzung nicht verfügbar (vgl. <http://www.egmr.org/>)

³¹ '52. This argument however turns on the domestic-law criterion applicable at the time, namely, that detention in a mental hospital was conditional on the illness or condition being of a nature or degree amenable to medical treatment. There is no such requirement imposed by Article 5 § 1 (e) of the Convention (see *Koniarska v. the United Kingdom* (dec.), no. 33670/96, 12 October 2000). The Court's case-law refers rather to the applicant being properly established as suffering from a mental disorder of a degree warranting compulsory confinement. Such confinement may be necessary not only where a person needs therapy, medication or other clinical treatment to cure or alleviate his condition, but also where the person needs control and supervision to prevent him, for example, causing harm to himself or other persons (see, for example, *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, § 60, ECHR 2000-III).'

3. Literatur zur Vereinbarkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung mit der EMRK

Die Frage, inwieweit die Menschenrechtskonvention eine von einem Strafurteil abgekoppelte präventive Haft erlaubt, ist zur Jahrhundertwende im Zusammenhang mit der Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung durch Straftäter-Unterbringungsgesetze einzelner Bundesländer³² diskutiert worden.

*Kinzig*³³ hat dabei die Auffassung vertreten, das baden-württembergische Straftäter-Unterbringungsgesetz (StrUBG) verstoße gegen Art. 5 EMRK. Zur Begründung hat er sich auf das Jéčius-Urteil berufen. Die Dritte Kammer des Gerichtshofs hatte dort die Präventivhaft des Beschwerdeführers für unzulässig erklärt, weil nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK jemandem nur die Freiheit entzogen werden dürfe, "um ihn wegen des Verdachts, eine Straftat begangen zu haben, vor eine zuständige Gerichtsbehörde zu bringen". Damit war allerdings gerade die präventive Komponente der Vorschrift ("begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat ... zu hindern") völlig ausgeblendet worden.

*Peglau*³⁴ hat demgegenüber vor einer Überinterpretation des Jéčius-Urteils gewarnt. Der Fall sei dadurch gekennzeichnet, dass dem Beschwerdeführer kein "bestimmter" Tatvorwurf gemacht worden sei. Das Guzzardi-Urteil habe "lediglich die Sicherungshaft aufgrund von generalpräventiven Erwägungen (allein aufgrund des Umstandes ein 'Mafiaangehöriger' zu sein) als Konventionsverstoß" gewertet. Zu einer dem Straftäter-Unterbringungsgesetz vergleichbaren Regelung, "das heißt einer rein gefahrenabwehrrechtlichen, auf eine konkrete Gefahr abstellenden", habe der Gerichtshof, soweit ersichtlich noch nicht Stellung genommen.

*Württemberg*³⁵ hat die Auffassung vertreten, dass sich die nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht nach Buchst. a von Art. 5 Abs. 1 EMRK rechtfertigen lasse, weil die Haft "aufgrund und damit in zeitlichem Anschluss an die Verurteilung erfolgen" müsse. Demgegenüber bejaht er die Voraussetzung des Buchst. c von Art. 5 Abs. 1 EMRK. Der Betroffene solle an einer "konkreten bestimmten strafbaren Handlung" gehindert werden. Eine gesetzliche Regelung, die die nachträgliche Sicherungsverwahrung auf Gefahren für einen schweren körperlichen oder

³² Aufhebung der Gesetze von Bayern und Sachsen-Anhalt durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Februar 2004 - 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02 - mangels Gesetzgebungskompetenz

³³ NJW 2001, 1455

³⁴ NJW 2001, 2436, 2438

³⁵ NVwZ 2001, 1201

seelischen Schaden beschränkt, bestimme die in Betracht kommenden Delikte hinreichend und werde daher den Anforderungen der Konvention gerecht. Darüber hinaus hält er es für überlegenswert, ob die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Buchst. b (Haft zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung) statthaft ist. Ziel des baden-württembergischen Gesetzes sei es nämlich, erwartete konkrete Verstöße gegen bestimmte Bestimmungen des Strafgesetzbuches zu unterbinden.

*Goll/Wulf*³⁶ haben die Argumentation von Würtenberger nicht aufgegriffen, sondern sich auf eine andere Begründung gestützt. Sie behaupten, der Gerichtshof habe "keinen Zweifel daran gelassen, dass die Zweckbestimmung derartiger Regelungen, welche die Gesellschaft vor den besonderen Gefahren von Rückfalltätern schützen sollen, auch eine nachträgliche Entscheidung rechtfertigt." Aus diesem Grunde sei etwa eine belgische Regelung, die hinsichtlich der verfahrensmäßigen Ausgestaltung weit hinter den hohen rechtsstaatlichen Hürden des baden-württembergischen Modells zurückbleibt, als mit Art. 5 Abs. 1 EMRK vereinbar bewertet worden. Die als Beleg angeführte Fundstelle³⁷ bezieht sich auf den Fall Van Droogenbroeck gegen Belgien.

4. Bewertung der rechtlichen Möglichkeiten

Aufgrund der vorstehenden Bestandsaufnahme sind Bestrebungen, die Sicherungsverwahrung von der strafgerichtlichen Verurteilung zu lösen, wie folgt zu bewerten:

- *Art. 5 Abs. 1 Buchst. a EMRK als Rechtsgrundlage:*

Art. 5 Abs. 1 Buchst. a EMRK verlangt eine kausale Verbindung zwischen dem Strafurteil und der Freiheitsentziehung. "Das Wort 'nach' impliziert nicht nur die einfache chronologische Abfolge von 'Verurteilung' und 'Freiheitsentziehung': diese muss aus jener resultieren, muss 'ihr folgen und als ihre Folge' oder 'kraft dieser' angeordnet worden sein."³⁸ Diese Voraussetzung hat der Gerichtshof im Van Droogenbroeck-Urteil vom 24. Juni 1982 als erfüllt angesehen, auch wenn dem belgischen Justizminister hinsichtlich der Vollstreckungsformen der Unterwerfung unter die „Verfügungsgewalt der Regierung“ ein weites Ermessen zusteht³⁹. Er betont dabei, dass es sich nach der belgischen Rechtsprechung um eine Strafe und nicht um eine Sicherungsmaßnahme

³⁶ ZRP 2001, 284, 285

³⁷ EuGRZ 1984, 6 Nr. 40

³⁸ Van Droogenbroeck gegen Belgien, Rdnr. 35: 'The word 'after' does not simply mean that the 'detention' must follow the 'conviction' in point of time: in addition, the 'detention' must result from, 'follow and depend upon' or occur 'by virtue of' the 'conviction'.'

³⁹ Deutsche Zusammenfassung in [EGMR-E 2, 83](http://www.eugrz.info/PDF/EGMR2/urteil8.pdf) (<http://www.eugrz.info/PDF/EGMR2/urteil8.pdf>), EuGRZ 1984, 6, 7 - vgl. insbes. Rdnr. 38 - 40

handelt.⁴⁰ Entsprechendes gilt für die Rechtslage in Norwegen (s.o. Fall Eriksen gegen Norwegen).

Die Verbindung zwischen der Verurteilung und der Haft darf zu einem gewissen Grad lose sein. Sobald jedoch die Sicherungsverwahrung nicht mehr als Vollstreckung eines Strafurteils verstanden werden kann, scheidet Art. 5 Abs. 1 Buchst. a als Rechtfertigungsgrund aus. Dass die Verbindung zwischen dem Urteil und der präventiven Freiheitsentziehung ausschließlich durch Anordnungen in dem Urteil selbst hergestellt werden kann, lässt sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht entnehmen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Sache „Van Droogenbroeck“ soll vielmehr die „Authorisierung“ der Freiheitsstrafe durch das erkennende Gericht genügen. Aus diesem Grunde kann auch die im Urteil vorbehaltene und erst nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung noch auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. a EMRK gestützt werden.

- *Art. 5 Abs. 1 Buchst. b EMRK als Rechtsgrundlage*

Eine Inhaftierung „zur Erzwingung der Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung“ lässt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nur zu, wenn es um die Erfüllung einer „bestimmten und konkreten“ Verpflichtung geht. Als solche hat er die Verpflichtung, Wehrdienst zu leisten, angesehen.⁴¹ Der durch Verwaltungsakt konkretisierte Unterbindungsgewahrsam steht mit dieser Rechtsprechung im Einklang.⁴² Die italienischen Anti-Mafia-Gesetze von 1956 und 1965 enthalten nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte demgegenüber nur allgemeine Verpflichtungen.⁴³ Darüber hinaus hat der Gerichtshof festgestellt, dass Buchst. b nicht der Verhütung von Verstößen gegen die öffentliche Sicherheit diene, so dass die Präventivhaft eines IRA-Terroristen nicht darauf gestützt werden konnte.⁴⁴

Art. 5 Abs. 1 Buchst. b EMRK kann deswegen kaum so verstanden werden, dass bereits das in einer Strafvorschrift enthaltene Verbot als bestimmte und konkrete gesetzliche Verpflichtung ausreicht, zumal der Gerichtshof stets die Notwendigkeit einer engen Auslegung der Ausnahmen hervorhebt.⁴⁵

⁴⁰ Rdnr. 19: ' According to Belgian case-law, being placed at the Government's disposal is to be classified as a penalty and not as a security measure'.

⁴¹ Fall Engel u.a. gegen Niederlande, Rdnr. 36

⁴² VerfGH Sachsen, Urteil vom 14. Mai 1996 - Vf. 44-II-94 -, aml. Umdruck S.35

⁴³ Guzzardi-Urteil, Rdnr. 101

⁴⁴ Lawless-Urteil, Rdnr. 9

⁴⁵ vgl. Guzzardi-Urteil, Rdnr. 98, Ciulla-Urteil, Rdnr. 41

- *Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK als Rechtsgrundlage*

Ob man die nachträgliche Sicherungsverwahrung auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK stützen kann, hängt davon ab, ob damit "konkrete und bestimmte strafbare Handlungen" im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs verhindert werden sollen. Dies ist seinerzeit von den Befürwortern der Straftäter-Unterbringungsgesetze ohne ernsthafte Prüfung bejaht worden. Insbesondere fehlte eine Auseinandersetzung mit dem Gegenpol, der so genannten generalpräventiven Politik. Hierzu dürfte auch die ungenaue Übersetzung der entscheidenden Stelle des Guzzardi-Urteils in der EuGRZ beigetragen haben. Im französischen Originaltext heißt es⁴⁶

"De toute manière, le membre de phrase sous examen ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou catégorie de personnes qui, à l'instar des mafiosi, se révèlent dangereuses par leur propension permanente à la délinquance;"

In der hier erstellten Übersetzung (s.o.) wird "propension" statt mit "Neigung" mit dem gleichermaßen zutreffenden Wort "Hang" wiedergegeben⁴⁷, das sich als Rechtsbegriff im Recht der Sicherungsverwahrung wiederfindet (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB) und dort die in die Zukunft gerichtete Komponente der Anordnungsvoraussetzungen bildet.

Auch der Gerichtshof selbst trägt nicht zur Klarheit bei, weil er den Begriff der "Generalprävention" falsch verwendet, denn die Inhaftierung einer vorbestraften Person wegen mutmaßlicher Zugehörigkeit zur Mafia ist als Fall der Spezialprävention zu werten.

Wenn der Gerichtshof verlangt, dass "konkrete und bestimmte strafbare Handlungen" verhütet werden sollen, zielt er deshalb mit großer Wahrscheinlichkeit auf die nach Polizeirecht zulässige Ingewahrsamnahme zur Verhütung einer Straftat, d.h. auf einen genau zu umschreibenden Sachverhalt, wie z.B. die beabsichtigte Tötung eines bestimmten Belastungszeugen.

Die Kammer-Entscheidung vom 27. Mai 1997 in dem Verfahren Eriksen gegen Norwegen ist wenig hilfreich. Sie weicht zwar die sonst bei Art. 5 Abs. 1 Buchst. c EMRK gestellten Anforderungen auf, verweist aber selbst auf die außergewöhnlichen Umstände des vorliegenden Falles (Rdnr. 86) und ist daher nicht belastbar. Insbesondere verlangt das Urteil gerade auch im Zusammenhang mit Buchst. c, der in Rdnr. 86 behandelt wird, eine enge Verbindung zwischen einem Strafurteil und der Freiheitentziehung, was durch die zitierte Stelle des Ciulla-Urteils bestätigt wird. Die sachlich nicht gerechtfertigte Verknüpfung der präventiven Alternative des Abs. 1 Buchst. c über Abs. 3 mit Abs. 1

⁴⁶ Rdnr. 102

⁴⁷ Das gilt genauso für den englischen Begriff "propension"

Buchst. a macht die Regelung im Ergebnis praktisch wertlos. Der Gerichtshof hat sich aus der Kombination von Art. 5 Abs. 1 Buchst. c, Abs. 3 und Abs. 1 Buchst. a EMRK ein Gedankengebäude errichtet, in das sich die präventive Alternative des Abs. 1 Buchst. c überhaupt nicht einpassen lässt. In der Folge (Fälle Ciulla und Jėčius) hat er dann diese Alternative in Fällen präventiver Haft konsequenterweise nicht einmal mehr zitiert.

- *Art. 5 Abs. 1 Buchst. e EMRK als Rechtsgrundlage*

Ein nicht unerheblicher Teil der Sicherungsverwahrten weist gravierende psychische Auffälligkeiten auf, die jedoch nicht die strengen Anforderungen der Unterbringungsgesetze der Länder erfüllen. Eine vorsichtige Ausweitung der Kriterien könnte zu einer deutlichen Entspannung der Situation beitragen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass diese Rechtsgrundlage erst dann greifen kann, wenn ein entsprechendes Konzept nicht nur erstellt, sondern auch umgesetzt worden ist.

II. Auswirkungen des Urteils M. gegen Deutschland auf das innerdeutsche Recht

1. Die EMRK im Gefüge des deutschen Rechts

Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle sind völkerrechtliche Verträge. Der Bundesgesetzgeber hat den genannten Übereinkommen jeweils mit förmlichem Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt (Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 7. August 1952, BGBl II S. 685; die Konvention ist gemäß der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1953, BGBl 1954 II S. 14 am 3. September 1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten; Neubekanntmachung der Konvention in der Fassung des 11. Zusatzprotokolls in BGBl 2002 II S. 1054). Damit hat er sie in das deutsche Recht transformiert und einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle - soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind - im Range eines Bundesgesetzes.⁴⁸

In seinem seinerzeit viel beachteten "Görgülü-Beschluss" vom 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04 - zum Umgangsrecht des Kindesvaters hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts grundlegende Ausführungen zur Einordnung der EMRK in das deutsche Rechtssystem gemacht. Die Leitsätze der Entscheidung lauten:

"1. Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit

⁴⁸ vgl. BVerfGE 74, 358 <370>; 82, 106 <120>

einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische 'Vollstreckung' können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

2. Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will."

Zentrale Aussagen dieses Beschlusses, den das Gericht wegen seiner internationalen Bedeutung auch in die englische und französische Sprache übersetzen ließ, sind:

"39

Die materielle Rechtskraft im Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK ist durch die personellen, sachlichen und zeitlichen Grenzen des Streitgegenstandes begrenzt (vgl. Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts <Vorprüfungsausschuss> vom 11. Oktober 1985 – 2 BvR 336/85 - Pakelli, EuGRZ 1985, S. 654 <656>; siehe auch E. Klein, Binding effect of ECHR judgments, Festschrift für Ryssdal, 2000, S. 705 <706 ff.>). Die Entscheidungen des Gerichtshofs in Verfahren gegen andere Vertragsparteien geben den nicht beteiligten Staaten lediglich Anlass, ihre nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu orientieren (vgl. Ress, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, S. 350). Das Konventionsrecht verfügt insoweit nicht über eine § 31 Abs. 1 BVerfGG vergleichbare Vorschrift, wonach alle Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gebunden sind. Art. 46 Abs. 1 EMRK spricht nur eine Bindung der beteiligten Vertragspartei an das endgültige Urteil in Bezug auf einen bestimmten Streitgegenstand aus (res iudicata)."

"47

3. Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hängt von dem jeweiligen Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe und des einschlägigen Rechts ab. Verwaltungsbehörden und Gerichte können sich nicht unter Berufung auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte von der rechtsstaatlichen Kompetenzordnung und der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) lösen. Zur Bindung an Gesetz und Recht gehört aber auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische 'Vollstreckung' können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen."

"50

Hat der Gerichtshof in einem konkreten Beschwerdeverfahren unter Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland einen Konventionsverstoß festgestellt und dauert dieser Verstoß an, so ist die Entscheidung des Gerichtshofs im innerstaatlichen Bereich zu berücksichtigen, das heißt die zuständigen Behörden oder Gerichte müssen sich mit der Entscheidung erkennbar auseinandersetzen und gegebenenfalls nachvollziehbar begründen, warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen. Gerade in Fällen, in denen staatliche Gerichte wie im Privatrecht mehrpolige Grundrechtsverhältnisse auszugestalten haben, kommt es regelmäßig auf sensible Abwägungen zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen an, die bei einer Änderung der Subjekte des Rechtsstreits oder durch eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse im Ergebnis anders ausfallen können. Es kann insofern zu verfassungsrechtlichen Problemen führen, wenn einer der Grundrechtsträger im Konflikt mit einem anderen einen für ihn günstigen Urteilsspruch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen die Bundesrepublik Deutschland erstreitet und deutsche Gerichte diese Entscheidung schematisch auf das Privatrechtsverhältnis anwenden, mit der Folge, dass der insofern 'unterlegene' und möglicherweise nicht im

Verfahren vor dem Gerichtshof beteiligte Grundrechtsträger gar nicht mehr als Verfahrenssubjekt wirksam in Erscheinung treten könnte.

51

b) aa) Hat der Gerichtshof eine innerstaatliche Vorschrift für konventionswidrig erklärt, so kann diese Vorschrift entweder in der Rechtsanwendungspraxis völkerrechtskonform ausgelegt werden, oder der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, diese mit der Konvention unvereinbare innerstaatliche Vorschrift zu ändern. Liegt der Konventionsverstoß in dem Erlass eines bestimmten Verwaltungsaktes, so hat die zuständige Behörde die Möglichkeit, diesen nach den Regelungen des Verwaltungsfahrensrechts aufzuheben (vgl. § 48 VwVfG). Eine konventionswidrige Verwaltungspraxis kann geändert werden, die Pflicht dazu können Gerichte feststellen.

52

bb) Bei einem Konventionsverstoß durch Gerichtsentscheidungen verpflichten weder die Europäische Menschenrechtskonvention noch das Grundgesetz dazu, einem Urteil des Gerichtshofs, in dem festgestellt wird, dass die Entscheidung eines deutschen Gerichts unter Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention zustande gekommen sei, eine die Rechtskraft dieser Entscheidung beseitigende Wirkung beizumessen (vgl. Bundesverfassungsgericht, EuGRZ 1985, S. 654). Daraus ist freilich nicht der Schluss zu ziehen, dass Entscheidungen des Gerichtshofs von deutschen Gerichten nicht berücksichtigt werden müssten."

"57

c) Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um ein in seinen Rechtsfolgen ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will.

58

Das Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist darauf ausgerichtet, konkrete Einzelfälle am Maßstab der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle im zweiseitigen Verhältnis zwischen Beschwerdeführer und Vertragspartei zu entscheiden. Die Entscheidungen des Gerichtshofs können auf durch eine differenzierte Kasuistik geformte nationale Teilrechtssysteme treffen. In der deutschen Rechtsordnung kann dies insbesondere im Familien- und Ausländerrecht sowie im Recht zum Schutz der Persönlichkeit eintreten (siehe dazu jüngst EGMR, No. 59320/00, Urteil vom 24. Juni 2004 - von Hannover gegen Deutschland, EuGRZ 2004, S. 404 ff.), in denen widerstreitende Grundrechtspositionen durch die Bildung von Fallgruppen und abgestuften Rechtsfolgen zu einem Ausgleich gebracht werden. Es ist die Aufgabe der nationalen Gerichte, eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen, weil es weder der völkervertraglichen Grundlage noch dem Willen des Gerichtshofs entsprechen kann, mit seinen Entscheidungen gegebenenfalls notwendige Anpassungen innerhalb einer nationalen Teilrechtsordnung unmittelbar selbst vorzunehmen."

2. Auswirkungen des Urteils M. gegen Deutschland in der deutschen Rechtsprechung⁴⁹

Das EGMR-Urteil vom 17.12.2009 in der Sache M. gegen Deutschland hat zu einer Reihe von divergierenden Entscheidungen deutscher Gerichte über die Entlassung anderer Sicherungsverwahrter geführt.

⁴⁹ Alle nachfolgenden Urteile nach juris

- **BGH, Beschluss vom 12. Mai 2010 - 4 StR 577/09 -**

Schon zwei Tage nach der Rechtskraft des EGMR-Urteils M. gegen Deutschland hatte der 4. Senat des Bundesgerichtshofs Gelegenheit, sich zu den Auswirkungen dieses Urteils zu äußern. Zu entscheiden war über einen Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung. Da es eine solche Möglichkeit zum Tatzeitpunkt im Jahre 1990 noch nicht gab, verfügte der Senat die sofortige Freilassung des Betroffenen. In der Begründung der Entscheidung heißt es:

"15

Zwar handelt es sich bei der Sicherungsverwahrung nach innerdeutschem Recht um eine Maßregel der Besserung und Sicherung, für die nach § 2 Abs. 6 StGB grundsätzlich das Recht zum Zeitpunkt der Entscheidung gilt. § 2 Abs. 6 StGB schreibt die Maßgeblichkeit des zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechts jedoch nur vor, 'wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt ist'. Eine derartige andere Bestimmung stellt hier Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte dar."

"18

2. Der hier vorgenommenen Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB steht nicht die Bindungswirkung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar 2004 (BVerfGE 109, 133) zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Wegfalls der Höchstdauer der erstmaligen Sicherungsverwahrung entgegen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in jener Entscheidung ausgesprochen, dass die Sicherungsverwahrung keine Strafe darstellt und eine nachträgliche Änderung ihrer Höchstdauer nicht gegen das absolute Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG verstößt (BVerfGE 109, 133, 167 ff.). Bei der Frage, ob entsprechend dem Gesetzesvorbehalt in § 2 Abs. 6 StGB eine Maßregel der Besserung und Sicherung von der Maßgeblichkeit des Rechts des Zeitpunkts der Entscheidung auszunehmen ist, handelt es sich indes um eine solche einfachen Rechts. Dem Gesetzgeber steht es im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens frei, für einzelne Maßregeln der Besserung und Sicherung in Abweichung von dem Grundsatz des § 2 Abs. 6 StGB die Geltung des Tatzeitrechts anzuordnen; er hat hiervon in der Vergangenheit wiederholt Gebrauch gemacht (vgl. die Nachweise bei Fischer StGB 57. Aufl. § 2 Rdnr. 15 und speziell Art. 93 des 1. StrRG). Ebenso kann dies Folge der gebotenen Berücksichtigung einer ebenfalls im Range einfachen Bundesrechts stehenden Bestimmung der MRK sein. Der Rechtssatz des Bundesverfassungsgerichts, dass nach deutschem Verfassungsrecht die Sicherungsverwahrung nicht dem Rückwirkungsverbot unterfällt, wird dadurch nicht in Frage gestellt. Einfaches Recht hat zwar die Vorgaben des Grundgesetzes zu wahren, es kann aber im Einzelfall über die dort festgelegten Mindestanforderungen hinausgehen."

- **OLG Celle, Beschluss vom 25. Mai 2010 - 2 Ws 169/10 -⁵⁰**

Demgegenüber hat das OLG Celle in einem zwei Wochen später ergangenen Beschluss die Umsetzung des EGMR-Urteils in dem zu entscheidenden Verfahren unter Hinweis auf den "Görgülü-Beschluss" des Bundesverfassungsgerichts abgelehnt:

"14

Zieht man diese Grundsätze für die Beantwortung der Frage heran, ob Art. 7 EMRK in der Auslegung durch den EGMR als andere gesetzliche Bestimmung in § 2 Abs. 6 StGB angesehen werden kann, so ist demnach zu prüfen, ob sich dies noch im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung halten lässt. Der Senat kommt insoweit, anders als etwa G. in seinem

⁵⁰ In juris fälschlicherweise unter dem Datum des EGMR-Urteils (17.12.2009) erfasst; im Folgenden zitiert nach juris

Rechtsgutachten, zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall ist. Dies folgt aus den einschlägigen Passagen des Einführungsgesetzes zum StGB zur zeitlichen Anwendbarkeit des § 67 d StGB in der Fassung des Gesetzes vom 26.01.1998 zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten. In Art. 1 a Abs. 3 EGStGB in der Fassung vom 26.01.1998 bis zum 31.03.2004 hat der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, dass § 67 d des StGB in der Fassung dieses Gesetzes uneingeschränkt Anwendung findet, während in Art. 1 a Abs. 2 EGStGB bestimmt wurde, dass § 66 Abs. 3 StGB nur Anwendung finden soll, wenn der Täter eine der Straftaten der in § 66 Abs. 3 Satz 1 des StGB bezeichneten Taten nach dem 31.01.1998 begangen hat. In den Gesetzesmaterialien heißt es soweit ausdrücklich, dass für die Neuregelung der Sicherungsverwahrung in § 66 Abs. 3 StGB eine eingeschränkte Rückwirkung vorgesehen wird, wonach es genügt, wenn eine der dort in Satz 1 genannten Taten nach dem Inkrafttreten der Neuregelung begangen wird. Diese Regelung erfolge mit Blick auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vertrauensschutzes und stelle sicher, dass sich der - regelmäßig voll schuldfähige - Täter mit seinem künftigen Verhalten noch auf die neue Rechtslage einstellen könne. Hingegen sehe der Entwurf vor, die Änderung in § 67 d StGB - also die Änderung zur Dauer der Sicherungsverwahrung - uneingeschränkt rückwirkend in Kraft zu setzen. Da diese Neuregelungen nicht die Anordnung, sondern allein die Dauer der Sicherungsverwahrung betreffen, seien an den Rückwirkungsschutz von Verfassungen wegen nicht dieselben hohen Anforderungen wie im Fall des § 66 Abs. 3 StGB-E zu stellen (BT-Drucksache 13/9062, Bericht des Rechtsausschusses, S. 12). Es entspricht mithin dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der Neuregelung in § 67 d Abs. 3 StGB zur zeitlichen Dauer der Sicherungsverwahrung zeitlich uneingeschränkt Geltung zu verschaffen, während er im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung ausdrücklich eine eingeschränkte zeitliche Geltung, nämlich erst für Taten ab Inkrafttreten der Neuregelung, vorgesehen hat. Im Hinblick auf diesen im EGStGB auch eindeutig zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers zur zeitlich uneingeschränkten Anwendbarkeit der Neuregelung zur Dauer der Sicherungsverwahrung erscheint es dem Senat methodisch nicht mehr vertretbar, § 2 Abs. 6 StGB so auszulegen, dass Art. 7 EMRK in der Auslegung durch den EGMR eine andere gesetzliche Bestimmung wäre. Dies widerspräche eindeutig dem in Art. 1 a Abs. 3 EGStGB i. d. F. d. G. vom 26.01.1998 deutlich zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers zur rückwirkenden Geltung der Neuregelung zur Dauer der Sicherungsverwahrung.

15

Auch aus der nachträglichen Streichung der Absätze 2 und 3 in Art. 1 a EGStGB durch das Gesetz vom 23.07.2004, mit dem die nachträgliche Sicherungsverwahrung eingeführt wurde, können keine anderen Schlüsse gezogen werden. Aus den Gesetzesmaterialien folgt, dass die Streichung erfolgte, weil die Regelungen im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 05.02.2004 - 2 BvR 2029/01 - und vom 10.02.2004 - 2 BvR 834/02 u. a. - verzichtbar erschienen (BT-Drucksache 15/2887, S. 20). Bei der Entscheidung vom 05.02.2004 handelt es sich um die bereits zitierte Entscheidung zu dem Fall, der der Entscheidung des EGMR zugrunde lag und in dem das Bundesverfassungsgericht gerade den nachträglichen Wegfall der Zehnjahresgrenze für die erstmalige Anordnung der Sicherungsverwahrung für mit der Verfassung vereinbar erklärt hat. Aus dem Wegfall der gesetzlichen Regelung in Art. 1 a EGStGB durch das Gesetz vom 23.07.2004 lässt sich also kein neuer oder anderer Wille des Gesetzgebers hinsichtlich der zeitlichen Anwendbarkeit der Neuregelung zur Dauer der Sicherungsverwahrung ableiten.

16

Zum gleichen Ergebnis führt eine Berücksichtigung der Grundsätze der verfassungskonformen Auslegung. In Erwägung zu ziehen ist zwar, ob § 67 d Abs. 3 StGB in der derzeit geltenden Fassung im Lichte des Freiheitsgrundrechtes aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 5 Abs. 1 EMRK so auszulegen ist, wie dies der EGMR in seiner Entscheidung vom 17.12.2009 umgesetzt hat. Eine verfassungskonforme Auslegung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesetzeszusammenhang der einschlägigen Regelungen und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zulassen, von denen eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt. Unter diesen Voraussetzungen ist das verfassungsgemäße Ergebnis geboten (ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, vgl. nur BVerfGE 88, 145, 166; BVerfGE 95, 64, 81 und 93; BVerfGE 110, 226, 227; BVerfGE 112, 164, 182 f.). Die verfassungskonforme Auslegung des einfachen Gesetzesrechts darf allerdings nicht dazu führen, mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch zu treten (BVerfGE 86, 288, 320; BVerfGE 95, 64, 93; BVerfGE 101, 312, 329). Einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz darf nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der

auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt oder das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden (BVerfGE 71, 81, 105; BVerfGE 90, 263, 276; BVerfGE 109, 279, 316 ff.). Auch nach den Grundsätzen der verfassungskonformen Auslegung sind also der gesetzgeberische Wille und der Wortlaut des Gesetzes Grenzen für die Auslegung im Sinne der Entscheidung des EGMR. Da aber der gesetzgeberische Wille seinen eindeutigen Ausdruck gefunden hat eben in Art. 1 a Abs. 3 EGStGB in der Fassung vom 26.01.1998, lässt sich mit den Grundsätzen der verfassungskonformen Auslegung die Nichtanwendung des § 67 d Abs. 3 StGB in der derzeit geltenden Fassung nicht begründen.

17

Im Übrigen ist im Hinblick auf die verfassungskonforme Auslegung zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu dem Fall, der auch der Entscheidung des EGMR zugrunde lag, in der derzeitigen Regelung der Dauer der Sicherungsverwahrung in § 67 d StGB keinen Verstoß gegen das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG und das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG gesehen hat (BVerfGE 109, 133 ff). Das Bundesverfassungsgericht hat vielmehr in jener Sache festgehalten, dass der Staat die Aufgabe habe, die Grundrechte potentieller Opfer vor Verletzungen durch potentielle Straftäter zu schützen. Diese Schutzpflicht des Staates sei umso intensiver, je mehr die Gefährdung sich konkretisiere und individualisiere und je stärker sie die Gefährdung elementarer Lebensbereiche betreffe. Je existentieller die Grundrechte für den Einzelnen seien, desto intensiver müsse der staatliche Schutz vor Gefährdungen und Beeinträchtigungen sein. Vor diesem Hintergrund sei die Aufhebung der Zehnjahreshöchstfrist verfassungsrechtlich unbedenklich. Das Bundesverfassungsgericht hat ferner entschieden, dass das absolute Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG die Maßregeln der Besserung und Sicherung des StGB nicht umfasse, da diese im Gegensatz zur Strafe nicht dem Zweck dienen, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern dazu, die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen (BVerfGE 109, 133, Rdnr. 123, 145, zitiert nach juris). Die Neuregelung stehe auch im Einklang mit dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebot. Nach § 2 Abs. 6 StGB habe nämlich die Zehnjahreshöchstfrist ebenso wie alle anderen Regelungen über Maßregeln der Besserung und Sicherung von Anfang an unter dem Vorbehalt einer gesetzlichen Änderung gestanden (BVerfG a. a. O., Rdnr. 182).

18

Gegen eine schematische Übertragung der Entscheidung des EGMR vom 17.12.2009 auf weitere Fälle, in denen die Sicherungsverwahrung vor 1998 angeordnet wurde, spricht auch, dass es sich in diesen Fällen stets um mehrpolige Grundrechtsverhältnisse handelt, in denen, so das Bundesverfassungsgericht in dem oben zitierten G.-Beschluss, die Abwägung durch das deutsche Gericht auch anders ausfallen kann. Zwar wird teilweise vertreten, dass die Einschränkungen, die das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung bezüglich der Bindungswirkung der EGMR-Urteile für das Zivilrecht macht, wegen der im Strafrecht fehlenden mehrpoligen Rechtsverhältnisse keine Geltung beanspruchen könnten (Kinzig, NStZ 2010, S. 233). Diese Einschränkung überzeugt jedoch nicht. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet das Privatrecht ausdrücklich als Beispiel für Fälle, in denen staatliche Gerichte mehrpolige Grundrechtsverhältnisse auszugestalten haben ('in denen staatliche Gerichte wie im Privatrecht mehrpolige Grundrechtsverhältnisse auszugestalten haben'). Angesichts der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den aus den Grundrechten resultierenden Schutzpflichten des Staates für Grundrechte potentieller Opfer vor Verletzungen durch potentielle Straftäter (BVerfGE 109, 133, Rdnr. 185, zitiert nach juris) erschließt sich dem Senat nicht, warum bei der Frage der Beendigung der Sicherungsverwahrung keine mehrpoligen Grundrechtsverhältnisse zueinander in Abwägung zu bringen sein sollen. Vielmehr erscheint dem Senat die Frage der Beendigung der Sicherungsverwahrung und damit die Abwägung der Grundrechte potentieller Opfer vor Verletzungen durch potentielle Straftäter und das Freiheitsrecht der Untergebrachten geradezu ein Musterbeispiel für ein mehrpoliges Grundrechtsverhältnis.

19

Im Rahmen der sodann vorzunehmenden Abwägung der grundrechtlich geschützten Positionen potentieller Opfer und des Freiheitsrechtes des Untergebrachten ist - im Einklang mit dem Willen des deutschen Gesetzgebers (s. dazu Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13.9062 S. 7) - den Grundrechten potentieller Opfer höheres Gewicht zuzumessen als dem Freiheitsrecht des Untergebrachten, sofern die Voraussetzungen des § 67 d Abs. 3 StGB erfüllt sind. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass auch in der Rechtsprechung des EGMR aus den Freiheitsrechten folgende Schutzpflichten des Staates grundsätzlich anerkannt sind. Die Rechtsprechung des EGMR ist insgesamt nicht eindeutig, so dass allein aus der Entscheidung vom 17.12.2009 keine Schlussfolgerungen daraus gezogen werden können, wie der EGMR in vergleichbaren Fällen entscheiden würde. Der EGMR ist nämlich in der Entscheidung vom

17.12.2009 mit keinem Wort auf die aus den Freiheitsrechten resultierenden Schutzpflichten des Staates eingegangen, die nach der Rechtsprechung des EGMR im Übrigen gleichwohl anerkannt sind. In der Entscheidung vom 24.10.2002 - 37703/97 (Mastromatteo/Italien) - NJW 2003, 3259 -, hat die große Kammer des EGMR nämlich entschieden, dass Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK die Staaten nicht nur dazu verpflichtet, vorsätzliches und rechtswidriges Töten zu unterlassen, sondern auch dazu, notwendige Maßnahmen zum Schutz des Lebens von Personen zu treffen, die ihrer Hoheitsgewalt unterstehen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs besteht eine solche positive Verpflichtung zum Handeln, wenn bewiesen ist, dass die Behörden das Bestehen einer wirklichen und unmittelbaren Gefahr für das Leben einer oder mehrerer Personen kannten oder hätten kennen müssen, und dennoch nicht im Rahmen ihrer Möglichkeiten Maßnahmen getroffen haben, die nach vernünftiger Beurteilung die Gefahr hätten vermeiden können. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall behauptete der Beschwerdeführer, dass die italienischen Behörden ihre positive Verpflichtung, das Leben seines Sohnes zu schützen, dadurch verletzt hätten, dass sie gefährlichen Gewohnheitsverbrechern erlaubt hätten, das Gefängnis zu verlassen. Der zuständige Richter habe seine Pflichten besonders deswegen verletzt, weil er den Gefangenen beurlaubt habe, der seinen Sohn ermordet habe. In dem konkreten Fall hat der EGMR eine Konventionsverletzung verneint, weil das italienische System ausreichende Maßnahmen vorgesehen habe, um den Schutz der Gesellschaft zu gewährleisten. Es habe auch keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass es notwendig sein könnte, zusätzliche Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die beurlaubten Gefangenen außerhalb des Gefängnisses keine Gefahr für die Gesellschaft darstellten (Z. 76). Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung der großen Kammer des EGMR ist es unverständlich, warum die 5. Kammer des EGMR in ihrer Entscheidung vom 17.12.2009 mit keinem Wort auf die aus der EGMR resultierenden Pflichten zum Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern eingeht.

20

Festzuhalten ist daher im Ergebnis, dass Art. 7 EMRK in der Auslegung durch den EGMR vom 17.12.2009 nicht als andere gesetzliche Bestimmung i. S. von § 2 Abs. 6 StGB herangezogen werden kann, da sich eine solche Auslegung nicht mehr im Rahmen methodisch vertretbarer oder verfassungskonformer Gesetzesauslegung hält und bei der erforderlichen Abwägung zwischen den Freiheitsrechten des Untergebrachten und den Grundrechten potentieller Opfer vor Verletzungen deren Grundrechten der Vorrang einzuräumen ist.

21

Dementsprechend kann auch Art. 5 EMRK in der Auslegung durch den EGMR in seiner Entscheidung vom 17.12.2009 nicht als andere gesetzliche Bestimmung i. S. von § 2 Abs. 6 StGB herangezogen werden. Hier stellen sich die gleichen Fragen nach der Bindungswirkung der Entscheidung des EGMR wie zu Art. 7, die im Ergebnis nicht anders zu beurteilen sind, da die Entscheidung des EGMR zu Art. 5 EMRK letztlich gegenüber der Argumentation zu Art. 7 EMRK keinen eigenständigen Gehalt aufweist. Der EGMR begründet den Konventionsverstoß gegen Art. 5 EMRK zwar damit, dass die Sicherungsverwahrung, in der sich der Verurteilte befinde, nicht mehr kausal auf die ursprüngliche Gerichtsentscheidung zurückführen lasse. Kausalität wird damit jedoch offensichtlich nicht verstanden als *conditio sine qua non*, sondern als Wertungszusammenhang, der durch die Neufassung des Gesetzes zur Dauer der Sicherungsverwahrung von 1998 wegen des Verbots rückwirkender Geltung von Strafgesetzen durchbrochen worden sei. Damit wird der Verstoß gegen Art. 5 EMRK tatsächlich ebenso wie der Verstoß gegen Art. 7 EMRK damit begründet, dass ein rückwirkendes Gesetz erlassen worden ist, also wiederum mit dem Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 7 EMRK. Im Hinblick auf den Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot kann jedoch auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Schließlich ist auch im Hinblick auf Art. 5 EMRK und die ursprüngliche Entscheidung des erkennenden Gerichts zur Verhängung der Sicherungsverwahrung zu berücksichtigen, dass deren Verhängung wegen § 2 Abs. 6 StGB von Beginn an unter dem Vorbehalt späterer gesetzlicher Änderungen stand.

22

...

23

b) Im Hinblick darauf, dass die Entscheidungen des EGMR grundsätzlich Rechtswirkungen nur zwischen den beteiligten Parteien entfalten und der jeweilige Einzelfall entschieden wird, ist der Senat wegen der Besonderheiten des vorliegenden Falles auch nicht davon überzeugt, dass der EGMR auch hier und bei Zugrundelegung der Rechtsansichten aus der Entscheidung vom 17.12.2009 einen Verstoß gegen die EMRK sehen würde. Der EGMR stellt bei seiner Entscheidung jeweils auf den konkreten Einzelfall ab. Daher kann jede neue Entscheidung, je nach der zugrunde liegenden Fallgestaltung, von ihm zu einer neuen abweichenden Bewertung

staatlichen Handelns führen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 9. März 2010, 1 StR 554/09). Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass der Untergebrachte sich seit Jahren jeglichen therapeutischen Bemühungen gegenüber abwehrend verhält. Der Untergebrachte hat es abgelehnt, in die sozialtherapeutische Anstalt überwiesen zu werden, er hat sich von dem Sachverständigen Prof. Dr. M. nicht explorieren lassen und er hat sich geweigert, an den Anhörungen der Strafvollstreckungskammer teilzunehmen, selbst in die Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung hat er nicht eingewilligt. Teilweise war sein Verhalten gegenüber den vorgeschlagenen therapeutischen Bemühungen von einer 'totalen Verweigerungshaltung' geprägt. Da der EGMR aber entscheidend damit argumentiert hat, dass die in Deutschland vollstreckte Sicherungsverwahrung wegen fehlender therapeutischer Angebote mit Strafe gleichzusetzen sei, würde der EGMR nach Auffassung des Senates im vorliegenden Fall vermutlich trotzdem nicht zu einem Konventionsverstoß kommen, da derartige therapeutische Angebote bei einer 'totalen Verweigerungshaltung' des Untergebrachten offensichtlich sinnlos sind und deshalb ihr Fehlen auch nicht zu einem Konventionsverstoß führen kann."

- OLG Stuttgart, Beschluss vom 1. Juni 2010 - 1 Ws 57/10 -

Eine Woche danach hat das OLG Stuttgart ebenfalls die Freilassung eines Sicherungsverwahrten im Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR abgelehnt. Das Gericht folgt dabei der Argumentation des OLG Celle. Ergänzend führt es aus:

"36

cc) Zudem ist der Senat der Auffassung, dass eine schematische 'Vollstreckung' des Urteils des EGMR vom 17.12.2009 in der Weise, dass sog. Zehnjahresfälle nunmehr ohne Weiteres zu entlassen wären, die Frage aufwerfen würde, ob dies mit Grundrechten in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar wäre. Zwar dürfte es dem deutschen Gesetzgeber nicht von Verfassungs wegen verwehrt sein, zu dem vor 1998 geltenden Rechtszustand zurückzukehren (vgl. hierzu BVerfG, Urt. v. 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01 –, BVerfGE 109, 133 [187]; s. auch LG Marburg, Beschl. v. 17.05.2010 – 7 StVK 220/10 S. 13 f.). Nach dem nunmehr geltenden Recht, das weder von der MRK noch von dem EGMR-Urteil außer Kraft gesetzt wird, ist aber durch § 67d Abs. 3 StGB den Fachgerichten auch und gerade nach Ablauf der Zehnjahresfrist die der Sicherungsverwahrung immanente sensible Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Untergebrachten einerseits und der staatlichen Schutzpflicht für die Allgemeinheit andererseits verfassungsrechtlich aufgegeben:

37

'Der Staat hat die Aufgabe, die Grundrechte potentieller Opfer vor Verletzungen durch potentielle Straftäter zu schützen. Diese Schutzpflicht des Staates ist umso intensiver, je mehr die Gefährdung sich konkretisiert und individualisiert und je stärker sie die Gefährdung elementarer Lebensbereiche betrifft. (...) Hinter dieses öffentliche Interesse tritt das Freiheitsgrundrecht (...) trotz seines hohen Wertes zurück. (...) Der Gesetzgeber (hat) mit der Regelung des § 67d Abs. 3 StGB nicht gegen das freiheitsschützende Übermaßverbot verstoßen. Die inhaltliche Konzeption als Regel-Ausnahme-Vorschrift sowie die flankierenden verfahrensrechtlichen Garantien für die Betroffenen verschaffen deren Anspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG hinreichende Geltung (...)' (BVerfG aaO. S. 186 f.).

38

Eine schematische 'Vollstreckung' des EGMR-Urteils in Gestalt sofortiger Entlassung selbst hoch gefährlicher Untergebrachter brächte diese Abwägung in einer Art und Weise aus dem Gleichgewicht, die verfassungsrechtlich jedenfalls bedenklich wäre und – im Sinne des Monitums des 'Görgülü-Beschlusses' – darauf hinauslaufen würde, dass die schutzwürdige Allgemeinheit und damit nicht am Verfahren vor dem EGMR beteiligte Grundrechtsträger nicht mehr als Verfahrenssubjekte wirksam in Erscheinung treten könnten. Entgegen Kinzig NStZ 2010, 233 (238) beziehen sich dieses Monitum sowie der Vorbehalt betreffend mehrpolige Grundrechtsverhältnisse nicht ausschließlich aufs Privatrecht, sondern auf alle Fälle, in denen staatliche Gerichte 'wie im Privatrecht' mehrpolige Grundrechtsverhältnisse auszugestalten haben (s. BVerfGE 111, 307 [324]; ebenso OLG Celle, Beschl. v. 25.05.2010 – 2 Ws 169/10 und 170/10 – S. 11 f.)."

- **OLG Koblenz, Beschluss vom 7. Juni 2010 - 1 Ws 108/10 -**

Auch der 1. Senat des OLG Koblenz sieht keine Möglichkeit, die maßgeblichen deutschen Rechtsvorschriften im Sinne der EGMR-Rechtsprechung auszulegen. Er verweist dabei unter anderem auf die Gesetzeskraft der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar 2004 - 2 BvR 2029/01 - (BVerfGE 109, 133 ff. = NJW 2004, 739 ff.), mit der die Verfassungsmäßigkeit der Rückwirkung bestätigt worden war (BGBl. I S. 1069).

- **OLG Nürnberg, Beschluss vom 24. Juni 2010 - 1 Ws 315/10 -**

Die Entscheidung ist bei juris nur mit ihrem Leitsatz vermerkt:

"Eine sofortige Umsetzung des Urteils des EGMR vom 17. Dezember 2009 (EGMR NStZ 2010, 263) in der Weise, dass selbst hochgefährliche Sicherungsverwahrte aus der Unterbringung entlassen werden müssten, ist weder mit dem staatlichen Schutzauftrag für die Grundrechte Dritter noch mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar.

Die Regelungen der Art. 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 EMRK nach Maßgabe der Entscheidung des EGMR sind durch Auslegung nicht in Einklang mit der derzeit gültigen deutschen Rechtslage wie sie vom Bundesverfassungsgericht interpretiert wird, zu bringen. Die gebotene Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR findet ihre Grenze dort, wo in gleichrangiger Anwendung der EMRK und der Grundrechte des Grundgesetzes ein unauflösbarer Zielkonflikt zwischen verschiedenen Grundrechtsträgern entsteht.

Es verbleibt bei der Anwendbarkeit der vom Gesetzgeber in § 67d StGB angeordneten Anwendung der Neuregelung auch auf sog. Altfälle."

- **OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. Juni 2010 - 3 Ws 485/10 -**

Am selben Tag entschied das OLG Frankfurt gegenteilig. Der 3. Senat will § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB in seiner früheren Fassung anwenden und führt zur Begründung u.a. aus:

"16

Methodische Bedenken stehen dieser Auslegung nicht entgegen. Insbesondere ist der Senat an ihr – entgegen der Ansicht der Oberlandesgerichte Celle (Beschl. v. 25.05.2010 – 2 Ws 169 - 170/10), Stuttgart (Beschl. v. 01.06.2010 – 1 Ws 57/10) und Koblenz (Beschl. v. 07.06.2010 – 1 Ws 108/10) durch Art. 1 a EGStGB i. d. F. des Gesetzes vom 26.01.1998 nicht gehindert. Zwar ist in Abs. 3 dieser Vorschrift ausdrücklich festgelegt, dass § 67 d i. d. F. dieses Gesetzes uneingeschränkt Anwendung finden soll. Der Gesetzgeber hat damit diese Vorschrift bewusst uneingeschränkt mit Rückwirkung in Kraft gesetzt (BT 13/9062 S. 12). Der Gesetzgeber hat sich von der Vorstellung leiten lassen, dass die Neuregelung nicht die Anordnung der Sicherungsverwahrung, sondern lediglich deren Dauer betreffe, weshalb von Verfassungs wegen an den Rückwirkungsschutz geringere Anforderungen zu stellen seien.

17

Dies bedeutet indes nicht, dass der Gesetzgeber auch ausschließen wollte, dass eine den Anforderungen der MRK in der Ausprägung durch die Rechtsprechung des EMRG entsprechende Auslegung der Vorbehalts in § 2 Abs. 6 StGB durch die Gerichte praktiziert wird (vgl. Grabenwarter, S. 45).

18

Zudem wurde Art. 1 a EGStGB mit der darin enthaltenen Differenzierung durch das Gesetz vom 23.07.2004 ersatzlos gestrichen. Die Vorschriften erschienen dem Gesetzgeber im Lichte der

Entscheidungen des BVerfG vom 05.02.2004 (also in vorliegender Sache) und vom 10.02.2004 (zu den landesrechtlich geregelten Straftäterunterbringungsgesetzen) verzichtbar. Zwar hat der Gesetzgeber damit an seinem Willen zur Rückwirkung des § 67 d Abs. 3 S. 1 StGB n. F. festgehalten, aber gleichzeitig deutlich gemacht, dass er diesen einer anders lautenden verfassungsgerichtlichen Entscheidung angepasst hätte. Es erscheint vor diesem Hintergrund ausgeschlossen, dass er sich demgegenüber einer Klärung durch den EGMR verschließen und damit dauerhaft konventionswidrig verhalten wollte.

19

Der vorgenommene Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB steht auch die Bindungswirkung des Urteils des BVerfG vom 05.02.2004 in vorliegender Sache nicht entgegen. Bei der Frage, ob entsprechend dem Gesetzesvorbehalt in § 2 Abs. 6 StGB für eine Maßregel der Besserung und Sicherung in Abweichung vom Grundsatz der Geltung des Rechts des Entscheidungszeitpunktes das günstigere Tatzeitrecht gilt, handelt es sich um eine Frage des einfachen Rechts. Der Rechtssatz des Bundesverfassungsgerichts, dass nach deutschem Verfassungsrecht die Sicherungsverwahrung nicht dem Rückwirkungsverbot unterfällt, wird dadurch nicht in Frage gestellt. Einfaches Recht hat zwar die Vorgaben des Grundgesetzes zu wahren, es kann aber im Einzelfall über die dort festgelegten Mindestanforderungen hinausgehen (vgl. BGH, Beschl. v. 12.05.2010 a. a. O. Rn 18).

20

Die vorgenommene Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB ist schließlich auch mit der Rechtsprechung des BVerfG vereinbar. Das BVerfG hat zwar in seiner Entscheidung in vorliegender Sache ausdrücklich festgehalten, dass der Staat die Aufgabe hat, die Grundrechte potentieller Opfer vor der Verletzung durch potentielle Straftäter zu schützen und dass sich seine Schutzpflicht umso intensiver ausgestaltet, je mehr sich die Gefährlichkeit der potentiellen Täter konkretisiert und individualisiert und je stärker die Gefährdung elementare Lebensbereiche betrifft (Beschl. v. 05.05.2004 – 2 BvR 2029/01 –Juris Rn 185). Dieser Schutzpflicht kommt auch Verfassungsrang zu.

21

Hieraus ist aber entgegen der Auffassung der Oberlandesgerichte Celle (Beschl. v. 25.05.2010 – 2 Ws 169 - 170/10), Stuttgart (Beschl. v. 01.06.2010 – 1 Ws 57/10) und Koblenz (Beschl. v. 07.06.2010 – 1 Ws 108/10) nicht der Schluss zu ziehen, diese Schutzpflicht müsse in eine 'Abwägung' mit dem gegenläufigen Freiheitsgrundrecht des Untergebrachten und dem grundrechtsgleichen Rückwirkungsverbot mit einbezogen werden und erst Recht nicht, dass dieser Schutzpflicht der Vorrang zukommen müsse.

22

Das vom BVerfG in Sachen X aufgeworfene Problem, dass ein Grundrechtsträger am Verfahren vor dem EGMR nicht beteiligt ist (NJW 2004, 3407 [3410]) und deshalb als Verfahrenssubjekt nicht in Erscheinung treten und seine Rechte geltend machen konnte, stellt sich hier nicht. Denn Träger der staatlichen Schutzpflicht ist die Bundesrepublik und diese war Verfahrensgegner im Verfahren vor dem EGMR."

- **BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2010 - 2 BvR 571/10 -**

Die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat am 30. Juni 2010 über den Antrag eines Sicherungsverwahrten auf Erlass einer einstweiligen Anordnung befunden. Es hat den Antrag auf vorläufige Freilassung, der sich gegen einen BGH-Beschluss vom 14. Januar 2010 - 1 Str 595/09 - richtet, im Rahmen einer Folgenabwägung abgelehnt (Absatz-Nr. 4):

"Erginge die einstweilige Anordnung nicht, hätte aber die Verfassungsbeschwerde später Erfolg, so entstünde dem Beschwerdeführer in der Zwischenzeit durch den Vollzug der Sicherungsverwahrung ein schwerer, nicht wieder gutzumachender Verlust an persönlicher Freiheit. Wenn die einstweilige Anordnung erginge und der Verfassungsbeschwerde später der Erfolg zu versagen wäre, entstünden ebenfalls schwerwiegende Nachteile. Das Landgericht Baden-Baden hat auf der Grundlage zweier psychiatrischer Sachverständigengutachten nachvollziehbar dargelegt, dass der Beschwerdeführer einen Hang zu schweren Sexualstraftaten (sexueller Missbrauch von Kindern, Vergewaltigung) habe und deshalb im Falle seiner Freilassung mit hoher Wahrscheinlichkeit entsprechende Delikte verüben werde,

durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schweren Schaden nehmen würden. Angesichts der besonderen Schwere der drohenden Straftaten überwiegt das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit das Interesse des Beschwerdeführers an der Wiedererlangung seiner persönlichen Freiheit."

- **OLG Frankfurt, Beschluss vom 1. Juli 2010, - 3 Ws 539/10 -**

In diesem Beschluss bestätigt das Gericht die eine Woche zuvor getroffene Entscheidung in einem Parallellfall. In Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der anderen Oberlandesgerichte heißt es:

"27

Hieran vermögen auch die Erwägungen des OLG Nürnberg aus seinen Beschlüssen vom 24.06.2010 (1 Ws 315/10, 2 Ws 78/10) zur Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nichts zu ändern. Zwar mögen die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts zur Einordnung der Sicherungsverwahrung als Maßregel und nicht als Strafe gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG in Gesetzeskraft erwachsen, allerdings handelt es sich hierbei um einfaches Gesetzesrecht und nicht etwa um Verfassungsrecht. Insoweit schließt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Annahme einer für den Verurteilten günstigeren Wertung auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts gerade nicht aus.

28

Soweit das OLG Koblenz (vgl. Beschluss vom 22.06.2010, Az. 1 Ws 240/10), die Ansicht vertritt, die Rechtsauffassung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs aus seinem Beschluss vom 12.05.2010 werde vom 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs nicht geteilt, so ist darauf zu verweisen, dass sich die Entscheidung des 2. Strafsenats vom 12.05.2010 (Az. 2 StR 171/10) mit der Problematik der Rückwirkung von § 66 b StGB n.F. auf Sachverhalte, die vor seiner Einführung durch Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. Juli 2004 liegen, nicht ausdrücklich auseinandersetzt und auch keinen Bezug auf die oben genannte Entscheidung des EGMR nimmt."

- **OLG Frankfurt, Beschluss vom 1. Juli 2010 - 3 Ws 418/10 -**

Dieser weitere Fall, der am selben Tag vom selben Senat entschieden wurde, betraf einen Verurteilten, der sich aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung im Vollzug der nachträglichen Sicherungsverwahrung befand, jedoch unter Hinweis auf das EGMR-Urteil seine Entlassung beantragt hatte. Das Gericht lehnte dies ab und begründet dies wie folgt:

"10

Ob diese Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gegen den Beschwerdeführer gegen das Rückwirkungsverbot (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK) oder auch das Verbot doppelter Bestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG) verstößt, ist eine Rechtsfrage, deren Bewertung dem Erkenntnisverfahren vorbehalten ist und die im Vollstreckungsverfahren nicht abweichend vom erkennenden Gericht beurteilt werden kann. Ansonsten würde der Senat in unzulässiger Weise in die mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtskraft des vom Bundesgerichtshof im Revisionsverfahren bestätigten landgerichtlichen Urteils eingreifen. Ein solcher Eingriff in die Rechtskraft ist den Gerichten im Strafvollstreckungsverfahren verwehrt. Eine auf einer fehlerhaften Rechtsauffassung beruhende Entscheidung kann im Vollstreckungsverfahren nicht korrigiert werden, selbst wenn sie 'noch so falsch' ist (vgl. dazu den in dieser Sache ergangenen Senatsbeschluss vom 14. September 2005 – 3 Ws 774/05, Bd. IV VH Bl. 742 ff.; st. Rspr. OLG Frankfurt NStZ 2003, 222; OLG Frankfurt, Beschluss vom 16. Juni 2006 – 3 Ws 585/06 und dazu BVerfG NStZ-RR 2007, 29; BVerfG, Beschluss vom 28. Dezember 1994 – 2 BvR 1914/92 und 2105/93 jeweils m.N.).

11

Auch Verstöße gegen die MRK müssen im Instanzenzug des Erkenntnisverfahrens korrigiert werden. Dies schließt nicht aus, dass Strafurteile trotz einer Verletzung der Konvention rechtskräftig werden. Das hat der Gesetzgeber erkannt und für derartige Fälle mit § 359 Nr. 6 StPO einen besonderen Wiederaufnahmegrund geschaffen (BT-Drucks 13/10333 S. 4; Schmidt in KK-StPO 6. Aufl. § 359 Rn. 39 f.; Meyer-Goßner 52. Aufl. § 359 Rn. 52). Hieraus kann nicht gefolgert werden, dass der Konventionsverstoß durch die Vollstreckungsgerichte über Anträge nach § 67d Abs. 2 StGB behoben werden könne (so aber offenbar Kinzig NSTZ 2010, 233, 239). Wie ausgeführt, ist eine Durchbrechung der Rechtskraft im Vollstreckungsverfahren unzulässig. Der dafür im Falle eines Konventionsverstoßes vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Rechtsbehelf ist die Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 6 StPO. Eines solchen Wiederaufnahmegrundes hätte es nicht bedurft, wenn die Vollstreckungsgerichte im Falle [eines] Konventionsverstoßes korrigierend in die Rechtskraft eingreifen könnten. Davon ist der Gesetzgeber ersichtlich nicht ausgegangen. Diese gesetzliche Wertung haben die Vollstreckungsgerichte zu beachten. Sie sind keine extraordinären Wiederaufnahmegerichte und dürfen keine Rechtsfehler korrigieren, die nur im Wege der Wiederaufnahme geltend gemacht können (vgl. OLG Frankfurt NSTZ-RR 2008, 324), zumal dann, wenn - wie hier - der Gesetzgeber einen besonderen Wiederaufnahmegrund vorgesehen hat.

12

Soweit der Senat in seinen Beschlüssen vom 24. Juni 2010 (3 Ws 485/10) und vom heutigen Tage (3 Ws 539/10) die Rechtsprechung des EGMR zum Charakter der Sicherungsverwahrung als Strafe berücksichtigt hat, handelte es sich jeweils um eine andere Verfahrenslage, bei der der Senat in die Rechtskraft der früheren Urteile gerade nicht eingreifen musste. Dort beruhte der (weitere) Vollzug der Sicherungsverwahrung gegen die jeweiligen Beschwerdeführer über die Höchstfrist von zehn Jahren hinaus nicht (mehr) auf dem im Erkenntnisverfahren ergangenen rechtskräftigen Urteil, weil der Gesetzgeber die zur Tatzeit und bei Urteilserlass geltende Höchstfrist für den erstmaligen Vollzug der Sicherungsverwahrung (§ 67d Abs. 1 StGB a.F.) nachträglich hatte entfallen lassen. Demgegenüber wird gegen Beschwerdeführer die nachträgliche Sicherungsverwahrung aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Landgerichts vollstreckt. Hiergegen ist nur die Wiederaufnahme möglich."

- OLG Nürnberg, Beschluss vom 7. Juli 2010 - 1 Ws 342/10 -

Auch von dieser Entscheidung des OLG Nürnberg ist nur der Leitsatz in juris veröffentlicht. Er lautet:

"Da die Auslegung der Art. 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 EMRK durch den EGMR in der Entscheidung vom 17.12.2009 den Regelungen der §§ 67d, 2 Abs. 6 StGB und Art. 2 Abs. 2 GG sowie den tragenden Gründen der mit Gesetzeskraft versehenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 109, 133 widerspricht und eine Konkordanz im Wege zulässiger Auslegung nicht hergestellt werden kann, steht der Inhalt dieser Entscheidung einer Anordnung der Fortdauer des Vollzugs der Sicherungsverwahrung mangels Bindungswirkung nicht entgegen (Fortführung Senatsbeschluss vom 24. Juni 2010, 1 Ws 315/10)."

- OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. Juli 2010 - 2 Ws 458/09 -

Das OLG Karlsruhe gibt der völkerrechtskonformen Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB den Vorrang vor der historischen Interpretation. U.a. führt der 2. Strafsenat aus:

"6

Damit scheidet vorliegend eine konventionskonforme Auslegung der eindeutigen Regelung des § 67d Abs. 3 StGB, wonach die Sicherungsverwahrung bis zur ihrer Erledigung dauert, die nach dieser Vorschrift erst ausgesprochen werden darf, wenn die in der Tat zum Ausdruck gekommene Gefährlichkeit nicht mehr besteht, aus. Dagegen ist die Vorschrift des § 2 Abs. 6 StGB, wonach - soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist - über Maßregeln der Sicherung und Besserung nach dem Gesetz zu entscheiden ist, das zum Zeitpunkt der Entscheidung gilt, einer Auslegung zugänglich. Denn Art. 7 EMRK ist als andere gesetzliche Regelung im Sinne dieser Vorschrift zu werten, die in ihrer Auslegung durch den Gerichtshof als Ausnahme vom

Grundsatz des § 2 Abs. 6 StGB, bei Entscheidungen über Maßregeln das Gesetz anzuwenden, das zum Zeitpunkt der Entscheidung gilt, für die Sicherungsverwahrung ein Rückwirkungsverbot begründet (BGH, 4 StR 577/09, Beschluss vom 12.5.2010, bei JURIS; OLG Frankfurt, 3 Ws 485/10, Beschluss vom 24.6.2010, bei JURIS; OLG Hamm, 4 Ws 157/10, Beschluss vom 6.7.2010, S. 6 ff.; Rechtsgutachten Prof. Grabenwarter, S. 40 ff.). Diese Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB ist mit dem Wortlaut der Vorschrift ohne weiteres zu vereinbaren. Soweit das Oberlandesgericht Koblenz (1 Ws 108/10; Beschluss vom 7.6.2010, bei JURIS) argumentiert, der EGMR sehe in der Sicherungsverwahrung eine Strafe und keine Maßregel, so dass unter Berücksichtigung dieser Auffassung § 2 Abs. 6 StGB nicht einschlägig und folglich auch nicht auszulegen sei, übersieht es - abgesehen davon, dass dann ohne weiteres das Rückwirkungsverbot des § 2 Abs. 1 StGB eingriffe -, dass der Gerichtshof den Begriff der Strafe in Art. 7 EMRK autonom, d.h. unabhängig von seiner Bedeutung im nationalen Recht, auslegt (vgl. Nr. 120 der Entscheidung), so dass die Definition der Sicherungsverwahrung als Maßregel in § 61 Nr. 3 StGB davon unberührt bleibt. Ebenso steht der Zweck der Vorschrift einer solchen Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB nicht entgegen, der Sonderregelungen für bestimmte Maßregeln ermöglichen will, von denen auch die Sicherungsverwahrung nicht ausgenommen werden kann (vgl. Rechtsgutachten Prof. Grabenwarter, S. 43). Allerdings wollte der historische Gesetzgeber § 67d Abs. 3 StGB dezidiert uneingeschränkt rückwirkend in Kraft zu setzen (BT-Drs 13/9062, S. 12; OLG Celle, 2 Ws 169-170/10, Beschluss vom 25.5.2010 bei JURIS; OLG Stuttgart, 1 Ws 57/10, Beschluss vom 1.6.2010, bei JURIS; vgl. auch OLG Koblenz, 1 Ws 108/10, Beschluss vom 7.6.2010, bei JURIS). Die mit dem Gesetz vom 26.1.1998 zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten eingeführte Vorschrift des Art. 1 a EGStGB sah in Abs. 3 gerade für die Vorschrift des § 67d Abs. 3 StGB eine uneingeschränkte Rückwirkung vor. Doch muss die historische Auslegung vorliegend hinter einer völkerrechtskonformen Auslegung zurückstehen, da die Gerichte in Fällen wie dem vorliegenden verpflichtet sind, das nationale Recht möglichst im Einklang mit dem Völkerrecht auszulegen (BVerfG NJW 2004, 3407, 3410). Dies gilt umso mehr, als der historische Gesetzgeber, der sich im Zusammenhang mit dem nachträglichen Entfallen der 10-Jahresfrist ausdrücklich mit dem Rückwirkungsverbot bzw. - weil er dieses bei Maßregeln nicht für anwendbar hielt - dem Vertrauensgrundsatz befasst hat, sich dem Rückwirkungsschutz im Bereich des § 67d Abs. 3 StGB verfassungsrechtlich nicht allzu hoch verpflichtet glaubte, weil es nicht um die Anordnung, sondern nur um die Dauer der Sicherungsverwahrung gehe. Dass der der EMRK in der Auslegung durch den EGMR ebenfalls verpflichtete Gesetzgeber eine menschenrechtswidrige Rückwirkung auch unter Missachtung völkerrechtlicher Vorgaben anordnen wollte, kann dem gerade nicht entnommen werden (so auch OLG Frankfurt, 3 Ws 485/10, Beschluss vom 24.6.2010, bei JURIS). Auch die eindeutige Vorschrift des Art. 1 a EGStGB steht nach ihrer Streichung einer konventionskonformen Auslegung des § 2 Abs. 6 StGB nicht mehr entgegen.

7

Ebenso verbietet die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2.2004 (NJW 2004, 739ff.), dass der rückwirkende Wegfall der Befristung der ersten Sicherungsverwahrung verfassungsrechtlich unbedenklich ist, eine solche Auslegung nicht, da diese Entscheidung nach § 31 BVerfGG nur insoweit bindet, als das Bundesverfassungsgericht die Regelung als verfassungsmäßig angesehen hat. Eine über die grundgesetzlichen Mindestanforderungen hinausgehende einfachgesetzliche Regelung - keine Ausnahme vom Rückwirkungsverbot bei der Maßregel der Sicherungsverwahrung - schließt die verfassungsgerichtliche Entscheidung nicht aus (vgl. auch BGH, 4 StR 577/09, Beschluss vom 12.5.2010, bei JURIS; OLG Frankfurt, 3 Ws 485/10, Beschluss vom 24.6.2010, bei JURIS).

8

Da das Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK absolut gilt, bleibt für eine Abwägung mit dem Schutz der Allgemeinheit im vorliegenden Zusammenhang kein Raum (OLG Frankfurt, 3 Ws 485/10, Beschluss vom 24.6.2010, bei JURIS). Ein sog. mehrpoliges Grundrechtsverhältnis, das einer konventionskonformen Auslegung Grenzen setzen könnte, ist vorliegend nicht gegeben (a.A. OLG Celle, Beschluss vom 25.5.2010, 2 Ws 169 - 170/10 bei JURIS). Hiervon wäre nämlich nur dann auszugehen, wenn bei der vorliegenden Entscheidung die subjektiven Rechtspositionen mehrerer Grundrechtsinhaber in Einklang gebracht werden müssten, von denen nur einer einen günstigen Urteilsspruch des EGMR ins Feld führen könnte, so dass der andere, der vom EGMR nicht gehört wurde, möglicherweise als Verfahrenssubjekt nicht mehr in Erscheinung träte (BVerfG NJW 2004, 3407, 3410). Davon kann hier nicht die Rede sein. Der Schutz der Allgemeinheit ist Aufgabe des Staates, der am Verfahren vor dem EGMR beteiligt war und dort seine Position einbringen konnte (OLG Frankfurt, 3 Ws 485/10, Beschluss vom 24.6.2010, bei JURIS). Ebenso wenig verbietet die Verpflichtung, bei der Umsetzung der

Entscheidungen des EGMR die Auswirkungen auf ausbalancierte Teilsysteme der nationalen Rechtsordnung, die verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen, zu berücksichtigen (BVerfG NJW 2004, 4407, 3410), die Annahme eines Rückwirkungsverbotes. Denn wenn auch der staatliche Schutzauftrag für die Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit eine Einschränkung des Freiheitsgrundrechtes erlaubt, so ist doch nicht ersichtlich, dass die Aufhebung der Zehnjahresfrist zum Schutze der Grundrechte potentieller Opfer (vgl. BGH NJW 2010, 1539 f.; OLG Celle, Beschluss vom 25.5.2010, 2 Ws 169 - 170/10 bei JURIS) verfassungsrechtlich geboten war (BVerfG, Entscheidung vom 5.2.2004 - NJW 2004, 739ff. -, Rn 189, zitiert nach JURIS; vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 1.6.2010, 1 Ws 57/10, bei JURIS)."

3. Reaktion des Gesetzgebers

Angesichts der divergierenden Entscheidungen der Oberlandesgerichte hat der Bundesgesetzgeber einen vom Bundesrat eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des § 33 des Gerichtsverfassungsgesetzes (BR-Drs. 94/10(B)) zur Einführung einer Divergenzvorlage in Fragen der Sicherungsverwahrung genutzt. Die Ergänzung des Gesetzentwurfs beruht auf der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 30. Juni 2010 (BT-Drs. 17/2350). Der Entwurf ist als Viertes Gesetz zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 24. Juli 2010 am 29. Juli 2010 im Bundesgesetzblatt verkündet worden (BGBl. I S. 976). Die Bundesjustizministerin hat hierzu am Tag der Verkündung folgende Presseerklärung veröffentlicht:⁵¹

"Die morgen in Kraft tretende Rechtsänderung schafft mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im rechtspolitisch sensiblen Bereich der Sicherungsverwahrung.

An dem Urteil des EGMR kann nichts mehr geändert werden - die deutschen Gerichte müssen es beachten und umsetzen. Ich habe sehr zügig eine Gesetzesänderung auf den Weg gebracht, die durch eine Vorlagepflicht an den Bundesgerichtshof für eine einheitliche Rechtsprechung und damit auch Rechtspraxis sorgt. Nach dem Urteil des EGMR müssen die zuständigen Gerichte in jedem Einzelfall prüfen, ob ein Straftäter aus der Sicherungsverwahrung entlassen werden muss oder nicht. Bislang gibt es dazu einige sehr unterschiedliche Entscheidungen, die auf unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Gerichte beruhen - es kommt zu Entlassungen von Straftätern, es werden aber auch Anträge auf Entlassung abgelehnt. Gerade bei solchen Fragen ist eine einheitliche Linie in der Rechtsprechung besonders wichtig. Deshalb habe ich durchgesetzt, dass Fälle, in denen ein Gericht von der Rechtsauffassung eines anderen Gerichts abweichen will, dem Bundesgerichtshof vorgelegt werden müssen, der dann über die Frage der Sicherungsverwahrung verbindlich entscheidet. Ich freue mich, dass sich auch alle verantwortlichen Landesjustizminister für diese Neuregelung ausgesprochen haben.

Zum Hintergrund:

Mit der so genannten Divergenzvorlage sollen vor allem die Fälle rasch geklärt werden, in denen die zuständigen Gerichte das EGMR-Urteil vom 17. Dezember 2009 berücksichtigen müssen. Der EGMR hat festgestellt, dass die rückwirkende Verlängerung einer zunächst auf zehn Jahre begrenzten Sicherungsverwahrung auf unbestimmte Zeit gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstößt. Unter den Oberlandesgerichten hat sich eine uneinheitliche Linie hinsichtlich der Rechtsfrage abgezeichnet, ob das Urteil des EGMR zwingend berücksichtigt werden muss. Künftig muss ein OLG, das in dieser Frage von einer anderen OLG -Entscheidung, die nach dem 1. Januar 2010 (Stichtag) ergangen ist, abweichen will, die Sache dem Bundesgerichtshof vorlegen. In der Praxis bedeutet dies, dass der erste Fall, mit dem ein OLG nach Inkrafttreten der Regel befasst ist, vom Bundesgerichtshof verbindlich entschieden wird. Ziel ist es, eine unterschiedliche Rechtspraxis bei gleichgelagerten Fällen zu vermeiden."

51

www.bmj.bund.de/enid/f6793c4ef4be02e21a7a825b433a621e,f73714706d635f6964092d0937313235093a0979656172092d0932303130093a096d6f6e7468092d093037093a095f7472636964092d0937313235/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html

Anlage 2

zum Bericht der länderoffenen Arbeitsgruppe der Innenministerkonferenz „Nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung“

Rechtsvergleich der europäischen Regelungen zum Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen Straftätern

I. Übersicht

Der vorliegende Rechtsvergleich beschränkt sich auf insgesamt **19 Staaten**¹ (18 Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie die Schweiz). Grundlage der Darstellung sind die Antworten der Staaten auf eine aktuelle Umfrage des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags zum Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Straftätern. Von den Parlamenten Österreichs und der Schweiz liegen keine Antworten vor, so dass der Rechtsvergleich auf den im Internet verfügbaren Quellen basiert.

Insgesamt **9 Staaten** (Frankreich, Schweiz, Belgien, Österreich, Dänemark, Italien, England und Wales, Slowakei und Estland) kennen eine mit dem deutschen Recht vergleichbare „Sicherungsverwahrung“ (England und Wales: als präventiver Teil der Strafe, Frankreich: nur bei speziell bei Tätern mit Persönlichkeitsstörung). In einigen Staaten (Österreich, teilweise in der Schweiz und den Niederlanden) werden Sexualstraftäter (auch) aufgrund der Regelung für psychisch gestörte kranke bzw. „abnorme“ Täter in spezielle Kliniken eingewiesen.

In den Staaten, die keine Unterbringungsmöglichkeiten für gefährliche rückfallgefährdete Straftäter kennen, wird der Schutz der Bevölkerung zum Teil über längere Freiheitsstrafen (insb. Portugal und Polen), eine ins Ermessen des Gerichts gestellte lebenslange Freiheitsstrafe (Irland) oder durch die Führungsaufsicht (Lettland, Spanien – Einführung der Führungsaufsicht ist geplant) sichergestellt. In einigen Staaten wird nur auf die vorzeitige Entlassung aus der Strafhaft (z.B. Finnland) verzichtet.

Festzustellen ist, dass in vielen Staaten das **Bedürfnis der Gesellschaft nach Schutz vor gefährlichen Tätern wächst**, so dass

- die Anzahl der auf Grund ihrer Gefährlichkeit Verwahrten steigt (England und Wales, Schweiz², Österreich b),
- Staaten das Institut der Sicherungsverwahrung neu (Estland, Frankreich) eingeführt haben oder die Möglichkeit der Einführung (Lettland) diskutieren,
- die Regelungen zur Sicherungsverwahrung (Schweiz) und der Führungsaufsicht (Frankreich, Estland, Spanien - hier ist die Einführung der Führungsaufsicht geplant) verschärft werden und
- untersucht wird, wie über das Sanktionsrecht dieser Schutz gewährleistet werden kann (Schweden).

¹ Frankreich, Schweiz, Belgien, Österreich, Dänemark, Italien, England und Wales, Slowakei, Estland, die Niederlande, Schweden, Spanien, Portugal, Ungarn, Litauen, Tschechei, Finnland, Lettland, Irland.

² Artikel „Wachsende Zahl von Verwahrungen“ in Neuer Züricher Zeitung vom 2.11.2007, zu finden unter: http://www.krim.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/isk/content/e2464/e2469/files2471/nzz2nov2007s15_ger.pdf.

Nachfolgend werden die Regelungen der Staaten unterschiedlich umfassend dargestellt. Vor allem der öffentliche Diskurs und die Neuregelungen in Frankreich und der Schweiz sowie die Reformen des Vollzugs in Belgien erscheinen von besonderem Interesse. Aus diesem Grund erfolgt eine ausführlichere Darstellung.

II. Staaten mit „Sicherungsverwahrung“

1. Frankreich³

a. Regelungen

Das Instrument der Sicherungsverwahrung (*réétention de sûreté*) ist im französischen Recht im Jahr 2008 eingeführt worden (Gesetz Nr. 2008-174 vom 25. Februar 2008, *loi relative à la réétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*). Mit dieser Maßnahme kann das Gericht bei Straftätern eine weitere Unterbringung für die Zeit nach der Haftstrafe anordnen, sofern eine sehr hohe Rückfallgefahr aufgrund einer Persönlichkeitsstörung besteht, der Täter zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 15 Jahren verurteilt wurde und diese Verurteilung auf ein Verbrechen wie Mord, besonders schwerer Fall von Totschlag, Vergewaltigung, Folter oder Barbarei folgte. Eine weitere Voraussetzung für die Anordnung ist, dass der Täter in der Vergangenheit einen adäquaten Zugang zu Therapiemaßnahmen hatte.

b. Anordnungszeitpunkt und Dauer

Bereits bei Verkündung der Verurteilung zur Freiheitsstrafe muss das Gericht die Möglichkeit einer sich an die Haft anschließenden Sicherungsverwahrung ausdrücklich vorbehalten (Art. 706-53-13 Abs. 3 der französischen Strafprozessordnung). Angeordnet wird sie mindestens drei Monate vor dem vorgesehenen Ende der Freiheitsstrafe durch das für die Sicherungsverwahrung regional zuständige Gericht. Die Gefährlichkeit des Täters wird ein Jahr vor der geplanten Freilassung durch einen sechswöchigen Aufenthalt in einem Überwachungszentrum durch einen interdisziplinären Ausschuss festgestellt. Diese Feststellung hat für das Gericht jedoch nur einen empfehlenden Charakter. Die Sicherungsverwahrung wird sodann für eine maximale Dauer von einem Jahr angeordnet. Ohne Obergrenze besteht jedoch die Möglichkeit, die Maßnahme jährlich zu verlängern (Art. 706-53-15 der französischen Strafprozessordnung).

Die ursprüngliche Regelung der Sicherungsverwahrung sah eine rückwirkende Anwendungsmöglichkeit der als zusätzliche Sicherungsmaßnahme und nicht als Strafe ausgestalteten Unterbringung vor. Das französische Verfassungsgericht verpflichtete den Gesetzgeber jedoch, die Sicherungsverwahrung nicht rückwirkend auf vor In-Kraft-Treten des Gesetzes verurteilte Straftäter anzuwenden⁴. Praktische Anwendung findet die Sicherungsverwahrung daher erst ab dem Jahr 2023.

c. Ausgestaltung

Während der Sicherungsverwahrung sind die Betroffenen in einem Sicherungszentrum (*centre socio-médico-judiciaire de sûreté*) untergebracht

³ Quellen: Antwort der französischen Nationalversammlung vom 26. April 2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421; Bericht der französischen Nationalversammlung zum Gesetzentwurf über Rückfalltäter, abrufbar unter: www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl1237.asp, Artikel zum Gesetz über Rückfalltäter in der Zeitung le monde abrufbar unter: http://www.lemonde.fr/web/imprimer_element/0,40-0@2-823448,50-1311403,0.html.

⁴ Entscheidung vom 21. Februar 2008, Nr. 562, abrufbar unter www.conseil-constitutionnel.fr.

(Art. 706-53-13 Abs. 4 der französischen Strafprozessordnung). Mit dem Ziel der Entlassung erhalten sie dort ständig medizinische, soziale und psychologische Betreuung.

d. Reformen

Täter, die zwar weiterhin als gefährlich für die Allgemeinheit eingeschätzt werden, jedoch nicht in den Anwendungsbereich der Sicherungsverwahrung fallen (z.B. da sie bereits vor In-Kraft-Treten der Unterbringungsregelung verurteilt wurden), unterliegen den weit reichenden begleitenden Sicherungsmaßnahmen (*mesures de sûreté*). Nach der negativen Entscheidung des französischen Verfassungsgerichts zur rückwirkenden Anwendbarkeit der Sicherungsverwahrung wurde in der französischen Öffentlichkeit eine ähnlich lebhaft Debatten geführt, wie sie derzeit in Deutschland nach dem Urteil des EGMR zur nachträglich verlängerten Sicherungsverwahrung stattfindet. Nach umfassender Prüfung möglicher Maßnahmen zum Schließen der Regelungslücke entschied sich der französische Gesetzgeber für eine Verschärfung der Sicherungsmaßnahmen zum 10.03.2010⁵. Folgende begleitende Sicherungsmaßnahmen (*mesures de sûreté*) bestehen unter Berücksichtigung der Neuregelungen im französischen Recht zur Vorbeugung eines Rückfalls von gefährlichen Tätern, die nicht in den Anwendungsbereich der Sicherungsverwahrung fallen:

aa. Maßnahme der „sozialen und gerichtlichen Betreuung“

Mit der Maßnahme der „sozialen und gerichtlichen Betreuung“ (*suivi socio-judiciaire*, Art. 131-36-1 ff. der französischen Strafprozessordnung) können Täter sexuell und pornographisch motivierter Straftaten bis zu 30 Jahre nach Haftende überwacht, betreut und behandelt werden. Auch der Einsatz einer elektronischen Fußfessel ist zulässig.

bb. Die „gerichtliche Überwachung“

Die „gerichtliche Überwachung“ (*surveillance judiciaire*, Art. 723-29 ff. der französischen Strafprozessordnung) ermöglicht bei zu schweren Delikten Verurteilten mit erhöhter Rückfallgefahr in der Bewährungszeit ein weites Maßnahmenbündel, wie Ausreisesperre, regelmäßige Meldepflicht, örtliche Aufenthaltsverbote, Verbote der Ausübung gewisser mit der Tat zusammenhängender Berufe etc., (Art. 132-44 f. der französischen Strafprozessordnung).

cc. Die Maßnahme der Führungsaufsicht

Sofern nach Ende der Sicherungsverwahrung oder der gerichtlichen Überwachung weiterhin eine Rückfallgefahr besteht, kann dieser mit dem Institut der Führungsaufsicht (*surveillance de sûreté*) begegnet werden (Art. 706-53-19 und 723-37 der französischen Strafprozessordnung). Die Führungsaufsicht kann jeweils für zwei Jahre angeordnet und ohne zeitliche Gesamobergrenze verlängert werden. In diesem Regime betreut ein Sozialarbeiter den Täter. Weitere Kontrollmaßnahmen, wie medizinische Behandlung (triebhemmende Medikation), elektronische Fußfessel, Aufenthalts- und Kontaktverbote, können angeordnet werden. Sofern auf Grund der Missachtung von Weisungen der Führungsaufsicht auf eine aktuelle besondere Gefährlichkeit des Überwachten wegen sehr hoher Rückfallgefahr hinsichtlich der Katalogtaten aus Art. 706-53-13 der französischen Strafprozessordnung geschlossen wird, kann dies eine erneute Unterbringung nach sich ziehen.

⁵ Gesetz Nr. 2010-242 vom 10. März 2010 gegen Rückfalltäter (*Loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale*).

2. Schweiz⁶

a. Regelungen

In den letzten Jahren wurden die Regelungen zu den therapeutischen Maßnahmen und der Verwahrung von rückfallgefährdeten Tätern grundlegend überarbeitet. Seit der Gesetzesänderung existieren zwei verschiedene Formen der Sicherungsverwahrung: die sog. ordentliche Verwahrung (Art. 64 Abs. 1 des schweizerischen StGB - schwStGB) und die sog. lebenslange Verwahrung für extrem gefährliche Gewalt- und Sexualverbrecher (Art. 64 Abs. 1bis 1b schwStGB). Statt der Verwahrung kann das Gericht im Falle der Behandlungsmöglichkeit eines psychisch schwer gestörten Täters stationäre therapeutische Maßnahmen (Art. 59 schwStGB) anordnen.

aa. Die ordentliche Verwahrung

Nach einer Gesetzesänderung, die Anfang Januar 2007 in Kraft trat, können bereits Ersttäter in Verwahrung (Art. 64 schwStGB) genommen werden. Art. 43 Art. 64 Abs. 1 schwStGB beinhaltet einen Katalog von Straftaten, bei deren Begehung eine Verwahrung des rückfallgefährdeten Täters in Betracht kommt. Der Katalog ist nicht abschließend, neben den aufgezählten Delikten kann Anlasstat für eine Verwahrung jedes Verbrechen sein, das mit einer Höchststrafe von mindestens 5 Jahren bedroht ist. Eine Verwahrung wird im Gegensatz zu den Regeln der Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht auch bei psychisch gestörten Tätern angeordnet, soweit eine stationäre therapeutische Maßnahme (Art. 59 schwStGB) nicht Erfolg versprechend ist.

bb. Die lebenslange Verwahrung für extrem gefährliche Gewalt- und Sexualverbrecher

Neben der ordentlichen Verwahrung existieren Sonderregelungen für die Verwahrung von extrem gefährlichen Gewalt- und Sexualverbrechern (Art. 64 Abs.1 schwStGB). Diese Form der Verwahrung wurde 2004 durch eine Volksabstimmung in die Bundesverfassung der Schweiz neu eingeführt (Art. 123a BV) und 2008 in die Vorschriften des schwStGB integriert. Voraussetzung ist, dass ein Täter als dauerhaft nicht therapierbar eingestuft wird, die Anlasstat ein in Art. 64 Abs. 1bis schwStGB aufgeführtes besonders schweres Delikt (z.B. vorsätzliche Tötung, Vergewaltigung, sexuelle Nötigung etc.) ist und eine sehr hohe Rückfallwahrscheinlichkeit besteht.

cc. Die stationäre therapeutische Maßnahme

Eine stationäre therapeutische Maßnahme kann bei einem psychisch schwer gestörten, rückfallgefährdeten Täter, der ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, angeordnet werden, falls er als behandlungsfähig angesehen wird. Die Behandlung erfolgt in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder einer Maßnahmevollzugseinrichtung, die getrennt vom Strafvollzug zu führen sind, und beträgt in der Regel höchstens fünf Jahre. Das Gericht kann die Freiheitsentziehung um jeweils höchstens fünf Jahre verlängern. Eine absolute Obergrenze existiert nicht. Erscheint die Durch- oder Fortführung der Maßnahme als aussichtslos, ist sie jedoch aufzuheben. Bei einer Anlasstat im Sinne des § 64 Abs. 1 schwStGB und einer

⁶ 05.081 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 (Umsetzung von Artikel 123a der Bundesverfassung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter) vom 23. November 2005, S. 889, 904ff, unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/889.pdf>; 05.060 Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003 vom 29. Juni 2005, S. 4689, 4713ff, unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/4689.pdf>.

ernsthaft zu erwartenden Rückfallgefahr des Täters kann das Gericht nach Aufhebung der therapeutischen Maßnahme die Verwahrung anordnen.

b. Anordnungszeitpunkt und Dauer

Grundsätzlich sind die Maßregeln zugleich mit der Freiheitsstrafe durch das erkennende Gericht auszusprechen. Nach Art. 65 Abs. 1 StGB kann ein Gericht eine stationäre therapeutische Maßnahme jedoch auch nachträglich anordnen, falls vor oder während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe oder einer Verwahrung die Voraussetzungen für die Maßnahme eingetreten sind.

Der umstrittene Art. 65 Abs. 2 schwStGB sieht zudem die Möglichkeit der Anordnung einer nachträglichen ordentlichen Verwahrung vor. Voraussetzung ist, dass sich während des Vollzugs der Freiheitsstrafe neue Tatsachen und Beweise ergeben, nach denen die Anordnung der Verwahrung möglich ist. Die Voraussetzung der Verwahrung muss bereits bei der Verurteilung bestanden haben, ohne dass das erkennende Gericht hiervon Kenntnis besaß. Die nachträgliche Anordnung der Verwahrung ist auch gegenüber Tätern, die vor Inkrafttreten des revidierten StGB straffällig wurden, zulässig, falls eine Verwahrung der Täter im Zeitpunkt der Tatbegehung nach den alten Regelungen möglich gewesen wäre.

Die beiden Formen der Verwahrung nach Art. 64 schwStGB werden unbefristet angeordnet.

c. Ausgestaltung der verschiedenen Maßregeln

Die Verwahrung wird entweder in einer Maßnahmevollzugseinrichtung oder in einer Strafanstalt vollzogen. Der Täter wird während der Verwahrung psychisch betreut, falls dies notwendig ist.

aa. Die ordentliche Verwahrung

Nach § 64b schwStGB wird regelmäßig geprüft, ob und wann der Täter bedingt entlassen werden kann (Prüfung erfolgt mindestens einmal jährlich) und ob die Voraussetzungen für eine stationäre Behandlung zwischenzeitlich eingetreten sind (Prüfung erfolgt mindestens alle zwei Jahre). Eine Umwandlung der Sicherungsverwahrung in eine stationäre therapeutische Maßnahme ist bei eingetretener Behandlungsmöglichkeit von psychisch gestörten Tätern möglich (Art. 65 Abs. 1 schwStGB). Ist zu erwarten, dass der Täter sich in Freiheit bewährt, ist dieser bedingt zu entlassen (Art. 64a schwStGB). Die Probezeit, während der Bewährungshilfe und Weisungen angeordnet werden können, beträgt ein bis fünf Jahre. Das Gericht kann die Probezeit jedoch so oft verlängern, wie es nötig erscheint, um weitere Straftaten im Sinne des § 64 Abs. 1 schwStGB zu verhindern (§ 64a schwStGB). Ist auf Grund des Verhaltens des bedingt Entlassenen während der Probezeit ernsthaft zu erwarten, dass er weitere Straftaten im Sinne von Artikel 64 Abs. 1 schwStGB begehen könnte, ordnet das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde die Rückversetzung an.

bb. Die sog. lebenslange Verwahrung für extrem gefährliche Gewalt- und Sexualverbrecher

Im Gegensatz zur ordentlichen Verwahrung dürfen nach Art. 123a der Bundesverfassung neue Gutachten über einen lebenslänglich verwahrten Täter erst erstellt werden, wenn durch neue wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen wird, dass dieser geheilt werden kann und infolgedessen keine Gefahr für die Öffentlichkeit mehr darstellt. Gegen diese strenge Regelung werden Bedenken

hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 5 EGMR geäußert⁷. Durch die erfolgte Umsetzung des Art. 123a der Bundesverfassung in Art. 64c schwStGB soll diesen Bedenken soweit wie möglich begegnet werden. Art. 64c schwStGB sieht eine bedingte Entlassung des Täters aus der lebenslänglichen Verwahrung auch dann vor, wenn dieser infolge Alters, schwerer Krankheit oder aus einem anderen Grund keine Gefahr für die Öffentlichkeit mehr darstellt. Da „ein anderer Grund“ zu einer bedingten Entlassung führen kann, ist eine Überprüfung der weiterhin gegebenen Verwahrungsvoraussetzungen auch zulässig, wenn die wissenschaftlichen Erkenntnisse darauf schließen lassen, dass die Ungefährlichkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits eingetreten und eine Behandlung des Täters unnötig ist⁸.

cc. Kritik an den neu eingeführten Regelungen⁹

Die sog. lebenslange Verwahrung wurde durch eine Volksabstimmung in das Schweizer Recht eingeführt. Hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Verwahrungsmöglichkeit mit der EMRK wurden vor der Abstimmung und während des Ausführungsgesetzgebungsverfahrens erhebliche Bedenken geäußert, so dass sich die Rechtskommission der Bundesversammlung gegen eine Umsetzung des neuen Verfassungsartikels in das Strafgesetzbuch aussprach. Es wurde vor allem kritisiert, dass die eingeschränkte Überprüfbarkeit und die Ausgestaltung des Überprüfungsverfahrens nicht den Anforderungen des Art. 5 Abs. 4 EMRK genüge. Ob die Richterinnen und Richter von dem neuen Instrument bereits Gebrauch gemacht haben, konnte nicht in Erfahrung gebracht werden. Da gefährliche Straftäter bereits nach der ordentlichen Verwahrung über ihre reguläre Strafe hinaus unbefristet verwahrt werden können, ist ein Rückgriff auf das neue Institut nicht zwingend erforderlich.

Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde zudem die fehlende Vereinbarkeit der nachträglichen ordentlichen Verwahrung und deren rückwirkende Anordnungsmöglichkeit mit der EMRK kritisiert, da es zum einen an dem nach Art. 5 Abs. 1 lit a EMRK notwendigen kausalen Zusammenhang zwischen der ursprünglichen Verurteilung und der Anordnung der nachträglichen Verwahrung fehlen würde. Zum anderen widerspräche die Rückwirkung des Art. 65 Abs. 2 schwStGB auf Straftäter, die vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung straffällig wurden, dem Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“.

Gegen diese massiven Bedenken hat sich der Gesetzgeber zum Schutz der Öffentlichkeit hinweggesetzt. In der Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches wird zwar einerseits festgestellt, dass alle angehörten Experten sich gegen die Einführung einer nachträglichen Verwahrung äußerten, die Strafpraktiker und ein Teil der Kantone aber andererseits an der geplanten Gesetzesbestimmung festhielten, da sich in den Strafanstalten gefährliche Straftäter befänden, die in absehbarer Zeit nach der Verbüßung ihrer Strafe entlassen werden müssten, obwohl vorauszusehen sei, dass sie nach der Entlassung schwere Gewalt- oder Sexualdelikte begehen würden. Mit Blick auf diese beharrlichen Warnungen der Vollzugspraktiker vor

⁷ 05.081 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 (Umsetzung von Artikel 123a der Bundesverfassung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter) vom 23. November 2005, S. 889, 904ff.

⁸ 05.081, S. 908.

⁹ Siehe Kunz, Baechtold, Kiener u.a. in Universität Bern zum Vorentwurf der Arbeitsgruppe „Verwahrung“ vom 13.12.2004 unter:

http://www.krim.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/isk/content/e2464/e2469/files2473/VermehmlassungUni_ger.pdf; Kunz in

Lebenslängliche Verwahrung Ausführbestimmungen unter

http://www.krim.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/isk/content/e2464/e2469/files2472/LebVerwAusfuhrbestimmungen_ger.pdf;

Stratenwerth, „Weit übersteigerte Sicherheitsbedürfnisse“ in Neue Zürcher Zeitung vom 02.02.2005, zu finden unter:

http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/050203_nzz_verwahrung.pdf.

schweren Rückfällen gefährlicher Gewalt- und Sexualstraftäter, wurde an der Einführung des Instituts der nachträglichen ordentlichen Verwahrung festgehalten¹⁰.

3. Belgien¹¹

a. Regelungen

Die Artikel 22 bis 26 des Gesetzes zum Schutz der Gesellschaft (*loi de défense sociale*) enthalten besondere Regelungen (*mise à la disposition du gouvernement* = der Regierung zur Verfügung stellen) für rückfallgefährdete Täter und Hangtäter sowie bei Begehung bestimmter Sexualdelikte.

b. Anordnungszeitpunkt und Dauer

Eine zusätzliche Strafe wird zeitgleich mit der Freiheitsstrafe für eine gesetzlich bestimmte Dauer von zwanzig, zehn oder fünf Jahren verhängt. Vor Antritt oder während des Vollzugs der zusätzlichen Strafe kann der zuständige Minister die Maßnahme aussetzen.

c. Ausgestaltung

Die Justiz entscheidet, ob die Täter während der angeordneten Dauer in speziell bestimmte Einrichtungen zwangseingewiesen, in den offenen Vollzug überführt, in Freiheit entlassen und unter Vormundschaft gestellt (*régime de liberté de tutelle*) oder auf Bewährung freigelassen werden.

d. Abgrenzung zu sonstigen Unterbringungsgesetzen

Eine Unterbringungsmöglichkeit durch Entscheidung des Justizministers besteht auch, sofern während der Verbüßung der Haft Zustände von Demenz, psychischer Störung oder Geisteskrankheit festgestellt werden.

e. Geplante Reformen

Die bisherigen Regelungen sollen durch das System der *mise à la disposition du tribunal* (dem Gericht zur Verfügung stellen) ersetzt werden. Danach kann das Gericht zum Schutz der Allgemeinheit eine zusätzliche Strafe bei schweren Delikten gegen die körperliche Unversehrtheit verhängen. Die Zusatzstrafe beträgt mindestens fünf und maximal fünfzehn Jahre. Die Vollzugsmodalitäten für Freiheitsstrafen finden auf die Zusatzstrafe Anwendung.

Zudem schafft das Gesetz zur Unterbringung von psychisch Kranken vom 21. April 2007 (*loi relative à l'internement de personnes atteintes d'un trouble mental*) die Möglichkeit, auf psychische Störungen, die während der Haft durch einen Psychiater festgestellt werden und eine Rückfallgefahr begründen, mit einer weiteren Unterbringung durch Gerichtsentscheidung zu reagieren. Aufgrund der umfassenden Reformen, die das Gesetz nach sich zieht, ist das In-Kraft-Treten der Neuregelung auf den 1. Februar 2012 verschoben worden. Insbesondere die Schaffung von Unterbringungsplätzen in Einrichtungen zum Schutz der Allgemeinheit (= *établissements de défense sociale*), getrennt von den psychiatrischen Abteilungen der regulären Strafvollzugseinrichtungen, verursachte Verzögerungen.

4. Österreich¹²

¹⁰ Siehe Darstellung in 05.060 Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003 vom 29. Juni 2005, S. 4689, 4713ff.

¹¹ Quelle: Antwort des föderalen Belgischen Parlaments vom 28. April 2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421; Rapport d'information du Sénat français, Nr. 434, abrufbar unter <http://www.senat.fr/rap/r09-434/r09-4341.pdf>, S. 60 ff.

a. Regelungen

Gefährliche Rückfalltäter können gem. § 23 des österreichischen StGB im Rahmen des Maßnahmenvollzuges untergebracht werden. Daneben kennt das österreichische Strafgesetzbuch zwei weitere Arten des Maßnahmenvollzugs: die Unterbringung in einer „Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher“ (§ 22 des österreichischen StGB) sowie die Unterbringung in einer „Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher“ (§ 21 des österreichischen StGB).

b. Anordnungszeitpunkt und Dauer

Die Anordnung der Unterbringung bei gefährlichen Rückfalltätern erfolgt zugleich mit der Urteilsverkündung. Die Unterbringung im Maßnahmenvollzug ist zeitlich auf zehn Jahre begrenzt.

c. Ausgestaltung

Sind die Täter auch nach der Strafhaft noch gefährlich und rückfallgefährdet, werden diese in einer Anstalt für gefährliche Rückfalltäter (Justizanstalt Sonnberg) untergebracht. Mindestens einmal jährlich hat das Gericht zu prüfen, ob eine weitere Unterbringung des Häftlings erforderlich ist.

d. Besonderheiten in der Praxis

Seit mehreren Jahren macht die Rechtspraxis kaum Gebrauch von dem Maßnahmenvollzug für gefährliche Rückfalltäter, z.B. war im Jahr 2005 nur noch ein Täter nach diesem Regime untergebracht. Die Hangtäter und Täter, von denen eine erhöhte Gefahr für die Allgemeinheit ausgeht, werden nach aktueller österreichischer Rechtspraxis auf unbestimmte Zeit in eine Anstalt für „geistig abnorme Rechtsbrecher“ eingewiesen (§ 21 österreichisches StGB, häufig gem. Abs. 2 als zurechnungsfähige Täter mit Persönlichkeitsstörung wegen Sexualdelikten oder Brandstiftung [eine verminderte Schuldfähigkeit kennt das österreichische Recht nicht]), zu längeren Haftstrafen verurteilt, oder es kommt eine Strafschärfung bei Rückfall (§ 39 österreichisches StGB) zur Anwendung. In den letzten Jahren kam es zu einem massiven Anstieg der Einweisungen nach dem Maßnahmeinstitut der Unterbringung für geistig abnorme Rechtsbrecher: Die Zahl der nach § 21 Abs. 2 des österreichischen StGB Unterbrachten lag im Jahr 2000 waren insgesamt bei 260, im Jahr 2006 bei 399, im Jahr 2007 bei 435 und im Jahr 2008 bei 449 Personen, wobei 2008 196 der unterbrachten Personen strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung begangen hatten¹³.

5. Dänemark¹⁴

a. Regelungen

Bei gefährlichen rückfallgefährdeten Tätern kann nach Art. 70 des dänischen Strafgesetzbuches eine Sicherungsverwahrung anstelle einer Gefängnisstrafe angeordnet werden, wenn die Anlasstat ein schweres Verbrechen wie z.B. Totschlag, Raub oder ein schweres Sexualdelikt war und offensichtlich ist, dass der Täter aufgrund seines Charakters und der Tatumstände, sowie unter Berücksichtigung seiner Vorstrafen eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit, Freiheit oder körperliche Unversehrtheit anderer darstellt.

¹² Quellen: Schanda, Die aktuelle Psychiatriegesetzgebung in Österreich, Recht und Praxis 2005, S. 159 ff.; Wikipedia, Stichwort Maßnahmenvollzug, Stand 15. Juni 2010.

¹³ Bundesministerium der Justiz, Anfragebeantwortung am 13.11.2009, BMJ-PR7000/0221-Pr 1/2009, zu finden unter: http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/AB/AB_02992/fname_172335.pdf.

¹⁴ Quelle: dänische Antwort auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

b. Anordnungszeitpunkt und Dauer

Die Anordnung erfolgt mit der Urteilsverkündung des erkennenden Gerichts und ist unbefristet. Eine nachträgliche Anordnung ist nicht möglich.

c. Ausgestaltung

Die Sicherungsverwahrung erfolgt in einer psychiatrischen Anstalt („Anstalten ved Herstedvester“ – Art. 105 des dänischen StGB). Dies ist ein geschlossenes Gefängnis für schwerkriminelle mit sozialen und psychischen Problemen.

d. Unterbringung bei psychisch kranken Straftätern

Ist der Straftäter psychisch krank, wird er in eine psychiatrische Anstalt eingewiesen. Bei schweren Verbrechen ist die Einweisung unbefristet. Bei anderen Straftaten soll eine Einweisung nur für 5 Jahre erfolgen, bei einer Verlängerungsmöglichkeit um 2 Jahre.

6. Italien¹⁵

a. Regelungen

Auch das italienische Recht sieht die Möglichkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung bei einem gefährlichen rückfallgefährdeten Täter vor (Artikel 199f des italienischen Strafgesetzbuches).

b. Anordnungszeitpunkt und Dauer

Die Sicherungsverwahrung kann auch noch nachträglich angeordnet werden (Art. 205 Nr. 1 StGB). Daher findet auf die Sicherungsmaßregel das Recht Anwendung, das zum Zeitpunkt der Vollstreckung gilt (Art. 200 StGB). Eine Begrenzung der Dauer sieht das italienische Recht nicht vor.

c. Ausgestaltung

Die Sicherungsverwahrung ist in speziellen Anstalten zu verbüßen (Art. 215 ff StGB). In der Praxis sind die Verwahrten in normalen Haftanstalten untergebracht, da spezielle Anstalten nicht mehr existieren. Es gelten jedoch spezielle Haftregeln für sie.

7. England und Wales¹⁶

a. Regelungen

In England und Wales kann bei einem gefährlichen, rückfallgefährdeten Straftäter eine zeitlich unbegrenzte Freiheitsstrafe (Imprisonment for public protection – IPP) verhängt werden (Section 225 des Criminal Justice Act 2003 unter Berücksichtigung von Section 13 des Criminal Justice Act 2008). Diese Strafe setzt sich aus einer vom Gericht nach schuldbezogenen Strafzumessungserwägungen festgelegten Mindestverbüßungsdauer (sog. tariff) und der sich nach der Verbüßung des tariff anschließenden unbegrenzten Freiheitsstrafe zusammen, welche im Gegensatz zum tariff keinen Straf- sondern einen Präventivcharakter hat. Dieser Teil der Freiheitsstrafe ist daher mit der deutschen Sicherungsverwahrung vergleichbar.

b. Anordnungszeitpunkt und Dauer

Die Freiheitsstrafe wird durch das erkennende Gericht verhängt und ist zeitlich unbegrenzt. Der Straftäter kommt daher nach Ablauf der festgesetzten

¹⁵ Quelle: Antwort der Italien Chamber of deputies auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421; EGMR, Entscheidung. v. 17.12.2009, Az: 19359/04, Rn. 70ff.

¹⁶ Quelle: Antwort des House of Commons vom 22. Juli 2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

Mindestverbüßungsdauer nicht automatisch frei, sondern bleibt solange in Haft, bis von ihm keine erhebliche Gefährdung für die Gesellschaft mehr ausgeht.

c. Ausgestaltung

Das Gericht kann bei Verurteilung des Straftäters eine Freiheitsstrafe zum Schutz der Bevölkerung (IPP) verhängen, wenn dieser eine Gefahr für die Gesellschaft darstellt und er nach schuldbezogenen Strafzumessungserwägungen zu einer Haftstrafe von mindestens vier Jahren verurteilt werden würde oder er bereits ein schweres Gewalt- oder Sexualverbrechen begangen hat. Das Parole Board (vergleichbare Funktion wie die deutsche Strafvollstreckungskammer) entscheidet nach Verbüßung des tariff, ob der Täter weiterhin eine Bedrohung für die öffentliche Sicherheit darstellt oder ob die Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung unter Führungsaufsicht besteht. Wird der Täter auf Bewährung entlassen, kann er sich nach einer zehnjährigen Bewährungszeit um Aufhebung der Bewährung an das Parole Board wenden. Falls dies abgelehnt wird, hat er diese Möglichkeit jedes Jahr. Während der Bewährungszeit kann der Täter wieder inhaftiert werden, um seine Strafe weiter zu verbüßen, falls er gegen eine Bewährungsaufgabe verstoßen hat und die Sicherheit der Öffentlichkeit dies erfordert.

2010 befinden sich ca. 14.000 Straftäter wegen einer unbefristeten Freiheitsstrafe (lebenslängliche Freiheitsstrafe oder IPP) im Gefängnis, wobei ca. 6.500 Personen eine Freiheitsstrafe zum Schutz der Bevölkerung verbüßen. Die Anzahl ist in den letzten Jahren stark gestiegen, zugleich ist die Entlassungsrate rückläufig ist. Grund hierfür ist nach Ansicht des Vorsitzenden des Parol Barols eine Überreaktion aufgrund der Angst in der Bevölkerung vor rückfälligen Tätern¹⁷. Die Gesamtanzahl der Gefangenen beträgt ca. 85.000.

d. Subsidiarität des IPP

Anders als in Deutschland kann das Gericht nicht nur bei Mord, sondern auch bei manslaughter (hierunter fällt sowohl Totschlag als auch fahrlässige Tötung), Vergewaltigung, bewaffnetem Raub und weiteren Delikten eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängen (discretionary life sentence). Begeht der Täter eine Straftat, bei der eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden kann, und handelt es sich bei ihm um einen gefährlichen rückfallgefährdeten Täter, muss das Gericht eine lebenslange Freiheitsstrafe anordnen. Die lebenslange Freiheitsstrafe kann in der Regel auch nach Ablauf einer vom Gericht festgesetzten Zeit auf Bewährung ausgesetzt werden. Die Bewährungszeit dauert – anders als bei der Aussetzung des IPP - bis zum Lebensende des Straftäters zwingend an.

8. Estland¹⁸

a. Regelungen

Estland hat - zum größten Teil nach deutschem Vorbild - zwei neue Institute in das Strafrecht eingeführt: das Institut der Sicherungsverwahrung (Art. 87 Abs. 2 und 3 StGB) und das Institut der Führungsaufsicht (Art. 87 Abs. 1 StGB).

b. Anordnungszeitpunkt und Dauer

Die Sicherungsverwahrung wird bei gefährlichen rückfallgefährdeten Straftätern vom Gericht zusätzlich zur Haftstrafe angeordnet. Grundsätzlich ist sie auf 10 Jahre

¹⁷ Interview von David Latham, Vorsitzender des parol boards, im Guardian vom 19.07.2010, unter: <http://www.guardian.co.uk/society/2010/jul/19/offenders-jail-too-long-parole-chief>

¹⁸ Quelle: Antwort des wissenschaftlichen Dienstes der Chancellery of the Riigikogu vom 23.04.2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421

befristet. War die Anlasstat jedoch mit einer Höchststrafe von mindestens 10 Jahren bedroht, ist eine unbefristete Sicherungsverwahrung möglich.

c. Ausgestaltung

Die Täter befinden sich während der Sicherungsverwahrung getrennt von den anderen Gefangenen in einem normalen Hochsicherheitsgefängnis. Sie können private Kleidung tragen und elektronische Geräte besitzen. Nach Beendigung der Sicherungsverwahrung kann das Gericht die Führungsaufsicht anordnen. Im Rahmen der Führungsaufsicht kann eine elektronische Überwachung oder eine medizinische Behandlung nur angeordnet werden, wenn der Straftäter im Vorfeld zugestimmt hat.

9. Slowakei¹⁹

a. Regelung

Eine Maßnahme der Sicherung und Besserung ("protective treatment") kann nach slowakischem Strafrecht (§§ 81, 82 StGB) bei psychisch kranken, schuldunfähigen oder vermindert schulfähigen und für die Öffentlichkeit gefährlichen Straftätern sowie bei Straftätern verhängt werden, die ein Gewaltdelikt zum Nachteil eines nahen Angehörigen begangen haben und bei denen Wiederholungsgefahr besteht sowie bei Straftätern, die ein Delikt unter dem Einfluss von Rauschmitteln begangen haben.

b. Dauer und Ausgestaltung

Falls das Ziel der Maßnahme nicht während der Dauer der Gefängnisstrafe erreicht werden kann, hat das Gericht die Möglichkeit, die Verlängerung der Maßnahme in einer medizinischen Anstalt oder als ambulanter Patient anzuordnen. Es findet das zum Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahme geltende Recht Anwendung. Die Dauer der Maßnahme ist durch Gesetz nicht begrenzt.

III. Staaten ohne „Sicherungsverwahrung“

Die anderen 10 Staaten haben auf die Befragung des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages unterschiedliche Antworten darauf gegeben, wie die Bevölkerung vor gefährlichen rückfallgefährdeten Tätern geschützt wird.

1. Maßregel für psychisch gestörte Täter

Die **Niederlande²⁰** kennen eine dem deutschen Recht vergleichbare Sicherungsverwahrung nicht. Der Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Rückfalltätern erfolgt teilweise durch die Strafzumessung. Da die Schuld des Täters nicht die limitierende Funktion für die Strafhöhe wie in Deutschland besitzt, kann die Richterin bzw. der Richter innerhalb der Strafzumessung die Gefährlichkeit des Täters berücksichtigen.

Das Institut der TBS (terbeschikkingstelling – Überlassung mit Versorgung von Staats wegen) erfüllt ebenfalls einen Teil der Funktion, die nach deutschem Recht der Sicherungsverwahrung zukommt. Bei der Überlassung handelt es sich um eine Maßregel, welche in Art. 37a ff des niederländischen Strafgesetzbuches geregelt ist. Hiernach können gefährliche rückfallgefährdete Straftäter mit einer schweren

¹⁹ Quelle: Antwort von dem parlamentarischen Institut der Chancellery of the National Council of the Clovak Republic vom 21. April 2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421; EGMR, Entscheidung. v. 17.12.2009, Az: 19359/04, Rn. 70ff.

²⁰ Quelle: Antwort der Tweede Kamer auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421; Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 510ff.

psychischen Störung, aufgrund derer sie bei Tatbegehung nicht oder nur eingeschränkt zurechnungsfähig waren, zum Schutz der Bevölkerung in eine spezielle private oder staatliche Anstalt eingewiesen werden, in denen die psychische Störung behandelt wird. Die Überlassung wird durch das erkennende Gericht zunächst befristet für die Dauer von zwei Jahren angeordnet. War der Täter teilweise straffähig, kann das Gericht gleichzeitig eine Haftstrafe verhängen, die vor der TBS-Maßregel vollstreckt wird. Eine Verlängerung der TBS-Maßregel durch den Richter um jeweils ein bis zwei Jahre ist möglich, falls von dem Patient noch eine schwerwiegende Rückfallgefahr ausgeht. Eine absolute zeitliche Obergrenze existiert nicht. Wenn die Rückfallgefahr ein hinnehmbares Maß erreicht hat, wird der Patient entlassen. Eine Entlassung des Täters ist unter oder ohne Auflage möglich (wie Alkoholverbote, Kontaktverbote oder die Verpflichtung zu einer ambulanten Behandlung). Die Bewährungsaufsicht dauert höchstens neun Jahre. Die Wiedereingliederung wird durch immer längere Urlaubsabschnitte vorbereitet. Erachtet das Gericht die Dauer der TBS nicht mehr mit der Schwere der begangenen Tat vereinbar, beendet es die Maßregel aus Verhältnismäßigkeitsgründen trotz einer ggf. weiterhin bestehenden Rückfallgefahr.

Muss die Überlassung aufgrund der Rückfallgefahr des Patienten und der erfolglosen Therapieversuche immer wieder verlängert werden, wird der Patient nach einiger Zeit in eine Langzeiteinrichtung eingewiesen, wo die medizinische und psychologische Betreuung weniger intensiv ausgestaltet ist, da sie nicht mehr primär der Resozialisierung, sondern der Stabilisierung dient. Ungefähr zehn Prozent der Patienten befinden sich in einer solchen Einrichtung.

2. Längere Haftstrafen bei Rückfalltätern

Viele Staaten haben bei der Frage nach den Strafzumessungsregeln angegeben, dass die Vorstrafen des Straftäters strafscharfend berücksichtigt werden (so u.a. **Ungarn**²¹, **Litauen**²², **Spanien**²³). In **Polen**²⁴, **Portugal**²⁵ und **Tschechien**²⁶ kann das Gericht bei Rückfalltätern die für ein bestimmtes Delikt vorgesehene maximale Strafhöhe überschreiten: In **Polen** ist eine Anhebung des Strafrahmens um die Hälfte (Art. 64 § 1, und 2 des polnischen StGB) möglich. Diese Möglichkeit besteht auch in **Dänemark**; von ihr wird aber selten Gebrauch gemacht. In **Tschechien** kann durch die Anhebung des oberen Strafrahmens eine Freiheitsstrafe von über 20 oder 30 Jahren verhängt werden. In **Portugal** soll bei einem Rückfalltäter, der bereits zum zweiten Mal eine Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren aufgrund einer vorsätzlichen Tat erhält, eine sog. „relativ unbefristete Strafe“ verhängt werden, falls die Begehung einer erneuten Straftat nach Verbüßung der Gefängnisstrafe wahrscheinlich ist (Artikel 83 bis– 85 des portugiesischen StGB). Bei dieser Art von Freiheitsstrafe bestimmt das Gericht zunächst die schuldangemessene Freiheitsstrafe. Diese Strafe wird als maximal zu verbüßende Freiheitsstrafe um sechs Jahre erhöht, wobei sie nicht mehr als 25 Jahre betragen darf. Bei dem verlängerten Teil der Haftstrafe scheint es sich - wie in England und Wales - um den

²¹ Quelle: Antwort der Library of the Hungarian Parliament vom 9. April 2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

²² Quelle: Antwort des Office of the Seimas of the Republic of Lithuania vom 23. April 2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421; Information des niederländischen Justizministeriums auf Anfrage von NW vom September 2010.

²³ Quelle: Antwort des Jefe del Departamento de Estudios del Congreso de los Diputados auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

²⁴ Quelle: polnische Antwort vom 29. April 2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

²⁵ Quelle: Antwort der Assembly of Republic auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

²⁶ Quelle: Antwort des tschechischen Parlaments auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

präventiven Teil der Strafe zu handeln, der jedoch anders als in England nicht unbefristet ist. Die gesamte Straflänge muss nur verbüßt werden, solange der Täter noch eine Gefahr für die Öffentlichkeit darstellt. Auch in **Schweden**²⁷ kann die Anzahl und Schwere der Vorstrafen strafscharfend berücksichtigt werden. Da die Gerichte derzeit von dieser Möglichkeit jedoch wenig Gebrauch machen, hat die Regierung ein Gesetz ins Parlament eingebracht, wonach strafscharfende - vor allem Vorstrafen - und strafmildernde Umstände stärker von den Gerichten bei der Festsetzung des Strafmaßes berücksichtigt werden sollen. 2009 wurde zudem die Höhe der maximalen zeitigen Freiheitsstrafe von zehn auf 18 Jahre erhöht. Des Weiteren wurde 2009 eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die bis Mitte 2012 das bestehende Sanktionenrecht untersuchen und Empfehlungen abgeben soll, wie das Strafsystem die Bevölkerung besser schützen kann. Erwähnenswert ist zudem, dass es im schwedischen Strafrecht bis zum Jahr 1981 das Institut der Internierung als vergleichbare Maßregel zur deutschen Sicherungsverwahrung gab, bei der gefährliche Rückfalltäter und vermindert Zurechnungsfähige eine langfristige Behandlung erfuhren. Der Grund für die Abschaffung lag primär darin, dass die Bemühungen gefährliche Rückfalltäter durch besondere Langzeitbehandlungen zu resozialisieren fehlschlug und dies somit zu einer Ernüchterung des Behandlungsoptimismus führte²⁸. Allein für psychisch kranke Straftäter besteht nach derzeitigem Recht die Möglichkeit der Überweisung in psychiatrische Behandlung. In **Irland**²⁹ existiert – wie in England und Wales – neben der zwingend vom Gericht anzuordnenden lebenslangen Freiheitsstrafe, die ins Ermessen gestellte lebenslange Freiheitsstrafe (discretionary life imprisonment). Diese Strafe kann u.a. bei Vergewaltigung, manslaughter und Raub verhängt werden.

3. Führungsaufsicht / Eingliederungshilfe

Anders als das deutsche Recht kennt das **spanische Recht** eine Sicherungsverwahrung für zurechnungsfähige gefährliche rückfallgefährdete Straftäter nicht. Nach Art. 96, 101 bis 103 des spanischen StGB können nur schuldlos handelnde Straftäter in eine Psychiatrie, Entzugsklinik oder eine Erziehungsanstalt eingewiesen werden, wobei die Länge der ansonsten verhängten Freiheitsstrafe nicht überschritten werden darf. Zum Schutz der Bevölkerung vor Sexualstraftätern und Terroristen ist in Spanien jedoch die Einführung einer Führungsaufsicht geplant. Nach der geplanten Regelung kann die Führungsaufsicht für maximal 20 Jahre bestehen. Eine vorgesehene Kontrollmaßnahme ist unter anderem die elektronische Überwachung. In **Lettland**³⁰ kann die Maßnahme der polizeilichen Überwachung im Urteil des erkennenden Gerichts angeordnet werden. In diesem Staat findet nach Angaben des Justizministeriums zur Zeit eine Diskussion darüber statt, wie die Bevölkerung besser geschützt werden kann, auch die Möglichkeit der Einführung einer Sicherungsverwahrung ist im Gespräch. In **Ungarn** besteht demgegenüber nur eine für den Täter freiwillige Eingliederungshilfe nach Verbüßung einer Haftstrafe. Sie soll die Rückfallgefahr durch Betreuung des Entlassenen minimieren.

4. Keine vorzeitige Haftentlassung

²⁷ Quelle: Antwort des Sveriges Riksdag, Research Service auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421; Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 522ff.

²⁸ Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 525.

²⁹ Quelle: Antwort des Oireachtas Library & Research Servics vom 23. April 2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

³⁰ Quelle: Antwort des ECPRD deputy correspondent, Saeima of the Republic of Latvia auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

Grundsätzlich werden rückfallgefährdete Täter in den anderen europäischen Staaten – wie auch in Deutschland – nicht vorzeitig aus der Haft entlassen. In **Finnland**³¹ kann das Gericht bereits bei der Verurteilung anordnen, dass eine vorzeitige Aussetzung der Strafe auf Bewährung nicht möglich ist.

IV. Zusammenfassung

Der Vergleich der verschiedenen europäischen Regelungen zum Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen rückfallgefährdeten Straftätern zeigt, dass die Lösungswege sowohl strukturell (Bestehen einer Unterbringungsmöglichkeit im Anschluss an die Strafhaft) als auch hinsichtlich des Verfahrensvollzugs (z.B. Unterbringung gemeinsam mit den Strafhäftlingen oder in einer speziellen Sicherheitsverwahranstalt sowie besondere psychologische Betreuung) stark divergieren.

Bei neueren Regelungen zur Sicherungsverwahrung (Frankreich und Schweiz) scheint sich die Tendenz abzuzeichnen, dass durch strengere Anforderungen an die Anlasstat nur gefährliche Gewalt- und Sexualverbrecher (auch bereits Ersttäter) der Maßregel der Sicherungsverwahrung unterfallen sollen. Zudem fällt bei den Neuregelungen (mit Ausnahme der sog. lebenslangen Verwahrung in der Schweiz) auf, dass durch intensive sozial- und psychotherapeutische Begleitung während der Unterbringung im Anschluss an die Strafhaft und die Einweisung in besondere Zentren für Sicherungsverwahrung, die von den Haftanstalten zur Verbüßung der Strafhaft getrennt sind, eine Abkehr vom System „Endstation Sicherungsverwahrung“ geschaffen werden soll. Mit einem weit reichenden Maßnahmenpaket sollen die wegen ihrer Rückfallgefahr Untergebrachten zielgerichtet auf die zukünftige Entlassung vorbereitet und eine hohe Quote der tatsächlichen Entlassung aus der Sicherungsverwahrung erreicht werden. Des Weiteren scheint die Abgrenzung in den Staaten zwischen einem psychisch kranken bzw. gestörten und einem „normalen“ Täter unterschiedlich auszufallen. So werden z.B. in Österreich die gefährlichen rückfallgefährdeten Straftäter hauptsächlich nach § 21 Abs. 2 StGB und nicht nach § 23 StGB als „geistig abnorme Rechtsbrecher“ untergebracht und besteht in Frankreich für die infolge einer Persönlichkeitsstörung besonders rückfallgefährdeten eine Spezialregelung. Hinsichtlich der Anordnungsdauer kann zwischen drei verschiedenen Formen unterschieden werden: Erstens die befristete Sicherungsverwahrung (Belgien, Estland – bei einer Anlasstat, die mit einer Höchststrafe von unter 10 zehn Jahren bedroht ist und Österreich – hier jedoch eher totes Recht wegen der unbefristeten Unterbringungsmöglichkeit nach § 21 Abs. 2 des österreichischen StGB), zweitens die befristete Sicherungsverwahrung mit der unbegrenzten Möglichkeit der Verlängerung (Frankreich) und drittens die unbefristete Verwahrungsmöglichkeit mit der Pflicht der regelmäßigen Überprüfung der Voraussetzungen (Schweiz – bei der lebenslangen Verwahrung eingeschränkte Überprüfungspflicht, Dänemark, Italien, England und Wales, Slowakei und Estland – bei einer Anlasstat, die mit einer Höchststrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist).

Vor dem Hintergrund der Diskussion in Deutschland, die landesrechtlichen Gesetze über psychisch Kranke zu ergänzen, um persönlichkeitsgestörte Täter unterbringen

³¹ Quelle: Antwort der Eduskunta – Parliament of Finland, Research Service vom 16. April 2010 auf die Anfrage des Europäischen Zentrums für Parlamentarische Wissenschaft und Dokumentation Nr. 1421.

zu können und so die in Folge der Entscheidung des EGMR entstandene Regelungslücke zu schließen, ist erwähnenswert, dass der französische Gesetzgeber bei der Regelung zur Sicherungsverwahrung eine Persönlichkeitsstörung des Täters als Anknüpfungspunkt für die Rückfallgefahr nimmt. Als „EMRK-konforme“ Lösung scheint der französische Weg aber nicht unmittelbar übertragbar: Erstens handelt es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine Maßregel, die im Zusammenhang mit einer Verurteilung erfolgt, so dass die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK erfüllt sind. Bei dem Merkmal der Persönlichkeitsstörung im Sinne der französischen Regelung muss es sich somit nicht um eine psychische Krankheit im Sinne der Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK handeln. Um den Verhältnismäßigkeitsanforderungen einer dauerhaften Freiheitsentziehung zu genügen, knüpft der französische Gesetzgeber die Regelung zweitens ein unmittelbar an ein schweres Verbrechen als Anlasstat an und fordert eine sehr hohe Rückfallgefahr.

Interessant erscheint zudem, dass Belgien und die Schweiz in ihren Rechtsordnungen die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik vorsehen. Diese Regelungen setzen anders als in Deutschland nicht voraus, dass gegen den Täter eine Sicherungsverwahrung bereits angeordnet wurde. Entsprechende Regelungen schützen die Bevölkerung allerdings lediglich vor einem stark eingegrenzten Täterkreis: den psychisch Kranken.

Hervorzuheben sind auch die unterschiedlichen Herangehensweisen, Täter- oder Opferschutz den Vorrang zu gewähren und die Rechte aus der eigenen Verfassung und der EMRK eine angemessene Beachtung finden zu lassen. Hierfür sind sowohl die Entwicklungen des französischen Rechts als auch die des schweizerischen Rechts von Interesse. In beiden Ländern wurde in der Öffentlichkeit der Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen rückfallgefährdeten Tätern intensiv diskutiert. Während sich die Schweiz mit der Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bewusst für eine Lösung entschied, deren Vereinbarkeit mit der EMRK und der Schweizer Verfassung zumindest höchst fraglich ist, waren die Franzosen aufgrund der oben zitierten Entscheidung ihres Verfassungsgerichts gezwungen, Alternativen zur aufgehobenen, ursprünglich gesetzlich vorgesehenen rückwirkenden Sicherungsverwahrung für gefährliche rückfallgefährdete Gewalt- und Sexualverbrecher zu finden. Nachdem die Regierung mögliche Maßnahmen umfassend prüfen ließ, entschied sich der französische Gesetzgeber für die oben dargestellte Verschärfung der Führungsaufsicht nach Haftentlassung. So kann zum Beispiel eine hormonelle Zwangsbehandlung angeordnet werden, deren Abbruch gegen ärztlichen Rat mit Einweisung in die Sicherungsverwahrung sanktioniert werden kann.