

Lorenz Dilling*

»Wegschließen für immer?«

Die Sicherungsverwahrung aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention

Wenige Themen haben so hohe mediale Wellen geschlagen wie die Problematik der Sicherungsverwahrung. Der Umgang mit potenziell hochgefährlichen Straftätern ist eine der schwersten Fragen, der sich eine Gesellschaft zu stellen hat. Einerseits muss der Schutz der Allgemeinheit wirksam gewährleistet werden, andererseits müssen aber auch die Menschenrechte der Betroffenen nach der EMRK berücksichtigt werden. Der folgende Beitrag untersucht dieses Spannungsverhältnis.

A. Einleitung und Problemaufriss

Die Sicherungsverwahrung sieht als einschneidendste und umstrittenste Sanktion des Strafrechts¹ die unbefristete Freiheitsentziehung allein aufgrund der mutmaßlichen Gefährlichkeit des Verwahrten für die Gesellschaft vor.² Seit jeher wird ihr daher unter dem Stichwort des »Etikettenschwindels« vorgeworfen, eine zusätzliche (mitunter lebenslange) Freiheitsstrafe unter Umgehung des limitierenden Schuldprinzips zu sein.³

In den letzten Jahren war das Recht der Sicherungsverwahrung einem stetigen Wandel unterworfen. Seit Ende der 1990er Jahre rückte zunehmend die Sicherheit in den Vordergrund, was sich plakativ im berühmt-berüchtigten Ausspruch *Gerhard Schröders* »Wegschließen – und zwar für immer!«⁴ aus dem Jahr 2001 zeigt. Auf die öffentliche Stimmung nach einzelnen, aufsehenerregenden Straftaten⁵ reagierte die Politik mit mehreren verschärfenden Reformen.

* Lorenz Dilling studiert seit 2014 Rechtswissenschaften in Göttingen und Galway (Irland) und arbeitet als studentische Hilfskraft am Institut für Landwirtschaftsrecht bei Prof. Dr. José Martínez. Der Beitrag ist aus einer Studienarbeit im Sommersemester 2019 hervorgegangen.

1 Schönke/Schröder/*Kinzig*, StGB, 30. Auflage (2019), § 66 Rn. 2; MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern*, 3. Auflage (2016), § 66 Rn. 3.

2 Esser, Sicherungsverwahrung, JA 2011, 727 (728); BVerfGE 128, 326 (377), *Sicherungsverwahrung II*.

3 Kohlrausch, Sicherungshaft – Eine Besinnung auf den Streitstand, ZStW 1924, 21 (33); später *Kinzig*, Viele ungelöste Fragen: Recht und beabsichtigte Reform der Sicherungsverwahrung, in: Dessecker/Egg (Hrsg.), Justizvollzug und Strafrechtsreform im Bundesstaat (2011), 51, 60; Dessecker, Etikettenschwindel oder Behandlungsverzug? Kritik der Sicherungsverwahrung und neues Recht, ZfRSoz 2014, 265 (266); Matt/Renzikowski/*Eschelbach*, StGB, 1. Auflage (2013), § 66 Rn. 27 ff.

4 Äußerung in der »Bild am Sonntag« am 8. 7. 2001 auf die Frage nach dem Umgang mit Sexualstraftätern; kritisch dazu *Rautenberg*, Wegschließen für immer!?, NJW 2001, 2608 (2609).

5 Bspw. der Fall des Marc Dutroux 1995/1996 in Belgien sowie die Fälle »Natalie« 1996 und »Kim« 1997. Diese gefühlte Bedrohungslage korrelierte jedoch nicht mit einem tatsächlichen Anstieg der Kriminalität, Pfister, Perspektivenwechsel bei der Sicherungsverwahrung, FPPK 2011, 82 (82 ff.). Im Gegenteil sank die Zahl der schweren Straftaten, vgl. Polizeiliche

Dieser stetigen Fokussierung auf das Sicherheitsinteresse⁶ wurde 2009 Einhalt geboten, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei einem von diesen Reformen betroffenen Sicherungsverwahrten Menschenrechtsverletzungen feststellte.⁷ Die Folge war eine intensive öffentliche und mediale Diskussion darüber, ob nun alle ähnlich betroffenen Sicherungsverwahrten sofort freigelassen werden müssten.

Zudem erklärte das Bundesverfassungsgericht 2011 die bestehenden Regelungen zur Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig⁸ und trug dem Gesetzgeber auf, ein konventions- und verfassungskonformes Konzept zu schaffen. Die daraufhin verabschiedete Neuregelung und die zwischenzeitlich erfolgte, durchaus überraschende konventionsrechtliche Absegnung durch den EGMR 2016⁹ geben Anlass, die Sicherungsverwahrung aus menschenrechtlicher Sicht zu betrachten. Dabei soll insbesondere die Vereinbarkeit mit den betroffenen Art. 5 I und Art. 7 I EMRK untersucht werden und ebenso, ob die EGMR-Rechtsprechung den Menschenrechten tatsächlich wirksam zur Geltung verholfen hat.

B. Begriffe und Systematik

I. EMRK und EGMR

Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) wurde vom Europarat (»*Council of Europe*«) ausgearbeitet, 1950 unterzeichnet und trat 1953 in Kraft. Sie enthält einen Katalog von Grund- und Menschenrechten, über deren Einhaltung der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit Sitz in Straßburg wacht.¹⁰

Kriminalstatistik 1996, S. 18 ff.

6 Stisser, Die Sicherungsverwahrung – de lege lata et de lege ferenda (2019), S. 29 ff.; *Conradi*, Die Sicherungsverwahrung – Ausdruck einer zunehmenden Sicherheitsorientierung im Strafrecht? (2013), S. 49 ff.; *Köhne*, Die »neue« Sicherungsverwahrung – eine schon jetzt gescheiterte Reform?, KJ 2013, 336 (336); *Bartsch*, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme (2010), S. 36 ff.; *Jung*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand der EMRK, GA 2010, 639 (640); *Dessecker*, Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit – Eine Untersuchung zum Maßregelrecht (2004), S. 205 ff.

7 EGMR, Urt. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – *M./J. Deutschland*.

8 BVerfGE 128, 326, *Sicherungsverwahrung II*.

9 EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann./J. Deutschland*; bestätigt in EGMR, Urt. v. 2. 2. 2017 und 4. 12. 2018 (GK) – Nr. 10211/12 und Nr. 27505/14 – *Ilseher./J. Deutschland*.

10 Ausführlich zur Entwicklung *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 6. Auflage (2016), Kap. 1 § 6 Rn. 1 ff.

Seit der Reform 1998 kann sich in den 47 Mitgliedstaaten jeder Einzelne mit einer Individualbeschwerde (*»Individual application«*) wegen einer möglichen Verletzung seiner Konventionsrechte an den EGMR wenden.¹¹

1. Die betroffenen Menschenrechte

a) Art. 5 I EMRK

Art. 5 I 1 EMRK gewährleistet das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Eingriffe können nur unter den in Art. 5 I 2 a) – f) EMRK abschließend¹² aufgeführten Haftgründen gerechtfertigt werden, um willkürliche Freiheitsentziehungen zu verhindern.¹³ Dieser Schutz vor staatlicher Willkür stellt eines der zentralen Menschenrechte dar.¹⁴

b) Art. 7 I EMRK

Art. 7 I EMRK enthält das strafrechtliche Gesetzmäßigkeitsprinzip *nullum crimen, nulla poena sine lege* als wesentliches Element des Rechtsstaatsprinzips. Er entspricht inhaltlich (nahezu) Art. 103 II GG. Umfasst sind das Verbot der strafschärfenden oder begründenden Analogie (*lex stricta*),¹⁵ das Bestimmtheitsgebot (*lex certa*)¹⁶ und das Rückwirkungsverbot (*lex praevia*)¹⁷ einschließlich des Verbots rückwirkender Strafschärfung, Art. 7 I 2 EMRK.¹⁸ Den Grundsatz des geschriebenen Rechts (*lex scripta*) enthält Art. 7 I EMRK hingegen nicht, da auch das Gewohnheitsrecht des richterrechtlich fortentwickelten common law genügt.¹⁹

2. Rang und Bindungswirkung

Der Rang und die Bindungswirkung der EMRK sind umstritten.²⁰ Von einem Verfassungsrang²¹ der Konventions-

rechte über einen übergesetzlichen Rang²² bis zum Rang eines einfachen Bundesgesetzes²³ wird alles vertreten.

Das BVerfG geht grundsätzlich von Art. 59 II GG und damit von einem Rang unterhalb des Grundgesetzes aus. Die Bestimmungen des Grundgesetzes seien jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR seien bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen heranzuziehen.²⁴ Der EMRK kommt damit im deutschen Recht de facto ein übergesetzlicher Rang zu.

Auch den Urteilen des EGMR wird eine über Art. 46 I EMRK hinausgehende *»jedenfalls faktische Orientierungs- und Leitfunktion«* zuerkannt.²⁵ Dabei sei allerdings keine *»schematische Parallelisierung einzelner verfassungsrechtlicher Begriffe«*²⁶ vorzunehmen, sondern den Wertungen der Konvention ergebnisorientiert zur Wirksamkeit zu verhelfen.²⁷ Durch die Einstufung als rechtserhebliche Änderung der Rechtslage können sie zudem zur Überwindung der Rechtskraft der eigenen vorherigen Urteile führen.²⁸ Das BVerfG geht insofern von einem *»internationalen und europäischen Dialog der Gerichte«*²⁹ aus.

Zudem folgt nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen die Verpflichtung, auch bei den von der Rechtskraft des Feststellungsurteils nicht erfassten Parallelfällen einen

11 Zur abgeschafften Menschenrechtskommission *Frowein*, Die Rolle der Europäischen Menschenrechtskommission bei der Entwicklung der EMRK, EuGRZ 2015, 269 (269 ff.).

12 EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – Nr. 7367/76 – *Guzzardi ./. Italien*, Rn. 96; EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. ./. Deutschland*, Rn. 86; EGMR, Urt. v. 22.3.1995 – Nr. 18580/91 – *Quinn/Frankreich*, Rn. 42.

13 EGMR, Urt. v. 15.10.2013 – Nr. 26291/06 – *Gahramanov/Aserbaidschan*, Rn. 38.

14 Vgl. MüKo-StPO/Gaede (2018), Art. 5 Rn. 1 m. w. N.

15 EGMR, Urt. v. 25.3.1993 – Nr. 14307/88 – *Kokkinakis ./. Griechenland*, Rn. 52.

16 EGMR, Urt. v. 12.2.2008 – Nr. 21906/04 (GK) – *Kafkaris ./. Zypern*, Rn. 140.

17 EGMR, Urt. v. 24.1.2012 – Nr. 1051/06 – *Mihai Toma ./. Rumänien*, Rn. 26.

18 Ausführlich HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, 4. Auflage (2017), Art. 7 Rn. 5.

19 EGMR, Urt. v. 22.11.1995 – Nr. 20166/92 – *S. W. ./. Vereinigtes Königreich*, Rn. 35 f.

20 Ausführlich dazu *Quarthal*, Nachträglich verlängerte Sicherungsverwahrung und der EGMR – zur innerstaatlichen Rechtswirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte, JURA 2011, 495 (496 ff.) m. w. N.

21 *Echterhölter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, JZ 1955, 689 (691 f.) über Art. 1 II GG; *Sternberg*, Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG (1999), S. 224 über Art. 1 II GG i. V. m. dem Wertungen des Art. 59 II GG; *Everling*, Europäi-

sche Union, Europäische Menschenrechtskonvention und Verfassungsstaat – Schlusswort auf dem Symposium am 11. Juni 2005 in Bonn, EuR 2005, 411 (416 f.); *Walter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 1999, 961 (977) über Art. 24 I GG; *Frowein*, Anmerkung zur Pakelli-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZaöRV 1986, 286 (287) über Art. 2 I GG; *Grote/Maurahn/Giegerich*, EMRK/GG 2006, Kap. 2 Rn. 58 über das allgemeine Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG.

22 *Bleckmann*, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994, 149 (153) über die Einordnung der Rechte der EMRK als allgemeine Regeln des Völkerrechts i. S. d. Art. 25 GG.

23 *Grupp/Stelkens*, Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts, DVBl. 2005, 133 (134) sowie *Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen – Anmerkung zum *Görgülü*-Beschluss des BVerfG vom 14.10.2004, EuGRZ 2004, 683 (686) und *Pache*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung, EuR 2004, 393 (400) als formelles Bundesgesetz über Art. 59 II 1 GG, allerdings mit Modifikationen bezüglich der Kollisionsregeln *lex specialis* und *posterior*.

24 St. Rspr.: BVerfGE 74, 358 (370), *Unschuldsvermutung I*; BVerfGE 82, 106 (120), *Unschuldsvermutung II*; BVerfGE 111, 307 (323), *Görgülü*.

25 Die Konvention verfügt nicht über eine Art. 31 I GG vergleichbare Regelung, vgl. BVerfGE 111, 307 (320), *Görgülü*, und Art. 46 I EMRK wirkt an sich nur inter partes.

26 BVerfGE 111, 307 (323 ff.), *Görgülü*; BVerfGE 128 (326), *Sicherungsverwahrung II*.

27 Zu den unterschiedlichen Konstruktionen *Grabenwarter*, Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten, EuGRZ 2012, 507 (508 ff.).

28 BVerfGE 128, 326 (364 f.), *Sicherungsverwahrung II*, wiederum aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit.

29 BVerfGE 128, 326 (369), *Sicherungsverwahrung II*.

konventionsgemäßen Zustand herzustellen,³⁰ vgl. auch Art. 1 EMRK.

II. Sicherungsverwahrung

1. Normen und Systematik

Das Rechtsinstitut der Sicherungsverwahrung ist in den §§ 66–66 c StGB geregelt. § 66 StGB sieht die anfängliche (auch: primäre oder traditionelle) Sicherungsverwahrung vor, die bereits im Strafurteil angeordnet wird. § 66 a StGB erfasst den Vorbehalt der Unterbringung, wenn die Gefährlichkeit des Täters bei der Verurteilung nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist. § 66 b StGB bezieht sich auf die nachträgliche Anordnung, wenn sich erst später die Gefährlichkeit zeigt. § 66 c StGB regelt die Modalitäten des Vollzugs. Der Vollzug an sich ist seit der Föderalismusreform 2006³¹ Ländersache und wird durch die Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetze der Länder umgesetzt.

Die Sicherungsverwahrung ist systematisch im sechsten Titel, d. h. im Abschnitt zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung kodifiziert. Im deutschen Strafrecht wird zwischen Strafen und Maßregeln unterschieden (sog. Zweispurigkeit des Sanktionensystems bzw. dualistisches Rechtsfolgensystem).³² Während im Rahmen der ersten Spur Freiheitsstrafen aufgrund der vorwerfbaren Schuld des Täters nach einer Straftat verhängt werden, schließt die zweite Spur der freiheitsentziehenden Maßregeln die durch das Schuldprinzip entstehenden Lücken und dient allein der Prävention.³³ Diesem traditionellen (deutschen) zweispurigen Verständnis folgend ist die Sicherungsverwahrung keine Strafe und unterfällt damit nicht Art. 103 II GG.³⁴

³⁰ BVerfGE 111, 307 (321); *Quarthal*, (Fn. 20), JURA 2011, 495 (498); vgl. *Grabenwarter*, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, JZ 2010, 857 (861) zur sog. »Nichtwiederholungspflicht«, um weitere Verurteilungen und Entschädigungszahlungen gem. Art. 41 EMRK zu verhindern; abl. *Greger*, Herausforderung Sicherungsverwahrung – Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR (M. gegen Deutschland) umgehen kann, NStZ 2010, 676 (680).

³¹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28. 8. 2006, BGBl I 2006 S. 2034.

³² *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Auflage (2015), S. 269; *Radtke*, Schuldgrundsatz und Sicherungsverwahrung – Freiheitsgarantien im zweispurigen Sanktionensystem, GA 2011, 636 (640 ff.); *Mischke*, Die Sicherungsverwahrung – Eine kriminologisch-juristische Bewertung anhand von Fakten (2010), S. 49 ff.

³³ *Kindhäuser*, StGB, Vor §§ 66–66 c, Rn. 1, rein sachlich handelt es sich damit um Gefahrenabwehrrecht (materielles Polizeirecht), siehe auch *Remde*, Die Zukunft präventiven Freiheitsentzugs vor dem Hintergrund der EMRK (2012), S. 40.

³⁴ St. Rspr.: BVerfGE 109, 133; BVerfGE 128, 326; *Sicherungsverwahrung I und II*.

2. Historie und Empirie

1933³⁵ wurde die Sicherungsverwahrung durch das Gewohnheitsverbrechergesetz³⁶ eingeführt und auch in der Nachkriegszeit beibehalten. Die Zahlen der Verwahrten nahmen stetig ab, insbesondere nach der Großen Strafrechtsreform³⁷ von 718 im Jahr 1970 auf unter 200 ab 1985.³⁸ So wurde in den 1990er Jahren bereits über eine Abschaffung der Sicherungsverwahrung diskutiert.³⁹

Beginnend mit 1998 erfolgten jedoch die eingangs genannten Reformen.⁴⁰ Durch die Streichung der 10-Jahres-Frist in § 67 d StGB wurde die primäre Sicherungsverwahrung rückwirkend entfristet.⁴¹ Sie wurde damit nachträglich über die ursprüngliche Höchstdauer hinaus verlängert. Ferner wurden die Anordnungsvoraussetzungen in § 66 StGB abgesenkt.⁴² 2002 ermöglichte der Gesetzgeber mit § 66 a StGB die vorbehaltene,⁴³ 2004 mit § 66 b StGB (auch rückwirkend) die nachträgliche Anordnung.⁴⁴ Diese Änderungen

³⁵ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte und zum sog. »Schuldenstreit« *Schuster*, Die Sicherungsverwahrung im Nationalsozialismus und ihr Fortbestand bis heute (2019), S. 28 ff. und S. 40 ff.; *Werndl*, Zweispurigkeit und Vertrauensschutz – Das Recht der Sicherungsverwahrung zwischen Sicherheit und rechtstaatlichem Vertrauensschutzgebot (2019), S. 124 ff.; *Meier* (Fn. 32), S. 270 f.

³⁶ Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung v. 24. 11. 1933, RGBl. I 1933 S. 995, § 42 e RStGB.

³⁷ Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) v. 25. 6. 1969, BGBl. I 1969 S. 645, in Kraft seit 1. 4. 1970; Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) v. 4. 7. 1969, BGBl. I 1969 S. 717, in Kraft seit 1. 1. 1975; Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) v. 2. 3. 1974, BGBl. I 1974 S. 469.

³⁸ Vgl. zu den Zahlen *Dessecker*, Die produktive Krise der Sicherungsverwahrung und ihre Folgen aus empirischer Sicht, in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), Krise – Kriminalität – Kriminologie (2016), S. 473, 477; *Ansorge*, Sicherungsverwahrung in Zahlen: Daten zur Gruppe der Unterbrachten und der Strafgefangenen mit angeordneter oder vorbehaltener Maßregel, KrimPäd 2013, 38 (41 ff.) und Bericht MJ 2014; ausführliche Statistiken und Analysen bei *Heinz*, Entwicklung und Stand der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung – Werkstattbericht auf der Grundlage der Strafrechtspflegestatistiken (2014), S. 13 ff. und *Heinz*, Freiheitsentziehende Maßregeln – Struktur und Entwicklung der Sanktionierungspraxis, Materialien und Thesen zur Unterbringung im psychiatrischem Krankenhaus, in einer Entziehungsanstalt oder in Sicherungsverwahrung gem. §§ 63, 64, 66 StGB (2012), S. 18 ff.

³⁹ *Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung: bewährt oder obsolet?, ZRP 1997, 99 (104 f.); *Frommel*, »eene meene muh – drin bist Du« Zur Wiederkehr der Sicherungsstrafe in der gegenwärtigen Diskussion, KJ 1995, 226 (230).

⁴⁰ Ausführlich *Steiger*, Gleiches Recht für alle – auch für Sexualstraftäter? Sonderregelungen für Sexualstraftäter im Strafrecht und ihre kriminologische Berechtigung (2016), S. 117 ff.; einen detaillierten Überblick liefern auch *Schöch*, Sicherungsverwahrung im Übergang, NK 2012, 47 (47 f.) und *Werndl* (Fn. 35), S. 127 ff.

⁴¹ Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten v. 26. 1. 1998, BGBl. I 1998 S. 160.

⁴² Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 26. 1. 1998, BGBl. I 1998 S. 164.

⁴³ Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung v. 21. 8. 2002, BGBl. I 2002 S. 3344, als Reaktion auf den Erlass der Unterbringungsgesetze der Länder.

⁴⁴ Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung v.

wurden vom BVerfG 2004 verfassungsrechtlich gebilligt.⁴⁵ Zudem erfolgte 2003⁴⁶, 2007⁴⁷ und 2008⁴⁸ eine Ausweitung der Anordnungsvoraussetzungen im StGB und JGG. Als Folge dieser »Renaissance der Sicherungsverwahrung«⁴⁹ stieg die Zahl der Untergebrachten und Vorgemerkten bis 2010 wieder stark auf über 500 Verwahrte an.⁵⁰ In den letzten Jahren stagnierten die Zahlen auf diesem Niveau, 2018 waren es 566.⁵¹

3. Jüngere Entwicklung seit 2009

2009 stellte der EGMR bei einem Verwahrten, dessen Sicherungsverwahrung nachträglich verlängert wurde, eine Verletzung von Art. 5 I und Art. 7 I EMRK fest.⁵² Es drohten (und folgten) weitere Verurteilungen Deutschlands in ähnlich gelagerten Parallelfällen.⁵³ Mit der Neuregelung 2010⁵⁴ wurde § 66 StGB konsolidiert, § 66 b StGB stark eingeschränkt und § 66 a StGB ausgeweitet.⁵⁵ Zudem schuf der Gesetzgeber als Reaktion auf das EGMR-Urteil von 2009 mit dem Therapieunterbringungsgesetz (ThUG)⁵⁶ eine Rechtsgrundlage für die weitere Verwahrung der von der nachträglichen Verlängerung betroffenen Sicherungsverwahrten.

23.7.2004, BGBl. I 2004 S. 1838, als Reaktion auf BVerfG 109, 190, worin die Unterbringungsgesetze der Länder wegen fehlender Kompetenz für verfassungswidrig erklärt wurden.

45 BVerfGE 109, 133, *Sicherungsverwahrung I*, mit (zu leisen?) Hinweis zum Abstandsgebot, vgl. MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 37.

46 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften v. 27.12.2003, BGBl. I 2003 S. 3007.

47 Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung v. 13.4.2007, BGBl. I 2007 S. 513.

48 Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht v. 8.7.2008, BGBl. I 2008 S. 1212.

49 So der Titel des Aufsatzes von *Laubenthal*, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, ZStW 2004, 703.

50 Strafvollzugsstatistik 2010, S. 12.

51 Strafvollzugsstatistik 2018, S. 13; zu 2014–2016 *Dessecker/Leuschner*, Sicherungsverwahrung und vorgelagerte Freiheitsstrafe: Eine empirische Untersuchung zur Ausgestaltung der Unterbringung und des vorhergehenden Strafvollzugs (2019), S. 19.

52 EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M./.* *Deutschland* wg. nachträglicher Entfristung.

53 Bspw. EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – Nr. 6587/04 – *Haidn./.* *Deutschland* wg. nachträglicher, rückwirkender Unterbringung nach bayerischem Landesrecht; EGMR, Urt. v. 19.4.2012 – Nr. 61272/09 – *B./.* *Deutschland* wg. nachträglicher Anordnung nach § 66 b StGB.

54 Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen v. 22.12.2010, BGBl. I 2010 S. 2300, gültig ab 1.1.2011.

55 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Dessecker*, NK-StGB, 5. Auflage (2017), § 66 Rn. 5; *Koller*, Neuordnung der Sicherungsverwahrung, DRiZ 2011, 127 (131).

56 Art. 5 SichVNOG (Fn. 54): Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter, BGBl. I 2010 S. 2305.

2011 jedoch kippte das BVerfG mit einem »Paukenschlag«⁵⁷ die Regelungen zur Sicherungsverwahrung⁵⁸ und verlangte statt bloßer Verwahrung ein »freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Konzept«.⁵⁹ Insbesondere bestand kein hinreichender Unterschied zum Strafvollzug. Wegen Nichtbeachtung dieses sog. Abstandsgebots sahen die Richter den Eingriff in die Freiheitsrechte als unverhältnismäßig an. Zudem ordneten sie gem. § 35 BVerfGG eine Weitergeltung der verfassungswidrigen Vorschriften bis zum 31.5.2013 unter bestimmten Voraussetzungen an. Unterschieden wurde bei diesen Übergangsregelungen danach, ob lediglich ein Verstoß gegen das Abstandsgebot (Art. 2 II 2 GG i. V. m. Art. 104 I GG) oder darüber hinaus auch ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 2 II 2 GG i. V. m. Art. 20 III GG) vorlag. In letzteren Fällen der nachträglichen Verlängerung und Anordnung war eine fortdauernde Unterbringung nur zulässig, wenn eine psychische Störung i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK und daraus resultierend eine konkrete, hochgradige Gefahr schwerster Sexual- oder Gewaltstraftaten vorlag.⁶⁰

Am 1.6.2013 trat die eng an den verfassungsgerichtlichen Vorgaben orientierte Neuregelung⁶¹ in Kraft. Im Wesentlichen wurden dabei die vom BVerfG 2011 aufgestellten »sieben Prinzipien«⁶² zur Verwirklichung des Abstandsgebots in § 66 c StGB kodifiziert. Die Übergangsregelungen des BVerfG wurden mit Art. 316 f EGStGB ebenfalls nahezu wortgleich übernommen.⁶³ Die 2011 gleichfalls für verfassungswidrig erklärten Anordnungsvoraussetzungen gem. §§ 66, 66 a und 66 b StGB wurden jedoch unverändert beibehalten.

Zunächst erfolgten weitere Verurteilungen Deutschlands durch den EGMR.⁶⁴ Nach Implementierung der Neuregelungen und entsprechender Ausrichtung der

57 *Hörnle*, Der Streit um die Sicherungsverwahrung – Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011, NStZ 2011, 488 (488); *Renzikowski*, Das Elend mit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung, ZIS 2011, 531 (543).

58 BVerfGE 128, 326, *Sicherungsverwahrung II*; mit Anmerkung Peglau, Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung – Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung, NJW 2011, 1924.

59 BVerfGE 128, 326 (374 f.), *Sicherungsverwahrung II*.

60 BVerfGE 128, 326 (405 ff.), *Sicherungsverwahrung II*.

61 Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung v. 5.12.2012, BGBl. I 2012 S. 2425.

62 Dazu *Peglau*, Das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung, JR 2013, 249 (249 ff.); *Asprion*, Gefährliche Freiheit? Das Ende der Sicherungsverwahrung (2012), S. 165 f.; *Dessecker*, Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS 2011, 706 (709).

63 Kritisch zu diesen Übergangsregelungen, aufgrund derer durch die »Hintertür« vieles beim Alten bliebe: *Werndl* (Fn. 35), S. 139; *Höffler/Kaspar*, Examinatorium im Schwerpunkt Strafrecht (2014), Fall 12 Rn. 69; ähnlich zu Art. 316 e EGStGB *Kinzig*, Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, NJW 2011, 177 (180); *Schöch*, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung, GA 2012, 14 (15).

64 EGMR, Urt. v. 7.6.2012 – Nr. 61827/09 und 65210/09 – *K./.* *Deutschland*; EGMR, Urt. v. 19.4.2012 – Nr. 61272/09 – *B./.* *Deutschland*; EGMR, Urt. v. 28.6.2012 – Nr. 3300/10 – *S./.* *Deutschland*; EGMR, Urt. v. 23.11.2013 – 7345/12 – *Glien./.* *Deutschland*.

Sicherungsverwahrung stellte der EGMR in den jüngsten Entscheidungen 2016⁶⁵, 2017⁶⁶ und 2018⁶⁷ keine Konventionsverstöße mehr fest.

III. Unterscheidung zwischen Alt- und Neufällen

Als Altfälle werden vorliegend die Vertrauensschutzfälle mit Anlasstaten vor dem 1. 6. 2013 bezeichnet, die unter Art. 316 f II 2 EGStGB fallen (nachträgliche Anordnung und Verlängerung). Mit den Neufällen sind dagegen die Verwahrten gemeint, bei denen die Anlasstat nach dem 1. 6. 2013 erfolgte. Hier gilt die neue Rechtslage uneingeschränkt, d. h. ohne die dem Vertrauensschutz dienenden Übergangsvorschriften, vgl. Art. 316 f I EGStGB.

C. Menschenrechtliche Sicht

I. Verstoß gegen Art. 5 I EMRK

1. Schutzbereiche

Das Recht auf Sicherheit hat keinen eigenständigen Schutzbereich.⁶⁸ Vom Recht auf Freiheit ist die körperliche Bewegungsfreiheit umfasst,⁶⁹ nicht hingegen die Versammlungs- oder die allgemeine Handlungsfreiheit.⁷⁰

2. Eingriff

Als Eingriff gilt jede staatlich veranlasste unfreiwillige Unterbringung an einem räumlich begrenzten Ort für eine nicht unerhebliche Zeit.⁷¹ Die Sicherungsverwahrung stellt, unabhängig von der tatsächlichen Ausgestaltung im Einzelfall, zweifelsohne eine solche Freiheitsentziehung dar.

3. Rechtfertigung

Um gerechtfertigt zu sein, müsste einer der Haftgründe in Art. 5 I 2 a)–f) EMRK vorliegen. Diese sind grundsätzlich eng auszulegen, um jegliche Gefahr der staatlichen Willkür zu vermeiden.⁷² Zudem muss die Freiheitsentziehung rechtmäßig sein, wozu die Einhaltung des innerstaatlichen Rechts,

insbesondere der materiell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen, erforderlich ist.⁷³ Das innerstaatliche Recht muss hinreichend zugänglich, präzise und vorhersehbar anzuwenden sein.⁷⁴

a) Art. 5 I 2 a) EMRK

Gem. Art. 5 I 2 a) EMRK kann die Freiheit nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht entzogen werden. Der Begriff der Verurteilung (»*conviction*«) muss unter Berücksichtigung des französischen Textes »*condamnation*« so verstanden werden, dass die gerichtliche Entscheidung eine Schuldfeststellung wegen einer Straftat und darauf beruhende Verhängung einer Strafe beinhaltet.⁷⁵ Die Freiheitsentziehung kann sowohl eine klassische Strafe als auch eine freiheitsentziehende Maßregel sein.⁷⁶ »Nach« ist nicht nur in rein zeitlicher Hinsicht zu verstehen, sondern setzt voraus, dass die Freiheitsentziehung sich gerade aus der gerichtlichen Entscheidung ergibt bzw. auf ihr beruht. Mit anderen Worten muss ein hinreichender Kausalzusammenhang (»*sufficient causal connection*«) bestehen.⁷⁷

aa) Anfängliche Sicherungsverwahrung, § 66 StGB

Gem. § 66 StGB wird die Sicherungsverwahrung bereits im strafgerichtlichen Urteil angeordnet. Damit besteht ein hinreichender Kausalzusammenhang zur Anlasstat bereits im Urteil.⁷⁸ Neufällen nach § 66 StGB begegnen somit keine Bedenken.

Für Altfälle in Form der nachträglichen Verlängerung zeigt sich jedoch folgende Besonderheit: Zwar wurde die Sicherungsverwahrung im Urteil angeordnet. Im Zeitpunkt der Anordnung war diese allerdings gesetzlich auf zehn Jahre begrenzt. Erst durch die Gesetzesänderung 1998 wurde die Verwahrung durch Entfristung des § 67 d StGB über 10 Jahre hinaus rückwirkend ermöglicht. Damit beruhte die Weitergeltung jenseits der 10 Jahre nicht mehr auf der gerichtlichen Anordnung, sondern nur auf der Gesetzesänderung.⁷⁹ Art. 5 I 2 a) EMRK ist insoweit daher nicht erfüllt.

65 EGMR, Ur. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann* ./ *Deutschland*.

66 EGMR, Ur. v. 2. 2. 2017 – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilmseher* ./ *Deutschland*.

67 EGMR, Ur. v. 4. 12. 2018 (GK) – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilmseher* ./ *Deutschland*.

68 EGMR, Ur. v. 13. 1. 2009 – Nr. 37048/04 – *Nikolaishvili* ./ *Georgien*, Rn. 52; EGMR, Ur. v. 1. 6. 2004 – Nr. 24561/94 – *Altun* ./ *Türkei*, Rn. 57; Karpenstein/Mayer/Elberling, EMRK, 2. Auflage (2015), Art. 5 Rn. 5.

69 EGMR, Ur. v. 7. 3. 2013 – Nr. 15598/08 – *Ostendorf* ./ *Deutschland*, Rn. 63.

70 Grabenwarter/Pabel (Fn. 10), Kap. 2 § 21 Rn. 2; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Satzger, StPO, 3. Auflage (2018), Art. 5 EMRK Rn. 5; Peters/Altwickler, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage (2012), § 18 Rn. 3.

71 EGMR, Ur. v. 16. 6. 2005 – Rn. 61603/00 – *Storck* ./ *Deutschland*, Rn. 75.

72 EGMR, Ur. v. 17. 3. 2016 – Nr. 69981/14 – *Razul Jafarov* ./ *Aserbaidschan*, Rn. 114; EGMR, Ur. v. 23. 3. 2016 – Nr. 47152/06 – *Blokhin* ./ *Russland*, Rn. 166.

73 EGMR, Ur. v. 28. 3. 2000 – 28358/95 – *Baranowski* ./ *Polen*, Rn. 50.

74 EGMR, Ur. v. 11. 10. 2007 – 656/06 – *Nasrulloev* ./ *Russland*, Rn. 71.

75 EGMR, Ur. v. 6. 11. 1980 – Nr. 7367/76 – *Guzzardi* ./ *Italien*, Rn. 100.

76 EGMR, Ur. v. 24. 6. 1982 – Nr. 7906/77 – *van Droogenbroeck* ./ *Belgien*, Rn. 35; EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – *M.* ./ *Deutschland*, Rn. 87.

77 EGMR, Ur. v. 2. 3. 1987 – Nr. 9787/82 – *Weeks* ./ *Vereinigtes Königreich*, Rn. 113; HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 18), Art. 5 Rn. 29 m. w. N.

78 EGMR, Ur. v. 21. 10. 2010 – Nr. 24478/03 – *Großkopf* ./ *Deutschland*, Rn. 45 ff.; EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – *M.* ./ *Deutschland*, Rn. 93 ff.

79 EGMR, Ur. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – *M.* ./ *Deutschland*, Rn. 96 ff.; bestätigt in: EGMR, Ur. v. 13. 1. 2011 – Nr. 17792/07 – *Kallweit* ./ *Deutschland*, Rn. 50 f.; EGMR, Ur. v. 13. 1. 2011 – Nr. 17360/04 u. 42225/07 – *Schummer* ./ *Deutschland*, Rn. 54 f.; EGMR, Ur. v. 13. 1. 2011 – 20008/07 – *Mautes* ./ *Deutschland*, Rn. 43 ff.; EGMR, Ur. v. 14. 4. 2011 – 30060/04 – *Jendrowiak* ./ *Deutschland*, Rn. 33 f.

bb) Vorbehaltene Sicherungsverwahrung, § 66 a StGB

§ 66 a StGB sieht ein zweistufiges Verfahren vor: Das Gericht behält sich die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urteil vor, wenn die Gefährlichkeit des Täters noch nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist.⁸⁰ Über die tatsächliche Anordnung wird dann erst später am Ende der Straftat gem. § 275 a StPO entschieden.

Umstritten war, ob dadurch ein ausreichender Kausalzusammenhang gegeben ist. Viele Stimmen in der Literatur⁸¹ kritisierten, dass im Rahmen des zweiten Verfahrens auf das Vollzugsverhalten abgestellt werde,⁸² womit kein hinreichender Kausalzusammenhang zum ersten Urteil mehr vorläge. 2015 entschied der EGMR jedoch, dass § 66 a StGB mit Art. 5 I 2 a) EMRK vereinbar ist.⁸³ Bereits zum Zeitpunkt der ersten Verurteilung sei klar ersichtlich, dass als gesetzliche Folge der Verurteilung die spätere Anordnung der Verwahrung in einem zweiten Verfahren folgen könnte. Die Anordnung war mit den innerstaatlichen materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften vereinbar und damit rechtmäßig.⁸⁴ Mehr verlangt Art. 5 I 2 a) EMRK nicht, ein ausreichender Kausalzusammenhang liegt vor.⁸⁵

⁸⁰ Zur berechtigten Kritik, wann das überhaupt der Fall sein soll, MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 a Rn. 20; Renzikowski, Anmerkung zu BGH, 2 StR 9/05 und 2 StR 120/05, Vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung, NSTZ 2006, 280 (282). Unabhängig von der EMRK bestehen erhebliche Probleme mit dem Bestimmtheitsgrundsatz.

⁸¹ Ebner, Die Vereinbarkeit der Sicherungsverwahrung mit deutschem Verfassungsrecht und der Europäischen Menschenrechtskonvention (2015), S. 104 ff.; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, StGB, 4. Auflage (2014), § 66 a, Rn. 4; Remde (Fn. 33), S. 64 f.; Merkel, Zur Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 20. Juni 2012, Az. 2 BvR 1048/11, ZIS 2012, 521 (522 f.); Merkel, Die trügerische Rechtssicherheit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung und der nachträglichen Therapieunterbringung, R&P 2011, 205 (211 f.); Kinzig (Fn. 63), NJW 2011, 177 (179 f.); Windoffer, Die Maßregel der Sicherungsverwahrung im Spannungsfeld von Europäischer Menschenrechtskonvention und Grundgesetz, DÖV 2011, 590 (592 f.); Kinzig, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, NSTZ 2010, 233 (239); Pollähne, Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung, KJ 2010, 255 (264 f.); Rzepka, Sicherheits- statt Rechtsstaat – Überblick und Anmerkungen zu bundes- und landesrechtlichen Konzepten einer nachträglichen Sicherungsverwahrung, R&P 2003, 191 (208); Kinzig, Das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, NJW 2002, 3204 (3207); zweifelnd Baltzer, Ein (verspäteter?) Vorschlag zur Reform der Sicherungsverwahrung, KritV 2011, 38 (49); Eschelbach, EGMR: Rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung, Anmerkung zu EGMR, Urteil vom 17. 12. 2009 – 19359/04 – M. / Deutschland, NJW 2010, 2495 (2499 f.).

⁸² Der Gesetzgeber hatte dieses Problem im Blick, BT-Drs. 17/3404, S. 30, und versuchte durch die Einfügung des Wörtchens »ergänzend« in § 66 a III 2 StGB klarzustellen, dass das Vollzugsverhalten nicht schwerpunktmäßig im zweiten Verfahren heranzuziehen sei.

⁸³ EGMR, Urte. v. 10.02.15 – Nr. 264/13 – Müller ./ Deutschland.

⁸⁴ EGMR, Urte. v. 10.02.15 – Nr. 264/13 – Müller ./ Deutschland, Rn. 55 ff. und Rn. 63.

⁸⁵ Ebenso: BVerfGE 131, 268; Lackner/Kühl/Heger/Pohlreich, StGB, 29. Auflage (2018), § 66 a Rn. 1; MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgen-

cc) Nachträgliche Sicherungsverwahrung, § 66 b StGB

Die nachträgliche Anordnung gem. § 66 b StGB enthält keine Schuldfeststellung bezüglich einer begangenen Straftat. Sie beruht vielmehr allein auf einer Gefährlichkeitsprognose und damit auf späteren zusätzlichen Umständen, die keinerlei Kausalzusammenhang zum Urteil über die Anlasstat aufweisen.⁸⁶ Dies gilt gleichermaßen für die Alt- wie auch für Neufälle, Art. 5 I 2 a) EMRK ist damit nicht erfüllt.

dd) Zwischenfazit

Altfälle sind nicht über Art. 5 I 2 a) EMRK gerechtfertigt, die Neufälle (außer § 66 b StGB) hingegen schon.

b) Art. 5 I 2 c) EMRK

Gem. Art. 5 I 2 c) EMRK ist die Festnahme einer Person u. a. rechtmäßig, um sie an der Begehung einer Straftat zu hindern. Dafür muss ein begründeter Anlass zur Annahme der Notwendigkeit bestehen (»reasonably considered necessary«).⁸⁷ Bei einer langfristigen präventiven Freiheitsentziehung besteht allerdings kein solcher Verdacht bezüglich konkreter und spezifischer Straftaten.⁸⁸ Daher lassen

stern (Fn. 1), § 66 a Rn. 43; Peglau, Die Sicherungsverwahrung im »Dialog« zwischen EGMR und BVerfG, JR 2016, 491 (496 ff.); Satzger, Sicherungsverwahrung – Europarechtliche Vorgaben und Grundgesetz, StV 2013, 243 (247); Zimmermann, Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG), HRRS 2013, 163 (171); Rissing-van Saan, FS Roxin (2011), S. 1173, 1183; Koller (Fn. 55), DRiZ 2011, 127 (132); Streng, Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des BVerfG, JZ 2011, 827 (834); Hörnle, FS Rissing-van Saan (2011), S. 239, 252; Zabel, Bürgerrechte ernstgenommen – Das Urteil des BVerfG zur nachträglichen Sicherungsverwahrung, 2 BvR 2365/09 vom 4. Mai 2011, JR 2011, 467 (473); Laue, Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand, JR 2010, 198 (203); Kreuzer, Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze, StV 2011, 122 (127); Kreuzer, Strafrecht als präventiver Opferschutz? – Plädoyer für eine einheitliche vorbehaltene Sicherungsverwahrung anstelle des dringend reformbedürftigen dreigeteilten Systems, NK 2010, 89 (94); Kreuzer, Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht angesichts divergierender Urteile des BGH und EGMR – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 9. 3. 2010, 1 StR 554/09, NSTZ 2010, 473 (479); Finger, Vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung – Zur Rechtmäßigkeit von §§ 66 a und 66 b StGB. Zugleich eine Darstellung des Umgangs mit gefährlichen Rückfalltätern in den Niederlanden (2008), S. 215 ff.; Renzikowski, Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention, JR 2004, 271 (272 f.) mit dem überzeugenden Verweis auf EGMR, Urte. v. 27. 5. 1997 – Nr. 17391/90 – Eriksen ./ Norwegen, Rn. 83 ff.

⁸⁶ EGMR, Urte. v. 13. 1. 2011 – Nr. 6587/04 – Haidn ./ Deutschland, Rn. 84 konkret zum BayStrUBG, die Argumentation ist aber auf § 66 b StGB übertragbar, was sodann durch EGMR, Urte. v. 19. 4. 2012 – Nr. 61272/09 – B. ./ Deutschland auch erfolgte.

⁸⁷ Zur unglücklichen Formulierung der Haftgründe HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 18), Art. 5 Rn. 38: Art. 5 I 2 c) Alt. 2 »wenn begründeter Anlass [...] besteht, sie an [...] einer Straftat zu hindern« hat i. E. keine eigenständige Bedeutung.

⁸⁸ EGMR, Urte. v. 6. 11. 1980 – Nr. 7367/76 – Guzzardi ./ Italien, Rn. 102: »concrete and specific«; bestätigt in EGMR, Urte. v. 17. 12. 2009 – Nr. 19359/04 – M. ./ Deutschland, Rn. 89 und 102.

sich weder die Alt- noch die Neufälle über Art. 5 I 2 c) EMRK rechtfertigen.⁸⁹

c) Art. 5 I 2 e) EMRK bei den Altfällen

Für die Altfälle ist auf der Suche nach einer konventionsrechtskonformen Grundlage für die weitere Unterbringung Art. 5 I 2 e) EMRK in den Blick geraten. Danach darf u. a. bei psychisch Kranken die Freiheit entzogen werden. Ziel kann dabei sowohl der Schutz der Allgemeinheit als auch der jeweiligen Personen selbst sein.⁹⁰

aa) Sicherungsverwahrte als psychisch Kranke

Entscheidend ist, ob Sicherungsverwahrte psychisch Kranke i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK sind. Der englische Begriff der »*person of unsound mind*« wird üblicherweise mit Unzurechnungsfähiger übersetzt,⁹¹ der französische Begriff »*aliéné*« mit Geisteskranker.⁹²

(1) Impuls durch das BVerfG

Das BVerfG hatte diesen Rechtfertigungsgrund im Urteil von 2011 aufgezeigt⁹³ und der Gesetzgeber ihn mit dem Begriff der psychischen Störung in Art. 316f II 2 EGStGB und § 1 I ThUG kodifiziert. Das ThUG⁹⁴ läuft seit der restriktiven Auslegung durch das BVerfG 2013, wonach zusätzlich die engen Voraussetzungen des Art. 316f II 2 EGStGB anzuwenden sind, allerdings leer.⁹⁵ Entscheidend ist daher, ob die

⁸⁹ Abzulehnen ist die Ansicht von Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann/Rissing-van Saan/Peglau, LK-StGB, 12. Auflage (2008), § 66b Rn. 56; Peglau, Das baden-württembergische Straftäterunterbringungsgesetz – tatsächlich als Landesrecht zulässig?, NJW 2001, 2436 (2438 f.), wonach die Vorschrift zwei unterschiedliche Gestattungstatbestände enthalte und Art. 2 die Präventivhaft erfasse. Denn Art. 5 III EMRK verweist ohne zu differenzieren auf »*the provisions of paragraph 1.c*«. Darin liegt auch kein Zirkelschluss, denn ansonsten wäre bei Wiederholungsgefahr eine unbefristete Inhaftierung ohne gerichtliche Kontrolle möglich, *Renzikowski* (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (536).

⁹⁰ EGMR, Urt. v. 6. 11. 1980 – Nr. 7367/76 – *Guzzardi* ./ *Italien*, Rn. 98.

⁹¹ <https://www.dict.cc/englisch-deutsch/person+of+unsound+mind.html>, 31.5.19.

⁹² <https://de.langenscheidt.com/franzoesisch-deutsch/aliene>, 31.5.19.

⁹³ BVerfGE 128, 326 (372 f.), *Sicherungsverwahrung II*.

⁹⁴ Das ThUG war von Beginn an als Einzelfallgesetz zur Aushebelung der EGMR-Rechtsprechung von 2009, wegen mangelnder Bestimmtheit und wegen zweifelhafter Gesetzgebungskompetenz des Bundes kritisiert worden, vgl. *Morgenstern et. al.*, Eine Quadratur des Kreises – Das Therapieunterbringungsgesetz, FPPK 2011, 197, (198 ff.); LTO/Lorenz, EGMR zur SV, Interview mit Thomas Ullenbruch, 13. 1. 2011, https://www.lto.de/persistent/a_id/2331/, zuletzt abgerufen am 9. 6. 2019.

⁹⁵ BVerfGE 134, 33; diese verfassungskonforme Auslegung verengt den Anwendungsbereich so erheblich, dass es praktisch nicht mehr anwendbar und damit obsolet geworden ist, MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 275; HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 18), Art. 5 Rn. 30; Höffler, Das Therapieunterbringungsgesetz und der verfassungsrechtliche Strafbegriff, StV 2014, 168 (170 ff.); zutreffend Ullenbruch, Walter H. ist frei, das ThUG ist tot – raffinierte Entsorgung eines europa-völkerrechtlichen Spaltpilzes in letzter Sekunde? Teil III, Zugleich Nekrolog auf den jüngsten historischen Irrläufer der deutschen Sicherungsverwahrung und Appell an die Gesetzgeber der Gegenwart und

psychische Störung nach den Voraussetzungen des Art. 316f II 2 EGStGB unter Art. 5 I 2 e) EMRK fällt. Dazu müsste beim Betroffenen eine psychische Störung vorliegen und aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten eine hochgradige Gefahr abzuleiten sein, dass er infolge dieser Störung schwerste Gewalt- oder Sexualstraftaten begehen wird.

Das BVerfG legt den Begriff sehr weit aus. Es handle sich um eine eigenständige Kategorie, die nicht an §§ 20, 21 StGB anknüpft und »*spezifische Störungen der Persönlichkeit, des Verhaltens, der Sexualpräferenz sowie der Impuls- und Triebkontrolle*« und sogar »*weiterhin abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten*«⁹⁶ erfasst.⁹⁷

(2) Begriffsverständnis des EGMR

Weder in der EMRK noch in der Rechtsprechung des EGMR findet sich eine nähere Definition der psychischen Krankheit. Der Grund dafür ist laut dem EGMR der stetige Wandel, welchem der Begriff durch den Fortschritt der psychiatrischen Forschung unterliegt.⁹⁸

Die Freiheitsentziehung aufgrund der psychischen Krankheit i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK ist nur unter den drei sog. *Winterwerp*-Kriterien⁹⁹ zulässig: Erstens muss es sich um eine durch objektive ärztliche Fachkompetenz zuverlässig nachgewiesene psychische Störung handeln. Zweitens muss die Art und Schwere dieser Störung die Zwangsunterbringung rechtfertigen. Drittens darf die Freiheitsentziehung nur solange andauern, wie die Krankheit fortbesteht und die Unterbringung erforderlich macht. Darüber hinaus ist die Freiheitsentziehung bei einer psychischen Krankheit nur dann rechtmäßig, wenn sie in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer anderen, zur Behandlung geeigneten Einrichtung erfolgt.¹⁰⁰

Die *Winterwerp*-Kriterien bestimmen damit eher die äußeren Umstände, nicht aber inhaltlich den Begriff der psychischen Krankheit.¹⁰¹ Bei der Auslegung dieses Be-

Zukunft, StV 2014, 174 (183) »*Das ThUG ist tot*«.

⁹⁶ BVerfG StV 2012, 25; beibehalten in BVerfGE 134, 33 (69 ff.).

⁹⁷ Kritisch zu dieser weiten Auslegung: MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 45; Schöch (Fn. 63), GA 2012, 14 (24); *Morgenstern*, Krank – gestört – gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK? Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 15. 9. 2011 – 2 BvR 1516/11, ZIS 2011, 974 (978).

⁹⁸ EGMR, Urt. v. 23. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien* ./ *Deutschland*, Rn. 72; EGMR, Urt. v. 28. 10. 2003 – Nr. 58973/00 – *Rakevich* ./ *Russland*, Rn. 26; Koller, Was versteht der EGMR unter »*unsound mind*« (Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK)?, in: Müller/Nedopil/Saimeh/Habermeyer/Falkai (Hrsg.), Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung, Was folgt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. 5. 2011? (2012), S. 43, 64.

⁹⁹ EGMR, Urt. v. 24. 10. 1979 – Nr. 6301/73 – *Winterwerp* ./ *Niederlande*, Rn. 39.

¹⁰⁰ EGMR, Urt. v. 28. 5. 1985 – Nr. 8225/78 – *Ashingdane* ./ *Vereinigtes Königreich*, Rn. 44; EGMR, Urt. v. 30. 7. 1998 – Nr. 25357/94 – *Aerts* ./ *Belgien*, Rn. 46.

¹⁰¹ MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 48.

griffs sei vielmehr den nationalen Behörden ein gewisser Ermessensspielraum zuzubilligen.¹⁰² Die psychische Krankheit müsse allerdings einen gewissen Schweregrad aufweisen, welcher dann angenommen wird, wenn sie die Behandlung in einer geeigneten Einrichtung erfordert.¹⁰³ Es sei jedoch (insofern in Übereinstimmung mit dem BVerfG) keine Schuldunfähigkeit nach deutschem Recht gem. §§ 20, 21 StGB für die Annahme einer psychischen Krankheit i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK erforderlich.¹⁰⁴ Der Begriff des EGMR ist damit weiter gefasst als die Konzeption der §§ 20, 21 StGB,¹⁰⁵ allerdings unter Umständen zugleich enger als der Begriff der psychischen Störung in Art. 316 f II 2 EGStGB. Die diesbezügliche Formulierung des EGMR »*might be more restrictive*«¹⁰⁶ lässt an Klarheit zu wünschen übrig.¹⁰⁷

(3) Urteil des EGMR 2016¹⁰⁸

2016 segnete der EGMR zu einem Altfall aufgrund der konkreten Umstände eine Unterbringung gestützt auf Art. 5 I 2 e) EMRK ab. Der Betroffene litt an sexuellem Sadismus, der durch ein objektives ärztliches Gutachten fachkompetent festgestellt wurde und medizinischer Behandlung und Therapie bedurfte. Das Ziel der Verwahrung war die notwendige Behandlung dieser psychischen Störung in einer eigens dafür baulich neu errichteten Einrichtung. Die konkrete Unterbringungssituation und die therapeutischen Angebote, insbesondere der Personalschlüssel, gewährleisteten eine angemessene Behandlung der psychischen Störung in einer geeigneten Einrichtung.¹⁰⁹ Diese Linie hat der EGMR 2017 und 2018 bestätigt.¹¹⁰

(4) Kritik an der EGMR-Rechtsprechung

Diese extensive Auslegung des psychisch Kranken erscheint jedoch bedenklich. Der Begriff der psychischen Störung wird zu Recht als nicht hinreichend bestimmt und als zu weitreichend kritisiert.¹¹¹ Art. 5 I 2 e) EMRK muss,

um Willkür vorzubeugen, vielmehr eng ausgelegt werden und insofern eine eingrenzende Funktion aufweisen. Dafür spricht neben dem Telos auch der Wortlaut der englischen und französischen Fassung: »Geisteskrankheit« bzw. »Unzurechnungsfähigkeit« ähnelt stark den Begriffen der »krankhaften seelischen Störung«, »seelischen Abartigkeit« und »tiefgreifenden Bewusstseinsstörung« i. S. d. §§ 20, 21 StGB. Nach dem Verständnis des EGMR handelt es sich aber gerade nicht um eine seelische Störung i. S. d. §§ 20, 21 StGB,¹¹² die zu einer Schuldunfähigkeit und Unterbringung in einem psychischen Krankenhaus gem. § 63 StGB geführt hätte.¹¹³ Ebenso wenig muss es sich aber um klassifizierte psychiatrische Krankheiten nach ICD-10¹¹⁴ handeln. Vielmehr sollen laut EGMR auch nicht-pathologische Störungen ausreichen, sofern sie genügend schwerwiegend sind.¹¹⁵

Zwar ist empirisch nachgewiesen, dass der Großteil der Sicherungsverwahrten tatsächlich an Persönlichkeitsstörungen oder Psychopathie leidet.¹¹⁶ Die meisten weisen Kennzeichen einer dissozialen oder antisozialen Persönlichkeitsstörung auf.¹¹⁷ Wie aber diese Feststellung, ab wann eine

Rückfängen des ThUG – aktuellster Spaltplatz zwischen EGMR und BVerfG?, zugleich Besprechung von Saarl. OLG, Beschluss vom 30. 9. 2011 – 5 W 212/11-94 zu einer »nachträglichen Sicherungsverwahrung«, StV 2012, 44 (49); Kreuzer, Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, ZRP 2011, 7 (10); kritisch Morgenstern (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (976 ff.); Nußstein, Das Therapieunterbringungsgesetz – Erste Erfahrungen aus der Praxis, NJW 2011, 1194 (1194); Schöch, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs v. 21. 6. 2011 – 5 StR 52/11, Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b I 1 StGB, betr. psychische Störung bei Sicherungsverwahrung und Therapieunterbringung, JR 2012, 173 (175); dag. Zimmermann (Fn. 85), HRRS 2013, 164 (177); Zimmermann, Anmerkung zu BVerfG JZ 2013, 1097 (ThUG), JZ 2013, 1108 (1110).

112 EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien ./. Deutschland*, Rn. 84.

113 Das aber fordern Müller, Die Regelungen der Sicherungsverwahrung im Lichte des Bundesverfassungsgerichtsurteils vom 4. 5. 2011 in ihren Auswirkungen auf Psychiatrie und Psychotherapie, NK 2012, 54 (54 ff.); Morgenstern (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (978); Renzikowski (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (536 ff.).

114 International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, herausgegeben von der Weltgesundheitsorganisation (WHO).

115 Vgl. EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien ./. Deutschland*, Rn. 88 ff.

116 Hanske/Groß, Vortrag 2016, zitiert nach: Nedopil, Sicherungsverwahrung und »psychische Störung« aus psychiatrischer Sicht, in: Kaspar (Hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0, Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven (2017), S. 57, 63; Gairing et al., Sicherungsverwahrte (§ 66 StGB) – Merkmale der Täter und ihre Bedeutung für die Erfolgsaussichten eines therapeutischen Vollzugs, Nervenarzt 2013, 65 (67); Suhling/Wischka, Behandlung in der Sicherungsverwahrung, KrimPäd 2013, 47 (52); Gairing et al., Diagnostische und kriminalprognostische Merkmale von Sicherungsverwahrten und ihre Bedeutung für das Therapieunterbringungsgesetz, MschrKrim 2011, 243 (245 ff.); Habermeyer et al., Kriminologische und diagnostische Merkmale von Häftlingen mit angeordneter Sicherungsverwahrung, MschrKrim 2007, 317 (318 ff.).

117 Bauer, Zur Gefährlichkeit von Sicherungsverwahrten – Deskription und Analyse von Aspekten der Gefährlichkeit sicherungsverwahrter Straftäter im Land Berlin (2017), S. 65 ff.; Haase, Abgelehnte nachträgliche Sicherungsverwahrung gemäß § 66b StGB: Psychiatrische Prognosegutachten und empirische soziodemografische sowie kriminalbiografische Befunde der

102 EGMR, Urt. v. 5. 11. 1981 – Nr. 7215/75 – *X ./. Vereinigtes Königreich*, Rn. 43; EGMR, Urt. v. 5. 10. 2004 – Nr. 45508/99 – *H.L. ./. Vereinigtes Königreich*, Rn. 98; dag. Eisenberg, Tatsachenfeststellungen nationaler Gerichte vor dem EGMR, NJW 2019, 56 (57).

103 EGMR, Urt. v. 4. 4. 2000 – Nr. 26629/95 – *Witold Litwa ./. Polen*, Rn. 60; EGMR, Urt. v. 20. 2. 2003 – Nr. 50272/99 – *Hutchison Reid ./. Vereinigtes Königreich*, Rn. 52; nicht bloßes normabweichendes oder sozial auffälliges Verhalten und Persönlichkeitsakzentuierungen.

104 EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien ./. Deutschland*, Rn. 84.

105 Morgenstern (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (978); Renzikowski (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (536 ff.).

106 EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann ./. Deutschland*, Rn. 113; ebenso bereits EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 – Nr. 7345/12 – *Glien ./. Deutschland*, Rn. 87.

107 MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 51.

108 EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann ./. Deutschland*.

109 EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann ./. Deutschland*, Rn. 106 ff.

110 EGMR, Urt. v. 2. 2. 2017 – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Inseher ./. Deutschland*; EGMR, Urt. v. 4. 12. 2018 (GK) – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Inseher ./. Deutschland*.

111 Höffler (Fn. 95), StV 2014, 168 (171); Ullenbruch, Walter H. in den

solche Störung schwerwiegend genug ist, um eine Unterbringung zu rechtfertigen, in der Praxis zu bewerkstelligen ist, ohne im Einzelfall völlig willkürlich zu entscheiden, lässt der EGMR unbeantwortet.¹¹⁸

Im Ergebnis wird dadurch Kriminalität mit Krankheit und die dauerhafte Gefährlichkeit mit psychischen Störungen gleichgesetzt.¹¹⁹ Bestimmte Erscheinungsformen der Kriminalität werden damit per se pathologisiert – »wer so etwas tut, muss gestört sein.«¹²⁰ Der Begriff der psychischen Erkrankung wird jenseits der §§ 20, 21 StGB gefährlich aufgeweicht und das Kriterium der Gefährlichkeit schafft sich Raum.¹²¹ Zu Recht wendet sich daher, soweit ersichtlich, nahezu der gesamte Berufsstand dagegen.¹²² Durch das stationäre Behandlungserfordernis werden die neu geschaffenen Vollzugseinrichtungen mit psychiatrischen Krankenhäusern gleichgesetzt.¹²³ Das Abstellen auf den Unterbringungsort führt in letzter Konsequenz zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass von der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus auf das Vorliegen einer psychischen Krankheit geschlossen wird, während im Gegenteil eine solche Krankheit abgelehnt wird, wenn die Unterbringung in einer nicht-therapeutischen Einrichtung erfolgt.¹²⁴

Ungeachtet der an sich begrüßenswerten Therapieausrichtung ist auch ein gewisser »*Therapieoptimismus*«¹²⁵ zu beobachten. Es handelt sich immerhin um das schwierigste Klientel in ganz Deutschland. Sicherungsverwahrte weisen häufig viele Vorstrafen und eine hohe Anzahl kriminogener Risikofaktoren auf, sind früh kriminell auffällig geworden und haben bereits eine lange Kriminalitätskarriere hinter sich.¹²⁶ Mitunter ist einigen mit (frühzeitigen!) deliktsspezi-

fischen Therapien zu helfen, aber gerade bei älteren Verwahrten sind Therapien oft aussichtslos. Es gehört auch zur Wahrheit, dass nicht alle durch Therapien geheilt werden können.¹²⁷

Stattdessen wird mittels des »*psychiatrisch-psychotherapeutischen Feigenblatts*«¹²⁸ über die einzig verbliebene Möglichkeit des Art. 5 I 2 e) EMRK eine weitere Verwahrung der Altfälle ermöglicht. Dadurch werden psychiatrische Patienten, die nun auf eine Stufe mit (oft mehrfach schwer straffälligen) Sicherungsverwahrten gestellt werden, in erheblicher Weise stigmatisiert.¹²⁹ Die Kritik, dass die Psychiatrie als bloßer Vorwand missbraucht wird,¹³⁰ ist nicht gänzlich von der Hand zu weisen.

Dem EGMR ist jedoch entlastend zugutezuhalten, dass er lediglich auf die deutsche Rechtsprechung und Gesetzgebung reagieren konnte, die nach seiner Leitentscheidung 2009 den (nicht unbedingt vorhersehbaren) Weg über Art. 5 I 2 e) EMRK gewählt haben. In dieser »Bredouille« hat er eine rechtspolitisch tragfähige Lösung gefunden, die ihm in jedem Einzelfall eine wirksame Überprüfung der konkreten Unterbringungssituation ermöglicht.

bb) Zwischenfazit

Die Altfälle lassen sich nach der Rechtsprechung des EGMR über die Einordnung als psychisch Kranke gem. Art. 5 I 2 e) EMRK rechtfertigen.

d) Art. 5 I 2 e) EMRK bei den Neufällen

Für die Neufälle der nachträglichen Sicherungsverwahrung gem. § 66b StGB kommt wie bei den Altfällen eine Rechtfertigung nur nach Art. 5 I 2 e) EMRK in Betracht. Allerdings müsste § 66b StGB restriktiv gem. § 316f II 2 EGStGB ausgelegt werden (wie bei den Altfällen), um konventionsrechtskonform zu sein.¹³¹ Der Gesetzgeber verzichtet in § 66b StGB aber ausdrücklich darauf.¹³² Gegen den eindeutigen gesetzgeberischen Willen kann keine konventionsrechtskonforme Auslegung erfolgen.¹³³ Zudem bestünde selbst bei restriktiver Auslegung nahezu kein Anwendungsbereich: Es müsste erst die Unterbringung nach

Probanden (2016), S. 40 ff.; *Habermeyer et al.*, Forensische Psychiatrie ohne Diagnosen – Begriff der psychischen Störung im Kontext der Sicherungsverwahrung, FPPK 2015, 164 (168); *Saß*, Persönlichkeit und Verantwortung, FPPK 2015, 75 (76 f.).

118 MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 1), § 66 Rn. 50; *Höffler* (Fn. 95), StV 2014, 168 (173); ähnlich *Morgenstern* (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (978 f.); *Satzger* (Fn. 85), StV 2013, 243 (248).

119 Müller et al., Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) zum Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu den begleitenden Regelungen, und insbesondere zum Artikel 5 Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG) in Kraft seit 1. 1. 2011 vom 10. 2. 2011, FPPK 2011, 116 (116).

120 MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 1), § 66 Rn. 45; *Schöch* (Fn. 63), GA 2012, 14 (24); *Morgenstern* (Fn. 97), ZIS 2011, 974 (978).

121 *Morgenstern et al.* (Fn. 94), FPPK 2011, 197 (202): Dritte Kategorie der »*bloß Gefährlichen*«.

122 *Müller et al.* (Fn. 119), FPPK 2011, 116 (116 ff.).

123 *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Dessecker* (Fn. 55), § 66 Rn. 6, krit. auch MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 1), § 66 Rn. 51.

124 MüKo-StGB/*Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 1), § 66 Rn. 50.

125 Krit. *Hörnle* (Fn. 57), NSTZ 2011, 488 (492); eher positiv *Höffler/Kaspar*, Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann – Zugleich ein Beitrag zu den Aporien der Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionssystems, ZStW 2012, 87 (130).

126 Vgl. die Studien von *Bauer* (Fn. 117), S. 65 ff.; *Habermeyer/Voß*, Kriminologische und diagnostische Merkmale von Sicherungsverwahrten, in: Müller/Nedopil/Saimh/Habermeyer/Falkai (Hrsg.), Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung, Was folgt nach

dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. 5. 2011? (2012), S. 85, 85 ff.; siehe auch *Dessecker* (Fn. 38), S. 482.

127 *Müller et al.* (Fn. 119), FPPK 2011, 116 (117); *Habermeyer et al.* (Fn. 117), FPPK 2015, 164, 169.

128 *Habermeyer et al.* (Fn. 117), FPPK 2015, 164, 169.

129 *Müller* (Fn. 113), NK 2012, 54 (57); *Satzger* (Fn. 85), StV 2013, 243 (248).

130 *Müller et al.* (Fn. 119), FPPK 2011, 116 (117).

131 Vgl. nur EGMR, Urt. v. 28. 6. 2012 – Nr. 3300/10 – *S. ./.* Deutschland zur entsprechenden Regelung in § 66b Abs. 3 StGB aF; *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Jehle/Harrendorf*, StGB, 4. Auflage (2019), § 66b Rn. 14; *Peglau* (Fn. 85), JR 2016, 491 (498) und HK-EMRK/*Meyer-Ladewig/Harrendorf/König* (Fn. 18), Art. 5 Rn. 29; ähnlich *Kinzig* (Fn. 63), NJW 2011, 177 (182).

132 Im Gegenteil, siehe BT-Drucks. 17/3403, S. 34: »Der einengenden Auslegung [...] [soll] mit diesem Entwurf die Grundlage entzogen werden.«

133 Grenze der Auslegung, vgl. *Quarthal* (Fn. 20), JURA 2011, 495 (498).

§ 63 StGB für erledigt erklärt werden, weil der – zuvor angenommene – Zustand gem. §§ 20, 21 StGB nicht (mehr) vorliegt. Dann müsste zur weiteren Inhaftierung aber eine psychische Störung gem. Art. 5 I 2 e) EMRK vorliegen, was kaum vorstellbar ist.¹³⁴ Die Neufälle gem. § 66 b StGB sind damit nicht nach Art. 5 I 2 e) EMRK gerechtfertigt.

4. Ergebnis und Diskussion

Solange die Sicherungsverwahrung bereits anfänglich gem. § 66 StGB im Urteil angeordnet oder gem. § 66 a StGB vorbehalten wird, bestehen bezüglich Art. 5 I EMRK keine konventionsrechtlichen Bedenken. Dann ist Art. 5 I 2 a) EMRK unstreitig einschlägig. Der EGMR wendet sich jenseits der Altfälle nicht gegen das Institut der Sicherungsverwahrung an sich.¹³⁵ Neufälle gem. § 66 b StGB hingegen sind weder über Art. 5 I 2 a) noch Art. 5 I 2 e) EMRK gerechtfertigt und damit weiterhin konventionswidrig.

Bezüglich der Altfälle ist festzustellen, dass der EGMR mit widersprüchlicher Begründung über Art. 5 I 2 e) EMRK eine konventionsgemäße Unterbringung im Einzelfall zulässt. Diese extensive Auslegung des psychisch Kranken ist wie dargelegt kritisch zu sehen. Es handelt sich um ein rechtspolitisches Ergebnis, um überhaupt eine konventionsrechtskonforme Grundlage für die weitere Unterbringung der (gefährlichsten) Altfälle zuzugestehen. Die hohen Voraussetzungen der psychischen Störung und der gerade daraus resultierenden Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen stellen jedoch eine starke Einschränkung dar. Als indirekte Folge der EGMR-Rechtsprechung sitzen keine Täter mehr (wie früher¹³⁶) wegen gewaltloser Eigentums- und Vermögensdelikte in Sicherungsverwahrung. Stattdessen liegen der Verwahrung (fast¹³⁷) nur noch Gewalt- und Sexualdelikte zugrunde.¹³⁸ Zudem prüft der EGMR in jedem Einzelfall, ob eine adäquate Unterbringung und ausreichendes Therapieangebot gewährleistet sind.

Abschließend lässt sich damit zu Art. 5 I EMRK feststellen, dass der EGMR zwar nicht dogmatisch wider-

spruchsfrei arbeitet. Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich der Sicherungsverwahrung dennoch erheblich eingeschränkt. Zudem wurde der Trend zu (willkürlichen) nachträglichen Verschärfungen gestoppt und die Phase der »Therapeutisierung«¹³⁹ eingeleitet. Dies führt zu einer eindeutigen Verbesserung der menschenrechtlichen Lage in tatsächlicher Hinsicht.

II. Verstoß gegen Art. 7 I EMRK

1. Sicherungsverwahrung als Strafe

Die alles entscheidende Frage im Rahmen des Art. 7 I EMRK ist, ob die Sicherungsverwahrung eine »Strafe« i. S. d. Konvention darstellt. In diesem Fall griffe das absolute, der Abwägung nicht zugängliche Rückwirkungsverbot des Art. 7 I EMRK. Bei den Altfällen läge dann ein Verstoß gegen das Verbot der rückwirkenden Strafschärfung gem. Art. 7 I 2 EMRK vor.¹⁴⁰ Dasselbe gilt für die Neufälle im Rahmen des § 66 b StGB.

2. Die Rechtsprechung

Die Problematik ist am besten durch eine chronologische Darstellung der weichenstellenden Entscheidungen der beiden Gerichte darzustellen.

a) Urteil des BVerfG 2004¹⁴¹

Das BVerfG sah entsprechend der innerdeutschen Dogmatik die Sicherungsverwahrung als schuldunabhängige Maßregel und nicht als Strafe i. S. d. Art. 103 II GG an. Damit konnte es über den allgemeinen rechtsstaatlichen Vertrauensschutz nach Art. 20 III GG die Grundsätze zur unechten Rückwirkung (tatbestandliche Rückanknüpfung)¹⁴² für die Altfälle heranziehen¹⁴³ und ergebnisorientiert abwägen.

¹³⁴ HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 18), Art. 5 Rn. 30; Schönte/Schröder/Kinzig (Fn. 1), § 66 b Rn. 8; kritisch *Renzikowski*, Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung, NJW 2013, 1638 (1642).

¹³⁵ St. Rspr., bspw. EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. ./.* Deutschland; EGMR, Urt. v. 21.10.2010 – Nr. 24478/03 – *Grosskopf ./.* Deutschland; vgl. auch EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – Nr. 7906/77 – *van Droogenbroeck ./.* Belgien; v. *Arnim*, Die Standards des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Bezug auf die Sicherungsverwahrung, KrimPäd 2013, 4 (6); *Renzikowski* (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (534 f.); *Hörnle* (Fn. 57), NSTZ 2011, 488 (492).

¹³⁶ *Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand: Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustands einer Maßregel (1996), S. 107; *Dessecker* (Fn. 6), S. 306 ff., 329; *Bartsch* (Fn. 6), S. 34 f., 161 ff.

¹³⁷ Strafvollzugsstatistik 2018, S. 22: Noch je ein Verwahrter wegen Betrugs / Diebstahls.

¹³⁸ Ebd., ca. 60 % wg. §§ 174 ff. StGB, 16 % wg. §§ 249 ff. StGB, je 10 % wg. §§ 211, 212 u. 223 ff. StGB.

¹³⁹ So MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 23.

¹⁴⁰ Erstaunlicherweise wird, soweit ersichtlich, nirgendwo das Doppelstrafungsverbot (*ne bis in idem*) aus Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK ausführlich thematisiert, obwohl es zumindest in den Altfällen der nachträglichen Anordnung anzudenken wäre. *Kreuzer/Bartsch*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Urteil v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 – Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung, StV 2011, 472 (472) gehen offensichtlich ohne jeglichen Zweifel davon aus und konstatieren »Verstöße gegen [das] Rückwirkungs- und Doppelstrafungsverbot in den Art. 7 und 5 EMRK«. Dies ist etwas unsauber, da das Doppelstrafungsverbot nicht in Art. 7 EMRK, sondern in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK verankert ist. An der grundsätzlichen Frage ändert diese Unterscheidung aber nichts: Auch das Doppelstrafungsverbot ist nur einschlägig, wenn es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine Strafe i. S. d. Konvention handelt.

¹⁴¹ BVerfGE 109, 133, *Sicherungsverwahrung I*.

¹⁴² Ausführlich zu den unterschiedlichen Begriffen des 1. und 2. Senats *Wernld* (Fn. 35), S. 278 ff. Im Ergebnis besteht kein Unterschied, vgl. *Pieroth*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 1990, 279 (281), der von einer bloßen »Umetkettierung« ohne tatsächliche Relevanz spricht.

¹⁴³ BVerfGE 109, 133 (167 ff.), *Sicherungsverwahrung I*.

b) Urteil des EGMR 2009¹⁴⁴

Der EGMR legte den Begriff autonom aus und kam zum Ergebnis, dass die Sicherungsverwahrung (trotz der abweichenden innerstaatlichen Klassifizierung) aufgrund einer Gesamtbetrachtung als Strafe i. S. d. Konvention anzusehen ist.¹⁴⁵ Entscheidend seien die tatsächliche Ausgestaltung, der weitgehend ähnliche Vollzug von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung und der sich überschneidende Zweck im Präventionsbereich.¹⁴⁶ Zudem sei die prozessuale Anordnung durch die Strafgerichte, ein faktisches Element der Abschreckung sowie Zweck und (weniger maßgeblich¹⁴⁷) Schwere der Maßnahme heranzuziehen (sog. *Welch-Kriterien*).¹⁴⁸ Der EGMR versteht die Strafe somit nicht rein formal, sondern wirkungsorientiert.¹⁴⁹ Die Sicherungsverwahrung unterliegt damit dem absoluten Rückwirkungsverbot aus Art. 7 I EMRK.

c) Urteil des BVerfG 2011¹⁵⁰

Das BVerfG zeigte 2011 ein teilweises Einlenken und teilweises Beharren auf der Position aus 2004. Einerseits beharrt das BVerfG auf der (überkommenen¹⁵¹) Einordnung als

¹⁴⁴ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. / . Deutschland*.

¹⁴⁵ St. Rspr.: EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. / . Deutschland*, Rn. 131; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – Nr. 17792/07 – *Kallweit / . Deutschland*; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – Nr. 17360/04 u. 42225/07 – *Schummer / . Deutschland*; EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – Nr. 20008/07 – *Mautes / . Deutschland*.

¹⁴⁶ EMGR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 – *M. / . Deutschland*, Rn. 122 ff.

¹⁴⁷ Die Schwere allein kann nicht maßgeblich sein, weil viele Maßnahmen präventiver Art, die gerade keine Strafen sind, ebenfalls erhebliche Auswirkungen haben, vgl. EGMR, Urt. v. 7.12.2006 – Nr. 29514/05 – *Van der Velden / . Niederlande*, Rn 1; EGMR, Urt. v. 9.2.1995 – Nr. 17440/90 – *Welch / . Vereinigtes Königreich*, Rn. 32.

¹⁴⁸ EGMR, Urt. v. 9.2.1995 – Nr. 17440/90 – *Welch / . Vereinigtes Königreich*, Rn. 27 ff.

¹⁴⁹ *Werndl*, Altfallproblematik und rechtsstaatlicher Vertrauensschutz in Sachen Sicherungsverwahrung, in: Kaspar (Hrsg.), *Sicherungsverwahrung 2.0, Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven* (2017), S. 71, 97.

¹⁵⁰ BVerfGE 128, 326, *Sicherungsverwahrung II*.

¹⁵¹ BVerfGE 128, 326 (377), *Sicherungsverwahrung II*. Kritik an der Position des BVerfG kann aus Platzgründen nicht ausführlich erfolgen. Dem EGMR ist in seiner st. Rspr. der wirkungsorientierten Betrachtungsweise der Strafe jedoch zuzustimmen: Ob Strafcharakter vorliegt (und damit Art. 103 II GG eingreift), kann nicht von der bloßen Bezeichnung oder dogmatischen Einordnung abhängen, sondern muss von der tatsächlichen Wirkung auf den Betroffenen beurteilt werden (vgl. den modernen Eingriffsbegriff). Ansonsten läge es in der Hand des Gesetzgebers, durch eine bloße andere Bezeichnung den Grundrechtsschutz zu verkürzen und rechtsstaatliche Garantien einzuschränken. Auch das Abstandsgebot vermag daran nichts zu ändern: Es ließe sich zum einen (rein theoretisch) auch ein Abstand durch eine Verschlechterung der Situation der Strafgefangenen erreichen und zum anderen wäre auch kein Abstand gegeben, wenn sowohl Vollzug als auch Sicherungsverwahrung die gleichen, optimalen Bedingungen aufweisen würden. Außerdem soll auch der moderne Strafvollzug auf Resozialisierung ausgerichtet sein und sich nicht gerade dadurch von der Sicherungsverwahrung unterscheiden. Vgl. dazu die zutreffenden Aufsätze von *Kaspar*, Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR, ZStW 2015, 654 ff. und *Höffler/Kaspar* (Fn. 125), ZStW

Maßregel und nicht als Strafe i. S. d. Art. 103 II GG. Es rügte allerdings den im tatsächlichen Vollzug zu geringen Abstand zwischen Haft und Sicherungsverwahrung (s. o.).

Andererseits trägt das BVerfG dem Urteil des EGMR Rechnung, indem es die Anforderungen an den Vertrauensschutz durch Einbezug der Wertungen der EMRK verschärft.¹⁵² Dadurch konstruiert es einen nahezu absoluten Vertrauensschutz, sodass im Ergebnis fast kein Unterschied zum EGMR besteht.¹⁵³ Lediglich bei der hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten aufgrund einer psychischen Störung i. S. d. Art. 5 I 2 e) EMRK ließ es eine nachträgliche präventive Freiheitsentziehung bei den Altfällen weiterhin zu (vgl. oben).¹⁵⁴ Insgesamt kann von einer »salomonischen Entscheidung«¹⁵⁵ gesprochen werden: Das BVerfG ist dem EGMR im Wesentlichen gefolgt, hat sich jedoch das letzte Wort vorbehalten.¹⁵⁶

d) Urteil des EGMR 2016¹⁵⁷

Der EGMR hält an seiner Auffassung von 2009 fest und sieht die Sicherungsverwahrung grundsätzlich weiterhin als Strafe i. S. d. Konvention an. Trotz des »neuen Konzepts« der Sicherungsverwahrung werde diese noch immer als Reaktion auf eine Strafe von einem Strafgericht verhängt und unterscheide sich weder nach Zweck noch Schwere ausreichend vom Vollzug. Allerdings trete im konkreten Fall aufgrund der in vielerlei Hinsicht gebesserten Bedingungen und des nun geänderten therapeutischen Zwecks das strafende Element ausnahmsweise in den Hintergrund. Im konkreten Fall handle es sich damit nicht um eine Strafe i. S. d. Art. 7 I EMRK.¹⁵⁸ Diese neue Linie hat der EGMR in 2017 und 2018 beibehalten,¹⁵⁹ wobei die Frage mit der Entscheidung der Großen Kammer endgültig entschieden sein dürfte.

2012, 87 ff.; vgl. auch *Hoyer*, Plädoyer für die Rekonstruktion eines einspurigen Sanktionensystems, in: Rotsch (Hrsg.), *Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (2018), S. 427, 427 ff.; ablehnend auch *Dax*, Die Neuregelung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung – Bestandsaufnahme sowie kritische Betrachtung der bundes- und landesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots (2017), S. 532.

¹⁵² BVerfGE 128, 326 (391), *Sicherungsverwahrung II*.

¹⁵³ Die Divergenz wurde lediglich nicht – wie meistens in diesem europäischen »Dialog« – auf derselben dogmatischen Ebene aufgelöst, siehe *Daiber*, Der Einfluss der EGMR-Rechtsprechung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2018, 957 (961).

¹⁵⁴ BVerfGE 128, 326 (405 ff.), *Sicherungsverwahrung II*, damit berücksichtigt das BVerfG stärker als der EGMR die Problematik der mehrpoligen Grundrechtsverhältnisse.

¹⁵⁵ *Renzikowski* (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (543).

¹⁵⁶ Wie bei BVerfGE 111, 307, *Görgülü* handelt es sich letztlich auch um eine Machtfrage, vgl. *Renzikowski* (Fn. 57), ZIS 2011, 531 (543); *Hörnle* (Fn. 57), NStZ 2011, 488 (493).

¹⁵⁷ EGMR, Urt. v. 7.1.2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann / . Deutschland*.

¹⁵⁸ EGMR, Urt. v. 7.1.2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann / . Deutschland*, Rn. 181 f.

¹⁵⁹ EGMR, Urt. v. 2.2.2017 – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilseher / . Deutschland*; EGMR, Urt. v. 4.12.2018 (GK) – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilseher / . Deutschland*.

3. Kritik an der EGMR-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 7 I EMRK ist nicht frei von Widersprüchen.¹⁶⁰ Bereits auf den ersten Blick erscheint es keinesfalls konsequent, grundsätzlich vom Vorliegen einer Strafe auszugehen, aber im gleichen Atemzug davon im konkreten Fall abzuweichen. Eine Strafe liegt (bei wirkungsorientierter Betrachtung) entweder vor oder eben nicht. Aber auch auf den zweiten Blick zeigen sich Ungereimtheiten: Einerseits wird die Sicherungsverwahrung bei den Neufällen der anfänglichen und vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gem. Art. 5 I 2 a) EMRK damit gerechtfertigt, dass sie eine Verurteilung samt Schuldspruch darstelle (s.o.), mithin eine Strafe i.S.d. Art. 7 I EMRK sei. Andererseits werden die Altfälle der nachträglich angeordneten und verlängerten Sicherungsverwahrung als psychisch Kranke über Art. 5 I 2 e) EMRK damit gerechtfertigt, dass gerade keine Strafe i.S.d. Art. 7 I EMRK vorläge (bzw. der therapeutische Charakter so sehr im Vordergrund stehe, dass der Strafcharakter im konkreten Fall ausnahmsweise zurücktrete).

Dies könnte man möglicherweise noch erklären, wenn man auf eine autonome Auslegung in verschiedenen Kontexten abstellen würde. Allerdings wird die Sicherungsverwahrung von Alt- und Neufällen in denselben Einrichtungen und mit denselben Therapieangeboten vollzogen, vgl. § 66c StGB. Nach dem Urteil des BVerfG 2011 sind alle Formen der Sicherungsverwahrung »therapiegerichtet« zu gestalten. Dass die Sicherungsverwahrung im selben Gebäude für die Neufälle weiterhin eine Strafe sein soll, für die Altfälle jedoch nicht, stellt einen unerklärlichen Widerspruch dar. Es kann nicht gleichzeitig eine Strafe und keine Strafe sein bzw. für die einen eine Strafe und für die anderen eine Therapie.

Der EGMR akzeptiert aber »um des lieben Friedens willen?«¹⁶¹ die Unterbringung für die Altfälle auf diese Weise, um überhaupt eine konventionskonforme Möglichkeit zuzulassen. Im Ergebnis handelt es sich damit um einen gesichtswahrenden Kompromiss: Das BVerfG darf weiterhin die Sicherungsverwahrung nicht als Strafe i.S.d. Art. 103 II GG ansehen (kommt aber im Rahmen des Vertrauensschutzes nahezu zum selben Ergebnis, s.o.), während der EGMR an der grundsätzlichen Einordnung als Strafe i.S.d. Art. 7 I EMRK festhalten darf, davon aber im Einzelfall abweichen kann. Beide Gerichte wahren damit formal ihre Grundposition¹⁶², können aber weiterhin im Einzelfall abwägen und ergebnisorientiert entscheiden: das BVerfG in (nun noch engeren Grenzen) im Rahmen des Art. 20 III GG, der EGMR im jeweiligen Einzelfall, ob Art. 7 I EMRK ausnahmsweise zurücktritt. Damit ist zudem klargestellt, dass

auch in Zukunft der strenge Maßstab des Art. 7 I EMRK maßgeblich ist.¹⁶³

4. Ergebnis und Diskussion

Die Altfälle sind über Art. 316 f II 2 EGStGB, Art. 5 I 2 e) EMRK konventionsrechtskonform umgesetzt, sofern die tatsächlichen Bedingungen im Einzelfall erfüllt sind und sich die Vollziehung nicht wie eine Strafe darstellt, sondern als Therapie.

Den Neufällen gem. §§ 66 und 66a StGB begegnen bezüglich Art. 7 I EMRK keine Bedenken. Neufälle im Rahmen des § 66b StGB hingegen dürften aus denselben Gründen wie bei Art. 5 I EMRK mangels Anwendbarkeit des Art. 316 f II 2 EGStGB konventionsrechtswidrig sein (vgl. oben).

Dreh- und Angelpunkt ist, dass der EGMR weiterhin autonom in jedem Einzelfall prüft, ob eine Strafe i.S.d. Konvention vorliegt. Dabei blickt er nicht nur auf die gesetzlichen Vorgaben (»*law in the books*«), sondern entscheidend auch auf die praktische Umsetzung (»*law in action*«).¹⁶⁴

In rechtlicher Hinsicht sind die Voraussetzungen bereits geschaffen: Die Vollzugsgesetze der Länder sind, wenn auch in den Einzelheiten teils sehr unterschiedlich, inzwischen auf Resozialisierung und Therapie statt bloßer Verwahrung ausgerichtet.¹⁶⁵ Die entscheidende Frage ist, ob dies auch für die praktische Umsetzung gilt. Das hat der EGMR im Urteil von 2016 sehr deutlich gemacht: Er sah nur deshalb von einer Einordnung als Strafe ab, weil sich die Situation des Beschwerdeführers im konkreten Fall (entscheidungs-) erheblich verbessert hatte.¹⁶⁶ Soweit bisher ersichtlich, wurden erhebliche Anpassungen vorgenommen. Die baulichen Rahmenbedingungen sind durch Umbau der vorhandenen Einrichtungen oder durch Neubauten ausschließlich für Sicherungsverwahrte vielerorts stark verbessert worden.¹⁶⁷

¹⁶³ Die 2011 möglicherweise gehegten Hoffnungen des BVerfG, den EGMR durch die sehr ausführliche Begründung und Herleitung des Maßregelcharakters und die Abgrenzung des Präventions- vom repressiven Vergeltungsgedanken der schuldausgleichenden Strafe zu einer Nichteinordnung als Strafe i.S.d. Art. 7 I EMRK zu veranlassen, haben sich damit nicht erfüllt, vgl. Kaspar (Fn. 151), ZStW 2015, 654 (663).

¹⁶⁴ Meier, Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen und Heranwachsenden, in: Kaspar (Hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0, Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven (2017), S. 217, 230, zudem im Vorwort, S. 5.

¹⁶⁵ Ausführlich zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetze der Länder Dax (Fn. 151), S. 259 ff.; Phyr, Die Sicherungsverwahrung – auf dem Weg in ruhigeres Fahrwasser? (2015), S. 229 ff.; Dessecker, Das neue Recht des Vollzugs der Sicherungsverwahrung: ein erster Überblick, BewHi 2013, 309 (309 ff.); Bartsch, Alles neu macht der Mai? Der Vollzug der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. 5. 2011, in: Kaspar (Hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0? Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven (2017), S. 161, 172 ff.

¹⁶⁶ EGMR, Urte. v. 7. 1. 2016 – Nr. 23279/14 – Bergmann ././ Deutschland, Rn. 182.

¹⁶⁷ Arloth, Länderumfrage zur Neuregelung und dem Vollzug der Sicherungsverwahrung, Forum Strafvollzug 2013, 218 (218 ff.); Kinzig, Reform-

¹⁶⁰ So auch Dörr, Völkerrecht: Rückwirkende Sicherungsverwahrung bei nachgewiesener psychischer Störung, Anmerkung zu EGMR 2016 – 23279/14, Bergmann ././ Deutschland, JuS 2016, 1144 (1146); Wernld (Fn. 35), S. 145.

¹⁶¹ MüKo-StGB/Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 1), § 66 Rn. 51.

¹⁶² Peglau (Fn. 85), JR 2016, 491 (497).

Zudem findet eine deutlich stärkere Trennung¹⁶⁸ von bzw. Privilegierung¹⁶⁹ gegenüber Strafgefangenen statt. Beispielsweise hat sich in der JVA Rosdorf, in der die Sicherungsverwahrten in Niedersachsen und auch der Beschwerdeführer *Bergmann* untergebracht sind, die Unterbringungssituation deutlich verbessert,¹⁷⁰ was der EGMR ausdrücklich anerkannt hat.¹⁷¹ Auch im Land Berlin hat sich der Unterbringungsstandard nachweislich erhöht.¹⁷² Zudem wurde der Personalschlüssel für therapeutisches Personal angehoben.¹⁷³ Allerdings sind weiterhin Defizite in der Resozialisierungsausrichtung festzustellen.¹⁷⁴ Inwieweit diese Schwierigkeiten im Einzelfall überwunden werden können, dürfte entscheidend dafür sein, ob der EGMR im jeweiligen zu entscheidenden Einzelfall eine Strafe erblickt. Jedenfalls wurden mehrere vorherige Mängel durch die geänderten gesetzlichen, baulichen und personellen Rahmenbedingungen beseitigt.¹⁷⁵ Der Weg geht in die richtige Richtung, um weitere Konventionsverstöße zu vermeiden.¹⁷⁶

bedarf im neuen Recht der Sicherungsverwahrung, in: Kaspar (Hrsg.), Sicherungsverwahrung 2.0, Bestandsaufnahme – Reformbedarf – Forschungsperspektiven, (2017), S. 127, 127 f.

168 *Phyrr* (Fn. 165), S. 368.

169 *Bartsch*, Neue bundes- und landesrechtliche Vorschriften über die Vollstreckung und den Vollzug der Sicherungsverwahrung – Ein Überblick, Forum Strafvollzug 2013, 208 (211 ff.).

170 *Bartsch*, Sicherungsverwahrungsvollzug 2.0 – Was hat sich nach der Gesetzesreform geändert?, in Höfler (Hrsg.): Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen? (2015), S. 51, 57 ff.; *Weichert-Pleuger*, Der Weg zur Sicherungsverwahrung in der JVA Rosdorf, KrimPäd 2013, 34 (34 ff.).

171 EGMR, Urt. v. 7.1.2016 – Nr. 23279/14 – *Bergmann ./. Deutschland*, Rn. 174 ff.

172 *Sauter/Stasch/Dahle*, Abstandsgebot, Außenorientierung und therapeutische Ausgestaltung – zum Stand der Sicherungsverwahrung nach den gesetzlichen Neuregelungen im Land Berlin, FPPK 2019, 36 (46), vgl. auch *Dax* (Fn. 151), S. 508 ff.

173 *Phyrr* (Fn. 165), S. 379; *Arloth* (Fn. 167), Forum Strafvollzug 2013, 218 (218 ff.).

174 Vgl. *Dessecker* (Fn. 38), S. 482 f.

175 *Bartsch*, Sicherungsverwahrung und Strafvollzug bei Gefangenen mit vorgemerkteter Sicherungsverwahrung, in: Maelicke/Suhling (Hrsg.), Das Gefängnis auf dem Prüfstand – Zustand und Zukunft des Strafvollzugs (2018), S. 363, 376.

176 Von einer beruhigenden Wirkung spricht auch *Köhne*, Anmerkung zum Urteil des EGMR 7.1.2016 – 23279/14 (*Bergmann ./. Deutschland*), NJW 2017, 1013 (1013).

III. Ergebnis aus menschenrechtlicher Sicht

Der EGMR wendete sich bereits 2009 nicht gegen das Rechtsinstitut der Sicherungsverwahrung an sich, sondern nur gegen die rückwirkende strafrechtliche Sanktionierung von Gefährlichkeit. Nun stuft er ab 2016 die therapieorientierte Unterbringung gefährlicher Straftäter auch dann als konventionsrechtskonform ein, wenn sie faktisch zu einer rückwirkenden Verlängerung der Sicherungsverwahrung führt. Allerdings muss das Ziel der Verwahrung die notwendige Behandlung der psychischen Störung in einer geeigneten Einrichtung sein, wodurch der Strafcharakter in den Hintergrund trete. Der EGMR kann durch die verfolgte Linie in jedem Einzelfall prüfen, ob die Standards der EMRK in tatsächlicher Hinsicht gewahrt sind. Dadurch stellt er im Ergebnis wirksam sicher, dass die Menschenrechte der Sicherungsverwahrten im jeweiligen Fall beachtet werden.

D. Ausblick

Nach der Bestätigung durch die Große Kammer 2018¹⁷⁷ ist davon auszugehen, dass der EGMR bei tatsächlicher »freiheitsorientierter und therapiegerichteter« Ausrichtung und Umsetzung des Vollzugs der Altfälle keine Konventionsrechtsverstöße mehr feststellen wird. Die Sicherungsverwahrung darf dazu nicht mehr der bloßen sicherheitsorientierten Prävention dienen, sondern muss auf Therapie, Resozialisierung und (mit Aussicht auf) baldige Entlassung gerichtet sein. Ein bloßer Verwahrungsvollzug im Sinne *Schröders* »Wegschließen für immer!« ist nicht mehr denkbar.

Entscheidend für die Konventionskonformität ist die tatsächliche Umsetzung, nicht die rechtliche (dogmatische) Ausgestaltung. Die Mindeststandards der EMRK müssen vielmehr in tatsächlicher Hinsicht in der praktischen Umsetzung gewahrt sein. Stellt sich die Sicherungsverwahrung im jeweiligen, konkreten Fall nicht mehr als »verkappte« lebenslange Freiheitsstrafe dar, so kann auch nicht mehr von einem Etikettenschwindel gesprochen werden. Sollte diese Umsetzung im jeweiligen Einzelfall gelingen, bestehen in Bezug auf die EMRK keine grundlegenden Bedenken (mehr).

177 EGMR, Urt. v. 4.12.2018 (GK) – Nr. 10211/12 und 27505/14 – *Ilseher ./. Deutschland*.