

# Sicherungsverwahrung und Rückwirkungsverbot – Schlusspunkt durch Straßburg?

Anmerkung zum Urteil M. gegen Deutschland des EGMR vom 17.12.2009

Klaas Hendrik Eller, LL.M. (Köln/Paris 1)

Mit der rückwirkenden Verlängerung der Sicherungsverwahrung nach Streichung der Höchstfrist für die erste Unterbringung hat Deutschland gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verstoßen. Dies hat die Fünfte Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mit Urteil vom 17. Dezember 2009 entschieden. Sie widersprach damit – bezogen auf die EMRK – der Rechtsansicht des BVerfG, die Sicherungsverwahrung unterfalle als Maßregel nicht dem Rückwirkungsverbot.<sup>1</sup> Das Bundesjustizministerium sprach in einer ersten Pressemitteilung vorsichtig von der Notwendigkeit einer „gewissenhaften Auswertung“ des Urteils<sup>2</sup>. Hierzu möchten die folgenden Überlegungen beitragen.

## I. Überblick

In einem nicht nur von deutscher Seite mit Spannung erwarteten Urteil hat der EGMR die rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung gem. § 67 d Abs. 3 StGB n.F. als Verstoß gegen das Recht auf Freiheit (Art. 5 Abs. 1 EMRK) und das Rückwirkungsverbot (Art. 7 Abs. 1 EMRK) gewertet. Er setzte damit einem seit elf Jahren andauernden Rechtsstreit ein zumindest vorläufiges Ende und gab einer breit gefächerten Diskussion über die rückwirkende Anwendung der Sicherungsverwahrung und anderer Maßregeln neue Impulse. Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP) kündigte bereits an, die Rechtssache als Frage von grundlegender Bedeutung gemäß Art. 43 EMRK an die Große Kammer verweisen zu wollen<sup>3</sup>. Zu diesem raschen Entschluss dürfte nicht nur die politische Brisanz der vorliegenden Ent-

scheidung im Hinblick auf die Frage der Behandlung rund 70 ähnlich gelagerter Fälle von Sicherungsverwahrten und die Auswirkungen des Urteils gerade auf die nachträglich verhängte Sicherungsverwahrung beigetragen haben. Hinzu kam womöglich auch die Verwunderung darüber, wie der EGMR in einfachen argumentativen Schritten ein umfangreich begründetes Urteil des BVerfG überspielt.

Die Straßburger Richter unterstreichen damit die autonome Sphäre des Menschenrechtsschutzes durch die EMRK. Bezieht man die im Ergebnis dem EGMR entsprechende Entscheidung des französischen *Conseil Constitutionnel* vom 21. Februar 2008<sup>4</sup> ebenfalls zur rückwirkenden Anordnung der Sicherungsverwahrung mit in die Betrachtung ein, zeigen sich auch in methodischer Sicht interessante Differenzen zwischen den nationalen und europäischen grundrechtlichen Kontrollen.

## II. Sachverhalt und Problemstellung

Der mehrfach vorbestrafte Beschwerdeführer und deutsche Staatsangehörige M. befindet sich derzeit in der JVA Schwalmstadt in Sicherungsverwahrung. Zuletzt verhängte das LG Marburg 1986 wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit Raub eine fünfjährige Freiheitsstrafe mit anschließender Sicherungsverwahrung, da M. ein fortbestehender Hang zur Begehung schwerer Körperverletzungsdelikte attestiert wurde. Mehrmals beantragte der Beschwerdeführer erfolglos die Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung. Mit Verweis auf die fortwährende Gefährlichkeit des Beschwerdeführers ordnete das LG Marburg im Jahr 2001 die auch über eine Gesamtdauer von zehn Jahren hinausgehende Unterbringung in der Sicherungsverwahrung an und berief sich hierzu auf § 67 d Abs. 3 StGB in der Fassung nach dem 26. Januar 1998.

In der Neufassung durch das kriminalpolitisch umstrittene „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“ (SexualdelikteBekG)<sup>5</sup> wurde die vorherige Höchstgrenze einer zehnjährigen

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaft mit völker- und international-strafrechtlichem Schwerpunkt an der Universität zu Köln und ist Absolvent des Deutsch-Französischen Magisterstudiengangs Köln/Paris 1.

<sup>1</sup> Vgl. Pressemitteilung Nr. 51/2010 vom 9.3.2010, vgl. <http://www.bundesgerichtshof.de>. Das noch nicht veröffentlichte Urteil betrifft mit der rückwirkenden Einführung der Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht eine rechtlich wohl vergleichbare Konstellation.

<sup>2</sup> Pressemitteilung vom 17.12.2009, vgl. <http://www.bmj.bund.de>.

<sup>3</sup> Die Welt v. 13.1.2010, <http://www.welt.de/politik/deutschland/article5836255/Deutschland-will-Sicherungsverwahrung-einklagen.html>.

<sup>4</sup> *Conseil Constitutionnel*, Urt. v. 21. Februar 2008, Déc. n° 2008-562 DC.

<sup>5</sup> BGBl. I 1998, S. 160. Vgl. zur kriminalpolitischen Einordnung *Laubenthal*, ZStW 116 (2004), 703 (705ff.).

Sicherungsverwahrung mit zeitlich unmittelbarer Wirkung aufgehoben. Gesetzgeberisches Motiv für den Wegfall der Höchstfrist war die Überzeugung, dass die Gefährlichkeit des Täters in Einzelfällen auch nach Ablauf einer zehnjährigen Sicherungsverwahrung fortbestehen kann<sup>6</sup>. Die neue Regelung fand gem. Art. 1 a Abs. 3 EGStGB a. F. auch Anwendung auf bereits inhaftierte Straftäter, bei denen im Zeitpunkt der Verurteilung eine sich über mehr als zehn Jahre erstreckende Sicherungsverwahrung unzulässig gewesen war. Das OLG Frankfurt bestätigte am 26. Oktober 2001<sup>7</sup> im Ergebnis und in den Gründen die Entscheidung des LG Marburg. M. erhob daraufhin Verfassungsbeschwerde.

### III. Entscheidung des BVerfG: § 67 d Abs. 3 StGB als erlaubte unechte Rückwirkung

Das BVerfG hatte bis dato die Frage offen gelassen, ob Maßregeln der Besserung und Sicherung als Bestrafung im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG anzusehen sind<sup>8</sup>. Im Zentrum der Debatte steht § 2 Abs. 6 StGB, welcher abweichend vom Grundsatz des § 2 Abs. 1, 2 StGB die Anwendbarkeit des zum Zeitpunkt der Entscheidung gültigen Gesetzes vorschreibt. Für die Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG kann jedoch die einfachgesetzliche Norm des § 2 Abs. 6 StGB nicht maßgeblich sein. Andernfalls wäre es dem Gesetzgeber möglich, mit formal als Maßregel getarnten Instituten die Verpflichtung aus Art. 103 Abs. 2 GG zu unterlaufen.

Entscheidend ist daher die Auslegung des Begriffs „Strafe“ i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG, welcher in der Rspr. des BVerfG über das Kriminalstrafrecht im eigentlichen Sinne hinausgeht. Danach gilt derjenige als „bestraft“, gegen den als „missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten (...) ein Übel“<sup>9</sup> verhängt wird. Vor diesem Hintergrund erkennt das BVerfG in seinem Urteil vom 5. Februar 2004<sup>10</sup> die verschiedenen Zielsetzungen von repressiver Strafe und präventiver Sicherungsmaßregel als maßgebliches Argument dafür an, trotz zahlreicher normativer und tatsächlicher Parallelen die Sicherungsverwahrung ihrem Wesen nach nicht als „Strafe“ zu begreifen. Diese Position wurde vom Meinungsspektrum in der straf-

und verfassungsrechtlichen Literatur nur teilweise positiv aufgenommen<sup>11</sup>. Derart generalisierend Maßregeln als solche vom Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG auszunehmen, begegnet angesichts der zunehmenden Verflechtungen zwischen Strafen und Maßregeln in einem Resozialisierungsstrafrecht moderner Prägung Kritik<sup>12</sup>. Das Gericht vergab hier ohne Not die Option, zumindest die mit einer Strafe wirkungsgleichen Maßnahmen dem Rückwirkungsverbot zu unterwerfen<sup>13</sup>. Wenngleich die EMRK als einfaches Bundesgesetz nicht zum Kontrollmaßstab des BVerfG zählt<sup>14</sup>, wäre dadurch auch der Gleichlauf mit dem europäischen Grundrechtssystem begünstigt worden.

Auch das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot aus Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG sieht das BVerfG nicht als verletzt an. Die tatbestandliche, sog. „unechte“ Rückwirkung des § 67 d Abs. 3 StGB sei insofern zulässig, als der Gesetzgeber bei Abwägung der gegenüberstehenden Interessen – dem Freiheitsgrundrecht der Inhaftierten und dem öffentlichen Sicherheitsinteresse – innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums entschieden habe<sup>15</sup>.

### IV. Entscheidung des EGMR

M. erhob daraufhin Beschwerde vor dem EGMR und brachte vor, seine fortwährende Haft verstoße gegen Artt. 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 EMRK. In einem einstimmigen Votum vom 17.12.2009<sup>16</sup> gab das Gericht der Beschwerde statt und sprach M. einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 50.000 € gegen die Bundesrepublik Deutschland zu.

<sup>11</sup> Im Sinne des BVerfG etwa *Dannecker*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 2 Rn. 140; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. (2006), § 2 Rn. 42; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allg. Teil, 5. Aufl. (1996), S. 139; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. (2007), § 1 Rn. 8; *Peglau*, NJW 2000, 180f.; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. (2009), Art. 103 Rn. 57; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. (2003), Art. 103 Rn. 20; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, 56. Aufl. (Okt. 2009), Art. 103 Abs. II Rn. 244.

<sup>12</sup> Vgl. etwa *Best*, ZStW 114 (2002), 88, (97ff.); *Jung*, FS-Wassermann, S. 875 (884); *Kinzig*, StV 2000, 330 (332ff.) sowie *Ullenbruch*, NStZ 1998, 326 (329).

<sup>13</sup> Auf den materiellen Strafcharakter stellen insoweit ab *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allg. Teil, 11. Aufl. (2003), § 9 Rn. 54; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG III, 2. Aufl. (2008), Art. 103 Abs. 2 Rn. 11; *Wassermann*, AK-GG, 3. Aufl. (Aug. 2002), Art. 103 Rn. 46; *Nolte*, in: v. Mangoldt/Klein, GG III, 5. Aufl. (2005), Art. 102 Rn. 108.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 17. Mai 1983, BVerfGE 64, 135 (157).

<sup>15</sup> BVerfG, Urt. v. 5. Februar 2004, BVerfGE 109, 133 (147ff.).

<sup>16</sup> EGMR, Urt. v. 17. Dezember 2009 – 19259/04 (*M. gegen Deutschland*).

<sup>6</sup> BT-Drucks. 13/8989, S. 6.

<sup>7</sup> OLG Frankfurt, 3 Ws 543 und 544/01; vgl. auch OLG Frankfurt, Beschl. v. 5.10.2001, NStZ 2002, 90.

<sup>8</sup> BVerfG, Beschl. v. 13. Januar 1987, BVerfGE 74, 102 (126); Beschl. v. 14. November 1990, NStZ 1991, 181. Vgl. hingegen verneinend mit einem weit gefassten Tenor für die Maßregel der Polizeiaufsicht *BGH*, Urt. v. 02. März 1971 – BGHSt 24, 103 (106).

<sup>9</sup> BVerfG, Entsch. v. 11. Juni 1969, BVerfGE 26, 186 (204); Beschl. v. 21. Juni 1977, BVerfGE 45, 346 (351); Urt. v. 5. Februar 2004, BVerfGE 109, 133 (167).

<sup>10</sup> BVerfG, Urt. v. 5. Februar 2004, BVerfGE 109, 133 (147ff.).

### 1. Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK

Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK<sup>17</sup> definiert abschließend Gründe, die eine Freiheitsentziehung erlauben<sup>18</sup>. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a) EMRK ist eine Freiheitsentziehung möglich nach einer rechtmäßigen Verurteilung durch das zuständige Gericht. Hierunter fasst der EGMR die Sicherungsverwahrung des Beschwerdeführers vor Ablauf der Zehnjahresfrist<sup>19</sup>. Stehen der Urteilsspruch und die Freiheitsentziehung in zeitlichem Abstand zueinander, verlangt der EGMR in st. Rspr. zur Erfüllung des Merkmals „nach Verurteilung“ darüber hinaus eine ausreichend enge Kausalität zwischen beiden<sup>20</sup>. Die ursprüngliche Verurteilung müsste demnach gleichzeitig den Grund für die fortdauernde Sicherungsverwahrung darstellen<sup>21</sup>. Die Bundesregierung hatte hierzu argumentiert, dass die mögliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung einfachgesetzlich durch § 2 Abs. 6 StGB gedeckt sei und insofern die Kausalität zwischen Verurteilung und Freiheitsentziehung durch die neue Gesetzeslage nicht gebrochen werde. Dem widerspricht der EGMR zu Recht<sup>22</sup>: Mit der Gesetzesänderung und dem Beschluss zur Verlängerung der Unterbringung nach § 67 d Abs. 3 StGB ist die Kausalität durch zwei für die Fortdauer der Sicherungsverwahrung rechtlich erforderliche Akte unterbrochen. Dieses Ergebnis ändere sich auch nicht etwa dadurch, dass die Höchstdauer von zehn Jahren zuvor nicht ausdrücklich in der Verurteilung enthalten war –

<sup>17</sup> Art. 5 Abs. 1 EMRK lautet: „Jedermann hat ein Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf einem Menschen nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

<sup>a)</sup> wenn er rechtmäßig nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht in Haft gehalten wird; (...)

<sup>c)</sup> wenn er rechtmäßig festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird zum Zwecke seiner Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, sofern hinreichender Verdacht dafür besteht, dass der Betreffende eine strafbare Handlung begangen hat, oder begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, den Betreffenden an der Begehung einer strafbaren Handlung oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern; (...).“

<sup>18</sup> Vgl. zuletzt *EGMR* (Große Kammer), Urt. v. 29. Januar 2008 – 13229/03 (*Saadi gegen Vereinigtes Königreich*), Rn. 43.

<sup>19</sup> *EGMR*, Fn. 15, Rn. 96.

<sup>20</sup> Vgl. *Frowein/Peukert*, EMRK, 3. Aufl. (2009), Art. 5 Rn. 60.

<sup>21</sup> Vgl. *EGMR*, Urt. v. 11. April 2006 – 19324/02 (*Leger gegen Frankreich*); Urt. v. 27. April 2006 – 22318/02 (*Csozanszki gegen Schweden*): “The detention must result from, follow and depend upon or occur by virtue of the “conviction”. In short, there must be a sufficient causal connection between the conviction and the deprivation of liberty at issue.”

<sup>22</sup> Vgl. mit gleichem Ergebnis für die nachträgliche Sicherungsverwahrung *Gazeas*, StV 2006, 9 (14) sowie *Jansing*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung (2004), S. 307.

über § 67 d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. war sie es zumindest implizit.

Andere Ermächtigungsgrundlagen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK kommen gleichfalls nicht in Betracht. Insbesondere scheidet eine Präventivhaft nach lit. c) aus, die ausschließlich greift, um die Person einem Gerichtsverfahren zuzuführen<sup>23</sup> und die Gefahr der Begehung einer konkreten und spezifischen Straftat erfordert, welche bei Sicherungsverwahrten mit allgemein erhöhter Rückfallgefahr in der Regel nicht bestimmbar sei<sup>24</sup>.

### 2. Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK

#### a) Prüfmaßstab des Gerichtshofs

Art. 7 Abs. 1 EMRK enthält das Verbot der Rückwirkung sowohl hinsichtlich der Strafbarkeit als auch der Strafhöhe<sup>25</sup>. Der EGMR legt den Begriff der „Strafe“ in st. Rspr. autonom, d.h. von den nationalen Rechtsordnungen losgelöst aus<sup>26</sup> und hat sich bislang in zwei Entscheidungen vertiefend damit auseinandergesetzt. Ob eine „Strafe“ vorliegt, richtet sich demnach neben der Anknüpfung an einen strafrechtlichen Sachverhalt nach der Natur der Maßnahme und ihrem Zweck, ihrer Charakterisierung durch das innerstaatliche Recht, das vorgesehene Verfahren, den Vollzug und die Schwere der Maßnahme<sup>27</sup>. Anhand dieser Kriterien schließt der EGMR, Prävention und Reparation stünden mit einem repressiven Zweck nicht in Widerspruch sondern seien gar Bestandteile einer Strafe<sup>28</sup>. Eine präventive Konfiszierung bei Suchtmitteldelikten sei daher „Strafe“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 EMRK<sup>29</sup>, wohingegen eine präventive Freiheitsentziehung ohne Anknüpfung an eine Anlasstat nicht als solche zu werten sei<sup>30</sup>. Betrifft eine

<sup>23</sup> Vgl. *Pieroth*, JZ 2002, 922 (927).

<sup>24</sup> *EGMR*, Fn. 15, Rn. 102.

<sup>25</sup> Vgl. *Demko*, HRRS 2004, 19 (24).

<sup>26</sup> *EGMR*, Urt. v. 28.6.1978 (*König gegen Deutschland*), Serie A 27, Rn. 89; Fn. 15, Rn. 120; *Ost*, Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights, in: Delmas-Marty (Hrsg.), The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions (1992), S. 305ff.; *Grabewarner*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), § 5 Rn. 9; *Meyer-Ladewig*, Handkommentar EMRK, 2. Aufl. (2006), Art. 7 Rn. 10.

<sup>27</sup> *EMRK*, Urt. v. 9. Februar 1995 (*Welch gegen Vereinigtes Königreich*), Serie A 307-A, Rn. 27f.; Urt. v. 8.6.1995 (*Jamil gegen Frankreich*), Serie A 317-B, Rn. 33.

<sup>28</sup> *EMRK*, Urt. v. 9. Februar 1995 (*Welch gegen Vereinigtes Königreich*), Serie A 307-A, Rn. 30 („Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment.“); vgl. auch *Demko*, HRRS 2004, 19 (24).

<sup>29</sup> *EMRK*, Urt. v. 9. Februar 1995 (*Welch gegen Vereinigtes Königreich*), Serie A 307-A, Rn. 33.

<sup>30</sup> *EMRK*, Urt. v. 1. Juli 1961 – 322/57 (*Lawless gegen*

Gesetzesänderung lediglich den Vollzug der Strafe, ist Art. 7 nur dann nicht einschlägig, wenn das Strafmaß nicht erhöht wird<sup>31</sup>.

### b) Bewertung der Sicherungsverwahrung als „Strafe“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 EMRK

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung untersucht der EGMR *en detail* die praktischen und normativen Parallelen zwischen Sicherungsverwahrung und Freiheitsstrafe. Beide seien auf Freiheitsentziehung gerichtet, prozessual ins strafrechtliche System eingegliedert und werden in gewöhnlichen Gefängnissen bei nur wenigen Privilegien für Sicherungsverwahrte und nur rudimentärer Sonderregelung im StVollzG vollstreckt. Wenig überzeugend sind die Ausführungen zur Härte der Maßregel, da der Gerichtshof das Regel-Ausnahme-Prinzip des § 67 d Abs. 3 StGB verkennt: Bedingung für die *Fortdauer* der Sicherungsverwahrung ist, wie das *BVerfG*<sup>32</sup> betont hat, der Nachweis darüber, dass weiterhin Gefahr vom Untergebrachten ausgeht – nicht umgekehrt.

Die Zielsetzungen von Strafe und Sicherungsmaßregel seien entgegen der Position des *BVerfG* nicht trennscharf abzugrenzen. Die unbefristete Sicherungsverwahrung übersteige nicht selten die Dauer der Freiheitsstrafe und könne daher vom Betroffenen als zusätzliche Strafe aufgefasst werden<sup>33</sup>. Die rein präventive Ausrichtung der Sicherungsverwahrung sei angesichts der mangelnden psychologischen Betreuung zur Senkung der Rückfallgefahr in der deutschen Vollzugspraxis fragwürdig. Dass sich damit ein Kernargument des EGMR auf die *Rechtspraxis* stützt, ist insofern besonders delikant, als auch das *BVerfG*<sup>34</sup> hinreichende Behandlungs- und Arbeitsangebote für Sicherungsverwahrte gefordert hatte.

Ausgehend von der etablierten Rspr. des Gerichtshofs mit zahlreichen Prüfkriterien vermag es kaum zu erstaunen, dass die Richter das für das *BVerfG* allein maßgebliche Kriterium der Zielsetzung einer kritischen Prüfung unterziehen und daneben auch andere Aspekte in die Betrachtung einbeziehen. Eine Gewichtung der einzelnen Kriterien erfolgt hingegen kaum. So bleibt fraglich, ob das Ergebnis auch im Falle ausreichender psychologischer Betreuung und Sonderrechte für Sicherungsverwahrte identisch ausgefallen wäre. In diesem Fall käme der fälschlichen Lesart des § 67 d Abs. 3 StGB größere Bedeutung zu. Ebenso könnte beanstandet werden, dass der Gerichtshof – entgegen

der üblicherweise objektiven Betrachtungsweise<sup>35</sup> – die Sicherungsverwahrung in den Augen des Betroffenen als strafgleich bewertet. Den Stellenwert der Härte der Maßregel bezeichnet der Gerichtshof jedoch ausdrücklich als gering<sup>36</sup>, sodass diesen Aspekten im Verfahren vor der Großen Kammer keine zentrale Bedeutung zukommen dürfte.

Bevor nach den Auswirkungen des Urteilspruchs auf die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung in Deutschland gefragt werden soll, lohnt es, den Entscheidungen des *BVerfG* und des EGMR methodisch vergleichend ein Urteil des französischen *Conseil Constitutionnel* zur Seite zu stellen.

### V. Rückwirkende Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand des *Conseil Constitutionnel*

In rechtlich weitgehend vergleichbarer Gestalt stellte sich die Problematik der rückwirkenden Sicherungsverwahrung 2008 auch dem französischen *Conseil Constitutionnel*. Der Verfassungsrat erklärte das „Gesetz zur Einführung der Sicherungsverwahrung für psychisch kranke Straftäter“ insoweit für verfassungswidrig, als es auch auf bereits verurteilte Täter Anwendung finden sollte und damit die Verhängung einer Sicherungsverwahrung auch in solchen Fällen ermöglichte, in denen das Instrument zum Zeitpunkt der Verurteilung noch nicht existierte. Bemerkenswert ist hierbei das methodische Vorgehen des Gerichts: In einem ersten Schritt verneint der *Conseil Constitutionnel*, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine Strafe oder eine strafgleiche Sanktion im Sinne des strafrechtlichen Rückwirkungsverbot des Art. 8 der *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (DDHC) von 1789<sup>37</sup> handelt. Ausschlaggebend seien hierfür die Anknüpfung an die Gefährlichkeit anstelle der Schuld sowie die Zielsetzung der Sicherungsverwahrung, präventiv zu wirken. Für diese auch vom *BVerfG* genannten Aspekte führen die Richter als Beleg an, dass die Sicherungsverwahrung in Frankreich nicht vom Tatgericht, sondern stets von einem lokalen Gericht anzuordnen sei<sup>38</sup>. Der *Conseil Constitutionnel* entsprach damit dem rechtsvergleichenden Verweis der Regierung auf Belgien, die Niederlande und Deutschland als diejenigen Nachbarländer, in denen die Sicherungsverwahrung ebenfalls nicht als „Strafe“ gewertet wurde<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> *EMRK*, Entsch. v. 26. Januar 1999 – 42293/98 (*Adamson gegen Vereinigtes Königreich*); *Bleichrodt*, in: van Dijk et al. (Hrsg.), *Theory and Practice of the ECHR*, 4. Aufl. (2006), S. 653.

<sup>36</sup> Vgl. *EGMR*, Fn. 15, Rn. 120.

<sup>37</sup> Die Erklärung besitzt Verfassungsrang nach *Conseil Constitutionnel*, Urt. v. 14. Juli 1971, Déc. n° 71-44 DC sowie Urt. v. 27. Dezember 1973, Déc. n° 73-51 DC.

<sup>38</sup> *Conseil Constitutionnel*, Fn. 3, Rn. 9.

<sup>39</sup> Vgl. *Observations du Gouvernement*, 2008-562 DC, I. B. 2. c) sowie *Gay/Benessiano*, *Revue française de droit*

*Irland*), Rn. 19.

<sup>31</sup> Vgl. *Villiger*, *Handbuch der EMRK*, 2. Aufl. (1999), Rn. 537.

<sup>32</sup> *BVerfG*, Urt. v. 5. Februar 2004, BVerfGE 109, 133 (161); vgl. auch *Streng*, FS-Lampe, S. 611 (633).

<sup>33</sup> Vgl. *EGMR*, Fn. 15, Rn. 130.

<sup>34</sup> *BVerfG*, Urt. v. 5. Februar 2004, BVerfGE 109, 133 (156).

Doch diese „gute Gesellschaft“, in der sich Frankreich auf europäischer Ebene mit einer als Maßregel geltenden, rückwirkenden Sicherungsverwahrung befunden hätte, überzeugte die Richter im Ergebnis nicht<sup>40</sup> - zumal auch die Gegenposition etwa auf die englische „mandatory life sentence“, die Strafe und Verwahrung vereint, verweisen könnte. Obgleich sie nicht an Art. 8 DDHC gebunden wird, unterwirft der *Conseil* die Sicherungsverwahrung mit Blick auf ihren freiheitsbeschränkenden Charakter, ihre Dauer und Verlängerbarkeit sowie die Verbindung zur Anlasstat *dennoch* dem Rückwirkungsverbot – ohne dieses Ergebnis jedoch auf eine normative Grundlage zu stellen<sup>41</sup>. Auch die offizielle Kommentierung der Entscheidung in den *Cahiers du Conseil Constitutionnel*<sup>42</sup> geht hierüber wortlos hinweg. Es darf daher vermutet werden, dass sich dieses Ergebnis implizit an den Wertungen der EMRK orientiert<sup>43</sup>, obgleich diese als solche nicht zum Prüfungsmaßstab des Gerichts zählt. Dafür spricht die Anzahl der in das Urteil selbst nicht eingearbeiteten EGMR-Entscheidungen zur Auslegung der „Freiheitsentziehung“ nach Art. 5 EMRK im begleitenden Dossier des Gerichts.

Ob derartige Register gezogen werden mussten, um zum offensichtlich gewünschten Ergebnis zu kommen, erscheint fraglich. Ob eine „Strafe“ im Sinne der Menschenrechtserklärung vorliegt, hatte der *Conseil* in seiner früheren Rechtsprechung anhand materieller Kriterien („toute sanction ayant le caractère d’une punition“), nicht aufgrund der schlichten Qualifizierung eines Instruments als „mesure de sûreté“ beurteilt<sup>44</sup>. Davon ausgehend, so scheint es, wäre ein an der konventionsrechtlichen Bewertung orientierter Urteilspruch ein Leichtes gewesen.

constitutionnel 2008, 839 (848).

<sup>40</sup> Auch hierzulande scheinen vergleichbare Lösungen in anderen Vertragsstaaten der EMRK in ihrer Bedeutung für die Interpretation der Konvention überschätzt worden sein, vgl. etwa *Dannecker*, in: LK-StGB, § 2 Rn. 140.

<sup>41</sup> *Conseil Constitutionnel*, Fn. 3, Rn. 10 : „Considérant, toutefois, que la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu’elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l’objet d’une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement (...). » Vgl. dazu *Mathieu*, *La semaine juridique*. Edition générale 2008, 165 (166).

<sup>42</sup> *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 24 (2008), S. 20.

<sup>43</sup> Vgl. ausdrücklich *Gay/Benessiano*, *Revue française de droit constitutionnel* 2008, 839 (870).

<sup>44</sup> *Conseil Constitutionnel*, Urt. v. 30.12.1982, Déc. n° 82-155 DC; Urt. v. 30.12.1987, Déc. n° 87-237 DC.

## VI. Ausblick: Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung

Vor der Bestätigung durch die Große Kammer bzw. dem Verstreichen der Drei-Monats-Frist (Art. 43 EMRK) bleibt das Urteil folgenlos für die Praxis. Das einstimmige Richtervotum und die Übereinstimmung mit bestehenden Rechtsprechungslinien lassen jedoch – zumindest ohne eine wesentliche Umgestaltung des Sicherungsvollzugs nach Maßgabe des EGMR – eine Korrektur in Bezug auf beide Konventionsverletzungen unwahrscheinlich erscheinen. Es ist daher nicht übereilt, mögliche Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung zu erwägen.

Die Sicherungsverwahrung als solche (§ 66 StGB) wird auch in ihrer unbestimmten und potentiell lebenslangen Dauer ebenso wie das zweispurige Sanktionensystem nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Dennoch dürfte sich das Urteil für den Mechanismus des § 67 d Abs. 3 StGB wie für die nachträgliche Sicherungsverwahrung als folgenreich erweisen.

Über die Behandlung der „Altfälle“ hinaus wird sich die *obiter* erfolgte Feststellung des Gerichts auswirken, die Verlängerung der Sicherungsverwahrung durch die zuständige Strafvollstreckungskammer genüge nicht als „Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“ i.S.d. Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK, da es an einer Schuldfeststellung fehle<sup>45</sup>. Sollte damit die konventionskonforme Alternative in einer Aufhebung der Höchstfrist für die erste Unterbringung liegen, um die Dauer frei durch das Tatgericht festlegen zu können, wäre der Zweck des Art. 5 EMRK konterkariert. Denkbar, wenngleich rechtstechnisch unschön und mit dem Präventionsgedanken nicht im Einklang wäre daneben, eine Verlängerung der Sicherungsverwahrung an Verfehlungen im Vollzug zu knüpfen.

In der jetzigen Form nicht aufrechtzuerhalten wäre danach ebenfalls die nachträgliche Sicherungsverwahrung gem. § 66 b StGB – deren Verfassungsmäßigkeit vom *BVerfG*<sup>46</sup> mit analoger Begründung angenommen worden war. Während bei der Sicherungsverwahrung nach § 66 a StGB durch den Vorbehalt eine gewisse Rückbindung an das tatgerichtliche Urteil erfolgt, lässt sich allein aus § 66 b StGB kein pauschaler „gesetzlicher Vorbehalt“ ableiten<sup>47</sup>, wie der EGMR anhand § 2 Abs. 6 StGB deutlich gemacht hat.

Was dem deutschen Gesetzgeber von EGMR ins Aufgabenheft geschrieben wurde, ist mit einer Vollzugsreform der Sicherungsverwahrung allein nicht zu lösen.

<sup>45</sup> Vgl. *EGMR*, Fn. 15, Rn. 96; anders als hier *Peglau*, *jurisPR-StrafR* 1/2010 Anm. 2.

<sup>46</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 23.8.2006, JZ 2007, 582ff. m. Anm. *Rosenau/Peters*.

<sup>47</sup> So auch die wohl mehrheitliche Meinung, vgl. *Ullbruch*, in: *MüKo-StGB*, § 66 b Rn. 53; *Kinzig*, *NJW* 2004, 911 (914) und *Renzikowski*, *JR* 2004, 271 m.w.N.; dagegen *Hörnle*, *StV* 2006, 383 (386) sowie *Peglau*, *NJW* 2001, 2438 f.